



Communauté de biens et divorce : l'article 242 al. 1 CC est-il impératif ?

MARGARETA BADDELEY*

La communauté de biens, un des deux régimes matrimoniaux conventionnels du droit suisse, comprend nécessairement une masse de biens communs dont la composition est déterminée par le couple dans son contrat de mariage. En cas de divorce, les biens communs sont partagés entre les époux selon les modalités précisées à l'art. 242 CC ou, si le contrat de mariage prévoit « expressément le contraire », selon les clauses du contrat de mariage. Le partage légal peut différer considérablement de ce qui est convenu entre les époux pour la liquidation de leur régime à l'égard de la clé de répartition des biens communs et de la composition de cette masse. La doctrine majoritaire considère toutefois que la réserve légale en faveur d'une solution conventionnelle des époux ne s'applique qu'aux modifications de la clé de répartition des biens communs. Une recomposition des biens communs aux fins de la liquidation du régime selon l'art. 242 al. 1 CC, même contre les volontés des époux exprimées dans leur contrat de mariage, serait exigée. L'interprétation détaillée, dans cet exposé, de l'art. 242 CC aboutit à un avis contraire : une convention expresse sur les biens communs à partager dérogeant à l'al. 1 est valable.

Die Gütergemeinschaft, einer der beiden vertraglichen Güterstände des schweizerischen Rechts, umfasst notwendigerweise ein Gesamtgut, dessen Zusammensetzung vom Ehepaar in seinem Ehevertrag festgelegt wird. Im Falle einer Scheidung wird das Gesamtgut zwischen den Ehegatten gemäss den in Art. 242 ZGB festgelegten Bedingungen geteilt, oder, wenn der Ehevertrag « dies ausdrücklich vorsieht », gemäss den Bestimmungen des Ehevertrags. Die gesetzliche Teilung kann in Bezug auf den Verteilungsschlüssel des Gesamtguts und dessen Zusammensetzung erheblich von den Vereinbarungen zwischen den Ehegatten über die güterrechtliche Auseinandersetzung abweichen. Die herrschende Lehre ist jedoch der Ansicht, dass der Vorbehalt zugunsten einer vertraglichen Lösung zwischen den Ehegatten nur für Änderungen des Verteilungsschlüssels des Gesamtguts gilt. Eine Neuordnung des Gesamtguts zum Zweck der güterrechtlichen Auseinandersetzung gemäss Art. 242 Abs. 1 ZGB wäre selbst gegen den in ihrem Ehevertrag zum Ausdruck gebrachten Willen der Ehegatten erforderlich. Die detaillierte Auslegung von Art. 242 ZGB im vorliegenden Aufsatz führt zu einer gegenteiligen Meinung: Eine ausdrückliche Vereinbarung über das zu teilende Gesamtgut, die von Abs. 1 abweicht, ist gültig.

Plan

- I. Pourquoi l'art. 242 CC pose-t-il question ?
- II. L'interprétation de l'art. 242 CC
 - A. Le texte de l'art. 242 CC
 - B. La genèse de l'art. 242 CC
 - C. L'esprit des législations de 1912 et de celles de 1988 (et de 2000)
 - D. Le concept du droit des régimes et la logique inhérente à la communauté de biens
 - E. La cohérence des dispositions en matière de régime matrimonial
- III. L'interprétation de l'art. 242 CC en 2021
- IV. Conclusion

I. Pourquoi l'art. 242 CC pose-t-il question ?

La liquidation du régime de la communauté de biens et le partage des biens communs en cas de divorce sont régis par l'art. 242 CC. Selon l'al. 1 de cette disposition « ... chacun des époux reprend ceux des biens communs qui auraient formé ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts ». L'al. 2 prescrit ensuite le partage par moitié des biens communs restants et enfin, en vertu

de l'al. 3, que « les clauses qui modifient le partage légal ne s'appliquent pas, à moins que le contrat de mariage prévoient expressément le contraire ». L'al. 3 ne comporte pas de définition du terme « partage légal », ni une précision sur les clauses expresses contraires du contrat de mariage qui restent applicables en cas de divorce. Les versions allemande et italienne de l'art. 242 CC sont formulées de manière semblable. L'imprécision du texte légal mène à des interrogations au sujet de l'impérativité de l'al. 1, respectivement du champ d'application de l'al. 3, deuxième partie.

Les *contrats de mariage* constitutifs d'une communauté de biens des époux peuvent ne rien prévoir pour l'éventualité du divorce, comme ils peuvent contenir des clauses divergeant de la solution légale de l'al. 1 comme de l'al. 2 de l'art. 242 CC. Or, pour la doctrine majoritaire, l'al. 1 est une disposition *impérative* et la reprise des biens visés – que nous appellerons dans cet exposé les « biens propres p.a.a. » – ne peut pas être exclue valablement par le contrat de mariage. Par conséquent, l'al. 3 ne permettrait que des modifications de la clé de répartition par moitié prévue à l'al. 2.¹ Les auteurs ne motivent pas cette

* MARGARETA BADDELEY, Professeure honoraire, Université de Genève, Dr. en droit, Lic. sc.pol. HEI.

¹ CR CC I-MEIER, art. 242 N 3, 11, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éd.), Commentaire romand Code Civil I, Bâle 2010 (cit. CR

prise de position ou le font de manière sommaire. Deux auteurs, en revanche, approfondissent l'examen et aboutissent à la conclusion contraire, à savoir que le contrat de mariage peut valablement prévoir une dérogation à l'al. 1 *comme* à l'al. 2 de l'art. 242 CC pour le cas du divorce.² À notre connaissance, aucune jurisprudence ne tranche cette question.

L'analyse qui suit démontrera que le courant minoritaire de la doctrine mérite d'être suivi. Elle procède à une interprétation de l'art. 242 al. 1 à 3 CC fondée sur l'examen du texte (II.A.), la genèse (II.B.) et l'esprit de la loi de 1984 (II.C.), sur le concept du législateur à l'égard des régimes matrimoniaux et de la logique inhérente à la communauté de biens (II.D.), et sur la cohérence des dispositions du droit actuel sur les régimes (II.E.). L'évolution de la société depuis la préparation et l'adoption de la loi de 1984 et l'impact de cette évolution sur l'interprétation de l'art. 242 CC font l'objet du paragraphe III. Les résultats de l'analyse sont résumés au point IV.

CC I-auteur) ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 242 N 1, 3, in : Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6e éd., Bâle 2018 (cit. BSK ZGB I-auteur) ; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6e éd., Berne 2018, § 13 N 13.45 ; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Le nouveau droit matrimonial, Berne 1987, 514 ; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, Les effets du mariage, 3e éd., Berne 2017, N 1588 ; CHK-JUNGO, art. 242 CC N 5, in : Marc Amstutz et al. (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e éd., Zurich 2016 (cit. CHK-auteur) ; HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Vol. II/1/3/2, Berne 1996, art. 242 N 3 ss (cit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER) ; THOMAS GEISER, Die vertraglichen Güterstände, in : Heinz Hausheer (éd.), Vom alten zum neuen Eherecht, Berne 1986, 111 ss, 132 ; CYRIL HEGNAUER, Die Gütergemeinschaft des neuen Eherechts, RNRF 1986 275 ss, N 332 ; KURT WISSMANN, Das neue Ehegüterrecht. Vom altrechtlichen zum neurechtlichen Ehevertrag, RNRF 1986, 321 ss, 348 ; MARTA NIQUILLE-EBERLE, Die vertraglichen Güterstände der Gütergemeinschaft und der Gütertrennung, in : Yvo Hangartner (éd.), Das neue Eherecht, St Gall 1987, 179 ss, 204 s., qui admet toutefois qu'une convention de divorce conclue pendant le procès de divorce, peut déroger à cette règle et donc rendre l'art. 242 al. 1 « nicht zwingend ». Plutôt de cet avis, mais avec des interrogations, PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, ZGB, 14e éd., Zurich 2015, § 33 N 27 et 28, et n. 27 ad N 27.

² PETER BREITSCHMID, Ist Art. 242 Abs. 1 ZGB (Rücknahme der Eigengüter bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Scheidung) zwingendes Recht?, FamPra.ch 2001, 430 ss ; PETER BREITSCHMID, « Scheidungsplanung » ? Fragen um « Scheidungskonventionen auf Vorrat », PJA 1999, 1606 ss ; PHILIP BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag, Zurich 2012, 64 ss. Dubitatif, à juste titre, par rapport à la nature juridique des arguments dans la doctrine qui restreignent la liberté contractuelle entre époux : MARTIN EGGEL, Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod, PJA 2019, 90 ss.

II. L'interprétation de l'art. 242 CC

A. Le texte de l'art. 242 CC

Les art. 241 et 242 CC régissent, comme l'indique leur note marginale commune, le « *partage* » à la suite de la dissolution du régime matrimonial en raison du décès d'un époux et du divorce du couple. Les *clauses du contrat de mariage* peuvent diverger de la loi au regard de la clé de répartition (art. 241 et 242 CC) ou de la composition des masses matrimoniales (art. 242 CC), voire des deux (sans compter d'autres adaptations conventionnelles, par exemple au sujet de la part à la plus-value). Du point de vue de la terminologie, même une modification partielle de la solution légale aboutit à un partage « *conventionnel* ». Si seule la loi s'applique, on parlera pour les besoins de la présente analyse du partage « *légal* ».

Pour l'*hypothèse du divorce*, le *partage légal* selon l'art. 242 CC consiste en la modification des masses matrimoniales prévues conventionnellement par la reprise de « biens propres p.a.a. » prévue à l'al. 1 et en le partage par moitié des biens communs restants de l'al. 2. Sans plus de précisions dans ces deux alinéas, il faut considérer qu'ils représentent les *deux volets du partage*.³ En effet, tant la composition des biens communs, respectivement leur *recomposition*, que la clé de répartition des biens communs, déterminent ce que reçoit chaque époux dans le partage. Les règles des al. 1 et 2 de l'art. 242 CC auraient d'ailleurs pu faire partie d'un seul alinéa, vu leur objet commun, le partage « *légal* » ; la construction de cette disposition en trois alinéas semble plutôt due à sa genèse (ci-dessous, II.B.). Une intention du législateur de les scinder aux fins de soustraire l'al. 1 à un éventuel partage conventionnel ne peut, à notre sens, pas être déduite du texte légal. Certes, la version française utilise le mot *partage* dans les al. 2 et 3, mais les versions allemande et italienne ne font référence à la « *gesetzliche Teilung* » et à la « *ripartizione legale* » que dans l'al. 3. Dans aucune des langues, une mention spécifique se trouve dans l'al. 1 ou dans la deuxième partie de l'al. 3 selon laquelle une exclusion conventionnelle de la reprise de « biens propres p.a.a. » ne serait pas admissible.⁴

Certains auteurs expliquent la première partie de l'al. 3 comme *présomption*, de la part du législateur, d'une volonté implicite des époux de revenir, en cas de divorce, à

³ BORNHAUSER (n. 2), N 158.

⁴ Dans ce sens également, BORNHAUSER (n. 2), N 158. Pour EGGEL (n. 2), PJA 2019, 93, l'art. 217 CC peut être lu comme précision de ce qui découle déjà des dispositions générales sur les contrats de mariage et ne constitue pas une norme matérielle qui contient des conditions légales ; il en va de même de l'art. 242 al. 3 CC.

la clé de répartition légale des biens communs de l'al. 2.⁵ La deuxième partie de l'al. 3 qualifierait, pour ces auteurs, cette présomption de réfragable : elle ne doit donc pas s'appliquer lorsqu'une clause contraire expresse dans le contrat de mariage témoigne de la volonté contraire des époux. Ce raisonnement convainc, mais il soulève en même temps la question de savoir pourquoi il se limiterait au seul al. 2. Comme évoqué au paragraphe précédent, la loi ne contient aucune précision dans le sens d'une application restrictive de l'al. 3, 2^e partie. Il paraît donc cohérent d'appliquer la présomption décrite et la possibilité de la renverser aux deux volets du contrat de mariage qui déterminent le résultat du partage, à savoir à la composition des masses et à la clé de répartition des biens communs conventionnels.

Le texte de l'al. 2 de l'art. 242 CC ne s'y oppose d'ailleurs pas. Les « *biens communs restants* » mentionnés peuvent être les biens communs déterminés sur la base de l'al. 1 ou ceux prévus pour l'hypothèse du divorce dans le contrat de mariage.⁶ À nouveau, le texte légal n'est pas précis dans un sens ou dans l'autre. Dans tous les cas, il y a lieu de partager les biens visés selon la loi ou, en application de l'al. 3, 2^e partie, conformément à la répartition prévue dans le contrat de mariage.

En l'absence d'une précision ou d'indices du contraire dans le texte légal,⁷ on peut considérer, à notre avis, la première partie de l'al. 3 de l'art. 242 CC comme renfermant des présomptions au regard de la clé de répartition et de la composition des masses, à traiter séparément. Dans un cas concret, il pourrait donc y avoir application du seul al. 1, du seul al. 2, des deux alinéas ou d'aucun des deux, en fonction des clauses du contrat du mariage.

L'*interprétation littérale* de l'art. 242 CC peut se résumer en le constat que les al. 1 et 2 de cette règle traitent du « *partage légal* », auquel se réfère aussi l'al. 3. On peut, avec une partie de la doctrine, considérer que l'al. 3, première partie, comprend une *présomption légale* et que les époux peuvent, selon la deuxième partie de l'al. 3, renverser cette présomption au moyen de clauses expresses dans

le contrat de mariage. Le texte légal ne confirme toutefois pas l'opinion que l'al. 3, deuxième partie, devrait se référer au seul al. 2 de l'art. 242 CC. Les auteurs qui défendent une telle interprétation et, de ce fait, tiennent l'al. 1 pour impératif, le font d'ailleurs le plus souvent en invoquant des raisons historiques (cf. ci-après II.B.) et sans procéder à une interprétation littérale de l'entier de l'art. 242 CC.⁸

B. La genèse de l'art. 242 CC

Le Message du Conseil fédéral en vue de la réforme du droit matrimonial de 1988 se réfère au regard de la réglementation préconisée pour le cas de divorce effectivement au *droit antérieur* et en particulier aux art. 154 et 189 al. 1 CC1912.⁹ C'est aussi l'argument principal sinon unique des auteurs en faveur de l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC.¹⁰ Quelques constats à l'égard des dispositions du droit antérieur et du processus d'élaboration des art. 217 et 242 CC1988 s'imposent, à notre sens, pour apprécier cette argumentation :

- Les art. 154 et 189 CC1912 n'étaient *pas des dispositions de l'ancienne communauté de biens*. L'art. 154 relevait du droit du divorce. Il lisait à son al. 1 « en cas de divorce, chacun des époux reprend son patrimoine personnel, quel qu'ait été le régime matrimonial » et à son al. 2 « le bénéfice est réparti entre eux conformément aux règles de leur régime ; ... » ; selon son al. 3, les époux divorcés perdaient « tous avantages résultant du contrat du mariage... ». L'art. 189 al. 1 CC1912, qui faisait partie des dispositions générales des régimes matrimoniaux, prévoyait pour le cas de l'instauration d'une séparation de biens pendant le mariage que « les biens matrimoniaux rentrent, sous réserve des droits des créanciers, dans le patrimoine personnel du mari et de la femme ».

Ces deux dispositions du droit antérieur visaient donc *aussi* certaines des situations couvertes par l'actuel art. 242 CC, mais leurs *champs d'application* étaient

⁵ Cf. p.ex. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 28 ; EGGEL (n. 2), PJA 2019, 92.

⁶ Il peut s'agir de tous les biens communs conventionnels ou d'une partie ; la liberté contractuelle des époux permet également cette dernière variante. Cf. au sujet des conditions du contrat de mariage, EGGEL (n. 2), PJA 2019, 91 s., 97 ; CARMEN LADINA WIDMER, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, RSJB 419 ss, 427.

⁷ Voir ATF 122 III 308 c. 2, par rapport à une question similaire au sujet de l'art. 154 al. 2 CC1912. Dans ce sens, en se fondant sur l'élaboration des art. 120 al. 2 CC sur la base de l'art. 154 CC1912 : BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1608 s. (voir aussi II.B. ci-dessous).

⁸ Comme le dit BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 433, n. 3 et 4, la doctrine se limitait à ce moment (aussi) à « *den Meinungsstand der Doktrin (als gefestigt) wiederzugeben* », sans procéder à une interprétation fondée sur le texte de la loi ou les matériaux.

⁹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), 11.7.1979, FF 1979 II 1179 (cit. Message), N 223.663 (les pages du Message citées se réfèrent au tiré-à-part).

¹⁰ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242, N 3 ss ; HEGNAUER (n. 1), N 332.1 ; WISSMANN (n. 1), 338 ; NIQUILLE-EBERLE (n. 1), 204, avec une référence supplémentaire à l'art. 134 CC1912 ; GEISER (n. 1), 132 ; DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 514, mais seulement par une n. faisant référence à GEISER et NIQUILLE-EBERLE qui se fondent sur l'art. 154 CC1912.

plus larges et, partant, différents. Il s'y ajoute que leur *impérativité n'était pas établie*¹¹ et que les *formulations* des anciennes et des nouvelles dispositions ne sont pas les mêmes. La référence, dans le Message, aux deux dispositions du droit antérieur ne suffit ainsi pas pour conclure à la nature impérative ou dispositive de la nouvelle norme de l'art. 242 CC.

- Une interprétation plus poussée de cette disposition paraît d'autant plus nécessaire que la réforme du droit du mariage a abouti, comme le voulait le législateur, à des changements fondamentaux du droit du mariage (ci-dessous, II.C.), ce qui s'est traduit par *un contenu et une systématique de la loi très différents* de ceux du droit antérieur¹². Ainsi, l'intégration de concepts ou de textes du droit antérieur ne doit pas être comprise comme une transposition pure et simple du contenu et de l'esprit des normes antérieures. L'art. 242 al. 1 CC – qui figurait comme art. 239 al. 1 dans le projet de loi (cit. P-CC) – témoigne de ces changements fondamentaux : ce texte qui s'appuie sur les art. 154 et 189 al. 1 CC1912 n'apparaît plus que dans la communauté de biens du droit actuel. Cela s'explique par le fait qu'une telle disposition ne fait du sens que dans ce régime, seul dans le droit actuel à comprendre une masse constituée de biens appartenant en commun aux époux pendant le régime et devant être attribués à l'un ou à l'autre aux fins de la liquidation du régime. Dans les deux autres régimes matrimoniaux – la participation aux acquêts et la séparation de biens – il n'y a plus de modification de la propriété des biens des époux du fait de leur régime. L'existence d'une norme similaire à l'art. 242 CC dans la loi antérieure ne permet pas de conclure automatiquement à son applicabilité dans le droit actuel selon les mêmes modalités.
- Fonder l'impérativité de dispositions du CC1988 sur celles du CC1912 est problématique aussi en raison des particularités du *processus de l'élaboration du CC1988* à l'égard des régimes matrimoniaux. L'*Avant-projet de loi* ne proposait que deux régimes, la participation aux acquêts et la séparation de biens. Selon les concepteurs du nouveau droit, la communauté de biens ne devait pas être reprise de l'ancien droit, mais elle était finalement quand même insérée dans le projet de loi en raison des nombreuses demandes dans ce

sens lors de la procédure de consultation.¹³ Le *projet présenté ensuite aux Chambres* en 1979 n'autorisait aucune modification conventionnelle du partage légal en cas de divorce tant dans la participation aux acquêts que dans la communauté de biens.¹⁴ Les dispositions topiques étaient les art. 214 et 239 P-CC ; toutes deux s'entendaient ainsi comme normes impératives. Pour la participation aux acquêts, cette réglementation ne concernait logiquement que la clé de répartition du bénéfice de l'union conjugale, alors que, tout aussi logiquement, pour l'art. 239 P-CC, la reprise des « biens propres p.a.a. » prévue à l'al. 1 et la clé de répartition des biens communs de l'al. 2 étaient concernées. Cependant, les Commissions du Conseil aux États et du Conseil national chargées d'élaborer la version définitive de la loi (cit. les Commissions) considéraient cette *solution trop sévère*, notamment au regard du but du législateur d'accorder dorénavant une grande liberté contractuelle aux époux (cf. aussi II.C.). La possibilité d'une *dérogation au partage légal* par une clause expresse du contrat de mariage a donc été *rajoutée au P-CC* très tard dans le processus parlementaire au moyen d'une adjonction aux art. 214 et 239 al. 3 P-CC et a été adoptée, dans le cadre du vote final de la loi, par les Chambres.¹⁵ La lecture des matériaux révèle que les *délibérations dans les Commissions et dans les Chambres* portaient quasi-exclusivement sur l'art. 214 P-CC et se situaient ainsi *dans le contexte de la participation aux acquêts*, qui ne connaît pas de biens « communs » des époux. L'al. 3 de l'art. 239 P-CC a ensuite été modifié sans discussion spécifique dans le même sens que l'art. 214 P-CC ; il n'a, en particulier, pas été expliqué que l'art. 214 P-CC n'avait

¹¹ Dans ce sens, ATF 122 III 308 c. 2, concernant l'application de l'al. 2 en dérogation à l'al. 3 de l'art. 154 al. 2 CC1912. Voir aussi BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1608 s. ; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 3 ; PAUL LEMP, Berner Kommentar, Art. 159–251 ZGB, Bern 1954, art. 189 N 6 (cit. BK-LEMP).

¹² Message (n. 9), N 176.

¹³ Message (n. 9), N 174.2, 175.4 et 176. On peut probablement en déduire que les réflexions préalables sur sa nouvelle version étaient moins approfondies que sur celles des autres régimes. Pour plus de détail sur les étapes dans l'élaboration du droit actuel, voir DESCHENAU/STEINAUER (n. 1), 19 ss.

¹⁴ Cf. Message (n. 9), N 222.542.2 et 223.663, et le texte légal cité dans Message, 201 ss. Voir aussi BO-CE 1981, 154 ss, 159, 162. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 142 N 5.

¹⁵ Procès-verbal de la séance de la Commission du Conseil national (ComCN) (cit. Procès-verbal ComCN 1982), 5-7.5.1982, 757 ss, et de celle de la Commission du Conseil des États (ComCE) (cit. Procès-verbal ComCE 1982), 18-21.10.1982, 1108 ss ; BO-CN 1983, 678 et 685 ; BO-CE 1984, 139 et 140.142. Le fait que, dans la participation aux acquêts, il peut aussi y avoir une modification (conventionnelle) des masses matrimoniales (art. 199 CC), a brièvement été évoquée dans la discussion en ComCE, mais une re-composition des acquêts en cas de divorce a été rejetée après une brève discussion. Cf. aussi BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 5 s. Pour la cohérence entre les régimes, voir aussi II.D. et E. ci-après.

pas et ne pouvait pas avoir de pendant à l'art. 239 al. 1 P-CC ni la raison d'être ce dernier.¹⁶

- Les *procès-verbaux des Commissions et ceux des Conseils national et des États* démontrent par ailleurs que la communauté des biens dans son ensemble et plus particulièrement l'art. 239 P-CC étaient *peu discutés*. Les débats étaient focalisés sur la réalisation des *buts de la réforme* (égalité des époux, renforcement de l'autonomie des époux, permettre aux couples de favoriser le conjoint survivant), sur les modalités d'un changement du partage légal surtout dans la participation aux acquêts et sur la protection plus ou moins étendue des descendants en cas de dissolution du régime pour cause de décès.¹⁷ Il était souligné en commission et aux Chambres qu'il ne fallait pas se baser sur le droit de 1912, mais que de (nouvelles) solutions justes devaient être trouvées pour le présent et pour tenir compte des besoins actuels, y compris de ceux pouvant apparaître en cas de divorce. Plusieurs intervenants ont d'ailleurs insisté sur la fréquence des divorces et la tendance grandissante, en comparaison avec le début du 20^e siècle, des couples à consulter un notaire et de régler leurs relations patrimoniales pour le cas du divorce, comme pour celui du décès de l'un d'eux. La protection des personnes mariées paraissait assurée, en règle générale, par l'intervention nécessaire d'un notaire lorsqu'un couple entend conclure un contrat de mariage. Pour la *communauté de biens* plus spécifiquement, la *présentation générale initiale de ce régime aux Chambres* incluait un bref aperçu du partage en fin de régime, mais la question des dettes des époux et l'intérêt, pour certains couples, de la communauté de gestion et de responsabilité caractérisant ce régime, ainsi que la protection des réserves des descendants occupait davantage les esprits.¹⁸ Comme

déjà évoqué ci-dessus, l'impression se dégage des procès-verbaux que l'essentiel des discussions au sujet de la modification du partage à la fin du mariage ayant été traité – de manière approfondie – à l'égard de la participation aux acquêts, les questions spécifiques qui se posent à ce sujet dans la communauté de biens n'ont simplement pas été perçues et, de ce fait, n'ont pas été traitées. De ce fait, aucune allusion ou affirmation claire au sujet de l'interprétation des al. 1 et 3 de l'art. 242 CC ne figure dans les matériaux.

En résumé, l'argumentation discutée dans cette partie qui justifie l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC en s'appuyant sur des éléments découlant du droit antérieur ne convainc guère, car cette législation n'est pas comparable au droit du mariage de 1988. Une volonté explicite du législateur d'exclure des dérogations conventionnelles à la reprise des « biens propres p.a.a » ne découle ni du texte légal finalement adopté ni des discussions aux Chambres, voire dans les Commissions. Une volonté implicite dans ce sens n'apparaît pas non plus dans les brèves mentions des alinéas 1 et 3 de l'art. 239 P-CC lors des délibérations en commission et aux Chambres.

C. L'esprit des législations de 1912 et de celles de 1988 (et de 2000)

Le droit du mariage de 1988 introduit une *législation fondamentalement différente de la précédente*, comme nous l'évoquons plus haut. Ce fait suscite la question de savoir si volonté du législateur à l'égard de l'impérativité de l'al. 1 de l'art. 242 al. 1 CC peut alors être décelée de l'esprit du droit matrimonial de 1988 en général ou de son concept de la relation entre régimes et divorce.

Le CC1912 était empreint d'une conception des rôles des hommes et des femmes dans la société datant du début du dernier siècle, voire d'avant, et consacrait *l'inégalité au sein du couple et l'incapacité civile de l'épouse*. Le système de régimes matrimoniaux construit sur cette base était plus perméable – les régimes pouvaient être combinés¹⁹ – et beaucoup plus complexe que celui instauré en 1988.²⁰ Le régime « interne » pouvait ne pas correspondre à celui valable envers les tiers. Pour protéger surtout la femme mariée dans cette situation complexe, les conventions matrimoniales des époux passées pendant le mariage

¹⁶ Une très brève indication au sujet de la reprise des « propres p.a.a » a été faite en ComCN ; cf. Procès-verbal ComCN 1982, 1109. Ni M. Hausheer et Mme Reusser, ni M. Deschenaux, qui étaient présents dans les Commissions, ne traitent cet aspect du processus législatif dans BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 6, respectivement DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 27. NIQUILLE-EBERLE (n. 1), 205, fonde l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC qu'elle préconise sur le fait que seule la modification de la clé de répartition du bénéfice de l'union conjugale est autorisée par l'art. 217 CC, sans tenir compte qu'une disposition semblable à l'art. 242 al. 1 CC n'est pas possible vu la composition des masses dans la participation aux acquêts.

¹⁷ Cf. à ce dernier sujet, TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (n. 1), § 33 N 27 et n. 30. Voir aussi BO-CE 1981, 154 ss ; BO-CN 1983, 673 ss ; BO-CE 1984, 137 ss et 141 s.

¹⁸ Pour le contenu des délibérations, cf. BOAF 1983 CN 682 ss ; CE 1984 CE 141 ; Procès-verbal ComCN 1982, 762 s. ; DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 444.

¹⁹ Pour le détail, cf. BK-LEMP (n. 11), notamment au sujet des art. 179 CC1912 (combinaison des régimes), 190–193 (biens réservés) et des régimes du droit antérieur (art. 194 ss), de la communauté de biens (art. 215 ss) et de la séparation de biens (art. 241 ss).

²⁰ Pour un aperçu, cf. DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 2 ss, 17 ss.

étaient sujettes à l'approbation de l'Autorité de tutelle.²¹ La reprise de « son patrimoine personnel » par chacun des époux, prévue à l'art. 154 CC1912 devait garantir surtout à la femme, qui se trouvait pratiquement sous la tutelle de son mari pour la gestion de ses ou de leurs biens, de pouvoir recouvrer ses apports à la fin du régime, notamment dans le régime de l'union de biens.

Dès avant le milieu du dernier siècle, le cadre légal ne correspondait cependant plus à l'évolution de la société. En empoignant la réforme du droit matrimonial, la volonté politique était de prendre un tournant décisif vers *l'égalité des époux, l'émancipation de la femme et une large autonomie de la volonté des époux* considérés comme deux personnes égales et pleinement capables.²² Cet esprit nouveau est manifeste partout dans la loi, sur tous les plans et en particulier par les choix du législateur en matière de régimes matrimoniaux et de restrictions ou de contrôles des actes juridiques des époux. Le droit du mariage de 1988 ne représente ainsi pas une évolution dans la prolongation du droit antérieur, mais une refonte du droit témoignant d'une *rupture volontaire* d'avec les prémisses du droit antérieur.²³ Ce phénomène a aussi influencé le droit du divorce et a mené à une nouvelle conception du divorce, documentée dans la loi en vigueur depuis 2000, qui repose, comme le droit du mariage, largement sur l'autonomie des époux.

Justifier l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC par celle de normes de la *loi antérieure*, comme le fait une grande partie de la doctrine, prête ainsi flanc à la critique non seulement pour les raisons discutées sous II.B.,²⁴ mais aussi parce que cette position ne pas tient pas compte des différences fondamentales de l'esprit des droits matrimoniaux de 1912 et 1988.²⁵

La doctrine majoritaire qui motive sa position restrictive, se fonde cependant souvent sur une *conception du couple*, selon laquelle ce serait encore généralement le mari qui fournit l'apport le plus important aux ressources financières de la famille par les revenus de son travail ou de son entreprise²⁶ et l'épouse s'occuperait du foyer et

serait ainsi par définition économiquement moins « productive ». L'épouse ne devrait alors pas pouvoir bénéficier des biens du mari lors d'un divorce dans la même mesure qu'en cas de dissolution du mariage par le décès, ce même en dépit des clauses de leur contrat de mariage.²⁷ Or, vu la diversité des modes de vie des couples mariés, le législateur de 1984, déjà, a refusé d'entériner le couple traditionnel comme modèle légal dans la loi. La position de la doctrine sur cette base ignore également que les époux peuvent avoir des *motivations diverses* pour adopter la communauté de biens et à déterminer ses détails, dont la composition de la masse des biens communs et son éventuel maintien en cas de divorce, par exemple, le partage d'un risque entrepreneurial ou la prévoyance. La position de la doctrine majoritaire étonne d'autant plus que les créanciers des époux restent garantis, selon l'avis des mêmes auteurs, sur les masses matrimoniales selon le contrat de mariage.

Il est manifeste que le résultat, dans un cas d'application concrète de l'art. 242 al. 1 CC, n'est pas nécessairement plus *équitable* que celui des clauses de la convention (cf. ci-après II.D.). Les remèdes préconisés par la doctrine dans l'hypothèse du couple traditionnel pour *rétrotribuer* (« *abgelten* ») l'époux économiquement plus faible pour son travail au foyer et sa contribution à l'entreprise du conjoint en cas de divorce sont : une rente post-divorce, le partage de la prévoyance ou d'autres moyens du droit du divorce, ou encore, sur la base d'un contrat de mariage, une part augmentée des biens communs réduits selon l'art. 242 al. 1 CC.²⁸ Or, il n'est pas certain que ces remèdes, pris individuellement ou cumulativement, compensent, notamment dans les communautés de biens universelles, la réduction des biens communs à partager causée par la reprise des « biens propres p.a.a. ». Par ailleurs, dans le cas de certains couples, les remèdes cités n'entraîneraient simplement pas en considération et l'avantage

²¹ DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 2 ss; WISSMANN (n. 1), 331.

²² Message (n. 9), N 142 s., 183 s.; Procès-verbal ComCN 1982, 757 et de nombreuses autres citations ; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 6 ; BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 432 s. ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (n. 1), § 31 N 5 ss.

²³ Cf. Message (n. 9), Partie générale, 3 ss et N 176. DESCHENAUX/STEINAUER (n. 1), 5 ss et 165 ss.

²⁴ Voir les références aux auteurs dans la n. 11.

²⁵ Dans ce sens : BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 433 et 434. Cf. aussi Procès-verbal ComCN 1982, 762.

²⁶ Cf. II.B. ci-dessus, n. 11. La vision du mari, not. de l'entrepreneur, pourvoyeur des ressources financières de la famille, était aussi très présente dans les discussions concernant la protection des réserves

des descendants dans les Commissions et les Chambres. La réintroduction de la communauté de biens dans le projet 1979 a été décidée, entre autres, pour éviter, comme certains le craignaient dans les Commissions et les Chambres, que les couples propriétaires d'entreprise ne voudraient pas se plier aux qualifications de la participation aux acquêts et, sans autre choix, opteraient en grand nombre pour la séparation de biens qui ne prévoit aucun partage de ce qui a été créé par le couple pendant le régime.

²⁷ Cf. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 7; les auteurs y saluent l'adaptabilité de ce régime grâce à l'al. 3 de l'art. 242 CC tout en préconisant l'impérativité de l'al. 1 afin de protéger le « Ehegatten, der sich (*meist*) aus *idealistischen Überlegungen* für eine enge wirtschaftliche Gemeinschaft mit seinem Partner entschieden hat » (italiques ajoutées). Voir aussi Procès-verbal ComCN 1982, 759.

²⁸ Cf. p.ex. BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (n. 1), art. 242 N 3.

recherché par le contrat de mariage pour l'un des époux peut-être précisément pour cette raison serait intégralement perdu par l'application de l'al. 1 de l'art. 242 CC.

Il est important enfin dans ce débat de partir du constat que les al. 1 et 2 de l'art. 242 CC comportent déjà une *protection de l'époux désavantagé par le contrat de mariage*, car ces règles s'appliquent de toute manière dans les cas où les époux ne conviennent rien au sujet des modalités de la liquidation de leur régime en cas de divorce. En revanche, imposer l'application de l'art. 242 al. 1 CC *malgré une clause expresse* du contraire dans le contrat de mariage ignore, outre la réalité sociétale et juridique, la volonté expresse des époux, en principe élaborée avec l'aide d'un notaire.²⁹ Le *renforcement de la volonté des époux* était cependant un des buts primaires de la réforme du droit matrimonial ; sa réalisation favorisait en même temps celle de l'autre grand but du législateur, à savoir créer une loi qui entérine (enfin) la parfaite égalité de traitement des deux époux. Pour cette raison, le législateur de 1988 n'a pas voulu présenter un modèle de couple ou d'organisation conjugale préféré.³⁰ Il n'entendait pas non plus récompenser ou pénaliser les époux en rupture, principe fondamental entériné et renforcé ensuite dans le droit du divorce de 2000. La volonté des époux devait pouvoir s'exprimer par le choix du régime et par le choix des adaptations autorisées, dont deux sont énumérées aux al. 1 et 2 de l'art. 242 CC. Une interprétation restrictive de la loi revient à une limitation de la liberté contractuelle des époux non conforme à l'esprit du CC1988, alors qu'une volonté spécifique du législateur dans ce sens ne peut être déduite des procès-verbaux des Commissions et des délibérations aux Chambres.³¹

Reste à vérifier si l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC peut s'expliquer par la réticence, qui se faisait encore jour lors de l'élaboration de la loi dans la jurisprudence et dans la doctrine, de permettre aux époux de *régler les effets du divorce dans un contrat de mariage*. En effet, comme cela fut invoqué à plusieurs reprises lors des délibérations dans les Commission et aux Chambres, au moment de conclure leur contrat de mariage, les époux sont en bons termes et, dans la règle, disposés à conclure des engagements et à faire des compromis, mais ils ne peuvent connaître leur

situation personnelle et patrimoniale au moment du divorce qui sera forcément différente et se produit souvent des années plus tard.³² La question-clé fut celle de savoir *à quel point les époux doivent être protégés contre leurs propres dispositions* dans les contrats de mariage dans l'hypothèse d'un divorce du couple.

Comme évoqué sous II.B., le *P-CC initial* comprenait des dispositions impératives pour la liquidation pour cause de divorce des régimes de la participation aux acquêts (art. 214 P-CC) et de la communauté de biens (art. 239 P-CC). Ces dispositions devaient s'appliquer dans tous les cas, même si elles invalidaient les clauses contraires de la convention des époux qui avaient décidé en toute connaissance de cause. Cette solution légale paraissait particulièrement contraignante à la lumière de l'objectif législatif de laisser une grande place à la liberté contractuelle des personnes mariées. C'est ainsi que, vers la fin des travaux parlementaires, sur proposition du prof. Petitpierre et après une discussion approfondie en commission *de la situation des couples mariés sous la participation aux acquêts*, le texte de l'art. 214 P-CC (devenu l'art. 217 CC) a été complété par l'adjonction « à moins que le contrat de mariage ne prévoie expressément le contraire » et adopté sous cette forme sur la base des explications fournies par les Chambres.³³ L'art. 214 P-CC était ainsi changé en une règle dispositive. Tel était le cas aussi de l'art. 239 al. 3 P-CC sur lequel la solution de la participation aux acquêts a été reportée pratiquement sans discussion. Aux yeux du législateur, la protection des époux restait assurée, d'une part, par la *présomption réfragable* en faveur de la solution légale des art. 214 et 239 al. 1 et 2 P-CC et d'autre part, en amont, lors de la conclusion du contrat de mariage, par le *concours obligatoire d'un notaire* qui doit permettre aux époux de pouvoir se former une volonté éclairée et mûrement réfléchie quant à l'existence et au contenu de leur convention.³⁴

²⁹ Le droit des régimes de 1988 favorise plus que le droit antérieur le conjoint survivant ; de ce fait, la communauté de biens pourrait être utilisée plus qu'avant pour réaliser d'autres buts des époux, selon WISSMANN (n. 1), 323, I.1.

³⁰ Message (n. 9), N 142.1, qui décrit la différence sur ce point d'avec le droit de 1912, et plus particulièrement N 142.2, ainsi que N 183 et 184.

³¹ Message (n. 9), N 221.23 ; les procès-verbaux des Commissions contiennent de très nombreuses allusions à cet objectif.

³² Procès-verbal ComCN 1982, 761 s. Au sujet de ces réticences et pour des considérations sur le plan judiciaire, cf. ARNAUD F. PHILIPPE, Planification du divorce et conventions, PJA 2007, 1241 ; l'auteur souligne également la volonté du législateur de favoriser les conventions entre époux dans le droit du divorce de 2000. Voir à ce sujet aussi II.D.).

³³ Procès-verbal ComCN 1982, 763 ss, 1109 s.; comme évoqué sous II.B., sauf pour une allusion à l'al. 1 de l'art. 239 P-CC, la différence entre cet article et l'art. 214 P-CC n'a pas été discutée.

³⁴ Message (n. 9), N 221.23 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (n. 1), art. 183 N 1 ; BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 431. Un éventuel défaut du notaire de fournir les explications voulues aux époux devrait constituer un fait concret et isolé, susceptible d'entraîner des prétentions en dommages et intérêts, mais qui n'intéresse pas la discussion générale sur la norme en soi.

Une discussion sur l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC aux Chambres – ou au moins en commission – aurait été souhaitable. Vu les allusions fréquentes à l'autonomie des époux sur le plan patrimonial préconisée pratiquement unanimement par les participants aux travaux législatifs et la solution légale de base de l'art. 242 al. 1 et 2 CC, il est permis de penser que l'*applicabilité de la deuxième partie de l'art. 242 al. 3 CC aussi aux clauses conventionnelles concernant la composition des masses matrimoniales en cas de divorce* y aurait été confirmée.

D. Le concept du droit des régimes et la logique inhérente à la communauté de biens

L'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC pourrait découler du concept du législateur du droit des régimes et, partant, de la logique inhérente aux régimes conventionnels. L'analyse de ces éléments donne les résultats suivants :

Tous les couples mariés sont soumis au droit des régimes matrimoniaux pendant la durée de leur mariage. Le concept qui sous-tend ce droit prévoit un cadre légal réglant de manière adéquate les relations patrimoniales des époux qui ne prennent aucune initiative à cet égard, tout en offrant un choix nuancé et adaptable au petit groupe de couples qui souhaitent le faire.³⁵ Il en résulte trois régimes matrimoniaux, dont le régime légal de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC), et de nombreux autres choix à la disposition des époux. Le choix des régimes de la séparation de biens (art. 247 ss CC) et de la communauté de biens (art. 221 ss CC) doit être explicite et doit se faire par la conclusion d'un contrat de mariage avant ou pendant le mariage (art. 182 CC).

Sur cette base, le législateur a donné une *logique inhérente* propre à chacun des trois régimes. La *séparation de biens* maintient une séparation complète des patrimoines des époux et ne permet pas d'aménagements ; elle convient aux couples qui n'entendent pas laisser le mariage influencer sur leurs situations patrimoniales. La *participation aux acquêts* maintient également la séparation des patrimoines des époux pendant le mariage, permettant toutefois quelques aménagements par les époux, et se caractérise en particulier par le partage de ce qui a été créé pendant le mariage par les époux. La *communauté*

de biens comprend une masse de biens appartenant aux deux époux en propriété commune et consacre également l'idée d'un partage en fin de régime, dont la substance dépend toutefois largement de la volonté des époux qui déterminent dans leur contrat de mariage la composition de la masse des biens communs et éventuellement la clé de répartition. Le choix des époux, s'agissant de la masse des biens communs, va de l'attribution d'un maximum de biens aux biens communs à une masse des biens communs réduite à un bien ou peu de biens. Les modalités de l'utilisation de ces biens par les époux, leurs pouvoirs de gestion, l'attribution des revenus, pour ne citer que quelques exemples, peuvent également être déterminés par les clauses du contrat. Il est important, pour la question posée ici, de souligner que cette possibilité est conçue de manière à permettre aux époux de créer un régime taillé sur mesure par eux-mêmes pour répondre à leurs attentes et souhaits.

Le législateur n'entendait pas favoriser certains modèles familiaux.³⁶ La loi est donc neutre par rapport aux motivations des époux à prendre des décisions concernant leurs patrimoines.³⁷ L'adoption de la communauté de biens doit, pour certains couples, documenter leur conception du mariage comme une communauté de vie et de destin par l'attribution d'un maximum de biens aux biens communs destinés à une gestion commune pendant le mariage et au partage à la fin du régime.³⁸ D'autres couples adoptent ce régime pour augmenter leur crédit commercial par la création d'une masse de biens communs plus importante que ce qui est possible dans la participation aux acquêts afin, par exemple, de garantir les dettes liées à l'entreprise de l'un des époux ou des deux.³⁹ Le souhait de l'un des époux d'attribuer au conjoint une part importante de sa fortune, même héritée, par le biais de son intégration

³⁶ Tout en étant conscient du fait qu'en Suisse que le régime légal revêt une importance particulière en raison de la faible propension des couples de choisir un régime conventionnel. Cf. n. 35.

³⁷ À tout le moins si les effets du contrat de mariage ne se déploient pas seulement lors de la liquidation du régime et sous réserve des limites générales (art. 19 et 20 CO, 27 al. 2 CC) et spécifiques de forme et de fond ; EGGEL (n. 2), PJA 2019, 94 et n. 34 renvoyant à n. 27 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 1), N 774 ss. Cf. aussi ATF 112 II 390 c. 3.a, de 1986, donc encore sous le droit antérieur, mais après l'adoption du droit actuel. Au sujet des possibilités de contester la validité des clauses du contrat de mariage discutées ici, cf. BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1609 ss.

³⁸ C'est la motivation évoquée le plus souvent par la doctrine, cf. BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (n. 1), art. 242 N 31 s.

³⁹ Cf. n. 11 et 26. Les références aux « Gewerbe » et « Gewerbetreibenden » sont multiples lors des délibérations dans les ComCN et ComCE, notamment les interventions lors de la séance de la ComCN 1982 (Hausheer, procès-verbal, 763 et 765, et Petitpierre, 1110). Voir aussi BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 7.

³⁵ Probablement entre 90 et 95 % des couples mariés sont soumis au régime légal et moins de 0.5 % à la communauté de biens ; cf. Message (n. 9), N 152 ; des statistiques actuelles n'existent malheureusement pas, mais le déséquilibre entre couples avec et ceux sans contrat de mariage devrait toujours être grand. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 1), N 756, 761, 764.

dans une masse de biens communs, peut également être satisfait par le choix de la communauté de biens.⁴⁰ Enfin, en sens contraire, la volonté de ne partager la propriété et la gestion que d'un bien ou de certains biens – sans égard à la provenance de ce bien – et de sauvegarder l'indépendance totale des patrimoines des époux par ailleurs, peut se réaliser également – et uniquement – dans le cadre de la communauté de biens. On s'approche dans ce dernier cas de la séparation de biens.

Les époux peuvent renforcer leur choix en prévoyant des modalités ou conditions spécifiques, par exemple, concernant la composition des masses matrimoniales en cas de divorce ou dans d'autres cas de dissolution du régime. La motivation des époux de traiter les effets patrimoniaux de leur *divorce* dans leur contrat de mariage peut interpellier, comme déjà évoqué sous II.C., car les *effets de telles clauses* ne doivent se déployer qu'à la fin du mariage, souvent dans une ambiance de mécontentement et de méfiance. Le législateur a néanmoins, de manière réaliste, admis de telles clauses.⁴¹ Le taux des divorces était déjà élevé à la fin des années 1970 et aux dires des praticiens, de nombreux couples souhaitaient déjà à cette époque régler l'éventualité d'une rupture de leur union dans leur contrat de mariage, soit à un moment où l'entente est encore possible et où une certaine objectivité existe, ce qui ne sera plus nécessairement le cas dans une situation de rupture.⁴² La liberté contractuelle dont jouissent les époux soumis à la communauté de biens implique le respect, par les deux époux, des droits et obligations convenus. Des clauses concernant le partage, valables également en cas de divorce, créent la sécurité du droit dans leur relation.⁴³ Le permettre paraît ainsi conforme non seulement aux buts généraux du droit du mariage, mais aussi au concept de base du droit des régimes matrimoniaux.

De cette manière, la *concordance des art. 214 et 239 P-CC* souhaitée pendant les travaux législatifs est maintenue également : dans les deux régimes, la clé de répartition peut être modifiée aussi pour toutes les hypothèses de la dissolution du régime, et une requalification des biens communs n'est pas exigée des époux soumis à la communauté de biens comme elle ne l'est pas non plus des

couples soumis à la participation aux acquêts à l'égard des biens propres créés par une convention au sens de l'art. 199 CC.⁴⁴

La *communauté de biens* repose plus largement que les autres régimes sur la relation contractuelle des époux. Permettre à ceux-ci de déterminer le sort des biens communs aussi pour le cas d'un divorce correspond donc à la *logique inhérente* de ce régime qui, au contraire, est rompue par l'application de l'art. 242 al. 1 CC. En effet, la volonté des époux au sujet du partage des biens communs est documentée dans le contrat de mariage et ce n'est pas l'absence d'une clause concernant le divorce qui prouve que cette volonté ne s'étend pas à cette hypothèse. Dès lors, le principe du respect des engagements pris voudrait que le contenu du contrat de mariage prime sans égard à une mention spécifique dans la convention des époux.⁴⁵ Or, le P-CC, dans sa version initiale, préconisait le contraire sur la base d'une fiction par rapport à la volonté des époux : selon le Message, le « régime exceptionnel de la communauté [était] conçu pour la vie des époux » et en cas de divorce, ce régime devait être considéré comme ayant « abouti à un échec » justifiant le rétablissement de « la situation patrimoniale initiale ». ⁴⁶ Il est à noter qu'au stade du projet initial, les art. 214 et 239 P-CC, tout en rompant avec le principe de la fidélité contractuelle, présentaient néanmoins une certaine cohérence systématique par le fait que toute la réglementation du partage en cas de divorce était impérative dans les régimes de la participation aux acquêts et la communauté de biens (cf. aussi II.B. et E.). Dans la mesure où *le texte finalement adopté permet également un partage conventionnel prévu expressément pour le cas du divorce*, il paraît conforme à la logique de la communauté de biens d'appliquer cette règle autant à l'al. 1 qu'à l'al. 2 de l'art. 242 CC. Ce dernier argument s'ajoute, à notre avis, à ceux traités plus haut pour considérer l'art. 242 al. 1 CC de *nature dispositiva*.

Nous évoquons dans la partie II.C., avec regret, que des discussions n'ont pas eu lieu pendant les travaux législa-

⁴⁰ Le maintien du mariage peut, mais ne doit pas nécessairement, constituer une condition pour une telle attribution (EGGEL [n. 2], PJA 2019, 91 ss).

⁴¹ Cf. Procès-verbal Com CN 1982, 758, dans la discussion au sujet des art. 213 et 214 P-CC.

⁴² Cf. Procès-verbal Com CN 1982, 757 ss, 762 s.

⁴³ Ce principe général est peu discuté en doctrine par rapport à l'art. 242 al. 1 CC, tout en l'admettant pour la modification de la clé de répartition des biens communs. Voir BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1609 ss, 4c., 5.

⁴⁴ Message (n. 9), N 223.1 : « ... il fallait viser une certaine harmonisation avec le régime ordinaire de la participation aux acquêts. » Cf. aussi n. 15 ci-dessus et II.E. ci-après.

⁴⁵ Cf. BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 435, souligne l'importance de la protection de la confiance du conjoint qui serait préterité par l'application de l'art. 242 al. 1 CC ; BORNHAUSER (n. 2), N 341, avec références à Breitschmid. Cet argument est spécialement important dans les cas de mariages de longue durée ; cf. la protection de la confiance du conjoint par le biais de l'interprétation de l'abus de droit du Tribunal fédéral, dans TF, 5C.70/2001, 22.3.2002, c. 2a.bb et b.bb. Il peut paraître discutable également que la loi protège la confiance des créanciers – qui ne sont pas touchés par l'art. 242 al. 1 CC –, mais pas celle du conjoint.

⁴⁶ Message (n. 9), N 223.663 ; BORNHAUSER (n. 2), N 155 s.

tifs, pour définir les champs d'application des al. 1 et 3, deuxième partie, de l'art. 242 CC. Des réflexions à ce sujet auraient, à notre avis, démontré que le *fondement contractuel* de la communauté de biens rend *impossible de préjuger du résultat* de l'application de l'art. 242 al. 1 CC en termes d'adéquation sociale ou morale. Le seul constat certain à l'égard de cette norme est qu'elle protège l'époux qui serait désavantagé par le partage conventionnel et qu'elle réduit logiquement la part de l'autre époux dans la même mesure. Mais l'art. 242 al. 1 CC n'aboutit ni à une situation semblable à celle des époux au début du régime, ni à celle d'époux soumis à la participation aux acquêts pour les raisons suivantes. Pour atteindre ce dernier but, il faudrait aussi rétablir fictivement, à côté des biens propres, les acquêts, ce que l'art. 242 al. 1 CC ne prescrit pas, malgré le fait que tous les biens qui seraient des acquêts dans le régime légal ne se retrouvent pas nécessairement dans les « biens communs restants » après la reprise des « propres p.a.a. ». La seule soustraction des « biens propres p.a.a. » aux biens communs aboutit à des résultats aléatoires⁴⁷ qui peuvent, dans des cas extrêmes, transformer le régime du couple en une séparation de biens, vidant la communauté de biens et le contrat de mariage de leur substance. Dans de nombreuses autres hypothèses, faciles à imaginer, l'augmentation de la part du conjoint selon l'art. 242 al. 2 CC, même une attribution à 100 % des biens communs restants ne compense pas la réduction des biens communs à partager.⁴⁸ L'al. 1 ne peut pas non plus remettre les époux dans une situation patrimoniale comparable à leur situation initiale car la norme s'applique à la toute fin du régime, à un moment où il n'est plus possible pour les époux d'adapter la communauté de biens ou de revenir à la participation aux acquêts et de l'adapter, par exemple en utilisant les instruments des art. 199 et 206 al. 3 CC.⁴⁹

L'application de l'art. 242 al. 1 CC donne des *résultats aléatoires, voire arbitraires*. Elle pénalise l'un des époux sans égard à la motivation du couple d'adopter la communauté de biens et la composition spécifique de la masse des biens communs, voire d'autres détails du contrat de mariage ou d'autres éléments de la situation patrimoniale du couple. Déjà difficile à approuver en général, la nature impérative de l'art. 242 al. 1 CC devient, à notre avis, indéfendable lorsqu'une *volonté contraire des époux est établie*.⁵⁰ L'application de l'art. 242 al. 1 CC peut aboutir à un résultat (moralement) juste dans un cas concret, comme il peut donner le résultat contraire, mais elle n'aboutit jamais au résultat convenu par le couple. Il ne peut, à notre avis, correspondre à la *logique d'un régime fondamentalement contractuel* d'en effacer les effets clairement stipulés dans le contrat de mariage, sans se préoccuper de la situation en résultant pour les époux. Sans précision explicite du législateur dans ce sens, il ne paraît pas justifié de qualifier l'art. 242 al. 1 CC d'impératif.⁵¹

E. La cohérence des dispositions en matière de régime matrimonial

Ne se justifiant pas par des arguments tenant à la conception des régimes matrimoniaux, l'impérativité de l'art. 242 al. 1 CC peut-elle reposer sur la *cohérence entre dispositions sur les régimes*?⁵²

Sous le droit antérieur, une telle *cohérence* existait entre les art. 154, 189 al. 1 et 134 al. 2 (ci-dessus II.B). Ces dispositions régissaient plusieurs situations *de la même manière* : en cas de divorce ou d'un passage à la séparation de biens, les conventions des époux ne déployaient pas d'effet. De manière semblable, les art. 214 et 239 al. 2 P-CC prévoyaient dans leur version initiale de 1979 (ci-dessus II.B.) que les conventions des époux

⁴⁷ Cela peut être démontré à l'aide des deux exemples suivants. Dans le cas d'époux qui ont attribué aux biens communs de leur communauté certains biens qui, dans la participation aux acquêts, tomberaient sous l'art. 198 ch. 2 CC (p.ex. un immeuble hérité par l'un d'eux), en compensation de biens propres qui seraient des acquêts dans la participation aux acquêts (p.ex. les revenus de l'entreprise du même époux), les biens communs restants après la reprise des « biens propres p.a.a. » seraient (largement) inférieurs aux acquêts ordinaires. Dans l'hypothèse des attributions conventionnelles contraires des mêmes biens, les biens communs ne seraient pas être touchés. Voir aussi BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 1), art. 242 N 7 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (n. 1), art. 242 N 1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 1), N 1585 ; BORNHAUSER (n. 2), n. 329 *ad* N 152.

⁴⁸ Dans ce sens aussi BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 434 ; BORNHAUSER (n. 2), 158.

⁴⁹ Cet aspect n'est pas traité dans l'argumentation de la doctrine.

⁵⁰ Le contrat de mariage peut être attaqué d'emblée par les moyens ordinaires (erreur, dol, contrariété aux mœurs). Cf. BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1608, 1610 (not. par rapport à l'erreur). L'inadéquation de la convention par rapport à la situation des époux au moment du divorce peut être invoquée sur la base de l'art. 279 al. 1 CPC ; cf. CR CPC-TAPPY, art. 279 N 9 ss, avec des réf., in : François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Denis Tappy (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019.

⁵¹ Selon les membres de la ComCN, le retour au régime « ordinaire » devait se faire en tenant compte des intérêts de chacun des époux (« Ausgleich der Interessen ») et en protégeant l'époux économiquement plus faible ; cf. p.ex. ComCN 1982, 764, intervention Mascarin. Ces buts ne peuvent, à notre avis, pas être atteints par une norme générale impérative applicable dans des situations concrètes très différentes, éventuellement diamétralement opposées.

⁵² Au sujet de la méthode systématique pour l'interprétation de la loi, cf. p.ex. BSK ZGB I-HONSELL (n. 1), art. 1 N 10.

ne s'appliquaient pas en cas de divorce, le régime matrimonial du couple ne jouant aucun rôle. *En droit actuel*, cette cohérence des effets du divorce est toujours donnée par les *premières parties* des art. 217 CC et l'art. 242 al. 3 CC qui annulent l'effet des contrats de mariage en cas de divorce.

Les *deuxièmes parties* de ces deux dispositions préservent également la cohérence entre régimes, pour autant que la deuxième partie de l'art. 242 al. 3 CC s'applique aussi à l'al. 1 de cette disposition : les conventions des époux peuvent rester valables en cas de divorce si elles le stipulent expressément. L'*interprétation restrictive* de l'art. 242 al. 3, deuxième partie, par son application au seul al. 2, en revanche, *rompt la cohérence* du droit des régimes. Ce serait l'unique disposition de ce droit qui impose aux époux de liquider leur régime *selon des modalités qui ne correspondent pas à leur convention*. Les conventions des époux restent valables non seulement s'agissant des clés de répartition du résultat de l'union prévues dans le contrat de mariage (art. 216 al. 1, 242 al. 2 *cum* 242 al. 3, deuxième partie, CC), mais aussi sur d'autres points, par exemple, l'attribution de biens acquis aux biens propres (art. 199 CC)⁵³ et l'exclusion de la participation à la plus-value (art. 206 al. 3 et 239 CC). Les donations entre époux (art. 239 ss CO), les désignations de bénéficiaires d'assurance-vie, ainsi que les sociétés et copropriétés des époux ne sont pas annulées par le seul fait du divorce du couple.⁵⁴ Par ailleurs, le choix-même du régime de la communauté de biens ou de la séparation n'est pas invalidé.

La nature *dispositive* de l'art. 242 al. 1 CC découle ainsi également, à notre avis, de la *cohérence entre régimes matrimoniaux*. L'exclusion de cet alinéa du champ d'application de l'al. 3, deuxième partie, constitueraient une exception dans le système du droit des régimes matrimoniaux. Comme établi notamment à l'aide des références aux délibérations pendant les travaux législatifs,

une volonté dans ce sens du législateur ne semble pas avoir existé.

III. L'interprétation de l'art. 242 CC en 2021

L'éventuel caractère impératif de l'art. 242 al. 1 CC ne découle donc ni du texte (clair) de la loi, ni de l'interprétation de cette disposition selon les méthodes habituelles. La question n'ayant jamais été tranchée par la justice, l'insécurité du droit au sujet de l'art. 242 al. 1 CC existe depuis plus de trois décennies. Une réflexion à ce stade, du législateur ou dans le cadre d'une procédure judiciaire, qui aboutirait à une détermination de la portée de la deuxième partie de l'art. 242 al. 3 CC ne saurait, à notre avis, faire abstraction de *l'évolution de la société et des lois à l'égard du mariage et du divorce* en l'espace des derniers 50 ans.⁵⁵ Le futur droit des successions et du mariage, adopté le 18 décembre 2020, en est d'ailleurs témoin, même si l'art. 242 CC n'a pas attiré l'attention du législateur de la réforme et bien que, de ce fait, l'insécurité à son égard subsiste.⁵⁶

Le droit du mariage a été adopté il y a 37 ans, après des travaux préalables qui ont duré de très longues années. La société et le droit ont considérablement évolué depuis cette époque dans le sens d'une *émancipation accrue des personnes mariées*. Le niveau général d'éducation et de formation dans la population a augmenté, comme d'ailleurs aussi le taux des couples dont les deux partenaires exercent une activité professionnelle. De la même manière, le taux de divorcialité élevé depuis des années et la réforme du droit du divorce entrée en vigueur en 2000 ont relégué au domaine des (rares) exceptions le couple avec le mari débiteur d'un entretien post-divorce quasi-inéluctable dont l'épouse divorcée dépend dans presque tous les cas. Le mariage et la vie de couple profitent aujourd'hui d'une attitude, dans le public, qui respecte, comme il a été relevé plus haut, la liberté (contractuelle) des époux et

⁵³ En ComCN, il était clairement stipulé par rapport à l'art. 199 CC, que « nous avons voulu, toujours dans l'optique de la liberté contractuelle, permettre aux époux de créer des biens propres conventionnels sans référence à ce qui se passerait en cas de décès ou de divorce » ; Procès-verbal ComCN 1982, 760, intervention Petitpierre. Cf. aussi n. 15 ci-dessus et II.D.

⁵⁴ Détaillé à cet égard : BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 434 (n. 11), 436 s. ; BREITSCHMID (n. 2), PJA 1999, 1609, 4c. Voir aussi CR CC I-MEIER (n. 1), art. 242 N 11 ; CR CC I-PIOTET (n. 1), art. 120 N 21. Plus particulièrement au sujet de la donation de sa révocation en raison du divorce, EGGEL (n. 2), PJA 2019, 97 ss, 100 ss, et CR CO I-BADDELEY, art. 245 N 5, art. 247 N 15, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire romand Code des Obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.

⁵⁵ Dans ce sens déjà, en faisant référence au droit du divorce nouveau à ce moment-là, BREITSCHMID (n. 2), FamPra 2001, 433, n. 3. Sur un plan général à l'égard de l'interprétation de la loi, CR CC I-WERRO (n. 1), art. 1 N 8 ss, not. 13 ss, et 18 ss, et au sujet de l'importance relative de la volonté du législateur pour l'interprétation des lois en vigueur depuis longtemps, N 20 ss.

⁵⁶ Ce malgré l'art. 241 nCC, modifiant l'actuelle disposition à l'égard de la quotité disponible dans les successions de personnes mariées en instance de divorce au moment de leur décès. Pour le détail de cette réforme, initiée par la motion Gutzwiller 10.354, cf. https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?Af_fairId=20180069 (15.3.2021).

tolère parfaitement des solutions individuelles déviant du cadre et des habitudes ordinaires. Les couples – jeunes et moins jeunes – se voient également aujourd'hui face à des défis à peine perceptibles ou même inconnus dans les années 1970 et 1980 : le chômage surtout des jeunes et des personnes proches de la retraite, la menace qui plane sur les retraites et pensions, les préoccupations mondiales par rapport à la pandémie, la globalisation et le changement climatique. Aux dires des praticiens, un nombre croissant de personnes ressentent le *besoin d'une planification patrimoniale* afin de ne pas être prises au dépourvu à un moment de leur vie en raison d'un événement incertain, mais tout de même pas improbable, comme le divorce, sachant aussi que l'entretien post-divorce est accordé par les tribunaux avec de plus en plus de réticence.

La prise en compte, dans l'interprétation de la loi, de l'évolution de l'approche à l'égard de la volonté des personnes mariées ne fait d'ailleurs que reprendre et développer les prémisses de la réforme de 1984 : traiter les personnes mariées de *partenaires égaux* qui doivent pouvoir décider de leurs engagements mutuels *dans cette entreprise commune* (cf. ci-dessus II.C.). La communauté de biens reste le régime conventionnel par excellence, le plus *modulable selon les besoins et souhaits du couple* et qui, de ce fait, peut être mieux adapté à la nouvelle réalité que les autres régimes. Les biens communs peuvent, certes, être mis au service d'une entreprise ou servir de filet de sécurité par rapport aux insécurités que les époux doivent affronter dans les différentes situations futures envisagées dans leur contrat de mariage (chômage, dépréciation des biens, menace sur les revenus des retraités, décès etc.). Mais leur composition et leur répartition en cas de dissolution de l'union par le divorce peuvent aussi être parfaitement voulues afin de régler les conséquences de la rupture et compenser la réduction des droits de l'un des époux.

Comme dans toute convention, l'un des époux concède ce que l'autre gagne dans le partage lors de la dissolution du régime selon leur contrat de mariage. Respecter les choix du couple, plutôt que d'imposer, comme le fait l'al. 1 de l'art. 242 CC pour le cas où rien n'est prévu dans le contrat de mariage, une solution générale et abstraite dont l'équité paraît tout à fait incertaine vu la diversité des situations des couples, ne se justifie aujourd'hui encore moins qu'au moment de l'instauration de la loi lorsque les époux ont émis une volonté contraire expresse. La prise en compte de l'évolution de la société depuis renforce donc l'interprétation de l'art. 242 al. 1 CC sur la base des méthodes classiques et aboutit nécessairement à la conclusion que cet article *est de nature dispositif*.

IV. Conclusion

Les al. 1 et 2 de l'art. 242 CC s'appliquent, comme le prescrit l'al. 3 dans sa première partie, aux couples en divorce qui n'ont *pas prévu* une autre manière de partager les biens communs « conventionnels » pour cette éventualité. C'est la manière par laquelle le législateur entendait tenir compte de la situation personnelle particulière des époux au moment d'une rupture qu'ils ne pouvaient connaître au moment de la conclusion du contrat de mariage. Ces dispositions ne sont toutefois *pas impératives*.

L'al. 3 de l'art. 242 CC permet de modifier « le partage légal » en cas de divorce par clause expresse du contrat de mariage. Une intention du législateur de voir cette possibilité appliquer uniquement à l'al. 2 et de ne permettre aucune modification de l'al. 1 malgré des dispositions expresses contraires dans le contrat de mariage ne ressort pas du texte des trois alinéas de l'art. 242 CC. Une conclusion dans ce sens ne peut pas non plus être déduite des matériaux législatifs ; lors de l'élaboration du texte de cette disposition, aucune discussion n'a eu lieu dans les Commissions et dans les Chambres sur l'éventuelle impérativité de l'al. 1 ou sur une restriction du champ d'application de l'al. 3, deuxième partie, au seul al. 2. Imposer aux époux en procédure de divorce la recomposition de la masse des biens communs prévue à l'al. 1, alors que leur volonté contraire est exprimée explicitement dans leur contrat de mariage, est contraire au concept des régimes matrimoniaux et en particulier à la logique inhérente à la communauté de biens, et rompt la cohérence entre les régimes. Une telle interprétation de la loi ne correspond d'ailleurs pas aux buts du législateur soulignés à de maintes reprises par les acteurs impliqués dans le processus législatif. Son résultat aléatoire ne permet pas non plus de justifier l'application restrictive de la deuxième partie de l'art. 242 al. 3 CC par des raisons tenant à la pesée des intérêts des époux. Enfin, cette interprétation de la loi est à contre-courant à l'évolution de la société qui continue, depuis l'élaboration et l'adoption du droit actuel, dans le sens des buts du législateur de 1984 vers le renforcement de l'égalité des époux et de leur liberté de déterminer leurs relations patrimoniales.

Ces arguments mènent à la *conclusion* que l'art. 242 al. 1 CC *ne doit pas s'appliquer contre la volonté des époux* exprimée par une clause expresse dans leur contrat de mariage. De telles clauses sont réservées selon la deuxième partie de l'al. 3 au même titre que les clauses dérogeant à la répartition légale des biens communs de l'al. 2. L'art. 242 al. 1 CC doit être considéré comme *dispositif*.