

Tribunal fédéral – 5A_778/2018, destiné à
la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 23 août 2019 (d)

Newsletter novembre 2019

Divorce, couple, entretien,
procédure

Résumé et analyse

Licéité des conventions
anticipées de divorce

Proposition de citation :

Philippe Meier, Licéité des conventions
anticipées de divorce ; analyse de l'arrêt du
Tribunal fédéral 5A_778/2018, Newsletter
DroitMatrimonial.ch novembre 2019

**Art. 279, 282 CPC ;
27, 125 CC**

Licéité des conventions anticipées de divorce

Philippe Meier

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt porte sur la question d'une grande actualité de l'admissibilité juridique d'une convention anticipée de divorce.

II. Analyse¹

a) Remarque générale

L'intérêt porté aux conventions anticipées de divorce ne se limite plus aux couples qui ont passé une partie de leur vie dans un environnement juridique anglo-américain et qui ont été confrontés aux « *prenups* » (« *prenuptial agreements* »), dans leur entourage ou – plus largement – dans les médias, lesquels prennent plaisir à disséquer les contrats conclus par des vedettes du *show business*, du monde des affaires ou du sport professionnel.

Si la question du partage des biens à la dissolution du mariage a de tout temps pu être réglée par le choix adéquat du régime matrimonial et de ses aménagements, la prévisibilité en matière d'entretien est bien moindre. Le Tribunal fédéral l'a encore relevé récemment (ATF 144 III 481, consid. 4.1), en critiquant le manque d'harmonisation dans les pratiques judiciaires sur une question pourtant aussi fondamentale que celle-ci. Comment ne pas comprendre dès lors la volonté des conjoints de s'assurer une certaine prévisibilité par une voie conventionnelle ? Cela sans compter que de plus en plus en plus d'époux ont vécu le divorce conflictuel de leurs propres parents et souhaitent s'en prémunir. Souvent le mariage est aussi un deuxième, voire un troisième mariage : on cherche à ne pas répéter les erreurs du passé. Et quand le mariage est tardif, cela signifie en principe que la fortune accumulée est

¹ Une partie des développements qui suivent sont repris de PH. MEIER, Les conventions sur les effets du divorce : questions choisies, à paraître dans les actes du 10^e Symposium de droit de la famille 2019 (éd. Ch. Fountoulakis), Zurich 2020.

importante, mais que les revenus le sont proportionnellement aussi. De telles précautions sont aussi prises lorsqu'il existe une différence d'âge relativement importante entre les conjoints, comme le montrent l'arrêt commenté ici ainsi que l'arrêt 5A_980/2018 du 5 juin 2019, que ce soit pour protéger l'époux âgé très fortuné ou pour assurer une visibilité financière suffisante à l'époux plus jeune.

Une convention anticipée de divorce peut également comporter des règles relatives à la manière dont la vie de couple sera vécue (« *lifestyle clauses* ») ou dont les droits parentaux seront exercés, pendant la vie commune et en cas de séparation. Ce sont toutefois les arrangements patrimoniaux qui retiendront notre attention ici. Ils sont au cœur de l'arrêt commenté, mais aussi de l'arrêt 5A_980/2018 rendu quelques semaines plus tôt et portant lui aussi sur une convention anticipée relative à l'entretien (capital forfaitaire de CHF 1'200'000 à verser au moment du divorce).

b) Une seule convention, plusieurs régimes juridiques

Souvent, les époux prennent des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux et à l'entretien (voire au partage de la prévoyance professionnelle) dans une seule et même convention. C'était le cas dans l'arrêt commenté, ainsi que dans l'arrêt 5A_980/2018.

Selon la jurisprudence, il n'appartient pas au juge du divorce d'examiner le choix du *régime matrimonial* au moment du divorce, qui échappe à son pouvoir et son devoir de ratification, même si (pour reprendre les conditions de l'art. 279 al. 1 CPC) il apparaît manifestement inéquitable pour l'une des parties (par ex. contrat de séparation de biens, clause inégalitaire de répartition du bénéfice de l'union conjugale, application de l'art. 199 CC, etc.)². L'information matérielle sur les conséquences du choix des époux (ou fiancés) doit en effet intervenir au moment de l'instrumentation authentique de l'acte. Le juge devra toutefois examiner, au moment de ratifier les clauses relatives à l'entretien, si celles-ci prennent suffisamment en compte le résultat de la liquidation du régime selon les règles du contrat de mariage ou si elles apparaissent pour cette raison manifestement inéquitables³. Il faut en outre réserver les cas dans lesquels un consentement à une séparation des biens pourrait avoir été « compensé » par la fixation conventionnelle d'une contribution d'entretien plus généreuse (examen global des effets économiques)⁴.

Cela étant, les clauses relatives à l'*entretien* sont pour leur part bien soumises au contrôle de l'art. 279 CPC. L'entretien post-divorce est en général un point central de l'accord entre époux. Il n'est pas possible de les soustraire à la ratification en les intégrant au contrat de mariage : c'est leur portée matérielle, et non leur emplacement formel, qui est déterminante⁵. Le Tribunal fédéral n'a même pas jugé utile de le rappeler dans l'arrêt commenté (il mentionne

² TF, 21.6.2011, 5A_40/2011, consid. 4.1 ; TF, 2.6.2010, 5A_56/2010, consid. 2.2 ; TF, 4.12.2003, 5C. 114/2003 consid. 3.2.2 ; ATF 121 III 393, consid. 5b, JdT 1997 I 131.

³ Sur l'attribution d'une part à la prévoyance privée d'un indépendant marié en séparation des biens, par le détour de la contribution d'entretien : ATF 129 III 257, consid. 3.5.

⁴ TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 4.4. Dans l'arrêt commenté, l'épouse aurait reçu divers avantages (notamment un montant unique de CHF 1'500'000) en contrepartie d'une acceptation de la séparation de biens (consid. 4.2).

⁵ TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 3 ; TF, 12.1.2016, 5A_501/2015, consid. 3.1.1 ; TF, 21.6.2011, 5A_40/2011, consid. 4.3 ; ATF 121 III 393, consid. 5, JdT 1997 I 131.

uniquement qu'une partie de la convention de divorce peut être soumise à la forme authentique parce que constitutive d'un contrat de mariage, consid. 5.5).

Quant aux éventuelles clauses relatives à la *prévoyance professionnelle* (absentes de l'accord des parties dans l'arrêt commenté et dans l'arrêt 5A_980/2018), elles sont soumises, outre au contrôle de l'art. 279 CPC, aux conditions formelles et matérielles supplémentaires prévues à l'art. 280 CPC.

c) L'application de l'art. 279 CPC aux conventions anticipées de divorce

Jurisprudence et doctrine sont unanimes : l'art. 279 CPC et le programme d'examen et de ratification qu'il prévoit s'appliquent à toutes les conventions relatives aux conséquences patrimoniales entraînées par le divorce, sans égard au moment de leur conclusion : elles peuvent avoir été passées bien avant, juste avant ou pendant la procédure de divorce, ou même avant le mariage⁶. L'arrêt commenté le confirme une nouvelle fois (consid. 5.6).

Selon la jurisprudence, la convention est manifestement inéquitable (et ne peut donc être ratifiée) lorsqu'il existe une différence immédiatement reconnaissable (« *eine eklatante, sofort erkennbare Differenz* » dans la formulation alémanique⁷) par rapport au jugement qui aurait été rendu en l'absence de convention, sans que des considérations d'équité ne justifient la solution s'écartant ainsi de la réglementation légale selon la volonté des parties⁸. Il ne suffit donc pas que le juge eût statué différemment si les époux n'avaient pas conclu de convention⁹.

Dans le cas d'une convention anticipée, le juge se devra de refuser de ratifier une convention qui n'est plus adaptée aux circonstances du moment (consid. 5.6 de l'arrêt commenté), et cela quelle que soit la raison pour laquelle les époux ne les avaient pas anticipées lors de la signature¹⁰. Tel pourrait être le cas lorsque les époux ont changé de domicile, ont eu des enfants, ont modifié leurs activités professionnelles et la répartition des tâches entre eux, etc., toutes choses susceptibles de se produire fréquemment dans une vie de couple, surtout si elle s'étale sur plusieurs années. De plus, le caractère équitable de l'entretien convenu dépendra grandement du règlement des autres effets (régime matrimonial, prévoyance), qui ne peuvent pas nécessairement être anticipés. Il en résulte que la force contraignante de telles

⁶ TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 3 ; TF, 12.1.2016, 5A_501/2015, consid. 3.1.1 ; TF, 11.1.2013, 5A_477/2012 et 5A_482/2012, consid. 3.2.3 ; TF, 21.6.2011, 5A_40/2011, consid. 3.3 ; 2.10.2008, 5A_599/2007 et 5A_626/2007, consid. 6.1 ; TF, 14.7.2005, 5C.270/2004, consid. 4.1 ; TF, 4.12.2003, 5C.114/2003, consid. 4/5, JdT 2004 I 407. Pour l'ancien droit : ATF 121 III 393, consid. 5b, JdT 1997 I 131.

⁷ TF, 30.1.2017, 5A_43/2016, consid. 3.2.

⁸ Par ex. TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 4.1 ; TF, 30.1.2017, 5A_43/2016, consid. 3.2 ; TF, 18.3.2015, 5A_683/2014, consid. 5.1 ; TF, 17.3.2015, 5A_772/2014, consid. 7.1 et 7.3 ; TF, 5.8.2014, 5A_74/2014, consid. 3.1 ; TF, 2.10.2008, 5A_599/2007 et 5A_626/2007, consid. 6.4.1 ; TF, 3.11.2006, 5C.163/2006, consid. 4.1. Pour l'ancien droit : ATF 121 III 393, consid. 5c, JdT 1997 I 131 ; ATF 99 II 359, consid. 3c, JdT 1974 I 232.

⁹ TC FR, FamPra 2003 637 n. 75, 639 ; TC BL, FamPra 2003 406 n. 48, 408.

¹⁰ Cf. aussi TF, 8.7.2016, 5A_121/2016, consid. 4 ; ATF 121 III 393, 395, consid. 5c, JdT 1997 I 131. Cf. encore TF, 13.8.2018, 5A_96/2018 consid. 2.2.3.

conventions demeure très limitée, puisque susceptible d'être remise en question à l'occasion du processus de ratification¹¹.

Certains auteurs estiment que le juge doit marquer une retenue dans son appréciation du caractère manifestement inéquitable des conventions anticipées, en tenant compte du fait que la convention anticipée a été acceptée à un moment où la relation des parties n'était pas conflictuelle et qu'elle est souvent liée à d'autres contrats, notamment un contrat de mariage ou un pacte successoral¹². Le Tribunal fédéral considère au contraire, à juste titre, qu'une protection se justifie ici d'autant plus que les époux pourraient être tentés de faire des concessions excessives dans la perspective du mariage et qu'ils ne réalisent pas les ressources et besoins qui seront les leurs au divorce¹³. L'arrêt commenté insiste sur le fait que l'examen doit intervenir à la lumière des circonstances au moment de la ratification (consid. 5.6).

Il n'est pas question non plus, malgré le souci de permettre une certaine sécurité dans la planification financière, de se montrer plus « coulant » dans l'examen, voire d'y renoncer, lorsqu'on se trouve en présence de circonstances financières opulentes (« üppig »), respectivement que l'un des époux est dans une position économiquement très favorable par rapport à l'autre. Il faudrait une modification législative pour modifier ainsi la pratique et corriger ce qu'on jugerait être une lacune improprement dite de la loi (consid. 5.6)¹⁴.

Il n'en demeure pas moins que des considérations d'équité pourraient justifier l'entretien forfaitaire convenu, notamment lorsqu'il s'agissait de compenser économiquement la renonciation à d'autres avantages, par exemple à un régime matrimonial de la participation aux acquêts. Tel n'était pas le cas dans l'arrêt 5A_980/2018, car l'intéressée ne subissait en réalité aucun désavantage économique, puisque la participation aux acquêts ne lui aurait pas ouvert plus de prétentions¹⁵. On notera qu'un même argument était invoqué (et sera probablement repris après renvoi à l'autorité cantonale) par l'épouse dans l'arrêt commenté, puisqu'ici aussi, le contrat (unique) conclu au moment du mariage prévoyait à la fois une séparation des biens et un entretien forfaitaire.

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral n'a pas abordé l'argument soulevé par l'épouse, selon laquelle l'accord conclu lors du mariage sur une mensualité forfaitaire d'entretien pour le cas du divorce (CHF 20'000) était la démonstration que les époux voulaient écarter les exigences jurisprudentielles relatives au caractère « *lebensprägend* » du mariage (consid. 4.2). Il s'est contenté de rappeler (en se référant à sa jurisprudence constante, consid. 4.4 et 4.5) que le mariage n'était effectivement pas « *lebensprägend* » dans le cas d'espèce et que la vie commune antérieure à la conclusion de l'union ne pouvait être prise en compte à la lumière de l'ATF 135 III 59 (lequel précisait l'ATF 132 III 598). Que l'allocation d'une contribution d'entretien soit exclue selon l'art. 125 CC (consid. 4.5) ne signifie pas pour autant que la convention soit *manifestement inéquitable* (consid. 5.7.2). D'où l'intérêt pour l'épouse du

¹¹ Pour un exemple de convention jugée manifestement inéquitable en ce qu'elle obligeait l'époux à payer un capital important alors que l'épouse ne pouvait prétendre à aucun entretien au moment du divorce : TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 4.

¹² Dans ce sens pourtant : CR CC I-PICHONNAZ, art. 140 aCC N 27 s.

¹³ TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 3, avec renvoi à l'ATF 121 III 393, consid. 5b, JdT 1997 I 131.

¹⁴ Lequel confirme TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 3 et consid. 4.4.

¹⁵ TF, 5.6.2019, 5A_980/2018, consid. 4.4.

renvoi à l'autorité cantonale. L'épouse aurait aussi pu tenter d'établir un lien entre l'accord conclu et la perte d'une contribution d'entretien qui était versée à la suite d'un précédent mariage, mais elle n'a pas apporté d'éléments de preuve suffisants sur ce point (consid. 4.1).

d) L'application de l'art. 27 CC

Les considérations qui précèdent perdent leur sens si l'on admet, comme le font certains auteurs, qu'une convention anticipée serait *par principe* contraire à l'art. 27 CC¹⁶. Le Tribunal fédéral avait laissé la question de principe ouverte en 2010¹⁷, puis avait donné l'impression de ne pas vouloir durcir sa jurisprudence par la suite¹⁸, avant de s'abstenir une nouvelle fois de trancher la question dans l'arrêt 5A_980/2018 (consid. 2 et 3 : le tribunal cantonal avait lui-même laissé la question ouverte, se référant à l'art. 279 CPC pour refuser de ratifier la convention).

Dans le cas d'espèce, c'est en quelque sorte grâce à l'autorité de première instance, qui avait appliqué l'art. 27 al. 2 CC, que le Tribunal fédéral a jugé devoir se prononcer sur la question, après qu'il eut écarté le motif retenu par l'autorité cantonale de recours (celle-ci avait refusé sa ratification en raison du caractère incomplet de la convention).

L'arrêt commenté se rallie à la position doctrinale très largement majoritaire, qui refuse d'appliquer l'art. 27 CC de manière générale et abstraite à toute convention de divorce non liée à une procédure concrète. Au-delà d'une liste d'auteurs (dont les positions sont souvent plus nuancées que l'arrêt ne le laisse penser) et des références jurisprudentielles, la principale motivation du Tribunal fédéral repose sur le fait que le mariage ne limite en principe pas la capacité civile active des époux, sauf dans les cas expressément réservés par la loi (art. 168 CC), et qu'ils sont donc parfaitement à même de conclure un tel contrat aussi.

Cette motivation a été critiquée récemment comme très lapidaire¹⁹. Elle n'est pas nécessairement très pertinente non plus. En effet, si aucune disposition spéciale n'interdit les conventions anticipées de divorce (comp. art. 169 CC, art. 494 CO ou art. 5 LFLP pour de exemples de limitations à la capacité civile fondées sur le mariage), les principes généraux (notamment les art. 27 CC et 19/20 CO) sont applicables à tout un chacun, marié ou non. Or c'est bien sur la base de ces règles générales que certains auteurs rejetaient le principe même d'une convention anticipée.

Mais le résultat est correct : les époux doivent pouvoir planifier les conséquences de leur divorce. Le fait qu'il en va d'éléments de nature très personnels et souvent vitaux pour leur avenir n'y fait pas obstacle : le législateur reconnaît toute l'importance d'une telle

¹⁶ Pour les références doctrinales, cf. le consid. 5.5 de l'arrêt commenté, ainsi que PH. MEIER, Les conventions matrimoniales hors régime matrimonial, Atti della serata di studio del 12 marzo 2015, CFPG Lugano 2015, 3 ss.

¹⁷ TF, 2.6.2010, 5A_56/2010, consid. 2.3.

¹⁸ Dans son arrêt 5A_501/2015 du 12.1.2016, consid. 3.2, le Tribunal fédéral évoque le fait que l'autorité cantonale (valaisanne) a examiné un grief portant sur l'art. 27 CC (en mettant en balance les avantages obtenus en compensation d'une renonciation à toute contribution d'entretien), mais ne laisse pas entendre que la nullité pourrait être déclarée *in abstracto*, au seul motif que la convention (ici conclue 12 ans avant le divorce) aurait été conclue sans perspective concrète de divorce.

¹⁹ TH. GEISER, Regelung des Scheidungsunterhalts im Ehevertrag, Jusletter 4.11.2019, N 8 ss.

planification non seulement dans le contexte successoral (même si l'art. 27 CC ne déploie pas d'effet *post mortem*), mais aussi dans les cas d'incapacité de discernement, par les directives anticipées ou le mandat pour cause d'incapacité dont le législateur a reconnu la compatibilité avec l'art. 27 CC. La protection de la « partie faible » est suffisamment garantie par le processus de validation judiciaire au moment du divorce, à la lumière des circonstances existant à la ratification.

Cela ne signifie bien sûr pas qu'une convention ou certaines clauses (par ex. une renonciation complète et définitive à tout entretien) ne puissent concrètement violer l'art. 27 al. 2 CC (sur cet examen concret : consid. 5.6)²⁰. Ce point sera en général absorbé par l'examen de leur caractère non manifestement inéquitable au sens de l'art. 279 CPC. Qu'elle soit jugée contraire ou non à l'art. 27 al. 2 CC, la convention ne déploie de toute façon pas d'effets sans ratification judiciaire. Invoquer l'art. 27 CC apporte uniquement un avantage lorsque le juge n'a pas fait pas son travail de vérification correctement : l'accord pourrait alors être qualifié de nul d'office et *ab initio*, nonobstant ratification²¹.

e) Le devoir procédural du juge

Le Tribunal fédéral insiste avec raison (consid. 5.6) sur l'importance des mentions exigées par l'art. 282 al. 1 *lit. a* CPC (applicable en procédure de divorce sur requête commune comme en procédure de divorce sur demande unilatérale). Non seulement pour faciliter une procédure de modification ultérieure des contributions d'entretien, mais aussi pour permettre le contrôle de l'art. 279 CPC. Comme ce contrôle doit porter sur la situation présente, les indications à fournir doivent également être celles du moment de la ratification de la convention, non celles de sa conclusion. Le devoir de réunir les éléments exigés par l'art. 282 CPC incombe donc prioritairement au juge. L'art. 282 al. 1 CPC oblige dès lors le juge à interpellier les parties sur les différents points qu'il règle et atténue la maxime des débats autrement applicable à l'entretien post-divorce entre conjoints (cf. art. 277 al. 2 CPC ; pour l'art. 301a *lit. a* CPC, applicable à l'entretien des enfants, la question ne se pose pas, puisque la maxime d'office et la maxime inquisitoire sont applicables, art. 296 al. 1 et 3 CPC).

La règle qui s'applique en l'absence de convention vaut aussi en présence d'une convention, lorsque celle-ci ne comporte pas les éléments nécessaires. La solution est logique. Elle assure l'égalité de traitement entre les époux indépendamment de la procédure dans laquelle ils se trouvent, ce qui est d'autant plus important si l'on veut (comme le Tribunal fédéral) empêcher les époux de révoquer une convention de divorce lorsque c'est une procédure sur demande unilatérale qui est en cours.

²⁰ ATF 122 III 97, consid. 3a, JdT 1997 I 294 ; cf. aussi TF, 8.7.2016, 5A_121/2016, consid. 4.

²¹ MEIER, Lugano 2015, N 41 en note.

f) Un débat peut-être dépassé ?

Le Tribunal fédéral estime toujours que seules les conventions conclues dans le cadre d'une procédure sur requête commune peuvent être librement révoquées par l'un des époux jusqu'à la fin de son audition par le juge (art. 287 CPC, art. 111 al. 1 et 112 al. 2 CC)²². Dans les procédures unilatérales (comme celles faisant l'objet de l'arrêt commenté et de l'arrêt 5A_980/2018), les parties sont liées par leur accord anticipé, mais peuvent conclure à sa non-ratification (consid. 5.6)²³. S'il est vrai que cette distinction figure déjà dans le Message²⁴, elle n'y est pas justifiée matériellement. Cela peut bien sûr tenir au fait que le droit modifié au 1^{er} janvier 2000 prévoyait expressément un délai de rétractation dans la procédure sur requête commune, ce qui n'était pas le cas en procédure unilatérale. Depuis le 1^{er} février 2010 et la suppression de ce délai, un traitement différent paraît d'autant moins se justifier.

Certains auteurs²⁵ préconisent de traiter la convention de la même manière dans les deux types de procédures en ne permettant *pas* aux époux de la révoquer unilatéralement mais uniquement d'en demander la non-ratification ; d'autres auteurs, également critiques, soutiennent au contraire que la libre révocation devrait être possible dans les deux cas et qu'elle se justifie au demeurant encore plus dans une procédure unilatérale (la convention, parfois ancienne, étant produite par l'époux demandeur, l'autre s'opposant au divorce et à la convention) que dans une procédure sur requête commune²⁶. Avec la première option, la problématique de l'art. 279 CPC (respectivement de l'art. 27 CC, désormais réglée par l'arrêt commenté) demeure entière ; avec la seconde, il suffit à l'époux de se départir de la convention dans la procédure (sous réserve d'invoquer le caractère manifestement inéquitable en appel, pour critiquer la ratification intervenue).

g) Le sort conventionnel de la prévoyance professionnelle

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'aborde pas la question d'une convention portant sur la prévoyance professionnelle, qui n'était pas en jeu dans le cas d'espèce.

Le partage de la prévoyance professionnelle échappe largement à la libre disposition des époux. Ceux-ci ont néanmoins la faculté de s'entendre à ce sujet, dans le cadre strict de la loi (art. 124b al. 1 CC – une disposition qui s'applique tant au partage des prestations de sortie selon les art. 123 et 124 CC qu'au partage de la rente selon l'art. 124a CC).

²² TF, 14.4.2014, 5A_688/2013, consid. 7.2.1 ; TF, 17.1.2013, 5A_721/2012, consid. 3.2.1.

²³ Cf. aussi TF, 17.3.2014, 5A_772/2014, consid. 3 ; TF, 14.4.2014, 5A_688/2013, consid. 7.2.1. ; TF, 2.10.2008, 5A_599/2007, consid. 6.3.1.

²⁴ MCF Divorce, FF 1996 144.

²⁵ P.PICHONNAZ/C. VERDON, La force obligatoire d'une convention de divorce avant ratification : vers une évolution du régime, Mélanges M. Baddeley, Genève/Zurich 2017, 39 ss, 51 ss. Ces auteurs mettent en avant le fait que les parties sont souvent dûment éclairées sur tous les aspects de leur accord (convention négociée en médiation ou avec l'assistance d'avocats) et que la jurisprudence protectrice du Tribunal fédéral peut conduire à des abus. Le temps écoulé entre la signature et la ratification devrait aussi amener à considérer que les époux sont bien liés. La convention ne serait par ailleurs qu'un contrat (certes soumis à ratification), mais donc non révocable unilatéralement.

²⁶ Par ex. MEIER, Lugano 2015, N 57 en note. Du même avis, A. PHILIPPE, Planification du divorce et conventions, PJA 2007 1241 ss, 1246. Cf. aussi avec un même résultat, mais avec un raisonnement différent tenant à la définition même de la convention de divorce : GEISER, Jusletter 2019, N 10 s.

Les conditions générales posées à la ratification par l'art. 279 CPC (convention conclue du plein gré des époux et après mûre réflexion, absence de vice du consentement, etc.) s'appliquent aussi à une telle convention. Toutefois, elle fera l'objet d'une vérification approfondie de la part du juge conformément à l'art. 280 CPC, même si les clauses relatives au partage figurent – comme c'est l'usage – dans la même convention que le règlement des autres effets pécuniaires. En sus des conditions générales, le juge devra donc vérifier la faisabilité (al. 1 *lit. b*) et la légalité (al. 1 *lit. c*) de la solution adoptée et vérifier qu'une prévoyance professionnelle vieillesse et invalidité adéquate reste assurée en cas de renonciation à tout ou partie du partage (al. 3). Les pouvoirs d'investigation sont également plus étendus (maxime d'office et maxime inquisitoire).

En soi, ces cautèles – couplées à celle offerte par l'art. 279 CPC – sont suffisantes pour assurer la protection de l'époux renonçant²⁷. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral semblait pourtant exclure une renonciation anticipée (intervenant hors d'une procédure concrète de divorce), sans toutefois se référer expressément à l'art. 27 CC²⁸.

A la lumière de l'arrêt commenté ici, qui relève l'absence de règle interdisant aux époux de conclure une convention anticipée, on voit mal ce qui justifierait de traiter différemment la prévoyance professionnelle, alors même qu'il existe un contrôle formel et matériel accru en ce domaine²⁹.

²⁷ Les époux peuvent très bien se trouver dans une situation qui leur laisse penser que le conjoint renonçant disposera d'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate au moment du divorce. Il suffit que le juge puisse le vérifier au moment où la convention doit être ratifiée (dans ce sens aussi : A. JUNGO, *Ausnahmen vom Vorsorgeausgleich : Zwischen konsequenter Hälftenteilung und Flexibilität*, in : 9. Symposium zum Familienrecht, Zurich 2018, 1 ss, 5 ss).

²⁸ TF, 9.10.2014, 5A_176/2014, consid. 3.2 et 3.3 ; TF, 24.4.2008, 5A_673/2007, consid. 2.5 ; TF, 4.2.2008, 5A_623/2007, consid. 4.1. Cf. aussi ATF 129 III 481, consid. 3.3, JdT 2003 I 760 (avec une rédaction peu précise du considérant). Moins clair : TF, 18.2.19, 5A_697/2018, consid. 4 (convention signée en 2013 pour un divorce prononcé en 2017 ; les autorités cantonales avaient toutefois évoqué la possible nullité de la convention anticipée).

²⁹ Dans le même sens sur l'interprétation à donner à l'arrêt (même s'il en critique la solution) : GEISER, *Jusletter* 2019, N 13 et N 16.