

Pourquoi rejeter le nouveau droit matrimonial.

Comité contre un droit du mariage inapproprié

Schwarztorstrasse 26, Case postale 4047, 3001 Berne,
Téléphone 031 25 77 85

Pourquoi rejeter le nouveau droit matrimonial.

Comité contre un droit du mariage inapproprié

Schwarztorstrasse 26, Case postale 4047, 3001 Berne,
Téléphone 031 25 77 85

Berne, 22 mai 1985

TABLE DES MATIERES

	<u>PAGE</u>
Introduction	1
Le nouveau droit du mariage et des successions: un choix de société	
Dr. Suzette Sandoz	2
Le nouveau droit du mariage: La famille est-elle oubliée ?	
Hubert Reymond, conseiller aux Etats	13
Réflexions sur la revision du droit des effets généraux du mariage, des régimes matrimoniaux et des successions et ses conséquences dans la pratique	
Dr. Marguerite Florio, avocate	23
La revision du droit des effets généraux du mariage, des régimes matrimoniaux et des successions et les entreprises de famille	
M. Herbert Chenevard, centre patronal	32
Le droit transitoire du nouveau droit matrimonial	
Mme Andrée Borgognon, avocate	38

VOTATION POPULAIRE DU 22 SEPTEMBRE 1985

LE NOUVEAU DROIT DU MARIAGE ET DE LA FAMILLE EST HOSTILE

.....AU MARIAGE ET A LA FAMILLE !

EN VOICI LA PREUVE PAR 9 :

1. Le mari n'est plus le chef de la famille; lorsque les époux ne se mettent pas d'accord, le mari n'a plus le pouvoir de décider.
Cela correspond à la manière actuelle de vivre du peuple suisse.
- M A I S :
2. Lorsque les époux ne sont pas d'accord sur un sujet important comme les contributions respectives aux charges du ménage, UN SEUL des époux pourra provoquer l'intervention du juge.
3. Le mari n'est plus obligé d'entretenir la famille à titre principal.
4. La femme au foyer, comme l'homme au foyer, peut réclamer à son conjoint une indemnité à fonds perdu, dont elle (ou il) pourra librement disposer. Pour le cas où le conjoint ne s'exécuterait pas volontairement le juge fixe cette indemnité. Il en sera de même pour la femme (ou l'homme) aidant son conjoint dans l'entreprise.
5. Pendant toute la durée du mariage, les époux pourront recourir l'un contre l'autre à la notification de commandements de payer et de séquestres pour l'encaissement des sommes fixées par le juge.
6. A la demande d'un des époux, le juge peut s'informer auprès de tiers, et même de banques, de la situation financière de l'autre époux; le juge pourra réclamer aux tiers toutes pièces utiles.
7. La femme devient désormais solidairement responsable des dettes de ménage. Actuellement, elle n'est responsable que si le mari est insolvable. Elle devient aussi responsable des dommages causés à des tiers par ses enfants mineurs (art. 333 du Code civil)
8. Si la femme travaille en dehors de son ménage, elle doit désormais aussi partager ses économies avec son mari. Actuellement, la femme n'est JAMAIS obligée de partager ses économies avec son mari (biens réservés).
9. A la dissolution du mariage, par le décès, le conjoint survivant aura droit à la moitié de toutes les économies du conjoint décédé, plus le 2ème pilier, plus la moitié de la fortune du défunt, ce qui fera le 3/4 de tous les biens laissés par le défunt.

AUCUN PAYS N'EST ALLE SI LOIN

A la dissolution du mariage par le divorce, chaque époux aura droit à la moitié des économies de l'autre.

AINSI, LES ENFANTS SERONT DEPOULLES ET LES ENTREPRISES FAMILIALES SACRIFIEES.

IL FAUT DONC REJETER CETTE LOI !

MARS 1985

Le nouveau droit du mariage et des successions : un choix de société

Dr. Suzette Sandoz

I.- L'enjeu de la votation du 22 septembre

En acceptant ou en refusant, le 22 septembre prochain, le nouveau droit matrimonial, il ne s'agira nullement d'accepter ou de refuser le principe de l'égalité entre les époux, ni d'accepter ou de refuser le principe d'une révision du droit matrimonial actuel. Nous nous sommes déjà prononcés, en Suisse, sur ces deux principes; en effet, le 14 juin 1981, le peuple et les cantons ont accepté le principe de l'égalité entre hommes et femmes et ont donné mandat aux Chambres de réaliser cette égalité dans le droit de famille notamment, c'est-à-dire de réviser le droit matrimonial (art. 4 al. 2 de la constitution fédérale). Cet acquis ne saurait être remis en cause par qui que ce soit.

En revanche, le 22 septembre, il s'agira de faire un choix de société, de dire si l'on accepte ou si l'on refuse la manière dont le nouveau droit du mariage envisage de réaliser cette égalité. C'est là et là uniquement que réside la véritable question.

II.- Les deux voies possibles vers l'égalité entre les époux

On peut envisager deux voies différentes tendant vers l'égalité entre les époux. L'une, celle choisie par le nouveau droit, qui prétend réaliser l'égalité en assurant le maximum d'indépendance à chacun des époux par rapport à l'autre; l'autre, que préconisent la majorité des opposants au nouveau droit, qui cherche l'égalité dans la dépendance réciproque des conjoints.

La différence entre ces deux voies est illustrée, dans son principe, par la différence qui existe entre l'union libre d'une part et le mariage d'autre part.

Dans l'union libre, les deux partenaires ne sont unis l'un à l'autre que par les éventuels contrats du droit des affaires. Ils ne forment pas de communauté légale et leurs intérêts économiques peuvent toujours primer tout autre intérêt. Dans le mariage, au contraire, les

conjoints s'engagent pour la vie - c'est le seul contrat personnel pour la vie qui ait une pleine valeur juridique - à constituer une certaine union conjugale, soit une certaine unité aux dépens de la liberté et de l'indépendance de chacun des conjoints.

Il est absolument erroné de prétendre que le rôle du législateur est de rendre le mariage aussi "attractif" que possible en en faisant un engagement aussi lâche que possible et ressemblant autant que faire se peut à une union libre.

Or c'est précisément dans cette erreur que le nouveau droit est tombé. A force de vouloir rendre le mariage "attractif", à force de parler de "partenariat", le nouveau droit tend à faire des époux de simples associés du monde des affaires.

Le rôle du législateur n'est pas de modifier les moeurs mais de trouver des règles juridiques aussi adaptées que possible à la réalité des moeurs. Les partisans du nouveau droit affirment que leur conception "lâche" du mariage correspond à la réalité. Les opposants au nouveau droit le nient. Les votations du 22 septembre permettront de savoir qui parle au nom du pays réel. Si la majorité vote en faveur du nouveau droit, c'est-à-dire considère que la nouvelle conception du mariage qu'il réglemente correspond à la réalité, il n'y aura plus qu'à appliquer le nouveau droit. Si au contraire, la majorité vote contre le nouveau droit, le pays réel aura manifesté qu'il ne conçoit l'égalité entre mari et femme que dans la dépendance et l'ouvrage devra être remis sur le métier. C'est la règle du jeu. On comprend dès lors mal l'hystérie et le fanatisme de certains milieux féminins qui ne sont simplement pas encore assez mûrs politiquement pour accepter la coexistence en leur sein d'opinions différentes.

Pour choisir en connaissance de cause entre les deux voies vers l'égalité, il est nécessaire d'établir un parallèle, sur quelques points, entre le nouveau droit du mariage et un nouveau droit du mariage élaboré selon les grandes lignes que défendent la majorité des opposants. Nous nous proposons de nous placer successivement, pour établir ce parallèle, au point de vue des effets généraux du mariage, au point de vue du régime matrimonial légal, et au point de vue du droit des successions.

A) Effets généraux du mariage

On appelle "effets généraux du mariage", les règles légales qui s'appliquent à tous les époux dès la conclusion du mariage et auxquelles il n'est pas possible de se soustraire, étant toutefois précisé que lorsque les époux s'entendent bien, ils ne s'apercevront peut-être jamais de l'existence de ces règles; celles-ci sortissent surtout leurs effets en cas de divergence entre les époux; elles expriment en revanche assez bien la conception du mariage qui a dicté les choix du législateur.

Nous retiendrons ci-après trois sortes de règles, celles relatives au domicile des époux, celles concernant les poursuites entre époux, celles enfin prévoyant les cas de recours au juge.

- 1) Il est évident que deux associés du monde des affaires peuvent avoir chacun son domicile propre. Le nouveau droit du mariage supprime donc le principe actuel selon lequel mari et femme ont le même domicile, la femme étant, à vrai dire, aujourd'hui, tenue de "suivre son mari".

Pourquoi cette suppression ? Pour obéir à des motifs d'ordre professionnel, nous dit le Message du Conseil fédéral (p. 55 i.f.). Ainsi donc, pour le nouveau droit, les impératifs de la vie professionnelle doivent pouvoir, légalement, primer ceux de la vie matrimoniale. L'expérience montre cependant que le mariage de deux personnes qui partent de l'idée que les exigences de leur vie professionnelle doivent systématiquement l'emporter sur celles de la vie matrimoniale débouche, dans la majorité des cas, sur un échec. Le législateur doit-il, comme le fait le nouveau droit, encourager ce risque d'échec?

Pour les opposants au nouveau droit, il est clair que les époux ont le même domicile. Ce domicile sera déterminé par la demeure commune que les époux doivent avoir et qu'ils choisiront sans doute ensemble puisque, d'accord sur ce point avec les partisans du nouveau droit, la majorité des opposants abrogent la notion de chef de famille.

2) Il est évident que deux associés du monde des affaires doivent pouvoir se mettre réciproquement en poursuite à n'importe quel moment pour sauvegarder leurs intérêts financiers, dût leur association en souffrir. Le nouveau droit lève donc l'interdiction actuelle des poursuites entre époux, ce qui est une forme d'incitation indirecte aux procès, puisque ceux-ci pourront être exécutés, à la différence de ce qui se passe parfois aujourd'hui.

Pour les opposants, il n'est pas question de supprimer le principe actuel de l'interdiction des poursuites entre époux. En revanche, la pratique ayant montré certaines faiblesses de cette interdiction, il est souhaitable d'assouplir quelque peu la liste des exceptions légales à cette interdiction, voire de lever cette dernière dès l'ouverture d'un procès en séparation de corps ou en divorce.

3) Il est évident que deux associés doivent pouvoir s'adresser au juge chaque fois qu'il y a divergence entre eux au sujet de leur société et non pas seulement dans quelques cas graves. Le nouveau droit permet donc aux époux de s'adresser au juge chaque fois qu'ils sont en désaccord sur un point important pour l'union conjugale. Et comme le législateur sait bien que le juge n'aura souvent aucun moyen légal de mettre fin au désaccord, il l'entoure de "béquilles", soit de "personnes qualifiées" (psychologues, assistants sociaux, ecclésiastiques...) et de "centres de consultations conjugales". Le nouveau droit institutionnalise la déresponsabilisation de l'individu et confère un caractère d'organes publics à des activités sociales incontestablement utiles mais qui ne sont conciliables avec la liberté des personnes que si elles restent avant tout privées, ce qui ne sera probablement pas le cas. Il y a là une déviation extrêmement grave qui reflète bien la tendance actuelle à prendre l'Etat pour un tuteur général.

Pour les opposants, le rôle du législateur n'est pas d'inciter les époux à se réfugier dans le giron du juge ou de l'Etat chaque fois qu'ils sont en désaccord, mais de permettre, comme maintenant, à

l'époux lésé par le fait de l'autre qui néglige ses devoirs de famille ou qui est cause de danger, honte ou dommage, de requérir l'intervention du juge.

Le mariage est un acte d'adultes et non d'enfants gâtés.

B) Régime matrimonial légal

On appelle "régime matrimonial légal ou ordinaire" l'ensemble des règles qui s'appliquent d'office aux biens des époux (biens apportés au début du mariage et biens acquis ou reçus en cours de mariage) lorsque les époux n'ont pas passé entre eux un contrat de mariage devant notaire, soit dans plus de 90 % des mariages.

La divergence de conception de l'égalité dans le mariage existant entre partisans du nouveau droit et opposants culmine sans doute dans le choix du régime matrimonial légal.

Afin d'assurer à chacun des conjoints le maximum d'indépendance financière l'un par rapport à l'autre, le nouveau droit institue comme régime matrimonial légal, le régime de la participation aux acquêts. Il s'agit, en substance, d'un régime de séparation de biens qui se termine, à la dissolution, par le calcul du bénéfice éventuel de chacun des conjoints, puis par la compensation des créances de chacun portant sur la moitié du bénéfice de l'autre, la différence étant due à celui des conjoints qui a la créance la plus élevée.

Pour les opposants, l'égalité dans le mariage suppose la mise en commun des biens acquis pendant la vie commune, d'où le choix de la communauté d'acquêts comme régime légal. Cette communauté comporte une administration et une disposition en commun des biens acquis par les époux pendant le mariage, biens dont les époux sont propriétaires en commun et qui se partagent par moitié lors de la dissolution du régime.

Les partisans du nouveau régime matrimonial légal montrent évidemment les avantages de la participation aux acquêts; l'objectivité exige qu'on en signale aussi les inconvénients. Nous retiendrons quatre défauts principaux et les mettrons en regard du régime de la communauté réduite aux acquêts.

Premier défaut du régime du nouveau droit: La complexité des calculs de la liquidation du régime

Selon le texte même du Message du Conseil fédéral (p.48), "L'inconvénient majeur de ce régime est dans la complexité des calculs que sa mise en oeuvre suppose au moment de la liquidation du régime".

En effet, ce régime est constitué de quatre masses de biens différents (biens propres de la femme, biens propres du mari, acquêts de la femme, acquêts du mari) qui, le cas échéant, se doivent mutuellement des récompenses. Or le régime actuel de l'union des biens - qui n'est certes pas simple - repose sur deux masses de biens, les biens matrimoniaux d'une part, les biens réservés de la femme d'autre part (art. 194 CC), étant toutefois précisé que les biens matrimoniaux peuvent se subdiviser. Le nouveau régime n'est donc guère plus simple que l'actuel dont il diffère de manière importante puisqu'il passe de la masse commune des biens matrimoniaux, administrée par le mari, à deux groupes de masses administrés séparément par la femme d'une part et par le mari de l'autre.

Le régime de la communauté d'acquêts, lui, n'a que trois masses de biens, les propres de la femme, les propres du mari et les acquêts, ces derniers étant administrés en commun par les époux; cela fait toujours une masse de moins que dans le régime de la participation aux acquêts.

En réalité, ce "petit jeu des masses" auquel se livrent certains partisans du nouveau droit est assez dénué d'intérêt. Ce qu'il convient de retenir c'est que, de l'aveu même du Conseil fédéral, le régime matrimonial du nouveau droit a pour défaut majeur sa complication au moment de la liquidation. Or tout régime matrimonial doit se liquider au moins une fois, ne fût-ce qu'au décès de l'un des conjoints et c'est toujours la partie la plus faible qui souffre des

complications.

Deuxième défaut du régime du nouveau droit du mariage: Absence totale d'indépendance économique de celui des conjoints qui n'a ni fortune ni revenu propre. Celui-ci n'a en effet aucun bien dont il puisse disposer et se trouve dans un état de dépendance encore pire qu'en droit actuel parce que le nouveau droit crée l'idée et l'esprit de l'indépendance et rend donc toute absence d'indépendance bien plus insupportable.

Pour compenser cette injustice à l'égard du conjoint qui n'a rien, le nouveau droit institue le principe du droit du conjoint au foyer à un "montant équitable et régulier" dû par l'autre conjoint. Ce droit à un montant équitable - que le législateur place dans les effets généraux du mariage - est sanctionné par une action en justice qui permettra au juge de fixer le montant dû pour l'avenir et l'arriéré d'une année. La conception "économique" du nouveau partenariat entre les époux se manifeste ici clairement et fait apparaître une distinction entre "conjoint riche, débiteur" et "conjoint pauvre, créancier".

Ce problème n'existe pas dans un régime de communauté d'acquêts: les acquêts appartiennent précisément aux deux époux en commun; richesse ou pauvreté se partagent de la même manière.

En outre, seule la communauté d'acquêts est en harmonie avec la solidarité pour les dettes du ménage que prévoit pourtant le nouveau droit.

Troisième défaut du régime du nouveau droit: Il consacre l'absence de valeur économique du travail non lucratif, c'est-à-dire du travail au foyer

Au moment de la liquidation du régime matrimonial, c'est de l'importance des acquêts de chacun des époux que dépendra naturellement le bénéficiaire. Or celui des conjoints qui sera resté au foyer n'aura, en principe, pas d'acquêts à partager. Il sera donc simplement une fois de plus le conjoint pauvre, en train de "tendre la main" pour

recevoir quelque chose de l'autre. Le nouveau droit fait du conjoint au foyer un perpétuel "mendiant", ce qui est très mauvais psychologiquement.

Selon le Message même du Conseil fédéral (p. 25), la communauté d'acquêts, au contraire, "revalorise la position de l'époux au foyer, généralement la femme, en lui conférant des droits immédiats sur les revenus que son conjoint tire d'une activité lucrative". En outre, "au décès d'un des époux, le partage des biens communs assure pour une large part l'existence matérielle du conjoint survivant".

Le Conseil fédéral lui-même plaide pour les partisans du régime de la communauté d'acquêts. Il n'est pas nécessaire d'en dire plus.

Quatrième défaut du régime du nouveau droit: Il protège très mal chacun des conjoints contre les dilapidations effectuées par l'autre

C'est assurément un défaut très important puisque le législateur a dû essayer de le corriger en introduisant le système terriblement compliqué des "actions contre les tiers" (art. 220 du nouveau droit).

Comme il se pourrait en effet que l'un ou l'autre des époux ait fait quelques donations sans le consentement de son conjoint (consentement qui n'est nulle part exigé par le nouveau droit !) ou qu'il ait disposé de ses acquêts dans l'intention de compromettre les droits futurs de son conjoint, la loi prévoit de tenir compte de la valeur de ces biens dilapidés, au moment de la liquidation du régime et, si nécessaire, de poursuivre en justice les tiers bénéficiaires pour récupérer la "perte" ainsi encourue, avec le risque et de procès sans fin, et de rester bredouille !

Le régime de la communauté d'acquêts évite cet inconvénient si l'on pose le principe selon lequel, en dehors des besoins courants du ménage, les époux doivent disposer ensemble des biens communs. Certes, on dira que ceci risque de "ralentir" la vie économique. Il s'agit, en réalité, à ce stade, de choisir, une fois de plus entre deux optiques: l'une qui veut que le mariage crée une situation nouvelle pour les époux, comportant des obligations réciproques et une limitation réciproque, l'autre, le nouveau droit, qui voudrait que

le mariage ne change presque rien à la vie de célibataire. La première optique correspond certainement à celle d'une majorité de la population si l'on pense, par ex., aux lois sur la vente à prépaiement, sur la vente par acomptes, sur le cautionnement, qui exigent aujourd'hui déjà, le consentement du conjoint du cocontractant à peine de nullité du contrat.

On peut affirmer que la tendance des opposants au nouveau droit correspond à un sentiment profond de la population.

C) Droit des successions

Il est évident que si les époux sont de simples partenaires sociaux, le décès de l'un doit permettre à l'autre de "recevoir sa part" et de se sentir tout à fait libre.

Très logiquement donc, le nouveau droit des successions supprime l'usufruit légal du conjoint survivant - qui constitue, en droit actuel, une manière d'éviter éventuellement le partage des biens de famille - et augmente la part de ce conjoint aux dépens des enfants ou des parents. Il augmente aussi la part des biens successoraux dont le testateur peut disposer en faveur de tiers lorsqu'il laisse conjoint et enfants; dans ce cas en effet, ce montant ou "quotité disponible" passe de 3/16 à 3/8 aux dépens des enfants.

Pour les opposants au nouveau droit, la revision du droit des successions est maladroite et prématurée. Elle est maladroite parce qu'elle a l'air d'être indispensable à la réalisation de l'égalité entre les conjoints, alors précisément que, depuis belle lurette, il y a égalité entre eux en matière successorale. Elle est prématurée car elle ne peut tenir compte des effets réels du nouveau régime matrimonial qui n'a pas encore fait ses preuves. Or le but de la revision du droit successoral est précisément de corriger les défauts éventuels du régime matrimonial. La revision par tranches du droit de la famille et des successions aurait dû avoir l'avantage de permettre d'adapter ultérieurement le droit des successions à la réalité nouvelle du régime matrimonial. Or par cette

revision prématurée du droit des successions, le législateur s'expose à commettre exactement les mêmes erreurs que celui de 1911 qui, ayant façonné simultanément un nouveau droit du mariage et un nouveau droit des successions n'avait pas pu adapter ce dernier aux effets réels du régime matrimonial légal de l'union des biens.

Il est navrant de penser que par suite de l'entêtement du législateur, ce qui se révélera assurément un mauvais nouveau droit des successions sera "figé" pendant quelque 70 ans, si le nouveau droit passe.

Conclusion

Les partisans du nouveau droit voient une preuve de la qualité de celui-ci dans le fait qu'il est le fruit d'une commission d'experts et dans la longueur des travaux préparatoires: 1957 à 1984 ! Ils brandissent en outre, pour décourager toute opposition, l'épouvantail du statu quo si le nouveau droit est refusé en septembre.

Il convient de répondre brièvement à cela par trois constatations: 1ère constatation: Le fait que le nouveau droit ait été élaboré par une commission d'experts n'est pas un gage de sa qualité, d'une part parce qu'une commission de 27 personnes ne peut engendrer qu'un compromis, d'autre part parce que les experts sont faillibles comme tout un chacun; que l'on songe par exemple à l'erreur énorme qu'a été, en son temps, le rapport Kneschaureck en matière de démographie, aux renseignements erronés fournis récemment par les experts fédéraux en matière de taxe poids lourds et aux résultats décevants de la surveillance fédérale des forêts dont la mort n'est de loin pas causée exclusivement par la pollution.

2ème constatation: La longueur de l'élaboration du nouveau droit est moins un gage de sa qualité qu'un risque de vieillissement précoce; elle souligne surtout la paralysie juridique liée à notre système de commissions d'experts et de procédure de consultation sur les avant-projets.

3ème constatation: Si le nouveau droit est refusé le 22 septembre, la volonté de changement de ceux qui le voulaient, ajoutée à la volonté de changement de la grande majorité des opposants, fera avancer très rapidement les choses, d'autant plus rapidement d'ailleurs que les travaux préparatoires sont déjà faits et que toute nouvelle procédure de consultation sur un autre projet sera inutile, la consultation ayant eu lieu le 22 septembre. Le ton aura été donné par le verdict populaire. Et si le refus du nouveau droit le 22 septembre implique une survie du droit actuel pendant quelques années (3 à 4 ans, sans doute), on peut affirmer que cela ne nuira pas aux époux puisque, ainsi que l'affirment d'ailleurs fort justement les partisans du nouveau droit, ce n'est pas la loi qui fait les bons mariages.

Si le nouveau droit est refusé le 22 septembre, il incombera alors à l'administration fédérale et aux 200 et quelques parlementaires fédéraux qui avaient voté ce nouveau droit, de ne pas bloquer le processus dans un acte de mauvaise humeur.

LE NOUVEAU DROIT DU MARIAGE : LA FAMILLE

EST-ELLE OUBLIÉE ?

par Hubert Reymond, conseiller aux Etats

Le droit suisse du mariage, entré en vigueur en 1911, a brusquement vieilli, dès la fin de la deuxième guerre mondiale. L'évolution des moeurs, surtout l'émancipation de la femme, son rôle dans la société, le principe d'égalité entre les sexes, entraînent des conséquences qui touchent aussi bien à la famille qu'à la vie économique, sociale, professionnelle et politique.

Il est donc nécessaire de réviser le Code civil en supprimant des dispositions dépassées, souvent vexatoires pour les femmes, et qui contribuent à entretenir une agressivité qui entache parfois les relations entre les hommes et les femmes. La révision s'impose donc, afin d'instituer - entre mari et femme - (et pour le bien de l'union conjugale) une collaboration fondée sur l'égalité des droits et des obligations.

Ce qui m'a cependant le plus frappé, tout au cours des longs débats des Chambres fédérales relatifs au projet présenté par le Conseil fédéral, et qu'elles ont finalement admis, c'est qu'on a beaucoup parlé de l'homme et de la femme, de leur égalité, de leur interchangeabilité. En revanche, on a peu fait de cas de l'unité du couple marié qui - dans notre civilisation judéo-chrétienne - conserve une valeur essentielle; on a également peu parlé de la famille et l'on a même proposé - avec le même paquet - une révision du droit des successions qui fait peu de cas de la présence éventuelle d'enfants, lesquels demeurent un des buts du mariage. Bref, le nouveau droit proposé, à force de vouloir l'égalité entre les conjoints, a sacrifié dans une large mesure le principe de l'unité du couple et celui de la complémentarité des époux.

Pourtant, les opposants au nouveau droit ne sont pas hostiles à l'égalité entre les conjoints. Simplement, pour eux, cette égalité n'est pas la même dans le mariage d'une part, et dans le célibat-concubinage d'autre part. Or, le nouveau droit conçoit l'égalité des époux en leur donnant à chacun le plus d'indépendance possible et réciproque, le plus de liberté possible, alors que les opposants considèrent quant à eux que le mariage - à la différence du concubinage - exige une double limitation équivalente de la liberté des époux dans l'intérêt de l'unité du couple et des enfants.

Donc, les opposants veulent l'égalité des conjoints; mais ils la veulent dans le respect de l'institution du mariage et pour le bien de l'unité conjugale et de la pérennité familiale.

Je me propose de vous présenter quelques caractéristiques du nouveau droit dans trois chapitres successifs :

- des effets généraux du mariage
- du régime matrimonial et des autres dispositions financières
- du droit des successions.

1) Les effets généraux du mariage

Personnellement, je ne m'oppose pas au nouveau droit à cause des dispositions relatives aux effets généraux du mariage, même si j'y vois quelques défauts évidents. Il n'en demeure pas moins que les dispositions de ce chapitre illustrent bien la difficulté qu'il y a à concilier la double exigence de l'égalité des époux d'une part, et de l'unité du couple d'autre part.

Je prendrai quatre exemples à ce sujet.

- a) Le nom de famille : en principe, ce sera le nom du mari; toutefois, la fiancée aura la possibilité, à sa seule

requête, de conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors et qu'elle devra faire suivre du nom de son mari. La solution ici trouvée montre bien le conflit qui existe entre, d'une part la notion d'unité familiale, qui exigerait le même nom pour les époux et les enfants, d'autre part la notion d'égalité homme/femme, qui voudrait bien évidemment conserver à chacun son nom de célibataire. La solution choisie ici est à mi-chemin entre les deux exigences. Il en est de même en ce qui concerne le droit de cité.

- b) Origine : dans le nouveau droit, même en prenant le nom et le droit de cité de son mari, la femme conserve - en plus - le droit de cité qu'elle avait comme célibataire.

- c) Domicile : le droit actuel dispose que la femme a pour domicile celui du mari, ce qui, évidemment, est une atteinte à l'égalité. On aurait pu alors, dans le nouveau droit, décider qu'à l'avenir, le domicile des époux serait déterminé par la demeure commune, puisque celle-ci - heureusement - subsiste. Il n'en est hélas rien : dans le nouveau droit, chaque conjoint choisira son propre domicile.

- d) Le chef de famille : aujourd'hui, le mari est le chef de famille, qui doit entretenir femme et enfants, alors que l'épouse dirige le ménage. Il était nécessaire de supprimer la notion de "chef de famille"; personnellement, je souscris pleinement à cette suppression. Toutefois, j'aurais souhaité que le nouveau droit considère les époux en adultes capables et responsables de régler leurs différends entre eux, de telle sorte que le juge ne serait sollicité d'intervenir que si l'un d'eux viole ses devoirs. Or, le nouveau droit doute de la capacité des époux de s'entendre et les invite pratiquement à s'adresser au juge chaque fois qu'ils sont simplement en désaccord sur un

sujet important. En fin de compte, c'est le juge qui décidera en lieu et place des conjoints. Cela me paraît regrettable.

2) Le nouveau régime matrimonial et les autres dispositions financières du nouveau droit

Le nouveau régime matrimonial dit de la "participation aux acquêts" (acquêts = ensemble des revenus du travail et de la fortune des époux pendant le mariage) s'appliquerait bien évidemment à l'immense majorité des couples, lesquels ne concluent pas de contrat de mariage. Or, ce nouveau régime prescrit, dans ses grandes lignes, que tant que dure l'union conjugale, les époux sont soumis à une véritable séparation de biens : chacun d'eux a ses propres biens, qu'il administre lui-même et dont il dispose et jouit librement, sous quelques réserves il est vrai, dont la plus importante est la contribution aux frais du ménage; donc, deux patrimoines séparés, pour deux conjoints unis par le mariage.

Il est certain que ce nouveau régime légal ne correspond pas à la manière de vivre de la grande majorité des couples mariés, notamment les couples salariés qui sont la grande majorité, notamment les familles modestes où les revenus des deux conjoints sont nécessaires, notamment encore les couples qui collaborent ensemble dans une entreprise familiale (agriculteurs, artisans, petits commerçants). En fait, le régime légal proposé correspond mieux, à n'en pas douter, à la manière de vivre d'un couple de concubins.

Le deuxième principe fondamental du régime proposé de la "participation aux acquêts" stipule qu'à la dissolution du mariage (décès d'un époux, divorce, séparation, etc), chaque conjoint doit payer à l'autre le 50 % du bénéfice qu'il a

réalisé en cours de mariage. Cela me paraît tout à fait équitable, eu égard surtout à celui des conjoints qui a gagné moins ou qui s'est occupé du ménage. Mais ce qui me paraît contraire à l'idée de solidarité que je croyais déceler dans le mariage, c'est le fait que si la dissolution du mariage laisse apparaître, au lieu d'un ou deux bénéfices à partager, hélas, un ou deux déficits, chaque époux supportera son propre déficit seul, irrémédiablement.

Ainsi, nous constatons que sous le futur régime légal de la participation aux acquêts, les époux sont, quant à leurs biens, séparés pendant l'union conjugale, réunis à la rupture pour le partage des bénéfices de chacun d'eux, mais libres de tous soucis quant aux pertes éventuelles de l'un des conjoints. Bref, c'est la négation du mariage : unis pour le meilleur, mais pas pour le pire !

L'époux au foyer mal honoré

Le régime envisagé de la "participation aux acquêts", avec la gestion séparée des acquêts qu'il exige, n'assure évidemment pas de valeur patrimoniale au travail de "l'époux qui reste au foyer". N'ayant pas d'activité lucrative, ce dernier ne disposerait donc de rien, si le nouveau régime ne lui concédait un "droit à l'argent de poche" dont le but est de lui donner une indépendance financière.

Ainsi, dans le nouveau droit, le "conjoint qui reste au foyer" devient le créancier de l'autre conjoint. Or, lorsqu'on sait - on le voit dans l'union des biens actuelle - qu'une créance entre époux est souvent passée sous silence, on s'explique mal que les associations féminines aient laissé passer une aussi grave lacune, tant il est vrai que ce sera encore souvent l'épouse qui continuera à être celui des partenaires qui assume le plus et le mieux les tâches domestiques.

Si l'on avait préféré, à titre de régime légal s'appliquant au plus grand nombre, un système de "communauté réduite aux acquêts", l'égalité souhaitée et souhaitable entre les époux aurait été bien mieux réalisée. Dans ce régime-là en effet, chacun des conjoints reste propriétaire des biens qu'il apporte au moment du mariage, ainsi que de ceux qu'il hérite par la suite de sa famille; en revanche, tout ce qui est gagné en cours d'union conjugale est immédiatement mis et géré en commun. Ainsi, l'unité du couple marié est sauvegardée, alors que l'égalité des conjoints est réalisée, les rapports de créancier à débiteur ayant disparu.

Avec ce régime de communauté des acquêts, aucun des deux conjoints ne serait en état d'infériorité, ni celui qui reste au foyer, ni celui qui travaille au dehors à temps partiel, ni celui qui gagne moins que l'autre. Ce serait vraiment la bonne manière d'assurer à chacun des époux, et d'emblée, des droits de propriété sur le patrimoine familial.

Epoux collaborant à l'entreprise de l'autre

Lorsque l'un des conjoints collabore de façon très importante à "l'entreprise de l'autre", ce qui est très courant dans les professions libérales, chez les artisans et commerçants, ainsi bien sûr que dans l'agriculture, le nouveau droit proposé confère à ce conjoint collaborant un droit à une indemnité équitable qui peut être exigée par l'ayant-droit à n'importe quel moment au cours du mariage.

Ainsi, au lieu de laisser - comme le conjoint chef d'entreprise - ses économies dans la caisse commune, ce qui permet à l'entreprise de se développer, et ce qui ne compromet pas l'avenir puisque, à la dissolution du mariage, le bénéficiaire se répartira par moitié, ainsi donc le conjoint collaborant

à l'activité économique de l'autre époux devient le créancier de celui-ci. Les dettes entre conjoints sont désormais instituées dans le cours normal de l'existence du couple; le nouveau droit prévoit même qu'elles peuvent être recouvrées par la voie des poursuites !

A mon avis, une telle conception de la vie du couple marié, avec gestion séparée des acquêts et rapports de créancier à débiteur entre conjoints, peut se concevoir lorsque les époux ont chacun une activité lucrative particulièrement rémunératrice, ou chacun sa propre entreprise. Ce n'est cependant pas le cas de l'immense majorité des couples; j'en veux pour preuve le très faible nombre de ceux qui, aujourd'hui, sont en séparation de biens. Bref, la plupart des conjoints unis par le mariage (et par la répartition des rôles qu'il implique naturellement) ne conçoivent pas que leurs acquêts soient gérés séparément; l'unité dans la gestion ne compromet pas l'égalité; au contraire, elle est seule susceptible de l'assurer. A ce titre, le nouveau régime matrimonial est non seulement contraire aux usages de la majorité des couples, mais rétrograde par rapport au principe d'égalité, puisqu'il institue des rapports de créancier à débiteur, lesquels sont - à l'intérieur du mariage - la négation même de l'unité nécessaire et de l'égalité.

3. Le nouveau droit des successions

Il est, à mon avis, regrettable que la révision en cours du Code civil touche aussi le droit des successions. Ce dernier n'a, en effet, rien à voir avec le problème de l'égalité entre époux, laquelle est résolue en matière successorale.

En revanche, la question successorale concerne la conception que nous pouvons avoir au sujet de la transmission des patrimoines familiaux.

Je rappelle que les biens successoraux d'un conjoint comprennent tous les actifs restant après liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire après paiement au conjoint survivant de sa part du bénéfice conjugal. Il est clair que plus la part de bénéfice due à l'autre conjoint est élevée, plus les actifs successoraux diminuent.

Selon la loi actuelle, le conjoint survivant (homme ou femme) a droit - en concours avec des descendants - au quart en propriété ou à la moitié en usufruit des biens successoraux du défunt. Dans le nouveau droit, la part du conjoint survivant est portée à la moitié de la succession en pleine propriété. Ainsi, les dispositions nouvelles auraient pour conséquence qu'en cas de décès d'un conjoint, son partenaire recevrait, ab intestat, lorsqu'il y a des enfants, 50 % des biens successoraux du défunt contre 25 % aujourd'hui.

A mon avis, l'augmentation à 50 % (contre 25 % aujourd'hui) de la part successorale du conjoint survivant est inopportune, voire dangereuse pour la pérennité, au sein de la même famille, des patrimoines et surtout des entreprises (ce n'est pas pour rien que l'Union suisse des arts et métiers soutient le référendum).

Avec une part aussi substantielle, dans toutes les successions où il y a une entreprise ou des biens de famille mobiliers ou immobiliers, le conjoint survivant pourra devenir beaucoup plus facilement que les enfants le nouveau propriétaire, surtout s'il a, de surcroît, reçu la moitié du bénéfice matrimonial : il lui suffira de désintéresser les enfants à raison, en gros, de 25 % des valeurs sur les acquêts et à raison de 50 % sur les autres biens. Les enfants, en revanche, devraient indemniser le parent survivant pour 75 % de la valeur des acquêts et pour 50 % des autres biens. Une telle disposition

conduira tout naturellement à décourager, à alourdir, éventuellement à retarder les reprises par les descendants.

De plus, comme le conjoint survivant deviendra plus systématiquement propriétaire de l'entreprise du défunt, du fait de l'usufruit légal, s'il se remarie et qu'il prédécède, les biens (de famille) du premier conjoint décédé appartiendront pour une demie (mais oui !) au deuxième époux ou à la deuxième épouse.

On le voit : une part trop grande attribuée au conjoint survivant conduira souvent à un transfert horizontal des patrimoines du défunt, c'est-à-dire à un changement souvent choquant des personnes qui, à la suite d'un nouveau mariage, deviennent détentrices de biens appartenant depuis des générations à une même famille de sang. De telles situations sont d'autant moins admissibles, en particulier lorsque les biens du défunt comprennent une entreprise artisanale, industrielle, commerciale ou agricole, qu'elles exigeraient du descendant intéressé par la poursuite de l'affaire familiale, un recours excessif à l'emprunt.

Tous les hommes, toutes les femmes, sont les enfants de quelqu'un, mais tous ne sont pas des conjoints. Un droit de succession qui privilégie trop ces derniers est forcément défavorable aux premiers. Il ne s'agit plus ici, comme je l'ai démontré, d'un problème de couple, ni de chef de famille, ni d'égalité entre hommes et femmes, ni d'émancipation de la femme. Il s'agit de l'image que nous nous faisons du transfert du patrimoine d'un père ou d'une mère à ses propres enfants, en compétition avec un conjoint qui n'est pas toujours, tant s'en faut, leur père ou leur mère, et qui, de surcroît, peut compromettre la pérennité familiale des entreprises et des patrimoines.

Conclusions

Personnellement, ce sont les nouvelles dispositions du droit des successions qui ont d'abord forgé mon opposition au nouveau droit qui nous est proposé. Ces modalités me paraissent si contraires à nos moeurs, à l'idée que je me fais des rapports parents/enfants, qu'elles n'auraient pas dû être traitées en même temps que le droit relatif au régime matrimonial et aux effets généraux du mariage.

Quant au régime matrimonial lui-même, ses défauts résident notamment dans la séparation de biens qu'il institue durant l'union conjugale. Il est contraire au mode de vie de la majorité des couples mariés; il se rapproche étrangement d'un régime qui serait mis sur pied pour les couples de concubins; il est enfin dégradant pour celui des conjoints qui accomplit des tâches domestiques ou qui gagne moins que son partenaire. Dans cette optique, les vrais féministes ne sont pas ceux et celles qui soutiennent le projet.

Enfin, il faut relever qu'une certaine opposition au nouveau droit trouve son fondement dans les Ecritures, notamment du fait de la suppression de la notion de chef de famille. Personnellement, je ne crois pas que la fidélité à la bible puisse être brisée, sur ce plan-là, par un Code civil forcément laïque. Pour moi, l'égalité des époux paraît s'imposer, dans le Code, pour de multiples raisons, et, sur ce point, le projet présenté n'est pas parfait. Mais un Code qui assure cette égalité ne doit pas empêcher les couples mariés de rester fidèles - dans leur vie de tous les jours et en matière de partage nécessaire des responsabilités - aux préceptes des Saintes Ecritures.

Hubert Reymond
conseiller aux Etats

Lausanne, le 25 mars 1985

N.B. Deux problèmes spécifiques de l'agriculture

(complément à l'exposé d'Hubert Reymond ci-avant)

Les partisans du nouveau droit du mariage, lorsqu'ils s'adressent aux agriculteurs, insistent sur deux points : d'abord, en matière de droit des successions, sur la quotité disponible, ensuite, en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial, sur la valeur de rendement du domaine désormais appliquée dans ces cas-là.

En ce qui concerne le droit des successions, les partisans se rendent bien compte que la part du conjoint survivant est excessive, ce qui aura pour conséquence de perturber considérablement la transmission des entreprises. C'est alors qu'ils affirment que, pour favoriser celui des enfants qui reprendra le domaine, le propriétaire n'a qu'à faire un testament et à utiliser sa quotité disponible en faveur du reprenant.

Une telle affirmation est purement théorique; dans la pratique, l'expérience nous montre qu'elle ne se réalisera pas : d'abord, qu'on le veuille ou non, les personnes rechignent à faire un testament (plus de 90 % des Suisses n'en rédigent aucun). Ensuite, lorsque, exceptionnellement, ils en rédigent un, il est évident que la quotité disponible est le plus souvent utilisée pour favoriser le conjoint survivant. Nous voyons mal, dans le nouveau droit, que l'un des conjoints annonce à l'autre qu'il rédige un testament où il le défavorise. Il est donc illusoire de croire que la très mauvaise solution choisie, dans le nouveau droit des successions, pourra être corrigée par la rédaction d'un testament.

La valeur de rendement :

Nous tenons à rappeler que la valeur de rendement du domaine s'applique, dans le droit actuel déjà, aussi bien pour les transferts entre vifs que pour les transferts lors de successions. Il y a pourtant une exception à cela, qui est heureusement corrigée dans le nouveau droit, puisque ce dernier prévoit qu'en cas de divorce, et contrairement à la situation actuelle, c'est la valeur de rendement qui s'appliquerait aussi, en lieu et place de la valeur vénale.

Ce progrès réel ne doit pas faire illusion; d'une manière générale, il nous faut rappeler que les divorces d'agriculteurs déjà propriétaires d'un domaine sont rares. En effet, ce n'est le plus souvent qu'après 7 ou 10 ans de mariage au moins que la propriété est transmise par le père à l'un des conjoints. En outre, les quelques rares divorces d'agriculteurs déjà propriétaires, ou encore propriétaires, nous ont montré que, le plus souvent, les deux conjoints étaient conscients de l'impératif de pérennité. Ils s'entendent donc pour que la valeur de rendement soit également appliquée - dans le droit actuel déjà - pour le calcul du bénéfice de l'union conjugale.

Enfin, un exemple chiffré démontrera bien que la situation actuelle (valeur vénale) n'est jamais appliquée parce que c'est simplement impossible : ainsi, si le mari reprend un domaine à la valeur de rendement de fr. 100'000.-- à l'âge de 30 ans; pour le payer, il fait une dette de fr. 100'000.--. Le divorce survient 8 ans plus tard, la valeur de rendement n'a pas changé; la dette est tombée à fr. 90'000.--, mais la valeur vénale, et la pratique le montre éloquemment, est 10 fois plus élevée, soit fr. 1'000'000.--. Si l'on calcule le bénéfice de l'union conjugale sur la base de cette valeur vénale, il atteindra fr. 910'000.--. Avec le tiers auquel son épouse a droit dans le régime actuel, c'est donc une somme de fr. 303'333.-- que le mari doit emprunter et qui s'ajoutent aux fr. 90'000.-- de dettes existantes, ce qui porte son endettement à fr. 393'333.--! Actuellement, la loi sur le désendettement des domaines agricoles n'autorise pas la création d'hypothèques dépassant la valeur de rendement. L'emprunt est donc impossible du fait de l'existence d'une autre disposition légale. On peut être assuré que les dérogations éventuelles, demandées pour hypothéquer au-delà de ce que la loi tolère, ne seraient en tout cas pas consenties pour un divorce; là aussi la pérennité de l'entreprise sert de critère de base aux autorités de décision.

En conclusion, le nouveau droit des successions tel que prévu avec le nouveau droit du mariage demeure si défavorable pour l'agriculture qu'on ne saurait lui opposer les deux dispositions rappelées ci-dessus (usage de la quotité disponible + respect de la valeur de rendement en cas de divorce), lesquels ont un caractère secondaire, aléatoire, peu pratique, donc purement théorique.

Réflexions sur la revision du droit des effets généraux
du mariage, des régimes matrimoniaux et des successions
et ses conséquences dans la pratique.

Dr. Marguerite Florio, avocate

I. Introduction

L'opposition au nouveau droit du mariage n'est pas une opposition à toute modification de la loi. Il faut cependant se souvenir que la loi doit énoncer des principes aussi généraux que possible, qu'elle doit être claire et précise et correspondre aux moeurs d'une époque et aux habitudes prévisibles. Le projet du nouveau droit du mariage ne remplit pas ces objectifs. La sécurité du droit est un principe auquel les praticiens tiennent et dès lors, il n'est pas concevable d'adopter une nouvelle loi en pensant que l'on pourra la changer si elle ne convient pas dans des délais relativement courts. La loi doit évoluer, mais il faut éviter d'en changer trop souvent. C'est la jurisprudence qui doit jouer le rôle d'adaptateur de la loi aux moeurs et c'est la raison pour laquelle les règles de droit doivent être aussi concises que possible. A cet égard, le nouveau droit du mariage tel qu'il ressort de la loi du 5 octobre 1984 voté par les Chambres fédérales n'est pas satisfaisant. Il est vrai qu'il est difficile de s'exprimer sur les conséquences dans la pratique d'une loi qui n'est pas encore appliquée, mais on peut tout de même tenter de dégager des difficultés d'application pratique.

II. Effets généraux du mariage

1. Obligations générales découlant du mariage

(art. 162 à 170 de la nouvelle loi)

Ces dispositions précisent comment les époux devraient s'organiser dans leurs relations conjugales. Ces règles paraissent d'emblée

trop détaillées. Les défenseurs de la loi du 5 octobre 1984 prétendent qu'il ne s'agit pas d'un modèle et que les époux pourront conserver la liberté d'organiser leurs relations comme ils l'entendent. Cela est vrai bien sûr dans le cadre des couples dont l'entente est bonne. En revanche il paraît que des dispositions trop détaillées sur l'organisation interne risquent de compliquer ces relations dans le sens que leur non respect par l'un des conjoints amènera l'autre à saisir probablement le juge dont les pouvoirs sont très limités s'agissant de relations conjugales et non contractuelles. Dans la plupart des cas, le juge n'aura d'autre solution que d'inviter le conjoint qui ne respecte pas ses devoirs à le faire sans qu'aucune sanction réelle ne soit possible. En effet, si dans un couple l'un ou l'autre des conjoints, ou les deux, ne respectent pas les règles du jeu de manière générale, c'est le signe que l'union est chancelante et que l'intervention du juge n'améliorera en général pas cette situation. C'est la raison pour laquelle, les "règles du jeu" conjugales posées par les art. 162 à 170 sont trop précises, voire même contraignantes. Il appartient en principe à chaque couple de régler ses rapports internes et dès lors, des dispositions trop précises empêcheront cette réglementation souple.

Les exemples sont nombreux

Tout d'abord l'art. 162 précise que les époux choisiront ensemble la demeure commune. On ne parle plus de domicile. On ignore quel est le sens de demeure. Qu'en sera-t-il si les époux ne sont pas d'accord ? La seule solution sera le recours au juge.

L'art. 163 n'appelle pas de remarques particulières, sinon qu'il pose des règles qui ne sont pas nécessairement des règles de droit, mais plutôt des règles de morale.

L'art. 164 dont la note marginale est "montant à libre disposition" est l'exemple de règles qui lorsqu'un couple rencontre des difficultés risquera d'amener des problèmes. En effet, s'il est normal que le conjoint qui voue ses soins au ménage puisse disposer, selon les gains de l'autre, d'un certain montant. Il n'en reste pas moins que la fixation de ce montant devrait être laissée à la libre apprê-

ciation des conjoints. On ne devrait même pas en parler dans la loi. Le fait qu'une règle de droit en parle aura pour conséquence quasi inévitable, que l'on verra un conjoint agir contre l'autre en vue de déterminer le montant à libre disposition. C'est donc le recours au juge, en l'absence d'accord interne.

L'art. 165 qui prévoit la fixation d'une indemnité équitable en faveur de l'époux qui collabore à la profession ou à l'entreprise de l'autre dans une mesure qui dépasse notablement sa contribution d'entretien risque également d'être un "nid" à problèmes. En effet, soit les conjoints s'entendront sur ce montant ou admettront qu'il n'a pas lieu d'être versé, ou bien les conjoints ne s'entendront pas et dès lors le recours au juge sera inévitable. C'est là le type de disposition qui est de nature à créer des procès, alors que l'absence d'entente entre les conjoints est probablement la marque qu'il y a d'autres éléments qui dans leurs relations ne fonctionnent pas.

L'art. 166 de la loi du 5 octobre 1984 n'appelle pas de remarques particulières. Il faut cependant relever que l'alinéa 3 alourdit la responsabilité des conjoints et de l'épouse plus spécialement, dans la mesure où elle se verra obligée par les actes de son mari, représentant l'union conjugale pour les besoins courants de la famille, même si elle n'est pas au courant de ce qui se passe.

L'art. 167 concernant le choix de la profession ou de l'entreprise par les époux n'est pas une règle de droit. S'il est exact qu'il fallait supprimer l'autorisation maritale pour que l'épouse puisse exercer une profession, l'art. 167 qui ne comporte en réalité aucune sanction en cas de non respect sauf le recours au juge est une mauvaise disposition.

L'art. 169 concernant le logement de la famille qu'il faut mettre en relation avec la modification apportée au Code des Obligations en matière de bail à loyer, ne compliquera pas nécessairement les relations entre époux mais les relations de ceux-ci avec les tiers et plus spécialement avec le bailleur s'il s'agit d'appartements loués. Cela aura probablement pour conséquence que les bailleurs à l'avenir feront signer les baux d'appartements conjugaux par les

deux époux et qu'ils devront "s'ingérer" dans les relations entre les époux pour savoir si ceux-ci vivent bien toujours ensemble ou non. Il y a là une méconnaissance des droits légitimes des tiers qui paraît être contraire à une saine application du droit.

L'art. 170 qui prévoit le devoir de renseigner l'autre conjoint sur ses biens, ses revenus et ses dettes est quasiment dépourvu de sanction sauf le recours au juge. Dès lors, le conjoint qui refusera de renseigner l'autre pourra se voir actionner devant le juge pour être tenu de fournir ces renseignements. On a peine à croire que cela améliorera les relations dans le couple.

2. Mesures protectrices de l'union conjugale (art. 171 à 180 de la loi du 5 octobre 1984)

La pratique enseigne que dans la grande majorité des cas, les mesures protectrices de l'union conjugale sont l'antichambre du divorce. Le meilleur juge du monde ne pourra pas contraindre un époux à respecter ses devoirs s'il s'y oppose. Le recours à des Offices de consultations conjugales n'est possible qu'avec l'accord du ou des conjoints. Les dispositions de la nouvelle loi paraissent constituer dès lors un beau rêve, or la loi n'a pas à codifier les rêves.

De plus, le non respect des règles du jeu rappelées ci-dessus par l'un des conjoints aura pour conséquence en cas de désaccord, que l'autre saisira le juge et que celui-ci pourra tenter de rappeler l'époux défaillant à ses devoirs. S'il n'y parvient pas, il n'aura pas d'autres solutions que d'accorder aux époux une autorisation de vivre séparés pour un certain temps.

Certaines dispositions risquent également d'avoir des conséquences financières désastreuses. C'est le cas de l'art. 173, alinéa 3 qui permet au juge de fixer la contribution d'entretien et à l'époux en faveur duquel elle est fixée, de la réclamer non seulement pour l'avenir, mais pour l'année précédant l'introduction de la requête. Or, si les époux n'ont pas vécu séparés, il paraît absolument déplacé de fixer une contribution pour l'année écoulée. La pratique enseigne également que l'une des causes les plus fréquentes de disension dans le couple est la question d'argent. L'un des conjoints

estime recevoir trop peu, l'autre pense qu'il ne peut donner plus. L'obligation de payer une année de contribution d'entretien arriérée est de fait excessive et risque bien de ne pouvoir être jamais exécutée sauf pour des personnes de condition aisée.

On constate également que l'art. 174, al. 2 de la loi du 5 octobre 1984 fait peu de cas des tiers. En effet, celui qui entendra retirer à son conjoint le droit de représenter l'union conjugale ne pourra porter ce retrait à la connaissance des tiers que par des avis individuels. On voit mal dans les couples, sauf dans ceux qui sont bien organisés, que cet avis sera donné. De sorte que les tiers seront de nouveau les "dindons de la farce".

III. Régime matrimonial

Selon le nouveau droit, le régime légal est celui de la participation aux acquêts. En bref il s'agit d'un régime de séparation de biens pendant le mariage, régime qui ne devient commun qu'au moment où il y a lieu de procéder à la liquidation. Ce régime proposé comme régime commun paraît ne pas correspondre du tout à ce qui se passe dans la plupart des couples. On constate en effet dans la pratique que la plupart des couples qui consultent, prétendent être mariés sous le régime de la "communauté des biens", cela signifie tout simplement soit qu'ils mettent effectivement leurs ressources en commun, soit qu'ils ont le sentiment que le système légal prévoit la communauté. On constate de plus, dans la pratique, que très souvent si l'un des époux travaille, l'autre s'occupant du ménage et des enfants et ayant une activité à temps partiel, un seul seulement gère les fonds du ménage, c'est-à-dire s'occupe des paiements courants, des réserves pour achats futurs etc. Il arrive fréquemment que l'un des époux ne sache rien des charges courantes du ménage tout simplement parce qu'il ne s'y intéresse pas ou ne commence à la faire qu'au moment où les conjoints ne s'entendent plus. Lorsque les deux époux travaillent, le plus souvent ils mettent leurs gains dans un pot commun qui sert à l'entretien du ménage, aux paiements, aux réserves et aux économies. La gestion est

assumée en commun à tout le moins pour les dépenses importantes.

Ces constatations pratiques font penser que le régime légal proposé par le nouveau droit ne correspond absolument pas aux habitudes et aux moeurs actuelles. De plus, les dispositions du nouveau droit qui restreignent en réalité la liberté de chacun sont telles que l'on se demande s'il s'agit réellement d'une séparation de biens durant le mariage. Ces considérations amènent à penser que le régime légal qui correspond le mieux aux habitudes, à la pratique et à la notion de couple lui-même est celui de la communauté réduite aux acquêts. Le régime matrimonial de la participation aux acquêts correspond en réalité à la situation d'un couple dans lequel les deux conjoints ont une activité lucrative identique ou presque. Dans cette hypothèse, chacun des conjoints est à même de se constituer des acquêts de même importance. Dans les couples où l'un des époux n'a pas d'activité hors ménage ou seconde son conjoint dans sa profession ou son activité, le régime légal du nouveau droit conduira à plus d'injustices que de justice. En effet, durant le mariage, chaque époux peut disposer seul de ses biens propres et de ses acquêts et dès lors priver son conjoint de toute part de liquidation au moment de la dissolution du régime. Celui des conjoints qui n'aura pas pu se constituer des acquêts, soit parce qu'il n'a pas eu d'activité lucrative, soit parce qu'il a collaboré à l'entreprise de son conjoint sans recevoir un montant, risque de se voir privé de toute part de liquidation si l'autre époux a disposé au cours du mariage de ses acquêts. Cela semble très injuste. De plus, celui des époux qui n'aura pas une activité semblable ou presque identique à celle de son conjoint risque de se sentir très inférieur puisqu'il ne contribuera pas réellement à l'augmentation du bien commun. Dans un régime de communauté réduite aux acquêts celui qui ne travaille pas à l'extérieur pourra malgré tout avoir le sentiment que par ses efforts, par exemple d'économies, il contribue à l'augmentation des biens communs sur lesquels il aura droit à une part lors de la liquidation.

De plus, le régime légal proposé par la loi du 5 octobre 1984 posera, même s'il y a peu de biens, des problèmes de liquidation aussi compliqués que ceux que l'on rencontre actuellement dans la pratique lorsqu'il y a lieu de liquider le régime matrimonial légal actuel de l'union des biens. Chaque époux devra, s'il ne veut pas être confronté à ces difficultés lors de la liquidation, conserver les preuves de ses acquisitions. De plus, la loi du 5 octobre 1984 présume, (art. 200, al. 2) que si l'un des époux ne peut pas apporter la preuve qu'un bien est un acquêt ou un apport, le bien appartient en copropriété aux deux époux. Or, il paraît qu'il est erroné de parler de copropriété dans la mesure où la part de chacun devrait être déterminée. On ignore si le législateur a voulu parler de copropriété par moitié ou si chacun des époux pourrait éventuellement apporter la preuve que le bien a été acquis à fonds communs mais pas par parts égales. Il aurait alors mieux valu parler de propriété commune.

Le régime légal de participation aux acquêts posera également des problèmes de représentation et de responsabilité.

Pour toutes ces raisons, le régime matrimonial légal qui semble le mieux correspondre aux moeurs et habitudes actuelles est celui de la communauté réduite aux acquêts. Ce régime a le mérite d'empêcher les actes de disposition sur les biens communs par un seul des époux, qui ne peut agir qu'avec le consentement de l'autre, sauf pour les besoins courants du ménage. Ce régime fait participer aux économies communes même le conjoint qui n'a pas eu d'activité lucrative à proprement parler mais qui a agi dans le bien commun du couple. La loi du 5 octobre 1984 prévoit le régime de communauté réduite aux acquêts comme régime conventionnel. Cela ne paraît pas suffisant lorsque l'on sait que la grande majorité des couples ne passent actuellement pas de contrat de mariage, par ignorance, ou tout simplement parce que lors du mariage aucun des conjoints n'a de biens. La modification des règles légales n'aura certes pas pour effet d'augmenter le nombre de contrats de mariage.

IV. Droit successoral

On peut tout d'abord se demander s'il y avait réellement lieu de modifier le droit successoral, alors que l'objet de la loi est une modification du droit des effets du mariage et du régime matrimonial.

La loi du 5 octobre 1984 améliore la situation du conjoint survivant au détriment des descendants. Il supprime la possibilité pour le conjoint survivant, en concours avec des descendants, de choisir et de recevoir soit une part en propriété, soit un usufruit sur une part plus importante de la succession. Cette amélioration du droit de succession du conjoint survivant paraît contraire à la notion de famille et de patrimoine familial. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le conjoint survivant, sauf dans le cas de séparation de biens, reçoit actuellement avant sa part successorale, sa part de liquidation du régime matrimonial. Dans le droit actuel et dans l'hypothèse où les conjoints sont mariés sous le régime légal de l'union des biens, le conjoint a droit en concours avec des descendants

- au tiers du bénéfice de l'union conjugale, si c'est une femme,
- aux deux tiers si c'est un homme,
- à cette part d'ajoute son droit de succession, soit le quart des deux tiers, s'il s'agit d'une épouse ou le quart du tiers s'il s'agit d'un mari.

Pour une épouse cela représente donc presque la moitié des biens du défunt.

Selon le nouveau droit et si l'on applique les règles du régime de la participation aux acquêts, le conjoint survivant, homme ou femme, aura droit à la moitié des acquêts de l'autre à titre de sa part de liquidation du régime matrimonial. Il aura de plus droit à la moitié du solde des biens en concours avec les descendants. Cela peut représenter la presque totalité des biens du défunt et

ce probablement au détriment des descendants. Cela sera d'autant plus choquant si dans la succession est comprise une petite entreprise de type familial. Les descendants risquent en effet de ne pas pouvoir payer la part du survivant et de devoir s'endetter au risque de mettre en péril l'avenir d'une telle entreprise.

V. Conclusion

Il ne s'agit pas de s'opposer à tout changement. Il faut cependant que le changement constitue une amélioration durable de la situation et non une modification faite parce que la mode est de changer. L'objection qui consisterait à soutenir que si la loi du 5 octobre 1984 n'entre pas en vigueur il faudra des années pour élaborer un nouveau projet est sans fondement. Il est possible, tout en conservant certaines dispositions de la loi du 5 octobre 1984 qui paraissent judicieuses, et en tenant compte des remarques qui ont été faites à cette loi lorsqu'elle était encore en voie d'élaboration, de parvenir sans retard insupportable à un texte qui corresponde réellement aux habitudes actuelles et à l'évolution du couple.

LA REVISION DU DROIT DES EFFETS GENERAUX DU MARIAGE,
DES REGIMES MATRIMONIAUX ET DES SUCCESSIONS
ET LES ENTREPRISES DE FAMILLE.

EXPOSE DE M. HERBERT CHENEVARD, CENTRE PATRONAL.

Avant d'examiner plus particulièrement les conséquences du nouveau droit sur les entreprises de famille, permettez-moi d'exposer brièvement le point de vue du Centre Patronal sur l'ensemble de la révision; car même si certaines dispositions entraînent des conséquences spécifiques ou d'une ampleur particulière lorsqu'une entreprise familiale est en jeu, pour l'essentiel les principes en cause et leurs effets restent les mêmes quelle que soit la situation envisagée.

Il était souhaitable de moderniser les dispositions actuelles, en particulier pour donner à la femme dans notre droit matrimonial une situation plus conforme à la sensibilité actuelle et à la place qui est déjà bien souvent la sienne dans la réalité. D'ailleurs, sur le plan juridique, la révision était devenue nécessaire depuis l'adoption de l'art. 4, al. 2 de la Constitution. Mais l'institution du mariage n'a de sens que si elle se fonde sur une véritable union, une communauté entre époux. L'amélioration de la condition juridique de la femme mariée n'est pas incompatible avec ce principe fondamental, bien au contraire. La révision ne pouvait alors être un succès que si elle tenait compte de ces deux exigences. Certaines solutions adoptées par les Chambres, notamment en matière de nom de famille ou de droit de cité, répondent à ces exigences. En revanche, d'autres dispositions nous paraissent nettement moins heureuses, soit en elles-mêmes, comme l'abolition de l'interdiction des poursuites entre époux ou l'extension du devoir de renseigner, soit en rapport avec le choix du nouveau régime matrimonial légal, comme le montant à libre disposition de l'art. 164, la contribution extraordinaire d'un époux de l'art. 165 ou encore les restrictions du pouvoir de disposer de l'art. 178.

Mais ce sont surtout les dispositions d'ordre patrimonial découlant des effets généraux du mariage et du régime matrimonial légal qui nous semblent devoir susciter les critiques les plus fortes. Le régime de participation aux acquêts, quoi qu'en dise le Conseil fédéral, est un régime profondément contraire à la tradition juridique suisse et va à l'encontre d'un renforcement de l'union conjugale. L'entrée en vigueur du nouveau droit ferait passer la grande majorité des couples mariés du régime d'union des biens, régime inégalitaire il est vrai, mais communautaire quant à la gestion et à l'administration des biens, à un régime séparateur. Tout en prévoyant la répartition du bénéfice conjugal par moitié, et l'amélioration de la condition juridique de la femme mariée, la modification aurait dû aller vers le renforcement du principe de gestion et de propriété commune du patrimoine acquis par les époux pendant le mariage.

Comme il n'y a pas de patrimoine commun résultant du nouveau régime légal, la situation économique des deux époux pourrait être déséquilibrée. L'un d'entre eux pourrait disposer d'un patrimoine considérable alors que l'autre,

celui qui voue ses soins au ménage, ne disposerait de rien ou presque. Ainsi la participation aux acquêts, qui sacrifie l'idée de communauté patrimoniale entre époux, n'assure pas pour autant à lui seul l'objectif d'égalité que ses partisans lui ont assigné. Le législateur a donc dû prévoir un correctif à cette situation : le montant à libre disposition de l'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants, ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise. L'existence de cette disposition est une sorte de constat d'échec du régime matrimonial de la participation aux acquêts, incapable de procurer aux deux époux l'assise financière nécessaire. De plus, cette disposition accentue encore la séparation des époux. Comme il n'y a pas de pot commun dans lequel les époux peuvent puiser ensemble au gré des besoins, on procède à la répartition immédiate et régulière de tous les revenus. Si l'on ajoute à cela l'exigibilité immédiate, y compris par voie de poursuite, des dettes entre époux, on constate que le système du nouveau droit repose sur l'idée d'une tenue et d'une mise à jour continuelle des comptes entre époux parce que c'est la seule façon de suppléer aux carences du régime matrimonial.

Enfin, la révision du droit des successions nous paraît inopportune. D'une part parce que la modification des règles actuelles, contrairement à celles du droit du mariage, n'est nullement justifiée par des nécessités sociales ou juridiques et d'autre part, parce que, par rapport à la situation actuelle, l'augmentation du droit successoral du conjoint survivant s'ajoutant à l'accroissement de la part de la femme au bénéfice de l'union conjugale lors de la liquidation du régime matrimonial, diminue par trop les droits successoraux des enfants et alourdit sensiblement les conditions de transmission d'une entreprise lorsque le mari décédé était à la tête de celle-ci.

* * *

Examinons maintenant les effets du nouveau droit sur les entreprises de famille. Mais que recouvre cette expression ? Bien qu'elle n'ait pas de sens tout à fait précis, et qu'elle puisse englober des situations assez différentes, on peut notamment admettre le caractère familial d'une entreprise lorsque celle-ci vit du travail des époux, éventuellement des enfants et d'une ou deux autres personnes; on peut aussi ne pas se référer à une véritable participation de la famille, mais prendre en considération la dimension de l'entreprise, ou le fait que ses revenus sont affectés principalement à l'entretien de la famille. On peut encore retenir le critère du mode de transmission familial d'une entreprise. Cette dernière définition n'excluerait donc pas des entreprises de dimensions importantes, mais pour la suite je me limiterai à envisager le cas d'entreprises plus modestes qui représentent déjà une part très importante des entreprises de notre pays. Selon les chiffres du recensement de 1975, sur les 212'979 entreprises de notre pays, on comptait 65'270 entreprises employant une personne et 67'124 entreprises occupant de 2 à 3 personnes, le nombre des entreprises occupant de 1 à 3 personnes représentant donc plus de la moitié du nombre total des entreprises de notre pays.

Selon les règles du nouveau régime matrimonial légal, chaque époux est propriétaire des biens qu'il acquiert avant et pendant le mariage, les gère et en dispose librement. Cela signifie notamment que, lorsque les époux, par leur travail, créent en commun une entreprise, celle-ci ne constitue pas pour autant un patrimoine commun de par la loi. L'unité économique de l'entreprise n'est théoriquement pas assurée si ce n'est par d'autres normes juridiques que celles du droit matrimonial, par exemple sur la base des règles de la société simple. Cet exemple illustre le caractère séparateur du nouveau régime matrimonial légal dans une situation où l'idée de communauté patrimoniale semble pourtant aller de soi.

Lorsqu'un des époux reste au foyer et que l'autre dirige l'entreprise familiale, la situation financière de chaque époux peut être particulièrement déséquilibrée, puisqu'en vertu de la participation aux acquêts les époux n'ont aucun droit sur les biens de leur conjoint pendant le mariage. Le correctif prévu, le montant à libre disposition de l'art. 164, outre les inconvénients généraux déjà évoqués, pourrait avoir pour conséquence de soustraire des moyens financiers utiles à l'entreprise. Là encore, puisque la garantie économique donnée par un patrimoine commun n'existe pas, l'époux resté au foyer qui veut sauvegarder ses droits matériels pendant le mariage, sera tenté d'exiger la répartition immédiate des revenus. Le montant alloué à l'époux resté au foyer devrait assurer à celui-ci une "indépendance analogue" à celle de son conjoint; il doit tenir compte des revenus propres de l'époux créancier, du devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise. Si ce montant doit être fixé par le juge, celui-ci devra déterminer ce qui est nécessaire aux besoins de l'entreprise. Comment pourrait-il le faire sans s'immiscer dans les affaires de l'entreprise ? S'il le fait pourtant, il devra évaluer les besoins ou, par exemple, les réserves nécessaires. Cela revient à prendre une décision économique dont la responsabilité incombe normalement au chef d'entreprise. On peut faire les mêmes remarques pour une situation quelque peu différente à propos de l'art. 165 al. 1 qui stipule que : lorsqu'un époux a collaboré à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité équitable. Nous ne contestons pas le but de cette disposition qui est d'assurer une assise financière suffisante à l'époux qui collabore à l'entreprise de son conjoint, mais on aurait pu faire l'économie de telles règles, dont l'effet est d'inciter à la répartition immédiate des revenus, en optant pour un régime matrimonial légal en vertu duquel les droits de chaque époux seraient garantis par l'existence d'un patrimoine commun pendant le mariage.

Dans les deux types de situation évoqués jusqu'ici, lorsque l'entreprise est créée en commun par le travail des deux conjoints et lorsque l'entreprise est apportée ou créée par l'un des époux, avec ou sans participation de l'autre époux, le régime de participation aux acquêts a des conséquences contestables et d'ailleurs contradictoires. Cela résulte de la nature hybride de ce régime, qui allie les avantages et les inconvénients des régimes séparatistes tant que dure le mariage et ceux des régimes communautaires lors de la liquidation. La participation aux acquêts est, à notre sens, trop séparatrice pour la majorité des couples y compris ceux qui créent en commun une

entreprise. Elle est trop communautaire pour ceux qui de tout temps ont estimé, pour des raisons diverses et notamment en fonction d'une transmission ultérieure aux enfants, que l'existence d'une entreprise justifiait une séparation des patrimoines.

Pourrait-on en déduire que le nouveau régime légal, qui devrait exprimer une conception des relations patrimoniales dans le mariage et qui est le modèle proposé par le législateur à la grande majorité des gens, convient paradoxalement mieux aux couples possédant une entreprise qu'à ceux dont la situation économique ou professionnelle est plus habituelle ? Si l'on devait répondre à cette question par l'affirmative, il y aurait plus que jamais lieu de s'interroger sur la validité du choix du nouveau régime légal. Cela contredirait surtout fondamentalement les bases du raisonnement de ceux qui affirment, non sans raisons en théorie, que l'on ne doit pas exagérément tenir compte des critiques contre le régime matrimonial légal, fondées sur des situations particulières, du fait de l'existence d'une entreprise notamment, car on pourrait attendre des intéressés qu'ils adoptent un autre régime matrimonial, mieux adapté à leurs besoins spécifiques. Pour être d'accord avec cette affirmation, il faut au moins admettre que le régime légal choisi est adapté aux situations les plus fréquentes auxquelles il est destiné, ce que nous contestons d'une façon générale, et en particulier dans le cas où existe une entreprise typiquement familiale, celle créée en commun par le travail des époux. Même si cette dernière représente en fait un cas particulier, elle devrait être largement prise en considération dans le choix du régime légal, car cette situation symbolise parfaitement l'esprit de nombreux couples en matière patrimoniale. Pour cette raison, mais aussi parce qu'il ne faut pas sous-estimer la répugnance qu'éprouvent de nombreuses personnes à déroger à un système légal, et parce que l'on sait fort bien que la plupart des futurs époux ne se préoccupent guère du régime de leurs biens avant la conclusion du mariage, on ne peut se contenter d'affirmer que ces époux n'ont qu'à adopter un régime conventionnel.

Quant aux autres entreprises, celles dont la constitution ou la gestion ne reposent pas sur une véritable action ou volonté commune, le régime de la participation aux acquêts ne constitue pas une solution. D'une part, le chef d'entreprise qui a accepté d'être régi jusqu'à maintenant par le régime légal d'union des biens ne se satisfera pas forcément de la nouvelle répartition du bénéfice par moitié lors de la liquidation du régime. D'autre part, des époux qui ont opté pour la séparation de biens persévéreront probablement dans ce choix puisque l'adoption du régime de participation aux acquêts prévoit un partage du bénéfice dont ils ne veulent pas. Mais le chef d'entreprise n'évitera pas les inconvénients résultant de certaines dispositions des effets généraux du mariage. Citons par exemple l'article 169 qui prévoit qu'un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial. Cette disposition, dont le but est estimable, pourrait avoir pour effet d'interdire au chef d'entreprise l'aliénation d'un immeuble affecté à l'exercice d'une entreprise, mais comprenant aussi l'appartement familial alors qu'il estime que le transfert de son activité est souhaitable, voire nécessaire. Le chef d'entreprise n'évitera pas non plus les inconvénients découlant d'une éventuelle intervention du juge pour fixer l'indemnité équitable de l'article 164. Même si, dans

ce cas, le principe de l'art. 164 nous paraît justifié, car il est alors le seul qui puisse garantir une certaine capacité économique à l'époux resté au foyer que ne lui procure pas le régime séparateur, on peut constater que l'ensemble du nouveau droit modifierait profondément la situation de tous les couples soumis au régime légal ou à un régime conventionnel. Il ne s'agit pour nous ni de défendre le régime de l'union des biens, ni de figer des situations actuelles dont certains aspects sont excessifs, en particulier dans le régime de séparation des biens, mais ces exemples démontrent que l'adoption du régime de participation aux acquêts et de certaines dispositions des effets généraux du mariage ne donne satisfaction ni à ceux qui sont inspirés par une conception communautaire, ni à ceux qui, pour des raisons particulières, aspirent à une séparation totale des patrimoines.

* * *

Parmi les autres problèmes que pose le nouveau droit, il faut relever encore les conséquences qui en résulteraient dans le domaine de la transmission successorale d'une entreprise à un descendant. Le nouveau droit augmente la part successorale du conjoint survivant au détriment de celle des enfants. Le droit de la femme en concours avec les descendants passe de $1/4$ à la moitié de la succession, celui des enfants de $3/4$ à la moitié. Mais à cela s'ajoute que la part au bénéfice de l'union conjugale lors de la liquidation du régime matrimonial passe pour la femme du tiers à la moitié.

Si l'on tient compte des deux opérations, la femme a droit au total, au décès de son mari, à $3/4$ de tous les acquêts et à la moitié des apports du mari. Aujourd'hui, la femme a droit à une moitié des acquêts et à $1/4$ des apports du mari. La différence est considérable puisque si l'on tient compte de tous les biens acquis avant et pendant le mariage, l'augmentation de la part de l'épouse, par rapport à aujourd'hui, sera au minimum de 50 %. Le descendant qui voudrait reprendre l'entreprise familiale pourrait ainsi en être empêché.

Il vaut la peine d'examiner un exemple chiffré pour illustrer l'ampleur du changement : le mari apporte lors du mariage des biens d'une valeur de fr. 100'000.-, dont une entreprise d'une valeur de fr. 75'000.-. A la dissolution du mariage, le total des acquêts monte à fr. 200'000.- dont la moitié, fr. 100'000.-, est constituée par l'accroissement de valeur de l'entreprise qui s'est développée. Dans le droit actuel, la valeur globale de l'entreprise, fr. 75'000.- + fr. 100'000.- correspond exactement au droit successoral des descendants après liquidation du régime matrimonial. En effet, en vertu de la liquidation du régime matrimonial, l'épouse reçoit un tiers des acquêts soit : $1/3$ de 200'000.- = fr. 67'000.-. La succession du mari monte donc à fr. 233'000.- (ses apports : fr. 100'000.- + sa part aux acquêts $2/3 \times 200'000 =$ fr. 133'000.-). Les descendants ont droit, en vertu du droit ab intestat, à $3/4$ de cette somme, soit fr. 175'000.-. Pour simplifier, s'il n'y a qu'un descendant et qu'il désire reprendre l'entreprise, il n'aura rien à déboursier puisque les autres biens suffisent à couvrir la part de la femme. Dans le nouveau droit, il devrait verser à l'épouse fr. 75'000.-, ce qui représente près de 40 % de la valeur de l'entreprise. En effet, l'épouse aurait droit, lors de la liquidation du régime matrimonial,

à la moitié des acquêts, soit fr. 100'000.-. La succession du mari monterait ainsi à fr. 200'000.- (ses apports fr. 100'000.- + ses acquêts la moitié de fr. 200'000.-). Comme le droit ab intestat des descendants serait de la moitié de la succession, donc de fr. 100'000.-, cette part serait inférieure de fr. 75'000.- à la valeur de l'entreprise. La situation peut être encore plus difficile, car si l'épouse a prêté à son mari une somme d'argent qu'il a investie dans son entreprise, la créance de l'épouse est proportionnelle à sa contribution. Si, par exemple, le mari a emprunté fr. 25'000.- à sa femme, au début du mariage, et qu'il les a investis dans son entreprise, la créance de la femme, lors de la liquidation du régime matrimonial, sera de près de fr. 55'000.-. Pour désintéresser l'épouse, l'héritier devra lui verser au total, dans ce cas, une somme qui représente plus de la moitié de la valeur de l'entreprise.

Il est vrai que l'on peut déroger à ces règles par contrat de mariage ou par testament. Mais cela nécessite d'écarter les règles légales par un acte positif. Il serait souhaitable que le droit applicable, sauf dispositions contraires, soit moins désavantageux pour les descendants. La révision du droit successoral aurait dû tenir compte de l'augmentation du droit au bénéfice de l'épouse dans le régime matrimonial. D'ailleurs, on ne voit pas pourquoi et surtout quelle était l'urgence de procéder à une révision du droit des successions dans le cadre de la révision du droit du mariage.

En définitive, la plupart des critiques présentées ici, bien qu'elles concernent avant tout l'aspect patrimonial et la situation des entreprises de famille, nous paraissent d'autant plus sérieuses qu'elles rejoignent et renforcent les critiques plus générales portées contre le nouveau droit et que nombre de conséquences fâcheuses auraient pu être évitées ou tout au moins amenuesées si l'on avait réellement voulu s'inspirer du principe fondamental de l'institution du mariage : l'idée de communauté conjugale.

Le droit transitoire du nouveau droit matrimonial

Mme Andrée Borgognon, avocate

I. Généralités

La nouvelle loi a prévu certaines dispositions pour permettre l'adaptation au nouveau droit de 1984 des ménages déjà fondés sous l'empire de l'ancien droit, c'est-à-dire sous l'empire du Code civil suisse du 10 décembre 1907, entré en vigueur le 1er janvier 1912, code sous lequel nous vivons tous aujourd'hui.

C'est ce que l'on appelle en technique juridique le droit transitoire, ou les dispositions transitoires, cela dit pour les non-juristes.

Dans ce droit transitoire, le législateur a fait preuve, comme d'ailleurs dans la loi elle-même, d'un esprit d'autoritarisme et d'interventionnisme inouï, inconnu jusqu'alors dans le droit civil suisse, spécialement dans le droit de la famille. En Suisse alémanique, on a même parlé de "totalitärer Eingriff", d'interventionnisme totalitaire.

Car s'il est un domaine où l'interventionnisme n'est pas de mise et où les Suisses sont particulièrement sensibles et chatouilleux - à juste titre d'ailleurs - c'est bien le domaine personnel, "personnalissime", de la famille.

Or, contrairement à tous les principes d'équité et de mesure typiques du droit civil suisse, dont les institutions ont été souvent copiées et citées en exemple, le législateur n'y est pas allé par 4 chemins.

Un juriste digne de ce nom, qui serait partisan du nouveau droit, n'hésitera pas un instant, s'il est honnête avec lui-même, à rejeter tout ce nouveau droit uniquement en raison des dispositions transitoires et des principes de rétroactivité qu'elles contiennent.

Ces dispositions transitoires sont, en effet, inéquitables, franchement injustes, à l'égard d'une fraction très importante de la population. Je veux parler du 90 % des couples de ce pays qui vivent sous le régime légal de l'union des biens, c'est-à-dire sans avoir passé chez le notaire.

Comme il y a en Suisse environ 1.500.000 couples, cela fait 1.350.000 couples vivant sous le régime de l'union des biens ou 2.700.000 hommes et femmes unis par les liens du mariage. Ce n'est pas négligeable et j'y reviendrai tout à l'heure.

J'aimerais rappeler que dans ce régime, le bénéfice de l'union conjugale est partagé en cas de divorce ou de décès à raison de 1/3 pour la femme et de 2/3 pour le mari.

Dans l'union des biens, les sommes que la femme gagne par son activité dépendante ou indépendante en dehors de son ménage sont ses biens réservés auxquels le mari n'a jamais aucun droit. Ainsi, dans le régime de l'union des biens, le mari doit toujours partager ses économies avec son épouse à raison de 1/3 - 2/3; mais la femme, elle, n'est jamais obligée de partager ses économies avec son époux.

En 1907, ce partage de 1/3 - 2/3 était déjà très hardi car on vivait alors sous l'adage que les biens féminins ne doivent ni augmenter ni disparaître. Frauengut soll weder wachsen noch schwinden.

Les biens réservés sont une institution anglo-américaine quasi révolutionnaire qui présentait déjà l'émancipation féminine.

Ces biens réservés ont aussi souvent permis à la famille de subsister lorsque les affaires du mari allaient mal. C'était une poire pour la soif. Aujourd'hui, les femmes ayant une activité professionnelle ont souvent d'importants biens réservés. Elles en cachent parfois l'existence à leur mari dépensier car femme qui dit tout à son mari pleure plus souvent qu'elle ne rit ! Avec la nouvelle loi, ces biens réservés disparaissent; tous les oeufs sont dans le même panier. Le juge pourra même aller chez le banquier de la femme pour renseigner le mari !

Les reproches que l'on peut adresser au droit transitoire
(comme d'ailleurs à la loi elle-même) sont à mon avis les
suivants:

- L'autoritarisme du législateur dans un domaine privatissime,
personnalissime.
- Son ignorance délibérée de la réalité helvétique.
- Contrairement au code de 1907, le nouveau droit recourt,
pour l'adaptation au nouveau droit, à un principe injuste
et détestable entre tous: la rétroactivité de la loi, ce
qui permet par le moyen du droit transitoire de brader les
droits acquis des époux et de leur imposer ce que le légis-
lateur a décrété comme étant bon pour le peuple suisse. On
veut réaliser l'injonction de l'égalité qui, en fait, est
une uniformisation, même par la force et contre la volonté
des époux.
- Sous le prétexte de simplification, on crée dans le droit
transitoire l'insécurité juridique et on grignote nos libertés.
- Certaines formulations du droit transitoire sont un nid à
procès et à toutes sortes de difficultés.

Du point de vue de la technique législative, j'estime ces reproches
GRAVES.

II. Voyons ce droit transitoire de plus près et tout d'abord sous l'angle des effets généraux, personnels, du mariage.

Ici, comme en 1912, la loi consacre le principe de l'application
immédiate du nouveau droit (art. 3, 8 titre final CCS). Sur le
principe, il n'y a rien à redire. (Il s'agit en effet de cas réglés
par la loi indépendamment de la volonté des parties).

Je passe rapidement sur la récupération par la femme, dans le délai d'une année, de son ancien droit de cité cantonal perdu par le mariage. Même observation en ce qui concerne le fait, pour la femme, de pouvoir faire précéder le nom de famille du nom qu'elle portait avant le mariage.

Ces dispositions me semblent plus folkloriques que réellement juridiques et utiles. Elles ne répondent à aucun besoin, si ce n'est à l'obsession égalitariste du législateur poussée jusqu'à la démesure, et que l'on avait déjà pu constater dans la loi sur la filiation.

Mais ce qui va suivre est plus important:

Dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il se produit une aggravation de la responsabilité financière féminine, conséquence de l'égalité. Il faut que les femmes en soient bien conscientes.

Or, je rappelle que 30 % seulement des femmes mariées travaillent au dehors, souvent à temps partiel et sporadiquement. 7 % seulement des femmes mariées travaillent à plein temps.

Les faits sont têtus.

Dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la femme devient solidairement responsable des dettes du ménage pour les besoins de la famille. Actuellement, la femme n'est responsable de ces dettes de ménage que subsidiairement, c'est-à-dire en cas d'insolvabilité du mari.

D'autre part, l'autorité maritale étant supprimée dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la femme devient en quelque sorte co-chef de famille. Il en résulte que la femme devient aussi responsable des dommages causés à des tiers par ses enfants mineurs, et même par sa jeune fille mineure employée de maison vivant dans le ménage commun. Il s'agit de l'art. 333 du Code civil suisse sur l'autorité domestique (Hausgewalt). Actuellement, la femme

n'est pratiquement jamais responsable dans de tels cas. C'est le mari qui est responsable en tant que chef de famille. Or, il s'agit, comme pour la circulation automobile d'une responsabilité causale, dont la femme ne pourra pas facilement se libérer. A cet égard, je rappelle l'incendie de 15 hectares de forêt à Chamoson en mars 1985, incendie provoqué par un écolier de 10 ans qui jouait avec des allumettes.

Pour le surplus, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, toutes les nouvelles procédures prévues sont immédiatement applicables: le recours au juge, les commandements de payer et les séquestres entre époux, l'obligation de renseigner sur la situation financière, etc.

III. Passons maintenant à l'incidence du droit transitoire sur les régimes matrimoniaux, spécialement le régime matrimonial légal de l'union des biens.

Ici, le législateur n'a tenu aucun compte du fait qu'aujourd'hui encore, malgré tout le mal que l'on en dit et bien que l'on puisse changer de régime en cours de route, 90 % des couples vivent chez nous, financièrement parlant, sous le régime légal de l'union des biens. Les Romands appellent ce régime de façon erronée la communauté, ce qui est une jolie façon de qualifier les liens financiers qui se tissent entre les époux.

Le régime de l'union des biens est celui qui règle les rapports financiers des époux lorsque ceux-ci n'ont pas été chez le notaire pour passer un contrat de mariage.

J'ai dit tout à l'heure que 1.350.000 couples, soit 2.700.000 hommes et femmes vivent sous ce régime. Ce n'est pas rien.

Comme il faut bien juger l'arbre à ses fruits, je dois donc constater que ce régime ne doit pas être si mauvais que cela puisqu'il n'a pas empêché la prospérité des Suisses et des Suissesses.

En particulier, ce régime n'a pas empêché la promotion de la femme, son accession aux responsabilités professionnelles et la formation de capital féminin.

J'aimerais quand même faire remarquer ici que depuis 1912, la femme suisse mariée jouit de la pleine capacité civile lui permettant de passer tous les actes juridiques sans l'autorisation de son mari. On l'oublie trop souvent. Les Françaises ont dû attendre 1965 pour obtenir cela. Et pourtant elles votaient.

Les Suisses, pratiques et pragmatiques comme toujours, ont d'ailleurs assoupli les règles du régime de l'union des biens. Aujourd'hui, sur 100 femmes, 73 sont impliquées dans la gestion de la fortune familiale, alors que sous le régime "pur", c'est le mari seul qui gère. Aujourd'hui, le mari ne gère seul que dans 17 % des cas, selon une enquête sérieuse émanant de milieux féministes.

Je répète que l'intérêt non négligeable de ce régime de l'union des biens, c'est que le salaire de la femme en dehors de son activité de ménagère constitue ses biens réservés dont elle peut disposer librement soit pour elle-même, soit dans l'intérêt de la famille.

La femme n'est jamais obligée de partager ces économies-là avec son mari, ce qui ne sera plus le cas avec la nouvelle loi où toutes les économies des 2 époux seront partagées par 2.

Sous le prétexte aberrant que les époux - 2.700.000 hommes et femmes - ne sont pas conscients du régime légal sous lequel ils vivent, le législateur veut faire notre bonheur contre nous et imposer, même à ceux qui sont déjà mariés, le régime allemand de la participation aux acquêts, cela par le biais du droit transitoire.

Pour les non juristes, les acquêts sont en quelque sorte les acquis du mariage. C'est-à-dire tout ce que les époux acquièrent à titre non gratuit pendant leur mariage. Ce sera au premier chef leurs salaires, mais pas un héritage ou une donation. Pendant le mariage, chacun gère ses acquis de la façon la plus libre, comme s'il était

célibataire. A la fin de l'union conjugale, par la mort ou le divorce, tous ces acquêts, ces acquis, seront partagés en 2 entre les époux (ou leurs héritiers).

Ce régime de la participation aux acquêts qu'il ne faut pas confondre avec la communauté réduite aux acquêts, est un régime étranger.

Il n'a aucun point d'ancrage dans la tradition suisse, contrairement à tout le droit civil suisse.

Et surtout, il est diamétralement opposé à la pratique de 90 % des couples de ce pays.

Ainsi, le législateur veut bousculer, chambarder, la vie conjugale patrimoniale de 2.700.000 hommes et femmes déjà mariés dans ce pays.

Etant donné que la population suisse est plutôt vieille que jeune (en 1980, 42,1 % de la population était âgée de plus de 40 ans), il y a parmi ces 1.350.000 couples beaucoup de ménages qui ne sont plus tout jeunes et qui sont mariés sous le régime légal de l'union des biens depuis 30 - 40 - 50 ans et même davantage.

Voici comment le législateur s'y prend, dans le droit transitoire, pour nous faire faire un virage à 180 ° contre notre volonté.

Tout d'abord, il faut savoir à cet égard que les régimes matrimoniaux ont des effets financiers internes et des effets financiers externes. Les effets internes se produisent entre les époux et vis-à-vis de leurs héritiers. Les effets externes se produisent à l'égard des tiers, p.ex. à l'égard des créanciers, des fournisseurs des époux.

Ex.:

Un créancier a valablement saisi un élément de fortune de la femme qui a dû payer. Effets externes.

Mais au point de vue interne, c'est le mari qui aurait dû payer. Le mari devra donc rembourser à sa femme. Effets internes.

L'idéal au point de vue juridique est que le régime externe soit le même que le régime interne. Mais pour des motifs juridiques qu'il serait trop long d'expliquer ici, cela n'est pas toujours possible.

Or, le législateur veut, contrairement à ce qui s'est passé en 1912 (art. 9 b du titre final) que dès l'entrée en vigueur du nouveau droit tous les couples mariés sous le régime de l'union des biens soient désormais pleinement soumis au régime de la participation aux acquêts, et cela tant dans leurs rapports entre eux et vis-à-vis de leurs héritiers, que dans leurs rapports externes, avec les tiers, créanciers, fournisseurs, etc.

Que l'on ne vienne pas nous raconter ici que l'application simultanée de droits différents aux personnes appartenant à la même communauté de droit irait à l'encontre de la conscience juridique populaire ! Depuis 1907 en tout cas les Suisses ont toujours été respectueux des différences justifiées, des droits acquis et du principe de la non-rétroactivité des lois.

En 1907, les époux suisses ont eu 3 possibilités de choix et ils ont eu 4 ans pour réfléchir, s'organiser, passer des actes, le Code n'étant entré en vigueur que le 1er janvier 1912. Je veux bien qu'en 1912, on mettait en vigueur un code entier, le Code civil suisse; aujourd'hui, il n'est question que d'une partie de ce code, mais une partie d'importance s'agissant de la famille.

Le législateur de 1907 a eu plus d'égards pour les époux que celui de 1984. Les époux de 1907 ont pu:

- soit conserver leur ancien régime matrimonial cantonal dans leurs rapports entre eux et vis-à-vis de leurs héritiers et être soumis au nouveau droit de l'union des biens pour leurs rapports avec les tiers, et cela sans rien faire, sans faire aucune déclaration que ce soit.

- Soit conserver leur ancien régime matrimonial cantonal pour tous leurs rapports internes et externes, cela moyennant une déclaration à l'autorité et une inscription dans le registre des régimes matrimoniaux.
- Soit enfin adopter le nouveau régime de l'union des biens également pour leurs rapports internes moyennant une déclaration à l'autorité. (Cf art. 9 titre final)

En 1984, les époux qui sont déjà mariés sous le régime de l'union des biens ont moins de chance; ils n'ont plus qu'une possibilité: ils ne peuvent conserver leur ancien régime de l'union des biens que pour leurs rapports internes, entre eux et vis-à-vis de leurs héritiers (donc pas pour leurs rapports externes, vis-à-vis des tiers).

Je remarque en passant que par rapport à 1907, nos libertés de choix s'amenuisent de jour en jour par la volonté du législateur !

Et encore le législateur veut-il prendre les époux de vitesse et les empêcher de réfléchir. Car il faudra pour conserver l'ancien régime de l'union des biens dans les rapports internes et vis-à-vis des héritiers que les époux fassent une déclaration écrite commune à l'autorité (le préposé au registre des régimes matrimoniaux), dans le délai d'un an dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et avec toutes les complications que cela peut comporter pour des couples âgés, malades, handicapés, séniles, etc.

En d'autres termes, il faudra aller confirmer à l'autorité, par une déclaration écrite commune, que l'on veut pour le patrimoine conjugal continuer à vivre comme on a vécu jusqu'alors. C'est profondément choquant, contraire à la logique. En 1907, les époux qui ont voulu conserver pour leurs rapports internes et vis-à-vis de leurs héritiers l'ancien droit cantonal n'ont eu strictement rien à faire (art. 9 titre final).

Beaucoup d'époux - on le sait par les notaires - ont déjà pris toute une série de mesures pour le cas de leur décès en fonction de leur régime matrimonial, celui de l'union des biens. Ils ont déjà procédé à des actes entre vifs, p.ex. des donations, des attributions de biens. Ils ont fait des testaments et des pactes successoraux. Je vous laisse le soin d'imaginer les problèmes juridiques insolubles, insurmontables, que va provoquer chez ces vieux couples l'autoritarisme du législateur. C'est profondément choquant, heurtant, contraire à l'équité.

Il y a là des droits acquis que l'on sacrifie au profit d'un alignement autoritaire et forcément arbitraire, alors que le législateur de 1907 s'était montré particulièrement respectueux des droits acquis, au point qu'il a jugé bon de proclamer d'entrée de cause le grand principe de la non-rétroactivité des lois.

Il semble que le législateur de 1984 n'en ait cure, alors et surtout qu'il n'y a pas dans le pays une vague de fond, un large consensus pour un changement radical. C'est comme pour le projet de nouvelle constitution fédérale et la majorité sexuelle à 14 ans. La grande majorité, la majorité silencieuse, le pays profond n'en veut pas. A croire que les Suisses se choisissent de fausses priorités !

Quid, me direz-vous, si l'un des époux ne veut ou ne peut pas faire cette déclaration écrite commune pour cause de maladie, d'âge, handicap physique ou mental, etc.

J'observe ici qu'un homme peut parfaitement ne pas vouloir faire cette déclaration commune parce que sa femme a d'importants biens réservés dus à son travail hors du ménage. S'il ne fait pas cette déclaration commune, le mari va avoir droit à la moitié des biens réservés de la femme qui deviendront des acquêts, alors qu'avec l'ancien régime le mari n'a droit à rien.

Quoi qu'il en soit, si la déclaration commune n'intervient pas, ce sera alors le nouveau régime impérativement, ce qui me semble inadmissible sur le plan des principes.

En effet, les époux ont adopté à leur mariage par actes concluants, tacitement, le régime en vigueur à l'époque, celui de l'union des biens. Il y a là des éléments de *clausula rebus sic stantibus*, de contrat d'adhésion. En tout cas, il y a là un accord, fût-il tacite, qui doit être respecté au même titre que l'accord de volonté exprès des époux ayant passé chez le notaire. Je ne saurais admettre, pour des principes d'équité, que l'on puisse totalement soustraire le régime matrimonial légal à la volonté des parties, quoi que puissent en penser certains juristes. En acceptant tacitement lors de leur mariage le régime légal de l'époque, les 1.350.000 couples de ce pays n'ont pas entendu pour autant donner au législateur un chèque en blanc pour les faire virer à 180 ⁰ par la suite, et cela même s'ils ne connaissent pas exactement le régime sous lequel ils vivent.

Il est bien évident que l'intérêt des époux est de pouvoir conserver le régime matrimonial de l'union des biens au moins dans leurs rapports internes et vis-à-vis de leurs héritiers, et cela comme en 1912, sans avoir à faire une déclaration commune.

Si j'ai bien compris le mécanisme du système proposé, le législateur contraint les époux à faire cette déclaration écrite commune parce que, d'une part, et pour des motifs de simplification, il veut supprimer le registre des régimes matrimoniaux qu'il estime trop pesant, c'est lui qui le dit, et d'autre part, parce qu'il veut supprimer dans toute la mesure du possible la dualité entre effets internes et effets externes du régime matrimonial, particularité du droit suisse, toujours pour des motifs de simplification.

J'observe ici, pour les non juristes, que l'on inscrit dans le registre des régimes matrimoniaux les contrats de mariage. Une publication intervient ensuite pour les rendre opposables aux tiers.

Je ne vois vraiment pas pourquoi - sinon pour mieux aligner les Suisses sur un modèle unique - le législateur s'acharne à vouloir supprimer la dualité entre effets internes et effets externes du régime matrimonial. En effet, ni l'ordre public, ni les bonnes moeurs ne sont concernés par cette dualité. Le système de 1907 permettant le triple choix dont je vous ai parlé ne pourrait être maintenu, dit le Message du Conseil fédéral, que si l'on conserve pour les seuls besoins du droit transitoire et pour une durée indéterminée le registre matrimonial, ce qui, toujours selon le Message, ne se justifierait pas.

Malgré les imperfections du système, nous ne partageons pas ces vues; car le registre représente quand même un élément de sécurité juridique auquel nous tenons, même s'il n'est pas absolu.

D'autre part, étant donné les faits sociaux qu'il est appelé à régir, le droit des régime matrimoniaux, à l'instar d'autres parties du droit civil comme les successions - a toujours été un droit difficile. Mais ce n'est pas une raison pour tout ramener à un dénominateur commun simpliste où l'on finit par sacrifier les principes qui sont l'honneur du droit civil suisse.

Or, nous avons en Suisse des notaires, des juristes, capables de maîtriser une matière juridique difficile et de conseiller utilement les époux.

Et c'est la tâche du législateur de trouver un système original, respectueux des droits acquis, et permettant aux 1.350.000 couples concernés de continuer à vivre sous le régime de l'union des biens s'ils le désirent, cela sans que ces époux aient besoin, après tant d'années de mariage, d'aller confirmer à l'autorité leur volonté de continuer comme par le passé.

IV. Si les époux n'ont pas fait la déclaration commune pour garder l'union des biens dans leurs rapports internes, ils sont soumis pleinement au nouveau régime de la participation aux acquêts tant dans leurs rapports internes qu'externes.

Les biens de chaque époux entrent dans le nouveau régime selon les caractères, selon l'étiquette, que leur attribuent les règles de la loi nouvelle. C'est donc la rétroactivité, principe détestable entre tous.

Exemple: Dans l'actuel régime de l'union des biens, l'argent gagné par la femme en dehors de son ménage constitue ses biens réservés. Elle n'a jamais besoin de les partager avec son époux.

Dans le nouveau régime, la cagnotte de la femme passera dans les acquêts, c'est-à-dire les acquisitions du mariage, et la femme devra partager avec son mari (ou ses héritiers) en cas de divorce ou de décès, et cela même si l'argent a été économisé sous l'ancien régime.

Ce n'est pas juridiquement satisfaisant.

Pour éviter cela, chaque époux peut, mais AVANT l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, signifier à son conjoint par écrit son intention de liquider l'ancien régime, selon les règles de l'ancien droit évidemment. Le Conseil fédéral fixera cette entrée en vigueur.

Pour des motifs de preuve, je conseille vivement aux époux de passer par un homme ou femme de loi au lieu de s'écrire une lettre forcément recommandée.

En particulier, je conseille aux femmes mariées ayant des biens réservés importants de demander la liquidation. Ainsi les biens réservés deviendront des biens propres dans le nouveau régime et elles n'auront pas besoin de les partager avec leur époux, en cas de divorce notamment.

Mais cette demande de liquidation va avoir encore un autre effet: les femmes vont pouvoir effectivement toucher le 1/3 du bénéfice de l'union conjugale, tout en restant mariées. Comme quoi un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ! Les 2/3 iront au mari.

Je ne sais comment la paix conjugale réagira à tout ce branle-bas de combat voulu par le législateur.

V. Dernière hypothèse

Les époux n'ont absolument rien fait, ni déclaration écrite commune pour garder l'ancien régime entre eux et vis-à-vis de leurs héritiers, ni demande de liquidation pour le passé.

Ces époux sont donc pleinement soumis au nouveau régime légal de la participation aux acquêts tant dans leurs rapports internes que dans leurs rapports externes. L'ancien régime de l'union des biens n'a donc pas été liquidé dans cette hypothèse. On a poursuivi sa vie sous le nouveau régime, sans autre forme de procès.

Le Message (p. 163) pense d'ailleurs que, dans la grande généralité des cas, la liquidation ne sera pas souhaitée par les époux.

C'est là une affirmation purement gratuite, ne reposant sur aucun fait d'expérience.

Il arrive enfin le moment de la dissolution du mariage par la mort ou par le divorce. Cette fois-ci, il va falloir impérativement liquider le régime matrimonial avant de passer aux problèmes de succession.

En 1907, on avait proclamé dans le code le grand principe de la non-rétroactivité des lois.

En 1984, la liquidation se fera pour toute la durée de l'ancien et du nouveau régime ordinaire selon le nouveau régime de la participation aux acquêts. Autrement dit le Message (p. 165) l'affirme clairement par deux fois au moins c'est l'application rétroactive des nouvelles règles, principe détestable et injuste entre tous. Les époux seront censés avoir toujours vécu, même avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sous le régime nouveau de

la participation aux acquêts.



VI. Les contrats de mariage de l'ancien droit (= droit actuel) subsistent sous l'empire de la loi nouvelle, mais en conformité des dispositions de la nouvelle loi en ce qui concerne la séparation de biens. Il se peut donc que le contrat de mariage soit modifié sur certains points par la loi nouvelle.

De plus (Message p. 167), même inscrits au registre des régimes matrimoniaux, ces contrats de mariage ne seront opposables aux tiers que s'ils en ont ou devaient en avoir connaissance.

C'est donc l'insécurité juridique organisée par le législateur.

Car le législateur a cru bon de supprimer le registre matrimonial, même si ce système était imparfait.

Les époux feront donc bien de faire des publications dans les feuilles d'avis officielles pour faire connaître leurs arrangements matrimoniaux, ce qui ne les mettra pas forcément à l'abri de toute contestation vu la formulation de la loi.



VII. 3ème et dernier point: renforcement des droits de succession du conjoint survivant au détriment des enfants.

Par la force des choses, il n'y a pas là à proprement parler de droit transitoire. Il faut que le décès ait lieu après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, c'est évident.

Après quoi, il y aura lieu, préalablement aux opérations successorales, de liquider le régime matrimonial.

Si les époux sont soumis au nouveau régime de la participation aux acquêts, sont applicables les articles 208 et 220 de la loi nouvelle visant à réunir aux acquêts des libéralités et à actionner

des tiers en restitution. Or, sous l'angle du droit transitoire, ces articles permettent, en cas de décès et dans le cadre de la liquidation du régime, et protéger des expectatives, des espérances, avec des effets rétroactifs - ce qui est doublement discutable.

En effet, et alors qu'il n'est plus tenu compte d'un déficit (art. 210 - Message p. 121 - CCS art. 214). Ce déficit est à la charge du mari sauf s'il est prouvé qu'il a été causé par la femme. On détermine la créance de participation de l'époux créancier en réunissant aux acquêts les libéralités entre vifs faites sans le consentement du conjoint dans les 5 ans précédant la dissolution du régime par le décès. Exemples: frais d'établissement d'un enfant, exécution d'une obligation morale, donation à une oeuvre d'utilité publique, etc. Si les biens existants sont inférieurs à cette créance de participation, il sera possible d'actionner des tiers bénéficiaires. Il sera donc possible de s'en prendre à des actes intervenus sous l'empire de l'ancien droit. Cette situation juridiquement insatisfaisante durera pendant 5 ans après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

(NB: actuellement, un système analogue existe (action en réduction) non dans le cadre du régime matrimonial, mais dans le cadre des dispositions pour cause de mort (475, 522 et 527 CCS); cependant ses effets sont limités par le calcul du montant de la réserve).

Ces observations s'appliquent aussi mutatis mutandis aux cas de divorce et de changement de régime où le régime matrimonial doit être liquidé.

* * *

En conclusion

Je vous ai dit l'essentiel en m'efforçant d'être claire et de simplifier les choses à l'intention des non-juristes. J'espère vous avoir démontré que le droit transitoire souffre de graves

défauts juridiques que l'on pourrait résumer en une formule lapidaire: L'ACHARNEMENT LEGISLATIF POUR MODIFIER LA REALITE HELVETIQUE. Et permettez-moi de conclure sur une anecdote dont nous entretient Montaigne:

Il était une fois dans le sud de l'Italie une colonie grecque dont les habitants, les Thuriens, voulaient lutter contre les excès de la législation.

Tout citoyen proposant une nouvelle loi devait se présenter devant l'assemblée populaire avec une corde au cou afin que l'on puisse pendre sur le champ ce fauteur de troubles si la loi proposée ne recevait pas un large consensus.

Nos modernes législateurs feraient bien de relire l'histoire.

Je vous remercie de votre attention.