



Livre

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives

Jubin, Oriana

How to cite

JUBIN, Oriana. Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives. Genève : Schulthess éd. romandes, 2017. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:104664>

Oriana Jubin

Les effets de l'union libre

Comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

Oriana Jubin

Les effets de l'union libre

Comparaison des différents modes de conjugalités et
propositions normatives



Oriana Jubin

Les effets de l'union libre

Comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2017

Citation suggérée de l'ouvrage : ORIANA JUBIN, *Les effets de l'union libre – Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*, Collection Genevoise, Genève/Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 923 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

ISBN 978-3-7255-8639-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2017
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

A ma mère

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tous ceux et celles qui m'ont accompagnée sur le long chemin tortueux et éprouvant du thésard et qui ont ainsi joué un rôle essentiel dans l'élaboration de cette thèse.

Je tiens en premier lieu à exprimer ma profonde gratitude à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Margareta BADDELEY, pour avoir guidé mon travail de manière toujours attentive et bienveillante. Ses compétences, sa rigueur scientifique et sa perspicacité m'ont beaucoup appris et ont contribué de manière significative à la réalisation de mon travail.

Mes remerciements s'adressent également aux membres de la commission de soutenance, Madame la Professeure Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, Messieurs les Professeurs Pierre-Henri STEINAUER et Gian Paolo ROMANO, ainsi que Monsieur le Professeur Alexandre FLÜCKIGER, vice doyen de la Faculté de droit de Genève, pour leurs commentaires constructifs.

La réalisation de cet ouvrage n'aurait pas pu être menée à bien sans le soutien de mes collègues et de mes amis qui se reconnaîtront. Je remercie tout particulièrement Mesdames Virginie JAQUIERY et Micaela VAERINI pour leur lecture consciencieuse de mon manuscrit et la pertinence de leurs remarques. Une pensée supplémentaire va à Madame Virginie JAQUIERY pour sa constante disponibilité et son soutien sans faille tout au long de l'évolution de cette étude et jusqu'à son aboutissement. Elle a su, chaque jour, trouver les mots justes.

Enfin, je dédie cette thèse à ma mère et à ma sœur. A ma mère, pour m'avoir inspiré le sujet et permis de mener à bien mes études, pour sa présence, son soutien indéfectible et son enthousiasme contagieux à l'égard de mon travail comme de la vie en général. A ma sœur, pour ses précieux conseils et ses encouragements répétés, en particulier dans les moments de plus grands doutes, ainsi que pour avoir porté de l'intérêt à mon travail dans un domaine pourtant éloigné du sien. Un immense merci à chacune d'elle pour m'avoir supportée et fait rire au quotidien.

Genève, décembre 2016

Oriana JUBIN

La rédaction de cet ouvrage a été achevée le 31 mars 2016. Dans toute la mesure du possible, et au fil des corrections et autres ajouts, il a été tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine parues jusqu'au 31 août 2016.

Table des matières

Table des matières.....	XI
Liste des abréviations	XVII
Table des lois citées	XXIII
Bibliographie.....	XXXI
Messages du Conseil fédéral	LXXI
Documents officiels cités	LXXIII
INTRODUCTION.....	1

PREMIERE PARTIE L'UNION LIBRE EN TANT QUE PHENOMENE DE SOCIETE ET SA PLACE EN DROIT

1. LES CARACTERISTIQUES DE L'UNION LIBRE.....	3
2. LES TERMINOLOGIES	6
3. LES ASPECTS HISTORIQUES ET L'IMPORTANCE SOCIALE DE L'UNION LIBRE.....	8
3.1. Les aspects historiques de l'union libre	8
3.2. L'importance de l'union libre dans la société actuelle.....	14
4. LA RECONNAISSANCE DE L'UNION LIBRE PAR LE DROIT: APPRECIATION GENERALE.....	20
4.1. Généralités.....	20
4.2. La prise en compte de l'union libre dans la loi	22
4.3. La prise en compte de l'union libre dans la jurisprudence	26
4.4. De quelques « solutions » proposées par le Tribunal fédéral.....	28
5. CONCLUSION	31

**DEUXIEME PARTIE
LES EFFETS DE LA VIE EN COUPLE**

6. REMARQUES PRELIMINAIRES	33
7. LES EFFETS DE L'UNION SUR LE STATUT CIVIL DE CHACUN DES MEMBRES DU COUPLE	35
7.1. L'état civil	35
7.2. Le nom	36
7.3. Le droit de cité	38
7.4. La nationalité	40
8. LES RELATIONS ENTRE LES MEMBRES DU COUPLE ET VIS-A-VIS DES TIERS	44
8.1. Le statut des biens	44
8.2. L'assistance et l'entretien	50
8.3. Le logement commun	59
8.4. La représentation de l'union	66
8.5. Le régime des dettes	69
8.6. La protection de l'union	75
9. LES EFFETS DE L'UNION A L'EGARD DE L'ETAT	79
9.1. En matière fiscale	79
9.2. En matière d'assurances sociales	85
9.3. En matière de regroupement familial	89
10. LES RELATIONS DU COUPLE AVEC SES ENFANTS	95
10.1. Généralités	95
10.2. L'établissement de la filiation	96
10.3. L'adoption	99
10.4. L'autorité parentale	102
10.5. Le nom	107
10.6. La nationalité et le droit de cité	109
10.6.1. Nationalité et droit de cité	109
10.6.2. Droit de séjour au titre de regroupement familial	110
10.7. L'obligation d'entretien des père et mère	112
11. CONCLUSION	115

TROISIEME PARTIE
LES EFFETS DE LA FIN DE LA VIE EN COUPLE

12. REMARQUES PREIMINAIRES.....	117
13. LES EFFETS PERSONNELS DE LA VIE EN COUPLE	119
13.1. L'état civil.....	119
13.2. Le nom.....	119
13.3. La nationalité	120
13.4. Le droit de séjour au titre de regroupement familial.....	121
14. LES EFFETS PATRIMONIAUX DE LA FIN DE LA VIE EN COUPLE.....	123
14.1. Généralités.....	123
14.2. Le partage des patrimoines.....	125
14.2.1. Le partage des patrimoines des concubins.....	125
14.2.1.1. En présence d'engagements formalisés	125
14.2.1.2. En l'absence de tout engagement formel.....	126
14.2.1.3. Le palliatif trouvé par la jurisprudence: l'union libre en tant que contrat de société simple.....	128
14.2.2. Le régime des biens des époux et des partenaires enregistrés	135
14.2.2.1. Remarques préliminaires	135
14.2.2.2. Les régimes matrimoniaux	138
a) Le régime de la participation aux acquêts	139
b) Le régime de la communauté de biens	143
c) Le régime de la séparation de biens.....	145
d) Le régime partenarial	145
14.2.3. La liquidation de la société simple en comparaison de celle du régime matrimonial de la participation aux acquêts.....	146
14.2.3.1. Remarques préliminaires	146
14.2.3.2. La détermination du patrimoine social.....	148
14.2.3.3. La restitution des apports	149
14.2.3.4. Le partage des bénéfices et des pertes.....	153
14.2.4. Conclusions intermédiaires	155

14.3. Les prétentions découlant des rapports de travail	157
14.3.1. Le travail fourni à la profession ou à l'entreprise du partenaire	157
14.3.2. Le travail au foyer	162
14.4. L'entretien post-union	165
14.5. Le sort du logement commun	171
14.5.1. En cas de dissolution de l'union du vivant des partenaires	171
14.5.2. En cas de dissolution de l'union consécutive au décès	179
14.6. Le droit des assurances sociales et privées	184
14.6.1. Remarques préliminaires.....	184
14.6.2. En cas de dissolution de l'union du vivant des partenaires	186
14.6.3. En cas de dissolution de l'union consécutive au décès	190
14.7. Le droit des successions	197
14.7.1. Généralités	197
14.7.2. Les droits successoraux du partenaire survivant.....	198
14.7.3. Les conséquences de la dissolution de l'union du vivant des partenaires sur les droits successoraux des membres du couple.....	202
15. LES EFFETS DE LA FIN DE LA VIE EN COUPLE SUR LES ENFANTS DU COUPLE	203
15.1. Généralités.....	203
15.2. L'autorité parentale.....	204
15.2.1. En cas de séparation des parents	204
15.2.2. En cas de décès de l'un des parents.....	209
15.3. Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et la garde.....	210
15.4. Le droit aux relations personnelles.....	213
15.5. L'entretien	218
15.6. Les prétentions de la mère non mariée avec le père de l'enfant.....	222
15.7. Conclusions intermédiaires	223
16. CONCLUSION	224

QUATRIEME PARTIE
VERS UN ENCADREMENT LEGAL DE L'UNION LIBRE

17. GENERALITES.....	227
18. LES ARGUMENTS EN FAVEUR D'UNE REFORME DU SYSTEME LEGAL ACTUEL	231
18.1. Unions formelles et informelles : des réalités comparables	231
18.2. Le recours aux règles ordinaires et la planification contractuelle entre concubins : une protection insuffisante	232
18.3. L'attitude des tribunaux face à l'union libre : un manque de cohérence	237
18.4. La protection de la famille hors mariage : un devoir de l'Etat ?.....	239
18.5. Conclusions intermédiaires et perspectives	243
19. LA RECONNAISSANCE LEGALE D'UNE UNION LIBRE ET SES EFFETS : DROIT COMPARE ET PROPOSITIONS	245
19.1. Remarques préliminaires	245
19.2. Les approches législatives possibles.....	247
19.3. La reconnaissance de l'existence d'une union libre	250
19.3.1. Les conditions préalables à la reconnaissance par le droit	250
19.3.2. Les modes de reconnaissance : une reconnaissance fondée sur un acte formel	252
19.3.3. Les modes de reconnaissance : une reconnaissance fondée sur des critères de fait.....	254
19.3.4. Admettre deux modes de reconnaissance ?	262
19.4. Les effets juridiques attachés à la reconnaissance d'une union libre : une intervention législative axée sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l'union.....	265
19.4.1. Le droit successoral	265
19.4.2. Le droit des assurances sociales et privées.....	267
19.4.3. Les impôts sur les successions et les donations.....	269
19.4.4. L'entretien post-union.....	270
19.4.5. Le logement	271
19.4.6. Le partage des biens	273
20. CONCLUSION	276
CONCLUSION GENERALE.....	279

Liste des abréviations

<i>a</i> CC	ancien Code civil
AELE	Association européenne de libre-échange
AFC	Administration fédérale des contributions
AG	canton d'Argovie
AI	canton d'Appenzell Rhodes Intérieures
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
AP	Avant-projet
APE	Autorité de protection de l'enfant
AR	canton d'Appenzell Rhodes Extérieures
art.	article
ASA	Archives de droit fiscal suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BE	canton de Berne
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Commentaire bernois
BL	canton de Bâle-campagne
BO	Bulletin officiel
BS	canton de Bâle-ville
BSK	Commentaire bâlois
c.	contre
CAJ-CN	Commission des affaires juridique du Conseil National
CE	Conseil des Etats
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i>

ch.	chiffre
chap.	chapitre
CJ	Cour de justice
CN	Conseil national
CommEDH	Commission européenne des droits de l'homme
cons.	considérant
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse
Cst cant.	Constitution cantonale
cpr	comparer
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CR	Commentaire romand
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de Justice et Police
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>
ex.	exemple
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF/BBI	Feuille fédérale/Bundesblatt
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève
GL	canton de Glaris
GR	canton des Grisons
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel

JU	canton du Jura
LF	Loi fédérale
<i>lit.</i>	<i>littera</i> (lettre)
LU	canton de Lucerne
Message	Message du Conseil fédéral
N	numéro marginal
nbp	note de bas de page
nCC	Code civil futur
NE	canton de Neuchâtel
n°	numéro
NW	canton de Nidwald
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
ONU	Organisation des Nations-Unies
OTF	Ordonnance du Tribunal fédéral
OW	canton d'Obwald
p.	page
p. a.	par analogie
par.	paragraphe
p. ex.	par exemple
phr.	phrase
PJA/AJP	Pratique juridique actuelle/ Aktuelle juristische Praxis
PMA	Procréation médicalement assistée
réf.	références
réf. cit.	références citées
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS/ZSR	Revue de droit suisse/ Zeitschrift für schweizerisches Recht
RDT/ZVW	Revue du droit de tutelle/ Zeitschrift für Vormundschaftswesen

REAS/HAVE	Responsabilité et Assurances/Haftung und Versicherung
REC/ZZW	Revue suisse de l'état civil/Zeitschrift für Zivilstandswesen
rem.	remarque(s)
rem. pré.	remarques préliminaires
RJB/ZBJV	Revue de la Société des Juristes bernois/Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
RJJ	Revue de jurisprudence jurassienne
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RMA/ZKE	Revue de la protection des mineurs et des adultes/Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
RNRF/ZBGR	Revue suisse du notariat et du registre foncier/Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse (à partir de 1948: Recueil des lois fédérales)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA/SZS	Revue suisse d'assurances sociales et de la prévoyance professionnelle/Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
RSDIE/SZIER	Revue suisse de droit international et de droit européen/Schweizerische Vereinigung für internationale Recht
RSJ/SJZ	Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen- Zeitung
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil (Paris)
RVJ/ZWR	Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
SG	canton de Saint-Gall
SJ	La Semaine Judiciaire
ss	suiwant(e)s
s.	suiwant(e)
XX	

T.	Tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TAS	Tribunal des Assurances sociales
TC LU	Tribunal Cantonal de Lucerne
TC NE	Tribunal Cantonal de Neuchâtel
TC TG	Tribunal Cantonale de Thurgovie
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TF	Tribunal fédéral suisse
T.f.	Titre final du Code civil suisse
Trad.	traduction
TREX	L'expert fiduciaire/ Der Treuhandexperte
UE	Union européenne
VD	canton de Vaud
vol.	volume
vs	versus
ZH	canton de Zurich
ZK	Commentaire zurichois

Table des lois citées

ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 2002, RS 0.142.112.681
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311
Cst	Constitution de la confédération suisse du 18 décembre 1998, RS 101
CUDE	Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 (Convention universelle) relative aux droits de l'enfant, RS 0.107
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20

LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire, RS 833.1
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, RS 834.1
LAsi	Loi fédérale du 26 juin 1996 sur l'asile, RS 142.31
LAS	Loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, RS 851.1
LAVI	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions, RS 312.5
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LDE	Loi genevoise du 9 octobre 1969 sur les droits d'enregistrement, D 3 30
LDI	Loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité des ressortissants suisses, RS 143.1
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291

LDS	Loi genevoise du 26 novembre 1960 sur les droits de succession, D 3 25
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LF-CLaH	Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 22 juin 2001, RS 211.221.31
LFLP	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.42
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, RS 642.14
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11
LIPP	Loi genevoise du 27 septembre 2009 sur l'imposition des personnes physiques, D 3 08
LMSD	Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations, RS/VD 648.11
LN	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, RS 141.0
LOGA	Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1

LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231
LPart-GE	Loi du 15 février 2001 sur le partenariat enregistré, RSGE 1 27
LPart-NE	Loi du 27 janvier 2004 sur le partenariat enregistré, RSN 212.120.10
LPC	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, RS 831.30
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1
LPJA-NE	Loi du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administratives, RSN 152.130
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.11
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40
Loi sur la transplantation	Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, RS 810.21
LSucc-NE	Loi du 1 ^{er} octobre 2002 instituant un impôt sur les successions et sur les donations entre vifs, RSN 633.0
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LVD-GE	Loi du 16 septembre 2005 sur les violences domestiques du canton de Genève, RS-Ge F 1 30

OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure, RS 142.311
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02
OAdo	Ordonnance du 29 juin 2011 sur l'adoption, RS 211.221.36
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil, RS 211.112.2
OEEC	Ordonnance du 27 octobre 1999 sur les émoluments en matière d'état civil, RS 172.042.110
OEPL	Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, RS 831.411
OFF	Ordonnance du 10 et 22 juin 2011 sur les fondations de placement, RS 831.403.2
OFG	Ordonnance du 22 juin 1998 sur le « fonds de garantie LPP », RS 831.432.1
OLDI	Ordonnance du 20 septembre 2002 sur les documents d'identité des ressortissants suisses, RS 143.11
OLP	Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.425
OPFr	Ordonnance du DFF du 28 septembre 2010 sur la compensation des effets de la progression à froid pour les personnes physiques en matière d'impôts fédéral direct pour l'année fiscale

	2011, RS 642.119.2
OPP 1	Ordonnance des 10 et 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle, RS 831.435.1
OPP 2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.441.1
OPP3	Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance, RS 831.461
OPPC	Ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs, RS 837.174
OrgDFJP	Ordonnance du 17 décembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, RS 172.213.1
OTO	Ordonnance du 16 mars 2007 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine, RS 810.211
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale, RS 273

PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979, RS 322.1
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance- vieillesse et survivants, RS 831.101

Bibliographie

- ABT Daniel/WEIBEL Thomas (édit.), *PraxisKommentar Erbrecht*, 2^e éd., Bâle 2011 (cité : PraxKomm, AUTEUR)
- ADMINISTRATION FEDERALE DES CONTRIBUTIONS, *L'imposition de la famille, Informations fiscales* éditées par la Conférence suisse des impôts CSI, Berne, 1.1.2015 (cité : AFC, Informations 2015)
- *Impôts sur les successions et donations, Informations fiscales* éditées par la Conférence suisse des impôts CSI, Mars 2013 (cité : AFC, Successions)
 - *L'imposition de la famille, Informations fiscales* éditées par la Conférence suisse des impôts CSI, Mars 2011 (cité : AFC, Informations 2011)
- AEBI-MÜLLER Regina E., *Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt*, in : *FamPra.ch* 2014, p. 818 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Reformprojekt)
- *Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht*, in : *RSJ/SJZ* 2012, p. 449 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Familiennamensrecht)
 - *Säulen 3a und 3b in der Scheidung*, in : *Jusletter* du 22.2.2010 (cité : AEBI-MÜLLER, Säulen)
 - *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten : Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts*, 2^e éd., Berne 2007 (cité : AEBI-MÜLLER, Optimale)
 - *Abstammung und Kindesverhältnis : wo stehen wir heute ?*, in : GIRSBERGER Daniel/LUMINATI Michele (édit.), *ZGB : gestern - heute - morgen : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007*, Zurich 2007, p. 111 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Kindesverhältnis)
- AEBI-MÜLLER Regina E./WIDMER Carmen Ladina, *Die nichteheliche Gemeinschaft im Schweizerischen Recht*, in : *Jusletter* du 12.1.2009
- AESCHLIMANN Sabine, *Financial compensation upon the ending of informal relationships : a comparison of different approaches to ensure the protection of the weaker party*, in : BOELE-WOELKI Katharina (édit.), *Common core and better law in European family law*, Anvers 2005, p. 243 ss
- AMARELLE Cesla/CHRISTEN Nathalie/NGUYEN Minh Son, *Migrations et regroupement familial*, Berne 2012

- AMSTUTZ Marc/BREITSCHMID Peter/FURRER Andreas/GIRSBERGER Daniel/HUGUENIN Claire/MÜLLER-CHEN Markus/ROBERTO Vito/RUMO-JUNGO Alexandra/SCHNYDER Anton K./TRÜEB Hans Rudolf (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2^e éd., Zurich 2012 (cité : CHK-AUTEUR)
- ANTOKOLSKAIA Masha, *Economic Consequences of Informal Heterosexual Cohabitation From A Comparative Perspective: Respect Parties' Autonomy or Protection of the Weaker Party?* in : VERBEKE Alain-Laurent/SCHERPE Jens M./DECLERCK Charlotte/HELMS Tobias/SENAEVE Patrick (édit.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Liber Amicorum Walter Pintens, Anvers 2012
- ARENDS OLSEN Lise, *La femme et l'enfant dans les unions illégitimes à Rome - L'évolution du droit jusqu'au début de l'Empire*, thèse, Lausanne 1999
- ARN Raphaël, *Evolution de la notion de famille et cohabitation non maritale : des différentes approches juridiques possibles*, in : *Cohabitation non maritale : évolution récente en droit suisse et étranger*, Actes du colloque de Lausanne du 23 février 2000, sous la direction de Florence GUILLAUME et Raphaël ARN, Genève 2000, p. 13 ss
- ASLAND John/HAMBRO Peter, *New developments and expansion of relationships covered by Norwegian Law*, in : *The International Survey of Family Law 2009*, p. 375 ss
- ASSOCIATION SUISSE DES CENTRES SOCIAUX PROTESTANTS, *Aspects juridiques de l'union libre : les silences de la loi et leurs conséquences pratiques*, Lausanne 2001 (cité : ASCSP)
- ATKIN Bill/PARKER Wendy, *Relationship Property in New Zealand*, 2^e éd., Wellington 2009
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: L'Etat ; vol. II: Les droits fondamentaux, Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I ou Vol. II)
- AUSBURGER-BUCHELI Isabelle, *La collaboration professionnelle entre époux au sens de l'art. 165 alinéa 1^{er} du Code civil*, in : *Le travail et le droit*, Fribourg 1994, p. 209 ss (cité : AUSBURGER-BUCHELI, Collaboration)
- *L'union libre et les assurances sociales en Suisse*, in : DUC Jean-Louis (édit.), *Droit privé et assurances sociales*, Fribourg 1990, p. 161 ss (cité : AUSBURGER-BUCHELI, Assurances)
- BABY Wilfried, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, thèse, Paris 2013

- BACHMANN Laurence, La contestation du modèle de l'homme pourvoyeur de revenus, *in* : Problèmes politiques et sociaux : le couple à l'heure de l'individualisme, Dossier N° 948 réalisé par GIRAUD Christophe/MOUGEL Sarra, Paris 2008, p. 60 ss
- BADDELEY Margareta, La réserve héréditaire : quo vadis ?, *in* : Successio 2014, p. 282 ss (cité : BADDELEY, Réserve)
- L'usufruit au service de la planification du patrimoine familial, *in* : Successio 2013, p. 273 ss (cité : BADDELEY, Usufruit)
 - Droit du nom et protection de l'adulte, autorité parentale et entretien, *in* : La pratique de l'avocat 2013, p. 101 ss (cité : BADDELEY, La pratique)
 - L'entreprise dans le contexte du droit matrimonial, *in* : FamPra.ch 2009, p. 289 ss (cité : BADDELEY, Entreprise)
 - Le droit matrimonial au service de la planification successorale, *in* : Successio 2009, p. 247 ss (cité : BADDELEY, Planification)
 - Les économies, l'assurance-vie et le 3e pilier du couple marié, Conférence donnée à l'occasion de la Journée des Notaires romands, Fribourg, le 16 mai 2001, *in* : Jusletter du 3.12.2001 (cité : BADDELEY, Economies)
 - L'assurance-vie en rapport avec le régime matrimonial et le droit successoral, *in* : SJ 2000, p. 511 ss (cité : BADDELEY, Assurance-vie)
- BADDELEY Margareta/LEUBA Audrey, L'entretien de l'enfant du conjoint et le devoir d'assistance entre époux, *in* : PIOTET Denis/TAPPY Denis (édit.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 175 ss
- BÄDER FEDERSPIEL Andrea, Wohneigentumsförderung und Scheidung : Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich, thèse, Zurich 2008
- BARBEY Richard, La durée du mariage au sens de l'art. 125 CC, *in* : BÜCHLER Andrea/MÜLLER-CHEN Markus (édit.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag ; Private Law (Band I) - national global comparative (Band II), Berne 2011, p. 129 ss (cité : BARBEY, Mariage)
- Responsabilité extracontractuelle et enrichissement illégitime, *in* : JdT 2010 I, p. 9 ss (cité : BARBEY, Responsabilité)
- BARRELET Muriel, La protection du conjoint et du partenaire non signataires du bail, *in* : BOHNET François/WESSNER Pierre (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 115 ss

- BASTONS BULLETTI Françoise, *L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites*, in : SJ 2007 II, p. 77 ss
- BAWIN-LEGROS Bernadette, *Familles, mariage, divorce : une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Liège/Bruxelles 1988
- BECKER Hans-Jürgen, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinats) in der Rechtsgeschichte*, in : LANDWEHR Götz (édit.), *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Göttingen 1978, p. 13 ss
- BENTHAIR Fatène, *Le droit européen du regroupement familial*, DEA, Lille 2003
- BEUSCH Michael, *Droit fiscal*, in : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2^e éd., Bâle 2015, p. 651 ss
- BIETENHARDER-KÜNZLE Silvia, *Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubinats (unter Beachtung der Gleichberechtigung von Mann und Frau)*, thèse, Bâle 1986
- BLASER Patrick/KOHLER-VAUDAUX Maryam, *Le sort du logement de la famille en cas de désunion*, in : FamPra.ch 2009, p. 339 ss
- BLAUENSTEIN Werner, *Clause bénéficiaire et réduction des libéralités portant sur une assurance en cas de décès*, in : RSA/SZS 1976, p. 161 ss
- BIDERBOST Yvo, *Bezifferung des Unterhaltsanteils bei gemeinsamer elterlicher Sorge Unverheirateter (Art. 298a Abs. 1 ZGB)*, in : FamPra.ch 2007, p. 813 ss
- BIETENHARDER-KÜNZLE Silvia, *Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubinats (unter Beachtung der Gleichberechtigung von Mann und Frau)*, thèse, Bâle 1986
- BOELE-WOELKI Katharina, *Le Partenariat enregistré : législation des Pays-Bas*, in : *Questions d'actualité en droit des personnes dans les Etats de la CIEC*, Commission International de l'Etat Civil, Paris, le 26 mars 1999, p. 43 ss
- BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V: Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015
- BOELE-WOELKI Katharina/SCHRAMA Wendy, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, in : SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants*, Tübingen 2005, p. 307 ss

- BOHNET François/GUILLOD Olivier (édit.), *Commentaire pratique, Droit matrimonial : fond et procédure : droit privé, procédure civile, droit international privé, droit des assurances sociales, droit fiscal*, Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial-AUTEUR)
- BOHNET François/BURGAT Sabrina, *Les effets du concubinage sur les contributions d'entretien ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_662/2011*, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2012
- BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle (cité : CPC-AUTEUR)
- BOHNET François/MONTINI Marino (édit.), *Droit du bail à loyer : CO et OBLF, contrats-cadres, droit international privé, dispositions pénales*, Bâle 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)
- BOILLET Véronique/DE LUZE Estelle, *Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ?*, *in* : Jusletter du 5.10.2015
- BONETTI Danièle, *Les concubins hétérosexuels et les partenariats enregistrés cantonaux*, *in* : ECS 2015, p. 458 (cité : BONETTI, Partenariat)
- *La protection du concubin en cas de décès de son partenaire = Schutz des Konkubinatspartners im Falle des Todes seines Partners*, *in* : ECS 2014, p. 474 (cité : BONETTI, Protection)
 - *Concubinage versus mariage : vue d'ensemble avec partenariat enregistré*, *in* : ECS 2013, p. 536 ss (cité : BONETTI, Concubinage)
- BOOS-HERSBERGER Astrid, *Die Stellung des Stiefelternteils im Kindsrecht bei Auflösung der Stieffamilie im amerikanischen und im schweizerischen Recht*, thèse, Bâle/Genève 2000
- BORGHI Alvaro, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999*, Genève/Lugano/Bruxelles 2010
- BOYER Laurent, *Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle*, *in* : *Les concubinages. Approche socio-juridique*, sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Paris 1986, p. 127 ss
- BRÄM Verena/HASENBÖHLER Franz, *Das Familienrecht. Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Commentaire zurichois, T. II/1c, 3^e éd.*, Zurich 1998 (cité : ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER)
- BRATTSTRÖM Margareta, *The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitee Relationship Ends - An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act*, *in* : VERSCHRAEGEN Bea (édit.), *Family Finances*, Vienne 2009, p. 345 ss

- BREITSCHMID Peter, Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners und Dritter, *in* : DRUEY Jean-Nicolas/BREITSCHMID Peter (édit.), Güter- und erbrechtliche Planung, Berne/Stuttgart/Vienne 1999, p. 45 ss
- BRENNER Andreas, Der Kinderunterhalt - Ökonomische Bewertung der verschiedenen Unterhaltsberechnungsmethoden, *in* : PJA/AJP 2012, p. 5 ss
- BRIGGS Margaret, The formalization of property sharing rights for *de facto* couples in New Zealand, *in* : VERSCHRAEGEN Bea (édit.), Family finances, Vienne 2009, p. 329 ss
- BRON Henri, Les conséquences juridiques de l'union libre, notamment à l'égard des tiers, thèse, Lausanne 1940 (cité : BRON, Conséquences)
- BRULHART Vincent, Droit des assurances privées, Berne 2008
- BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2010
- BUCHER Andreas, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, *in* : FOUNTOULAKIS Christiana/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), La famille dans les relations transfrontalières - Actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux, 7^e symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 1 ss (cité : BUCHER, Autorité parentale)
- Personnes physiques et protection de la personnalité, 5^e éd., Bâle 2009 (cité : BUCHER, Personnes)
 - L'écoute de l'enfant : une jurisprudence en retrait, *in* : Bulletin suisse des droits de l'enfant, vol. 14, mars 2008, p. I-II (cité : BUCHER, L'écoute de l'enfant)
- BÜCHLER Andrea, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, *in* : FamPra.ch 2014, p. 797 ss (cité : BÜCHLER, Zukunft)
- Sag mir, wer die Eltern sind... : Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, *in* : PJA/AJP 2004, p. 1175 ss (cité : BÜCHLER, Konzeptionen)
 - Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, *in* : RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal (édit.), Familienvermögensrecht, Berne 2003, p. 59 ss (cité : BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme)
- BÜCHLER Andrea (édit.), Familienrechts-Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Berne 2007 (cité : FamKomm Partnerschaft-AUTEUR)
- BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique (édit.), ZGB Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bâle 2012 (cité : KUKO ZGB-AUTEUR)

- BÜCHLER Andrea/MARANTA Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge - Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes - und Erwachsenenschutzbehörden, *in* : Jusletter du 11.8.2014
- BÜCHLER Andrea/STEGMANN Heike, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch, *in* : FamPra.ch 2004, p. 229 ss
- BÜCHLER Andrea/VETTERLI Rolf, Ehe - Partnerschaft - Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2^e éd., Bâle 2011
- BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Note sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés, doc. préliminaire N° 11 du mois de mars 2008 à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (cité : BUREAU PERMANENT, No 11/2008)
- Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés, *in* : Conférence de La Haye de droit international privé, actes et documents de la dix-septième session du 10 au 29 mai 1993, Tome I, Matières diverses, Pays-Bas 1995, p. 108 ss (cité : BUREAU PERMANENT, Matières diverses)
- BURGAT Sabrina, Les exceptions permettant l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent : analyse de l'arrêt 5A_202/2015 du 26 novembre 2015, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2016
- BURGAT Sabrina/GUILLOD Olivier, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, *in* : BOHNET François (édit.), Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 1 ss
- BURGAT Sabrina/CHRISTINAT Rachel/GUILLOD Olivier, Les actions en exécution des contributions d'entretien, *in* : BOHNET François (édit.), Quelques actions en exécution, Neuchâtel 2011, p. 105 ss
- BURRI Christof, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags: Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, thèse, Fribourg/Zurich 2010
- CAILLIE Olivia van, La protection du partenaire survivant dans le cadre des lois européennes sur la cohabitation non-maritale : étude de droit comparé et de droit international privé, Zurich/Bâle/Genève 2005
- CAMARERO SUÁREZ Victoria, Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado, Valence 2005
- CARONI Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration : eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Berlin 1999

- CASANOVA Hugo, *Recht und Unrecht der Familienbesteuerung*, in : RDS/ZSR 2010, p. 187 ss
- CHAPPUIS Christine, *La suppression de la rente après divorce du fait du concubinage*, in : SJ 1993, p. 389 ss
- CHEBLIN Andrew J., *Du « mariage-compagnonnage » au « mariage-individualisé », in : Problèmes politiques et sociaux : le couple à l'heure de l'individualisme, Dossier N° 948 réalisé par Christophe GIRAUD/Sarra MOUGEL, Paris mai 2008, p. 53 ss*
- CHRISTEN Nathalie, *Le décès du conjoint suisse constitue désormais une raison personnelle majeure au sens de l'article 50 al. 1 let. b LEtr*, in : Newsletter DroitMatrimonial.ch août 2012 (cité : CHRISTEN, Décès)
- *Le Tribunal fédéral précise sa jurisprudence sur les raisons personnelles majeures qui permettent au conjoint étranger de poursuivre son séjour en Suisse après dissolution de la famille*, in : Newsletter du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) n° 7 du 31 octobre 2012 (cité : CHRISTEN, Jurisprudence)
- CHRISTINAT Rachel, *Concubins, de la trame de fond au premier plan*, in : Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2014
- CICCHELLI-PUGEAULT Catherine, *« Couple et évolution de la condition féminine » : un mauvais ménage ?*, in : Recherches familiales n° 1, 2004, p. 126 ss
- CICCHELLI-PUGEAULT Catherine/CICCHELLI Vincenzo, *Les théories sociologiques de la famille*, Paris 1998
- CLARKBERG Marin/STOLZENBERG Ross M./WAITE Linda J., *Social Forces Attitudes, Values, and Entrance into Cohabitation Versus Marital Unions*, in : Social Forces 1995, p. 609 ss
- COHEN Ivan, *Des prétentions matrimoniales à la fin de l'union libre (concubinage)*, in : SJ 1980, p. 337 ss
- COMMAILLE Jacques, *Misères de la famille : questions d'état*, Paris 1996
- CONNOD Philippe/BOHNET François, *Droit du bail. Fond et procédure*, Bâle 2014
- COPUR Eylem, *L'homoparentalité*, in : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2^e éd., Bâle 2015, p. 435 ss (cité : COPUR, Homoparentalité)
- *Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl*, Berne 2008 (cité : COPUR, Partnerschaft)

- CORBETT Percy Ellwood, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1979
- COTTIER Michelle, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur MOTION 10.3524 Gutzwiller « für ein zeitgemässes Erbrecht » zuhanden des Bundesamts für Justiz, *in* : *Successio/Not@lex* 2014, p. 29 ss
- COTTIER Michelle/AESCHLIMANN Sabine, Nichtehele Lebensgemeinschaft (Cohabitation) : neuere Rechtsentwicklungen in Australien, Neuseeland und Grossbritannien, *in* : *FamPra.ch* 2010, p. 109 ss
- COTTIER Michelle/CREVOISIER Cécile, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, *in* : *PJA/AJP* 2012, p. 33 ss
- DAGUET Fabienne, La cohabitation comme alternative au mariage, *in* : *Problèmes politiques et sociaux : le couple à l'heure de l'individualisme*, Dossier N° 948 réalisé par Christophe GIRAUD/Sarra MOUGEL, Paris mai 2008, p. 13 ss
- DALLÈVES Louis/FOËX Bénédicte/JEANDIN Nicolas (édit.), *Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit internationale privé*, Bâle/Genève/Munich 2005 (cité : CR LP-AUTEUR)
- DELABAYS Jérôme, Autorité parentale, droit de visite et procédures, quelques jurisprudences récentes, *in* : FOUNTOULAKIS Christiana/PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure : aspects de droit de fond et de procédure*, 6^e Symposium en droit de la famille 2011, Fribourg 2012, p. 175 ss
- DE LUZE Estelle, Les proches dans le Code civil, *in* : *Jusletter* du 8.12.2014
- DE LUZE Estelle/DE LUIGI Valérie, Le nouveau droit du nom, *in* : *PJA/AJP* 2013, p. 505 ss
- DE LUZE Estelle/MEIER Philippe, Nom et prénom de l'enfant, *in* : *Jusletter* du 1.09.2008
- DE LUZE Estelle/PAGE Anne-Catherine/STOUDMANN Patrick, *Droit de la famille : code annoté : mariage - divorce, filiation, mesures de protection de l'adulte : Art. 90-456 CC, LPart, Art. 271-327a CPC*, Lausanne 2013
- DECURTINS Liliane, *Konkubinats : Vertrauen ist gut - Verträge sind besser*, Berne 1983
- DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri/BADDELEY Margareta, *Les effets du mariage*, 2^e éd., Berne 2009
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre/WERRO Franz, *Le mariage et le divorce : la formation et la dissolution du lien conjugal*, 4^e éd., Berne 1995
- DEWEVRE-FOURCADE Mireille, *Le concubinage, Que sais-je ?*, France 1989

- DIETSCHY-MARTENET Patricia, *Le bail d'habitation des concubins*, Bâle 2014
- DRUEY Jean-Nicolas, *Grundriss des Erbrechts*, 6^e éd., Berne 2014
- DUC Jean-Louis, *Notions et solutions du droit privé dans le domaine des assurances sociales : examen de la question à partir du cas concret du statut des pots-de-vin dans l'AVS*, in : *Droit privé et assurances sociales*, Fribourg 1990, p. 39 ss
- DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité : CommTrav-AUTEUR)
- DUSSY Robert David, *Ausgleichsansprüche für Vermögensinvestitionen nach Auflösung von Lebensbeziehungen, nach deutschem und schweizerischem Recht*, Bâle 1994
- DUTOIT Bernard, *La nationalité de la femme mariée, vol. I : Europe*, Genève 1973 et supplément 1973-1989
- EKG Thomas, *Inheritance Rights for cohabitation : Current Norwegian law and some thoughts on future regulations*, in : FRANTZEN Torstein (édit.), *Inheritance law - challenges and reform : a Norwegian-German research seminar*, Berlin 2013, p. 63 ss
- EIGENMANN Antoine/ROUILLER Nicolas (édit.), *Commentaire du droit des successions, art. 457-640 CC et art. 11-24 LDFR*, Berne 2012 (cité : CommSucc-AUTEUR)
- EITEL Paul, *Nos "proches" im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht - Notizen zu aktuellen Entwicklungen*, in : GAUCH Peter/WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, p. 191 ss
- ENGEL Pierre, *Contrat de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2^e éd., Berne 2000
- ESCHER Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung : Der Erbgang (Art. 457-536), T. III.1*, Zurich 1960 (cité : ZK-ESCHER)
- ESMEIN Adhémar, *Le mariage en droit canonique*, 2^e éd., vol. 2, Paris 1935
- FASEL Urs/WEISS Daniela, *Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche*, in : PJA/AJP 2007, p. 13 ss
- FAVRE Pascal, *Pour une réforme des réserves héréditaires*, in : ECS 2015, p. 364 ss (cité : FAVRE, Réforme)
- *La révision du droit de la tutelle. Quelques aspects choisis*, in : ECS 2011, p. 60 ss (cité : FAVRE, Tutelle)

-
- La constitution de biens propres conventionnels : favoriser la pérennité d'une entreprise, *in* : ECS 2009, p. 86 ss (cité : FAVRE, Entreprise)
 - Concubinage et partenaire enregistré: des approches différentes, *in* : ECS 2009, p. 157 ss (cité : FAVRE, Concubinage)
 - La contribution extraordinaire de l'époux à la profession de l'autre, Application de l'art. 165 CC, *in* : ECS 2002, p. 824 ss (cité : FAVRE, Contribution extraordinaire)
- FAVRE Lise, Une possibilité méconnue en matière de contrat de mariage : l'article 199 CC, *in* : RNRF/ZBGR 1997, p. 137 ss (cité : FAVRE L., Possibilité)
- FAVRE-ROUSSY Lise, La condition des enfants illégitimes dans les pays romands au Moyen Âge (XIII^e - XVI^e siècles), thèse, Lausanne 1986
- FELDER Wilhelm/HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina/DESCH Erica, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, *in* : RJB/ZBJV 2014, p. 882 ss
- FERRAND Frédérique, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich, *in* : SCHERPE Jens/YASSARI Nadjma (édit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 211 ss
- FERRAND Frédérique/FRANCOZ-TERMINAL Laurence, National Report: France, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), European Family Law in Action. Vol. V: Informal relationships, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- FLÜE (von) Karin, Zusammen leben, zusammen wohnen : was Paare ohne Trauschein wissen müssen : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, 5^e éd., Zurich 2007
- FUX Beat, Recensement fédéral de la population 2000 : Evolution des formes de vie familiale, Neuchâtel 2005
- FOUNTOULAKIS Christiana, Le régime des biens des concubins et des partenaires enregistrés, *in* : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille, Genève/Neuchâtel 2014, p. 271 ss (cité : FOUNTOULAKIS, Régime)
- L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *in* : FamPra.ch 2011, p. 247 ss (cité : FOUNTOULAKIS, Procréation)
- FOUNTOULAKIS Christiana/KHALFI Bastien, Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille, *in* : FamPra.ch 2014, p. 866 ss
- FOUNTOULAKIS Christiana/GABELLON Adrien, Le régime des biens des partenaires enregistrés, *in* : FamPra.ch 2013, p. 909 ss

- FRANK Rainer, *Mariage et concubinage : réflexions sur le couple et la famille*, in : BALESTRA Luigi *et al.* (édit.), *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris 2002 (cité : FRANK R.)
- FRANK Richard, *Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts der Schweiz*, Bâle 1987 (cité : FRANK, *Grundprobleme*)
- *Kantonalrechtliche Konkubinatsverbote*, in : FRANK Richard/GIRSBERGER Andreas/VOGT Nedim P./WALDER-BOHNER Hans Ulrich/WEBER Rolf H. (édit.), *Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht*, Zurich 1984, p. 5 ss (cité : FRANK, *Kantonalrechtliche*)
 - *Der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft*, in : FRANK Richard/GIRSBERGER Andreas/VOGT Nedim P./WALDER-BOHNER Hans Ulrich/WEBER Rolf H. (édit.), *Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht*, Zurich 1984, p. 29 ss (cité : FRANK, *Begriff*)
- FRANK Richard/GIRSBERGER Andreas/VOGT Nedim P./WALDER-BOHNER Hans Ulrich/WEBER Rolf H. (édit.), *Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht*, Zurich 1984 (cité : FRANK *et al.*, *Konkubinats*)
- FREIBURGHANUS-ARQUINT Dieter, *Cohabitation non maritale : état de la question en droit suisse*, in : *Cohabitation non maritale : Evolution récente en droit suisse et étranger*, Actes du Colloque de Lausanne du 23 février 2000, sous la direction de Florence GUILLAUME et Raphaël ARN, p. 109 ss
- FULCHIRON Hugues, *Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ?*, in : BALESTRA Luigi *et al.* (édit.), *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris 2002
- GABELLON Adrien, *Le contrat de concubinage et la planification patrimoniale des concubins*, in : *FamPra.ch* 2015, p. 41 ss
- GÄCHTER Thomas/SCHWENDENER Myriam, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften im Sozialversicherungsrecht*, Ein Beitrag zum Verhältnis von Familien- und Sozialversicherungsrecht, in : *FamPra.ch* 2005, p. 857 ss
- GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris 2000 (cité : GAUDEMET, *Droit privé*)
- *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, in : GANGHOFER Roland (édit.), *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours : actes des journées internationales d'histoire du droit*, Strasbourg 1992, p. 375 ss (cité : GAUDEMET, *Union libre*)
 - *L'Église dans l'Empire Romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris 1990 (cité : GAUDEMET, *Église*)

- Le mariage en occident, Paris 1987 (cité : GAUDEMET, Mariage)
- Sociétés et mariage, Miscellanea Gaudemet, Strasbourg 1980 (cité : GAUDEMET, Sociétés)

GEISER Thomas, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln ?
in : RMA/ZKE 2015, p. 226 ss (cité : GEISER, Alleinsorge)

- Familie und Geld, *in* : FamPra.ch 2014, p. 884 ss (cité : GEISER, Geld)
- Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge, *in* : RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal/HÜRLIMANN-KAUP Bettina/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 187 ss (cité : GEISER, Neuregelung)
- Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, *in* : RMA/ZKE 2012, p. 353 ss (cité : GEISER, Namensrecht)
- Les 3ème pilier a et 3ème pilier b dans le divorce, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Deuxième Pilier et épargne privée en droit du divorce : cinquième Symposium en droit de la famille, Geneve 2009, p. 145 ss (cité : GEISER, 3ème pilier)
- Partnerschaftsgesetz und Notariat, *in* : PJA/AJP 2007, p. 1 ss (cité : GEISER, Partnerschaftsgesetz)
- Zur Frage des massgeblichen Zeitpunkts beim Vorsorgeausgleich, *in* : FamPra.ch 2004, p. 301 ss (cité : GEISER, Vorsorgeausgleich)
- Arbeitvertrag unter Ehegatten oder eherechtliche Entschädigung nach Art. 165 ZGB ?, *in* : BJM 1990, p. 57 ss (cité : GEISER, Arbeitvertrag)
- Erste Erfahrungen mit dem neuen Eherecht : aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und oberer kantonaler Gerichte, *in* : recht 1990, p. 38 ss (cité : GEISER, Erfahrungen)
- Die eheähnliche Lebensgemeinschaft in der neueren Rechtsprechung des schweizer Bundesgerichts, *in* : ESER Albin (édit.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Paderborn 1985, p. 47 ss (cité : GEISER, Lebensgemeinschaft)
- Das Konkubinat im Schweizerischen Straf- und Zivilrecht, *in* : Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe (édit.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Bonn 1983, p. 86 ss (cité : GEISER, Konkubinat)

GEISER Thomas/GREMPER Philipp (édit.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene

Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zurich 2007 (cité : AUTEUR-Zürcher Kommentar zum PartG)

GEISER Thomas/MÜLLER Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2^e  d., Berne 2012

GEISER Thomas/REUSSER Ruth ( dit.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360-456 ZGB ; Art. 14, 14a SchIT ZGB), B le 2012 (cité : BSK Erw.Schutz-AUTEUR)

GENNA Gian Sandro, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft : unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz sowie der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Berne 2008

GEYER Stefan, Mehrwertbeteiligung bei Unterstützung "ohne Gegenleistung" zwischen Ehegatten : zur rechtlichen Einordnung von Art. 206 ZGB, *in* : RDS/ZSR 2014, p. 73 ss

GILLIAND Pierre, Population et structures familiales en Suisse, *in* : FLEINER-GERSTER Thomas/GILLIAND Pierre/L SCHER Kurt ( dit.), Familles en Suisse, Fribourg 1991, p. 3 ss

GLANZMANN-TARNUTZER Lucrezia, Die Lebenspartnerrente gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG, *in* : PJA/AJP 2014, p. 1145 ss

GLOOR Urs, Gemeinsame elterliche Sorge - erste Erfahrungen und besondere Fragestellungen, *in* : PJA/AJP 2004, p. 217 ss (cité : GLOOR, Erfahrungen)

- Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, thèse, Zurich 1987 (cité : GLOOR, Zuteilung)

GLOOR Urs/SCHWEIGHAUSER Jonas, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge - eine Würdigung aus praktischer Sicht, *in* : FamPra.ch 2014, p. 1 ss

GONZALEZ BEILFUSS Cristina, All or Nothing : The Dilemma of Southern Juridictions, *in* : BOELE-WOELKI Katharina/FUCHS Angelika ( dit.), Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives, Cambridge/Anvers/Portland 2012, p. 41 ss (cité : GONZALEZ BEILFUSS, Dilemma)

- Spanien und Portugal, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma ( dit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 249 ss (cité : GONZALEZ BEILFUSS, Spanien und Portugal)
- Non-marital cohabitation, registered partnership and same-sex marriage in private international law : the spanish perspective, *in* : Yearbook of Private International law, vol. 6, 2004, p.185 ss (cité : GONZALEZ BEILFUSS, Cohabitation)

- GONZALEZ BEILFUSS Cristina/NAVARRO-MICHEL Monica, National Report : Spain, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- GRABENWARTER Christoph/PABEL Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention : ein Studienbuch, 5^e éd., Bâle 2012
- GRAF-GEISER Cora, Das neue Namens- und Bürgerrecht, *in* : FamPra.ch 2013, p. 251 ss
- GRANT Philip, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, thèse, Genève 2000
- GREMPER Philipp, Vermögensrechtliche Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft, *in* : FamPra.ch 2004, p. 475 ss
- GROSSE Martin Christian, Freie römische Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft, Pfaffenweiler 1991
- GROSSEN Jacques-Michel, A propos de l'adoption par une personne seule, *in* : RDT/ZVW 2001 p. 40 ss (cité : GROSSEN, Adoption)
- GROSSEN Jean-Michel/GUILLOD Olivier, Le concubinage en droit suisse, *in* : RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (édit.), Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques, Paris 1989, p. 269 ss
- GRÜTTER Myriam/SUMMERMATTER Daniel, Das Partnerschaftsgesetz, *in* : FamPra.ch 2004, p. 449 ss
- GUICHARD Yvan, Les restrictions du droit de disposer du logement de la famille (études des art. 169 al. 1 CC et 266m al. 1 CO), Lausanne 2002
- GUILLOD Olivier, Droit des familles, 3^e éd., Neuchâtel 2014 (cité : GUILLOD, Familles)
- Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch février 2014 (cité : GUILLOD, Dépoussiérage)
 - Droit à l'information du parent ne détenant pas l'autorité parentale et traitement médical de l'enfant ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_889/2014 du 11 février 2015, *in* : NewsletterDroitMatrimonial.ch avril 2015 (cité : GUILLOD, Droit à l'information)
- GUINARD Pierre, Les effets juridiques de l'union libre en jurisprudence, thèse, Paris 1933
- GUTZWILLER Céline, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, thèse, Genève 2008 (cité : GUTZWILLER, Nationalité)

- Le partenariat enregistré sous l'angle du droit de la nationalité : considération sur une réforme timorée, *in* : PJA/AJP 2005, p. 1373 ss (cité : GUTZWILLER, Partenariat)

GUYAZ Alexandre, L'indemnisation du tort moral en cas d'accident, *in* : SJ 2003 II, p. 1 ss

HAAS Valérie, Les régimes matrimoniaux en général : liberté contractuelle et limites, protection des créanciers, *in* : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille, Genève/Neuchâtel 2014, p. 253 ss (cité : HAAS, Régimes)

- La créance de plus-value et la récompense variable dans le régime de la participation aux acquêts : articles 206 et 209 al. 3 CC, thèse, Lausanne 2005 (cité : HAAS, Créances)

HÄFELI Christoph, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern, *in* : RDT/ZVW 1999, p. 176 ss

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^e éd., Zurich 2008

HÄFLIGER Rolf, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, thèse, Zurich 1996

HAEFLIGER Arthur/SCHÜRMAN Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2^e éd., Berne 2014

HANDSCHIN Lukas/VONZUN Reto, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Zürcher Kommentar, Bd. V/4a, 4^e éd., Zurich 2009 (cité : ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN)

HANGARTNER Yvo, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, *in* : PJA/AJP 2001, p. 252 ss (cité : HANGARTNER)

- Verfassungsrechtliche Fragen der Erbschafts- und Schenkungssteuern, *in* : HÖHN Ernst/VALLENDER Klaus A. (édit.), Steuerrecht im Rechtsstaat : Festschrift für Prof. Dr. Francis Cagianut zum 65. Geburtstag, Berne/Stuttgart 1990, p. 69 ss (cité : HANGARTNER, Fragen)

HASLER Felix, Konkubinat einst und jetzt, *in* : Revue de l'Etat civil 1983, p. 97 ss

HAUSER Sonja, Zusammen leben, zusammen wohnen : was Paare ohne Trauschein wissen müssen : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, 4^e éd., Zurich 2004

HAUSER Jean/RENCHON Jean-Louis (sous la dir. de), Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français, vol. I : les statuts légaux des couples, Bruxelles 2012

- HAUSHEER Heinz, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, *in* : RSJ/SJZ 2003, p. 585 ss (cité : HAUSHEER, Familie)
- Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, *in* : HAUSHEER Heinz (édit.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999, p.119 ss (cité : HAUSHEER, Scheidungsunterhalt)
- HAUSHEER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches : Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 5^e éd., Berne 2014 (cité : HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER)
- HAUSHEER Heinz/SPYCHER Annette (édit.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2^e éd., Berne 2010 (cité : HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch)
- HAUSHEER Heinz/SPYCHER Annette, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht : Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Berne 2011 (cité : HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt)
- HAUSHEER Heinz/REUSSER Ruth/GEISER Thomas, Kommentar zum Eherecht, Berne 2005 (cité : HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Eherecht)
- HAUSHEER Heinz/REUSSER Ruth/GEISER Thomas (édit.), Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Berner Kommentar, vol. III/1/2, Berne 1999 (cité : BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- Das Eherecht : Das Güterrecht der Ehegatten : Gütergemeinschaft/Gütertrennung, Art. 221-251 ZGB, Berner Kommentar, vol. II/1/3/2, Berne 1996 (cité : BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
 - Das Eherecht : Das Güterrecht der Ehegatten: Allgemeine Vorschriften und der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 181-220 ZGB, Berner Kommentar, vol. II/1/3, Berne 1992 (cité : BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Berner Kommentar, vol. VI/2/2/1, Berne 2010 (cité : BK OR-REHBINDER/STÖCKLI)
- Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Berner Kommentar, vol. VI/2/8, Berne 2009 (cité : BK OR-FELLMANN/MÜLLER)
- HEGNAUER Cyril, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5^e éd., Berne 1999 (cité : HEGNAUER, Kindesrechts)

- Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-359 CC), adapté en langue française et mis à jour Philippe MEYER, 4^e éd., Berne 1998 (cité : HEGNAUER, Filiation)
- (édit.) Berner Kommentar, Die Verwandtschaft. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder. Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, vol. II/2/2/1, Berne 1997 (cité : BK ZGB-HEGNAUER)
- Usage officiel du nom d'alliance, *in* : REC/ZZW 1992, p. 158 ss (cité : HEGNAUER, Usage)
- Der Unterhalt des Stiefkindes nach schweizerischem Recht, *in* : DIECKMANN Albrecht/FRANK Rainer *et al.* (édit.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, p. 271 ss (cité : HEGNAUER, Stiefkindes)

HEGNAUER Cyril/BREITSCHMID Peter, Grundriss des Eherechts, 4^e éd., Berne 2000 (cité : HEGNAUER/BREITSCHMID, Eherechts)

- Grundriss des Familienrechts, Berne 2014 (cité : HEGNAUER/BREITSCHMID, Familienrechts)

HELLE Noemie, Vers une prime au conflit parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2015

HEMMELER Andreas, Die faktische Gesellschaft im schweizerischen Recht, thèse, Zurich 1962

HENRIOD Vincent, L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, thèse, Lausanne 1999

HERZ Nadja/WALPEN Emilie, Les couples de même sexe non enregistrés, *in* : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 2^e éd., Bâle 2015, p. 219 ss

HILT Patrice, Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du droit français, presses universitaires d'Aix-Marseille - Puam 2004

HOCH Patrick M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, thèse, Zurich 2000

HOCHL Karine A., Gleichheit - Verschiedenheit : Die rechtliche Regelungen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, St-Gall 2002

HOHL Fabienne, La liquidation de l'immeuble apporté à la société simple par un concubin : un bref aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral,

in : Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel : avec un accent sur la société simple = Festschrift für Walter A. Stoffel : mit Betonung auf die einfache Gesellschaft, Berne 2014, p. 25 ss (cité : HOHL, Liquidation)

HOHL Irène, *Gesellschaften unter Ehegatten*, Bâle 1997 (cité : HOHL I.)

HOLLAND Winifred, *Legal Status of Cohabitants in Canada*, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants*, Tübingen 2005, p. 479 ss

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (édit.), *Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5^e éd.*, Bâle 2014-2015 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR)

- *Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB; Art. 1-61 SchlT ZGB*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2011 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR)

HONSELL Heinrich/VOGT NEDIM Peter/WIEGAND Wolfgang (édit.), *Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2012 (cité : BSK OR II-AUTEUR)

- *Obligationenrecht I, art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2011 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

HOTELIER Michel/MOCK Hanspeter, *Le Tribunal fédéral suisse et la « discrimination à rebours » en matière de regroupement familial*, *in* : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2003, p. 1275 ss

HRABAR Dubravka, *Legal Status of Cohabitation in Croatia*, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants*, Tübingen 2005, p. 399 ss

HÜTTE Klaus, *Genugtuung für Angehörige*, *in* : REAS/HAVE 2002, p. 126 ss

IZZO Pierre, *Lebensversicherungsansprüche und -anwartschaften bei der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung*, thèse, Fribourg 1999

JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit/BRATTSTRÖM Margareta/ERIKSSON Lisa Marie, *National Report: Sweden*, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss

JAQUES Christine, *Les frais liés à l'entretien de l'enfant : de quelques développements sur les allègements fiscaux en vigueur dès 2011*, *in* : ASA 2011/2012, p. 217 ss (cité : JAQUES, Allègements)

- Concubins et familles recomposées : quelques réflexions sur des points choisis, *in* : ASA 2001, p. 677 ss (cité : JAUQUES, Concubins)

JEANDIN Nicolas/PEYROT Aude, Précis de procédure civile, Genève 2015

JESSEP Owen, Legal Status of Cohabitants in Australia and New Zealand, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma (édit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 528 ss

JETZER Laura, Schmerzensgeld im Konkubinats - Kommentar zum BGE 6B_368/2011, *in* : Jusletter du 16.4.2012

JUBIN Oriana, Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l'angle de la prévoyance : une planification optimale?, *in* : FamPra.ch 2013, p. 575 ss

KADDOUS Christine, Le droit communautaire et les partenaires de même sexe, *in* : FamPra.ch 2004, p. 598 ss

KADDOUS Christine/TOBLER Christa, Droit européen : Suisse-Union européenne/Europarecht : Schweiz - Europäische Union, *in* : RSDIE/SZIER 2010, p. 597 ss

KÄSER Hanspeter, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e éd., Berne 1996

KELLER Rebekka, Rechtsprechungsübersicht - Répertoire de jurisprudence, *in* : PJA/AJP 2011, p. 1226 ss

KELLERHALS Jean/WIDMER Eric, Familles en Suisse: les nouveaux liens, Lausanne 2005

KOHLER Nathalie, La situation de la femme dans l'AVS, thèse, Lausanne 1986

KOLLER Thomas, Ehescheidung und AHV, *in* : PJA/AJP 1998, p. 291 ss

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/NOBEL Peter/SCHWANDER Ivo/WOLF Stephan (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2^e éd., Zurich 2011 (cité : HK-AUTEUR)

KÜNZLE Hans Rainer/ETIENNE Roland/MASSON Stéphane/RENAUD Patrick/SOTTILE Giuseppe, Manuel Kendris 2014/2015 : pour la planification fiscale et successorale, Genève/Zurich/Bâle, 2014 (cité : KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris)

LACHAT David, Le bail à loyer, Genève 2008

LAFFELY MAILLARD Gladys, Planification patrimoniale pour les époux et les partenaires enregistrés : les aspects matrimoniaux, successoraux et de prévoyance, y compris les incidences en matière fiscale, *in* : GUILLOD

- Olivier/LEUBA Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille*, Genève/Neuchâtel, 2014, p. 291 ss (cité : LAFFELY MAILLARD, Planification I)
- Planification patrimoniale pour les concubins : les aspects successoraux et de prévoyance, y compris les incidences en matière fiscale, *in* : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille*, Genève/Neuchâtel, 2014, p. 315 ss (cité : LAFFELY MAILLARD, Planification II)
 - Planification matrimoniale et successorale en matière d'assurance des 2^e et 3^e piliers : aspects de droit fiscal, *in* : Not@lex 2011, p. 45 ss (cité : LAFFELY MAILLARD, Droit fiscal)
- LAMESTA Jennifer/BADDELEY Margareta, *Au nom du père et de la mère : étude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom*, *in* : FamPra.ch 2012, p. 570 ss, également *in* : *Le droit civil dans le contexte international*, Genève 2012, p. 77 ss
- LEUBA Audrey/BASTONS-BULLETTI Françoise, *Atelier sur la contribution d'entretien de l'enfant dans le cadre du divorce*, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, *Enfant et divorce*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 127 ss
- LEUBA Audrey/STETTLER Martin/BÜCHLER Andrea/HÄFELI Christoph (édit.), *Commentaire du droit de la famille, Protection de l'adulte*, Berne 2013 (cité : CommFam-AUTEUR)
- LIATOWITSCH Peter/RUMO-JUNGO Alexandra, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft : vermögens- und kindesrechtliche Belange*, *in* : FamPra.ch 2004, p. 895 ss
- LOCHER Thomas, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, 2^e éd., Berne 1997
- LUKS DUBNO Daliah, *La protection des partenaires et les enfants dans le cadre du concubinage et des familles « recomposées »*, *in* : TREX 2005, p. 152 ss
- LUND-ANDERSEN Ingrid, *The division of property between unmarried cohabitantes on the termination of cohabitation - a Scandinavian perspective*, *in* : BÜCHLER Andrea/MÜLLER-CHEN Markus (édit.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag ; Private Law (Band I) - national global comparative (Band II)*, Berne 2011, p. 1125 ss
- MAHON Pascal, *Droit constitutionnel, vol. II : Droits fondamentaux*, Neuchâtel 2010
- MAIR Jane, *Natioinal Report : Scotland*, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- MARTINS Rosa, *Same-sex partnerships in Portugal. From de facto to de jure ?*, *in* : *Utrecht Law Review* 2008, p. 194 ss

- MARTY-SCHMID Helen, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre : étude des droits suisse, français et allemand*, thèse, Genève 1986
- MASMEJAN-FEY Lydia, *L'imposition des couples mariées et des concubins : études de droit suisse*, Lausanne 1992
- MATEFI Gabriella/LIATOWITSCH Peter, *Eingetragene Partnerschaften : Vermögens- und Partnerschaftsverträge*, in : *Dritte Schweizer Familienrechtstage*, Berne 2006, p. 177 ss
- MATTHEYT Fanny/BURGAT Sabrina, *Commentaire de l'ATF 140 I 77*, in : *RDAF* 2015, p. 240 ss
- MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, *Droit des personnes (Art. 11 - 89a CC)*, Zurich 2014 (cité : MEIER/DE LUZE, *Droit des personnes*)
- *Commentaire de l'arrêt du Tribunal Fédéral, 1^{ère} Cour civile, du 4.7.2006, F.A. c. B. AG (4C.131/2006), recours en réforme*, in : *PJA/AJP* 2007, p. 387 ss
- MEIER Philippe/PIOTET Denis, *Le nouvel art. 28b CC : plus efficace, plus complexe ?* in : GAUCH Peter/WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, p. 309 ss (cité : MEIER/PIOTET)
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2014
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft: eine Gegenüberstellung des Vermögensordnung in Konkubinats und in der Ehe*, in : BÖCKLI Peter/EICHENBERGER Kurt/HINDERLING Hans/TSCHUDI Hans Peter (édit.), *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zurich 1983, p. 577 ss
- MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht : mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform*, 11^e éd., Berne 2012 (cité : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)
- MESSMER Georg, *Die Rechtslage in der Schweiz*, in : FRANK Richard/GIRSBERGER Andreas/VOGT Nedim P./WALDER-BOHNER Hans Ulrich/WEBER Rolf H. (édit.), *Die eheähnliche Gemeinschaft in Gesetzgebung und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz : drängen sich gesetzgeberische Maßnahmen auf ?*, *Ergebnisse einer internationalen Richtertagung in Wildhaus Kanton St. Gallen, vom 9 zu dem 12 Oktober 1985*, Bâle 1986, p. 51 ss
- METZLER Martin, *Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrecht : Art. 287 und 288 ZGB*, thèse, Zurich 1980
- MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Les concubinages : diversités et symboliques*, in : *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé, études*

- offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Paris 2002, p. 603 ss (cité : MEULDERS-KLEIN, Concubinages)
- MERZ Laurent, Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* : RDAF 2009 I, p. 284 ss
- MEYER Paul, Der römische Konkubinats nach den Rechtsquellen und den Inschriften, Leipzig 1895 ; réimpression, Aalen, 1996
- MICHELI Jacques *et al.*, Le nouveau droit du divorce, Lausanne 1999
- MILANI Dominik/SCHÜRCH Philipp, Das Schicksal von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaftern, *in* : RJB/ZBJV 2013, p. 297 ss
- MOIX Paul-Henri, Le droit fondamental de la famille et à la vie familiale, *in* : RVJ/ZWR 2001 p. 335 ss
- MONTAVON Pascal, Abrégé de droit civil, Art. 1^{er} à 640 CC/LPart, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2013
- MONTINI Marino, Logement familial : fardeau de la preuve du caractère familial du logement, *in* : Newsletter Bail.ch janvier 2013 (cité : MONTINI, Logement)
- MONTINI Michel, Partenariat enregistré – conclusion, dissolution et effets généraux, *in* : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 2^e éd., Bâle 2015, p. 255 ss (cité : MONTINI, Partenariat)
- Le droit du nom entre réformes législatives et évolution du contexte européen, *in* : BONOMI Andrea/SCHMID Christina (édit.), Droit international privé de la famille : les développements récents en Suisse et en Europe : actes de la 24^e Journée de droit international privé du 16 mars 2012 à Lausanne, Genève 2013, p. 81 ss (cité : MONTINI, Nom)
 - La loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, *in* : Revue de l'Office fédéral des assurances sociales 2005, p. 66 ss (cité : MONTINI, Loi)
 - Gays, gays, enregistrons-nous ? : le Conseil fédéral propose la création d'un partenariat enregistré afin de donner un cadre juridique aux couples de même sexe, *in* : Plädoyer 2002, p. 49 ss (cité : MONTINI, Gays)
- MONTINI Marino/MONTINI Michel, Protection du logement de famille : l'état civil doit-il (encore) jouer un rôle ? : aperçu des législations voisines et évaluation de la position des concubins de lege lata et de lege ferenda, *in* : GUILLOD Olivier/MÜLLER Christophe (édit.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux : mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, p. 363 ss

MOOSER Michel, Partenariat enregistré - Droit successoral, *in* : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2^e éd., Bâle 2015, p. 423 ss (cité : MOOSER, Partenariat)

- L'usufruit de disposition immobilier, *in* : RNRF/ZBGR 2014, p. 299 ss (cité : MOOSER, Usufruit)
- Séparation de biens/Inventaire matrimonial, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Le droit du divorce : Questions actuelles et besoins de réforme, Symposium en droit de la famille 2007, Genève/Zurich/Bâle 2008*, p. 123 ss (cité : MOOSER, Séparation de biens)
- Le droit d'habitation : présentation générale fondée sur le droit d'habitation constitué à l'occasion d'actes translatifs de propriété convenus dans un contexte familial, thèse, Bulle 1997 (cité : MOOSER, Le droit d'habitation)

MOOSER Michel/IZZO Pierre, Les moyens pour favoriser le conjoint survivant, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, Zurich 2004, p. 95 ss

MORMONT Christian, Regard sur l'évolution moderne du couple, *in* : *Le couple sous toutes ses formes - Mariage, cohabitation légale et cohabitation de fait, sous la direction de Paul DELNOY, avec la collaboration de Muriel BOELEN et Jean-Louis JEGHERS*, Limal 2013, p. XXI ss

MOSER Markus, Die Lebenspartnerschaft in der beruflichen Vorsorge nach geltendem und künftigen Recht unter Berücksichtigung der Begünstigtenordnung gemäss Art. 20a BVG, *in* : PJA/AJP 2005, p. 1507 ss

MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e éd., Berne 2008

MÜLLER-FREIENFELS Wolfram, Rechtsfolgen nichtehelicher Gemeinschaften une Eheschlussungrecht, *in* : *Festschrift für Gernhuber*, Mohr, Tübingen 1993, p. 737 ss (cité : MÜLLER-FREIENFELS, Rechtsfolgen)

- Cohabitation and Marriage Law - a comparative study, *in* : *International Journal of Law and the Family* 1987, p. 254 ss (cité : MÜLLER-FREIENFELS, Cohabitation)
- « Neues » Familienrecht, *in* : RIEMER Hans Michael/WALDER Hans Ulrich/WEIMAR Peter (édit.), *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Berne 1986, p. 251 ss
- Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, *in* : RINGELING Hermann/SVILAR Maja (édit.), *Familie im Wandel*, Berner

Universitätschriften N. 23, Berne 1980, p. 57 ss (cité : MÜLLER-FREIENFELS, Tendenzen)

NÄF-HOFMANN Marlies/NÄF-HOFMANN Heinz, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht: die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten : eine Einführung für den Praktiker, Zurich 1998 (cité : NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht)

- Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch - Einführung für den Praktiker, 2^e éd., Zurich 1989 (cité : NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Das neue Ehe- und Erbrecht)

NAZIO Tizian, Cohabitation, Family and society, New York/London 2008

NEVES Tania/PEREIRA Diana, La violation d'une obligation d'entretien, art. 217 CP, *in* : FamPra.ch 2013 p. 346 ss

NGUYEN Minh Son, Mariage, partenariat et concubinage : aspects de droit des étrangers, *in* : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille, Genève/Neuchâtel 2014, p. 27 ss (cité : NGUYEN, concubinage)

- Le regroupement familial selon la LEtr : questions fréquentes et réponses tirées de la jurisprudence, *in* : RDAF 2009, p. 307 ss (cité : NGUYEN, LEtr)
- Le regroupement familial dans la loi sur les étrangers et dans la loi sur l'asile révisée, *in* : Annuaire du droit de la migration 2005/2006, p. 31 ss (cité : NGUYEN, Regroupement)
- Droit public des étrangers : présence, activité économique et statut politique, Berne 2003 (cité : NGUYEN, Etrangers)

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2013 (cité : BSK StGB I-AUTEUR)

NOIR-MASNATA Catherine, Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés, thèse, Genève 1982

NOVAK Barbara, National Report : Slovenia, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss

OBERSON Xavier, Droit fiscal suisse, 4^e éd., Bâle 2012

OCHSNER Michel, Le minimum vital : art. 93 al. 1 LP, *in* : SJ 2012, p. 119 ss

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse, Problèmes et propositions de solution, Berne 1999 (cité : OFJ, Couples homosexuels)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Les pères engagés dans la sphère domestique et familiale, Module sur le travail non rémunéré 2010 de l'enquête suisse sur la population active, Neuchâtel novembre 2013 (cité : OFS, Enquête)

- Les comportements démographiques des familles en Suisse de 1970 à 2008, Neuchâtel septembre 2009 (cité : OFS, Comportement)
- Les familles en Suisse, Rapport statistique 2008, Neuchâtel 2008 (cité : OFS, Familles)
- Recensement fédéral de la population 2000 : Ménages et familles, Neuchâtel février 2005 (cité : OFS, Recensement)
- Les premières unions en Suisse : cohabitation, mariage, rupture, *in* : Démos, Bulletin d'information démographique 4/99, Neuchâtel 2000 (cité : OFS, Unions)

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS (ODP), Regroupement familial, version provisoire du 30 septembre 2011 (cité : ODP, Regroupement)

- Accord sur la libre circulation des personnes, Version provisoire du 1^{er} mai 2011 (cité : ODP, Circulation)

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Autorité parentale conjointe : une réforme critiquée, *in* : Plädoyer du 22 septembre 2014, p. 32 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale)

- Le droit au mariage et à la famille - Contours et implication en droit civil (Première partie), *in* : FamPra.ch 2011, p. 321 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Contours)
- Le droit au mariage et à la famille - Analyse critique des restrictions (Deuxième partie), *in* : FamPra.ch 2011, p. 589 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Analyse)
- Osmose des modèles familiaux et droits de la personne, *in* : BESSON Samantha/HOTTELIER Michel *et al.* (édit.), Les droits de l'homme au centre, Genève 2006, p. 377 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Osmose)
- L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, thèse, Bâle/Genève 2002 (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Modèles)

PERRET Michel, Adoption de l'enfant du concubin : rupture du lien de filiation antérieur? *in* : REC/ZZW 2008, p. 138 ss

- PERRIN Jean-François, La méthode du minimum vital, *in* : SJ 1993, p. 435 ss (cité : PERRIN J.-F.)
- PERRIN Julien, Les unions non maritales en droit international privé suisse, *in* : FamPra.ch 2008, p. 69 ss (cité : PERRIN J.)
- PFÄFFLI Roland, Partnerschaftsgesetz und Sachenrecht, *in* : FamPra.ch 2007, p. 600 ss
- PFÄFFLI Roland/SANTSCHI Kallay Mascha, Die Wirkung des im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrags, *in* : Jusletter du 3.11.2014
- PICHONNAZ Pascal, Le régime « partenarial » des partenaires enregistrés, *in* : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 2^e éd., Bâle 2015, p. 337 ss (cité : PICHONNAZ, Régime)
- Contributions d'entretien des enfants et nouvelles structures familiales, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Enfant et divorce*, Fribourg 2006, p. 1 ss (cité : PICHONNAZ, Contributions)
 - Les contributions d'entretien pour les enfants, *in* : Ius.full. 2005, p. 192 ss (cité : PICHONNAZ, Enfants)
 - Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets, *in* : RDS/ZSR 2004, p. 389 ss (cité : PICHONNAZ, Partenariat)
 - Conventions et couples concubins, *in* : FamPra.ch 2002, p. 670 ss (cité : PICHONNAZ, Conventions)
- PICHONNAZ Pascal/FOËX Benedict (édit.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR)
- PICHONNAZ Pascal/PEYRAUD Anne-Sophie, Le partage du 2^e pilier : questions pratiques, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce*, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 73 ss
- PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce*, cinquième Symposium droit de la famille 2009, Genève 2010
- Prévoyance et droit patrimonial de la famille, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, Genève, Zurich, Bâle 2004, p. 1 ss (cité : PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, Prévoyance)
 - Evolutions récentes des fondements de l'octroi de l'entretien après divorce, *in* : SJ 2004 II, p. 47 ss (cité : PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, Evolutions)

PIQUEREZ Gérard, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Genève 2006
(cité : PIQUEREZ, *Traité*)

- La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale selon les articles 172 ss CC, *in* : *Revue jurassienne de jurisprudence* 1993, p. 101 ss (cité : PIQUEREZ, *Procédure*)

PIOTET Denis, *Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice*, *in* : *Successio/Not@lex* 2014, p. 57 ss (cité : PIOTET D., *Rapport*)

- Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, *in* : *Traité de droit privé suisse*, vol. 5. Les droits réels, t. 2, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : PIOTET D., *Droits réels limités*)

PIOTET Paul, *Le travail ou l'argent non dus légalement fournis par un des conjoints à l'autre ou à la communauté : étude des champs d'application respectifs des actuels art. 165, 206, 239, 334 CC et 320 al. 2 CO*, *in* : *RDS/ZSR* 1989, p. 317 ss (cité : PIOTET, *Travail*)

- Droit successoral, *in* : *Traité de droit privé suisse*, 2^e éd., Tome IV, Fribourg 1988 (cité : PIOTET, *Traité*)

PORTMANN Wolfgang, *Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht*, *in* : *ArbR* 1998, p. 59 ss

PREVITALI Adriano, *Le Code civil et les droits humains*, *in* : RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal/HÜRLIMANN-KAUP Bettina/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), *Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, p. 797 ss

PROSPERO Andrea, *Rapport entre l'article 165 CC et l'article 320 alinéa 2 CO*, *in* : *Droit du travail, droit des assurances sociales : questions choisies, Colloques de Lausanne*, sous la direction de Jean-Louis DUC Lausanne 1994, p. 45 ss

PULVER Bernhard, *Comment légiférer sur l'union libre ?*, *in* : *Revue de l'avocat* 2000, p. 4 ss (cité : PULVER, *Comment légiférer*)

- Les effets juridiques de l'union libre, *in* : *Aspects de la sécurité sociale* 2000, p. 36 ss (cité : PULVER, *Les effets*)
- L'union libre : droit actuel et réformes nécessaires, Lausanne 1999 (cité : PULVER, *Union libre*)

RABAGLIO Orlando, *L'imposition des familles à partir de 2011 - Beaucoup de travail pour peu de gain ?*, *in* : *TREX* 2011, p. 210 ss (cité : RABAGLIO, *Imposition*)

- Concubins et époux dans l'AVS, *in* : *TREX* 2000, p. 199 ss (cité : RABAGLIO, *AVS*)

- RAMBOSSON BELLINGAN Alexia/DE SAINT PÉRIER Josselin, Prévoir sa succession, *in* : ECS 2014, p. 234 ss
- RECORDON Pierre-Alain/MANGEAT Grégoire, La société simple I : la notion de société et les caractéristiques de la société simple, *in* : FJS, Genève 2004 (cité : RECORDON/MANGEAT, I)
- La société simple II : les rapports des associés entre eux et avec les tiers, *in* : FJS, Genève 2005 (cité : RECORDON/MANGEAT, II)
- RECORDON Pierre-Alain/SALAMIAN Afshin, La société simple : les changements d'associés et la fin de la société, *in* : FJS, Genève 2002 (cité : RECORDON/SALAMIAN)
- REICH Markus, Steuerrecht, Zurich 2009
- REICHEN Nicolas, Concubinage et projet de partenariat enregistré : un aperçu du projet de loi, *in* : ECS 2004, p. 761 ss (cité : REICHEN, Concubinage)
- REISER Anne, Pour une refonte du Code civil qui parte de l'enfant, avenir commun des familles, *in* : FamPra.ch 2014, p. 932 ss (cité : REISER, Refonte)
- Au nom de l'enfant... : se séparer sans se déchirer : modèles de conventions, rappels des lois, témoignages et propositions de changements, Lausanne 2012 (cité : REISER, Enfant)
 - Autorité parentale, garde, relations personnelles, comment obtenir l'exécution des jugements, de lege lata?, *in* : FOUTOULAKIS Christiana/PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Droit de la famille et nouvelle procédure : aspects de droit de fond et de procédure, 6^e Symposium en droit de la famille 2011, Université de Fribourg 2012, p. 197 ss (cité : REISER, Jugements)
- RESETAR Branka/LUCIC Natasa, National Report : Croatia, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- REUSSER Ruth, Die Familienwohnung im neuen Wohnungsrecht, *in* : Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle/Francfort-sur-le Main 1992, p. 191 ss
- REY Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3^e éd., Berne 2007
- RIJAVEC Vesna/KRALJIC Suzana, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Slowenien, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARIE Nadjma (édit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 375 ss

RIPPMANN Peter, *Konkubinat : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, Zurich 1993

ROBERTO Vito/TRÜEB Hans Rudolf (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft*, Art. 530-771 OR, 2^e éd., Zurich 2012 (cité : HK OR-JUNG)

ROSSMANITH Xavier, *Partenariat enregistré et assurances sociales suisses*, in : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/AYSE COPUR Eylem (édit.), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2^e éd., Bâle 2015, p. 555 ss

ROTH Robert/MOREILLON Laurent (édit.), *Code pénal I*, Art. 1-110 CP, *Commentaire romand*, Bâle 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR)

ROUSSEL Louis, *La cohabitation sans mariage : des faits aux interprétations*, in : *Revue Dialogue*, Paris 1968

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (sout la dir.), *Droit de la famille : mariage, divorce, concubinage, pacs, filiation, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, prestations familiales, obligations alimentaires*, Paris 2001 (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Famille*)

- (sout la dir.), *Des concubinages dans le monde*, Centre du droit de la famille, Paris 1990 (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Monde*)
- *Des éléments constitutifs du concubinage*, in : RTDC 1990, p. 53 ss (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Éléments*)
- (sout la dir.), *Les concubinages en Europe : Aspects socio-juridiques*, Centre du droit de la famille, Paris 1989 (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Europe*)
- *La condition juridique de la famille de fait en France*, in : MEULDERS-KLEIN/EEKELAAR (édit.), *Famille, Etat et Sécurité économique d'existence*, vol. I, Bruxelles 1988, p. 337 ss (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Condition*)
- (sout la dir.), *Les concubinages : Approche socio-juridique*, Centre du droit de la famille, Paris 1986 (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Approche*)
- *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait*, in : RTDC 1984, p. 389 ss (cité : RUBELLIN-DEVICHI, *Législateur*)

RUBIDO José-Miguel, *L'acquisition immobilière au moyen d'un prêt hypothécaire ou de la LPP : quelle solution proposer aux couples au regard de la nouvelle jurisprudence*, in : SJ 2015 II, p. 135 ss

RUBIN Boris, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Zurich 2014

- RUMO-JUNGO Alexandra, Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern : Zur Gleichbehandlung der Eltern oder zum Wohl des Kindes?, *in* : RDT/ZVW 2008, p. 1 ss (cité : RUMO-JUNGO, Gemeinsame elterliche Sorge)
- Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern : ein Denkanstoss, *in* : recht 2008, p. 27 ss (cité : RUMO-JUNGO, Betreuungsunterhalt)
 - Kindesunterhalt und neue Familienstrukturen, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Kind und Scheidung, Zurich 2006, p. 26 ss (cité : RUMO-JUNGO, Kindesunterhalt)
 - L'audition des enfants lors du divorce de leurs parents, *in* : SJ 2003 II, p. 115 ss (cité : RUMO-JUNGO, Audition)
 - Das Neue Namensrecht - ein Diskussionsbeitrag, *in* : RDT/ZVW 2001, p. 167 ss (cité : RUMO-JUNGO, Namensrecht)
- RUMO-JUNGO Alexandra/HOTZ Sandra, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, *in* : FamPra.ch 2013, p. 1 ss
- RUMO-JUNGO Alexandra/LIATOWITSCH Peter, Nichteheliche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindes- rechtliche Belange, *in* : FamPra.ch 2004, p. 895 ss
- RUMO-JUNGO Alexandra/STUTZ Heidi, Kinderkosten, *in* : SCHWENZER Ingeborg *et al.* (édit.), Fünfte Familienrechtstage, Berne 2010, p. 263 ss
- RUSCH Martina, Rechtliche Elternschaft : Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Berne 2009
- RYRSTEDT Eva, Legal Status of Cohabitants in Sweden, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARIE Nadjma (édit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 415 ss (cité : RYRSTEDT, Sweden)
- Cohabitees in Norway, *in* : SCHERPE Jens M./YASSARIE Nadjma (édit.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, p. 439 ss (cité : RYRSTEDT, Norway)
- RYSER Valérie-Anne/LE GOFF Jean-Marie, Le mariage en Suisse. Contrainte institutionnelle ou choix de vie, *in* : GOUAZÉ Serge/SALLES Anne/PRAT-ERKERT Cécile (édit.), Les enjeux démographiques en France et en Allemagne : réalités et conséquences, Lille 2011, p. 109 ss (cité : RYSER/LE GOFF, Mariage)
- Mariage et union consensuelle avec enfant en Suisse, *in* : TABUTIN Dominique/MASQUELIER Bruno (édit.), Ralentissements, résistances et ruptures dans les transitions démographiques, Louvain 2013, p. 157 ss (cité : RYSER/LE GOFF, Union)

SANDOZ Suzette, Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun, *in* : FamPra.ch 2014, p. 809 ss (cité : SANDOZ, Thèses)

- Adoption d'un majeur par une personne seule ou « les vagues » de l'affaire Emonet, *in* : BÜCHLER Andrea/MÜLLER-CHEN Markus (édit.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag ; Private Law (Band I) – national global comparative (Band II), Berne 2011, p. 1485 ss (cité : SANDOZ, Emonet)
- Prévoyance professionnelle et divorce, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Le droit du divorce : questions actuelles et besoin de réforme, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 35 ss (cité : SANDOZ, Prévoyance professionnelle)
- Le partenariat enregistré et le droit de la famille, *in* : Revue de l'avocat 2007, p. 482 ss (cité : SANDOZ, Partenariat)
- Les régimes matrimoniaux en droit suisse – Système actuel et perspectives de réformes, *in* : BONOMI Andrea/STEINER Marco (édit.), Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé – Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005, Genève 2006, p. 15 ss (cité : SANDOZ, Régimes)
- Notion de contribution d'entretien, *in* : JdT 2006 II, p. 5 ss
- Problèmes patrimoniaux des couples non mariés, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Droit patrimonial de la famille: Symposium en droit de la famille 2004, Université de Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 43 ss (cité : SANDOZ, Problèmes)
- Le point sur le droit de la famille/Entwicklungen in Familienrecht, *in* : RSJ/SJZ 2002, p. 150 ss (cité : SANDOZ, Entwicklungen)
- Le Tribunal fédéral et l'union libre pendant la procédure de divorce, *in* : SJ 1998 I, p. 709 ss (cité : SANDOZ, Divorce)
- Le législateur doit-il réglementer l'union libre ?, *in* : GAUCH Peter/SCHMID Jörg/STEINAUER Paul-Henri/TERCIER Pierre/WERRO Franz (édit.), Famille et droit mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg 1995, p. 583 ss (cité : SANDOZ, Union)
- Présomption du contrat de travail entre époux ou contribution extraordinaire, *in* : Droit du travail, droit des assurances sociales : questions choisies, Colloques de Lausanne, sous la direction de Jean-Louis DUC, Lausanne 1994, p. 29 ss (cité : SANDOZ, Présomption)

SCARTAZZINI Gustavo, Art. 18, 19, 19a, 20, 20a, 21, 22 LPP, *in* : SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 (cité : SCARTAZZINI)

- SCHAFFHAUSER René, Bürgerrechte, *in*: THÜRER Daniel/AUBERT Jean-François/MÜLLER Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 317 ss
- SHANNON Geoffrey, National Report: Republic of Ireland, *in*: BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V: Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- SCHERPE Jens M., Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Rechtsvergleich, *in*: SCHWENZER Ingeborg/BÜCHLER Andreas (édit.), *Sechste Schweizer Familienrechtstage*, Berne 2012, p. 3 ss (cité: SCHERPE, Rechtsvergleich)
- Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, *in*: SCHERPE Jens M./YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen 2005, p. 571 ss (cité: SCHERPE, Rechtsstellung)
 - Einführung: Nichtehele Lebensgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber, *in*: SCHERPE Jens/YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Tübingen 2005, p. 1 ss (cité: SCHERPE, Einführung)
 - Protection of Partners in Informal Long-Term Relationships, *in*: *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, p. 206 ss (cité: SCHERPE, Protection)
 - The Legal Status of Cohabitants – Requirements for Legal Recognition, *in*: BOELE-WOELKI Katharina (édit.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Anvers 2005, p. 283 ss (cité: SCHERPE, Status)
- SCHERPE Jens/YASSARI Nadjma (édit.), *Die Rechtstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Tübingen 2005
- SCHLEISS Richard, *Hausrat und Wohnung in Güterstandsauseinandersetzung und Erbteilung (nach den neueun Art. 219, 244 und 612a ZGB)*, thèse, Berne 1989
- SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, *Sachenrecht*, 4^e éd., Zurich 2012
- SCHMIDT Laurent, L'article 28b CC, *in*: GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états: formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille*, Genève/Neuchâtel 2014, p. 109 ss
- SCHNEIDER Bernard, *Le concubinage et la loi*, *in*: RSJ/SJZ 1987, p. 288 ss
- SCHÖNENBERGER Marie-Bernadette, « Le cœur a des raisons que la raison ne connaît point » ou les difficultés de la révision du nom de famille des époux en Suisse,

- in* : RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal/HÜRLIMANN-KAUP Bettina/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 259 ss
- SCHOTT Clausdieter, Lebensgemeinschaft zwischen Ehe und Unzucht - ein historischer Überblick, *in* : ESER Albin (édit.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Paderborn/Munich/Vienne/Zurich, p. 13 ss
- SCHRAMA Wendy, Marriage and alternative status relationships in the Netherlands, *in* : EEKELAAR John/GEORGE Rob (édit.), Routledge Handbook of Family Law and Policy, Londre 2014, p. 14 ss
- SCHWAB Dieter, Eheschliessungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft : Eine rechtsgeschichtliche Skizze, *in* : FamRZ 1981, p. 1151 ss
- SCHWANDER Ivo, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, *in* : PJA/AJP 1994, p. 918 ss
- SCHWANDER Ivo/SPESCHA Marc, Ausländische Personen in ausserrechtlichen Lebensgemeinschaften, *in* : UEBERSAX Peter/RUDIN Beat/HUGI YAR Thomas/GEISER Thomas (édit.), Ausländerrecht : eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Bâle 2009, p. 723 ss
- SCHWENZER Ingeborg, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr « Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht », *in* : FamPra.ch 2014, p. 966 ss (cité : SCHWENZER, Familienrecht)
- (édit.), Familienrechts-Kommentar Scheidung, Band I : ZGB, 2^e éd., Berne 2011 (cité : FamKomm Scheidung-AUTEUR)
 - Model Family Code - From a Global Perspective, (en collaboration avec DIMSEY Mariel), Oxford 2006 (cité : SCHWENZER, Model)
 - Registrierte Partnerschaft, Der Schweizer Weg, *in* : FamPra.ch 2002, p. 223 ss (cité : SCHWENZER, Partnerschaft)
 - Vom Status zur Realbeziehung : Familienrecht im Wandel, Baden-Baden 1987 (cité : SCHWENZER, Status)
- SCHWENZER Ingeborg/KELLER Tomie, Nichteheliche Lebensgemeinschaft - Nicht, Halb- oder (Voll-)Status ?, *in* : GÖTZ Isabell/SCHWENZER Ingeborg/SEELMANN Kurt/TAUPIZ Jochen (édit.), Familie - Recht - Ethik, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, Munich 2014, p. 761 ss
- SIDI-ALI Karin, Intégration et regroupement familial, *in* : RDAF 2006 I, p. 1 ss

- SILVOLA Salla, National Report : Finland, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- SIEGENTHALER Toni, Le nom de la femme, *in* : REC/ZZW 1993, p. 22 ss
- SIMEONI Manon, Effets du concubinage de l'époux créancier sur la modification de la contribution d'entretien au sens de l'ar. 129 CC ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_760/2012 du 27 février 2013, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2013
- SOSSON Jehanne, Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge, *in* : FamPra.ch 2013, p. 410 ss
- SPESCHA Marc, Les familles migrantes en situation précaire au regard du droit des étrangers, *in* : Familles et migration. Etudes sur la situation des familles migrantes et recommandations de la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales, édité par la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales COFF, Berne 2002, p. 51 ss (cité : SPESCHA, Familles)
- SPESCHA Marc/THÜR Hanspeter/ZÜND Andreas/BOLZLI Peter (édit.), *Migrationsrecht : Kommentar : Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, 3^e éd., Zurich 2012 (cité : Migrationsrecht-AUTEUR)
- SPIRA Vincent, L'avocat face à l'autorité parentale conjointe, *in* : Revue de l'avocat 2015, p. 156 ss
- STAEHELIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürcher Kommentar*, vol. V/2c, 4^e éd., Zurich 2006 (cité : ZK OR-STAEHELIN)
- STARK Emil W., *Der Besitz Art 919-941 CC, Berner Kommentar*, vol. IV/3/1, Berne 2001 (cité : BK ZGB-STARK)
- STEINAUER Paul-Henri, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2015 (cité : STEINAUER, Successions)
- Les droits réels. Introduction à l'étude des droits réels ; Possession et registre foncier ; Dispositions générales sur la propriété ; Propriété par étages, Tome I, 5^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Les droits réels)
 - Les droits réels. Servitudes personnelles ; Charges foncières ; Droits de gage immobiliers ; Droits de gage mobiliers, Tome III, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Les droits réels III)
 - Deuxième pilier, versement anticipé et régimes matrimoniaux, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Deuxième pilier et épargne privée en*

droit du divorce, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 1 ss (cité : STEINAUER, Versement anticipé)

- Enfants communs et non communs en droit des successions et des régimes matrimoniaux, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Enfant et divorce*, Genève 2006, p. 171 ss (cité : STEINAUER, Enfants communs et non communs)

STEINAUER Paul-Henri/FOUNTOULAKIS Christiana, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014 (cité : STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Protection)

- L'acquisition d'un immeuble par un couple : société simple, copropriété ou communauté réduite ?, *in* : AMSTUTZ Marc/CHABLOZ Isabelle/HEINZMANN Michel/HOCHREUTENER Inge (édit.), *Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel : avec un accent sur la société simple*, Berne 2014, p. 1 ss (cité : STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Immeuble)

STETTLER Martin, *Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce*, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), *Enfant et divorce*, Genève 2006, p. 47 ss (cité : STETTLER, Autorité parentale)

- Garde de fait et droit de garde : commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2001, *in* : *Revue du droit de tutelle* 2002, p. 236 ss (cité : STETTLER, Garde)
- Les pensions alimentaires consécutives au divorce, *in* : PAQUIER Caroline/JAQUIER Jérôme (édit.), *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, p. 143 ss (cité : STETTLER, Pensions)

STETTLER Martin/GERMANI Lucia, *Droit civil III, Effets généraux du mariage (art. 159-180 CC)*, 2^e éd., Fribourg 1999

STETTLER Martin/WAELTI Fabien, *Droit civil IV, Le régime matrimonial : les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC)*, 2^e éd., Fribourg 1997

STEWART James (édit.), *Family law : jurisdictional comparisons*, Londres 2011

STOUDMANN Patrick, *Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant : le point de vue d'un juge de première instance*, *in* : RMA/ZKE 2014, p. 279 ss

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Paris 2015

SÜNDERHAUF Hildegund/WIDRIG Martin, *Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut*, *in* : PJA/AJP 2014, p. 885 ss

- SÜSS Rembert (édit.), *Erbrecht in Europa*, 3^e éd., Bâle 2015
- SÜSS Rembert/RING Gerhard (édit.), *Eherecht in Europa*, 2^e éd., Bâle 2012
- SUTTER-SOMM Thomas/FREIBURGHHAUS Dieter, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zurich 1999
- SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Zurich 2013 (cité : KSZ-AUTEUR)
- SUTTER-SOMM Thomas/KOBEL Felix, *Familienrecht*, Zurich, Genève, Bâle 2009 (cité : SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht)
- Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, *in* : FamPra.ch 2004, p. 776 ss (cité : SUTTER-SOMM/KOBEL, Ehegüterrecht)
- SVERDRUP Ton, *National Report : Norway*, *in* : BOELKI-WOELKI Katharina/MOL Charlotte/VAN GLEDER Emma (édit.), *European Family Law in Action. Vol. V : Informal relationships*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015, p. 1 ss
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^e éd. Revue et augmenté, Genève 2012
- TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc (édit.), *Code des obligations II, Art 530-1186 CO, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Commentaire romand*, Bâle 2008 (cité : CR CO II-AUTEUR)
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Genève 2009
- TERRIER Christian, *Assurances et successions (2^e et 3^e piliers)*, *in* : *Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux*, Zurich 2014
- TÉTRAULT Michel, *Droit de la famille, vol. I*, 4^e éd., Québec 2010
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I, Art 1-529 CO, Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR)
- THORENS-ALADJEM Sophie, *Les différentes mesures en cas de dissolution de la communauté de vie*, *in* : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états : formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille*, Genève/Neuchâtel 2014, p. 83 ss
- THURNHERR Stephan, *Die eheähnliche Gemeinschaft im Arbeitsrecht*, thèse, Berne 1982
- TOUZÉ Sébastien, *Observations générales sur la compétence des Etats en matière de nom de famille à la lumière de l'arrêt Burghartz contre Suisse*, *in* : PJA/AJP 2003, p. 395 ss

- TRIGO TRINDADE LAURIN Marta, La protection du conjoint divorcé en matière de prévoyance professionnelle, *in* : BADDELEY Margareta (édit.), La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler, Genève 2007, p. 115 ss (cité : TRIGO TRINDADE LAURIN, Protection)
- Prévoyance professionnelle, divorce et succession, *in* : SJ II 2000, p. 467 ss (cité : TRIGO TRINDADE, Prévoyance)
- TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/RUMO-JUNGO Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2015
- UEBERSAX Peter, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, *in* : Bernhard EHRENZELLER/Stephan BREITENMOSE (édit.), La CEDH et la Suisse, Saint-Gall 2010, p. 203 ss
- VASSEUR-LAMBRY Fanny, La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2000
- VETTERLI Rolf, Beschränkter Schutz in der Ehe?, *in* : PJA/AJP 2005, p. 295 ss (cité : VETTERLI, Schutz)
- Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, *in* : FamPra.ch 2009, p. 23 ss (cité : VETTERLI, Kinder)
- VEZ Parisma, Le droit de visite - Problèmes récurrents, *in* : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (édit.), Enfant et divorce, Fribourg 2006, p. 101 ss
- VICH-Y-LLADO Dominique, La désunion libre, Tome I et Tome II, Paris 2001 (cité : VICH-Y-LLADO, Tome I ou Tome II)
- VILLIGER Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) : unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2^e éd., Zurich 1999
- VOGT Isabelle, Concubinage et droit des successions, *in* : TREX 2005, p. 33 ss
- VOLLENWEIDER Marc-Aurèle, Le logement de la famille selon l'article 169 CC : notion et essai de définition, thèse, Lausanne 1995
- VON FLÜE Karine, Zusammen leben, zusammen wohnen : was Paare ohne Trauschein wissen müssen : ein Ratgeber aus des Beobachter-Praxis, Zurich 2007
- VRIES REILINGH (de) Daniel, Les conséquences fiscales en cas de séparation et de divorce : mode d'emploi pour le praticien, *in* : PJA/AJP 2010, p. 267 ss
- WAELTI Fabien, Couples non mariés et état civil : une union impossible/Unverheiratete Paare und Zivilstandregister : Eine unmögliche Verbindung, *in* : Revue de l'état civil 2000, p. 296 ss/p. 437 ss

- WEBER Roger, *Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung*, in : PJA/AJP 2004, p. 30 ss (cité : WEBER, Schutz)
- *Der gemeinsame Mietvertrag*, thèse, Zurich 1993 (cité : WEBER, Mietvertrag)
- WEIMAR Peter, *Das Erbrecht, Die Erben (Art. 457–516 ZGB)*, commentaire bernois, T. III/1/1/1, 4^e éd., Berne 2009 (cité : BK ZGB-WEIMAR)
- *Die Ehe als Rechtsinstitut*, in : ESER Albin (édit.), *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Paderborn/Munich/Vienne/Zurich 1985, p. 81 ss (cité : WEIMAR, Ehe)
- WERRO Franz, *Concubinage, mariage et démariage*, avec la collaboration de F. Lavanchy, 5^e éd., Berne 2000 (cité : WERRO, Concubinage)
- *L'obligation d'entretien après le divorce dans le code civil révisé*, in : PFISTER-LIECHTI Renate (édit.), *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, Berne 1999 (cité : WERRO, Obligation)
 - *L'obligation d'entretien après le divorce dans le nouveau Code civil*, in : RDS/ZSR 1999 I, p. 113 ss (cité : WERRO, Obligation d'entretien)
 - *L'entretien de l'époux après le divorce : de l'ancien au nouveau droit*, in : BODENMANN Guy/PERREZ Meinrad (édit.), *Le divorce et ses conséquences*, Berne 1996 (cité : WERRO, Entretien)
 - *Le temps des familles recomposées*, in : PJA/AJP 1994, p. 847 ss (cité : WERRO, Familles)
- WESSNER Pierre-André, *Le divorce des époux et l'attribution judiciaire à l'un d'eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille*, in : 11^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000 (cité : WESSNER, Bail)
- *La collaboration professionnelle entre époux dans le nouveau droit du mariage*, in : WESSNER Pierre-André (édit.), *Problèmes de droit de la famille*, Neuchâtel 1987, p. 179 ss (cité : WESSNER, Collaboration)
- WILDHABER Luzius/BREITENMOSER Stephan, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Artikel 8*, Berlin 2002
- WOLF Stephan, *Erbrecht in besonderen Situationen : Konkubinat, Ehekrise, Erwachsenenschutz*, in : WOLF Stephan/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/MUNTWYLER Peter/PFÄFFLI Roland/STUDHALTER Philipp (édit.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, Berne 2009, p. 27 ss (cité : WOLF, Erbrecht)
- *Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäß des Vorentwurf zu einem Bundesgesetz - allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts*, in : recht 2002, p. 157 ss (cité : WOLF, Ehe)

- WOLF Stephan/BERGER-STEINER Isabelle/SCHMUKI Deborah, Eherecht in Europa : Schweiz, *in* : SÜSS Rembert/RING Gerhard (édit.), Eherecht in Europa, 2^e éd., Bâle 2012, p. 1075 ss
- WOLF Stephan/EGGEL Martin, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Commentaire bernois, Berne 2014 (cité : BK WOLF/EGGEL)
- WOLF Stephan/GENNA Gian Franco, Die Auswirkungen der eingetragenen Partnerschaft auf Notariat und Grundbuchführung, *in* : RNRF/ZBGR 2007, p. 157 ss (cité : WOLF/GENNA, Auswirkungen)
- Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/I, Bâle 2012 (cité : WOLF/GENNA, SPR IV/1)
- WOLF Stephan/SCHMUKI Deborah, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich, *in* : KUNZ Peter V./WEBER Jonas Peter/LIENHARD Andreas/FARGNOLI Iole/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta (édit.), Berner Gedanken zum Recht : Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Berne 2014, p. 155 ss
- WOLF Stephan/STEINER Isabelle, Das Vermögensrecht und die weiteren für das Notariat relevanten Aspekte des Partnerschaftsgesetzes, *in* : WOLF Stephan (édit.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Berne 2006, p. 53 ss
- WYLER Rémy, Droit du travail, 2^e éd., Berne 2008
- YERSIN Danielle, La famille et le fisc, *in* : FLEINER-GERSTER Thomas/GILLIAND Pierre/LÜSCHER Kurt (édit.), Familles en Suisse, Fribourg 1991, p. 293 ss
- YERSIN Danielle/NOËL Yves, Commenaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2015 (cité : CR LIFD-AUTEUR)
- ZIEGLER Andreas R., Hat der Bund die Kompetenz die erleichterte Einbürgerung aufgrund einer eingetragenen Partnerschaft zu regeln ?, *in* : Jusletter du 13.4.2015
- ZIHLMANN Peter/STRUB Patrick, Mietrecht : Umzug, Kosten, Kündigung – alles, was Mieter wissen müssen : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, 6^e éd., Zurich 2007
- ZINGG Raphael Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen nach Art. 28b ZGB, *in* : Jusletter du 28.7.2008
- ZIRILLI Geneviève, Le couple devant la loi : mariage, union libre, pacs – divorce, veuvage, Lausanne 2006

Messages du Conseil fédéral

Message du Conseil fédéral concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), du 28 novembre 2014, FF 2015 835 (cité : Message Adoption)

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 (cité : Message Entretien)

Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille - Non à la pénalisation du mariage » du 23 octobre 2013, FF 2013 7623 (cité : Message Couple)

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 29 mai 2013 (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), FF 2013 4341 (cité : Message Prévoyance professionnelle)

Message du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil suisse du 16 novembre 2011 (Autorité parentale), FF 2011 8315 (cité : Message APC)

Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 4 mars 2011 (11.022), FF 2011 (cité : Message LN)

Message du Conseil fédéral sur la loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants du 29 mai 2009, FF 2009 4237 ss (cité : Message Dégrèvement)

Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635 ss (cité : Message Protection)

Message du Conseil fédéral concernant les mesures immédiates applicables à l'imposition des couples mariés du 17 mai 2006, FF 2006 4259 ss (cité : Message Mesures immédiates)

Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile suisse du 28 janvier 2006, FF 2006 6841 ss (cité : Message CPC)

Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 1192 (cité : Message LPart)

Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469 (cité : Message LEtr)

Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (1^{ère} révision LPP) du 1^{er} mars 2000, FF 2000 2495 ss (cité : Message LPP)

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 (cité : Message Constitution)

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1 ss (cité : Message Divorce)

Message concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directe des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral (Message sur l'harmonisation fiscale) du 25 mai 1983, FF 1983 III 1 (cité : Message 1983)

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179 ss (cité : Message 1979)

Message du Conseil fédéral concernant la modification du code civil suisse (Filiation) du 5 juin 1974, FF 1974 II 1 ss (cité : Message Filiation)

Documents officiels cités

1. Documents suisses

Avis du Conseil fédéral sur le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 22 août 2008, FF 209 389 ss (cité : Avis CF 2008)

Département fédéral de justice et police (DFJP), Directives et commentaires. Domaine des étrangers (Directives LEtr), Berne, octobre 2013 (actualisée le 6 janvier 2016) (cité : DFJP, Directives LEtr)

Institut suisse de droit comparé, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Avis 13-057, Lausanne, 17 septembre 2013 (cité : Institut suisse de droit comparé, Avis)

Lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP, du 24 novembre 2000, émises par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (cité : Directives minimum vital)

Office fédéral de la justice (OFJ), Les notions de « garde », de « prise en charge » et de « lieu de résidence », n° référence : COO.2180.109.7.74424 /232.1/2011/01123, du 16 novembre 2011 (cité : Document OFJ)

Projet de révision du Code civil suisse (Adoption), FF 2015 899 (cité : Projet Adoption)

Projet de révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 577 (cité : Projet Entretien)

Projet de révision du Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), FF 2013 4409 (cité : Projet prévoyance professionnelle)

Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), « Modernisation du droit de la famille », Mars 2015 (cité : Rapport CF Modernisation 2015)

Rapport de la CAJ-CN concernant l'initiative parlementaire « Protection contre la violence dans la famille et dans le couple », du 18 août 2005, FF 2005 6437 (cité : Rapport CAJ-CN 2005)

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du code civil (Droit de l'adoption) (cité : Rapport Adoption)

2. Documents étrangers

Australie :

- Family Law Act 1975, disponible sur :
<https://www.comlaw.gov.au/Details/C2015C00552>
- Family Law Rules 2004, disponible sur :
<https://www.comlaw.gov.au/Details/F2015C00192>

Belgique :

- Code civil (cf. en particulier titre *Vbis*), disponible sur :
<http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

Catalogne :

- Loi n° 25/2010 du 29 juillet 2010 relative à la personne et à la famille, (introduite dans le titre III, chapitre IV du Code civil), disponible sur :
http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=544979&language=ca_ES&mode=single (loi introduite dans le Code civil catalan)
- Code civil, disponible sur :
<http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/Index.htm>
- Loi n° 19/2010 du 7 juin 2010 relative à l'impôt sur les successions et les donations, disponible sur :
http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&versionId=1093237&language=ca_ES&mode=single

Croatie :

- Loi sur la famille de 2003 (Obiteljski zakon, NN 116/2003), disponible sur :
http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_09_103_1992.html
- Loi sur le partenariat de 2014 (Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/2014), disponible sur :
<http://www.zakon.hr/z/732/Zakon-o-%C5%BEivotnom-partnerstvu-osoba-istog-spola>

Ecosse :

- Family Law Act 2006, disponible sur :
<http://www.legislation.gov.uk/asp/2006/2/section/25>

Finlande :

- Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners du 14 janvier 2011, disponible sur :
<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110026.pdf>

France :

- Loi relative au pacte civil de solidarité du 15 novembre 1999, introduite dans le titre XIII du Code civil français, disponible sur :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>
- Code général des impôts, disponible sur :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>
- Code de la sécurité sociale, disponible sur :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=094F5A85E9677206A2D8DFB74EDCDCF6.tpdila12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20160812

Irlande :

- Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, disponible sur :
<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/24/enacted/en/print#part15>

Luxembourg :

- Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, disponible sur :
<http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2004/07/09/n3>

Norvège :

- Loi sur le droit au logement et les biens du ménage en cas de cessation d'une communauté de vie du 4 juillet 1991 (Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører), disponible sur :
<https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-45/>
- Loi sur la sécurité sociale du 1^{er} mai 1997 (Lov om folketrygd (folketrygdloven)), disponible sur :
<https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-02-28-19?q=folketrygdloven>

Nouvelle-Zélande :

- Civil Union Act 2004, disponible sur :
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0102/latest/DLM323385.html>
- Property (Relationships) Act 1976, disponible sur :
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1976/0166/latest/whole.html>
- Family Proceedings Act 1980, disponible sur :
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1980/0094/latest/DLM39723.html>

Pays-Bas :

- Code civil néerlandais (Burgerlijk Wetboek)
 - o Boek 1 (personnes et familles), disponible sur :
http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/Boek1/Titel5A/geldigheid.sdatum_15-10-2015
 - o Boek 4 (successions), disponible sur :
<http://wetten.overheid.nl/BWBR0002761/2015-08-17>

Portugal :

- Code civil (Código civil), disponible sur :
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=775&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=
- loi n° 7/2001 du 11 mai 2001 et loi n° 23/2010 du 30 août 2010, disponibles sur :
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

Québec :

- Code civil, disponible sur :
http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html
- Loi sur le régime de rentes, disponible sur :
<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showDoc/cs/R-9?&digest>

Slovénie :

- Loi sur le partenariat enregistré (Journal officiel de la République de Slovénie N° 65/2005), disponible en anglais à l'adresse suivante :
http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti_pdf/z_registracija_ips_en.pdf

Suède :

- Loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376), disponible sur :
<https://lagen.nu/2003:376>
- Code des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk 2010:110), disponible sur :
<https://lagen.nu/2010:110>

INTRODUCTION

Cette étude est consacrée à l'examen de la situation juridique des concubins en comparaison de celle des époux et des partenaires enregistrés. Alors que l'union libre n'a pas de statut légal, le mariage et le partenariat enregistré sont considérés comme de véritables institutions du droit, dont les effets sont entièrement réglementés par la loi. ¹

Généralement, l'union libre est décrite comme le fait pour deux personnes, hétérosexuelles ou homosexuelles, de vivre ensemble maritalement sans que les formalités du mariage et du partenariat enregistré n'aient été observées. En effet, l'union libre ne nécessite aucune formalité tant en ce qui concerne sa formation que sa dissolution. ²

À la différence de l'union libre, le mariage lie nécessairement un homme et une femme, tandis que le partenariat enregistré ne peut être conclu qu'entre deux personnes de même sexe. Le mariage et le partenariat enregistré se distinguent de l'union libre au niveau de leur conclusion et de leur dissolution, lesquelles nécessitent la réalisation de conditions de fond et de forme. ³

Dans ces trois formes de communauté de vie, les membres du couple agissent de manière assez semblable dans les faits. Il y a en revanche beaucoup de différences quant aux droits et aux obligations conférés aux membres du couple, non seulement dans leurs relations personnelles et patrimoniales entre eux et avec les tiers, mais aussi dans leurs relations avec les enfants. ⁴

La présente étude est divisée en quatre parties. ⁵

La première partie est consacrée à l'étude de l'union libre en tant que phénomène de société et sa place en droit. Il s'agira en effet d'analyser les caractéristiques de l'union libre (§ 1.), les terminologies employées (§ 2.), les aspects historiques et l'importance sociale de l'union libre (§ 3.), ainsi que la prise en compte de cette forme de vie en couple dans la législation et la jurisprudence suisses (§ 4.). ⁶

La deuxième partie s'intéresse aux effets de l'union pendant le temps de son existence, en particulier aux effets de l'union sur le statut civil des membres du couple (§ 7.), aux relations entre les membres du couple et vis-à-vis des tiers (§ 8.), aux effets de l'union à l'égard de l'État (§ 9.) et aux relations du couple avec ses enfants (§ 10.). ⁷

La troisième partie est dédiée à l'étude des effets de la fin de la vie en couple, en particulier des effets personnels (§ 13.) et patrimoniaux (§ 14.), ainsi que des effets de la désunion sur les enfants du couple (§ 15.). ⁸

Dans ces deuxième et troisième parties, nous discuterons des possibilités pour les concubins d'aménager juridiquement leur relation pour le temps de leur union et au-delà. Nous ferons également des incursions dans les droits du ⁹

mariage et du partenariat enregistré pour y chercher des comparaisons, ce qui nous permettra de mettre en lumière les similarités et les différences qui existent entre ces trois formes de communauté de vie.

¹⁰ Cette comparaison nous conduira à une réflexion sur l'opportunité de faire produire à l'union libre des effets de droit en tant qu'institution et à faire des propositions dans ce sens. Dans la quatrième partie de cette étude, il s'agira donc de présenter les arguments qui militent en faveur d'une réforme du système légal actuel (§ 18.) et de discuter des solutions possibles en vue d'accorder un statut légal aux concubins (§ 19.). À cet égard, une réglementation sur l'union libre nous semble indispensable pour protéger le partenaire le plus faible notamment en cas de rupture du couple. Les solutions adoptées dans les pays étrangers seront également présentées au chapitre 19. comme une source d'inspiration intéressante pour le législateur suisse.

¹¹ Une conclusion générale résume l'étude et en particulier les propositions faites.

PREMIÈRE PARTIE

L'union libre en tant que phénomène de société et sa place en droit

1. Les caractéristiques de l'union libre

L'union libre peut prendre diverses formes¹. Comme l'a souligné le Tribunal fédéral en 1980, les formes d'union libre peuvent aller « du simple partage temporaire de la couche à la vie commune aussi "classique" que celle d'un couple marié »². Face à cette diversité de formes, une partie de la doctrine a procédé à une catégorisation et a distingué, parmi les relations que peuvent entretenir deux personnes non mariées ou non liées par un partenariat enregistré, trois degrés différents³.

Le premier degré est le *stuprum*. Ce terme latin désigne des relations sexuelles passagères entre deux personnes, n'impliquant ni continuité ni cohabitation⁴. Le second degré – le concubinage simple ou le concubinage *largo sensu* – désigne une relation durable, impliquant seulement « une communauté de lit, conformément à l'étymologie du mot *cum cubare*, mais non pas une communauté d'existence et d'habitation »⁵. Le troisième est l'union libre ou le concubinage *stricto sensu*. Il s'agit de la situation de deux personnes qui entretiennent une relation stable et durable à la façon des gens mariés⁶. Contrairement aux deux formes précédentes, l'union libre ou le concubinage *stricto sensu* implique une « communauté de toit, de table et de lit »⁷, stable et durable, revêtant l'apparence du mariage⁸.

¹ Comme le relève RUBELLIN-DEVICHI, *Approche*, p. 17, « s'il n'y a qu'un mariage, il y a une diversité de concubinages ». Sur la diversité des concubinages, cf. aussi, MEULDERS-KLEIN, *Concubinages*, p. 603.

² ATF 106 V 58 cons. 3.

³ Parmi les auteurs qui ont procédé à une catégorisation des formes de concubinage, cf. en particulier : BRON, *Conséquences* ; DEWEVRE-FOURCADE ; MARTY-SCHMID ; NOIR-MASNATA.

⁴ BRON, *Conséquences*, p. XIX ; DEWEVRE-FOURCADE, p. 3 ; MARTY-SCHMID, p. 17 ; NOIR-MASNATA, p. 7.

⁵ BRON, *Conséquences*, p. XIX, note 23 ; DEWEVRE-FOURCADE, p. 3 ; NOIR-MASNATA, p. 7 ; RUBELLIN-DEVICHI, *Approche*, p. 20.

⁶ DEWEVRE-FOURCADE, p. 3 ; FAVRE, p. 157 ; MARTY-SCHMID, p. 9 ; MESSMER, p. 51 ; NOIR-MASNATA, p. 7 ; PULVER, *Union libre*, p. 13 ; REICHEN, *Concubinage*, p. 761.

⁷ ATF 109 II 15, JdT 1981 I 601 ; 118 II 235 cons. 3b, JdT 1995 I 549 ; plus récemment cf. ATF 138 III 157 cons. 2.3.3, SJ 2012 I 153 ; TF 5A_613/2010 du 3 décembre 2010, cons. 2 et réf. cit.

⁸ Pour une tentative de définition de l'union libre, cf. notamment DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, p. 41 ss ; FRANK, *Begriff*, p. 30 ss ; MESSMER, p. 51 ; SCHWANDER, p. 918.

14 Parmi ces trois formes de communauté, cette étude se concentre essentiellement sur celle qui offre toutes les apparences du mariage et du partenariat enregistré sans que les formalités aient été remplies : l’union libre. Ce choix paraît évident. Du fait de ses similitudes avec la relation qu’entretiennent deux personnes mariées ou enregistrées, l’union libre est davantage susceptible d’engendrer des conséquences juridiques que le *stuprum* et le concubinage *largo sensu*⁹.

15 En l’état actuel, et malgré certains effets juridiques qu’elle peut engendrer, l’union libre n’est pas définie dans la loi¹⁰. Face à ce silence, les juges du Tribunal fédéral ont dû déterminer les critères importants pour qu’une relation soit qualifiée d’union libre.

16 Généralement, c’est une définition du concubinage dit « stable » ou « qualifié » qui se trouve dans la jurisprudence. Il s’agit d’« une communauté de vie d’une certaine durée, voire durable, entre deux personnes de sexes opposés, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être définie comme une communauté de toit, de table et de lit »¹¹. Il ressort de la définition des tribunaux qu’une relation entre deux individus est considérée comme un concubinage « stable » ou « qualifié » si elle réunit trois éléments.

17 Il faut d’abord que les concubins forment une communauté de vie qui est en principe spirituelle, économique et corporelle, c’est-à-dire une communauté « de toit, de table et de lit »¹². Ces trois éléments ne sont pas nécessairement cumulatifs¹³. À titre d’exemple, un concubinage peut exister malgré l’absence de ménage commun des partenaires, mais pour autant que ces derniers s’accordent une assistance réciproque¹⁴. De même, l’absence de relations sexuelles entre les concubins ne remet pas en question l’existence même du concubinage¹⁵. Quant à la composante économique, son absence permet également de reconnaître l’existence d’un concubinage, car l’union libre ne dépend pas des moyens financiers des partenaires ; ce sont les sentiments

⁹ GROSSEN/GUILLOD, p. 270 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 132.

¹⁰ ATF 137 V 133 cons. 5.2 ; BÜCHLER/VETTERLI, p. 176 ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 65 ; GUILLOD, Familles, N 74 ; PULVER, Union libre, p. 21 ; SANDOZ, Problèmes, p. 45.

¹¹ ATF 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331. Cf. également : ATF 138 V 86 cons. 4.1 ; 138 III 157 cons. 2.3.3 ; 138 II 97 cons. 2.3.3, JdT 2012 II 479 ; TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, cons. 5.1.2.1., publié *in* : FamPra.ch 2013, p. 480 ss ; 5A_610/2012 du 20 mars 2013, cons. 6.2 ; 5A_81/2008 du 11 juin 2008, cons. 5.1.2.

¹² GUILLOD, Familles, N 74 ; PICHONNAZ, Convention, p. 672 ; WOLF/BERGER-STEINER/SCHMUKI, p. 1125, N 149.

¹³ CHRISTINAT, p. 2 ; DIETSCHY-MARTENET, p. 25 ; WERRO, Concubinage, N 99.

¹⁴ ATF 138 V 86 cons. 4.1 ; 137 V 383 cons. 4.1 ; 134 V 369 cons. 7.1. ; TF 5A_81/2008 du 11 juin 2008, cons. 5.1.2. ; 5P_135/2005 du 22 juillet 2005, cons. 2. *Idem* pour certains auteurs, cf. BÜCHLER/VETTERLI, p. 176 ; PULVER, Union libre, p. 15.

¹⁵ ATF 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331 ; 118 II 23 cons. 4c ; TF 2C_500/2011 du 11 décembre 2011, cons. 2.3.

mutuels et la volonté de chacun de créer une communauté de destin qui importent¹⁶.

Il faut ensuite que les concubins soient engagés dans une relation stable et durable à caractère exclusif. Cette exigence exclut les relations passagères, ainsi que les relations continues mais limitées à la communauté de lit¹⁷. Ce type de relation n'entraîne pour les partenaires – appelés « amants » ou « maîtresses » – aucune conséquence juridique. Le caractère exclusif de l'union figure dans les critères de la définition, mais n'est pas vraiment examiné dans la jurisprudence¹⁸. Il s'agit en fait de la consécration de l'union monogame.

Le Tribunal fédéral n'a jamais fixé de durée minimale du concubinage. Il a néanmoins appréhendé la portée du concubinage en fonction de sa durée dans plusieurs domaines du droit. À titre d'exemple, en matière de droit du divorce, un concubinage est présumé stable dès lors qu'il dure depuis cinq ans au moins¹⁹. Cette durée répartit le fardeau de la preuve : la personne prétendant qu'une relation inférieure à cinq ans constitue un concubinage qualifié doit le démontrer, tandis qu'il incombe à celui qui nie la stabilité d'une union supérieure à cinq ans d'en supporter la charge de la preuve²⁰. Dans le domaine de l'aide sociale, le concubinage est en revanche considéré comme stable s'il a duré au minimum deux ans²¹. Une courte durée peut par conséquent déjà suffire à admettre l'application de dispositions légales aux partenaires de fait. En résumé, les années de vie commune des concubins ne sont pas décisives à elles seules, mais constituent un élément en faveur d'une relation de concubinage stable. De même, les tribunaux ont jugé que la naissance d'un enfant commun constitue un indice de l'existence d'un concubinage stable, mais n'est en soi pas suffisant pour faire présumer l'existence d'un concubinage qualifié²².

Finalement et selon la définition initialement adoptée par les tribunaux, un concubinage stable doit viser deux personnes de sexes opposés. Cette

¹⁶ ATF 124 III 52 cons. 2a/aa ; TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, cons. 5.1.2.1., publié in : FamPra.ch 2013, p. 480 ss ; 5C.296/2001 du 12 mars 2002, cons. 3b/aa. De même, la présence d'une communauté économique ne saurait à elle seule permettre de conclure à la présence d'un concubinage, cf. ATF 124 III 52 cons. 2a/aa.

¹⁷ ATF 107 II 289, JdT 1981 I 541 ; 105 II 241 cons. 3, SJ 1981 29.

¹⁸ Les juges opèrent un rapprochement entre le concubinage et le mariage sans toutefois préciser quel est le fondement juridique du caractère exclusif de l'union libre. Sur le critère de l'exclusivité, cf. *infra* § 19.3.1, N 785 s.

¹⁹ ATF 114 II 295 cons. 1c, répété in : ATF 138 III 97, JdT 2012 II 479, cons. 3.4.2 et TF 5A_620/2013 du 17 janvier 2014, cons. 5.2.2. Nous y reviendrons *infra* § 8.2.

²⁰ ATF 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331 ; 138 III 97 cons. 3.4.2 ; TF 5C_112/2005 du 4 août 2005, cons. 2.1. ; 5A_760 2012 du 27 février 2013, cons. 5.1.2.1.

²¹ ATF 136 I 129 cons. 6.3. Bien que cette durée soit fixée par les normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS), le TF a estimé qu'il n'était pas arbitraire de se fonder sur ces normes pour déterminer l'aide sociale.

²² ATF 138 III 97 cons. 3.4.2, JdT 2012 II 479 ; TF 5A_765/2012 du 19 février 2013, cons. 5.3.2. ; 5A_662/2011 du 12 janvier 2012, cons. 3.4.

affirmation n'est plus valable aujourd'hui. Après avoir longtemps considéré que seuls les couples hétérosexuels pouvaient être compris dans la définition du concubinage, le Tribunal fédéral a étendu cette définition aux couples de même sexe en 2008²³. En outre, et depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le partenariat enregistré en 2007 (ci-après : LPart), le caractère hétérosexuel ou homosexuel de la relation ne peut plus avoir d'importance dans cette discussion²⁴. Notre étude portera donc sur les unions libres entre partenaires de sexes différents et partenaires de même sexe²⁵.

²¹ On observe qu'il n'existe pas une définition unique de l'union libre. L'union libre est une relation définie de cas en cas, en fonction des circonstances et de la nature du problème litigieux²⁶. De manière générale, le juge procède à une appréciation de l'ensemble des circonstances de la vie commune des concubins pour déterminer la qualité de la relation, puis décider s'il s'agit d'une relation suffisamment étroite pour justifier certains droits ou devoirs²⁷.

2. Les terminologies

²² Il existe en Suisse, mais aussi dans tous les pays d'Europe, diverses terminologies pour désigner l'union entre deux personnes non mariées et non enregistrées. L'existence de ces multiples expressions est sans doute le corollaire de la diversité des comportements que peuvent adopter les couples de concubins en fonction de l'objectif qu'ils poursuivent. En effet, et comme indiqué *supra* § 1., la spécificité de l'union libre réside dans la diversité des formes qu'elle peut prendre ainsi que dans l'absence de toute formalité²⁸. Son caractère polymorphe ne peut qu'entraîner la difficulté, voire même l'impossibilité pour les auteurs comme pour le législateur de trouver non

²³ Pour les arrêts qui écartent expressément la condition selon laquelle le concubinage stable ne viserait que deux personnes de sexes opposés : ATF 138 V 86 cons. 4.1. ; 134 V 369 cons. 6.3.1., publié in : FamPra.ch 2009, p. 172. Pour les arrêts qui précisent que le concubinage stable vise les relations entre personnes de sexes opposés uniquement, cf. ATF 138 III 97 cons. 2.3.3., JdT 2012 II 479 ; 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331 ; TF 5A_760/2012 du 27 février 2013 cons. 5.1.2.1., publié in : FamPra.ch 2013, p. 480 ss ; 5A_610/2012 du 20 mars 2013, cons. 6.2.

²⁴ Le concubinage ne doit plus être défini par rapport au sexe des partenaires selon la majorité de la doctrine, cf. BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 364 ; BÜCHLER/VETTERLI, p. 176 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 34 ; FASEL/WEISS, p. 18 ; GUILLOD, Familles, N 74 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.03 ; HEGNAUER/BREITSCHEID, Ehrechts, N 30.02 ; MONTINI/MONTINI, p. 384 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 672 ; FamKomm Scheidung-SCHWENZER, art. 129 CC N 19. *Contra* : SANDOZ, Problèmes, p. 45 s.

²⁵ Précisons que les tournures au masculin comprennent à chaque fois les deux sexes et inversement.

²⁶ WOLF/BERGER-STEINER/SCHMUKI, p. 1125, N 149.

²⁷ ATF 118 II 235 cons. 3.b, JdT 1994 I 331 ; 124 III 52 consid. 2a/aa et les arrêts cités ; TF 5A_760/2012 du 27 février 2013 cons. 5.1.2.1., publié in : FamPra.ch 2013, p. 480 ss ; TF 5C.265/2002 du 1^{er} avril 2003, cons. 2.4. ; WERRO, Concubinage, N 111.

²⁸ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N 992.

seulement une définition juridique qui fasse l'unanimité, mais aussi un vocable unique²⁹.

Outre les termes les plus employés d'union libre et de concubinage, la doctrine emploie aussi les terminologies suivantes : « mariage de fait », « cohabitation sans mariage », « communauté de fait », « communauté de vie non matrimoniale », « communauté de vie analogue au mariage », « vie maritale », etc.³⁰.

Cette indétermination de langage se retrouve également dans la langue allemande. En effet, l'union hors mariage est appelée « *nichteheliche* » ou « *eheähnliche Lebensgemeinschaft* » (quasi-mariage), mais également « *Partnerschaft* », « *Konkubinat* », « *wilde Ehe* » (mariage sauvage), « *faktische Ehe* » (mariage de fait), « *freie Ehe* » (mariage libre), « *Ehe ohne Trauschein* » (mariage sans certificat de mariage), etc.³¹.

Dans les pays de Common Law, les dénominatifs sont tout aussi nombreux. L'union de fait est appelée « *de facto marriage* » (mariage de fait), « *unmarried cohabitation* » (cohabitation hors mariage), « *informal marriage* » (mariage informel), « *ambiguous marriage* » (mariage ambigu), voire encore « *common law marriage* »³².

À l'heure actuelle, il n'existe aucune formule consacrée quant à la manière de désigner l'union de deux personnes vivant maritalement³³. Tous les vocables susmentionnés reflètent la même situation et aucun d'eux ne qualifie mieux qu'un autre cette forme d'union informelle. Le choix de la terminologie est donc laissé aux auteurs. Aux fins de cette étude, notre préférence est accordée à l'expression « union libre ». À notre avis, celle-ci nous évoque mieux que tout autre vocable une particularité essentielle de l'union entre personnes non mariées et non enregistrées : l'absence d'un cadre juridique clair et le libre choix des partenaires^{34/35}. Toutefois, les expressions telles que

²⁹ Le relèvent également DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N 992 ; PULVER, Union libre, p. 13 ; WAELTI, p. 296.

³⁰ Pour les expressions utilisées, cf. en particulier HERZ/WALPEN, N 3 ; MARTY-SCHMID, p. 17 et réf. cit. ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 112.

³¹ Pour les expressions utilisées, cf. en particulier MARTY-SCHMID, p. 18 et réf. cit. ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 112.

³² Pour la terminologie employée dans les pays de Common Law, en Allemagne et en France, cf. HILT, N 616, p. 269.

³³ Comme le relèvent plusieurs auteurs, cette pluralité de vocables pour désigner l'union entre deux personnes vivant en dehors du mariage ou du partenariat enregistré est révélateur des divergences et des tensions qui existent dans la matière elle-même, cf. GROSSEN/GUILLOD, p. 270 ; MÜLLER-FREIENFELS, Cohabitation, p. 262 ; NOIR-MASNATA, p. 7 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 111 s. ; VIDAL MARTINEZ, p. 111-114.

³⁴ DESCHENAUX/TERCIER/STEINAUER, N 994, et WERRO, Concubinage, N 96, préfèrent aux termes « union libre » celui de concubinage. D'après ces auteurs, « l'expression *union libre* fait croire qu'elle désigne une relation qui échappe au droit ou à la loi ».

³⁵ Autre est la question de savoir si cette terminologie devrait ou non être changée au cas où une loi sur les concubins était adoptée (cf. *infra* partie 4).

« concubinage », « cohabitation de fait », « union de fait », « communauté de fait » ou « union de deux personnes vivant maritalement » seront également employées dans notre analyse en tant que synonymes.

3. Les aspects historiques et l'importance sociale de l'union libre

3.1. Les aspects historiques de l'union libre

²⁷ Une approche historique va nous permettre de montrer quelles ont été les politiques juridiques adoptées par les pouvoirs publics à l'égard du concubinage au cours des siècles. L'union libre a-t-elle été réprimée ? Ou simplement ignorée ? A-t-elle fait l'objet d'une reconnaissance ? Lui a-t-on rattaché certains effets juridiques ? Nous verrons que les réponses à ces questions ont beaucoup varié au fil du temps.

²⁸ Trois approches différentes se sont succédé au cours des âges. La première d'entre elles remonte au Haut-Empire romain. Ni ignorée ni réglementée, l'union libre fait l'objet d'une tolérance bienveillante de la part des pouvoirs publics. À la période du Bas-Empire correspond une approche plus formelle ; l'union libre cesse d'être simplement tolérée et se voit reconnaître certains effets de droit au même titre que le mariage. C'est ensuite une toute autre doctrine morale qui inspire la législation du Moyen Âge. Sous l'influence de l'Église, les pouvoirs publics adoptent une politique de répression à l'égard de cette forme d'union, politique qui, comme nous le verrons, tend à disparaître à la fin du Moyen Âge pour revenir sur l'avant-scène au cours du XX^e siècle. Dans l'intervalle, le XVIII^e siècle marque une période où le concubinage fait à nouveau l'objet d'une tolérance pour le moins implicite grâce à l'amélioration du statut des enfants nés hors mariage.

²⁹ Dans la société romaine du Haut-Empire, le concubinage, dénommé *concubinatus* par les juristes romains, semble assez fréquent au regard des nombreuses épitaphes funéraires qui en font mention³⁶. Il bénéficie de l'honorabilité dans la mesure où il porte les caractéristiques du mariage, en particulier l'absence d'inceste, une certaine durée, la stabilité et l'exclusivité³⁷. Ses conséquences extra-juridiques revêtent une grande importance pratique en raison de sa fréquente apparition dans les hautes classes et de sa large

³⁶ ESMEIN, p. 127 ; GAUDEMET, *Union libre*, p. 377 et réf. cit. ; VIDAL MARTINEZ, p. 114. Dans l'historiographie romaine, le Haut-Empire et le Bas-Empire forment l'Empire romain. Leurs limites chronologiques respectives ne sont pas fixées. Le Haut-Empire désigne la première période de l'Empire romain. Elle débute en 27 avant Jésus-Christ avec le principat d'Auguste et s'achève quand commence le Bas-Empire, c'est-à-dire aux alentours de l'an 200 après Jésus-Christ. En outre, l'union libre reçut le nom de *concubinatus* sous l'empereur Auguste et celui de *Kebsehe* dans le droit germanique, cf. BECKER, p. 14 ss et 18 ss et HASLER, p. 98.

³⁷ BOYER, p. 134 à 135.

admission dans les mœurs³⁸. Le concubinage constitue une union parfaitement morale et respectable, mais échappe à toute reconnaissance juridique et ne produit aucun effet de droit³⁹.

À l'époque du Haut-Empire, l'union libre se rencontre essentiellement dans deux cas : lorsque les membres du couple ne souhaitent pas se marier ou si le mariage leur est impossible pour des motifs de droit. Dans le premier cas, la distinction entre le *concubinatus* et le *matrimonium* est difficile à établir. En effet, il n'existe aucune formalité légale pour la validité du mariage romain⁴⁰. Celui-ci est essentiellement consensuel⁴¹. Nonobstant l'absence de toutes formalités du mariage, la légitimité de celui-ci dépend de deux éléments : l' *affectio maritalis* - l'intention de traiter la femme en épouse légitime - et l' *honor matrimonii* - l'accession du conjoint au rang et à la dignité sociale de l'autre⁴². Aucun acte extérieur formel n'est requis pour manifester cette intention⁴³. La différence entre le mariage et le concubinage ne réside donc pas dans l'observation de formes constitutives de l'union mais dans l'intention des partenaires ; dans l'union libre, l' *affectio maritalis* et l' *honor matrimonii* font défaut tandis qu'ils sont présents dans le mariage⁴⁴. Au fil du temps, l'union libre peut être élevée au rang de mariage si les partenaires modifient leur intention et remplissent les conditions de fond du mariage⁴⁵.

À cette époque, l'union libre apparaît également là où le mariage est proscrit et ne peut donc se comprendre sans référence aux interdictions de mariage. Les obstacles à un *iustum matrimonium* sont de natures sociale et morale⁴⁶.

³⁸ DEWEVRE-FOURCADE, p. 11.

³⁹ BOYER, p. 133 ; ESMEIN, p. 127 et 128 note 2 ; GAUDEMET, Droit privé, p. 42. Le concubinage est néanmoins reconnu par les lois d'Auguste, mais cette reconnaissance a une portée légale particulière dans la mesure où elle n'a d'effet que pour le droit pénal. En effet, certaines unions, telles que l'adultère, l'inceste ou la liaison avec une femme non mariée ou veuve respectable (cette dernière liaison est qualifiée de *stuprum*), sont interdites par la loi. L'illicéité du concubinage dépend essentiellement de la qualité de la femme avec laquelle l'homme souhaite vivre *in concubinatum*. Cf. ARENDS OLSEN, p. 143 ss.

⁴⁰ ARENDS OLSEN, p. 20 ; GAUDEMET, Sociétés, p. 345.

⁴¹ GAUDEMET, Mariage, p. 29, écrit, en reprenant les propos d'Ulpien : « ce n'est pas l'union sexuelle, mais le consentement qui fait le mariage ».

⁴² ARENDS OLSEN, p. 20 ; GAUDEMET, Union libre, p. 377.

⁴³ BOYER, p. 135 ; GAUDEMET, Mariage, p. 30. S'il n'existe aucune exigence juridique de forme pour la manifestation du consentement matrimonial, il faut tout de même que les conjoints remplissent certaines exigences liées à l'âge, la situation familiale et le rang social, cf. GAUDEMET, Mariage, p. 36 ss. Le mariage romain est aussi entouré de cérémonies religieuses et de rites variés. Ceux-ci assurent la publicité du mariage. Le droit ne les ignore pas, mais ne les exige pas à peine de nullité, cf. GAUDEMET, Mariage, p. 34 ss et Sociétés, p. 186.

⁴⁴ Cf. notamment : BOYER, p. 135 ; GAUDEMET, Union libre, p. 377 et Mariage, p. 30 s. ; SCHOTT, p. 16. Contrairement au mariage, le consentement du *pater familias* n'est pas exigé pour le concubinage.

⁴⁵ GAUDEMET, Mariage, p. 31. Pour plus de détails sur les conditions du mariage en droit romain, cf. notamment ARENDS OLSEN, p. 20 ss ; BOYER, p. 135 ss ; CORBETT, p. 25 ss ; GAUDEMET, Mariage, p. 36-38 et Droit romain, p. 46 ss ; GROSSE, p. 101 ss.

⁴⁶ GAUDEMET, Droit privé, p. 42.

³² Les premiers consistent à empêcher que des personnes de rang social inégal puissent accéder à un *iustum matrimonium*. C'est ainsi que les esclaves, les ingénus, certains officiers ou même les sénateurs se voient imposer des restrictions à leur liberté de se marier⁴⁷. Les sénateurs ne sont pas autorisés à épouser des affranchies, des comédiennes ou des *ancillae* ; l'union avec un(e) inférieur(e) n'est jamais un *iustum matrimonium* mais un *concubinatus*. Autorisé entre toutes personnes, le concubinage est par conséquent très attrayant pour un bon nombre de Romains.

³³ Les obstacles de nature morale touchent en revanche non seulement le mariage, mais également l'union libre. Le concubinage incestueux ou adultère, de même que le concubinage avec une mineure de moins de douze ans ou un mineur de moins de quatorze ans sont interdits au même titre que le mariage.

³⁴ Le sort de l'union libre est définitivement modifié sous le Bas-Empire. À cette période, deux tendances divergentes prennent place. À la première correspondent des mesures visant à empêcher cette union. Ces mesures sont prises au début du IV^e siècle par l'empereur Constantin⁴⁸. Défenseur des bonnes mœurs, l'empereur Constantin veut détourner les citoyens du concubinage en interdisant toutes libéralités en faveur de la concubine ou des enfants issus de l'union, et en obligeant les concubins à se marier pour permettre aux enfants d'obtenir le statut d'enfants légitimes⁴⁹. La seconde tendance, sous l'impulsion de l'empereur Justinien, est en revanche marquée par une réglementation favorable au concubinage⁵⁰. De simple état de fait qu'elle était auparavant, l'union libre se transforme en une union *de iure* et est conçue comme un « semi-mariage »⁵¹. Cette transformation permet aux concubins ainsi qu'à leurs enfants de se voir accorder un statut particulier⁵². La liaison passagère, à défaut de stabilité et de durée, continue toutefois à être rejetée et même interdite.

⁴⁷ Pour plus de détails sur les restrictions au mariage, cf. BOYER, p. 131 et 134 ; GAUDEMET, Union libre, p. 378 ss. Il convient ici de relever que la femme libre qui entretient une relation avec un esclave peut se voir exposée à la servitude, cf. GAUDEMET, Union libre, p. 386 et Droit romain, p. 92. Pour la relation entre une matrone et un esclave ou un affranchi, cf. ARENDS OLSEN, p. 75.

⁴⁸ L'empereur Constantin règne de l'an 306 jusqu'à sa mort en 337. Il est le premier empereur à se convertir au christianisme, cf. encyclopédie Larousse, disponible à l'adresse suivante : http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Constantin_I_er_le_Grand/114483, consulté le 21.10.2015.

⁴⁹ Pour plus de détails, cf. BOYER, p. 136 ; GAUDEMET, Union libre, p. 379 ss.

⁵⁰ Justinien I^{er}, empereur byzantin, règne de 527 à 565 après Jésus-Christ. Son règne marque le passage de l'Empire romain à l'Empire byzantin, cf. encyclopédie Larousse, disponible sur : http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Justinien_I_er/126340, consulté le 21.10.2015.

⁵¹ Certains auteurs avancent que Justinien n'a pas voulu reconnaître juridiquement le concubinage, mais seulement quelques avantages aux enfants issus d'une telle union. Justinien aurait simplement cherché à transformer l'union libre en mariage dès lors que les conditions de fond de ce dernier étaient données, cf. notamment BOYER, p. 127 ss et GAUDEMET, Union libre, p. 375 ss. *Contra* : ESMEIN.

⁵² Sous réserve que cette union présente les mêmes caractéristiques que le mariage, MEULDERS-KLEIN, Mariage, p. 268.

Le souhait de Justinien est de protéger les enfants nés hors mariage (qualifiés de *vulgo concepti*) et d'instaurer une égalité entre ces derniers et ceux nés de parents mariés (dénommés *liberi naturales*). Légalement privé de père, l'enfant illégitime ne peut faire valoir aucune prétention dans la succession *ab intestat* de son père⁵³. Attachant une grande importance à l'instauration de rapports juridiques réguliers entre le père et ses enfants naturels⁵⁴, Justinien autorise la légitimation des enfants issus d'unions libres pour que ceux-ci puissent prétendre à une part de la succession de leur père. La concubine se voit elle aussi attribuer un droit de succession⁵⁵. Pendant son règne, l'empereur Justinien supprime au demeurant la plupart des interdictions de mariage pour inégalités de rang social. Cela permet un *iustum matrimonium* là où seul un *concubinatus* était possible antérieurement⁵⁶.

La solution préconisée par Justinien est admise jusqu'au IX^e siècle⁵⁷. Il semble que les anciens droits germaniques l'ont également favorisée⁵⁸. Il n'existe cependant aucun document écrit permettant d'attester de cette solution en droit germain pour la période qui s'étend jusqu'au V^e siècle. Les premiers documents juridiques sont ceux des lois barbares qui apparaissent dès le V^e siècle. Malgré l'existence certaine du concubinage, ces lois évoquent les effets du concubinage de manière très éparse⁵⁹. Elles distinguent l'homme marié qui a une concubine et qui encourt l'excommunication, de l'homme non marié vivant en concubinage avec une femme, situation jugée licite⁶⁰.

Avec la chute de l'Empire romain et l'apparition du droit canon, la réglementation du concubinage est progressivement abrogée et l'union libre redevient une simple union de fait⁶¹. La distinction entre union libre et mariage se creuse profondément au cours du Moyen Âge, du V^e-VI^e siècle au XV^e siècle. Cette période est dominée par le christianisme et va entraîner une modification des critères de la moralité. Au fil du temps, la tolérance à l'égard du concubinage disparaît, tandis que la lente sacralisation du mariage

⁵³ Pour plus de détails sur le statut de l'enfant illégitime, ARENDS OLSEN, p. 93 ss.

⁵⁴ Les enfants naturels sont les enfants qui n'ont pas été conçus pendant le mariage, soit les enfants illégitimes.

⁵⁵ BOYER, p. 136 et 137 ; GAUDEMET, Union libre, p. 388-390.

⁵⁶ GAUDEMET, Droit privé, p. 200 et Droit romain, p. 98 s. ; ESMEIN, p. 128, note 2.

⁵⁷ La solution consacrée par Justinien a été abolie dans l'Empire romain d'Orient en l'an 900 par l'empereur Léon le Sage, cf. BOYER, p. 137 ; MEULDERS-KLEIN, Mariage, note 17.

⁵⁸ MEULDERS-KLEIN, Mariage, p. 268 et réf. cit.

⁵⁹ GAUDEMET, Mariage, p. 102. Pour plus de détails sur les trois formes d'unions consacrées en droit germanique (*Muntehe, Friedelehe et Kebsehe*), cf. BECKER, p. 18 ss ; SCHOTT, p. 19 s. ; SCHWAB, p. 1151 s.

⁶⁰ GAUDEMET, Mariage, p. 102.

⁶¹ La chute de l'Empire romain d'Occident se situe au V^e siècle. Sur l'évolution de l'attitude de l'Église à l'égard du concubinage après la chute de l'Empire et à l'apparition du droit canon, cf. BOYER, p. 137-141 ; GAUDEMET, Sociétés, p. 116 ss, 157 et 427 et GAUDEMET, Église, p. 538 s.

commence⁶². Les liaisons hors mariage sont perçues comme scandaleuses et immorales si bien que l’Église, dont l’objectif premier est la protection de l’institution du mariage, finit par s’intéresser au concubinage surtout pour l’incriminer⁶³. Le consensualisme matrimonial, qui rend la distinction entre concubinage et mariage difficile, est complété ; à la nécessité du consentement s’ajoutent désormais des exigences de forme, en particulier la bénédiction du prêtre et la constitution d’une dot⁶⁴. Ces exigences permettent de différencier les unions légitimes de celles qui ne le sont pas. Le droit canon, sous la juridiction exclusive duquel tombe le mariage, instaure de surcroît de nouvelles exigences de fond, restreignant la possibilité pour certains couples de se marier.

38 D’abord limitée à certaines catégories de personnes, en particulier aux clercs, l’interdiction de concubinage est rapidement étendue à tous les laïcs⁶⁵. Le mariage devient le seul mode valable de vie en couple. En 1514, le concubinage est officiellement interdit avec le V^e Concile de Latran et considéré comme un délit en droit canonique⁶⁶. Les concubins peuvent faire l’objet de lourdes peines, notamment l’excommunication s’ils refusent de se séparer ou de se marier⁶⁷. L’instauration de ces peines marque la séparation nette entre concubinage, état de fait criminel, et mariage⁶⁸.

39 Malgré la mise en place de peines sévères à l’encontre des concubins, l’Église ne parvient jamais à faire disparaître complètement le concubinage, véritable fait de société⁶⁹. L’accès au mariage demeure particulièrement difficile, voire même impossible pour un grand nombre de couples ; les interdictions au mariage, en particulier l’interdiction faite aux couples de confessions différentes, et les conditions du mariage, telles que l’exigence d’un grade militaire ou d’une situation économique confortable, poussent certains couples à vivre maritalement, sans pouvoir formaliser leur union⁷⁰.

40 Alors qu’au Moyen Âge le christianisme combat sans relâche la sexualité extraconjugale et les naissances illégitimes, le siècle des Lumières marque l’érosion de l’influence de l’Église, favorisant une certaine tolérance⁷¹. C’est en

⁶² Le mariage religieux se répand progressivement à partir du IX^e siècle.

⁶³ Pour les canonistes, toutes relations charnelles en dehors des liens du mariage entrent dans la catégorie des péchés de « *fornicatio* », cf. BOYER, p. 139 ; ESMEIN, p. 125 ; GAUDEMET, Église, p. 538.

⁶⁴ GAUDEMET, Sociétés, p. 350.

⁶⁵ L’interdiction faite aux clercs a lieu lors du I^{er} et du II^e Concile de Latran en 1123 et 1139. Celle faite aux laïcs s’inscrit lors du Concile de Bâle en 1453, BOYER, p. 140 s. et GUINARD, p. 6.

⁶⁶ SCHOTT, p. 22.

⁶⁷ GAUDEMET, Mariage, p. 348. Il convient de préciser que la voie du mariage n’est ouverte que pour les concubins qui répondent aux conditions de fond et de forme du mariage.

⁶⁸ Pour l’évolution du concubinage au Moyen Âge, cf. MEYER, p. 161 à 168 et SCHOTT, p. 22 ss.

⁶⁹ Cf. notamment BECKER.

⁷⁰ HASLER, p. 100.

⁷¹ Pour plus d’informations sur la condition des enfants illégitimes au Moyen Âge, cf. FAVRE-ROUSSY, notamment p. 24 s. Quant au siècle des Lumières, il se situe au XVIII^e siècle.

effet dès cette période de l'histoire que la nécessité de protéger l'enfant, qu'il soit né dans le ou en dehors du mariage de ses parents, (ré)apparaît. Le siècle des Lumières donne une véritable impulsion à l'amélioration du sort des enfants issus d'unions libres⁷² ; le mariage des parents cesse enfin d'être un critère de détermination du sort de l'enfant. Cette volonté de résorber les injustices entre enfants légitimes et enfants illégitimes a sans doute pour conséquence incidente la reconnaissance morale des couples constitués d'un homme et d'une femme non mariés.

En Suisse, la volonté de combattre et de proscrire le concubinage reste présente jusqu'au XX^e siècle. Ayant fait usage du droit que leur confère l'art. 335 du Code pénal suisse⁷³, certains cantons - en particulier tous les cantons alémaniques et le Valais - érigent l'union libre en contravention de police dès le début du XX^e siècle⁷⁴. Considérée comme attentatoire à l'ordre public, l'union libre est mise sur un pied d'égalité avec la mendicité, le vagabondage et le chapardage⁷⁵. Les concubins peuvent se voir punis de l'amende ou de l'arrêt jusqu'à trois mois⁷⁶. Les condamnations à leur encontre sont toutefois rares, si bien que les dispositions restent rapidement lettre morte⁷⁷. C'est pourtant seulement au cours des vingt-cinq dernières années que les cantons abrogent peu à peu les dispositions pénales réprimant l'union libre⁷⁸. Le canton du Valais est le dernier canton à lever l'interdiction en 1995⁷⁹. Notons que l'attitude des cantons face à cette union qualifiée d'« illégitime » s'inscrit à un moment où les facteurs religieux interviennent fortement dans l'appréhension du phénomène et où l'institution du mariage revêt une symbolique particulière.

⁷² Message Filiation, p. 10 s., N 223.1. Ce n'est qu'en 1959, avec l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant, que cette volonté de cesser toute discrimination entre enfants légitimes et enfants illégitime se concrétise véritablement. La Déclaration des droits de l'enfant est adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1959. Le premier principe stipule que : « L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur [...] la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille. »

⁷³ L'art. 335 al. 1 CP indique que : « Les cantons conservent le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale ».

⁷⁴ GROSSEN, Ménage, p. 8. Pour plus de détails sur les dispositions cantonales réprimant l'union libre, cf. en particulier FRANK, Kantonalrechtliche, p. 5 ss et MARTY-SCHMID, p. 82 ss.

⁷⁵ GROSSEN/GUILLOD, p. 272.

⁷⁶ GEISER, Erfahrungen, p. 47.

⁷⁷ BRON, Conséquences, p. 160 ss ; GEISER, Erfahrungen, p. 47 ; MÜLLER-FREIENFELS, Cohabitation, p. 260 ; NOIR-MASNATA, p. 52.

⁷⁸ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 62 ; PULVER, Union libre, p. 20. Les dernières abrogations sont effectuées par Appenzell Rhodes-Extérieures en 1982, Saint-Gall et Thurgovie en 1984, Glaris en 1985, Nidwald en 1987, Uri en 1988, Schwyz en 1992, Appenzell Rhodes-Intérieures en 1992.

⁷⁹ Cf. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.02 ; WERRO, Concubinage, N 110.

42 En résumé, tandis que la société romaine tolère et même reconnaît l'union libre en tant qu'institution quasi matrimoniale, les législations du Moyen Âge, puis du XX^e siècle s'y opposent, principalement en raison de l'influence de l'Église. Nous observons donc que les pouvoirs publics adoptent, au fil des siècles, essentiellement deux attitudes à l'égard de l'union libre : l'une positive, car consistant à tolérer le concubinage, voire même à l'assimiler au mariage de manière partielle ou totale ; l'autre négative, car cherchant à condamner purement et simplement ce « lien illégitime ».

43 Aujourd'hui, l'évolution des mentalités entraîne une relative baisse de l'importance du mariage. L'accroissement notable de la tolérance à l'égard des relations sexuelles hors mariage et l'abandon des dispositions sanctionnant les actes sexuels entre personnes consentantes en sont la preuve⁸⁰. L'union libre, qui a toujours été un mode de vie alternatif au mariage, n'encourt plus la critique sociale. Sa prise en considération semble même être ressentie comme un besoin impérieux par certains systèmes juridiques. En effet, plusieurs pays cherchent des solutions juridiques aux questions que pose ce mode de vie. Certains ont mis en place des dispositions légales réglementant des problèmes spécifiques de l'union libre, tandis que d'autres ont créé une institution juridique, à côté de celle du mariage⁸¹. Hélas, à l'aube du XXI^e siècle, la Suisse se révèle être très hésitante quant à une éventuelle reconnaissance juridique de l'union libre, faisant ainsi preuve de bien moins d'audace que la société romaine du Bas-Empire ! Le dernier chapitre de l'histoire du concubinage reste donc une histoire en devenir.

3.2. L'importance de l'union libre dans la société actuelle

44 Après des siècles d'un destin variable et souvent marginal, l'union libre connaît un essor certain comme mode ouvert de vie en couple ; depuis le début du XX^e siècle, le concubinage devient de plus en plus la forme d'union de nombreux couples. Il se développe dans tous les milieux sociaux, parmi des personnes de tous les âges, dans les pays en voie de développement et dans les pays industrialisés. Sa fréquence est difficile à évaluer dans la mesure où l'union libre est une situation de fait qui échappe à toutes formalités. Il ressort cependant d'une enquête menée par l'Office fédéral de la statistique sur les comportements démographiques des familles en Suisse que si 47'654 couples vivent en concubinage sans enfant en 1980, ils sont 152'448 couples en 2000⁸². Selon les mêmes statistiques, les couples vivant en union libre avec enfant(s)

⁸⁰ Par relations sexuelles hors mariage, nous entendons également la prostitution et les relations sexuelles occasionnelles.

⁸¹ Pour plus de détails sur la question du traitement des couples non mariés dans les systèmes juridiques étrangers, cf. *infra* §§ 18. et 19.

⁸² OFS, Comportements, p. 6. Cf. aussi : Office fédéral de la statistique, Structure des ménages familiaux, tablelle je-f-01.05.01.05.

sont 10'711 en 1980, pour 36'151 couples en 2000⁸³. Le nombre de couples vivant en union libre, avec ou sans enfant, atteint au total 188'599 en 2000, puis 303'900 en 2014⁸⁴. L'augmentation du nombre d'unions libres en Suisse, comme leur nombre absolu, démontre que le concubinage devient une réalité sociale non négligeable⁸⁵ !

Cette nouvelle tendance apparaît essentiellement après la révolution sexuelle de la fin des années soixante⁸⁶. La transformation progressive de la société à partir des années soixante entraîne la création d'un environnement nouveau qui bouleverse l'image du couple et du mariage et relativise la place de la famille traditionnelle^{87/88}.

La montée de l'individualisme aboutit à une transformation de la compréhension du mariage, institution autrefois conçue dans une optique où la famille est un modèle hégémonique et unique, et où les individus disposent d'une marge de liberté très réduite. D'un statut social reconnu à travers l'appartenance à un noyau familial, l'on passe à la reconnaissance de celui de l'individu en tant que tel ; les personnes se conçoivent désormais comme des individus avant de se penser comme des membres d'un groupe et la recherche du bien individuel supplante le sacrifice de soi en faveur de la famille⁸⁹. La nécessité de se marier pour fonder une famille n'a alors plus la même importance qu'auparavant⁹⁰.

Les choix personnels et l'épanouissement des individus viennent aussi occuper une place considérable, si ce n'est primordiale, dans la construction de la vie en couple⁹¹. Le mariage n'est non plus choisi parce que la société ou la

⁸³ La moyenne des concubinages est encore plus élevée dans d'autres pays d'Europe. Cf. PAPAUX VAN DELDEN, *Modèles*, p. 121, n°p 57. Comme le relève RYSER/LE GOFF, la proportion des naissances hors-mariage augmente chaque année à raison d'1% environ depuis 1995, RYSER/LE GOFF, *Union*, p. 161.

⁸⁴ Cf. Office fédéral de la statistique, *Ménages privés selon le type de ménage*. Document disponible sur : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/04/blank/key/01/04.html>.

⁸⁵ Plusieurs auteurs ont commenté cette augmentation, cf. notamment AUSBURGER-BUCHELI, *Assurances*, p. 162 ; CASANOVA, p. 29 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 270 s. et réf. notes 8 s. ; MESSMER, p. 52 ; PULVER, *Union libre*, p. 18.

⁸⁶ DAGUET, p. 13 ; KELLERHALS/WIDMER, p. 15 ; MULLER-FREIENFELS, *Cohabitation*, p. 259 ; OFS, *Comportements*, p. 29 ; SCHWENZER, *Status*, p. 157 s.

⁸⁷ HILT, *Couple*, p. 271 ; OFS, *Démos*, p. 3 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Modèles*, p. 121 relève que « le taux de familles traditionnelles au sens étroit [...] a chuté avec les années ».

⁸⁸ GILLIAND, p. 3 et 12, remarque que les mutations démographiques débutées en Europe occidentale dès 1965 ont également eu d'importants effets sur les structures des ménages et les formes de vie familiale.

⁸⁹ Comme il a été démontré par CLARKBERG/STOLZENBERG/WAITE, p. 609 ss, le mariage est une institution où les intérêts du couple priment de manière générale sur les intérêts personnels des membres du couple.

⁹⁰ Pour plus d'informations sur la famille à l'épreuve de l'individualisme, cf. CICCHELLI-PUGEALT/CICCHELLI, *Théories*, p. 106 ss. KELLERHALS/WIDMER, p. 15, constate que la montée de l'individualisme a souligné la primauté de l'individu sur le couple et le couple sur la famille.

⁹¹ CHEBLIN, p. 55.

morale l’impose, mais parce qu’il est source de satisfaction pour les deux conjoints et signe de sentiments réciproques.

48 Les femmes sont également les instigatrices de ce changement. Leur place et leur rôle au sein du couple ont profondément évolué. L’amélioration de leur niveau de formation, leur entrée sur le marché du travail, leur émancipation par le biais d’une activité professionnelle et l’autonomie financière qu’elles acquièrent ne les contraignent plus à passer forcément par le mariage pour leur assurer une protection économique⁹².

49 Certains changements sur le plan juridique ont aussi abouti à une transformation profonde de la compréhension du mariage. Les modifications de la loi, introduites en 2000 puis en 2004, permettent aux conjoints de se séparer plus facilement ; la condition de la faute dans la rupture du lien conjugal est supprimée, le divorce à l’amiable sur requête commune des conjoints est introduit (art. 111 CC) et le délai de séparation à l’expiration duquel l’un des époux peut demander le divorce contre la volonté de son conjoint est raccourci de quatre à deux ans (art. 114 CC). Le divorce devient une formalité simplifiée, si bien que l’institution du mariage n’apparaît plus comme une garantie de la solidité du couple.

50 Les statistiques montrent par ailleurs que le nombre de divorces n’a cessé d’augmenter ces dernières décennies⁹³. Alors que l’indicateur conjoncturel de divortialité en Suisse est de 15,4 pour cent en 1970, il atteint 54,4 pour cent en 2010⁹⁴. Bien qu’il diminue à 40,9 pour cent en 2014, il reste élevé et démontre une fragilisation du mariage et de l’entité familiale⁹⁵.

51 D’autres critères peuvent encore expliquer la place tenue par l’union libre dans notre société actuelle ; l’allongement de la durée des études et l’insertion toujours plus tardive et difficile sur le marché du travail augmentent l’âge moyen au mariage et au premier enfant, provoquant une forte progression du nombre de couples plus jeunes non mariés et sans enfant⁹⁶.

52 De même, la maîtrise de la fécondité par le biais de moyens contraceptifs, l’affranchissement de la morale religieuse, ainsi que la libéralisation des mœurs entraînent une dissociation entre sexualité et nuptialité pour aboutir à

⁹² CICHELLI-PUGEAULT, Couple, p. 132 ; FUX, p. 10 ; MARTY-SCHMID, p. 26 ; NAZIO, p. 80 ss. Comme le relève COMMAILLE, p. 23, les mariages d’autrefois et jusque dans la moitié du XVIII^e siècle reposaient davantage sur un lien économique qu’affectif.

⁹³ Le taux brut de divortialité en Suisse (nombre de divorces pour 1’000 habitants) passe de 1,0 en 1969 à 2,1 en 2013. Cf. taux brut de divortialité, disponible sur le site de l’OFS, rubriques : Thèmes > 01 - Population > Mouvement de la population > Indicateurs > Divorces et divortialité > Taux brut de divortialité. Cf. aussi : GUILLOD, Familles, N 12.

⁹⁴ Cf. indicateur conjoncturel de divortialité, disponible sur le site de l’OFS, rubriques : Thèmes > 01 - Population > Mouvement de la population > Indicateurs > Divorces et divortialité > Indicateur conjoncturel de divortialité.

⁹⁵ BAWIN-LEGROS, p. 117.

⁹⁶ FUX, p. 11 ; NAZIO, p. 78. Pour une vue comptable du phénomène, cf. OfS, comportements, p. 9.

une véritable acceptation sociale de la sexualité hors mariage⁹⁷. Une certaine tolérance à l'égard des couples souhaitant procréer en dehors des liens du mariage est même favorisée grâce à l'abandon de toute distinction juridique entre enfants illégitimes et enfants légitimes⁹⁸.

L'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 de l'ancien art. 298a CC⁹⁹ marque également un changement fondamental. Cette disposition légale, qui ouvre la possibilité pour des parents non mariés de demander l'attribution de l'autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs, marque une véritable scission entre parentalité et mariage. Le statut des enfants ne dépend donc plus de l'engagement formel des parents. 53

La conscience des parents de leur liberté est d'ailleurs reflétée dans les statistiques sur les naissances hors mariage. Celles-ci augmentent au fur et à mesure des années. En effet, leur nombre en Suisse atteignait 17,9 pour cent en 2009, puis 21,7 pour cent en 2014¹⁰⁰ ; la proportion des naissances hors mariage a quintuplé depuis 1970¹⁰¹. 54

Plusieurs autres raisons peuvent pousser deux personnes à vivre ensemble sans se marier¹⁰². Dans certains cas, l'union libre représente un préalable au mariage¹⁰³. La cohabitation est alors perçue par les partenaires comme une période de test, un moyen de mieux se connaître¹⁰⁴. Ce type de concubinage se double d'un projet de mariage. 55

Pour d'autres couples, l'union libre est un choix de vie ; elle représente un mode de vie durable, une alternative au mariage¹⁰⁵. Ce dernier choix peut être motivé par de multiples raisons qui ne sont certainement pas tant différentes en Suisse que dans les autres pays d'Europe et d'ailleurs. Elles tiennent au refus de la morale générale et sont d'ordre psychologique, juridique et économique. 56

- Le refus de la morale générale. La morale peut être définie comme un ensemble de règles de conduite et de valeurs qui permettent à une société 57

⁹⁷ FUX, p. 11 ; MORMONT, p. XXIII ; OFS, Unions, p. 6.

⁹⁸ En Suisse, le préjudice subi par les enfants illégitimes est écarté grâce au nouveau droit de la filiation introduit en 1978. Dans le même sens, cf. MARTY-SCHMID, p. 26. Pour plus d'informations sur le statut de l'enfant en Europe en cas de concubinage des parents, cf. MEULDERS-KLEIN, Children.

⁹⁹ RO 1999 1118, 1142.

¹⁰⁰ Cf. indicateur représentant la part des naissances vivantes survenues hors mariage, disponible sur le site de l'OFS, rubriques : Thèmes > 01 - Population > Mouvement de la population > Indicateurs > Naissances et fécondité > Proportion de naissances vivantes hors mariage.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Sur les raisons qui poussent les gens à se marier ou à rester en union libre, cf. en particulier l'étude de CLARKBERG/STOLZENBERG/WAITE.

¹⁰³ Ce que ROUSSEL, p. 47, prénomme « *cohabitation de prudence* » ou « *cohabitation de fiançailles* ». cf. aussi PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 122 s. ; CAMARERO SUAREZ, p. 27.

¹⁰⁴ GROSSEN/GUILLOD, p. 272 ; MARTY-SCHMID, p. 23 ; NAZIO, p. 38 ; RIPPMMANN, p. 13.

¹⁰⁵ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 61.

d’évoluer en fonction d’une norme. La morale est en règle générale partagée par la majorité des personnes au sein d’une communauté culturelle, religieuse, civile ou philosophique, et vise à déterminer le but de l’homme et de son action dans le monde, dans le cadre de la société et de la recherche du bonheur individuel. Ces règles de vie sont édictées par les citoyens de toute société et réunies sous forme de lois enjoignant à respecter cette norme qui en découle.

58 La volonté de ne pas se marier peut être liée au rejet de la norme sociétale, que tout un chacun partage, alors que ces couples ne souhaitent que pouvoir se distinguer du reste des gens et d’une morale parfois trop encombrante¹⁰⁶. Ce besoin d’individualisation peut passer par le rejet des règles légales telles que contenues dans le Livre deuxième du Code civil¹⁰⁷. Et plus particulièrement, par le souci de pouvoir se séparer en tout temps et sans avoir à soumettre la question de la désunion aux autorités judiciaires ou à tout autre organisme étatique. Pour certaines personnes, les relations amoureuses relèvent de la sphère privée de chacun et doivent échapper à l’ingérence de l’État¹⁰⁸. La mise en couple sans se marier est alors un parfait moyen d’éviter de mélanger relation amoureuse avec obligations juridiques et sociétales.

59 - **Les raisons d’ordre psychologique.** Celles-ci se retrouvent chez les couples qui refusent le mariage non pas pour les obligations juridiques qu’il impose, mais parce que ces couples n’en voient pas le sens ou parce qu’ils en sont effrayés¹⁰⁹. Pour ces mêmes couples, le respect de certaines valeurs, telles que notamment la fidélité, le respect mutuel, l’entraide, l’assistance, le désir partagé d’enfant, etc. ne nécessitent pas la conclusion d’un mariage ; la simple union, même informelle, leur suffit pour se sentir liés par le respect de ces valeurs.

60 Le refus de se marier peut aussi être la conséquence des expériences personnelles ; un premier mariage ayant abouti à un divorce douloureux¹¹⁰, une enfance passée au sein d’un ménage monoparental avec l’incapacité pour la personne de s’épanouir au travers d’un modèle qu’elle n’a pas connu et de s’identifier aux valeurs morales qui découlent du mariage, le traumatisme subi par le divorce de ses propres parents. Toutes les épreuves de la vie, qu’elles soient en lien direct ou pas avec une union dite légale, s’inscrivent dans le vécu d’une personne et impactent sur ses agissements, ses prises de décisions et ses actions.

61 Pour d’autres couples encore, le mariage est parfois considéré comme une simple formalité qui tendrait essentiellement à instaurer une répartition des

¹⁰⁶ MARTY-SCHMID, p. 23 et réf. cit. ; MEULDERS-KLEIN, Evolution, p. 220 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 123 ; PULVER, Union libre, p. 16.

¹⁰⁷ PULVER, Union libre, p. 16.

¹⁰⁸ MARTY-SCHMID, p. 23 et réf. cit. ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 123 et réf. cit. ; ROUSSEL, p. 46.

¹⁰⁹ PULVER, Union libre, p. 16.

¹¹⁰ ARN, p. 17 ; CAMARERO SUAREZ, p. 27.

rôles entre la femme au foyer et l'homme pourvoyeur de revenus¹¹¹. Cette répartition des responsabilités soulève bien des débats au sein des milieux féministes depuis le début des années septante. Marquée autrefois par la prédominance de l'homme et l'inégalité des rapports entre femme et homme, le mariage s'est parfois vu refusé en particulier par les femmes au bénéfice d'une formation supérieure¹¹². Ce sont encore souvent elles qui sont à l'origine du concubinage, lequel est vu à leurs yeux comme un mode de vie où prévalent l'individualité et la liberté¹¹³.

- **Les raisons de nature juridique.** L'absence de mariage peut également être due à une simple impossibilité juridique de se marier, que ce soit en raison de l'existence d'un mariage non encore dissous de l'un ou des deux partenaires (art. 96 CC) ou de celle d'un lien de parenté (art. 95 CC)⁶².

- **Les raisons économiques.** Certains couples choisissent délibérément de ne pas se marier pour ne pas perdre les avantages liés au statut de célibataire¹¹⁵. En effet, le remariage peut être, dans certains cas, synonyme d'inconvénients financiers puisqu'il fait perdre au conjoint le droit à certaines prestations, comme le droit à la rente de survivant (art. 23 al. 4 LAVS ; art. 29 al. 6 *in fine* LAA ; art. 22 al. 2 LPP ; cf. *infra* N 269) ou le droit à une contribution d'entretien de l'ex-conjoint (art. 130 al. 2 CC)⁶³.

Certaines unions restent également libres pour des raisons fiscales ; les couples de concubins à deux revenus doivent s'acquitter d'un impôt sur le revenu moins important que les couples mariés dans la même situation financière (cf. *infra* § 9.1.). Pour certains concubins, l'union libre présente encore d'autres avantages économiques, en particulier l'absence d'obligation légale d'entretien après la séparation (cf. *infra* § 14.4., N 510 ss) et l'absence de droit à la réserve héréditaire du concubin survivant (cf. *infra* § 14.7.2., N 623)⁶⁴.

En conclusion, nous constatons que les causes motivant le choix de l'union libre sont très variées. Elles font apparaître le mariage comme n'étant plus l'unique élément fondateur du couple, ni même le modèle familial par excellence, même s'il demeure populaire¹¹⁶. En près de quarante ans, l'union libre est passée de pratique marginale à un mode de vie en couple officiel qui

¹¹¹ Terme utilisé par BACHMANN, *Contestation*, p. 60 ss. Cet auteur énonce partiellement les raisons qui sous-tendent le rejet, par les femmes, du modèle de l'homme pourvoyeur de revenus.

¹¹² Comme le relèvent RYSER/LE GOFF, *Union*, p. 158 : « Les cohabitations se caractériseraient [ainsi] par l'union de partenaires plus soucieux d'égalité et d'individualisme que dans le cas de l'union conjugale classique où, dans cette dernière, des rôles bien définis et asymétriques entre les partenaires se déclinent en rôle de *male breadwinner* pour les hommes, et en rôle de mère nourricière pour les femmes ».

¹¹³ FUX, p. 46 ; MEULDERS-KLEIN, *Mariage*, p. 275 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Modèles*, p. 124.

¹¹⁴ Les concubins auxquels la loi interdit le mariage sont peu nombreux, cf. NOIR-MASNATA, p. 13 ; PULVER, *Union libre*, p. 17 ; SCHWENZER, *Status*, p. 155.

¹¹⁵ MARTY-SCHMID, p. 24 ; PULVER, *Union libre*, p. 17.

¹¹⁶ Une enquête réalisée par RYSER/LE GOFF, *Mariage*, montre que les Suisses restent tout de même attachés au mariage.

ne cesse de se répandre. La dimension institutionnelle du mariage s'estompe tandis qu'une forme plus moderne d'union s'établit¹¹⁷. Le couple non marié est désormais un modèle social légitime au même titre que le couple marié. Ne faudrait-il donc pas qu'un ensemble de nouvelles lois commencent à se développer en Suisse pour répondre aux changements des comportements ? Le législateur ne doit-il pas développer des normes parallèlement aux mœurs adoptées par la population pour éviter le décalage avec son quotidien ? À notre sens, une relative urgence à faire coïncider le droit avec la réalité se ressent à l'heure actuelle.

4. La reconnaissance de l'union libre par le droit : appréciation générale

4.1. Généralités

⁶⁶ Après avoir manifesté son hostilité à l'égard du concubinage, le législateur a adopté une attitude de tolérance vis-à-vis de cette forme d'union, sans toutefois l'introduire dans la loi en tant que catégorie juridique autonome¹¹⁸. À la lecture du Code civil, nous découvrons en effet que les couples hétérosexuels ou homosexuels vivant ensemble sans être unis par le mariage ou liés par un partenariat enregistré, ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique.

⁶⁷ L'idée de conférer un statut légal aux concubins a pourtant été émise à répétitions, mais toujours rejetée jusqu'au niveau fédéral. Les arguments invoqués à l'appui de ce rejet sont nombreux. À titre d'exemple, bien que reconnaissant l'augmentation incessante du nombre de couples vivant en union libre, le Conseil fédéral déclare, dans le cadre de la révision du droit du mariage en 1979, que « l'ordre juridique ne doit [...] pas, par une réglementation désuète du mariage et des suites du divorce et par l'effet d'autres lois défavorables à l'union conjugale, encourager lui-même le concubinage »¹¹⁹.

⁶⁸ Lors de la procédure de consultation concernant le projet de révision du droit du divorce en 1997, le Conseil fédéral rejette à nouveau la proposition faite en vue de réglementer l'union libre dans la loi, ainsi que toute autre forme de communauté de vie assimilable au mariage, arguant qu'une réglementation générale n'est pas nécessaire pour trois raisons¹²⁰. Premièrement parce que les concubins ont la faculté d'aménager certains

¹¹⁷ PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 127.

¹¹⁸ Comme indiqué *supra* § 3.1., N 41, le ménage commun d'un homme et d'une femme non mariés est réprimé en Suisse jusqu'en 1995.

¹¹⁹ Message 1979, p. 1192.

¹²⁰ BO CN 1997, p. 2696 ss et 2702 ss.

aspects de leur relation par des conventions de droit privé. Deuxièmement, parce qu'à défaut de convention, l'application des règles relatives à la société simple permet de régler les problèmes soulevés par cette forme de vie à deux. Troisièmement, parce qu'une réglementation générale conduirait « à un mariage de seconde zone »¹²¹. Faute de pouvoir introduire une réglementation générale sur l'union libre, cette révision a néanmoins offert la possibilité aux parents non mariés de demander l'autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs¹²².

En 2003, dans le cadre du projet de loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, le Conseil fédéral reconnaît que « des adaptations juridiques ponctuelles pour les concubins » ne doivent pas être exclues, mais refuse toujours de proposer aux partenaires hétérosexuels vivant maritalement une institution spéciale¹²³. Les raisons de ce refus sont que « cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage » et que les concubins hétérosexuels ont déjà la possibilité de se marier¹²⁴.⁶⁹

Déposée le 8 juin 2005 par le conseiller national Reto Vehrli, la motion intitulée « conférer un statut légal au concubinage en droit fédéral »¹²⁵ est également rejetée par le Conseil fédéral, au motif qu'il n'y a pas de véritable besoin d'une nouvelle institution juridique qui serait un mariage « de moindre valeur » et qu'il appartient aux concubins de recourir à la conclusion de contrat pour régir leur relation¹²⁶.⁷⁰

S'il est vrai que le législateur a refusé de régler globalement l'union libre dans la loi, il a en revanche pris en compte cette réalité dans des domaines variés du droit, au fur et à mesure des politiques du moment et de l'évolution des mœurs. Des législations spéciales fragmentaires sont ainsi apparues tout au long du XX^e siècle. La jurisprudence a elle aussi eu à analyser et à trancher de nombreux cas concrets. Aujourd'hui, non seulement la loi mais aussi la jurisprudence confèrent donc à ce mode de vie en couple certains effets juridiques, positifs ou négatifs.⁷¹

Dans les développements qui suivent, il s'agit de dresser un bref panorama des dispositions légales existantes qui prennent en considération la situation des personnes non mariées et non enregistrées dans des domaines variés (§ 4.2.). Puis nous examinerons la manière dont les tribunaux traitent les⁷²

¹²¹ Message Divorce, p. 15-16.

¹²² Art. 298a aCC, introduit par le ch. I 4 de la loi fédérale du 26 juin 1998, modifiant le CC, RO 1999 1118, p. 1142, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

¹²³ Message LPart, p. 1213.

¹²⁴ Message LPart, p. 1213.

¹²⁵ Motion n° 05.3264. Cette motion vise la création d'une nouvelle institution juridique sous forme d'une communauté de vie enregistrée ouverte aux couples hétérosexuels « qui ne peuvent s'identifier aux valeurs morales et éthiques découlant du mariage ».

¹²⁶ Avis du Conseil fédéral du 7 septembre 2005.

rapports de concubinage (§ 4.3.) avant de terminer ce chapitre par une courte présentation des diverses solutions proposées par la jurisprudence pour résoudre les différends soumis par les concubins aux autorités judiciaires (§ 4.4.). Il importe de préciser que ce chapitre n'aborde pas des points précis du droit de la famille puisque ceux-ci seront traités dans les parties II et III de cette étude.

4.2. La prise en compte de l'union libre dans la loi

73 - **Les incompatibilités, la récusation et le refus de témoigner.** En Suisse, le droit procédural, qui était essentiellement de la compétence cantonale jusqu'à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du Code de procédure civile suisse (CPC) et du Code de procédure pénale suisse (CPP), tient compte des unions libres¹²⁷. La formulation contenue dans le CPP et dans le CPC par exemple englobe la notion de « vie de couple de fait ». Hormis le CPC et le CPP, d'autres lois, dont par exemple la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), tiennent compte de l'union libre en des termes identiques et reconnaissent que le fait de vivre en concubinage puisse être incompatible avec certaines fonctions ou justifier que l'un des partenaires se récuse ou refuse de témoigner contre son compagnon¹²⁸.

74 Précisons que la notion de « vie de couple de fait » ne fait l'objet d'aucune définition claire. Une ébauche de définition se trouve dans le Message du Conseil fédéral relatif au partenariat enregistré. L'union libre y est définie surtout par opposition au mariage et au partenariat enregistré ; « par ces termes [vie de couple de fait], il faut entendre une relation de type matrimonial entre deux personnes du même sexe ou de sexes différents qui n'ont pas conclu de mariage ni de partenariat enregistré »¹²⁹.

75 - **La représentation dans le domaine médical.** Depuis le 1^{er} janvier 2013, date de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, la communauté de fait n'est plus non plus ignorée dans un domaine aussi important que celui de la santé. En effet, la personne qui fait ménage commun

¹²⁷ Avant que le droit procédural ne devienne de la compétence de la Confédération, certaines lois cantonales de procédure avaient déjà introduit, par exemple, une dispense de témoigner pour les concubins s'ils vivaient dans une situation identique au mariage. Cf. par exemple : art. 113 ch. 1 CPP-BE ; § 163 lit. c CPC-LU et § 47 al. 2 CPP-LU ; § 112 al. 1 lit. e CPP-SH ; § 63 al. 1 lit. b CPP-SO ; art. 148 lit. c CPC-UR ; § 132 al. 1^{er} ch. 1 CPC-SZ ; § 210 al. 2 ch. 1 CPC-TG ; art. 125 lit. a CPP-TI. Pour plus de détails, cf. OFJ, Couples homosexuels, p. 51, en particulier nbp 228.

¹²⁸ *Pour le CPC*, cf. les articles 47 al. 1 lit. c (récusation) et 165 al. 1 lit. a (refus de témoigner). *Pour le CPP*, cf. les articles 56 lit. c (récusation) et 168 al. 1 lit. a (refus de témoigner). *Pour les autres lois*, cf. notamment art. 61 al. 1 lit. a (incompatibilité) LOGA ; art. 10 al. 1 lit. b (récusation) PA ; art. 8 al. 2 (incompatibilité) et art. 34 al. 1 lit. c (récusation) LTF ; art. 42 al. 1 lit. a ch. 1 (refus de témoigner) PCF ; art. 10 al. 1 ch. 2 (récusation) LP ; art. 29 al. 1 lit. b (récusation) DPA ; art. 109 al. 1 lit. b (récusation) LIFD ; art. 33 lit. b (récusation) et art. 75 lit. a (refus de témoigner) PPM.

¹²⁹ Message LPart, p. 1252, N 2.5.4. Notons que l'introduction de la loi fédérale sur le partenariat enregistré du 1^{er} janvier 2007 a entraîné des modifications légales dans divers domaines et permis l'adaptation de certaines lois à la réalité sociale.

avec une personne incapable de discernement et qui lui fournit une assistance personnelle régulière est habilitée à représenter cette personne et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage d'administrer à celle-ci (art. 378 al. 1 ch. 4 CC)¹³⁰. L'art. 378 al. 1 ch. 4 CC ne vise pas exclusivement le concubin, mais toute personne qui vit en ménage commun avec la personne incapable de discernement et qui lui fournit une assistance personnelle régulière¹³¹.

En vertu de l'art. 377 al. 1 CC, le médecin de l'incapable est tenu d'établir le traitement médical avec la personne habilitée à représenter l'incapable. Cette personne doit être informée « sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements » (art. 377 al. 2 CC). 76

Le concubin a « le pouvoir de représenter l'incapable tant en matière médicale que pour les aspects socio-hôtelières de la prise en charge institutionnelle »¹³². En effet, lorsque le partenaire dépourvu de discernement se trouve dans un établissement médico-social, le concubin est en droit de conclure, de modifier ou de résilier le contrat d'assistance (art. 382 al. 3 CC qui renvoie à l'art. 378 CC). En tant que représentant, il doit aussi être avisé d'office de la mesure de contrainte appliquée à son partenaire et peut prendre connaissance du protocole en tout temps, lequel contient toutes les informations utiles quant aux mesures décidées (art. 384 al. 2 et al. 1 CC). 77

- La procréation médicalement assistée. La procréation médicalement assistée (PMA) comprend l'ensemble des « méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle d'un homme et d'une femme » (art. 2 lit. a LPMA). L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* (FIV) sont les principales pratiques réglées par la loi suisse sur la procréation médicalement assistée (cf. art. 2 lit. a LPMA)¹³³. Peuvent avoir recours à la procréation médicalement assistée les couples « à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 CC) et qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité » (art. 3 al. 2 lit. a et b LPMA). Aucune autre exigence n'existe pour ces couples ; ils peuvent être mariés ou non. Seul le recours à un 78

¹³⁰ Ces deux conditions sont cumulatives pour le concubin, tandis qu'elles ne sont qu'alternatives pour le conjoint ou le partenaire enregistré, cf. CommFam-GUILLOD/HERTIG PEA, art. 378 CC N 18 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 1001. Pour une critique de cette différence, cf. BSK Erw.Schutz-EICHENBERGER/KOHLER, art. 378 CC N 9. Pour les conditions générales de la représentation légale dans le domaine médical, STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 989 ss.

¹³¹ Message Protection, p. 6670.

¹³² CommFam-LEUBA/VAERINI, art. 382 CC N 17.

¹³³ L'insémination consiste à introduire, à l'aide d'instruments, des spermatozoïdes dans les voies génitales de la femme (art. 2 lit. b LPMA), tandis que la fécondation *in vitro* est « la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde en dehors du corps de la femme » (art. 2 lit. c LPMA).

don de sperme (art. 18 ss LPMA) est réservé aux couples mariés en vertu de l’art. 3 al. 3 LPMA¹³⁴.

79 - **La notion de « proche ».** Parmi les dispositions légales de droit fédéral prenant en considération la situation des concubins, nous pouvons encore mentionner celles qui font référence à la notion de « proche ». Actuellement, peu de lois définissent explicitement cette notion¹³⁵. Parmi celles qui le font, il convient de mentionner en particulier le Code de procédure pénale suisse (CPP), la loi fédérale sur l’aide aux victimes d’infractions (LAVI) et l’ordonnance relative à la loi fédérale sur la transplantation d’organes (OTO).

80 Le CPP et la LAVI entendent par « proches », le conjoint, les enfants, les père et mère et les autres personnes unies à la victime par des liens analogues (art. 116 al. 2 CPP et art. 1 al. 2 LAVI). Le concubin tombe dans cette dernière catégorie¹³⁶. Dans la LAVI, les proches ont les mêmes droits que la victime. Cette extension est explicitée dans les recommandations de la Conférence suisse des officiers de liaison LAVI (CSOL-LAVI) pour l’application de la LAVI du 21 janvier 2010, selon lesquelles « les personnes assimilées à la victime sont : la conjointe, le conjoint, la partenaire ou le partenaire enregistré(e), la concubine, le concubin ». Quant à l’OTO, le cercle des « proches » comprend, selon l’art. 3 lit. a, « le conjoint, le partenaire enregistré ou la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée »¹³⁷.

81 La notion de « proche » utilisée dans le Code pénal suisse exclut, à notre regret, les concubins (art. 110 al. 1 CP)¹³⁸. Ces derniers peuvent en revanche être compris dans la notion de « familial », laquelle recouvre les personnes qui font ménage commun avec la personne victime d’une infraction (cf. art. 110 al. 2 CP)¹³⁹. La vie commune doit présenter une certaine durée. Sont typiquement des familiaux, les concubins qui vivent dans une communauté de vie stable à la façon d’un couple marié¹⁴⁰.

82 La distinction entre la notion de « proche » et celle de « familial » importe dans le contexte général de la plainte pénale. La notion de « familial » est en effet utilisée lorsqu’il s’agit de définir des délits sur plainte relatifs

¹³⁴ Les méthodes de PMA peuvent être : 1) homologues – les gamètes proviennent du couple demandeur ; 2) hétérologues – il est fait appel à un donneur de sperme. La seconde méthode est réservée aux couples mariés.

¹³⁵ Sur la notion de proche dans le Code civil, cf. DE LUZE.

¹³⁶ CHRISTINAT, p. 11 ; GARBARSKI, p. 134.

¹³⁷ Cf. art. 8 al. 3 de la loi sur la transplantation qui indique qu’il appartient aux proches du défunt de consentir à ce que des prélèvements d’organes, de tissus ou de cellules puissent être effectués sur le défunt à défaut de toute déclaration du défunt dans ce sens.

¹³⁸ CR CP I-JEANNERET, art. 110 al. 1 CP N 2. Selon l’art. 110 al. 1 CP, « les proches d’une personne sont son conjoint, son partenaire enregistré, ses parents en ligne directe, ses frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ainsi que ses parents, frères et sœurs et enfants adoptifs ».

¹³⁹ ATF 140 IV 97 ; CHRISTINAT, p. 10 ; DE LUZE, N 6 ; CR CP I-JEANNERET, art. 110 al. 2 CP N 2.

¹⁴⁰ BSK StGB I-ECKERT, art. 110 al. 2 CP N 2.

uniquement, soit les infractions poursuivies sur plainte exclusivement lorsque le lésé et l'auteur sont des familiers¹⁴¹. Si le concubin peut être poursuivi exclusivement sur plainte pour certaines infractions (cf. art. 137 al. 2, 138 al. 1, 139 al. 4, 143 al. 2, 146 al. 3, 147 al. 3, 158 al. 3 et 254 al. 2 CP¹⁴²), il convient de relever qu'il peut aussi l'être d'office pour d'autres catégories d'infractions, sous réserve de certaines conditions (cf. art. 123 al. 2 CP, 126 al. 2 lit. c CP et 180 al. 2 lit. b CP).

D'après certains auteurs, la notion de « proche » recouvre l'ensemble des personnes se trouvant en étroite relation de fait avec quelqu'un, sans qu'il existe nécessairement un lien de parenté entre ces personnes¹⁴³. Le concubin pourrait donc aisément être compris dans la notion de « proche » et aurait la faculté de se prévaloir des dispositions légales suivantes : les articles 28 et ss CC qui protègent la personnalité contre les atteintes de tiers¹⁴⁴ ; l'art. 107 ch. 4 CC qui traite des causes justifiant une demande d'annulation du mariage ; l'art. 125 al. 3 ch. 3 CC qui prévoit la possibilité de refuser l'allocation d'une contribution après divorce lorsque le créancier a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou l'un de ses proches¹⁴⁵ ; l'art. 260a al. 2 CC qui permet à l'auteur d'une reconnaissance de la contester par la voie judiciaire s'il l'a faite en croyant qu'un danger grave ou imminent menaçait l'un de ses proches ; les articles 373 al. 1, 376 al. 2, 381 al. 3, 385 al. 1, 389 al. 1 ch. 1, 390, 399 al. 2, 419 et 426 al. 2 et 4 CC régissant l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte dans différentes situations ; les articles 439 et 450 al. 2 ch. 2 CC traitant de l'appel et du recours devant le juge contre les décisions prises par l'autorité de protection de l'adulte¹⁴⁶ ; l'art. 430 al. 5 CC concernant la communication de la décision du médecin de placer une personne dans une institution et enfin l'art. 477 ch. 1 CC relatif aux causes pouvant mener à une exhérédation¹⁴⁷.

- Les droits constitutionnels. La Constitution fédérale protège elle aussi les unions hors mariage et hors partenariat enregistré. En effet, l'ordre constitutionnel interdit toute discrimination en raison du « mode de vie »⁸⁴

¹⁴¹ CR CP I-JEANNERET, art. 110 al. 2 CP N 1.

¹⁴² En outre, les proches ont qualité pour déposer plainte selon ces articles, mais, à la différence du concubin, également dans le cadre des articles 30 al. 4 CP (plainte du lésé) et 175 CP (diffamation et calomnie contre un mort ou un absent).

¹⁴³ Cf. notamment BUCHER, Personnes, N 241 et GUILLOD, Familles, N 76.

¹⁴⁴ Les proches ne peuvent en principe agir sur la base des articles 28 et ss CC que s'ils invoquent leurs propres intérêts personnels. Sur la question, cf. BUCHER, personnes, N 546.

¹⁴⁵ Le proche ne doit pas nécessairement avoir un lien de parenté ou d'alliance avec le débiteur, cf. BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, art. 125 CC N 40 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 125 CC N 161.

¹⁴⁶ CHRISTINAT, p. 4.

¹⁴⁷ Comme à l'art. 125 al. 3 ch. 3 CC, le proche ne doit pas nécessairement avoir un lien de parenté ou d'alliance avec le défunt, BSK ZGB II-BESSENICH, art. 477 CC N 10 ; PraxKomm, FANKHAUSER, art. 477 CC N 14. Pour plus de détails s'agissant des droits que confère la qualité de proche au concubin, cf. PIQUEREZ, Traité, N 516 ss. En droit de la protection de l'adulte, on notera que le terme de « proche » apparaît aussi aux articles 368 al. 1, 401 al. 2, 423 al. 2, 439 al. 1 CC.

(art. 8 al. 2), garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale (art. 13) et consacre le droit au mariage et à la famille, ce qui comprend la liberté de ne pas se marier (art. 14).

⁸⁵ Certaines constitutions cantonales vont encore plus loin que la Constitution fédérale en accordant le droit au libre choix d’une autre forme de vie en commun que le mariage. La Constitution bernoise est la première constitution à protéger le droit au mariage et à la vie familiale à son art. 13 al. 1 Cst-BE, ainsi qu’à garantir à son alinéa 2 « *die freie Wahl einer anderen Form des Gemeinschaftlichen Zusammenlebens* »¹⁴⁸. L’art. 10 al. 2 de la Constitution d’Appenzell Rhodes-Extérieures¹⁴⁹, l’art. 14 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud¹⁵⁰, l’art. 14 al. 1 de la Constitution de Fribourg¹⁵¹ et enfin l’art. 12 al. 2 de la Constitution de Neuchâtel¹⁵² sont formulés en des termes analogues à l’art. 13 al. 1 Cst-BE.

⁸⁶ En résumé, l’union hors mariage et hors partenariat enregistré n’est pas complètement ignorée du droit. Compte tenu du nombre limité de dispositions légales faisant référence directement à cette forme de communauté de vie, nous observons que l’union libre est cependant accueillie par le droit avec une certaine réticence. Un statut juridique comparable à celui du mariage et du partenariat enregistré lui est refusé.

4.3. La prise en compte de l’union libre dans la jurisprudence

⁸⁷ Les tribunaux se sont eux aussi préoccupés des rapports de concubinage dans d’autres domaines que celui du droit de la famille. L’attitude des juges consiste à se référer au mariage pour traiter l’union libre et en déduire des effets juridiques. Notre Haute Cour a jugé qu’il se justifie de prendre en compte la participation de chacun des partenaires aux charges du ménage pour décider s’il y a lieu d’octroyer ou de refuser au concubin certains droits ou certaines prestations ou pour fixer le montant des prestations, admettant que le ménage commun implique, pour chacun des concubins, une réduction des frais du ménage semblable à celle dont bénéficie un couple marié.

⁸⁸ Cette logique a été retenue notamment **en matière de divorce** pour déterminer le montant de la contribution d’entretien de l’époux créancier, alors qu’il vit en concubinage. Les juges ont considéré que la communauté domestique formée par l’époux créancier avec un tiers est susceptible de justifier une suspension, voire même une suppression de la pension

¹⁴⁸ Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, RS 131.212.

¹⁴⁹ Constitution du canton d’Appenzell Rhodes-Extérieurs du 30 avril 1995, RS 131.224.1.

¹⁵⁰ Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231.

¹⁵¹ Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219.

¹⁵² Constitution du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, RS 131.233.

alimentaire dans la mesure où le concubin de l'époux créancier provoque une diminution des besoins de ce dernier en participant aux dépenses courantes du ménage¹⁵³. Cette problématique fera l'objet de développements dans la seconde partie de cette étude (cf. *infra* § 8.2., N 166 ss).

L'assimilation des concubins aux personnes mariées se retrouve aussi **en droit des poursuites**. Le Tribunal fédéral a jugé que le minimum vital d'un débiteur vivant en concubinage doit être calculé comme l'est celui d'un débiteur vivant en communauté conjugale, mais à deux conditions : le couple doit avoir des enfants communs et le concubin du débiteur de l'entretien doit aussi disposer de revenus¹⁵⁴. Dans cette situation, l'autorité compétente tient compte, dans le minimum vital du débiteur, de la base mensuelle d'entretien prévue pour un couple marié, soit actuellement CHF 1'700.-¹⁵⁵. Ainsi, toutes les charges de la communauté familiale et la charge effective que représente le concubin du débiteur sont pris en compte dans le calcul du minimum vital.

Lorsque le débiteur n'a pas d'enfant commun, mais que son concubin dispose également de revenus, la jurisprudence tient compte, dans le calcul du montant de base, d'une réduction de moitié des frais du débiteur au motif que le concubinage implique un partage des dépenses relatives à la vie commune analogue à la situation d'époux vivant en communauté conjugale¹⁵⁶. Les charges personnelles ainsi que les revenus du concubin sont ignorés¹⁵⁷. Le montant de base du débiteur équivaut au minimum à la moitié du montant

¹⁵³ ATF 124 III 52 cons. 2a ; 118 II 235 cons. 3, JdT 1994 1 331 ; 107 II 297, JdT 1983 I 93 et SJ 1982 523 ; 106 II 1, JdT 1980 I 542.

¹⁵⁴ ATF 130 III 765 cons. 2, JdT 2006 II 133, publié in : FamPra.ch 2005, p. 197 ; 116 III 75 cons. 2a ; 114 III 13 cons. 3. Le minimum vital du droit des poursuites est déterminé conformément aux directives publiées chaque année par les cantons sur la base des Lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP, émises par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (ci-après : « Lignes directrices »). « Au sens large, le minimum vital est constitué de tout ce qui est indispensable au débiteur et à sa famille pour vivre », OCHSNER, p. 120. Il se compose d'un montant mensuel de base augmenté de certaines dépenses incompressibles, notamment du loyer effectif du débiteur et du coût des cotisations sociales, CR LP-OCHSNER, art. 93 LP N 71 ss ; MARCHAND, p. 79. Cf. également art. 93 LP. La notion de minimum vital se rencontre également dans d'autres domaines du droit, en particulier dans les législations cantonales sur l'aide sociale, dans les normes d'assistance aux requérants d'asile, dans la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS) et dans le droit de la famille lorsqu'il s'agit de fixer la contribution d'entretien. Pour la jurisprudence sur le sujet, cf. ATF 130 III 765 cons. 2.2., JdT 2006 II 134, publié in : FamPra.ch 2005, p. 197 qui cite l'ATF 106 III 11 cons. 3c et d, JdT 1981 II 145.

¹⁵⁵ Le montant mensuel de base est constitué des frais indispensables du débiteur, c'est-à-dire les dépenses engagées notamment pour la nourriture, les vêtements et le linge, les soins corporels et de santé, l'électricité, le gaz, l'entretien du logement, et doit par conséquent être exclu de la saisie, OCHSNER, p. 126. Pour le montant de CHF 1'700.-, cf. Lignes directrices.

¹⁵⁶ ATF 130 III 765 cons. 2.4., JdT 2006 II 133, publié in : FamPra.ch 2005, p. 197 ; 128 III 159 cons. 3b, JdT 2002 II 58 et réf. cit. ; 109 III 101, JdT 1986 II 56, SJ 1984 p. 367.

¹⁵⁷ OCHSNER, p. 154 s.

de base d’un couple marié, soit à CHF 850.- (CHF 1’700.- : 2) et non au montant de base pour un débiteur vivant seul, à savoir CHF 1’200.-¹⁵⁸.

91 Lorsque le couple n’a pas d’enfant et que le concubin non poursuivi n’a pas de revenu, le minimum vital du concubin poursuivi se compose du montant de base pour une personne seule et de ses frais personnels uniquement¹⁵⁹. Le concubin non poursuivi n’est alors absolument pas pris en compte, même si le concubinage est stable et durable.

92 Le même raisonnement qu’en droit des poursuites est appliqué en matière **d’aide sociale, d’assistance judiciaire, d’avances sur pension et de subsides pour l’assurance-maladie**¹⁶⁰. Le Tribunal fédéral a effectivement avalisé la prise en considération des revenus que le concubin non demandeur consacre au ménage pour décider s’il convient d’octroyer ou de refuser au demandeur l’aide sociale, l’assistance judiciaire, les avances sur pension ou les subsides pour l’assurance-maladie.

93 En résumé, on observe que le Tribunal fédéral a étendu l’application des articles 159 ss CC en assimilant, dans certains cas et sous certaines conditions, des concubins à des personnes mariées. La jurisprudence à l’égard de l’union libre dans ces domaines n’est pas dépourvue de contradictions ; elle proclame la liberté des concubins et leur absence d’engagement et leur impose en même temps certaines obligations et déduit certaines contraintes de leur statut. Les concubins sont tantôt considérés comme des tiers, tantôt comme des personnes mariées, tenues de contribuer aux charges du ménage. Or, s’il est vrai que les couples non mariés avec revenus se partagent parfois les frais du ménage, le fait de partir du postulat qu’il en est toujours ainsi revient à présumer un

¹⁵⁸ TF 5D_121/2009 du 30 novembre 2009, cons. 7.1, avec un renvoi à l’ATF 130 III 765 cons. 2.2 et 2.4, publié in : FamPra.ch 2005, p. 197; KSZ-EMMEL, art. 117 CPC N 10. Pour les montants dont il est question, cf. notamment Lignes directrices, ainsi que les normes genevoises d’insaisissabilité pour l’année 2015 (NI-2015) du 5 décembre 2014, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (RS-GE E 3 60.04).

¹⁵⁹ OCHSNER, p. 152-153 critique cette solution, considérant qu’en cas de concubinage stable et durable, la charge que représente le concubin du poursuivi devrait être pris en compte.

¹⁶⁰ *En matière d’aide sociale* : ATF 136 I 129, JdT 2010 322 ; 134 I 313 cons. 5.5 ; TF 8C_433/2009 du 12 février 2010 ; 2P.230/2005 du 10 juillet 2006, cons. 3.3. ; 2P.242/2003 du 12 janvier 2004, cons. 2, publié in : FamPra.ch 2004, p. 434. Cf. également GÄCHTER/SCHWENEDENER. Le demandeur doit en outre vivre dans une relation de concubinage stable, stabilité qui est reconnue par certaines juridictions cantonales dès lors que le couple fait ménage commun avec un enfant commun ou, en l’absence d’enfant, si l’union dure depuis deux ans au minimum (ATF 136 I 129 cons. 6, JdT 2010 I 322). *En matière d’assistance judiciaire* : TF 4P.261/2003 du 22 janvier 2004, cons. 2.2.1. *En matière d’avances sur pension* : pour la prise en compte des revenus du concubin du parent gardien dans le cas d’un concubinage stable, cf. ATF 129 I 1 cons. 3.1., JdT 2003 208 ; TF 1P.184/2003 du 19 août 2003, publié in : FamPra.ch 2003, p. 872. Prise en compte de l’aide d’un concubin au paiement des charges, même si le concubinage n’est pas qualifié, cf. ATF 128 III 159 cons. 3b, JdT 2002 II 58 et réf. cit. *En matière de subsides pour l’assurance-maladie* : TF 8C_790/2007 du 23 juillet 2008, cons. 5.6.1., partiellement reproduit in : ATF 134 I 313, cons. 3 à 5.

devoir d'entretien entre les partenaires de fait, devoir que les mêmes tribunaux refusent pourtant d'admettre¹⁶¹ !

4.4. De quelques « solutions » proposées par le Tribunal fédéral

Faute de réglementation globale sur le statut des couples non mariés et non enregistrés et face au refus du législateur d'appliquer les effets juridiques que la loi réserve au mariage et au partenariat enregistré, il a fallu que les juges trouvent des solutions ponctuelles aux problèmes rencontrés par les concubins dans leurs rapports internes et externes¹⁶². Au fil des années, le Tribunal fédéral a développé plusieurs solutions dans le but de répondre aux besoins de la pratique et de pallier le vide juridique qui entoure la situation des concubins. C'est principalement en appliquant le droit ordinaire aux multiples cas d'espèces qui lui ont été présentés qu'il a su trouver des solutions aux conflits rencontrés par les personnes non mariées et non enregistrées. Ces solutions sont toutefois très ponctuelles et ont une utilité restreinte sur le plan plus général. Elles seront brièvement présentées ci-dessous, car elles feront l'objet d'un examen plus approfondi dans les chapitres subséquents.

- **La société simple (art. 530 ss CO)**. Afin de régler les aspects économiques de l'union libre liés à la liquidation du concubinage, notre Cour suprême recourt parfois, en l'absence de tout contrat entre les concubins, aux dispositions légales régissant la société simple (art. 530 ss CO)¹⁶³. C'est en effet sur cette base qu'un certain partage entre les concubins après la rupture de l'union et l'indemnisation éventuelle du concubin ayant fourni des prestations de travail dans l'entreprise de son partenaire pendant la vie commune sont envisagés par notre Haute Cour. Les conditions et les effets de l'application des règles de la société simple au rapport de concubinage seront étudiés dans le chapitre traitant des effets patrimoniaux de la fin de la vie en couple (cf. *infra* §§ 14.2.1.3. et 14.2.3.).

- **Le contrat de travail tacite (art. 320 al. 2 CO)**. À la séparation du couple, il est possible que le concubin ayant collaboré à l'entreprise ou à l'industrie de son compagnon réclame une rémunération pour les services rendus pendant la communauté de vie. Face à cette situation, les juges du Tribunal fédéral admettent des prétentions de ce concubin fondées sur l'art. 320 al. 2 CO¹⁶⁴. Selon cette disposition légale, un contrat de travail « est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après

¹⁶¹ Dans ce sens également, WERRO, Concubinage, N 129.

¹⁶² BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 62.

¹⁶³ TF 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, cons. 3 ; ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482, cons. 2b ; ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570, cons. 6.

¹⁶⁴ ATF 109 II 228 cons. 2a, JdT 1984 I 482.

les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire ». À la lecture des arrêts sur le sujet, nous remarquons cependant que l’application de l’art. 320 al. 2 CO n’est envisagée en principe que si cette norme prime sur les règles régissant la société simple (art. 530 ss CC) et n’a d’ailleurs été reconnue que dans des circonstances exceptionnelles (cf. *infra* § 14.3.1.).

97 - **La réparation du dommage consécutif au décès d’une personne (art. 45 al. 3 et 47 CO).** Le Tribunal fédéral reconnaît au concubin survivant une indemnité pour perte de soutien sur la base de l’art. 45 al. 3 CO, moyennant la réalisation de trois conditions : le concubin survivant a été soutenu financièrement par le défunt pendant la durée de l’union, ce dernier aurait très probablement continué à l’entretenir s’il n’était pas décédé prématurément, et la relation vécue revêtait un caractère durable et quasi matrimonial¹⁶⁵. La question de savoir si le soutien fourni découle d’une obligation légale, contractuelle ou morale est sans importance¹⁶⁶.

98 Par la suite, la question s’est posée de savoir si le concubin survivant peut également prétendre à une indemnité pour tort moral sur la base de l’art. 47 CO, disposition qui limite la qualité pour agir à « la famille ». Longtemps laissée irrésolue par notre Cour suprême, cette question a été tranchée le 2 février 2012¹⁶⁷. Approuvant l’approche de la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral a admis que le concubin survivant puisse « être considéré comme un Angehöriger/proche » et ajoute qu’il « ne saurait être exclu du champ d’application de l’art. 47 CO au seul motif qu’il ne serait pas de la famille »¹⁶⁸. Désormais, le concubin survivant fait partie des ayants droits et peut obtenir réparation des souffrances morales subies du fait du décès de son compagnon, mais pour autant que le concubinage réponde à certains critères de stabilité¹⁶⁹.

99 - **L’enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).** Sollicité pour examiner s’il est possible d’accorder une compensation au concubin resté au foyer par le biais

¹⁶⁵ ATF 119 II 361, commenté par Weber Kumul ; 114 II 144 cons. 2a et 2b, JdT 1989 I 66.

¹⁶⁶ BONETTI, p. 538 ; HERZ/WALPEN, N 48. Pour plus de détails sur les conditions de l’art. 45 al. 3 CO, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 399.

¹⁶⁷ ATF 138 III 157, SJ 2012 I 153. Pour les anciens arrêts sur la question, cf. TF 1A.196/2000 du 7 décembre 2000, cons. 3a et ATF 114 II 144 cons. 3a. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 19 N 10.

¹⁶⁸ ATF 138 III 157 cons. 2.3.2., SJ 2012 I 153. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. JETZER. Pour les auteurs en faveur du droit du concubin à obtenir une indemnité pour tort moral, cf. GUYAZ, p. 20 s. ; ZK OR-LANDOLT, art. 47 CO N 413 ss ; CHK-MÜLLER, art. 47 CO N 11 ; BSK OR I-SCHNYDER, art. 47 CO N 9 ; CR CO I-WERRO, art. 47 CO N 17. *Contra* : HÜTTE, p. 128 ; BARBEY, Responsabilité, p. 13, selon lequel il faut préférer la version française de l’art. 47 CO qui emploie le terme « famille », au texte allemand qui mentionne celui de proches (*Angehörige*), et ainsi exclure toute prétention en réparation morale de la concubine à la suite du décès de son compagnon.

¹⁶⁹ Le TF a interprété la notion de proche restrictivement : le concubinage entre le défunt et son concubin doit avoir été qualifié. Il a toutefois précisé « qu’on ne saurait retenir une durée prédéfinie, en deçà de laquelle un concubin se verrait automatiquement nier le droit à une indemnité pour tort moral », ATF 138 III 157 cons. 2.3.3, SJ 2012 I 153.

de l'action en enrichissement illégitime, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que le travail ménager ne peut pas conduire à l'admission d'une action fondée sur l'art. 62 CO, car le travail fourni par le concubin au foyer est compensé par les avantages de la vie commune et il n'y a en principe ni appauvrissement ni enrichissement corrélatif des concubins¹⁷⁰.

D'une manière générale et comme nous aurons l'occasion de l'examiner plus en détails dans cette étude, les solutions admises par les juges au profit des concubins sont rares et leur mise en pratique donnent souvent des résultats variés et difficilement prévisibles¹⁷¹.

5. Conclusion

Pendant longtemps, l'union libre consistait en un choix social inacceptable et devait être réprimée (cf. en particulier *supra* N 37 ss). Au cours du XX^e siècle, l'union libre est peu à peu devenue socialement acceptable et le nombre de couples adoptant ce mode de vie n'a cessé d'augmenter (cf. *supra* N 44 ss). Le législateur ainsi que les tribunaux ont alors peu à peu pris en compte cette réalité dans des domaines variés du droit (cf. *supra* § 4.). L'analyse de la situation légale et jurisprudentielle mène cependant au constat que le droit applicable aux concubins ressemble aujourd'hui à une véritable mosaïque de solutions légales et jurisprudentielles. Ni le législateur ni la jurisprudence n'organise globalement l'union libre. Le premier intervient exclusivement par des lois spéciales et d'application très spécifique (cf. *supra* § 4.2.), tandis que la seconde opère régulièrement un rapprochement entre la situation des personnes non mariées et le statut des époux au gré du contexte afin de décider de la manière dont l'union libre doit être traitée (cf. *supra* § 4.3.). Les concubins sont considérés parfois comme de simples tiers, parfois comme un couple marié ; tantôt les juges refusent de reconnaître aux concubins des droits l'un envers l'autre à l'instar des personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré, tantôt ils prennent en compte l'existence du concubinage pour priver les concubins de certains droits auxquels les époux et les partenaires enregistrés n'auraient pas pu prétendre. Une protection est ainsi refusée à des personnes laissées à la fin de l'union libre dans une situation précaire (cf. en particulier *infra* partie III). Cette situation ne nous paraît néanmoins pas justifiée vu le devoir de l'État d'assurer à la fois la protection de la liberté personnelle et celle de tous les individus en situation précaire. Elle nous amènera donc à formuler une proposition de loi qui tentera de réaliser la tâche difficile de sauvegarder la liberté des concubins tout en leur fournissant une protection légale (cf. *infra* partie IV, § 19.).

¹⁷⁰ ATF 87 II 164, JdT 1961 I 609 ; 97 I 407, JdT 1972 I 571 ; NOIR-MASNATA, p. 49 s. ; PICHONNAZ, Conventions, p. 684 et 685 ; PULVER, Union libre, p. 36 s. ; THURNHERR, p. 60 ss.

¹⁷¹ Cf. *infra* § 18.3. pour une critique de l'attitude des juges du TF face à l'union libre.

DEUXIÈME PARTIE

Les effets de la vie en couple

6. Remarques préliminaires

La présente étude n'a pas pour objet d'examiner les conditions de formation du couple, mais de présenter les effets de la vie en couple ; que l'union de deux personnes naisse d'un simple fait ou d'un acte juridique, elle conduit inévitablement, durant le temps de son existence, à des rapports entre les membres du couple, et entraîne des conséquences qui peuvent impliquer les tiers. De toute manière, simple situation de fait, le concubinage se crée indépendamment de tout formalisme. Le législateur suisse ne pose aucune condition spécifique à la formation de cette union. À l'inverse, la conclusion d'un mariage et l'enregistrement d'un partenariat commandent la réalisation de conditions tant formelles que matérielles¹⁷².

Cette partie a pour but de comparer la situation actuelle des concubins avec celle des époux et des partenaires enregistrés quant aux effets juridiques que l'union induit sur quatre niveaux : les effets sur le statut civil de chacun des membres du couple (§ 7.), les relations entre les membres du couple et vis-à-vis des tiers (§ 8.), les effets de l'union à l'égard de l'État (§ 9.) et finalement les relations du couple avec ses enfants (§ 10.).

Comme déjà évoqué, l'union libre ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique, alors que le mariage et le partenariat enregistré sont régis respectivement par le Code civil et la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe. De manière générale, une application par analogie des règles du droit du mariage aux concubins hétérosexuels a toujours été refusée par le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, pour deux raisons principales¹⁷³. D'une part, parce qu'une application par analogie n'est possible que lorsqu'il y a une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Or, une lacune ne peut pas être admise s'agissant des communautés de vie de fait, car le législateur a délibérément choisi de ne pas réglementer l'union libre¹⁷⁴. Il s'agit donc d'un silence qualifié du législateur que le juge n'a pas à combler. D'autre

¹⁷² Pour les conditions formelles : du mariage, cf. art. 97-103 CC, art. 62 ss OEC et normes cantonales d'exécution ; du partenariat enregistré, cf. art. 5-7 LPart. Pour les conditions matérielles : du mariage, cf. art. 94-95 CC ; du partenariat enregistré, cf. art. 3-4 LPart.

¹⁷³ WOLF/BERGER-STEINER/SCHMUKI, p. 1125 s., N 150. Pour la jurisprudence, cf. ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570. Pour la doctrine, cf. BIETENHARDER-KÜNZLE, p. 36 ss ; DUSSY, p. 35 ss ; MÜLLER-FREIENFELS, *Tendenzen*, p. 63 ; SANDOZ, *Union*, p. 596. D'un avis plus nuancé : PICHONNAZ, *Conventions*, p. 677 et PULVER, *Union libre*, p. 25.

¹⁷⁴ HERZ/WALPEN, N 7 ; PULVER, *Union libre*, p. 24.

part, parce qu’une application analogique des règles du mariage est contraire à la volonté des concubins puisque, dans la majorité des cas, ces derniers choisissent intentionnellement de ne pas se marier¹⁷⁵. Depuis l’entrée en vigueur de la LPart, le même principe vaut pour les concubins homosexuels : une application par analogie des dispositions de la LPart aux couples de même sexe ne voulant pas faire enregistrer officiellement leur partenariat ne peut pas non plus être envisagée.

¹⁰⁵ Afin de permettre aux concubins de résoudre les problèmes posés par l’absence de statut juridique, cette partie de l’étude envisage également les solutions possibles en l’état actuel du droit. Celles-ci sont majoritairement conventionnelles. Les solutions légales sont rares compte tenu de la volonté du législateur de ne pas réglementer spécifiquement l’union libre et d’autant plus exceptionnelles lorsqu’il s’agit d’accorder aux concubins des droits ou avantages.

¹⁰⁶ Les conventions entre concubins peuvent avoir un contenu très variable. Il peut s’agir de convention ayant pour objet d’organiser la vie commune des partenaires, de traiter des obligations et des devoirs réciproques des concubins ou certains aspects seulement de la relation, tels que l’entretien mutuel, la répartition des tâches, les soins aux enfants, le logement, etc. Bien que la forme écrite soit recommandée pour des raisons de preuve (art. 8 CC), la loi n’impose pas une forme particulière pour de tels accords, sauf exigences légales ordinaires. Les concubins peuvent aussi conclure entre eux des contrats spéciaux ou nommés, comme un contrat de prêt (art. 305 ss CO), de travail (art. 319 ss CO), de vente (art. 184 ss CO), de mandat (art. 394 ss CO), etc.¹⁷⁶.

¹⁰⁷ Le contenu des contrats entre concubins est soumis aux limitations ordinaires du droit des obligations et du droit civil. Ces restrictions sont celles imposées par l’art. 20 CO qui traite de la nullité du contrat au cas où celui-ci aurait pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs, et par l’art. 27 al. 2 CC qui empêche quiconque d’aliéner sa liberté ou de s’en interdire l’usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs¹⁷⁷.

¹⁰⁸ Autrefois se posait la question de savoir si les conventions conclues entre concubins ne devaient pas être annulées pour cause d’illicéité puisque les unions hors mariage étaient contraires à certaines normes cantonales (cf. *supra* N 41)¹⁷⁸. Aujourd’hui, le concubinage n’est plus illicite ; ni le droit

¹⁷⁵ HERZ/WALPEN, N 7 ; PULVER, Union libre, p. 24.

¹⁷⁶ MEIER-HAYOZ, p. 588 s.

¹⁷⁷ COTTIER/CREVOISIER, p. 37 ; GUILLOD, Familles, N 75 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 274 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.04 ; LUKS DUBNO, p. 153 ; WERRO, Concubinage, N 127. Sur la notion d’engagements excessifs de l’art. 27 al. 2 CC, cf. notamment MEIER/DE LUZE, Droit des personnes, N 707 ss, N 718 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Protection, N 295 ss.

¹⁷⁸ D’une manière générale, est illicite tout contrat dont le contenu est contraire au droit positif suisse, fédéral ou cantonal, ATF 119 II 222 cons. 2, JdT 1994 I 598 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO N 60 ss.

fédéral ni le droit cantonal n'interdisent les relations hors mariage¹⁷⁹. L'union libre est par ailleurs protégée par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) qui consacre le droit de toute personne au respect de sa sphère privée et familiale (*infra* § 18.4.)¹⁸⁰. De nos jours, le fait de vivre en couple en dehors des liens du mariage n'est plus non plus considéré par la jurisprudence comme contraire aux mœurs¹⁸¹. Un contrat ayant pour objet d'établir des règles destinées à organiser la vie en commun ou à prévenir des litiges en cas de dissolution de l'union n'est donc pas nul pour immoralité. Un contrat entre concubins peut en revanche toujours être annulé pour immoralité s'il a pour but la rémunération des rapports sexuels ou l'incitation du partenaire à rompre les liens du mariage dans lequel il est engagé¹⁸². Le débat quant à l'illicéité et à l'immoralité du concubinage est donc aujourd'hui plus nuancé qu'autrefois¹⁸³.

7. Les effets de l'union sur le statut civil de chacun des membres du couple

7.1. L'état civil

Selon l'art. 39 al. 2 CC, on entend par état civil notamment « les faits d'état civil directement liés à une personne, tels que la naissance, le mariage, le décès (ch. 1) ; le statut personnel et familial d'une personne, tels que la majorité, la filiation, le lien matrimonial (ch. 2) ; les noms (ch. 3) ; les droits de cité cantonal et communal (ch. 4) ; la nationalité »¹⁸⁴.¹⁰⁹

L'entrée en **union libre** n'a pas d'incidence sur le statut civil des concubins¹⁸⁵ ; les personnes qui ne sont ni mariées ni liées par un partenariat enregistré sont considérées comme des célibataires¹⁸⁶.¹¹⁰

À l'inverse, le **mariage** modifie de par la loi l'état civil des époux ; de « célibataire », « divorcée » ou « veuve », la personne devient « mariée » et son¹¹¹

¹⁷⁹ PULVER, *Union libre*, p. 29.

¹⁸⁰ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570 ; 109 II 15, JdT 1983 I 601 ; COHEN, p. 341 s.

¹⁸¹ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570.

¹⁸² Cf. ATF 93 II 161, JdT 1968 I 254 et ATF 109 II 15, JdT 1983 I 601, inchangés à ce jour.

¹⁸³ Sur la question de l'illicéité et l'immoralité du concubinage, cf. MARTY-SCHMID, p. 89 ; MESSMER, p. 55 ss ; NOIR-MASNATA, p. 51 s. ; THURNHERR, p. 18 s. et 27 ss.

¹⁸⁴ Cf. aussi art. 7 ss OEC dans la mesure où l'essentiel de la réglementation relative à l'état civil figure dans l'OEC et dans l'OEEC.

¹⁸⁵ GUILLOD, *Familles*, N 93 ; HERZ/WALPEN, N 21. Contrairement au mariage ou au partenariat enregistré, l'union de fait n'est pas inscrit dans le registre de l'état civil, cf. art. 39 al. 2 CC et 7 al. 2 OEC *a contrario*.

¹⁸⁶ Elles sont alors inscrites comme telles dans le registre de l'état civil. Pour plus de détails sur les dispositions relatives aux actes de l'état civil, cf. art. 39-49 CC.

statut civil est enregistré ainsi dans le registre de l'état civil (art. 39 al. 2 ch. 1 CC, 7 al. 2 lit. i et 8 lit. f ch. 1 OEC)¹⁸⁷.

112 La conclusion d'un **partenariat enregistré** entraîne également un changement d'état civil pour les partenaires ; à teneur de l'art. 2 al. 3 LPart, leur état civil devient « lié par un partenariat enregistré » et est inscrit comme tel dans le registre de l'état civil (art. 7 al. 2 lit. q et 8 lit. f ch. 1 OEC)¹⁸⁸.

113 Le fait que le concubinage ne soit pas inscrit dans le registre de l'état civil a des incidences dans d'autres domaines du droit, tels qu'en droit de la nationalité (*infra* § 7.4.), en droit fiscal (*infra* § 9.1.), en droit des assurances sociales (*infra* § 9.2.) et en matière de regroupement familial (*infra* § 9.3.).

7.2. Le nom

114 Le nom est « le nom commun des membres d'une même famille – parents et enfants communs »¹⁸⁹. Il permet d'indiquer l'appartenance d'une personne à une famille et d'identifier les personnes dans leurs relations tant officielles que sociales¹⁹⁰.

115 L'entrée en union libre n'a pas d'incidence sur le nom des **concubins**. Le couple ne peut opter ni pour le nom de l'un d'eux comme nom commun ni pour un nom d'alliance¹⁹¹. Chacun des partenaires conserve son propre nom.

116 À partir du mariage, chaque **époux** peut conserver son nom (art. 160 al. 1 CC)¹⁹². Cette possibilité leur est offerte depuis le 1^{er} janvier 2013 seulement, date d'entrée en vigueur de la révision du Code civil concernant le nom et le droit de cité, adoptée par le Parlement le 30 septembre 2011. Contrairement aux concubins, les conjoints peuvent également opter pour le port d'un nom commun, soit le nom de célibataire de l'un ou de l'autre (art. 160 al. 2 CC). Le nom de célibataire est le nom porté avant le premier mariage ou le premier partenariat enregistré¹⁹³.

¹⁸⁷ GUILLOD, Familles, N 69.

¹⁸⁸ GEISER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 1-2 LPart N 14 ; MONTINI, Gays, p. 50.

¹⁸⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 76.

¹⁹⁰ BÜCHLER/VETTERLI, p. 39 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 76 ss ; RUMO-JUNGO, Namensrecht, p. 174 ; CR CC I-SANDOZ, art. 160 CC N 4.

¹⁹¹ Une initiative a été déposée le 26 septembre 2013 par Andrea Caroni, proposant que les concubins puissent porter un nom commun, qu'ils aient des enfants ou non. Cf. Motion n° 13.3842, laquelle a été rejetée par le Conseil fédéral, disponible à l'adresse suivante: <https://www.parlament.ch/fr/ratsb/etrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20133842>.

¹⁹² L'art. 8a Tit. fin CC permet à l'époux qui a changé de nom au moment de son mariage célébré avant le 1^{er} janvier 2013, de déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire.

¹⁹³ AEBI-MULLER, Familiennamensrecht, p. 454 ss ; GRAF-GAISER, p. 254 et 255. Pour une étude comparative sur le droit du nom, cf. LAMESTA/BADDELEY.

Avant la révision du droit du nom, l'un des futurs époux devait inévitablement renoncer à son nom antérieur¹⁹⁴. Le régime légal ordinaire prévoyait que « le nom de famille des époux est le nom du mari » (art. 160 al. 1 aCC). Si les futurs mariés n'entreprenaient aucune démarche, leur nom de famille était de plein droit celui du fiancé¹⁹⁵. Les futurs époux avaient également la faculté de choisir le nom de la fiancée comme nom de famille commun¹⁹⁶. Dans ce cas, ils devaient remplir les conditions prescrites à l'art. 30 al. 2 aCC, lesquelles étaient plus restrictives que celles exigées à l'art. 160 al. 1 aCC¹⁹⁷. Cette procédure a été simplifiée avec la nouvelle législation puisque le nom de la future épouse peut désormais être adopté comme nom commun du couple par simple déclaration à l'officier de l'état civil, comme le nom du futur époux (art. 160 al. 2 CC).

Il est intéressant de noter que l'ancien droit permettait à l'époux ayant pris le nom de son conjoint de porter un double nom légal ; lorsque les futurs époux avaient opté pour le nom du fiancé par exemple, l'épouse pouvait choisir de garder son nom d'avant le mariage suivi du nom de son époux¹⁹⁸. Le fiancé avait la même possibilité que la fiancée en vertu de l'art. 12 al. 1 aOEC.

La possibilité de porter un double nom légal a été supprimée avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du nom¹⁹⁹. Les époux conservent cependant la faculté de choisir un nom d'alliance²⁰⁰. Cette pratique, qui relève de l'usage, permet aux époux de faire suivre leur nom du nom du conjoint en joignant les deux noms par un trait d'union²⁰¹. Le nom d'alliance ne figure pas au registre de l'état civil puisqu'il n'a pas la qualité de nom légal ou officiel²⁰². En

¹⁹⁴ BÜCHLER/VETTERLI, p. 39 ; BSK ZGB I-BÜHLER, art. 160 CC N 2 ; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Eherecht, N 12. Pour plus de détails sur la révision du droit du nom, cf. SCHÖNENBERGER.

¹⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 90 s. ; STETTLER/GERMANI, N 42.

¹⁹⁶ Pour plus de détails à ce sujet, cf. BSK ZGB I-BÜHLER, art. 160 CC N 6 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 160 CC N 27 ; CR CC I-SANDOZ, art. 160 CC N 12 ; STETTLER/GERMANI, N 42.

¹⁹⁷ BSK ZGB I-BÜHLER, art. 160 CC N 6 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 160 CC N 27 ; STETTLER/GERMANI, N 42.

¹⁹⁸ Il fallait pour cela qu'elle en fasse la déclaration à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage (art. 160 al. 2 aCC).

¹⁹⁹ Le double nom légal reste toutefois valable, AEBI-MÜLLER, Familiennamensrecht, p. 451 ; DE LUZE/DE LUIGI, N 18.

²⁰⁰ ATF 120 III 60 cons. 2a, JdT 1997 II 14 ; 110 II 97 ; GEISER, Namensrecht, N 3.10.

²⁰¹ Message 1979, N 212.1, p. 1227 ; SIEGENTHALER, p. 23. Pour plus de détails sur le nom d'alliance en général, cf. HEGNAUER, Nom d'alliance.

²⁰² ATF 120 III 60 cons. 2a, JdT 1997 II 14 ; 110 II 97 cons. 2 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 113.

revanche, il peut être inscrit sur la carte d'identité, le passeport de l'époux, le permis de conduire ou un diplôme académique²⁰³.

¹²⁰ Depuis le 1^{er} janvier 2013, les **partenaires enregistrés** ont les mêmes choix et possibilités en matière de nom que les personnes mariées. Ils peuvent conserver leur nom respectif (art. 12a al. 1 LPart) ou porter un nom commun, en choisissant le nom de célibataire de l'un ou de l'autre partenaire (art. 12a al. 2 LPart)²⁰⁴. Jusqu'au 1^{er} janvier 2013, la loi ne permettait pas aux partenaires enregistrés de porter un nom commun légal²⁰⁵. Chacun d'eux gardait le nom qu'il avait avant son partenariat, à l'instar des personnes non mariées. Ils pouvaient en revanche et peuvent aujourd'hui encore, joindre à leur nom celui de leur partenaire relié d'un trait d'union comme nom d'alliance, ce que les concubins n'ont jamais pu faire²⁰⁶.

¹²¹ En résumé, la possibilité de l'unité du nom ne profite pas aux concubins. Ceux-ci n'ont d'autre choix que de conserver, tout au long de leur communauté de vie, leur propre nom. De notre avis, les concubins pourraient toutefois opter pour le port d'un nom d'alliance. En effet, celui-ci n'a pas de statut légal et ne figure pas dans le registre de l'état civil. Il n'est en outre pas défini clairement ni dans la LDI ni dans l'OLDI, si bien que son inscription sur le passeport ou la carte d'identité ne semble pas être une prérogative réservée aux seules personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré. Il conviendrait cependant de déterminer quelles sont les unions suffisamment stables dont les partenaires pourraient se réclamer d'un tel droit et à quelle autorité reviendrait cette appréciation.

7.3. Le droit de cité

¹²² Selon DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, le droit de cité « est le lien particulier qui unit une personne à une commune, lien appelé aussi

²⁰³ Le nom d'alliance fait l'objet d'une réglementation ponctuelle. Il est ancré dans la loi sur les documents d'identité (cf. art. 2 al. 1 et 4 LDI) et précisé dans son ordonnance d'application (cf. art. 14 OLDI). S'agissant de l'inscription du nom d'alliance sur la carte d'identité et le passeport, cf. art. 14 al. 1 et 6 OLDI. Cf. également : BSK ZGB I-BÜHLER, art. 160 CC N 20 ; BUCHER, Personnes, N 755 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 113 et réf. cit. Pour l'inscription sur le permis de conduire ou un diplôme académique, cf. HEGNAUER, Nom d'alliance, p. 160 ; LAMESTA/BADDELEY, p. 574. Le changement du nom d'alliance nécessite une procédure en changement de nom (art. 30 al. 1 CC), cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 113.

²⁰⁴ En vertu de l'art. 37a LPart, les couples liés par un partenariat enregistré avant le 1^{er} janvier 2013 ont aussi le droit de porter un nom commun.

²⁰⁵ Le Message de la LPart a motivé l'absence de possibilité de porter un nom légal commun aux deux partenaires par le fait que le droit matrimonial qui ne respecte pas l'égalité entre époux ne saurait être répercuté sur les partenaires enregistrés, cf. Message LPart, p. 1216. Avant l'entrée en vigueur du droit du nom le 1.1.2013, les partenaires enregistrés avaient cependant la possibilité de porter un nom commun s'ils avaient opté pour l'application d'un droit étranger (art. 37 al. 2 LDIP), MONTINI, Partenariat, N 41.

²⁰⁶ Message LPart, p. 1217.

bourgeoisie. Il a pour conséquence un lien de même nature entre cette personne et le canton dans lequel se trouve la commune en question ; ce lien est appelé indigénat »²⁰⁷. L'indigénat cantonal, le droit de cité communal et la nationalité sont trois notions liées entre elles²⁰⁸. En effet, tout citoyen suisse possède nécessairement au moins un droit de cité cantonal et un droit de cité communal²⁰⁹.

Le fait de vivre en **union libre** n'emporte pas d'effet sur les droits de cité cantonal et communal des membres du couple²¹⁰. 123

Depuis le 1^{er} janvier 2013, le **mariage** n'influe plus sur les droits de cité cantonal et communal des époux ; chaque conjoint conserve son droit de cité cantonal et communal, sans acquérir ceux de l'autre (art. 161 CC). Notons qu'avant le 1^{er} janvier 2013, le fait de s'unir par les liens du mariage avait une incidence sur les droits de cité de la femme exclusivement, laquelle acquerrait le(s) droit(s) de cité cantonal et communal de son époux en sus de ceux qu'elle possédait avant le mariage en tant que célibataire²¹¹. Il s'agissait, pour ces derniers, des droits de cité qu'elle avait acquis par filiation, par naturalisation ou en tant que veuve ou femme divorcée²¹². Il pouvait s'y ajouter encore des droits de cité acquis pendant le mariage en principe par les deux membres du couple²¹³. L'épouse gardait ensuite les droits de cité de son mari jusqu'à un éventuel remariage, lors duquel elle ne perdait que les droits de cité de son précédent mari²¹⁴. À l'inverse, le mari n'acquerrait jamais le(s) droit(s) de cité de sa femme²¹⁵. 124

²⁰⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 131.

²⁰⁸ Art. 37 al. 1 Cst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, p. 127, N 378 ; ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 161 CC N 2 ; PULVER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 15 LN N 2 ; CHK-ZEITER, art. 161 CC N 1. Les droits de cité cantonal et communal sont inscrits dans le registre de l'état civil, cf. art. 39 al. 2 ch. 4 CC et art. 7 al. 2 lit. g et 8 lit. n OEC.

²⁰⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 131. L'acquisition et la perte des droits de cité cantonal et communal sont déterminées en principe par le droit cantonal (art. 22 al. 2 CC). C'est toutefois le Code civil qui régit l'acquisition et la perte des droits de cités lorsqu'elles découlent du mariage (art. 161 CC) ou de la filiation (art. 271, 259 al. 1 et 267a CC), ATF 117 Ia 110, JdT 1994 I 544 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 132 ; CR CC I-EIGENMANN, art. 161 CC N 1.

²¹⁰ GUILLOD, Familles, N 93.

²¹¹ Avant la révision du droit du mariage entrée en vigueur le 1.1.1992, la femme perdait par son mariage ses droits de cité cantonal et communal, cf. Message 1979, N 212.3, p. 1231 ; RO 1991 1034, 1043.

²¹² ATF 114 II 404 cons. 6, JdT 1990 I 636.

²¹³ BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 161 CC N 6 s.

²¹⁴ ATF 114 II 404, JdT 1990 I 637 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 143 ss et réf. cit. ; CR-CC I-EIGENMANN, art. 161 CC N 6.

²¹⁵ Le texte légal quant aux droits de cité des époux contenait une inégalité de traitement entre époux et n'était pas conforme au principe de non-discrimination entre l'homme et la femme (art. 8 Cst), BSK ZGB I-BÜHLER, art. 160 CC N 3-5 et réf. cit. ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 81 ; CR CC I-EIGENMANN, art. 161 CC N 4 ; pour la violation du principe d'égalité de traitement en matière de droit de cité, cf. encore ATF 132 I 168 et ATF 125 III 209, JdT 1999 I 321 sur l'impossibilité d'invoquer l'interdiction de discrimination de l'art. 14 CEDH.

¹²⁵ Quant aux **partenaires enregistrés**, la LPart ne contient pas de disposition légale sur leur droit de cité cantonal et communal²¹⁶. À l’instar des concubins et des époux, chacun des partenaires conserve ses propres droits de cité.

¹²⁶ En matière de droits de cité, nous constatons donc que les trois formes de vie en couple sont placées sur un pied d’égalité.

7.4. La nationalité

¹²⁷ « Dans un sens large, la nationalité peut être définie comme l’appartenance d’une personne physique à un État »²¹⁷.

¹²⁸ Le droit de la nationalité est régi par la loi fédérale sur l’acquisition et la perte de la nationalité suisse (LN)²¹⁸. Conformément à l’art. 38 Cst, la Confédération règle l’acquisition et la perte de la nationalité lorsque celle-ci découle de la filiation, du mariage et de l’adoption ; elle édicte également des dispositions minimales sur la naturalisation ordinaire et octroie l’autorisation de naturalisation.

¹²⁹ La **communauté de fait** n’est pas prise en considération dans la législation fédérale sur la nationalité. Il s’ensuit que le concubinage avec un ou une Suisse n’opère aucun effet sur la nationalité du concubin étranger. Pour acquérir la nationalité suisse, le concubin étranger est contraint de suivre la procédure dite de « naturalisation ordinaire » des personnes célibataires. Cette procédure est valable pour toutes les personnes étrangères au bénéfice d’un permis de séjour valablement renouvelé. Elle suppose la délivrance d’une autorisation fédérale (art. 13 LN) par l’office compétent, à savoir le Secrétariat d’État aux migrations (SEM)²¹⁹. Cette autorisation n’est accordée qu’après examen des critères suivants : l’aptitude du requérant à s’intégrer à la communauté suisse (art. 14 lit. a LN), l’accoutumance au mode de vie et aux usages suisses (lit. b), la faculté de se conformer à l’ordre juridique suisse (lit. c) et la non compromission de la sécurité interne et externe de la Suisse (lit. d)²²⁰. Le requérant doit, de surcroît, avoir séjourné en Suisse depuis douze ans, dont

²¹⁶ PFÄFFLI, p. 601 ; Message LPart, p. 1216 s.

²¹⁷ GUTZWILLER, Nationalité, N 19 et réf. cit.

²¹⁸ Sur la distinction entre la nationalité d’une part et le droit de la nationalité d’autre part, cf. GUTZWILLER, Nationalité, N 18 ss.

²¹⁹ Cf. art. 12 al. 2 lit. e OrgDFJP.

²²⁰ Dans la mesure où la naturalisation ordinaire relève de la compétence des cantons, l’examen des conditions relatives à l’intégration, à l’accoutumance au mode de vie et usages suisses, ainsi qu’au délai de résidence est en principe laissé à la libre appréciation des cantons, le SEM se basant seulement sur les rapports d’enquête de ces derniers pour prendre sa décision.

trois au cours des cinq années qui précèdent la demande d'autorisation fédérale (art. 15 al. 1 LN)²²¹.

Le simple **mariage** à un ressortissant suisse ne permet pas non plus au conjoint étranger d'acquérir automatiquement la nationalité suisse²²². Le mariage a seulement un effet indirect : l'époux étranger peut accéder à la nationalité suisse par la procédure facilitée (art. 26 à 28 LN)²²³. 130

Conformément à l'art. 26 al. 1 LN, le requérant doit remplir des conditions semblables à celles exigées pour la naturalisation ordinaire (cf. art. 14 LN) : il doit s'être intégré en Suisse, conformément à la législation suisse et ne pas avoir compromis la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. À teneur de l'art. 27 al. 1 LN, le requérant doit en outre avoir résidé en Suisse pendant cinq ans en tout (lit. a), y résider depuis une année au moins au moment du dépôt de sa demande de naturalisation (lit. b) et avoir vécu en communauté conjugale avec son conjoint de nationalité suisse depuis trois ans (lit. c). Si l'époux étranger remplit ces conditions, il acquiert la nationalité suisse et, par conséquent, « le droit de cité cantonal et communal de son conjoint suisse » (art. 27 al. 2 LN). Si ces conditions s'apparentent à celles de la naturalisation ordinaire auxquelles le concubin étranger est soumis, on notera cependant qu'elles sont considérablement moins exigeantes et énumérées de façon exhaustive²²⁴. La naturalisation facilitée présente en plus les caractéristiques d'une procédure rapide, simple et peu coûteuse²²⁵. 131

Si aucun des deux époux ne possède la nationalité suisse, le couple doit passer par la procédure de naturalisation ordinaire. Néanmoins, lorsque les conjoints déposent simultanément une demande d'autorisation et que l'un remplit la condition de résidence de douze ans, un séjour de cinq ans, dont l'année qui précède la requête, suffit à l'autre pour pouvoir requérir la nationalité suisse s'il vit en communauté conjugale avec son conjoint depuis trois ans (art. 15 al. 3 LN). Le droit de la nationalité ne reste donc pas indifférent à la relation matrimoniale. 132

Contrairement au conjoint d'un citoyen suisse, le **partenaire enregistré** étranger ne peut demander d'être naturalisé que par le biais de la procédure ordinaire ; la procédure de naturalisation facilitée ne lui est pas ouverte. Or, et 133

²²¹ Pour une présentation détaillée des conditions exigées en vue de l'obtention de la naturalisation ordinaire, cf. GUTZWILLER, Nationalité, p. 231 ss et p. 287 ss.

²²² En vertu des articles 3 et 15 aLN, le seul fait d'épouser un Suisse permettait à la femme étrangère d'acquérir la nationalité suisse, tandis que l'époux étranger épousant une Suissesse était soumis à la procédure de naturalisation ordinaire. Ces dispositions légales ont été abrogées par la loi fédérale du 23 mars 1990 (RO 1991 1034 ; FF 1987 III 285). Cf. aussi DUTOIT, p. 267.

²²³ La naturalisation facilitée relève de la compétence du DFJP et notamment du SEM qui gère les procédures.

²²⁴ Pour une comparaison entre la naturalisation ordinaire et facilitée sur la condition de l'aptitude du requérant, cf. notamment GUTZWILLER, Nationalité, N 566 ss.

²²⁵ Cf. GUTZWILLER, Partenariat, p. 1376 ; PULVER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 15 LPart N 7.

comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la naturalisation facilitée offre des avantages sur de nombreux points par rapport à la naturalisation ordinaire (cf. N 131).

¹³⁴ Les conditions à réaliser par le partenaire enregistré étranger en vue de l'obtention de la nationalité suisse sont ainsi pratiquement identiques à celles mentionnées dans le cadre de la procédure à laquelle le concubin étranger est soumis, à l'exception de l'exigence relative à la durée de résidence qui est réduite à cinq ans. En effet, le partenaire enregistré d'un ressortissant suisse peut, en vertu de l'art. 15 al. 5 LN, demander l'octroi de l'autorisation fédérale de naturalisation s'il a séjourné en Suisse pendant cinq ans, dont une année avant la requête, et s'il a vécu trois ans en partenariat avec un ressortissant suisse. Le partenaire étranger ne bénéficie donc que d'une réduction de la durée de résidence exigée qui passe de douze à cinq ans.

¹³⁵ L'art. 15 al. 5 LN crée une situation hybride pour les partenaires enregistrés en reprenant simultanément les conditions de la naturalisation ordinaire quant à la procédure et au fond, et les conditions de la naturalisation facilitée pour ce qui a trait au délai de résidence²²⁶. Le fait pour le législateur de ne pas avoir prévu, pour les partenaires enregistrés, un traitement semblable aux personnes mariées en leur ouvrant la voie de la procédure de naturalisation facilitée est critiqué en doctrine et tient à la rédaction de l'article constitutionnel en question : conformément à l'art. 38 al. 1 Cst, « la Confédération règle l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, par mariage ou par adoption ». La question qui se pose est celle de savoir si la Confédération devrait se voir accorder une compétence expresse en vue de faciliter la naturalisation du partenaire étranger d'un Suisse ou si la Confédération a déjà la faculté de prévoir une procédure de naturalisation facilitée pour le partenaire étranger d'un Suisse.

¹³⁶ Pour une partie des auteurs, l'art. 38 al. 1 Cst ne saurait être interprété extensivement ; cette disposition contient une énumération exhaustive des situations familiales visées et le partenariat enregistré n'y est justement pas expressément mentionné²²⁷. D'autres auteurs recourent en revanche à une interprétation plus souple de l'art. 38 al. 1 Cst. Une interprétation extensive de cette disposition se justifierait par le fait que le partenariat enregistré est une institution analogue au mariage et qui n'était pas encore prévu lors de l'adoption de l'art. 38 Cst²²⁸. Le terme de « mariage » engloberait donc le partenariat enregistré et permettrait à la Confédération de prévoir une procédure de naturalisation facilitée pour le partenaire enregistré d'un Suisse,

²²⁶ GUTZWILLER, Nationalité, N 489.

²²⁷ Cf. notamment : AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER I, N 391 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1315, p. 377 ; NGUYEN, Etrangers, p. 715 ; SCHAFFHAUSER, N 6, p. 320. Cf. aussi Message LPart, p. 1217 s.

²²⁸ AUBERT/MAHON, p. 348 ; HANGARTNER, p. 260 ; PULVER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 15 LPart N 7 ss.

comme ce qui est d’ores et déjà prévu pour le conjoint d’un ressortissant suisse²²⁹ ; aucune modification de la Constitution ne serait nécessaire pour ces auteurs²³⁰.

En mars 2015, la Commission des institutions politiques du Conseil national a élaboré un projet et un rapport explicatif visant à accorder la naturalisation facilitée aux partenaires enregistrés²³¹. Afin de permettre aux partenaires enregistrés d’accéder à la procédure de naturalisation facilitée au même titre que les époux, le projet de la Commission propose de modifier la Constitution suisse, ainsi que la loi fédérale sur la nationalité. La Constitution fédérale serait modifiée afin d’octroyer à la Confédération la compétence de régler l’acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, par mariage, par adoption et par enregistrement d’un partenariat. Quant à la loi fédérale sur la nationalité, elle prévoirait que les dispositions relatives à la naturalisation facilitée s’appliquent également aux étrangers liés à des citoyens suisses par un partenariat enregistré. 137

Actuellement, et à l’instar des personnes mariées de nationalité étrangère, lorsque deux partenaires étrangers forment simultanément une requête afin d’obtenir la nationalité suisse et que l’un d’eux réside depuis douze ans en Suisse, un séjour de cinq ans suffit à l’autre si le couple est lié par un partenariat enregistré depuis trois ans (art. 15 al. 6 LN appliquant par analogie l’art. 15 al. 3 LN)²³². 138

Comme indiqué *supra* N 137, la loi fédérale sur l’acquisition et la perte de la nationalité va être entièrement révisée. Une nouvelle loi fédérale sur la nationalité (nLN), ainsi qu’une ordonnance d’exécution s’y rapportant (OLN) entreront en vigueur dès le 1^{er} janvier 2018²³³. Cette nouvelle loi ne modifiera pas l’accès à la naturalisation sur la base du statut des personnes. Elle aura pour objectif d’harmoniser et de simplifier les procédures de naturalisation et d’adapter les exigences en matière d’intégration et de connaissances 139

²²⁹ Selon HANGARTNER, p. 260, la notion de « mariage » doit s’interpréter sous l’angle du principe de l’interdiction de l’arbitraire et donc englober le partenariat enregistré.

²³⁰ Pour plus de détails sur la question de savoir si seule une modification au niveau de loi est possible ou si une révision de la Constitution est également nécessaire, cf. ZIEGLER ; GUTZWILLER, Nationalité, N 492 ss ; PULVER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 15 LPart N 7 ss.

²³¹ Rapport explicatif de la Commission disponible à l’adresse suivante : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2652/13.418,13.419,13.420,13.421,13.422-n.Iv.pa._Egalite-du-partenariat-enregistre_Rapport-expl_fr.pdf. Projet de la Commission disponible à l’adresse suivante : http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/vie_privree/naturalisations/fichiers_pdf/loi_adopt%C3%A9e.pdf.

²³² Message LPart, p. 1250.

²³³ La nouvelle Loi fédérale sur la nationalité est disponible sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/5001.pdf>. L’ordonnance d’exécution est disponible sur : <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/buev/entw-f.pdf>.

linguistiques à celles prévue par la loi sur les étrangers²³⁴. Elle prévoira en outre de limiter l'accès à la procédure de naturalisation ordinaire aux seuls titulaires d'une autorisation d'établissement. Ces derniers pourront se voir délivrer une autorisation de naturalisation s'ils ont vécu depuis au moins dix ans en Suisse et qu'ils y sont bien intégrés (art. 9, 11 et 12 nLN). L'intégration sera considérée comme réussie dès lors que le requérant respecte l'ordre et la sécurité publics, ainsi que les principes fondamentaux de la Constitution, qu'il est apte à communiquer dans une langue nationale, qu'il participe à la vie économique ou qu'il acquiert une formation et qu'il œuvre à l'intégration de sa famille (art. 12 nLN). Le requérant devra en outre s'être familiarisé avec les conditions de vie en Suisse et ne devra pas mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 11 nLN). Quant à l'ordonnance d'exécution, elle précisera notamment les critères d'intégration déterminants pour la naturalisation.

¹⁴⁰ En résumé, l'analyse permet de constater qu'il existe, actuellement, pour les partenaires dans chacune des trois communautés de vie, une procédure de naturalisation particulière. Chacune d'elles pose des conditions de fond globalement similaires, mais le délai de résidence varie en fonction de la communauté de vie choisie par les partenaires. Comme indiqué, le concubin ne peut en aucune manière se prévaloir de la relation de fait qu'il entretient avec un Suisse pour profiter d'un allègement des conditions de sa naturalisation. Il est soumis à l'exigence d'un délai de résidence plus long, ainsi qu'à des conditions de fond plus restrictives que celles valant pour la naturalisation d'un conjoint ou d'un partenaire enregistré étranger. Le conjoint d'un Suisse et, dans une moindre mesure, le partenaire enregistré d'un ressortissant suisse peuvent, quant à eux, se prévaloir de la communauté de vie qu'ils forment avec un ressortissant suisse pour pouvoir jouir d'une procédure allégée. Le statut civil des personnes est ici déterminant.

8. Les relations entre les membres du couple et vis-à-vis des tiers

8.1. Le statut des biens

¹⁴¹ Pendant la vie commune, la question de la propriété des biens revêt une importance certaine, notamment lorsqu'il s'agit de décider si l'un des membres du couple peut disposer d'un bien sans le consentement de l'autre. Il faut donc examiner les règles régissant la propriété des biens – propriété individuelle ou

²³⁴ Cf. Message concernant la révision totale de la Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité, LN) du 4 mars 2011, FF 2011 2639, disponible sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/2639.pdf>.

collective – et si le propriétaire est restreint dans son droit de jouir, d’administrer et de disposer de ses biens. Ces règles diffèrent selon que les personnes vivent en union libre, en communauté conjugale ou en partenariat enregistré.

Le statut des **concubins** quant à leurs biens est régi par le droit ordinaire, en particulier par les règles en matière de propriété et de possession du Code civil suisse (art. 641 ss et 919 ss CC) ; il n’existe aucun corps de règles spéciales en la matière pour les personnes vivant maritalement²³⁵. Il s’ensuit que la vie en union libre ne modifie pas la situation concernant la propriété des biens des membres du couple²³⁶. Chacun des concubins reste propriétaire des biens qu’il a acquis, à titre onéreux ou à titre gratuit, avant ou au cours de l’union et peut en user, en jouir et en disposer tant matériellement que juridiquement²³⁷. La loi réserve toutefois certaines limitations au pouvoir de disposer (cf. art. 641 al. 1 *in fine* CC). Mais ces restrictions découlent de l’ordre juridique dans son ensemble, non du fait que les concubins forment une communauté de vie²³⁸.

Pour le surplus, les concubins restent libres de conclure des contrats conformément aux dispositions du droit des obligations et des droits réels. Ces conventions peuvent concerner une chose déterminée ou présenter une portée plus générale. À titre d’exemple, les concubins ont la faculté de créer une société simple (art. 530 ss CO), de passer un contrat de copropriété (art. 646 ss CC) ou de prêt (art. 305 ss CO), de se faire des donations (art. 239 ss CO) ou de se transférer des biens à titre fiduciaire²³⁹. Les concubins ont également la faculté de dresser un inventaire de leurs biens, précisant qui est propriétaire de chaque bien inventorié. La liberté reconnue aux concubins sur le plan contractuel est très étendue.

Lorsque les concubins forment une société simple, le patrimoine social leur appartient en commun (art. 544 al. 1 CO)²⁴⁰ ; il est soumis au régime de la

²³⁵ ATF 137 V 133 cons. 5.2. ; 125 V 205 cons. 7a ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 62 ; GLOOR, Zuteilung, p. 73 ; WOLF, Ehe, p. 158 s.

²³⁶ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 14 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 277 et 288 ; MARTY-SCHMIDT, p. 41 ; SCHWENZER, Status, p. 174.

²³⁷ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 74 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 277 s. ; MARTY-SCHMIDT, p. 41 s. ; MESSMER, p. 56 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 356 ; PULVER, Union libre, p. 63 ; REY, Sachenrechts, N 575 s. ; SCHWENZER, Status, p. 174 ; STEINAUER, Les droits réels, N 30 et 1004.

²³⁸ Par exemple, les limitations qui découlent des articles 2 al. 2 CC (interdiction de l’abus de droit), 19 et 20 CO (restrictions de la liberté contractuelle) ou les restrictions prévues par le droit privé (art. 684 ss CC) et le droit public (art. 702 CC), PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 356 ; PULVER, Union libre, p. 63 ; STEINAUER, Les droits réels, N 1007 ss ; BSK ZGB II-WIEGAND, art. 641 CC N 35 ss.

²³⁹ En droit suisse, l’institution de la fiducie n’est pas codifiée dans une loi. Sa validité est toutefois consacrée par le TF. La fiducie a pour but de transférer intégralement du fiduciaire au fiduciaire les droits sur les biens remis. Le fiduciaire devient donc propriétaire de l’objet qui lui est remis, ATF 119 II 326 cons. 2b ; 117 II 429 cons. 3b ; 115 II cons. 2a.

²⁴⁰ Pour des détails s’agissant du patrimoine social, cf. *infra* § 14.2.3.2.

propriété en main commune (art. 652 ss CC)²⁴¹. Dans ce régime particulier, le droit de chacun des concubins s'étend à la chose entière (art. 652 CC), si bien que le droit de disposer de la chose en particulier ne peut être exercé qu'en vertu d'une décision unanime (art. 653 al. 2 CC). Quant au droit d'administrer ou de gérer les affaires de la société, il appartient, sauf convention contraire, à chaque concubin, sans que le concours de l'autre ne soit nécessaire (art. 535 al. 1 et 2 CO). Le consentement des deux concubins est en revanche indispensable pour les actes d'administration et de gestion extraordinaires (art. 535 al. 3 CO). Pour délimiter quels sont les actes de gestion ordinaire et extraordinaire, il faut se référer au but de la société²⁴².

¹⁴⁵ Le statut des biens des **époux** est également régi par les règles en matière de droits réels. Toutefois, le mariage n'est pas sans effet sur le régime des biens des époux pendant la communauté conjugale. Le droit des régimes matrimoniaux ainsi que le droit du mariage contiennent plusieurs restrictions à la liberté des époux. D'une manière générale, le droit suisse soumet toutes les personnes mariées et enregistrées à un régime matrimonial qui porte sur les biens du couple (*infra* § 14.2.2.). Le régime décrit la propriété, la gestion, la jouissance et la disposition des biens des membres du couple, la composition de leur patrimoine, la responsabilité de chacun pour leurs dettes et la répartition de ces dernières à l'intérieur du couple²⁴³. Les questions, telles que notamment à qui appartiennent les biens achetés pendant la communauté, quels sont les droits du propriétaire, à qui reviennent les biens reçus en héritage ou par donation, qui doit payer les frais y relatifs trouvent une grande partie de leurs réponses dans les règles légales du régime choisi par le couple. Quelques dispositions généralement applicables aux couples mariés et enregistrés complètent celles sur le régime matrimonial (cf. *infra* N 151 et 155).

¹⁴⁶ Le Code civil propose aux époux trois régimes matrimoniaux : le régime de la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC), le régime de la communauté de biens (art. 221 à 246 CC) et le régime de la séparation de biens (art. 247 à 251 CC)²⁴⁴. Parmi les règles sur le régime matrimonial, certaines viennent compléter les règles en matière de droits réels. Il s'agit en particulier des articles 200 CC et 201 CC relatifs au régime de la participation aux acquêts, des articles 226 à 228 CC concernant le régime de la communauté de biens et des articles 248 CC et 247 CC relatifs au régime de la séparation de biens. Les

²⁴¹ L'art. 544 CO est de droit dispositif. Le régime de la propriété commune s'applique faute de convention contraire entre les concubins. Ces derniers peuvent donc déroger à l'art. 544 CO en stipulant la copropriété des art. 646 à 651 CC, ENGEL, p. 719 et réf. cit.

²⁴² CR CO II-CHAIX, art. 534 CO N 4. « Les critères de l'acte excédant les opérations ordinaires ne peuvent être définis de façon abstraite et générale », RECORDON/MANGEAT, II, p. 54.

²⁴³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 753 ; GUILLOD, Familles, N 147 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 181 CC N 2 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 181 CC N 5 ; CR CC I-MOOSER, art. 181 CC N 2.

²⁴⁴ Pour plus de détails sur les régimes des biens des personnes mariées et enregistrées, cf. *infra* § 14.2.2.

articles 200, 226 et 248 CC traitent de la preuve de l'appartenance d'un bien à l'un ou à l'autre des époux, tandis que les articles 201, 227 à 228 et 247 CC régissent les droits des époux propriétaires.

À teneur des articles 200 al. 1 et 248 al. 1 CC, l'époux qui allègue qu'un bien lui appartient « est tenu d'en établir la preuve »²⁴⁵. Cette preuve est en principe facilitée par les présomptions des articles 930 CC pour les choses mobilières et 937 CC pour les immeubles²⁴⁶. En vertu des articles 200 al. 2 et 248 al. 2 CC, lorsque la preuve ne peut pas être apportée, « le bien est présumé appartenir en copropriété aux deux époux ». Dans le régime de la communauté de biens, le bien est présumé appartenir en commun aux époux en cas d'échec de la preuve (art. 226 CC).

La copropriété ordinaire confère à ses titulaires le droit de disposer individuellement de leur quote-part (art. 646 al. 3 CC). Si ce principe est applicable aux concubins copropriétaires, il ne l'est pas aux époux copropriétaires mariés sous le régime légal ordinaire ; l'art. 201 al. 2 CC déroge à la règle énoncée à l'art. 646 al. 3 CC²⁴⁷. Il soumet la validité de l'acte de disposition à l'obtention du consentement de l'autre conjoint, mais laisse la faculté aux époux d'écarter cette exigence par convention²⁴⁸. Inversement, les concubins ont le droit d'aliéner séparément leur part de copropriété, mais peuvent s'engager conventionnellement à ne pas le faire ou à l'aliéner qu'à des conditions déterminées²⁴⁹. Notons que le principe énoncé à l'art. 201 al. 2 CC n'a été repris ni dans le régime de la séparation de bien ni dans celui de la communauté de biens²⁵⁰. Quant à la détermination des parts de propriété des concubins et des époux, elle est régie par la même disposition légale, soit l'art. 646 al. 2 CC qui présume l'égalité des quotes-parts sur un bien en copropriété.

En vertu de l'art. 201 al. 1 CC, chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la disposition de ses acquêts et de ses biens propres. L'art. 247 CC relatif au régime de la séparation de biens correspond à l'art. 201 al. 1 CC, mais ne distingue pas les acquêts et les biens propres puisque cette distinction n'existe pas dans le régime de la séparation de biens. La solution retenue par

²⁴⁵ « La preuve qu'un bien appartient à l'un des époux peut être apportée par tous moyens : pièces, témoignages, expertises, inventaires », DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 321, N 1.2.

²⁴⁶ ATF 117 II 124 cons. 2, JdT 1982 I 16.

²⁴⁷ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 201 CC N 21 ; CR CC I-STEINAUER, art. 201 CC N 14.

²⁴⁸ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 201 CC N 31 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 201 CC N 18.

²⁴⁹ L'art. 646 al. 3 CC est de droit dispositif, à l'instar de l'art. 649 CC.

²⁵⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1521 et 1616a. Mariés sous le régime de la communauté de biens, les époux ne peuvent pas disposer de leur part aux biens communs (art. 222 al. 3 CC). Les époux mariés sous le régime de la séparation de biens sont, en revanche, libres de disposer de leur part de copropriété, à l'instar des concubins copropriétaires ; le consentement du partenaire copropriétaire n'est pas une condition de la validité de l'acte de disposition.

ces deux dispositions légales est semblable à celle de l'art. 641 al. 1 CC relatif à la propriété en général.

¹⁵⁰ Dans le régime de la communauté de biens, « chaque époux a l'administration et la disposition de ses biens propres » (art. 232 al. 1 CC), comme dans le régime de la participation aux acquêts. Quant aux biens communs, la loi opère une distinction entre administration ordinaire (art. 227 CC) et administration extraordinaire des biens communs (art. 228 CC). Dans le premier cas, chaque époux peut engager la communauté et disposer des biens communs (art. 227 al. 2 CC)²⁵¹. Au-delà de l'administration ordinaire, chaque époux a besoin du consentement de l'autre, à moins que les conjoints n'agissent conjointement (art. 228 al. 1 CC). Les articles 227 et 228 CC sont complétés par les articles 229 et 230 CC pour certains actes spécifiques²⁵².

¹⁵¹ Par ailleurs, le droit du mariage a aussi introduit des restrictions particulières des droits des époux sur leurs biens. Ces restrictions, qui valent peu importe le régime matrimonial choisi par les époux, résultent par exemple des articles 159 al. 3 et 163 et suivants CC concernant le devoir d'assistance et d'entretien entre époux (cf. *infra* § 8.2. ; N 158 ss), de l'art. 166 CC relatif au pouvoir de représentation des époux (cf. *infra* § 8.4. ; N 208 ss), de l'art. 169 CC concernant la protection du logement familial (cf. *infra* § 8.3. ; N 182 ss) et de l'art. 170 CC relatif au devoir de renseignement mutuel²⁵³. À ces restrictions s'ajoutent encore celles qui découlent des articles 176 à 178 CC relatifs aux mesures protectrices de l'union conjugale (cf. *infra* § 8.6. ; N 233 ss). Conformément à l'art. 177 CC, le juge peut, si l'époux débiteur d'entretien néglige son obligation, ordonner aux débiteurs de ce dernier « d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains » du créancier de l'entretien²⁵⁴. Selon l'art. 178 CC, un époux, à la différence d'un concubin, peut aussi être restreint dans sa capacité de disposer de ses propres biens par une décision du juge des mesures protectrices de l'union conjugale. Pour ce faire, il faut que le juge soit saisi d'une requête de la part de l'autre conjoint (cf. art. 172 CC), que « les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligation découlant du

²⁵¹ Pour plus de développements sur la notion et l'étendue de l'administration ordinaire, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1500 ss ; CR CC I-MEIER, art. 227/228 CC N 9 ss. Pour plus de détails sur la notion et l'étendue de l'administration extraordinaire, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1506 ss ; CR CC I-MEIER, art. 227/228 CC N 14 ss.

²⁵² Lorsque les biens communs servent à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise par l'un des conjoints à l'exclusion de l'autre, ce dernier peut consentir à l'avance et une fois pour toutes à tous les actes d'administration entrant dans l'exercice de cette activité, cf. art. 229 CC. Lorsqu'un époux devient héritier, il ne peut répudier une succession qui entrerait dans les biens communs ni accepter une succession insolvable sans le consentement de son conjoint, cf. art. 230 al. 1 CC. Le refus de consentement permet à l'époux de recourir au juge, cf. art. 230 al. 2 CC.

²⁵³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 243b.

²⁵⁴ Pour plus de développements sur l'art. 177 CC, cf. notamment DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 639 ss ; CPra Matrimonial-PELLATON, art. 177 CC N 1 ss.

mariage » soient sérieusement menacées (art. 178 al. 1 CC) et que le juge statue dans le sens de l'époux demandeur²⁵⁵.

Le régime des biens des **partenaires enregistrés** est régi par les articles 18 ss LPart. Les questions relatives au fardeau de la preuve de la propriété d'un bien et des conséquences de l'absence de preuve sont traitées en particulier à l'art. 19 LPart, lequel stipule que « quiconque allègue qu'un bien appartient à l'un ou l'autre des partenaires est tenu d'en établir la preuve (al. 1). À défaut de preuve, le bien est présumé appartenir en copropriété aux deux partenaires (al. 2) ». Cette disposition légale est formulée de façon semblable aux articles 200 et 248 CC²⁵⁶. Les remarques faites ci-dessus au sujet de ces deux normes sont donc valables par analogie pour les partenaires enregistrés.

L'art. 18 al. 1 LPart régit les droits qui résultent de la propriété. Il n'est pas rédigé en des termes identiques à l'art. 247 CC relatif aux pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition des époux mariés sous le régime de la séparation de biens. En effet, il pose le principe que « chaque partenaire dispose de ses biens », mais ne précise pas que les partenaires ont la libre administration et la libre jouissance de leurs biens. Cette absence de précision ne porte cependant pas à conséquence dans la mesure où le droit de disposer suppose nécessairement le droit d'administrer et de jouir du bien²⁵⁷.

Il convient de souligner que la LPart ne contient pas de norme analogue à l'art. 201 al. 2 CC. Le consentement du partenaire copropriétaire n'est, en conséquence, pas une condition de la validité de l'acte de disposition. En revanche, lorsque les partenaires ont convenu d'appliquer les règles de la participation aux acquêts au moment du partage de leurs biens en vertu de l'art. 25 LPart, l'art. 201 al. 2 CC leur est applicable par analogie.

À l'instar des époux, le droit de chaque partenaire de disposer d'un bien est limité par les obligations que les partenaires ont l'un envers l'autre en vertu des articles 12 à 17 LPart²⁵⁸. En outre, lorsqu'un partenaire souhaite disposer de certains de ses biens sans le consentement de l'autre et que cet acte est susceptible de menacer les intérêts de la communauté, l'autre partenaire a la faculté d'en appeler au juge conformément à l'art. 22 LPart. Cette disposition correspond en tout point à l'art. 178 CC. Les développements de la

²⁵⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 670 ss ; CPra Matrimonial-PELLATON, art. 178 CC N 1 ss.

²⁵⁶ FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 19 LPart N 1 ; WOLF/STEINER, p. 163.

²⁵⁷ GUILLOD, N 216. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1630 renvoient aux remarques faites sur l'art. 247 CC relatif au régime de la séparation de biens, affirmant que « chaque partenaire conserve la propriété, la possession, l'administration, l'usage, la jouissance et la disposition de ses biens ».

²⁵⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1631 ; Message LPart, p. 1241. Comme pour les époux, ces limites découlent notamment de l'obligation d'assistance et d'entretien entre les partenaires (art. 12 LPart), du pouvoir de représenter la communauté (art. 15 LPart) et des restrictions à la disposition du logement (art. 13 LPart).

jurisprudence et de la doctrine au sujet de cette norme peuvent dès lors servir pour l'interprétation de l'art. 22 LPart²⁵⁹.

¹⁵⁶ Il apparaît, en résumé, que le statut des biens du couple diffère suivant que le couple vit en concubinage, en communauté conjugale ou en partenariat. Le fait de vivre en union libre n'entraîne pas d'effet juridique particulier sur le patrimoine des concubins. Ces derniers sont indépendants l'un de l'autre, gardent la propriété, la jouissance et l'administration de leurs biens et en disposent librement, sauf convention contraire. Il n'existe pas de mécanisme restreignant leurs droits si leurs actes portent atteinte aux intérêts de l'union. À l'instar des concubins, les époux, soumis à la participation aux acquêts et à la séparation de biens, ainsi que les partenaires enregistrés demeurent relativement indépendants quant à leur patrimoine pendant le mariage et le partenariat enregistré. Cette liberté est toutefois limitée du fait qu'ils forment une communauté conjugale ou un partenariat. Comme évoqué ci-dessus, il existe diverses dispositions légales régissant les biens des époux et des partenaires enregistrés pendant l'union. Ces dispositions influencent les rapports juridiques des membres du couple en prévoyant notamment une présomption de copropriété (selon que le couple a adopté le régime de la participation aux acquêts ou de la séparation de biens), une présomption en faveur des biens communs (si le couple est marié sous le régime de la communauté de biens), ainsi que des restrictions aux droits des membres du couple de jouir, d'administrer et de disposer de leurs biens pendant l'union.

8.2. L'assistance et l'entretien

¹⁵⁷ **La communauté de fait**, de par sa nature, n'engendre pour les concubins aucun devoir d'assistance, de fidélité ou d'entretien réciproque pendant l'union²⁶⁰. Les personnes vivant maritalement n'ont aucune obligation de contribuer aux charges du ménage. Si l'un des concubins se trouve dans une situation économique délicate, l'autre n'est pas légalement tenu de l'assister ou de l'entretenir pendant l'union, même s'il est aisé financièrement. S'il le fait en revanche, les prestations qu'il fournit sont considérées comme relevant d'un devoir moral et ne donnent pas lieu à un remboursement²⁶¹, sauf convention

²⁵⁹ Message LPart, p. 1242.

²⁶⁰ ATF 112 Ia 251 ; 137 V 105 ; BONETTI, Concubinage, p. 536 ; FAVRE, Concubinage, p. 158 ; GUILLOD, Familles, N 116. Ni après la fin de l'union d'ailleurs, cf. ATF 137 V 82 cons. 5.4 ; 137 V 133 cons. 4.2 ; 135 III 59 cons. 4.2, JdT 2009 I 627 ; AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 16 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 163 CC N 6.

²⁶¹ « Le devoir moral se distingue de l'obligation en ceci qu'il n'est pas imposé par l'ordre juridique, mais par les mœurs », TERCIER/PICHONNAZ, N 302. Il s'agit d'une obligation imparfaite, au même titre que l'obligation naturelle : le créancier ne peut en obtenir l'exécution forcée, mais si le débiteur l'exécute, sa prestation a une cause et ne peut donc pas être répétée, TERCIER/PICHONNAZ, N 296 ss.

contraire entre les concubins²⁶².

Contrairement aux concubins, **les personnes mariées** sont tenues, de par la loi, de s'assister mutuellement. Le devoir d'assistance de l'époux et de l'épouse a son fondement à l'art. 159 CC, disposition légale qui « domine tout le droit du mariage »²⁶³. Cette norme sert à interpréter les articles 160 à 180 CC ou les dispositions légales relatives aux régimes matrimoniaux qui imposent un comportement²⁶⁴. L'art. 159 CC comprend trois alinéas. L'alinéa 1, à teneur duquel « la célébration du mariage crée l'union conjugale », définit le champ d'application du droit matrimonial²⁶⁵. Les alinéas 2 et 3 précisent l'alinéa 1 en soulignant quels sont les buts finaux de l'union conjugale : les époux sont tenus d'assurer la prospérité de l'union conjugale et de pourvoir ensemble à l'entretien de la famille (al. 2) ; ils se doivent assistance et fidélité l'un envers l'autre (al. 3)²⁶⁶. 158

Le devoir d'assistance comporte deux aspects : un aspect personnel puisque les époux se doivent un soutien affectif et moral l'un envers l'autre²⁶⁷ ; et un aspect patrimonial puisqu'ils sont tenus de s'entraider financièrement²⁶⁸. Ce dernier aspect se retrouve à l'art. 163 CC qui consacre l'obligation d'entretien entre époux et détermine la manière dont chaque conjoint apporte sa contribution²⁶⁹. 159

Les principes généraux de l'entretien sont énoncés aux articles 159 al. 3 et 163 CC²⁷⁰. Conformément à l'art. 163 al. 1 CC, mari et femme sont tenus de contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille²⁷¹. Contrairement aux concubins, les époux ont un devoir mutuel d'entretien qui découle directement de la loi et non de la volonté des parties. Cette obligation incombe à l'époux et à l'épouse de manière égale envers l'union et la famille 160

²⁶² ATF 137 V 103 cons. 9.3 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.45 ; PULVER, Union libre, p. 36 s. et 59 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 19 N 9 ; WERRO, Concubinage, N 129.

²⁶³ Message 1979, N 211, p. 1226.

²⁶⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 32 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 159 CC N 2 ; CR CC I-LEUBA, art. 159 CC N 1 et réf. cit. Selon DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 32, l'art. 159 CC est une norme programme dont on ne peut déduire aucun droit ni aucun devoir déterminé. L'art. 163 CC par exemple est une concrétisation de l'art. 159 CC, BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 1.

²⁶⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 27. Pour plus de détails sur l'art. 159 al. 1 CC, cf. BRÄM/HASENBÖHLER, art. 159 CC N 7 et 8 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 39 ss ; CR CC I-LEUBA, art. 159 CC N 2 ss ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 159 CC N 3 ss.

²⁶⁶ Pour des développements sur les effets du devoir de fidélité, cf. CR CC I-LEUBA, art. 159 CC N 9 ss ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 159 N 11 ss.

²⁶⁷ CR CC I-LEUBA, art. 159 CC N 12 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 159 CC N 12. Pour plus de développements sur ce que le devoir d'assistance implique, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 47 ss.

²⁶⁸ CR CC I-LEUBA, art. 159 CC N 11 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 159 CC N 12.

²⁶⁹ L'art. 163 CC est applicable à toutes les personnes mariées sans égard à leur régime matrimonial, cf. BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 2.

²⁷⁰ L'art. 159 al. 3 CC est complémentaire à l'art. 163, CR CC I-PICHONNAZ, art. 163 CC N 2.

²⁷¹ Pour plus de détails sur ce que couvre la notion d'« entretien convenable », cf. BÜCHLER/VETTERLI, p. 41 s. ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 163 CC N 9 ss ; STETTLER/GERMANI, N 77 ss.

qu'ils créent ensemble, mais aussi à l'égard de chacun d'eux²⁷². La notion de « famille à entretenir » ne s'étend pas qu'aux membres du couple ; elle comprend les enfants communs et non communs, ainsi que d'autres personnes dépendantes faisant ménage commun avec les époux²⁷³.

¹⁶¹ Lorsque les ressources de la famille le permettent, l'art. 164 al. 1 CC assure à « l'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise » et qui ne dispose donc pas de revenu propre, « le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement ». Il constitue le prolongement du devoir d'entretien de l'art. 163 CC et vise à garantir aux deux époux une indépendance financière équivalente²⁷⁴. Le montant qui doit être versé en vertu de l'art. 164 CC n'est ni un salaire ni de l'argent de poche²⁷⁵. Ce montant doit permettre à l'époux créancier dont les revenus sont insuffisants de satisfaire ses besoins personnels dans le cadre élargi de l'entretien du ménage, et ne peut être exigé que si la situation de la famille le permet²⁷⁶.

¹⁶² En sus du montant prévu à l'art. 164 al. 1 CC, l'art. 165 CC²⁷⁷ assure à l'époux qui aide son conjoint dans sa profession ou son entreprise (al. 1) ou qui a contribué « par ses revenus ou sa fortune » à l'entretien de la famille (al. 2) « dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille » au sens de l'art. 163 CC²⁷⁸, une indemnité

²⁷² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 408 et réf. cit. ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 5 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 163 CC N 4.

²⁷³ S'agissant de l'entretien des enfants communs et non communs : ATF 129 III 417 cons. 2.2, JdT 2004 I 115 ; BADDELEY/LEUBA, p. 178 ss ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 06.01. Les art. 276 ss CC concernent directement l'entretien des enfants. S'agissant des personnes dépendantes : DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 49 et 410 ss ; HEGNAUER/BREITSCHMID, Ehrechts, N 15.24 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 6 ; STETTLER/GERMANI, N 27 ; CHK-ZEITER, art. 163 CC N 3 et réf. cit.

²⁷⁴ ATF 114 III 83, JdT 1990 II 172.

²⁷⁵ ATF 114 III 83, JdT 1990 II 172 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 164 CC N 19 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 164 CC N 29. Mais si une prétention est justifiée par l'art. 164 CC, elle comprend aussi l'argent de poche de l'art. 163 CC.

²⁷⁶ ATF 114 III 81, JdT 1990 II 165 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 464 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 164 CC N 19. Les besoins personnels nécessitent des moyens supérieurs à ce qui peut être exigé au titre de l'entretien au sens de l'art. 163, CR CC I-PICHONNAZ, art. 164 CC N 31. Pour plus de développements sur le calcul du montant équitable de l'art. 164 CC, cf. notamment DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 465 ss ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 164 CC N 14 ss ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 164 CC N 22 ss ; ZK ZGB-BRÄM, art. 164 CC.

²⁷⁷ Les articles 164 et 165 CC apportent quelques corrections à l'art. 163 CC dans la mesure où cette disposition peut parfois paraître peu équitable selon les circonstances, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 403.

²⁷⁸ L'art. 163 CC doit ici être interprété largement, CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 40 et réf. cit. ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 165 CC N 32.

équitable^{279/280}. La contribution extraordinaire de cet époux ne doit pas avoir été fournie « en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou en vertu d'un autre rapport juridique » (art. 165 al. 3 CC). Nous aurons l'occasion d'examiner l'art. 165 al. 1 CC lorsque nous traiterons des prétentions découlant des rapports de travail (cf. *infra* § 14.3., N 495 ss).

Le devoir d'entretien entre époux débute avec le mariage et prend fin à la dissolution de l'union conjugale par divorce ou du fait du décès de l'un des conjoints²⁸¹. Si la vie commune est suspendue ou si une séparation de corps est prononcée par le juge, les époux restent liés par leur devoir d'entretien (art. 118 al. 2 et 176 al. 1 ch. 1 CC). Comme nous le verrons plus en détails au chapitre 14.4., la dissolution de l'union conjugale par le divorce laisse subsister, à certaines conditions fixées à l'art. 125 CC, un devoir de soutenir financièrement son ex-conjoint. 163

La loi sur le **partenariat enregistré** impose également un devoir d'assistance et d'entretien entre les partenaires. Aux termes de l'art. 12 LPart, « les partenaires se doivent l'un à l'autre assistance et respect ». Cette disposition légale a été reprise telle quelle du droit du mariage et sert à l'interprétation des autres dispositions de la LPart²⁸². Le devoir d'entretien mutuel des partenaires enregistrés est exprimé à l'art. 13 LPart. Cette disposition – rédigée en des termes semblables à l'art. 163 al. 1 CC²⁸³ – énonce que « les partenaires contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté ». Tandis qu'en droit de la famille l'entretien est dû « à la famille dans son ensemble », la LPart impose l'entretien de « la communauté ». Notons que les droits et devoirs en matière d'assistance et d'entretien entre partenaires enregistrés sont presque identiques à ceux entre époux en vertu des articles 159 et 163 CC²⁸⁴. 164

²⁷⁹ Pour déterminer si une contribution peut être considérée comme « notablement supérieure », le juge apprécie l'ensemble des circonstances du cas d'espèce en fonction de critères objectifs, ATF 138 III 348 cons. 7 ; 120 II 280 cons. 6a, JdT 1997 I 316, SJ 1995 341 ; TF 5A_642/2011 du 14 mars 2012, cons. 4.2.1., publié *in* : FamPra.ch 2012, p. 716 ; 5C.290/2006 du 9 mars 2006, cons. 2.1, publié *in* : FamPra.ch 2007, p. 633 ; FAVRE, Contribution extraordinaire, p. 825 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 165 CC N 22 ; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, N 301 ss. Il convient en particulier de tenir compte de la durée et de la régularité de la collaboration, ainsi que de l'importance de la contribution, laquelle est considérée en général comme notablement supérieure lorsque le travail fourni correspond à celui d'un employé salarié, BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 5.

²⁸⁰ Pour plus de détails sur l'indemnité équitable de l'art. 165 CC, cf. notamment DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 476 ss ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC ; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, N 286 ss ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC ; ZK ZGB-BRÄM, art. 165 CC.

²⁸¹ ATF 134 III 577 cons. 3 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 163 CC N 46 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 2.

²⁸² BÜCHLER/VETTERLI, art. 12 LPart N 1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 68 ; WOLF/GENNA, Zürcher Kommentar zum PartG, art. 12 LPart N 1.

²⁸³ GRÜTTER/SUMMERMATER, Partnerschaftsgesetz, p. 452.

²⁸⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 549.

¹⁶⁵ Alors qu'il existe un système de compensation prévu aux articles 164 et 165 CC pour les personnes mariées, la LPart ne contient pas de mécanisme comparable²⁸⁵ ; le partenaire qui voue ses soins au ménage ou aide l'autre dans sa profession ou fournit des contributions extraordinaires à l'entretien de la famille ne peut prétendre à aucun montant équitable, respectivement à aucune indemnité. La doctrine est cependant d'avis que l'art. 13 LPart contient de manière implicite le montant équitable de l'art. 164 CC, si bien que les partenaires peuvent bénéficier de la même autonomie financière que les couples mariés²⁸⁶. Le partenaire se trouvant dans une situation analogue à l'alinéa 1 ou à l'alinéa 2 de l'art. 165 CC n'a en revanche pas d'autre choix que de fonder sa prétention sur le droit ordinaire, plus particulièrement sur le contrat de travail (art. 320 CO) ou sur le contrat de prêt (art. 305 CO)²⁸⁷. Nous y reviendrons au chapitre 14.3.

¹⁶⁶ Les articles 159 à 165 CC ainsi que les articles 12 et 13 LPart ne sont applicables ni directement ni par analogie aux concubins²⁸⁸. La raison invoquée à l'appui de ce refus dans les décisions judiciaires est qu'il ne faut pas faire produire à une simple situation de fait des effets juridiques dont les parties n'auraient pas voulu²⁸⁹ ; en ne se mariant pas ou en ne s'enregistrant pas, les concubins manifesteraient leur choix de ne pas soumettre leur mode de vie à un régime juridique préétabli, en particulier à l'obligation de s'assister mutuellement sur le plan financier. À défaut d'engagement volontaire, unilatéral ou conventionnel dans ce sens, parler d'obligations d'assistance et d'entretien entre concubins serait donc incorrect.

¹⁶⁷ Nous constatons pourtant que le Tribunal fédéral a admis au cas par cas l'existence de telles obligations lorsque le concubinage est dit « qualifié » ou « stable » aux fins de nier le droit à l'entretien post-divorce d'un des partenaires. Le concubinage est dit « qualifié » ou « stable » lorsque la communauté de vie des concubins a un caractère exclusif et durable, présentant des composantes spirituelle, corporelle et économique, ce que le Tribunal fédéral appelle souvent une « communauté de toit, de table et de lit » (cf. *supra* § 1.)²⁹⁰. Dans sa jurisprudence relative à l'application de l'ancien

²⁸⁵ Message LPart, p. 1215.

²⁸⁶ FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/VETTERLI, art. 13 LPart N 28 ; CR-CC I-PICHONNAZ, art. 164 CC N 9 ; WOLF/GENNA-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 13 LPart N 8.

²⁸⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 551 et réf. cit.

²⁸⁸ BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 163 CC N 4.

²⁸⁹ Cf. notamment ATF 108 II 204 cons. 3, JdT 1982 I 570. Cf. aussi HERZ/WALPEN, N 7 ; PULVER, Union libre, p. 24.

²⁹⁰ ATF 109 II 15, JdT 1981 I 601 ; 114 II 295 cons. 1a ; 118 II 235 cons. 3a, JdT 1994 I 331 ; 124 III 52 cons. 2a/aa et les réf. cit. Pour une définition plus récente du concubinage qualifié, cf. ATF 138 III 157 cons. 2.3.3, SJ 2012 I 153 ; TF 5A_613/2010 du 3 décembre 2010, cons. 2 et arrêts cités.

art. 153 al. 1 aCC²⁹¹, le Tribunal fédéral a considéré qu'un concubinage « qualifié » après divorce entre l'ex-époux créancier et un tiers devait en principe entraîner la suppression du droit à la rente au même titre qu'un remariage²⁹². L'argumentation des juges reposait sur l'idée qu'un concubinage « qualifié » était assimilable à un mariage et impliquait que les concubins s'assistent et s'entraident financièrement d'une façon semblable à ce qu'exigent les articles 159 al. 3 et 163 CC²⁹³. L'inaptitude des concubins à pouvoir s'assister du point de vue financier pour des raisons liées à leur situation économique était considérée comme non pertinente par les juges ; seuls étaient déterminants la stabilité de l'union, le degré d'affection et l'existence d'une communauté de destin entre les concubins²⁹⁴.

L'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral a été largement critiquée par la doctrine majoritaire²⁹⁵. Celle-ci préconisait une suspension de la rente en lieu et place de sa suppression, arguant que l'ex-époux qui se voyait refuser le droit à la rente du fait d'un concubinage prenant fin par la suite, ne se retrouvait pas dans une situation analogue à celui qui s'était remarié : il ne profitait pas d'un véritable droit à l'assistance et à l'entretien de la part de son nouveau compagnon²⁹⁶. Nonobstant cette critique convaincante, notre Haute Cour n'a jamais admis, sous le droit du divorce antérieur, une simple suspension de la rente pendant la durée du concubinage²⁹⁷ !

Avec l'entrée en vigueur de l'art. 129 al. 1 CC en 2000, le législateur a introduit un régime plus souple. Lorsque l'époux créancier vit dans un concubinage stable, le juge a le choix entre diminuer, supprimer ou suspendre

²⁹¹ L'ancien art. 153 CC a été abrogé par la loi fédérale du 26 juin 1998 avec effet dès le 1^{er} janvier 2000. Selon cette disposition, « l'époux auquel une rente viagère a été allouée par jugement ou convention, à titre de dommages-intérêts, de réparation morale ou d'aliments, cesse d'y avoir droit s'il se remarie ». L'art. 130 al. 2 CC reprend la substance de l'art. 153 aCC.

²⁹² Cette suppression n'était toutefois pas automatique, à l'instar du remariage, mais résultait d'un jugement, NOIR-MASNATA, p. 78. Elle devait être ordonnée par le juge. Une durée de plus de cinq au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce présumait la stabilité de la relation et justifiait une suppression de la rente, cf. ATF 109 II 188, JdT 1985 I 301 ; 114 II 295 cons. 1c, JdT 1991 I 66 ; 118 II 235 cons. 3a, JdT 1994 I 331 et SJ 1992 590.

²⁹³ Pour le premier arrêt publié sur le sujet, cf. ATF 106 II 1, JdT 1980 I 542. Cf. également : ATF 107 II 297, JdT 1983 I 93 et SJ 1982 523 ; 118 II 235 cons. 3, JdT 1994 I 331 ; 124 III 52 cons. 2.a. Pour un arrêt récent en rapport avec la suppression de la rente sous l'ancien droit, cf. TF 5A_321/2008 du 7 juillet 2008. Il n'est pas tout à fait clair si le TF s'est basé sur la notion d'abus de droit ou sur l'application par analogie de l'art. 153 aCC pour justifier la suppression du droit à la rente liée au divorce, CHAPPUIS, p. 399 ss et SCHWANDER, p. 919.

²⁹⁴ ATF 124 III 52 cons. 2a/aa ; 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331 et SJ 1992 590 ; 116 II 394 cons. 3, JdT 1993 I 2. Dans l'ATF 114 II 295, le TF a toutefois considéré que le droit à la rente ne doit pas être supprimé s'il y a des motifs particuliers et sérieux ne permettant pas à l'ayant droit de compter sur un soutien de la part de son concubin analogue à celui d'un conjoint.

²⁹⁵ Cf. notamment CHAPPUIS, p. 405 ss et 417 ss ; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N 753 et réf. cit. ; GROSSEN/GUILLOD, p. 284 et réf. cit. ; SANDOZ, DIVORCE, p. 712 ; WERRO, Obligation, p. 49.

²⁹⁶ Message Divorce, p. 123, en particulier nbp 369.

²⁹⁷ Cf. en particulier : ATF 124 III 52 ; 118 II 235, JdT 1994 I 331 ; 114 II 295, JdT 1991 I 66 ; 107 II 297.

la rente allouée pour une durée déterminée²⁹⁸. La loi ne distingue malheureusement pas les conditions d'une suspension des conditions d'une suppression de la rente si bien qu'il est indispensable de consulter la jurisprudence rendue sur le sujet.

¹⁷⁰ D'une manière générale, le Tribunal fédéral juge que ce qui importe pour décider d'une suspension ou d'une suppression de la rente de l'ex-époux crédirentier, n'est non pas la durée du concubinage, mais l'avantage économique qui découle de la vie en union libre²⁹⁹. Si la communauté de fait offre des avantages similaires au mariage, car les concubins se prêtent assistance et soutien, elle doit alors justifier une modification de la contribution d'entretien du crédirentier.

¹⁷¹ S'agissant de la *suspension* de la contribution d'entretien pour une durée déterminée, il ressort de la jurisprudence qu'elle peut être admise même si les exigences de l'ancien droit concernant l'existence d'un concubinage qualifié entre le crédirentier et une tierce personne ne sont pas remplies³⁰⁰. Une suspension de la rente est ainsi possible quand bien même le concubinage du crédirentier n'aurait pas encore atteint une durée de cinq ans au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce³⁰¹ ; il suffit que la relation présente « une stabilité suffisante »³⁰². Une majorité des auteurs rejoint cet avis³⁰³. Nous notons cependant que la question relative aux éléments à prendre en compte pour décider si un concubinage peut ou non entraîner une suspension de l'entretien ne fait pas l'objet d'une jurisprudence

²⁹⁸ Message Divorce, p. 123 ; TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, cons. 5.1.1. ; 5P.485/2006 du 20 juillet 2007, cons. 2.3.1. ; 5C_296/2001 du 12 mars 2002, cons. 3b/aa. Précisons que le nouveau droit ne fixe aucun délai légal pour la suspension du versement de la rente. Cette suspension doit néanmoins toujours être envisagée pour une durée déterminée, HAUSHEER, *Scheidungsunterhalt*, N 3.72 ; Message Divorce, N 233.543 ; SUTTER/FREIBURGHAN, art. 129 CC N 36.

²⁹⁹ ATF 138 III 97 cons. 2.3.2.

³⁰⁰ TF 5A_593/2013 du 20 décembre 2013, cons. 3.3.1, avec renvoi à l'arrêt TF 5A_81/2008 du 11 juin 2008, cons. 5.4.4 et 5.5, publié *in* : FamPra.ch 2008, p. 944 et à l'arrêt TF 5C.296/2001 du 12 mars 2002, cons. 3b/bb.

³⁰¹ ATF 138 III 97 cons. 3.4.2 ; 118 II 235 cons. 3a, JdT 1994 I 331 ; 114 II 295 cons. 1c, JdT 1991 I 66. Selon le Message du Conseil fédéral, cette possibilité se justifie puisque la suspension permettrait justement « d'attendre que la situation ait évolué jusqu'à ce que des éléments devant servir de base à une décision de suppression définitive soient fixés », Message Divorce, N 233.543.

³⁰² TF 5A_81/2008 du 11 juin 2008, cons. 5.4.4. et 5.5., publié *in* : FamPra.ch 2008, p. 944 ; 5C.265/2002 du 1^{er} avril 2003, cons. 2.4 non publié aux ATF 129 III 257 ; 5C.296/2001 du 12 mars 2002, cons. 3b/bb ; CJ-GE, arrêt du 14 novembre 2003, publié *in* : FamPra.ch 2005, p. 362, en particulier p. 363, cons. 2.4.

³⁰³ Cf. BOHNET/BURGAT, p. 4 ; BÜCHLER/STEGMANN, p. 234 ; HAUSHEER, *Scheidungsunterhalt*, N 3.71 ; HAUSHEER/SPYCHER, *Unterhalt*, N 10.30i ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129 CC N 45 ; WERRO, *Concubinage*, N 715.

constante de la part des tribunaux et est controversée en doctrine^{304/305}.

Quant à la possibilité de *supprimer* la rente en vertu de l'art. 129 al. 1 CC, notre Haute Cour l'admet, mais avec beaucoup de retenue³⁰⁶. Une petite partie des auteurs, dont nous partageons l'avis, considèrent qu'un concubinage même qualifié ne peut jamais entraîner une suppression de la contribution d'entretien après divorce, mais uniquement sa suspension³⁰⁷. Cette solution se justifie dans la mesure où elle permet d'éviter que le crédientier se retrouve dénué de tout aide financière à la dissolution de l'union libre puisque il ne peut jamais obtenir une contribution d'entretien de la part de son ex-concubin. D'autres auteurs, à notre regret, se prononcent pour une extinction définitive du droit à la rente dès lors que le concubinage est « qualifié », c'est-à-dire supérieur au délai de cinq ans³⁰⁸.

172

³⁰⁴ L'Obergericht du canton de Lucerne a, par exemple, affirmé qu'une suspension ne se justifiait que dans l'hypothèse d'un concubinage « qualifié », conformément aux critères posés par l'ancienne jurisprudence, cf. Obergericht des Kantons Luzern, décision du 30 mars 2001, publié in : FamPra.ch 2002, p. 151, cons. 4.2.2. Dans le même sens, voir la Décision du Juge du district de Sion (VS) du 14 juillet 2005, publié in : RVJ 2006 240, cons. 8b dans laquelle la suppression ainsi que la suspension de la contribution d'entretien ont été refusées au motif que le concubinage en question n'avait duré que trois ans et demi. Dans l'arrêt TF 5C_296/2001 du 12 mars 2002, cons. 3b/bb, le TF a ordonné une suspension de la rente après trois ans de vie commune, car la crédientière avait eu deux enfants avec son concubin. Dans le même sens, cf. TF 5A_81/2008 du 11 juin 2008, cons. 4.1 et 5, publié in : FamPra.ch 2008, p. 944. Dans l'arrêt TF 5A_593/2013 du 20 décembre 2013, cons. 3.4, le TF a ordonné la suspension de la contribution d'entretien, retenant que l'installation commune dans un autre canton était une preuve de la stabilité de la relation vécue entre la crédientière et son concubin, même si cette relation avait duré un peu plus de trois ans. *Contra* : TF 5C.112/2005 du 4 août 2005, publié in : FamPra.ch 2006, p. 149. Cf. aussi : TF 5C.265/2002 du 1^{er} avril 2003, partiellement reproduit in : FamPra.ch 2003, p. 685 ; CJ-GE, arrêt du 14 novembre 2003, publié in : FamPra.ch 2005, p. 365 : la suspension de la rente ne se justifie qu'en cas de concubinage stable et la naissance d'un enfant ne justifie pas que le concubinage doive automatiquement être considéré comme stable.

³⁰⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 03.82. Selon CR CC I-PICHONNAZ, art. 129 CC N 46 et SUTTER/FREIBURGHaus, art. 129 CC N 26, il faut se baser sur l'impact économique du concubinage et analyser si celui-ci influence de manière durable et notable la situation économique du crédientier. D'un autre avis : FamKomm Scheidung-SCHWENZER, Scheidung, art. 129 CC N 18 ; BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, art. 129 CC N 14 et WERRO, Concubinage, N 708, pour qui l'ancienne jurisprudence développée sur le concubinage qualifié doit rester applicable à l'art. 129 al. 1 CC.

³⁰⁶ Dans l'arrêt TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, publié in : FamPra.ch 2013, p. 480 ss, le TF a considéré que la rente de la crédientière devait être supprimée au motif que son concubinage durait depuis dix ans et ajouté que les facteurs économiques ne revêtaient pas une importance prioritaire. Pour une analyse de cet arrêt, cf. SIMEONI. Sur la suppression de la contribution d'entretien, cf. aussi TF 5A_81/2008 du 11 juin 2008, publié in : FamPra.ch 2008, p. 944 ss.

³⁰⁷ SUTTER/FREIBURGHaus, art. 129 CC N 28.

³⁰⁸ De cet avis, cf. en particulier : BÜCHLER/STEGMANN, p. 245 ; FASEL/WEISS, p. 17 ; HAUSHEER, Scheidungsunterhalt, N 3.71 ; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, N 10.40 ; BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, art. 129 CC N 15 ; WERRO, Concubinage, N 717 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129 CC N 54, affirmant que la suppression totale de la rente en cas de concubinage doit rester possible, mais être soumise à des conditions restrictives. Selon BOHNET/BURGAT, p. 4, « une vie commune stable de trois années ou plus et l'existence d'un ou plusieurs enfants communs devraient tendre à la suppression de la contribution d'entretien, par une application analogique des règles relatives au remariage. Si la vie commune est d'une durée inférieure, la suspension de la rente devrait être prononcée ». « Une suppression ne pourra par ailleurs et en principe intervenir qu'à la condition que la part de la contribution destinée à couvrir des manques de prévoyance liés à l'impact du mariage antérieur aient été couverts ou pourront l'être dans le futur », CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 129 CC N 52.

¹⁷³ Dans un arrêt de 2006 non publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a exclu toute application par analogie de l'art. 130 al. 2 CC relatif à la suppression de la contribution d'entretien en cas de remariage de l'époux créancier au concubinage qualifié³⁰⁹. Une suppression automatique de la rente en cas de concubinage qualifié n'est ainsi plus possible. Seule entre désormais en ligne de compte une action en suspension ou en suppression de la rente selon l'art. 129 al. 1 CC³¹⁰.

¹⁷⁴ En prévoyant la possibilité de suspendre le droit au versement d'une pension accordée après le divorce, le législateur a atténué l'effet négatif que notre Haute Cour conférerait à l'union libre. Grâce à cette possibilité, le crédientier n'est désormais plus privé indéfiniment de toute aide financière au cas où son concubinage prendrait fin par la suite puisque l'obligation d'entretien du débientier renaît dès l'expiration de la durée fixée par le juge. Soulignons néanmoins que l'état actuel de la jurisprudence, le flou quant aux éléments à prendre en compte pour décider d'une suspension ou d'une suppression du versement de la rente, et les opinions divergentes de la doctrine entraînent aujourd'hui une insécurité juridique que nous pouvons regretter. Admettre une suspension du droit à la rente revient en outre toujours à accepter l'existence d'un devoir d'assistance et d'entretien entre les concubins, devoir qui n'a aucun fondement juridique. Le Tribunal fédéral ne manque d'ailleurs pas de le rappeler – lors de la désunion essentiellement³¹¹.

¹⁷⁵ Cette analyse comparative permet de constater qu'il existe, en matière d'assistance et d'entretien, des différences considérables selon la communauté de vie choisie par le couple. Par la célébration du mariage et la conclusion du partenariat enregistré, les époux et les partenaires enregistrés s'obligent mutuellement à s'assister et à pourvoir ensemble à leur entretien. Comme nous le verrons au chapitre 14.4., le devoir d'assistance et d'entretien des époux et des partenaires enregistrés se perpétue même après la fin de l'union. *A contrario*, l'entrée en union libre n'implique aucune conséquence juridique *ex lege*. Il n'y a donc, entre les concubins, ni devoir d'assistance et d'entretien, ni solidarité post-union³¹². De tels devoirs ne peuvent être que de nature morale ou conventionnelle. En effet, rien n'empêche les concubins de fixer conventionnellement la façon dont chacun apportera sa contribution à l'entretien de la famille, le mode de partage des frais communs du ménage, le

³⁰⁹ TF 5C.93/2006 du 23 octobre 2006, cons. 2.1, publié *in*: FamPra.ch 2007, p. 154. Cf. aussi TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, cons. 5.1.1.

³¹⁰ CR CC I-PICHONNAZ, art. 130 CC N 13.

³¹¹ Dans l'ATF 138 III 689, le TF a considéré par exemple qu'on ne peut construire un devoir légal ou moral de contribuer à l'entretien de la mère non mariée. Cf. aussi TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008.

³¹² RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, p. 904 ; SANDOZ, Problèmes, p. 48 ; WERRO, Concubinage, N 129.

mode d’approvisionnement du compte commun et la répartition initiale des tâches³¹³.

À cela s’ajoute que le droit met à disposition des couples formels une palette de moyens, tant en matière civile qu’en matière pénale, permettant au créancier d’obliger le débiteur de l’entretien à s’acquitter de son obligation. À l’inverse, l’absence d’obligation légale d’entretien entre concubins implique que le concubin créancier ne peut pas avoir recours aux procédures civiles et pénales habituellement utilisées par les époux et les partenaires enregistrés. 176

8.3. Le logement commun

Les **concubins** n’ont aucune obligation de vivre ensemble et de choisir un logement commun. Malgré tout, il arrive fréquemment que les concubins forment une communauté domestique. C’est dans cette hypothèse que les problèmes peuvent survenir, en particulier lorsque le logement appartient à l’un des membres du couple exclusivement. 177

Si le logement est détenu sur le fondement d’un droit réel par l’un des concubins seulement, ce dernier a la faculté de disposer à tout moment de ses droits sur la demeure familiale et n’est aucunement tenu d’en aviser son compagnon ou sa compagne. Il profite seul des garanties attachées au droit réel ou personnel qu’il a acquis en son nom, et son partenaire peut se trouver à la merci de ses décisions. 178

Lorsque le logement est loué par l’un des partenaires seulement et que celui-ci résilie le bail, l’autre ne peut s’opposer à la résiliation et doit quitter l’appartement ou la maison familiale à la fin du bail³¹⁴. Il en va de même en cas de congé notifié par le bailleur ; le concubin non signataire du bail ne peut ni faire valoir un droit d’être avisé du congé (art. 266n CO *a contrario*), ni contester la résiliation du bail, ni demander la prolongation de celui-ci (art. 273a CO *a contrario*)³¹⁵. Aucune règle n’a été instituée pour protéger le concubin non signataire du bail³¹⁶. 179

Si le partenaire de vie du locataire n’a aucun droit face au bailleur, il n’a également aucun devoir ni aucune responsabilité vis-à-vis de ce dernier³¹⁷. Aussi n’est-il pas tenu au paiement des loyers. Une participation de la part du concubin non signataire du bail au paiement de tout ou partie du paiement du 180

³¹³ GABELLON, p. 56 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 682.

³¹⁴ HERZ/WALPEN, N 27.

³¹⁵ PULVER, Union libre, p. 69.

³¹⁶ BONETTI, Concubinage, p. 537 ; LACHAT, p. 187.

³¹⁷ MONTINI/MONTINI, p. 393 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

loyer peut, en revanche, être décidée à l'interne entre les concubins³¹⁸.

181 S'agissant du droit de demander la prolongation du bail pour éviter au locataire et à sa famille les conséquences pénibles du congé (art. 272 CO), le Tribunal fédéral a nié que la concubine puisse faire partie de la famille du locataire, considérant que la notion de « famille » devait être interprétée comme comprenant toutes les personnes faisant « ménage commun en qualité de parents ou d'alliés, ou aux termes d'un contrat individuel de travail en qualité de travailleur ou dans une qualité analogue »³¹⁹. Rendu en 1979, cet arrêt est désormais remis en question par une grande partie des auteurs, lesquels considèrent, à juste titre selon nous, qu'il faudrait, eu égard à l'évolution des mœurs et à l'importance du logement pour la vie familiale, étendre aux concubins le cercle des personnes protégées par l'art. 272 CO³²⁰.

182 **L'union conjugale** implique que les époux mènent une vie commune³²¹. Conformément à l'art. 162 CC, les conjoints partagent une demeure commune qu'ils choisissent ensemble. Le devoir de mener une vie commune signifie naturellement que les conjoints doivent posséder au moins un lieu de résidence commun³²². Précisons que la demeure commune (art. 162 CC) est, très souvent, le logement familial au sens de l'art. 169 CC³²³.

183 Pendant toute la durée du mariage, les époux bénéficient de la protection spéciale du logement familial découlant de l'art. 169 CC³²⁴. La règle énoncée à l'art. 169 CC est répétée à l'art. 266m CO, concernant le logement loué³²⁵. Ces deux dispositions légales s'appliquent indépendamment du régime matrimonial choisi par les époux, et visent à empêcher que l'époux titulaire

³¹⁸ DIETSCHY-MARTENET, p. 100.

³¹⁹ ATF 105 II 197, JdT 1980 I 162.

³²⁰ BARRELET, N 101, nbp 173 ; DIETSCHY-MARTENET, p. 126 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 282 ; CR CO I-LACHAT, art. 272 CO N 8 ; MONTINI/MONTINI, p. 388 ; PULVER, Union libre, p. 69 et 71 ; WAELTI, N 20 ; BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 4.

³²¹ ATF 121 III 149, JdT 1997 I 44.

³²² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 157 ; GUILLOD, Familles, N 70. La demeure commune au sens de l'art. 162 CC ne coïncide pas forcément avec le domicile des époux. Celui-ci se détermine sur la base des articles 23 ss CC et peut être différent pour chaque époux, ATF 121 I 14 ; 115 I 129, JdT 1991 I 330.

³²³ CR-CC I-SCYBOZ, art. 169 CC N 16.

³²⁴ La notion de « logement familial » a été précisée par la doctrine. Il s'agit de tout « local à usage d'habitation qui, par la volonté des époux, est destiné à les abriter eux et leurs enfants de façon durable et reconnaissable pour les tiers », ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 169 CC N 17 ss ; GUICHARD, p. 4 ss ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 07.38 ; THORENS-ALADJEM, p. 87 ss ; VOLLENWEIDER, p. 146 ; WEBER, Schutz, p. 30 s. ; WERRO, Concubinage, N 576. Le fait que la vie commune des époux ait duré peu de temps ou que le couple n'ait pas eu d'enfant est sans influence sur la notion de « logement familial », ATF 136 III 257, publié *in* : FamPra.ch 2010, p. 459 ss.

³²⁵ L'art. 169 CC concerne toute forme de maîtrise juridique d'un époux sur le logement familial, tandis que le champ d'application de l'art. 266m CO se limite aux relations qui se fondent sur un contrat de bail.

des droits sur le logement les cède ou les restreigne de manière unilatérale³²⁶. En effet, et comme l'indiquent les articles 169 CC et 266m CO, l'acte restreignant les droits dont dépend le logement de la famille n'est valable que moyennant le consentement du conjoint non titulaire des droits sur le logement, ou à défaut, l'autorisation du juge³²⁷.

L'art. 266m CO, dont le champ d'application se limite aux relations qui se fondent sur un contrat de bail, est complété notamment par les articles 266n CO et 273a CO. L'art. 266n CO contraint le bailleur à communiquer la résiliation de bail séparément au locataire et à son conjoint. L'art. 273a CO confère au conjoint du locataire la faculté de faire valoir, à titre indépendant et en son propre nom, les droits tendant au maintien du bail, notamment le droit de contester le congé donné par le bailleur ou celui de demander la prolongation du contrat³²⁸. À l'inverse du concubin non titulaire du bail, le conjoint non titulaire du bail peut donc faire valoir tous les droits dont dispose le locataire en cas de congé.

Précisons que la protection conférée par les articles 169 CC et 266m à 266o CO dans le contrat de bail, ne peut être ni exclue ni modifiée conventionnellement à l'avance³²⁹ et subsiste tant et aussi longtemps que dure le mariage³³⁰.

³²⁶ ATF 114 II 396, JdT 1990 I 261 ; 136 III 257 cons. 2.1 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 169 CC N 19. Notons que la doctrine est partagée sur le fait de savoir si la restriction apportée par l'art. 169 CC à la liberté du titulaire des droits réels sur le logement familial est une restriction au pouvoir de disposer (dans ce sens, cf. BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 169 CC N 37 ss) ou une restriction de la capacité civile (dans ce sens cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 188 ss ; HEGNAUER/BREITSCHMID, Ehrechts, p. 183).

³²⁷ Parmi les actes juridiques visés par l'art. 169 CC, mentionnons l'aliénation du logement familial, la résiliation du bail par l'époux locataire, la résiliation du bail par le bailleur et la restriction des droits sur le logement par d'autres actes du conjoint. Pour plus de détails, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 213 ss ; STETTLER/GERMANI, N 289 ss. Le consentement du conjoint peut intervenir avant, pendant ou après l'acte. S'il intervient postérieurement à l'acte, celui-ci devient valable de manière rétroactive, BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 169 CC N 18 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 169 CC, N 34. Quant à l'autorisation du juge, celle-ci peut remplacer le consentement du conjoint mais l'époux titulaire des droits doit d'abord essayer d'obtenir le consentement de son conjoint, ATF 114 II 402. Pour plus de développements sur la question, cf. notamment BARRELET, N 19 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 226 ss ; ZK ZGB- BRÄM/HASENBÖHLER, art. 169 CC N 74 ss ; CR CC I-SCYBOZ, art. 169 CC N 39 ss.

³²⁸ Sur la position procédurale du conjoint non signataire du bail en cas de résiliation du bail par le bailleur et de prolongation du bail, cf. BARRELET, N 89 ss et N 96 ss.

³²⁹ Ces dispositions légales sont de droit impératif, ATF 115 II 361 cons. 4a ; 114 II 396 cons. 5b, JdT 1990 I 261. Cf. aussi BK HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 169 CC N 57 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 169 CC N 17 ; STETTLER/GERMANI, N 276.

³³⁰ La protection conférée par l'art. 169 CC commence dès l'officialisation de l'union et cesse de déployer ses effets en cas de séparation de corps, de divorce, de décès ou lorsque l'époux bénéficiaire de la protection légale quitte le logement volontairement ou sur ordre du juge de manière définitive ou pour une durée indéterminée. Le caractère de logement familial subsiste quand bien même les époux seraient séparés de fait ou en instance de divorce. Cf. ATF 114 II 396 cons. 5b, JdT 1990 I 261 ; 136 III 257 cons. 2.1, publié *in* : FamPra.ch 2010, p. 459 ss ; 139 III 7 cons. 2.3.1 ; BARRELET, N 81 et 83 ; BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 345 s. ; ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 169 CC N 32 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 218 ss ; MONTINI, Logement, p. 2 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 169 CC N 19 ; STETTLER/GERMANI, N 275 ; WESSNER, Bail, N 20.

186 **La LPart** ne contient pas de disposition légale semblable à l'art. 162 CC³³¹. Il appartient aux partenaires de décider s'ils souhaitent choisir des logements séparés ou un logement commun³³². C'est dans ce dernier cas seulement que l'art. 14 LPart entre en considération³³³. Il reprend textuellement l'art. 169 CC, à l'exception de la désignation du logement familial qui devient *la demeure commune*³³⁴. Cette dernière notion correspond à celle de logement de la famille³³⁵. Elle est définie comme tout local à usage d'habitation, dans lequel les partenaires font durablement ménage commun et qui représente le centre de leur vie commune³³⁶. En outre, l'entrée en vigueur de la LPart a entraîné la modification de plusieurs dispositions légales du droit du bail, si bien que le logement des partenaires enregistrés bénéficie, au même titre que le logement des époux, de la protection des articles 266m à 266o CO, ainsi que de celle de l'art. 273a CO³³⁷. Il s'ensuit que les considérations faites au sujet des personnes mariées sont applicables aux partenaires enregistrés.

187 Depuis le 1^{er} juillet 2007, la loi accorde une protection aux membres d'une communauté domestique contre les atteintes à la personnalité du fait de violences physiques ou psychologiques. Cette protection est indépendante du statut d'état civil des destinataires. Conformément à l'art. 28b al. 1 CC, le juge peut, pour protéger la victime « de violence, de menaces ou de harcèlement »³³⁸, ordonner à l'encontre de l'auteur de l'atteinte une série de mesures, lesquelles sont mentionnées aux chiffres 1 à 3 de l'art. 28b al. 1 CC. Ces mesures, qui ne supposent pas que la victime et l'auteur partagent un logement commun, doivent être « adéquates, nécessaires et adaptées au cas concret »³³⁹. Selon les circonstances, la victime peut ainsi demander au juge « d'interdire à l'auteur de l'atteinte de l'approcher ou d'accéder à un périmètre

³³¹ Message LPart, p. 1238 ; PICHONNAZ, Partenariat, p. 411.

³³² Message LPart, p. 1238 ; MONTINI, Partenariat, N 79.

³³³ MONTINI, Partenariat, N 79. Pour plus de détails sur l'art. 14 LPart, cf. WOLF/GENNA-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 14 LPart.

³³⁴ GRÜTTER/SUMMERMATTER, p. 453 ; MONTINI, Partenariat, N 78 ; WOLF/GENNA-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 14 LPart N 2. Le Message LPart justifie la différence de terminologie par le fait que le partenariat enregistré ne viserait pas la création d'une famille, p. 1239.

³³⁵ Renvoi est donc fait aux développements de la jurisprudence et de la doctrine sur l'art. 169 CC.

³³⁶ FANKHAUSER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 32 LPart N 8 et réf. cit.

³³⁷ Cf. en particulier : art. 266m al. 3 CO, 266n CO et 273a al. 3 CO.

³³⁸ La « violence » se caractérise par une atteinte directe à l'intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale d'une personne, Rapport CAJ-CN 2005 ch. 5.2.2.1, p. 6449 ; BSK ZGB I-MELLI, art. 28b CC N 3 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 12. « Les menaces se rapportent à des situations dans lesquelles des atteintes illicites à la personne sont à prévoir », Rapport CAJ-CN 2005 ch. 5.2.2.2, p. 6450 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 13. Ces menaces doivent être sérieuses et faire craindre la victime pour son intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale, Rapport CAJ-CN 2005 ch. 5.2.2.2, p. 6450 ; BSK ZGB I-MELLI, art. 28b CC N 3. Le harcèlement se réfère à la poursuite et au harcèlement obsessionnels d'une personne. Les caractéristiques essentielles sont l'espionnage, la recherche constante d'une proximité physique, la traque, le dérangement et la menace, ATF 129 IV 262, JdT 2005 IV 207 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 14 ; BSK ZGB I-MELLI, art. 28b CC N 3 ; Rapport CAJ-CN 2005 ch. 5.2.2.3, p. 6450.

³³⁹ CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 17.

déterminé autour de son logement, de fréquenter certains lieux, notamment des rues, places ou quartiers, de prendre contact avec lui, notamment par téléphone, par écrit ou par voie électronique, ou de lui causer d'autres dérangements » (art. 28 al. 1 ch. 1-3 CC).

En cas de domicile commun, la personne lésée a la faculté de requérir du juge l'expulsion de l'auteur de l'atteinte pour une période déterminée (art. 28b al. 2 CC). L'expulsion peut être demandée par la victime même si cette dernière n'est pas titulaire du bail ou propriétaire du logement³⁴⁰. L'expulsion est prononcée en sus des mesures prises sur la base de l'art. 28b al. 1 ch. 1 à 3 CC et quand bien même l'atteinte à la personnalité n'aurait pas été commise dans le logement commun³⁴¹. Par ailleurs, la loi ne mentionne aucune limitation temporelle pour l'expulsion. Cette mesure est cependant toujours limitée dans le temps. Sa durée est déterminée par le juge selon sa libre appréciation, en fonction de plusieurs facteurs, tels que la gravité de l'atteinte, le besoin de protection de la victime ou l'état du marché de l'immobilier, et peut être prolongée une fois pour de justes motifs³⁴². 188

Dans le cadre d'un concubinage entre la victime et l'auteur de l'atteinte, MEIER et PIOTET estiment que la durée de l'expulsion doit aussi être fixée en tenant compte des formes juridiques d'occupation du logement, « car l'intensité de la mesure sera d'autant plus forte sur la situation de l'auteur que ses droits sur le logement seront prépondérants »³⁴³. Notons finalement qu'un service désigné par les cantons peut prononcer, selon la procédure cantonale, « l'expulsion immédiate du logement commun en cas de crise » (art. 28b al. 4 CC)³⁴⁴. 189

Une fois l'expulsion prononcée, le juge peut, si la décision paraît équitable au vu des circonstances, astreindre la victime à verser à l'auteur de l'atteinte une indemnité appropriée pour l'utilisation exclusive du logement (art. 28b al. 3 ch. 1 CC) et/ou, si le logement est loué, attribuer à la victime, avec l'accord du bailleur, les droits et obligations résultant du contrat de bail (art. 28b al. 3 ch. 2 CC)³⁴⁵. 190

La mesure de protection prévue à l'art. 28b al. 2 CC est destinée tant aux concubins qu'aux époux et aux partenaires enregistrés³⁴⁶. Pour **les époux**, l'art. 28b CC s'ajoute aux normes légales sur l'utilisation du logement de la 191

³⁴⁰ HERZ/WALPEN, N 30.

³⁴¹ CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 18 s. ; Rapport CAJ-CN 2005 ch. 5.2.5.1, p. 6451.

³⁴² MEIER/PIOTET, p. 323 ; BSK ZGB I-MEILI, art. 28b CC N 7 ; ZINGG, N 139.

³⁴³ MEIER/PIOTET, p. 323 ss.

³⁴⁴ Cf. par exemple art. 8 LVD.

³⁴⁵ Selon BARRELET, N 70, il s'agit d'une mesure et non pas de deux mesures distinctes lorsque le logement est loué. En revanche, JEANDIN/PEYROT distinguent ces deux mesures, cf. CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 23.

³⁴⁶ HERZ/WALPEN, N 30 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 19 ; Rapport CAJ-CN 2005, p. 6437 ; SCHMIDT, p. 110.

famille dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 1 ch. 2 CC), respectivement sur son attribution au moment du divorce (art. 121 CC)³⁴⁷. En outre, l'art. 172 al. 3 *in fine* CC précise que l'art. 28b CC est applicable par analogie. Les époux ont par conséquent la possibilité de saisir le juge civil, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ou le juge du divorce pour qu'il ordonne les mesures prévues à l'art. 28b CC, alors que les concubins ne peuvent saisir que le juge civil.

¹⁹² S'agissant des **partenaires enregistrés**, ceux-ci ont également la faculté d'invoquer l'art. 28b CC en plus des dispositions légales concernant la suspension de la vie commune (art. 17 al. 2 lit. b LPart) et l'attribution du logement commun en cas de dissolution du partenariat (art. 32 LPart)³⁴⁸.

¹⁹³ En résumé, la situation des concubins quant à leur logement est délicate. La protection conférée par la loi au logement familial est subordonnée à la qualité d'époux ou de partenaire enregistré et ne s'étend pas aux couples informels. Le concubin non titulaire des droits sur le logement ne peut ni invoquer les dispositions légales sur la protection du logement prévue pour les époux et les partenaires enregistrés (art. 169 CC, 14 LPart, 266m, 266n et 273a CO), ni bénéficier d'un régime légal spécifique de protection du logement³⁴⁹. Seules les règles du Code civil sur la propriété individuelle et collective (art. 641 ss, 646 ss et 652 ss CC), celles du Code des obligations relatives au contrat de bail (art. 253 ss CO) et l'art. 28b CC déterminent les droits et obligations de chaque concubin sur le logement appartenant aux deux ou à l'un d'eux seulement³⁵⁰.

¹⁹⁴ Dans ce contexte, se pose la question de savoir par quelles voies de droit les concubins peuvent passer pour conférer au logement familial un minimum de protection.

¹⁹⁵ Lorsqu'il s'agit d'un logement loué, les dispositions spécifiques à la cotitularité préviennent généralement des actes unilatéraux de l'un des concubins³⁵¹. En effet, par la signature conjointe du contrat de bail, les concubins deviennent, vis-à-vis du bailleur, responsables solidaires du paiement des loyers et des dommages éventuels occasionnés à la chose. De plus, ils ne peuvent résilier le bail que conjointement, ont le droit de s'opposer à une résiliation ou à une hausse injustifiée du loyer et doivent être informés

³⁴⁷ MONTINI/MONTINI, p. 390. Pour plus de détails sur l'attribution du logement en cas de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 1 ch. 2 CC), cf. BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 346 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 656 ss ; WEBER, Schutz, p. 31 ss.

³⁴⁸ MEIER/PIOTET, p. 333 ; MONTINI/MONTINI, p. 390.

³⁴⁹ ATF 136 III 257 ; 118 II 489 ; 115 II 361, JdT 1990 95 ; 105 II 199 ; ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 169 CC N 19 ; CONNOD/BOHNET, N 783 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 169 CC N 10a ; SANDOZ, Problèmes, p. 45 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 169 CC N 8 ; STETTLER/GERMANI, N 275.

³⁵⁰ GUILLOD, Familles, N 153 ; HERZ/WALPEN, N 30 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 311.

³⁵¹ PICHONNAZ, Conventions, p. 689 s.

du congé séparément³⁵². La signature conjointe du contrat de bail permet donc aux concubins d'obtenir ensemble les droits et obligations du locataire et d'être traités sur un pied d'égalité³⁵³.

Lorsque le logement est détenu par l'un des partenaires sur le fondement d'un droit réel, trois options essentiellement s'offrent aux concubins. 196

La première option consiste à conclure, en faveur du concubin non titulaire, un contrat de bail par écrit, précisant le montant du loyer, la durée et les délais de résiliation du contrat. 197

La seconde option est de créer une copropriété (art. 646 ss CC) ou une propriété en main commune sur le logement³⁵⁴ (art. 652 ss CC)³⁵⁵. Ces deux dernières solutions permettent à chaque partenaire d'obtenir un droit de propriété personnel sur ledit logement. Les concubins deviennent solidairement responsables de l'entretien et des charges et aucun des deux ne peut vendre le logement sans l'accord de l'autre (cf. art. 648 al. 2 CC, art. 653 al. 2 CC)³⁵⁶. 198

La dernière option consiste à constituer un droit d'habitation, sous la forme d'un droit de co-utilisation (art. 776 ss CC) en faveur du concubin non propriétaire, avec inscription de ce droit au registre foncier³⁵⁷. Le droit d'habitation confère à son titulaire la faculté d'habiter dans la maison ou l'appartement ou d'en occuper une partie avec le propriétaire³⁵⁸. Le titulaire du droit d'habitation n'a pas à supporter le service de la dette hypothécaire, ni les impôts qui se rapportent à l'immeuble. Il n'est pas non plus tenu de payer les réparations ordinaires d'entretien lorsque le droit d'habitation s'exerce en commun avec le propriétaire (art. 778 al. 2 CC). Précisons néanmoins que la constitution et l'inscription de ce droit réel limité impliquent des frais. 199

Afin d'assurer un minimum de protection au titulaire du bien grevé du droit d'habitation, il est recommandé aux parties de prévoir un terme extinctif.³⁵⁹ À l'échéance du terme, le concubin propriétaire pourrait requérir 200

³⁵² Les concubins peuvent être cosignataires du bail au moment de la signature du contrat ou par l'établissement ultérieur d'un avenant au contrat de bail signé initialement par l'un des partenaires seulement. « En l'absence de signature en commun, le concubin non signataire bénéficie en principe des droits relatifs à l'usage, en raison d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 3 CO) », PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

³⁵³ HERZ/WALPEN, N 28 et 44 ; PULVER, Union libre, p. 69 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 689 ss ; WAELTI, N 20.

³⁵⁴ Les concubins deviennent propriétaires communs du logement en formant une société simple, cf. art. 544 al. 1 CO qui renvoie aux art. 652 ss CC.

³⁵⁵ Pour un exemple sur les conséquences financières d'une acquisition du logement en copropriété ou en société simple par un couple « séparé de biens », cf. STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Immeuble, p. 3 ss. Cf. aussi RUBIDO, p. 135 ss, sur les formes de propriété à adopter lors d'une acquisition immobilière.

³⁵⁶ BONETTI, Concubinage, p. 536.

³⁵⁷ PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

³⁵⁸ STEINAUER, Les droits réels III, N 2502.

³⁵⁹ PICHONNAZ, Conventions, p. 691.

la radiation de l'inscription du droit d'habitation au registre foncier (art. 748 al. 2 CC)³⁶⁰.

²⁰¹ En résumé, faute de protection *ex lege* en faveur du logement des concubins, c'est à ces derniers qu'il incombe de trouver et de mettre en œuvre la solution juridique la plus adaptée à leurs besoins de protection du logement. Le choix entre les différentes solutions n'est toutefois pas aisé et suppose un examen attentif des intentions et des intérêts des concubins.

8.4. La représentation de l'union

²⁰² Pendant la communauté de vie, l'ensemble des couples est en principe amené à traiter avec des tiers, que ce soit ensemble ou à titre personnel. Il se pose la question de savoir si chaque membre du couple a ou non un pouvoir de représenter la communauté de vie, et dans l'affirmative, quelle est l'étendue de ce pouvoir et quelles en sont les conséquences sur les rapports externes et internes.

²⁰³ S'agissant des couples vivant en **union libre**, il n'existe aucun droit légal de représentation³⁶¹. L'art. 166 CC sur la représentation de l'union conjugale, ainsi que l'art. 15 LPart concernant la représentation de la communauté des partenaires enregistrés, ne sont applicables aux concubins ni directement ni par analogie³⁶².

²⁰⁴ Pour que l'un des concubins puisse représenter valablement l'autre à l'égard des tiers et engager la responsabilité de son compagnon, un contrat ou une procuration au sens de l'art. 32 CO sont en principe nécessaires³⁶³. Un contrat ou une procuration peuvent s'avérer particulièrement utiles dans l'hypothèse où l'un des partenaires n'a pas de revenu et s'occupe d'entretenir le ménage³⁶⁴.

²⁰⁵ En se liant par un contrat de société simple par exemple (art. 530 ss CO), les concubins peuvent l'un comme l'autre représenter la société auprès des tiers (cf. art. 543 CO³⁶⁵). Si le but visé par la société est la satisfaction des besoins courants du ménage commun, chacun des partenaires a le pouvoir de

³⁶⁰ STEINAUER, Les droits réels III, N 2465.

³⁶¹ BONETTI, Concubinage, p. 537 ; GUILLOD, Familles, N 140 ; HERZ/WALPEN, N 40 ; LUKS DUBNO, p. 154.

³⁶² ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 166 CC N 21 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 282 ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 9 ; MEIER/DE LUZE, p. 387 ; MESSMER, p. 61 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 318 ; WERRO, Concubinage, N 140.

³⁶³ HEGNAUER/BREITSCHMID, Ehe recht, p. 303 ; LUKS DUBNO, p. 153 ; PULVER, Union libre, p. 107 ; REICHEN, Concubinage, p. 762 ; WERRO, Concubinage, N 140.

³⁶⁴ LUKS DUBNO, p. 154 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 692.

³⁶⁵ Cette disposition légale qui renvoie pour l'essentiel aux règles générales sur la représentation (art. 32 ss CO), distingue la représentation indirecte (543 al. 1 CO) de la représentation directe (543 al. 2 CO), CR CO II-CHAIX, art. 543 CO N 1 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 543 CO N 9. Pour les conditions d'application de la représentation directe et indirecte, cf. CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 CO.

représenter la société pour l'acquisition des biens nécessaires au ménage commun. Quant à la procuration, elle peut être générale ou limitée à des tâches en particulier – notamment aux besoins courants du ménage – et n'est soumise à aucune exigence de forme particulière pour être valable³⁶⁶.

En présence d'un contrat ou d'une procuration, l'acte accompli par le concubin représentant lie le concubin représenté ; ce dernier devient obligé à l'égard des tiers par les actes de son compagnon (art. 32 al. 1 et 544 al. 3 CO). En outre, et si les concubins sont liés par un contrat de société simple, ils deviennent solidairement responsables à l'égard des créanciers. À défaut de convention ou de procuration, un concubin n'engage que sa propre personne dans ses relations juridiques avec les tiers³⁶⁷. Un concubin peut néanmoins être exceptionnellement lié par les actes de son partenaire si la loi protège les tiers de bonne foi (art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37 CO) ou s'il ratifie l'acte accompli en son nom (art. 38 CO)³⁶⁸. En cas d'urgence, d'absence ou de maladie, les dispositions légales sur la gestion d'affaires peuvent aussi toujours s'appliquer (cf. art. 419 ss CO)³⁶⁹.

La question des effets de la représentation sur les rapports internes des concubins ne peut pas être résolue *in abstracto* ; ces effets dépendent principalement du contenu de l'accord passé entre les partenaires de sorte que les problèmes qui se posent se résolvent exclusivement selon la volonté des parties.

Contrairement aux concubins, **les époux** ont un droit inaliénable de représenter l'union conjugale. Ils ne peuvent pas réduire, modifier ou exclure ce droit par convention. C'est à l'art. 166 CC que les conditions d'exercice et l'étendue du pouvoir de représentation des époux sont déterminées. Cette disposition ne trouve application que pendant la vie commune des époux³⁷⁰. Elle distingue deux formes de représentation : la représentation ordinaire (art. 166 al. 1 CC) et la représentation extraordinaire (art. 166 al. 2 CC). Le pouvoir de représentation ordinaire s'étend aux besoins courants de la

³⁶⁶ PULVER, Union libre, p. 107.

³⁶⁷ BONETTI, Concubinage, p. 537 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.60 ; WERRO, Concubinage, N 140.

³⁶⁸ PICHONNAZ, Convention, p. 692 ; PULVER, Union libre, p. 108 ; WERRO, Concubinage, N 140.

³⁶⁹ GABELLON, p. 60 ; HERZ/WALPEN, N 40 ; PICHONNAZ, Convention, p. 692 ; PULVER, Union libre, p. 108.

³⁷⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 321. En cas de suspension de la vie commune ou de dissolution du mariage, le pouvoir de représenter l'union conjugale s'éteint de plein droit, ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 166 CC N 28 ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 10, 12, 33.

famille³⁷¹. Pour tout acte qui dépasse la satisfaction des besoins courants, les époux peuvent être investis d'un pouvoir extraordinaire (art. 166 al. 2)³⁷². Ce pouvoir existe soit parce que l'époux a obtenu l'accord de son conjoint (art. 166 al. 2 ch. 1, 1^{ère} hypothèse) ou du juge (art. 166 al. 2 ch. 1, 2^e hypothèse) à l'acte en question, soit parce que l'urgence de la situation empêchait de recueillir le consentement du conjoint ou une autorisation judiciaire (art. 166 al. 2 ch. 2 CC)³⁷³.

209 Selon l'art. 166 al. 3 CC, « chaque époux s'oblige personnellement par ses actes et il oblige solidairement son conjoint en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers ». En d'autres termes, la représentation ordinaire et extraordinaire de l'union conjugale a pour effet de faire naître une responsabilité du conjoint représenté à côté de la responsabilité personnelle de l'époux contractant (art. 166 al. 3 CC)³⁷⁴. Il s'ensuit que les deux époux répondent de la dette entière envers les tiers conformément aux règles sur la solidarité (art. 143 ss CO). Si, en revanche, les conditions de la représentation ne sont pas réalisées, seul l'époux contractant est obligé.

210 Sur le plan interne, la détermination de l'époux tenu de payer les dettes contractées en vertu de l'art. 166 CC dépend du partage des tâches décidé par les conjoints (art. 163 CC) ou d'autres conventions conclues entre les époux³⁷⁵. La dette est ensuite attribuée à la masse de cet époux, en fonction des règles sur le régime matrimonial choisi par les conjoints³⁷⁶.

211 Notons finalement que le pouvoir de représentation fondé par l'art. 166 CC peut être, à la demande d'un des époux, retiré en tout ou en partie par le juge au conjoint qui « excède son droit de représenter l'union conjugale ou se montre incapable de l'exercer » (art. 174 al. 1 CC).

³⁷¹ Sont qualifiés de « besoins courants de la famille », les actes destinés à assurer l'entretien usuel et quotidien de la famille (p. ex. denrées alimentaires, vêtements, soins corporels, frais de logement, cotisations aux assurances, frais d'éducation des enfants, frais médicaux, d'entretien de véhicule et de déplacements, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 346 ; STETTLER/GERMANI, N 165 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 166 CC N 12 ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 15 ss. En outre, le fait de viser les « besoins courants » exclut qu'un époux représente l'autre sur ce fondement pour des besoins individuels ou dans une procédure judiciaire. La représentation est cependant valable que si l'époux a agi avec l'autorisation de son conjoint ou du juge ou si le conjoint a été empêché de consentir, alors que l'affaire était urgente, cf. ATF 136 III 431, SJ 2011 I 29.

³⁷² BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 166 CC N 17 ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 18.

³⁷³ Ce sont les articles 32 ss CO qui déterminent si les pouvoirs ont été valablement donnés entre les conjoints, cf. TF 4C.131/2006 du 4 juillet 2006, commenté par MEIER/DE LUZE ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 20.

³⁷⁴ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 28 N 27. Il importe peu que le représenté ait été d'accord ou non avec l'engagement pris par le représentant, NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, N 332. L'existence d'une responsabilité solidaire ne dépend pas du fait de savoir si le tiers avait ou non connaissance du mariage, ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 166 CC N 23 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 166 CC N 87 ; CR CC I-LEUBA, art. 166 CC N 15 et 29.

³⁷⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 377 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 166 CC N 28.

³⁷⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 377a ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 166 CC N 105.

Le pouvoir de représentation des **partenaires enregistré** est aménagé à l'art. 15 LPart. Cette disposition est le pendant de l'art. 166 CC. On peut dès lors s'appuyer sur les développements de la jurisprudence et de la doctrine au sujet de l'art. 166 CC pour interpréter l'art. 15 LPart (cf. *supra* N 208 ss)³⁷⁷. L'alinéa 4 de cette disposition légale prévoit par ailleurs la même possibilité que celle offerte à l'art. 174 al. 1 CC pour les personnes mariées : l'un des partenaires peut demander à ce que le pouvoir de représenter la communauté soit retiré à son partenaire si ce dernier excède son droit ou s'avère incapable de l'exercer³⁷⁸.

Il apparaît, en résumé, qu'il n'existe pas de représentation automatique de l'union libre et en conséquence aucune solidarité légale entre personnes non mariées ou non enregistrées³⁷⁹. Ce sont en principe les règles générales sur la représentation (art. 32 ss et 543 al. 2 CO) et celles relatives à la gestion d'affaire sans mandat (art. 419 ss CO) qui régissent la représentation des membres d'une union libre³⁸⁰. On peut regretter cette situation, car, comme le relève très justement PAPAUX VAN DELDEN, le fait d'autoriser le concubin à représenter l'union « permettrait d'améliorer l'efficacité des concubins, lorsque ceux-ci agissent dans l'intérêt de la famille, d'augmenter le crédit de chacun d'eux, voire de protéger leurs créanciers »³⁸¹.

8.5. Le régime des dettes

Dans les développements qui suivent, il convient de distinguer les dettes qu'un partenaire a envers les tiers, des dettes que les partenaires ont l'un envers l'autre. D'une manière générale, le fait de vivre en **union libre** n'a pas d'influence sur les dettes d'un concubin à l'égard des tiers ni sur celles que les concubins ont l'un envers l'autre, sauf convention contraire. Le régime des dettes des concubins relève des règles ordinaires du droit des obligations, à l'exception de tout autre corps de règles spéciales, et les partenaires eux-mêmes sont considérées comme des tiers l'un envers l'autre.

³⁷⁷ Message LPart, p. 1338 ; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 30 N 11 ; FamKomm Partnerschaft-VETTERLI, art. 15 LPart N 1 ; WOLF/GENNA-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 18 LPart N 13 ss.

³⁷⁸ Même si la LPart ne précise pas que le retrait des pouvoirs de représentation peut être porté à la connaissance des tiers, comme ce qui est prévu en droit matrimonial (cf. art. 174 al. 2 CC), le Message LPart affirme clairement que l'art. 15 LPart correspond à l'art. 174 CC, Message LPart, p. 1240.

³⁷⁹ ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 166 CC N 21 et réf. cit. ; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N 1046 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 03.61 ; PICHONNAZ, Convention, p. 692 ; WERRO, Concubinage, N 140.

³⁸⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 03.61 ; HERZ/WALPEN, N 40. Pour plus de détails sur la représentation des membres du couple dans le cadre du concubinage, cf. MARTY-SCHMIDT, p. 51 ss.

³⁸¹ PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 398.

215 Il s'ensuit que chaque concubin est personnellement responsable des dettes qu'il contracte envers les tiers, même si la dette l'a été pour les besoins du ménage³⁸². Il n'existe pas de solidarité entre les personnes vivant maritalement, sous réserve de trois cas de figure : lorsque les deux concubins en ont convenu avec les tiers (art. 143 al. 1 CO), s'ils sont propriétaires en main commune (art. 653 CC) ou lorsqu'ils forment une société simple (art. 544 al. 3 CO)³⁸³. Dans ce dernier cas, si le but de la société est l'organisation du ménage, une dette d'impôt peut constituer une dette sociale³⁸⁴. Peut également constituer une dette sociale celle contractée par l'un des partenaires dans le but d'acheter une voiture qui sera ensuite utilisée par les deux concubins³⁸⁵. La définition concrète des dettes sociales dépend essentiellement du but social (cf. *infra* § 14.2.3.2.)³⁸⁶.

216 Dans les trois hypothèses susmentionnées, les concubins répondent solidairement des dettes contractées. Cela signifie que le créancier peut exiger des deux concubins ou de l'un d'eux seulement le remboursement de la totalité ou d'une partie de la dette (art. 144 al. 1 CO), à charge pour celui des partenaires qui a remboursé la dette de se retourner par la suite contre son compagnon. En dehors de ces hypothèses, les poursuites ne peuvent être engagées que contre le concubin débiteur, lequel répond sur l'ensemble de son patrimoine³⁸⁷.

217 Même si la loi ne l'indique pas expressément, les dettes des **époux** sont également régies par les règles ordinaires du droit des obligations (art. 75 ss CO)³⁸⁸. Comme nous le verrons, le législateur a toutefois pris en compte la situation particulière dans laquelle se trouvent les personnes mariées et prévu quelques exceptions à l'application des règles ordinaires³⁸⁹.

218 - *Les dettes des époux envers les tiers* : en principe, chaque époux est responsable des dettes qu'il a contractées envers les tiers (art. 168 CC). La loi prévoit cependant deux exceptions à ce principe : lorsque les deux époux ont convenu du contraire avec le tiers (art. 143 al. 1 CO) ou lorsque la solidarité découle de la loi (art. 143 al. 2 CO)³⁹⁰. L'art. 166 al. 3 CC institue précisément une solidarité

³⁸² WERRO, Concubinage, N 139.

³⁸³ Cf. art. 143 al. 2 CO. DIETSCHY-MARTENET, p. 32-33 ; CR CO I-ROMY, art. 143 CO N 9.

³⁸⁴ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570.

³⁸⁵ MARTY-SCHMID, p. 373.

³⁸⁶ MARTY-SCHMID, p. 370.

³⁸⁷ BONETTI, Concubinage, p. 537. Rappelons que l'office des poursuites considère le ménage des concubins comme une famille. Toutes les charges de la communauté familiale et la charge effective que représente le concubin du débiteur sont donc pris en compte dans le calcul du minimum vital, cf. *supra* § 4.3.

³⁸⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1084 s. et 1089 ; Message 1979, N 222.3 ; STETTLER/WAELTI, N 293.

³⁸⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1090.

³⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1085 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 202 CC N 14 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 202 CC N 2 ; CR CC I-STEINAUER, art. 202 CC N 5 et réf. cit.

légale entre époux pour les dettes que l'un d'eux a contractées à l'égard des tiers en tant que représentant de l'union conjugale et pour les besoins courants du ménage ou en cas d'urgence³⁹¹. C'est à cet égard principalement que le régime de responsabilité pour les dettes d'un concubin envers les tiers se différencie du régime de responsabilité pour les dettes d'un époux à l'égard des tiers. En effet, dans certaines situations, la loi permet à un époux d'engager la responsabilité solidaire de son conjoint pour les dettes contractées dans l'intérêt du ménage alors qu'elle ne prévoit pas une telle possibilité pour les personnes menant une communauté de vie de fait (cf. *supra* § 8.4.).

La garantie des créanciers est régie à l'art. 202 CC pour les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts³⁹². À teneur de cette disposition légale, « chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens », c'est-à-dire sur ses acquêts et ses biens propres³⁹³. L'art. 202 CC est repris en des termes exacts à l'art. 249 CC dans le régime de la séparation de biens, lequel ne distingue pas les acquêts des biens propres. Dans le régime conventionnel de la communauté de biens, la loi distingue entre les dettes générales (art. 233 CC) et les dettes propres (art. 234 CC) qu'un conjoint a contractées à l'égard d'un tiers. Dans le premier cas, l'époux débiteur répond aussi bien sur ses biens propres que sur tous les biens communs, comme s'il était titulaire exclusif de tous les biens³⁹⁴. Pour toutes les autres dettes, appelées dettes propres, le débiteur répond sur tous ses biens propres et la moitié de la valeur des biens communs³⁹⁵.

- *Les dettes entre époux* : le principe énoncé à l'art. 202 CC vaut également pour les dettes entre époux³⁹⁶. Comme pour ses dettes envers les tiers, chaque époux répond sur tous ses biens des dettes qu'il a envers son conjoint. Les dettes entre époux sont visées à l'art. 203 CC. L'alinéa 1 de cette disposition légale – repris à l'alinéa 1 de l'art. 235 CC dans le régime de la communauté de biens et

³⁹¹ Pour plus de détails sur la représentation entre personnes mariées, cf. *supra* § 8.4.

³⁹² BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 202 CC N 8 ; STETTLER/WAELTI, N 293, nbp 578.

³⁹³ Le fondement juridique des dettes est sans importance, CR CC I-STEINAUER, art. 202 CC N 7.

³⁹⁴ Sont notamment considérées comme des dettes générales, celles contractées dans les limites du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 166 al. 3 CC) et d'administrer les biens communs (art. 227 et 228 CC), celles faites par un époux dans l'exercice de sa profession ou dans l'exploitation de son entreprise si ces activités sont exercées au moyen de biens communs (art. 229 CC), ou si leurs revenus tombent dans les biens communs. Tel est le cas de la communauté universelle ou de la communauté réduite aux acquêts.

³⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1532 ss. Constituent des dettes propres, celles qui n'entrent pas dans le cadre de l'art. 233 CC, comme par exemple les dettes contractées avant le mariage ou avant le régime de la communauté de biens et celles contractées par un époux sans le consentement de son conjoint.

³⁹⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1098 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 202 CC N 3 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 202 CC N 2. En outre, le fondement de la dette est sans pertinence. La dette peut trouver son fondement notamment dans un contrat (prêt, mandat, gestion d'affaires), un acte illicite, résulter d'un enrichissement illégitime ou des règles régissant le mariage (art. 163, 164 et 165 CC) ou la liquidation du régime matrimonial, cf. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 327 et arrêt cité ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1088.

à l'alinéa 1 de l'art. 250 CC dans le régime de la séparation de biens – indique que « le régime n'a pas d'effet sur l'exigibilité des dettes entre les époux ». Dès qu'une dette est exigible (art. 75 ss CO), les époux ont la possibilité de procéder judiciairement l'un contre l'autre : un époux peut soit entamer de sa propre initiative une procédure d'exécution forcée à l'encontre de son conjoint pour les dettes résultant de ses devoirs matrimoniaux ou pour les dettes ordinaires (art. 38 ss LP)³⁹⁷, soit participer sans poursuite préalable à l'exécution forcée ouverte par d'autres créanciers contre son conjoint (art. 111 al. 1 ch. 1 LP qui permet la participation privilégiée du conjoint créancier à la saisie)³⁹⁸.

221 Le principe invoqué à l'art. 203 al. 1 CC est toutefois tempéré à plusieurs égards. En effet, la conclusion d'un mariage, à l'inverse de l'entrée en union libre, a une influence sur le régime des dettes entre époux³⁹⁹.

222 Premièrement, la prescription ne court pas « à l'égard des créances des époux l'un contre l'autre, pendant le mariage » (art. 134 al. 1 ch. 3 CO)⁴⁰⁰. Cela signifie que l'époux créancier, contrairement au concubin créancier, n'a pas à procéder à des actes interruptifs de prescription au sens de l'art. 135 ch. 2 CO et peut retarder la réclamation de sa créance sans craindre de perdre celle-ci⁴⁰¹. Deuxièmement, l'époux débiteur peut requérir des délais de paiement relatif à une ou plusieurs dettes déterminées auprès de son conjoint ou du juge (art. 203 al. 2, 235 al. 2 et 250 al. 2 CC)⁴⁰². À défaut d'entente entre les époux sur les délais de paiement, le juge peut octroyer au conjoint débiteur un sursis de paiement à la double condition que le règlement de sa dette ou la restitution d'une chose l'expose « à des difficultés graves », lesquelles « mettent en péril l'union conjugale » (art. 203 al. 2 CC). En pratique, la réalisation de la première condition entraîne presque toujours la réalisation de la seconde. Si les circonstances le justifient, le conjoint débiteur est tenu de fournir des sûretés. Le juge bénéficie là d'une large marge d'appréciation pour décider si les circonstances justifient qu'il soit ou non demandé des garanties⁴⁰³. Dans

³⁹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 285 ss.

³⁹⁸ Ni les règles sur les effets généraux du mariage ni celles sur le régime matrimonial ne limitent l'exécution forcée entre époux, FamKomm Scheidung-STECK, art. 203 CC N 1.

³⁹⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1090 ; CR CC I-STEINAUER, art. 203 CC N 2.

⁴⁰⁰ Prescription ordinaire après le mariage : art. 128 ch. 2 CO (5 ans) ou 127 CO (10 ans).

⁴⁰¹ ATF 141 III 49, cons. 5.2.1 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 203 CC N 1 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 203 CC N 2.

⁴⁰² La possibilité, pour l'époux débiteur, de requérir des délais de paiement a été instaurée afin « de limiter les exécutions forcées entre époux », mesures qui sont peu compatibles avec le devoir d'assistance entre époux prévu à l'art. 159 al. 3 CC. Message 1979, N 222.4 ; CR CC I-STEINAUER, art. 203 CC N 2.

⁴⁰³ Pour plus de détails sur les conditions de l'octroi d'un sursis de paiement, cf. notamment DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1093a ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 203 CC N 13.

l'hypothèse où un délai de paiement est effectivement octroyé au conjoint débiteur, l'époux créancier ne peut pas demander l'exécution de sa créance⁴⁰⁴.

S'agissant des **partenaires enregistrés**, chacun d'eux répond de ses dettes envers les tiers. À l'instar d'un époux, un partenaire enregistré peut engager la responsabilité solidaire de son partenaire pour les dettes contractées dans l'intérêt du ménage (art. 143 CO et 15 LPart ; cf. *supra* N 212). 223

Chacun des partenaires répond de ses dettes sur tous ses biens en vertu de l'art. 18 al. 2 LPart⁴⁰⁵. À l'instar des articles 202 et 249 CC, cette norme de droit impératif vaut tant pour les dettes des partenaires envers les tiers que pour les dettes entre partenaires⁴⁰⁶. Dans la mesure où l'art. 18 al. 2 LPart est formulé en des termes identiques aux articles 202 et 249 CC, il doit être interprété en se basant sur les remarques faites par la jurisprudence et la doctrine au sujet de ces deux dernières dispositions légales⁴⁰⁷. 224

Pour les dettes entre partenaires, la LPart ne précise pas que le régime partenarial n'a pas d'incidence sur l'exigibilité des dettes entre partenaires. En effet, le contenu des articles 203 al. 1, 235 al. 1 et 250 al. 1 CC n'a pas été repris dans la LPart. Les principes développés au sujet des dettes entre époux en matière de prescription et d'exécution forcée ont, en revanche, été transposés aux dettes entre partenaires (cf. art. 134 al. 1 ch. 3bis CO, art. 111 al. 1 ch. 1 et al. 2 LP)⁴⁰⁸. 225

Comme les articles 203 al. 2, 235 al. 2 et 250 al. 2 CC pour les époux, l'art. 23 LPart permet au débiteur lié par un partenariat enregistré d'obtenir des délais de paiement de la part de son partenaire ou du juge si le règlement de ses dettes devait l'exposer à de graves difficultés⁴⁰⁹. Contrairement aux articles 203 al. 2, 235 al. 2 et 250 al. 2, l'art. 23 al. 1 LPart n'exige pas que ces « graves difficultés » soient de nature à mettre en péril la communauté partenariale⁴¹⁰. Cette exigence est néanmoins remplacée par la condition que 226

⁴⁰⁴ Pour plus de développements sur les effets de l'octroi d'un délai de paiement, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1094a ; CR CC I-STEINAUER, art. 203 CC N 11 ss.

⁴⁰⁵ L'art. 18 LPart souligne le principe de la séparation de biens des partenaires, même quant à leurs dettes.

⁴⁰⁶ Famkomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 18 LPart N 17 ; GREMPER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 18 LPart N 17 ; GUILLOD, Familles, N 217 ; Famkomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 18 LPart N 17.

⁴⁰⁷ PICHONNAZ, Régime, N 120, p. 378. La cause de la dette n'importe pas. Celle-ci peut trouver son fondement dans un acte juridique, illicite ou directement de la loi, provenir d'un enrichissement illégitime ou d'une gestion d'affaire sans mandat, cf. PICHONNAZ, Régime, N 122, p. 378.

⁴⁰⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1634a ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 134 CO N 5a.

⁴⁰⁹ L'art. 23 LPart concrétise le devoir d'assistance et de respect des partenaires conformément à l'art. 12 LPart et prend exemple sur les articles 250 al. 2 CC, 203 al. 2 CC et 235 al. 2 CC, HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 22.14 ; GREMPER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 23 LPart N 1 ; Message LPart, p. 1242. Si le débiteur doit obtenir un crédit auprès d'un tiers, cela peut être considéré comme un désavantage économique pouvant exposer le partenaire à de « graves difficultés ». Pour plus de détails sur cette condition, cf. PICHONNAZ, Régime, N 135 ss, p. 382 ss.

⁴¹⁰ Le Message LPart ne donne aucune raison à cette différence.

les délais demandés puissent être raisonnablement imposés au partenaire créancier⁴¹¹, c'est-à-dire que celui-ci ne doit pas rencontrer à son tour de graves difficultés en cas d'octroi d'un sursis de paiement⁴¹². Lorsque un délai de paiement est accordé, le juge ou le créancier peut exiger du débiteur qu'il fournisse des sûretés « si les circonstances l'exigent » (cf. art. 23 al. 2 LPart), et non pas, comme pour les époux, « si les circonstances le justifient » (cf. art. 203 al. 2, 235 al. 2 et 250 al. 2 CC). Nonobstant les différences de formulation qui existent entre les dispositions légales applicables aux personnes mariées et l'art. 23 LPart, l'interprétation de cette norme doit s'appuyer sur la jurisprudence et la doctrine développées au sujet des dispositions relatives au droit matrimonial⁴¹³.

227 En conclusion, le concubinage en tant que tel est sans influence sur les dettes des concubins envers les tiers et sur les dettes entre concubins. Tant qu'il n'existe pas de convention prévoyant le contraire, la solidarité n'est jamais admise et toutes les dettes contractées par l'un des concubins engagent ce concubin et lui seul. *A contrario*, la loi prévoit une solidarité légale entre conjoints et entre partenaires enregistrés dès lors que les conditions de l'art. 166 CC ou celles de l'art. 15 LPart sont réalisées. Si la situation actuelle est avantageuse pour les concubins, elle ne l'est pas pour le tiers contractant, en particulier lors de l'achat de biens destinés aux besoins du ménage. En l'état actuel, il vaut mieux pour les tiers de contracter avec des époux et des partenaires enregistrés.

228 Le régime des dettes entre concubins se différencie également du régime des dettes entre conjoints et entre partenaires enregistrés sur trois points. Premièrement, le concubin ne bénéficie pas des privilèges accordés à l'époux et au partenaire enregistré dans les poursuites exercées contre son conjoint/partenaire. Deuxièmement, le concubin débiteur ne peut pas, contrairement à l'époux débiteur et au partenaire enregistré débiteur, requérir du juge des délais de paiement. Troisièmement, la prescription n'est pas suspendue en raison de la communauté de vie que forment les concubins. Imposer au concubin créancier le devoir de procéder, contre son compagnon, à des actes interruptifs de prescription pendant la durée de l'union, peut cependant fragiliser, voire même mettre en péril la relation de couple. Comme l'affirme PICHONNAZ, à raison selon nous, il se justifierait dès lors d'accorder aux concubins une suspension de la prescription pour toute la durée de leur union, en particulier si les partenaires « vivent dans une relation personnelle très étroite » (concubinage qualifié)⁴¹⁴.

⁴¹¹ Message LPart, p. 1242 ; Pour la condition de la charge raisonnable du sursis pour le partenaire créancier, cf. PICHONNAZ, Régime, N 140 s., p. 383.

⁴¹² DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, N 1634b ; PICHONNAZ, Régime, N 141, p. 383.

⁴¹³ GEISER, Partnerschaftsgesetz, p. 9 ; PICHONNAZ, Régime, N 145, p. 384.

⁴¹⁴ CR CO I-PICHONNAZ, art. 134 CO N 5.

8.6. La protection de l'union

La résolution des litiges qui apparaissent entre les **concubins** pendant la communauté de vie est laissée à la libre disposition des parties. Les partenaires sont libres de conclure les arrangements *inter partes* de leur choix. Ces arrangements peuvent concerner des aspects très délicats de l'union – en particulier l'entretien – et leur existence peut donc dépendre du niveau d'altération de la relation. ²²⁹

Lorsqu'aucun arrangement n'est possible, les concubins ont la faculté de solliciter l'intervention d'un office de consultation en matière familiale. Cette consultation doit en principe amener les membres du couple à trouver par eux-mêmes la meilleure solution à leurs problèmes et les aider à franchir les obstacles auxquels ils sont confrontés. Néanmoins, ce mode de résolution des litiges est parfois insuffisant dans la mesure où les recommandations éventuelles délivrées par l'office ne lient nullement les parties. ²³⁰

Contrairement aux époux et aux partenaires enregistrés, les concubins ne sont pas protégés en tant que communauté de vie⁴¹⁵. Faute de régime de protection spécifique, les concubins ne peuvent pas requérir du juge des mesures urgentes. Ils peuvent néanmoins recourir aux moyens de protection offerts par le droit privé et le droit pénal⁴¹⁶. Les mesures de protection du droit civil sont celles prévues aux articles 28 et suivants CC⁴¹⁷. En vertu de l'art. 28 al. 1 CC, le concubin « qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe »⁴¹⁸. L'art. 28 CC déploie donc des effets entre particuliers⁴¹⁹. L'art. 28a CC prévoit les actions judiciaires auxquelles peut recourir la victime d'une atteinte illicite à sa personnalité⁴²⁰. Conformément à cette disposition légale, la victime est habilitée à ouvrir des actions défensives (action en prévention, en cessation ou en constatation de l'atteinte, cf. art. 28a al. 1 CC) et des actions réparatrices en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain (art. 28a al. 3 CC)⁴²¹. Quant à l'art. 28b al. 1 CC, entrée en ²³¹

⁴¹⁵ GUILLOD, Familles, N 236 ; PIQUEREZ, Procédure, p. 125.

⁴¹⁶ Le droit pénal sanctionne notamment les atteintes portées à la vie (art. 111-120 CP), à l'intégrité physique (art. 122-136 CP), à l'honneur (art. 173-178 CP) ou encore à l'intégrité sexuelle (art. 187-200 CP).

⁴¹⁷ Rapport CAJ-CN 2005, ch. 2.2.1.3. Les art. 28 ss CC sont des normes de protection générale auxquelles viennent « s'ajouter diverses dispositions instaurant une protection spéciale à raison d'atteintes à la personnalité survenues dans un contexte particulier », CR CC I-JEANDIN, art. 28 CC N 5.

⁴¹⁸ Sur l'illicéité de l'atteinte, cf. MEIER/DE LUZE, Droit des personnes, N 660 ss.

⁴¹⁹ CR CC I-JEANDIN, art. 28 CC N 7.

⁴²⁰ CR CC I-JEANDIN, art. 28a CC N 1.

⁴²¹ Pour plus de détails sur ces actions, cf. CR CC I-JEANDIN, art. 28a CC N 4 ss et 23 ss ; MEIER/DE LUZE, Droit des personnes, N 733 ss pour les actions défensives et N 771 ss pour les actions réparatrices ; BSK ZGB I-MEILI, art. 28a CC N 2 ss et 15 ss.

vigueur le 1^{er} juillet 2007, il donne des moyens de protection supplémentaires à la personne victime « de violences, de menaces ou de harcèlement »^{422/423}. Il convient de préciser que ces moyens de protection sont destinés tant au concubin qu'à l'époux et au partenaire enregistré, mais aussi à tout autre membre d'une communauté domestique. Il n'est de surcroît pas exigé que le couple fasse « ménage commun »⁴²⁴.

²³² Comme indiqué *supra* N 186 ss, l'art. 28b al. 1 CC prévoit une liste non exhaustive de mesures que le juge civil peut ordonner à l'encontre de l'auteur de l'atteinte : interdiction d'accéder à un périmètre déterminé (art. 28b al. 1 ch. 1 CC), de fréquenter certains lieux, notamment des rues, des places ou des quartiers (art. 28b al. 1 ch. 2 CC), de prendre contact avec la victime, en particulier par téléphone, par écrit ou par voie électronique ou de lui causer d'autres dérangements (art. 28b al. 1 ch. 3 CC)⁴²⁵. Ces mesures ne sont soumises à aucune limite temporelle⁴²⁶. Si la victime vit dans le même logement que l'auteur de l'atteinte, elle a la faculté de requérir du juge l'expulsion de l'auteur pour une période déterminée (cf. art. 28b al. 2 CC) et l'attribution exclusive des droits et obligations qui résultent du contrat de bail (cf. art. 28b al. 3 ch. 2 CC et *supra* N 187 s.)⁴²⁷.

²³³ Les **époux** et les **partenaires enregistrés** peuvent, comme les concubins, utiliser toutes les mesures de protection offertes par le droit privé (cf. *supra* N 231) et le droit pénal. Les époux ont en plus à leur disposition les mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles sont énumérées aux articles 171 à 179 CC⁴²⁸. Ces mesures sont de nature extrajudiciaire (art. 171 CC) ou judiciaire (art. 172 CC ss) et ont pour but de « protéger soit l'union même, soit un époux, soit même les enfants »⁴²⁹.

⁴²² CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 1. La mise en œuvre de l'art. 28b CC « doit s'envisager en articulation avec les dispositions générales que constituent les art. 28 CC (norme de principe) et 28a CC (actions judiciaires), de même que les art. 28c à 28f CC (mesures provisionnelles) », CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 3.

⁴²³ D'un point de vue systématique, l'art. 28b CC est lié à l'art. 28a CC et à l'art. 28 CC, Rapport CAJ-CN 2005, ch. 5.2.1.

⁴²⁴ DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, N 690 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 15 ; Rapport CAJ-CN 2005, ch. 4.3.

⁴²⁵ Le juge qui prononce une mesure fondée sur l'art. 28b al. 1 CC doit tenir compte du principe de proportionnalité, Rapport CAJ-CN 2005, ch. 5.2.4 ; CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 17 ; ZINGG, N 107.

⁴²⁶ DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, N 696 ; MEIER/PIOTET, p. 322 ; Rapport CAJ-CN 2005, ch. 5.2.4.

⁴²⁷ Cette mesure peut être prononcée en plus des mesures générales prévues à l'al. 1 de l'art. 28b CC. CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b CC N 18.

⁴²⁸ Bien que dans l'esprit du législateur le but des mesures protectrices de l'union conjugale soit « de préserver les chances de restaurer l'entente conjugale et d'éviter que la discorde ne conduise à une désunion totale » (CR CC I-CHAIX, art. 172 CC N 2), ces mesures sont ordonnées en pratique même lorsque la dissolution de l'union conjugale paraît inévitable. ATF 119 II 313, JdT 1995 I 552 ; DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, N 556 ; Message LPart, p. 1218. Dans cette hypothèse, le juge ne peut renvoyer le couple à une procédure en divorce.

⁴²⁹ DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, N 555.

À l’instar des concubins, les époux peuvent s’adresser dans un premier temps à des offices de consultation conjugale ou familiale, sur requête commune ou séparément (art. 171 CC)⁴³⁰. Si l’un des deux époux « ne remplit pas ses devoirs de famille ou si les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l’union conjugale », le couple peut, dans un second temps, ensemble ou individuellement, requérir l’intervention du juge (art. 172 al. 1 CC)⁴³¹. Comme nous l’évoquions à l’égard de la situation des concubins, ceux-ci ne profitent guère d’une telle alternative.

Le juge des mesures protectrices de l’union conjugale interviendra pour tenter une conciliation entre les époux (art. 172 al. 2 CC) ou, en cas d’échec, pour ordonner des mesures concrètes permettant de régler la vie commune ou les conséquences de la vie séparée (art. 172 al. 3 CC). Dans cette hypothèse, le juge ne peut pas ordonner toutes les mesures qui lui semblent convenables pour protéger l’union conjugale ; il est tenu de ne prendre que celles mentionnées dans la loi, plus particulièrement celles prévues aux articles 166, 169, 170 et 173 à 179, CC et que celles requises par les époux conformément à la maxime de disposition⁴³². Aux termes de l’art. 172 al. 3 *in fine*, le juge des mesures protectrices peut encore prendre les mesures mentionnées à l’art. 28b CC, mesures qui ne s’appliquent que par analogie⁴³³.

Le Code civil prévoit des mesures protectrices qui peuvent s’appliquer pendant la vie commune (art. 173 et 174 CC), à la suspension de celle-ci (art. 175 et 176 CC) ou indistinctement dans l’une ou l’autre de ces hypothèses (art. 171, 172, 177 et 178 CC)⁴³⁴.

Pendant la vie commune des époux, le juge peut prendre les mesures suivantes : fixer le montant dû par un époux à l’autre en vertu de l’art. 163 CC et, si les revenus du couple le permettent, en vertu de l’art. 164 CC

⁴³⁰ CR CC I-CHAIX, art. 171 CC N 3 et art. 172 CC N 4.

⁴³¹ Par « devoirs de famille », il faut entendre ceux dont il est question à l’art. 159 al. 2 et 3 CC et qui sont concrétisés aux art. 162 à 170 CC, ainsi que ceux qui découlent de la position de parent et qui sont prévus aux art. 272, 276 ss et 301 ss CC, STETTLER/GERMANI, N 342 ; CR CC I-CHAIX, art. 172 CC N 6 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 599 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 172 CC N 5. Par « désaccord sur une affaire importante de l’union conjugale », il faut entendre « les différends susceptibles de rompre irrémédiablement l’équilibre du mariage », CR CC I-CHAIX, art. 172 CC N 7. Cf. aussi DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 600 s. La création d’offices de consultation a pour objectif de rendre le recours au juge subsidiaire. Il n’est toutefois pas nécessaire de saisir ces offices avant de recourir au juge, CR CC I-CHAIX, art. 171 CC N 1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 560 et réf. cit. et N 596 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 171 CC N 2 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 171 CC N 5.

⁴³² La liste des mesures est exhaustive, ATF 114 II 18, JdT 1990 I 140 ; ZK ZGB-BRÄM, art. 172 CC N 32 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 172 CC N 12a ; MEIER/PIOTET, p. 329 s. ; VETTERLI, Schutz, p. 295.

⁴³³ Rapport CAJ-CN 2005, p. 6457. Pour plus de développements sur la portée et la mise en œuvre de l’art. 28b CC dans le cadre des mesures protectrices de l’union conjugale, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 693 ss.

⁴³⁴ ATF 121 II 49 ss ; CR CC I-CHAIX, art. 173 CC N 1 et art. 174 CC N 1 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 173 CC N 1 ; STETTLER/GERMANI, N 351 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 566.

(art. 173 CC)⁴³⁵ ; retirer à un époux son pouvoir ordinaire de représenter l'union conjugale si celui-ci excède ses pouvoirs ou se montre incapable de les exercer de manière durable (art. 174 al. 1 CC) ; astreindre l'époux ou des tiers qui n'exécute pas son devoir de renseigner à « fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires » (art. 170 al. 2 CC).

238 Lorsque les époux sont en procédure de séparation de corps ou de divorce, le juge prend en revanche les mesures énumérées à l'art. 176 CC relatives à la contribution d'entretien (ch. 1), à l'usage du logement et du mobilier de ménage (ch. 2), au régime matrimonial (ch. 3) ainsi qu'au sort des enfants (al. 3)⁴³⁶.

239 Par ailleurs, que le couple vive en ménage commun ou que la vie commune soit suspendue, le juge peut encore, en fonction des circonstances, prescrire directement aux débiteurs de l'époux qui manque à ses obligations « d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de son conjoint » (art. 177 CC) et/ou ordonner la restriction du pouvoir de disposer de certains biens à l'encontre de l'époux qui, par ses actes, porte préjudice aux intérêts essentiels des époux ou de la famille (art. 178 CC)⁴³⁷.

240 À l'instar des concubins et des époux, les **partenaires enregistrés** qui traversent une situation de crise sont libres de requérir l'aide d'un office de consultation⁴³⁸. Ils ne peuvent pas, en revanche, requérir l'intervention du juge pour une conciliation⁴³⁹.

241 Contrairement au droit du mariage, la LPart ne comporte pas un chapitre spécifique relatif à la protection de la communauté partenariale⁴⁴⁰. Exception faite de l'art. 17 LPart qui prévoit certaines mesures en cas de suspension de la vie commune, la LPart contient des règles « insérées individuellement, de manière logique, dans les dispositions dont la violation est sanctionnée par la

⁴³⁵ CR CC I-CHAIX, art. 173 N 1 et N 3-9. Le juge des mesures protectrices ne peut pas se prononcer sur l'indemnité équitable de l'art. 165 CC, car seul le juge ordinaire a compétence pour le faire. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 618 et réf. cit.

⁴³⁶ Ce n'est que si « la suspension de la vie commune est fondée » qu'une mesure prévue à l'art. 176 CC peut être ordonnée par le juge. Conformément à l'art. 175 et à l'art. 176 al. 2 CC, la suspension de la vie commune est fondée si la personnalité ou la sécurité matérielle d'un époux sont gravement menacées, si le bien de la famille est gravement menacé ou lorsque la vie commune se révèle impossible. Tant que le juge du divorce n'a pas modifié ou révoqué les mesures protectrices de l'union conjugale, celles-ci restent en vigueur, ATF 129 III 60 cons. 2 ; TF 5A_324/2012 du 15 août 2012, publié *in* : FamPra.ch 2013, p. 198 ss ; 5A_183/2010 du 19 avril 2010, cons. 3.3.1 ; 5A_182/2007 du 11 juin 2007, cons. 2.1.

⁴³⁷ Nous n'analyserons pas les conditions de fond de chacune de ces dispositions dans la mesure où cela dépasserait l'objet de notre étude. Pour plus de détails sur l'avis au débiteur, cf. notamment CR CC I-CHAIX, art. 177 CC ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 639 ss ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 177 CC. Pour plus de détails sur la restriction du pouvoir de disposer, cf. notamment CR CC I-CHAIX, art. 178 CC ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 670 ss ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 178 CC.

⁴³⁸ Message LPart, p. 1218.

⁴³⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 745.

⁴⁴⁰ BÜCHLER/VETTERLI, p. 163 ; MEIER/PIOTET, p. 333 ; Message LPart, p. 1218 ; CPC-TAPPY, art. 305 CPC N 3.

mesure protectrice »⁴⁴¹. En cas de difficultés dans le couple, les partenaires ont donc également la faculté de requérir l'intervention du juge. Celui-ci se prononce en procédure sommaire sur les sujets suivants (cf. art. 305 CPC) : la détermination des contributions d'entretien (art. 13 al. 2 LPart) ; l'injonction aux débiteurs (art. 13 al. 3 LPart) ; le droit de disposer du logement commun (art. 14 al. 2 LPart) ; l'extension ou le retrait du pouvoir de représenter la communauté partenariale (art. 15 al. 2, let. a et al. 4 LPart) ; l'injonction adressée à l'un des partenaires de fournir à l'autre des renseignements sur ses revenus, ses biens et ses dettes (art. 16 al. 2 LPart) ; la fixation, la modification ou la suppression de la contribution pécuniaire et le règlement de l'utilisation du logement et du mobilier de ménage (art. 17 al. 2 et 4 LPart) ; l'obligation des partenaires de collaborer à l'établissement d'un inventaire (art. 20 al. 1 LPart) ; la restriction du pouvoir d'un des partenaires de disposer de certains biens (art. 22 al. 1 LPart) ; l'octroi de délais pour le remboursement de dettes entre les partenaires (art. 23 al. 1 LPart). Notons encore que la doctrine est d'avis que les mesures prévues à l'art. 28b CC font partie de la liste de celles que le juge peut prendre en procédure sommaire en vertu de l'art. 305 CPC, même si elles ne sont pas mentionnées de manière expresse dans cette disposition légale⁴⁴².

La loi instaure donc un système spécial de protection en faveur des couples mariés et des couples liés par un partenariat enregistré, mais ne s'occupe pas de protéger les concubins en tant que communauté de vie. En cas de désaccord, la protection judiciaire offerte aux couples mariés et enregistrés ne peut pas être revendiquée par l'un des concubins. Sans protection légale particulière, il ne reste à disposition des personnes non mariées et non enregistrées plus que les moyens généraux de protection offerts par le droit privé, le droit public et le droit pénal, en particulier les moyens prévus aux articles 28 et suivants CC. Or, et comme constaté, ces moyens ne permettent pas de régler l'entier des conséquences de la vie séparée ; ils ne prévoient ni le versement d'une contribution d'entretien au profit de l'un des concubins, ni de restriction du pouvoir de disposer de certains biens à l'encontre de l'un des concubins ni de devoir de renseigner. ²⁴²

9. Les effets de l'union à l'égard de l'État

9.1. En matière fiscale

Lorsqu'on envisage les effets fiscaux attachés au statut juridique des couples, il est important de distinguer l'impôt sur les revenus et la fortune des personnes physiques de l'impôt sur les donations et les successions. Vu la complexité de ²⁴³

⁴⁴¹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 741.

⁴⁴² MEIER/PIOTET, p. 333 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 749.

la matière, nous nous limiterons à quelques remarques générales sur les conséquences du concubinage, du mariage et du partenariat enregistré sur le plan fiscal. Nous n'étudierons pas les impacts fiscaux de la présence d'enfants.

244 En Suisse, l'impôt est fédéral, cantonal et communal ; l'impôt fédéral direct frappe uniquement le revenu des personnes physiques, tandis que l'impôt cantonal et communal est prélevé non seulement sur les revenus, mais aussi sur la fortune des personnes physiques. Quant aux impôts sur les donations et les successions, ceux-ci sont perçus uniquement par les cantons, sur la base de dispositions légales qui leur sont propres.

245 Les **concubins** ne constituent pas une entité économique ; ils sont traités comme des célibataires et sont toujours imposés séparément, c'est-à-dire pour chacun d'eux sur ses propres revenus et sa propre fortune⁴⁴³. Au contraire, la caractéristique du statut fiscal des **époux** est que ceux-ci font obligatoirement l'objet d'une imposition commune, ce qui signifie qu'ils sont imposés sur la somme de l'ensemble de leurs revenus et de leur fortune⁴⁴⁴. En principe, la taxation commune déploie ses effets à partir du mariage et jusqu'à la séparation judiciaire ou de fait, laquelle provoque une taxation séparée⁴⁴⁵. L'imposition fiscale commune se termine également avec le décès de l'un des conjoints.

246 Avec l'entrée en vigueur de la LPart le 1^{er} janvier 2007, les effets fiscaux du **partenariat enregistré** ont été alignés sur ceux du mariage (art. 9 al. 1bis LIFD, 3 al. 4 LHID et 8 al. 2 LIPP). Il s'ensuit que les commentaires concernant les couples mariés valent *mutatis mutandis* pour les partenaires enregistrés⁴⁴⁶.

247 - **L'impôt cantonal sur le revenu et la fortune**. En matière d'impôt cantonal sur le revenu et la fortune, l'union libre se révèle fiscalement plus avantageuse que le mariage. Le mariage conduit les époux exerçant tous deux une activité lucrative à s'acquitter d'un impôt sur le revenu plus important que deux

⁴⁴³ ATF 118 Ia 1 cons. 3b, JdT 1994 I 159 ; HERZ/WALPEN, N 56 ; JAKES, Concubins, p. 678 ; WERRO, Concubinage, N 116. Les éventuelles prestations en nature que reçoit le concubin en contrepartie de la tenue du ménage ne représentent plus un revenu imposable depuis 1999. Cf. à ce propos la jurisprudence rendue en matière d'assurances sociales : ATF 125 V 205 selon lequel les prestations en nature, de même que l'argent de poche éventuel, ne constituent pas un salaire. Cf. aussi SANDOZ, Entwicklungen, p. 150 s. et réf. cit. S'agissant des époux, la valeur des prestations de travail des conjoints mariés pour la tenue du ménage ne représente pas non plus un revenu imposable, cf. ATF 117 Ib 1 cons. 2, p. 4.

⁴⁴⁴ « Ce mode d'imposition se fonde sur l'union morale, juridique et [...] économique créée par le mariage. Il déploie ses effets aussi longtemps que l'union est intacte, même lorsque chacun des époux à son propre domicile », JAKES, Concubins, p. 677 et réf. cit. Cf. aussi Message 1983, p. 7 à 31 ; Circulaire n° 30 de l'AFC du 1^{er} janvier 2011, p. 1 ; CR LIFD-JAKES, art. 9 LIFD N 3 ; REICH, p. 234 ; DE VRIES REILINGH, p. 268 et réf. cit.

⁴⁴⁵ En principe, la première taxation commune a lieu dès l'année fiscale au cours de laquelle les conjoints se sont mariés (art. 18 al. 1 LHID). Conformément à l'art. 18 al. 2 LHID, « en cas de divorce ou de séparation judiciaire ou effective, les époux sont imposés séparément pour l'ensemble de la période fiscale ». Pour les conditions de la taxation séparée en cas de séparation de droit ou de fait, cf. OBERSON, N 32.

⁴⁴⁶ Pour un exposé de la situation des partenaires enregistrés en droit fiscal, cf. BEUSCH, p. 651 ss.

concubins dans la même situation financière⁴⁴⁷. En effet, le taux d'imposition augmente progressivement en fonction des éléments imposables. Le fait de cumuler les éléments imposables implique pour les époux un taux d'imposition plus élevé que celui applicable aux concubins et une charge fiscale supérieure à celle de concubins disposant globalement du même revenu. À l'inverse, les concubins dont l'un uniquement dispose d'un revenu sont désavantagés fiscalement, du fait de leur imposition séparée, par rapport à un couple marié dans la même situation⁴⁴⁸.

Notons qu'aucune responsabilité solidaire n'existe entre les concubins ; chacun d'eux s'acquitte des obligations qui lui incombent et répond personnellement de ses dettes à l'égard du fisc. À l'inverse, les deux époux sont considérés, selon certaines lois cantonales, comme étant solidairement responsables du montant global de l'impôt, à charge pour celui des époux qui a payé la totalité de l'impôt de se retourner contre son conjoint⁴⁴⁹.

Le décalage qui existait pendant longtemps entre couples non mariés et couples mariés en matière d'imposition sur le revenu et la fortune a été relativisé sur le plan cantonal⁴⁵⁰. Conformément à l'art. 11 al. 1 LHID, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, les cantons doivent réduire de manière appropriée l'impôt des personnes mariées à deux revenus vivant en ménage commun par rapport à celui des personnes vivant seules. Les cantons ont ainsi mis en place différentes solutions afin d'atténuer l'effet du barème progressif et de rapprocher la charge fiscale grevant les couples mariés de celle grevant les concubins⁴⁵¹. À titre d'exemple, le canton de Genève a introduit le système du « splitting » intégral⁴⁵². Ce système a l'avantage de supprimer la progressivité de l'impôt ; il consiste à additionner les revenus des époux, puis à diviser par deux le revenu global pour déterminer le taux d'imposition (art. 41 al. 2 LIPP)⁴⁵³. En outre, de nombreuses lois fiscales cantonales

⁴⁴⁷ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 47 ; OBERSON, N 33.

⁴⁴⁸ ATF 120 Ia 329, SJ 1995 761, cons. 4e.

⁴⁴⁹ À titre d'exemple, cf. art. 12 al. 1 LIPP et § 12 al. 1 StG ZH.

⁴⁵⁰ Dans son arrêt « Hegetschweiler », le TF a dénoncé l'inégalité qui existait entre couples mariés et couples de concubins en 1984, cf. ATF 110 Ia 7, JdT 1986 I 37. Les principes dégagés dans cette décision ont été retranscrits dans les lois fiscales cantonales, mais cette décision n'a eu aucun effet direct sur l'impôt fédéral direct, cf. AFC, Informations, p. 9, N 24.

⁴⁵¹ Pour une brève explication sur les différentes solutions compatibles avec la LHID qui ont été envisagées, cf. OBERSON, N 35 ss. Pour plus de détails sur les correctifs nécessaires à un dégrèvement approprié des couples mariés dans les législations fiscales cantonales, cf. Message Initiative, N 2.1.3, p. 7629 s.

⁴⁵² Les cantons de Fribourg, Bâle, Appenzell Rhodes-Intérieures, Saint-Gall, Argovie et Thurgovie pratique également de système du splitting intégral. Cf. aussi AFC, Informations 2015, p. 14 s.

⁴⁵³ Pour les autres méthodes d'imposition adoptées dans les cantons, cf. AFC, Informations 2011, p. 18 ; MASMEJAN-FEY, p. 123 ss.

accordent des déductions aux couples mariés, parfois nettement plus élevées que celles prévues pour les personnes vivant seule⁴⁵⁴.

250 - **L'impôt fédéral direct sur le revenu.** Dans le cadre de l'impôt fédéral direct, la disparité entre les couples mariés à deux revenus et les couples non mariés dans la même situation financière a également été atténuée suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, des mesures immédiates relatives à l'imposition des couples mariés⁴⁵⁵. Ces mesures corrigent sommairement les inégalités existantes par le biais de la déduction, générale ou sociale ; les couples mariés exerçant chacun une activité lucrative peuvent déduire du produit de l'activité lucrative, 50 % du revenu le moins élevé, mais au moins CHF 8'100.- et au plus CHF 13'400.- (art. 33 al. 2 LIFD). En sus de cela, tous les couples mariés bénéficient d'une déduction sociale de CHF 2'600.- (art. 35 al. 1 let. c LIFD)⁴⁵⁶.

251 Grâce à l'introduction des déductions pour couples mariés à deux revenus, l'inégalité de traitement frappant ces derniers par rapport aux concubins a été modérée. Les mesures prises n'ont cependant pas permis de parvenir à une imposition de tous les couples mariés respectant l'égalité de traitement prescrite par la Constitution. Cet objectif ne pouvait être atteint qu'au moyen d'une réforme complète du système d'imposition des couples mariés. La question était de savoir si les époux devaient continuer d'être imposés en commun ou s'ils devaient être imposés séparément à l'avenir⁴⁵⁷. Suite aux réactions très variées des différents partis politiques suisses et à l'absence de choix clair sur le système d'imposition pour les couples mariés, la réforme a été abandonnée le 29 février 2008.

252 Une nouvelle réforme de l'imposition de la famille a été engagée fin 2008. Elle a conduit à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, de la loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants. Cette loi a comme but d'améliorer l'équité fiscale entre les personnes qui ont des enfants et celles qui n'en ont pas et a apporté des modifications à la LHID et à la LIFD⁴⁵⁸. Précisons pour finir qu'un nouveau projet de loi fédérale visant l'élimination de toute inégalité

⁴⁵⁴ Pour plus de détails sur les diverses mesures cantonales visant à tenir compte des différences de capacité économique entre les personnes mariées et les personnes vivant seules, cf. AFC, Informations 2011, p. 13, N 4 ss.

⁴⁵⁵ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 47; Message Mesures immédiates, p. 4259 ; Rapport explicatif du 29 août 2012 concernant la LIFD, Imposition équilibrée des couples et de la famille, p. 11.

⁴⁵⁶ Cf. OPFr.

⁴⁵⁷ Dans son avant-projet, le CF a présenté quatre modèles d'imposition des personnes mariées: l'imposition individuelle modifiée, la taxation commune avec splitting, le splitting partiel avec droit d'option pour les époux et le système à deux barèmes, cf. Projet de consultation en vue du choix d'un système d'imposition des couples mariés, Administration fédérale des contributions, Décembre 2006.

⁴⁵⁸ Cette loi a introduit un barème parental et une déduction pour les frais de garde des enfants par des tiers, et permis ainsi de mieux tenir compte des frais liés aux enfants. Pour plus de détails à ce propos, cf. notamment Message Dégrèvement ; RABAGLIO, Imposition et JAQUES, Allègements.

entre concubins et personnes mariées ou enregistrées a été soumis en votation et refusée par le peuple le 28 février 2016⁴⁵⁹.

Comme dans la plupart des lois cantonales, les époux qui font ménage commun répondent solidairement, en droit fédéral, de la totalité de l'impôt (art. 13 al. 1 LIFD et 40 al. 1 LHID). Cette solidarité cesse dès qu'il n'y a plus de ménage commun (art. 13 al. 2 LIFD). Aucune obligation similaire n'existe pour les concubins. 253

- L'impôt sur les donations et les successions. Comme déjà évoqué, l'aménagement de l'impôt sur les donations et les successions est de la compétence exclusive des cantons (art. 3 Cst). Dans la plupart des législations cantonales, le taux d'imposition est progressif et dépend du montant de l'attribution ainsi que du degré de parenté entre le donateur/défunt et le bénéficiaire⁴⁶⁰. Ce système a comme effet d'avantager les personnes mariées et enregistrées par rapport aux concubins ; considéré comme un tiers, le concubin ne bénéficie, en règle générale, pas de la réduction de l'impôt sur les donations et les successions prévue pour les parents proches⁴⁶¹. Il est généralement soumis à un taux fiscal très élevé, alors que le conjoint et le partenaire enregistré profitent d'un taux d'imposition privilégié et, dans la majorité des cantons, d'une exonération⁴⁶². À titre d'exemples, le canton de Genève impose le concubin survivant à un taux qui peut aller jusqu'à 54.60% en fonction du montant reçu de la part du *de cuius* contre un taux s'élevant au maximum à 6% pour le conjoint ou le partenaire enregistré (cf. art. 6A, 21 et 22 LDS)⁴⁶³. Ce taux est semblable en matière de droits de donation (cf. art. 19 ss LDE). Dans le canton de Vaud, le taux est de 25% pour le concubin, alors que le conjoint et le partenaire enregistré sont exonérés (art. 31, 34 et 20 lit. 2 LMSD)⁴⁶⁴. 254

D'autres législations cantonales tiennent compte de l'union libre et accordent au concubin, sous réserve de conditions, un taux avantageux. À titre d'exemples, les cantons de Neuchâtel, Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle, Glaris, Lucerne, Nidwald, Obwald, Uri et Zurich, accordent un taux préférentiel au concubin si les membres du couple ont vécu en ménage 255

⁴⁵⁹ Pour plus de détails, cf. Message Couple, disponible à l'adresse suivante : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/7623.pdf> (consulté le 7 avril 2015). Tous les documents sont disponibles à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis404.html>.

⁴⁶⁰ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 48 ; HERZ/WALPEN, N 56 ; LAFFELEY MAILLARD, Planification I, p. 299 ; WAELTI, N 19.

⁴⁶¹ RAMBOSSON BELLINGAN/DE SAINT PERIER, p. 237. Notons que les donations sont imposées dans tous les cantons où il existe un impôt sur les successions avec des taux équivalents.

⁴⁶² JAKUES, Concubins, p. 678.

⁴⁶³ KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris, p. 165 s.

⁴⁶⁴ KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris, p. 188 s.

commun depuis au moins cinq ans⁴⁶⁵. Dans les cantons de Berne, Fribourg et du Jura, le concubin survivant profite d'un taux avantageux s'il a fait ménage commun avec le défunt pendant dix ans⁴⁶⁶. Seuls les cantons des Grisons, de Schwyz et de Zoug exemptent le concubin de l'impôt sur les donations et les successions⁴⁶⁷. À chaque canton correspond par conséquent un traitement fiscal particulier pour le concubin.

256 Plusieurs auteurs critiquent les inégalités existantes entre concubins et personnes mariées et enregistrées en matière d'impôt sur les donations et les successions, estimant qu'un traitement différent de deux situations semblables est contraire au principe d'égalité de traitement tel que consacré à l'art. 8 Cst⁴⁶⁸. Le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'il n'y a pas atteinte au principe d'égalité de traitement en cas de soumission des personnes non mariées à un impôt successoral différent⁴⁶⁹. L'un des arguments de notre Haute Cour est que les concubins bénéficient déjà d'importants avantages en matière d'impôts sur le revenu et la fortune⁴⁷⁰. Selon nous, l'argument du Tribunal fédéral devrait être nuancé en fonction notamment de la législation cantonale en vigueur et des revenus du couple. En effet, et comme indiqué ci-dessus, l'état civil du contribuable a perdu de son importance en matière d'impôt fédéral et cantonal sur le revenu et la fortune ; les personnes mariées et liées par un partenariat enregistré ne sont plus autant désavantagées fiscalement par rapport aux concubins.

257 En résumé, l'état civil et le mode de vie choisi influencent le taux d'imposition des revenus, de la fortune, des donations et des successions. Malgré les différentes réformes fiscales, la discrimination entre couples de concubins à deux revenus et conjoints ou partenaires enregistrés dans la même situation économique n'a pas pu être éradiquée ; les personnes non mariées et non enregistrées sont désavantagées en matière d'imposition des donations et des successions, mais demeurent avantagées en matière d'impôt sur le revenu et la fortune au niveau cantonal et fédéral⁴⁷¹. Afin de corriger définitivement cette dernière inégalité sur le plan fédéral, le Conseil fédéral a élaboré des

⁴⁶⁵ Cf. art. 23 al. 2 LSucc NE ; § 147 al. 2 lit. a StG AG ; art. 147 al. 2 StG AR ; § 12 al. 1 lit. b. ESchG BL et § 130 al. 3 StG BS ; art. 127 al. 1 lit. b. StG GL ; LU Steuerbuch Bd. 3 Weisungen ESchG LU § 3 ; art. 157 al. 3 ESchG NW ; art. 133 al. 1 lit. g StG OW ; art. 158 al. 1 lit. c StG UR ; § 21 al. 1 lit. e ESchG ZH. Pour plus de détails sur le système fiscal de chaque canton, cf. KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris.

⁴⁶⁶ Art. 19 al. 1 lit. b ESchG BE ; art. 25 al. 1 lit. c) LISD FR ; art. 22 al. 1 ch. 2 LISD JU.

⁴⁶⁷ KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris, p. 168 s., 182 et 190 s.

⁴⁶⁸ cf. EITEL, p. 208 ss ; HANGARTNER, Fragen, p. 74 s. ; HERZ/WALPEN, N 56 ; PULVER, Union libre, p. 123.

⁴⁶⁹ ATF 123 I 241 cons. 4 ss, JdT 1999 I 92.

⁴⁷⁰ ATF 123 I 241 cons. 6b, JdT 1999 I 92

⁴⁷¹ Pour des développements détaillés sur les différences existantes entre les personnes non mariées et les personnes mariées en matière d'imposition, cf. CASANOVA, p. 187 ss, en particulier p. 190. Cf. aussi KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris, dans lequel sont collectées les données fiscales de tous les cantons – de la charge fiscale sur le revenu et la fortune aux impôts de succession et de donation de chaque canton.

propositions, dont le « barème multiple avec calcul alternatif de l'impôt »⁴⁷². Suite aux critiques des participants à la consultation, cette réforme a dû être suspendue provisoirement en mai 2013⁴⁷³. Le 28 février 2016, l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » a été soumise au vote du peuple et rejetée à 50,8 % des voix⁴⁷⁴. Cette initiative avait comme objectif la suppression des avantages dont les concubins bénéficient à l'heure actuelle en matière d'impôt fédéral direct, mais n'envisageait pas une amélioration du statut des concubins en matière d'impôt sur les successions et sur les donations. En cette matière, les concubins sont et restent désavantagés par rapport aux couples formellement unis.

9.2. En matière d'assurances sociales

Le système suisse de la sécurité sociale a pour but de couvrir, par des prestations financières, les risques liés notamment à la maladie, à l'accident, à l'invalidité, au chômage, à la retraite et au décès. Les principales assurances en Suisse sont l'assurance-maladie⁴⁷⁵, l'assurance-accidents⁴⁷⁶, l'assurance-chômage⁴⁷⁷, l'assurance militaire⁴⁷⁸, l'assurance perte de gain⁴⁷⁹, l'assurance sur les allocations familiales et la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Cette dernière repose sur le système des trois piliers (art. 111 al. 1 Cst)⁴⁸⁰. Le premier pilier est formé de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité et des rentes complémentaires⁴⁸¹ ; le deuxième pilier est constitué par la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et

258

⁴⁷² Le rapport explicatif de la LIFD - Imposition équilibrée des couples et de la famille - du 29 août 2012 peut être consulté sur : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2012 > Département fédéral des finances.

⁴⁷³ Le rapport sur les résultats peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2012 > Département fédéral des finances.

⁴⁷⁴ Tous les documents peuvent être consultés à l'adresse suivante : www.admin.ch > Thèmes > Droits politiques > Initiatives populaires > Répertoire chronologique > Initiative populaire fédérale « Pour le couple et la famille - Non à la pénalisation du mariage ».

⁴⁷⁵ L'assurance-maladie est fondée sur la LAMal.

⁴⁷⁶ L'assurance-accidents est fondée sur la LAA.

⁴⁷⁷ L'assurance-chômage est fondée sur la LACI.

⁴⁷⁸ L'assurance militaire est fondée sur la LAM.

⁴⁷⁹ L'assurance pour perte de gain est fondée sur la LAPG.

⁴⁸⁰ AEBI-MÜLLER, Optimale, N 02.01 ss.

⁴⁸¹ Le premier pilier protège obligatoirement toutes les personnes domiciliées ou travaillant en Suisse. Son but est de couvrir de manière appropriée les besoins vitaux en cas de retraite, de décès et d'invalidité (art. 112 al. 2 lit. b Cst). L'assurance-vieillesse et survivant est fondée sur la LAVS, l'assurance-invalidité sur la LAI et les prestations complémentaires sur la LPC et les lois adoptées par les cantons.

invalidité⁴⁸², tandis que le troisième pilier a et b consacre la prévoyance individuelle⁴⁸³.

259 Les prestations des assurances dépendent, pour la plupart, de l'état civil de l'assuré⁴⁸⁴. La notion de couple transparait au travers d'un grand nombre de règles du droit des assurances, mais ces règles sont inspirées par un modèle familial traditionnel. En effet, la réglementation réserve un sort particulier à l'assuré marié et à l'assuré lié par un partenariat enregistré⁴⁸⁵. La communauté de vie de fait est peu – voire pas – prise en compte dans le droit des assurances⁴⁸⁶. Cela implique pour les concubins tantôt des avantages tantôt des désavantages en comparaison avec les personnes mariées et liées par un partenariat enregistré⁴⁸⁷.

260 Dans les développements qui suivent, nous mettrons l'accent sur les différences qui existent entre un assuré non marié et non enregistré et un assuré marié ou lié par un partenariat enregistré en n'envisageant que les domaines du droit des assurances dans lesquels la constitution du couple et le mode de vie en couple ont une influence. Le mode de vie en couple de l'assuré n'a, par exemple, aucune incidence sur le droit de l'assuré d'obtenir des prestations de vieillesse dans le cadre du deuxième pilier ; celles-ci lui sont garanties indépendamment du fait de savoir s'il vit en union libre, s'il est marié ou lié par un partenariat enregistré.

261 - **Rentes de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS).** À l'âge de la retraite, chaque concubin touche une rente de vieillesse individuelle entière, comme c'est le cas pour les personnes seules (art. 29 LAVS)⁴⁸⁸. Il n'y a pas de plafonnement lorsqu'un couple non marié ou non enregistré vit en commun. À

⁴⁸² La prévoyance professionnelle est fondée sur la LPP et la LFLP. Elle est composée de la prévoyance professionnelle obligatoire (2^e pilier a) et de la prévoyance professionnelle sur- voire sous-obligatoire (2^e pilier b). Elle est en principe obligatoire pour les salariés, mais est aussi accessible aux travailleurs indépendants, pour qui, sauf exception, elle est facultative (art. 113 al. 2 lit. b, lit. d et lit. e Cst). Elle doit permettre à l'assuré, compte tenu des prestations du régime de base AVS/AI, de conserver son niveau de vie antérieur (art. 113 al. 1 Cst).

⁴⁸³ La prévoyance individuelle est constituée d'épargne privée. Elle se subdivise en prévoyance liée (3^e pilier a) et en prévoyance libre (3^e pilier b). Tandis que la seconde n'est pas spécifiquement réglée par des dispositions légales, la première répond à des règles strictes s'agissant de la durée du contrat, des cotisations, des bénéficiaires et de la disponibilité des fonds. Ces règles figurent dans l'OPP3 qui se base sur les articles 82 al. 2 LPP et 99 LCA.

⁴⁸⁴ AUSBURGER-BUCHELI, Assurances, p. 165 ; HERZ/WALPEN, N 53 ; PULVER, Union libre, p. 124 ; ROSSMANITH, p. 396.

⁴⁸⁵ À teneur de l'art. 13a LPGa, le partenariat enregistré doit être assimilé, dans le droit des assurances sociales, au mariage, sa dissolution au divorce et le partenaire enregistré survivant à un veuf. Les dispositions applicables aux conjoints profitent donc aux partenaires enregistrés.

⁴⁸⁶ GROSSEN/GUILLOD, p. 287 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 03.70 ; PULVER, Les effets, p. 37 ; WERRO, Concubinage, N 120.

⁴⁸⁷ Grossen/Guillod, p. 287.

⁴⁸⁸ BONETTI, Concubinage, p. 537. En vertu de l'art. 21 al. 1 et 2 LAVS, ont droit à une rente de vieillesse les hommes qui ont atteint 65 ans révolus et les femmes qui ont atteint 64 ans révolus. Le droit à une rente de vieillesse prend naissance le premier jour du mois suivant celui où a été atteint l'âge prescrit et s'éteint par le décès de l'ayant droit.

l'inverse, le fait d'être marié ou lié par un partenariat enregistré implique des prestations réduites. En effet, la somme des deux rentes d'un couple marié ou lié par un partenariat enregistré ne peut pas s'élever à plus de 150% du montant maximal de la rente de vieillesse (art. 35 al. 1 LAVS)⁴⁸⁹. Les époux et les partenaires enregistrés sont, par conséquent, désavantagés par rapport aux concubins.

Le Tribunal fédéral a jugé que le plafonnement des rentes AVS pour les couples mariés et enregistrés n'était pas assimilable à une forme de discrimination⁴⁹⁰. La raison en est que le système actuel de l'assurance sociale protège spécialement les couples mariés et enregistrés alors qu'il n'existe pas de couverture sociale définie au plan juridique pour les concubins. Selon notre Cour suprême, il n'y aurait pas d'inégalité de traitement entre couple formel et informel si l'on considère l'ensemble des avantages que le système social offre aux couples mariés et enregistrés, mais pas aux partenaires en union libre.

- **Rentes de l'assurance-invalidité (AI).** Comme pour l'AVS, chaque concubin devenu totalement ou partiellement invalide suite à une maladie ou à un accident, touche une rente invalidité individuelle⁴⁹¹. La LAI ne prévoit pas de rente pour couple vivant en ménage de fait. Contrairement aux concubins, lorsque les deux conjoints ou les deux partenaires enregistrés ont chacun droit à une rente AI, la somme des deux rentes individuelles est plafonnée de la même manière que les rentes AVS et ne peut donc être supérieure à 150% de la rente maximale (cf. art. 37 LAI qui renvoie à l'art. 35 LAVS).

- **Rentes complémentaires.** D'une manière générale, le but des rentes complémentaires à l'AVS/AI est d'éviter la pauvreté liée à l'âge, à l'invalidité et au décès. Ces prestations viennent en aide aux rentiers AVS/AI lorsque les rentes et autres revenus ne permettent pas au rentier de couvrir ses besoins vitaux⁴⁹². Contrairement à une personne mariée ou liée par un partenariat enregistré, le concubin devenu invalide qui perçoit une rente complémentaire de l'assurance-invalidité ne peut pas prétendre au versement de cette rente après l'âge de la retraite jusqu'à ce que son compagnon soit mis au bénéfice d'une rente de vieillesse ou d'invalidité (art. 22^{bis} LAVS *a contrario*).

- **Bonifications pour tâches d'assistance**⁴⁹³. Le concubin qui prend en charge son compagnon avec lequel il fait ménage commun n'a pas le droit d'obtenir une bonification pour tâches d'assistance. La LAVS n'accorde un tel droit

⁴⁸⁹ RAMBOSSON BELLINGAN/DE SAINT PERIER, p. 238. La rente mensuelle minimale de vieillesse dans l'AVS se monte, en 2016, à CHF 1'175.-, tandis que la rente maximale s'élève à CHF 2'350.-. Etant donné que les rentes pour les couples mariés ou enregistrés sont plafonnées à 1,5 fois la rente maximale, la somme des deux rentes d'un couple formel s'élève à CHF 3'525.-.

⁴⁹⁰ ATF 140 I 77 cons. 6 à 9, commenté par MATTHEYT/BURGAT, p. 240 ss.

⁴⁹¹ La notion d'invalidité est définie aux articles 7, 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI.

⁴⁹² Les prestations complémentaires reposent sur la LPC et sur les lois cantonales.

⁴⁹³ Les bonifications pour tâches d'assistance permettent aux personnes qui se sont occupées de parents nécessitant des soins d'obtenir une rente plus élevée, art. 29^{septies} al. 1 LAVS.

qu'au conjoint et au partenaire enregistré en assimilant la prise en charge du conjoint et du partenaire enregistré à celle d'un parent (art. 29^{septies} LAVS).

266 - **Obligation de cotiser à l'AVS/AI pour le partenaire sans activité lucrative.** Le concubin au foyer n'est pas assuré d'office à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance invalidité par l'assurance de son partenaire ; il lui incombe de s'annoncer à la caisse de compensation et de payer des cotisations annuelles à titre de personne sans activité lucrative (art. 10 LAVS et art. 3 al. 1^{bis} LAI)⁴⁹⁴. Tel n'est pas le cas de l'époux et du partenaire enregistré dans la même situation. En effet, l'époux et le partenaire enregistré sans activité lucrative ou travaillant dans l'entreprise de leur partenaire sans toucher aucun salaire en espèces, sont libérés de l'obligation de cotiser à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, si leur partenaire est assuré à l'AVS et paie au moins le double de la cotisation minimale (art. 3 al. 3 LAVS et art. 2 LAI qui renvoie à l'art. 3 LAVS).

267 La question s'est posée de savoir si la concubine qui reçoit, en contrepartie de son travail au foyer, des prestations en nature et éventuellement de l'argent de poche est tenue ou non de payer des cotisations sur ces prestations. Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral, modifiant sa pratique antérieure, a jugé que la concubine qui s'occupe du ménage n'exerce pas une activité lucrative et n'est donc pas soumise à l'obligation de cotiser à l'assurance-vieillesse et survivants⁴⁹⁵. L'idée des juges était de mettre sur un pied d'égalité concubins et époux. Si cette volonté des juges doit être saluée, notons que la solution qui en découle assure cependant au concubin au foyer une faible protection. En effet, si le concubin n'a pas d'activité lucrative et s'occupe exclusivement des tâches d'éducation ou de ménage, il risque de recevoir des rentes de vieillesse ou d'invalidité très basses.

268 En résumé, nous constatons que le couple pris en compte pour attribuer des droits aux prestations est le couple marié et le couple lié par un partenariat enregistré. Le concubin n'est nommément visé par aucune assurance sociale ; c'est la situation individuelle de chaque concubin qui est prise en compte pour décider de l'octroi ou du refus de certaines prestations sociales.

⁴⁹⁴ BONETTI, Concubinage, p. 537. Afin d'éviter une lacune de cotisation, le concubin sans activité lucrative doit au moins verser la cotisation minimale AVS/AI (cf. art. 10 LAVS).

⁴⁹⁵ L'ancienne jurisprudence (cf. ATF 110 V 1 et 116 V 177) considérait que la concubine qui, en échange de la tenue du ménage, reçoit de la part de son partenaire des prestations en nature et éventuellement de l'argent de poche, doit être considérée comme une personne exerçant une activité dépendante. Cette prise de position par le TF a été vivement critiquée par la doctrine, notamment par KOHLER, p. 80 ; LOCHER, p. 109 ; DUC, p. 40 ; KÄSER, p. 92. Pour la nouvelle jurisprudence sur le sujet, cf. ATF 125 V 205, publié *in* : FamPra.ch 2000, p. 345 ss ; TF 8C.900/2010 du 20 avril 2011. D'un avis contraire à la nouvelle jurisprudence : GROSSEN/GUILLOD, p. 276. Si le TF a considéré que les prestations offertes au concubin en l'échange de la tenue du ménage ne constituaient pas un salaire déterminant soumis aux prélèvements en matière d'AVS, il a jugé en revanche qu'elles devaient être prises en considération pour calculer le revenu déterminant en matière de prestations complémentaires, cf. ATF 127 V 244 cons. 2b.

En matière d'assurances sociales, le fait de vivre en union libre comporte pour les partenaires tant des avantages que des désavantages. L'un des avantages du concubinage est de ne pas faire perdre aux veuves et aux veufs le droit à une rente de survivant. Ces derniers perdront leur droit à la rente en cas de remariage (cf. art. 23 al. 4 lit. a et al. 5 LAVS, 29 al. 6 et 33 LAA et 22 al. 2 LPP)⁴⁹⁶ ou se verront suspendre leur droit pendant la durée du mariage subséquent (cf. art. 52 al. 2 LAM). Quant aux désavantages du concubinage, ceux-ci apparaissent essentiellement lorsque l'un des concubins décide de rester à la maison pour s'occuper des tâches ménagères et éducatives. 269

9.3. En matière de regroupement familial

- **Remarques préliminaires.** Le droit au regroupement familial découle principalement du droit au respect de la vie privée et familiale⁴⁹⁷. Ce concept a pour but de permettre à une personne – ci-après le regroupant – de faire venir les membres de sa famille les plus proches, ressortissants de pays tiers ou citoyens européens – ci-après le regroupé – dans des conditions de séjour plus favorables. Le bénéficiaire de cette mesure se voit ensuite conférer, sous réserve de certaines exigences, un titre de séjour, dont la validité est subordonnée au droit de séjour de la personne dont il dépend. 270

La notion de « membres de la famille » est une notion centrale du regroupement familial. Sa détermination permet de délimiter le cercle des personnes pouvant jouir de cette mesure. C'est donc essentiellement ce concept que nous analyserons, à l'exception des droits dérivés conférés aux bénéficiaires de cette mesure⁴⁹⁸. 271

Trois régimes règlent la situation des migrants qui souhaitent entrer en Suisse par le biais du regroupement familial ; la loi fédérale sur les étrangers (LEtr⁴⁹⁹), la loi fédérale sur l'asile (LAsi) et les Accords bilatéraux avec l'Union européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁵⁰⁰. Le regroupement familial des réfugiés bénéficiant de l'asile ne fait pas l'objet de cette étude. 272

⁴⁹⁶ L'art. 23 al. 4 lit. a et al. 5 LAVS prévoit que le droit s'éteint par le remariage, puis renaît en cas d'annulation du mariage ou de divorce ; l'art. 29 al. 6 et 33 LAA stipule que le droit à la rente du conjoint survivant s'éteint par son remariage et renaît si la nouvelle union est dissoute par divorce ou annulation moins de dix ans après sa conclusion ; l'art. 22 al. 2 LPP prévoit que le droit aux prestations pour veufs et pour veuves s'éteint au remariage.

⁴⁹⁷ BORGHI, N 411.

⁴⁹⁸ Pour les droits dérivés conférés aux regroupés, cf. notamment : art. 46 LEtr, art. 1, art. 3 al. 4 et 6, art. 4 al. 1 annexe I ALCP et art. 7 lit. e ALCP, ainsi que l'art. 3 al. 5 annexe I ALCP.

⁴⁹⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2008, la LEtr remplace la loi fédérale de 1931 sur l'établissement et le séjour des étrangers (LSEE), laquelle a été abrogée le 1^{er} janvier 2008. Cf. également l'OASA.

⁵⁰⁰ De par l'élargissement de l'UE le 1^{er} mai 2004, l'ALCP a dû être complété par un protocole, entré en vigueur le 1^{er} avril 2006, qui règle l'introduction progressive de la libre circulation des personnes également avec les dix nouveaux États membres de l'UE. Un deuxième protocole additionnel, entré en vigueur le 1^{er} juin 2009, règle la libre circulation des personnes avec la Bulgarie et la Roumanie.

Nous ne mentionnerons la loi sur l’asile que lorsqu’elle prévoit un régime particulier pour les concubins.

273 La LEtr et l’ALCP ont un champ d’application différent, raison pour laquelle il convient d’opérer une distinction fondée sur la nationalité du regroupant : lorsque le regroupant, ressortissant suisse ou ressortissant de pays tiers résidant légalement en Suisse, souhaite faire venir sur le territoire helvétique son partenaire, ressortissant d’un pays tiers, c’est au regard de la LEtr que le droit au regroupement familial doit être examiné⁵⁰¹. En revanche, si le regroupant est citoyen européen ou au bénéfice d’une autorisation de séjour ou d’établissement de l’un des États membres de l’UE/AELE et qu’il souhaite faire venir en Suisse les membres de sa famille, ressortissants de pays tiers ou d’un État membre de l’UE/AELE, ce sont les conditions imposées par les Accords sur la libre circulation des personnes qui nécessitent d’être considérées⁵⁰².

274 - **Le regroupement familial selon la LEtr.** La LEtr consacre le regroupement familial aux articles 42 à 52. Les conditions d’admission au titre du regroupement familial sont celles dont la réalisation donne naissance à un droit de présence. Celui-ci est fondé soit sur une autorisation à laquelle le regroupé a droit en vertu de l’art. 42 ou de l’art. 43 LEtr, soit sur une autorisation que l’autorité peut accorder au regroupé selon l’art. 44, 45 ou 85 al. 7 LEtr. Les conditions nécessaires à l’octroi du regroupement familial varient en fonction du statut dont bénéficie le regroupant⁵⁰³.

275 À teneur de la LEtr, le citoyen suisse ou l’étranger au bénéfice d’un titre de séjour au sens des articles 32 ss LEtr, ne peut faire profiter son **concubin** du regroupement familial. Le concubin n’est pas considéré comme un « membre de la famille » du regroupant. Pour pouvoir s’installer légalement avec son compagnon sur le territoire helvétique, le concubin étranger doit se marier, se partenariatiser (cf. *infra* N 275) ou se procurer un titre de séjour individuel. Il peut en outre introduire une demande d’autorisation de séjour en application de l’art. 30 al. 1 lit. b LEtr. Le regroupement familial peut en effet s’opérer, en cas d’union libre, selon la clause du cas personnel d’une extrême gravité (art. 30 al. 1 lit. b LEtr). La délivrance de l’autorisation suppose toutefois la réalisation de conditions très strictes, parmi lesquelles la présence d’enfants communs ou l’existence d’une relation stable et durable entre les

⁵⁰¹ AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN, p. 15.

⁵⁰² Les Accords s’appliquent également si le ressortissant d’un pays membre de l’UE/AELE a exercé son droit à la libre circulation et se trouve dans un État membre de la Communauté européenne ou en Suisse, État dont il n’a pas la nationalité.

⁵⁰³ Même si les conditions légales sont remplies, le droit au regroupement familial n’est pas garanti. Il peut s’éteindre au sens de l’art. 51 LEtr s’il est invoqué abusivement ou être révoqué pour l’un des motifs prévus aux articles 62 ou 63 LEtr.

partenaires⁵⁰⁴. Les critères d’octroi du regroupement familial sont plus favorables au concubin étranger dans le régime spécial de l’asile ; l’art. 51 LAsi s’applique également aux concubins⁵⁰⁵ et l’art. 1a lit. e de l’OA 1 englobe le concubin dans la notion de « famille ».

Le droit de la LEtr accorde une protection plus étendue à l’**époux** et au **partenaire enregistré** (art. 52 LEtr⁵⁰⁶) d’un suisse ou d’un étranger installé légalement en Suisse puisque ces derniers profitent, en fonction du statut du regroupant, d’un véritable droit au regroupement familial⁵⁰⁷. 276

- Le regroupement familial selon l’ALCP. Au niveau européen, le droit au regroupement familial a son fondement aux articles 7 lit. d ALCP et 3 al. 1 et al. 2 Annexe I-ALCP⁵⁰⁸. Le cercle des membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial est plus large que celui prévu dans la LEtr. En effet, les membres de la famille d’un ressortissant européen, détenteur d’un droit de séjour en Suisse, ont le droit de s’installer avec lui, indépendamment de leur nationalité, à la seule condition qu’ils disposent d’un logement approprié⁵⁰⁹. La notion de « membres de la famille » comprend deux catégories de personnes : d’une part le conjoint et les enfants de moins de 277

⁵⁰⁴ Cf. Directives LEtr du Secrétariat d’Etat aux migrations du mois d’octobre 2013 (actualisées le 10 novembre 2015), en particulier le chapitre 5.6.2.2.1. pour les concubins sans enfants et le chapitre 5.6.2.2.2. pour les concubins avec enfants. Cf. aussi Message LEtr, p. 3499 ; NGUYEN, LEtr, p. 309.

⁵⁰⁵ Selon la pratique de l’Office fédéral des réfugiés, OFJ, Couples homosexuels, p. 31 au sujet des articles 3 al. 3 et 7 al. 1 aLAsi.

⁵⁰⁶ L’art. 52 LEtr retient une application par analogie des dispositions sur le regroupement familial prévues aux articles 42 ss LEtr pour le conjoint étranger aux partenaires enregistrés du même sexe. Pour plus de détails, cf. Zürcher Kommentar zum PartG-PULVER, art. 52 AuG/Art. 7 et 17 ANAG.

⁵⁰⁷ Le droit de séjour conféré au conjoint et au partenaire enregistré étranger au titre du regroupement familial est subordonné au type d’autorisation dont bénéficie le regroupant. Ainsi, la délivrance d’un titre de séjour au regroupé est soumise à des conditions qui diffèrent selon que le regroupant est de nationalité suisse, détenteur d’une autorisation d’établissement, d’une autorisation de séjour, d’une autorisation de courte durée ou au bénéfice de l’admission provisoire. Pour les différents cas de figure, cf. articles 42, 43, 44, 45 et 85 al. 7 LEtr. Pour plus de détails sur le sujet, cf. AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN, p. 156 ss. Le droit au regroupement familial peut s’éteindre en cas d’abus, c’est-à-dire si le conjoint/partenaire enregistré étranger se prévaut d’un mariage/parténariat enregistré n’existant plus que formellement ou s’il a abandonné la communauté conjugale/parténariale ou encore s’il a conclu un mariage/parténariat enregistré dans l’unique but d’éluider les dispositions sur l’admission et le séjour des étrangers (art. 51 al. 2 lit. a LEtr). Les principes développés par le TF en matière d’abus de droit s’appliquent également à la LEtr. Pour les indices permettant d’établir un abus de droit par le conjoint étranger, cf. notamment TF 5A_30/2014 du 15 avril 2014, cons. 3.3 ; ATF 130 II 117 ; 126 II 269 ; 121 II 97.

⁵⁰⁸ Il existe 3 annexes à l’ALCP. L’annexe I concerne les dispositions générales relatives à la libre circulation des personnes ; l’annexe II contient des dispositions sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et l’annexe III concerne la reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres. Les annexes et les protocoles de l’ALCP font partie intégrante de l’Accord (art. 15 ALCP).

⁵⁰⁹ ATF 136 II 5 cons. 3.4 à 3.7. Les citoyens de l’UE/AELE désirant faire bénéficier les membres étrangers de leurs familles du regroupement familial sont régulièrement mieux placés que les citoyens suisses ; ceux-ci ne peuvent faire profiter du regroupement familial les membres de la famille d’origine étrangère que s’ils disposent d’une autorisation de séjour durable dans un pays membre de l’Union européenne, cf. art. 42 al. 2 LEtr en comparaison avec les articles 7 ALCP et 3 Annexe I-ALCP. Cf. ATF 136 II 120, arrêt dans lequel le TF admet que l’art. 42 al. 2 LEtr comporte une discrimination à rebours. Pour plus de détails à ce sujet, cf. HOTTELLIER/MOCK.

21 ans ou à charge (art. 3 al. 2 lit. a Annexe I-ALCP), d'autre part les ascendants ou ceux du conjoint qui sont à charge (lit. b)⁵¹⁰. Dans le cas particulier de l'étudiant, la famille au sens de ces dispositions, n'englobe que le conjoint et les enfants à charge (lit. c)⁵¹¹.

278 Par conjoint, le droit communautaire entend le conjoint formel exclusivement⁵¹². Le **concubin** étranger ne dispose que de deux solutions pour pouvoir venir s'installer légalement auprès de son compagnon : se marier avec ce dernier ou se procurer un titre de séjour de manière individuelle⁵¹³. À cet égard, il convient de noter qu'un concubin ressortissant de l'UE/AELE, qui n'exerce pas d'activité économique, est en droit de se voir délivrer, à titre originaire, une autorisation de séjour en vertu de l'art. 24 Annexe I-ALCP s'il dispose de moyens financiers suffisants pour ne devoir faire appel à l'aide sociale pendant son séjour (lit. a) et d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques (lit. b).

279 La question se pose de savoir si les concubins ne pourraient pas déposer une demande de regroupement familial fondée sur le dernier paragraphe de l'art. 3 al. 2 Annexe I-ALCP. À teneur de cette disposition, les parties contractantes « favorisent l'admission de tout *membre de la famille* [nous soulignons] qui ne bénéficie pas des dispositions de ce paragraphe sous a), b) et c), s'il se trouve à la charge ou vit, dans les pays de provenance, sous le toit du ressortissant d'une partie contractante ». Ce paragraphe aurait-il vocation à s'appliquer exclusivement aux membres de la famille dont le lien de parenté avec le regroupant est avéré ? Selon MERZ, l'art. 3 Annexe I-ALCP assure le regroupement familial de la famille de sang du regroupant. Il vise les oncles,

⁵¹⁰ La notion de conjoint est interprétée de manière assez large. Aucune condition spécifique ne lui est imposée, que ce soit au niveau de son âge, du fait de savoir s'il est à la charge de son conjoint ou s'il vit sous le même toit que ce dernier, BENTHAIR, p. 46 et réf. cit. Pour AMarelle/CHRISTEN/NGUYEN, p. 206, l'ALCP et son annexe I exigent la vie commune, même si cette exigence n'est pas formulée de manière aussi expresse qu'aux articles 42 ss LEtr. S'agissant des autres conditions relatives au regroupement familial du conjoint, cf. AMarelle/CHRISTEN/NGUYEN, p. 205 ss. On entend par "être à charge" le fait que le membre de la famille nécessite le soutien matériel du regroupant afin de subvenir à ses besoins essentiels dans son État d'origine ou de provenance au moment où il demande à rejoindre ces derniers, cf. CJCE C-1/05 du 9 janvier 2007 ; ATF 135 II 369 du 24 mars 2009. Pour plus de détails sur la notion de « membre de la famille à charge », cf. BORGHI, N 417.

⁵¹¹ Les bénéficiaires du regroupement familial jouissent de divers droits : cf. en particulier art. 1, 3 al. 4, al. 5, al. 6 et art. 4 al. 1 Annexe I-ALCP. La palette des droits offerte au regroupé par la réglementation européenne est bien plus étendue que celle prévue par la LEtr.

⁵¹² Le droit de se prévaloir du regroupement familial auprès du conjoint ressortissant de l'UE/AELE est subordonné à la condition de l'existence juridique du mariage. Si celui-ci a été contracté uniquement dans le but d'éviter les prescriptions en matière d'admission, le conjoint ne pourra pas demander le regroupement familial. Un contournement des prescriptions en matière d'admission est retenu lorsque le conjoint étranger invoque un mariage qui n'existe plus que formellement. Cf. ATF 121 II 104 ; 123 II 49 ; 127 II 49 et 128 II 97 concernant la révocation de la naturalisation. Il faut disposer d'indices clairs permettant de conclure que les conjoints envisagent l'abandon de la communauté conjugale, ATF 127 II 49 cons. 5a. et ch. I.6.4.

⁵¹³ L'Annexe I contient des prescriptions détaillées relatives aux différents titres de séjour, cf. notamment art. 2 (normes générales), 6 et 7 (travailleurs), 12 et 13 (indépendants).

les tantes, les frères et sœurs, nièces et neveux de celui-ci⁵¹⁴. Selon SPESCHA, et à notre sens également, cette disposition vise non seulement les membres de la parenté éloignée, mais également les concubins qui ont établi une relation étroite et effective avec le ressortissant européen⁵¹⁵.

S'agissant des **partenaires homosexuels**, l'ALCP et son annexe I ne comprennent que le conjoint de sexes opposés (art. 7 lit. d ALCP et art. 3 Annexe I ALCP *a contrario*). Le partenaire enregistré au bénéfice d'un titre de séjour peut toutefois faire profiter son partenaire du regroupement familial « si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage ». Ceci ressort de l'art. 2 al. 2 lit. b de la Directive 2004/38⁵¹⁶ qui prévoit l'extension de la notion de « membre de la famille » au partenaire enregistré d'un citoyen européen. L'ALCP n'a toutefois pas encore été révisé dans ce sens et fait encore référence à l'ancien droit de l'UE, plus particulièrement à l'ancienne définition de l'article 10 du règlement 1612/68⁵¹⁷. Dans la mesure où la Suisse se doit de traiter de la même manière les couples hétérosexuels et les couples homosexuels en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst, il y aura lieu d'accorder le regroupement familial lorsque les partenaires peuvent se prévaloir des Accords⁵¹⁸. En outre, rien ne s'oppose à ce que les partenaires enregistrés se fondent sur l'art. 3 al. 2 Annexe I-ALCP pour demander le regroupement familial si le regroupé « se trouve à la charge ou vit, dans les pays de provenance, sous le toit du ressortissant d'une partie contractante »⁵¹⁹.

En définitive, les régimes de la LEtr et de l'ALCP ont pris position pour une conception stricte de la famille. Hormis ces deux textes, l'art. 8 CEDH tient un rôle important dans le cadre du droit des étrangers et, plus précisément, en ce qui concerne la question du regroupement familial ; l'étranger peut se prévaloir, sous réserve de certaines conditions, du droit à la protection de la

⁵¹⁴ MERZ, p. 281. Il ne s'étend pas davantage sur le sujet, se bornant simplement à affirmer que « les autorités devront entrer en matière sur des demandes à leur sujet et examiner celles-ci dans l'esprit de cette norme ».

⁵¹⁵ SPESCHA, Familles, p. 63 ; Migrationsrecht-SPESCHA, art. 3 annexe I ALCP N 15.

⁵¹⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE et 93/96/CE. Pour plus de détails, cf. KADDOUS, en particulier p. 613 ss.

⁵¹⁷ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968). Ce règlement a été abrogé et est remplacé par le Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

⁵¹⁸ Par la suite, le partenaire qui sera rentré en Suisse au bénéfice du regroupement familial profitera des mêmes droits que ceux attribués au conjoint en vertu de l'ALCP (cf. en particulier art. 3 al. 5 Annexe I-ALCP).

⁵¹⁹ Dans ce sens également, BORGHI, N 427.

vie privée et familiale garanti à l'art. 8 CEDH pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille et obtenir un titre de séjour⁵²⁰.

282 La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral considèrent unanimement que la « famille » bénéficie de la protection de cette norme et donnent une définition assez large de la notion de « famille »⁵²¹.

283 Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les relations vécues hors des liens juridiques de la famille peuvent entraîner la protection de l'art. 8 CEDH sous réserve de l'appréciation de certains éléments, tels que le fait de savoir si le couple vit ensemble, depuis combien de temps et s'il y a des enfants communs⁵²². Le Tribunal fédéral admet lui aussi que les concubins puissent se prévaloir de la protection de l'art. 8 CEDH si ceux-ci envisagent le mariage⁵²³ ou s'il existe des circonstances particulières prouvant la stabilité de leur union, stabilité qui est confirmée lorsqu'il existe des enfants communs et une longue durée de vie commune⁵²⁴. Le concubin peut donc, à certaines

⁵²⁰ Le TF considère que la protection garantie à l'article 8 CEDH ne peut être invoquée que dans la mesure où le regroupant dispose d'un droit de présence assuré, à savoir la nationalité suisse, une autorisation d'établissement, un droit à une autorisation de séjour ou la possibilité d'une autorisation de séjour, mais seulement dans la mesure où son titulaire ne peut vivre nulle part ailleurs qu'en Suisse, cf. ATF 135 I 143 ; 130 II 281 ; 126 II 377 ; 125 II 633 ; 124 II 361 ; 122 II 1. Les droits énoncés à l'art. 8 CEDH se déduisent également de l'art. 13 Cst. Il faut préciser que l'art. 8 CEDH ne garantit pas expressément et de manière générale un droit de séjour pour les membres de la famille, cf. AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN, p. 50 ss ; GRANT, p. 382. Toutefois, bien qu'il impose avant tout une obligation négative de la part des États, la CourEDH a admis une obligation positive, plus particulièrement un droit à la délivrance d'une autorisation de présence, cf. WILDHABER/BREITENMOSE, N 74. Comme le relève SIDI-ALI, p. 10 s. : « l'article 8 CEDH représente [...] une solution complémentaire aux autres dispositions légales concernant le regroupement familial ». Pour plus de développements sur la protection de l'art. 8 CEDH en matière de regroupement familial, cf. notamment GRANT, p. 365 ss et SIDI-ALI, p. 9 ss.

⁵²¹ CARONI, p. 21 ss et 171 ss ; GRANT, p. 83 ss et p. 264 ss.

⁵²² Dans l'affaire Keegan c. Irlande, du 26 mai 1994, Requête n° 16969/90, la Cour a admis l'existence d'une vie familiale s'agissant d'un couple non marié qui cohabitait depuis une année et qui avait un enfant. Dans l'affaire Baghli c. France, du 30 novembre 1999, Requête n° 34374/97, la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale s'agissant d'un concubinage qui existait depuis décembre 1992. Cf. aussi affaire Şerife Yigit c. Turquie du 2 novembre 2010, Requête n° 3976/05, §§ 93, 94 et 96 et réf. cit. ; Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, Série A, Vol. 112, § 56. Cf. HILT au sujet de l'importance de la durée de la relation pour la CourEDH, N 670 ss. S'agissant de la jurisprudence suisse, cf. TF 2C_190/2011 du 23 novembre 2011, cons. 3.1 ; 2C_661/2010 du 31 janvier 2011, cons. 3.

⁵²³ TF 2C_1035/2012 du 21 décembre 2012, cons. 5.1 ; 2C_97/2010 du 4 novembre 2010, cons. 3.3.1 et réf. cit. Dans ce dernier arrêt, le TF a jugé qu'une durée de vie commune de trois ans était insuffisante pour qu'un couple n'ayant ni projet de mariage ni enfant puisse voir considérer sa relation comme atteignant le degré de stabilité et d'intensité requis pour pouvoir être assimilée à une union conjugale et bénéficier de la protection prévue par l'art. 8 CEDH, cf. en particulier cons. 3.3. Cf. aussi TF 2C_196/2014 du 19 mai 2014, cons. 5.1 ; 2C_97/2010 du 4 novembre 2010, cons. 3.1. Pour la doctrine, cf. HILT, N 667 et UEBERSAX, p. 219 ss.

⁵²⁴ Le TF a souligné que « la durée de la vie commune joue un rôle de premier plan pour déterminer si des concubins peuvent se prévaloir de l'art. 8 CEDH », TF 2C_97/2010 du 4 novembre 2010, cons. 3.3.1. Dans cet arrêt, le TF n'admet une relation de concubinage comme suffisamment étroite et effective que si elle dépasse la durée de trois ans et demi. Cf. aussi TF 2C_225/2010 du 4 octobre 2010, cons. 2.2 : « une cohabitation d'un an et demi n'est en principe pas propre à fonder un tel droit ». Dans ce sens également, TAF C-6584/2008 du 26 juillet 2011, cons. 10.2 et les arrêts cités ; TF 2C_300/2008 du 17 juin 2008, cons. 4.2.

conditions, se fonder sur l’art. 8 CEDH pour demander le regroupement familial, puis un titre de séjour.

Après ce tour d’horizon, nous constatons que les régimes de la LEtr et de l’ALCP en matière de regroupement familial n’intègrent pas le concubin comme membre de la famille. Leur champ d’application personnel est beaucoup moins étendu que celui de l’art. 8 CEDH dont la protection concerne également le concubin. Actuellement, le regroupement familial n’est donc envisageable, en cas de concubinage entre le regroupant et le regroupé, que par le biais de l’art. 8 CEDH⁵²⁵.

10. Les relations du couple avec ses enfants

10.1. Généralités

Depuis la révision du droit de la filiation adoptée le 25 juin 1976 et la modification du Code civil en matière d’autorité parentale entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, les enfants de parents mariés ou non ont été mis sur un pied d’égalité dans de nombreux domaines du droit. Comme nous le verrons dans les chapitres suivants, le statut des parents n’est toutefois pas sans influence sur l’établissement de la filiation paternelle, l’attribution de l’autorité parentale et l’adoption. Il existe en ces matières certaines différences du seul fait de l’existence d’un lien de mariage entre les parents.

S’agissant des partenaires enregistrés, ils ne sont autorisés ni à adopter ni à recourir à la procréation médicalement assistée (art. 28 LPart). Ils ne peuvent pas avoir d’enfants communs⁵²⁶. Il est possible en revanche que l’un des partenaires ou les deux aient eu des enfants avant le partenariat ou que l’un des partenaires devienne parent pendant le partenariat, suite à une relation extra-partenariale. Dans l’une ou l’autre des hypothèses envisagées, les règles applicables aux rapports entre parents et enfants sont celles discutées pour les enfants nés de parents mariés ou non. Les développements qui suivent seront donc centrés essentiellement sur les enfants issus de couples mariés et non mariés.

⁵²⁵ Selon VILLIGER, N 578, cette disposition légale comble actuellement une lacune du droit suisse puisqu’elle protège des situations que la LEtr néglige.

⁵²⁶ La question de savoir si le fait de refuser purement et simplement à des partenaires enregistrés d’avoir un enfant engendre ou non une inégalité de traitement par rapport aux couples mariés, ne sera pas débattue dans la présente étude. Pour des développements sur l’homoparentalité, cf. notamment les articles de BOILLET/DE LUZE et de COPUR, Homoparentalité.

10.2. L'établissement de la filiation

287 La filiation désigne le lien juridique entre l'enfant et ses parents⁵²⁷. Son existence dépend du droit et non d'un lien biologique, génétique ou psychosocial⁵²⁸. Le lien de filiation est organisé différemment pour la mère et pour le père et ne prend naissance, de plein droit ou au travers d'un acte juridique, que dans la mesure où l'une des hypothèses légales de l'établissement de la filiation maternelle ou paternelle est réalisée⁵²⁹.

288 La notion de filiation revêt, dans le droit de l'enfant, une importance centrale puisque tous les effets essentiels, tels que notamment l'autorité parentale, l'obligation d'assistance (art. 328-329 CC) et d'entretien (art. 276 ss CC) des parents et le droit successoral (art. 457 ss CC), y sont rattachés⁵³⁰.

289 En l'état actuel du droit suisse, un enfant ne peut pas avoir simultanément deux mères juridiques ou deux pères juridiques, même par le biais de la procréation médicalement assistée, ni plus qu'une mère et un père (cf. *infra* N 296). Sous réserve d'une éventuelle évolution de la jurisprudence, il ne peut exister actuellement qu'un seul lien de filiation maternelle et qu'un seul lien de filiation paternelle à la fois.

290 - **L'établissement de la filiation maternelle.** Le lien de filiation maternelle s'établit de plein droit par la naissance de l'enfant (art. 252 al. 1 CC) - sous réserve du cas de l'adoption (art. 252 al. 3 CC et 264 ss CC) - peu importe que la mère vive en union libre ou en communauté conjugale avec le père de l'enfant⁵³¹ ; l'état civil de la mère n'a pas d'incidence sur l'établissement de la filiation entre elle et son enfant. Le droit suisse se fonde sur l'adage « *mater semper certa est* »⁵³². Il n'existe aucun moyen de contester la filiation maternelle⁵³³.

291 S'agissant du recours à une mère porteuse (maternité de substitution), la loi suisse interdit expressément cette pratique⁵³⁴. Nonobstant cette prohibition, il arrive qu'une femme ou un homme se rende à l'étranger pour y avoir

⁵²⁷ Cf. art. 252 à 269c CC pour l'établissement de la filiation et art. 270 à 327c CC pour les effets de la filiation.

⁵²⁸ ATF 134 III 467, JdT 2009 I 287 ; CR CC I-GUILLOD, art. 252 CC N 1 ; MEIER/STETTLER, N 3. Sur la problématique de la filiation biologique et sa relation à la filiation psychosociale, cf. BÜCHLER, Konzeptionen.

⁵²⁹ MEIER/STETTLER, N 3.

⁵³⁰ CHK-REICH, art. 252 CC N 6 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 252 CC N 3.

⁵³¹ CR CC I-GUILLOD, art. 252 CC N 5 ; PULVER, Union libre, p. 86.

⁵³² BÜCHLER, Konzeptionen, p. 1175 ; MEIER/STETTLER, N 39.

⁵³³ FOUNTOLAKIS, Procréation, p. 249 ; GUILLOD, Familles, N 513 ; MEIER/STETTLER, N 14 ; CHK-REICH, art. 252 CC N 10 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 252 CC N 9 et 11.

⁵³⁴ Cf. art. 119 al. 2 let. d Cst. et art. 4 LPMA, dispositions légales qui interdisent non seulement la gestation pour autrui, mais également le recours au don d'ovules et au don d'embryon.

recours. Plusieurs pays, par exemple l'Angleterre, l'Espagne, les Pays-Bas, la Russie et certains États des États-Unis, tolèrent cette pratique. Lorsque l'accouchement a lieu en Suisse, les autorités de surveillance en matière d'état civil tendent à inscrire comme mère de l'enfant la mère porteuse, à savoir celle qui a mis au monde l'enfant, même si elle n'est pas la mère génétique, car seul l'accouchement est décisif en droit suisse⁵³⁵.

- **L'établissement de la filiation paternelle.** L'établissement d'un lien de filiation entre le père et l'enfant est plus complexe⁵³⁶. La seule paternité biologique ne conduit pas à la paternité juridique dans la mesure où elle n'est pas constatable immédiatement⁵³⁷. De manière générale, la filiation paternelle découle soit de la loi (présomption de paternité, art. 255 CC), soit d'une manifestation de volonté de la part du père (reconnaissance, art. 260 CC), soit d'une décision de l'autorité (action en paternité, art. 261 CC et adoption, art. 264 CC)⁵³⁸.

Sauf dans l'adoption, le mode d'établissement du lien de filiation paternelle est conditionné par l'état civil de la mère. Un lien de filiation existe automatiquement entre l'enfant et le mari de sa mère ; il pourra être rompu ultérieurement par une action en désaveu de paternité (art. 255 CC et art. 256 ss CC)⁵³⁹. Conformément à l'art. 255 al. 1 CC, le mari de la mère est par conséquent présumé être le père juridique de l'enfant – *pater is est quem nuptiae demonstrant* – peu importe qu'il le soit biologiquement ou non⁵⁴⁰. Il suffit que le mariage existe formellement.

La présomption de la paternité du mari de la mère ne s'applique pas aux couples de concubins⁵⁴¹. Un lien de filiation n'existe entre un enfant né hors

⁵³⁵ CR CC I-GUILLOD, art. 252 CC N 10 ; HEGNAUER, Filiation, N 3.04 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 252 CC N 7. Pour un aperçu complet des différentes méthodes de procréation médicalement assistée et leur impact sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, cf. FOUNTOLAKIS, Procréation, p. 254 ss.

⁵³⁶ BÜCHLER/VETTERLI, p. 189.

⁵³⁷ HEGNAUER, Filiation, N 4.02.

⁵³⁸ L'art. 252 al. 2 CC met sur un pied d'égalité ces trois modes d'établissement de la filiation, MEIER/STETTLER, N 48.

⁵³⁹ En l'absence de contestation judiciaire, la présomption de l'art. 255 CC déploie ses effets même s'il existe des indices concrets selon lesquels un autre homme pourrait être le père biologique de l'enfant, ATF 122 II 289 cons. 1c. Pour plus de détails sur l'action en désaveu de paternité, cf. en particulier AEBI-MULLER, Kindesverhältnis ; BURGAT/GUILLOD et MEIER/STETTLER, N 73 ss. Seule une procédure en désaveu peut affecter la présomption de paternité. Régie par les art. 256 ss CC, l'action en désaveu ne peut être intentée que par le mari de la mère et l'enfant. Dans la pratique, le père biologique peut saisir l'APE pour qu'elle désigne un curateur à l'enfant aux fins, après avoir déterminé si c'est effectivement l'intérêt bien compris de l'enfant, d'intenter une action en désaveu.

⁵⁴⁰ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 395 ; CHK-REICH, art. 255 CC N 3 ; RUSCH, p. 79 s. Cette même présomption est retenue si l'enfant naît dans les 300 jours suivants le décès du mari ou dans les 300 jours qui suivent le danger de mort ou les dernières nouvelles du mari (art. 255 al. 2 et 3 CC).

⁵⁴¹ CR CC I-GUILLOD, art. 255 CC N 5 ; HAUSHEER/REUSSER/AEBI-MULLER, § 16, N 16.20 ; HEGNAUER, Filiation, N 4.05 ; CHK-REICH, art. 255 CC N 3 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 255 CC N 3.

mariage et son père que s'il y a eu reconnaissance par le père (art. 260 CC)⁵⁴² ou jugement de paternité (art. 261 CC)⁵⁴³. La reconnaissance n'est possible que si le père est capable de discernement et si la mère n'est pas mariée avec un autre homme. Le facteur de la capacité de l'homme dans la reconnaissance et la présomption de paternité joue un rôle important : alors que le mari de la mère devient d'office le père juridique de l'enfant même s'il est durablement incapable de discernement, la reconnaissance doit être le fait d'un homme capable de discernement. La présomption de paternité prime de plus la reconnaissance ; le père non marié avec la mère qui reconnaît l'enfant pendant la grossesse de celle-ci n'est pas considéré comme le père juridique de l'enfant si la mère se marie avec un autre homme avant d'accoucher⁵⁴⁴. Seul le mari de la mère est considéré comme le père juridique de l'enfant, le père biologique n'ayant alors aucun moyen de contester ce lien et de faire valoir sa paternité.

²⁹⁵ En l'absence de reconnaissance, l'enfant né hors mariage doit faire établir sa filiation paternelle en ouvrant une action en paternité (art. 261 CC). Si les circonstances l'exigent, l'enfant peut être représenté par un curateur nommé par l'autorité de protection de l'enfant (art. 308 al. 2 CC)⁵⁴⁵. Les chances de succès de l'action en paternité dépendent malheureusement très largement des informations qui ont été transmises à l'enfant et au juge par la mère ou l'autorité de protection de l'enfant⁵⁴⁶.

²⁹⁶ Lorsque les père et mère se marient après la naissance de l'enfant, celui-ci est mis au bénéfice du statut de l'enfant né pendant le mariage de ses parents, mais à condition seulement que la paternité du mari ait été établie par une reconnaissance ou un jugement (art. 259 al. 1 CC)⁵⁴⁷.

²⁹⁷ S'agissant de l'**homoparentalité**, soit la parenté conjointe de deux femmes ou de deux hommes, elle n'est pas acceptée en Suisse⁵⁴⁸. Notre Haute Cour a été appelée à se prononcer sur cette question dans une affaire relative aux

⁵⁴² RUSCH, p. 81 ss. La reconnaissance a lieu par devant l'officier de l'état civil ou par testament avant la naissance de l'enfant (cf. art. 11 al. 2 OEC, mais à condition que l'enfant naisse vivant (art. 31 al. 2 CC) et que la mère n'épouse pas un autre homme dans l'intervalle) ou après. Elle est possible que s'il n'existe pas déjà un lien de filiation et peut être contestée par une action en contestation (cf. art. 260a al. 1 et 260b al. 1 CC). Pour les exigences formelles, cf. art. 260 al. 3 CC. Les effets de la reconnaissance rétroagissent au jour de la naissance de l'enfant, BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 260 CC N 21.

⁵⁴³ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 395 ; RUSCH, p. 82 ss. Si le père présumé refuse de reconnaître l'enfant, tant la mère que l'enfant peuvent intenter l'action en paternité, mais aucun rapport de filiation ne doit exister entre l'enfant et un autre homme, BK ZGB-HEGNAUER, art. 261 CC N 9 s. ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 261 CC N 2. En outre, la mère et l'enfant bénéficient d'un système de présomptions favorisant l'établissement de la paternité du défendeur, cf. art. 262 CC.

⁵⁴⁴ GUILLOD, Familles, N 507 ; HEGNAUER, Filiation, N 5.06 ; MEIER/STETTLER, N 63.

⁵⁴⁵ L'ancien droit facilitait l'action en paternité par la curatelle de paternité que l'autorité était obligée d'instaurer (art. 309 aCC). Cette institution a été abrogée au 1^{er} juillet 2014 et remplacée par l'art. 308 al. 2 CC.

⁵⁴⁶ MEIER/STETTLER, N 391 et 395.

⁵⁴⁷ MEIER/STETTLER, N 116.

⁵⁴⁸ Le principe de l'interdiction de l'homoparentalité est répété à l'art. 28 LPart.

mères porteuses. Dans un arrêt rendu le 19 août 2014, le Tribunal administratif de Saint-Gall a reconnu le lien de filiation d'un enfant né d'une mère de substitution avec deux hommes vivant en partenariat enregistré⁵⁴⁹. Ces deux hommes s'étaient rendus en Californie pour convenir avec un couple marié d'implanter chez la mère porteuse un ovule provenant d'une donneuse anonyme et fécondé par l'un des deux partenaires. Par jugement rendu par un tribunal californien, les droits parentaux ont été attribués aux deux hommes. Ce jugement a ensuite été reconnu en Suisse par le tribunal saint-gallois, lequel a estimé que les liens de filiation établis par le droit américain devaient être reconnus par l'état civil suisse malgré la prohibition absolue des mères porteuses. Selon cette instance, l'intérêt primordial de l'enfant à l'établissement de liens juridiques avec les parents qui l'éduquent et prennent soin de lui doit l'emporter sur l'interdiction absolue des mères porteuses. L'Office fédéral de la justice a attaqué cette décision auprès du Tribunal fédéral. Il estime que la reconnaissance en Suisse de l'acte de naissance établi par l'État de Californie doit être refusée et que seul le père biologique peut être inscrit à l'état civil comme le père de l'enfant. Le 21 mai 2015, notre Cour suprême a refusé de reconnaître les deux hommes comme les pères légitimes de leur enfant⁵⁵⁰. Elle a considéré que seul le donneur de sperme devait être reconnu comme le père de l'enfant et inscrit dans le registre d'état civil et que la mère porteuse devait être reconnue comme la mère juridique.

En résumé, l'établissement du lien de filiation maternelle ne dépend pas du statut civil de la mère. Le droit suisse consacre en revanche une différence de traitement fondée sur le lien qui unit les parents en matière d'établissement de la filiation paternelle. Si les parents ne sont pas mariés, la filiation de l'enfant vis-à-vis de son père s'établit de deux manières exclusivement : par reconnaissance (art. 260 CC) ou par jugement (art. 261 CC). Hors mariage, la filiation paternelle ne s'établit jamais par le seul effet de la loi⁵⁵¹. Inversement, lorsque les parents sont mariés, le lien de filiation de l'enfant à l'égard de son père est automatiquement établi ; le mari est réputé être le père de l'enfant et sera immédiatement doté de l'autorité parentale (cf. *infra* § 10.4.).

10.3. L'adoption

L'adoption crée une filiation qui repose non pas sur un lien biologique, mais sur la volonté des adoptants et une décision positive de l'autorité compétente⁵⁵². Elle est régie par les articles 264 ss et 316 CC et ses conditions diffèrent selon que l'adopté est mineur ou majeur et en fonction du statut

⁵⁴⁹ Jugement du tribunal du canton de Saint-Gall, B 2013/158 du 19 août 2014.

⁵⁵⁰ ATF 141 III 312. Pour une analyse de cet arrêt, cf. BOILLET/DE LUZE, N 8 ss.

⁵⁵¹ Pour une critique sur ce point, cf. PAPAUX VAN DELDEN, *Osmose*, p. 392 s.

⁵⁵² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 16.72.

personnel des adoptants⁵⁵³. D'autres règles sont encore définies par les Conventions internationales sur l'adoption ; la Suisse ayant ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la coopération en matière d'adoption internationale⁵⁵⁴, elle a adopté diverses lois⁵⁵⁵ et ordonnances d'application⁵⁵⁶.

300 Selon le droit en vigueur, il existe trois types d'adoption : l'adoption de l'enfant du conjoint (art. 264a al. 3 CC), l'adoption conjointe (art. 264a al. 1 et 2 CC) et l'adoption par une personne seule (art. 264b CC).

301 En l'état actuel du droit, l'adoption de l'enfant du partenaire n'est ouverte qu'aux couples mariés. Conformément aux termes de l'art. 264a al. 3 CC, « un époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans ». L'adoption crée un lien de filiation entre l'enfant et le beau-parent, tout en laissant subsister le lien de filiation existant entre l'enfant et son parent (art. 267 al. 2 *in fine* CC). L'adoption de l'enfant par le concubin de la mère ou par la concubine du père supprime, en revanche, le lien de filiation entre l'enfant et ses parents juridiques (art. 267 al. 1 et 2 *a contrario*)⁵⁵⁷ ; l'enfant ne peut avoir qu'un père ou qu'une mère⁵⁵⁸.

302 S'agissant de l'adoption conjointe, elle n'est pas non plus ouverte aux concubins et aux partenaires enregistrés (art. 264a al. 1 *in fine* CC)⁵⁵⁹. Seules les personnes mariées peuvent y recourir. Il faut que les futurs parents soient mariés depuis cinq ans ou âgés de trente-cinq ans révolus (art. 264a al. 2 CC) et qu'ils aient fourni des soins et pourvu à l'éducation de l'enfant pendant au moins une année (art. 264 CC). Selon le principe de l'adoption plénière, l'enfant adopté « acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs » et « les liens de filiation antérieurs sont rompus » (art. 267 al. 1 et 2 CC)⁵⁶⁰.

⁵⁵³ L'adoption d'un mineur – à savoir toute personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans révolus (art. 14 CC) – est la règle en principe, HAUSHEER/GEISER/AEBI-MULLER, N 16.83.

⁵⁵⁴ Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, en vigueur pour la Suisse depuis le 1^{er} janvier 2003, RS 0.211.221.311.

⁵⁵⁵ Cf. LF-CLaH.

⁵⁵⁶ Cf. OAdo et Ordonnance sur les émoluments perçus pour les prestations en matière d'adoption internationale du 29 novembre 2002, RS 211.221.312.3. Pour les spécificités de l'adoption internationale, cf. MEIER/STETTLER, N 362 ss.

⁵⁵⁷ Dans l'ATF 129 III 656, porté devant la CourEDH, le TF avait jugé que l'adoption de la fille par son parâtre avait pour conséquence la rupture du lien de filiation entre la fille handicapée et sa mère au motif que la loi suisse interdit le cumul des filiations. Suite à l'arrêt rendu par la CourEDH, l'ATF 129 III 656 a été révisé par l'arrêt TF 5F_6/2008 du 18 juillet 2008, SJ 2009 I 53. Pour plus de détails sur l'arrêt Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, Requête n° 39051/03. Cf. aussi SANDOZ, Emonet, p. 1485 ss ; HOTTELIER, Adoption ; PERRET, Adoption, en particulier p. 140 s.

⁵⁵⁸ TF 5A_822/2010 du 13 mai 2011 ; ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264.

⁵⁵⁹ ATF 129 III 656 cons. 4.2.1, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264. Une application par analogie de l'art. 264a CC aux couples de concubins et de partenaires enregistrés est exclue, PERRET, Adoption, p. 139 ; CR CC I-SCHOENENBERGER, art. 264a CC N 4.

⁵⁶⁰ ATF 107 II 18, JdT 181 I 311 ; 105 II 65, JdT 1980 I 99 ; BSK ZGB I-BREITSCHEMID, art. 267 CC N 1.

Actuellement, les couples vivant en union libre ne peuvent adopter qu'individuellement (art. 264b CC)⁵⁶¹. Pour pouvoir adopter seul, le concubin ou la concubine doit être âgé(e) de 35 ans révolus (art. 264b al. 1 CC) et avoir fourni des soins à l'enfant pendant une année au moins (art. 264 CC). Son orientation sexuelle n'a pas d'importance⁵⁶². Une personne mariée a également la faculté d'adopter seule, mais dans les hypothèses particulières mentionnées à l'art. 264b al. 2 CC, à savoir si son conjoint souffre d'une incapacité de discernement durable, s'il est absent depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou si la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans⁵⁶³.

Si les conditions formelles d'une adoption par une personne seule sont semblables à celles de l'adoption conjointe, il convient de relever que les autorités examinent généralement les conditions matérielles, à savoir l'intérêt de l'enfant et les capacités du parent à répondre aux besoins de l'enfant, avec une attention particulière⁵⁶⁴. D'après l'intention du législateur, l'adoption conjointe est la règle et l'adoption individuelle, l'exception⁵⁶⁵. Aussi les autorités ont-elles tendance à privilégier, au nom de l'intérêt de l'enfant, une famille complète à une famille monoparentale. On notera également qu'à l'inverse de l'adoption conjointe qui permet l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et chacun de ses deux parents adoptifs, le lien de filiation, lors d'une adoption individuelle, est établi entre l'enfant et le parent adoptif uniquement⁵⁶⁶. Le concubin du parent adoptif n'a, de cette manière, aucun lien juridique avec l'adopté.

La question de l'adoption et du recours à la procréation médicalement assistée par des partenaires enregistrés a fait l'objet d'un débat aux Chambres fédérales, mais les propositions en vue d'ouvrir le droit à l'adoption et à la procréation médicalement assistée aux partenaires enregistrés ont été largement refusées⁵⁶⁷. Depuis 2010, deux motions parlementaires ont été déposées. La première tendait à introduire l'adoption des enfants du

⁵⁶¹ Pour plus de détails sur les conditions relatives à l'adoption par une personne seule, cf. CR CC I-SCHOENENBERGER, art. 264b CC ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 264b CC ; MEIER/STETTLER, N 264 ss et GROSSEN, Adoption, p. 40 ss. Le Tribunal fédéral entend par « personne seule », une personne célibataire, veuve ou divorcée, cf. ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108 ; 125 III 161, JdT 1999 I 340. Cf. aussi PERRET, Adoption, p. 139.

⁵⁶² ATF 108 II 369 cons. 3 b, JdT 1984 I 625.

⁵⁶³ Comme l'a confirmé le Tribunal fédéral, une séparation de fait ou une séparation régie par l'art. 276 ou par l'art. 175 CC ne remplit pas la condition exigée à l'art. 264b al. 2 CC, cf. ATF 125 III 57, JdT 1999 I 223 ; MEIER/STETTLER, Filiation, N 264, nbp 519.

⁵⁶⁴ Cf. en particulier ATF 111 II 233 cons. 2cc, rés. *in* : JdT 1988 I 350 et ATF 125 III 161 cons. 3b.

⁵⁶⁵ ATF 125 III 161 cons. 4 ; 111 II 233 cons. 2c.

⁵⁶⁶ BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 267 CC N 7.

⁵⁶⁷ Cf. BOCN 2003, p. 1823 ss pour le débat au Conseil national sur la question. Pour les arguments invoqués, cf. Message LPart, p. 1222 ss et 1245, critiqué par GRÜTTER/SUMMERMATTER, Partnerschaftsgesetz, p. 468 et SCHWENZER, Partnerschaft, p. 231 s.

partenaire⁵⁶⁸, tandis que la seconde visait la levée générale de l'interdiction d'adopter pour les couples vivant en partenariat enregistré⁵⁶⁹. Le 28 novembre 2014, le Conseil fédéral a répondu en partie aux demandes exprimées par le Parlement dans son Message relatif à la révision du droit de l'adoption. Dès l'entrée en vigueur de la loi adoptée le 17 juin 2016, les partenaires enregistrés et les concubins pourront désormais adopter l'enfant de leur partenaire si le couple fait ménage commun depuis au moins trois ans (art. 264c nCC). La nouvelle loi prévoit en outre d'abaisser la durée minimale de la relation conjugale de cinq à trois ans, ainsi que l'âge minimal des adoptants de trente-cinq à vingt-huit ans (art. 264a nCC).

³⁰⁶ En conclusion, la nouvelle loi sur l'adoption laissera aux concubins et aux partenaires enregistrés deux options : l'adoption individuelle et l'adoption de l'enfant du partenaire. La possibilité d'adopter conjointement ne leur sera en revanche pas ouverte.

10.4. L'autorité parentale

³⁰⁷ L'autorité parentale n'est pas définie clairement dans la loi⁵⁷⁰. Elle est constituée d'un faisceau de responsabilités que les articles 301 à 306 CC mettent en évidence. Ses composantes majeures sont notamment les soins généraux (art. 301 al. 1 CC) ; la garde (art. 301 al. 3 CC) ; le choix du prénom (art. 301 al. 4 CC) ; la détermination du lieu de résidence (art. 301a al. 1 CC) ; le choix de l'éducation, ainsi que de la formation générale et professionnelle (art. 302 CC) ; le choix de l'éducation religieuse (art. 303 CC) ; la représentation (art. 304 à 306 CC) et l'administration des biens (art. 318 CC)⁵⁷¹. Le détenteur de l'autorité parentale est titulaire, en règles générale, de l'intégralité de ces composantes. Si l'exercice de l'autorité parentale lui est retiré, il perd automatiquement ces droits et devoirs, et n'a plus que le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (art. 273 al. 1 CC), le droit d'être informé des événements particuliers survenant dans la vie de ce dernier (art. 275a

⁵⁶⁸ Motion Mario Fehr, Possibilité pour les couples homosexuels d'adopter l'enfant de son partenaire (10.3436), déposée au Conseil national le 15 juin 2010 disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103436.

⁵⁶⁹ Motion Katharina Prelicz-Huber, Lever l'interdiction d'adopter un enfant pour les personnes qui vivent en partenariat enregistré (10.3444), déposée au Conseil national le 15 juin 2010 disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103444.

⁵⁷⁰ DALABAYS, p. 176 ; DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 530.

⁵⁷¹ TF 5A_479/2012 du 13 juillet 2012, SJ 2013 I 29 ; 5C.284/2005 du 31 janvier 2006 ; ATF 136 III 353 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 43 N 26. Les droits et devoirs des père et mère varient en fonction de l'âge et de la capacité de discernement de l'enfant, TF 5A_456/2010 du 21 février 2011, cons. 3.1 ; GUILLOD, Familles, N 636.

al. 1 CC) et le droit d'obtenir des renseignements sur l'état et le développement de l'enfant (art. 275a al. 2 CC)⁵⁷².

Le contenu de l'autorité parentale est le même pour les enfants issus de parents mariés ou non. La différence se manifeste lorsqu'il s'agit de l'exercice de cette autorité. L'autorité parentale ne peut appartenir qu'au père et à la mère juridique de l'enfant (cf. *supra* § 10.2.). Ne peuvent pas être détenteurs de l'autorité parentale les autres membres de la famille, comme par exemple les grands-parents, la marâtre ou le parâtre (cf. art. 299 CC), ainsi que les parents nourriciers (cf. art. 300 CC). 308

Les **parents non mariés ensemble** ne sont pas automatiquement détenteurs en commun de l'autorité parentale⁵⁷³. Depuis le 1^{er} juillet 2014, ils peuvent obtenir l'autorité parentale conjointe sur la base d'une déclaration commune si le père reconnaît l'enfant, ou si « le lien de filiation est constaté par décision de justice et que l'autorité parentale conjointe n'est pas encore instituée au moment de la décision de justice » (art. 298a al. 1 CC). 309

Dans leur déclaration, les père et mère doivent confirmer être « disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant » et s'être « entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien » (art. 298a al. 2 CC)⁵⁷⁴. 310

La déclaration peut être faite en tout temps, même avant la naissance de l'enfant⁵⁷⁵. Elle doit être déposée auprès de l'officier de l'état civil si elle accompagne la reconnaissance (art. 298a al. 1 et 4 1^{ère} phrase CC et art. 11b OEC) ou auprès de l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant si elle intervient après la reconnaissance (art. 298a al. 1 et 4 2^{ème} phrase et art. 25 CC)⁵⁷⁶. Elle ne fait pas l'objet d'une vérification par l'autorité compétente ; l'officier de l'état civil ainsi que l'autorité de protection de l'enfant ne font que prendre acte de la déclaration et confirmer son dépôt⁵⁷⁷. 311

Tant que les parents n'ont pas procédé au dépôt de la déclaration, l'autorité parentale revient exclusivement à la mère de l'enfant, pour autant 312

⁵⁷² Cf. sur le sujet, TF 5A_889/2014 du 11 février 2015 et l'analyse faite de cet arrêt par GUILLOD, Droit à l'information.

⁵⁷³ PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 34 ; SÜNDERHAUF/WIDRIG, p. 903.

⁵⁷⁴ Avant de déposer leur déclaration, les parents non mariés ont la possibilité de demander conseils à l'autorité de protection de l'enfant (ci-après : APE), cf. art. 298a al. 3 CC.

⁵⁷⁵ GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 3.

⁵⁷⁶ L'APE, qui est également l'autorité de protection de l'adulte, est une autorité interdisciplinaire spécialisée, art. 440 al. 1 et 3 CC. Cette autorité peut être administrative ou judiciaire ; c'est aux cantons qu'il appartient de décider. Pour plus de détails, cf. Message Protection, ch. 2.3.1 et 3.2.

⁵⁷⁷ BUCHER, Autorité parentale, N 32 et 34 s. ; BÜCHLER/MARANTA, N 30 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, n. 17.80 ; MEIER/STETTLER, N 473 ; Message APC, p. 8341 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 34 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 43 N 18. Selon BÜCHLER/MARANTA, N 31, l'autorité compétente devrait toutefois pouvoir refuser l'autorité parentale conjointe de manière exceptionnelle au nom du bien de l'enfant.

que les causes d'exclusion des articles 296 al. 3 et 311 al. 3 CC ne s'appliquent pas (art. 298a al. 5 CC). Le père juridique dispose quant à lui d'un droit aux relations personnelles, à l'information et aux renseignements. Dans l'hypothèse où la mère est mineure ou sous curatelle de portée générale, « l'autorité de protection de l'enfant attribue l'autorité parentale au père ou nomme un tuteur selon le bien de l'enfant » (art. 298b al. 4 CC).

313 Si la mère de l'enfant refuse de faire la déclaration au sens de l'art. 298a CC, le père qui a reconnu l'enfant peut s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant (art. 298b al. 1 CC) pour qu'elle institue l'autorité parentale conjointe⁵⁷⁸. L'autorité instaure alors l'autorité parentale conjointe à moins que le bien de l'enfant ne commande que ce dernier soit soumis à l'autorité parentale exclusive de sa mère ou de son père (art. 298b al. 2 CC)⁵⁷⁹.

314 Le ménage commun des parents n'est pas une condition de l'attribution de l'autorité parentale conjointe⁵⁸⁰. Le type de relation vécue entre les parents de l'enfant n'a pas d'importance. Ce n'est que dans la mesure où la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant le commande que la mère peut rester seule détentrice de l'autorité parentale ou que celle-ci peut être attribuée au père exclusivement (art. 298b al. 2 et 298c CC). Aux termes du Message du Conseil fédéral, l'autorité de protection peut fonder sa décision sur les critères correspondant à ceux définis à l'art. 311 CC⁵⁸¹. Un retrait de l'autorité parentale à l'un des parents est dès lors motivé si, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence ou d'autres motifs analogues, ce parent n'est pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale, si le parent ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant ou s'il a manqué gravement à ses devoirs envers lui (cf. art. 311 al. 1 ch. 1 et 2 CC). À ces situations, il faut ajouter celles dans lesquelles les parents se montrent incapables de coopérer ou celles dans lesquelles il existe un profond désaccord entre les parents si bien que l'enfant s'en trouve affecté directement ou indirectement (art. 298d CC et *infra* § 15.2.1.)⁵⁸².

315 En même temps qu'elle statue sur l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant est habilitée à régler les « autres points litigieux », à

⁵⁷⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, n. 17.81. Notons que l'autorité parentale conjointe peut aussi être imposée par le juge de l'action en paternité, cf. art. 298c CC.

⁵⁷⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 43 N 18.

⁵⁸⁰ TF 5A_202/2015 du 26 novembre 2015, cons. 3.5. La tentative de distinguer entre couples non mariés vivant en ménage commun et couples non mariés ne vivant pas en ménage commun a été abandonnée, cf. sur le sujet MEIER/STETTLER, N 474. Il n'y avait pas de telle distinction sous l'ancien droit non plus, cf. FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, art. 298a CC N 5 ; MEIER/STETTLER, N 475 et réf. cit.

⁵⁸¹ Message APC, p. 8342.

⁵⁸² ATF 141 III 472 et l'analyse faite de cet arrêt par BURGAT ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 6 s. ; SPIRA, p. 159.

savoir la prise en charge de l'enfant et les relations personnelles⁵⁸³ ; l'action alimentaire reste réservée (art. 298b al. 3 CC)⁵⁸⁴. Nous y reviendrons dans la troisième partie de cette étude (cf. *infra* §§ 15.3. à 15.5.).

Sous l'empire de l'ancien droit, les parents non mariés devaient remplir des formalités plus lourdes que celles imposées par le droit actuel. Comme aujourd'hui, ces formalités étaient les mêmes, que la mère vive ou non avec le père de l'enfant⁵⁸⁵. L'autorité parentale, qui appartenait de plein droit à la mère non mariée avec le père (art. 298 al. 1 aCC), ne pouvait être exercée conjointement qu'à certaines conditions. Les père et mère devaient avoir soumis à l'autorité de protection de l'enfant pour ratification une convention déterminant la participation de chacun d'eux à la prise en charge de l'enfant et à la répartition des frais d'entretien de celui-ci et cet arrangement devait être compatible avec le bien de l'enfant⁵⁸⁶. L'attribution de l'autorité parentale conjointe supposait donc toujours une décision de l'autorité et l'accord des deux parents. Aussi la mère était-elle libre d'opposer son veto au partage de l'autorité parentale, auquel cas l'autorité parentale ne pouvait pas être attribuée aux deux parents conjointement⁵⁸⁷. 316

Depuis les modifications législatives en matière d'autorité parentale en 2014, les exigences quant aux formalités à remplir pour obtenir l'exercice en commun de l'autorité parentale ont été allégées ; la déclaration n'a plus à être ratifiée par l'autorité de protection de l'enfant et les parents n'ont plus à communiquer les détails de leur arrangement⁵⁸⁸. Ils doivent simplement déclarer qu'ils sont parvenus à un accord sur la prise en charge de l'enfant⁵⁸⁹. Bien que cette déclaration soit réduite à une simple formalité, les parents non mariés ne sont toujours pas autonomes dans leur relation avec leur enfant et continuent à faire l'objet d'une inégalité de traitement par rapport aux couples mariés. En effet, **les parents déjà mariés** au moment de la naissance de l'enfant exercent, pendant leur mariage et au-delà en principe, l'autorité parentale en 317

⁵⁸³ Comme le relève BUCHER, Autorité parentale, N 59 ss, il est regrettable que l'art. 298b al. 3 CC ne permette le règlement des « autres points litigieux » par l'APE que si cette dernière statue sur l'autorité parentale conjointe. Pour pouvoir obtenir le règlement des « autres points litigieux », le parent devra nécessairement fonder sa demande sur l'art. 298d al. 1 CC et démontrer la présence de « faits nouveaux importants ».

⁵⁸⁴ La compétence pour la fixation de l'entretien de l'enfant appartient au juge, HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 17.81 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 43 N 19.

⁵⁸⁵ HEGNAUER, Kindesrechts, N 25.27 ; CR CC I-VEZ, art. 298 CC N 1. Le ménage commun des parents n'était pas non plus une condition d'attribution de l'autorité parentale conjointe, BÜCHLER/VETTERLI, p. 229 ; FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, art. 298a CC N 5.

⁵⁸⁶ TF 5C.265/2004 du 26 janvier 2005, cons. 2 ; CR CC I-VEZ, art. 298a CC N 2 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 17.79. Cf. aussi : SJ 2001 I 407, cons. 3b. et réf. cit. ainsi qu'arrêt du TF 5C.77/2005 du 27 mai 2005, cons. 2.1, publié *in* : FamPra.ch 2005, p. 953.

⁵⁸⁷ FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, art. 298a CC N 15 ; GLOOR, Erfahrungen, p. 218 ; HÄFELI, p. 191. Pour la situation des parents non mariés sous l'ancien droit, cf. en particulier BIDERBOST N 313.

⁵⁸⁸ BUCHER, Autorité parentale, N 30 et 31 ; Message APC, p. 8342.

⁵⁸⁹ Message APC, p. 8341.

commun par le seul effet de la loi (art. 296 al. 2 CC)⁵⁹⁰. Si les parents se marient après la naissance de l'enfant, le père biologique qui n'est pas le père juridique de l'enfant devient titulaire de l'autorité parentale qu'à partir du moment où sa paternité est établie par jugement ou reconnaissance (cf. art. 259 al. 1 CC)⁵⁹¹.

318 Dans le cadre d'une procédure de protection de l'union conjugale⁵⁹², le juge a la faculté de modifier l'exercice en commun de l'autorité parentale d'office ou sur requête de l'un des parents si la sauvegarde des intérêts de l'enfant l'exige (art. 298 al. 1 CC, par renvoi des articles 176 al. 3 CC). L'attribution de l'autorité parentale à un seul parent doit toutefois rester l'exception⁵⁹³. Si la sauvegarde des intérêts de l'enfant l'exige, le juge peut confier l'autorité parentale exclusive à l'un des parents (art. 298 al. 1 CC) ou demander à l'autorité de protection de l'enfant de nommer un tuteur (art. 298 al. 3 CC). Cette demande intervient si le juge constate qu'aucun des deux parents n'est apte à assumer ses responsabilités parentales. Le juge statue au demeurant sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou « la participation de chaque parent à sa prise en charge » si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord (art. 298 al. 2 CC).

319 Le beau-parent occupe une place spéciale en droit. La loi lui impose, dès lors qu'il vit en communauté conjugale avec le père ou la mère d'un enfant issu d'une précédente relation, le devoir « d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale » (art. 299 CC). Un devoir analogue pour le beau-parent vivant en union libre avec le père ou la mère d'un enfant n'existe pas⁵⁹⁴. Lorsque le concubinage est stable, certains auteurs préconisent cependant et à juste titre selon nous, une application par analogie de l'art. 299 CC⁵⁹⁵.

320 S'agissant des **partenaires enregistrés**, l'autorité parentale pourra être exercée conjointement par les deux partenaires sur un même enfant dans l'hypothèse d'une adoption de l'enfant du partenaire. En outre, l'autorité parentale peut aussi appartenir, selon les modalités discutées ci-dessus, au parent vivant en partenariat enregistré s'il a des enfants d'avant le partenariat. Le partenaire du parent a alors le devoir de l'assister dans l'exercice de

⁵⁹⁰ Cette solution est identique à celle qui valait sous l'empire de l'ancien droit, cf. art. 297 al. 1 aCC.

⁵⁹¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, n. 17.82.

⁵⁹² Précisons que les règles en matière d'autorité parentale dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale sont identiques à celles en cas de divorce ; l'art. 298 al. 1 CC est applicable tant en matière de mesures protectrices de l'union conjugale que dans le cadre d'un divorce. Sous l'empire de l'ancien régime, l'exercice de l'autorité parentale conjointe était en principe maintenu lorsque la vie commune était suspendue ou que les époux étaient séparés de corps. L'ancien art. 297 al. 2 CC stipulait cependant que l'autorité parentale pouvait être confiée à un seul parent. Dans la pratique et en règle générale, seul de droit de garde était attribué à l'un des parents, ATF 136 III 353, JdT 2010 I 491.

⁵⁹³ GUILLOD, Familles, N 662 ; MEIER/STETTLER, N 480.

⁵⁹⁴ BOOS-HERSBERGER, p. 112 ss ; KILDE, p. 323.

⁵⁹⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 299 CC N 1 ; CR CC I-VEZ, art. 299 CC N 2.

l'autorité parentale en vertu de l'art. 27 al. 1 LPart, à l'instar de ce qui est prévu pour le beau-parent marié en vertu de l'art. 299 CC⁵⁹⁶.

Alors que l'ancien régime en matière d'autorité parentale ne tenait pas compte de toutes les constellations familiales puisque l'autorité parentale conjointe était automatiquement attribuée aux seuls parents mariés, le nouveau droit semble en revanche mieux adapté aux nouveaux schémas familiaux dans la mesure où il entend favoriser la prise en charge de l'enfant par ses deux parents quel que soit le mode de vie adopté par ces derniers. Certes, l'exercice de l'autorité parentale conjointe pour les concubins ne découle pas de la loi ; il suppose une déclaration commune contenant l'accord des parents sur le mode de prise en charge de l'enfant et sur la contribution d'entretien. Mais ces conditions sont légères comparées à celles de l'ancien droit et dans l'intérêt de l'enfant. 321

10.5. Le nom

À la suite des récentes modifications du Code civil en matière d'autorité parentale, l'enfant de **parents non mariés** porte désormais le nom de célibataire du parent qui détient l'autorité parentale exclusive (art. 270a al. 1 *ab initio* CC et 37a al. 2 OEC)⁵⁹⁷. En cas d'autorité parentale exercée conjointement, la loi donne aux parents non mariés les mêmes possibilités qu'aux parents mariés qui portent des noms différents ; ils peuvent donner à leur enfant soit le nom de célibataire de la mère, soit le nom de célibataire du père (art. 270a al. 1 *in fine* CC et 37a al. 3 OEC)⁵⁹⁸. Si l'autorité parentale conjointe a été instituée après la naissance du premier enfant, les parents ont la faculté de déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera le nom de célibataire de l'autre parent (art. 270a al. 2 CC). Cette déclaration doit 322

⁵⁹⁶ BÜCHLER/VETTERLI, p. 169 ; COPUR, Homoparentalité, N 18 ss. Le partenaire enregistré du parent ne peut exercer lui-même l'autorité parentale, HEGNAUER, Kindesrechts, p. 181.

⁵⁹⁷ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 41 N 21. Pour le nom de célibataire, cf. art. 24 al. 2 OEC. Un éventuel nom de famille acquis par le parent lors *d'une précédente union* ne peut pas être transmis à l'enfant. Le fait que l'enfant ne puisse porter que le nom de célibataire de son père ou de sa mère implique qu'il existe des situations dans lesquelles l'enfant ne porte ni le nom actuel de sa mère ni le nom actuel de son père, BADDELEY, La pratique, p. 106. Pour les résultats parfois surprenants que cette règle peut engendrer, cf. DE LUZE/DE LUIGI, N 43 ss. Sous l'empire de l'ancien droit, l'enfant de parents non mariés acquérait de plein droit le nom de célibataire de sa mère (art. 270a al. 1 aCC). En cas d'autorité parentale conjointe, le père et la mère avaient la faculté de choisir le nom de célibataire du père comme nom de famille de l'enfant (art. 270a al. 2 aCC). Le port du nom de famille du père était aussi possible dès lors que le père était seul détenteur de l'autorité parentale (art. 270a al. 3 aCC). Déjà avant le 1^{er} janvier 2013, date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales en matière de nom de famille, notre Haute Cour, ainsi que la doctrine, se référant à l'art. 271 al. 3 CC, considéraient que l'hypothèse dans laquelle le père détenait l'autorité parentale exclusive (art. 298 al. 2 CC) constituait un juste motif autorisant l'enfant à changer de nom pour prendre celui de son père. Pour la jurisprudence, cf. l'ATF 132 III 497, JdT 2007 I 119 ; 105 II 247, SJ 1981 337. Pour la doctrine, voir notamment BSK ZGB I-BÜHLER, art. 270 CC N 27 ; HÄFLIGER, p. 252 s. ; Message Filiation, p. 94 et 135.

⁵⁹⁸ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 41 N 22.

intervenir dans le délai d'une année à partir de l'instauration de l'autorité parentale conjointe (art. 270a al. 2 CC).

323 Lorsque les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le nom de l'enfant, le Message préconise que l'autorité de protection de l'enfant statue sur ce point en tenant compte avant tout de l'intérêt de l'enfant⁵⁹⁹. Dans l'hypothèse où aucun des parents n'est titulaire de l'autorité parentale, le nom de célibataire de la mère est le nom de l'enfant (art. 270a al. 3 CC). Enfin, des changements quant à l'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effet sur le nom de l'enfant conformément aux termes de l'art. 270a al. 4 CC.

324 Le nom de l'enfant de **parents mariés** dépend du choix par les parents de leur propre nom de famille. Comme indiqué au chapitre 7.2., les futurs époux peuvent soit conserver chacun leur nom (art. 160 al. 1 CC) – à l'instar des concubins – soit opter pour un nom de famille commun (art. 160 al. 2 CC) – possibilité qui n'est pas offerte aux concubins. Dans la première hypothèse, la loi leur impose de choisir, lors de la conclusion du mariage, lequel de leurs deux noms de célibataire leur enfant portera (art. 160 al. 3 et 270 al. 1 CC)⁶⁰⁰. L'enfant acquiert donc le nom que ses parents ont choisi de lui donner, à savoir le nom de célibataire de la mère ou le nom de célibataire du père⁶⁰¹. Les père et mère peuvent cependant « demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant ou l'adoption, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint » (art. 270 al. 2 CC)⁶⁰². Le nom choisi pour le premier enfant est alors attribué ensuite à tous les futurs enfants du couple⁶⁰³. Si, en revanche, les futurs époux optent pour un nom de famille commun (art. 160 al. 2 CC), leur enfant acquiert ce nom conformément à l'art. 270 al. 3 CC lequel reprend la solution de l'ancien droit (cf. art. 270 al. 1 aCC)⁶⁰⁴.

325 Lorsque les parents se marient après la naissance de leur(s) enfant(s), ils ont le choix, au moment du mariage, entre prendre un nom de famille commun, qui peut être différent du nom porté par leur enfant, ou conserver chacun leur nom de célibataire. Ils doivent ensuite faire une déclaration pour

⁵⁹⁹ Message APC, p. 8339.

⁶⁰⁰ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 41 N 15. « L'officier de l'état civil peut libérer [les futurs époux] de cette obligation dans des cas dûment motivés » (art. 160 al. 3 *in fine* CC). Pour plus de détails sur la libération de cette obligation, cf. GRAF-GEISER, p. 256 s.

⁶⁰¹ Si les parents ne parviennent pas à s'entendre sur le nom de famille de l'enfant, BADDELEY est d'avis, à juste titre selon nous, que l'APE devrait être reconnue compétente pour trancher le litige, cf. BADDELEY, La pratique, p. 106, en particulier nbp 9, *in fine*.

⁶⁰² En vertu de l'art. 13d al. 1 Tit. Fin. CC, si l'un des conjoints avait déclaré vouloir reprendre son nom de célibataire conformément à l'art. 8a Tit. Fin. CC, les deux parents pouvaient demander, dans un délai d'une année à compter du 1^{er} janvier 2013, que l'enfant acquière le nom de célibataire du parent ayant remis cette déclaration.

⁶⁰³ AEBI-MÜLLER, Familiennamensrecht, p. 452 et 454.

⁶⁰⁴ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 41 N 14. Pour les solutions de l'ancien droit en matière de nom de l'enfant, cf. notamment HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 17.06 ss.

déterminer le nom de famille de leur(s) enfant(s) commun(s). En cas de changement de nom décidé par les parents, l'enfant de douze ans révolus doit y consentir (art. 270b CC). À défaut de déclaration des parents ou de consentement de l'enfant âgé de douze ans ou plus, l'enfant continue à porter le nom qu'il avait avant le mariage de ses parents.

L'adoption d'un enfant et le recours à la procréation médicalement assistée étant interdits aux **partenaires enregistrés**, ces derniers ne peuvent avoir d'enfants communs. Il arrive, en revanche, que l'un des partenaires ou les deux aient eu des enfants lors d'une relation antérieure au partenariat enregistré. Le nom de famille des enfants est alors déterminé selon les modalités discutées ci-dessus concernant les parents mariés ou non. Quant aux règles applicables à la détermination du nom de famille de l'enfant né pendant le partenariat enregistré, ce sont toujours celles évoquées pour les parents non mariés.

En résumé, les modifications du Code civil, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014, ont largement mis sur un pied d'égalité l'enfant de parents non mariés et celui de parents mariés en matière de nom. En effet, le nouveau droit offre en substance les mêmes possibilités aux parents non mariés et aux parents mariés exerçant conjointement l'autorité parentale. Cependant, s'il est vrai que les parents non mariés peuvent désormais choisir le nom de famille de leur enfant, possibilité qui mérite d'être saluée, l'effectivité de ce choix est subordonnée à l'exercice de l'autorité parentale, laquelle est attribuée à des conditions différentes selon que les parents sont mariés ou non.

10.6. La nationalité et le droit de cité

10.6.1. Nationalité et droit de cité

L'état civil des parents n'a pas d'influence directe sur la nationalité et les droits de cité de l'enfant.

Dans l'hypothèse où seule la mère, non mariée avec le père, est suisse, l'enfant obtient la **nationalité** suisse dès sa naissance (art. 1 al. 1 lit. b LN). Lorsque seul le père non marié avec la mère est citoyen suisse, l'enfant mineur peut obtenir la nationalité suisse à condition que le lien de filiation entre lui et son père soit établi (art. 1 al. 2 LN)⁶⁰⁵. S'agissant de l'enfant de conjoints dont l'un au moins est suisse, il acquiert, dès sa naissance, la nationalité suisse et les droits de cité du parent suisse (art. 1 al. 1 lit. a et 4 al. 1 LN).

⁶⁰⁵ Avant 1990, l'art. 31 LN prévoyait que l'enfant né hors mariage d'un père suisse et d'une mère étrangère n'acquerrait pas la nationalité suisse de son père même si ce dernier l'avait reconnu et possédait l'autorité parentale. Lui restait la possibilité de faire une demande de naturalisation facilitée.

330 Lorsque les deux parents sont de nationalité étrangère et demandent leur naturalisation en Suisse, l'enfant mineur est en principe compris dans la requête (art. 33 LN)⁶⁰⁶. Dès lors que le père ou la mère remplit les conditions de naturalisation, l'enfant obtient la nationalité suisse et les droits de cité de ses parents sans qu'aucune autre exigence ne soit imposée.

331 Lorsque les parents sont tous deux de nationalité suisse, l'enfant né de parents non mariés, à l'instar de l'enfant né de parents mariés, acquiert le **droit de cité cantonal et communal** du parent dont il porte le nom (art. 271 al. 1 CC et 4 al. 2 LN)⁶⁰⁷. Le Code civil se limite à régler l'acquisition des droits de cité de l'enfant dans cette hypothèse-ci uniquement. Lorsque l'enfant mineur change de nom pour prendre celui de son autre parent (cf. hypothèse envisagée à l'art. 270a al. 2 CC), son droit de cité cantonal et communal antérieur est remplacé par le droit de cité cantonal et communal du parent dont il porte désormais le nom (art. 271 al. 2 CC). L'enfant qui obtient la nationalité suisse de par sa mère ou de par son père, acquiert en même temps automatiquement les droits de cité communaux et cantonaux du parent suisse (art. 4 al. 1 LN).

332 Les partenaires enregistrés n'étant autorisés ni à adopter ni à recourir à la procréation médicalement assistée, les questions relatives à la nationalité et aux droits de cité cantonal et communal d'un enfant commun n'entrent pas en ligne de compte. Quant aux enfants non communs du couple, ces mêmes questions sont déterminées conformément aux règles applicables aux parents mariés ou non.

10.6.2. *Droit de séjour au titre de regroupement familial*

333 La loi fédérale sur les étrangers (LEtr) et les Accords bilatéraux avec l'Union européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP) réservent à l'enfant d'un couple non marié un traitement comparable à celui de l'enfant d'un couple marié ; l'enfant a droit, sous certaines conditions, à l'octroi d'un titre de séjour dans le cadre du regroupement familial, indépendamment du statut civil de ses parents. Seul importe l'existence ou non d'un lien de filiation avec le parent qui demande le regroupement familial.

334 Au niveau national, les droits en matière de séjour dans le cadre du regroupement familial sont réglés essentiellement dans la LEtr (art. 42 ss LEtr), et au niveau européen, dans l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) conclu entre la Suisse et la Communauté européenne (CE) et ses États

⁶⁰⁶ ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 161 CC N 46 et 37 ; MEIER/STETTLER, N 685. Toutefois, lorsque l'enfant n'a pas été compris dans la naturalisation de l'un de ses parents, il peut demander la naturalisation facilitée en vertu de l'art. 31a LN avant ses 22 ans et pour autant qu'il ait résidé au total cinq ans en Suisse, dont l'année précédant le dépôt de sa demande.

⁶⁰⁷ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 41 N 28.

membres, ainsi que les États membres de l'AELE et dans l'annexe I de l'ALCP (art. 7 ALCP et 3 Annexe I-ALCP). La LEtr ou l'ALCP est applicable en fonction de la nationalité de la personne qui requiert le regroupement familial.

- Le regroupement familial selon la LEtr. Aux termes des articles 42 al. 1 et 43 al. 1 LEtr, l'enfant, ressortissant d'un État non membre de l'UE/AELE, dont l'un des parents est citoyen suisse ou au bénéfice d'un permis d'établissement, a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour ou d'établissement et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec ce parent, d'être célibataire et âgé de moins de dix-huit ans⁶⁰⁸. Si l'enfant a moins de douze ans, il a droit à l'octroi d'un permis d'établissement (art. 42 al. 4 et 43 al. 3 LEtr). Le regroupement familial doit être demandé dans un délai de cinq ans ou intervenir dans un délai de douze mois dès lors que les enfants ont plus de douze ans (art. 47 al. 1 LEtr). 335

L'art. 44 LEtr et l'art. 45 LEtr règlent les cas du parent titulaire d'une autorisation de séjour, respectivement d'une autorisation de courte durée, qui demande le regroupement familial pour son enfant, citoyen d'un pays tiers. De par sa formule potestative, cette disposition légale ne confère pas un droit à une autorisation de séjour contrairement aux articles 42 al. 1 et 43 al. 1 LEtr⁶⁰⁹. 336

En vertu de l'art. 42 al. 2 LEtr, l'enfant étranger titulaire d'une autorisation de séjour durable délivrée par un État avec lequel la Suisse a conclu un accord sur la libre circulation des personnes a également droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité, s'il est âgé de moins de vingt-et-un ans ou si son entretien est garanti. 337

Le droit à une autorisation de séjour découlant des articles 42 à 45 LEtr vaut aussi bien pour le regroupement des enfants avec un seul parent que dans les cas où ceux-ci rejoignent leurs deux parents⁶¹⁰. Les articles 42 à 45 ne s'appliquent pas, en revanche, aux beaux-enfants ; le ressortissant suisse ou l'étranger au bénéfice d'un titre de séjour ne peut pas formuler une demande de regroupement familial pour les enfants de son conjoint ou de son partenaire enregistré. 338

- Le regroupement familial selon l'ALCP. À teneur de l'ALCP et de son Annexe I, le cercle des bénéficiaires du regroupement familial s'étend aux enfants communs ou non du regroupant, quel que soit leur nationalité, jusqu'à l'âge de 21 ans ou s'ils sont plus âgés mais à charge du requérant (art. 3 al. 2 339

⁶⁰⁸ Cf. art. 29 OASA pour les cas où l'art. 42 LEtr ne s'applique pas.

⁶⁰⁹ TF 2C_388/2011 du 18 mai 2011, cons. 3.1 ; 2C.764/2009 du 31 mars 2010, cons. 2.1.1 ; 2C_345/2009 du 22 octobre 2009, cons. 2.2.1 et réf. cit. ; ATF 130 II 281, cons. 2.

⁶¹⁰ Dans l'ATF 136 II 78 cons. 4.5 à 4.7, le TF a modifié sa jurisprudence sur le regroupement familial partiel et admis qu'un enfant domicilié à l'étranger puisse désormais être réuni à un seul de ses parents résidant en Suisse. Selon SPESCHA, il faut que le parent se trouvant en Suisse et qui demande le regroupement familial détienne seul l'autorité parentale ou, en cas d'autorité parentale conjointe, que le consentement exprès de l'autre parent vivant à l'étranger soit donné, SPESCHA, Migrationsrecht, art. 43 LEtr N 2 et art. 47 LEtr N 3.

lit. a Annexe I-ALCP). Quant au regroupant étudiant, ses enfants à charge, indépendamment de leur âge, peuvent bénéficier du regroupement familial (art. 3 al. 2 lit. c Annexe I-ALCP).

³⁴⁰ Il apparaît, en résumé, que le regroupement familial consacré par le droit communautaire est plus extensif que le droit national⁶¹¹ ; il comprend aussi bien les enfants du regroupant que les beaux-enfants de ce dernier⁶¹².

10.7. L'obligation d'entretien des père et mère

³⁴¹ L'obligation d'entretien des père et mère juridiques de l'enfant se matérialise sous forme de soins et d'éducation lorsque l'enfant vit avec son père et sa mère, ou à défaut, sous forme de prestations pécuniaires (art. 276 al. 1 et 2 CC)⁶¹³. L'obligation d'entretien s'étend de la naissance de l'enfant à sa majorité (art. 277 al. 1 CC). Elle peut se prolonger, sous certaines conditions, au-delà de la majorité de l'enfant (art. 277 al. 2 CC)⁶¹⁴.

³⁴² L'obligation d'entretien ne dépend pas de l'état civil des parents de l'enfant⁶¹⁵ ; dès lors que la filiation est établie, les parents ont un devoir d'entretien envers leur(s) enfant(s)⁶¹⁶. L'état civil des parents a cependant une incidence indirecte sur l'entretien de l'enfant dans la mesure où le mode d'établissement du lien de filiation paternelle est conditionné par l'état civil de la mère. Ainsi, lorsque les parents ne sont pas mariés, l'obligation d'entretien naît à l'égard du père une fois l'enfant reconnu par ce dernier ou dès l'entrée en force du jugement de paternité. Elle débute en revanche à la naissance de l'enfant lorsque les parents sont mariés. Notons que si le lien de filiation paternelle a été établi bien après la naissance de l'enfant, l'art. 279 al. 1 permet à ce dernier ou à son représentant légal de « réclamer l'entretien pour l'avenir et pour l'année qui précède l'ouverture de l'action ».

³⁴³ Pendant la vie commune, les père et mère vivant avec leurs enfants communs assument leur obligation d'entretien solidairement par des prestations en nature, en particulier par les soins quotidiens, la nourriture,

⁶¹¹ TF 2C.764/2009 du 31 mars 2010, cons. 2.1.1 ; AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN, p. 144. Pour les différences entre les deux textes s'agissant du cercle des bénéficiaires, cf. en particulier KADDOUS/TOBLER, p. 519.

⁶¹² ATF 136 II 65 cons. 3 et 4 et 136 II 177 où le TF confirme cependant que le droit au regroupement des enfants du conjoint extracommunautaire, issus d'un premier lit, est autorisé sous certaines conditions.

⁶¹³ Sur le contenu de l'obligation, cf. CR CC I-PIOTET, art. 276 CC N 26 ss ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 276 CC N 20 ss. Pour plus de détails sur les besoins de l'enfant qui doivent être couverts, cf. TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 42 N 1 ss.

⁶¹⁴ MEIER/STETTLER, N 1074. Pour plus de détails sur la contribution d'entretien qui peut être allouée à un enfant majeur, cf. HENRIOD.

⁶¹⁵ LUKS-DUBNO, p. 148 ; PICHONNAZ, Contributions, p. 6 et 8.

⁶¹⁶ ATF 129 III 646, JdT 2004 I 105, cons. 4.1 ; MEIER/STETTLER, N 1041 ; CR CC I-PIOTET, art. 276 CC N 1.

l'habillement et l'éducation⁶¹⁷. L'entretien de l'enfant par des parents non mariés fait en principe l'objet d'une convention interne. Comme observé *supra* N 309 ss, les **concubins** souhaitant obtenir l'exercice de l'autorité parentale conjointe doivent confirmer dans une déclaration écrite s'être mis d'accord sur la participation de chacun d'entre eux à la prise en charge de l'enfant, ainsi que sur la contribution d'entretien (art. 298a al. 2 ch. 2 CC). La loi n'exige pas une telle déclaration de la part des **parents mariés**, même en cas de séparation ; à teneur de l'art. 278 al. 1 CC, ceux-ci « supportent les frais d'entretien conformément aux dispositions du droit du mariage ». L'art. 278 al. 1 CC renvoie aux articles 159 al. 2 et 163 CC selon lesquels les époux sont libres de convenir de la façon dont chacun contribue à l'entretien de la famille. Si « un époux ne remplit pas ses devoirs de famille ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale, ils peuvent [toutefois], ensemble ou séparément, requérir l'intervention du juge » des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 al. 1 CC ; cf. aussi art. 173 CC)⁶¹⁸.

En général, l'obligation d'entretien ne concerne que les parents et leur(s) ³⁴⁴ enfant(s) commun(s). Le concubin du père ou de la mère n'a pas d'obligation d'entretien à l'égard des enfants de ce dernier⁶¹⁹. Le législateur ayant refusé de régler l'union libre dans la loi, il n'existe pas non plus de disposition légale consacrant un devoir d'assistance du concubin envers son compagnon dans l'accomplissement de son obligation d'entretien assumée en faveur d'un enfant issu d'une précédente union.

Comme le beau-parent non marié avec le débiteur de l'entretien, le beau-³⁴⁵ parent marié n'a pas d'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant de son conjoint. L'art. 278 al. 2 CC lui impose en revanche un devoir d'assistance à l'égard de son conjoint dans l'accomplissement de l'obligation d'entretien de ce dernier envers les enfants nés avant le mariage, devoir qui prend fin en même temps que le mariage⁶²⁰. Cette disposition légale, qui concrétise le devoir général d'assistance entre époux, ne crée donc pas de droit direct des enfants à l'égard du beau-parent pour leur entretien (art. 276 et 328 CC *a*

⁶¹⁷ MEIER/STETTLER, N 1066 ; CR CC I-PIOTET, art. 276 CC N 17.

⁶¹⁸ MEIER/STETTLER, N 1042.

⁶¹⁹ TF 5P.370/2004 du 5 janvier 2005 ; 5C.127/2003 du 15 octobre 2003, cons. 4.1.3 ; BADDELEY/LEUBA, p. 178 ; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, N 06.55 ; MEIER/STETTLER, N 1049.

⁶²⁰ TF 5A.352/2010 du 29 octobre 2010, cons. 6.2.2, *in* : FamPra.ch 2011, p. 236 ; 5A.733/2009 du 10 février 2010, cons. 3.2. Cf. aussi, HEGNAUER, Kindesrecht, N 20.09. Le devoir d'assistance du beau-parent « peut s'exprimer en argent, ou sous la forme de soins donnés à l'enfant ou encore de tâches domestiques assumées en lieu et place du conjoint, notamment pour lui faciliter l'exercice d'une activité lucrative et l'accomplissement de son obligation d'entretien », MEIER/STETTLER, N 1050. L'art. 278 al. 2 CC ne vise pas le cas de l'enfant adultérin. Sur la question de l'entretien de l'enfant adultérin, cf. ATF 129 III 417, JdT 2004 I 115 ; 127 III 68 cons. 3, JdT 2001 I 562, SJ 2001 I 280 ; BADDELEY/LEUBA, p. 184 ss ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 278 CC N 5 ; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, N 06.56 ; CR CC I-PIOTET, art. 278 CC N 2 s.

contrario)⁶²¹. La responsabilité de l'entretien des enfants nés avant l'union incombe avant tout aux parents juridiques de l'enfant et non aux beaux-parents⁶²². Malgré tout, ces enfants bénéficient indirectement de cette assistance contrairement à ceux dont le parent n'est pas marié.

³⁴⁶ L'art. 278 al. 2 CC est applicable aux seuls couples mariés et aucune analogie n'est possible à l'égard des partenaires de vie⁶²³. La doctrine majoritaire, dont nous partageons l'opinion, critique cette situation⁶²⁴. Elle est d'avis, en substance, que le but de l'union libre stable peut aussi comprendre la prise en charge des enfants vivant avec le couple, ce qui aurait pour corollaire d'obliger le partenaire non débiteur de l'entretien à l'égard des enfants à contribuer indirectement à l'entretien de ces derniers. Le Tribunal fédéral admet un tel raisonnement, de manière implicite, en considérant qu'il n'est pas arbitraire de prendre en compte l'appui financier du partenaire du concubin débiteur de l'entretien pour fixer le montant de l'avance des pensions alimentaires auquel ce dernier aurait droit⁶²⁵.

³⁴⁷ La loi sur le partenariat soumet **les partenaires enregistrés** aux mêmes obligations que les conjoints : chacun d'eux est tenu d'assister l'autre dans l'entretien des enfants de l'autre. Ce devoir est consacré de manière générale à l'art. 12 LPart et plus spécifiquement à l'art. 27 LPart qui se calque sur le modèle de l'art. 278 al. 2 CC et ne fait pas de distinction entre les enfants nés avant ou pendant le partenariat⁶²⁶.

³⁴⁸ En résumé, l'obligation d'entretien découle directement du lien de filiation. Lorsque les parents ne sont pas mariés, l'obligation d'entretien du père juridique à l'égard de l'enfant naît par reconnaissance (art. 260 CC) ou par jugement (art. 261 CC). S'il n'existe pas de devoir d'assistance du beau-parent non marié avec la mère ou le père de l'enfant non commun dans l'entretien de ce dernier, un tel devoir est imposé au conjoint (art. 278 al. 2 CC) et au partenaire enregistré (art. 27 al. 1 LPart) du parent.

⁶²¹ ATF 126 III 353 cons. 4b, JdT 2002 I 162 ; BADDELEY/LEUBA, p. 178 s. ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 278 CC N 4 et réf. cit. ; HEGNAUER, Stiefkindes, p. 272 et 274 ; Message Filiation, p. 59.

⁶²² ATF 127 III 68 cons. 3 ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 278 CC N 6. L'assistance due par le beau-parent n'est que subsidiaire par rapport à l'obligation d'entretien qu'il a à l'égard de ses propres enfants, cf. ATF 120 II 285 cons. 2b, JdT 1996 I 213 ; TF 5C.18/2000 cons. 2b, non publié *in* : ATF 126 III 353. Il doit en outre disposer encore de moyens suffisants une fois son minimum vital et celui de ses propres enfants couverts, cf. TF 5A_685/2008 du 18 décembre 2008, cons. 3.2.4 ; 5C.82/2004 du 14 juillet 2004, cons. 3.2.1, publié *in* : FamPra.ch 2005, p. 172 ; 5P.186/2006 du 18 août 2006, cons. 4.

⁶²³ ATF 129 I 1 cons. 3.2.2, publié *in* : FamPra.ch 2003, p. 872 ; TF 1P.184/2003 du 19 août 2003, cons. 2.3 ; GUILLOD, Familles, N 697.

⁶²⁴ BADDELEY/LEUBA, p. 180, nbp 40 ; CR CC I-PIOTET, art. 278 CC N 11 ; WERRO, Familles, p. 855. PICHONNAZ, Contributions, p. 26 s. et MEIER/STETTLER, N 1049 excluent un devoir d'assistance du concubin à l'égard des enfants de son partenaire en l'absence de convention.

⁶²⁵ ATF 129 I 1 cons. 3.2.1, JdT 2003 I 208.

⁶²⁶ BADDELEY/LEUBA, p. 180 ; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, N 06.56. Référence est donc faite aux développements de la jurisprudence et de la doctrine à propos de l'art. 278 CC, GRÜTTER/SUMMMERATTER, p. 463 ; SCHWENZER, Partnerschaft, p. 229.

11. Conclusion

Il ressort très clairement que les rapports légaux au sein du couple sont conditionnés par la nature de l'union et les éventuels aménagements décidés par le couple ; plus le couple est organisé juridiquement, plus les effets de leur union sont importants. 349

Le concubinage n'est prévu par la loi ni en tant qu'institution ni en tant que contrat. Il s'agit d'une simple situation de fait. Il s'ensuit que l'entrée en union libre n'emporte pas d'effets juridiques sur les rapports au sein du couple, mais aussi à l'égard des tiers et de l'État. En effet, il n'y a, entre concubins, ni obligation de fidélité, d'assistance et d'entretien (cf. *supra* § 8.2.), ni obligation d'habiter ensemble (cf. *supra* § 8.3.). Il n'y a pas de possibilité de prendre un nom de famille légal commun (cf. *supra* § 7.2.), le logement familial n'est pas protégé (cf. *supra* § 8.3.), aucune présomption de paternité pour l'enfant né pendant l'union libre n'existe (cf. *supra* § 10.2.) et l'adoption conjointe n'est pas possible (cf. *supra* § 10.3.). Les concubins sont traités comme des célibataires en matière fiscale (cf. *supra* § 9.1.), d'assurances sociales (cf. *supra* § 9.2.) et de regroupement familial (cf. *supra* § 9.3.). Ils sont placés sur le même pied que l'ensemble des individus sans lien juridique spécial et ne se voient attribuer aucun statut spécifique, malgré parfois des décennies de vie commune. 350

A contrario, le mariage et le partenariat enregistré donnent naissance à un véritable statut, comprenant des droits et des obligations pour chacun des membres du couple et des effets à l'égard des tiers et de l'État. Le mariage et le partenariat enregistré ont des effets automatiques de droit public, notamment en matière de naturalisation facilitée (cf. *supra* § 7.4.), fiscale (cf. *supra* § 9.1.), d'assurances sociales (cf. *supra* § 9.2.), de permis de séjour et de regroupement familial (cf. *supra* § 9.3.). Le mariage et le partenariat enregistré comportent des effets significatifs, même si le partenariat enregistré n'est qu'une pâle copie du mariage, le législateur ayant rapproché le premier du second sans toutefois souhaiter les confondre. 351

Bien que certaines formes de concubinage soient parfois identiques au mariage et au partenariat enregistré, l'idée d'accorder aux concubins le droit d'invoquer les règles applicables aux époux et aux partenaires enregistrés a toujours été rejetée⁶²⁷. 352

Les concubins peuvent régler certains aspects de leur vie commune par voie conventionnelle et ainsi réduire, voire parfois même éliminer les différences juridiques existantes entre leur situation et celle des époux et des 353

⁶²⁷ Pour la jurisprudence : ATF 108 II 204 cons. 3, JdT 1982 I 570. Pour la doctrine : BIETENHARDER-KÜNZLE, p. 36 ss ; DUSSY, p. 35 ss ; GROSSEN/GULLOD, p. 294 ; MÜLLER-FREIENFELS, Tendenzen, p. 63 ; SANDOZ, Union, p. 596. D'un avis plus nuancé : PICHONNAZ, Conventions, p. 677 et PULVER, Union libre, p. 25.

partenaires enregistrés. Si les partenaires de fait ont la faculté de prévoir conventionnellement des droits et obligations analogues à ceux que la loi impose aux conjoints et aux partenaires enregistrés, ils ne peuvent toutefois le faire que dans leurs rapports internes⁶²⁸. Les effets de portée externe attachés au mariage et au partenariat enregistré peuvent être difficilement atteints par la voie conventionnelle. Il est par exemple impossible pour les personnes non mariées et non enregistrées de parvenir à un résultat semblable à celui qu'ils obtiendraient par le mariage ou l'enregistrement d'un partenariat en matière de nom de famille, de nationalité, de fiscalité, d'assurances sociales, de regroupement familial, de filiation et d'adoption, car les règles en ces matières échappent à la libre disposition des parties.

³⁵⁴ Si le manque de protection étatique dans certains domaines du droit peut entraîner des conséquences défavorables pour les concubins, l'absence de cadre juridique pendant l'union n'est toutefois pas toujours dénuée d'avantages pour certains partenaires. En outre, il est peu fréquent que les concubins ne s'entendent pas sur l'organisation et les aspects généraux de leur vie commune. Si c'est le cas, la séparation du couple est, en règle générale, la conséquence. Régler de façon détaillée la relation interne des partenaires n'est donc pas aussi urgent selon nous que de revoir certains domaines d'une importance pratique considérable pour la vie de ces personnes. Il s'agit en particulier du droit des étrangers et du droit des assurances sociales. Comme nous le verrons grâce à l'analyse de la troisième partie de cette étude, les problèmes les plus sérieux se posent lorsqu'il y a rupture de l'union.

⁶²⁸ MARTY-SCHMID, p. 218 ; PULVER, Union libre, p. 139.

TROISIÈME PARTIE

Les effets de la fin de la vie en couple

12. Remarques préliminaires

Deux causes principales mettent un terme à la vie en couple ; l'une est dépendante de la commune volonté des membres du couple ou de la volonté unilatérale d'un des membres du couple – la séparation – l'autre est indépendante de la volonté des membres du couple – il s'agit du décès³⁵⁵

⁶²⁹. Parmi les autres causes mettant un terme à l'union libre, signalons également la transformation du concubinage en mariage. Cette hypothèse ne sera toutefois pas retenue dans la présente étude. Nous nous limiterons à étudier les effets qui résultent de la séparation, ainsi que ceux qui découlent du décès de l'un des membres du couple.

De façon générale, la dissolution de l'union libre est aussi peu formelle que sa constitution. Elle ne nécessite la réalisation d'aucune condition juridique et n'est pas soumise à l'appréciation d'un juge⁶³⁰. Elle peut intervenir en tout temps et sans motif, de manière individuelle ou par consentement mutuel⁶³¹. Le principe est celui de la liberté de rompre. Au contraire, le mariage et le partenariat enregistré sont un engagement formel qui s'inscrit dans la durée et dont chacun des membres du couple ne peut mettre fin sans un contrôle judiciaire⁶³².³⁵⁶

Quelle que soit sa cause, la dissolution met un terme, en principe, tant à l'union personnelle des partenaires qu'à l'union que ces derniers formaient sur le plan économique. La séparation volontaire du couple marque de surcroît la³⁵⁷

⁶²⁹ La loi connaît deux causes de dissolution du vivant des conjoints et des partenaires enregistrés : l'annulation du mariage (art. 104 ss CC) ou du partenariat enregistré (art. 9 ss LPart) et le divorce (art. 111 ss CC) ou la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (art. 29 ss LPart). Les conditions du divorce, de la dissolution du partenariat enregistré et de l'annulation ne seront pas abordées dans la présente étude.

⁶³⁰ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 55 ; BÜCHLER/VETTERLI, p. 179 ; WOLF/BERGER-STEINER/SCHMUKI, p. 1125, N 150.

⁶³¹ ATF 108 II 204 cons. 3a, JdT 1982 I 570 ; AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 54 s. ; AUSBURGER-BUCHELI, Assurances, p. 165 ; BÜCHLER/VETTERLI, p. 179 ; MEIER-HAYOZ, p. 586 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 694 ; WERRO, N 149.

⁶³² La procédure de divorce est consacrée aux articles 274 à 293 CPC. Conformément à l'art. 307 CPC, la procédure en dissolution du partenariat est régie par les dispositions relatives à la procédure de divorce, à l'exception des dispositions concernant l'enfant (art. 274 à 293 CPC).

dissolution de l'union du couple parental, mais non pas la dissolution des liens de parenté avec l'enfant commun du couple.

358 La cohabitation de fait ne produisant aucun effet sur la personne, les droits et les obligations personnels des concubins, il ne saurait y avoir de lien de droit de nature personnelle entre les personnes non mariées et non enregistrées postérieurement à la dissolution de l'union. La fin de l'union libre a essentiellement des conséquences patrimoniales, surtout lorsque l'union a duré de nombreuses années. En effet, des années de vie commune, d'acquisitions et d'intérêts en commun ne s'effacent pas en un instant. Comme nous le verrons, ces conséquences sont réglées en grande partie par le droit ordinaire, et donc par des règles non spécifiques.

359 Le mariage et le partenariat enregistré engendrent, à l'inverse, des effets personnels qui, pour certains, demeurent, voire même sont renforcés après la dissolution du mariage et du partenariat. À l'instar de la dissolution de l'union libre, la dissolution de l'union conjugale et celle du partenariat enregistré ont également des incidences importantes sur le patrimoine des membres du couple. Ces incidences sont réglées de manière spécifique et détaillée dans le Code civil et la LPart. Comme indiqué au chapitre 7. de la deuxième partie, le Tribunal fédéral et la doctrine refusent d'appliquer par analogie les règles du droit matrimonial et les normes de la LPart aux communautés de vie de fait.

360 Les développements qui suivent ont pour objectif de comparer les effets personnels (§ 13) et patrimoniaux (§ 14) que le droit attache à la dissolution de ces trois types d'unions.

361 La complexité liée à l'absence d'un corps de règles applicable systématiquement au partage des patrimoines des concubins mérite, à notre sens, d'être appréhendée avec une attention particulière (§ 14.2.) ; c'est à ce niveau que l'inégalité des formes de communautés de vie apparaît le plus nettement.

362 Notre attention se portera également sur les prétentions découlant des rapports de travail noués entre les membres du couple (§ 14.3.), l'entretien post-union (§ 14.4.) et le sort du logement commun (§ 14.5.), ainsi que sur les effets de la désunion en droit des assurances sociales et privées (§ 14.6.) et en droit successoral (§ 14.7.). Nous clorons ce chapitre sur le sort des enfants mineurs suite à la fin de l'union du couple parental (§ 15.).

363 Comme dans la deuxième partie de cette étude, nous présenterons brièvement les solutions que les concubins peuvent envisager en l'état actuel du droit afin d'aménager leur relation pour le cas de la dissolution de leur union. Ces solutions sont là aussi majoritairement contractuelles.

364 Étant donné que les conséquences sont tantôt communes aux deux causes de dissolution tantôt différentes, il nous a paru parfois utile de distinguer, sous

forme de sous-chapitres, la dissolution du vivant du couple de la dissolution consécutive au décès de l'un des membres du couple.

13. Les effets personnels de la fin de la vie en couple

13.1. L'état civil

L'entrée même en **concubinage** ne générant aucun effet sur l'état civil des concubins (cf. *supra* § 7.1.), la dissolution de l'union, quelle qu'en soit sa cause, n'en produit tout naturellement pas non plus. 365

À la dissolution de l'union conjugale, les **époux** perdent en revanche leur statut de personne « mariée » pour acquérir la qualité respectivement de « divorcé » ou de « veuf » (art. 8 lit. f ch. 1 OEC). Il en va de même pour les **partenaires enregistrés** dont l'état civil officiel devient « partenariat dissous judiciairement » ou « partenariat dissout par le décès » (art. 8 lit. f ch. 1 OEC)⁶³³. 366

Comme observé dans la deuxième partie de cette étude, l'état civil d'une personne joue un rôle capital dans certains domaines du droit dans la mesure où il conditionne le régime qui sera appliqué à la personne considérée ; diverses lois réservent aux individus un traitement particulier en fonction de leur état civil. Cela est vrai pour le droit fiscal et le droit social, lesquels s'attachent davantage au statut juridique de la personne qu'à la réalité sociale. Compte tenu de l'absence d'incidence du concubinage sur l'état civil des membres du couple, les concubins continuent d'être traités comme une personne seule même après la dissolution de l'union. À l'inverse, le régime appliqué aux époux et aux partenaires enregistrés sur le plan du droit fiscal et du droit social est modifié dès lors que les membres du couple se séparent. 367

13.2. Le nom

La formation du **concubinage** n'ayant aucune incidence sur le nom porté par les membres du couple (cf. *supra* § 7.2.), sa dissolution n'en a pas non plus ; chacun des concubins continue de porter, après la dissolution de l'union, le nom qu'il portait pendant l'union. 368

À l'inverse, la dissolution du **mariage** et du **partenariat** peut avoir une incidence sur le nom des membres du couple ; l'époux ou le partenaire enregistré qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage ou du partenariat enregistré conserve ce nom après la dissolution de l'union (art. 119 369

⁶³³ Message LPart, p. 1232.

al. 1 *in initio* CC et art. 30a *in initio* LPart). Il peut cependant déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire (art. 119 al. 1 *in fine* CC, art. 30a CC, art. 30a *in fine* LPart)⁶³⁴. Il faut préciser que seul le nom de célibataire peut être repris par déclaration et non plus le nom porté avant le mariage ou l'enregistrement du partenariat qui serait celui acquis lors d'un mariage ou d'un partenariat antérieur, sous réserve d'une action fondée sur l'art. 30 al. 1 CC. S'agissant du nom d'alliance, celui-ci étant extra-légal, les époux et les partenaires enregistrés peuvent soit cesser soit continuer de le porter. Aucune formalité ne leur est imposée⁶³⁵.

13.3. La nationalité

370 Comme indiqué au chapitre 7.4., le **concubinage**, à l'inverse du mariage et du partenariat enregistré, n'a pas d'incidence sur le droit de la nationalité. Seule la dissolution de l'union conjugale et du partenariat enregistré sont susceptibles d'entraîner la remise en cause de la nationalité suisse du conjoint ou du partenaire étranger. Le présent chapitre se limitera donc à examiner la situation des époux et des partenaires enregistrés par rapport au droit de la nationalité dans l'hypothèse d'une dissolution de l'union.

371 Les **personnes mariées** et, dans une moindre mesure, les **partenaires enregistrés**, profitent d'un allègement des conditions de naturalisation (cf. *supra* § 7.4.). Cette procédure facilitée peut parfois pousser un ressortissant étranger à contracter un mariage ou un partenariat dans le but d'éluider les dispositions de la loi sur les étrangers et d'obtenir plus facilement la nationalité suisse⁶³⁶. On parle alors de mariage ou de partenariat « blanc » ou « fictif »⁶³⁷.

372 En vertu de l'art. 41 al. 1 LN, lorsque le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) considère que la naturalisation a été obtenue de manière frauduleuse⁶³⁸ par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels, il peut annuler la naturalisation⁶³⁹. Tel peut surtout être le cas dans l'hypothèse

⁶³⁴ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 24 N 3. Cf. aussi art. 30 et 30a OEC.

⁶³⁵ MONTINI, Partenariat, N 151.

⁶³⁶ Cela sous-entend que les époux n'ont en fait jamais eu la volonté de former une véritable communauté conjugale, cf. ATF 127 II 49 cons. 4a ; TF 2C_222/2008 du 31 octobre 2008, cons. 3.3 *in fine* et 4.3.

⁶³⁷ L'existence d'un mariage « fictif » n'est pas facile à prouver. Seuls des indices peuvent être fournis à cet effet, cf. ATF 122 II 289 ss. Un mariage « fictif » existe même si l'un des époux seulement a contracté mariage afin d'éluider la loi sur les étrangers, tandis que l'autre désirait sincèrement fonder une communauté de vie avec son conjoint, cf. TF 2C_540/2013 cons. 5.3.3.

⁶³⁸ « C'est-à-dire par un comportement déloyal et trompeur », TAF C-5674/2010 du 13 février 2012, cons. 4.1.

⁶³⁹ L'art. 41 al. 1bis LN indique que la naturalisation ou la réintégration peut être annulée dans un délai de deux ans à compter du jour où l'office a pris connaissance des faits déterminants, mais au plus tard huit ans après l'octroi de la nationalité suisse.

d'un divorce ou d'une dissolution du partenariat enregistré quelques temps après l'obtention de la nationalité suisse par le conjoint ou le partenaire étranger. En effet, la communauté conjugale⁶⁴⁰ au sens des articles 27 al. 1 let. c et 28 al. 1 let. a LN et la communauté partenariale au sens de l'art. 15 al. 3 LN supposent que les époux, respectivement les partenaires enregistrés, aient la ferme intention de poursuivre cette communauté au-delà de la décision de naturalisation⁶⁴¹. Si peu de temps après celle-ci, une procédure de séparation, de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat est introduite, la jurisprudence constante considère cela comme un indice de mariage ou de partenariat « blanc » ou « fictif »⁶⁴².

À titre d'exemple, notre Cour suprême a annulé la naturalisation d'un requérant au motif qu'il ne s'était écoulé que cinq mois entre le moment où le couple avait déclaré former une véritable communauté conjugale au sens de l'art. 27 LN et celui du dépôt de la demande en divorce. Cet intervalle trop bref laissait présumer que le couple n'envisageait déjà plus une vie future partagée au moment du prononcé de la décision de naturalisation, laquelle avait eu lieu quelques semaines après la déclaration de vie commune⁶⁴³. La naturalisation avait donc été obtenue de manière frauduleuse et devait être annulée. 373

À la différence de la dissolution du vivant des membres du couple, la dissolution consécutive au décès de l'un des membres du couple n'a pas d'implication sur la nationalité suisse obtenue par le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant. 374

13.4. Le droit de séjour au titre de regroupement familial

Étant donné que les droits suisse et européen n'accordent au **concubin** étranger aucun droit de séjour au titre du regroupement familial (cf. *supra* § 9.3.), la dissolution de l'union ne peut pas avoir de conséquences sur le statut administratif du concubin étranger. La dissolution du **lien conjugal** et du **partenariat enregistré** sont, en revanche, susceptibles d'entraîner la remise en cause du droit de séjour fondé sur l'union du partenaire étranger. Compte tenu de ce constat, nous nous limiterons à examiner brièvement les conditions auxquelles l'époux étranger et le 375

⁶⁴⁰ Sur la notion de communauté conjugale, cf. en particulier ATF 135 II 161 cons. 2 et jurisprudence citée.

⁶⁴¹ ATF 135 II 161 cons. 2 et jurisprudence citée ; TAF C-8269/2010 du 10 février 2012, cons. 3.2.

⁶⁴² C'est-à-dire comme un indice que le couple s'est uni dans le seul but d'obtenir la nationalité suisse. ATF 135 II 161 cons. 2 ; 130 II 482 cons. 2 ; 128 II 97 cons. 3a ; 121 II 49 cons. 2b ; TAF C-5674/2010 du 13 février 2012, cons. 3.1.

⁶⁴³ Cf. TF 5A.11/2006 du 27 juin 2006, cons. 3.1., dans lequel le TF a considéré par ailleurs qu'une grande différence d'âge entre les époux constituait aussi un indice de mariage fictif. Pour un autre arrêt sur le sujet, cf. TF 1C_180/2014 du 2 septembre 2014, cons. 2.3.

partenaire enregistré étranger doivent répondre afin de conserver leur titre de séjour après la dissolution de leur union.

376 Comme déjà indiqué dans le chapitre 9.3., si le regroupant est de nationalité suisse ou ressortissant d'un pays tiers au bénéfice d'un titre de séjour, la LEtr est applicable ; si le regroupant est européen, c'est l'ALCP et son Annexe I-ALCP qui doivent être examinés⁶⁴⁴.

377 Aux termes de l'art. 50 al. 1 LEtr, après la dissolution de l'union, le droit du conjoint ou du partenaire enregistré étranger à l'octroi d'une autorisation de séjour ou d'établissement et à la prolongation de sa durée de validité subsiste dans deux hypothèses⁶⁴⁵ : si le mariage ou le partenariat a duré au minimum trois ans et que le partenaire étranger a fait preuve d'une intégration réussie (art. 50 al. 1 lit. a LEtr et 77 al. 1 lit. a OASA)⁶⁴⁶ ; s'il existe des raisons personnelles majeures qui exigent la poursuite du séjour en Suisse (art. 50 al. 1 lit. b LEtr et 77 al. 1 lit. b et art. 31 OASA)⁶⁴⁷. Le décès du conjoint ne figure pas expressément dans la loi. Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a cependant considéré que la mort du regroupant présume l'existence d'une « raison personnelle majeure » qui impose la poursuite du séjour en Suisse du conjoint survivant étranger au sens de l'art. 50 al. 1 lit. b LEtr, sans qu'il n'y ait besoin de vérifier si la réintégration de ce dernier dans son pays d'origine est compromise⁶⁴⁸.

378 Au niveau européen, l'ALCP et son Annexe I ne règlent pas expressément les conséquences de la dissolution de l'union sur le droit de présence en Suisse des membres de la famille du regroupant européen⁶⁴⁹. D'une manière générale, les membres de la famille d'un citoyen européen au bénéfice du regroupement familial, disposent d'un droit de demeurer en Suisse en cas de

⁶⁴⁴ En outre, la LEtr ne s'applique aux ressortissants de l'UE et de l'AELE que lorsque l'ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque ses dispositions sont plus favorables (art. 12 ALCP, art. 2 al. 2 et 3 LEtr).

⁶⁴⁵ Ces deux hypothèses ne valent que pour les cas de regroupement familial relevant des art. 42 et 43 LEtr, à savoir pour les membres étrangers de la famille d'un ressortissant suisse et pour le conjoint et les enfants étrangers du titulaire d'une autorisation d'établissement. Pour la portée de l'art. 50 al. 1 LEtr, cf. AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN, p. 176.

⁶⁴⁶ Ces deux conditions sont cumulatives, cf. TF 2C_253/2012 du 11 janvier 2013, cons. 3.1. ; ATF 137 II 345 ; 136 II 113 cons. 3.3.3.

⁶⁴⁷ La lettre b de l'art. 50 al. 1 LEtr est subsidiaire par rapport à la let. a, cf. ATF 138 II 393 cons. 3.1 ; 137 II 345 cons. 3.2.1. Les raisons personnelles majeures sont notamment données – et la poursuite du séjour est alors admise malgré la fin de l'union – lorsque l'époux ou le partenaire enregistré étranger est victime de violences de la part de son conjoint ou partenaire (ATF 138 II 229 cons. 3.2.1 ; 136 II 1 cons. 5.3.), lorsque la réintégration du partenaire étranger dans le pays de provenance est fortement compromise ou lorsque le mariage ou le partenariat enregistré a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux ou partenaires (art. 50 al. 2 LEtr).

⁶⁴⁸ Cf. ATF 138 II 393 cons. 3.3. Cette jurisprudence s'applique par analogie au partenaire enregistré étranger survivant. Pour plus de développements sur cet arrêt, cf. CHRISTEN, Décès et Jurisprudence. Pour un arrêt sur la question datant d'avant 2012, cf. notamment TF 2C_411/2010 du 9 novembre 2010, cons. 3.1.

⁶⁴⁹ Cf. art. 3 al. 2 Annexe I-ALCP pour savoir qui est considéré comme « membre de la famille ».

dissolution du vivant ou consécutive au décès du regroupant, s'ils exercent une activité lucrative (art. 4 ALCP et art. 6 annexe I-ALCP) ou s'ils remplissent les conditions pour pouvoir séjourner en Suisse sans exercer d'activité lucrative (art. 6 ALCP et art. 24 annexe I-ALCP). Pour connaître les conséquences de la dissolution de l'union sur le droit de séjour du conjoint et du partenaire enregistré d'un citoyen de l'Union européenne, c'est à la Directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 qu'il faut se référer⁶⁵⁰. Cette directive prévoit le maintien des droits des membres de la famille du citoyen européen après le décès de ce dernier ou son départ de l'État d'accueil (art. 12) ou encore en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de dissolution d'un partenariat enregistré (art. 13). Elle opère néanmoins une distinction entre le conjoint/le partenaire enregistré qui possède la nationalité d'un État membre de l'UE/AELE et celui qui ne l'a pas, et exige pour ce dernier la réalisation de conditions supplémentaires non imposées au regroupé européen⁶⁵¹.

14. Les effets patrimoniaux de la fin de la vie en couple

14.1. Généralités

Dans les faits, la vie commune d'un couple informel se différencie peu de celle d'un couple légalement formé. Au cours de leur union, les concubins unissent en principe leurs intérêts et parfois même leur patrimoine⁶⁵². La plupart des concubins conviennent d'un budget commun et font des dépenses communes pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Ils s'entendent sur la répartition des tâches, admettant éventuellement que l'un deux consacre son temps entièrement à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants, tandis que l'autre exerce une activité lucrative. Pendant la communauté de vie, les questions relatives à la titularité des biens ainsi qu'à la responsabilité des dettes contractées par l'un des membres du couple pour le compte de la communauté ne sont pas nécessairement discutées⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE et 93/96/CE. Pour plus de détails, cf. KADDOUS, *Partenaires*, en particulier p. 613 ss.

⁶⁵¹ Ces conditions varient selon que la dissolution est volontaire ou consécutive au décès du regroupant, cf. art. 13 § 2 en cas de dissolution du mariage et du partenariat enregistré du vivant des partenaires et art. 12 § 2 en cas de décès du regroupant.

⁶⁵² MARTY-SCHMIDT, p. 28 ; SCHWENZER, *Status*, p. 162.

⁶⁵³ GROSSEN/GUILLOD, p. 278.

380 Comme en témoigne la jurisprudence sur l'union libre, c'est essentiellement à la fin de l'union que surgissent les problèmes les plus délicats, en particulier lorsqu'il y a désaccord entre les ex-partenaires ou à l'égard de la succession de l'un d'eux⁶⁵⁴. En effet, le droit ne contient aucune disposition légale particulière ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des concubins à la fin de l'union et le régime légal des époux et des partenaires enregistrés ne saurait être, selon la jurisprudence et la doctrine, transposé aux concubins⁶⁵⁵.

381 Pour dépasser leurs éventuels différends, les personnes non mariées ou non enregistrées ont la faculté de passer, en aval ou au moment de la séparation, des conventions en vue d'établir un minimum de règles applicables à la fin de leurs rapports. Dans la pratique, il est toutefois rare de rencontrer de tels aménagements si bien que l'intervention des juges est souvent sollicitée⁶⁵⁶. Face à la multiplicité des cas, à la détresse matérielle de certains concubins et en raison des difficultés suscitées par l'absence d'une réglementation spécifique, nous verrons que les juges ont tenté de remédier aux conséquences parfois dramatiques de la désunion en basant leurs décisions sur les principes du droit ordinaire, en particulier sur les principes de liquidation de la société simple⁶⁵⁷.

382 Le chapitre qui suit est consacré à l'étude du sort des biens des membres du couple à la fin de l'union (§ 14.2.). Après une brève présentation sur le partage des patrimoines des concubins en l'absence et en présence d'engagements formalisés (§§ 14.2.1.1. et 14.2.1.2.), nous analyserons les caractéristiques du contrat de société simple et les conditions requises par les juges du Tribunal fédéral pour admettre l'application des règles de la société simple aux rapports entre concubins (§ 14.2.1.3.). Puis nous exposerons succinctement les principes généraux et les règles spéciales en matière de régimes matrimoniaux (§ 14.2.2.). Les développements du chapitre 14.2.3. concerneront les opérations de liquidation des rapports patrimoniaux des concubins formant une société simple. Il sera fait des observations comparatives avec les opérations de liquidation du régime de la participation aux acquêts, régime adopté par la grande majorité des couples. Précisons qu'aucune distinction ne sera faite suivant la cause de la dissolution. En effet, le partage des biens entre les concubins en cas de dissolution volontaire s'effectue de la même manière qu'en cas de dissolution consécutive au décès de l'un des membres du couple. Dans cette dernière hypothèse, des problèmes d'ordre successoral viennent toutefois s'ajouter.

⁶⁵⁴ COTTIER/CREVOISIER, p. 36 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 278 ; GUILLOD, Familles, N 176 ; NOIR-MASNATA, p. 29 ; PAPAUX-VAN-DELLEN, Modèles, p. 355.

⁶⁵⁵ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570 ; DUSSY, p. 46 ss ; MARTY-SCHMID, p. 42 ; SANDOZ, Union, p. 596.

⁶⁵⁶ Pour les raisons qui sous-tendent la rareté de tels aménagements, cf. LUKS DUBNO, p. 152 et *infra* § 18.2.

⁶⁵⁷ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570 ; 109 II 228, JdT 1984 I 482 ; RJN 1997 p. 129.

Nous nous intéresserons ensuite aux prétentions découlant des rapports de travail noués entre les membres du couple (§ 14.3.), à l'entretien post-union (§ 14.4.), au sort du logement commun (§ 14.5.), ainsi qu'aux effets de la désunion en droit des assurances sociales et privées (§ 14.6.) et en droit successoral (§ 14.7.), avant de clore cette troisième partie sur le sort des enfants mineurs suite à la fin de l'union du couple parental (§ 15.). Dans la mesure où les conséquences sont tantôt communes aux deux causes de dissolution tantôt différentes, nous distinguerons, sous forme de sous-chapitres, la dissolution du vivant du couple de la dissolution consécutive au décès de l'un des membres du couple. 383

14.2. Le partage des patrimoines

14.2.1. *Le partage des patrimoines des concubins*

14.2.1.1. *En présence d'engagements formalisés*

Pour pallier l'absence de règles spéciales sur le partage de leurs patrimoines à la fin de leur union, les concubins ont la faculté d'aménager leurs relations et de régler leurs rapports internes par le biais de contrats⁶⁵⁸. Le contenu de ces contrats ainsi que leur forme peuvent être choisis librement, le couple n'ayant pas à respecter d'autres règles impératives que celles du droit ordinaire⁶⁵⁹. 384

D'une manière générale, les contrats entre concubins peuvent avoir divers objectifs : définir les règles relatives aux domaines importants de la vie commune, organiser les effets de la séparation ou régler des problèmes plus spécifiques. Les deux premiers objectifs peuvent être atteints par le biais d'un contrat exprès de concubinage ou par un contrat de société simple. En effet, le contrat de concubinage permet aux concubins de régler non seulement les points importants de la vie commune du couple, mais aussi les aspects de la dissolution volontaire de l'union, comme par exemple l'entretien dû à l'un des concubins à la fin de la communauté, le sort du logement familial et l'attribution de la garde sur les enfants communs du couple. Quant au contrat 385

⁶⁵⁸ ATF 137 V 133 cons. 5.2 ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 62 ; DUSSY, p. 14 ; WOLF, Ehe, p. 158 s. Les concubins sont entièrement libres de le faire, ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570, cons. 4 ; TF 4D_124/2008 du 10 novembre 2008, cons. 4.1 ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 68 ss ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 ; FREIBURGHANUS-ARQUINT, p. 111 ; GLOOR, Zuteilung, p. 74 ; MARTY-SCHMID, p. 27 et 66. La validité des accords entre les partenaires de fait dans le domaine patrimonial en particulier est incontestée, GEISER, Geld, p. 888. Pour la doctrine suisse s'efforçant de conseiller aux concubins la conclusion de contrats, cf. DECURTINS, HAUSER, RIPPANN et VON FLÜE.

⁶⁵⁹ BONNETTI, p. 538 ; LUKS DUBNO, p. 153 ; PULVER, Union libre, p. 62. Pour les règles impératives, cf. notamment les articles 2 al. 2 CC, 27 CC, 19 et 20 CO. Le contrat peut être conclu expressément ou par actes concludants, BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 69 ; MARTY-SCHMID, p. 110 et 120 ss.

de société simple, il peut porter sur plusieurs domaines ou sur l'ensemble des relations entre concubins (cf. *infra* § 14.2.1.3.).

386 Les concubins ont également la faculté de conclure entre eux des contrats spécifiques pour régler certains aspects seulement de leur relation⁶⁶⁰. Pour ce faire, ils recourront aux dispositions du droit des obligations et des droits réels. À l'instar des époux et des partenaires enregistrés, les concubins ont la faculté de passer entre eux un contrat de travail (art. 319 ss CO), de bail (art. 253 ss CO), de prêt (art. 305 ss CO), d'entreprise (art. 363 ss CO) ou de mandat (art. 394 ss CO), de constituer une copropriété (art. 646 ss CC) ou une propriété commune sur certains biens (art. 652 ss CC), de créer une société simple en rapport avec l'achat d'un bien immobilier ou la constitution d'une entreprise (art. 530 ss CO), de créer des fondations (art. 80 ss CC) et des trusts (cf. CLaH-Trust), de se faire des donations entre vifs ou pour cause de mort (art. 239 ss CO), d'établir un inventaire de leurs biens ou de conclure un pacte successoral (art. 494 ss CC), etc.

387 Les effets de ces contrats découlent de l'acte même ; la liquidation du rapport juridique concerné peut ou peut ne pas coïncider avec le moment de la dissolution de l'union⁶⁶¹.

14.2.1.2. En l'absence de tout engagement formel

388 La question est de savoir comment sont liquidés les acquisitions, les économies et les dettes des concubins à la fin de l'union en l'absence de tout engagement formel. D'une manière générale, l'entrée en union libre ne modifie pas la situation concernant la propriété des biens des concubins (cf. *supra* § 8.1., N 142 ss)⁶⁶². Il s'ensuit qu'au moment où la vie commune prend fin, chacun des concubins – ou ses héritiers – est toujours propriétaire de ses biens et les récupère. Ces biens sont notamment ceux que chacun des concubins possédait lors de l'entrée en concubinage, ceux qui lui ont été donnés pendant la durée de l'union, ceux dont il a hérités et ceux qu'il a acquis en son nom et par ses moyens personnels au cours de la vie commune⁶⁶³.

389 À défaut de régime juridique prédéfini et d'accords contractuels passés entre les concubins, la preuve de la propriété sur les biens ressort exclusivement des règles ordinaires des droits réels, en particulier des dispositions concernant la propriété individuelle (art. 642 et 930 CC), la

⁶⁶⁰ GROSSEN/GUILLOD, p. 275 ; PULVER, Union libre, p. 62.

⁶⁶¹ HERZ/WALPEN, N 24 ; PULVER, Union libre, p. 62.

⁶⁶² AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 14 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 277 et 288 ; MARTY-SCHMIDT, p. 4 et 29 ; PULVER, Union libre, p. 63 ; SCHWENZER, Status, p. 174.

⁶⁶³ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 58 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 288 ; MARTY-SCHMIDT, p. 42 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 356.

copropriété (art. 646 ss CC) et la propriété commune (art. 652 ss CC)⁶⁶⁴. Rappelons qu'il n'est pas question d'appliquer les règles du droit matrimonial ni directement ni par analogie aux concubins⁶⁶⁵.

En cas de désaccord sur la titularité d'un bien, les partenaires peuvent s'en remettre au juge. En l'absence de convention permettant de liquider globalement le patrimoine des concubins, le juge se prononcera isolément sur le sort de chacun des biens du couple et établira, selon les règles ordinaires du droit réel, si le bien appartient exclusivement à l'un ou à l'autre des concubins ou s'il leur appartient en commun⁶⁶⁶. 390

Le juge peut alors se trouver confronté à des difficultés considérables en matière de preuve. En effet, il se révèle souvent difficile de déterminer le propriétaire d'un bien, d'une part parce que le ménage commun des concubins peut avoir des incidences sur la maîtrise effective de certains biens, d'autre part parce que l'examen doit parfois être fait plusieurs années après l'acquisition des biens ou même la séparation du couple⁶⁶⁷. Pour faciliter cette preuve, le Code civil pose certaines présomptions ; le concubin qui possède une chose mobilière en est présumé propriétaire (art. 930 al. 1 CC). Si, en revanche, la chose est possédée en commun par les concubins et si aucun d'eux ne parvient à prouver son droit de propriété exclusif sur la chose, celle-ci est présumée appartenir en copropriété aux concubins (art. 930 al. 1 et 646 al. 1 CC)⁶⁶⁸. 391

En vertu des règles sur la propriété collective (art. 646 ss et 652 ss CC), le juge ne peut conclure à une propriété commune des concubins sur un bien que si cette forme de propriété a été constituée en vertu de la loi ou d'un contrat (art. 652 al. 1 CC). Comme nous le verrons au chapitre 14.2.1.3., le Tribunal fédéral applique parfois, en particulier lors de la liquidation des rapports patrimoniaux, les règles de la société simple pour les biens acquis en commun. Dans les autres cas, c'est la copropriété qui est présumée (art. 646 al. 1 CC)⁶⁶⁹. 392

Les choses qui appartiennent aux concubins en propriété commune ou en copropriété sont partagées selon l'art. 651 CC⁶⁷⁰. Aux termes de l'alinéa 2 de l'art. 651 CC, si les concubins ne s'entendent pas sur le mode de partage, 393

⁶⁶⁴ ATF 108 II 204 cons. 3a, JdT 1982 I 570 ; AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 14 ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 74 ; HERZ/WALPEN, N 25 ; CHK-NAGELI/GUYER, p. 343 N 7 ; PULVER, Union libre, p. 63.

⁶⁶⁵ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570 ; DUSSY, p. 46 ss ; GROSSEN/GUILLOD, p. 277 ; MARTY-SCHMID, p. 42 ; MÜLLER-FREIENFELS, Tendenzen, p. 63 ; PULVER, Union libre, p. 65.

⁶⁶⁶ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 14 ; CHK-Nageli/Guyer, p. 343 N 7.

⁶⁶⁷ GROSSEN/GUILLOD, p. 289 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 357 et réf. cit.

⁶⁶⁸ Dans ce sens : BÜCHLER/VETTERLI, p. 177 ; DUSSY, p. 29 s. ; BK-STARK, art. 930 CC N 12. C'est l'inscription au registre foncier qui indique le titulaire d'un bien immobilier (art. 937 al. 1 et 971 al. 1 CC).

⁶⁶⁹ CHK-GRAHAM-SIEGENTHALER, art. 646 CC N 2.

⁶⁷⁰ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 74 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 289 ; MESSMER, p. 59 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 357.

le juge a la faculté d'ordonner soit le partage en nature soit, si la chose ne peut être divisée sans diminution notable de sa valeur, la vente aux enchères publiques ou entre les copropriétaires⁶⁷¹.

394 En résumé, en l'absence de disposition contractuelle, le sort des biens des concubins est régi par les règles ordinaires des droits réels ; chaque concubin récupère ses biens, en nature ou en valeur, à la dissolution de l'union et les biens acquis en commun sont partagés selon les règles de la copropriété⁶⁷². La situation patrimoniale des concubins à la dissolution de l'union est similaire à celle des personnes mariées sous le régime de la séparation de biens (cf. *infra* N 447)⁶⁷³.

395 Pour clarifier les questions liées à la preuve de la propriété des biens et, en ce sens, favoriser le règlement du partage des biens entre les concubins en cas de désunion, il est fortement conseillé aux concubins de conclure une convention ou d'établir un inventaire de leurs biens au début de la vie commune⁶⁷⁴. Les conventions peuvent porter sur une chose en particulier ou sur un domaine déterminé. Elles peuvent confirmer la propriété individuelle d'un partenaire sur un bien ou créer une copropriété ou une propriété en main commune. Quant à l'inventaire, il permet aux concubins de déterminer par écrit les biens qu'ils leur sont personnels et ceux qui leur sont communs. Il est cependant recommandé de l'actualiser régulièrement pour être pleinement utile à la fin d'une union de longue durée. Ces deux instruments ont aussi l'avantage d'éviter qu'en cas de poursuites contre l'un des concubins les biens de l'autre soient saisis⁶⁷⁵.

14.2.1.3. *Le palliatif trouvé par la jurisprudence : l'union libre en tant que contrat de société simple*

396 Les juges ont essayé de trouver des constructions juridiques permettant de résoudre les problèmes liés au partage des biens des concubins à la fin de l'union⁶⁷⁶. Aussi ont-ils eu recours, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, aux principes de la société simple⁶⁷⁷. Notons que si la jurisprudence qualifie parfois le concubinage de contrat de société simple en l'absence de convention, certains auteurs considèrent, à l'inverse, qu'il faut y voir un

⁶⁷¹ TF 5A_62/2015 du 28 avril 2015, cons. 2.3.

⁶⁷² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.35 ; HERZ/WALPEN, N 25 ; WERRO, Concubinage, N 158.

⁶⁷³ GABELLON, p. 58.

⁶⁷⁴ FAVRE, Concubinage, p. 159 ; GABELLON, p. 59 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.36 ; HAUSER, p. 61 s.

⁶⁷⁵ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 71 ; FAVRE, Concubinage, p. 159 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.36 ; HAUSER, p. 61 s. ; LUKS DUBNO, p. 153.

⁶⁷⁶ GROSSEN/GUILLOD, p. 289 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 359.

⁶⁷⁷ Cf. essentiellement ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570 ; 109 II 228, JdT 1984 I 482 ; RJN 1997 p. 129 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 ss ; GEISER, Konkubinats, p. 91 ss ; NOIR-MASNATA, p. 33 ss.

contrat *sui generis* ou un contrat innomé de durée⁶⁷⁸. Le juge applique alors les règles les plus appropriées en fonction des circonstances concrètes du cas.

Aux termes de l'art. 530 al. 1^{er} CO, la société simple se définit comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts en vue d'atteindre un but commun ». Cette définition fait apparaître trois éléments essentiels. 397

Premièrement, la société simple est un contrat, c'est-à-dire qu'elle repose sur un accord de volonté, lequel n'est soumis à aucune forme particulière (art. 11 CO)⁶⁷⁹. En effet, la conclusion d'un contrat de société simple ne doit pas nécessairement être constatée dans un acte écrit ; il « peut être conclu, selon la volonté des parties, en la forme écrite, authentique ou sous seing privé, oralement ou même par actes concluants. Dans ce dernier cas [...] c'est le comportement des parties qui manifeste leur commune intention d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun »⁶⁸⁰. 398

Deuxièmement, les associés doivent poursuivre un but qui leur est commun. N'importe quel but est admis. Il peut être économique, tel que l'exploitation d'une entreprise par les concubins, ou idéal, comme par exemple la vie commune⁶⁸¹. Son objet ne doit être ni impossible, ni illicite, ni contraire aux mœurs (art. 20 CO) et son étendue doit respecter l'interdiction des engagements excessifs (art. 27 CC)⁶⁸². Les associés doivent avoir la volonté de collaborer à la réalisation du but⁶⁸³. À ce propos, les termes d'*animus societatis* ou d'*affectio societatis* sont employés. En d'autres termes, « la société simple se caractérise par l'existence d'un « *animus societatis* », soit d'une volonté de mettre en commun des biens, ressources ou activités en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de l'entreprise »⁶⁸⁴. 399

Troisièmement, les associés doivent s'engager à effectuer des apports en vue de la réalisation du but commun⁶⁸⁵. Ces apports peuvent « consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie »⁶⁸⁶. Il peut s'agir d'un 400

⁶⁷⁸ Dans ce sens : AEBI-MÜLLER/LADINA WIDMER, p. 15 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.10 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 675.

⁶⁷⁹ BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 270 ss ; GENNA, p. 27 ; MILANI/SCHÜRCH, p. 299 ; TERCIER/FAVRE, N 7529.

⁶⁸⁰ RECORDON/MANGEAT, I, p. 9. Cf. aussi ATF 116 II 707 cons. 2a ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 432 BSK OR II-HANDSCHIN, art. 530 CO N 1 ; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 530 CO N 4.

⁶⁸¹ ATF 137 III 455 cons. 3.1 ; ENGEL, p. 700 ; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 530 CO N 28 ; TERCIER/FAVRE, N 7462 et 7483 ; THURNHERR, p. 82.

⁶⁸² CR CO II-CHAIX, art. 530 CO N 7 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 108.

⁶⁸³ RECORDON/MANGEAT, I, p. 4 et 20.

⁶⁸⁴ ATF 99 II 303 ss, JdT 1974 I 383 ss, SJ 1974, p. 324 ss.

⁶⁸⁵ ATF 137 III 455 cons. 3.1.

⁶⁸⁶ Cette énumération n'est pas exhaustive, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 531 CO N 11.

avantage quelconque, tant matériel qu'immatériel⁶⁸⁷. Il n'est pas nécessaire que ces apports soient égaux, en nature ou en valeur (art. 531 al. 2 CO)⁶⁸⁸.

401 La jurisprudence admet que la société formée par des concubins puisse l'avoir été sans même que les parties en aient eu conscience⁶⁸⁹. Elle a en revanche toujours refusé que le fait même de la vie commune puisse être considéré *ipso facto* comme un contrat de société simple⁶⁹⁰. Savoir si l'union libre est constitutive d'un contrat de société simple n'est jamais décidé *in abstracto*, mais au cas par cas⁶⁹¹. Se pose donc la question de savoir quels sont les indices sur lesquels se fondent les tribunaux pour admettre l'existence d'un tel contrat entre les partenaires de fait.

402 D'une manière générale, le Tribunal fédéral juge qu'il y a lieu d'établir, dans chaque cas particulier, la volonté réelle des parties et, à défaut, d'interpréter leur comportement selon la théorie de la confiance (art. 18 CO) pour décider si les règles régissant la liquidation de la société simple peuvent s'appliquer à la dissolution de l'union⁶⁹². Seul le comportement objectif des parties au cours de la période considérée peut permettre de conclure à l'existence ou non d'un contrat de société simple entre les concubins⁶⁹³.

403 Ce chapitre a pour but d'analyser quelques jurisprudences importantes qui ont été rendues à ce jour en matière de société simple entre concubins et d'examiner les conditions requises par les juges fédéraux pour admettre l'application des règles spécifiques aux rapports entre concubins.

404 Nous distinguerons les affaires soumises au Tribunal fédéral en fonction du but social envisagé par les concubins⁶⁹⁴. En effet, l'existence et la validité

⁶⁸⁷ TERCIER/FAVRE, N 7454. L'apport de l'associé peut porter sur des espèces, des biens, des droits ou une activité, CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 3 ss ; RECORDON/MANGEAT, I, p. 15.

⁶⁸⁸ ATF 137 III 455 cons. 3.1 ; TF 4A_352/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3.1 ; 4A_509/2010 du 11 mars 2011.

⁶⁸⁹ ATF 108 II 204 cons. 4, JdT 1982 I 570 ; 116 II 707 cons. 1b, JdT 1991 357 ; 124 III 363 cons. 2a, JdT 1999 I 402 ; TF 4C_195/2006 du 12 octobre 2007, cons. 2.1 et 4A_21/2011 du 4 avril 2011, cons. 3.1, publié *in* : SJ 2011 p. 481 ; CR CO II-CHAIX, art. 530 CO N 2 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 37 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 438 ; BSK-HANDSCHIN, art. 530 CO N 17 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 62 et 63 et § 12 N 77 ; NOIR-MASNATA, p. 34 ; MARTY-SCHMIDT, p. 177 ; RECORDON/MANGEAT, I, p. 30. La doctrine utilise parfois le terme de « société de fait ». Cette société est définie comme étant celle que forment deux ou plusieurs personnes qui se comportent comme des associés, sans pour autant avoir constitué une société officiellement, CR CO II-CHAIX, art. 530 CO N 25 et réf. cit. ; RECORDON/MANGEAT, I, p. 30. Pour des détails sur cette terminologie, cf. HEMMELER.

⁶⁹⁰ ATF 108 II 204 cons. 4a, JdT 1982 I 570 ; TF 4C_195/2006 du 12 octobre 2007, cons. 2.4.1. Dans le même sens : AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 11 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 s. ; GEISER, Lebensgemeinschaft, p. 54 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 292 ; HOHL, Liquidation, p. 27 ; MARTY-SCHMIDT, p. 402 ; MESSMER, p. 63 ; PULVER, Union libre, p. 34. *Contra* : BRON, Conséquences, p. 84 et COHEN, p. 340.

⁶⁹¹ ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482 cons. 2b ; 108 II 204, JdT 1982 I 570, cons. 4a ; Dussy, p. 77.

⁶⁹² ATF 108 II 204 cons. 4a, JdT 1982 I 570 ; 132 III 626 cons. 3.1 ; TF 4C_195/2006 du 12 octobre 2007, cons. 2.1 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 107.

⁶⁹³ CR CO I-CHAIX, art. 530 CO N 3 et réf. cit.

⁶⁹⁴ MARTY-SCHMIDT, p. 5 et p. 170 ss.

d'un contrat de société simple sont examinées différemment par les juges selon que la société a été formée en vue d'assurer la satisfaction des besoins communs dans le cadre du ménage (1), en vue de l'exploitation en commun d'une entreprise ou de la collaboration professionnelle (2) ou en vue de régler certains aspects particuliers de l'union libre (3).

(1) La société formée en vue d'assurer la satisfaction des besoins communs dans le cadre du ménage. C'est dans un arrêt rendu le 8 juin 1982 que notre Cour suprême reconnaît pour la première fois que les rapports liant deux concubins peuvent être qualifiés de ceux d'une société simple⁶⁹⁵. Dans l'affaire en question, le couple avait vécu en concubinage de 1971 à 1976. Le concubin, qui travaillait à l'étranger, rentrait une fois tous les deux mois dans l'appartement qu'il louait avec sa compagne. Il donnait à cette dernière le pouvoir d'encaisser tous ses salaires et d'y prélever les montants nécessaires à sa contribution aux dépenses du ménage commun et au remboursement de ses dettes personnelles. À la dissolution de leur union, une dette d'impôt de CHF 10'070.- restait impayée et le sort d'un montant de CHF 20'000.- demeurait incertain. Monsieur intentait alors une action contre Madame en paiement de CHF 30'000.-. Le Tribunal fédéral concluait à l'application des règles de la société simple, et non pas à celles du mandat, retenant essentiellement deux faits : premièrement, le couple louait l'appartement en commun ; deuxièmement, les concubins payaient ensemble les frais du ménage sans avoir conclu de convention précise à ce sujet⁶⁹⁶. En application des règles de la société simple, le montant relatif à la dette d'impôt devait être considéré comme un déficit de la société et être partagé entre les concubins à parts égales.

Dans un arrêt non publié du 17 janvier 2008, le Tribunal fédéral a jugé de la situation patrimoniale d'un couple de concubins ayant vécu ensemble pendant près de dix-sept ans⁶⁹⁷. Dans cette affaire, Madame avait cessé d'exercer sa profession après le début de l'union pour s'occuper de l'enfant commun. Quant à Monsieur, il avait généré à lui seul les moyens financiers nécessaires à la satisfaction des besoins de la famille et avait mis à disposition le logement ainsi que le mobilier de ménage.

Le Tribunal fédéral a relevé que la capacité de Monsieur à générer ses revenus n'avait pas été favorisée par Madame ; celle-ci n'avait ni participé aux activités lucratives de son compagnon, ni même contribué à la tenue du ménage. Étant donné que Monsieur avait financé l'entier de la vie commune et des tâches ménagères, sans que Madame n'y participe, le Tribunal fédéral a estimé que la fortune accumulée par Monsieur grâce à ses revenus n'avait

⁶⁹⁵ Cf. ATF 108 II 204 cons. 4a, JdT 1982 I 570. Selon le TF, les prétentions patrimoniales des concubins à la fin de l'union peuvent avoir leur source dans différents secteurs du droit.

⁶⁹⁶ Pour un commentaire sur cet arrêt, cf. MARTY-SCHMID, p. 256 ss ; MEIER-HAYOZ.

⁶⁹⁷ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, publié in : SJ 2008 I, p. 329.

aucun rapport avec la communauté. Selon les juges, elle devait rester en dehors de la société simple, c'est-à-dire ne pas entrer dans le patrimoine social de la société, et n'avait donc pas à être partagée entre les concubins. Les juges ont considéré en outre que la société des parties ne s'étendait pas non plus au logement et à l'acquisition des objets mobiliers garnissant le logement familial. Le concubin les avait achetés avec ses propres deniers et n'avait apporté que l'usage de ces objets (*quoad usum*). À la dissolution de l'union, il pouvait par conséquent reprendre l'immeuble qu'il avait affecté au logement de la famille et les objets mobiliers dont il était resté propriétaire⁶⁹⁸.

409 En résumé, l'existence d'une société simple formée en vue de l'organisation du ménage est admise généralement aux deux conditions suivantes : s'il apparaît que chaque concubin a une véritable volonté de soumettre sa propre situation juridique à un but commun, à savoir l'organisation patrimoniale du ménage commun, et si les partenaires ont uni tout ou partie de leurs ressources pour atteindre ce but. Tel est en principe le cas lorsque les concubins ont créé une communauté économique avec caisse commune à laquelle tous les deux contribuent par des prestations financières ou du travail⁶⁹⁹. La simple communauté de vie, même si elle est d'une longue durée, ne suffit pas d'elle-même à admettre l'existence d'un contrat de société simple entre les partenaires⁷⁰⁰.

410 **(2) La société formée aux fins de l'exploitation en commun d'une entreprise ou de la collaboration professionnelle.** Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'aborder la question dans une première décision rendue le 28 juin 1983⁷⁰¹. Les faits étaient les suivants : le couple avait vécu en union libre de 1969 à 1977. La concubine rendait certains services dans la pension de son compagnon. En 1975, cette pension était transformée en hôtel. Le concubin confiait alors la gérance de son hôtel à sa compagne, stipulant une indemnité mensuelle de CHF 2'800.-. Les concubins se séparaient deux ans plus tard. En 1979, Madame ouvrait une action en paiement des sommes convenues qui ne lui avaient pas été payées, fondant sa demande sur l'art. 320 al. 2 CO.

411 Dans l'affaire en cause, le Tribunal fédéral n'a non pas appliqué les règles du contrat de travail, mais celles relatives à la liquidation d'une société simple. Il rappelle que « le droit de la société simple régit les relations économiques des amants dans la mesure seulement où elles sont en rapport avec leur union »⁷⁰². En l'espèce, il a estimé que l'activité de Madame dans l'hôtel de

⁶⁹⁸ TF 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, cons. 6, publié *in* : SJ 2008 I, p. 329.

⁶⁹⁹ ATF 108 II 204 cons. 4, JdT 1982 I 570 ; TF 4C.195/2006 du 12 octobre 2007 ; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 80 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 s. ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.04 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N 19.05.

⁷⁰⁰ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 11 ; DUSSY, p. 73 ; PULVER, Union libre, p. 34 s.

⁷⁰¹ ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482, rés. *in* : SJ 1984, p. 238.

⁷⁰² ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, rés. *in* : SJ 1984, p. 238.

Monsieur était inséparable de la communauté de vie qu'elle menait avec ce dernier et que leur « union n'avait pas pour seul objet de faire face aux besoins du ménage commun »⁷⁰³. Le fait d'avoir conclu une assurance-vie de CHF 100'000.- en faveur de Madame et acquis une maison en Floride qui devait revenir à celle-ci au décès de Monsieur démontrait cela. Le couple s'était donc uni en vue d'une communauté de vie complète si bien que l'activité de Madame dans l'hôtel de Monsieur ne sortait pas de ce cadre. Partant, le Tribunal fédéral a conclu à l'application des règles de la société simple à toute l'union et renvoyé l'affaire à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau.

La constitution tacite d'une société simple par deux concubins en vue de l'exploitation en commun d'une entreprise a été admise dans un arrêt non publié rendu le 17 août 2010⁷⁰⁴. Dans le cas d'espèce, le couple avait vécu en union libre de 1993 à 1996. Dès leur entrée en ménage, les deux concubins s'étaient associés pour reprendre une boulangerie-pâtisserie. Le couple se séparait en 1996, mais continuait à collaborer professionnellement jusqu'en 2002, date à laquelle Monsieur licenciait Madame. Le 1^{er} avril 2004, cette dernière ouvrait action contre son ex-compagnon afin qu'il soit condamné à lui payer une indemnité de sortie d'une société simple. 412

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que les parties formaient une société simple pour les motifs suivants : premièrement, les concubins avaient accompli à deux toutes les démarches pour reprendre la boulangerie-pâtisserie ; ils avaient conclu un contrat de bail pour les locaux, pris les crédits nécessaires et acquis le matériel d'exploitation. Deuxièmement, la concubine avait pris des cours de cafetier-restaurateur et mis à disposition sa patente pour le tea-room. Troisièmement, chacun d'eux travaillait dans le commerce ; Madame dirigeait la vente, tandis que Monsieur s'occupait de la fabrication. En outre, les noms des deux parties étaient écrits sur la carte de visite du commerce. Puis, finalement, lorsque leur relation s'était détériorée, le couple avait mandaté ensemble une tierce personne afin que celle-ci organise la vente du commerce. Tous ces indices démontraient qu'il fallait pencher plutôt vers l'admission d'un contrat de société simple sur le commerce. Le fait que Madame ait été mise au bénéfice d'un contrat de travail n'empêchait pas au demeurant d'admettre l'existence d'un tel contrat. 413

(3) La société formée en vue de régler certains aspects particuliers de l'union libre. D'une manière générale, notre Haute Cour reconnaît que certaines acquisitions peuvent faire l'objet d'un contrat de société simple⁷⁰⁵. Dans un 414

⁷⁰³ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, rés. *in* : SJ 1984, p. 238.

⁷⁰⁴ TF 4A_320/2010 du 17 août 2010.

⁷⁰⁵ Le TF a admis l'application des règles de la société simple lorsque, par exemple, des époux achètent un immeuble en propriété commune (cf. ATF 127 III 46 cons. 3b, JdT 2000 103) ou construisent un immeuble en commun (cf. ATF 134 III 597 cons. 3.2). Cf. aussi ATF 116 II 707 cons. 2a, JdT 1991 I 357 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 687 ; WERRO, Concubinage, N 137 s.

arrêt du 19 décembre 2007, notre Cour suprême a eu l'occasion d'aborder la question de savoir si deux concubins ont la faculté de conclure un contrat de société simple en vue de régler certains aspects déterminés de l'union libre⁷⁰⁶. Les faits de la cause étaient les suivants : le couple avait vécu ensemble de l'été 1985 jusqu'à la fin de l'année 1994. En 1993, il acquerrait une maison en France, laquelle était mise au nom de la concubine. Le concubin avait financé une partie de la maison. Il avait en outre payé plusieurs travaux de rénovation et d'entretien sur ladite maison. En 1996, il déposait une requête concluant à ce que son ex-compagne soit condamnée à lui verser la somme de FFR 1'225'000.-. Il affirmait que les fonds investis pour l'achat de la maison et pour les travaux de rénovation et d'entretien constituaient un prêt en faveur de son ex-compagne. Celle-ci soutenait au contraire que le montant investi dans l'acquisition de la maison était une donation et qu'il n'y avait pas lieu de rembourser à son ex-compagnon les frais engagés pour les travaux étant donné que lesdits travaux avaient été faits sans son consentement et avaient été complètement inutiles.

⁴¹⁵ Le Tribunal fédéral débute son jugement par quelques considérations d'ordre général. Il rappelle qu'en cas de vie commune de deux personnes, il faut examiner dans chaque cas particulier si les circonstances concrètes permettent l'application des règles de la société simple et si oui, dans quelle mesure⁷⁰⁷. Il confirme sa jurisprudence précédente en soulignant premièrement qu'il est possible que des relations de concubinage dans lesquelles les personnes conservent une forte indépendance ne permettent pas d'admettre l'existence d'une société simple⁷⁰⁸. Et deuxièmement qu'il ne peut y avoir poursuite d'un but commun avec des efforts ou des moyens communs que s'il y existe une volonté de subordonner sa propre situation à un but commun pour fournir de cette manière une contribution à la communauté. Il précise que le droit des sociétés n'est applicable aux relations économiques entre concubins que si celles-ci présentent un lien avec la communauté. Le Tribunal fédéral ajoute que les rapports de la société ne doivent pas nécessairement être établis sur une longue durée et que son but peut consister en la conclusion en commun d'une affaire d'acquisition ou de vente. Dans le cas présent, notre Cour suprême a estimé que le montant investi par le concubin pour l'achat de la maison ne reposait ni sur un prêt ni sur une donation⁷⁰⁹, mais sur un contrat de société simple avec pour but l'acquisition conjointe d'une maison. Quant aux frais engagés pour les travaux de rénovation et d'entretien, le concubin devait recevoir un dédommagement sur la base de l'art. 402 al. 1 CO qui concerne le mandat.

⁷⁰⁶ TF 4A_383/2007 du 19 décembre 2007, publié *in* : FamPra.ch 2008, p. 720 ss.

⁷⁰⁷ TF 4A_383/2007 du 19 décembre 2007, cons. 4.4.1, publié *in* : FamPra.ch 2008, p. 720 ss.

⁷⁰⁸ Cf. ATF 108 II 204 cons. 4a, JdT 1982 I 570.

⁷⁰⁹ TF 4A_383/2007 du 19 décembre 2007, cons. 2.1, *in* : FamPra.ch 2008, p. 720 ss.

En résumé, en l'absence de convention particulière, la jurisprudence ne qualifie les relations juridiques entre concubins de contrat de société simple que si les partenaires s'engagent à poursuivre un but commun et à unir leurs efforts et leurs ressources pour atteindre ce but. Comme constaté, ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'existence d'un contrat de société simple a été admis : lorsque les partenaires unissent certaines de leurs ressources afin de couvrir les besoins engendrés par leur ménage, en présence d'une activité commerciale exercée en commun par les partenaires ou lorsque les concubins acquièrent un bien en commun (art. 652 ss CC). Il n'y a ainsi pas d'application des règles de la société simple lorsque les concubins ont conservé une indépendance l'un par rapport à l'autre pendant l'union, même si les moyens respectifs des concubins sont disproportionnés entre eux⁷¹⁰.

14.2.2. Le régime des biens des époux et des partenaires enregistrés

14.2.2.1. Remarques préliminaires

Le droit suisse soumet toutes les personnes mariées et liées par un partenariat enregistré à un régime de biens⁷¹¹. De manière générale, le « régime matrimonial » est constitué de dispositions légales ou conventionnelles qui règlent les rapports patrimoniaux entre les membres du couple. Comme évoqué au chapitre 8.1., le régime de biens décrit notamment la composition du patrimoine du couple, la propriété, la gestion, la jouissance et la disposition des biens des membres du couple, la responsabilité de chacun pour leurs dettes, ainsi que la répartition de ces dernières au niveau interne. Le régime des biens traite pour finir du partage des biens entre les époux et partenaires enregistrés à la fin de l'union⁷¹².

Le Code civil propose aux **personnes mariées** deux catégories de régime : un régime communautaire, dans lequel les biens appartiennent en grande partie aux deux époux, et un régime séparatiste, dans lequel les époux possèdent chacun un patrimoine personnel et où aucun patrimoine ne leur appartient en commun. Le régime de la communauté de biens peut être prévu sous plusieurs variantes : la communauté de biens universelle (art. 222 CC), la communauté d'acquêts (art. 223 CC) et les autres communautés réduites (art. 224 CC). Les régimes séparatistes sont les régimes de la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC) et de la séparation de biens (art. 247 à 251 CC).

⁷¹⁰ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570, cons. 4a ; TF 4A_482/2007 du 29 février 2008, cons. 1.4.

⁷¹¹ Il est important de souligner que la question de savoir si les partenaires sont soumis à un « régime partenarial ordinaire » est controversée en doctrine. Alors que certains auteurs répondent par la négative (cf. GRÜTTER/SUMMERMATTER, p. 457), d'autres estiment que l'idée d'un régime ordinaire est possible (cf. PICHONNAZ, Partenariat, p. 416).

⁷¹² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 753 ; GUILLOD, Familles, N 147 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 181 CC N 2 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 181 CC N 5 ; CR CC I-MOOSER, art. 181 CC N 2.

419 Les futurs époux ont la possibilité d’opter pour l’un de ces régimes⁷¹³. À défaut d’un tel choix, ils sont soumis d’office au régime de la participation aux acquêts à dater du jour de leur mariage (art. 181 CC)⁷¹⁴. Il s’agit là du régime légal ordinaire. En pratique, il apparaît que la majorité des couples sont soumis au régime légal ordinaire⁷¹⁵. Pendant toute la durée de leur mariage, les époux conservent la faculté de modifier leur régime matrimonial ou d’en changer, mais doivent respecter les règles légales en la matière (cf. art. 181 et 182 CC)⁷¹⁶. Précisons que le régime de la séparation de biens peut également être imposé aux époux par la loi ou par une décision judiciaire (art. 185 ss CC)⁷¹⁷.

420 Le choix offert aux **partenaires enregistrés** est différent. Même si la LPart ne le mentionne pas expressément, les partenaires enregistrés sont placés sous le régime de la séparation de biens dès l’enregistrement de leur partenariat (art. 18-24 LPart)⁷¹⁸. Ce régime a été choisi par le législateur suisse comme le régime ordinaire des partenaires enregistrés⁷¹⁹. Il a comme caractéristique de ne pas affecter les patrimoines de ces derniers ; chacun des partenaires reste propriétaire de ses biens. Il jouit seul d’un éventuel bénéfice réalisé durant le partenariat et ne doit pas le partager avec son partenaire à la dissolution du partenariat.

421 En vertu de l’art. 25 al. 1 LPart, les partenaires enregistrés ont néanmoins la possibilité de convenir d’une réglementation spéciale sur leurs biens « pour le cas de la dissolution du partenariat ». Selon le Message du Conseil fédéral, les partenaires ne sont toutefois pas autorisés à adopter un régime qui, durant

⁷¹³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 780.

⁷¹⁴ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 181 CC N 9. Pour une critique sur le régime de la participation aux acquêts, SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, N 276 et Ehegüterrecht, p. 791 ss.

⁷¹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 757.

⁷¹⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 11.09. Les régimes de la participation aux acquêts et de la communauté de biens peuvent être aménagés différemment par le biais d’un contrat de mariage. Le législateur a cependant établi un *numerus clausus* des variantes possibles, cf. pour le régime de la participation aux acquêts : art. 199 al. 1 et 2, 206, 216, 217 et 219 CC et pour le régime de la communauté de biens : art. 223 à 225, 239 et 241 al. 2 et 242 al. 3 CC. Sur les limites contractuelles des époux, cf. HAAS, Régimes, p. 261 ss. Il n’existe en revanche aucune possibilité de dérogation conventionnelle pour le régime de la séparation de biens, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1604 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 182 CC N 22.

⁷¹⁷ La séparation de biens est qualifiée de régime extraordinaire dans ce cas-là, tandis qu’il est qualifié de conventionnel lorsqu’il est adopté par le couple avant ou après la célébration du mariage, CR CC I-PILLER, Intro. art. 247-251 CC N 3 ss.

⁷¹⁸ BÜCHLER/VETTERLI, p. 164 ; FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, rem. prélim. art. 18-25 LPart N 2 ; MATEFI/LIATOWITSCH, p. 179 ; PICHONNAZ, Régime, N 12 ss, p. 344 ss ; WOLF/STEINER, p. 60 ss. Cette remarque est confirmée par le Message LPart, p. 1220.

⁷¹⁹ SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, N 680. Une partie de la doctrine refuse de retenir l’idée d’un régime partenarial ordinaire, cf. GRÜTTER/SUMMMATTER, p. 457. *Contra* : MONTINI, Gays, p. 51 ss ; STEINAUER, Successions, N 112 ; WOLF/STEINER, p. 60 ss. Pour les arguments invoqués en faveur de l’adoption du régime de la séparation de biens pour les couples homosexuels, cf. Message LPart, p. 1214. Pour une critique sur l’adoption du régime partenarial de la séparation de biens, cf. notamment HOCHL, p. 61 ; GREMPER, p. 484 ss ; PICHONNAZ, Régime, N 18 ss et Partenariat, p. 416 ; WOLF, Ehe, p. 165 ss.

leur partenariat, s'écarterait du statut des biens dans la séparation de biens⁷²⁰. Partant, les partenaires enregistrés ne peuvent pas convenir d'un régime de communauté de biens ; ce régime est réservé exclusivement aux époux. Certains auteurs estiment en revanche que les partenaires sont libres de prévoir le régime qui leur convient et donc y compris un régime de communauté de biens⁷²¹. Les partenaires ont en outre la faculté de se rapprocher du régime de la communauté de biens en créant une société simple entre eux, assortie de la copropriété ou de la propriété commune sur l'ensemble de leurs biens⁷²².

Lorsque les partenaires optent pour un partage de leurs biens selon les règles de la participation aux acquêts (art. 25 al. 1 *in fine* LPart, avec renvoi aux articles 196 à 219 CC), ils peuvent soit reprendre ce régime de manière intégrale soit choisir l'application de certaines règles seulement⁷²³. Ils ont également la faculté d'adapter le régime de la participation aux acquêts, en qualifiant plus largement les biens propres (art. 199 CC), en modifiant ou en supprimant la participation à la plus-value (art. 206 al. 3 CC) ou en modifiant le partage du bénéfice des acquêts (art. 216 CC) par exemple⁷²⁴.

Quoiqu'ils aient choisi de faire, la convention sur les biens ne doit pas « porter atteinte à la réserve des descendants de l'un ou l'autre des partenaires » conformément aux termes de l'art. 25 al. 2 LPart⁷²⁵. Elle peut être passée à n'importe quel moment et en la forme authentique, comme le contrat de mariage (art. 182 al. 1 et 184 CC)⁷²⁶. Précisons à ce propos que la forme authentique est exigée non seulement pour la conclusion du contrat, mais aussi pour la modification ou la suppression du contrat (art. 25 al. 3 LPart)⁷²⁷.

Il va de soi que rien n'empêche les époux et les partenaires enregistrés de recourir aux dispositions du droit des obligations et des droits réels et de conclure des contrats spécifiques pour régler certains aspects patrimoniaux de

⁷²⁰ Message LPart, p. 1220. De cet avis également : GRÜTTER/SUMMERMATTER, p. 462 ; WOLF/GENNA, Auswirkungen, p. 164.

⁷²¹ FamKom Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 18 LPart N 2 et art. 25 LPart N 22 ss ; FOUNTOLAKIS/GABELLON, p. 922 s. et 923 ss ; GEISER, Partnerschaftsgesetz, p. 8 ; GREMPER, p. 486 ; GUILLIOD, Familles, N 222 ; WOLF, Ehe, p. 164.

⁷²² FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 25 LPart N 6 ; PICHONNAZ, Régime, N 174, p. 396 ; WOLF/STEINER, p. 79 et 85.

⁷²³ FOUNTOLAKIS/GABELLON, p. 922 ; Message LPart, p. 1243-1244 ; PICHONNAZ, Régime, N 186, p. 396. *Contra* : GREMPER, p. 495.

⁷²⁴ PICHONNAZ, Régime, N 190, p. 398.

⁷²⁵ Pour plus de détails sur la protection de la réserve des descendants, PICHONNAZ, Régime, N 192 ss, p. 399 s.

⁷²⁶ Les exigences de forme de la convention sur les biens des partenaires enregistrés sont donc en tous points identiques à celles valant pour le contrat de mariage, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 797 ; Message LPart, p. 1220 ; WOLF/STEINER, p. 88 s.

⁷²⁷ Message LPart, p. 1244. L'art. 25 al. 3 LPart reprend l'art. 184 CC, PICHONNAZ, Régime, N 202, p. 402.

leur relation⁷²⁸. Ils peuvent conclure, par exemple, un contrat de travail (art. 319 ss CO), de bail (art. 253 ss CO), de prêt (art. 305 ss CO) ou d'entreprise (art. 363 ss CO), constituer une copropriété (art. 646 ss CC) ou une propriété commune (art. 652 ss CC) sur un ou plusieurs biens, se faire des donations entre vifs ou pour cause de mort (art. 239 ss CO), créer une société simple en rapport avec l'achat d'un bien immobilier ou la constitution d'une entreprise (art. 530 ss CO), créer des fondations (art. 80 ss CC) et des trusts, etc.⁷²⁹. Ces contrats sont régis par les dispositions du droit des obligations et des droits réels, à moins d'une réglementation spécifique du droit matrimonial⁷³⁰ ; les époux et les partenaires enregistrés sont obligés de respecter les règles régissant leur propre régime⁷³¹. Les contrats éventuellement conclus se superposent au régime déjà existant.

425 Ajoutons aussi que les conjoints et les partenaires enregistrés ont la faculté de soumettre leur régime à un droit étranger, plus précisément au droit de l'État dans lequel ils sont ou seront tous deux domiciliés ou le droit de l'État dont l'un des membres du couple a la nationalité (cf. art. 52 LDIP).

14.2.2.2. *Les régimes matrimoniaux*

426 Il s'agit, dans ce chapitre, de présenter de manière condensée la structure patrimoniale des trois régimes matrimoniaux ainsi que les règles relatives à la liquidation des régimes de la participation aux acquêts (art. 205 ss CC) et de la communauté de biens (art. 236 ss CC), la séparation de biens n'appelant pas de liquidation proprement dite⁷³².

427 D'une manière générale, la liquidation du régime comporte les opérations nécessaires à la détermination du patrimoine de chaque époux et au calcul du bénéfice éventuel. Elle se distingue de la dissolution, laquelle marque le moment auquel le régime prend fin et le moment auquel la composition des masses de chaque époux est arrêtée (art. 207 al. 1 et 236 al. 3 CC). La valeur des biens est estimée plus tard, au moment de la liquidation (art. 214 al. 1 et 240 CC). La liquidation du régime intervient à des moments différents selon la cause de la dissolution. Les causes de dissolution sont généralement le décès de l'un des conjoints, l'adoption d'un autre régime, le divorce, l'annulation du mariage, la séparation de corps ou la séparation de biens judiciaires (art. 204 et

⁷²⁸ S'agissant des partenaires enregistrés : cf. FamKom Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MATEFI, art. 25 LPart N 105 ; Message LPart, p. 1243. Concernant les époux : cf. art. 168 CC. Voir aussi : DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 237 ss ; FamKomm Scheidung/STECK, rem. pré. art. 196 à 220 CC N 2. En cas de dissolution de l'union et si ces accords s'inscrivent dans le cadre d'un régime de participation aux acquêts, ces accords devront être liquidés avant de procéder à la liquidation du régime, GUILLOD, Familles, N 181.

⁷²⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 242 et réf. cit. ; Message LPart, p. 1243.

⁷³⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 243a ss ; CR CC I-LEUBA, art. 168 CC N 1.

⁷³¹ Cf. par exemple, lorsque le couple est marié sous le régime de la participation aux acquêts, les articles 200, 201 al. 2, 205 al. 2 et 208 CC.

⁷³² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1626.

236 CC). Lorsque la cause de la dissolution est la mort de l'un des conjoints, la liquidation intervient au jour du décès. Dans les autres cas, la liquidation est forcément dissociée de la dissolution.

Précisons que les règles sur la liquidation du régime de la participation aux acquêts seront aussi décrites au chapitre 14.2.3., lorsqu'il s'agira de rapprocher la liquidation de la société simple avec celle du régime de la participation aux acquêts. 428

a) Le régime de la participation aux acquêts

Dans le régime de la participation aux acquêts, chacun des époux a dans son patrimoine deux masses de biens : les acquêts et les propres (art. 196 CC). Les acquêts sont la masse qui détermine le bénéfice que les époux doivent se partager à la fin du régime. Ils sont formés par tous les biens qui ne sont pas des biens propres, en particulier ceux que l'époux a acquis à titre onéreux pendant le régime (art. 197 al. 1 CC), les revenus de son activité professionnelle (art. 197 al. 2 ch. 1 CC), les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale (art. 197 al. 2 ch. 2 CC), les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail (art. 197 al. 2 ch. 3 CC), les revenus de ses biens propres (art. 197 al. 2 ch. 4 CC) et tout ce qu'un époux acquiert au moyen de ses acquêts (art. 197 al. 2 ch. 5 CC). Lorsque la preuve de la qualité de bien propre n'est pas apportée, le bien est présumé constituer un acquêt (art. 200 al. 3 CC). 429

La liste des biens propres de l'art. 198 CC est exhaustive⁷³³. Elle comprend les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel, les biens que le conjoint avait avant le régime ou qui lui échoient au cours du régime par succession ou à quelque autre titre gratuit, les créances en réparation d'un tort moral et tous les biens qu'un époux acquiert aux moyens de ses biens propres. Les époux peuvent transformer certains biens d'acquêts en biens propres, mais à des conditions très précises et moyennant la conclusion d'un contrat de mariage (art. 199 CC). Pour ce faire, deux moyens s'offrent à eux : le couple peut convenir que des acquêts « affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise » seront transformés en biens propres (art. 199 al. 1 CC) et créer une catégorie particulière de biens propres dont les revenus, en dérogation à l'art. 197 al. 2 ch. 4, n'entreront pas dans les acquêts, mais dans les biens propres (art. 199 al. 2 CC)⁷³⁴. Il est important de souligner que le régime de la participation aux acquêts permet aux époux de convertir des acquêts en biens propres, mais exclut la possibilité pour eux de 430

⁷³³ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 198 CC N 5 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 198 CC N 1.

⁷³⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 970 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 199 CC N 2. L'art. 199 al. 1 CC prévoit la possibilité de constituer des biens propres conventionnels au sens strict, tandis que l'art. 199 al. 2 CC prévoit la possibilité de constituer des biens propres réservés, CR CC I-STEINAUER, art. 199 CC N 1.

transformer des biens propres en acquêts⁷³⁵. Les biens propres se subdivisent donc en biens propres légaux, définis directement par la loi (art. 198 CC) et en biens propres conventionnels, découlant de la volonté des époux manifestée dans un contrat de mariage (art. 199 CC)⁷³⁶.

431 Chaque masse de biens comporte des actifs et des passifs. Le passif est formé des dettes à l'égard de l'autre conjoint (cf. art. 205 al. 3 CC et 206 al. 1 CC), de celles envers les tiers et des dettes de récompenses, c'est-à-dire des dettes que l'époux possède entre ses deux masses (art. 209 al. 1 et 3 CC). Du point de vue interne, ces dettes sont attribuées à la masse avec laquelle elles sont en rapport de connexité ou, dans le doute, aux acquêts (art. 209 al. 2 CC)⁷³⁷.

432 À la dissolution du régime, chaque époux reprend ses biens propres et ses acquêts. Chacun d'eux reste cependant débiteur envers l'autre d'un montant correspondant à la moitié du bénéfice de son compte acquêts (art. 215 al. 1 CC)⁷³⁸. Le Code civil ne prévoit pas de participation au déficit du compte acquêts de l'autre conjoint (art. 210 al. 2 CC). Lorsque le compte acquêts présente un solde positif, on emploie le terme de « bénéfice ». Le terme « bénéfice » est donc une notion purement arithmétique⁷³⁹. Lorsque le compte acquêts présente un solde négatif, on emploie le terme de « déficit ». La participation au bénéfice du compte acquêts de l'autre époux prend la forme d'une créance de nature pécuniaire ; les biens figurant dans le compte acquêts de chaque époux ne sont pas partagés matériellement⁷⁴⁰. Lorsque chaque époux détient contre l'autre une telle créance, ces deux créances sont compensées (art. 215 al. 2 CC).

433 En vertu de l'art. 216 al. 1 CC, les époux ont la possibilité de convenir d'une autre clé de répartition du bénéfice que celle par moitié fixée à l'art. 215 CC⁷⁴¹. Les modalités de cette répartition sont déterminées librement par les époux⁷⁴². La convention doit être passée sous la forme d'un contrat de mariage (art. 182 ss CC) et peut être assortie de conditions. En cas de divorce,

⁷³⁵ CR CC I-STEINAUER, art. 199 CC N 1.

⁷³⁶ Pour plus de détails sur l'art. 199 CC, cf. BADDELEY, *Entreprise* ; FAVRE, *Entreprise et FAVRE L., Possibilité*.

⁷³⁷ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 209 CC N 10 et 16 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 209 CC N 9 et 13.

⁷³⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 894 ; GUILLOD, *Familles*, N 202 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 215 CC N 8.

⁷³⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1296 et réf. cit.

⁷⁴⁰ Cf. ATF 100 II 71 cons. 2b et 2c rendu sous l'empire de l'union des biens. Cf. aussi ATF 135 III 585 cons. 2.5 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 215 CC N 13 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 215 CC N 2 et 10. Par contrat de mariage, les époux peuvent cependant convenir que certains objets déterminés seront attribués à l'un ou à l'autre des époux, BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 215 CC N 13 et réf. cit.

⁷⁴¹ Pour des exemples de clause pouvant figurer dans un contrat de mariage, cf. HAAS, *Régimes*, p. 258.

⁷⁴² Sur les modalités envisageables, cf. CR CC I-STEINAUER, art. 216 CC N 5 à 8.

d'annulation du mariage, de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaires, les dérogations au partage par moitiés prévues par le contrat de mariage ne s'appliquent pas, à moins que ledit contrat le prévoie expressément (art. 217 CC)⁷⁴³. Par ailleurs, les époux ne peuvent favoriser, par cette convention, le conjoint survivant au point de « porter atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants » (art. 216 al. 2 CC)⁷⁴⁴.

Le régime de la participation aux acquêts contient quatre règles spéciales, 434 permettant de déterminer et même d'ajuster les masses lors de la dissolution du régime. Il s'agit du remploi (art. 197 al. 2 ch. 5 et 198 ch. 4 CC), des récompenses (art. 209 CC), de la créance de plus-value entre les époux (art. 206 CC) et des réunions (art. 208 CC).

- **Le remploi.** En vertu des articles 197 al. 2 ch. 5 et 198 ch. 4 CC, les biens 435 acquis en remploi des acquêts sont des acquêts tandis que les biens acquis en remploi des biens propres sont des biens propres. Le remploi n'est finalement que le remplacement, dans une masse, d'une valeur par une autre⁷⁴⁵. Il est réalisé dès qu'un époux aliène l'un de ses biens pour acquérir en son propre nom un autre bien⁷⁴⁶. La subrogation patrimoniale dans la masse du bien sacrifié est admise aux trois conditions suivantes : le remplacement d'un bien par un autre ; un bien nouvellement acquis par l'époux qui était propriétaire du bien sacrifié ; un rapport de connexité entre l'aliénation du bien sacrifié et l'acquisition du nouveau bien⁷⁴⁷. La notion de remploi connaît une exception : lorsqu'un bien exclusivement affecté à l'usage personnel de l'un des époux est acquis au moyen des acquêts, ce bien est un bien propre de par la loi, mais les acquêts peuvent, dans certains cas, avoir une récompense variable (art. 209 CC)⁷⁴⁸.

- **Les récompenses fixes et variables (art. 209 CC).** Le Code civil qualifie de 436 « récompense » les créances existantes au sein du patrimoine d'un même époux entre la masse des acquêts et la masse des biens propres. Cette récompense peut être fixe (art. 209 al. 1 CC) ou variable (art. 209 al. 3 CC). Il y a récompense fixe lorsqu'une masse a payé une dette grevant l'autre masse⁷⁴⁹. Dans ce cas, la récompense est du même montant que la dette payée. Il y a récompense variable lorsqu'une masse a contribué à l'acquisition, à

⁷⁴³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 12.90 ; HEGNAUER/BREITSCHMID, Eherechts, N 26.76.

⁷⁴⁴ Pour plus de développements sur le sujet, cf. STEINAUER, Enfants communs et non communs.

⁷⁴⁵ Il s'agit du remploi en valeur, contrairement au remploi par affectation. Il importe donc peu que le bien de remplacement ait la même fonction que le bien remplacé, FamKomm Scheidung-STECK, art. 197 CC N 41.

⁷⁴⁶ GUILLOD, Familles, N 161.

⁷⁴⁷ Pour plus de précisions sur les conditions de la subrogation patrimoniale, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 934 ss pour le remploi de biens propres et N 1047 ss pour le remploi d'acquêts.

⁷⁴⁸ SANDOZ, Régimes, p. 18 ; CR CC I-STEINAUER, art. 197 CC N 23.

⁷⁴⁹ SANDOZ, Régimes, p. 19 ; CR CC I-STEINAUER, art. 209 CC N 13.

l'amélioration ou à la conservation d'un bien appartenant à l'autre masse et que ce bien a généré une plus-value ou subi une moins-value. La récompense de l'art. 209 al. 3 CC se distingue alors de celle de l'art. 209 al. 1 CC en ce qu'elle est proportionnelle à la contribution fournie et qu'elle se calcule sur la valeur du bien à la liquidation ou à l'époque de son aliénation⁷⁵⁰.

437 - **Les créances de plus-value entre époux (art. 206 CC).** Cette créance permet de palier le fait qu'un époux prête une somme d'argent à son conjoint, lui fournisse des biens ou lui rende des services, sans exiger de contrepartie. En agissant ainsi, cet époux peut effectivement se voir privé des avantages qu'il aurait obtenus s'il avait accompli le même acte avec des tiers. Calquée sur la récompense variable, la créance de plus-value se distingue néanmoins de cette dernière sur quatre points. Premièrement, la créance de plus-value concerne la relation entre les patrimoines des deux époux et non pas la relation patrimoniale entre les masses d'un même époux. Deuxièmement, cette créance peut varier en fonction de la plus-value prise par le bien, mais ne le peut en fonction de la moins-value subie par le bien. Ensuite, l'exigibilité et l'exécutabilité de la créance sont limitées à deux moments précis : à la liquidation du régime ou à l'aliénation du bien concerné. Et enfin, les conjoints peuvent déroger, en tout ou en partie, à l'art. 206 CC par convention écrite (art. 206 al. 3 CC)⁷⁵¹.

438 - **Les réunions (art. 208 et 220 CC).** Si le législateur permet à chacun des conjoints de disposer librement de ses acquêts, il a cependant voulu éviter que l'un d'eux puisse dilapider ses acquêts au détriment de son conjoint⁷⁵². L'art. 208 CC a donc été introduit pour permettre la réunion comptable aux actifs des acquêts de chacun des époux de la valeur de certains biens d'acquêts dont l'époux s'est défait pendant le régime sans le consentement de son conjoint. L'art. 208 CC concerne les biens d'acquêts dont l'époux a disposé par libéralités entre vifs dans les cinq ans avant la dissolution du régime, les cadeaux d'usage exceptés (ch. 1) et les biens d'acquêts aliénés pendant le régime, dans l'intention de compromettre le bénéfice du conjoint et ce, sans limite dans le temps (ch. 2)⁷⁵³. Dans les deux cas précités, la valeur à ajouter aux acquêts correspond à la valeur vénale du bien au jour de son aliénation (art. 211 et 214 al. 2 CC). Le bénéficiaire peut être recherché par le conjoint de l'époux qui a fait la libéralité sur la base de l'art. 220 CC, à condition que le patrimoine de l'époux débiteur de la créance en participation ne suffise pas à

⁷⁵⁰ Pour une étude détaillée des récompenses variables, cf. HAAS, Créances.

⁷⁵¹ ATF 131 III 252, JdT 2005 I 354. Pour plus de détails sur les conditions de l'art. 206 al. 1 CC, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1207 ss ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 12.77 ss ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 206 CC N 41 ss ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 206 CC N 29 ss. Pour plus de développements sur l'art. 206 CC, cf. aussi en particulier HAAS, Créances et GEYER, p. 73 ss.

⁷⁵² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1311 ; SANDOZ, Régimes, p. 21.

⁷⁵³ Le fardeau de la preuve appartient à l'époux qui se prévaut de l'art. 208 CC, SANDOZ, Régimes, p. 21.

couvrir celle-ci⁷⁵⁴.

Les différents mécanismes d'ajustement susmentionnés (cf. articles 197 al. 2 ch. 5, 198 ch. 4, 206, 208 et 209 CC) servent à déterminer le résultat des comptes (acquêts essentiellement) de chaque époux pour pouvoir procéder au partage de ce qui a été acquis par le couple pendant la durée de l'union. Comme nous l'avons vu, dans la mesure où il y a un bénéfice, chaque époux a droit à la moitié du bénéfice de l'autre (art. 215 al. 1 CC), à moins que, par contrat de mariage, ils n'aient modifié cette répartition (art. 216 al. 1 CC). L'objectif recherché par l'art. 215 al. 1 CC est donc très clair : permettre à chaque conjoint de prendre part, de manière égale, aux accroissements du patrimoine de l'autre. Un tel système atténue les conséquences parfois désastreuses de la dissolution de l'union car il permet au conjoint d'être en quelque sorte « récompensé » pour les investissements en services qu'il a effectués. En d'autres termes, l'époux qui, pendant le mariage, a renoncé à son emploi et à sa carrière pour se consacrer à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants se voit dédommagé pour les services rendus. Ce dédommagement n'est malheureusement pas automatique pour le concubin dans la même situation. Seule la conclusion d'une convention lui permettra d'arriver à un résultat similaire à celui obtenu par une personne mariée sous le régime de la participation aux acquêts.

b) Le régime de la communauté de biens

Régi par les articles 221 à 246 CC, le régime de la communauté avec ses multiples variantes se rencontre très rarement en pratique en raison de sa complexité, notamment par rapport à la responsabilité des époux pour les dettes envers les tiers⁷⁵⁵.

Ce régime comprend trois masses seulement : une masse de biens propres pour chacun des époux (art. 225 CC) et une masse unique de biens communs (art. 222 à 224 CC). Les biens communs appartiennent aux deux époux qui forment une collectivité en main commune (art. 652 à 654 CC). La loi laisse une importante marge de manœuvre aux époux pour définir, dans leur contrat de mariage, leurs biens propres et communs⁷⁵⁶. Dans leur contrat de mariage, les conjoints doivent préciser s'ils optent pour une communauté universelle (art. 222 al. 1 CC), dans quel cas les biens propres sont uniquement ceux énoncés à l'art. 225 al. 2 CC, pour une communauté réduite aux acquêts (art. 223 al. 1 CC), les propres étant ceux déterminés par le régime de la participation aux acquêts, ou pour une communauté restreinte (art. 224 CC). Dans ce dernier cas, les époux définissent librement la composition de leurs biens propres (art. 225 al. 1 CC). Ils peuvent exclure de la communauté certains

⁷⁵⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1393 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 220 CC N 2.

⁷⁵⁵ CR CC I-MEIER, art. 221 CC N 2 ; MONTAVON, p. 355.

⁷⁵⁶ CR CC I-MEIER, art. 221 CC N 7.

biens ou espèces de biens, tels que notamment le produit du travail, certains immeubles ou les biens servant à l'exercice de la profession ou à l'exploitation de l'entreprise d'un des époux (art. 224 al. 1 CC). Si la preuve de la qualité de bien propre n'est pas fournie, le bien est présumé commun (art. 226 CC).

442 À la dissolution du régime, la part de chaque époux aux biens communs diffère selon la cause de dissolution. En cas de décès de l'un des membres du couple, la communauté de biens « se partage par moitié entre les époux ou leurs héritiers » (art. 241 al. 1 CC). Chaque époux obtient des biens représentant la moitié de la valeur nette des biens communs⁷⁵⁷. Dans l'hypothèse du divorce, chaque époux reprend d'abord « ceux des biens communs qui auraient formé ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts » (art. 242 al. 1 CC). Ce n'est qu'une fois leurs biens propres récupérés que les époux peuvent ensuite se partager en principe par moitié les biens communs restants (art. 242 al. 1 et 2 CC)⁷⁵⁸. Comme dans le régime de la participation aux acquêts, le Code civil donne aux époux la possibilité de modifier, par contrat de mariage, le partage légal des biens communs (art. 241 al. 2 CC). Une telle convention ne peut porter atteinte à la réserve de tous les descendants des époux (art. 241 al. 3 CC) et ne s'appliquera pas en cas de divorce, de séparation de corps, de nullité du mariage ou de séparation de biens légale ou judiciaire, à moins que le contrat de mariage ne prévoie expressément le contraire (art. 242 al. 1 et 3 CC)⁷⁵⁹.

443 Comme le régime de la participation aux acquêts, le régime de la communauté de biens contient des règles spéciales permettant de déterminer précisément et d'ajuster la composition des biens communs et des biens propres lors de la dissolution du régime (art. 236 al. 3 CC). Il s'agit des règles relatives au remploi, aux récompenses et aux plus-values (art. 238 et 239 CC).

444 - **Le remploi.** Le système est le même que dans le régime de la participation aux acquêts. En effet, il y a remploi dans les biens communs lorsque les époux remplacent un bien commun par un autre bien. De même, il y a remploi automatique dans les biens propres lorsqu'un époux remplace, au moyen de ses biens propres, l'un de ceux-ci par un autre bien dont il acquiert la propriété. Il s'agit aussi de remploi en valeur exclusivement.

445 - **Les récompenses et les plus-values (art. 238 et 239 CC).** Comme dans le régime de la participation aux acquêts, chaque masse de biens du régime de la communauté comporte des actifs et des passifs. « Une dette grève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité ou, dans le doute, les biens communs » (art. 238 al. 2 CC). Il arrive qu'un époux utilise l'une de ses masses pour s'acquitter d'une dette grevant l'autre masse. Dans un tel cas, la masse

⁷⁵⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1579 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 241 CC N 7.

⁷⁵⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1585 ss.

⁷⁵⁹ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 242 CC N 15.

ayant payé la dette possède, contre l'autre masse, une récompense fixe, c'est-à-dire une créance équivalente au montant payé (art. 238 al. 1 CC). Dans l'hypothèse où la masse des biens propres ou celle des biens communs a été utilisée pour acquérir, améliorer ou conserver un bien appartenant à l'autre masse, la masse à laquelle le bien n'a pas été affecté possède une créance de plus-value contre l'autre masse. Cette créance peut varier ; elle augmente si le bien a pris de la valeur, mais ne diminue pas dans le cas contraire (art. 239 CC).

Le partage des biens communs dans le régime de la communauté peut être très large. Les partenaires enregistrés et les concubins ne sont pas autorisés à adopter un tel régime. Ils peuvent néanmoins s'en rapprocher en constituant une société simple (cf. art. 530 ss CO) dont l'avantage est de permettre aux associés de régler, comme ils l'entendent, le partage des bénéfices réalisés pendant l'union et même celui des plus-values. 446

c) Le régime de la séparation de biens

Régi par les articles 247 à 251 CC et 18 à 24 LPart, le régime de la séparation de biens n'appelle pas de liquidation à proprement parler⁷⁶⁰. Il s'agit du régime qui produit le moins d'effet sur le patrimoine des membres du couple⁷⁶¹. En effet, chaque époux reste maître de tout son patrimoine : chacun est l'unique détenteur de ses biens apportés en mariage, hérités ou acquis pendant le mariage, et le patrimoine des époux n'est pas divisé en masses de biens. Il s'ensuit qu'il n'y a ni dissociation d'acquêts et de biens propres, ni répartition des bénéfices, ni partage des biens communs. Chaque partenaire reprend ses biens à la dissolution de l'union sans avoir à partager la fortune qu'il a pu réaliser pendant le régime. 447

d) Le régime partenarial

Comme indiqué plus haut, les partenaires enregistrés sont soumis au régime de la séparation de biens à défaut de convention contraire. La LPart les autorise cependant à reprendre, de manière intégrale ou ponctuelle, les règles du régime de la participation aux acquêts, par une convention sur les biens conclue devant notaire (art. 25 al. 1 LPart). Si cette convention contient l'ensemble des articles 196 à 220 CC, chaque partenaire a droit, à la liquidation du régime, à la moitié de la valeur totale des acquêts (art. 215 al. 1 CC par analogie). Si les partenaires ont opté pour l'application de certaines règles seulement relatives au régime de la participation aux acquêts, le régime doit 448

⁷⁶⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1626. La question de savoir s'il y a lieu à liquidation du régime est controversée, cf. GUINAND, Séparation de biens, p. 90 ; HEGNAUER/BREITSCHMID, Eherechts, N 29.10 ; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, Das neue Ehe- und Erbrecht, N 2150. Sur les raisons d'un éventuel choix de la séparation de biens, cf. MOOSER, Séparation de biens, p. 125 ss.

⁷⁶¹ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, rem. prélim. art. 247-251 CC ; CR CC I-PILLER, Intro. art. 247-251 CC N 1.

être liquidé selon ces règles, et pour le reste selon les règles du régime de la séparation de biens.

449 Précisons que la LPart reprend largement la réglementation valant pour les époux mariés sous le régime de la séparation de biens ou renvoie expressément aux règles du régime de la participation aux acquêts (art. 25 LPart)⁷⁶². Les considérations faites *supra* au sujet de ces deux régimes s'appliquent donc *mutatis mutandis* aux partenaires enregistrés.

14.2.3. *La liquidation de la société simple en comparaison avec celle du régime matrimonial de la participation aux acquêts*

14.2.3.1. *Remarques préliminaires*

450 De façon générale, dès qu'une cause de dissolution est réalisée (cf. art. 545-546 CO), la **société simple** continue d'exister, mais avec pour unique but sa propre liquidation⁷⁶³. La dissolution ne suffit pas à mettre fin à la société simple. Encore faut-il liquider celle-ci.

451 Lorsque les concubins forment une société simple, la dissolution de l'union par la commune volonté des partenaires, par la volonté unilatérale ou par la mort de l'un des concubins, constitue un motif de dissolution de la société simple, laquelle doit alors être liquidée⁷⁶⁴. Lorsque la société a été formée en vue de l'organisation du ménage pendant la vie commune, les règles de la société simple ne subsistent pas après la fin de l'union⁷⁶⁵. Si les concubins cessent de faire ménage commun, la société simple peut en revanche se poursuivre si les concubins continuent à exploiter leur entreprise par exemple⁷⁶⁶.

452 L'organisation de la liquidation est prévue aux articles 548 à 550 CO⁷⁶⁷. Les opérations de liquidation doivent se faire de manière globale, conformément au principe de l'unité de la liquidation⁷⁶⁸. Ces opérations consistent à déterminer l'actif social (art. 585 al. 1 par analogie CO) (cf. *infra* § 14.2.3.2.), à restituer les apports aux associés (art. 548 et 549 al. 1 CO) (cf. *infra* § 14.2.3.3.) et

⁷⁶² FOUNTOLAKIS/GABELLON, p. 912 ; WOLF/GENNA, Auswirkungen, p. 159.

⁷⁶³ ATF 119 II 119 cons. 3a, JdT 1995 I 110 ; 105 II 204 ; CR CO II-CHAIX, art. 545 CO N 1 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 38 ; ENGEL, p. 727 ; MARTY-SCHMID, p. 347 ; MONTAVON, p. 137.

⁷⁶⁴ ATF 119 II 119 cons. 2, JdT 1995 I 110. Pour les motifs de dissolution pouvant frapper les sociétés simples constituées entre concubins, cf. en particulier MARTY-SCHMID, p. 330 ss.

⁷⁶⁵ Cf. en particulier TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 4 ; AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 62.

⁷⁶⁶ TF 4A_441/2007 du 17 août 2008, cons. 4.

⁷⁶⁷ La réglementation relative à la liquidation de la société simple étant très sommaire, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'elle doit être complétée par les articles 582 à 590 CO relatifs à la société en nom collectif, ATF 93 II 387, JdT 1969 I 226, cons. 3 ; HOCH, N 510 et réf. cit. ; RECORDON/SALAMIAN, p. 33 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 2.

⁷⁶⁸ ATF 116 II 316, cons. 2d ; HOHL, Liquidation, p. 30.

à répartir entre ces derniers le bénéfice ou les pertes (art. 549 al. 1 et 533 CO) (cf. *infra* § 14.2.3.4.)⁷⁶⁹.

Il convient de relever que les dispositions relatives à la liquidation de la société simple sont en grande partie de droit dispositif⁷⁷⁰. Les concubins ont donc la faculté de déroger à la plupart de ces règles et de prévoir conventionnellement les opérations de liquidation⁷⁷¹. Comme indiqué précédemment, nous n'envisagerons toutefois que l'hypothèse selon laquelle les concubins n'ont pas fait usage de leur liberté contractuelle. 453

S'agissant des phases de liquidation du **régime de la participation aux acquêts**, celles-ci sont au nombre de trois : la première phase consiste à reconstituer le patrimoine de chaque époux au moment de la dissolution du régime, tandis que la seconde opération vise à attribuer les biens et les dettes entre les masses de chaque époux à ce même moment. À ce stade, il convient de noter que la dissolution du régime se distingue de la liquidation du régime ; la première met fin au régime et intervient pour différentes causes, comme le décès, la déclaration d'absence, la conclusion d'un contrat adoptant un autre régime, le divorce, l'annulation du mariage et le prononcé du juge prescrivant le rétablissement d'un régime antérieur (art. 187 al. 2 et 191 al. 1 CC). C'est à ce moment que la composition des patrimoines est arrêté définitivement en acquêts et en propres (art. 207 al. 1 CC)⁷⁷². La liquidation intervient en revanche à des moments différents selon la cause de la dissolution ; si la cause est la mort de l'un des conjoints, la liquidation intervient au jour du décès, alors qu'elle est dissociée de la dissolution si la cause est la demande en divorce. En effet, dans ce dernier cas, la liquidation est opérée au jour du prononcé du jugement de divorce. Elle permet de régler les comptes entre époux et marque le moment où la valeur des biens de chaque époux est estimée (art. 211 et 214 al. 1 CC). Si après la détermination de la composition exacte – active et passive – des masses de chaque époux, les acquêts ont un solde actif, le bénéfice réalisé est réparti en principe par moitié entre les époux (art. 215 ou 216 CC). Il s'agit là de la dernière opération de liquidation qui consiste au paiement de la créance de participation. 454

Dans les développements qui suivent, nous nous proposons d'examiner les règles propres à chacune des opérations de liquidation de la société simple et de nous livrer à quelques réflexions comparatives sur les opérations de liquidation du régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts. 455

⁷⁶⁹ WERRO, Concubinage, N 157.

⁷⁷⁰ TF 4A_586/2011 du 8 mars 2012 cons. 2 ; CR-CO II-CHAIX, art. 548 à 550 CO N 2 ; ENGEL, p. 728.

⁷⁷¹ CR CO II-CHAIX, art. 548 à 550 CO N 2 ; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 548 à 551 CO N 36 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 548 CO N 3 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 2.

⁷⁷² ATF 121 III 152.

14.2.3.2. *La détermination du patrimoine social*

456 Le patrimoine social est composé des biens et créances acquis en vue de la réalisation du but social (actif social brut), diminué des dettes sociales et des dépenses et avances faites par chacun des associés non remboursées par la société (art. 537 al. 1 CO). La première opération de liquidation consiste donc à dresser un inventaire des biens et des dettes de la société formée par les concubins.

457 Pour connaître l'état du patrimoine social, le juge doit définir l'étendue du but social. Comme déjà indiqué au chapitre 14.2.1.3., le but social peut être de trois sortes : la société peut avoir été formée par les concubins dans le but d'organiser leur ménage, d'exploiter une entreprise ou d'acquérir, d'administrer et d'utiliser certains biens déterminés. Dans la première hypothèse, tous les biens liés à l'exercice de l'activité professionnelle des concubins, ainsi que ceux servant à l'usage personnel de l'un des partenaires sont exclus du patrimoine social. Dans la seconde hypothèse, tous les biens se rapportant au ménage et aux loisirs des concubins sont exclus du patrimoine social, tandis que les biens et créances qui composent l'entreprise y sont inclus. Dans la dernière hypothèse, le patrimoine social comprend un bien déterminé « et tout ce qui est nécessaire à son utilisation, son entretien et son administration »⁷⁷³. L'appréciation dépend des circonstances.

458 Conformément aux termes de l'art. 549 al. 1 CO, l'actif du patrimoine social doit être utilisé, avant tout autre prélèvement, au paiement des dettes sociales et des dépenses et avances faites par les associés (cf. art. 537 O)⁷⁷⁴. Les dettes sociales sont celles qui ont été contractées dans l'intérêt de la société avec des tiers par les concubins en commun ou par l'un d'eux au titre de représentant de la société⁷⁷⁵. La définition concrète des dettes sociales dépend essentiellement du but social⁷⁷⁶. Partant, si le but de la société est l'organisation du ménage commun, une dette d'impôt peut constituer une dette sociale⁷⁷⁷. De même, une dette contractée par l'un des concubins dans le but d'acheter une voiture qui sera utilisée par les deux concubins constitue une dette sociale⁷⁷⁸.

459 Les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts ne sont pas libres de décider du sort de leurs biens. En effet, les règles relatives au régime de la participation aux acquêts déterminent en grande partie à quelle masse les biens d'un époux doivent être rattachés (cf. art. 197, 198, 200 al. 3 CC). Comme évoqué au chapitre 14.2.2.2., N 430, l'art. 199 CC permet

⁷⁷³ MARTY-SCHMID, p. 276.

⁷⁷⁴ RECORDON/SALAMIAN, p. 35.

⁷⁷⁵ Pour plus de développements sur la représentation, cf. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 543 CO N 20 ss ; CR CO II-CHAIX, art. 543 CO N 1 ss.

⁷⁷⁶ MARTY-SCHMID, p. 370.

⁷⁷⁷ Cf. ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570.

⁷⁷⁸ MARTY-SCHMID, p. 373.

cependant aux époux de convertir, par contrat de mariage (art. 184 CC), certains acquêts en biens propres, en particulier les biens affectés à l'exercice de leur profession et les revenus des biens propres⁷⁷⁹. Le législateur n'a pas mis à disposition des époux d'autres moyens leur permettant de modifier la qualification matrimoniale de leurs biens. Les dettes d'un époux envers un tiers ainsi que les dettes entre époux sont également attribuées aux masses des époux (acquêts ou biens propres) selon les règles relatives au régime de la participation aux acquêts. Ainsi, et conformément aux termes de l'art. 209 al. 2 CC, les dettes grèvent la masse avec laquelle elles sont en rapport de connexité ou, dans le doute, les acquêts⁷⁸⁰.

En résumé, les concubins jouissent, en comparaison des personnes mariés sous le régime de la participation aux acquêts, d'une plus grande latitude quant aux choix des biens qui composent le patrimoine social et qui seront partagés à la dissolution de l'union. Il faut cependant nuancer nos propos dans la mesure où, en pratique, les concubins ne sont souvent pas conscients du fait qu'ils forment une société simple. Par ailleurs, le régime de la communauté de biens permet d'aboutir à des qualifications et à un résultat de la liquidation très proche de celui de la société simple. 460

14.2.3.3. *La restitution des apports*

Compte tenu du fait que le but de la société simple est d'unir les efforts et les ressources des partenaires, chacun d'eux doit faire un apport au profit de la société (art. 531 CO⁷⁸¹)⁷⁸². La loi ne définit pas les apports. Les apports peuvent prendre différentes formes. L'art. 531 al. 1 CO en énumère quelques-unes en distinguant les apports en espèces, en nature et en industrie⁷⁸³. L'apport en espèces consiste en le versement d'une somme déterminée. « L'apport en nature vise tous les biens meubles, immeubles et immatériels, ainsi que les créances et les droits personnels »⁷⁸⁴, tandis que « l'apport en industrie consiste en une prestation personnelle sous forme de travail »⁷⁸⁵. 461

D'une manière générale, la nature et l'étendue des apports sont librement fixées par les concubins⁷⁸⁶. Faute de précisions de la part des concubins quant 462

⁷⁷⁹ A propos de l'art. 199 CC, cf. en particulier BADDELEY, *Entreprise* ; FAVRE, *Entreprise et FAVRE L., Possibilité*.

⁷⁸⁰ Pour le régime des dettes des époux, cf. *supra* § 8.5.

⁷⁸¹ Cette disposition légale est impérative, CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 2 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 531 CO N 60. *Contra* : ENGEL, p. 698 s. et 709.

⁷⁸² Sur les apports dans le droit de la société simple, cf. CR CO II-CHAIX, art. 548-550 CO, N 14 ss.

⁷⁸³ Cette énumération n'est pas exhaustive, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 531 CO N 11 ; BSK OR II-HANDSCHIN, art. 531 CO N 5 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 291, N 37.

⁷⁸⁴ CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 4.

⁷⁸⁵ CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 5.

⁷⁸⁶ Dans les limites de la liberté contractuelle, CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 3 ; BSK OR II-HANDSCHIN, art. 531 CO N 2 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 531 CO N 28.

à la nature et à l'importance de leurs apports, ceux-ci sont présumés être égaux « et de la nature et importance qu'exige le but de la société » (art. 531 al. 2 CO)⁷⁸⁷.

463 Conformément à la jurisprudence et à la doctrine, les apports en nature peuvent être affectés à la société selon différents modes : ils peuvent être transférés en pleine propriété (*quoad dominium*), en propriété à titre fiduciaire (*quoad dominium, non quoad sortem*), en jouissance (*quoad usum*) ou en destination (*quoad sortem*)⁷⁸⁸.

464 Les apports remis à la société **en pleine propriété** (*quoad dominium*) appartiennent en commun aux concubins, pour autant que leur transfert respecte les formalités prescrites par la loi⁷⁸⁹. Un immeuble par exemple ne peut appartenir en main commune aux concubins que si les formes de l'acquisition immobilière ont été respectées ; l'acquisition doit être faite par acte authentique (art. 216 CO) et le transfert doit être inscrit au registre foncier (art. 652 CC)⁷⁹⁰. Si ces exigences ne sont pas observées, l'apport consiste en la mise à disposition ou en la jouissance de la chose⁷⁹¹.

465 Lorsque l'apporteur met une chose à disposition de la société, son apport est effectué **en jouissance** (*quoad usum*). Constituent typiquement des apports en jouissance, les biens que les concubins possédaient individuellement au jour de l'entrée en union libre ou ceux acquis par un concubin pendant l'union pour son propre compte et mis à disposition de la communauté⁷⁹². Dans ce cas, l'autre concubin ne bénéficie que de l'usage de la chose dont son compagnon reste propriétaire⁷⁹³.

466 Lorsque l'apporteur accepte d'affecter une chose à un usage déterminé, son apport est effectué **en destination** (*quoad sortem*). L'apporteur reste, dans cette hypothèse aussi, seul propriétaire du bien apporté du point de vue des droits réels et a donc seul le droit d'en disposer à l'égard des tiers. À titre d'exemple, si l'immeuble acquis par l'un des concubins est mis à disposition du couple pour servir au logement de la famille, cet immeuble est considéré comme un apport effectué en destination. Il ne passe pas dans les biens sociaux même si l'autre concubin participe financièrement à son acquisition, à son amélioration

⁷⁸⁷ ATF 88 II 172, cons. 2b.

⁷⁸⁸ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 6.1 ; 4A_398/2010 du 14 décembre 2010, cons. 5.2.3.2 ; CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 4 ; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 531 CO N 133 ss ; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 531 CO N 51 ss ; HOHL, Liquidation, p. 28 ; TERCIER/FAVRE, N 7576.

⁷⁸⁹ ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 531 CO N 51 ss ; MARTY-SCHMID, p. 312 ; TERCIER/FAVRE, N 7576.

⁷⁹⁰ CR CO II-CHAIX, art. 531 CO N 4.

⁷⁹¹ ATF 105 II 204, JdT 1980 I 173.

⁷⁹² MARTY-SCHMID, p. 312 s.

⁷⁹³ TF 4A_398/2010 du 14 décembre 2010, cons. 5.2.3.2. L'art. 531 al. 3 CO indique que les règles du bail à loyer s'appliquent par analogie aux risques et à la garantie dont chaque associé est tenu lorsque son apport consiste dans la jouissance d'une chose. Pour un exemple d'apport en usage, cf. ATF 105 II 204 cons. 2b, JdT 1980 I 173.

ou à sa transformation⁷⁹⁴. La distinction entre apport en jouissance et apport en destination est infime.

Les modalités de la restitution des apports diffèrent selon le type d'apport en cause. 467

Les apports **en espèces** sont, en principe, remboursés aux apporteurs⁷⁹⁵. Si la société a été formée en vue de l'organisation patrimoniale du ménage, les contributions pécuniaires aux charges du ménage, lesquelles constituent des apports au sens de l'art. 531 al. 1 CO, ne sont en revanche pas sujettes à restitution lors de la liquidation. Elles sont considérées comme définitivement acquises à la société. En effet, et comme le relève MARTY-SCHMID, « les concubins qui se mettent en ménage font la plupart de leurs apports en vue de les utiliser en commun, de les consommer, et ils n'en attendent pas la restitution »⁷⁹⁶. Les contributions pécuniaires aux charges du ménage sont donc traitées comme les apports en industrie du concubin qui s'est occupé des tâches ménagères et de l'éducation des enfants (cf. *infra* N 472). 468

S'agissant des apports remis à la société **en pleine propriété** (*quoad dominium*), leur restitution ne s'opère pas en nature, sauf convention contraire (art. 548 al. 1 CO). « La liquidation de la société simple est dominée par le principe de réalisation des actifs »⁷⁹⁷. L'apporteur peut exiger le prix pour lequel l'apport a été accepté (art. 548 al. 2 CO), ou si ce prix n'a pas été déterminé, la valeur du bien au moment de l'apport (art. 548 al. 3 CO)⁷⁹⁸. En d'autres termes, le concubin n'a droit qu'à une créance équivalente à la valeur de la chose au moment de l'apport. Si cet apport a généré une plus-value ou une moins-value, celle-ci consiste respectivement en un bénéfice ou une perte d'exploitation que les concubins se répartissent, sauf convention contraire, à parts égales conformément à l'art. 533 al. 1 CO⁷⁹⁹. Le concubin ayant fait un apport en propriété ne profite donc pas de la plus-value ni de la moins-value en tant que telle ; celle-ci est comprise dans le résultat d'exploitation et répartie entre les membres de la société⁸⁰⁰. Il est possible pour les concubins de prévoir autre chose, comme par exemple la reprise en nature de l'apport par l'un des concubins⁸⁰¹. Dans cette hypothèse, la plus- ou moins-value fait néanmoins 469

⁷⁹⁴ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 2.2 ; 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 6.

⁷⁹⁵ RECORDON/SALAMIAN, p. 35.

⁷⁹⁶ MARTY-SCHMID, p. 379. Dans le même sens, cf. DUSSY, p. 14 ss ; MEIER-HAYOZ, p. 587 s. Voir aussi : TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 4.2. ; 4P.118/2004 du 10 septembre 2004, cons. 2.2.

⁷⁹⁷ CR CO II-CHAIX, art. 448-450 CO N 3.

⁷⁹⁸ ATF 93 II 387, JdT 1969 I 226 ; TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 6.1 ; BONETTI, Concubinage, p. 538 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 39 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.39.

⁷⁹⁹ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 6.1 et 6.2 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 8.

⁸⁰⁰ CR CO II-CHAIX, art. 548-550 CO N 14 ; HOCH, N 551, p. 192.

⁸⁰¹ BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 4 ; TERCIER/FAVRE, N 7748 ; ENGEL, p. 729.

toujours partie du résultat d'exploitation de la société et « l'apporteur doit alors rembourser la plus-value ou être indemnisé de la moins-value »⁸⁰².

470 Si l'apport est effectué **en jouissance** (*quoad usum*) ou **en destination** (*quoad sortem*), l'apporteur le reprend en nature au moment où la société est dissoute⁸⁰³. Si l'apport a généré une plus- ou une moins-value conjoncturelle, l'apporteur en profite seul, sauf convention contraire⁸⁰⁴. Si, en revanche, l'apport a augmenté de valeur grâce à l'activité ou à une prestation de la société, la plus-value occasionnée (plus-value d'exploitation) constitue un gain à partager entre les concubins (art. 532 CO)⁸⁰⁵. Ainsi, lorsque la valeur de l'immeuble, remis en jouissance par l'un des concubins à la société, a augmenté grâce aux travaux de construction financés par l'autre concubin, cette plus-value, résultant de l'activité de la société, doit être considérée comme faisant partie du résultat d'exploitation de la société et doit par conséquent profiter aux deux concubins.

471 Dans un arrêt du 4 mars 2014, le Tribunal fédéral a apporté une précision importante. En cas d'apport en destination (*quoad sortem*), toute plus-value – qu'elle soit conjoncturelle ou d'exploitation – entre dans le bénéfice de la société et doit être répartie entre les concubins si ces derniers se sont comportés, dans leurs rapports internes, comme s'ils étaient propriétaires en commun de l'apport⁸⁰⁶. Dans l'affaire en question, notre Haute Cour a considéré qu'en faisant payer à la concubine non propriétaire de l'immeuble les amortissements et les intérêts hypothécaires dans le cadre de l'entretien du ménage commun, le couple s'était comporté, dans leurs rapports internes, comme si l'apport avait été effectué en propriété. Toute la plus-value prise par l'immeuble devait dès lors entrer dans le bénéfice de la société et être répartie entre les concubins à parts égales⁸⁰⁷.

472 L'apport **en industrie** consiste en une prestation personnelle de l'un des associés. Il ne peut pas être repris et ne donne pas droit à une indemnité, sauf convention contraire (art. 537 al. 3 CO). La rémunération de l'apporteur consiste en une participation au bénéfice⁸⁰⁸. Si la société a été formée en vue d'assurer la satisfaction des besoins communs dans le cadre du ménage, le concubin qui s'est occupé des tâches ménagères et de l'éducation des enfants

⁸⁰² CR CO II-CHAIX, art. 548-550 N 14.

⁸⁰³ RECORDON/SALAMIAN, p. 36 ; TERCIER/FAVRE, N 7748.

⁸⁰⁴ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 1.1 et 6.1 ; 4A_70/2008 du 12 août 2009 et 4A_230/2009, cons. 4.2 ; 4C.378/2002 du 1^{er} avril 2003, cons. 4.2 ; CR CO II-CHAIX, art. 548/549 CO N 15 ; HOCH, N 541 ; RECORDON/SALAMIAN, p. 36.

⁸⁰⁵ TF 4C_378/2002 du 1^{er} avril 2003, cons. 4.2 ; TERCIER/FAVRE, N 7748.

⁸⁰⁶ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 6.1. et 6.2. Il s'agit là de la solution préconisée par la doctrine, cf. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 548-551 CO N 182 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 10.

⁸⁰⁷ TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, cons. 6.2.

⁸⁰⁸ MARTY-SCHMID, p. 378.

n'a donc droit qu'à une part du bénéfice, lequel est en principe constitué des économies, à savoir de ce qui n'a pas été dépensé pour les besoins du ménage⁸⁰⁹. De même, le concubin ayant travaillé dans l'entreprise de son compagnon ne peut obtenir qu'une part du bénéfice social, lequel est formé des plus-values de l'entreprise⁸¹⁰.

À l'inverse des concubins, les époux ne sont pas tenus de procéder à des apports. De façon générale, chaque époux apporte en mariage des biens dont il garde l'administration, la jouissance et la disposition tout au long du régime. Ces biens sont considérés, de par la loi, comme des biens propres de l'époux (art. 198 ch. 2 CC)⁸¹¹. À la dissolution du régime, la valeur des biens propres n'est pas prise en compte pour le calcul du bénéfice ou du déficit. Chaque époux reprend ses biens propres en nature et profite seul de la plus-value prise par ces biens ou supporte seul la moins-value subie par le bien⁸¹². Si l'autre époux a contribué, pendant l'union, à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien propre de son conjoint, qui se retrouve à la liquidation du régime avec une plus-value conjoncturelle, l'époux investisseur a droit à une créance en remboursement (cf. art. 206 al. 1 CC et *supra* § 14.2.2.2.), sauf convention contraire (art. 206 al. 3 CC). Cette créance « est proportionnelle à sa contribution et se calcule sur la valeur actuelle des biens ; en cas de moins-value, il peut en tous cas réclamer le montant de ses investissements » (art. 206 al. 1 CC). La créance de l'époux investisseur grève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité – bien propres ou acquêts (art. 209 al. 2 CC), tandis que la dette correspondante est rattachée au propres de l'autre époux. 473

Il apparaît en résumé que la plus-value conjoncturelle prise par un bien remis à la société en pleine propriété ou en destination, et/ou la plus-value d'exploitation prise par un bien remis à la société en jouissance font partie du résultat d'exploitation de la société et sont, à ce titre, destinées à être partagées à parts égales entre les concubins. Dans le cas des époux, la plus-value conjoncturelle prise par un bien faisant partie des propres d'un époux profite en principe à cet époux seulement. Elle peut néanmoins être répartie entre les époux proportionnellement à leur investissement, conformément aux termes de l'art. 206 al. 1 CC. 474

14.2.3.4. *Le partage des bénéfices et des pertes*

Conformément aux dispositions sur la société simple, chaque concubin profite, à la liquidation de la société, de la moitié du bénéfice ou, en cas de perte, 475

⁸⁰⁹ MARTY-SCHMID, p. 378.

⁸¹⁰ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 11.

⁸¹¹ Si, pendant le régime, l'époux aliène l'un de ses biens propres dans le but d'acquérir un autre bien, le bien nouvellement acquis prend la place du bien aliéné dans la masse des biens propres (art. 198 ch. 4 CC), Cf. *supra* § 14.2.2.2.

⁸¹² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1231.

supporte la moitié de cette perte (art. 533 al. 1 et 549 CO)⁸¹³. L'importance de l'apport fait par chacun des concubins est irrelevant⁸¹⁴. Les termes de « bénéfice » et de « perte » désignent des valeurs comptables⁸¹⁵. Le bénéfice est l'excédent qui reste après le paiement des dettes sociales, le remboursement des dépenses et avances faites par chacun des associés et la restitution des apports (art. 549 al. 1 CO). Il y a en revanche perte « si, après le paiement des dettes, dépenses et avances, l'actif social n'est pas suffisant pour rembourser les apports » (art. 549 al. 2 CO).

476 Les concubins ont la faculté de prévoir, par convention, un autre mode de répartition des bénéfices et des pertes de la société (art. 533 al. 1 CC)⁸¹⁶. La répartition peut être tout à fait inégale⁸¹⁷. En pratique, une telle convention est toutefois peu fréquente.

477 Les époux ne sont tenus de se partager par moitié que le solde positif des comptes acquêts (art. 215 al. 1 CC), à l'exclusion de l'éventuel déficit (art. 210 al. 2 CC). Aussi un époux dont le compte acquêts se solde par un déficit supporte-t-il seul les pertes, sans perdre pour autant le droit d'obtenir la moitié du bénéfice réalisé par son conjoint⁸¹⁸. Contrairement aux concubins, les époux ne sont pas autorisés à convenir d'une participation au déficit⁸¹⁹.

478 La liquidation de la société simple obéit au principe de réalisation des actifs détenus en main commune⁸²⁰. Il en découle que les associés ne peuvent prétendre, sauf convention contraire, qu'au paiement d'une somme d'argent et non pas au partage en nature des biens constituant le patrimoine social⁸²¹. Comme indiqué *supra* N 470, seul les apports effectués en destination ou en jouissance sont repris en nature par le concubin qui en est propriétaire.

⁸¹³ TF 5A_656/2013 du 22 janvier 2014, cons. 2.1. ; 4A_383/2007 du 19 décembre 2007 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 548/549 CO N 12 et art. 533 CO N 2.

⁸¹⁴ CHK-NÄGELI/GUYER, p. 345 N 13. Cf. également ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, dans lequel le TF a admis que la concubine qui avait travaillé dans l'entreprise de son compagnon pouvait prétendre à la moitié du bénéfice réalisé par l'entreprise.

⁸¹⁵ CR CO II-CHAIX, art. 533 CO N 3.

⁸¹⁶ L'art. 533 al. 1 est de nature dispositive, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, art. 533 CO N 3 ; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, art. 533 CO N 41.

⁸¹⁷ CR CO II-CHAIX, art. 533 CO N 4. Les associés peuvent prévoir, par exemple, que la répartition du bénéfice se fera proportionnellement aux apports, TF 5A_656/2013 du 22 janvier 2014, cons. 2.2. ; CR CO II-CHAIX, art. 533 CO N 4 et art. 548/549 CO N 17. Pour un exemple chiffré, cf. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Immeuble, p. 6.

⁸¹⁸ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 210 CC N 11 s. ; HEGNAUER/BREITSCHMID, Ehrechts, N 26.47 ; MICHELL, p. 121 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 210 CC N 2.

⁸¹⁹ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 216 CC N 5 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 216 CC N 2.

⁸²⁰ CR CO II-CHAIX, art. 550 CO N 3.

⁸²¹ A nouveau, la loi laisse aux associés d'une société simple la possibilité de prévoir, par convention, un partage en nature, HOCH, N 511.

La créance que les époux ont l'un envers l'autre au titre de participation au bénéfice de l'union conjugale s'exprime également par une créance pécuniaire⁸²². 479

La part de chaque concubin est déterminée au moment de la dissolution de la communauté. La dissolution marque le moment où la valeur des biens à liquider est estimée. La date de la dissolution est donc importante puisqu'elle marque le moment où l'état de la fortune sociale est évalué. En revanche, les acquêts des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts sont estimés à leur valeur à l'époque de la liquidation (art. 214 al. 1 CC). Le moment de la dissolution du régime ne coïncide pas forcément avec celui de la liquidation du régime (cf. *supra* N 427). La liquidation intervient au jour de la dissolution si la cause de dissolution est la mort de l'un des conjoints, alors qu'elle est dissociée de la dissolution si la cause de dissolution est la demande en divorce. La liquidation d'une société simple commence au contraire toujours à l'instant même où se produit la cause de la dissolution. 480

14.2.4. Conclusions intermédiaires

Il ressort des chapitres précédents que l'union libre n'a d'elle-même aucune influence sur le patrimoine de chacun des concubins. La manière dont les acquisitions, les économies et les dettes des partenaires doivent être liquidées est déterminée, en présence d'un contrat, selon les termes dudit contrat (cf. *supra* § 14.2.1.1.), ou à défaut, selon les règles ordinaires des droits réels (cf. *supra* § 14.2.1.2.) ou selon les règles de la société simple en fonction des circonstances particulières de l'espèce (cf. *supra* § 14.2.1.3.). Pratiquement, les juges vérifient donc d'abord si les partenaires ont conclu une convention. Si aucune convention n'a été passée entre les partenaires, les juges appliquent les règles ordinaires des droits réels ou, dans des cas spécifiques, les règles de la société simple. 481

L'application des règles ordinaires des droits réels permet à chaque concubin de reprendre, à la dissolution de l'union, les biens qu'il a acquis avant et pendant l'union et d'exiger le partage des biens qui appartiennent collectivement aux deux concubins (cf. *supra* § 14.2.1.2.). Ces règles ont pour résultat que les couples de fait vivent à l'instar des couples enregistrés ou mariés sous le régime de la séparation de biens dans la mesure où elles ne prévoient aucun partage des bénéfices réalisés pendant la vie commune⁸²³. 482

L'application des règles du contrat de société simple parvient à corriger ce résultat qui peut être injuste pour l'un des concubins : ces règles permettent à chaque concubin de recevoir, au moment de la dissolution de l'union, une part 483

⁸²² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1296.

⁸²³ Pour une critique de l'application des règles du droit ordinaire à la liquidation des rapports patrimoniaux des concubins, cf. *infra* § 18.2., N 720 ss.

des bénéfiques réalisés en commun (cf. *supra* § 14.2.3.4.)⁸²⁴. Au vu des jugements examinés, on s'aperçoit que l'existence d'une société simple n'a cependant été reconnue que dans des cas exceptionnels (cf. *supra* § 14.2.1.3.). Le recours aux règles de la société simple pour liquider les rapports patrimoniaux des concubins n'est effectivement pas systématique⁸²⁵. D'une manière générale, le juge détermine, de cas en cas, quel est le but commun des concubins et s'ils ont la volonté de mettre leurs ressources ou leurs efforts en commun en vue de la réalisation de ce but. L'appréciation des divers éléments du contrat dépend des circonstances de l'espèce et relève du pouvoir souverain des juges⁸²⁶. Il en découle que le résultat peut parfois être trop sévère et laisser un des partenaires défavorisé à la fin de l'union.

484 Contrairement aux concubins, les époux et les partenaires enregistrés sont soumis à un régime de biens dès la conclusion du mariage et du partenariat enregistré (cf. *supra* § 14.2.2.). Comme nous l'avons constaté au chapitre 14.2.2.2., le régime de la participation aux acquêts, auquel la grande majorité des couples mariés est soumis, permet à chacun des membres du couple d'obtenir, à la dissolution de l'union, la moitié du bénéfice de l'autre (cf. *supra* N 432). En outre, ce régime ne déploie véritablement d'effets qu'à la dissolution de l'union ; tant que dure le régime, la situation des membres du couple est analogue à celle d'époux séparés de biens⁸²⁷.

485 Si les concubins souhaitent remédier à l'absence de partage du bénéfice réalisé par l'un ou par l'autre des concubins pendant la communauté de vie, il leur est indispensable de prévoir des arrangements, par exemple de conclure un contrat de société simple⁸²⁸ ou un contrat ordinaire dans lequel serait fixée la participation en valeur de chaque concubin à l'augmentation du patrimoine⁸²⁹. Ce rééquilibrage contractuel des patrimoines présente l'avantage d'éviter une action en justice de la part des ex-concubins.

486 À notre sens, il devrait aussi être possible pour les concubins de soumettre, par la voie conventionnelle, la fin de leurs rapports patrimoniaux au droit matrimonial. Dans la mesure où le principe de la liberté contractuelle prévaut dans l'union libre⁸³⁰ et si le but du contrat n'est pas illicite, impossible ou contraire aux mœurs, les concubins devraient avoir la faculté de choisir

⁸²⁴ WAELTI, N 10.

⁸²⁵ Pour une critique de l'application des règles du contrat de société simple à la liquidation des rapports patrimoniaux des concubins, cf. *infra* § 18.2., N 723 ss.

⁸²⁶ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, rés. in : SJ 1984, p. 238 ; 108 II 204 cons. 4, JdT 1982 I 570 ; TF 4A_482/2007 du 29 février 2008, cons. 1.4 ; DUSSY, p. 77 s.

⁸²⁷ Comme le relèvent DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 895, « ce n'est qu'à la fin du régime, lorsque normalement la vie commune prend fin, que les effets de la communauté d'intérêts entre les époux se manifestent, par la participation réciproque aux bénéfices ».

⁸²⁸ Dans le même sens, cf. GROSSEN/GUILLOD, p. 289.

⁸²⁹ A ce sujet, cf. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 71.

⁸³⁰ FRANK *et al.*, Konkubinats, p. 38.

l'application des règles du droit matrimonial à la liquidation de leurs rapports, en particulier les règles qui régissent le régime de la participation aux acquêts.

14.3. Les prétentions découlant des rapports de travail

14.3.1. *Le travail fourni à la profession ou à l'entreprise du partenaire*

Au sein du couple, il arrive que l'un des membres du couple apporte son aide à la profession ou à l'industrie de l'autre. À cet égard, rien ne s'oppose à ce que le couple conclue un contrat individuel de travail (art. 319 CO)⁸³¹. Par un contrat de travail, « une personne s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir, dans une situation de subordination, ses services à un autre, moyennant le paiement d'un salaire »⁸³². Le contrat de travail individuel ne nécessite aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO) ; il peut être conclu par écrit, oralement ou même par actes concluants. En pratique, les cas où les partenaires concluent un contrat de travail exprès sont exceptionnels. Le plus souvent, le contrat de travail résulte d'un accord tacite. En l'absence d'un contrat de travail exprès, l'art. 320 al. 2 CO pose la présomption suivante⁸³³ : un contrat de travail est réputé exister « lorsqu'un employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire ».

Contrairement aux époux, le travail fourni par l'un des **concubins** dans l'entreprise de l'autre n'est pas compensé par le biais d'obligations légales réciproques. Cette absence de compensation a amené le Tribunal fédéral à se poser la question de savoir s'il faut admettre une rétribution du concubin sur la base de l'art. 320 al. 2 CO en l'absence d'un contrat de travail expressément conclu. Les tribunaux ont tantôt admis tantôt refusé le versement d'un salaire sur la base de cette disposition légale. Confirmant des arrêts non publiés en 1950 et 1951, le Tribunal fédéral a accordé, dans un arrêt de 1953, une rémunération au concubin au motif que la concubine, contrairement à une épouse, est « dépourvue d'espérances successorales » et « ne trouve pas non plus une compensation à son travail, lorsque prend fin la communauté de vie, dans une participation au bénéfice »⁸³⁴. Huit ans après cette jurisprudence, le

⁸³¹ GEISER, Konkubinats, p. 94 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 245.

⁸³² TERCIER/FAVRE, N 3255.

⁸³³ La question de savoir si cette présomption est réfragable ou irréfragable fait l'objet de discussions dans la doctrine. Selon BURRI, N 139 s., PORTMANN, p. 62 s. et WYLER, p. 73 à 78, il convient d'admettre certaines réserves à la présomption irréfragable de l'art. 320 al. 2 CO s'agissant des époux, des concubins et des partenaires enregistrés. *Contra* : GEISER/MÜLLER, N 260 ; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 CO N 17 ; ZK OR-STAEHELIN, art. 320 CO N 6.

⁸³⁴ ATF 79 II 168, JdT 1954 I 202, SJ 1954 p. 409 ss. Cf. arrêt du TF du 2 novembre 1946, dans lequel le TF assimile le concubinage à une circonstance excluant la prétention à une rémunération fondée sur l'art. 320 al. 2 CO, cf. JdT 1946 I 176, non publié au RO.

Tribunal fédéral a opéré un revirement et dénié tout salaire au concubin travaillant dans l'entreprise de son compagnon. La raison en était que la « maîtresse » ne doit pas être mieux traitée que l'épouse et que les services rendus par chacun des concubins ont d'autres causes que l'attente d'une rémunération vu les liens personnels étroits d'affection qui les unissent⁸³⁵. À ce moment, le droit matrimonial ne contenait pas de disposition analogue à l'actuel art. 165 CC.

489 Notre Haute Cour s'est ensuite distancée de cette argumentation dans les années quatre-vingt. Dans un arrêt du 28 juin 1983, elle a fini par admettre que le concubinage n'est pas une circonstance excluant toute rémunération en vertu de l'art. 320 al. 2 CO⁸³⁶ : « *Die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR darf weder aus pönalen Überlegungen noch auf Grund eines Vergleichs mit der arbeitsrechtlichen Stellung der Ehefrau abgelehnt werden* »⁸³⁷. Cette présomption doit être retenue si, au regard de l'ensemble des circonstances, le travail n'est fourni que contre rémunération et qu'un rapport de subordination est donné⁸³⁸.

490 Dans l'affaire en cause, le Tribunal fédéral déclare cependant inapplicables les règles concernant le contrat de travail sans même examiner les deux indices susmentionnés. Il se contente de relever que les concubins ont souhaité que leur union soit prospère, qu'ils ont travaillé ensemble pour atteindre ce but et qu'il faut par conséquent appliquer les règles de la société simple dans la mesure où elles permettent de fournir, contrairement au droit du travail, des solutions plus appropriées⁸³⁹. Si, à l'inverse, le travail fourni par le concubin dépasse le cadre usuel des objectifs communs du couple, les règles du droit du travail sont applicables. Cette jurisprudence a été maintenue et confirmée depuis lors⁸⁴⁰.

491 D'une manière générale, lorsque le travail effectué par le concubin l'est dans le but de garantir la prospérité du ménage commun, les juges appliquent les règles de la société simple. Si la collaboration du concubin est effectuée pour d'autres motifs ou à d'autres fins, le Tribunal fédéral reconnaît que le

⁸³⁵ ATF 87 II 164 cons. 1.a) à e), JdT 1961 I 609, SJ 1962 23.

⁸³⁶ ATF 109 II 228 cons. 2a, JdT 1984 I 482, rés. *in* : SJ 1984 238.

⁸³⁷ Regeste de l'ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482, rés. *in* : SJ 1984 238. La doctrine a longtemps été favorable à cet avis, cf. en particulier MEIER-HAYOZ, p. 588 s. ; THURNHERR, p. 46 ss.

⁸³⁸ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, SJ 1984 238 ; TF 4C.89/1999 du 23 août 1999, publié *in* : FamPra.ch 2000, p. 151.

⁸³⁹ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, SJ 1984 238, confirmé par l'arrêt du TF 4C.89/1999 du 23 août 1999, cons. 2c. Dans l'ATF 109 II 228, le TF a précisé qu'« indépendamment de la société simple, des rapports contractuels particuliers peuvent [...] exister entre [les concubins] ». Cf. aussi ATF 108 II 204 cons. 4a, JdT 1982 I 570 ; BK REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 CO N 22 ss.

⁸⁴⁰ ATF 109 II 228 cons. 2b, JdT 1984 I 482, SJ 1984 238.

concubin peut fonder ses prétentions de salaire sur la base de l'art. 320 al. 2 CO⁸⁴¹.

Les effets propres à ces deux contrats sont sensiblement différents. En cas de présomption d'un contrat de travail, le concubin peut prétendre à un véritable salaire. Ce salaire est fixé par le juge selon ce qui est usuel pour ce type de travail, dans cette période et cette région (cf. art. 322 al. 1 CO)⁸⁴². L'octroi d'un salaire présente divers avantages pour le concubin ; ce salaire est soumis aux cotisations AVS/AI/APG, ainsi qu'à ceux de la prévoyance professionnelle et permet au concubin de conclure un contrat de 3^e pilier a, déductible fiscalement⁸⁴³. Par ailleurs, le concubin n'a pas à participer aux éventuelles pertes subies par son « employeur ».

Au contraire, si l'application des règles de la société simple est admise, le concubin n'a, en principe, pas le droit à une indemnité pour son travail personnel (art. 537 al. 3 CO)⁸⁴⁴. Sa rémunération consiste exclusivement dans sa participation aux bénéfices, c'est-à-dire dans sa participation à la valeur des biens à la fin de la société simple (art. 533 al. 1^{er} CO et 549 al. 1 CO). Cette participation ne tombe pas sous le coup des assurances sociales. De plus, elle ne devient effective qu'à condition que la liquidation de la société aboutisse effectivement à un bénéfice et non à une perte⁸⁴⁵. Comme déjà évoqué, les associés d'une société simple sont tenus, sauf convention contraire, de se répartir entre eux tant les bénéfices que les pertes (art. 533 al. 1^{er} CO). S'il y a perte, le concubin risque même de devoir payer les dettes nées par l'activité de la société simple. Il ressort par conséquent que la reconnaissance de l'existence d'une société simple entre concubins peut être, en cas de pertes, bien moins favorable au concubin qui apporte son concours à l'activité professionnelle de l'autre que si les juges avaient retenu la présomption de l'art. 320 al. 2 CO. À l'inverse, lorsque l'activité de la société simple dégage un important bénéfice, l'aide apportée par le concubin à l'entreprise de son compagnon est beaucoup mieux rémunérée que si l'art. 320 al. 2 CO était appliqué.

Pour éviter les problèmes, les concubins devraient établir une réglementation claire sur le principe et le mode de rémunération du concubin pour sa collaboration à l'entreprise ou à la profession de son compagnon⁸⁴⁶. À ce titre, la conclusion d'un contrat de travail paraît comporter de précieux

⁸⁴¹ Cf. TF 4A_320/2010 du 17 août 2010 ; 4A.482/2007 du 29 février 2008 ; 4A.383/2007 du 19 décembre 2007 ; 4C.184/2004 du 10 septembre 2004 ; TF du 23 août 1999, SARB 1/00, N 112, p. 719. Au niveau cantonal, cf. par exemple RJJ 1992, p. 279 ss. Cf. aussi BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 319 CO N 14 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.43 ; MEIER-HAYOZ, p. 588 s.

⁸⁴² PULVER, Union libre, p. 76 ; THURNHERR, p. 52.

⁸⁴³ FAVRE, Concubinage, p. 158.

⁸⁴⁴ RDAF 1997 II p. 447, cons. 3d) ; WERRO, Concubinage, N 156 ss.

⁸⁴⁵ THURNHERR, p. 80.

⁸⁴⁶ HERZ/WALPEN, N 36.

avantages ; il clarifie les rapports entre les deux partenaires et assure une protection tant au concubin « employé » qu’au concubin « employeur »⁸⁴⁷.

⁴⁹⁵ S’agissant des **personnes mariées**, celles-ci s’obligent, en vertu de l’art. 159 al. 2 CC, à assurer la prospérité de l’union conjugale d’un commun accord. Il s’ensuit que l’époux qui travaille dans l’entreprise de son conjoint n’a en principe pas droit à une rémunération si ce travail relève de son devoir d’assistance et d’entretien prévu aux articles 159 al. 2 et 163 CC⁸⁴⁸. Toutefois, lorsqu’un époux collabore 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, le Code civil assure à cet époux « une indemnité équitable » (art. 165 al. 1)⁸⁴⁹. Cette indemnité est indépendante du régime matrimonial choisi par les époux. Elle peut être réclamée pendant la communauté conjugale, mais au plus tard avant la fin de la procédure de divorce en vertu du principe de l’unité du jugement du divorce⁸⁵⁰. Par ailleurs, il importe peu que les conjoints, en particulier le bénéficiaire des prestations de travail, aient été conscients du fait que celles-ci dépassaient les devoirs imposés par le droit matrimonial⁸⁵¹.

⁴⁹⁶ Le travail fourni par l’un des concubins dans l’entreprise de son compagnon ne mène pas à l’application par analogie de l’art. 165 CC.

⁴⁹⁷ La question de savoir si l’existence de l’art. 165 al. 1 CC écarte l’application de l’art. 320 al. 2 CO a été débattue⁸⁵². Une grande partie des auteurs opte, à juste titre selon nous, pour le maintien de la présomption de l’art. 320 al. 2 CO

⁸⁴⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 500 ; GEISER, *Arbeitsvertrag*, p. 72 ss.

⁸⁴⁸ ATF 120 II 280, JdT 1997 I 316 ; 95 II 126, JdT 1970 I 234 ; 90 II 443, JdT 1965 I 364.

⁸⁴⁹ ATF 120 II 280, JdT 1997 I 316 ; 107 Ia 109, SJ 1984 432. Pour les conditions de l’art. 165 al. 1 CC, cf. notamment DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 482 ss. L’art. 165 CC est une norme de droit impératif. Les conjoints ne peuvent s’engager valablement à renoncer par avance aux prétentions qui découleraient de cette disposition. En revanche, les époux sont libres de fixer par avance le montant de l’indemnité due, ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 165 CC N 81 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 489 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 165 CC N 44. La contribution peut être apportée à l’exercice de n’importe quelle profession, BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 5. Pour déterminer si une contribution peut être considérée comme « notablement supérieure », il convient d’apprécier l’ensemble des circonstances du cas d’espèce en fonction de critères objectifs, ATF 120 II 280 cons. 6a ; TF 5C.290/2006 du 9 mars 2006, cons. 2.1, *in*: Fampra.ch 2007, p. 633 ; FAVRE, *Contribution extraordinaire*, p. 825 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 165 CC N 22. Il convient en particulier de tenir compte de la durée et de la régularité de la collaboration, ainsi que de l’importance de la contribution qui est considérée en général comme notablement supérieure lorsque le travail fourni correspond à celui d’un employé salarié, BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 5.

⁸⁵⁰ ATF 123 III 433 cons. 4b ; 127 III 403 cons. 4c ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 58 ; STETTLER/GERMANI, N 151. Quant aux critères à prendre en compte pour la fixation de l’indemnité, cf. notamment CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 23 ss ; STETTLER/GERMANI, N 147 ss. . En cours de mariage, la prétention est exigible dès l’exécution de la prestation ; elle ne se prescrit pas pendant le mariage (art. 134 al. 1 ch. 3 CO). Après le décès ou le divorce, la créance se prescrit par dix ans (art. 127 CO), BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 21.

⁸⁵¹ ATF 120 II 280 cons. 6a, JdT 1997 I 316.

⁸⁵² Pour plus de détails sur la controverse, cf. ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 165 CC N 68 et réf. cit. ; GEISER, *Arbeitsvertrag*, p. 57 ss ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 46 ss ; STETTLER/GERMANI, N 128.

en cas de circonstances particulières, même si l'art. 165 al. 1 CC règle en principe la plupart des cas ayant trait à la collaboration d'un époux à la profession ou à l'industrie de l'autre⁸⁵³. D'autres, au contraire, sont d'avis qu'il n'y a plus de place pour l'application de la présomption de l'art. 320 al. 2 CO dans les rapports entre époux⁸⁵⁴. Quant au Tribunal fédéral, il n'exclut pas non plus l'application de l'art. 320 al. 2 CO, mais considère le plus souvent que, sauf circonstances particulières ou convention expresse, l'art. 165 CC l'emporte sur l'art. 320 al. 2 CO, la première disposition posant de toute façon des conditions d'application moins rigoureuses que la seconde⁸⁵⁵. Comme le rappelle expressément l'art. 165 al. 3 CC, les époux ont toujours la faculté d'exclure le droit spécial de l'art. 165 al. 1 CC en concluant un contrat de travail conformément à l'art. 320 al. 1 CO⁸⁵⁶.

L'indemnité équitable prévue à l'art. 165 CC ne correspond pas au salaire que percevrait une personne dans une situation semblable sur la base d'un contrat de travail⁸⁵⁷. À cet égard, la situation de l'époux est moins favorable que le concubin ou le partenaire enregistré qui peut fonder ses prétentions sur l'art. 320 al. 2 CO. L'indemnité équitable est néanmoins considérée comme un salaire en espèces du point de vue des assurances sociales et est donc soumise à l'obligation de cotiser à l'AVS/AI/APG, à la LPP et à la LAA⁸⁵⁸.

La **LPart** ne contient pas de disposition légale semblable à l'art. 165 CC. Le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur le partenariat enregistré indique qu'« aucun système de compensation légal au sens des articles 164 et 165 CC n'est prévu en faveur du partenaire qui voue ses soins au ménage ou fournit des contributions extraordinaires à l'entretien de la famille »⁸⁵⁹. Selon PICHONNAZ, l'application par analogie de l'art. 165 CC aux partenaires enregistrés devrait néanmoins rester possible si la situation le justifie⁸⁶⁰.

Le Message relatif à la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe précise en revanche que l'ancienne jurisprudence

⁸⁵³ Dans ce sens : AUSBURGER-BUCHELI, Collaboration, p. 220 ; ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 165 CC N 69 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 501 et réf. cit. ; Message 1979, p. 1239 s. ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 47 ; PROSPERO, p. 97.

⁸⁵⁴ CR CO I-AUBERT, art. 320 CO N 9 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 319 CO N 14 ; PIOTET, Travail, p. 324 ss ; SANDOZ, Présomption, p. 31 et 43.

⁸⁵⁵ ATF 113 II 414 cons. 2a et 2b, JdT 1988 I 93, SJ 1988 209 ; 120 II 280 cons. 6a ; TF 5C.290/2006 du 9 mars 2007, cons. 2.1, in : FamPra.ch 2007, p. 633.

⁸⁵⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 498 ss ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 44 ss ; STETTLER/GERMANI, N 124 ss.

⁸⁵⁷ ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 165 CC N 53 ; Message 1979, p. 1240 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 10 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 23 et réf. cit. ; WESSNER, Collaboration, p. 185.

⁸⁵⁸ ATF 115 Ib 37, SJ 1990 63 ; 128 V 189 cons. 3a/bb ; GEISER, Erfahrungen, p. 46 ; WESSNER, Collaboration, p. 189.

⁸⁵⁹ Message LPart, p. 1215 s.

⁸⁶⁰ CR CC I-PICHONNAZ, art. 165 CC N 18. Pour les critiques formulées sur le sujet par d'autres auteurs, cf. FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/VETTERLI, art. 13 LPart N 39 ; GREMPER, p. 478 ; GRÜTTER/SUMMMERMATTER, p. 453.

rendue au sujet de l'art. 320 al. 2 CO pour les époux doit rester applicable aux partenaires enregistrés, « d'autant plus que la réglementation du régime matrimonial (art. 18 ss) se fonde sur la séparation des biens »⁸⁶¹. À défaut de contrat conclu entre les partenaires, il s'ensuit que la collaboration du partenaire à la profession ou à l'entreprise de l'autre doit être rétribuée si elle excède les limites du devoir d'entretien du partenaire prévu à l'art. 13 LPart et si les efforts de celui-ci ne sont compensés ni par l'élévation de son niveau de vie, ni par ses droits en cas de liquidation du régime, ni par ses espérances successorales⁸⁶². L'art. 320 al. 1 ou 2 CO doit être interprété largement pour les partenaires enregistrés⁸⁶³.

501 À notre avis, si le travail fourni par un partenaire enregistré dans l'entreprise de l'autre va au-delà du devoir d'assistance et l'est dans le but de garantir la prospérité du ménage commun, rien ne devrait empêcher les juges d'appliquer les règles de la société simple en lieu et place de l'art. 320 al. 2 CO puisqu'il n'existe, comme pour les concubins, aucune disposition légale prévoyant expressément la rétribution de la collaboration d'un des partenaires enregistrés à la profession ou à l'entreprise de l'autre.

502 En résumé, le travail fourni par l'un des membres du couple à la profession ou à l'entreprise de l'autre est rétribué très différemment selon que le couple vit en concubinage, en union conjugale ou en partenariat enregistré. En l'état actuel, le concubin ayant collaboré à l'industrie ou à la profession de son compagnon voit ses services rétribués sur la base d'un contrat de travail ou d'un contrat de société simple. Si le contrat de travail tacite a l'avantage de permettre au partenaire collaborant de recevoir un véritable salaire, la reconnaissance de l'existence d'une société simple n'emporte certains avantages pour le partenaire collaborant que dans l'hypothèse où la société affiche un bénéfice.

14.3.2. *Le travail au foyer*

503 Le droit du **concubin** d'exiger une rémunération fondée sur la fiction d'un contrat de travail au sens de l'art. 320 al. 2 CO pour l'activité ménagère qu'il a accomplie pendant la communauté de vie en l'absence d'une convention expresse est controversé en doctrine. Certains auteurs ont nié l'existence d'une telle prérogative, estimant qu'un rapport de subordination entre concubins est difficilement concevable et que le travail au foyer n'est pas une activité que

⁸⁶¹ Message LPart, p. 1215 s.

⁸⁶² cf. notamment ATF 113 II 414, JdT 1988 I 93 cons. 2 cc). Il s'agit de la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 165 CC.

⁸⁶³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 551, nbp 293 ; Message LPart, p. 1215 ; CommTrav-WYLER, art. 320 CO N 28.

L'on réalise dans le but d'être rémunéré⁸⁶⁴. Cette opinion doctrinale se concilie avec la jurisprudence de notre Haute Cour. Le Tribunal fédéral a effectivement jugé que la concubine qui, en échange de la tenue du ménage commun, reçoit de son compagnon des prestations en nature (nourriture et logement) et éventuellement de l'argent de poche, ne doit pas être considérée comme une personne *exerçant une activité lucrative*⁸⁶⁵. À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a encore jamais tranché la question de savoir si le concubin au foyer peut être rémunéré sur la base de l'art. 320 al. 2 CO. Vu le raisonnement susmentionné, il paraît cependant peu probable qu'il admette un jour une rémunération de l'activité ménagère du concubin sur la base d'un contrat de travail tacite.

Selon l'opinion d'autres auteurs, dont nous partageons le point de vue, l'application de l'art. 320 al. 2 CO ne devrait pas être d'emblée exclue⁸⁶⁶. Il serait faux de partir de l'idée que les rapports des concubins sont uniquement fondés sur l'affection et la générosité et d'ignorer l'idée de contre-prestations. Un examen des conditions de l'art. 320 al. 2 CO devrait par conséquent s'imposer dans chaque cas d'espèce. 504

Les tribunaux ont aussi examiné les actions du concubin tendant à obtenir une compensation pour le travail accompli au foyer sous l'angle de l'enrichissement illégitime. Aux termes de l'art. 62 CO, il y a enrichissement illégitime lorsqu'une personne bénéficie, sans cause légitime, d'une augmentation de son patrimoine aux dépens d'autrui. À la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit cependant que le Tribunal fédéral a toujours nié au concubin au foyer toute prétention fondée sur cette disposition légale⁸⁶⁷. Son refus repose essentiellement sur l'idée que le travail ménager fourni est en principe compensé par les avantages de la vie commune et qu'il n'y a, de ce fait, ni enrichissement ni appauvrissement corrélatif des concubins. Bien que la réalité de l'appauvrissement du concubin puisse paraître incertaine lorsqu'il a 505

⁸⁶⁴ Dans ce sens : BÜCHLER, *Vermögensrechtliche Probleme*, p. 76 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 40 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.43 ; THURNHERR, p. 50 ; WEBER, p. 157. Ces auteurs estiment que la rémunération est due en contrepartie de l'exécution d'un mandat et non d'un contrat de travail. Cf. aussi ATF 109 II 228, cons. 2a.

⁸⁶⁵ ATF 125 V 205, *in* : FamPra.ch 2000, p. 345 ss ; pour un arrêt plus récent, cf. TF 8C.900/2010 du 20 avril 2011. L'ATF 125 V 205 a créé un changement de jurisprudence. L'ancienne jurisprudence du TF estimait en effet que la femme qui tient le ménage et reçoit des prestations en nature et de l'argent de poche, devait être assimilée à une personne exerçant une activité lucrative dépendante et devait payer des cotisations d'assurances sociales (cf. ATF 110 V 1 et ATF 116 V 177). Pour une critique de la solution retenue dans la nouvelle jurisprudence du TF : cf. GROSSEN/GUILLOD, p. 276, qui estime que le concubin qui tient le ménage et reçoit des prestations en nature et de l'argent de poche doit être assimilé à une personne exerçant une activité lucrative dépendante. RABAGLIO, AVS, p. 199, regrette également la solution proposée par le TF, arguant que celle-ci aurait pour conséquence de n'offrir plus aucune protection au concubin en cas de chômage subséquent à la dissolution des liens de concubinage.

⁸⁶⁶ Dans ce sens : DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N 1043 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 276 ; PICHONNAZ, *Conventions*, p. 684 ; PULVER, *Union libre*, p. 78 et 80 ; WERRO, *Concubinage*, N 134.

⁸⁶⁷ ATF 87 II 164, JdT 1961 I 609 ; 97 I 407, JdT 1972 I 571.

d'une façon ou d'une autre profité de l'enrichissement, écarter d'emblée toute action en enrichissement illégitime nous paraît discutable compte tenu de l'hétérogénéité des concubinages. À notre sens, l'enrichissement illégitime pourrait être retenu dans le cas où l'un des concubins déploie à domicile une activité telle qu'il ne peut plus exercer une activité professionnelle en parallèle et ne tire pas de réels avantages de la vie commune. Dans cette hypothèse, l'autre partenaire fait l'économie d'un « employé », profite du travail domestique de son partenaire et s'enrichit sans contrepartie.

506 Le refus d'accorder au concubin une compensation pour le travail accompli au foyer relève de la volonté des juges de mettre sur un pied d'égalité concubins, époux et partenaires enregistrés ; le concubin ne devrait pas être rémunéré pour son travail au foyer puisque ce travail accompli par une personne mariée ou liée par un partenariat enregistré ne l'est pas non plus⁸⁶⁸. Cependant, le droit du mariage et la LPart contiennent diverses règles permettant d'appréhender de manière plus compréhensive la situation du partenaire au foyer : le travail accompli par le partenaire au foyer est en principe compensé par l'entretien qu'assure l'autre (art. 163 CC et art. 13 LPart) et, pour les personnes mariées, éventuellement en plus, par le montant versé pendant le mariage en vertu de l'art. 164 CC et par l'indemnité de l'art. 165 CC⁸⁶⁹. S'ajoutent, pour le conjoint dans la plupart des cas, un droit à une participation au bénéfice au moment de la liquidation du régime (art. 215 CC)⁸⁷⁰ et un droit à l'entretien après la fin de l'union (art. 125 CC et art. 34 LPart)⁸⁷¹. Par ailleurs, les partenaires formels bénéficient d'un droit à la moitié des expectatives de la prévoyance (art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS, 13^a LPGA, 122 à 124 CC)⁸⁷² et des expectatives successorales garanties par une réserve héréditaire (art. 462 et 471 CC)⁸⁷³. Le concubin resté au foyer ne profite pas de ces avantages.

507 Afin de remédier aux désavantages financiers subis par le concubin qui a assumé principalement les tâches ménagères et l'éducation des enfants, il est fortement recommandé aux concubins de fixer, par convention expresse, une rémunération ou une indemnité en sa faveur⁸⁷⁴. L'avantage d'une rémunération est de permettre au concubin resté au foyer de cotiser plus que le minimum aux assurances sociales (AVS/AI, assurance chômage et éventuellement prévoyance professionnelle) et donc d'améliorer ses revenus

⁸⁶⁸ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 165 CC N 9 ; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, art. 165 CC N 5.

⁸⁶⁹ Cf. *supra* § 8.2.

⁸⁷⁰ Cf. *supra* § 14.2.2.2.

⁸⁷¹ Cf. *infra* § 14.4.

⁸⁷² Cf. *infra* § 14.6.2.

⁸⁷³ Cf. *infra* § 11.7.3.

⁸⁷⁴ Dans le même sens : GABELLON, p. 57 s. ; GUILLOD, Familles, N 103 ; LUKS DUBNO, p. 153 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 685.

après l'âge de la retraite⁸⁷⁵. Si le concubin est resté partiellement actif professionnellement, la rémunération aura l'avantage de lui permettre d'améliorer son deuxième pilier avec l'aide de son partenaire. S'agissant du versement d'une indemnité, celle-ci peut être calculée forfaitairement ou être fixée proportionnellement au nombre d'années de vie commune et être payable au moment de la dissolution de l'union ou avant⁸⁷⁶.

Comme le relève GABELLON, « l'une des difficultés de la fixation d'une rémunération contractuelle expresse pour le concubin en charge de la majeure partie du ménage est que cette rémunération doit permettre d'atteindre un équilibre financier sur la durée, alors que les faits de la vie courante peuvent se modifier relativement facilement »⁸⁷⁷. Pour pallier cet inconvénient, il serait judicieux que les concubins prévoient, dans leur contrat, une clause d'adaptation en cas de changements prévisibles des circonstances et une clause de renégociation en cas de changements imprévisibles de circonstances⁸⁷⁸. 508

À défaut d'arrangement contractuel, l'avenir économique du concubin resté au foyer peut se révéler compromis, surtout en matière de prévoyance puisqu'en renonçant à une activité lucrative, le concubin ne peut se constituer ni un deuxième pilier ni un troisième pilier. 509

14.4. L'entretien post-union

Comme indiqué au chapitre 8.2., il n'y pas d'obligation légale d'entretien entre **concubins** pendant l'union⁸⁷⁹. Ce principe trouve sa prolongation dans l'absence d'un droit du concubin à l'entretien post-union⁸⁸⁰. Quelles que soient la cause de la dissolution de l'union, la durée de la vie passée en commun et la répartition des tâches convenue entre les concubins pendant la communauté de vie, le droit suisse ne consacre pas de devoir d'entretien en faveur d'un concubin au-delà de la fin de l'union⁸⁸¹ et les concubins ne peuvent pas demander à se voir appliquer par analogie le régime des contributions d'entretien en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré⁸⁸². 510

⁸⁷⁵ GABELLON, p. 57.

⁸⁷⁶ PICHONNAZ, Conventions, p. 682 s.

⁸⁷⁷ GABELLON, p. 58.

⁸⁷⁸ GABELLON, p. 58 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 685 s.

⁸⁷⁹ ATF 137 V 105 ; 112 Ia 251.

⁸⁸⁰ ATF 137 V 82 cons. 5.4 ; 137 V 133 cons. 4.2 ; 135 III 59 cons. 4.2, JdT 2009 I 627 ; TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 4 ; AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 62 ; BONETTI, Concubinage, p. 538 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.45 et 03.47 ss ; MEIER-HAYOZ, p. 592 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N 19.07.

⁸⁸¹ BÜCHLER/VETTERLI, p. 176 ; HERZ/WALPEN, N 58 ; CHK-NÄGELI/GUYER, p. 345 ; RUMO-JUNGO, Kindesunterhalt, p. 27.

⁸⁸² DUSSY, p. 46 ss ; GROSSEN/GUILLOD, p. 292 ; MARTY-SCHMID, p. 42 ; MONTINI/MONTINI, p. 386 ; NOIR-MANATA, p. 30.

511 À la lecture de la jurisprudence, nous constatons que même en présence d'un contrat de société simple, une pension alimentaire n'a encore jamais été accordée au concubin délaissé. Confrontée à la question de savoir si un contrat de société simple comprenait le versement d'une contribution d'entretien après la dissolution volontaire de l'union, le Tribunal fédéral a répondu négativement à la question en 2008⁸⁸³. Dans l'affaire en cause, l'argumentation de la demanderesse consistait à dire que le contrat de société par lequel son concubin et elle-même étaient liés « visait un but plus ample que la simple satisfaction des besoins du ménage pendant la vie commune » ; il portait également « sur la situation de chaque membre de la famille pour le futur, même en cas de séparation »⁸⁸⁴. Le Tribunal fédéral a refusé d'allouer une pension alimentaire à la demanderesse, laquelle avait rapidement interrompu toute activité professionnelle après le début de l'union pour s'occuper de l'éducation de l'enfant commun. La raison du refus du Tribunal fédéral d'accéder à la demande était que l'entretien de la demanderesse ne répondait pas au but commun du couple puisque leur relation avait pris fin. Pour pouvoir obtenir un droit de nature pécuniaire, la concubine délaissée aurait dû, pour les juges, apporter la preuve de la volonté de son partenaire de lui assurer son entretien après la fin de l'union. Cette preuve n'a pas pu être apportée en l'espèce.

512 D'après certains auteurs, la dissolution volontaire de l'union peut, selon les circonstances qui l'entourent, constituer une atteinte illicite à la personnalité (art. 28, 41 et 49 CO) et donner droit à une somme d'argent à titre de réparation morale⁸⁸⁵. À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a encore jamais donné une suite positive à un tel raisonnement. D'autres auteurs sont d'avis que la rupture de l'union peut entraîner le versement de dommages-intérêts pour la confiance déçue si la rupture a été provoquée en temps inopportun (art. 546 al. 2 CO)⁸⁸⁶. À la lecture de la jurisprudence sur le sujet, nous observons que des dommages-intérêts dans ce dernier cas sont admis très restrictivement au motif que les difficultés financières qui résultent de la rupture sont inhérentes à celle-ci et ne sont en conséquence pas suffisantes pour admettre le versement de dommages-intérêts⁸⁸⁷.

513 Force est donc de constater qu'un devoir d'entretien post-union entre ex-concubins n'a jamais été admis par le Tribunal fédéral en l'absence d'un engagement volontaire, unilatéral ou conventionnel. Si l'un des concubins a renoncé à exercer une activité professionnelle, pendant le temps de l'union,

⁸⁸³ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008.

⁸⁸⁴ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 4.

⁸⁸⁵ FRANK *et al.*, Konkubinats, p. 211 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 290 ; PULVER, Union libre, p. 59 ; THURNHERR, p. 75.

⁸⁸⁶ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 56 ; MARTY-SCHMID, p. 342 s. ; PICHONNAZ, Conventions, p. 695 ; WERRO, Concubinage, N 149 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 19 N 11. *Contra* : MEIER-HAYOZ, p. 589.

⁸⁸⁷ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 5.

pour se consacrer à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants, il est considéré avoir agi de son plein gré et de façon totalement désintéressée⁸⁸⁸. Le fait qu'il se trouve dans une situation économique précaire après la fin de l'union n'importe pas. En ne prévoyant pas d'obligation pour le parent non marié séparé de verser une contribution d'entretien, la législation actuelle ne laisse souvent pas d'autres choix au parent gardien non marié que celui de reprendre une activité professionnelle ou d'augmenter son taux d'activité pour pourvoir à son propre entretien. Cela entraîne pour les enfants une disponibilité parentale moindre. L'absence de contribution d'entretien après la dissolution de l'union libre peut, de ce fait, aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant de pouvoir bénéficier de la meilleure prise en charge possible⁸⁸⁹.

Si la dissolution de l'union libre n'entraîne pas d'obligation légale d'entretien d'un partenaire à l'égard de l'autre, le fait même de vivre en union libre peut avoir une influence sur la contribution d'entretien entre ex-époux ayant vécu en union libre quelques années avant de se marier. En effet, les tribunaux ont exceptionnellement accepté de prendre en compte la durée du concubinage précédant le mariage pour calculer la contribution d'entretien après divorce. Tel est le cas par exemple lorsque, durant la vie commune préalable au mariage, la situation d'un des concubins a été influencée, en particulier en raison de la prise en charge de l'éducation des enfants⁸⁹⁰.

Le droit du mariage prévoit des droits de nature pécuniaire exigibles non seulement pendant la durée du mariage, mais aussi après sa dissolution. En effet, les personnes mariées bénéficient d'un régime légal en vertu duquel ils peuvent prétendre réclamer une contribution d'entretien à leur conjoint non seulement pendant la vie commune (art. 173 al. 1 et 3 CC), en cas de suspension de la vie commune (art. 176 al. 1 chiffre 1 CC) et pendant la procédure de divorce (art. 276 CPC), mais également après le divorce (art. 125 CC).

L'art. 125 CC met en évidence deux principes complémentaires : celui du *clean break* et celui de la solidarité entre époux⁸⁹¹. Ces deux principes impliquent que chaque époux doit, en priorité, assurer dans la mesure de ses moyens son indépendance économique après le divorce, en s'engageant dans la vie professionnelle et en reprenant une activité lucrative. Les époux doivent, subsidiairement, supporter en commun les conséquences de la répartition des

⁸⁸⁸ Les prestations réciproques sont considérées comme relevant d'un devoir moral et ne peuvent être remboursées en l'absence d'un contrat, PULVER, Union libre, p. 36 s. et 59 ; SANDOZ, Problèmes, p. 48 ; WERRO, N 129.

⁸⁸⁹ Il est important de noter qu'avec le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017, le coût de la prise en charge assurée par l'un des parents sera intégré dans le calcul de la contribution d'entretien due par l'autre parent, cf. *infra* N 693.

⁸⁹⁰ ATF 135 III 59 cons. 4.4, JdT 2009 I 627 ; 132 III 598 cons. 9.2. Cf. aussi BOHNET/BURGAT et SIMEONI, lesquels analysent différents arrêts rendus sur le sujet.

⁸⁹¹ Sur le rapport entre ces deux principes et les critiques de la doctrine, cf. en particulier BÜCHLER/CLAUSEN, p. 6 ss.

tâches convenue entre eux pendant la durée du mariage, dans la mesure où celui-ci a concrètement influencé la situation financière de l'un des ex-conjoints, l'empêchant de pourvoir seul à son entretien après le divorce⁸⁹². S'il est vrai que le principe de l'indépendance économique des époux prime le droit à l'entretien, il n'en reste pas moins que le conjoint, contrairement au concubin, n'est pas inéluctablement abandonné à son sort à la fin de l'union.

517 La loi ne prévoit aucune méthode pour fixer le montant et la durée de l'entretien dû par un époux à l'autre⁸⁹³. Elle laisse au juge un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode qui lui paraît la plus adéquate et pour apprécier les circonstances du cas (art. 4 CC). Néanmoins, le juge doit, dans sa démarche, tenir compte des critères mentionnés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 CC⁸⁹⁴. Ces critères sont notamment la durée de l'union, les comportements respectifs des époux pendant le mariage, l'âge et l'état de santé des époux, les situations professionnelles et les besoins de chacun, dont ceux de celui qui a la garde des enfants⁸⁹⁵.

518 L'ampleur et la durée de la prise en charge de l'enfant est un critère déterminant pour calculer la contribution d'entretien due par l'ex-conjoint après un divorce. Le principe est de permettre au parent gardien de ne pas avoir à subvenir à ses propres besoins en reprenant une activité rémunérée à temps partiel ou à plein temps et de pouvoir ainsi continuer à consacrer le temps nécessaire aux plus jeunes enfants.

519 Lorsqu'une contribution d'entretien en faveur de l'époux divorcé a été admise par le juge, le droit prévoit de surcroît différents instruments permettant de s'assurer que l'époux débiteur s'exécute. La loi instaure un système d'aide au recouvrement et d'avances en faveur de l'ex-époux créancier (art. 131 CC)⁸⁹⁶. Elle prévoit également la possibilité d'adresser un

⁸⁹² ATF 127 III 289 cons. 2a/aa, JdT 2002 I 236 ; BARBEY, *Mariage*, p. 130 ; BÜCHLER/CLAUSEN, p. 3 ss ; *Message Divorce*, p. 31 ; PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, *Evolutions*, p. 59 ; SUTTER/FREIBURGHaus, *Rem. prélim.* art. 125-132 CC N 5.

⁸⁹³ ATF 135 III 153 cons. 8.4 ; 127 III 136 cons. 3a, JdT 2002 I 253 ; TF 5A_120/2008 du 25 mars 2008, cons. 2.1 ; 5A_132/2007 du 21 août 2007, cons. 4.1 ; 5C.221/2006 du 16 janvier 2007, cons. 3.1 ; BULLETTI, p. 77 ; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, art. 125 CC N 1 ; FamKomm Scheidung-SCHWENZER, art. 125 CC N 1. Généralement, il procède en trois étapes : il détermine le train de vie du couple avant la séparation (cf. ATF 134 III 577 cons. 8 ; 134 III 145 cons. 4, JdT 2009 I 153 ; 129 III 7 cons. 3.1.1 ; TF 5A_72/2008 du 13 mars 2008, cons. 3.1) ; il examine la capacité de chacun des époux à pourvoir lui-même à la couverture de ses besoins, puis arrête la contribution d'entretien appropriée en fonction des besoins du créancier et de la capacité contributive du conjoint débiteur (cf. ATF 134 III 145, JdT 2009 I 153 ; 134 III 577, JdT 2009 I 272 ; 137 III 102). Le juge peut, pour « des motifs d'équité », exclure l'octroi de celle-ci dans les cas limitativement énumérés à l'art. 125 al. 3 CC, cf. *Message Divorce*, p. 117.

⁸⁹⁴ Cf. ATF 127 III 136, cons. 2a ; TF, *FamPra.ch* 2010, p. 454 cons. 4.2. Sur la méthode utilisée pour fixer la contribution d'entretien, cf. ATF 135 III 153, cons. 8.1 ; 134 III 145, JdT 2009 I 153, SJ 2008 I 308 ; ATF 134 III 577, JdT 2009 I 272.

⁸⁹⁵ Pour une critique des critères, cf. notamment BÜCHLER/CLAUSEN, p. 20 ss.

⁸⁹⁶ L'ex-époux débiteur a la faculté de s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou à l'office désigné par le droit cantonal afin de recouvrer les contributions non versées.

avis aux débiteurs en ordonnant aux débiteurs de l'époux tenu de verser la contribution d'entretien d'opérer tout ou partie de ses paiements directement en mains de l'époux créancier (art. 132 al. 1 CC). Si « le débiteur persiste à négliger son obligation d'entretien ou qu'il y a lieu d'admettre qu'il se prépare à fuir, qu'il dilapide sa fortune ou la fait disparaître, le juge peut l'astreindre à fournir des sûretés appropriées pour les contributions d'entretien futures » (art. 132 al. 2 CC). Le débiteur qui ne respecte pas son obligation d'entretien se rend de plus coupable de violation d'une obligation d'entretien au sens de l'art. 217 CP et est, sur plainte du créancier ou du service désigné par le droit cantonal, punissable d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire⁸⁹⁷.

L'obligation d'entretien de l'art. 125 CC prend fin de par la loi au décès de l'époux créancier ou au décès de l'époux débiteur (art. 130 al. 1 CC). L'entretien se termine également si l'époux créancier se remarie, à moins que les ex-époux aient prévu le contraire dans une convention de divorce (art. 130 al. 2 CC). 520

À teneur de l'art. 34 al. 1 LPart, chaque **partenaire** doit pourvoir en principe lui-même à son entretien après la dissolution judiciaire du partenariat. La LPart s'écarte en ce sens de la solution prévue par le Code civil pour les personnes mariées, et consacre une solution comparable à celle appliquée aux partenaires non mariés, mais nuance l'appréciation de ce principe par les alinéas 2 et 3 de l'art. 34 LPart. L'allocation de contributions d'entretien à l'un des partenaires peut être justifiée dans deux hypothèses : le partenaire a limité son activité lucrative ou n'en a pas exercé en raison de la répartition des tâches durant l'union (art. 34 al. 2 LPart) ; ou encore le partenaire se retrouve dans le dénuement suite à la dissolution du partenariat (art. 34 al. 3 LPart). Dans la première hypothèse, la contribution d'entretien est due jusqu'à ce que le partenaire puisse à nouveau exercer une activité lui permettant de pourvoir lui-même à son entretien (art. 34 al. 2 LPart), mais peut-être même à vie si les circonstances le justifient⁸⁹⁸. Dans la seconde hypothèse, la contribution est due pour autant qu'elle puisse être raisonnablement exigée de l'autre partenaire (art. 34 al. 3 LPart). 521

Afin de fixer la durée et le montant de la contribution d'entretien, le juge est tenu de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment « la durée du partenariat enregistré, la répartition des tâches dont les partenaires avaient convenu, le train de vie pendant le partenariat enregistré, ainsi que les rapports financiers du couple »⁸⁹⁹. L'art. 34 al. 4 LPart renvoie par analogie aux articles 125 al. 3 CC et 126 à 132 CC. Les principes 522

⁸⁹⁷ Pour des développements détaillés sur la violation pénale d'une contribution d'entretien, cf. NEVES/PEREIRA.

⁸⁹⁸ Message LPart, p. 1248.

⁸⁹⁹ Message LPart p. 1248.

exposés au sujet de ces dispositions légales sont ainsi également applicables aux partenaires enregistrés.

523 La comparaison entre les trois types de couple mène au constat que le système juridique suisse ne prend aucunement en considération le besoin de solidarité qui peut exister entre les concubins alors qu'il le fait pour les ex-époux et les ex-partenaires enregistrés. Il considère le concubin resté au foyer comme ayant fait don de ses prestations et ne prévoit pas d'obligation pour le partenaire « riche » d'aider son compagnon « pauvre ». Il faut reconnaître que cette situation s'avère inéquitable surtout lorsque le concubinage a duré de nombreuses années et présenté les mêmes caractéristiques qu'un mariage ou qu'un partenariat enregistré. La durée de l'union peut avoir des conséquences sur le mode de vie des concubins ; l'un d'eux peut avoir assumé le rôle traditionnel de l'époux au foyer en cessant d'exercer un emploi pour tenir le ménage avec l'accord de son compagnon ou pour suivre ce dernier à l'étranger. Alors que les époux et les partenaires enregistrés sont tenus de supporter en commun les conséquences de la répartition des tâches convenue pendant l'union et les désavantages occasionnés à l'un deux par le mariage ou l'enregistrement du partenariat, c'est au concubin qui s'est sacrifié de la même manière, dans l'intérêt commun du couple au détriment de sa personne et avec l'assentiment de son partenaire, qu'il appartient d'assumer les conséquences patrimoniales d'un tel choix.

524 À ces critiques principales s'en ajoute encore une : l'absence de réglementation sur l'entretien post-union permet aujourd'hui au concubin économiquement fort de se libérer de sa responsabilité à l'égard de son compagnon et de la transférer à la collectivité publique. En effet, si l'un des concubins ne peut subvenir seul à son minimum vital après la séparation, il se verra contraint de faire appel à l'aide sociale, ce même si son ex-compagnon a la capacité financière de lui verser une contribution d'entretien⁹⁰⁰.

525 L'absence de règle légale sur la question de l'entretien n'empêche pas les concubins de convenir du versement d'une contribution d'entretien après la fin de l'union au profit du partenaire moins aisé⁹⁰¹. Afin de permettre au concubin de retrouver une certaine indépendance financière, l'autre concubin peut s'engager à lui verser, à la dissolution de l'union, une rente alimentaire ou un capital⁹⁰². Le versement d'un capital a l'avantage de régler le problème de l'entretien en une seule fois et peut paraître plus avantageux que le versement d'une rente alimentaire, en particulier parce que l'ex-concubin, contrairement à l'ex-époux et à l'ex-partenaire enregistré, ne dispose pas d'instruments spécifiques qui lui permettraient de s'assurer que son ex-

⁹⁰⁰ FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 s.

⁹⁰¹ GABELLON, p. 62. La validité de tels engagements a été confirmée par le TF, cf. ATF 24 II 823, JdT 1934 III 104.

⁹⁰² Pour un exemple de clause contractuelle à ce sujet, cf. PICHONNAZ, Conventions, p. 697.

compagnon s'exécute, mais uniquement de la procédure d'exécution forcée ordinaire. Le versement d'un capital n'est en revanche pas avantageux fiscalement pour le bénéficiaire (cf. *supra* § 9.1., N 254 ss)

L'engagement pris équivaut à une promesse de donner et doit revêtir la forme écrite conformément à l'art. 243 al. 1 CO⁹⁰³. La liberté de souscrire un tel engagement n'est pas illimitée ; il est essentiel qu'il respecte notamment les droits de la personnalité du concubin débiteur (art. 27 al. 2 CC)⁹⁰⁴. Pour le savoir, il convient de déterminer si l'engagement pris par le concubin débiteur est, par son étendue et sa durée, raisonnable compte tenu de sa situation économique et de la durée de la relation. À titre d'exemple, pourrait être frappé de nullité un accord obligeant un concubin à verser, en cas de séparation, une compensation financière tellement importante que son propre avenir économique serait mis en danger⁹⁰⁵. 526

Pour décider si une contribution d'entretien doit être concédée contractuellement et pour en fixer le montant et la durée, le couple peut s'inspirer des principes énoncés à l'art. 125 CC relatif à l'entretien post-divorce⁹⁰⁶. 527

Faute de convention conclue entre les concubins sur l'entretien post-union, le concubin délaissé ne dispose pas de moyen du droit ordinaire pour fonder sa demande. 528

14.5. Le sort du logement commun

14.5.1. *En cas de dissolution de l'union du vivant des partenaires*

En cas de séparation, seul le **concubin** titulaire des droits sur le logement est habilité à décider si son compagnon peut rester dans la maison ou l'appartement familial. En effet, le concubin non signataire du bail portant sur le logement commun ou non propriétaire du logement n'a aucune prétention à faire valoir en vue de conserver celui-ci⁹⁰⁷. Les mesures de protection judiciaire prévues pour les couples mariés et les couples de partenaires enregistrés ne s'appliquent pas aux couples de concubins. Le législateur n'a prévu aucune disposition légale permettant au juge d'attribuer le logement familial au concubin non titulaire des droits en cas de séparation et l'art. 28b CC, 529

⁹⁰³ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, cons. 4.

⁹⁰⁴ FRANK *et al.*, Konkubinats, p. 95 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 290 s.

⁹⁰⁵ GEISER, Geld, p. 889 ; PULVER, Union libre, p. 29. Cf. aussi MARTY-SCHMID, p. 68 pour des exemples d'engagements nuls entre concubins.

⁹⁰⁶ GABELLON, p. 62 s.

⁹⁰⁷ LACHAT, p. 187.

applicable aux couples vivant ensemble, ne permet pas au juge d’attribuer le logement définitivement à l’un des concubins (cf. *supra* § 8.3.)⁹⁰⁸.

530 Ainsi, lorsque le **logement est loué** par l’un des concubins seulement, le partenaire non-locataire doit quitter les lieux à la demande de son partenaire, à défaut de rapports juridiques particuliers entre les concubins, tels qu’un contrat de sous-location ou un contrat de prêt à usage. Le contrat se poursuit avec le concubin signataire du bail uniquement⁹⁰⁹. Si le concubin non locataire refuse de partir, « le locataire peut requérir son départ immédiat par le biais de mesures provisionnelles, dans le cadre d’une action possessoire en cessation du trouble fondée sur l’art. 928 CC »⁹¹⁰.

531 Le juge ne peut pas décider d’un transfert de bail en faveur de l’autre concubin, même si le concubin est titulaire de la garde des enfants communs. Comme le relèvent MONTINI/MONTINI, « l’on peut s’interroger sur la compatibilité d’une telle solution avec le principe de non-discrimination ancré à l’art. 14 CEDH, qui, selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, ne permet généralement pas de faire de distinction entre les enfants nés dans et hors mariage »⁹¹¹. Pour se conformer aux textes internationaux et éviter toute discrimination entre enfants nés de parents non mariés et enfants nés de parents mariés, ces mêmes auteurs proposent l’attribution du logement au concubin titulaire de la garde des enfants comme une mesure de protection de l’enfant fondée sur l’art. 307 CC⁹¹².

532 Actuellement, il est donc fortement recommandé aux concubins de signer le bail conjointement. L’avantage de la signature conjointe du contrat de bail est de permettre aux concubins d’être traités sur un pied d’égalité et d’avoir le même droit à rester dans l’appartement ou la maison en cas de séparation. Par ailleurs, la signature conjointe du bail fait naître un rapport de solidarité entre les colocataires⁹¹³. Le bailleur peut alors réclamer la totalité du loyer à l’un ou à l’autre des colocataires (cf. art. 144 CO). Le bailleur doit en plus exercer ses droits formateurs, comme la résiliation du bail ou la hausse de loyer, envers tous les colocataires, à peine de nullité⁹¹⁴.

533 La question de savoir si la résiliation du bail par l’un des partenaires est suffisante est discutée en doctrine. Certains auteurs estiment que la résiliation

⁹⁰⁸ FamKomm Scheidung-BÜCHLER, art. 121 CC N 28 ; BSK ZGB I-GLOOR, art. 121 CC N 2 ; WEBER, Schutz, p. 33.

⁹⁰⁹ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 33 ; GLOOR, Zuteilung, p. 80 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 278.

⁹¹⁰ DIETSCHY-MARTENET, p. 100.

⁹¹¹ MONTINI/MONTINI, p. 391, en rapport avec l’arrêt Zaunegger contre Allemagne, n° 22028/04 du 3 décembre 2009 et l’arrêt Emonet et autres contre Suisse, n° 39051/03 du 13 décembre 2007.

⁹¹² MONTINI/MONTINI, p. 391.

⁹¹³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 6 et 26.

⁹¹⁴ TF 4A_189/2009 du 13 juillet 2009, cons. 2.1. ; 4C.331/1993 du 20 juin 1994, cons. 5b. Selon la doctrine majoritaire, l’envoi d’un pli unique adressé à l’ensemble des locataires suffit, CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 33 ; DIETSCHY-MARTENET, p. 116 ; LACHAT, p. 638.

du bail par l'un des concubins seulement devrait être admise par le bailleur pour éviter que celui des partenaires qui souhaite résilier ne soit privé de son droit de résiliation⁹¹⁵. D'autres auteurs considèrent en revanche que la résiliation n'est possible qu'avec l'accord des deux partenaires (résiliation collective), sous peine de nullité⁹¹⁶. C'est à cette seconde opinion que nous nous rallions.

Afin de clarifier les rapports externes et internes en cas de dissolution de l'union, certains auteurs proposent d'intégrer dans le contrat de bail une clause stipulant que chaque colocataire peut résilier le contrat de bail en ce qui le concerne⁹¹⁷. Les concubins devraient convenir avec le bailleur qu'il s'engage à conclure un nouveau contrat de bail avec le concubin restant, à condition que ce dernier soit suffisamment solvable. En effet, et à défaut d'accord du bailleur, le concubin qui quitte le logement restera tenu pour le paiement des loyers. À ces clauses de base doivent s'ajouter, selon nous, deux clauses supplémentaires réglant les rapports internes des colocataires : une première prévoyant à quelles conditions et qui des deux concubins restera dans le logement à la fin de l'union et une seconde fixant le délai imparti au concubin sortant pour quitter le logement⁹¹⁸. En effet, des difficultés considérables peuvent s'ajouter en pratique s'il y a séparation des concubins et absence d'accord entre ces derniers sur celui des partenaires qui partira ou demeurera dans le logement⁹¹⁹.

Lorsque le **logement est la propriété** de l'un des concubins exclusivement, le propriétaire dudit logement peut exiger le départ de son compagnon à tout moment. Ce dernier ne peut invoquer aucun droit au maintien dans les lieux. En cas de refus de quitter le logement, le concubin propriétaire peut déposer une requête en évacuation (art. 257 et 343 CPC) ou une plainte pénale pour violation de domicile (art. 186 CP) contre son compagnon. Dans cette dernière hypothèse, celui-ci s'exposerait alors à une peine privative de liberté de trois ans au plus ou à une peine pécuniaire.

Dans le cas où le **logement appartient en copropriété** aux concubins et que le couple n'est pas parvenu à un arrangement, la loi ne prévoit pas l'attribution en entier de l'appartement ou de la maison familiale à l'un des partenaires. Ce sont uniquement les règles ordinaires des droits réels qui s'appliquent, en particulier l'art. 651 CC. Aux termes de l'alinéa 2 de cette disposition légale, le juge ordonne, à défaut d'accord entre les copropriétaires, le partage en nature

⁹¹⁵ Dans ce sens : PULVER, Union libre, p. 70 ; ZIHLMANN/STRUB, p. 126.

⁹¹⁶ Dans ce sens : ATF 136 III 431 cons. 3 et 4 ; TF 4A_352/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3.2 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 279 ; LCHAT, p. 637 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 690 ; WEBER, Mietvertrag, p. 170.

⁹¹⁷ HAUSER, p. 37 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

⁹¹⁸ Dans ce sens également, HAUSER, p. 38 ; PULVER, Union libre, p. 70 pour qui un recours au juge est possible.

⁹¹⁹ HERZ/WALPEN, N 28.

et, si la chose ne peut être divisée sans diminution notable de sa valeur, la vente aux enchères publiques ou entre les copropriétaires. Il en va de même en cas de **propriété commune sur le logement familial** ; conformément à l'art. 654 al. 2 CC, « le partage s'opère, sauf disposition contraire, comme en matière de copropriété ». En règle générale, le juge aboutira à la vente du bien en cas de désaccord persistant entre les copropriétaires ou les propriétaires en mains communes.

537 Lorsque le logement est détenu en propriété par l'un des concubins seulement, il est recommandé aux partenaires de prévoir conventionnellement qui des deux conservera le logement à la fin de l'union et à quelles conditions. Afin de clarifier la situation en cas de dissolution volontaire de l'union par rapport au logement et de protéger les intérêts et les droits des deux concubins, ces derniers auraient avantage à conclure entre eux un contrat de bail par écrit, dans lequel seraient précisés le montant du loyer, la durée du bail, ainsi que les délais de résiliation⁹²⁰.

538 Une autre solution serait de constituer un usufruit (art. 745 ss CC) ou un droit d'habitation (art. 776 ss CC) sur l'appartement ou la maison familiale en faveur du concubin non propriétaire⁹²¹. La constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation en matière d'immeuble requiert la forme authentique. Pour être valable, l'usufruit et le droit d'habitation doivent en plus être inscrits au registre foncier⁹²².

539 Cette solution peut aussi être envisagée lorsque le logement est en copropriété ou en propriété commune. Dans ce cas, l'usufruit ou le droit d'habitation porte sur la part respective de chacun des concubins en faveur de l'autre partenaire⁹²³. L'avantage de ces instruments est de garantir au concubin restant la possession de la totalité du logement même au-delà de la dissolution de l'union.

540 Le droit d'habitation est un droit moins complet que l'usufruit. En effet, l'usufruit confère à son titulaire un droit complet d'usage, de jouissance et de gestion du logement (art. 745 al. 2 et 755 al. 1 et 2 CC)⁹²⁴, tandis que le droit d'habitation offre à son titulaire le droit d'habiter dans le logement ou d'en occuper une partie (art. 776 al. 1 CC).

541 Quant aux charges incombant au titulaire du droit, elles ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'un usufruit ou d'un droit d'habitation. Les charges que doit supporter le titulaire du droit d'habitation sont moins lourdes que

⁹²⁰ BONETTI, Concubinage, p. 537 ; HERZ/WALPEN, N 63.

⁹²¹ BONETTI, Concubinage, p. 537 ; FAVRE, Concubinage, p. 158 ; LUKS DUBNO, p. 153 ; PICHONNAZ, Conventions, 689 ss.

⁹²² BSK ZGB II-MÜLLER, art. 772 CC N 10 ; STEINAUER, Les droits réels III, N 2486a.

⁹²³ BADDELEY, Usufruit, p. 280.

⁹²⁴ STEINAUER, Les droits réels III, N 2405. L'usufruitier peut exercer son droit sans nécessairement habiter dans le logement.

celles de l'usufruitier. Le premier n'a à régler ni les intérêts hypothécaires de la dette grevant le logement ni les impôts liés à l'utilisation de ce dernier⁹²⁵ ; il est tenu de s'acquitter des réparations ordinaires d'entretien du logement s'il a l'usage exclusif de celui-ci (art. 778 al. 1 et 2 CC)⁹²⁶. À l'inverse, l'usufruitier doit supporter notamment les frais ordinaires d'entretien et les dépenses d'exploitation, les impôts, les intérêts de la dette hypothécaire, les autres redevances ainsi que les primes d'assurance (art. 765 et 767 CC)⁹²⁷.

L'usufruit et le droit d'habitation peuvent être assortis des conditions et effets souhaités par le couple. Afin d'assurer une certaine protection au concubin grevé de la servitude personnelle, un terme extinctif pourrait être fixé. À l'arrivée de ce terme, le concubin propriétaire du logement peut exiger le départ de son partenaire et requérir la radiation de l'inscription de l'usufruit ou du droit d'habitation au registre foncier (art. 748 al. 2 CC)⁹²⁸. 542

Conscient de l'importance sociale du logement pour la famille, le législateur a introduit, dans le droit du **divorce**, l'art. 121 CC⁹²⁹. Conformément à l'alinéa 1 de l'art. 121 CC, le juge peut décider de transférer les droits et obligations résultant du contrat de bail portant sur le logement familial à l'un des époux. Si l'appartement ou la maison familiale appartient à l'un des conjoints, l'alinéa 3 de l'art. 121 CC permet au juge d'attribuer un droit d'habitation de durée limitée à l'époux qui n'est pas propriétaire, « moyennant une indemnité équitable ou une déduction équitable de la contribution d'entretien ». L'attribution du logement familial à l'un des époux est indépendante des autres prétentions pécuniaires que les époux peuvent avoir l'un contre l'autre⁹³⁰. 543

L'art. 121 CC est de droit impératif ; il prévaut non seulement sur un éventuel contrat de mariage, mais aussi sur le contrat de bail⁹³¹. Il est applicable par analogie en cas d'annulation du mariage (art. 109 al. 2 CC), mais n'est applicable ni en cas de décès de l'un des époux (cf. art. 219, 244 CC), ni dans le cadre d'une procédure en séparation de corps (cf. art. 118 al. 2 CC qui 544

⁹²⁵ MOOSER, Droit d'habitation, p. 343 ss ; STEINAUER, Le droits réels III, N 2507.

⁹²⁶ Sur les obligations du titulaire du droit d'habitation, notamment quant au paiement des charges d'entretien, cf. MOOSER, Le droit d'habitation, p. 321 ss. Pour plus de détails sur la répartition des charges selon que l'ayant droit a la jouissance exclusive de la maison ou de l'appartement ou qu'il exerce son droit en commun avec le propriétaire, cf. STEINAUER, Les droits réels III, N 2508 ; BSK ZGB II-MOOSER, art. 778 CC N 7 ss.

⁹²⁷ PROTET D., Droits réels limités, N 563 à 573. L'usufruitier est considéré comme propriétaire du point de vue de l'impôt sur le revenu et la fortune, MOOSER, Usufruit, p. 303.

⁹²⁸ STEINAUER, Les droits réels III, N 2465.

⁹²⁹ Sur l'importance du logement pour la famille, cf. Message 1979, p. 1247.

⁹³⁰ Notamment les prétentions concernant les contributions d'entretien ou la liquidation du régime matrimonial, BSK ZGB I-GLOOR, art. 121 CC N 3.

⁹³¹ CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 5 ; WEBER, Schutz, p. 37.

renvoie à l'art. 176 al. 1), ni pendant la suspension de la vie commune (cf. art. 176 al. 1 ch. 2 CC)⁹³².

545 Que le logement soit loué à un seul époux (art. 121 al. 1 et 2 CC) ou propriété d'un seul époux (art. 121 al. 3 CC), les conditions générales d'attribution du logement par le juge à l'un des conjoints sont presque identiques⁹³³. Trois conditions doivent être remplies : il doit s'agir du « logement familial »⁹³⁴, la présence d'enfants⁹³⁵ ou d'autres motifs importants⁹³⁶ doivent justifier l'attribution du logement et cette mesure doit pouvoir être raisonnablement imposée à l'autre conjoint⁹³⁷. Cette dernière condition implique que le juge apprécie l'ensemble des circonstances et pèse tous les intérêts en présence⁹³⁸.

546 Les effets des deux mesures prévues à l'art. 121 CC diffèrent. En cas de transfert du bail (art. 121 al. 1 et 2 CC), l'époux qui n'est plus locataire perd cette qualité car la relation contractuelle entre le bailleur et lui est rompue⁹³⁹. Il reste solidairement responsable du loyer jusqu'à la fin du bail, mais au maximum pour une durée de deux ans à compter de l'entrée en force de la décision judiciaire entraînant le transfert du bail (art. 121 al. 2 CC)⁹⁴⁰. Quant au conjoint attributaire du logement, il reprend le contrat de bail avec tous les

⁹³² BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 346. Pour plus de détails sur l'attribution du logement dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, cf. BARRELET, N 38 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 656 ss.

⁹³³ BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 341 ; REUSSER, p. 200 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 9 et réf. cit. Il existe une condition supplémentaire dans l'hypothèse où le logement appartient à l'un des époux : le droit d'habitation ne peut être attribué que moyennant le versement, par l'époux demandeur, d'une indemnité équitable ou une déduction équitable de la contribution d'entretien (cf. art. 121 al. 3 CC).

⁹³⁴ Cette notion est la même que celle retenue à l'art. 169 CC, BSK ZGB I-GLOOR, art. 121 CC N 1 ; Message Divorce, p. 99.

⁹³⁵ L'intérêt des enfants est prioritaire, FamKomm Scheidung-BÜCHLER, art. 121 CC N 9 et N 18 ; Message Divorce, p. 99 ; REUSSER, p. 197 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 12.

⁹³⁶ En dehors de la présence d'enfants, le conjoint non titulaire des droits peut faire valoir son intérêt propre, comme un motif professionnel, financier, social ou de santé, cf. BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 348 ; FamKomm Scheidung-BÜCHLER, art. 121 CC N 10 et N 18 ; REUSSER, p. 192 ; SUTTER/FREIBURGHaus, art. 121 CC N 23.

⁹³⁷ Tel ne serait notamment pas le cas si le loyer devait être manifestement excessif au vu de la situation économique du demandeur, Message Divorce, p. 99.

⁹³⁸ FamKomm Scheidung-BÜCHLER, art. 121 CC N 9 ; Message Divorce, p. 99.

⁹³⁹ LACHAT, p. 594 ; WESSNER, Bail, p. 25.

⁹⁴⁰ BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 356 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 218d. Pour plus de détails sur les conséquences de l'attribution du logement pour le bailleur et le locataire initial, cf. BARRELET, N 57 ss et N 62 ss.

droits et obligations y afférents, sans avoir à obtenir l'approbation du bailleur⁹⁴¹.

Lorsque le logement appartient à l'un des conjoints, « l'article 121 CC ne concède pas de droit au transfert de la propriété en cas de divorce », ni même de droit à la constitution d'un usufruit⁹⁴². L'époux non titulaire des droits peut se voir accorder uniquement un droit d'habitation, pour une durée déterminée (art. 121 al. 3 CC). Le droit d'habitation peut être inscrit au registre foncier (art. 958 CC), mais son inscription n'est que déclarative (art. 963 al. 2 CC)⁹⁴³. L'époux requérant doit, au surplus, verser une indemnité équitable au conjoint propriétaire ou supporter une déduction équitable sur la contribution d'entretien qu'il reçoit (art. 121 al. 3 CC)⁹⁴⁴.

Si le logement familial est détenu en copropriété par les époux, les articles 205 al. 2 et 251 CC permettent à chacun d'eux de demander, dans le cadre de la liquidation du régime, l'attribution du logement dans son entier. L'époux demandeur doit justifier d'un intérêt prépondérant, lequel peut par exemple consister dans le fait que l'époux demandeur a pris une part décisive dans l'achat du logement⁹⁴⁵. L'époux requérant doit de surcroît être en mesure d'indemniser son conjoint. Le montant de l'indemnité à verser se calcule sur la base de la valeur vénale du bien dans son entier et peut être supérieur à la somme des quotes-parts⁹⁴⁶. Les articles 205 al. 2 et 251 CC sont également applicables lorsque le logement appartient en main commune aux époux et que la propriété commune est liquidée selon les règles sur la copropriété (cf. art. 654 al. 2 CC)⁹⁴⁷.

Hormis la possibilité d'attribuer le logement en propriété exclusive à l'un des époux (art. 205 al. 2 et 251 CC), le juge peut aussi grever d'un droit

⁹⁴¹ LACHAT, p. 594. Pour des exemples de droits et d'obligations transférés à l'époux attributaire, cf. WEBER, Schutz, p. 35 ; WESSNER, Bail, p. 24. « L'on peut ainsi parler d'un transfert de bail, intervenant de par la loi sur la base d'un jugement constitutif, qui entraîne une substitution de la qualité de locataire », BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 352. Le bailleur n'a pas la faculté de s'opposer à ce transfert, BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 357. Pour plus de détails sur les effets de l'attribution du logement selon que le logement est loué, cf. BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 352 ; CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 14 ss.

⁹⁴² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 218f ; Message Divorce, p. 100.

⁹⁴³ CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 21 ; Message Divorce, p. 100 s.

⁹⁴⁴ Pour plus de détails sur les effets de l'attribution du logement selon que le logement est la propriété d'un époux, cf. BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 358 ss ; CR CC I-SCYBOZ, art. 121 CC N 21 ss.

⁹⁴⁵ Pour des exemples dans lesquels un intérêt prépondérant est admis, cf. ATF 119 II 197 cons. 2 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1146a ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 205 CC N 11. Si l'époux requérant ne parvient pas à démontrer l'existence d'un intérêt prépondérant, le bien est en principe partagé selon les modalités prévues à l'art. 651 al. 2 CC, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1145 ; FRANK, Grundprobleme, p. 55 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 205 CC N 14 ; STETTLER/WAELTI, N 336.

⁹⁴⁶ ATF 138 III 150 cons. 5.1.2 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 205 CC N 17 ; CHK-RUMO-JUNGO, art. 205 CC N 10 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 205 CC N 12 ; STETTLER/WAELTI, N 335.

⁹⁴⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1146 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 205 CC N 11 ; CR CC I-PILLER, art. 251 CC N 4 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 205 CC N 8.

d'habitation la part de copropriété ou de propriété commune de l'ex-époux non attributaire du logement familial conformément à l'art. 121 al. 3 CC⁹⁴⁸.

550 Le régime de la communauté de biens ne connaît pas de disposition analogue aux articles 205 al. 2 et 251 CC. Ainsi, le logement appartenant en copropriété aux époux ne peut être attribué à l'un ou à l'autre des conjoints par décision du juge⁹⁴⁹. Aux termes de l'art. 244 al. 3 CC, chacun des époux a, en revanche, la faculté de solliciter soit la propriété exclusive du logement en imputation sur sa part, soit l'attribution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation sur le logement, à condition que ledit logement soit compris dans les biens communs du couple. L'époux demandeur doit pouvoir justifier d'un intérêt prépondérant et doit invoquer l'art. 244 al. 3 CC au moment de la liquidation du régime⁹⁵⁰.

551 Pour les **partenaires enregistrés**, l'art. 32 LPart, qui correspond largement à ce que prévoit l'art. 121 CC⁹⁵¹, règle la question de l'attribution du logement commun. Les conditions de cette disposition légale sont identiques à celles de l'art. 121 CC, raison pour laquelle renvoi est fait à ce qui a été exposé au sujet des personnes mariées⁹⁵². Relevons toutefois que la terminologie employée à l'art. 32 LPart change de celle utilisée à l'art. 121 CC. En effet, l'art. 32 LPart fait référence au « logement commun » et à de « justes motifs », mais cette dernière notion est analogue à celle de « motifs importants » de l'art. 121 CC⁹⁵³. Si le logement est en copropriété, l'un des partenaires peut en demander la propriété exclusive. Cette demande est fondée sur l'art. 24 LPart qui reprend en des termes identiques l'art. 205 al. 2 CC.

552 Cette comparaison nous mène au constat que le sort du logement des époux et des partenaires enregistrés est réglé dans la loi en cas de dissolution volontaire de l'union, alors qu'il n'existe aucune règle d'attribution préférentielle du logement en faveur de l'un des concubins. La situation des concubins désunis face à leur logement n'est pas réglementée en droit suisse et les possibilités offertes aux époux et aux partenaires enregistrés n'ont pas été étendues aux personnes vivant en union libre⁹⁵⁴. Il ne reste aux personnes non

⁹⁴⁸ BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 358 s.

⁹⁴⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1521 ; CR CC I-STEINAUER, art. 205 CC N 14. Le partage de la copropriété se fait selon les dispositions générales sur le partage de la copropriété (art. 246 CC).

⁹⁵⁰ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 244 CC N 18 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 244 CC N 50 ; CR CC I-MEIER, art. 244 al. 2 CC N 11. Pour la détermination de l'intérêt prépondérant, cf. art. 245 CC et 205 al. 2 CC, CR CC I-MEIER, art. 244 CC N 11. L'art. 244 al. 3 CC peut être écarté par contrat de mariage, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1593j.

⁹⁵¹ BSK ZGB I-GLOOR, art. 121 CC N 2.

⁹⁵² BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 362. Pour plus de détails sur le sort du logement commun en cas de dissolution du partenariat, cf. FANKHAUSER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 32 LPart N 14 ss et 23 ss.

⁹⁵³ BLASER/KOHLER-VAUDAUX, p. 362.

⁹⁵⁴ Cf. TF 5A_337/2015 du 5 octobre 2015, cons. 4.2. dans lequel le TF exclut expressément l'application par analogie de l'art. 205 al. 2 CC aux couples non mariés.

mariées et non enregistrées que les solutions tirées du droit ordinaire. En raison des tensions qui peuvent exister lors de la séparation du couple, le choix et la mise en place de ces solutions peuvent s'avérer délicats. Aussi est-il fortement recommandé aux concubins de décider de la solution la plus adaptée à leurs besoins en amont, soit bien avant une éventuelle mésentente et une séparation.

14.5.2. *En cas de dissolution de l'union consécutive au décès de l'un des partenaires*

Le législateur suisse n'a pas réglementé expressément le sort du logement des concubins, des époux et des partenaires enregistrés dans l'hypothèse du décès de l'un des partenaires. C'est le régime ordinaire du droit des successions qui s'applique. 553

Lorsque le **titulaire du contrat de bail** sur le logement décède, les droits et obligations découlant du bail sont transférés à ses héritiers (art. 266i CO). Parmi eux figurent le conjoint ou le partenaire enregistré, à l'exclusion du concubin (cf. art. 462 CC)⁹⁵⁵. Le concubin survivant n'est pas un héritier légal de sorte qu'il ne peut se substituer au défunt dans les rapports de bail que s'il a été institué héritier (cf. art. 483 CC)⁹⁵⁶. À défaut, le concubin survivant n'est pas assuré de pouvoir demeurer dans le logement au décès de son compagnon. À l'inverse, le conjoint et le partenaire enregistré survivant prennent la place du locataire dans le contrat de bail, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer⁹⁵⁷. 554

La situation n'est pas très différente si le **logement commun appartient au défunt**. En effet, le droit de propriété est transmis aux héritiers. Si le défunt n'a pas légué à son concubin un usufruit (art. 745 ss CC) ou un droit d'habitation (art. 776 ss CC) sur le logement ou la pleine propriété dudit logement, le concubin survivant n'a aucun droit à faire valoir sur l'appartement ou la maison familiale. Il ne peut pas demander l'attribution du logement, pas même sur son éventuelle part (cf. art. 612a CC *a contrario*)⁹⁵⁸. Il en va de même si le **logement appartient en copropriété** aux concubins ; le concubin survivant ne peut pas demander à recevoir la part de copropriété de son défunt compagnon en priorité sur sa part successorale contrairement au conjoint et au partenaire enregistré. 555

⁹⁵⁵ CR CO I-LACHAT, art. 266/ CO N 2. Pour plus de détails sur le sort du logement familial en cas de décès de l'un des locataires, cf. WEBER, Schutz, p. 39.

⁹⁵⁶ HERZ/WALPEN, N 43 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

⁹⁵⁷ Le droit français et le droit allemand prévoient cette possibilité pour le concubin survivant également, lequel se voit donc transférer le bail au décès de son compagnon sous réserve de certaines conditions. Pour plus de détails, cf. DIETSCHY-MARTENET, p. 56 ss pour la solution française et p. 81 ss pour la solution allemande.

⁹⁵⁸ WAELTI, N 18.

556 Le conjoint survivant est davantage protégé dans ses intérêts que le concubin survivant. Les articles 219 et 244 CC en matière matrimoniale et l'art. 612a CC en matière successorale, lui permettent de conserver le même environnement de vie qu'avant le décès de son conjoint⁹⁵⁹.

557 Conformément à l'art. 219 CC, le conjoint survivant peut demander, en imputation sur sa part au bénéfice de l'union conjugale, l'attribution d'un droit d'usufruit ou d'habitation sur la maison ou l'appartement conjugal (al. 1) et, subsidiairement, la propriété du logement et du mobilier de ménage (al. 2 et 3)⁹⁶⁰. L'art. 244 al. 1 et 2 CC adapte au partage de la communauté de biens les principes énoncés à l'art. 219 CC. À la différence de l'art. 219 CC, l'art. 244 CC prévoit en priorité l'attribution de la propriété du logement (al. 1), et seulement subsidiairement celle d'un usufruit ou d'un droit d'habitation (al. 2)⁹⁶¹. En outre, il ne précise pas que le conjoint survivant peut faire valoir le droit à l'attribution du logement « pour assurer le maintien de ses conditions de vie ».

558 Les possibilités mentionnées aux articles 219 et 244 CC n'ont pas été étendues au régime de la séparation de biens⁹⁶². Le privilège accordé au conjoint survivant dans le cadre des régimes matrimoniaux de la participation aux acquêts et de la communauté de biens n'est pas étendu non plus au **partenaire enregistré** survivant. En vertu de l'art. 25 LPart, les partenaires ont cependant la faculté d'adopter « une réglementation spéciale sur les biens pour le cas de la dissolution du partenariat enregistré ». Les articles 219 et 244 CC qui visent justement la dissolution du régime pourraient dès lors être valablement adoptés par convention par les partenaires enregistrés⁹⁶³.

559 Le conjoint et le partenaire enregistré survivants peuvent aussi faire valoir le droit successoral à l'attribution du logement et du mobilier de ménage que leur réserve l'art. 612a CC⁹⁶⁴. Le but poursuivi par cette disposition légale est le

⁹⁵⁹ PIOTET, *Traité*, p. 781 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 219 CC N 1 ; STEINAUER, *Successions*, N 1258 ; STETTLER/WAELTI N 453.

⁹⁶⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1385 ; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 219 CC N 34 ; STETTLER/WAELTI, N 336. Pour les conditions de la prétention de l'art. 219 CC, cf. notamment CHK-RUMO-JUNGO, art. 219 CC N 2 ss ; CR CC I-STEINAUER, art. 219 CC N 7 ss. Pour plus de détails sur l'usufruit de l'art. 219 CC, cf. BADDELEY, *Usufruit*, p. 274 ss.

⁹⁶¹ Pour les conditions à l'application de l'art. 244 CC, cf. en particulier, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1593e ss ; CR CC I-MEIER, art. 244 al. 2 CC N 10.

⁹⁶² WEBER, *Schutz*, p. 37. Les couples soumis à ce régime peuvent néanmoins convenir d'un usufruit ordinaire (art. 745 ss CC) en faveur du conjoint survivant, BADDELEY, *Usufruit*, p. 276.

⁹⁶³ BADDELEY, *Usufruit*, p. 277.

⁹⁶⁴ Sur le caractère successoral de cette règle, CHK-MEYER, art. 612a CC N 1 ; SCHLEISS, p. 40 ; STEINAUER, *Successions*, N 1258 ; PraxKomm-WEIBEL, art. 612a CC N 2 ; WERRO, *Concubinage*, N 589 ; BK WOLF/EGGEL, art. 612a CC N 3. L'art. 612a al. 4 CC confère les mêmes droits au conjoint survivant et au partenaire enregistré survivant. Par ailleurs, seul est visé le logement principal occupé par les époux ou les partenaires enregistrés, ATF 116 II 281, JdT 1993 I 336 ; STEINAUER, *Successions*, N 1263 ; BK WOLF/EGGEL, art. 612a CC N 12 ss. Pour les locaux utilisés pour la continuation de la profession ou de l'entreprise du *de cuius* par un descendant, cf. art. 612a al. 3 CC et STEINAUER, *Successions*, N 1264.

même qu'en matière matrimoniale. L'art. 612a CC permet au conjoint survivant et au partenaire enregistré survivant de revendiquer, en imputation sur leur part successorale, soit la propriété du logement et du mobilier de ménage, soit un usufruit, soit un droit d'habitation dans la mesure où le logement et le mobilier de ménage font partie de la succession (art. 612a al. 1 et 2 CC).

L'art. 612a CC, de nature successorale, complète les articles 219 et 244 CC 560 et peut s'avérer particulièrement utile dans les hypothèses suivantes : lorsque le couple est soumis au régime de la séparation de biens, ou si le conjoint survivant n'a pas fait ou n'a pas pu faire valoir son droit à l'attribution du logement dans la liquidation du régime, ou si l'application des articles 219 ou 244 CC a été exclue par contrat de mariage⁹⁶⁵. Toutefois, la prétention de l'art. 612a CC peut être écartée par le défunt dans une disposition pour cause de mort⁹⁶⁶, alors que celle de l'art. 219 ou de l'art. 244 CC ne peut l'être que par contrat de mariage⁹⁶⁷.

Tandis que la loi règle de manière relativement détaillée le sort du 561 logement des époux et des partenaires enregistrés dans l'hypothèse du décès, elle ne contient aucune disposition sur le sort du logement en cas de décès d'un des concubins. La situation des concubins à l'égard du logement familial n'est pas très différente selon que la séparation du couple est volontaire ou consécutive au décès de l'un d'eux ; dans ces deux situations, c'est aux concubins seuls qu'il incombe de se réserver, au moyen du droit commun, des droits sur le logement. Pour ce faire, il existe différentes techniques juridiques, lesquelles diffèrent en fonction des hypothèses envisagées.

Pour le logement loué, les concubins ont la possibilité d'assurer le droit de 562 chacun d'eux de continuer à vivre dans le logement en concluant un contrat de bail en co-titularité. Ce contrat est aussi opposable aux héritiers du concubin décédé, et permet au concubin survivant de demeurer seul dans l'appartement ou la maison familiale.

Dans l'hypothèse où le logement est détenu par l'un des partenaires sur le 563 fondement d'un droit réel, les concubins peuvent envisager la conclusion d'un contrat de bail⁹⁶⁸. Ce contrat de bail devrait contenir une clause sur la durée du bail et le montant du loyer exigé au concubin survivant. Le bail peut être annoté au registre foncier (art. 261b al. 1 CO), ce qui le rend opposable aux

⁹⁶⁵ CR CC I-MEIER, art. 244 CC N 6 ; CHK-MEYER, art. 612a CC N 1 ; FamKomm Scheidung-STECK, art. 219 CC N 8 ; CR CC I-STEINAUER, art. 219 CC N 14 ; WERRO, Concubinage, N 589.

⁹⁶⁶ CHK-MEYER, art. 612a CC N 3 ; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, art. 612a CC N 10 ; PraxKomm-WEIBEL, art. 612a CC N 8, citant l'ATF 119 II 523, JdT 1995 I 109.

⁹⁶⁷ ATF 119 II 323, JdT 1995 I 109 ; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 219 CC N 1 et 7 ; STEINAUER, Successions, N 1260.

⁹⁶⁸ HERZ/WALPEN, N 29 ; MONTINI/MONTINI, p. 394.

héritiers du *de cuius* ainsi qu'à tout nouveau propriétaire en cas de vente de l'immeuble par la communauté héréditaire (art. 261b al. 2 CO)⁹⁶⁹.

564 Une autre solution serait de constituer, par contrat en la forme authentique ou par disposition pour cause de mort, un usufruit (cf. art. 530 et 745 ss CC) ou un droit d'habitation (art. 776 ss CC) sur le logement en faveur du concubin non titulaire des droits⁹⁷⁰. Comme indiqué *supra* N 541, les charges que doit supporter le titulaire du droit ne sont pas identiques selon qu'il s'agit d'un usufruit ou d'un droit d'habitation. L'usufruit et le droit d'habitation doivent être inscrits au registre foncier pour être valables (cf. *supra* N 538)⁹⁷¹. Cette solution assure au concubin survivant le droit de continuer à vivre dans le logement, même après le décès de son compagnon.

565 Conformément à l'art. 745 al. 3 CC, « l'usufruit d'un immeuble peut être limité à une partie définie d'un bâtiment ou de l'immeuble ». Le droit d'habitation peut également être limité à certaines parties du logement (art. 777 al. 1 CC). Dans ce dernier cas, le concubin survivant peut utiliser les parties communes avec le(s) propriétaire(s), c'est-à-dire les héritiers du *de cuius* ou les acquéreurs ultérieurs du bien (art. 777 al. 3 CC).

566 La constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation peut aussi être envisagée lorsque le logement appartient aux concubins en copropriété⁹⁷² ; chacun des concubins constitue, sur sa part du logement, un usufruit ou un droit d'habitation au profit de l'autre. L'avantage de ces instruments est de permettre au concubin survivant, en tant que propriétaire de sa propre part sur le logement, de profiter de l'usufruit ou du droit d'habitation sur l'autre part et d'occuper ainsi la totalité du logement. La constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation permet également d'éviter que les héritiers du *de cuius* ne prennent possession de la part héritée, l'aliènent (art. 646 al. 1 CC) ou demandent le partage de la copropriété ou l'attribution de la propriété entière (art. 651 al. 2 CC)⁹⁷³.

567 L'usufruit et le droit d'habitation entraînent une scission des droits sur le logement entre le bénéficiaire du droit d'une part – le concubin survivant – et le nu-propiétaire d'autre part – les héritiers du *de cuius*. En tant que nus-propiétaires, les successeurs du *de cuius* doivent s'abstenir de tout acte de trouble envers le concubin survivant. Ils conservent néanmoins le droit de disposer du bien grevé ou le droit de grever le bien de charges, mais à

⁹⁶⁹ Sur les avantages d'une telle inscription au registre foncier, cf. PFÄFFLI/SANTSCHI.

⁹⁷⁰ MONTINI/MONTINI, p. 394 ; RAMBOSSON BELLINGAN/DE SAINT PÉRIER, p. 238. Pour le titre d'acquisition de l'usufruit portant sur un immeuble en particulier, cf. PIOTET D., Droits réels limités, N 627 ; STEINAUER, Les droits réels III, N 2417.

⁹⁷¹ BSK ZGB II-MÜLLER, art. 772 CC N 10 ; STEINAUER, Les droits réels III, N 2486a.

⁹⁷² BADDELEY, Usufruit, p. 280 ; PICHONNAZ, Conventions, p. 690.

⁹⁷³ BADDELEY, Usufruit, p. 280 ss.

condition que ces charges ne touchent pas aux droits du bénéficiaire⁹⁷⁴. Si l'interaction nécessaire entre les parties est difficile ou conflictuelle et que le concubin survivant ainsi que les nuspropriétaires ne parviennent pas à s'accommoder du partage de leurs droits sur le bien, l'usufruit et le droit d'habitation peuvent s'avérer problématiques.

L'usufruit et le droit d'habitation s'éteignent notamment par le décès du bénéficiaire (art. 749 CC⁹⁷⁵). Le futur *de cuius* a la possibilité d'assortir l'usufruit ou le droit d'habitation d'une condition résolutoire, telle le remariage du concubin survivant. L'avènement de cette condition met fin de plein droit à l'usufruit ou au droit d'habitation acquis par le concubin survivant et le(s) propriétaire(s) peut demander la radiation de l'inscription au registre foncier (art. 748 al. 2 CC)⁹⁷⁶. 568

D'une manière générale, il convient d'émettre certaines réserves par rapport à l'usufruit et au droit d'habitation. Il existe des limites restreignant l'usage de ces mesures, notamment en droit fiscal et en droit successoral. 569

En matière fiscale premièrement, l'usufruit et le droit d'habitation sont imposés à leur valeur capitalisée. Cette valeur se calcule en fonction de la durée du droit et de l'âge du bénéficiaire⁹⁷⁷. Comme observé au chapitre 9.1. (cf. *supra* N 254 s.), le concubin survivant peut devoir s'acquitter, selon la législation cantonale, d'un impôt successoral très élevé du fait qu'il n'est pas considéré comme un parent du constituant. À cela s'ajoute que la valeur capitalisée de l'usufruit, comme celle du droit d'habitation, ne doit pas outrepasser la quotité disponible, celle-ci variant considérablement en fonction de la situation familiale du *de cuius*⁹⁷⁸. Si la valeur capitalisée dépasse la quotité disponible, les éventuels héritiers réservataires du *de cuius* (cf. art. 471 CC) disposent de l'action en réduction de l'art. 522 CC contre le concubin survivant⁹⁷⁹. Conformément à l'art. 530 CC, l'héritier réservataire lésé peut soit demander la réduction de l'usufruit jusqu'à concurrence du respect de sa réserve, « soit se libérer de son obligation de tolérer l'usufruit en versant au légataire un montant égal à la quotité disponible »⁹⁸⁰. Le futur *de cuius* a 570

⁹⁷⁴ STEINAUER, Les droits réels III, N 2452 ss.

⁹⁷⁵ En vertu de l'art. 776 al. 3 CC, le droit d'habitation est soumis aux règles de l'usufruit, sauf disposition contraire de la loi. L'art. 749 CC s'applique également au droit d'habitation, lequel s'éteint donc pour les mêmes raisons que l'usufruit.

⁹⁷⁶ Sur la fin du droit d'habitation en particulier, cf. MOOSER, Le droit d'habitation, p. 228 ss.

⁹⁷⁷ Cette valeur se calcule selon les tables de capitalisation Stauffer/Schaetzle. AFC, Successions, N 723. Pour plus de détails sur le calcul de la valeur capitalisée, cf. STEINAUER, Les droits réels III, N 2406.

⁹⁷⁸ Sur le calcul de la valeur capitalisée, cf. STEINAUER, Successions, N 419 ss et CommSucc-EIGENMANN, art. 530 CC N 5 ss.

⁹⁷⁹ Cf. *infra* § 14.7.3.

⁹⁸⁰ CommSucc-EIGENMANN, art. 530 CC N 8. Bien que l'art. 530 CC ne mentionne que le legs d'usufruit et les rentes viagères, il englobe également le droit d'habitation, cf. STEINAUER, Successions, N 539 ; CommSucc-EIGENMANN, art. 530 CC N 4.

cependant la faculté de prévenir un tel résultat en s'assurant, par la conclusion d'un pacte successoral de renonciation (art. 495 CC), du consentement par ses héritiers réservataires à la lésion de leur réserve⁹⁸¹.

571 En conclusion, le choix entre ces différents instruments juridiques n'est pas aisé. Il suppose un examen attentif des intentions et des intérêts des concubins, mais également des héritiers du futur *de cuius*. Malgré leur diversité, ces instruments ont en plus des effets beaucoup plus restreints que ceux accordés par la loi à la protection du logement des époux et des partenaires enregistrés. La protection des concubins en matière de logement familial est ainsi bien moins étendue que celle des époux et des partenaires enregistrés.

14.6. Le droit des assurances sociales et privées

14.6.1. Remarques préliminaires

572 Sauf exception indiquée, la législation suisse en matière d'assurances sociales et privées ne tient pas compte de la situation particulière des concubins. Elle est basée essentiellement sur la notion de couple formel.

573 Dans les chapitres suivants, nous étudierons la situation des concubins, des époux et des partenaires enregistrés en cas de dissolution de l'union du vivant des membres du couple dans la LAVS, la LPP, la prévoyance individuelle et la LAM (§ 14.6.2.), puis leur situation en cas de dissolution de l'union due au décès de l'un d'eux dans la LAVS, la LAA, la LAM, ainsi que dans la prévoyance professionnelle et la prévoyance individuelle (§ 14.6.3.). Le statut des partenaires enregistrés est identique à celui des personnes mariées dans la LAVS, la LAA, la LAM et la LACI ; conformément à l'art. 13a LPGA, le partenariat enregistré doit être assimilé, dans le droit des assurances sociales, au mariage, sa dissolution au divorce et le partenaire enregistré survivant à un veuf.

574 À titre préliminaire, nous entendons présenter brièvement les caractéristiques et les spécificités de la prévoyance professionnelle et individuelle. Ces deux types de prévoyance ont un intérêt tout particulier en cas de dissolution de l'union consécutive au décès (cf. *infra* § 14.6.3), car elles permettent au futur *de cuius* de pourvoir, à certaines conditions, aux besoins financiers de son compagnon.

575 La prévoyance professionnelle représente des économies imposées par la loi. Elle se divise en assurance obligatoire (2^e pilier a) et en assurance plus étendue ou surobligatoire (2^e pilier b). L'assurance obligatoire est régie par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et

⁹⁸¹ Cf. *infra* § 14.7.3.

invalidité et ses ordonnances d'application⁹⁸², tandis que la prévoyance surobligatoire fait l'objet de règles adoptées par les institutions de prévoyance à qui la loi accorde un certain niveau d'autonomie. La LPP contient donc des exigences minimales (art. 6 LPP) – prévoyance obligatoire – au-delà desquelles les institutions de prévoyance sont libres d'aller (art. 49 LPP) – prévoyance surobligatoire. D'une manière générale, l'affilié perd la libre disposition des fonds investis dans le cadre du 2^e pilier tant qu'un événement assuré ne s'est pas réalisé (vieillesse, décès, invalidité)⁹⁸³.

La prévoyance individuelle est constituée d'économies individuelles et volontaires et complète la protection offerte par le 2^e pilier en cas de décès. Elle se subdivise en prévoyance liée (3^e pilier a) et en prévoyance libre (3^e pilier b). La prévoyance liée répond à des règles strictes s'agissant de la durée du contrat, des cotisations, des bénéficiaires et de la disponibilité des fonds⁹⁸⁴. En effet, les fonds investis dans un 3^e pilier a échappent à la libre disposition du preneur jusqu'à la réalisation des conditions permettant à celui-ci d'obtenir le paiement des prestations⁹⁸⁵. À l'inverse, la prévoyance libre n'est pas spécifiquement réglée par des dispositions légales et offre plus de liberté et de flexibilité au futur *de cuius* ; celui-ci peut disposer librement et à tout moment de son épargne 3b. 576

La prévoyance individuelle peut prendre diverses formes, parmi lesquelles l'épargne bancaire et le contrat d'assurance sur la vie sont les plus habituelles⁹⁸⁶. S'agissant de la prévoyance libre, elle englobe non seulement l'épargne bancaire et les polices d'assurance-vie, mais également tout autre élément du patrimoine privé, tels que notamment l'argent liquide, les titres, les fonds de placements, l'immobilier, etc.⁹⁸⁷. 577

L'assurance-vie assure les événements pouvant survenir au cours de la vie d'une personne, dont le décès de celle-ci. Elle se présente essentiellement sous deux formes⁹⁸⁸ : l'assurance décès risque pur, dont l'objet de la protection est uniquement le risque que l'assuré décède avant la fin du contrat, et 578

⁹⁸² Cf. OPP 1, OPP 2, OPP 3, OPPC, OFF, OFG et OEPL.

⁹⁸³ Possibilité d'exiger le versement en espèces des fonds investis dans des cas strictement réglementés par la loi. Cf. art. 30c LPP et OEPL, ainsi que l'art. 5 LFLP.

⁹⁸⁴ Ces règles figurent dans l'OPP3, qui se base sur les articles 82 al. 2 LPP et 99 LCA.

⁹⁸⁵ En vertu de l'art. 1 al. 2 et 3 OPP 3, toutes les sommes capitalisées au titre du 3^e pilier lié doivent être affectées de par la loi « exclusivement et irrévocablement à la prévoyance ». Elles ne peuvent être retirées qu'au plus tôt cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite (art. 3 al. 1 OPP 3) ou aux conditions de l'art. 3 al. 2 et 3 OPP 3. En contrepartie, la loi offre des allègements fiscaux (art. 82 LPP et art. 7 OPP 3).

⁹⁸⁶ BADDELEY, *Economies*, p. 512.

⁹⁸⁷ Pour quelques explications détaillées sur la prévoyance individuelle liée, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1023a ; LAFFELEY MAILLARD, *Planification II*, p. 322 s.

⁹⁸⁸ Le contrat d'assurance-vie est régi, de façon générale, par la LCA et le Code des obligations (cf. art. 100 al. 1 LCA). La LPP, l'OPP 3 et la LFLP sont applicables, au surplus, aux assurances-vie du 3^e pilier lié.

l'assurance-vie mixte qui comporte la couverture du risque décès et une part épargne. Cette dernière permet, soit à l'assuré de recevoir la somme d'assurance convenue en cas de vie à la fin du contrat, soit aux survivants de percevoir un capital en cas de décès de l'assuré avant la fin du contrat⁹⁸⁹. La prestation de l'assurance-vie risque pur est donc incertaine tant que le risque assuré ne s'est pas matérialisé, alors que celle de l'assurance-vie mixte est certaine. Il importe de souligner que le régime n'est pas le même en ce qui concerne l'assurance-vie liée et l'assurance-vie libre s'agissant de la désignation de bénéficiaires. Quant à l'épargne bancaire, l'avantage est qu'il ne comporte souvent pas d'échéance contrairement à l'assurance-vie.

14.6.2. En cas de dissolution de l'union du vivant des partenaires

579 - **Le partage par moitié des expectatives du 1^{er} pilier.** La LAVS ne prend pas en compte la situation des concubins. Elle règle, en revanche, les conséquences de la dissolution de l'union conjugale et de la dissolution du partenariat sur les rentes AVS. La dixième révision de la LAVS, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, a introduit le système du « splitting » ou partage des revenus. Ce système est applicable aux époux et aux partenaires enregistrés, indépendamment du régime « matrimonial ». Il consiste à attribuer pour moitié à chacun des membres du couple l'ensemble des revenus que le couple a réalisés pendant la durée de leur mariage ou de leur partenariat (art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS et 13a LPG) ⁹⁹⁰. Selon l'art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS, ce partage est effectué lorsque les deux partenaires ont droit à une rente de vieillesse (lit. a), lorsqu'ils divorcent (lit. c) ou lorsqu'un des deux décède et que l'autre a droit à une rente de vieillesse (lit. b).

580 - **Le partage par moitié des prestations de sortie prévues par le 2^e pilier.** Dans le deuxième pilier, chaque personne assurée dispose, à l'égard de sa caisse de prévoyance, d'une prestation de sortie tant que l'institution ne lui a pas versé de prestations (art. 2 al. 1 LFLP). Cette prestation de sortie représente le capital de prévoyance accumulé grâce aux cotisations de la personne assurée et de son employeur.

581 En cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat, et non pas en cas de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire, le droit suisse prévoit un système de partage de la prestation de sortie entre les ex-époux et

⁹⁸⁹ BRULHART, N 756.

⁹⁹⁰ Seules les années civiles entières durant lesquelles les conjoints/partenaires enregistrés étaient assurés à l'AVS/AI sont prises en compte. Les revenus réalisés durant l'année de la conclusion du mariage ou du partenariat et ceux réalisés durant l'année de la dissolution de l'union ne sont pas partagés, cf. art. 29^{quinquies} al. 5 LAVS et 50b al. 3 RAVS. Pour plus de détails sur l'ensemble de la question, cf. KOLLER.

les ex-partenaires enregistrés uniquement⁹⁹¹. Ce droit au partage est indépendant des dispositions sur l'entretien après le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré, ainsi que du régime « matrimonial ».

Le partage de la prévoyance professionnelle est régi essentiellement par les articles 122 à 124 CC et 280 à 281 CPC⁹⁹². L'art. 33 LPart renvoie à ces dispositions légales, raison pour laquelle les remarques faites ci-dessous valent également pour les partenaires enregistrés⁹⁹³. 582

La loi distingue deux situations : celle où aucun cas de prévoyance n'est survenu avant le divorce (art. 122 CC) et celle où un cas de prévoyance est survenu avant le divorce pour au moins l'un des époux (art. 124 CC). Les cas de prévoyance sont le décès, la vieillesse ou l'invalidité (art. 1 al. 2 LFLP) et le moment déterminant pour décider si un cas de prévoyance est ou non survenu est l'entrée en force du prononcé du divorce, respectivement de la dissolution du partenariat⁹⁹⁴. 583

L'article 122 CC règle la première hypothèse. À teneur de l'alinéa 1 de l'art. 122 CC, lorsqu'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance et qu'aucun cas de prévoyance ne s'est encore produit, chaque époux a droit, sous réserve de l'article 123 CC, à la moitié de la prestation de sortie (du 2^e pilier a ou b) de son conjoint accumulée pendant la durée du mariage⁹⁹⁵. Ainsi, lorsque l'un des deux époux s'est consacré au ménage et à l'éducation des enfants et qu'il a renoncé, totalement ou partiellement, à exercer une activité lucrative, il a, en cas divorce, un droit en principe inconditionnel à la moitié de la prévoyance que son conjoint s'est constitué durant le mariage. Ce droit est indépendant de la répartition des tâches décidée entre les époux durant le mariage⁹⁹⁶. Dans l'hypothèse où chacun des membres du couple a constitué un deuxième pilier pendant le mariage ou le partenariat, la compensation des prétentions des deux conjoints ou des deux 584

⁹⁹¹ PICHONNAZ, Conventions, p. 687. Pour le calcul de la valeur des prestations de sortie, cf. art. 22 al. 2 LFLP. Cf. aussi CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC N 64 ss ; BSK ZGB I-WALSER, art. 122 CC N 21 ss.

⁹⁹² La LFLP, le CO et la LPP contiennent également des dispositions à ce propos.

⁹⁹³ BÜCHLER/VETTERLI, p. 164 ; MONTINI, Partenariat, p. 169 ss ; FamKomm Partnerschaft-LEUZINGER, art. 33 LPart N 1 ss.

⁹⁹⁴ ATF 134 V 384 cons. 1.2 ; 132 III 401 cons. 2.1, SJ 2006 I 497, *in* : FamPra.ch 2006, p. 704 ss. Pour plus de détails, cf. GEISER, Vorsorgeausgleich, p. 301 ss ; PICHONNAZ/PEYRAUD, p. 82 ss ; SANDOZ, Prévoyance professionnelle, p. 38.

⁹⁹⁵ Même si aucun cas de prévoyance n'est survenu, le juge du divorce a la faculté de décider s'il convient de procéder au partage selon l'art. 122 CC, ou si celui-ci doit être refusé conformément à l'art. 123 al. 2 CC. En vertu de l'art. 123 CC, il existe deux situations dans lesquelles le partage n'a pas lieu : lorsque l'un des époux renonce, par convention, partiellement ou totalement à la moitié des avoirs de prévoyance de son conjoint (al. 1 CC) ; lorsque le juge refuse le partage pour des motifs d'équité (al. 2 CC). Pour plus de détails sur le versement anticipé et son partage, cf. BÄDER FEDERSPIEL, N 531 ss ; STEINAUER, Versement anticipé, en particulier p. 27 et réf. cit. et p. 34 s.

⁹⁹⁶ TF 5A_79/2009 du 28 mai 2009 cons. 2.1 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC N 10 ; TRIGO TRINDADE, Protection, p. 115.

partenaires doit avoir lieu et seul le solde en faveur d'un d'eux doit être exécuté (art. 122 al. 2 CC)⁹⁹⁷.

585 L'article 124 CC règle la seconde hypothèse susmentionnée : un cas de prévoyance « vieillesse » ou « invalidité » est déjà survenu pour l'un et/ou l'autre des membres du couple⁹⁹⁸. Pour que l'application de l'article 124 CC s'impose, il est nécessaire que le cas de prévoyance ait fait naître un droit concret à des prestations du 2^e pilier et que l'ayant-droit ait fait valoir ses prétentions⁹⁹⁹. Si tel est le cas, seule une indemnité équitable peut être allouée à l'ex-conjoint ou à l'ex-partenaire enregistré¹⁰⁰⁰. En outre, le fait que le partage des prestations de sortie ne soit plus possible pour d'autres motifs peut également mener à l'application de l'article 124 CC. « Tel est notamment le cas lorsque les avoirs de prévoyance ont été sortis de l'institution de prévoyance avant le divorce, comme pour le paiement en espèces selon l'art. 5 LFLP et les versements anticipés pour l'acquisition de la propriété du logement, ou encore pour les personnes non soumises à la LPP »¹⁰⁰¹.

586 Notons que les articles 122 à 124 CC seront prochainement modifiés. Dans son Message du 29 mai 2013, le Conseil fédéral propose, en substance, un partage des prétentions de la prévoyance professionnelle acquise pendant le mariage même si l'un des époux perçoit une rente de vieillesse ou d'invalidité au moment de l'ouverture de la procédure de divorce, ainsi que d'assouplir les conditions permettant aux époux ou au juge de déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance acquis durant le mariage¹⁰⁰².

587 Le partage de la prévoyance professionnelle n'est pas prévu pour les couples vivant en union libre. Le concubin qui a voué ses soins au ménage et qui n'a donc pas pu se constituer une prévoyance suffisante n'est pas protégé comme l'est l'époux et le partenaire enregistré dans la même situation.

588 - **Le sort des avoirs de la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) et de la prévoyance individuelle libre (pilier 3b).** Comme déjà évoqué, la prévoyance individuelle est constituée d'économies individuelles et volontaires ; il

⁹⁹⁷ Dans cette hypothèse, la moitié de la différence entre les capitaux de l'un et de l'autre des membres du couple est transférée à la caisse de pension de la partie ayant la prévoyance la plus faible.

⁹⁹⁸ Sur la relation entre l'art. 122 CC et 124 CC, cf. ATF 133 V 147, *in* : FamPra.ch 2007, p. 381. Cf. également BSK ZGB I-WALSER, art. 124 CC N 1 ss. Une indemnité équitable est aussi due selon l'art. 124 CC si le partage est impossible pour d'autres motifs encore (par exemple, s'il n'y a pas d'assurance au sens de la LPP ou que la caisse de prévoyance est à l'étranger).

⁹⁹⁹ CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC N 8. A titre d'exemple, il ne suffit pas de pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée, encore faut-il que l'assuré reçoive effectivement des prestations de prévoyance de la part de son institution pour que l'art. 124 CC puisse être appliqué, cf. ATF 130 III 297 cons. 3.3.1, JdT 2004 I 263, SJ 2004 I 369.

¹⁰⁰⁰ Pour le calcul de l'indemnité équitable, cf. PICHONNAZ/PEYRAUD, p. 88 ss.

¹⁰⁰¹ CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC N 30.

¹⁰⁰² Cf. Message Prévoyance professionnelle, p. 4353 N 1.5.2. et Projet prévoyance professionnelle, en particulier les art. 122 à 124e. Documents disponibles à l'adresse suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/vorsorgeausgleich.html>.

appartient à chacun des membres du couple de décider s'il entend ou non constituer un troisième pilier libre ou lié. Les avoirs du troisième pilier restent acquis au preneur en cas de dissolution de l'union du vivant des concubins et ne sont aucunement partagés entre ces derniers, à moins que le couple n'en décide autrement.

À l'inverse, les avoirs de la prévoyance individuelle suivent les principes généraux de liquidation du régime en cas de dissolution du mariage et du partenariat enregistré¹⁰⁰³. Les avoirs du troisième pilier ne tombent pas sous le coup de l'art. 122 CC, mais sont partagés entre les époux ou entre les partenaires enregistrés conformément aux règles du régime « matrimonial » du couple¹⁰⁰⁴.

- L'exemption de cotisation à l'assurance-chômage. L'assurance-chômage est une assurance sociale suisse au même titre que l'assurance-vieillesse et survivants. Le but de cette assurance est d'accorder aux personnes sans emploi des indemnités en cas de chômage, de réduction de l'horaire de travail, d'insolvabilité de l'employeur et d'intempéries (art. 1a LACI). Toute personne exerçant une activité lucrative est tenue de cotiser à l'assurance chômage. Ces cotisations donnent droit à des prestations, sous réserves de certaines conditions mentionnées dans la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. art. 8 ss LACI)¹⁰⁰⁵.

Conformément à l'art. 14 al. 2 LACI, l'époux qui est resté au foyer et qui, par suite de séparation de corps ou de divorce, est contraint d'exercer une activité salariée ou de l'étendre est libéré des conditions relatives à la période de cotisation pour bénéficier des allocations¹⁰⁰⁶. Il peut, par conséquent, réclamer une indemnité de chômage indépendamment de la période minimale de cotisation aux conditions mentionnées aux articles 14 al. 2, 18 al. 1 LACI et 6 al. 2 et 6 OACI. Le Tribunal fédéral a considéré que le mécanisme d'exemption de cotisation de l'art. 14 al. 2 LACI ne profitait pas au concubin dans la même situation, au motif que cette disposition qui se réfère notamment à la séparation de corps, au divorce ou à des « raisons semblables » ne comprend pas la fin du concubinage¹⁰⁰⁷. Seule une modification de l'art. 14 al. 2 LACI permettrait d'étendre au concubin resté au foyer le droit dont profitent actuellement l'époux et le partenaire enregistré dans la même situation.

En résumé, seule la séparation du couple formel affecte la situation personnelle des membres du couple à l'égard des assurances sociales et

¹⁰⁰³ BADDELEY, Assurance-vie, p. 521.

¹⁰⁰⁴ Pour plus de détails à ce sujet, cf. AEBI-MULLER, Säulen ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1023 ss et 1037 ss ; GEISER, 3^{ème} pilier ; LAFFELY MAILLARD, Planification I, p. 304 ss.

¹⁰⁰⁵ Pour plus de développements sur l'assurance-chômage, cf. RUBIN.

¹⁰⁰⁶ L'art. 8 al. 1 lit. e LACI renvoie à l'art. 13 LACI qui traite de la période de cotisation.

¹⁰⁰⁷ ATF 106 V 58, confirmé *in* : ATF 123 V 219 cons. 2d. Cf. aussi ATF 137 V 133 cons. 4-7 ; KELLER, p. 1227 ; WERRO, Concubinage, N 122.

privées. La législation en ce domaine ne prend pas en compte la situation particulière des concubins ; elle s'attache d'avantage au statut civil de l'assuré qu'à la réalité sociale. Aujourd'hui, le concubin qui interrompt son activité professionnelle pour se consacrer à sa famille subit donc, en cas de séparation, un préjudice en matière de prévoyance professionnelle et d'assurances sociales qui peut être très important.

14.6.3. *En cas de dissolution de l'union consécutive au décès de l'un des partenaires*

- 593 - **Les rentes de survivants selon la LAVS.** Le concubin survivant n'a pas droit à une rente de survivant dans la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants. La LAVS alloue en revanche une rente de survivant aux veuves et aux veufs et même au conjoint divorcé, à certaines conditions (cf. art. 23-24 LAVS et 24a LAVS)¹⁰⁰⁸. La LAVS accorde de surcroît aux veuves et aux veufs au bénéfice d'une rente de vieillesse un supplément de 20 % sur leur rente (art. 35^{bis} AVS), alors que cet avantage n'est pas octroyé au concubin survivant se trouvant dans la même situation.
- 594 - **Les rentes de survivants selon la LAA.** La loi fédérale sur l'assurance-accidents ne prend pas non plus en considération le concubin survivant, mais uniquement la veuve ou le veuf et le conjoint divorcé. Contrairement à la LAVS, la LAA ne fait pas de distinction entre la veuve et le veuf ; elle réserve, à certaines conditions, le droit à une rente ou une indemnité en capital au conjoint survivant et au conjoint divorcé (cf. art. 29 al. 1 à 3 LAA et art. 29 al. 4 LAA).
- 595 - **Les rentes de survivants selon la LAM.** Le concubin survivant n'a pas le droit à une rente de survivant selon la loi sur l'assurance militaire. La LAM n'accorde une rente qu'au conjoint survivant (cf. art. 52 al. 1 LAM) et au conjoint divorcé (cf. art. 52 al. 4 LAM), aucune condition n'existant pour le premier.
- 596 - **Les prestations pour survivants dans le cadre de la prévoyance professionnelle (2^e pilier).** Le partenaire de vie non marié et non enregistré n'a aucun droit aux prestations du 2^e pilier obligatoire. Pour tenir compte de

¹⁰⁰⁸ Une femme mariée dont le conjoint est décédé a droit à une rente de veuve si elle a un ou plusieurs enfants lors du décès de son conjoint, ou si elle a 45 ans révolus lors du décès de son conjoint et qu'elle a été mariée pendant 5 ans au moins (art. 23 et 24 LAVS). L'homme marié dont l'épouse est décédée a droit à une rente de veuf tant et aussi longtemps qu'il a des enfants de moins de 18 ans (art. 23 LAVS). La femme divorcée dont l'ex-conjoint est décédé a droit à une rente de veuve, si elle a des enfants et que le mariage a duré au moins 10 ans, ou si elle avait plus de 45 ans lors du divorce et au moins 10 ans de mariage, ou si le cadet de ses enfants a moins de 18 ans lorsqu'elle fête ses 45 ans (art. 24a al. 1 LAVS). La femme divorcée qui ne remplit pas les conditions susmentionnées a droit à une rente de veuve tant que le cadet de ses enfants n'a pas 18 ans révolus (art. 24a al.2 LAVS). Un homme divorcé dont l'ex-épouse est décédée a droit à une rente de veuf tant qu'il a des enfants de moins de 18 ans (art. 24a al. 1 LAVS).

l'évolution sociale et améliorer les prestations pour survivants pour partenaires non mariés et non enregistrés dans l'assurance subobligatoire, un nouvel article 20a a été introduit dans la LPP le 1^{er} janvier 2005¹⁰⁰⁹. Cette disposition légale permet aux caisses de prévoyance de prévoir, dans leur règlement, le concubin survivant comme ayant droit à des prestations en sus des ayants droit en vertu des articles 19 à 20 LPP dans l'une des trois hypothèses suivantes¹⁰¹⁰ :

1. Si le concubin survivant bénéficiait d'un soutien substantiel du défunt¹⁰¹¹. La question de savoir si la notion de soutien substantiel suppose que le défunt ait contribué pour plus de la moitié à l'entretien de la personne soutenue ou s'il suffit déjà que, par rapport à la personne entretenue vivant dans le même ménage que lui, le défunt ait subvenu majoritairement aux frais d'entretien communs est laissée indécise par la jurisprudence¹⁰¹². Le Tribunal fédéral a en plus estimé que pour admettre l'existence d'un soutien substantiel, les prestations d'entretien devaient avoir été versées pendant une durée d'au moins deux ans. Il ne suffit donc pas que la prestation ait été unique ou fournie pendant une courte période¹⁰¹³. 597

2. Si le concubin survivant a formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans avant le décès de ce dernier¹⁰¹⁴. Le Tribunal fédéral a confirmé que des partenaires de même sexe pouvaient également former une telle communauté de vie et ajouté que cette notion n'impliquait pas nécessairement une communauté d'habitation permanente en un domicile fixe¹⁰¹⁵. 598

¹⁰⁰⁹ Le Conseil fédéral a délibérément renoncé à reprendre cette solution dans la prévoyance obligatoire, cf. Message LPP, p. 2541. On désigne de prévoyance subobligatoire les prestations qui vont au-delà du minimum légal. Ce régime complémentaire facultatif est essentiellement fondé sur les règles émanant des institutions de prévoyance. Cf. art. 6 et 49 LPP.

¹⁰¹⁰ ATF 136 V 49, cons. 4.3. Il convient de préciser que le nouvel ordre des personnes favorisées institué par l'art. 20a LPP doit s'appliquer tant à la prévoyance professionnelle subobligatoire qu'au domaine du libre passage, Message LPP, p. 2541.

¹⁰¹¹ Pour plus de détails sur cette condition, cf. GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1148 s.

¹⁰¹² ATF 131 V 27 cons. 5.1. Dans l'ATF 138 V 98 cons. 6.3, le TF a considéré cependant qu'un soutien inférieur à 20% des frais d'entretien du concubin survivant ne permet pas d'établir que l'assuré apportait, à l'époque de sa mort, un soutien substantiel à son concubin.

¹⁰¹³ ATF 140 V 57 cons. 4.3. ; 140 V 50 cons. 3.4. Dans ce dernier arrêt, le TF fixe la durée de l'entretien à au moins deux ans et laisse ouverte la question de savoir si un soutien pendant trois ans devrait être exigé, à l'instar de la réglementation du droit du divorce selon laquelle un concubinage de trois ans peut entraîner la suspension de la contribution d'entretien.

¹⁰¹⁴ Pour plus de détails sur cette condition, cf. GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1150 s.

¹⁰¹⁵ Le TF a estimé qu'il arrive fréquemment que les concubins ne cohabitent pas en permanence, raison pour laquelle ce qui doit être déterminant est le fait que les concubins aient eu l'intention manifeste de vivre leur communauté de vie dans le même ménage autant que les circonstances le leur permettent. Cf. ATF 138 V 86 cons. 4.1 ; 137 V 383 cons. 5 ; 134 V 369 cons. 6.3 et 7.1, publié *in* : FamPra.ch 2009, p. 172.

599 3. Si le concubin survivant doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs, une durée minimale du concubinage n'étant, dans ce cas, pas exigée¹⁰¹⁶.

600 L'art. 20a LPP a un caractère facultatif pour les caisses de pension¹⁰¹⁷. Le concubin survivant ne peut en déduire aucun droit directement. Sa reconnaissance en tant que bénéficiaire de prestations pour survivants exige l'existence d'une base réglementaire expresse de l'institution (art. 49 et 50 LPP)¹⁰¹⁸.

601 Si les institutions de prévoyance font usage de leur droit légal d'étendre le cercle des bénéficiaires au-delà de celui des ayants droits obligatoires (art. 19 à 20 LPP), elles sont tenues de respecter non seulement les catégories de personnes énumérées aux lettres a à c de l'art. 20a al. 1 LPP, mais également la suite en cascade de cette énumération¹⁰¹⁹. Elles peuvent toutefois fixer un cercle de bénéficiaires plus restreint que celui de l'art. 20a LPP¹⁰²⁰. En d'autres termes, les institutions de prévoyance sont libres de décider si elles veulent ou non prévoir des prestations de survivants pour les personnes indiquées à l'art. 20a LPP et, le cas échéant, pour lesquelles. Cette possibilité leur est ouverte à condition qu'elles respectent les principes d'égalité juridique et d'interdiction de la discrimination¹⁰²¹.

602 Les caisses peuvent également édicter des conditions plus restrictives, notamment en exigeant la remise d'une convention d'entretien écrite ou en rendant le choix en faveur du concubin survivant conditionnel à la rédaction d'une clause expresse par l'assuré¹⁰²². Dans ce dernier cas, il incombera en principe à l'assuré d'actualiser périodiquement ses choix et d'invalider par exemple la désignation de son concubin en tant que bénéficiaire de prestations pour survivants auprès de sa caisse après la dissolution de l'union. S'il ne le fait pas, les prestations pour survivants pourraient être versées à son ex-concubin même si l'union avait pris fin avant son décès. La question est alors de savoir si les héritiers ou le nouveau concubin de l'assuré pourraient se voir

¹⁰¹⁶ SCARTAZZINI, art. 20a LPP N 6 ; STAUFFER, N 704. Pour plus de détails sur cette condition, cf. GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1151.

¹⁰¹⁷ WIDMER, p. 154.

¹⁰¹⁸ Cf. ATF 136 V 127 ; SCARTAZZINI, art. 20a LPP N 6.

¹⁰¹⁹ ATF 136 V 127 cons. 4.4 ; 134 V 369 cons. 6.3.1. HÜRZELER/MOSER, p. 83 ; AMSTUTZ/GÄCHTER, p. 70 s. ; RIEMER/RIEMER-KAFKA, p. 119, N 62 ; SCARTAZZINI, art. 20a LPP N 12.

¹⁰²⁰ Cf. MOSER, p. 1511 ; RIEMER/RIEMER-KAFKA, p. 120, N 63 ; STAUFFER, N 708.

¹⁰²¹ cf. ATF 138 V 98 cons. 4 ; 138 V 86 cons. 4.2 ; 137 V 383 consid 3.2 ; 134 V 369 cons. 6.2 ; 134 V 223 cons. 3.1 avec références.

¹⁰²² Cf. ATF 138 V 98 cons. 4 ; 138 V 86, JdT 2013 II 183 ; 137 V 105 cons. 8.2, JdT 2011 II 300 ; 136 V 127 cons. 4.5 ; 134 V 369 cons. 6.3.1, publié *in* : FamPra.ch 2009, p. 172. Dans l'ATF 138 V 98, cons. 4, le TF a par exemple admis qu'une caisse de pension puisse prévoir, dans son règlement, de soumettre le versement de prestations au concubin survivant à la double condition suivante : si le concubin a été entretenu dans une large mesure par le défunt **et** s'il a formé avec ce dernier une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès.

reconnaître la qualité pour contester eux-mêmes la désignation après le décès de l'assuré.

Contrairement à ce qui vaut pour le concubin survivant, le droit du **conjoint** survivant et du **partenaire enregistré** survivant de recevoir des prestations en cas de décès de l'affilié est impératif (art. 19 et 19a LPP). Ce droit s'inscrit en effet dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire, alors que la possibilité pour le concubin survivant de recevoir des prestations de survivant relève de la prévoyance professionnelle surobligatoire uniquement. Les prestations du deuxième pilier sont donc versées au concubin survivant selon des règles plus strictes que celles qui régissent l'octroi de rentes de veuvage.

Le conjoint divorcé et l'ex-partenaire enregistré sont assimilés au veuf ou à la veuve si le mariage ou le partenariat enregistré a duré dix ans au moins et qu'ils ont bénéficié, en vertu du jugement du divorce ou en vertu de celui prononçant la dissolution du partenariat enregistré, « d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère » (cf. art. 19 al. 3 LPP qui renvoie à l'art. 20 al. 1 et al. 1bis OPP2).

Il est admis que les institutions de prévoyance puissent prévoir de verser parallèlement des prestations minimales obligatoires au conjoint survivant ou au partenaire enregistré survivant selon l'art. 19 ou l'art. 19a LPP et un capital-décès au concubin survivant en vertu de l'art. 20a al. 1 lit. a LPP¹⁰²³. En raison de la grande autonomie des institutions de prévoyance dans le domaine de la prévoyance surobligatoire, une amélioration de la position du concubin survivant par rapport au conjoint survivant ou au partenaire enregistré survivant serait tout aussi admissible¹⁰²⁴. Actuellement, on observe toutefois que le concubin survivant a toujours une place subordonnée au conjoint survivant ou au partenaire enregistré survivant ; dans la plupart des règlements, le droit à une prestation de concubin survivant n'existe que si l'assuré décédé n'était ni marié ni lié par un partenariat enregistré¹⁰²⁵.

- Les prestations pour survivants dans le cadre de la prévoyance individuelle (3^e pilier a et b). En matière de prévoyance liée (3^e pilier a), l'ordre des bénéficiaires de prestations pour survivants est fixé dans la loi. L'art. 2 al. 1 lit. b ch. 1 à 5 OPP 3 garantit la priorité absolue du conjoint ou du partenaire enregistré survivant, mais offre des possibilités d'aménagement¹⁰²⁶. Le conjoint ou le partenaire enregistré est donc toujours un bénéficiaire prioritaire. Le futur *de cujus* ni marié ni lié par un partenariat enregistré a la

¹⁰²³ Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 79, p. 7 ss et N° 104, p. 2 s.

¹⁰²⁴ HÜRZELER/MOSER, p. 83 sont d'avis cependant qu'une telle conséquence serait contraire à l'idée selon laquelle le conjoint survivant doit profiter d'un meilleur traitement que les autres bénéficiaires.

¹⁰²⁵ Pour plus de détails sur l'octroi de la qualité de bénéficiaire au partenaire non marié et non enregistré dans la prévoyance professionnelle surobligatoire, cf. GLANZMANN-TARNUTZER.

¹⁰²⁶ TERRIER, p. 162 s.

faculté de désigner une personne en particulier dans la deuxième catégorie de bénéficiaires (art. 2 al. 1 lit. b ch. 2 OPP 3) et de préciser ses droits en fixant la somme qui reviendra à chacun (art. 2 al. 2 OPP 3)¹⁰²⁷. Il peut ainsi désigner son concubin survivant en tant que bénéficiaire prioritaire de prestations et même l'avantager par rapport à ses descendants, à l'une des trois conditions alternatives suivantes : le concubin survivant a été entretenu par le défunt de façon substantielle¹⁰²⁸ ou, le couple a formé une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou le concubin survivant doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs (art. 2 al. 1 lit. b ch. 2 OPP 3).

607 La prévoyance libre (3^e pilier b) offre aux personnes non mariées ou non enregistrées encore plus de liberté et de flexibilité que le 2^e pilier et le 3^e pilier lié. N'étant réglée par aucune disposition légale spécifique, la prévoyance individuelle libre permet au futur *de cuius* de désigner la personne de son choix en tant que bénéficiaire de son épargne 3b¹⁰²⁹. À cet égard, la limite légale est celle de la quotité disponible.

608 Comme indiqué *supra* N 577, la prévoyance individuelle libre peut prendre diverses formes, parmi lesquelles le contrat d'assurance sur la vie. L'assurance-vie présente l'avantage de pouvoir garantir à un tiers, par le biais d'une clause bénéficiaire (art. 76 al. 1 LCA) révocable (art. 77 al. 1 LCA) ou irrévocable (art. 77 al. 2 LCA), le versement d'un capital en cas de décès de l'assuré avant l'échéance du contrat. La désignation d'un bénéficiaire n'est soumise à aucune forme ; elle peut se faire aussi bien verbalement que par écrit. De plus, elle ne nécessite pas l'accord de l'assureur et n'a pas à être communiquée à ce dernier pour être valable¹⁰³⁰.

609 La clause bénéficiaire est qualifiée de révocable lorsque le preneur d'assurance peut révoquer sa désignation à tout moment et faire perdre ainsi au bénéficiaire toutes ses prétentions contre l'assureur¹⁰³¹. La clause bénéficiaire est, en revanche, qualifiée d'irrévocable lorsque le preneur d'assurance peut déclarer à son assureur qu'il renonce à son droit de révocation et permettre ainsi à son bénéficiaire d'acquérir un droit irrévocable sur la somme d'assurance (art. 77 al. 2 LCA). Selon la situation familiale du preneur de prévoyance, la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie est un moyen intéressant de planification en vue de favoriser le concubin

¹⁰²⁷ Pour le mode de désignation des bénéficiaires sur le plan formel, cf. TERRIER, p. 163 s.

¹⁰²⁸ Dans l'ATF 140 V 57 cons. 4.3, le TF précise que la jurisprudence selon laquelle l'entretien peut être qualifié de substantiel après une durée de deux ans au moins est également applicable au pilier 3a.

¹⁰²⁹ TERRIER, p. 151.

¹⁰³⁰ ATF 110 II 199, p. 204 ss, JdT 1984 I 372 ss, SJ 1984 505, p. 509 ss ; 112 II 159. Pour plus de détails sur les clauses bénéficiaires en général, cf. BLAUENSTEIN, p. 161 ; Izzo, *Lebensversicherungsansprüche*, p. 40 ss.

¹⁰³¹ BRULHART, N 782 ss.

survivant, sous réserve des limites posées par le droit matrimonial et le droit successoral¹⁰³².

De manière générale, le futur *de cuius* doit invalider la désignation faite en faveur de son compagnon survivant en cas de dissolution volontaire de l'union libre. S'il ne procède pas à cette invalidation, la désignation prendra effet à sa mort, même si le couple était séparé depuis de nombreuses années.

- Les incidences du versement des prestations du 2^e et du 3^e piliers en droit successoral. Les prestations pour survivants du 2^e pilier sont avantageuses pour le concubin survivant, car elles lui sont versées directement et n'entrent pas dans la masse successorale¹⁰³³. En d'autres termes, les prestations ne sont pas prises en compte dans le calcul des réserves héréditaires et ne sont pas sujettes à réduction. Il en va de même s'agissant des prestations versées au conjoint survivant et au partenaire enregistré survivant.

À l'inverse, les libéralités faites dans le cadre du 3^e pilier a et b sont comptabilisées dans la masse successorale et peuvent être invalidées ou diminuées au niveau successoral (cf. art. 475, 527 et 522 CC et art. 476 et 529 CC pour les polices d'assurance sur la vie couvrant le risque du décès)¹⁰³⁴. En effet, les prestations du 3^e pilier a et b versées au concubin survivant sont susceptibles d'être réunies aux biens laissés par le défunt pour le calcul des réserves héréditaires, puis réduites s'il s'avère qu'elles lèsent les réserves des héritiers réservataires¹⁰³⁵. En outre, les attributions faites au moyen de l'épargne 3b exclusivement sont aussi susceptibles d'être réduites au niveau matrimonial (art. 208 CC) dans l'hypothèse où le futur *de cuius* est marié sous le régime légal de la participation aux acquêts tout en vivant en union libre avec une autre personne¹⁰³⁶.

- Les incidences du versement des prestations du 2^e et du 3^e piliers en droit fiscal. Les prestations sous forme de rentes de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle liée sont imposées auprès du concubin survivant au niveau fédéral et cantonal à un taux normal à l'instar des autres revenus (art. 83 LPP, 22 al. 1 et 2 et 38 LIFD, 7 LHID et dispositions cantonales pertinentes). Elles ne sont pas assujetties à l'impôt sur les

¹⁰³² Pour plus de détails sur cet instrument en particulier, cf. LAFFELY MAILLARD, Planification II, p. 324 ss. Pour les possibilités de prévoyance pour le concubin par une assurance-vie pure ou une assurance-vie mixte, cf. Izzo, Lebensversicherungsansprüche, p. 11 ss et p. 40 ss

¹⁰³³ ATF 130 I 205 cons. 8 ; 129 III 305, JdT 2003 I 265, SJ 2003 I 416 ; 115 V 96 ; 113 V 287 ; 112 II 38 ; 74 I 401 ; AEBI-MÜLLER, Optimale, p. 39 s. ; SCARTAZZINI, art. 20a LPP N 7 ; STEINAUER, Successions, N 130 et 132. Le concubin acquiert la prestation provenant de la caisse de prévoyance en vertu d'un droit propre (cf. art. 112 al. 2 CO), cf. LAFFELY MAILLARD, Planification II, p. 319. Pour des exemples qui mettent en lumière les avantages que peut procurer à un concubin l'option du 2^e pilier par rapport à celle du 3^e pilier, cf. TERRIER, p. 181 ss.

¹⁰³⁴ LAFFELY MAILLARD, Planification II, p. 323 et p. 325.

¹⁰³⁵ Pour plus de détails sur les prestations susceptibles de réunion et de réductions, cf. TERRIER, p. 169 ss.

¹⁰³⁶ Pour plus de détails à ce sujet, cf. JUBIN, p. 591 ss.

successions¹⁰³⁷. Le degré de parenté de l'ayant droit est donc sans importance. Si la prestation est versée sous forme de capital, celui-ci est taxé séparément des autres revenus et à un taux réduit (art. 22 al. 1 et 38 LIFD et dispositions cantonales pertinentes)¹⁰³⁸.

614 Les libéralités entre vifs et les attributions pour cause de mort faites grâce à l'épargne 3b sont soumises, pour les premières, à un impôt cantonal sur les donations, et pour les secondes, à un impôt sur les successions prélevé par les cantons exclusivement et selon leur propre législation. Comme déjà indiqué *supra* au chapitre 9.1. (N 254 s.), la charge fiscale dépend du degré de parenté entre l'auteur de la libéralité/le *de cuius* et le bénéficiaire/l'héritier. Le conjoint, le partenaire enregistré et les descendants directs de l'auteur de la libéralité/du défunt sont exemptés ou presque de l'impôt sur les donations et les successions dans tous les cantons¹⁰³⁹. Le concubin est, en revanche, considéré comme un tiers sans lien de parenté avec le donateur/le *de cuius* et peut être soumis à un taux fiscal très élevé¹⁰⁴⁰. À Genève, par exemple, ce taux est de 54,6 % de la valeur de la libéralité estimée au moment de son exécution (art. 23 LDE) ou de la valeur vénale de l'attribution estimée au jour du décès du *de cuius* (art. 21 LDS).

615 Le mode d'imposition des assurances-vie dépend du type d'assurance contractée et varie en fonction des cantons et de la Confédération. S'agissant des prestations en capital versées par des assurances non susceptibles de rachat, le concubin survivant doit s'acquitter d'un impôt sur le revenu. Ce mode d'imposition est le même que celui des prestations en capital du 2^e pilier. Les prestations découlant d'assurances non susceptibles de rachat sont imposées au niveau fédéral et cantonal séparément des autres revenus, au moyen d'un impôt annuel (cf. art. 11 al. 3 LHID, 23 lit. b et 38 LIFD) et échappent à l'impôt sur les successions¹⁰⁴¹. Le capital provenant d'une assurance-vie susceptible de rachat est, en revanche, exonéré de l'impôt sur le revenu au niveau fédéral et cantonal (cf. art. 24 lit. b LIFD et dispositions cantonales pertinentes), mais est soumis à un impôt successoral qui dépend de la législation cantonale¹⁰⁴². Comme déjà évoqué, le taux appliqué pour cet impôt est modulé selon le lien de parenté entre le preneur d'assurance et le

¹⁰³⁷ LAFFELY MAILLARD, Droit fiscal, p. 54.

¹⁰³⁸ Pour des développements sur le sujet, cf. LAFFELY MAILLARD, planification II, p. 320.

¹⁰³⁹ Cf. KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris.

¹⁰⁴⁰ Cf. notamment législation cantonale des cantons de Genève, Saint-Gall, Schaffhouse, Soleure, Thurgovie, Tessin, Vaud et Valais, ainsi que KÜNZLE *et al.*, Manuel Kendris, en particulier le chapitre concernant l'impôt sur les donations et les successions dans chaque canton.

¹⁰⁴¹ AFC, Successions, p. 38, N 724.1.

¹⁰⁴² Pour le calcul de l'impôt, certains cantons prennent en compte le montant versé au bénéficiaire, tandis que d'autres cantons imposent la valeur de rachat de l'assurance-vie. Pour plus de détails sur l'imposition des assurances-vie susceptibles de rachat, cf. AFC, Successions, p. 38, N 724.2.

bénéficiaire et peut s'avérer, par conséquent, particulièrement élevé pour le concubin survivant.

En résumé, nous constatons qu'en cas de dissolution de l'union consécutive au décès de l'un des membres du couple, les prestations pour survivants des institutions du 1^{er} et 2^e piliers sont meilleures pour le partenaire survivant marié ou lié par un partenariat enregistré au *de cujus*. Le droit des assurances offre diverses prestations au conjoint et au partenaire enregistré, en leur qualité de survivant, et propose peu de solutions pour celui qui n'a pas inscrit sa relation dans un cadre légal. ⁶¹⁶

Il appartient aux personnes non mariées ou non liées par un partenariat enregistré de planifier la transmission de leur patrimoine en se servant des divers moyens que leur offrent la prévoyance professionnelle et surtout la prévoyance individuelle. Ces deux régimes se distinguent de deux manières essentiellement : par le degré de liberté qu'ils laissent au futur *de cujus* pour désigner son concubin en tant que bénéficiaire de prestations pour survivants et les incidences qu'entraînent le versement de leurs prestations en droits successoral et fiscal. L'adéquation des moyens envisagés dépendra de la situation individuelle et concrète de chaque couple. ⁶¹⁷

14.7. Le droit des successions

14.7.1. Généralités

Le droit des successions contient les règles applicables aux effets patrimoniaux du décès d'une personne (art. 457 à 650 CC). Il indique notamment les formes et les modes de disposer, les héritiers du défunt et quelle partie du patrimoine du *de cujus* doit revenir à chacun d'eux. ⁶¹⁸

D'une manière générale, le *de cujus* peut soit n'avoir pris aucune disposition particulière en matière successorale, soit avoir planifié à l'avance sa succession, en réglant tout ou partie du sort de ses biens de son vivant ou pour le moment de sa mort. Dans la première hypothèse, la succession est dite « *ab intestat* ». Lorsque le défunt a décidé du sort, en tout ou en partie, de son patrimoine à sa mort en prenant des dispositions pour cause de mort, la succession est dite « volontaire ». Le Code civil connaît d'ailleurs plusieurs modes de disposer (art. 481 ss CC). Il s'agit de l'institution d'héritier (art. 483 CC), du legs (art. 484 CC), de la substitution vulgaire (art. 487 CC), de la substitution fidéicommissaire (art. 488 CC), ainsi que de la fondation (art. 493 CC). Le futur défunt peut également soumettre ses dispositions à des conditions ou les grever de charges (art. 482 CC). ⁶¹⁹

620 La loi définit les héritiers légaux du défunt aux articles 457 ss CC¹⁰⁴³. Le statut d'héritier légal confère aux personnes concernées un droit sur la succession du *de cuius*. Ce droit est variable dans la mesure où la fraction à laquelle l'héritier légal peut prétendre dépend de l'existence ou non d'autres héritiers légaux ou institués.

621 Un héritier légal peut également être un héritier réservataire. L'héritier est dit « réservataire » lorsque, dans le cadre de la succession volontaire, il est protégé par la loi et a droit, même contre la volonté du défunt, à une fraction minimale intangible de la succession (art. 471 CC). La réserve est une part de la succession obligatoirement destinée à un héritier. Elle ne peut être retirée que si la personne concernée y consent ou s'il existe un motif d'exhérédation au sens de l'art. 477 CC.

622 Dans le chapitre 14.7.2., nous entendons présenter les droits qu'a le partenaire survivant sur le patrimoine du défunt et discuter brièvement des moyens dont dispose le futur *de cuius* pour favoriser au maximum son concubin. Ces droits découlent de la loi ou des dispositions pour cause de mort prises par l'un des partenaires en faveur de l'autre. Le chapitre 14.7.3. a pour objet d'exposer les incidences de la dissolution volontaire de l'union sur les droits successoraux des membres du couple.

14.7.2. *Les droits successoraux du partenaire survivant*

623 Les concubins n'ont pas l'un à l'égard de l'autre la qualité d'héritier légal (art. 457 ss *a contrario*). Lorsque le futur *de cuius* n'a pas disposé de tout ou partie de sa succession en faveur de son **concubin**, ce dernier n'hérite rien¹⁰⁴⁴. La succession toute entière est alors dévolue aux descendants du défunt et à l'éventuel conjoint ou partenaire enregistré (art. 457 et 462 ch. 1 CC). À défaut de descendants, elle est partagée entre les père et mère du défunt ou leur postérité, et l'éventuel conjoint ou partenaire enregistré (art. 458 et 462 ch. 2 CC). À défaut de tels héritiers, la succession est dévolue aux grands-parents et leur postérité (art. 459 CC). Si le futur *de cuius* n'a donc ni parents, ni conjoint survivant ou partenaire enregistré, la succession toute entière est dévolue « au canton du dernier domicile du défunt ou à la commune désignée par la législation du canton » (art. 466 CC).

624 Le **conjoint** survivant et le **partenaire enregistré** survivant ont un droit légal sur la succession qui varie en fonction de la qualité des héritiers avec lesquels ils concourent¹⁰⁴⁵. Ce droit va de l'entier de la succession à la moitié de

¹⁰⁴³ L'héritier légal est celui qui tient sa qualité d'héritier des règles légales régissant la succession *ab intestat*, alors que la qualité d'héritier institué découle de la volonté du défunt exprimée dans un testament (art. 467 CC) ou dans un pacte successoral (art. 468 CC).

¹⁰⁴⁴ BONETTI, Concubinage, p. 538 ; BREITSCHMID, p. 47 ; HERZ/WALPEN, N 31 ; VOGT, p. 33.

¹⁰⁴⁵ DRUEY, § 5 N 49 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 76 ; HK-RYFFEL, art. 462 CC N 6 ; BK-WEIMAR, art. 462 CC N 18.

la succession. En effet, il correspond à la moitié de la succession si le conjoint ou le partenaire enregistré est en concours avec un ou plusieurs descendants (art. 462 ch. 1 CC), au trois quart de la succession si le conjoint ou le partenaire enregistré est en concours avec le père, la mère ou leur postérité (art. 462 ch. 2 CC) ou à l'entier de la succession lorsqu'il n'y a ni descendants, ni père, ni mère, ni postérité des parents (art. 462 ch. 3 CC)¹⁰⁴⁶. Le droit du conjoint survivant et du partenaire enregistré survivant prime celui des membres de la troisième parentèle - les grands-parents (art. 459 CC) - et celui de la collectivité publique (art. 466 CC).

Le conjoint et le partenaire enregistré survivant sont aussi héritiers réservataires du défunt (art. 471 ch. 3 CC). La part réservataire du conjoint ou du partenaire enregistré varie en fonction des parents avec lesquels ils concourent¹⁰⁴⁷. 625

Le droit des successions démontre très clairement les préférences du législateur pour les unions formelles. L'époux et le partenaire enregistré jouissent du même traitement favorable, alors que le concubin reste constamment exclu. Son destin matériel est largement soumis à l'autonomie de la volonté. Pour atténuer les conséquences économiques de son décès, le futur *de cuius* doit prendre des dispositions pour cause de mort en faveur de son concubin¹⁰⁴⁸. Ces dispositions peuvent être unilatérales (art. 467 ss CC) ou bilatérales (art. 512 ss CC)¹⁰⁴⁹. Le futur *de cuius* peut effectivement assurer la transmission de tout ou partie de son patrimoine à son concubin par le biais d'un testament ou d'un pacte successoral d'attribution (art. 494 al. 1 CC) par exemple¹⁰⁵⁰. Parmi les divers instruments à disposition du futur *de cuius*, on mentionnera également le contrat d'assurance sur la vie¹⁰⁵¹. 626

Il faut souligner que le futur *de cuius* est habilité à ne disposer que d'une partie de son patrimoine ; il ne peut attribuer à la personne de son choix que la quotité disponible (art. 470 al. 1 CC). Cette quotité varie en fonction des héritiers réservataires présents (cf. art. 471 CC). Le futur *de cuius* ne peut donc gratifier son concubin de la totalité de son patrimoine que s'il n'a aucun héritier réservataire. 627

¹⁰⁴⁶ GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 76 ; BSK ZGB II-STAEHELIN, art. 462 CC N 4 ; STEINAUER, Successions, N 95 et 96 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 63 N 3.

¹⁰⁴⁷ STEINAUER, Successions, N 396 ss.

¹⁰⁴⁸ BONETTI, Protection, p. 474.

¹⁰⁴⁹ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 52.

¹⁰⁵⁰ Précisons que le TF a retenu que les avantages obtenus par une disposition pour cause de mort ne sont ni immoraux ni illicites, cf. ATF 83 II 165 ; 93 II 165 ; 108 II 208 ; 109 II 15. S'agissant de la doctrine, cf. aussi : BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, art. 519 CC N 21 ; GEISER, Konkubinats, p. 93 ; NOIR-MASNATA, p. 52 s. ; PULVER, Union libre, p. 84 ; WERRO, Concubinage, N 152.

¹⁰⁵¹ Pour plus de détails sur la planification en faveur du concubin survivant, cf. notamment BREITSCHMID ; JUBIN ; LAFFEY MAILLARD, Planification II.

628 Si le *de cuius* a fait à son concubin des attributions pour cause de mort dépassant la quotité disponible, de telles attributions restent valables, à moins qu'une action en réduction ne soit intentée par un héritier réservataire lésé (art. 522 CC)¹⁰⁵². Par la voie de cette action, l'héritier réservataire exige que le montant de l'attribution estimé à l'ouverture de la succession (art. 537 al. 2 CC) soit ramené dans les limites de la quotité disponible¹⁰⁵³. Cette action peut être intentée individuellement dans l'année à compter du jour où l'héritier réservataire connaît la lésion de sa réserve ou dans un délai de dix ans dès l'ouverture de l'acte pour cause de mort (art. 533 al. 1 CC).

629 S'agissant des libéralités entre vifs, en particulier celles effectuées en faveur du concubin survivant durant les cinq années précédant le décès du *de cuius* (art. 527 ch. 3 CC) ou celles faites « dans l'intention manifeste d'éluider les règles concernant la réserve » (art. 527 ch. 4 CC), elles peuvent également être remises en cause par les héritiers réservataires lésés par la voie de l'action en réduction (art. 522 CC)¹⁰⁵⁴.

630 Pour éviter que les héritiers réservataires n'agissent contre le concubin survivant et augmenter ainsi la part à disposition de ce dernier, le futur *de cuius* dispose de deux instruments essentiellement¹⁰⁵⁵ : le pacte successoral de renonciation (art. 495 CC) et l'institution de la *professio juris* en cas de succession internationale (art. 90 al. 2, 87 al. 2 et 91 al. 2 LDIP).

631 Le pacte successoral de renonciation est un contrat conclu entre le futur *de cuius* et ses héritiers réservataires, par lequel ceux-ci renoncent à titre gratuit ou en l'échange d'une indemnité, en tout ou en partie, à leur part réservataire¹⁰⁵⁶.

632 Quant à la *professio juris*, celle-ci permet au futur *de cuius* d'exclure l'application du droit matériel suisse à sa succession, et plus particulièrement la partie des règles relatives à la réserve successorale, en soumettant sa succession à l'un de ses droits nationaux qui, par hypothèse, ne connaît pas la réserve héréditaire. La *professio juris* peut figurer dans un testament ou un

¹⁰⁵² BONETTI, Protection, p. 474 ; WAELTI, N 18.

¹⁰⁵³ Pour plus de détails sur cette action, cf. en particulier GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 150 ss ; STEINAUER, Successions, N 800 ss.

¹⁰⁵⁴ Les libéralités faites au concubin survivant par le futur *de cuius* peuvent aussi être réduites au niveau matrimonial (art. 208 CC) si celui-ci était marié sous le régime légal de la participation aux acquêts tout en vivant en union libre avec son compagnon.

¹⁰⁵⁵ Parmi d'autres moyens, on mentionnera encore l'exhérédation (art. 477-479 CC), laquelle consiste à priver, de manière punitive ou préventive, un ayant droit de tout ou partie de sa réserve. La loi pose des conditions très strictes pour admettre la validité d'une exhérédation, et rend, par la même, la mise en œuvre de cet instrument très difficile. Sur l'exhérédation, cf. en particulier, GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 172 ss ; BSK ZGB II-BESSENICH, art. 477 à 479 CC.

¹⁰⁵⁶ GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 349 ; STEINAUER, Successions, N 638 ss, en particulier 642.

pacte successoral¹⁰⁵⁷. Elle n'est adaptée aux buts de la planification en faveur du concubin survivant que si le droit étranger matériel désigné méconnaît effectivement l'institution des réserves ou prévoit des parts réservataires moins importantes qu'en droit suisse¹⁰⁵⁸. En vertu de l'art. 90 al. 2 LDIP, la *professio juris* n'est cependant autorisée que si, au moment de son décès, le *de cuius* est domicilié en Suisse, possède encore la nationalité de l'État dont il a désigné le droit et n'a pas acquis la nationalité suisse¹⁰⁵⁹. Dans ce cas, c'est son droit national qui s'applique et qui détermine « en quoi consiste la succession, qui est appelé à succéder, pour quelle part et qui répond des dettes successorales, quelles institutions de droit successoral peuvent être invoquées, quelles mesures peuvent être ordonnées et à quelles conditions » (art. 92 LDIP).

L'analyse permet d'établir que le système actuel en droit des successions ne protège pas le concubin ; il ne lui offre, contrairement au conjoint survivant et au partenaire enregistré survivant, ni droit légal à une partie de la succession ni réserve. En l'état actuel du droit, la situation du conjoint et du partenaire enregistré survivants est celle qui est la plus protectrice au niveau patrimonial. Le destin matériel du concubin survivant dépend d'une planification de patrimoine volontaire du vivant des deux partenaires. Le concubin qui ne peut se prévaloir d'un testament, d'un pacte successoral ou d'une assurance sur la vie en sa faveur se verra refuser toute participation à la succession de son partenaire décédé. Et même si des dispositions en faveur du partenaire de vie existent, les possibilités restent limitées et le concubin attributaire est soumis à un impôt successoral très important selon les cantons. 633

La situation des concubins en droit successoral a fait l'objet de nombreuses critiques. Une motion intitulée « Moderniser le droit des successions » a été déposée le 17 juin 2010 par Felix Gutzwiller¹⁰⁶⁰, laquelle proposait notamment d'instaurer une égalité en droit successoral entre les couples de fait et les couples mariés et enregistrés. Cette dernière proposition a malheureusement 634

¹⁰⁵⁷ Si la *professio juris* est faite dans un pacte successoral, elle fait l'objet de règles particulières (art. 95 al. 2 et 3 LDIP). S'agissant du degré de précision que doit satisfaire la *professio juris* pour être valable, cf. TF 5P.198/2002 du 24 juin 2002 et ATF 125 III 35, JdT 1999 I 341, SJ 1999 I 298.

¹⁰⁵⁸ Les ordres juridiques qui trouvent leur origine dans la *common law* ne connaissent pas l'institution des réserves héréditaires proprement dite, mais ont parfois des institutions ayant une fonction similaire (BONOMI, p. 55 ss), par exemple, les « Family Provisions » en droit anglais (voir le Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975). Pour plus de détails, cf. PERRIN, Trust, p. 154 ss et réf. cit.

¹⁰⁵⁹ BONOMI/BERTHOLET, p. 360. De manière générale, la *professio juris* est autorisée par le droit suisse dans deux cas : celui d'un étranger domicilié en Suisse (art. 90 al. 2 LDIP) et celui d'un Suisse domicilié à l'étranger (art. 87 al. 2 et 91 al. 2 LDIP). Par ailleurs, une *professio iuris* peut intervenir quel que soit les liens qui existent, d'une part entre le *de cuius* et la Suisse, et d'autre part entre le *de cuius* et l'Etat national dont celui-ci a choisi le droit, ATF 102 II 136, JdT 1976 I 595, cons. 3a.

¹⁰⁶⁰ Motion n° 10.3524, disponible sur : <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20103524>. Pour des propositions sur un droit successoral des concubins, voir aussi PIOTET D., Rapport, p. 62 ss.

été rejetée d'emblée par le Conseil fédéral¹⁰⁶¹. En l'état actuel, il semble que le législateur soit encore réticent à accorder des droits successoraux importants au partenaire survivant non marié ou non enregistré¹⁰⁶².

14.7.3. *Les conséquences de la dissolution de l'union du vivant des partenaires sur les droits successoraux des membres du couple*

635 Le Code civil suisse réserve la qualité d'héritier légal et d'héritier réservataire à la personne mariée ou liée par un partenariat enregistré avec le défunt (cf. art. 462 et 471 ch. 3 CC)¹⁰⁶³ ; le **concubin** survivant n'est ni un héritier légal ni un héritier réservataire¹⁰⁶⁴. Le droit successoral permet cependant au futur *de cujus* de favoriser son concubin survivant en l'instituant héritier (art. 483 CC) ou en le désignant légataire (art. 484 CC), soit par testament (art. 498 ss CC) soit par pacte successoral (art. 512 ss CC)¹⁰⁶⁵. Alors que l'héritier institué acquiert de plein droit, à l'ouverture de la succession, l'universalité ou une quote-part de la succession du *de cujus* (art. 483 al. 1 CC), le légataire est un successeur à titre particulier¹⁰⁶⁶. Ce dernier acquiert un avantage patrimonial sous la forme d'une créance contre les héritiers du *de cujus* (art. 562 CC) et ne répond pas des dettes de celui-ci¹⁰⁶⁷. Comme observé *supra* au chapitre 14.6.3. (cf. en particulier N 608 ss), le futur *de cujus* peut aussi favoriser son compagnon en le désignant bénéficiaire d'une assurance-vie.

636 À la dissolution volontaire de l'union, l'**ex-concubin** ne perd pas les avantages qui lui ont été accordés par son ex-compagnon par le biais de dispositions pour cause de mort. En effet, la séparation volontaire des concubins ne fait pas présumer la caducité des dispositions pour cause de

¹⁰⁶¹ Pour les débats qui ont eu lieu au Conseil National à ce sujet, cf. BO 2010 E 872 ; BO 2011 N 108. Le Conseil des Etats s'est rallié au texte proposé, cf. BO 2011 E 489.

¹⁰⁶² Le 4 mars 2016, la Confédération a mis en consultation un avant-projet de révision du droit des successions visant à instaurer un legs d'entretien en faveur du partenaire de vie ayant vécu depuis au moins trois ans avec le défunt et apporté une contribution importante dans l'intérêt de ce dernier, ainsi que pour la personne ayant vécu cinq ans durant sa minorité avec le défunt et bénéficié d'un soutien financier de celui-ci, cf. art. 484a de l'avant-projet (Avant-projet et Message disponibles sur : <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2016/2016-03-041.html>). La solution préconisée est malheureusement encore très frileuse en termes d'amélioration de la situation du concubin survivant car elle instaure un droit successoral conditionnel et limité.

¹⁰⁶³ En matière successorale, le conjoint survivant et le partenaire enregistré sont placés dans la même situation. Pour des développements sur le partenariat enregistré et le droit successoral, cf. MOOSER, Partenariat.

¹⁰⁶⁴ CommSucc-AUBERSON/ROUSSIANOS, art. 462 CC N 4 ; BONETTI, Protection, p. 474 ; ZK-ESCHER, art. 462 CC N 10 ; STEINAUER, Successions, N 105 ; PIOTET, Traité, p. 43.

¹⁰⁶⁵ L'héritier institué est un successeur universel, en ce sens qu'il répond des dettes du *de cujus*, est membre de la communauté héréditaire et participe au partage. A l'inverse, le légataire est un successeur particulier ; il ne répond pas des dettes, n'est pas membre de l'hoirie et ne participe pas au partage. Il reçoit un bien déterminé de la succession du *de cujus*.

¹⁰⁶⁶ STEINAUER, Successions, N 530.

¹⁰⁶⁷ ZK ESCHER, art. 484 CC N 1 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 155 s. ; STEINAUER, Successions, N 530.

mort. Il appartient au disposant de révoquer ces dispositions, ce qui sera souvent le cas après une séparation. Relevons que les conditions de révocation des privilèges accordés au concubin survivant diffèrent selon la forme des dispositions pour cause de mort. Avec le pacte successoral d'attribution, le futur *de cuius* s'était lié sur la manière dont il dispose de son patrimoine pour cause de mort. Contrairement au testament qui est un acte unilatéral librement révocable en tout temps (art. 509 CC), le futur *de cuius* ne peut plus révoquer unilatéralement le pacte successoral¹⁰⁶⁸ ; celui-ci ne peut être révoqué que moyennant l'accord des cocontractants (art. 513 CC). Quant à la désignation du concubin comme bénéficiaire d'une assurance sur la vie, si cette désignation est stipulée révocable, le preneur d'assurance peut révoquer sa désignation à tout moment, donc au moment de la rupture de l'union libre. Tel n'est pas le cas en revanche si le preneur d'assurance a stipulé la désignation irrévocable.

Les **époux** et les **partenaires enregistrés** cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre dès l'entrée en force du jugement du divorce (art. 120 al. 2 CC) ou de dissolution du partenariat enregistré (art. 31 al. 1 LPart)¹⁰⁶⁹. Ils perdent également et de par la loi les avantages successoraux résultant des dispositions pour cause de mort prises avant la procédure de divorce (art. 120 al. 2 *in fine* CC), ou avant l'ouverture de la procédure en dissolution du partenariat (art. 31 al. 2 LPart), mais peuvent prévoir le contraire dans l'acte pour cause de mort. S'agissant des dispositions pour cause de mort qu'un partenaire prend en faveur de l'autre après l'introduction de la procédure en divorce ou après la procédure en dissolution du partenariat, elles restent pleinement valables même après l'entrée en force du jugement de divorce ou après la dissolution du partenariat.

15. Les effets de la fin de la vie en couple sur les enfants

15.1. Généralités

Le droit suisse distingue la relation entre les membres du couple de la relation parentale. La séparation du couple parental reste ainsi sans incidence sur le statut juridique acquis par l'enfant ; celui-ci conserve son nom de famille, son droit de cité, sa nationalité et le droit à l'entretien de la part de ses parents¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ STEINAUER, Successions, N 624.

¹⁰⁶⁹ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 24 N 10 ss.

¹⁰⁷⁰ En cas de séparation du couple parental, le statut de l'enfant par rapport à son nom de famille reste en principe inchangé, à moins d'une procédure en changement de nom pour motifs légitimes fondée sur l'art. 30 al. 1 CC.

La séparation du couple parental nécessite en revanche que les relations entre l'enfant et ses parents soient réaménagées. Les questions relatives au sort des enfants peuvent faire l'objet d'un accord entre les parents, accord qui doit être ratifié par l'autorité compétente en principe. Si aucun accord n'est possible ou si le bien de l'enfant le commande, il appartient à l'autorité de protection de l'enfant ou au juge de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale, le lieu de résidence et la garde de l'enfant, les relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien et les contributions d'entretien dues par le parent non gardien¹⁰⁷¹. Alors que le juge intervient généralement dans le cadre d'une procédure matrimoniale, c'est à l'autorité de protection de l'enfant que revient la compétence de décider dans tous les autres cas.

⁶³⁹ Comme déjà indiqué au chapitre 10.1., les partenaires enregistrés ne sont pas autorisés à avoir des enfants communs (art. 28 LPart). Ils peuvent néanmoins être chacun parent d'enfants et se retrouver dans la même situation qu'un ex-concubin ou qu'un parent divorcé. Les développements qui suivent sont donc essentiellement centrés sur le sort des enfants communs de parents non mariés et mariés suite à la dissolution du couple parental.

15.2. L'autorité parentale

15.2.1. En cas de séparation des parents

⁶⁴⁰ La loi ne traite pas expressément de l'attribution de l'autorité parentale en cas de séparation volontaire des **parents non mariés**. La loi ne prévoit pas non plus l'intervention d'une autorité, administrative ou judiciaire, pouvant se prononcer automatiquement sur l'exercice de l'autorité parentale en cas de dissolution volontaire de l'union libre. Il en découle que la séparation des parents non mariés ne change rien par rapport à l'exercice de l'autorité parentale.

⁶⁴¹ Pendant l'union, l'autorité parentale peut être détenue par l'un des parents exclusivement ou par les parents en commun¹⁰⁷². Si seul un parent est détenteur de l'autorité parentale pendant l'union, il en reste seul détenteur après la dissolution de l'union, à moins d'un retrait de l'autorité parentale

¹⁰⁷¹ La compétence du juge ou de l'APE dépend du type d'union – libre ou mariage – des parents et de la mesure envisagée. L'APE, qui est également l'autorité de protection de l'adulte, est une autorité interdisciplinaire spécialisée, cf. art. 440 al. 1 et 3 CC. Cette autorité peut être administrative ou judiciaire ; c'est aux cantons qu'il appartient de décider. Pour plus de détails, cf. Message Protection, ch. 2.3.1 et 3.2.

¹⁰⁷² Sur les droits et obligations qu'implique la titularité de l'autorité parentale, cf. *supra* § 10.4.

ordonné sur la base de l'art. 311 ou de l'art. 312 CC¹⁰⁷³. Le parent privé de l'autorité parentale – en règle générale, le père qui a reconnu son enfant – peut cependant obtenir l'autorité parentale conjointe même après la fin de l'union sur la base d'une déclaration parentale commune au sens de l'art. 298a CC, (cf. *supra* § 10.4.). La déclaration peut être déposée auprès de l'autorité de protection de l'enfant, à tout moment pendant la minorité de l'enfant. Malgré le fait qu'elle intervienne tardivement, elle n'est pas soumise à des conditions de fond ou de forme différentes de celles exigées pour la déclaration faite auprès de l'office de l'état civil¹⁰⁷⁴. Si l'autre parent refuse de faire cette déclaration, l'art. 298b al. 1 CC permet au parent non titulaire de l'autorité parentale de s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant. Puisque la loi présume que l'autorité parentale conjointe est dans l'intérêt de l'enfant (cf. art. 296 al. 2 et 298b al. 2), l'autorité de protection prononcera l'autorité parentale conjointe « à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père » (art. 298b al. 2 CC).

Si, pendant l'union, les parents exerçaient en commun l'autorité parentale, ils continuent à le faire même après leur séparation, sauf retrait de l'autorité parentale à la demande des père et mère pour justes motifs (art. 312 CC) ou prononcé d'office (art. 311 CC). L'exercice conjoint de l'autorité parentale peut également être remis en question à la requête de l'un des parents ou de l'enfant ou même d'office par l'autorité de protection de l'enfant « lorsque des faits nouveaux importants le commandent pour le bien de l'enfant » (art. 298d al. 1 CC¹⁰⁷⁵). L'art. 298d al. 1 CC est semblable à l'art. 134 al. 1 CC qui concerne les parents divorcés¹⁰⁷⁶. 642

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conditions d'attribution de l'autorité parentale à un seul parent (art. 298b al. 2 et 298d al. 1 CC) sont moins restrictives que celles prévues à l'art. 311 CC¹⁰⁷⁷. D'autres critères que ceux mentionnés dans cette disposition légale permettent 643

¹⁰⁷³ Selon l'art. 311 CC, le retrait de l'autorité parentale peut être motivé par l'inexpérience, la maladie, l'infirmité, la violence ou l'absence du parent (ch. 1). Mais aussi par le fait que les parents ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant (ch. 2). Cf. arrêts TF 5A_875/2013 du 10 avril 2014 cons. 3.1 ; 5A_729/2013 du 11 décembre 2013 cons. 4.1 ; 5A_835/2008 du 12 février 2009 cons. 4.1 et les références. Selon l'art. 312 CC, le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé « lorsque les père et mère le demandent pour de justes motifs ou lorsqu'ils ont donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes ».

¹⁰⁷⁴ MEIER/STETTLER, N 520.

¹⁰⁷⁵ L'art. 298d CC s'applique à l'ensemble des situations de parents non mariés et précise que la compétence appartient à l'APE.

¹⁰⁷⁶ MEIER/STETTLER, N 527 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 43 N 22.

¹⁰⁷⁷ ATF 141 III 472 ; 142 III 1 ; TF 5A_926/2014 du 28 août 2015. Pour la doctrine en revanche, certains auteurs considèrent que le refus du maintien de l'autorité parentale conjointe doit répondre aux conditions strictes de l'art. 311 CC (cf. GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 6), tandis que d'autres sont d'avis qu'il obéit à des conditions plus légères (cf. FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, p. 893). Cf. aussi le Message APC, p. 8342, selon lequel « les critères sur lesquels l'autorité de protection de l'enfant doit fonder sa décision correspondront à ceux définis à l'art. 311 CC ».

d'attribuer l'autorité parentale à un seul parent. Ainsi, un conflit parental lourd et durable ou l'absence de capacité de coopérer et de communiquer entre les parents peuvent conduire, selon le Tribunal fédéral, à une modification de l'autorité parentale conjointe, s'ils ont des effets négatifs sur l'enfant et que le seul moyen d'y remédier est d'attribuer l'autorité parentale exclusive à l'un des parents¹⁰⁷⁸.

644 Depuis le 1^{er} juillet 2014, le **divorce** n'a plus d'incidence sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale, même si aucune règle ne l'exprime clairement¹⁰⁷⁹. L'autorité parentale appartient en général, au terme de la procédure, toujours aux deux parents de l'enfant^{1080/1081}. Contrairement à l'ancien régime, une convention ou une requête des parents dans ce sens n'est pas exigée¹⁰⁸². Comme le confirme l'art. 133 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit cependant se prononcer sur l'autorité parentale au moment du divorce et peut être amené à devoir la modifier. C'est à cet égard précisément que la situation des couples non mariés qui se séparent se différencie de celle des couples mariés qui divorcent ; l'autorité parentale est appréciée d'office par le juge en cas de divorce, alors qu'elle n'est examinée par aucune autorité en cas de séparation des concubins.

645 Aux termes de l'art. 133 al. 1 CC, « le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions sur les effets de la filiation » (cf. art. 273 ss CC). L'art. 133 al. 1 CC renvoie notamment à l'art. 298 al. 1 CC, lequel stipule que, dans le cadre d'une procédure de divorce, le juge confie à l'un des parents l'autorité parentale exclusive si la sauvegarde du bien de l'enfant le commande (art. 298 al. 1 CC)¹⁰⁸³. L'art. 298 CC renferme l'hypothèse de base selon laquelle l'autorité parentale conjointe doit être maintenue. La privation de l'autorité parentale à l'un des parents est l'exception ; elle ne peut

¹⁰⁷⁸ Cf. ATF 141 III 472, cons. 4.6. et 4.7. Une attribution exclusive n'est en revanche pas justifiée, selon le TF, en cas de disputes ponctuelles ou de divergences d'opinions entre les parents car elles sont usuelles au moment d'une séparation. Pour un commentaire sur cet arrêt, cf. HELLE. Sur les exceptions permettant l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent, cf. aussi l'analyse de BURGAT de l'ATF 142 III 1.

¹⁰⁷⁹ BUCHER, Autorité parentale, N 16 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 34.

¹⁰⁸⁰ Le texte légal ne prévoit pas expressément l'exercice conjoint de l'autorité parentale au-delà du divorce, cf. art. 296 al. 2 CC. Cette règle découle du Message APC, p. 8330. Cf. aussi BADDELEY, La pratique, p. 115.

¹⁰⁸¹ Avant le 1^{er} juillet 2014, le juge du divorce décidait à quel époux il attribuait l'autorité parentale (art. 297 al. 3 aCC). Le principe de l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents seulement était la règle (art. 133 aCC).

¹⁰⁸² Sous l'empire de l'ancien droit, le maintien de l'autorité parentale conjointe après le divorce était possible. Il fallait pour ce faire que les parents aient soumis pour ratification au juge du divorce une convention déterminant la participation de chacun d'eux à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci et que l'exercice conjoint de l'autorité parentale ait été compatible avec le bien de l'enfant (art. 133 al. 3 aCC). La demande d'autorité parentale conjointe devait remplir les mêmes conditions que celles exigées à l'art. 298a CC pour les parents célibataires (pour plus de détails, cf. BIDERBOST, p. 813 ss).

¹⁰⁸³ Pour les cas de figure dans lesquels l'autorité parentale est attribuée à un seul parent, GEISER, Alleinsorge, p. 235 ss.

être ordonnée que si le bien de l'enfant est menacé au point qu'il faille prendre des mesures pour le sauvegarder. Au moment du divorce, le juge va donc s'assurer que les conditions de l'exercice de l'autorité parentale conjointe sont toujours remplies. Il tiendra compte « de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant » et prendra « en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant » (art. 133 al. 2 CC)¹⁰⁸⁴.

Il découle des articles 133 et 298 CC que l'autorité parentale ne peut être attribuée à l'un des parents exclusivement que si elle est nécessaire pour protéger le bien de l'enfant ou si les parents en font la demande¹⁰⁸⁵. Le juge du divorce n'est toutefois pas lié par la requête commune des parents conformément à l'application de la maxime d'office et de la maxime inquisitoire. Il a la faculté d'imposer l'exercice conjoint de l'autorité parentale si le bien de l'enfant le commande¹⁰⁸⁶. À notre sens, maintenir l'autorité parentale conjointe alors que les parents n'en veulent plus serait toutefois contraire au bien de l'enfant.

Si le juge du divorce constate qu'aucun des deux parents n'est apte à assumer ses responsabilités parentales, il demande à l'autorité de protection de l'enfant de nommer un tuteur (art. 298 al. 3 CC et 327a CC).

Une fois divorcés, le père et/ou la mère ont, à l'instar des parents non mariés (cf. art. 298d CC), la faculté de demander une modification de l'autorité parentale « si des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant » (art. 134 al. 1 CC)¹⁰⁸⁷. Cette demande peut concerner la transformation de l'autorité parentale conjointe en autorité parentale exclusive ou l'inverse. Ont également qualité pour agir en modification des dispositions prises en matière d'autorité parentale, l'enfant et l'autorité de protection de l'enfant (art. 134 al. 1 CC). En cas d'accord entre les père et mère, c'est l'autorité de protection de l'enfant qui est compétente pour modifier l'attribution de l'autorité parentale (art. 134 al. 3 1^{ère} phrase CC). Dans le cas contraire, cette compétence appartient au juge compétent pour modifier le jugement de divorce (art. 134 al. 3 2^{ème} phrase CC).

Que l'on soit dans l'hypothèse envisagée à l'art. 298d al. 1 CC, dans celle de l'art. 298 al. 1 CC ou dans celle de l'art. 134 al. 1 CC, la suppression de l'autorité parentale conjointe doit être commandée par le bien de l'enfant. Aux

¹⁰⁸⁴ BUCHER, Autorité parentale, N 17 ; Message APC, p. 8340 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 34. Les critères d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas changé avec l'entrée en vigueur du nouveau droit. La jurisprudence antérieure reste donc pertinente : la règle fondamentale est le bien de l'enfant, alors que les intérêts des parents doivent être relégués au second plan. Pour les critères essentiels, cf. notamment arrêt TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, cons. 4.4.2.

¹⁰⁸⁵ BADDELEY, La pratique, p. 115.

¹⁰⁸⁶ PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 36.

¹⁰⁸⁷ Pour plus de détails, cf. DELABAYS, p. 184 ss ; CR CC I-LEUBA/BASTONS BULLETTI, art. 134 CC ; MEIER/STETTLER, N 527 ss.

termes du Message du Conseil fédéral, une modification de l'autorité parentale en faveur d'un seul parent est justifiée dans les cas prévus à l'art. 311 al. 1 ch. 1 et 2 CC : si, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence ou d'autres motifs analogues, l'autre parent n'est pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale, si l'autre parent ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant ou s'il a manqué gravement à ses devoirs envers lui¹⁰⁸⁸. L'autorité parentale conjointe peut être refusée dans d'autres situations encore, non expressément mentionnées à l'art. 311 CC¹⁰⁸⁹ : si les parents se montrent incapables de coopérer et de communiquer et que cette mésentente profonde affecte l'enfant directement ou par ricochet¹⁰⁹⁰. Le choix du parent auquel l'autorité parentale exclusive doit être attribuée se fera en fonction du bien de l'enfant.

650 L'art. 12 Tit. fin. CC régit le passage de l'ancien au nouveau droit de l'autorité parentale en cas de désaccord entre les parents. En vertu de l'alinéa 4, le parent privé de l'autorité parentale à l'entrée en vigueur du nouveau droit – soit le père non marié avec la mère mais ayant reconnu l'enfant ou le père divorcé dont les enfants ont été placés sous l'autorité parentale exclusive de la mère – peut demander à l'autorité de protection de l'enfant de revoir l'attribution de l'autorité parentale sur la base de l'art. 298b CC, applicable par analogie. La durée préalable pendant laquelle l'autre parent a exercé l'autorité parentale exclusive n'importe pas¹⁰⁹¹. Si le parent a subi le retrait de son autorité parentale lors du divorce, sa demande n'est, en revanche, recevable « que si le divorce a été prononcé dans les cinq ans précédant la modification du 21 juin 2013 » (art. 12 al. 5 Tit. fin. CC)¹⁰⁹². Une fois ces conditions réalisées, l'autorité parentale conjointe est instituée, à moins que l'intérêt de l'enfant commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père (art. 298b al. 2 CC applicable par analogie). Précisons cependant que cette demande devait être déposée auprès de l'autorité de protection de l'enfant dans un délai d'une année, c'est-à-dire avant le 30 juin 2015 (art. 12 al. 4 Tit. fin. CC). Actuellement, le parent privé de l'autorité parentale ne peut donc demander l'attribution conjointe de l'autorité parentale qu'en se fondant sur l'art. 298d CC.

651 En résumé, la séparation du couple parental, marié ou non, n'a en principe plus d'incidence directe sur l'attribution de l'autorité parentale. Compte tenu

¹⁰⁸⁸ Message APC, p. 8342.

¹⁰⁸⁹ BUCHER, Autorité parentale, N 18 ; MEIER/STETTLER, N 475.

¹⁰⁹⁰ ATF 141 III 472 ; BÜCHLER/MARANTA, N 38 ss ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 6 s. et 15 ; MEIER/STETTLER, N 510 et 531 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 36.

¹⁰⁹¹ GUILLIOD, Familles, N 661 et Dépoussiérage, p. 2 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 33.

¹⁰⁹² Pour la justification à cette limite temporelle, cf. Message APC, p. 8347. L'art. 298b al. 1 et 2 CC reste applicable par analogie nonobstant le fait que cette précision ne figure pas à l'art. 12 al. 5 Tit. fin.

de la présomption posée par la loi – selon laquelle l'autorité parentale conjointe est présumée être dans l'intérêt de l'enfant – l'exercice conjoint de l'autorité parentale est devenu la règle, même après la dissolution du couple parental. L'autorité parentale peut toutefois être confiée à l'un des parents exclusivement si le bien de l'enfant le commande. Elle pourra l'être par l'autorité de protection de l'enfant dans l'hypothèse de parents non mariés qui se séparent, ou par le juge en cas de divorce. L'autorité compétente pour prononcer une modification de l'exercice de l'autorité parentale suite à la dissolution du couple parental n'est donc pas la même.

Une seconde différence réside dans le fait que l'exercice de l'autorité parentale n'est pas revu automatiquement par l'autorité de protection de l'enfant à la dissolution volontaire de l'union libre, alors qu'il est soumis au regard du juge du divorce à la dissolution de l'union conjugale¹⁰⁹³. En effet, l'autorité de protection de l'enfant ne statue pas, à la dissolution de l'union libre, sur l'attribution de l'autorité parentale, à moins d'une requête faite en raison de « faits nouveaux importants » (cf. art. 298d al. 1 CC). La conformité du maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après la séparation du couple parental n'est pas vérifiée par l'autorité de protection, tandis qu'elle l'est d'office par le juge en cas de divorce des parents. Selon nous, cette inégalité de traitement ne saurait se justifier dans la mesure où les enfants de parents non mariés qui se séparent méritent la même protection que ceux de parents qui divorcent. 652

15.2.2. *En cas de décès de l'un des parents*

Suite aux modifications législatives récentes en matière d'autorité parentale, le fait que l'enfant soit né durant le mariage ou hors mariage est désormais sans pertinence pour ce cas de figure. Lorsque les parents sont titulaires en commun de l'autorité parentale et que l'un d'eux décède, l'autorité parentale revient de plein droit au seul parent survivant (art. 297 al. 1 CC). Une intervention de l'autorité de protection de l'enfant ou du juge est superfétatoire. En revanche, si le parent qui détient l'exercice exclusif de l'autorité parentale décède, l'autorité de protection de l'enfant doit choisir, en fonction de l'intérêt de l'enfant, entre le transfert de l'autorité parentale au parent survivant ou la nomination d'un tuteur (art. 297 al. 2 CC)¹⁰⁹⁴. Le fait que le parent survivant ait été déchu de l'autorité parentale n'empêche pas d'emblée ce dernier de se voir confier l'autorité parentale exclusive. Lorsque le parent titulaire de l'autorité parentale décède alors qu'il était le seul parent survivant, l'enfant est en principe placé dans une famille nourricière et un 653

¹⁰⁹³ BUCHER, Autorité parentale, N 65.

¹⁰⁹⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 17.83.

tuteur est nommé par l'autorité de protection de l'enfant en attendant de trouver une solution (cf. art. 327a CC)¹⁰⁹⁵.

654 Il ressort que la règle énoncée à l'art. 297 CC s'applique aux parents non mariés, mariés ou divorcés et n'établit aucune distinction fondée sur l'état civil des parents¹⁰⁹⁶. Il n'y a donc pas de discrimination des parents non mariés. Néanmoins, parmi eux, nombreux sont ceux qui n'ont pas, aujourd'hui encore, l'autorité parentale conjointe.

15.3. Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et la garde

655 La notion de « droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant » a été introduite dans le Code civil le 1^{er} juillet 2014 et figure à l'art. 301a CC. Ce droit, que l'on appelait sous l'empire de l'ancien droit le « droit de garde » (*Obhutsrecht*)¹⁰⁹⁷, ne dépend aucunement du statut civil des parents¹⁰⁹⁸. Il découle directement de l'autorité parentale (art. 301a al. 1 CC) ; la privation de l'autorité parentale entraîne nécessairement la perte du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant¹⁰⁹⁹. L'inverse n'est pas le cas en revanche. La perte de ce droit laisse subsister l'autorité parentale¹¹⁰⁰.

656 Ainsi, lorsque les parents sont titulaires en commun de l'autorité parentale, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant leur appartient en commun (art. 301a al. 1 CC). Peu importe leur statut civil, ils décident ensemble du lieu de vie de l'enfant, notamment s'il résidera auprès des deux parents ou de l'un d'eux seulement ou chez des tiers (parents nourriciers, parent de jour, etc.)¹¹⁰¹. La personne auprès de laquelle l'enfant réside en a la « garde de fait » (*faktische Obhut*)¹¹⁰². « La garde [...] se définit comme le fait de vivre en communauté domestique avec l'enfant (art. 301 al. 3 CC) et de lui donner ce dont il a besoin au quotidien pour se développer harmonieusement

¹⁰⁹⁵ Les droits et devoirs du tuteur sont réglés par les art. 327a à 327c CC.

¹⁰⁹⁶ MEIER/STETTLER, N 536.

¹⁰⁹⁷ La notion même du droit de garde a été abandonnée au profit de celle du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Pour plus de détails sur les anciens et nouveaux concepts légaux, cf. MEIER/STETTLER, N 459 ss.

¹⁰⁹⁸ Document OFJ, p. 3 ; GUILLOD, Familles, N 669 ; MEIER/STETTLER, N 869 ; Message APC, p. 8344 ;

¹⁰⁹⁹ D'une manière générale, l'autorité parentale peut soit être retirée sur la base de l'art. 311 ou 312 CC soit prendre fin à la majorité de l'enfant (cf. art. 296 al. 2 *a contrario* CC).

¹¹⁰⁰ Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant peut être retiré au détenteur de l'autorité parentale aux conditions de l'art. 310 CC. Un parent perd, par exemple, le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant si l'APE lui retire l'enfant et le place chez des tiers.

¹¹⁰¹ Document OFJ, p. 3 ; GUILLOD, Familles, N 432.

¹¹⁰² Sur les notions de « droit de garde » et « garde de fait », cf. Document OFJ.

sur les plans physique, affectif et intellectuel (soins et éducation au sens large) »¹¹⁰³.

Lorsque les parents forment avec leur enfant une communauté domestique, le père et la mère assurent ensemble la garde de fait. Si, en revanche, les parents ne font pas ménage commun dans la grande majorité des cas, seul l'un d'eux assume la garde de fait de l'enfant. Bien que le principe même de la garde alternée ne soit pas ancré dans le Code civil, il peut arriver que l'autorité compétente ordonne une garde alternée¹¹⁰⁴. Il s'agit du partage, entre les parents exerçant en commun l'autorité parentale, de la garde de l'enfant, de manière alternée, pour une durée plus ou moins égale¹¹⁰⁵. Pour être imposée par le juge, la garde alternée doit constituer, aux yeux des juges, la meilleure solution pour le bien de l'enfant¹¹⁰⁶. Son instauration dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, notamment de l'âge de l'enfant et de la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école¹¹⁰⁷.

Le parent qui assume la garde de fait de l'enfant a les compétences décisionnelles mentionnées à l'art. 301 al. 1bis CC ; « [il] peut prendre seul : 1. les décisions courantes ou urgentes ; 2. d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable »¹¹⁰⁸. Cette règle concerne toutes les hypothèses de parents ne faisant pas ménage commun.

¹¹⁰³ MEIER/STETTLER, N 886. Cf. aussi Document OFJ, p. 5 : « Le parent chez lequel l'enfant va habiter devient détenteur de "la garde de fait". Assumer la "garde de fait" revient donc à vivre en communauté domestique avec l'enfant mineur [...] et à lui donner ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique, affectif et intellectuel (habillement, nourriture, soins et éducation) ». « Le terme "garde" [...] se réfère à la prise en charge effective de l'enfant », Message APC, p. 8339.

¹¹⁰⁴ Sous l'empire de l'ancien droit, l'instauration d'une garde alternée supposait « en principe l'accord des deux parents, étant précisé que l'admissibilité d'un tel système devait être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et dépendait, entre autres circonstances, de la capacité de coopération des parents (arrêt 5A_69/2011 du 27 février 2012, cons. 2.1) », cf. TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, cons. 4.4.4.

¹¹⁰⁵ TF 5A_928/2014 du 26 février 2015, cons. 4.2 ; 5A_345/2014 du 4 août 2014, cons. 4.2 ; 5A_866/2013 du 16 avril 2014, cons. 5.2 ; 5A_198/2013 du 14 novembre 2013.

¹¹⁰⁶ A ce propos, cf. MEIER/STETTLER, N 873, en particulier n° 2060.

¹¹⁰⁷ TF 5A_345/2014 du 4 août 2014, cons. 3 et 4.3 ; 5A_196/2013 et 5A_69/2011 du 27 février 2012, cons. 2.1, publié in : FamPra.ch 2012 p. 817 ss. Les critères d'attribution de la garde alternée n'ont pas changé avec l'entrée en vigueur du nouveau droit. La jurisprudence antérieure reste donc toujours pertinente, cf. TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, cons. 4.4.2.

¹¹⁰⁸ C'est au juge qu'il appartient « de déterminer quels sont les domaines couverts par les décisions courantes [...]. Celles-ci concerneront probablement toutes les questions liées à l'alimentation, à l'habillement et aux loisirs. En seront exclues en revanche les décisions qui concernent un changement de domicile (surtout en cas de déménagement à l'étranger), d'école ou de religion, qui devront être prises par les deux parents, si l'on veut éviter que l'autorité parentale ne soit vidée de son contenu et de son sens », Message APC, p. 8344. L'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable « lorsque celui-ci est parti en voyage sans laisser d'adresse ou de numéro de téléphone où le joindre », Message, APC, p. 8344. Pour une critique de l'art. 301 al. 1bis, cf. BUCHER, Autorité parentale, N 116 ; PAPAUX VAN DELDEN, Autorité parentale, p. 36 s.

659 Détenteurs en commun de l'autorité parentale, aucun des parents ne peut ultérieurement modifier librement le lieu de résidence de l'enfant si « le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger » (art. 301a al. 2 lit. a CC) ou que « le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles » (art. 301a al. 2 lit. b CC)¹¹⁰⁹. Dans ces deux cas, la décision d'un déménagement avec l'enfant doit être prise par les deux parents ou, à défaut d'accord entre ces derniers, être autorisée par le juge ou l'autorité de protection de l'enfant (art. 301a al. 2 CC)¹¹¹⁰. La loi actuelle impose de surcroît au parent souhaitant modifier son propre lieu de résidence d'en « informer en temps utile l'autre parent » (art. 301a al. 4 qui renvoie à l'al. 3 CC).

660 Dans l'hypothèse où seul l'un des parents est titulaire de l'autorité parentale, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant appartient à ce parent. Si ce parent souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant ou son propre lieu de résidence, il doit en informer l'autre parent en temps utile (art. 301a al. 3 et al. 4 CC).

661 En cas de déménagement, le régime de l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien peuvent devoir être révisés soit par les parents s'ils s'entendent sur ces points, soit par l'autorité de protection de l'enfant ou le juge à défaut d'accord entre les parents (art. 301a al. 5 CC).

662 À l'heure actuelle, les parents non mariés ensemble sont sans doute moins nombreux à exercer l'autorité parentale en commun que les parents mariés. L'autorité parentale appartient, en règle générale, à la mère de l'enfant exclusivement si bien que celle-ci a la faculté de modifier seule le lieu de résidence de l'enfant sans l'accord du père, dès l'instant où le nouveau lieu de résidence ne se trouve pas à l'étranger ou n'a pas d'impact important sur l'exercice du droit de visite du père (art. 301a al. 2 lit. a et b CC).

663 Le Code civil ne mentionne pas la possibilité pour l'autorité de protection de l'enfant ou le juge du divorce de statuer sur l'attribution du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant¹¹¹¹. L'autorité de protection de l'enfant (art. 298b al. 3 CC et 298d al. 2 CC) et le juge du divorce (art. 298 al. 2

¹¹⁰⁹ « Si un parent déplace de son propre chef le domicile de son enfant dans un pays étranger signataire de la convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants ou de la convention européenne sur la garde des enfants, l'autre parent peut déposer une demande de retour de l'enfant victime d'un enlèvement international », Message APC, p. 8345.

¹¹¹⁰ Message APC, p. 8345. L'autorité compétente pour autoriser le déménagement selon l'art. 301a al. 2 CC prend sa décision dans l'intérêt de l'enfant, Message APC, p. 8345. Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le titulaire du « droit de garde » pouvait transférer son domicile, ainsi que le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger, sans avoir besoin d'obtenir au préalable le consentement de l'autre parent, même si l'autorité parentale était exercée en commun, cf. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, art. 301 CC, N 1.3. Cf. aussi ATF 136 III 353, JdT 2010 I 491.

¹¹¹¹ Le Code civil prévoit en revanche les cas dans lesquels un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est possible, cf. art. 310 CC.

par renvoi des art. 133 al. 1 ch. 2, 176 al. 3, 109 al. 2, 118 al. 2 et 179 CC) peuvent, en revanche, devoir se prononcer sur l'attribution de la garde de l'enfant, les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant¹¹¹². Cette dernière notion est « incluse dans la garde de l'enfant, mais aussi comprise dans les relations personnelles exercées par un parent qui n'a pas la garde et peut être déléguée à des tiers contrairement à l'autorité parentale et à la garde »¹¹¹³. Comme déjà évoqué, l'autorité de protection de l'enfant est compétente pour se prononcer sur les points susmentionnés dans l'hypothèse où les parents ne sont pas mariés ensemble, alors qu'il appartient au juge de le faire lors d'un divorce.

En résumé, le statut civil des parents n'a pas de conséquence sur le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. En tant que composante de l'autorité parentale, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant appartient au détenteur de l'autorité parentale. Si l'autorité parentale conjointe est maintenue après la dissolution volontaire du couple parental, les parents conservent le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et peuvent décider d'un commun accord comment la garde sera aménagée, c'est-à-dire où résidera l'enfant, pour quelle période, etc. À défaut d'entente sur la garde, l'autorité de protection de l'enfant – dans l'hypothèse de parents non mariés ensemble – ou le juge – en cas de divorce – en décide. Lorsqu'un parent obtient l'autorité parentale exclusive, il détient seul le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, sauf abus de droit. Dans ce cas, seules les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant devront être fixées (cf. *infra* § 15.4). 664

15.4. Le droit aux relations personnelles

En vertu de l'art. 273 al. 1 CC, « le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances »¹¹¹⁴. L'art. 133 al. 1 ch. 3 CC qui se situe dans le chapitre relatif aux effets du divorce, renvoie aux dispositions relatives aux effets de la filiation, notamment à l'art. 273 al. 1 CC. 665

¹¹¹² Le juge du divorce doit, de surcroît, se prononcer sur la contribution d'entretien (art. 133 al. 1 et 298 al. 2 CC), ce que l'APE ne peut pas faire (cf. 298b al. 3 CC).

¹¹¹³ PAPAUX VAN DELDEN, *Autorité parentale*, p. 38. Cf. aussi : MEIER/STETTLER, N 466.

¹¹¹⁴ Le droit prévu par l'art. 273 al. 1 CC est complété par un devoir de loyauté réciproque des parents prévu à l'art. 274 al. 1 CC. Le parent gardien ne doit pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent, TF 5C.176/2001 du 15 novembre 2001. En outre, le droit aux relations personnelles est protégé par l'art. 8 CEDH et par l'art. 13 Cst. Il est également protégé en droit interne par l'art. 28 CC et ne peut être supprimé que s'il porte gravement atteinte au bien de l'enfant (cf. art. 274 CC).

666 Le droit aux relations personnelles est régi par les articles 273 à 275a CC. Il a été institué à la fois comme un droit et un devoir pour les parents et l'enfant, mais également comme un droit de la personnalité des deux parties¹¹¹⁵. Il compte parmi ses composantes principales le droit de visite, mais aussi toutes autres formes de communication, verbale ou non¹¹¹⁶. Il permet au parent qui n'a pas la garde ou l'autorité parentale de participer au développement de l'enfant, et à l'enfant de mieux accepter la séparation de ses père et mère en conservant une relation avec ses deux parents, ce qui est par ailleurs décisif dans le processus de sa recherche d'identité¹¹¹⁷. Le droit d'entretenir des relations personnelles doit servir en premier lieu l'intérêt de l'enfant¹¹¹⁸. Il peut donc être retiré si le bien de l'enfant est compromis, mais son retrait doit constituer l'*ultima ratio*¹¹¹⁹.

667 Le statut juridique des parents est là encore sans pertinence¹¹²⁰ ; le droit garanti à l'art. 273 CC vaut indépendamment du fait de savoir si les parents sont mariés ou non. Le parent d'un enfant né hors mariage n'est pas traité différemment d'un parent divorcé au moment de fixer un droit d'entretenir des relations personnelles ; les critères de fixation sont les mêmes (cf. articles 176 al. 3, 133 al. 2 et 273 CC)¹¹²¹. Le droit aux relations personnelles suppose simplement l'existence d'un lien de filiation¹¹²². Il repose, pour la mère, sur le seul fait de la naissance (art. 252 al. 1 CC) tandis qu'il est reconnu au père dès que sa paternité juridique est établie (art. 252 al. 2 CC) (cf. *supra* § 10.2.)¹¹²³. Il s'ensuit que le père biologique non marié avec la mère ne peut se prévaloir de l'art. 273 CC qu'à condition d'avoir reconnu l'enfant (art. 260 CC).

¹¹¹⁵ TF 5A_173/2014 et 5A_174/2014 du 6 juin 2014 ; 5A_833/2010 du 3 mars 2011, cons. 5.1.1 ; 5A_644/2010 du 28 février 2011, cons. 2.1 ; ATF 131 III 209, cons. 5 ; 127 III 295 cons. 4a, JdT 2002 I 392 ; 123 III 445 cons. 3b, JdT 1998 I 354 ; 120 Ia 369 cons. 1 ; GUILLOD, Familles, N 677 ; CR CC I-LEUBA, art. 273 CC N 4 ; MEIER/STETTLER, N 752 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 1 et réf. cit. ; VEZ, p. 102.

¹¹¹⁶ CR CC I-LEUBA, art. 273 CC N 2 ; MEIER/STETTLER, N 749 et 764 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 N 2 ; VETTERLI, Kinder, p. 24.

¹¹¹⁷ ATF 131 III 209 cons. 4 ; 130 III 585 cons. 2.2.2 ; 127 III 295 cons. 4a ; 123 III 445 cons. 3c ; 122 III 404 cons. 3a et les réf. cit. ; MEIER/STETTLER, N 751 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 6.

¹¹¹⁸ TF 5A_457/2009 du 9 décembre 2009 ; ATF 131 III 209 cons. 5 ; 123 III 445 ; 127 III 295 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 10.156.

¹¹¹⁹ ATF 122 III 404 cons. 3b ; 120 II 229 cons. 3b ; GUILLOD, Familles, N 682 *in fine* ; BK ZGB-HEGNAUER, art. 274 CC N 40 ; DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 462 N 2.2.

¹¹²⁰ FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, art. 273 CC N 1 ; CR CC I-LEUBA, art. 273 CC N 12 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 7.

¹¹²¹ Pour les critères de fixation, cf. MEIER/STETTLER, N 765 s. ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 9 ss.

¹¹²² CR CC I-LEUBA, art. 273 CC N 12 ; MEIER/STETTLER, N 750.

¹¹²³ ATF 127 III 295 cons. 4a, SJ 2001 I 485 ; 123 III 445 cons. 3b. Le droit aux relations personnelles s'éteint notamment lorsque le lien de filiation disparaît suite à une procédure en désaveu, lorsque l'enfant devient majeur ou lorsque le parent titulaire de ce droit se voit octroyer la garde de l'enfant, GUILLOD, Familles, N 678 ; CR CC I-LEUBA, art. 273 CC N 31 ; MEIER/STETTLER, N 756.

Le droit garanti à l'art. 273 CC n'a de sens que si l'enfant ne vit pas avec ses deux parents¹¹²⁴. Tel est le cas formellement lorsque la garde a été attribuée à l'un des parents seulement ou qu'elle a été retirée aux deux (cf. art. 310 ss CC). En cas de garde partagée, les relations personnelles entre l'enfant et ses parents ne doivent pas nécessairement être réglées¹¹²⁵. Ces derniers s'accorderont généralement sur la participation de chacun d'eux à la prise en charge de l'enfant¹¹²⁶. 668

Le droit aux relations personnelles appartient au parent privé de l'autorité parentale ou de la garde et s'exerce contre le parent titulaire de l'autorité parentale ou de la garde¹¹²⁷. En principe, c'est aux parents non mariés, qu'ils aient ou non l'autorité parentale conjointe, et aux parents mariés mais séparés de fait et non engagés dans une procédure matrimoniale qu'il appartient de régler d'un commun d'accord l'organisation des relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien¹¹²⁸. 669

En cas d'autorité parentale conjointe, cet accord est en principe déjà trouvé par les parents non mariés ; l'art. 298a al. 2 ch. 2 CC exige de ces derniers qu'ils confirment dans leur déclaration commune s'être entendus sur les relations personnelles. Si l'autorité parentale appartient à l'un des parents exclusivement, le parent qui en est privé ne peut pas imposer l'exercice de son droit à l'autre parent (art. 275 al. 3 CC). Il doit saisir au préalable l'autorité de protection de l'enfant, compétente en vertu de l'art. 275 al. 1 CC, pour faire reconnaître son droit et pour le faire préciser (art. 273 al. 3 CC)¹¹²⁹. À défaut, il reste soumis au bon vouloir du parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde. 670

Hors procédure matrimoniale, les parents qui ne parviennent pas à se mettre d'accord peuvent saisir l'autorité de protection qui fixera l'étendue et les modalités du droit aux relations personnelles (cf. art. 273 al. 3, 298b al. 3 et 298d al. 2 CC). L'autorité de protection peut donc intervenir sur requête de l'un des parents, mais également d'office lorsque les deux parents ont été privés de l'autorité parentale ou lorsque le bien de l'enfant l'exige (art. 275 al. 1 CC)¹¹³⁰. Par exemple, si « les relations personnelles compromettent le 671

¹¹²⁴ PULVER, Union libre, p. 95 ; VEZ, p. 104.

¹¹²⁵ MEIER/STETTLER, N 754 ; TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008, cons. 4.2 et arrêts cités, publié in : FamPra.ch 2008, p. 238.

¹¹²⁶ MEIER/STETTLER, N 754.

¹¹²⁷ Le fait d'être privé de la garde ou de l'autorité parentale peut découler notamment du seul effet de la loi (art. 296 al. 3 CC), d'une décision de l'APE (art. 298b, 298d al. 1, 311, 312 CC) ou d'une décision du juge matrimonial (art. 109 al. 2, 133, 134 et 298 al. 1 CC).

¹¹²⁸ MEIER/STETTLER, N 698 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 9 ; VEZ, p. 104.

¹¹²⁹ Conformément à l'art. 275 al. 1 *ab initio* CC, l'autorité compétente à raison du lieu est celle du domicile de l'enfant. L'APE est également compétente lorsque les parents sont privés de l'autorité parentale selon l'art. 296 al. 2 CC ou 310/312 CC, et lorsqu'il s'agit de régler le droit aux relations personnelles des tiers (art. 274a CC), MEIER/STETTLER, N 799 et 801.

¹¹³⁰ GUILLOD, Familles, N 659 ; VEZ, p. 104 s.

développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs » (art. 274 al. 2 CC)¹¹³¹.

672 Il en va différemment lorsqu'une procédure matrimoniale est introduite, c'est-à-dire une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de divorce par exemple. Il appartient au juge de fixer d'office l'étendue du droit (art. 133 al. 1 ch. 3, 275 al. 2, 298 al. 2 ch. 2 CC)¹¹³². En règle générale, le juge respectera néanmoins l'accord éventuel des parents pour autant que cet arrangement ne mette pas en danger le bien de l'enfant¹¹³³. Pour les procédures matrimoniales, l'autorité de protection garde une compétence subsidiaire au juge matrimonial puisqu'elle est tenue d'exécuter les mesures prononcées par le « juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant » (art. 315a al. 1 CC). De plus, elle reste compétente pour « poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire et pour prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre » (art. 315a al. 3 ch. 1 et 2 CC).

673 L'aménagement du droit de visite doit être modifié lorsqu'il ne semble plus approprié en raison de faits nouveaux importants (cf. art. 134 et 298d CC). Lorsque la décision a été prise par l'autorité de protection (sur la base de l'art. 275 CC), la compétence de modifier les relations personnelles demeure en mains de celle-ci (cf. art. 298d al. 2 CC). Si la décision a été prise par le juge du divorce, l'autorité de protection est aussi compétente pour modifier la manière dont les relations personnelles ont été réglées, chaque fois qu'il y a accord entre les parents ou décès du parent titulaire de l'autorité parentale exclusive (art. 134 al. 3 et 4 CC combiné avec l'art. 297 al. 2, 298d et 315b al. 2 CC). Toutefois, si le juge « statue sur la modification de l'autorité parentale, de la garde ou de la contribution d'entretien d'un enfant mineur », il est compétent pour modifier « la manière dont les relations personnelles [...] ont été réglées » (art. 134 al. 4 CC repris par l'art. 275 al. 2 CC). En d'autres termes, lorsque la modification du droit s'inscrit dans le cadre d'une procédure contentieuse, le juge est seul compétent¹¹³⁴.

674 En vertu de l'art. 274a CC, le droit d'entretenir des relations personnelles peut, dans des « circonstances exceptionnelles », être accordé à certains **proches de l'enfant**, si ce droit est nécessaire au vu de l'intérêt de ce

¹¹³¹ Pour plus d'explications sur les motifs justifiant une limitation ou une suppression du droit aux relations personnelles avec l'enfant, cf. CR CC I-LEUBA, art. 274 CC N 9 ss.

¹¹³² Pour plus de détails sur les compétences du juge et de l'APE, cf. notamment MEIER/STETTLER, N 739 et 743 s.

¹¹³³ ATF 123 III 445, JdT 1998 I 354; 117 II 528, JdT 1994 I 562 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 273 CC N 9. « Une convention n'aura que valeur de proposition et nécessitera une ratification par le juge (art. 296 al. 3 CC et 279 CPC) », MEIER/STETTLER, N 804, nbp 1896.

¹¹³⁴ MEIER/STETTLER, N 827.

dernier¹¹³⁵. L'art. 274a CC concerne les personnes qui ne sont pas liées par un lien de filiation direct avec l'enfant¹¹³⁶. Il vise notamment le père biologique de l'enfant avec lequel le lien de filiation n'a pas été établi¹¹³⁷ et le beau-parent de l'enfant¹¹³⁸. L'art. 274a CC ne définissant pas le cercle des personnes visées, l'ex-concubin pourrait également se voir reconnaître un droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant de son ex-compagnon¹¹³⁹. Ce droit est subordonné à l'existence de circonstances exceptionnelles et soumis à la condition qu'il serve le bien de l'enfant¹¹⁴⁰. Le genre de relation vécue entre le parent titulaire de l'autorité parentale et le tiers n'a pas d'importance. Seuls entrent en ligne compte le type de relation établi entre l'ex-concubin et l'enfant et le bien de l'enfant¹¹⁴¹. Ce dernier critère est déterminant et doit être examiné à la lumière des circonstances du cas particulier¹¹⁴². Saisie d'une requête de la part de l'ex-concubin, l'autorité de protection (cf. art. 275 CC) devra donc se contenter de vérifier si une relation « particulière » entre l'ex-concubin et l'enfant a pu être établie et si le maintien du contact est dans l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider s'il convient ou non d'accorder un droit de visite à l'ex-concubin¹¹⁴³.

L'applicabilité de l'art. 274a CC aux partenaires enregistrés est prévue expressément à l'art. 27 al. 2 LPart. Conformément à cette disposition légale, l'autorité de protection de l'enfant peut aussi accorder au partenaire enregistré le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant de son partenaire 675

¹¹³⁵ MEIER/STETTLER, N 760 s. ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 274a CC N 1.

¹¹³⁶ Pour les personnes visées par l'art. 274a CC, cf. BK ZGB-HEGNAUER, art. 274a CC N 12, 14 et 19 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 274a CC N 3.

¹¹³⁷ ATF 108 II 344 ; KILDE, p. 326 ; MEIER/STETTLER, N 760 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 274a CC N 4. Si par exemple le père biologique ne peut pas reconnaître l'enfant en raison de l'existence d'un autre lien de filiation paternelle.

¹¹³⁸ GUILLOD, Familles, N 675 ; PICHONNAZ, Contributions, p. 32-37 ; VEZ, p. 104. S'agissant des relations personnelles entre l'enfant et le beau-parent après le divorce, cf. TF 5A_831/2008 du 16 février 2009, publié in : FamPra.ch 2009, p. 505 ss. Dans cet arrêt, le TF a toutefois refusé au beau-père le droit d'entretenir des relations personnelles en raison des rapports conflictuels aigus qui existaient entre celui-ci et la mère de l'enfant et qui avaient débouché sur des comportements pénalement répréhensibles de la part du beau-père.

¹¹³⁹ Cf. notamment KILDE, p. 323 ; COPUR, Partnerschaft, p. 75 au sujet du partenaire de fait d'un parent ; FamKomm Eingetragene Partnerschaft-Boos/BÜCHLER, art. 27 LPart N 35.

¹¹⁴⁰ TF 5A_831/2008 du 16 février 2009, publié in : FamPra.ch 2009, p. 505 ss. Pour les deux conditions de l'art. 274a CC, cf. KILDE, p. 328 ; CR CC I-LEUBA, art. 274a CC N 5 ss ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 274a CC N 2 ss. Pour les circonstances exceptionnelles, cf. en particulier arrêt TF 5A_831/2008 du 16 février 2009, cons. 3.2 et 3.3, publié in : FamPra.ch 2009, p. 505 ss et KILDE, p. 329.

¹¹⁴¹ Pour PICHONNAZ, Contributions, p. 36, « il suffit qu'une relation socio-affective existe et puisse être établie » (au sujet du beau-parent). *Contra* : MEIER/STETTLER, N 760. Cf. aussi WYSS SISTI, p. 501 sur le type de relation établie entre l'enfant et le tiers.

¹¹⁴² ATF 129 III 689, JdT 2004 I 264, publié in : FamPra.ch 2004, p. 159 ss.

¹¹⁴³ L'APE devra en outre se montrer spécialement circonspecte lorsque le droit de visite du tiers s'ajouterait à l'exercice de relations personnelles par les parents de l'enfant, cf. TF 5A_831/2008 du 16 février 2009, publié in : FamPra.ch 2009, p. 505 ; BK ZGB-HEGNAUER, art. 274a CC N 22 ; MEIER/STETTLER, N 762.

en cas de suspension de la vie commune ou de dissolution du partenariat enregistré¹¹⁴⁴.

676 En résumé, le droit d'entretenir des relations personnelles appartient de la même manière au père et à la mère séparés de l'enfant en cas de fin du concubinage et en cas de divorce. Les critères examinés par l'autorité compétente sont identiques dans les deux cas.

677 La compétence de régler les relations personnelles dépend en revanche de la question de savoir si une procédure matrimoniale a été introduite ou non. Comme observé, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires en vue de régler les relations personnelles avec l'enfant lorsque les parents ne sont pas mariés ou lorsqu'aucune procédure matrimoniale n'a été introduite, tandis que c'est au juge matrimonial qu'il incombe de le faire dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale ou en cas de divorce¹¹⁴⁵.

678 Par ailleurs, contrairement au juge qui fixe les modalités du droit d'entretenir des relations personnelles d'office à la dissolution de l'union conjugale, l'autorité de protection ne le fait que sur requête ou à condition que le bien de l'enfant le commande. Elle n'intervient pas d'office à la dissolution de l'union libre, ce qui permet aux parents non mariés, ex-partenaires de vie, d'aménager les relations personnelles avec l'enfant comme ils l'entendent.

15.5. L'entretien

679 Comme indiqué *supra* au chapitre 10.7., l'obligation d'entretien des père et mère, régie dans ses principes et ses modalités aux articles 276 à 294 CC, recouvre tant les soins et l'éducation de l'enfant que la fourniture de prestations pécuniaires¹¹⁴⁶. Lorsque la communauté familiale prend fin, le parent titulaire de la garde de l'enfant assume l'entretien de ce dernier sous forme de prestations en nature, tandis que le parent non gardien assure l'entretien par des prestations pécuniaires (art. 276 al. 2 CC)¹¹⁴⁷. Précisons que la contribution d'entretien peut, exceptionnellement, être versée par le parent non gardien sous la forme d'une indemnité unique (art. 288 CC)¹¹⁴⁸. La question de la détermination concrète de la contribution d'entretien ne se pose

¹¹⁴⁴ SCHWEIGHAUSER-Zürcher Kommentar zum PartG, art. 27 LPart N 18.

¹¹⁴⁵ Quelle que soit l'autorité compétente, la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 et 296 CPC) et la maxime d'office s'appliquent (art. 58 al. 2 et 296 CPC) ; elle établit les faits d'office, ordonne toute mesure nécessaire et apprécie librement les preuves. FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, art. 275 CC N 8 et 13 ; CR CC I-LEUBA, art. 275 CC N 9 ; BSK ZGB I-SCHWENZER, art. 275 CC N 5 et 9.

¹¹⁴⁶ L'obligation d'entretien des parents est aussi consacrée par les textes internationaux, notamment à l'art. 27 ch. 2 CUDE.

¹¹⁴⁷ Message Entretien, p. 520 s.

¹¹⁴⁸ Pour plus de détails au sujet de l'indemnité unique, cf. notamment METZLER.

donc en principe qu’une fois que la communauté familiale a pris fin ou si elle n’a jamais existé et pour autant qu’il n’y ait pas de garde réellement partagée.

L’obligation d’entretien est indépendante de l’état civil des parents, mais aussi de l’exercice de l’autorité parentale et du droit aux relations personnelles¹¹⁴⁹. Le parent dont le lien de filiation juridique avec l’enfant est établi doit verser une contribution d’entretien à ce dernier¹¹⁵⁰. Il est sans importance à cet égard qu’il n’ait ni l’exercice de l’autorité parentale ni la garde ou que son droit à des relations personnelles lui ait été retiré ou refusé sur la base de l’art. 274 al. 2 CC¹¹⁵¹. 680

L’étendue de la contribution d’entretien est déterminée dans tous les cas en fonction des besoins de l’enfant¹¹⁵², du niveau de vie et des ressources des parents, de la participation à la prise en charge de l’enfant par le parent qui n’en a pas la garde, ainsi que par la fortune et les revenus de l’enfant (art. 285 al. 1 CC)¹¹⁵³. L’art. 285 al. 1 CC n’impose pas de méthode de calcul spécifique. Il existe plusieurs méthodes, toutes développées essentiellement par la pratique judiciaire et variant d’un canton à l’autre¹¹⁵⁴. Elles ne seront pas examinées dans la présente étude¹¹⁵⁵. 681

Dans la majorité des cas, les parents qui cessent de vivre en communauté familiale fixent le montant, les modalités et la durée de la contribution d’entretien due à l’enfant par convention (art. 287 CC)¹¹⁵⁶. Cette convention peut concerner l’entretien des enfants nés hors mariage comme celui des enfants issus de parents mariés. La contribution d’entretien peut également 682

¹¹⁴⁹ GUILLOD, Familles, N 668 ; DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, p. 479, N 1.3 ; Message Entretien, p. 519 s. ; MEIER/STETTLER, N 1033 ; PICHONNAZ, Contributions, p. 8 et Enfants, p. 193.

¹¹⁵⁰ ATF 129 III 646 cons. 4.1, JdT 2004 I 105. Précisons toutefois que la loi prévoit des responsables subsidiaires (cf. art. 278 al. 2, 293 al. 2, 294, 328 CC), ZGB I-BREITSCHMID, art. 276 CC N 11 ss.

¹¹⁵¹ ATF 120 II 177 cons. 3b et réf. cit., JdT 1997 I 315 ; BADDELEY/LEUBA, p. 176 ; MEIER/STETTLER, N 1039 ; PICHONNAZ, Contributions, p. 8.

¹¹⁵² Il s’agit notamment des besoins de l’enfant en nourriture, en habillement, en logement, en hygiène et en santé, BADDELEY/LEUBA, p. 176 ; MEIER/STETTLER, N 1070 ss. Pour une évaluation des besoins moyens des enfants en fonction de leur nombre par famille et de leur âge, cf. les tables zurichoises mises à jour au 1^{er} janvier 2016 et disponibles sur : http://www.ajb.zh.ch/internet/bildungsdirektion/ajb/de/kinder_jugendhilfe/unterhalt/unterhaltsbedarf/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/tabelle_durchschnitt.spooler.download.1452087409337.pdf/Durchschnittlicher_Unterhaltsbedarf_2016.pdf.

¹¹⁵³ CR CC I-PERRIN, art. 285 CC N 9 ss. Les parents peuvent être partiellement déliés de leur obligation si l’enfant peut contribuer lui-même à son entretien (cf. art. 276 al. 3 CC et 323 al. 2 CC). Tel sera le cas si l’enfant exerce une activité lucrative ou s’il dispose de ressources financières autres (p. ex. prestations sociales), MEIER/STETTLER, N 1092 ss. Pour plus de détails sur les critères de détermination de la contribution d’entretien, cf. notamment MEIER/STETTLER, N 1066 ss ; CR CC I-PERRIN, art. 285 CC N 9 ss.

¹¹⁵⁴ Message Entretien, p. 521.

¹¹⁵⁵ Pour une présentation détaillée, cf. notamment BRENNER ; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, N 02.01 à 02.13a, N 02.20 s., N 06.135 à 06.149 ; LEUBA/BASTONS-BULLETTI, Atelier, p. 129 à 134 ; PICHONNAZ, Enfants, p. 198 ss ; RUMO-JUNGO/STUTZ, p. 272 s.

¹¹⁵⁶ Comme le relève MEIER/STETTLER, N 1120, nbp 2623 : « selon certaines estimations, quelque 90 % des cas se régleraient par la voie de l’approbation d’une convention soumise au juge ou aux autorités de protection ». Cf. aussi STOUDMANN, p. 279.

être fixée par jugement, soit par le juge ordinaire au moyen de l'action en réclamation, soit par le juge matrimonial dans le cadre d'une procédure matrimoniale.

683 S'agissant de la convention d'entretien conclue en faveur d'enfants nés hors mariage, celle-ci doit être soumise à l'approbation de l'autorité de protection de l'enfant pour être valable et lier l'enfant (art. 287 al. 1 CC)¹¹⁵⁷. Comme indiqué *supra* au chapitre 10.4. (N 309 ss), la déclaration des parents non mariés en vue de l'obtention de l'autorité parentale conjointe peut contenir les détails de la prise en charge de l'enfant en cas de séparation.

684 La convention d'entretien peut être modifiée ou supprimée selon l'évolution des circonstances, c'est-à-dire lorsque des changements déterminés se produisent dans les besoins de l'enfant, les ressources des père et mère ou le coût de la vie¹¹⁵⁸. La modification ne doit pas avoir été expressément exclue par l'autorité de protection. Elle doit en outre être approuvée par cette dernière (art. 287 al. 2 CC). Si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la modification de la contribution d'entretien et en cas de faits nouveaux, l'un d'eux doit introduire une action en modification fondée sur l'art. 286 al. 2 CC.

685 Si la conclusion d'une convention d'entretien s'avère impossible, la contribution d'entretien peut aussi être fixée par le juge civil ordinaire au moyen de l'action en réclamation régie par l'art. 279 CC¹¹⁵⁹. Cette action appartient à l'enfant, mais le représentant légal de celui-ci, à savoir le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur, peut également agir en son propre nom¹¹⁶⁰. Elle est généralement utilisée lorsque les parents ne sont pas mariés ou lorsqu'ils sont mariés, mais non engagés dans une procédure matrimoniale¹¹⁶¹. La contribution d'entretien fixée par le juge ordinaire au terme de l'action en réclamation peut être modifiée par la suite, soit par convention soumise à l'approbation de l'autorité de protection lorsque les parties s'entendent sur ce point (art. 287 al. 1 CC), soit par une action en modification fondée sur l'art. 286 al. 2 CC si les parties ne parviennent à aucun accord¹¹⁶².

¹¹⁵⁷ L'approbation de l'APE sera donnée si la convention répond aux conditions fixées à l'art. 285 CC, CR CC I-PERRIN, art. 287 CC N 4 ; MEIER/STETTLER, N 970 et 1013. Pour la compétence *ratione loci* de l'APE, cf. art. 315 CC applicable par analogie. L'approbation permet d'obtenir des avances auprès du Service cantonal d'avance et recouvrement des pensions alimentaires.

¹¹⁵⁸ Pour plus de détails sur l'exclusion de modification de la convention, cf. MEIER/STETTLER, N 1007 ss.

¹¹⁵⁹ Le for de l'action est déterminé par l'art. 26 CPC.

¹¹⁶⁰ ATF 136 III 365. Cf. aussi MEIER/STETTLER, N 1130. Sur les questions relatives à la représentation légale de l'enfant incapable de discernement, cf. MEIER/STETTLER, N 1131.

¹¹⁶¹ GUILLOD, Familles, N 717 ; MEIER/STETTLER, N 1019 et 1128.

¹¹⁶² Pour les questions de procédures, cf. MEIER/STETTLER, N 1144 s. Si un accord est trouvé au terme de l'action en modification de la contribution d'entretien fondée sur l'art. 286 CC, cet accord doit être approuvé par le juge ordinaire.

Lorsque l'autorité de protection prononce l'autorité parentale conjointe sur la base de l'art. 298b al. 1 CC ou si les parents non mariés se disputent ultérieurement sur leurs contributions respectives, la question de l'entretien est réglée par le juge de l'action alimentaire et non par l'autorité de protection de l'enfant (art. 298b al. 3 CC). 686

Le montant, les modalités et la durée de la contribution d'entretien due aux enfants de parents séparés ou divorcés sont aussi fixés par convention. Pour être valable et contraignante à l'égard de l'enfant, la convention doit également être approuvée par l'autorité de protection de l'enfant si elle a été conclue hors du contexte judiciaire. Si la convention est conclue dans le cadre d'une procédure judiciaire, la compétence de la ratifier appartient soit au juge de l'action en réclamation de l'entretien (art. 279 CC) soit au juge matrimonial. Ce dernier est exclusivement compétent lorsque la convention a été conclue dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 l. 3 CC), de séparation de corps (art. 118 al. 2 CC) ou de divorce (art. 137 al. 2 et 133 al. 1 ch. 4 CC)¹¹⁶³. Si aucun règlement consensuel n'est trouvé entre les parents, le juge matrimonial règle la question de l'entretien (cf. art. 176 al. 3 CC, 188 al. 2 CC, 137 al. 2 CC et 133 al. 1 ch. 4 CC). 687

Une fois la contribution d'entretien fixée par convention ou par le juge matrimonial, elle peut être modifiée ou supprimée selon les circonstances. Lorsque les parents séparés ou divorcés sont d'accord entre eux, la compétence d'approuver la modification appartient à l'autorité de protection de l'enfant (art. 134 al. 3 CC). Si, en revanche, ils ne parviennent pas à s'entendre, l'un d'eux doit introduire devant le juge une action en modification de la contribution d'entretien fondée sur l'art. 179 al. 1 CC ou l'art. 134 al. 3 CC¹¹⁶⁴. 688

En définitive, le statut familial des parents juridiques de l'enfant n'a pas d'incidence sur la nature et l'ampleur de l'obligation d'entretien. Quelques différences entre parents mariés et non mariés subsistent toutefois. 689

Premièrement, les parents non mariés ont une obligation indirecte de se mettre d'accord, dès la naissance de l'enfant, sur leur participation respective à la prise en charge de l'enfant ainsi que sur la contribution d'entretien (art. 298a al. 2 ch. 2 CC), alors que les parents mariés n'ont pas d'obligation de cette nature. 690

Deuxièmement, lorsque les parents ne sont pas mariés, seul le contentieux financier touchant à l'enfant relève de la compétence du juge. Les autres questions relatives au sort des enfants de parents non mariés sont tranchées 691

¹¹⁶³ L'approbation du juge sera donnée si la convention répond aux conditions fixées à l'art. 285 CC, CR CC I-PERRIN, art. 287 CC N 4 ; MEIER/STETTLER, N 970 et 1013. Pour la compétence *ratione loci* du juge, cf. art. 23 CPC.

¹¹⁶⁴ S'agissant de la compétence *ratione loci* du juge de l'action, cf. art. 23 CPC. Si un accord est trouvé au terme de l'action en modification de la contribution d'entretien fondée sur l'art. 179 ou 134 CC, cet accord doit être approuvé par le juge matrimonial.

par l'autorité de protection de l'enfant. Le sort d'un enfant de parents non mariés en conflit est donc confié à deux juridictions différentes, tandis que le sort de celui de parents mariés est tranché par un tribunal unique¹¹⁶⁵.

692 Troisièmement, le droit actuel ne tient pas compte des coûts qu'impliquent la prise en charge de l'enfant par l'ex-concubin pour octroyer une contribution d'entretien à ce dernier en cas de séparation alors qu'il reconnaît, parmi les critères octroyant une pension alimentaire au parent divorcé, « l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit être encore assurée » (art. 125 al. 2 ch. 6 CC). La mère non mariée a seulement droit au versement des frais d'entretien pour les quatre semaines précédant et les huit semaines suivant la naissance (art. 295 al. 1 ch. 2 CC ; cf. *infra* N 694). Cette situation est très critiquable car elle préterite les intérêts de l'enfant avant tout ; privé de pension alimentaire à la dissolution de l'union, l'ex-concubin peut être tenu de reprendre une activité lucrative, voire d'étendre celle-ci, de sorte qu'il ne pourra plus s'occuper de l'enfant de la même façon qu'il le faisait avant la séparation.

693 Il est important de relever que le droit à l'entretien de l'enfant va être entièrement révisé ; la réforme a été adoptée par le Parlement fédéral le 20 mars 2015 et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Afin d'améliorer le statut d'enfants de parents non mariés séparés et de favoriser l'égalité de traitement entre ces enfants et ceux de parents mariés séparés en matière d'entretien, les nouvelles dispositions du Code civil prévoient une contribution d'entretien pour la prise en charge de l'enfant par le parent gardien (cf. art. 285 al. 2 nCC)¹¹⁶⁶. Le coût de la prise en charge assurée par l'un des parents sera ainsi intégré dans le calcul de la contribution d'entretien due par l'autre parent, ce qui permettra au parent gardien de consacrer le temps nécessaire aux soins et à l'éducation de l'enfant¹¹⁶⁷.

15.6. Les prétentions de la mère non mariée avec le père de l'enfant

694 Conformément à l'art. 295 CC, la mère non mariée avec le père de l'enfant peut demander au père putatif d'être indemnisée des frais de couches (ch. 1) et des frais d'entretien pour une certaine période avant et après la naissance (respectivement au moins quatre et huit semaines) (ch. 2), ainsi que d'autres

¹¹⁶⁵ Pour les conséquences procédurales, cf. en particulier REISER, Jugements, p. 206 ss.

¹¹⁶⁶ Les modifications du droit à l'entretien de l'enfant sont disponibles sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2015/4299.pdf>.

¹¹⁶⁷ Tous les documents relatifs à la réforme du droit à l'entretien de l'enfant sont disponibles sur : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/kindesunterhalt.html>. Voir aussi : BADDELEY, La pratique, p. 125 ss ; FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 877 ss ; RUMO-JUNGO/HOTZ, p. 1 ss ; STOUDEMANN, p. 279 ss.

dépenses occasionnées par la grossesse et l'accouchement, y compris le trousseau de l'enfant (ch. 3)¹¹⁶⁸. Si le père décède, l'action peut être intentée contre les héritiers de celui-ci (art. 295 al. 1 CC). Cette action doit être intentée au plus tard dans l'année qui suit la naissance de l'enfant devant le tribunal du domicile de la mère ou du père (art. 27 CPC). Cette action est indépendante de l'établissement d'un lien de filiation entre le père et l'enfant ainsi que de l'attribution de l'autorité parentale¹¹⁶⁹. Précisons finalement que les prestations des assurances ou celles de l'employeur doivent être déduites des indemnités dues par le père (art. 295 al. 3 CC). La mère non mariée ne peut donc prétendre de la part du père de l'enfant qu'à une contribution d'entretien limitée dans son étendue, mais également dans le temps.

À l'inverse, lorsque la mère est mariée avec le père de l'enfant, les dépenses liées à la naissance de l'enfant sont couvertes par l'art. 163 CC (cf. aussi *supra* N 158 ss).

15.7. Conclusions intermédiaires

S'il est vrai que la séparation détruit le lien qui unissait les membres du couple, elle ne saurait détruire la relation parentale. Le législateur distingue effectivement la notion de couple de celle de parents et fait appel à la notion unique de parent pour les questions relatives au sort des enfants. Le statut juridique du couple est sans grande pertinence dès lors qu'il s'agit de s'occuper du sort des enfants. C'est pourquoi il convient de se référer plutôt à la notion de parent qu'à celle de concubins, d'époux ou de partenaires enregistrés pour régler les questions afférentes aux enfants.

En matière procédurale, il subsiste toutefois encore quelques différences entre les enfants de parents non mariés qui se séparent et ceux de parents divorcés. L'autorité compétente pour se prononcer sur le sort des enfants n'est pas la même dans les deux cas. Il appartient à l'autorité de protection de l'enfant de trancher les questions relatives au sort des enfants dans l'hypothèse de parents non mariés, tandis qu'il incombe au juge matrimonial d'ordonner les mesures nécessaires dans l'hypothèse d'enfants de parents séparés ou divorcés.

Ces deux autorités n'ont pas le même mode d'intervention ni les mêmes compétences. En effet, l'autorité de protection n'intervient pas nécessairement à la dissolution de l'union libre et peut donc être amenée à se prononcer sur le sort des enfants bien après la séparation du couple parental ; son intervention

¹¹⁶⁸ Si la grossesse a pris fin prématurément, le juge peut, pour des raisons d'équité, allouer tout ou partie de ces indemnités, cf. 295 al. 2 CC.

¹¹⁶⁹ Cette action peut être intentée indépendamment d'une action en paternité ou d'une reconnaissance, MEIER/STETTLER, N 1111.

est soit sollicitée soit subordonnée au bien de l'enfant. À l'inverse, le sort des enfants est décidé d'office par le juge, lequel intervient dès la dissolution de l'union conjugale. En outre, l'autorité de protection de l'enfant règle les questions liées à l'autorité parentale et aux relations personnelles (art. 298b al. 3 CC), mais ne peut se prononcer sur le contentieux financier de l'enfant de parents non mariés ; seul le juge peut connaître des questions liées à la contribution due aux enfants de parents non mariés. Inversement, le juge matrimonial a la compétence de trancher l'entier du contentieux relatif au sort de l'enfant, à savoir l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, l'étendue des relations personnelles et la contribution d'entretien.

⁶⁹⁹ À ces différences fondamentales s'ajoute encore que l'enfant de concubins ne peut faire valoir aucun droit procédural lors de la séparation de ses parents. Le juge doit entendre l'enfant dès l'âge de six ans révolus (art. 133 al. 2 CC, art. 298 CPC) et peut désigner un curateur pour représenter l'enfant dans la procédure en divorce de ses parents (art. 299 CPC)¹¹⁷⁰. Les articles 297 ss CPC concernant l'audition de l'enfant et sa représentation sont inapplicables aux enfants de parents non mariés qui se séparent et laissent donc l'enfant de parents non mariés sans ces moyens de protection importants dans le processus de la séparation de ses parents¹¹⁷¹.

16. Conclusion

⁷⁰⁰ Il se dégage des développements précédents, sauf pour les enfants, une persistance tenace des différences de traitement entre les formes de communautés de vie au moment de leur dissolution. Les concubins sont et restent très largement désavantagés par rapport aux époux et aux partenaires enregistrés dans la mesure où la loi contient très peu de dispositions spécifiques pour protéger leurs intérêts et leurs droits en cas de séparation – surtout conflictuelle – ou de dissolution consécutive au décès de l'un d'eux, en l'absence de contrat spécifique. Même lorsque la loi se prononce en faveur des concubins, elle peine à les mettre sur un pied d'égalité avec les couples mariés et les couples de partenaires enregistrés.

¹¹⁷⁰ Sur la possibilité d'auditionner les enfants à partir de six ans révolus, cf. ATF 131 III 553 cons. 1.2.3 ; 133 III 553 cons. 3. Sur le devoir du juge d'entendre l'enfant, cf. notamment BUCHER, L'écoute de l'enfant ; RUMO-JUNGO, Audition, p. 118. On notera qu'une étude est en cours sur la pratique actuelle de l'audition de l'enfant et les mesures à prendre en vue de corriger les défauts manifestes, cf. postulat Bulliard-Marbach 14.3232, « Article 12 de la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant. Bilan de la mise en œuvre en Suisse ».

¹¹⁷¹ REISER, Refonte, p. 934. Il convient de préciser que les art. 314a et 314a bis CC reprennent les art. 298 et 299 CPC à propos des mesures de protection de l'enfant. Ces dispositions s'appliquent notamment à l'attribution de l'autorité parentale conjointe à des parents non mariés et à la levée de l'autorité parentale conjointe (art. 298b-298d CC), ainsi qu'à la réglementation d'autres points concernant les droits parentaux (art. 298b al. 3 et 298d al. 2 CC), cf. MEIER/STETTLER, N 551.

Comme il a été exposé, les personnes vivant maritalement ne disposent pas d'une procédure qui leur permettrait de régler globalement tous les problèmes soulevés par la désunion et doivent se contenter de solutions ponctuelles ou contractuelles. L'absence de régime matrimonial et de vocation successorale fait courir un risque important aux concubins quant à leur situation après l'union. Ce risque est spécialement important, bien entendu, pour celui des concubins qui s'est consacré durablement aux tâches ménagères et à l'éducation des enfants en abandonnant son activité professionnelle et en renonçant à se constituer un patrimoine personnel¹¹⁷². Ce concubin est privé non seulement de tout partage des gains réalisés par son partenaire pendant l'union (cf. *supra* § 14.2.1.2., N 388 ss), mais aussi de toute prétention sur le patrimoine de son compagnon décédé (cf. *supra* § 14.7.2., N 615). Il ne peut prétendre de surcroît ni à l'attribution du logement familial (cf. *supra* § 14.5., N 529 ss et 543 ss), ni au versement d'une contribution d'entretien pour la période postérieure à la dissolution de l'union (cf. *supra* § 14.4., N 510 ss), ni au partage des avoirs de prévoyance accumulés par son compagnon (cf. *supra* § 14.6.2., N 580 ss), ni à une rente de survivant (cf. *supra* § 14.6.3., N 593 ss). À défaut d'engagement contractuel de la part de son compagnon, le concubin resté au foyer pendant l'union encourt le risque de se retrouver, à la fin de l'union, dans une situation de faibles revenus et de droits de prévoyance et de ne pas pouvoir assurer la satisfaction de ses besoins vitaux.

À l'inverse, le Code civil et la Loi fédérale sur le partenariat enregistré contiennent de nombreuses dispositions qui favorisent la stabilité économique des membres de la famille et permettent de compenser les préjudices subis par le conjoint et le partenaire enregistré restés au foyer. Le dommage subi par ces derniers est partagé entre les membres du couple alors qu'il est mis à la charge du concubin resté au foyer en l'absence d'arrangement conventionnel. Les enfants de parents divorcés peuvent, de surcroît, vivre plus confortablement que les enfants de parents non mariés séparés : le parent divorcé, titulaire de la garde, bénéficie du partage des biens accumulés pendant le mariage et, si besoin est, d'une contribution d'entretien de la part de son ex-époux. Il peut également se voir attribuer l'usage du logement familial.

Il s'avère que la jurisprudence n'est pas restée insensible à ces réalités. Elle a tenté, avec l'aide du droit ordinaire, de remédier aux injustices survenant à la dissolution de l'union. Malgré la générosité des buts fixés, il apparaît que les solutions trouvées par les juges ne parviennent cependant que très partiellement à les atteindre : d'une part, parce qu'elles ne peuvent

¹¹⁷² Cette problématique touche en règle générale les femmes. Malgré le fait que davantage d'entre elles travaillent à l'extérieur du foyer, leur emploi joue encore un rôle secondaire par rapport aux tâches ménagères et familiales, en particulier en présence d'enfants mineurs. En 2013, l'OFS relevait d'ailleurs que, dans un couple avec enfants âgés entre 0 et 6 ans, la femme consacrait, par semaine, 12,7 heures à son activité professionnelle et 55,5 heures aux tâches ménagères et familiales. Documents disponibles sur : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/04.html>.

appréhender toutes les séparations ; d'autre part, parce que les effets de ces solutions, tels que déterminés par les juges, sont très limités en pratique (cf. *infra* § 18.2.).

⁷⁰⁴ La situation des concubins n'est cependant pas inéluctable. En effet, des ajustements légaux qui paraissent non seulement équitables mais aussi réalisables de manière raisonnable peuvent être envisagés. Cela fera l'objet de la quatrième partie de cette étude.

QUATRIÈME PARTIE

Vers un encadrement légal de l'union libre

17. Généralités

Dans les parties II et III de la présente étude, nous nous sommes attachés à exposer la situation des concubins en droit positif. Nous avons présenté les effets qui découlent de la vie en couple et ceux qui résultent de la dissolution de l'union en nous livrant à des réflexions comparatives sur les trois formes de communauté de vie que sont l'union libre, le mariage et le partenariat enregistré. Cette analyse nous a mené au constat que l'union libre ne produit presque aucun effet juridique issu directement de sa formation et de sa dissolution. L'union libre échappe à la contrainte et à la réglementation, sauf acte contraire expresse des concubins. Ceux-ci n'accèdent au domaine juridique que par une sollicitation (une demande déposée par devant les tribunaux), par un acte déterminé (la conclusion d'un contrat) ou par un acte unilatéral (un testament ou une donation). La communauté de fait est prise en compte directement dans la loi dans certains domaines bien spécifiques seulement. À l'inverse, le mariage et le partenariat enregistré emportent, en tant qu'institutions, des effets juridiques automatiques sur les membres du couple, vis-à-vis des tiers et de l'État.

Le constat qui se dégage des parties II et III de la présente étude nous mène à la question de savoir s'il ne faut pas inscrire l'union libre dans la loi et en réglementer les effets. Cette question fait débat en Suisse depuis de longues années déjà. Parmi les pourfendeurs d'une reconnaissance légale de l'union libre, certains estiment que les institutions du mariage et du partenariat enregistré suffisent à couvrir le besoin de réglementation des couples¹¹⁷³. Mais cette réponse ne s'inscrit-elle pas à faux avec l'évolution de la société qui démontre pourtant un nombre croissant d'unions libres et une perte d'intérêt pour l'institution du mariage¹¹⁷⁴ (cf. *supra* § 3.2.) ?

Réfutant également la nécessité d'une réglementation spécifique pour l'union libre, d'autres auteurs jugent que l'option pour l'union libre découle d'une renonciation délibérée de la part des parties au cadre juridique du

¹¹⁷³ SANDOZ, Thèses, s'oppose rigoureusement à une réglementation des unions hors mariage.

¹¹⁷⁴ FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 877 ; SCHERPE, Rechtsvergleich, p. 21. Cf. aussi *supra* § 3.2.

mariage et du partenariat enregistré¹¹⁷⁵. Les concubins se mettraient volontairement dans une situation de non-droit et seraient satisfaits de ne trouver aucune contrainte légale à leurs rapports privés. Mais n’est-ce pas parfois plutôt en réaction à l’institution du mariage que certains couples refusent de se marier que par la volonté de rester dans une situation de non-droit ? En outre, les concubins choisissent-ils tous délibérément de ne pas se marier ou de ne pas conclure un partenariat enregistré ? Connaissent-ils vraiment les conséquences juridiques de leur choix de vivre hors mariage ou hors partenariat ? Les situations des unions libres sont diverses ; elles tiennent aux convictions personnelles et aux connaissances juridiques des partenaires. Dans tous les cas, est-il justifié de ne pas reconnaître légalement cette forme d’union ?

708 En Suisse, deux cantons proposent aujourd’hui une reconnaissance officielle aux couples ne souhaitant pas se marier. Il s’agit des cantons de Genève et de Neuchâtel, lesquels ont chacun adopté une loi sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur respectivement le 5 mai 2001¹¹⁷⁶ et le 1^{er} juillet 2004¹¹⁷⁷. Ces deux lois s’adressent tant aux couples de même sexe qu’à ceux de sexes différents et n’ont pas été supprimées au profit de la LPart¹¹⁷⁸.

709 La procédure d’enregistrement du partenariat cantonal est très simple, de même que sa dissolution¹¹⁷⁹ ; celle-ci se réduit à une simple formalité, à savoir une déclaration commune ou unilatérale des partenaires¹¹⁸⁰.

710 Les pacs cantonaux donnent le droit aux couples enregistrés d’être traités, à certains égards, de la même manière que les personnes mariées ou enregistrées pour ce qui relève du droit cantonal exclusivement¹¹⁸¹. Ils leur procurent des avantages dans des domaines particuliers, comme par exemple le droit d’obtenir des renseignements en cas d’hospitalisation et le droit de visite dans les prisons¹¹⁸². Les deux lois sont toutefois différentes, chaque canton décidant des détails¹¹⁸³. Seul le pacs du canton de Neuchâtel exonère le

¹¹⁷⁵ AEBI-MÜLLER/WIDMER, *nichteheliche Gemeinschaft*, N 9 ; GEISER, *Lebensgemeinschaft*, p. 50 s. ; WOLF/GENNA, *SPR IV/1*, p. 65.

¹¹⁷⁶ LPart-GE et son règlement d’application du 2 mai 2001.

¹¹⁷⁷ LPart-NE et son règlement d’exécution du 23 juin 2004.

¹¹⁷⁸ Réserve aux partenaires homosexuels, le pacs zurichois, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003, a été supprimé au profit du partenariat fédéral en 2007. HERZ/WALPEN, N 11.

¹¹⁷⁹ Pour la procédure d’enregistrement du partenariat dans le canton de Genève, cf. art. 1 à 3 LPart-GE et art. 1 à 4 du règlement d’application. Pour la procédure d’enregistrement du partenariat dans le canton de Neuchâtel, cf. art. 9 à 13 LPart-NE et 4 du règlement d’exécution.

¹¹⁸⁰ Pour la fin du partenariat genevois, cf. art. 4 LPart-GE et art. 5 du règlement d’application. Pour la fin du partenariat neuchâtelois, cf. art. 16 ss LPart-NE et art. 5 du règlement d’application.

¹¹⁸¹ Cf. art. 1 al. 3 et 7 LPart-GE, ainsi qu’art. 1 al. 1 et art. 14 LPart-NE.

¹¹⁸² Le droit de visite en cas d’hospitalisation et le droit de visite en prison sont régis par le droit cantonal et dépendent des dispositions réglementaires des établissements en cause.

¹¹⁸³ BONETTI, *Partenariat*, p. 458 ; HERZ/WALPEN, N 9 ss.

partenaire de l'impôt sur les successions et les donations à condition que le partenariat ait duré au moins deux ans¹¹⁸⁴.

Sans effet de droit civil, à défaut de compétence des cantons en la matière, le partenariat cantonal n'équivaut cependant ni à un mariage ni à un partenariat enregistré fédéral. En l'absence de règles sur les conséquences de l'union libre en droit civil, la situation des concubins, et surtout du concubin le plus faible économiquement, peut s'avérer très précaire à la rupture de l'union. Ne faudrait-il pas dès lors combler cette lacune ? 711

L'évolution des mœurs a suscité, dans plusieurs pays d'Europe et ailleurs, un mouvement tendant à reconnaître les unions hors mariage et à leur attacher certaines conséquences juridiques¹¹⁸⁵. Parmi ces pays, il convient de distinguer ceux qui reconnaissent les unions formées spécialement par des personnes homosexuelles auxquelles le mariage est interdit¹¹⁸⁶, et ceux qui admettent, en parallèle du mariage, d'autres formes d'union, ouvertes aux personnes tant hétérosexuelles qu'homosexuelles. Seule cette seconde catégorie intéresse tout particulièrement notre étude. En font partie la Croatie¹¹⁸⁷, la Slovénie¹¹⁸⁸, la Suède¹¹⁸⁹, la Norvège¹¹⁹⁰, la Finlande¹¹⁹¹, les Pays-Bas¹¹⁹², l'Irlande¹¹⁹³, 712

¹¹⁸⁴ Cf. art. 25 LPart-NE et art. 9 al. 1 lit. b LSucc-NE.

¹¹⁸⁵ Pour une étude détaillée des législations étrangères sur le concubinage, cf. BOELKI-WOELKI/MOL/VAN GLEDER ; SCHERPE, Rechtsvergleich, p. 3 ss ; SCHERPE/YASSARI.

¹¹⁸⁶ L'Allemagne, l'Autriche et l'Angleterre par exemple ont créé de nouvelles formes légales d'union pour éviter d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. A l'instar de la Suisse, il n'existe, dans ces pays, aucune réglementation spécifique sur le concubinage, mais uniquement des dispositions dispersées au sein de la législation qui touchent aux concubins. Pour l'**Allemagne**, cf. par ex. § 563 al. 2 BGB qui prévoit, en cas de décès, la subrogation du concubin survivant dans les rapports de bail. Voir aussi Institut suisse de droit comparé, p. 45 ss. Pour l'**Angleterre**, cf. par ex. section 36 et 38 Family Law Act 1996 concernant le logement des concubins, ainsi que la section 1(1)(ba), (1A), (1B) Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 qui permet au concubin survivant de demander une compensation financière en cas de décès de son compagnon. Voir aussi Institut suisse de droit comparé, Avis, p. 54 ss. Etant donné l'absence de réglementation spécifique sur les unions *de facto*, nous n'étudierons pas les législations de ces pays.

¹¹⁸⁷ La Croatie a adopté une loi sur les cohabitants hors mariage de sexes différents (cf. la loi croate sur la famille) et une loi sur les cohabitants de même sexe (cf. la loi croate sur le partenariat). Pour plus de détails sur ces lois, cf. HRABAR, p. 399 ss et RESETAR/LUCIC.

¹¹⁸⁸ Sur les unions extra-maritales en Slovénie, cf. NOVAK, p. 2 ss ; RIJAVEC/KRALJIC, p. 375 ss.

¹¹⁸⁹ Une loi sur la cohabitation a été adoptée en Suède en 2003, cf. Sambolag 2003:376. Cette loi s'applique tant aux couples de sexes différents qu'aux couples de même sexe. Pour plus de détails, cf. BRATTSTRÖM, p. 345 ss et RYRSTEDT, Sweden, p. 416 ss.

¹¹⁹⁰ Cf. la loi sur le droit au logement et les biens du ménage en cas de cessation d'une communauté de vie du 4 juillet 1991. Voir aussi Institut suisse de droit comparé, Avis, p. 82 ss ; RYRSTEDT, Norway, p. 439 ss et SVERDRUP, p. 1 ss.

¹¹⁹¹ Cf. Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners du 14 janvier 2011. Cf. aussi SILVOLA.

¹¹⁹² Les Pays-Bas ont adopté, le 1^{er} janvier 1998, un texte autorisant les couples hétérosexuels et homosexuels à faire enregistrer leur union, cf. art. 80a) du Code civil (Burgerlijk Wetboek Boek 1). Pour des développements sur les formes de vie en couple réglementées aux Pays-Bas, cf. BOELE-WOELKI/SCHRAMA, p. 308 ss ; SCHRAMA, p. 14 ss.

¹¹⁹³ Cf. Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010. Cf. aussi SHANNON.

l'Écosse¹¹⁹⁴, le Luxembourg¹¹⁹⁵, la France¹¹⁹⁶, la Belgique¹¹⁹⁷, le Portugal¹¹⁹⁸, certaines provinces et communautés espagnoles¹¹⁹⁹, le Québec¹²⁰⁰, la Nouvelle-Zélande¹²⁰¹ et l'Australie¹²⁰².

713 Les modes de reconnaissance des unions hors mariage, ainsi que les conséquences juridiques qui sont attachées à celles-ci varient considérablement d'un État à l'autre. Ainsi, certains États, tels que les Pays-Bas, le Luxembourg, la Belgique, la France, le Québec et la Nouvelle-Zélande exigent des formalités pour que l'union produise des effets juridiques¹²⁰³. D'autres ordres juridiques, en particulier l'Irlande, l'Écosse, la Finlande, la Suède, la Norvège, la Croatie, le Portugal, certaines provinces espagnoles, l'Australie et la Nouvelle-Zélande déterminent l'existence de l'union libre par les circonstances factuelles¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁴ Cf. Family Law Act 2006, en particulier section 25. Cf. aussi MAIR.

¹¹⁹⁵ Cf. la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

¹¹⁹⁶ Par la loi du 15 novembre 1999, la France a créé, avec l'introduction du pacte civil de solidarité, le « pacs », une forme d'union atténuée par rapport au mariage, ouvert aux couples tant hétérosexuels qu'homosexuels. Pour des développements détaillés sur le pacte civil de solidarité, cf. en particulier FERRAND, p. 211 ss. En outre, la France a inséré un article sur le concubinage dans son Code civil, cf. art. 515.8.

¹¹⁹⁷ Le 23 novembre 1998, la Belgique a introduit une loi organisant un statut pour le couple non marié, la « cohabitation légale », cf. art. 1475 ss du Code civil. Pour des développements détaillés sur la cohabitation légale en Belgique, cf. HAUSER/RENCHON.

¹¹⁹⁸ Cf. la loi n° 7/2001, modifiée par la loi n° 23/2010, qui établit une série de mesures de protection pour les couples hétérosexuels et homosexuels vivant en union libre depuis au moins deux ans. Pour des précisions sur la loi n° 7/2001, cf. MARTINS, p. 196 ss et GONZALEZ BEILFUSS, Espagne und Portugal.

¹¹⁹⁹ Il n'existe pas de réglementation uniforme à l'échelle de l'Espagne concernant les concubins. Certaines communautés autonomes possèdent leur propre réglementation. La Catalogne espagnole par exemple a été la première communauté autonome à reconnaître, par la loi du 15 juillet 1998, les unions dites « stables » entre personnes de sexes différents et de même sexe, cf. loi n° 10/1998 du 15 juillet 1998, insérée dans le Code civil catalan. Pour plus de développements sur cette loi, cf. notamment CAMARERO SUÁREZ, p. 127 ss. D'autres provinces et communautés espagnoles se sont aussi dotées de normes applicables aux concubins, cf. la loi d'Aragon n° 6/1999 du 26 mars et la loi de Navarre n° 6/2000 du 3 juillet. Dans la majorité de ces lois, l'acte officiel d'enregistrement est un élément constitutif. Pour plus de détails sur ces lois, cf. CAMARERO SUÁREZ, p. 134 ss et GONZALEZ BEILFUSS, Espagne und Portugal, p. 259 ss et Dilema, p. 45 ss.

¹²⁰⁰ Au Québec, l'union civile est ouverte aux couples de sexes opposés et aux couples de même sexe, cf. art. 521.1. ss du Code civil. Pour plus de détails, cf. TETRAULT. Pour le statut des concubins au Canada, cf. en particulier HOLLAND, p. 479 ss.

¹²⁰¹ Par le Civil Union Act 2004, la Nouvelle-Zélande a instauré un système permettant aux couples hétérosexuels et homosexuels d'officialiser leur relation en marge du mariage. En outre, la Nouvelle-Zélande reconnaît également certaines conséquences juridiques aux unions *de facto*, cf. sections 2C et 2D du Property (Relationships) Act 1976. Sur l'approche adoptée en Nouvelle-Zélande, cf. AESCHLIMANN, p. 250 ss.

¹²⁰² Depuis le 1^{er} mars 2009, les relations *de facto* sont soumises au Family Law Act 1975. Voir aussi pour la procédure, le Family Law Rules 2004. Pour plus de détails sur les relations *de facto* en Australie, cf. notamment COTTIER/AESCHLIMANN, p. 112 et réf. cit.

¹²⁰³ Un enregistrement, une inscription ou le dépôt d'une déclaration sont le plus souvent requis, cf. *infra* § 19.3.2. Précisons que les législations de ces pays visent parfois aussi les concubins n'ayant pas formalisé leur union. La cohabitation non maritale produit certains effets, mais dans des domaines particuliers, et ne fait l'objet d'aucune loi spécifique, sauf en Nouvelle-Zélande (cf. *infra* § 19.3.3.).

¹²⁰⁴ Cf. *infra* § 19.3.3.

Globalement, il existe donc deux modes de reconnaissance : la reconnaissance formelle et la reconnaissance factuelle¹²⁰⁵.

Les conséquences juridiques attachées aux unions hors mariage sont variables : elles vont de l’octroi de droits assez limités à une équivalence partielle au mariage. La plupart des États européens limitent les effets de l’union hors mariage aux droits patrimoniaux et/ou en matières sociale, fiscale et administrative, tandis que d’autres, par exemple les Pays-Bas, la Croatie, le Québec, la Nouvelle-Zélande et l’Australie, prévoient des effets beaucoup plus larges, souvent inspirés de ceux du mariage¹²⁰⁶. 714

Dans cette dernière partie, nous commencerons par exposer les arguments qui militent en faveur d’une réforme du système légal actuel concernant les personnes non mariées et non enregistrées en nous appuyant sur les constats faits dans les parties II et III de la présente étude (§ 18.). Comme nous le verrons, les raisons qui soutiennent la mise en place d’une protection juridique pour les couples de concubins sont multiples. Nous proposerons ensuite quelques solutions légales possibles en vue d’améliorer la situation des couples non mariés et non liés par un partenariat enregistré (§ 19.). À ce titre, les solutions légales développées à l’étranger seront abordées dans la mesure où elles sont intéressantes du point de vue de notre travail et peuvent guider notre législateur. 715

18. Les arguments en faveur d’une réforme du système légal actuel

18.1. Unions formelles et informelles : des réalités comparables

Comme l’a démontré l’analyse dans les parties II et III de la présente étude, les différences entre unions formelles et informelles se situent essentiellement au niveau des droits et des obligations conférés aux membres du couple sur le plan du droit civil. Ces disparités se retrouvent non seulement dans les relations personnelles entre les membres du couple et avec les tiers, dans leurs relations patrimoniales entre eux et avec les tiers, mais aussi, dans une moindre mesure, dans leurs relations avec les enfants. 716

Cette différence de traitement mène aux interrogations suivantes : la réalité des couples vivant en union libre diffère-t-elle fondamentalement de celle des couples mariés et enregistrés ? Les éléments caractéristiques de l’union libre sont-ils si différents de ceux du mariage et du partenariat enregistré ? 717

¹²⁰⁵ Pour plus de détails sur ces modes de reconnaissance, cf. SCHERPE, *Status*, p. 283 ss.

¹²⁰⁶ Cf. *infra* § 19.4.

⁷¹⁸ En principe exclusive, l’union – formalisée ou non – de deux personnes de sexes différents ou de même sexe peut se caractériser par la volonté des parties de partager leur existence, de s’aider mutuellement, de travailler ensemble à la prospérité de l’union, voire parfois par la volonté de former une famille avec des enfants¹²⁰⁷. En règle générale et peu importe la forme de vie commune, on trouve une réelle communauté de vie, englobant un ménage commun, une communauté de lit, une communauté intellectuelle et une affection réciproque. À l’instar des époux et des partenaires enregistrés, la plupart des concubins se promettent – explicitement ou tacitement – fidélité, assistance et secours et partagent souvent une communauté d’intérêts matériels, à savoir le logement, les ressources et les dépenses. Les concubins vivent, dans la majorité des cas, la même réalité économique que des personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré en s’entraîdant financièrement. Les efforts de chacun permettent alors aux deux partenaires de vivre plus confortablement et, éventuellement, de créer un patrimoine commun. En résumé, concubinage, mariage et partenariat enregistré sont semblables en ce qui concerne leur relation affective, corporelle, spirituelle et souvent économique ; ils reviennent le plus souvent à ce que notre Haute Cour appelle une « union de toit, de table et de lit »¹²⁰⁸.

⁷¹⁹ Comme le relève PAPAUX VAN DELDEN, « le concubinage est en conclusion un mariage informel ! »¹²⁰⁹. Est-il par conséquent justifié de prévoir des droits et obligations pour les personnes mariées et enregistrées uniquement ? Ne faudrait-il pas plutôt tenir compte de cette réalité factuelle et assurer aux concubins un minimum de protection, comme l’a fait le législateur pour les époux et les partenaires enregistrés ?

18.2. Le recours aux règles ordinaires et la planification contractuelle entre concubins : une protection insuffisante

⁷²⁰ Comme en témoigne la jurisprudence dans les litiges entre concubins, la plupart des problèmes surgit à la dissolution de l’union libre, en particulier lorsqu’il s’agit de liquider les rapports patrimoniaux des concubins¹²¹⁰. Face à l’absence de réglementation spécifique et à défaut d’engagement formalisé entre les concubins, les juges font appel aux règles ordinaires pour résoudre les

¹²⁰⁷ PULVER, Union libre, p. 160 s.

¹²⁰⁸ Conformément à la définition donnée par les juges du TF, cf. ATF 118 II 235 cons. 3b, JdT 1994 I 331 ; 138 III 97 cons. 2.3.3, JdT 2012 II 479 ; 138 III 157 cons. 2.3.3 ; 138 V 86 cons. 4.1 ; TF 5A_760/2012 du 27 mars 2013, cons. 5.1.2.1 ; 5A_610/2012 du 20 mars 2013, cons. 6.2 ; 5A_613/2010 du 3 décembre 2010, cons. 2.

¹²⁰⁹ PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 143.

¹²¹⁰ Cf. notamment ATF 108 II 208 ; 109 II 230 ; 116 II 707 ; 137 V 133 ; TF 4A_383/2007 du 19 décembre 2007 ; 4A_320/2010 du 17 août 2010.

problèmes patrimoniaux des personnes vivant maritalement¹²¹¹. À titre d'exemples, et comme nous l'exposons dans les chapitres précédents, les juges ont appliqué les règles de la responsabilité civile, des droits réels et du droit des contrats, en particulier le contrat de travail et le contrat de société simple¹²¹².

L'application des règles du droit ordinaire aux rapports entre concubins n'est cependant ni adéquate ni suffisante en pratique. 721

Les règles ordinaires des droits réels par exemple, appliquées par les juges lorsqu'il s'agit de liquider les rapports patrimoniaux des concubins en l'absence de contrat spécifique conclu entre les parties, ne prévoient aucun partage des bénéfices réalisés par chacun des concubins ou l'un d'eux seulement pendant la communauté de vie (cf. *supra* § 14.2.1.2.)¹²¹³. En l'absence de toute possibilité d'un soutien financier post-union, ces règles n'offrent surtout aucune protection du partenaire économiquement faible après la fin de l'union. Ce problème est exacerbé par le fait que, dans la plupart des cas, l'un des concubins renonce entièrement ou en partie à sa carrière pour contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie familiale en s'occupant des tâches ménagères et de l'éducation des enfants. Lors de la séparation du couple, ce partenaire qui, par ses services, a contribué à l'accroissement du patrimoine de l'autre, ne peut faire valoir aucune prétention à l'égard de celui qu'il a aidé, souvent durant de nombreuses années. Il ne peut pas non plus réclamer le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de son partenaire et l'attribution du logement. 722

La problématique liée à l'absence de partage des bénéfices réalisés par le concubin économiquement fort peut être en partie réglée grâce à l'application des dispositions sur le contrat de société simple (art. 530 ss CO). Comme l'indique PAPAUX VAN DELDEN, le fait d'appliquer les articles 530 ss CO aux concubins qui se séparent permet de respecter une certaine équité ; chaque concubin reprend ses apports et reçoit la moitié du bénéfice résultant de la vie commune après paiement des dettes sociales et remboursement des avances et dépenses (art. 548 et 549 al. 1 CO ; cf. aussi *supra* § 14.2.3.)¹²¹⁴. Selon les cas, la possibilité pour un concubin de participer à la moitié des bénéfices peut alors constituer une juste récompense. 723

Plusieurs critiques peuvent cependant être formulées à l'égard de cette solution. Premièrement, le recours aux règles de la société simple, par les juges, pour liquider les rapports patrimoniaux des concubins n'est pas 724

¹²¹¹ GUILLOD, Familles, N 75.

¹²¹² Cf. *supra* notamment §§ 4.4., 14.2.1.2., 14.2.1.3., 14.3.1.

¹²¹³ GROSSEN/GUILLOD, p. 289 ; SCHWENZER, Status, p. 193.

¹²¹⁴ PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 360 et 362. Dans le même sens, NOIR-MASNATA, p. 39. Sur le caractère précaire d'une relation juridique basée uniquement sur le droit de la société simple, cf. GABELLON.

systématique ; la simple intention commune de vivre ensemble n'est pas considérée comme suffisante à la création d'une société simple (cf. *supra* § 14.2.1.3.) La preuve positive des éléments constitutifs du contrat de société simple doit être apportée, ce qui n'est souvent pas possible.

⁷²⁵ Deuxièmement, les règles du contrat de société simple ne garantissent pas un partage global de tous les biens accumulés par les concubins pendant l'union puisque le juge ne peut pas se prononcer sur le sort des biens qui n'ont pas été affectés au but social (cf. en particulier *supra* § 14.2.3.2.). Pour déterminer les biens affectés à la société simple, il est indispensable pour le juge de déterminer l'étendue du but social. Si le but de la société formée par les concubins était l'exploitation d'une entreprise commerciale, tous les biens se rapportant aux ménages et tous ceux acquis sans lien avec l'activité sociale, seront exclus du patrimoine social et donc du partage. Contrairement à l'union conjugale, aucun partage ne peut avoir lieu dans les domaines où les concubins n'ont pas collaboré.

⁷²⁶ Finalement, l'application des règles de la société simple ne permet pas non plus de régler tous les problèmes liés à la dissolution de l'union libre¹²¹⁵. Si la société simple est considérée comme terminée, ses règles ne perdurent pas après la fin de l'union. Tel est le cas notamment lorsque le but visé par la société simple consiste en l'organisation du ménage commun pendant la vie commune. Le concubin qui a assuré les soins du ménage et l'éducation des enfants ne peut alors prétendre, à la fin de l'union, ni au versement d'une contribution d'entretien post-union, ni au partage par moitié des avoirs de la prévoyance professionnelle de son ex-partenaire, ni à un droit sur le logement familial¹²¹⁶. Il n'a droit qu'à une participation au bénéfice, laquelle peut être très insuffisante, et n'a pas de droits successoraux (cf. *supra* N 475 ss).

⁷²⁷ En résumé, les règles du droit ordinaire parviennent à résoudre certains problèmes spécifiques de la dissolution de l'union libre, mais ne constituent pas une réponse efficace aux besoins du concubin économiquement faible à la rupture de l'union. Comme constaté, ces règles n'appréhendent pas d'une façon globale les problèmes qui découlent de la dissolution de l'union. Elles ne couvrent qu'une partie des relations du couple et sont en plus appliquées dans certains cas seulement. Par ailleurs, elles sont appliquées à des situations pour lesquelles elles sont mal adaptées. En effet, le droit ordinaire est le droit régissant les relations entre les tiers. Il ne tient pas compte des liens plus étroits créés par les membres d'un couple. Or, est-il vraiment satisfaisant de toujours considérer les concubins comme des tiers l'un par rapport à l'autre étant donné la nature même de leur relation ? Le sentiment de justice et d'équité reste ainsi insatisfait et la recherche d'une solution plus appropriée s'impose.

¹²¹⁵ Dans ce sens également, cf. MARTY-SCHMID, p. 407 ; WAELTI, Couples, N 11.

¹²¹⁶ Cf. en particulier TF 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, publié *in* : SJ 2008 I, p. 329.

Comme l'admettent certains auteurs, l'absence d'un statut légal du concubinat a l'avantage de permettre aux partenaires de décider en totale liberté de la façon dont ils veulent organiser juridiquement leur communauté¹²¹⁷. La planification contractuelle entre concubins est toutefois limitée. 728

La pratique enseigne qu'il est plutôt rare que les personnes vivant maritalement règlent leurs rapports conventionnellement¹²¹⁸. Les couples sont souvent très réticents à régler, par contrat, les détails de leur vie commune ou ceux d'une éventuelle désunion¹²¹⁹. Comme l'a exprimé MARTY-SCHMID, « la confection d'un écrit est considérée comme une marque de défiance incompatible avec l'intimité des cœurs »¹²²⁰. Certains couples de concubins ont une conception romantique de leurs rapports et répugnent à discuter séparation et partage, à l'instar des couples mariés et liés par un partenariat enregistré. Tant qu'ils s'entendent, les concubins se font en principe confiance et sont indifférents au droit. D'autres couples sont réticents à établir des conventions par crainte du coût du recours à un juriste ou parce que tant qu'il y a ni propriété ni enfant, le recours aux contrats paraît tout simplement sans intérêt. 729

L'absence de contrat explicite entre concubins découle aussi, pour certains auteurs, de la volonté de ne pas se soumettre à des règles juridiques trop strictes¹²²¹. Toutefois, dans de nombreux cas, l'absence d'arrangements contractuels est due à l'ignorance de la loi. Le concubin resté au foyer peut ignorer que la loi ne le protège pas au cas où il devrait rester seul avec des enfants. De même, le concubin resté au foyer ne sait parfois pas que l'absence de protection découlant de la loi peut avoir des répercussions néfastes sur sa situation financière future au cas où il se séparerait de son compagnon ou si ce dernier venait à décéder. Par ailleurs, même s'il s'en doute, la crainte d'ébranler le bon fonctionnement du couple peut lui faire remettre au lendemain toute discussion en vue de la conclusion d'un contrat avec son partenaire. L'ignorance de la loi se double donc d'une réticence de combler les lacunes. 730

Les secondes limites à la planification de leur union par les partenaires tiennent aux effets des contrats. Les effets d'un contrat sont réservés aux parties contractantes et inexistantes à l'égard de l'État¹²²². Comme indiqué au chapitre 11., les concubins ne peuvent régler, par convention, les conséquences 731

¹²¹⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.01 ss.

¹²¹⁸ Pour la doctrine suisse s'efforçant de conseiller aux concubins la conclusion de contrats, cf. notamment ASCSP ; HAUSER ; PICHONNAZ, Conventions, p. 677 ss ; RIPPMAH et VON FLÜE.

¹²¹⁹ COTTIER/AESCHLIMANN, p. 129 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 275 ; WAELTI, Couples, N 9.

¹²²⁰ MARTY-SCHMID, p. 110.

¹²²¹ BIETENHARDER-KÜNZLE, p. 39 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 275 ; MEIER-HAYOZ, p. 579.

¹²²² GEISER, Geld, p. 889 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 240.

de leur union en droit fiscal (cf. *supra* § 9.1.), en droit social (cf. *supra* §§ 9.2. et 14.6.), et en droit des étrangers (cf. *supra* § 9.3.) car ces matières relèvent du droit public et leurs règles échappent à la libre disposition des parties (cf. *supra* § 11.)¹²²³.

⁷³² De même, les concubins ne peuvent s’accorder conventionnellement certains droits patrimoniaux destinés, de par la loi, à certains bénéficiaires seulement¹²²⁴. Un concubin ne peut pas faire profiter son partenaire des rentes de survivants de la LAVS, la LAA et la LAM (cf. *supra* § 14.6.3.). Un concubin ne peut pas non plus conférer à son partenaire la qualité d’héritier réservataire (cf. *supra* § 14.7.3.).

⁷³³ Même si son intérêt est parfois reconnu, le contrat présente encore d’autres inconvénients. L’évolution de la situation générale et de celle du couple doit être incorporée dans la planification contractuelle des concubins pour éviter que le système choisi par les partenaires à un moment donné ne corresponde plus à la situation vécue et souhaitée par ces derniers ultérieurement¹²²⁵. Ce n’est cependant pas toujours possible de le faire en raison du type de contrat, mais aussi parce qu’il paraît irréaliste pour un couple de penser à toutes les questions qui se poseront en cas de désunion. La modification du contrat n’est, enfin, plus possible dans certaines situations car les partenaires ne sont plus d’accord. Certains couples seront en plus incapables de conclure un contrat sans l’aide d’un avocat ou d’un notaire.

⁷³⁴ En conclusion, les inconvénients constatés de l’application des règles ordinaires à la dissolution de l’union, le manque d’intérêt, volontaire ou non, des concubins pour la planification contractuelle et l’efficacité limitée des contrats nous mènent à considérer qu’il devient nécessaire de s’orienter vers la recherche d’une solution législative spécialement adaptée aux concubins en cas de dissolution de l’union. L’union libre ne peut plus continuer à être une affaire purement privée. Seule une réglementation sur des aspects précis de la dissolution de l’union permettra d’éviter les inconvénients constatés et d’offrir un minimum de protection à la partie la plus faible économiquement, tout en permettant aux concubins de ne pas sentir un poids légal pendant la durée de leur union.

¹²²³ PAPAUX VAN DELDEN, *Osmose*, p. 391 et Modèles, p. 240.

¹²²⁴ GUILLOD, *Familles*, N 157 ; MARTY-SCHMID, p. 218.

¹²²⁵ PICHONNAZ, *Conventions*, p. 685 s.

18.3. L'attitude des tribunaux face à l'union libre : un manque de cohérence

En analysant les arrêts traitant de l'union libre, nous remarquons que les juges ont considéré la communauté de vie de fait à travers différents prismes. Ni l'approche ni les résultats ne sont cependant cohérents et homogènes. 735

Parfois, les juges ignorent l'union libre et ne lui font produire aucun effet juridique. Le concubinage n'est par exemple pas du tout pris en compte en matière de regroupement familial¹²²⁶, de fiscalité et dans l'assurance chômage¹²²⁷. De même, les juges refusent d'incorporer le concubin dans la notion de famille quand il s'agit d'appliquer l'art. 272 al. 1 CO, lequel autorise le locataire ou sa famille à demander la prolongation du bail si la fin du contrat entraîne des conséquences pénibles pour lui ou pour sa famille¹²²⁸. 736

D'autres fois, les juges se réfèrent au mariage pour traiter l'union libre, ceci plutôt pour lui faire produire un effet négatif. Le concubinage modifie alors, voire même éteint certains rapports de droit. Les juges ont par exemple considéré que le ménage commun des concubins peut parfois entraîner pour ces derniers une réduction des frais du ménage semblable à celle dont bénéficie un couple marié et justifier par conséquent une diminution, voire même une suppression de certains droits ou prestations. Ce raisonnement a notamment été retenu en matière de divorce pour déterminer le montant de la contribution d'entretien de l'époux créancier qui vit en concubinage (cf. *supra* N 167 ss). Il se retrouve aussi à l'égard du calcul du minimum vital (cf. *supra* N 89 ss), en matière d'aide sociale, d'assistance judiciaire, d'avances sur pension et de subsides pour l'assurance-maladie (cf. *supra* N 92). 737

Ce raisonnement suscite cependant des critiques. L'ordre juridique formel n'attachant aucun droit ni aucune obligation à la situation des personnes non mariées et non enregistrées, il est erroné à notre sens de partir du postulat que les concubins s'accordent une assistance réciproque, à moins que ces derniers ne se soient engagés conventionnellement. Tout au plus, il existe un devoir moral d'assistance et d'entretien entre les concubins¹²²⁹. En l'état actuel du droit, le concubin qui ne recevrait pas des prestations d'entretien auxquelles son compagnon serait moralement tenu ne dispose d'aucun moyen légal pour l'y contraindre, que ce soit pendant la vie commune ou à la fin de celle-ci¹²³⁰. 738

¹²²⁶ Cf. *supra* § 9.3. : le TF dénie dans sa pratique le droit aux concubins de se prévaloir de l'art. 8 CEDH s'ils n'envisagent pas le mariage ou s'il n'existe pas de circonstances particulières prouvant la stabilité de leur union.

¹²²⁷ Cf. *supra* § 14.6.2. : le TF a refusé d'assimiler la rupture de l'union libre au divorce.

¹²²⁸ Cf. *supra* § 8.3.

¹²²⁹ HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch, p. 673 ss ; WERRO, Concubinage, N 129.

¹²³⁰ Cf. *supra* §§ 8.2. et 14.4.

739 L’assimilation du concubinage au mariage dans des domaines spécifiques est d’autant plus critiquable qu’elle intervient dans le but uniquement de ne pas accorder aux personnes non mariées ou non enregistrées des avantages auxquels les couples mariés et enregistrés n’auraient pas droit non plus¹²³¹. Il n’est, à notre avis, pas acceptable que les concubins soient considérés comme des couples mariés ou liés par un partenariat enregistré dès lors qu’il s’agit de faire perdre un éventuel droit à l’entretien à l’ex-époux qui vit en concubinage, de refuser à un concubin les prestations de l’aide sociale, de l’assistance judiciaire ou des subsides pour financer une partie ou la totalité de ses primes d’assurance maladie, sans faire de même pour accorder des droits aux concubins. En ce sens, la jurisprudence des tribunaux est incohérente.

740 À travers l’examen de la jurisprudence relative au concubinage, nous observons cependant que les juges ont parfois aussi considéré l’union libre en tant que telle et en ont tiré des conséquences juridiques. Cette appréciation se retrouve notamment dans les conséquences de la dissolution de l’union où les règles de la société simple sont parfois appliquées à la liquidation des rapports patrimoniaux des concubins¹²³². Les juges du Tribunal fédéral ont aussi admis une rétribution du concubin exerçant une activité dans l’entreprise de son compagnon sur la base de l’art. 320 al. 2 CO, en l’absence d’un contrat de travail expressément conclu¹²³³. De même, ils ont reconnu la possibilité pour un concubin de réclamer une indemnité pour perte de soutien (art. 45 al. 3 CO) et une indemnité pour tort moral (art. 47 CO) en cas de décès accidentel de son partenaire¹²³⁴. Malheureusement, et comme exposé en particulier au chapitre 18.2., l’application de ces règles est trop restrictive.

741 En ne réglementant pas l’union libre, le législateur laisse au juge le pouvoir de résoudre au cas par cas les problèmes qui résultent des relations de concubinage. Laisser au juge le pouvoir de se substituer au législateur s’avère cependant problématique sous l’angle de la sécurité et de la prévisibilité du droit, principes qui exigent que les justiciables puissent connaître avec plus d’exactitude l’étendue des obligations auxquelles ils sont soumis¹²³⁵.

742 L’impression générale qui se dégage en effet de la jurisprudence du Tribunal fédéral est l’absence de cohérence et d’homogénéité sur la question du concubinage. Tantôt notre Cour suprême ignore cette situation de fait, tantôt elle la rapproche du mariage pour lui faire produire des effets de droit, tantôt elle découvre la réalité du concubinage pour elle-même. C’est cette dernière démarche seulement qui mérite d’être encouragée à notre sens. Face à

¹²³¹ PULVER, Union libre, p. 145.

¹²³² Cf. *supra* §§ 14.2.1.3. et 14.2.3.

¹²³³ Cf. *supra* § 14.3.1.

¹²³⁴ Cf. *supra* § 4.4.

¹²³⁵ CHRISTINAT, p. 8 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 190 ; PULVER, Union libre, p. 164 ; SCHWANDER, p. 926.

ce postulat, la question qui se pose est de savoir qui doit agir : les juges ou le législateur ?

L'absence de tracé clair du concubinage et d'un ensemble de règles légales sur l'union libre donne inévitablement lieu à des solutions juridiques très différentes, malgré des similarités éventuelles dans les faits. Seule la voie légale permettra de créer une situation claire et efficace afin de protéger (au moins) la partie faible des couples informels. Il s'agit dès lors pour le législateur de revenir sur sa décision de transférer au juge le pouvoir de trouver une solution adaptée aux concubins, en reconnaissant légalement l'union libre et en prévoyant les droits et les obligations qui accompagneront cette reconnaissance.

743

18.4. La protection de la famille hors mariage : un devoir de l'État ?

Contrairement au droit au mariage, le droit de vivre en union libre n'est garanti de manière expresse ni dans la Constitution fédérale ni dans le droit international des droits de l'homme¹²³⁶. Lors des travaux parlementaires en 1998, la proposition de garantir dans la Constitution fédérale de 2000 une autre forme de vie commune en plus du droit au mariage a été rejetée¹²³⁷. La raison en était que cela aurait créé de nouveaux droits dont les concubins auraient pu demander la mise en œuvre. Contrairement à la Constitution fédérale, plusieurs constitutions cantonales garantissent non seulement le droit au mariage et à la famille, mais aussi le libre choix des formes de vie commune autres que le mariage¹²³⁸. À la fin du dernier siècle, le législateur fédéral n'a donc pas voulu adopter une vision aussi large de la famille.

744

Compte tenu de l'absence de consécration expresse du droit de vivre en union libre, il s'agit d'examiner si la reconnaissance de cette communauté de vie constitue un devoir de l'État fondé sur les normes constitutionnelles et internationales faisant référence à la notion de « famille ». La question se pose donc de savoir si les couples de fait hétérosexuels et homosexuels peuvent être assimilés à de véritables familles.

745

D'une manière générale, la famille jouit d'une protection particulière en droit constitutionnel suisse et en droit international des droits de l'homme. Sa protection est garantie en particulier à l'art. 13 Cst qui consacre la protection

746

¹²³⁶ Le droit fondamental de se marier est garantie aux art. 14 Cst, 12 CEDH, 16 DUDH et 17 CADH. Pour plus de développements sur le droit au mariage et à la famille, cf. notamment PAPAUX VAN DELDEN, *Contours*, p. 325 s. et *Modèles*, p. 26 ss.

¹²³⁷ FF 1998 295 et BO CN 1998 188-191. Pour un examen des travaux parlementaires ayant abouti à l'art. 14 Cst, cf. MOIX, p. 337 ss.

¹²³⁸ cf. art. 22 Cst GE ; 14 al. 2 Cst VD ; 12 al. 2 Cst NE ; 14 al. 1 Cst FR ; 13 al. 2 Cst BE ; 10 al. 2 Cst AR.

de la sphère privée et familiale, à l'art. 14 Cst qui garantit le droit au mariage et à la famille, à l'art. 8 CEDH qui consacre le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale et à l'art. 12 CEDH qui garantit le droit de se marier et de fonder une famille¹²³⁹.

747 Aux termes de l'art. 35 al. 3 Cst, « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». Cette règle enjoint au législateur de rendre peu à peu compatible le droit civil avec le contenu des droits de l'homme¹²⁴⁰. La Constitution fédérale oblige par ailleurs la Confédération et les cantons à protéger et à encourager « les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants » (art. 41 lit. c Cst). Elle prescrit aussi à la Confédération de prendre en considération, dans l'accomplissement de ses tâches, les besoins de la famille et l'autorise à soutenir les mesures destinées à protéger la famille (art. 116 al. 1 Cst).

748 Plusieurs textes internationaux consacrent également la protection de la famille. Conformément à l'art. 16 al. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ». Des garanties similaires figurent aux articles 10 du Pacte ONU I¹²⁴¹ et 23 du Pacte ONU II.

749 La notion de « famille » n'est définie ni dans les textes nationaux ni dans les textes internationaux. Elle a été précisée par le Tribunal fédéral et les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, la notion de « famille » à laquelle la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme se réfèrent n'est pas identique. Il convient dès lors de distinguer le droit au mariage et à la famille consacré aux articles 14 Cst et 12 CEDH, du droit au respect de la vie familiale garanti aux articles 8 Cst et 12 CEDH.

750 Le droit constitutionnel à la famille au sens de l'art. 14 Cst implique non seulement le droit de se marier, mais aussi le droit de fonder une famille, c'est-à-dire de concevoir et d'éduquer des enfants¹²⁴². Il est aussi explicitement garanti à l'art. 12 CEDH, lequel stipule qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois

¹²³⁹ La CEDH est l'œuvre du Conseil de l'Europe. Elle est obligatoire pour les Etats parties et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974. Elle « fait pleinement entrer les droits de l'homme dans le domaine du droit positif et fonde la protection européenne des droits de l'homme, offrant aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leur droit », SUDRE, p. 134, N 89. Voir aussi HAEFLIGER/SCHÜRMAN, p. 1 ss.

¹²⁴⁰ PREVITALI, p. 797.

¹²⁴¹ Selon cet article « une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge ».

¹²⁴² AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Vol. II, N 427 ; PAPAX VAN DELDEN, Contours, p. 331 ; MÜLLER/SCHFEFER, p. 223.

nationales régissant l'exercice de ce droit »¹²⁴³. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit consacré à l'art. 14 Cst appartient exclusivement aux personnes mariées¹²⁴⁴. Telle est aussi la position adoptée par le Conseil fédéral dans le message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996¹²⁴⁵. Une large partie de la doctrine estime en revanche que le droit garanti à l'art. 14 Cst ne doit pas être réservé aux couples mariés, mais doit aussi pouvoir être invoqué par des couples non mariés de sexes différents ou de même sexe¹²⁴⁶. Contrairement au Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴⁷ a jugé que le droit de se marier et le droit de fonder une famille ne sont pas liés¹²⁴⁸. Les juges strasbourgeois ont clairement dissocié ces deux aspects. Le droit de fonder une famille existe donc aussi en dehors des liens formels du mariage¹²⁴⁹. Dans la mesure où l'évolution de la jurisprudence européenne est de nature à influencer le droit interne des États parties à la CEDH, l'art. 14 Cst doit être interprété, à notre avis, dans le sens de l'art. 12 CEDH et pouvoir ainsi être invoqué par des couples non mariés de sexes différents ou de même sexe.

À la lecture de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne, il appert qu'une notion élargie de la famille s'est également peu à peu imposée dans l'application des dispositions relatives à la protection de la vie familiale, laquelle présuppose l'existence d'une famille (art. 13 Cst et 8 CEDH)¹²⁵⁰. Notre Cour suprême a, par exemple, reconnu le droit au respect de la vie familiale à des relations vécues entre partenaires hétérosexuels et homosexuels non mariés si leur union présente une certaine stabilité¹²⁵¹. Les juges européens ont, quant à eux, considéré que « le concept de vie familiale visé par l'art. 8 CEDH ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres relations *de facto* ayant une certaine

751

¹²⁴³ GRABENWARTER/PABEL, p. 273, N 70 ss ; HAEFLIGER/SCHÜRMMANN, p. 35.

¹²⁴⁴ ATF 126 II 425 cons. 4bb), JdT 2002 I 362.

¹²⁴⁵ Message Constitution, p. 156.

¹²⁴⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 427 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 221 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Contours, p. 331 s. et Modèles, p. 37. *Contra* : MOIX, p. 338 ss et SANDOZ, Thèses, p. 809 ss.

¹²⁴⁷ Les anciennes Commission et Cour européennes des droits de l'homme ont été fusionnées en une seule cour permanente : la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Protocole n° 11 du 11 mai 1994 à la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a été rendue permanente à partir du 1^{er} novembre 1998, date à laquelle la Commission des droits de l'homme a été supprimée.

¹²⁴⁸ Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, Requête n° 28957/95, § 98 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 221.

¹²⁴⁹ GRABENWARTER/PABEL, p. 273 s., N 62 ; SUDRE, N 496 ; PAPAUX VAN DELDEN, Contours, p. 332 et Modèles, p. 37.

¹²⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 392.

¹²⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 392 faisant application de l'art. 13 Cst en lien avec l'art. 8 CEDH. Cf. aussi TF 2C_1035/2012 du 21 décembre 2012, cons. 5.1 ; 2C_97/2010 du 4 novembre 2010, cons. 3.3.1 et réf. cit. Pour les formes de vie commune qui tombent sous le coup de la notion de « vie familiale », cf. ATF 120 Ib 275 ; 115 Ib 5.

effectivité »¹²⁵². Le concubinage fait partie de ces formes de relations familiales¹²⁵³. Les juges de Strasbourg ont néanmoins longtemps refusé de considérer qu'une relation homosexuelle durable puisse également relever de « la vie familiale » au sens de l'art. 8 CEDH¹²⁵⁴. Ce n'est qu'en 2010 qu'ils ont changé d'opinion. S'appuyant sur l'évolution de la société et la tendance croissante dans les pays européens à reconnaître juridiquement les couples homosexuels, les juges européens ont estimé qu'il y avait lieu de reconnaître le bénéfice du droit à « une vie familiale » aux homosexuels menant de fait une vie de couple stable et effective¹²⁵⁵. Les organes de Strasbourg ont ainsi interprété la notion de vie familiale « de façon progressive, matérielle et non formelle, en tenant compte de l'évolution des conditions sociales et des mœurs au sein des États membres du Conseil de l'Europe »¹²⁵⁶.

⁷⁵² De ces quelques éléments, il résulte que la définition de la notion de « famille » n'est pas basée exclusivement sur la cellule issue du mariage, mais comprend également la famille naturelle. Comme le relève PAPAUX VAN DELDEN, « dans la mesure où la Constitution et le droit international des droits de l'homme placent sous la protection étatique la famille naturelle, il devient très difficile de nier l'extension du mot « famille » employé dans la loi à sa composante informelle »¹²⁵⁷.

⁷⁵³ La question reste de savoir si le législateur suisse accomplit correctement son mandat de protecteur de la famille en ne reconnaissant pas légalement les communautés de vie de fait. Les concubins sont, comme les époux et les partenaires enregistrés, confrontés à des problèmes d'organisation de la vie de couple, de séparation ou de mort. Or, ils ne bénéficient pas, contrairement aux époux et aux partenaires enregistrés, d'un cadre légal qui pourrait les aider à faire face à ces situations. En ne prenant pas en considération la diversité des formes de famille et les besoins de leurs membres, la Suisse n'accomplit qu'imparfaitement son mandat de protecteur de la famille.

¹²⁵² Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, Requête n° 6833/74, § 31 ; Johnston c. Irlande, 18 décembre 1986, Requête n° 969/82, § 55 ; Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, Requête n° 16969/90, § 44 ; Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, Requête n° 18535/91, § 30 ; X, Y, Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, Requête n° 21830/93, § 36 ; Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, Requête n° 30141/04, § 94 ; Schneider c. Allemagne, 15 septembre 2011, Requête n° 17080/07. Sur l'évolution de la reconnaissance du couple hétérosexuel non marié dans la jurisprudence de la CourEDH, voir en particulier HILT, N 625 ss. Pour les indices pris en compte par la CourEDH pour décider si un couple hétérosexuel non marié peut être protégé par l'art. 8 CEDH, cf. HILT, N 645 ss.

¹²⁵³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 394.

¹²⁵⁴ Cf. notamment : Rööslī c. Allemagne, 15 mai 1996, Requête n° 28318/95 ; X. et Y. c. Royaume-Uni, 3 mai 1983, Requête n° 9369/81. « Les questions soulevées par cette problématique ne [relevaient] que de la protection de la vie privée », GRANT, p. 279. Sur la notion de vie privée, cf. GRANT, p. 282 ss.

¹²⁵⁵ Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, Requête n° 13102/02, § 98 ; Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, affaire n° 30141/04, § 94 ; X et autres c. Autriche, 19 février 2013, affaire n° 19010/07, § 95.

¹²⁵⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 392. Voir aussi MÜLLER/SCHEFER, p. 234 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 180.

¹²⁵⁷ PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 182.

Contrairement à la Suisse, plusieurs États ne sont pas restés insensibles aux conséquences parfois dramatiques que la désunion entraîne et ont mis en place des règles minimales assurant au concubin économiquement faible certains avantages financiers en cas de rupture de l'union (cf. *supra* N 712 ss)¹²⁵⁸. Il serait temps que le législateur suisse intervienne à son tour, dans une optique de protection du concubin économiquement faible et de l'enfant, mais aussi dans l'intérêt général de la société¹²⁵⁹.

18.5. Conclusions intermédiaires et perspectives

Il ressort des considérations dans ce chapitre que le système en vigueur concernant les unions informelles est insatisfaisant à bien des égards. Alors que la réalité vécue par la plupart des couples vivant en union libre est analogue à celle vécue par les couples mariés et enregistrés, le droit traite ces trois formes de communautés de vie de manière très différente. Comme démontré, le fait de vivre en union libre n'entraîne quasiment pas d'effets *ex lege* et les concubins ne disposent d'aucune procédure leur permettant de régler globalement tous les problèmes soulevés par la désunion. En l'état actuel, ils doivent se contenter de solutions ponctuelles ou contractuelles. Ces solutions comportent cependant de nombreuses limites et sont, pour ces raisons, ni adéquates ni suffisantes en pratique. À l'heure où la famille prend de nouveaux visages, il serait temps pour le législateur suisse de repenser en profondeur la façon dont il aborde les différentes communautés de vie et de proclamer la reconnaissance de l'union libre en lui attribuant des conséquences juridiques. Plusieurs auteurs appellent aussi le législateur à adopter une réglementation appropriée sur cette forme de communauté de vie¹²⁶⁰.

Suite au postulat Fehr, intitulé « Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent »¹²⁶¹, le Conseil fédéral a rendu un rapport le 25 mars 2015 dans lequel il fait « un état des lieux des objectifs et des avancées actuelles de la modernisation du droit de la famille »¹²⁶². Plusieurs questions relatives aux relations entre adultes y sont abordées, parmi lesquelles celle de savoir si les communautés de vie hors mariage doivent faire l'objet d'une

¹²⁵⁸ La loi suédoise sur la cohabitation (Sambolag 2003:376) en est un exemple parmi tant d'autres. Cf. aussi ANTOKOLSKAIA, p. 50 ss et *infra* § 19.4.

¹²⁵⁹ SCHWENZER, Familienrecht, p. 975 ; FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 s. pour qui le concubin économiquement fort ne doit pas pouvoir se déresponsabiliser au moment de la désunion.

¹²⁶⁰ Cf. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, p. 84 ss ; BÜCHLER/VETTERLI, p. 179 ; COTTIER, p. 34 ; COTTIER/AESCHLIMANN, p. 109 ss et 129 s. ; COTTIER/CREVOISIER, p. 43 ; FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 ; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, p. 898 ; SCHWANDER, p. 918 ss ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 977 ss et Status, p. 171 s. *Contra* : SANDOZ, Union, p. 598.

¹²⁶¹ Postulat n° 12.3607 déposé par Jacqueline Fehr le 15 juin 2012, disponible à l'adresse suivante : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20123607>.

¹²⁶² Résumé : rapport sur le droit de la famille du 25 mars 2015.

réglementation. Reconnaisant qu’une intervention législative est souhaitable, le Conseil fédéral propose de réfléchir à la création d’un partenariat réglé par la loi, comportant moins d’obligations que le mariage et le partenariat enregistré, et similaire au pacs français. Malheureusement, la proposition formulée par le Conseil fédéral consiste à créer un partenariat qui viserait essentiellement à simplifier, sur le plan juridique, les affaires de la vie courante et de la vie commune des partenaires, mais pas les conséquences de la rupture du couple¹²⁶³. Afin de protéger le concubin se trouvant dans le besoin suite à la désunion, le Conseil fédéral propose cependant d’introduire dans la loi une « clause de rigueur relevant du droit civil »¹²⁶⁴. Celle-ci devrait permettre au juge de fixer une compensation financière pour le concubin qui a fourni des prestations importantes en faveur de la communauté et qui se retrouve en difficulté financièrement à la fin de l’union. Si nous pouvons nous réjouir d’une telle proposition, nous notons toutefois que celle-ci est très minimaliste.

757 Pour notre part, nous estimons qu’il est plus urgent et indispensable d’élaborer un statut minimum de l’union libre où l’intervention du législateur serait axée sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l’union. Le besoin de protection se fait particulièrement sentir à ce moment-là. L’absence de règles est moins problématique pendant la communauté de vie car il existe peu de problèmes que les concubins ne puissent résoudre d’un commun accord pendant l’union. Il est effectivement peu fréquent que les partenaires ne s’entendent pas sur l’organisation et les aspects généraux de leur vie commune. Néanmoins, et comme établi aux chapitres 7. et suivants, il existe aussi des questions liées à la vie du couple pendant l’union qui nécessitent certaines modifications de la législation actuelle. Nous pensons en particulier au droit des assurances sociales (cf. *supra* § 9.2.) et au droit des étrangers (cf. *supra* § 9.3.), mais aussi au pouvoir de représentation (cf. *supra* N 203 ss), à la suspension de la prescription pour la durée de l’union (cf. *supra* N 222 et 228), au droit de demander la prolongation du bail (cf. *supra* N 181) et au devoir du beau-parent d’assister son compagnon dans l’exercice de l’autorité parentale (cf. *supra* N 319) et dans la prise en charge des enfants vivant avec le couple (cf. *supra* N 345).

758 Beaucoup plus que la vie commune, la dissolution de l’union libre nécessite la protection du droit. Il paraît dès lors plus urgent que le législateur intervienne pour régler l’organisation des relations patrimoniales des concubins à la dissolution de l’union, en adoptant un cadre minimal pour les

¹²⁶³ Rapport CF Modernisation 2015, p. 28 s.

¹²⁶⁴ Rapport CF Modernisation 2015, p. 23 et 30.

effets du concubinage pendant l'union¹²⁶⁵. Ainsi, au cours de la relation, les effets du concubinage continueraient à être réglés essentiellement par les concubins eux-mêmes.

19. La reconnaissance légale de l'union libre et ses effets : droit comparé et propositions

19.1. Remarques préliminaires

Dans ce chapitre, nous présenterons des idées de solutions en vue d'accorder aux concubins une protection qui se déploierait en cas de dissolution de l'union essentiellement. 759

Cette étude examine trois approches législatives possibles qui seront présentées au chapitre 19.2. La première d'entre elles consiste à améliorer ponctuellement la situation des concubins par une révision des différentes lois (cf. *infra* N 766 ss). La seconde vise à créer un contrat type de concubinage (cf. *infra* N 771 ss). Dans la troisième approche, les effets de la dissolution de l'union libre seraient réglés par le biais d'une loi spéciale ou en ajoutant un nouveau titre dans le livre deuxième du Code civil (cf. *infra* N 776 ss). 760

Ces différentes approches législatives exigent de trancher préalablement la question de savoir quels couples pourraient être reconnus pour être soumis aux nouvelles règles. Cette question sera traitée au chapitre 19.3. En introduction au chapitre, nous discuterons des conditions fondamentales communes à deux modes de reconnaissance de l'existence d'une union libre (§ 19.3.1). Nous présenterons ensuite les deux modes de reconnaissance possibles : la reconnaissance fondée sur un acte formel (§ 19.3.2.) et la reconnaissance fondée sur des critères de fait (§ 19.3.3.). Nous clorons le chapitre 19.3. par une discussion sur l'opportunité d'admettre, alternativement ou cumulativement, ces deux modes de reconnaissance (§ 19.3.4.). 761

Les effets juridiques attachés à la reconnaissance de l'existence d'une union libre seront présentés au chapitre 19.4. À ce stade, la question qui se pose est de savoir s'il convient d'étendre aux concubins reconnus les droits et obligations des époux et des partenaires enregistrés ou si le législateur devrait prévoir des droits et obligations spécifiques, ne correspondant pas en tous points à ceux des couples mariés et enregistrés. Se basant sur notre proposition d'encadrer légalement les effets patrimoniaux de la désunion essentiellement 762

¹²⁶⁵ PULVER propose des changements en droit des successions, droit fiscal, droit des étrangers et droit social, PULVER, *Union libre*, p. 168 ss et *Comment légiférer*, p. 5. D'autres auteurs voient dans la contribution d'entretien post-union un droit indissociable de la reconnaissance légale de l'union libre, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 109 ; FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 ; SCHERPE, *Rechtsvergleich*, p. 3 ss ; SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 976.

et de protéger de la même façon toutes les formes de vie en couple, le législateur pourrait se contenter d'étendre aux concubins les effets qui découlent de la dissolution de l'union conjugale et du partenariat enregistré (cf. *infra* § 19.4.)¹²⁶⁶. L'assimilation du concubinage aux unions formelles ne serait donc que partielle, mais les effets seraient égaux, par ces points, pour tous les couples reconnus¹²⁶⁷. Plusieurs systèmes juridiques étrangers ont d'ailleurs fait ce choix. À titre d'exemples, la Croatie, la Slovénie, l'Australie et la Nouvelle-Zélande étendent aux couples non mariés qui se séparent les règles financières applicables à la dissolution de l'union conjugale¹²⁶⁸.

⁷⁶³ La discussion des options envisageables se complique par l'existence des deux institutions consacrées à ce stade. Compte tenu de cette distinction, il conviendra de distinguer également les concubins hétérosexuels des concubins homosexuels. Les premiers seraient soumis au régime juridique applicable aux époux, tandis que les seconds seraient soumis au régime juridique applicable aux partenaires enregistrés. Comme il ressort du chapitre 14. et comme nous le verrons au chapitre 19.4.6., la distinction n'a une véritable incidence que sur le choix du régime des biens du couple.

⁷⁶⁴ Puisque les conséquences de la distinction opérée entre couples hétérosexuels et couples homosexuels sont infimes, nous regrettons de devoir la maintenir dans les propositions qui vont suivre. Il serait souhaitable, selon nous, d'ouvrir l'accès au mariage aux couples homosexuels et d'abolir le partenariat enregistré, trop proche du mariage à beaucoup d'égards¹²⁶⁹. Les couples de sexes différents et de même sexe auraient ainsi le choix entre, d'une part, une institution entièrement réglementée ou, d'autre part, un statut plus modeste car conférant aux membres du couple une protection essentiellement en cas de désunion. En outre, cette solution aurait l'avantage de simplifier, pour tous les couples, l'application des lois et de rapprocher le système suisse de celui mis en place dans une grande partie des États (cf. *infra* §§ 19.3. et 19.4.).

¹²⁶⁶ AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 9 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 03.29 ; SANDOZ, Union, p. 591. Pour WOLF/GENNA, SPR IV/1, p. 65, les règles du mariage ne doivent pas s'appliquer aux concubins. Pour SCHWENZER, Familienrecht, p. 977 s., les différentes formes de communauté de vie doivent être mises sur un pied d'égalité.

¹²⁶⁷ En faveur d'une assimilation totale, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 169 ss, qui estime que « la raison et le droit voudraient [...] que le concubinage bénéficie du même statut que le mariage ».

¹²⁶⁸ COTTIER/AESCHLIMANN, p. 111 s. ; SCHERPE, Einführung , p. 9 ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 976 ; SCHWENZER/KELLER, p. 763 s.

¹²⁶⁹ Si cette voie était adoptée, elle impliquerait bien entendu de revoir les questions liées au droit de la filiation, au droit de l'adoption et à la procréation médicalement assistée.

19.2. Les approches législatives possibles

La situation des concubins pourrait être améliorée juridiquement de trois manières essentiellement : par une révision ponctuelle des lois (1) ; par la création d'un contrat de concubinage (2) et/ou par l'élaboration d'une réglementation spécifique (3). 765

1) Une révision ponctuelle des lois. Cette première approche consisterait à modifier certaines lois en vue d'attribuer aux concubins les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux époux et aux partenaires enregistrés dans des domaines bien spécifiques. 766

Cette technique législative a été employée par le législateur suisse jusqu'ici. Ce dernier a effectivement modifié plusieurs lois afin de permettre aux concubins par exemple de demander l'autorité parentale conjointe sur leur enfant (art. 298a CC), de refuser de témoigner l'un contre l'autre (art. 165 al. 1 lit. a CPC et 168 al. 1 lit. a CPP) et de se représenter dans le domaine médical (art. 378 al. 1 ch. 4 CC) (cf. *supra* § 4.2.). Cette approche pourrait donc être maintenue et élargie. 767

Comme le relève PULVER, « cela pourrait se faire soit en une fois, en modifiant une série de lois, soit de manière échelonnée, selon les priorités ou même « en passant », quand une loi est de toute façon révisée pour d'autres raisons »¹²⁷⁰. Soit encore ultérieurement, de manière isolée, en cas de besoin. 768

Cette première approche impliquerait de renoncer à la création d'une institution juridique spéciale pour les couples de fait et entraînerait, à court terme du moins, un travail législatif certainement moins dense que celui exigé pour la création d'un contrat de concubinage ou l'élaboration d'une réglementation spécifique sur le concubinage. Pour ces raisons principalement, l'amélioration de la situation des concubins par une adaptation ponctuelle de certaines lois se heurterait certainement à une moins grande résistance sur le plan politique. 769

Si l'on optait pour cette approche, le nombre d'interventions législatives serait probablement limité au droit successoral, au droit des assurances sociales et privées et à la fiscalité. En effet, cette approche ne serait pas envisageable si l'on souhaitait accorder aux concubins des droits en matière d'entretien, un droit préférentiel sur le logement familial ainsi que le choix d'un régime de biens. En ces matières, la création de nouvelles normes serait nécessaire (cf. *infra* §§ 19.4.1. à 19.4.6.). La solution consistant à modifier certaines lois en vue d'introduire le concubin aux côtés de l'époux et du partenaire enregistré risquerait donc fort de ne pas satisfaire tous les besoins du concubin le plus vulnérable, surtout en cas de séparation conflictuelle, et nous semble, pour cette raison, trop peu satisfaisante à l'heure actuelle. 770

¹²⁷⁰ PULVER, Union libre, p. 194.

771 **2) Un contrat type de concubinage.** Une seconde approche consisterait à mettre à disposition des concubins un contrat cadre de droit privé. Comme le propose PULVER, ce contrat pourrait être inséré dans la partie spéciale du Code des obligations¹²⁷¹. Son insertion dans le Code civil en même temps que la LPart pourrait également être envisagée.

772 Ce contrat pourrait être établi devant notaire et signé par les concubins avant ou après le début de l'union¹²⁷². Il pourrait contenir une série de dispositions reprises du droit du mariage ou du partenariat enregistré, notamment celles concernant la contribution d'entretien, l'attribution du logement et le régime des biens. Les partenaires auraient la faculté d'y intégrer les conséquences juridiques de leur choix. La convention initiale ne serait pas intangible. Elle pourrait faire l'objet de modifications pendant le concubinage, lesquelles seraient soumises aux mêmes conditions de forme et de fond et aux mêmes limites que la convention elle-même. Elle constituerait un instrument adaptable aux situations spécifiques des couples susceptibles d'être reconnus. Le contrat de concubinage assurerait en plus une preuve de l'accord des partenaires et ne créerait aucune institution spéciale pour les concubins.

773 Le contrat de concubinage comporte néanmoins l'inconvénient d'avoir une portée assez restreinte. Il garantit que les effets juridiques correspondants ne se produisent qu'à l'égard des personnes les souhaitant explicitement et n'a pas d'effet à l'égard de l'État. Les concubins continueraient par conséquent à être traités comme des tiers dans les domaines du droit des successions (cf. *supra* § 14.7.), du droit des assurances sociales (cf. *supra* §§ 9.2. et 14.6.), et de la fiscalité (cf. *supra* § 9.1.), sauf à combiner cette solution avec celle de la révision des lois spécifiques.

774 Un second inconvénient du contrat d'union libre est qu'il serait un acte purement volontaire et perçu comme relativement complexe par la plupart des personnes intéressées. Les concubins qui n'y auraient pas souscrit, pour les raisons évoquées notamment au chapitre 18.2., seraient alors renvoyés aux règles du droit ordinaire, dont l'application et le résultat sont problématiques à bien des égards comme nous l'avons démontré dans la partie III de la présente étude. De même, et faute d'accord entre les concubins sur la conclusion d'un contrat, certaines situations d'union libre ne pourraient pas être protégées alors qu'elles mériteraient de l'être.

775 Compte tenu des inconvénients indiqués, la voie du contrat de concubinage ne nous semble pas être la bonne.

776 **3) Une réglementation sur les effets de la dissolution de l'union libre.** Une troisième approche consisterait à réglementer l'union libre et, en particulier, les effets de sa dissolution par le biais d'une loi spéciale ou en

¹²⁷¹ PULVER, Union libre, p. 196.

¹²⁷² PULVER, union libre, p. 196. Cf. aussi SANDOZ, Problèmes, p. 56.

ajoutant un nouveau titre dans le livre deuxième du Code civil, intitulé par exemple « Des concubins »¹²⁷³.

Cette réglementation contiendrait les exigences de la reconnaissance fondée sur un acte formel et celles de la reconnaissance fondée sur des critères de fait (cf. *infra* § 19.3.). Elle comprendrait pour le surplus les règles applicables, donc essentiellement celles en cas de dissolution de l'union (cf. *infra* § 19.4.).

Contrairement aux deux autres approches, ce procédé créerait une nouvelle institution du droit de la famille. Le droit constitutionnel n'interdit pas au législateur de créer une nouvelle institution du droit de la famille en plus du mariage et du partenariat enregistré¹²⁷⁴. La caractéristique principale de cette loi serait de créer un statut intermédiaire entre le mariage et le partenariat enregistré d'une part, et les concubins non reconnus d'autre part, en permettant aux concubins reconnus un engagement personnel, sans que celui-ci n'implique l'ensemble des droits et obligations découlant du mariage et du partenariat enregistré.

Compte tenu des explications qui précèdent, nous estimons que la solution la plus adaptée au but poursuivi consisterait à élaborer une réglementation spécifique sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l'union libre. Cette solution nécessiterait aussi la modification de certaines autres lois pour y introduire le partenaire de vie reconnu¹²⁷⁵. Afin d'éviter une multiplication des lois, la nouvelle réglementation devrait en outre avoir sa place dans le titre deuxième du Code civil, dans un chapitre spécifique consacré aux concubins.

Comme indiqué *supra* au chapitre 17. et comme nous le verrons dans les chapitres suivants, plusieurs pays ont adopté une réglementation sur les unions hors mariage. Les techniques employées pour reconnaître l'existence d'un concubinage, ainsi que les droits et devoirs attachés à cette communauté de vie diffèrent considérablement d'un ordre juridique à l'autre. Globalement, deux systèmes de reconnaissance peuvent être recensés : certains pays prévoient un système d'enregistrement et exigent l'inscription de l'union dans un registre public avant d'attribuer aux partenaires des droits et des devoirs ; d'autres se fondent sur les circonstances factuelles et requièrent la réunion de différentes conditions avant d'attribuer des droits et des devoirs aux partenaires. Ces droits et ces devoirs naissent tantôt pendant l'union tantôt au

¹²⁷³ SCHWANDER, *Gemeinschaften*, p. 922 ss, opte également pour une réglementation propre au concubinage. Dans son Rapport intitulé « Modernisation du droit de la famille », p. 28, le CF envisage la création d'une institution comparable au pacs français, c'est-à-dire un pacs suisse, mais qui ne déploierait d'effets que pour la durée du pacte, cf. *supra* N 756.

¹²⁷⁴ Cf. les dispositions constitutionnelles cantonales à ce sujet qui garantissent expressément le droit de vivre dans une autre forme de vie en commun que le mariage : art. 13 al. 1 Cst-BE, art. 10 al. 2 Cst-AR, art. 14 al. 2 de la Cst-VD, art. 14 al. 1 de la Cst-FR et art. 12 al. 2 de la Cst-NE.

¹²⁷⁵ Cette solution est aussi adoptée dans plusieurs Etats, tels que notamment en France, en Belgique, en Croatie et en Catalogne.

moment de la désunion¹²⁷⁶. L'analyse, dans les chapitres 19.3. et 19.4., s'inspire des règles employées à l'étranger et des droits et obligations qui en découlent. Compte tenu de la grande diversité des approches nationales et des particularités propres à chaque ordre juridique, nous devons nous contenter de donner un aperçu des actions qui ont déjà été entreprises dans les pays étrangers pour protéger les couples non mariés.

19.3. La reconnaissance de l'existence d'une union libre

19.3.1. Les conditions préalables à la reconnaissance par le droit

⁷⁸¹ Comme déjà évoqué, l'existence d'une union libre pourrait être déterminée de deux manières : sur la base d'un acte formel ou sur la base de critères de fait. Quel que soit le mode de reconnaissance choisi, trois conditions préalables devraient être réunies.

⁷⁸² 1) Les concubins devraient être âgés de dix-huit ans révolus et capables de discernement au début de l'union. Ces conditions seraient les mêmes que celles exigées pour la conclusion du mariage (cf. art. 94 CC) et du partenariat enregistré (cf. art. 3 LPart) et se retrouvent dans une grande majorité des systèmes juridiques étrangers¹²⁷⁷. Dans l'hypothèse d'une reconnaissance fondée sur des critères de fait, l'union libre ayant commencé avant les dix-huit ans de l'un ou de l'autre ou des deux partenaires serait réputée exister légalement à partir de la majorité des deux partenaires.

⁷⁸³ 2) La question qui se pose est de savoir si les deux modes de reconnaissance envisagés devraient être accessibles à tous ou uniquement à des catégories particulières de personnes. À titre d'exemple, la cohabitation légale en Belgique est ouverte à tous les types de communautés de vie, y compris à celles qui n'impliquent pas de relations sexuelles entre les partenaires¹²⁷⁸. En Norvège, la loi de 1991 sur le droit au logement et les biens du ménage en cas de cessation d'une communauté de vie vise également

¹²⁷⁶ Pour une étude détaillée des effets juridiques attachés aux unions hors mariage dans divers pays, cf. BOELKI-WOELKI/MOL/VAN GLEDER ; SCHERPE/YASSARI ; SCHERPE, Rechtsstellung, p. 586 ss.

¹²⁷⁷ Doc. pré-l. N° 11/2008, N 31. A titre d'exemple, l'art. 515-1 du Code civil **français** stipule qu' « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Pour le **Luxembourg**, cf. art. 4 ch. 1 de loi relative aux effets légaux de certains partenariats du 9 juillet 2004 ; pour la **Belgique**, cf. art. 1475 § 2 ch. 2 du Code civil ; pour la **Catalogne**, cf. art. 234-2 du Code civil ; pour le **Portugal**, cf. art. 2(a) et (b) de loi n° 7/2001 du 11 mai 2001 ; pour l'**Irlande**, cf. art. 171(a) et (b) du Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act de 2010 ; pour la **Croatie**, art. 25 à 28 de la loi sur la famille et art. 8 à 11 de la loi sur le partenariat ; pour la **Nouvelle-Zélande**, cf. section 2D(1)(a) du Property (Relationships) Act 1976 ; pour le **Québec**, cf. art. 521-1 du Code civil.

¹²⁷⁸ Conformément à l'art. 1475 § 1 du Code civil belge, « par "cohabitation légale", il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476 ».

plusieurs catégories de personnes, et non pas seulement le couple en tant que tel¹²⁷⁹.

Nous estimons pour notre part que seules les personnes hétérosexuelles et homosexuelles vivant une communauté aux finalités comparables à celles du mariage et du partenariat enregistré devraient être visées, à l'exception des autres formes de communautés de vie, comme celles formées par des frères et sœurs ou même des amis¹²⁸⁰. Il s'agit en effet de protéger le concubinage, c'est-à-dire le fait pour deux personnes de sexes différents ou de même sexe de vivre comme mari et femme ou comme partenaires enregistrés. Le Code civil ainsi que la LPart qui prohibent le mariage et le partenariat enregistré en raison des liens de parenté même fondés sur l'adoption, expriment des considérations d'ordre sociologique qui devraient, à notre sens, être transposées *mutatis mutandis* au concubinage¹²⁸¹. La reconnaissance de l'existence de l'union libre, qu'elle soit fondée sur un acte formel ou sur des critères de fait, serait donc prohibée entre des personnes ayant un lien de parenté en ligne directe – incluant l'adoption – ou appartenant à une même fratrie, c'est-à-dire entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins.

3) Le concubinage ne devrait pas être légalement reconnu aux partenaires encore mariés ou liés par un partenariat enregistré à une tierce personne¹²⁸². Cette règle aurait pour conséquence d'exclure de la protection légale les couples de concubins dont l'un des partenaires au moins est marié ou lié par un partenariat enregistré à une tierce personne, situations pourtant fréquentes en pratique. Elle est cependant nécessaire à notre sens car elle rappelle

¹²⁷⁹ Cf. § 1 de la loi sur le droit au logement et les biens du ménage en cas de cessation d'une communauté de vie du 4 juillet 1991 qui stipule que « les dispositions de la présente loi sont applicables lorsque deux ou plusieurs personnes non mariées de plus de 18 ans ont vécu ensemble dans un ménage, et que la communauté de ménage a cessé à la mort de l'une d'elle ou autrement que par la mort. Les règles ne sont applicables que lorsque les parties ont vécu ensemble pendant au moins deux ans ou qu'ils ont, ont eu ou attendent un enfant ensemble ». Pour plus de détails sur cette loi, cf. RYRSTEDT, Norway, p. 442 ss.

¹²⁸⁰ *Contra*: PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 140, et SCHWANDER, p. 920, pour lesquels une réglementation de l'union libre doit viser tous les types de communautés familiales.

¹²⁸¹ Pour le mariage, cf. art. 95 CC. Pour le partenariat enregistré, cf. art. 4 LPart.

¹²⁸² Conformément à l'art. 515-2 du Code civil **français**, « à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité : 1° [...] 2° Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ; 3° Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ». Selon l'art. 4(2) de la loi **luxembourgeoise** relative aux effets légaux de certains partenariats du 9 juillet 2004, « pour pouvoir faire la déclaration prévue à l'article 3, les deux parties doivent: 1. [...] ; 2. ne pas être liées par un mariage ou un autre partenariat ». Tel est également le cas notamment en **Belgique** (cf. 1475(1) du Code civil) ; en **Suède** (cf. art. 1 §§ 3-4 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376) , en **Finlande** (cf. section 3 Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners du 14 janvier 2011), en **Irlande** (cf. section 172(1) Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 et en **Croatie** (cf. art. 1 de la loi sur le partenariat).

l’opposition du droit suisse aux unions polygamiques¹²⁸³ et permet de s’assurer de la sincérité de la relation qui unit les concubins¹²⁸⁴.

786 Pour ces mêmes raisons, les concubinages multiples ne devraient pas non plus être reconnus. Le législateur devrait prohiber les déclarations multiples d’unions libres. En d’autres termes, celui qui aurait fait enregistrer une première union ne devrait pas être autorisé à faire enregistrer une seconde union à moins que la première ait été formellement dissoute. La reconnaissance fondée sur des critères de fait s’avèrera sans doute plus problématique, sur ce point, que la reconnaissance formalisée. Face à une pluralité d’unions maritales, le juge devrait examiner, pour chacune d’entre elles, si les conditions sont réunies (cf. *infra* § 19.3.3.) et décider si l’une d’elles peut avoir préséance sur les autres.

787 La question reste de savoir s’il faudrait permettre la conclusion d’un mariage ou d’un partenariat enregistré alors qu’un concubinage a déjà été enregistré. En d’autres termes, le concubinage serait-il dissous *ipso iure* à la conclusion d’un mariage ou d’un partenariat enregistré ou devrait-il être dissous au préalable ? La dissolution du concubinage se réduisant à une simple formalité volontaire (cf. *infra* § 19.3.2.), le législateur pourrait se contenter, à notre avis, de consacrer la dissolution *ipso iure* du concubinage en cas de conclusion ultérieure d’un mariage ou d’un partenariat enregistré entre les concubins ou entre l’un des concubins et une tierce personne.

19.3.2. *Les modes de reconnaissance : une reconnaissance fondée sur un acte formel*

788 Ce premier mode de reconnaissance consisterait à attacher des conséquences juridiques aux unions libres formalisées.

789 La possibilité pour les personnes non mariées, de sexes différents ou de même sexe, de formaliser leur union auprès d’une autorité administrative est prévue dans plusieurs pays, comme aux Pays-Bas, au Luxembourg, en

¹²⁸³ L’art. 215 CP punit d’une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d’une peine pécuniaire « celui qui, étant déjà marié ou lié par un partenariat enregistré, aura contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré et celui qui aura contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec une personne déjà mariée ou liée par un partenariat enregistré ».

¹²⁸⁴ Il est intéressant de noter que dans certains systèmes juridiques étrangers, comme la Catalogne, le Portugal, l’Écosse, l’Australie et la Nouvelle-Zélande, le fait que l’un des partenaires soit encore marié à une tierce personne ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de fait. Pour la **Catalogne**, cf. art. 234.2(c) du Code civil : les époux doivent être séparés de fait. *Idem* pour le **Portugal** (cf. art. 2(c) de la loi n° 7/2001 du 11 mai 2001). Pour l’**Écosse**, cf. section 25 Family Law Act 2006. Pour l’**Australie**, cf. section 4AA(5)(b) Family Law Act 1975. Pour la **Nouvelle-Zélande**, cf. section 2D(1) Property (Relationships) Act 1976. Pour plus de détails sur cette condition dans les systèmes juridiques étrangers, cf. en particulier COTTIER/AESCHLIMANN, p. 116 s.

Belgique, en France, au Québec et en Nouvelle-Zélande¹²⁸⁵. Les conditions de forme et de procédure varient d'un ordre juridique à l'autre. À titre d'exemples, la loi néerlandaise sur le partenariat enregistré, ouvert tant aux couples de sexes différents qu'aux couples de même sexe, prévoit des conditions de forme et de procédure équivalentes à celles du mariage¹²⁸⁶. La cohabitation légale en Belgique, le Pacs en France et le partenariat au Luxembourg requièrent, tant pour leur début que pour leur fin, une simple déclaration des parties qui doit être remise à l'officier de l'état civil en Belgique et au Luxembourg, et au greffe du tribunal d'instance en France^{1287/1288}.

Selon nous, il y aurait lieu d'offrir aux concubins la possibilité d'officialiser leur union par le biais d'un formulaire, signé par les deux parties et remis à l'office de l'état civil du domicile de l'un d'eux¹²⁸⁹. Ce formulaire pourrait être élaboré par les cantons. Il contiendrait toutes les informations utiles sur chacun des membres du couple. Après vérification par l'officier de l'état civil des conditions légales préalables à la reconnaissance (cf. *supra* § 19.3.1.) et si celles-ci sont réalisées, le concubinage serait inscrit dans un registre spécifique, dont la création et l'organisation seraient laissées à la compétence des cantons. Ce registre pourrait être tenu par l'office de l'état civil, à l'instar du registre des mariages et des partenariats enregistrés (art. 8 lit. f OEC).

Si l'entrée en union libre est formalisée, la dissolution de l'union devrait l'être également. Le concubinage prend fin soit au décès de l'un des concubins, soit par consentement mutuel, soit par la volonté unilatérale de l'un des partenaires.

En cas de décès de l'un des concubins, le partenaire survivant adresserait copie de l'acte de décès de son compagnon à l'office de l'état civil. La dissolution prendrait effet au jour du décès. Si la dissolution de l'union procède de la volonté de l'un des concubins ou des deux, la déclaration de dissolution serait aussi déposée à l'office de l'état civil, sans qu'il soit exigé de

¹²⁸⁵ Pour plus de développements sur la cohabitation formelle dans ces pays et ailleurs, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 116 ; SCHERPE, Rechtsstellung, p. 580 ; SCHWENZER/KELLER, p. 762 s. Il est important de noter que ces pays prévoient aussi quelques règles applicables aux unions non formalisées et qu'il existe parfois même une définition du concubinage dans la loi, cf. par ex. art. 515-8 du Code civil français.

¹²⁸⁶ Cf. art. 80a) ss du Code civil (Burgerlijk Wetboek Boek 1). Pour plus de développements sur le partenariat enregistré néerlandais, cf. notamment BOELE-WOELKI., p. 43 ss et BOELE-WOELKI/SCHRAMA, p. 310 s.

¹²⁸⁷ Pour la **Belgique**, cf. art. 1476 §§ 1 et 2 du Code civil. Pour la **France**, cf. art. 515-3 et 515-7 du Code civil. Pour le **Luxembourg**, cf. art. 3 et 13 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Pour des développements sur les conditions de fond et de forme de la cohabitation légale et du PACS, cf. HAUSER/RENCHON, N 48 ss, N 140 ss, N 761 ss.

¹²⁸⁸ Pour les conditions de formation de l'union civile au Québec, cf. art. 521.1 ss du Code civil. Pour les conditions de formation de l'union civile en Nouvelle-Zélande, cf. art. 7 ss du Civil Union Act 2004.

¹²⁸⁹ Il s'agit là du système dit d'opt-in. A ce sujet, cf. AESCHLIMANN, p. 249 ; BÜCHLER, Zukunft, p. 800 s. et Vermögensrechtliche Probleme, p. 85 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 231 s. ; SCHWANDER, p. 921 s. ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 977 s.

justification de la part des parties. S'il s'agit d'une déclaration unilatérale, celle-ci serait communiquée à l'autre partenaire par l'officier de l'état civil. La dissolution de l'union serait inscrite au registre de l'état civil dès réception, par l'office de l'état civil, de la déclaration de dissolution et ne prendrait effet, dans les rapports entre les parties, qu'à la date de son inscription¹²⁹⁰. La procédure de dissolution volontaire de l'union libre devrait être, selon nous, plus souple que celle de l'union conjugale et du partenariat enregistré¹²⁹¹.

⁷⁹³ Que la dissolution soit consécutive au décès de l'un des concubins, à l'initiative d'un concubin ou des deux, son prononcé ne nécessiterait pas l'intervention du juge¹²⁹². La dissolution ne dépendrait que de la situation, en cas de décès, ou de la volonté des concubins, en cas de séparation du vivant des partenaires. En revanche, l'intervention du juge pourrait être requise pour le règlement des effets patrimoniaux de la dissolution de l'union du vivant des partenaires. Les concubins auraient ainsi la possibilité de demander au juge qu'il ratifie leur accord sur les conséquences de la dissolution de leur union ou, à défaut d'accord, qu'il statue sur les effets patrimoniaux de la rupture. La demande serait à introduire auprès du juge dans les six mois à compter de la date d'inscription de la dissolution de l'union libre au registre de l'état civil.

19.3.3. Les modes de reconnaissances : une reconnaissance fondée sur des critères de fait

⁷⁹⁴ Ce mode de reconnaissance consisterait à attacher des conséquences juridiques aux unions non formalisées, soit celles qui présentent certaines caractéristiques précises. Ce mode de reconnaissance est sans doute ambitieux car il implique, comme nous le verrons, d'aborder de front le phénomène social de l'union libre en en déterminant les faits probants, tâche ardue à bien des égards.

⁷⁹⁵ Il est intéressant de noter que plusieurs pays attribuent des effets juridiques à l'union libre, sans exiger un acte officiel comme condition de sa validité, mais uniquement la réunion de certains éléments de fait. Il s'agit notamment de l'Irlande¹²⁹³, de l'Ecosse¹²⁹⁴, de la Croatie¹²⁹⁵, de la Slovénie¹²⁹⁶,

¹²⁹⁰ PULVER, Union libre, p. 197 propose d'instaurer, en cas de dissolution par acte unilatéral, un délai de résiliation pouvant varier en fonction de la durée du concubinage.

¹²⁹¹ Le mariage et le partenariat enregistré ne peuvent être dissous qu'à certaines conditions déterminées par la loi et vérifiées par le juge. Pour les conditions du divorce, cf. art. 111 ss CC ; pour les conditions de la dissolution du partenariat enregistré, cf. 29 et 30 LPart.

¹²⁹² Dans ce sens également, cf. PULVER, Union libre, p. 164.

¹²⁹³ Cf. section 172(2-3) Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

¹²⁹⁴ Cf. section 25(2) Family Law Act 2006.

¹²⁹⁵ Cf. art. 11 § 1 de la loi sur la famille et art. 3 § 1 de la loi sur le partenariat. Le tribunal juge au cas par cas si toutes les conditions préalables à la détermination d'une union hors mariage sont réunies. Pour plus de détails sur ces conditions, cf. HRABAR, p. 405 s. et RESETAR/LUCIC, p. 1 ss.

¹²⁹⁶ Cf. art. 12 de la loi n° 69/2004 sur le mariage et la famille.

de la Suède¹²⁹⁷, de la Finlande¹²⁹⁸, du Portugal¹²⁹⁹, de certaines provinces espagnoles¹³⁰⁰, de l'Australie¹³⁰¹ et de la Nouvelle-Zélande¹³⁰². Les éléments de fait pris en compte varient d'un système juridique à l'autre¹³⁰³. Généralement, il ressort des législations des pays concernés que les éléments pris en compte pour qualifier une relation de concubinage sont : la durée de la relation ou de la vie commune, la résidence commune, l'existence ou l'absence de relations sexuelles et la présence d'enfants¹³⁰⁴. Parfois, la dépendance économique d'un partenaire à l'égard de l'autre est aussi exigée pour admettre le concubinage.

Il découle de ces conditions que toutes les situations d'union libre n'ont pas, dans ces pays, vocation à produire des effets de droit. Il s'agirait donc aussi pour l'ordre juridique suisse d'établir quelles unions méritent d'être reconnues et protégées et lesquelles ne le méritent pas, en fixant des critères

796

¹²⁹⁷ Cf. art. 1 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376). Cette loi s'applique à deux personnes non mariées de même sexe ou de sexes différents, vivant ensemble en permanence dans une relation et partageant le même ménage. Sur la définition de la cohabitation, cf. RYRSTEDT, Sweden, p. 418 ss.

¹²⁹⁸ Cf. Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners.

¹²⁹⁹ Cf. la loi n° 7/2001 et n° 23/2010 sur les mesures de protection des unions *de facto*.

¹³⁰⁰ Tel est le cas notamment des communautés de Catalogne (cf. la loi n° 10/1998 du 15 juillet 1998), d'Aragon (cf. la loi n° 6/1999 du 26 mars 1999) et de Navarre (cf. la loi n° 6/2000 du 3 juillet 2000).

¹³⁰¹ Cf. section 4AA du Family Law Act 1975.

¹³⁰² Cf. section 2D du Property (Relationships) Act 1976. Pour une discussion détaillée des éléments à prendre en compte pour admettre un concubinage, cf. ATKIN/PARKER, p. 34 ss. Pour plus de détails sur les systèmes adoptés en Australie et en Nouvelle-Zélande, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 116 ss ; JESSEP, p. 542 ss.

¹³⁰³ COTTIER, p. 33. Pour une vision globale des conditions prévues par certains systèmes juridiques étrangers, cf. SCHERPE, Rechtsvergleich, p. 16 s. ; SCHWENZER/KELLER, p. 763.

¹³⁰⁴ A titre d'exemples, cf. pour l'Irlande, section 172(2-3) Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 : « 2) In determining whether or not 2 adults are cohabitants, the court shall take into account all the circumstances of the relationship and in particular shall have regard to the following : (a) the duration of the relationship ; (b) the basis on which the couple live together ; (c) the degree of financial dependence of either adult on the other and any agreements in respect of their finances ; (d) the degree and nature of any financial arrangements between the adults including any joint purchase of an estate or interest in land or joint acquisition of personal property ; (e) whether there are one or more dependent children ; (f) whether one of the adults cares for and supports the children of the other ; and (g) the degree to which the adults present themselves to others as a couple.(3) For the avoidance of doubt a relationship does not cease to be an intimate relationship for the purpose of this section merely because it is no longer sexual in nature » ; cf. pour l'Ecosse, section 25(2) Family Law Act 2006 : « In determining for the purposes of any of sections 26 to 29 whether a person ("A") is a cohabitant of another person ("B"), the court shall have regard to — (a) the length of the period during which A and B have been living together (or lived together); (b) the nature of their relationship during that period; and (c) the nature and extent of any financial arrangements subsisting, or which subsisted, during that period » ; cf. pour la Nouvelle-Zélande, Section 2D(2) du Property (Relationships) Act 1976 : « In determining whether 2 persons live together as a couple, all the circumstances of the relationship are to be taken into account, including any of the following matters that are relevant in a particular case: (a) the duration of the relationship; (b) the nature and extent of common residence; (c) whether or not a sexual relationship exists; (d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties; (e) the ownership, use, and acquisition of property; (f) the degree of mutual commitment to a shared life; (g) the care and support of children; (h) the performance of household duties; (i) the reputation and public aspects of the relationship ».

précis, objectifs et vérifiables. À ce titre, les critères que nous préconisons d’employer sont les suivants : un ménage commun d’une certaine durée et la présence d’enfants¹³⁰⁵. Comme nous le verrons, la réalisation des deux premières conditions serait nécessaire et suffisante. La réalisation de la troisième condition indiquée ne serait, en revanche, ni nécessaire ni suffisante, mais permettrait d’atténuer l’exigence relative à la durée du ménage commun des concubins. D’autres critères, comme la dépendance économique d’un partenaire à l’égard de l’autre, ne seraient pas déterminants pour la reconnaissance de l’union. En effet, il convient de distinguer les exigences que la relation doit satisfaire pour que le couple puisse avoir accès à la reconnaissance, des conditions qui déterminent le droit à des avantages en cas de dissolution de l’union. Comme nous le verrons au chapitre 19.4., certaines prérogatives ne pourraient être accordées aux concubins qu’après évaluation d’autres éléments de leur situation, à l’instar de ce qui vaut actuellement pour les ex-époux et les ex-partenaires¹³⁰⁶.

⁷⁹⁷ **1) Un ménage commun.** Ce critère vise la cohabitation, c’est-à-dire le fait pour les concubins de vivre sous le même toit. La cohabitation constitue une condition de la reconnaissance de l’existence d’une relation de couple notamment en Suède¹³⁰⁷, en Finlande¹³⁰⁸, en Irlande¹³⁰⁹, en Ecosse¹³¹⁰, en Nouvelle-Zélande¹³¹¹ et en Australie¹³¹².

⁷⁹⁸ Contrairement aux législations étrangères susmentionnées, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, de celle du Tribunal fédéral, ainsi que de l’opinion d’une large partie de la doctrine que le critère du ménage commun n’est pas indispensable pour que l’existence d’un concubinage soit admis. En effet, bien que la Commission et la Cour européenne des droits de l’homme aient toujours vérifié si un couple non marié a ou non une habitation commune pour savoir s’il peut être protégé par l’art. 8 CEDH, elles ont jugé que le fait pour deux personnes de partager un même logement n’établit pas nécessairement la réalité d’une vie de couple ; en l’absence de cohabitation, l’union peut tout de même produire des effets dès

¹³⁰⁵ Ces critères sont aussi discutés par les auteurs suivants : BÜCHLER, *Zukunft*, p. 800 s. ; PULVER, *Union libre*, p. 195 ; SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 979.

¹³⁰⁶ Il s’agit en particulier du droit à l’entretien post-union, cf. *infra* § 19.4.4.

¹³⁰⁷ Cf. art. 1 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376).

¹³⁰⁸ Cf. section 3 du Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners : « In the context of this Act, cohabiting partner refers to partners who live in a relationship (cohabiting partnership) in a shared household [...] ».

¹³⁰⁹ Cf. art. 172(5) du Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 : « For the purposes of this Part, a qualified cohabitant means an adult who was in a relationship of cohabitation with another adult and who, immediately before the time that that relationship ended, whether through death or otherwise, was living with the other adult as a couple ».

¹³¹⁰ Cf. section 25(2)(a) du Family Law Act 2006.

¹³¹¹ Cf. section 2D(1)(b) et (2)(b) du Property (Relationships) Act 1976.

¹³¹² Cf. section 4AA(1)(c) du Family Law Act 1975.

lors qu'elle est stable, durable et notoire¹³¹³. Si la cohabitation constitue un critère important de l'existence d'une vie de couple, elle n'a qu'un caractère accessoire pour le Tribunal fédéral également. Celui-ci a considéré que le concubin survivant peut bénéficier de rentes pour survivants au sens de l'art. 20a al. 1 lit. a LPP même si les partenaires ne cohabitent pas en permanence. Ce qui est déterminant est le fait que les partenaires aient l'intention manifeste de vivre leur communauté de vie dans le même ménage autant que les circonstances le leur permettent¹³¹⁴. Quant à la doctrine, certains auteurs sont d'avis que le critère du ménage commun ne doit pas être déterminant à lui seul parce qu'il n'est pas non plus exigé de la part des époux¹³¹⁵.

Pour notre part, nous estimons que la cohabitation devrait être un critère auquel le juge se réfère pour confirmer ou infirmer l'existence d'une union libre. En effet, l'existence d'une union libre peut être difficile à établir puisqu'elle ne profite pas de la notoriété qu'entraîne la célébration du mariage. Le critère de la cohabitation pourrait alors pallier l'absence de formalisation. L'exigence d'un ménage commun aurait en plus l'avantage de permettre au juge d'établir plus aisément le commencement de la relation, point parfois déterminant pour la fixation de certains droits, comme nous le verrons au chapitre 19.4. Une attestation de domicile, un contrat de location ou une déclaration d'impôt seraient autant de preuves de l'existence d'un ménage commun des parties. Il appartiendrait au juge de donner aux preuves apportées le poids qu'il estime opportun.

En outre et comme déjà indiqué, notre proposition consiste à régler les conséquences de la dissolution de l'union libre essentiellement. À cette fin, il faut prendre conscience que certaines règles, en particulier celles sur la protection du logement (cf. *infra* § 19.4.5.), ne pourraient s'appliquer à l'union libre que s'il y a habitation commune.

¹³¹³ Pour les affaires dans lesquelles la Commission a admis qu'il peut y avoir une vie familiale même sans cohabitation, cf. Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, Requête n° 18535/91 ; Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, Requête n° 16969/90 ; Terence Lawlor c. Royaume-Uni, 14 juillet 1988, Requête n° 12763/87. Pour des développements sur ce critère dans la jurisprudence de la CourEDH, cf. HILT, N 649 ss.

¹³¹⁴ Cf. *supra* § 14.6.3.

¹³¹⁵ PULVER, Union libre, p. 195 ; SANDOZ, Union, p. 596. Le CF le relève également, cf. Rapport CF Modernisation 2015, p. 25.

801 **2) Une cohabitation d’une certaine durée.** Plusieurs ordres juridiques étrangers accordent un poids important à la durée de la cohabitation des concubins¹³¹⁶. À titre d’exemples, la durée de cohabitation est fixée en Australie¹³¹⁷, au Portugal¹³¹⁸ et en Catalogne¹³¹⁹ à deux ans, en Nouvelle-Zélande¹³²⁰ et en Croatie¹³²¹ à trois ans et en Irlande¹³²² et en Finlande¹³²³ à cinq ans.

802 La Cour européenne des droits de l’homme n’accorde la protection de certaines dispositions légales – l’art. 8 CEDH – qu’à des relations bien établies dans la durée et exige presque toujours une cohabitation de quelques années au moins¹³²⁴. Elle n’a cependant jamais encore quantifié la durée nécessaire à la reconnaissance d’un couple non marié.

803 Comme étudié au chapitre 1., le Tribunal fédéral n’a jamais non plus posé de durée minimale de la *cohabitation* ou de la *relation*. Elle se contente d’examiner si les concubins se sont engagés dans une relation stable et durable à caractère exclusif. Cette stabilité est en principe présumée par les juges après une certaine durée, mais cette durée varie entre deux et cinq ans, en fonction du domaine considéré (cf. *supra* §§ 4.3. et 8.2.).

804 L’idée de fixer dans la loi une durée minimale de la *relation de concubinage* au-delà de laquelle celle-ci entraînerait des effets juridiques est critiquée en doctrine. Certains auteurs considèrent que cela aurait pour conséquence d’exiger davantage des concubins que des personnes mariées et enregistrées et d’ignorer qu’il existe des unions stables qui ne durent que peu de temps à l’instar de certains mariages¹³²⁵. Selon ces mêmes auteurs, il faudrait préférer au critère de la durée de la relation celui de la volonté des parties de former une communauté de vie durable.

¹³¹⁶ SCHERPE, *Rechtsvergleich*, p. 16 s. ; SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 979 ; SCHWENZER/KELLER, p. 763, en particulier nbp 15.

¹³¹⁷ Cf. section 90SB(a) du *Family Law Act 1975* ; COTTIER/AESCHLIMANN, p. 117, nbp 42 ; SCHWENZER/KELLER, p. 763, en particulier nbp 15.

¹³¹⁸ Cf. art. 1(2) de la loi n° 7/2001.

¹³¹⁹ Cf. art. 234-1(a) du *Code civil*. Les lois espagnoles ne fixent pas toujours de période déterminée. Pour des détails sur les conditions de la reconnaissance des unions *de facto* dans les lois espagnoles, cf. GONZALEZ BEILFUSS, *Spanien und Portugal*, p. 255 ss.

¹³²⁰ Cf. section 2E(1)(b) et 4(5) du *Property (Relationships) Act 1976*. Voir aussi COTTIER/AESCHLIMANN, p. 117, nbp 42 ; SCHWENZER/KELLER, p. 763, en particulier nbp 15).

¹³²¹ Cf. art. 3 de la loi sur la famille et art. 2 de la loi sur la cohabitation. Cf. aussi HRABAR, p. 402.

¹³²² Cf. art. 172(5)(b) du *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*.

¹³²³ Cf. section 3 Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners.

¹³²⁴ La Cour européenne a par exemple considéré qu’une vie commune d’une durée de quinze ans est l’expression manifeste de l’existence d’une vie familiale, cf. *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, § 56. Voir aussi *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, req. n° 18535/91, § 30 ; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req. n° 16969/90, § 45. Pour des développements sur ce point en particulier, cf. COUSSIRAT-COUSTERE, N 6 ; HILT, N 673 ss ; VASSEUR-LAMBRY, N 358 ss.

¹³²⁵ MÜLLER-FREIENFELS, *Rechtsfolgen*, p. 777 ; NOIR-MASNATA, p. 11 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Modèles*, p. 141 s. ; PULVER, *Union libre*, p. 195 ; SCHERPE, *Status*, p. 294.

En l'absence de formalisation, le critère de *la durée de la relation* nous paraît trop subjectif et imprécis¹³²⁶. En pratique, il apparaît impossible pour le juge de constater rétrospectivement combien de temps a duré la relation entre deux personnes. Plutôt que de s'appuyer sur la durée de la relation ou sur l'intention des parties exclusivement, nous sommes d'avis qu'il faudrait tenir compte de *la durée du ménage commun*. Ce critère nous semble objectif et facilement vérifiable. En effet, la durée de la cohabitation pourrait être appréciée au moyen de preuves formelles, tels qu'une attestation de domicile, un contrat de location ou une déclaration d'impôt.

Dans le projet relatif à la révision du droit de l'adoption, la condition relative à la durée du ménage commun avant l'adoption a été limitée à trois ans, quelle que soit la relation de couple¹³²⁷. Nous préconisons une durée identique¹³²⁸. En effet, trois années de vie commune nous semblent être un indice suffisant du sérieux de la relation et nous donnent à penser que les concubins ont vraiment le désir de vivre comme des personnes mariées ou enregistrées. Une durée plus longue, comme ce qu'exige parfois le Tribunal fédéral pour faire produire à l'union libre certains effets (cf. *supra* §§ 4.3. et 8.2.) constitue, selon nous, une exigence trop élevée et risque fortement d'empêcher une grande partie des concubins d'accéder à une protection juridique.

En conclusion, nous estimons que l'existence d'une union libre devrait être admise s'il apparaît que les concubins ont cohabité pendant au moins trois ans. Ajoutons qu'une cohabitation discontinue pour des raisons liées notamment à une hospitalisation ou à la profession des partenaires, ne devrait pas faire obstacle à la reconnaissance de l'existence de l'union libre des parties, surtout si la communauté des concubins se reforme dès que la cause d'interruption occasionnelle cesse. L'exigence de l'existence d'un ménage commun serait donc réalisée si les partenaires passent au moins une partie du temps dans le même logement, par exemple les week-ends, alors que l'un pourrait devoir loger ailleurs pendant la semaine pour des raisons professionnelles.

3) La présence d'un ou de plusieurs enfants. Dans plusieurs systèmes juridiques étrangers, la durée du ménage commun exigée pour admettre le concubinage est diminuée en présence d'enfants et n'a parfois même plus d'importance. La durée exigée en Irlande par exemple passe de cinq à deux ans si le couple a des enfants¹³²⁹. En Finlande, la présence d'enfant commun suffit à faire tomber l'exigence d'une durée de cohabitation fixée normalement à cinq ans¹³³⁰. La durée de cohabitation n'a plus d'importance non plus selon

¹³²⁶ Dans ce sens également, SCHWANDER, p. 922.

¹³²⁷ Cf. art. 264c al. 2 nCC et Message Adoption, p. 857 ss. Cf. aussi *supra* § 10.3. Dans le Rapport CF Modernisation 2015, p. 27, le CF suggère brièvement une durée de trois également.

¹³²⁸ Cf. aussi COTTIER, p. 35 ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 979.

¹³²⁹ Cf. art. 172(5)(a) du Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

¹³³⁰ Cf. section 3 Act on the Dissolution of the Household of Cohabiting Partners.

les législations croate et australienne dès lors qu’un enfant est issu de la relation^{1331/1332}.

809 Pour la Cour européenne des droits de l’homme, la présence d’enfants communs est une preuve du caractère stable de la relation entretenue par ses parents et traduit la volonté de ces derniers d’inscrire leur relation dans la durée¹³³³. En l’absence d’une certaine durée de la relation ou de cohabitation, mais en présence d’enfants communs, des concubins peuvent tomber sous la protection énoncée à l’art. 8 CEDH.

810 Les tribunaux suisses ont également jugé que la naissance d’un enfant commun constitue un indice de l’existence d’un concubinage stable, mais ont estimé qu’elle n’est en soi pas suffisante pour faire présumer l’existence d’un concubinage qualifié¹³³⁴.

811 Pour notre part, nous estimons que la présence d’enfants ne devrait pas constituer une condition supplémentaire à la reconnaissance de l’existence d’une union libre, mais devrait être qualifiée d’indice du sérieux de la relation entretenue par les concubins. L’intensité d’une vie de couple ne devrait pas se mesurer uniquement au nombre d’années de vie commune, mais également par d’autres éléments parmi lesquels figurent la survenance d’enfant. La présence d’enfants communs témoigne généralement du caractère stable de la relation et laisse présumer un réel investissement de la part des membres du couple¹³³⁵. La durée de la cohabitation exigée devrait par conséquent être diminuée dès lors que le couple a eu un enfant commun. Afin de distinguer les concubins qui sont engagés l’un à l’égard de l’autre de ceux qui ont eu une relation temporaire, limitée à la communauté de lit, une durée minimale de la cohabitation devrait tout de même être imposée selon nous. Il conviendrait de fixer cette durée à une année. En résumé, un ménage commun d’une année et la présence d’enfant(s) devraient permettre aux concubins de se voir accorder une protection juridique.

812 **4) Le sexe des partenaires.** Précisons finalement que la reconnaissance de l’existence de l’union libre ne devrait pas être conditionnée par le sexe des partenaires. Elle devrait être admise tant pour les couples de sexes différents que pour les couples de même sexe car les couples hétérosexuels et homosexuels peuvent vivre la même réalité.

¹³³¹ Pour la **Croatie**, cf. art. 11 § 1 de la loi sur la famille. Pour l’**Australie**, cf. section 90SB Family Law Act 1975.

¹³³² Cf. aussi SCHERPE, *Rechtsvergleich*, p. 17 ; SCHWENZER/KELLER, p. 763, en particulier nbp 16 et 17.

¹³³³ Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, Requête n° 16969/90, § 45 ; Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, Requête n° 18535/91, § 30.

¹³³⁴ ATF 138 III 97, JdT 2012 II 479, cons. 3.4.2. ; TF 5A_765/2012 du 9 février 2013, cons. 5.3.2. Voir aussi *supra* § 1., N 19.

¹³³⁵ BOHNET/BURGAT, p. 3-4 ; CHRISTINAT, p. 2 s.

En conclusion, nous proposons d'admettre l'existence d'un concubinage lorsque deux personnes, de sexes différents ou de même sexe, vivent ensemble sous le même toit depuis au moins trois ans, ou depuis au moins une année en présence d'enfants communs. Une approche flexible dans l'interprétation des éléments constitutifs du concubinage devrait être privilégiée par les juges. ⁸¹³

La question de savoir si l'union libre existe ou non serait une question préalable qu'il incomberait au juge de trancher avant de statuer sur les effets de la dissolution de l'union. La preuve que l'union présente les caractéristiques nécessaires pour sa reconnaissance par le droit devrait être rapportée par le concubin souhaitant bénéficier des droits attachés à sa situation (art. 8 CC)¹³³⁶. Si la relation réunit toutes les conditions, à savoir un ménage commun d'une durée de trois ans ou d'une durée d'un an en présence d'enfants communs, la qualité de concubin serait admise, à charge pour celui qui conteste cette qualité de prouver qu'elle ne correspond pas à la réalité. ⁸¹⁴

Comme nous le verrons au chapitre 19.4., le début de l'union, ainsi que sa fin sont parfois déterminants pour la fixation de certains droits. Avant de pouvoir se prononcer sur les effets de la dissolution de l'union libre, le juge devrait donc déterminer une date d'entrée en union libre et une date de fin de l'union. Le juge pourrait se contenter d'arrêter la date d'entrée en union libre en se fondant sur le début du ménage commun des partenaires. Quant à la fin de l'union, elle pourrait être fixée, au plus tôt, au jour où les concubins n'avaient plus l'intention de faire ménage commun, au jour où ils ont cessé de faire ménage commun ou, au plus tard, au jour de l'introduction devant le juge civil d'une demande de l'un des concubins sur les effets de la dissolution de l'union. La fin de l'union correspondrait aussi au jour du décès de l'un des concubins. ⁸¹⁵

Finalement, les concubins ne devraient pas pouvoir se prévaloir des droits attachés à leur situation des années après la désunion. Pour des considérations d'équité et afin de protéger les intérêts du partenaire débiteur d'éventuelles prestations (ou les intérêts de ses successeurs) contre des prétentions qu'il ne connaissait pas ou plus, ou auxquelles il ne s'attendait pas ou plus et qui pourraient le mettre dans une situation financièrement difficile, le concubin souhaitant bénéficier des droits attachés à sa situation devrait agir au plus tard dans l'année à compter du moment où le ménage commun a pris fin ou dans l'année à compter du décès de son compagnon¹³³⁷. A titre d'exemples, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et la Croatie soumettent aussi les revendications des concubins à un délai. En Australie, les concubins doivent ⁸¹⁶

¹³³⁶ SCHWANDER, p. 921 s. Pour les droits attachés à la situation des concubins reconnus sur la base de critères de fait, cf. *infra* § 19.4.

¹³³⁷ Notons qu'il s'agit d'un délai de prescription identique à celui des actions fondées sur les articles 91 et 92 CC suite à la rupture du contrat de fiançailles (cf. art. 93 CC).

présenter leur demande dans les deux ans qui suivent la rupture¹³³⁸, tandis que le délai est de trois ans en Nouvelle-Zélande¹³³⁹ et de six mois en Croatie¹³⁴⁰.

19.3.4. *Admettre deux modes de reconnaissance ?*

⁸¹⁷ Les deux modes de reconnaissance de l’existence de l’union libre présentent l’un comme l’autre des avantages et des inconvénients.

⁸¹⁸ Reconnaître l’union libre formalisée repose sur une démarche volontariste et a l’avantage de respecter la volonté des concubins et leur liberté contractuelle puisque les partenaires de fait ne pourraient être soumis à un ensemble d’obligations légales qu’à condition d’y avoir préalablement consenti¹³⁴¹.

⁸¹⁹ Un autre avantage de ce mode de reconnaissance est que l’acte formel résout les problèmes liés à la preuve puisqu’il confère aux concubins une preuve préconstituée de leur union¹³⁴². L’inscription dans un registre confère en plus une date certaine au concubinage et le rend opposable aux tiers, notamment aux organismes débiteurs de prestations d’assurances sociales¹³⁴³.

⁸²⁰ Si ce mode de reconnaissance a le mérite de souligner la liberté individuelle des concubins, son inconvénient est de créer deux catégories de concubins : les concubins reconnus et les concubins non-reconnus¹³⁴⁴. Il est effectivement vraisemblable que tous les couples de fait n’adhéreront pas à ce statut. Il y aurait alors toujours des concubins non-reconnus car n’ayant pas procédé à la déclaration et donc des unions qui méritent d’être protégées, mais qui ne peuvent pas l’être¹³⁴⁵.

⁸²¹ L’avantage de la reconnaissance non formalisée de l’union libre est de soumettre au même régime légal tous les concubins dont l’union répond à des critères précis indiqués dans une loi. L’union serait réputée exister légalement dès lors qu’elle remplit toutes les conditions et mènerait à ce que les concubins soient soumis d’office à des droits et obligations. Il y aurait alors toujours des concubins hors du régime légal, mais leur nombre serait sans doute moindre qu’actuellement.

¹³³⁸ Cf. section 44(5) du Family Law Act 1975.

¹³³⁹ Cf. section 24 du Property (Relationships) Act 1976). Cf. aussi COTTIER/AESCHLIMANN, p. 119 s.

¹³⁴⁰ Cf. art. 303 § 2 de la loi sur la famille.

¹³⁴¹ Comme le relève PULVER, *Union libre*, p. 168, si on donne la possibilité aux concubins de faire enregistrer leur union, les règles découlant de l’enregistrement de l’union auraient de toute manière un caractère dispositif.

¹³⁴² PULVER, *Union libre*, p. 207 ; SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 977 s.

¹³⁴³ SCHERPE, *Status*, p. 285.

¹³⁴⁴ PAPAUX VAN DELDEN, *Modèles*, p. 140 ; PULVER, *Union libre*, p. 207 ; SCHERPE, *Status*, p. 286.

¹³⁴⁵ Dans ce sens : COTTIER/AESCHLIMANN, p. 130 ; Rapport, *Modernisation*, p. 27 ; SCHERPE, *Rechtsstellung*, p. 583 et *Status*, p. 288 ; SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 978.

La reconnaissance fondée sur des critères de fait comporte néanmoins aussi plusieurs inconvénients. En premier lieu, les concubins en désaccord devront nécessairement exposer leur relation devant le juge qui décidera si l'union libre existe ou pas. Ensuite, les partenaires eux-mêmes et les tiers ne pourront savoir, en dehors d'un procès, s'il y a vraiment union libre. Et finalement, si l'existence de l'union libre est admise, l'un des concubins pourra se voir attribuer des devoirs auxquels il n'avait pourtant pas consenti. Certains reprocheront donc à cette forme de reconnaissance de porter atteinte à la vie privée et à l'autonomie de la volonté des concubins¹³⁴⁶.

S'il est vrai que l'État doit en principe respecter l'autonomie des parties et s'abstenir d'intervenir dans les relations privées, nous voyons toutefois mal pour quelles raisons il faudrait privilégier ce principe sur d'autres valeurs comme celle de la protection de la partie faible dans les relations privées. De même, nous considérons que l'argument du respect de la volonté individuelle des concubins devrait être tempéré lorsque l'union libre est envisagée dans sa dimension parentale. En effet, l'intérêt de l'enfant ne relève pas de la sphère privée. Or, l'absence d'encadrement légal des effets patrimoniaux de la désunion peut avoir des conséquences néfastes sur le partenaire économiquement faible et affecter indirectement les enfants du couple. Le refus d'imposer aux concubins des droits et obligations en cas de dissolution de l'union libre, essentiellement pour faire prévaloir les principes de liberté et d'autonomie de la volonté des parties, affaiblit donc l'objectif que doit se fixer le législateur, à savoir l'élaboration de normes impératives visant la protection des parties vulnérables.

Afin de contourner toute objection et rendre la reconnaissance fondée sur des critères de fait tout de même réalisable, un système d'opt-out pourrait être envisagé¹³⁴⁷. Ce système consiste à donner la faculté aux concubins de se soustraire, avant, pendant ou après la rupture de l'union, par déclaration commune ou contrat, au régime légal qui leur est applicable. De cette manière, la protection légale ne serait pas imposée à des couples qui entendent préserver leur statut de personne « sans attache », pour autant que les partenaires soient d'accord.

¹³⁴⁶ Cf. GEISER, Neuregelung, p. 13 qui se prononce sur le sujet en rapport avec la question de savoir s'il faut prévoir pour les concubins un droit à une contribution d'entretien post-union. Pour AEBI-MÜLLER, Reformprojekt, p. 826 s et BÜCHLER, Zukunft, p. 799, imposer d'office aux concubins des droits et obligations semblables à ceux du mariage peut revenir à contraindre les concubins à un genre de mariage. Cf. aussi PULVER, Union libre, p. 168. Contre cet argument : FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 876 ; SCHERPE, Protection, p. 207 ss.

¹³⁴⁷ AEBI-MÜLLER, Reformprojekt, p. 829 ; BÜCHLER, Zukunft, p. 801 ; COTTIER, p. 33 ; COTTIER/AESCHLIMANN, p. 130 ; PULVER, Union libre, p. 168 ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 978 s. Pour FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 876, « le droit à l'entretien post-partenarial doit être prévu sous la forme d'un d'opt-out ». Pour les avantages de la reconnaissance fondée sur des critères de fait avec système d'opt-out par rapport à la reconnaissance fondée sur un acte formel, cf. en particulier SCHWENZER, Familienrecht, p. 978.

⁸²⁵ L’Australie et la Nouvelle-Zélande offrent une telle possibilité aux concubins. Dans ces deux pays, le fait de vivre en communautés de vie de fait engendre pour les membres du couple des effets juridiques similaires à ceux du mariage, à moins que les concubins aient déclaré ne pas vouloir s’y soumettre¹³⁴⁸. La Suède a instauré un système similaire : elle a introduit une loi sur les communautés de fait, applicable d’office aux concubins vivant ensemble dans une communauté de vie, mais a laissé aux parties la possibilité d’échapper aux effets de cette loi, par la voie contractuelle¹³⁴⁹. Le Code civil catalan donne aux concubins la faculté de prévoir par contrat, pendant ou à la fin de l’union, d’autres conséquences que celles du régime proposé en cas de dissolution de l’union¹³⁵⁰.

⁸²⁶ À notre avis, il y aurait lieu d’autoriser les partenaires à se soustraire au régime légal à condition seulement que ceux-ci se soient déterminés sur les conséquences patrimoniales de leur rupture au moyen d’un contrat passé en la forme authentique, pendant ou après l’union¹³⁵¹. Un contrôle judiciaire impératif de l’accord pourrait en plus être instauré, en particulier si la convention a été conclue des années avant la désunion¹³⁵². Il serait effectivement essentiel, et ce dans une optique de protection de la partie faible, que les juges examinent si cet accord est juste et équitable.

⁸²⁷ Il ressort des explications qui précèdent que les deux types de reconnaissance présentés n’ont pas la même fonction, même si les conséquences juridiques qu’ils entraînent sont quasiment identiques (cf. *infra* § 19.4.). Le premier modèle de reconnaissance constituerait une alternative au mariage et au partenariat enregistré pour les concubins réticents à se soumettre au cadre légal contraignant de ces institutions, tandis que le second modèle irait plus loin, ayant pour vocation de lutter contre les injustices qui surviennent à la dissolution de l’union et de protéger le concubin faible économiquement. Pour ces raisons, il y a lieu selon nous de faire coexister les deux modes de reconnaissance présentés.

¹³⁴⁸ Les partenaires conservent la possibilité d’écarter les effets de la loi, mais à certaines conditions. Pour l’**Australie**, cf. section 90TA et 90UJ du Family Law Act 1975. Pour la **Nouvelle-Zélande**, cf. section 21F du Property (Relationships) Act 1976. Pour un aperçu de ce système dans ces deux pays, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 118. En particulier pour la Nouvelle-Zélande, cf. BRIGGS, p. 330 ss.

¹³⁴⁹ Cf. art. 9 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376). Voir aussi STEWART, p. 374 et JÄNTERÄ-JAREBORG/BRATTSTRÖM/ERIKSSON, p. 42 ss.

¹³⁵⁰ Cf. art. 234-5 et 234-6 du Code civil.

¹³⁵¹ COTTIER, p. 36 et p. 37 en particulier s’agissant de la possibilité pour les concubins d’échapper aux effets de droit successoral.

¹³⁵² COTTIER/AESCHLIMANN, p. 130 ; SCHWENZER, Model, p. 82 ss, art. 1.38 et 1.39.

19.4. Les effets juridiques attachés à la reconnaissance d'une union libre : une intervention législative axée sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l'union

Comme déjà évoqué, le législateur ne devrait pas régler tous les problèmes rencontrés par les concubins reconnus, mais essentiellement l'impasse dans laquelle ils se trouvent à la rupture de l'union en leur accordant certains droits et devoirs dans des domaines bien spécifiques. D'une façon générale, une intervention législative pour faire produire à la désunion des effets de droit serait indispensable, à notre sens, dans les matières suivantes : le droit des successions (cf. *supra* § 19.4.1.), le droit des assurances sociales et privées (cf. *supra* § 19.4.2.), l'imposition sur les donations et les successions (cf. *supra* § 19.4.3.), l'entretien post-union (cf. *supra* § 19.4.4.), le logement (cf. *supra* § 19.4.5.) et le régime des biens (cf. *supra* § 19.4.6.).

19.4.1. Le droit successoral

L'un des griefs les plus souvent exprimé à l'égard du statut actuel du partenaire de vie est l'absence totale de droits successoraux. Dans les autres ordres juridiques, la qualité d'héritier légal est parfois reconnue au concubin survivant lorsque les partenaires ont officialisé leur union. Tel est le cas aux Pays-Bas et au Québec par exemple : le partenaire survivant officiel est reconnu comme un héritier successoral au même titre que le conjoint survivant¹³⁵³. En cas de dissolution de la cohabitation par décès, le législateur belge attribue au cohabitant légal survivant « l'usufruit de l'immeuble affecté durant la vie commune à la résidence commune de la famille ainsi que des meubles qui le garnissent »¹³⁵⁴. Malgré la mise en place d'un partenariat institutionnalisé, ni la France ni le Luxembourg n'ont en revanche prévu de droit successoral légal en faveur du partenaire survivant.

En l'absence de formalisation de l'union, certaines législations, comme celles du Portugal, de l'Ecosse, de l'Irlande, de la Norvège et de la Suède accordent au concubin survivant certains avantages d'ordre patrimonial sur la succession *ab intestat* du partenaire décédé, mais pas un véritable droit

¹³⁵³ Pour les **Pays-Bas**, cf. art. 8 al. 1 et 2 du Code civil (Burgerlijk Wetboek Boek 4) ; pour le **Québec**, cf. art. 521.6 qui renvoie aux art. 653 ss du Code civil.

¹³⁵⁴ Cf. art. 745^{octies} du Code civil. Cf. aussi HAUSER/RENCHON, N 473 ss.

successoral légal¹³⁵⁵. À titre d'exemples, le Portugal permet au concubin survivant qui vivait avec le *de cuius* depuis plus de deux ans d'obtenir le versement d'une provision alimentaire¹³⁵⁶. En Ecosse, le concubin survivant peut demander le paiement d'une somme d'argent ou le transfert de certains biens après le décès de son compagnon¹³⁵⁷. Au contraire, les législations croate¹³⁵⁸, slovène¹³⁵⁹ et catalane¹³⁶⁰ traitent le partenaire survivant sur un pied d'égalité avec l'époux survivant en lui accordant un droit successoral légal du simple fait de la vie commune^{1361/1362}. Les droits attribués au concubin survivant sont donc tantôt qualifiés de droits alimentaires, tantôt de droits successoraux.

831 En droit suisse, le concubin survivant reconnu sur la base d'un acte formel ou sur la base de critères de fait devrait avoir les mêmes droits à la succession que le conjoint survivant et le partenaire enregistré survivant, mais uniquement en l'absence d'un conjoint ou d'un partenaire enregistré survivants¹³⁶³. Pour y parvenir, il conviendrait de modifier les dispositions légales du livre troisième du Code civil, en particulier l'art. 462 CC qui

¹³⁵⁵ En **Irlande**, le concubin survivant a droit, à certaines conditions énoncées dans la loi, à une provision sur la succession de son défunt partenaire, cf. art. 194 du Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act de 2010. Pour plus de détails, cf. SHANNON, p. 28 ss. La **Norvège** prévoit pour les concubins qui ont ou vont avoir des enfants ensemble, le droit d'hériter environ quarante-mille euros ou de reporter le règlement de cette somme et de garder une partie de la succession du défunt en indivision, cf. section 28(b) and 28(c) du Norwegian Inheritance Act, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Pour plus de détails, cf. ASLAND/HAMBRO, p. 381 ; Institut suisse de droit comparé, Avis, p. 84 ss ; EEG, p. 63 ss ; SVERDRUP, p. 17 s. Quant à la **Suède**, cf. art. 3 § 3 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376). Voir aussi sur la question : LUND-ANDERSEN, p. 1130 ss.

¹³⁵⁶ Cf. art. 2020 du Code civil.

¹³⁵⁷ Cf. art. 29(2) Family Law Act 2006 : « Subject to subsection (4), on the application of the survivor, the court may — (a) after having regard to the matters mentioned in subsection (3), make an order — (i) for payment to the survivor out of the deceased's net intestate estate of a capital sum of such amount as may be specified in the order ; (ii) for transfer to the survivor of such property (whether heritable or moveable) from that estate as may be so specified ». Pour plus de détails sur cette possibilité en droit écossais, cf. MAIR, p. 28 ss.

¹³⁵⁸ En Croatie, ne peuvent hériter que les partenaires qui sont restés ensemble au moins trois ans, cf. art. 8 § 2 et 70 de la loi sur les successions (journal officiel de la République de Croatie, numéros 48/03, 163/03, 35/05 et 127/13). Pour plus de développements, cf. notamment SÜSS, p. 935 et 937 et RESETAR/LUCIC, p. 25.

¹³⁵⁹ Cf. art. 10 al. 2 de la loi sur les successions. Voir aussi, ANTKOLSKAIA, p. 57 ; NOVAK, p. 19 et RIJAVEC/KRALJIC, p. 392.

¹³⁶⁰ Cf. art. 442-3 et 452-1 ss du Code civil. Voir aussi GONZALEZ BEILFUSS/NAVARRO-MICHEL, p. 27 s.

¹³⁶¹ Cf. aussi COTTIER, p. 34 et réf. citées.

¹³⁶² Pour une étude détaillée sur la protection du partenaire survivant dans le cadre des lois européennes sur la cohabitation non-maritale, cf. CAILLIE, p. 114 ss. Pour des développements sur les conséquences juridiques de la dissolution de l'union consécutive au décès de l'un des partenaires en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Ecosse, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 124 ss et COTTIER, p. 34.

¹³⁶³ Dans ce sens également, cf. COTTIER, p. 34 s. et 36 et 48 s. ; FAVRE, Réforme, p. 364 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 384 ; SCHWANDER, p. 924 et PULVER, Union libre, p. 170. Voir aussi Postulat n° 12.3607 déposé par Jaqueline Fehr le 15 juin 2012. Il va de soi que la solution préconisée aurait pour corollaire l'attribution au concubin survivant d'une partie importante du patrimoine du *de cuius* et irait, dans ce sens, bien au-delà de l'exigence de protéger le concubin économiquement faible à la dissolution de l'union.

consacre le montant en fraction des parts légales des héritiers, l'art. 470 CC relatif à l'étendue de la quotité disponible, et l'art. 471 CC qui traite de la réserve des héritiers légaux, afin d'y ajouter le concubin survivant à côté du conjoint survivant et du partenaire enregistré survivant¹³⁶⁴. La fraction de la part de ce dernier serait identique à celle de l'époux et du partenaire enregistré, et varierait de la même façon que pour ces derniers¹³⁶⁵ ; elle dépendrait de l'existence ou non d'autres héritiers légaux ou institués. Les dispositions légales susmentionnées ne subiraient pas de modification matérielle.

À l'instar des époux divorcés et des partenaires enregistrés séparés judiciairement, les ex-concubins cesseraient d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdraient les avantages résultant des dispositions pour cause de mort prises pendant l'union (cf. *supra* § 14.7.3.). En cas d'union formalisée, les concubins qui se seraient quittés avant le décès de l'un d'eux sans annoncer la fin de leur union, ne perdraient pas les avantages successoraux résultant des dispositions pour cause de mort ; l'inscription de la dissolution de l'union libre dans le registre de l'état civil constituerait une condition *sine qua non*. Les articles 120 al. 2 CC et 31 al. 2 LPart pourraient servir de modèle à la création de cette nouvelle norme qui serait ensuite insérée dans la loi spéciale ou dans le titre spécifique du Code civil consacré aux concubins. 832

19.4.2. *Le droit des assurances sociales et privées*

Si les régimes de protection sociale affichent en Europe et ailleurs une grande diversité, il apparaît néanmoins une tendance grandissante de la part des États à étendre aux concubins reconnus les effets juridiques attachés au mariage dans le domaine de la sécurité sociale. À titre d'exemple, les concubins reconnus profitent des mêmes avantages que les personnes mariées en matière de prestations pour survivants en France¹³⁶⁶, au Luxembourg¹³⁶⁷, aux Pays-Bas¹³⁶⁸, en Suède¹³⁶⁹, en Norvège¹³⁷⁰, au Portugal¹³⁷¹ et au Québec^{1372/1373}. 833

¹³⁶⁴ La motion Guztwiller proposait également de reconnaître aux partenaires de fait un droit légal de succession, mais pas de réserve. cf. *supra* § 14.7.2. Contre l'attribution d'une part réservataire au concubin survivant, cf. notamment CALLIE, p. 76. Cf. aussi PIOTET D., Rapport, p. 63 ss, qui propose l'introduction en faveur du concubin survivant d'un droit à un prélèvement légal.

¹³⁶⁵ PULVER, Union libre, p. 170, propose même de partager à parts égales la succession entre conjoint et concubin en cas de concours. *Idem* pour COTTIER, p. 36 et PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 384 s. Nous y sommes opposés pour les raisons évoquées *supra* § 19.3.1.

¹³⁶⁶ Cf. art. L 361-4 du Code de la sécurité sociale : « Le versement du capital est effectué par priorité aux personnes qui étaient, au jour du décès, à la charge effective, totale et permanente de l'assuré. Si aucune priorité n'est invoquée dans un délai déterminé, le capital est attribué au conjoint survivant non séparé de droit ou de fait, au partenaire auquel le défunt était lié par un pacte civil de solidarité ou à défaut aux descendants et, dans le cas où le de cujus ne laisse ni conjoint survivant, ni partenaire d'un pacte civil de solidarité, ni descendants, aux ascendants ».

¹³⁶⁷ Cf. art. 15 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

¹³⁶⁸ Cf. the Surviving Dependents Act (Algemene nabestaanden wet (ANW)).

834 Afin de rendre accessibles aux concubins les prestations actuellement réservées aux époux et aux partenaires enregistrés en cas de dissolution de l’union, la législation suisse en matière d’assurances sociales et privées devrait être modifiée comme suit :

835 Une nouvelle disposition légale devrait être introduite dans la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Cette nouvelle disposition assimilerait le concubin survivant à un veuf et la séparation du couple au divorce¹³⁷⁴. Les dispositions de la LPGA sont applicables aux assurances sociales réglées notamment par la LAVS, la LAI, la LAA, la LAM et la LACI, mais ne le sont pas à la LPP. L’insertion de cette nouvelle norme dans la LPGA permettrait aux concubins de profiter des rentes de survivants prévues dans la LAVS, la LAA et la LAM (cf. art. 23-24a LAVS ; 29 LAA ; 52 LAM), du partage par moitié des expectatives du 1^{er} pilier (cf. art. 29^{quinquies} LAVS) et du mécanisme d’exemption de cotisation à l’assurance chômage (cf. art. 14 al. 2 LACI) (cf. *supra* §§ 14.6.2. et 14.6.3.).

836 La LPGA n’étant pas applicable à la LPP, il conviendrait d’insérer un nouvel article 19b dans la LPP pour permettre au concubin reconnu de bénéficier de rentes de survivants dans le cadre du deuxième pilier, au même titre que le conjoint et le partenaire enregistré survivants. Ce nouvel article stipulerait que le concubin survivant a les mêmes droits qu’un veuf. Le droit pour le concubin de recevoir des prestations de survivants devrait être impératif à notre sens et s’inscrire dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire et non seulement sur-obligatoire comme actuellement (cf. *supra* § 14.6.3.). Le renoncement à un droit de base pour le concubin en raison des coûts annuels que cette nouvelle réglementation risque d’engendrer ne se justifierait pas, surtout lorsqu’il s’agit de respecter le principe d’égalité de traitement des formes de vie en couple.

837 Le partage des prestations de sortie du 2^e pilier dont profitent les époux divorcés et les ex-partenaires, devrait également s’appliquer aux concubins qui se séparent. Ces questions sont régies actuellement par les articles 122 à 124 CC et 280 à 281 CPC¹³⁷⁵ (cf. *supra* § 14.6.2.). Une disposition légale semblable à l’art. 33 LPart, prévoyant que les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du concubinage sont partagées conformément aux dispositions du droit du divorce sur la

¹³⁶⁹ Cf. chapitre 80, § 4 du Code des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk 2010:110).

¹³⁷⁰ Cf. § 17-2 de la loi sur les assurances sociales (Lov om folketrygd (folketrygdloven)).

¹³⁷¹ Cf. art. 3 lit. e de la loi n° 7/2001.

¹³⁷² Cf. art. 91 de la loi sur le régime de rentes du Québec.

¹³⁷³ Voir aussi SCHWENZER/KELLER, p. 769 et réf. cit.

¹³⁷⁴ Précisons que les dispositions de la LPGA sont applicables aux assurances sociales réglées notamment par la LAVS, la LAI, la LAA, la LAM et la LACI, mais ne sont pas applicables à la LPP.

¹³⁷⁵ La LFLP, le CO et la LPP contiennent également des dispositions à ce propos.

prévoyance professionnelle, pourrait être créée¹³⁷⁶. Cette nouvelle norme devrait inévitablement être introduite dans la loi spéciale ou le titre spécifique du livre deuxième du Code civil dédié aux concubins.

Comme constaté au chapitre 14.6.3., le concubin survivant ne fait pas partie des bénéficiaires de prestations pour survivants dans le cadre de la prévoyance individuelle liée (cf. art. 2 OPP 3)¹³⁷⁷. Ce problème pourrait être réglé par une modification de l'OPP 3 ; le concubin reconnu devrait être ajouté à l'art. 2 al. 1 lit. b ch. 1 OPP 3, aux côtés de l'époux et du partenaire enregistré. En cas de dissolution du vivant des concubins et si l'un des partenaires a constitué un troisième pilier, les avoirs de ce troisième pilier seraient soumis aux principes ordinaires du remploi et susceptibles d'être partagés entre les ex-concubins selon les règles du régime des biens choisi par le couple (pour des propositions sur la possibilité de doter les concubins d'un régime de biens, cf. *infra* § 19.4.6.).

19.4.3. Les impôts sur les successions et les donations

Le taux d'imposition sur les successions et les donations varie considérablement d'un système juridique à l'autre, en fonction du lien familial ou matrimonial ayant existé avec le défunt. Le taux élevé pratiqué en Suisse pour les concubins représente un des problèmes les plus importants pour le partenaire de vie.

Sans entrer dans les détails des législations fiscales étrangères, on s'aperçoit que plusieurs d'entre elles font profiter les concubins reconnus d'une taxation parfois identique à celle des personnes mariées, ou au moins réduite à un niveau inférieur que celui applicable aux attributions à des tiers non membres de la famille. C'est le cas notamment en France¹³⁷⁸, au Luxembourg¹³⁷⁹, au Portugal¹³⁸⁰, en Catalogne¹³⁸¹, en Norvège et en Suède^{1382/1383}.

¹³⁷⁶ Cf. COTTIER, p. 37, en faveur d'une application des art. 122 ss CC aux concubins.

¹³⁷⁷ En revanche, le concubin survivant peut être librement désigné comme bénéficiaire de prestations dans la prévoyance individuelle libre (pilier 3b).

¹³⁷⁸ Cf. art. 777 du Code général des impôts : les pacsés sont soumis au même taux que les époux.

¹³⁷⁹ Cf. art. 28 de la loi relative aux effets légaux de certains partenariats du 9 juillet 2004 qui modifie l'article 10 de la loi du 13 juin 1984 portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement, de succession et de timbre. Les partenaires sont mis sur un pied d'égalité avec les époux s'ils sont liés par une déclaration de partenariat depuis plus de trois ans.

¹³⁸⁰ Cf. art. 3(d) de loi n° 7/2001 du 11 mai 2001.

¹³⁸¹ Cf. art. 59(1) de loi n° 19/2010 du 7 juin 2010 sur l'impôt sur les successions et les donations (lley de regulació de l'impost sobre successions i donacions).

¹³⁸² SCHWENZER/KELLER, p. 769 et réf. cit.

¹³⁸³ Voir aussi Institut suisse de droit comparé, Avis, p. 15, nbp 25 et 26.

841 Afin de permettre aux concubins de profiter d'un taux d'imposition égal à celui frappant les époux et les partenaires enregistrés, les concubins reconnus devraient être mis sur un pied d'égalité avec les époux et les partenaires enregistrés dans tous les cantons. La création d'une réglementation en matière d'impôt sur les successions et les donations appartiendrait dès lors aux législateurs cantonaux.

19.4.4. *L'entretien post-union*

842 En examinant les législations étrangères, on constate que plusieurs d'entre elles consacrent, suivant les circonstances de la rupture, des prestations d'entretien entre ex-concubins. À titre d'exemple, les lois écossaise et irlandaise permettent à l'un des partenaires d'obtenir, au moyen d'une action judiciaire, le versement d'une compensation financière en cas de désunion du vivant des partenaires, si l'un des ex-partenaires a besoin de la participation financière de l'autre pour subvenir à ses besoins après la séparation¹³⁸⁴. En Croatie, la loi prévoit que l'un des concubins peut recevoir une prestation d'entretien de la part de son ex-partenaire s'il ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants, s'il ne peut les obtenir de ses biens propres ou s'il est dans l'incapacité de retrouver une activité professionnelle¹³⁸⁵. En Catalogne, un partenaire peut réclamer une contribution d'entretien si celle-ci est indispensable pour assurer ses propres besoins¹³⁸⁶. Quant aux législations néo-zélandaise, australienne et québécoise, elles confèrent aux ex-partenaires des droits en matière d'entretien similaires à ceux des époux¹³⁸⁷.

¹³⁸⁴ Pour l'**Ecosse**, cf. art. 28 Family Law Act 2006 et COTTIER/AESCHLIMANN, p. 123 et réf. cit. Pour l'**Irlande**, cf. art. 172, 174, 175, 184 Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010. En **Irlande**, ce n'est que si le concubin convainc le tribunal qu'il est financièrement dépendant de l'autre et que la dépendance financière découle de la relation que le tribunal peut, s'il le juge juste et équitable, lui allouer une compensation financière.

¹³⁸⁵ Cf. art. 3 et 295 de la loi sur la famille, ainsi qu'art. 39 en relation avec l'art. 4 de loi sur le partenariat. Voir aussi BUREAU PERMANENT, N° 11/2008, N 51 et réf. cit.

¹³⁸⁶ Cf. art. 234-10 du Code civil. Pour des développements sur un droit à l'entretien dans les lois des autres communautés espagnoles, cf. GONZALEZ BELFUSS, *Spanien und Portugal*, p. 262 ss.

¹³⁸⁷ Pour la **Nouvelle-Zélande**, cf. section 64 Family Proceedings Act 1980 : « Subject to section 64A, after the dissolution of a marriage or civil union or, in the case of a de facto relationship, after the de facto partners cease to live together, each spouse, civil union partner, or de facto partner is liable to maintain the other spouse, civil union partner, or de facto partner to the extent that such maintenance is necessary to meet the reasonable needs of the other spouse, civil union partner, or de facto partner, where the other spouse, civil union partner, or de facto partner cannot practicably meet the whole or any part of those needs because of any 1 or more of the circumstances specified in subsection ». Pour le **Québec**, cf. art. 521.6. et 585 du Code civil dont la teneur est la suivante : « Les époux et conjoints unis civilement de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments ». Pour l'**Australie**, cf. partie VIIIAB du Family Law Act 1975. Voir aussi COTTIER/AESCHLIMANN, p. 120 ss et BUREAU PERMANENT, N° 11/2008, N 49 et réf. cit.

Le législateur suisse devrait aussi conférer aux concubins des droits en matière d'entretien post-union¹³⁸⁸. De nouvelles normes seraient indispensables. Le législateur pourrait alors s'inspirer du contenu des articles 176 al. 1 ch. 1, 125 ss CC et 34 LPart (cf. *supra* § 14.4.)¹³⁸⁹. 843

Au même titre que les époux divorcés et les partenaires séparés judiciairement, les concubins devraient tendre à devenir économiquement indépendants après leur séparation. Il appartient effectivement à chaque partenaire de subvenir à ses propres besoins et de faire face à ses responsabilités. L'existence d'une obligation d'entretien entre ex-concubins ne devrait être admise qu'après examen de plusieurs critères : la durée de l'union, l'âge des partenaires, l'âge des enfants, l'état de santé, la formation et la situation financière du crédientier, la capacité de gain du débirentier, le partage des tâches durant l'union, et la possibilité pour le concubin resté au foyer de retrouver une activité lucrative, totale ou partielle. Dans l'ensemble, la relation devrait avoir montré un caractère de stabilité et une certaine permanence. Il faudrait en outre que la relation vécue par les ex-concubins ait eu un impact sur la situation financière de l'un ou de l'autre des concubins. Tel serait le cas si l'un des concubins a fourni, pendant l'union, des prestations importantes à la profession ou à l'industrie de son compagnon, ou sous forme de travail au foyer, en s'abstenant, partiellement ou totalement, d'occuper un emploi rémunéré. La durée de l'union, la dépendance économique d'un partenaire à l'égard de l'autre et la présence d'enfants mineurs devraient donc avoir une importance déterminante dans l'entretien dû entre ex-concubins. 844

Il conviendrait également d'instaurer un système d'aide au recouvrement et d'avances en faveur de l'ex-concubin crédientier similaire à celui qui existe actuellement pour les ex-époux et les ex-partenaires enregistrés (cf. art. 131-132 CC et 34 al. 4 LPart ; cf. aussi *supra* N 519 et 521). 845

À l'instar des contributions d'entretien entre ex-époux et entre ex-partenaires enregistrés, la contribution d'entretien versée à l'ex-concubin devrait être supprimée en cas de nouvelle union formalisée. Le législateur pourrait s'inspirer des articles 130 CC et 34 al. 4 LPart. 846

19.4.5. Le logement

En cas de séparation d'un couple, le maintien de l'un des partenaires dans le logement peut revêtir une importance cruciale pour l'un d'eux. La possibilité pour un concubin reconnu de demander l'attribution du logement de la famille en cas de désunion est consacrée dans la majorité des législations 847

¹³⁸⁸ Dans ce sens également, cf. notamment COTTIER/AESCHLIMANN, p. 109 ; FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 ; PAPAUX VAN DELDEN, Modèles, p. 374 ; SCHERPE, Rechtsvergleich, p. 3 ss ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 976 ss et Model, p. 64 ss et art. 1.29. à 1.32. *Contra* : GEISER, Neuregelung.

¹³⁸⁹ COTTIER, p. 37 estime que les art. 163, 176, 125 ss CC devraient aussi s'appliquer aux unions de fait.

étudiées. D'une manière générale, les solutions préconisées dépendent de la cause de la désunion et des droits sur le logement¹³⁹⁰.

848 Afin d'améliorer la situation des concubins en droit suisse, nous estimons que les droits et obligations des personnes mariées et enregistrées à l'égard du logement commun en cas de désunion devraient être étendus aux concubins reconnus¹³⁹¹. Pour ce faire, le législateur devrait créer la base légale adéquate dans la nouvelle loi en s'inspirant des articles 176 al. 1 ch. 2, 121 CC et 32 LPart.

849 Comme pour les époux et les partenaires enregistrés, lorsque les concubins sont tous les deux parties au contrat de bail, le juge devrait pouvoir décider que seul l'un d'entre eux sera désormais lié par ce contrat et, lorsque le contrat de bail n'obligeait que l'un des concubins, décider de transférer les droits et obligations résultant du contrat de bail à l'autre concubin (cf. art. 121 al. 1 CC et 32 al. 1 LPart). Dans ce dernier cas, le changement de locataire interviendrait sans que le bailleur ait la possibilité de s'opposer. Quant à l'ancien locataire, il continuerait à répondre solidairement du loyer jusqu'à l'expiration du bail selon le contrat, mais pendant au maximum deux ans (cf. art. 121 al. 2 CC et 32 al. 2 LPart).

850 Si l'un des concubins est propriétaire du logement, le juge devrait aussi pouvoir obliger ce dernier à consentir un droit d'habitation pour une durée limitée au concubin qui n'est pas propriétaire. Le droit d'habitation pourrait également être ordonnée « moyennant une indemnité équitable ou une déduction équitable de la contribution d'entretien » (cf. art. 121 al. 3 CC et 32 al. 3 LPart).

851 Si le logement familial est détenu en copropriété ou en propriété commune, le législateur devrait permettre à chacun des concubins de demander l'attribution du logement dans son entier. À l'instar de l'époux et du partenaire enregistré, le concubin demandeur devrait justifier d'un intérêt prépondérant et être en mesure d'indemniser son partenaire (cf. art. 205 al. 2 et 251 CC, ainsi que l'art. 24 LPart). La possibilité pour le juge de grever d'un

¹³⁹⁰ Parmi les pays qui consacrent un droit préférentiel sur le logement en cas de rupture de l'union, cf. notamment : la **France** (cf. art. 515.6 qui renvoie à l'art. 763 du Code civil qui vise le sort du logement dans l'hypothèse du décès de l'un des partenaires uniquement), le **Luxembourg** (art. 13 § 4 de loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats), le **Portugal** (art. 3(a), 4 et 5 de la loi n° 7/2001. Voir aussi MARTINS, p. 202 ss), la **Catalogne** (art. 234-8, 231-30 et 231-31 du Code civil), la **Croatie** (art. 11 § 2 de la loi sur la famille), la **Suède** (art. 16, 17, 22 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376) et JÄNTERÄ-JAREBORG/BRATTSTRÖM/ERIKSSON, p. 30 ss), la **Norvège** (cf. art. 3 de la loi sur le droit au logement et les biens du ménage en cas de cessation d'une communauté de vie du 4 juillet 1991), l'**Ecosse** (section 18 du Matrimonial Homes (Family Protection) Act 1981 et section 34 du Family Law Act 2006), la **Nouvelle-Zélande** (section 27 Property (Relationships) Act 1976) et le **Québec** (art. 521.6 qui renvoie aux art. 401 ss du Code civil).

¹³⁹¹ En faveur d'un droit pour les concubins à l'attribution du logement en cas de désunion, cf. AEBI-MÜLLER, Reformprojekt, p. 828 ; COTTIER, p. 37 ; SCHWANDER, p. 924 ; SCHWENZER, Familienrecht, p. 982, Model, p. 76 s., art. 1.35 et Status, p. 195 s.

droit d'habitation la part de copropriété ou de propriété commune de l'ex-concubin non attributaire du logement familial devrait également être inscrite dans la loi (cf. *supra* § 14.5.1., N 543).

Dans tous les cas de figure, le juge devrait tenir compte des intérêts familiaux en cause et procéder à une pesée des intérêts. Deux hypothèses principales justifient une attribution préférentielle du logement au concubin non titulaire des droits. Premièrement, lorsque ce dernier a la garde des enfants, puisque l'intérêt des enfants mineurs qui ont vécu auparavant dans ce logement est prioritaire¹³⁹². Deuxièmement, lorsque le départ du domicile serait, pour le concubin non titulaire des droits, d'une difficulté particulière. L'on entend par « difficultés particulières » les circonstances personnelles dans lesquelles se trouve le concubin à la fin de l'union, notamment à l'égard de son état de santé et de sa situation professionnelle. À cela s'ajoute que la décision du juge devrait pouvoir être raisonnablement imposée à l'autre concubin. 852

En cas de désunion consécutive au décès de l'un des concubins, les droits et obligations découlant du contrat de bail devraient pouvoir être transférés au concubin survivant. Actuellement, l'art. 266i CO stipule que les droits et obligations découlant du contrat de bail sont transférés aux héritiers du titulaire du contrat de bail. Si l'art. 462 CC qui traite des héritiers légaux du *de cuius* est modifié comme discuté *supra* au chapitre 19.4.1., N 831, le concubin survivant pourra, à l'instar de l'époux et du partenaire enregistré, se substituer au défunt dans les rapports de bail (cf. *supra* § 14.5.2., N 554). 853

Dans l'hypothèse où le logement est détenu sur le fondement d'un droit réel, la possibilité offerte à l'art. 612a CC devrait être étendue au concubin survivant¹³⁹³. Pour ce faire, l'alinéa 4 de cette disposition légale devrait être révisé afin que le concubin survivant y soit intégré ou faire l'objet d'une disposition légale dans la nouvelle loi¹³⁹⁴. Le concubin survivant reconnu pourra ainsi revendiquer, en imputation sur sa part successorale, soit la propriété du logement et du mobilier de ménage, soit un usufruit, soit un droit d'habitation dans la mesure où le logement et le mobilier de ménage font partie de la succession (cf. *supra* § 14.5.2.). 854

19.4.6. *Le partage des biens*

Plusieurs pays ont élaboré des dispositions légales visant le partage des biens des concubins à la fin de l'union¹³⁹⁵. Parmi les pays qui reconnaissent l'existence de l'union libre sur la base des circonstances factuelles, la Suède prévoit le partage de certains biens entre les concubins en cas de séparation. 855

¹³⁹² Pour SCHWENZER, Model, p. 76 s. et art. 1.35., c'est l'intérêt de l'enfant mineur qui doit primer.

¹³⁹³ Pour plus de détails sur l'art. 612a CC, cf. *supra* § 14.5.2., N 559 s.

¹³⁹⁴ Pour une révision de l'art. 612a CC, cf. PULVER, Union libre, p. 209.

¹³⁹⁵ Pour des développements à ce sujet, cf. SCHWENZER/KELLER, p. 765.

Ces biens sont limités au logement commun et aux biens du ménage des cohabitants¹³⁹⁶. En vertu de la législation croate, les biens acquis par le travail des partenaires sont réputés leur appartenir en copropriété et sont partagés à part égale entre les partenaires à la fin de l'union¹³⁹⁷. Quant à la Nouvelle-Zélande, elle prévoit, en cas de dissolution de l'union, un partage par moitié de tout ce que le couple a acquis pendant l'union¹³⁹⁸. Ces règles s'appliquent aux couples mariés et aux partenaires d'une union civile, mais aussi aux partenaires d'une union de fait si celle-ci a duré au moins trois ans. Il y a donc une parfaite égalité entre les différents types de couples.

⁸⁵⁶ Parmi les législations des pays qui exigent certaines formalités pour reconnaître le droit des concubins à un partage, la Belgique et le Luxembourg laissent aux partenaires la faculté de fixer conventionnellement leur régime de biens¹³⁹⁹. Il en va pareillement en France. La législation française sur le Pacs offre cependant aux partenaires un choix entre le régime de la séparation de biens et celui de l'indivision des acquêts¹⁴⁰⁰. Les solutions consacrées aux Pays-Bas et au Québec vont encore plus loin. La loi néerlandaise soumet les couples enregistrés au régime patrimonial légal des couples mariés – la communauté universelle des biens – mais laisse aux partenaires le choix d'un autre régime¹⁴⁰¹. Au Québec, les partenaires d'une union civile peuvent choisir, à l'instar des futurs époux, l'un des trois régimes matrimoniaux en vigueur : la société d'acquêts, la séparation de biens ou la communauté de biens. Les conjoints qui n'ont pas déterminé leur régime d'union civile sont, par défaut, soumis au régime de la société d'acquêts¹⁴⁰².

⁸⁵⁷ Comme constaté dans le chapitre 14.2.1., en l'absence de disposition contractuelle entre les concubins, le partage des biens du couples est régi à ce stade par les règles ordinaires des droits réels, ou à certaines conditions précises, par les règles de la société simple. Dans le premier cas, la situation des concubins par rapport à leurs biens est proche de celle des personnes mariées sous le régime de la séparation de biens (cf. *supra* N 388 ss). Cet effet est aussi celui du régime de la participation aux acquêts qui représente

¹³⁹⁶ Cf. art. 8 de la loi sur la cohabitation (Sambolag 2003:376).

¹³⁹⁷ Cf. art. 36 en relation avec l'art. 11 § 2 de la loi sur la famille et art. 51 en relation avec l'art. 4 § 1 de la loi sur le partenariat.

¹³⁹⁸ Sections 8(1) et 11(1) Property (Relationships) Act 1976. Pour plus de détails à ce sujet, cf. COTTIER/AESCHLIMANN, p. 120 s. avec des développements aussi sur l'Australie et l'Ecosse.

¹³⁹⁹ Les « cohabitants légaux » en Belgique sont soumis à un régime de séparation de biens comparable à celui de la séparation de biens des époux inscrit aux art. 1466 à 1469 du Code civil. Ils peuvent toutefois établir entre eux un contrat de vie commune sous la forme d'un acte notarié, cf. art. 1478 du Code civil. Pour le Luxembourg, cf. art. 6 de loi relative aux effets légaux de certains partenariats du 9 juillet 2004.

¹⁴⁰⁰ Cf. art. 515-5 ss du Code civil. Pour plus de développements sur ces deux régimes, cf. BABY, N 78 ss.

¹⁴⁰¹ Art. 80b) qui renvoie aux art. 93 et 94 du Code civil (Burgerlijk Wetboek Boek 1).

¹⁴⁰² Art. 521.6 et 521.8 du Code civil.

cependant l'avantage de prévoir un partage à la fin du régime (cf. *supra* N 429 ss). Dans le second cas, la situation des concubins est proche de celle d'époux mariés sous le régime de la communauté de biens (cf. N 440 ss). Aucun des résultats obtenus par l'application de ces règles ne nous paraît cependant satisfaisant. Le régime de la séparation de biens a certes l'avantage de procurer aux concubins une simplicité de fonctionnement importante puisqu'à la dissolution de l'union chaque partenaire récupère ses biens sans devoir les partager avec l'autre. Il semble néanmoins très éloigné de l'esprit de mise en commun présumé des biens des concubins (cf. *supra* § 14.1.). Le régime de la communauté de biens est à l'inverse plus conforme à ce principe et consacre une égalité entre le travail domestique et le travail rémunéré. Étant donné qu'il peut être adopté par les époux par contrat de mariage exclusivement, nous estimons cependant qu'il ne doit pas plus être imposé aux concubins en l'absence de choix expresse de leur part.

De l'avis de SCHWENZER, il y aurait lieu de soumettre toutes les communautés de vie à un nouveau régime matrimonial ordinaire : la communauté d'acquêts¹⁴⁰³. Si cette proposition nous réjouit, notamment parce qu'elle témoigne du souci d'égalité à traiter époux, partenaires enregistrés et concubins, le législateur pourrait à notre sens se contenter de donner l'opportunité aux concubins reconnus de choisir un régime de biens parmi ceux proposés actuellement aux époux et aux partenaires enregistrés¹⁴⁰⁴.

En raison de la volonté du législateur de 2004 de soumettre les couples hétérosexuels à un régime de biens différent de celui des couples homosexuels, ce que nous déplorons, il serait nécessaire, compte tenu de la législation actuelle, de distinguer les couples de concubins hétérosexuels des couples de concubins homosexuels afin de ne pas avantager ces derniers par rapport aux personnes homosexuelles liées par un partenariat enregistré. Ainsi, les concubins hétérosexuels auraient le choix entre les trois régimes proposés aux époux, tandis que les concubins homosexuels profiteraient des mêmes possibilités offertes actuellement aux partenaires enregistrés (cf. *supra* § 14.2.2.).

En l'absence de choix exprès, les concubins hétérosexuels reconnus seraient soumis, à l'instar des époux, au régime ordinaire de la participation aux acquêts, tandis que les concubins homosexuels reconnus seraient placés, à l'instar des partenaires enregistrés, sous le régime de la séparation de biens. Comme les époux et les partenaires enregistrés, les concubins devraient rester libres d'apporter des aménagements conventionnels au régime choisi (cf. par ex. art. 199, 216, 217 CC et 25 LPart ; cf. aussi *supra* § 14.2.2.).

¹⁴⁰³ SCHWENZER, *Familienrecht*, p. 985. Pour COTTIER, p. 38 il y a lieu d'unifier les conséquences patrimoniales des partenariats.

¹⁴⁰⁴ SCHWANDER, p. 924 s. n'est pas non plus opposé à l'idée d'appliquer les règles des régimes matrimoniaux aux concubins.

⁸⁶¹ Concernant la forme requise pour le choix d’un autre régime de biens et les modifications éventuelles au régime choisi, la question est de savoir s’il faut conserver l’exigence de la forme authentique ou préférer la forme sous-seing privé. Même si les principaux atouts de la forme sous-seing privé résident dans sa facilité et sa simplicité, l’exigence de la forme authentique devrait être conservée dans la mesure où elle assurerait aux concubins reconnus de bénéficier de conseils nécessaires et professionnels, de clarifier leur volonté et aussi d’apporter une preuve de leur accord sur le régime choisi et ses éventuelles modifications. Cette exigence de forme doit valoir tant pour la conclusion que pour la modification ou la suppression du contrat.

⁸⁶² On s’aperçoit, en résumé, que c’est au niveau du régime des biens du couple que des différences de traitement apparaîtraient entre les concubins hétérosexuels et les concubins homosexuels reconnus. Cette différence de traitement pourrait cependant être supprimée si la LPart était abolie au profit du mariage pour tous. Dans cette hypothèse, tous les couples seraient soumis d’office au régime de la participation aux acquêts, mais conserveraient la faculté de modifier leur régime ou d’en changer par le biais d’un contrat passé devant notaire.

22. Conclusion

⁸⁶³ Comme il a été démontré dans les chapitres précédents, le système actuel concernant les concubins ne permet pas d’assurer aux parties les plus vulnérables une protection suffisante en cas de dissolution de l’union. Cette protection ne pourrait être améliorée qu’avec l’intervention du législateur et l’adoption d’une réglementation sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l’union libre.

⁸⁶⁴ Cette nouvelle réglementation contiendrait :

- les conditions préalables communes aux deux modes de reconnaissance (§ 19.3.1.) ;
- les conditions de la reconnaissance fondée sur un acte formel (§ 19.3.2.) ;
- les conditions de la reconnaissance fondée sur des critères de fait (§ 19.3.3.).

⁸⁶⁵ Elle comprendrait également les règles applicables en cas de désunion essentiellement, comme par exemple les règles relatives :

- à la perte de la qualité d’héritier en cas de dissolution du vivant des concubins (cf. *supra* § 19.4.1., en particulier N 832) ;
- au partage des prestations de sortie du 2^e pilier (cf. *supra* § 19.4.2., N 837) ;
- à la contribution d’entretien post-union (cf. *supra* § 19.4.4.) ;

- à l'attribution du logement familial (cf. *supra* § 19.4.5.) ;
- au partage des biens (cf. *supra* § 19.4.6.).

La nouvelle réglementation induirait en outre des modifications :

866

- en droit successoral (cf. *supra* § 19.4.1., N 831) ;
- en droit des assurances sociales et privées (cf. *supra* § 19.4., N 835, 836, 838) ;
- en matière d'impôt sur les successions et les donations (cf. *supra* § 19.4.3.).

Compte tenu de notre proposition d'étendre aux concubins les droits et obligations des époux et des partenaires enregistrés dans les matières énumérées aux chapitres 19.4.1. à 19.4.6., un simple renvoi, dans la nouvelle réglementation, à une application par analogie des dispositions sur le mariage et le partenariat enregistré pourrait également être envisagé. La nouvelle réglementation contiendrait alors les conditions préalables communes aux deux modes de reconnaissance (§ 19.3.1.), les conditions de la reconnaissance fondée sur un acte formel (§ 19.3.2.), les conditions de la reconnaissance fondée sur des critères de fait (§ 19.3.3.) et renverrait, pour le surplus, aux dispositions applicables à la dissolution de l'union conjugale et du partenariat enregistré, précisant que celles-ci sont applicables par analogie aux concubins reconnus.

867

CONCLUSION GENERALE

L'union libre est un phénomène sociétal important qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Cette situation législative ne paraît plus acceptable aujourd'hui. Si la réponse donnée au phénomène de l'union libre doit être donnée par le législateur, elle ne doit, à notre avis, pas être générale. L'analyse de la situation actuelle nous amène à penser qu'elle pourrait être limitée et axée sur les effets patrimoniaux de la dissolution de l'union libre. En effet, c'est essentiellement la vulnérabilité de certains concubins au moment de la désunion qui devrait être protégée par le droit. Il ne s'agit donc pas pour le législateur de régler l'ensemble des effets de l'union libre, mais de protéger efficacement les intérêts patrimoniaux des concubins à la rupture de l'union en leur accordant certaines prérogatives dans des domaines bien spécifiques. Aussi la meilleure voie serait-elle, selon nous, de reconnaître certaines unions libres et, sur cette base, de placer les concubins reconnus sur un pied d'égalité avec les époux et les partenaires enregistrés. Les domaines dans lesquels les concubins reconnus bénéficieraient de ce statut seraient le droit successoral, le droit des assurances sociales et privées, ainsi qu'en matière d'impôt sur les successions et les donations. Les concubins se verraient en plus accorder les mêmes prérogatives que les époux et les partenaires enregistrés en matière d'entretien post-union, de logement et de partage des biens.

Le fait d'attacher des effets juridiques à la dissolution de l'union libre permettrait aux concubins de bénéficier d'un régime de réglementation plus souple que le mariage et le partenariat enregistré ; les concubins conserveraient, pendant l'union, une liberté personnelle et économique des plus étendues, mais pourraient se prévaloir de certains avantages économiques en cas de désunion.

Les effets juridiques attachés à l'union libre pourraient être liés à une déclaration de concubinage ou au fait même de la vie commune. Ne retenir que la déclaration de concubinage comme seul moyen légal pour conférer aux concubins des droits et obligations nous semble peu satisfaisant. La formalisation de l'union pourrait avoir pour effet de renvoyer aux règles du droit ordinaire trop de concubins qui n'auraient pas officialisé leur union. Or, l'application des règles ordinaires aux communautés de vie de fait ne constitue pas, en toutes hypothèses, une réponse efficace aux besoins du concubin économiquement faible après la fin de l'union. Il nous paraît donc indispensable de prévoir un double système de reconnaissance de l'union libre. Il devrait exister, en parallèle de la déclaration d'union libre, la possibilité d'une reconnaissance de l'existence du concubinage fondée sur des critères de fait. Aussi les concubins n'ayant pas formalisé leur union ni même conclu de contrats, pourraient-ils malgré tout bénéficier d'une protection légale au moment de leur désunion.

⁸⁷¹ Du point de vue de la technique législative, la meilleure solution à nos yeux consisterait à créer une réglementation spécifique au concubinage, insérée dans le livre deuxième du Code civil, et accompagnée d'une révision des lois en matières successorale, d'assurances sociales et privées et d'impôts sur les successions et les donations afin de conférer aux concubins le même statut qu'aux époux et aux partenaires enregistrés.

⁸⁷² En parallèle et afin d'éviter une diversité trop importante des différentes formes de vie en couple et de garder une certaine clarté du paysage juridique, il serait souhaitable d'abolir le partenariat enregistré au profit du mariage pour tous. Le système juridique suisse offrirait aux couples hétérosexuels et homosexuels une alternative entre un régime entièrement réglementé ou un régime moins contraignant, mais néanmoins protecteur des intérêts économiques des membres du couple en cas de désunion. Eu égard à l'étendue des effets attachés au mariage, respectivement à l'union libre, la dichotomie entre le mariage et l'union libre ne serait ainsi pas entièrement effacée et le mariage conserverait toute son attractivité. L'abolition de la LPart éviterait d'avoir trois statuts et assurerait l'égalité de traitement des personnes hétérosexuelles et homosexuelles dans les deux types d'union reconnue.

⁸⁷³ Nous restons conscients du fait que les solutions préconisées dans les chapitres qui précèdent dépendent fortement des jugements de valeur portés par notre société sur le phénomène de l'union libre et sur l'institution du mariage. La création de normes légales protégeant les intérêts de chacun des concubins, le cas échéant malgré eux, en cas de rupture du vivant ou consécutive au décès de l'un des partenaires est cependant devenue un impératif sociétal, en raison notamment de l'ampleur du nombre de couples vivant en union libre. De nombreux États ont, pour cette raison, fait coïncider le droit et le fait en reconnaissant légalement les unions hors mariage et en leur attachant des conséquences juridiques, souvent semblables à celles du mariage. Même si le niveau de protection conféré aux partenaires non mariés varie d'un pays à l'autre, les diverses mesures mises en place dans ces pays constitueront indubitablement une source importante de réflexions et d'inspirations pour le législateur suisse.



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Collection générale

Jubin Oriana 2017

Les effets de l'union libre
Comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives

Neri-Castracane, Giulia 2016

Les règles de gouvernance d'entreprise
comme moyen de promotion de la
responsabilité sociale de l'entreprise –
Réflexions sur le droit suisse dans une
perspective internationale

Hohl-Chirazi, Catherine 2016

La privation de liberté en procédure
pénale suisse : but et limites

Dan, Adrian 2015

Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh 2014

Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013

Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012

Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012

L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011

Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit
communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010

Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations
suisse

Droit civil

Leuba, Audrey / Papaux van Delden, Marie-Laure (Foëx, Bénédicte) (éds) 2017
Le droit en question
Mélanges en l'honneur de la Professeure
Margareta Baddeley

Geissbühler, Grégoire 2016
Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du
débiteur

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure (éds)* 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manaï

Marchand, Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux Van Delden,
Marie-Laure (éds)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éds)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Recueils de textes

*Wylter, Rémy / Meier, Anne /
Marchand, Sylvain (éds)* 2015
Regards croisés en droit du travail : Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

*Bellanger, François /
de Werra, Jacques (éds)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /
Bovet, Christian (éds)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit et histoire

Mettral Dubois, Véronique 2015
L'œuvre politique de James Fazy
(1794-1878) et son apport à l'avènement
des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte historique

Dufour, Alfred / Quastana, François / Monnier, Victor (éds) 2013
Rousseau, le droit et l'histoire des institutions
Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds) 2011
La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion du 150^e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht / Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
James Fazy
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
La propriété immobilière face aux défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers

Foëx, Bénédicte (éd.) 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2015
Responsabilité civile – Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2011
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2009
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Droit international

- Riondel, Ghislaine* 2016
La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen – Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise
- Rodriguez Ellwanger, Maria* 2016
Les instruments juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois
- Herren, Pascal* 2016
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme – L'autorité de l'approche finaliste
- Christófolo, João Ernesto* 2016
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law
- Carron, Djemila* 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé international
- Sossou Biadja, Cassius Jean* 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé
- McGregor, Eleanor* 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement
- Reymond, Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet
- de María Palaco Caballero, Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano, Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges, Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon, Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak, Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis, Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?
- Chatton, Gregor T.* 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels
- Ludwiczka, Maria* 2013
La délégation internationale de la compétence pénale
- Petry, Roswitha* 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations
- Redalié, Lorenzo* 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire
- Tran, Laurent* 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes