



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

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

---

## La société simple au chevet des unions libres

---

Trigo Trindade, Rita; Tornare, Sandrine

### How to cite

TRIGO TRINDADE, Rita, TORNARE, Sandrine. La société simple au chevet des unions libres. In: Le droit en question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley. Genève : Schultess Editions Romandes, 2017. p. 271–289.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94687>

# La société simple au chevet des unions libres

RITA TRIGO TRINDADE

SANDRINE TORNARE

« Nous sommes complices de tout ce qui nous laisse indifférent ».

G. Steiner

## I. Introduction

La Suisse comptait, en 2014, env. 313'000 couples en union libre<sup>1/2</sup> dont près de 85'000 avec des enfants<sup>3</sup>. Cela étant, malgré l'importance pratique croissante de ce mode de vie, l'union libre ne bénéficie toujours pas d'une réglementation cohérente<sup>4</sup>. Même si le législateur ne l'a jamais reconnu explicitement, il n'a pas été insensible à la forte réprobation dont le concubinage faisait toujours l'objet à la fin des années '80<sup>5</sup>, lorsqu'il a codifié les effets du droit du mariage et a délibérément refusé de légiférer dans un domaine qui était alors somme toute assez marginal<sup>6</sup> et qui ne devait pas être encouragé<sup>7</sup>. Plus tard, lors de la

---

<sup>1</sup> Comme COTTIER/CREVOISIER, p. 33, 34, nous préférons ici le terme union libre au terme concubinage, dont l'étymologie « *concubinus* : "celui qui se prête à des actes contre nature" » (Centre national de ressources textuelles et lexicales, Ortolang, <http://www.cnrtl.fr/etymologie/concubin>) véhicule une connotation péjorative.

A noter que les distinctions opérées par le Tribunal fédéral – entre la « communauté de toit et de table », qui entraîne des économies par rapport au coût de la vie, le « concubinage simple », dans lequel un concubin est soutenu financièrement par son partenaire ou encore le « concubinage dit qualifié ou stable », aussi qualifié de « communauté de toit, de table et de lit », qui correspond à « une communauté de vie générale de deux personnes de sexe différent, d'une certaine durée, voire durable, ayant en principe un caractère d'exclusivité, présentant aussi bien une composante intellectuello-spirituelle, qu'une composante économique » (ATF 138 III 97/JdT 2012 II 479, c. 2.3) – ne sont pas pertinentes pour la problématique de la liquidation des rapports financiers dans une union libre dont nous traitons ici.

<sup>2</sup> OFS, Ménages privés; selon ce document, le nombre de couples mariés est d'un peu moins de 1'700'000.

<sup>3</sup> *Idem*. Le nombre de couples mariés avec enfants est d'un peu moins de 950'000.

<sup>4</sup> SCHWENZER, p. 973.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Voir en ce sens FOUNTOLAKIS/KHALFI, note 49: « Ce vide législatif ne doit pas être considéré à tort comme un choix du législateur puisque qu'il est en fait la conséquence d'une réalité aujourd'hui dépassée, qui voulait qu'une réglementation en matière d'unions libres soit inutile étant donné que la quasi-totalité des personnes décidant de vivre en couple se mariaient et étaient donc soumises au droit matrimonial. »

<sup>7</sup> Selon le Message 1979, p. 1192, « l'ordre juridique ne doit cependant 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 ».

modification du droit du mariage, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, il n'y avait selon lui aucune mise en évidence par la pratique judiciaire de problèmes si importants « qu'ils [justifiaient] une réglementation générale dans le droit de la famille, [tout en précisant qu'une telle réglementation aurait conduit] d'ailleurs à un mariage de seconde zone »<sup>8</sup>. Aujourd'hui, l'absence d'une telle réglementation a notamment pour conséquence, comme le relève à juste titre le Comité chargé d'examiner les progrès des Etats parties relatifs à l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>9</sup>, qu'à ce jour, « les femmes vivant en union libre [n'ont] pas de droits économiques ni de protection lorsque cette relation prend fin »<sup>10</sup>.

## II. Nécessité d'une réglementation ?

### A. Réalités

Cette absence de droits économiques et de protection touche sévèrement les femmes dont le couple a adopté le modèle traditionnel et qui ont dès lors délaissé en tout ou partie leur activité professionnelle pour s'occuper du ménage et des enfants. On sait en effet que le retrait (même partiel) du marché du travail et, partant, du système de protection sociale s'accompagne le plus souvent de pertes financières conséquentes et est source de précarisation. La séparation des couples organisés selon un tel modèle est dès lors un événement particulièrement critique en termes de revenu disponible pour les femmes, comme le montrent les statistiques sur les ménages monoparentaux majoritairement dirigés par les femmes et surreprésentés parmi ceux vivant sous le seuil de pauvreté<sup>11</sup>. Le choix du modèle traditionnel et les pertes financières qui lui sont associées sont à la base de plusieurs mécanismes de compensation et de protection dans les règles du mariage, qu'il s'agisse de celles sur les effets généraux du mariage, du choix du régime légal ordinaire de la participation aux acquêts ou encore du partage des avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage. Or, les femmes ayant formé une union libre, faute de droits économiques à l'égard de leur ex-compagnon, sont amenées à supporter seules les conséquences financières du choix effectué par le couple.

Même si, à notre connaissance, il n'existe pas de statistiques sur le taux de séparation des couples en union libre (avec enfants), on peut admettre que l'absence de droits économiques et de protection frappe de nombreuses femmes,

---

<sup>8</sup> Message 1995, p. 16.

<sup>9</sup> CEDEF ; RS 0.108.

<sup>10</sup> CEDAW/C/CHE/CO/3, § 41.

<sup>11</sup> OFS, Démos, p. 2, dont les données sont reprises de l'Enquête sur les familles et les générations (EFG) réalisée par l'OFS en 2013.

dès lors que, notamment en l'absence d'une véritable politique familiale favorisant la conciliation de la famille et de l'emploi<sup>12</sup>, le choix du modèle familial traditionnel n'est pas un épiphénomène. Il correspond en effet à la réalité de nombreux couples (mariés ou non mariés) avec enfants<sup>13</sup>. En effet, alors qu'en 2015, le taux d'activité moyen d'une femme vivant seule (94,2%) se distingue relativement peu de celui d'une femme vivant en couple sans enfants (91,6%), il est bien plus bas pour les femmes en couple avec enfants dont le dernier né a entre 0 et 4 ans (73,3%)<sup>14</sup>. Cela s'explique par le fait que si les deux partenaires exercent une activité rémunérée à plein temps dans près de 40% des couples sans enfants (pour un peu plus de 20% dans lesquels la femme n'exerce pas d'activité rémunérée ou l'exerce à un taux inférieur à 50%), ce chiffre tombe à moins de 10% dans les couples dont l'enfant le plus jeune est âgé de moins de 6 ans (pour plus de 55% de couples dans lesquels la femme n'exerce pas d'activité rémunérée ou l'exerce à moins de 50%) et ne remonte même pas jusqu'à 15% lorsque l'enfant le plus jeune est âgé entre 15 et 24 ans (pour un peu plus de 40% de couples dans lesquels la femme n'exerce pas d'activité rémunérée ou l'exerce à moins de 50%)<sup>15</sup>.

### **B. Protection après la séparation : paternalisme ou responsabilité sociale ?**

Le refus de reconnaître aux membres de l'union libre des droits et obligations équivalents à ceux dont bénéficient les personnes mariées en cas de séparation a souvent été justifié par le fait qu'en renonçant au statut du mariage, les concubins choisissent délibérément de renoncer aux effets protecteurs de cette institution<sup>16/17</sup> ; il y aurait donc lieu d'accepter le choix des parties et de

<sup>12</sup> Rapport de synthèse PNR 60, p. 39 : « [Différents aspects sont] essentiels dans le but de concilier famille, formation, emploi et égalité des sexes. La politique fiscale, les frais de prise en charge et leur interaction avec les transferts sociaux sont au cœur du débat. Il est en effet apparu récemment que le travail rémunéré n'était pas toujours rentable. En fonction des interactions entre revenus, impôts, frais de prise en charge, l'intérêt d'exercer une activité rémunérée est plus ou moins grand pour les mères comme pour les pères. Les interactions entre les revenus, les impôts – et éventuellement les transferts –, d'une part, et les frais de prise en charge des enfants, d'autre part, influencent considérablement la question de savoir si et pour quel parent il est plus rentable de travailler ou d'augmenter son taux d'activité » et la référence citée.

<sup>13</sup> A notre connaissance, les statistiques à disposition ne distinguent pas selon le statut marital.

<sup>14</sup> OFS, Taux d'activité.

<sup>15</sup> OFS, Modèles d'activité.

<sup>16</sup> Voir déjà en ce sens, ATF 108 II 204, c. 3.

<sup>17</sup> Plus nuancé, même si le vocabulaire choisi (« attitude insouciant », « attermoiement illimité ») continue à suggérer que le non-mariage est une mauvaise option, CF-Modernisation, p. 15: « [Les] couples peuvent avoir des raisons très diverses et parfaitement légitimes de partager leur vie sans certificat de mariage ou enregistrement. Ces raisons peuvent aller d'une attitude insouciant à un refus lucide des dispositions sur le mariage ou sur le partenariat enregistré. La conclusion du mariage ou l'enregistrement du partenariat est l'expression d'un consensus. Le fait de ne pas passer d'une union de fait à un mariage ou à un partenariat enregistré ne repose pas forcément sur une décision consensuelle. Il peut découler d'une divergence d'opinion ou d'un attermoiement illimité. »

s'abstenir de tout relent paternaliste qui consisterait à les soumettre, malgré leur bon gré, à des règles offrant une protection équivalente à celle du mariage<sup>18</sup>.

Or, tout comme rien n'indique que l'on se marie pour bénéficier des effets protecteurs du mariage<sup>19</sup>, rien n'indique non plus que les parties à une union libre sont principalement motivées par leur refus des effets protecteurs du mariage<sup>20</sup>. Pour que l'on puisse admettre une telle volonté, il faudrait déjà que les membres d'une union libre soient conscients du droit qui leur est applicable (et de celui qui est applicable aux personnes mariées), ce dont on peut douter<sup>21</sup> et il faudrait en outre qu'ils se préoccupent de ces questions, ce qui semble généralement ne pas être le cas<sup>22</sup>. Enfin, pour éviter que l'une des parties ne prive l'autre de ces effets protecteurs, on devrait aussi exiger une volonté commune des partenaires pour écarter ces derniers. C'est dire que l'argument, selon lequel il se justifie de priver les membres d'une union libre de droits et obligations équivalents à ceux dont bénéficient les personnes mariées en cas de séparation parce que les concubins choisissent délibérément de renoncer aux effets protecteurs du mariage, est pour le moins contestable.

Il nous paraît encore plus contestable d'opposer cet argument aux couples qui, pendant leur union, adoptent un comportement qui est aux antipodes d'un tel refus en acceptant que l'une des parties (le plus souvent la femme) cesse toute activité professionnelle ou la diminue considérablement pour s'occuper du ménage et des enfants. Ce comportement traduit le choix des parties (et non des femmes seules<sup>23</sup>) d'un modèle qui, dans le contexte économique et social donné,

<sup>18</sup> Ce point de vue a encore récemment été défendu par GEISER, *Die Neuregelung*, p. 191, qui s'oppose à une intervention législative rapprochant les effets de l'union libre de ceux du mariage : « *Dass die Stellung eines geschiedenen Ehegatten eine andere ist, als wenn ein Konkubinat auseinandergegangen ist, liegt in der Natur der Ehe. Die Parteien wollen durch ihr rechtsgeschäftliches Handeln – die Heirat – bewusst eine gewisse rechtliche Stabilität mit gewissen Rechtswirkungen herbeiführen, welche nicht verheiratete Personen gerade nicht wollen. Dieser Entscheid sollte von der Gesetzgebung respektiert werden. [...] Das Konkubinat und die Ehe einander bezüglich der Wirkungen zwischen den Parteien anzunähern, bedeutet, sich über den Willen der Parteien und die Parteiautonomie in paternalistischer Weise hinwegzusetzen. Das ist abzulehnen.* » Plus nuancé, GEISER, *Familie*, p. 907 : « *Eine andere Frage ist es, ob den Parteien neben der Ehe ein vordefiniertes zweites Rechtsinstitut für das Zusammenleben zur Verfügung gestellt werden sollte. Eine solche freiere Ehe könnte sowohl den Parteien zum gesonderten, bewussten Abschluss zur Verfügung gestellt werden oder von Gesetzeswegen aufgrund gewisser Sachverhalte eintreten, sofern die Parteien (gemeinsam oder einzeln) sich nicht dagegen entscheiden. Besteht eine solche Opting-out-Möglichkeit, ist das Gebot der Freiheit grundsätzlich gewahrt.* »

<sup>19</sup> Concernant les motifs qui poussent les couples allemands à se marier, voir l'étude de SCHNEIDER/RÜGER, p. 143.

<sup>20</sup> Nous n'avons pas connaissance d'études sur cette question.

<sup>21</sup> Voir à cet égard la réflexion de COTTIER/CREVOISIER, p. 35. Ces auteurs font état d'une étude qui montre que la population suisse ignore largement les règles successorales applicables aux membres d'une union libre et indiquent qu'il n'y a pas de telles études sur les conséquences de la séparation de ces derniers.

<sup>22</sup> Voir en ce sens, DIEZI, p. 206, et les références citées.

<sup>23</sup> L'idée qu'il s'agit d'un choix de la femme seule reste extrêmement répandue. Voir par exemple en ce sens CF-Modernisation, p. 15 : « Les femmes, notamment, ne peuvent plus planifier leur vie autour de la période, relativement courte, pendant laquelle elles s'occupent des enfants, elles doivent aussi

est destiné à maximiser le bien-être de la famille sur le long terme. Si l'une des parties prend intégralement à sa charge le ménage et les enfants et permet de cette manière à l'autre partie de consacrer l'entier de son énergie à la poursuite d'une activité rémunérée, à la construction de sa carrière et à la constitution de la prévoyance, soit précisément ce à quoi l'époux au foyer a renoncé, c'est parce que les parties estiment que la famille (et en particulier le couple) bénéficiera, sur la durée, des avantages en termes de revenu, construction de carrière et constitution de prévoyance dont profite le partenaire pourvoyeur des finances grâce à sa ou son partenaire. Ne pas conférer d'effets protecteurs équivalents à ceux du mariage à une telle union libre lors de la séparation, revient à faire supporter la perte de gain du partenaire au foyer exclusivement à ce dernier<sup>24</sup>, mais surtout à ne tenir aucun compte de la volonté manifestée implicitement par les parties de faire bénéficier toute la famille (et en particulier le couple) desdits avantages.

On peut même se demander si les parties devraient être autorisées à renoncer à des effets protecteurs équivalents à ceux du mariage, notamment lorsqu'elles optent pour une répartition traditionnelle des rôles. A cet égard, le fait que le droit du mariage cadre et même limite la liberté des parties, en soumettant le choix du régime matrimonial à des conditions strictes ou en réglementant le partage de leur prévoyance professionnelle, montre que le législateur n'est pas favorable à une liberté contractuelle illimitée au sein des couples. Dans la mesure où ce cadre et ces limitations sont là pour protéger les couples et la famille (et non pas – ou en tout cas plus – l'institution du mariage en tant que telle), il nous paraît contradictoire de permettre aux couples en union libre d'y échapper complètement et de bénéficier d'une liberté contractuelle illimitée en renonçant à se marier<sup>25</sup>.

En outre, admettre que les parties à une union libre, vivant selon un modèle traditionnel, peuvent renoncer aux effets protecteurs du mariage consiste à permettre, comme le fait la jurisprudence actuelle, au « partenaire économiquement fort [de] se libérer de sa responsabilité au détriment de la collectivité publique [notamment] lorsque, suite à une séparation, le partenaire économiquement faible ne peut subvenir seul à son minimum vital en raison d'une perte de gain liée à l'union libre et que, dépourvu [d'une protection équivalente à celle du mariage], il se voit obligé de faire appel à l'aide sociale »<sup>26</sup>.

---

entretenir la perspective de la reprise d'une activité lucrative leur garantissant l'indépendance et assurer leur retraite. »

<sup>24</sup> Voir notamment en ce sens FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875 : « La perte de gain d'un partenaire est souvent la conséquence de choix faits en commun par le couple, raison pour laquelle elle ne doit pas être supportée uniquement par le partenaire qu'elle pénalise ».

<sup>25</sup> A notre sens, ces considérations s'opposent aussi à ce que le législateur prévoie un régime alternatif au mariage dont les couples qui adoptent le modèle traditionnel pourraient s'extraire au moyen d'un *opting out*.

<sup>26</sup> FOUNTOLAKIS/KHALFI, p. 875/876.

C'est dire que nous sommes convaincues que le fait de « garantir aux femmes vivant en union libre une protection économique égale à celle accordée aux femmes mariées [...] »<sup>27</sup> n'est pas faire preuve de paternalisme, mais correspond non seulement à respecter les engagements internationaux de la Suisse, mais aussi les choix faits implicitement par de nombreux couples en union libre et à tenir compte de la responsabilité des couples en union libre à l'égard de la société. Partant, comme le Comité chargé d'examiner les progrès des Etats parties relatifs à l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, nous sommes d'avis que la Suisse doit adopter les mesures juridiques nécessaires pour assurer une telle protection aux membres d'une union libre<sup>28</sup>.

Cela étant, notre propos est ici moins ambitieux : nous examinerons ce qui pourrait déjà être fait, en l'état du droit, pour les unions libres organisées selon un modèle traditionnel, compris dans cette contribution comme toute organisation familiale dans laquelle l'un des partenaires assume prioritairement le travail domestique et renonce de ce fait en tout ou partie à la poursuite d'une activité et carrière professionnelles. A cette fin, nous nous pencherons sur l'application (analogique) des règles sur le mariage et le divorce et surtout sur l'application des règles sur la société simple.

### III. Mesures possibles en l'état du droit

#### A. *Effets protecteurs du mariage : un modèle à suivre ?*

Aux yeux du législateur, la vie en couple implique l'émergence de besoins communs, à côté des besoins individuels, et donc la réorganisation de l'affectation des ressources à ces différents besoins. Il soumet donc les époux à une triple réglementation visant l'entretien<sup>29</sup>, les régimes matrimoniaux<sup>30</sup> et la prévoyance professionnelle (2<sup>ème</sup> pilier)<sup>31</sup>, étant précisé que les règles en vigueur sur les deux premiers volets, formant les effets du mariage, se placent sous le double signe de l'égalité et de la solidarité<sup>32</sup>.

#### 1) *Entretien*

Les droits et obligations des époux sont organisés de façon à permettre à ces derniers d'assurer en priorité les besoins de l'union conjugale, par un entretien

---

<sup>27</sup> CEDAW/C/CHE/CO/3, § 42.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> Art. 163 ss CC.

<sup>30</sup> Art. 181 ss CC.

<sup>31</sup> Art. 122 ss CC, art. 22 ss LFLP.

<sup>32</sup> Message 1979, p. 1222.

dit « convenable », les besoins individuels apparaissant subsidiaires. La collaboration entre partenaires, égaux en droits, repose sur une entente qui « doit se renouveler sans cesse »<sup>33</sup>. Les prestations du travail au foyer et des soins voués aux enfants sont reconnues comme un mode de contribuer à l'entretien de la famille pleinement équivalent aux prestations en argent (art. 163 al. 2 CC)<sup>34</sup> et un montant à libre disposition pour l'époux au foyer (art. 164 CC) vient consolider le principe d'égalité et d'autonomie entre époux, pour assurer aux deux partenaires « les mêmes possibilités d'épanouissement dans le cadre de la vie commune convenue entre eux, suivant leur condition, leurs inclinations et leurs capacités personnelles »<sup>35</sup>. En effet, l'époux partiellement ou totalement au foyer, soit la femme très généralement, ne doit pas dépendre de son conjoint sur le plan économique, lui qui « dispose pratiquement d'une grande liberté dans l'affectation de ses gains, notamment pour la satisfaction de ses besoins personnels, [situation qui] s'accorde mal avec le postulat de l'égalité entre époux et ne respecte pas la dignité de la femme »<sup>36</sup>. En cas de non respect de ces mécanismes, une action judiciaire permet d'arrêter le montant dû selon les art. 163 ou 164 CC. On note que l'effet en est toutefois limité, puisque ces prestations ne peuvent être réclamées que pour l'avenir et pour l'année qui précède la réclamation (art. 173 al. 2 CC en cas de vie commune ou par analogie en cas de vie séparée). Il s'agit là, selon le législateur, de l'application limitée du principe suivant lequel on ne vit pas dans le passé « *in praeteritum non vivitur* »<sup>37/38</sup>.

En cas de divorce, la répartition des tâches durant l'union peut avoir pour conséquence que l'époux qui s'est consacré au ménage ne peut alors assumer lui-même son entretien convenable, y compris la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, ce qui lui ouvre le droit à une contribution équitable de la part de son conjoint<sup>39/40</sup>.

## 2) Régimes matrimoniaux

Une fois l'entretien convenable de l'union conjugale assuré, les avoirs des époux se répartissent entre avoirs qui relèvent de la prévoyance professionnelle et

<sup>33</sup> Message 1979, p. 1192.

<sup>34</sup> Message 1979, p. 1236.

<sup>35</sup> Message 1979, p. 1191.

<sup>36</sup> Message 1979, p. 1195.

<sup>37</sup> Message 1979, p. 1237, principe inspiré de l'art. 279 al. 1 CC.

<sup>38</sup> Ce délai, fixe et non soumis à l'art. 4 CC, nous paraît discutable dans l'optique d'un règlement des comptes permettant précisément de remédier à une situation contraire à l'égalité, principalement au détriment des femmes. Les conflits conjugaux et la vulnérabilité d'un époux faible économiquement auraient commandé une prise en compte plus audacieuse de ce droit dans le temps.

<sup>39</sup> Art. 125 CC.

<sup>40</sup> L'art. 34 LPart prévoit un droit similaire pour les partenaires enregistrés.

autres avoirs qui sont, eux, régis par les règles des régimes matrimoniaux<sup>41</sup>. Selon ces dernières règles, la solidarité entre les membres du couple se concrétise par le partage du bénéfice de l'union conjugale, en cas de participation aux acquêts (régime légal par défaut) ou par celui des biens communs, en cas de communauté de biens (régime conventionnel), ou ne se concrétise pas, en cas de séparation de biens, car celle-ci ne donne lieu à aucun partage des avoirs entre époux. L'absence de solidarité de ce dernier régime a convaincu le législateur de renoncer à en faire le régime légal ordinaire dans le mariage : « Si la séparation de biens tient compte équitablement du cas où les deux époux tirent de leur activité lucrative des revenus à peu près égaux, elle méconnaît l'importance économique de l'activité exercée au foyer. Or l'époux qui renonce à une activité lucrative pour se vouer aux enfants et au ménage permet à son conjoint d'engager toute sa capacité de travail pour obtenir un gain. De surcroît, le conjoint au foyer, par sa gestion économe, permet à l'autre de constituer des acquêts »<sup>42</sup>. Le régime de la participation aux acquêts a finalement été choisi comme régime ordinaire, par le fait qu'il laisse la plus grande liberté possible aux époux pendant le mariage, par l'autonomie de chacun de gérer et d'administrer ses biens seul (équivalant à la séparation de biens), tout en concrétisant la communauté d'intérêts formée par le mariage en comprenant le partage équitable du bénéfice de l'union conjugale à la dissolution du régime. Pourtant, ce régime ne revalorise pas au mieux la position de l'époux au foyer, contrairement à un régime de communauté « qui réalise sur le plan patrimonial l'idée qu'en contractant mariage, les époux se lient par une communauté de vie étroite »<sup>43</sup> : les deux époux ont le pouvoir d'administrer et de jouir des biens communs et l'époux au foyer possède des droits immédiats sur les revenus réalisés par son conjoint exerçant une activité lucrative et peut compter sur le maintien de son existence matérielle au décès de son conjoint, par le partage des biens communs<sup>44</sup>. Cependant, l'unanimité requise dans un régime de communauté pour administrer et gérer les biens communs a paru peu praticable en cas de visions divergentes des époux et peu apte à préserver leur autonomie, contrairement à un besoin d'indépendance financière reconnu par les nouvelles législations de l'époque<sup>45</sup>.

### 3) *Avoirs de prévoyance*

Quant aux avoirs de prévoyance, représentant souvent la part essentielle des économies réalisées pendant l'union par le couple, le droit à un partage entre époux n'existe, pour la prévoyance professionnelle (« deuxième pilier »), que

---

<sup>41</sup> Voir DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, n. 42.

<sup>42</sup> Message 1979, p. 1201 ; CR CC I -PILLER, *ad* art. 247-251 n. 6.

<sup>43</sup> Message 1979, p. 1203.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> Message 1979, p. 1203.

depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le divorce du 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>46</sup>, lesquelles ont remplacé la réglementation mise en place dès le 1<sup>er</sup> janvier 1995 par l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage (LFLP) qui donnait au juge une possibilité de partage, sans toutefois lui en faire obligation<sup>47</sup>. Les règles actuelles prévoient, indépendamment des prétentions en liquidation du régime matrimonial ou en entretien, un partage en cas de divorce entre époux des prestations de sortie acquises pendant le mariage en principe par moitié<sup>48</sup> ou une indemnité équitable en cas de partage impossible<sup>49</sup> (avoirs constitués à l'étranger ou survenance d'un cas de prévoyance)<sup>50</sup>. Pour mémoire, les avoirs de prévoyance individuelle (« troisième pilier ») font partie des biens régis par les régimes matrimoniaux<sup>51</sup>.

#### 4) *Modèle à suivre ?*

Les règles économiques du mariage choisies par défaut par le législateur laissent aux époux pendant l'union une liberté dans la façon dont chacun contribue aux besoins de l'union conjugale, tout en prévoyant, au moment du divorce, une obligation de partager entre eux les économies réalisées grâce à cette organisation, selon un principe d'égalité et de solidarité. Ce compromis entre liberté et protection ne défend sans doute pas suffisamment encore l'époux au foyer, par exemple dans le choix du régime de la participation aux acquêts plutôt que d'un régime de communauté<sup>52/53</sup>, ou encore en ne permettant le règlement des prétentions entre époux, qu'elles découlent de la prévoyance professionnelle ou de la liquidation du régime matrimonial, qu'au moment du divorce et non pas pendant l'union, même dans des cas exceptionnels. Cela étant, le modèle proposé peut être considéré, selon nous, comme un modèle à suivre pour l'union libre.

<sup>46</sup> RO 1999 1118 (-1151).

<sup>47</sup> Art. 22 aLFLP.

<sup>48</sup> Art. 122 CC.

<sup>49</sup> Art. 124 CC.

<sup>50</sup> Application de ces dispositions par analogie aux partenaires enregistrés selon les art. 33 LPart. cum 22d LFLP.

<sup>51</sup> Voir DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, n. 42, 998 ss notamment ou encore JUBIN, p. 577 ss.

<sup>52</sup> Proposition en ce sens par SCHWENZER, non suivie par le Conseil fédéral qui reconnaît certes qu'il « est indéniable que le régime légal actuel continue de pénaliser de fait celui des conjoints qui voue ses soins au ménage », mais en relativise les conséquences « du fait du recul constant du nombre de conjoints sans activité extra-domestique (des femmes le plus souvent) », et propose le maintien du régime de la participation aux acquêts, *in* CF-Modernisation n. 6.4.4, et la référence citée.

<sup>53</sup> Le choix d'un régime de séparation de biens comporte un risque important d'inégalité pour l'époux au foyer, lorsque des économies sont engrangées par l'autre époux. En ce cas, des mécanismes de compensation devraient être envisagés par le couple, comme la constitution d'une prévoyance libre pour l'époux au foyer, accompagnés d'une potentielle réévaluation de la situation dans le temps posant la question, cas échéant, d'un changement de régime.

## B. *Application (analogique) du droit du mariage à l'union libre ?*

En jurisprudence, le refus d'appliquer les règles sur les effets patrimoniaux découlant de la dissolution du mariage à la fin d'une union libre remonte à l'ATF de principe 108 II 204. Dans le cas d'espèce, la recourante avait fait valoir que l'absence de réglementation en matière de concubinage correspondait à une lacune de la loi au sens de l'art. 1 al. 2 CC, qu'il convenait de combler en appliquant par analogie les dispositions sur les régimes matrimoniaux<sup>54</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'existence d'une lacune de la loi<sup>55</sup>, mais a jugé – comme les instances inférieures et la doctrine dominante d'alors – qu'il n'y avait pas lieu de faire une analogie entre mariage et union libre. Il a estimé en effet qu'en choisissant le concubinage, les parties préféraient cette forme de vie commune au mariage en raison de leur opposition au lien juridique qui en résultait ou à ses aménagements, notamment en matière de régimes, d'imposition commune, etc. et que le refus par les concubins des effets du mariage excluait dès lors l'application (même analogique) des principes des régimes matrimoniaux au concubinage<sup>56</sup>.

Nous avons montré qu'il s'agit là d'une appréciation erronée de la prétendue volonté des membres d'une union libre. Dès lors, nous sommes d'avis qu'une application analogique des règles sur les effets patrimoniaux d'un divorce se justifierait, à tout le moins en présence d'unions libres qualifiées, notamment lorsque la vie et la situation financière des parties ont été profondément modifiées par l'union<sup>57/58</sup>. Il est vrai cependant que dans ces cas-là, la logique voudrait qu'on ne limite pas l'application analogique aux seules règles du Code civil sur l'entretien et le régime matrimonial de la participation aux acquêts, mais qu'on l'étende aussi au droit de la prévoyance professionnelle, puisque la prévoyance professionnelle accumulée pendant l'union constitue souvent le principal actif des couples. Or, à moins d'un changement clair de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de règles précises à l'intention des caisses de prévoyance, il n'est pas vraisemblable que celles-ci

---

<sup>54</sup> ATF 108 II 204, c. 3.

<sup>55</sup> Concernant l'absence d'une lacune de la loi, voir l'argumentation détaillée de DIEZI, p. 157 ss.

<sup>56</sup> ATF 108 II 204, c. 3.

<sup>57</sup> Selon une jurisprudence bien établie en matière de droit à une contribution d'entretien, le mariage est présumé avoir une influence concrète sur la situation financière de l'époux créancier lorsqu'il dure au moins dix ans jusqu'à la date de la séparation des parties ou, indépendamment de sa durée, en cas d'enfants communs, à condition que l'époux créancier ne puisse pourvoir lui-même à son entretien convenable et que son conjoint dispose d'une capacité contributive (par exemple ATF 137 III 105, c. 4.1.2 et références).

<sup>58</sup> Certains auteurs proposent aujourd'hui de traiter les aspects patrimoniaux de la dissolution de l'union libre selon les principes du droit des régimes matrimoniaux plutôt que selon les règles de la société simple, en tout cas lorsque les circonstances du cas d'espèce justifient un tel traitement (voir notamment RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, p. 901, et surtout 902).

prêtent la main à une répartition d'avoires de prévoyance entre d'anciens concubins<sup>59/60</sup>.

## **C. Droit de la société simple**

### **1) En général**

Il résulte des développements précédents qu'en l'état, bien que la relation entre concubins soit généralement infiniment plus complexe que celle entre membres d'une société simple<sup>61</sup>, pour la liquidation des rapports patrimoniaux de concubins qui se séparent, il est plus réaliste de s'en tenir à l'application des règles de la société simple telle qu'initée par l'ATF de principe 108 II 204.

Cette application est d'autant plus pertinente que, lors des travaux préparatoires sur le droit du mariage, le législateur a entendu laisser aux tribunaux la solution des problèmes que soulève la liquidation d'une union libre tout en soulignant que la piste ouverte par l'ATF précité était si prometteuse qu'une réglementation légale de cette matière n'était pas urgente<sup>62</sup>.

### **2) Limites de l'application du droit de la société simple**

Notons d'emblée que l'approche consistant à appliquer le droit de la société simple à la liquidation des rapports patrimoniaux d'une union libre est d'emblée plus limitée que celle d'une application (analogique) du droit du mariage aux membres d'une union libre. L'application des règles sur la liquidation d'une société simple aux concubins qui se séparent s'inscrit dans la logique du partage d'un bénéfice (réalisé sous la forme du partage d'avoires accumulés pendant la durée de l'union)<sup>63</sup> ou éventuellement d'un partage de pertes. Elle ne s'inscrit pas dans une logique de la réparation du dommage subi par l'un des partenaires du fait de sa renonciation à une activité rémunérée, à une carrière et, partant, à la prévoyance qui s'attache à l'activité professionnelle. Par ailleurs, le droit dispositif de la société simple ne prévoit pas de règles imposant des obligations aux partenaires au-delà de la fin de leur union. Il en résulte qu'à moins que les partenaires n'aient convenu d'une obligation

---

<sup>59</sup> Les perspectives en ce sens semblent cependant limitées : le Conseil fédéral s'est contenté d'évoquer récemment en guise de piste une clause de rigueur en cas de dissolution de l'union libre suite à une rupture, applicable sous certaines conditions comme la présence d'enfants communs ou une durée de communauté de vie d'au moins dix ans, cf. CF-Modernisation, p. 50-51.

<sup>60</sup> Notons en passant que pour les personnes formant une union libre, aucun transfert d'avoires de prévoyance n'est prévu par les règles obligatoires actuelles en la matière, même si elles le souhaitent.

<sup>61</sup> Voir à cet égard DIEZI, p. 203 ss et plus particulièrement 206/207.

<sup>62</sup> BO CN 1983 p. 711, interventions GERWIG et PETITPIERRE.

<sup>63</sup> Voir art. 549 CO *cum* art. 533 CO.

d'entretien *post-union* (ce qui est exceptionnel), l'application du droit de la société simple ne permettra pas de fonder une telle obligation<sup>64/65</sup>.

L'approche consistant à appliquer le droit de la société simple aux partenaires qui se séparent est encore plus limitée du fait d'une jurisprudence timorée, qui n'est pas particulièrement favorable aux parties faisant valoir des prétentions contre leur ancien partenaire. Des prétentions ont été admises lorsque des concubins ont exploité ensemble une entreprise<sup>66</sup>, lorsqu'ils ont acquis ensemble un immeuble ou qu'ils ont ensemble contribué à augmenter sa valeur<sup>67</sup> ou encore lorsqu'ils ont acquis ensemble un portefeuille de titres<sup>68</sup>. Ces cas se caractérisent par le fait que le but (ou devrait-on dire : l'un des buts) des ex-concubins est clairement délimité et que la poursuite de ce but pendant l'union libre a donné lieu à un résultat (bénéfice ou perte) relativement aisé à déterminer : la valeur de l'entreprise, d'un immeuble ou d'un portefeuille de titres ou encore les plus- ou les moins-values réalisées sur ceux-ci. A notre connaissance, la jurisprudence n'a en revanche jamais admis les prétentions de partenaires au foyer, qui s'étaient consacrés entièrement ou de manière très prépondérante au travail domestique.

Comme le montre notamment l'arrêt 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008 concernant un couple russe, dans lequel les tribunaux ont retenu que les parties avaient pour but social « la satisfaction de leurs besoins communs dans le cadre d'une communauté domestique »<sup>69</sup>, alors que la demanderesse soutenait « que celui-ci visait un but plus ample que la simple satisfaction des besoins du ménage pendant la vie commune »<sup>70</sup>, cette « timidité » des tribunaux s'explique sans doute par la difficulté, pour les parties demanderesses, de définir le but et de circonscrire l'étendue de leur société lorsque les partenaires ont opté pour une répartition traditionnelle des tâches.

Cela étant, une décision récente du Tribunal cantonal de St-Gall fournit encore une autre clé pour expliquer cette « timidité »<sup>71</sup>. Partant de l'idée que pour aboutir à un résultat économique équivalent à celui qui résulte du partage des biens accumulés pendant la durée de l'union libre en droit de la société

---

<sup>64</sup> Pour une illustration, voir TF 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008.

<sup>65</sup> Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, n'apporte qu'un début de réponse en prévoyant en son art. 285 CC que les coûts de la prise en charge de l'enfant feront partie du calcul de l'entretien, ce qui signifie que pour des parents non mariés qui se séparent et qui avaient adopté une répartition traditionnelle des rôles avant la séparation, la possibilité pour le parent qui s'occupait des enfants de pouvoir continuer à le faire *a posteriori* grâce à ce montant intégré dans la contribution de l'enfant (voir Message 2013 p. 533, n. 1.5.2.).

<sup>66</sup> TF 4C.131/2000 du 24 avril 2001.

<sup>67</sup> TF 4A\_383/2007 du 19 décembre 2007 et TF 4A\_485/2013 du 4 mars 2014.

<sup>68</sup> TF 4A\_705/2015 du 14 mars 2016.

<sup>69</sup> TF 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008, c. 3.

<sup>70</sup> *Idem*, c. 4.

<sup>71</sup> Décision du Tribunal cantonal de St-Gall, III<sup>e</sup> chambre civile, du 8 octobre 2012, BO 2011 49.

simple, les biens acquis par les concubins durant l'union libre doivent être inclus dans le patrimoine de la société simple formée entre eux, le Tribunal cantonal de St-Gall relève que cette inclusion implique que les concubins sont régis (aussi pendant la durée de leur communauté) par des règles « *welche durch die Eigentumsform des Gesamteigentums dem Güterstand der Gütergemeinschaft angenähert wären* »<sup>72</sup>. Or, poursuit-il, comme on ne saurait raisonnablement concevoir que « *[die] blosse Lebensrealität im Falle von formlos gebildeten Partnerschaften [...] dasselbe Resultat zeitigen [kann] wie die (nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit) hoch formalisierte Begründung eines vertraglichen Güterstandes* »<sup>73</sup>, la preuve que les concubins contribuent aux dépenses du ménage « comme le ferait une famille » n'est en tout cas pas suffisante pour admettre la propriété commune des biens acquis durant l'union libre<sup>74</sup>.

### 3) *Critiques et propositions*

Les règles par défaut de la société simple, on l'a vu, ne permettent pas de fonder un droit à une contribution d'entretien après la fin de l'union. Dès lors, l'attribution d'une telle contribution à l'un des membres de l'union libre est exclue, à moins que les partenaires ne l'aient prévue conventionnellement. En d'autres termes, dès lors qu'il est rare que les membres d'une union libre règlementent ce point, il s'agit là d'une limitation de l'application du droit de la société simple aux problèmes liés à la liquidation d'une union libre qu'il n'est pas possible de contourner.

À notre sens, en revanche, la « timidité » de la jurisprudence relative au partage des avoirs accumulés pendant l'union n'est pas justifiée. Il nous paraît en effet qu'une interprétation raisonnable des règles de la société simple devrait être de nature à lever les appréhensions des tribunaux relatives à la reconnaissance de prétentions de partenaires au foyer et à favoriser un règlement des comptes plus équitable entre anciens partenaires.

#### a) *Régime de propriété*

L'arrêt précité du Tribunal cantonal de St-Gall semble consacrer l'idée qu'un partage des avoirs implique nécessairement la propriété commune entre les partenaires sur tous les biens du couple<sup>75</sup>. Nous ne sommes pas convaincues que l'existence d'une société simple « étendue » entre les membres d'une union libre, i.e. une société simple au terme de laquelle les partenaires partagent les biens accumulés pendant la durée du couple, entraîne nécessairement cette conséquence, à savoir une situation similaire à celle dans laquelle se trouvent

<sup>72</sup> *Idem*, c. 2c.

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> *Idem* : « *eine über das rein Faktische hinausgehende Willensbildung zur Unterwerfung der Vermögenssphäre unter den Gesellschaftszweck ist bereits aus diesem Grund zwingend erforderlich* ».

<sup>75</sup> Voir ci-dessus note 71.

des époux en communauté de biens. Le fait que, dans de nombreux couples, les parties conservent ou se voient attribuer des biens en nom propre ne signifie en effet pas encore qu'elles ne destinent pas ces biens accumulés pendant leur communauté à la satisfaction des besoins communs (y compris de leurs besoins en prévoyance)<sup>76</sup>. Comme le montre la jurisprudence (relative à des entreprises<sup>77</sup> ou des immeubles<sup>78</sup>, il est vrai), le droit de la société simple ne s'oppose pas à ce que l'un de ses membres reste seul titulaire de biens voués à la communauté<sup>79</sup>, l'autre partie (ne) bénéficiant alors (que) d'une créance correspondant à la valeur de sa part à l'égard de son partenaire en cas de séparation. Dans de tels cas, la relation juridique entre les membres d'une union libre a souvent été qualifiée de société tacite, ce qui signifie qu'elle se limite aux rapports entre associés à l'exclusion de rapports avec les tiers.

### **b) But d'une union libre avec organisation traditionnelle**

La question la plus délicate à résoudre est celle de l'étendue de la société simple formée par les membres d'une union libre ayant opté pour une organisation traditionnelle. Comme indiqué, la jurisprudence – qui rappelle souvent que l'on peut concevoir des unions libres « *in denen die Partner sich in jeder Beziehung eine derart starke Selbständigkeit bewahren, dass für die Annahme einer einfachen Gesellschaft kein Raum bleibt* »<sup>80</sup> – admet aisément que des membres d'une union libre cherchent à satisfaire leurs besoins communs dans le cadre d'une communauté domestique qui s'épuise au jour le jour, mais peine à être convaincue qu'ils poursuivent un but plus ample<sup>81</sup>.

A notre sens cependant, la réticence des tribunaux à admettre un tel but n'est pas justifiée. Ce modèle – dans lequel le concubin exerçant une activité rémunérée jouit d'une disponibilité accrue pour l'exercice et le développement de son activité professionnelle et profite ainsi durablement des sacrifices et efforts consentis par le partenaire au foyer, lequel profite des contributions financières de son compagnon ou de sa compagne (en termes de revenus ou de prévoyance) – est en effet un modèle d'interdépendance, qui est à l'opposé de l'autonomie à laquelle font allusion les tribunaux. Or l'acceptation de cette interdépendance signale à tout le moins implicitement la volonté de ces couples de maximiser – sur la durée et non pas au jour le jour, comme ce serait le cas

<sup>76</sup> DIEZI, p. 208, l'exprime autrement : « *Es ist wenig Sinn darin zu sehen, während des Zusammenlebens eine endgültige Verteilung von Gütern und Schulden anzustreben, denn die rechtliche Zuordnung bedeutet nur wenig* ».

<sup>77</sup> TF 4C\_195/2006 du 12 octobre 2007, ATF 109 II 228.

<sup>78</sup> TF 4A\_383/2007 du 19 décembre 2007.

<sup>79</sup> Concernant cette possibilité, voir ZK-HANDSCHIN/VONZUN, *ad art.* 530 CO, n. 100.

<sup>80</sup> ATF 108 II 204, c. 4a, non traduit *in* JdT 1982 I 570, confirmé *in* TF 4C\_195/2006, TF 4A\_383/2007, TF 4A\_482/2007.

<sup>81</sup> TF 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008.

dans une simple communauté de consommation – le bien-être de leur famille (y compris, souvent, de leurs revenus<sup>82</sup>).

Comme indiqué précédemment, contrairement au Tribunal cantonal de St-Gall, nous ne pensons pas qu’une société simple « étendue » entre les parties implique nécessairement que celles-ci soient soumises à un régime de propriété comparable à celui dont bénéficient les époux en communauté de biens. Dès lors, nous ne voyons aucune raison pour poser des exigences exorbitantes à la preuve de l’existence d’une telle société simple entre les parties. Au contraire : l’interdépendance forte entre les parties suggère qu’il convient au moins de poser la présomption naturelle (qui pourra être renversée par les intéressés) que les couples qui adoptent cette forme d’organisation poursuivent un but « étendu » qui dépasse celui d’une simple société de consommation immédiate et qui embrasse dès lors l’ensemble des biens et avoirs accumulés pendant l’union et affectés durablement à celle-ci.

### ***c) Présomption d’une affectation prioritaire à l’union***

En outre, dans la mesure où, dans ce modèle, chacune des parties apporte à sa manière sa contribution à la génération du revenu, de la prévoyance et à tout autre produit de l’union, nous pensons même qu’il y a lieu de présumer que lesdits revenus, prévoyance et autres produits profitent prioritairement au couple et à la famille, même lorsqu’ils ne sont pas immédiatement consommés par la famille.

Cela étant, cette présomption doit aussi pouvoir être renversée par les parties par l’apport de la preuve, que dans le cas particulier, des biens ou avoirs accumulés pendant la durée de l’union n’étaient pas destinés à la famille, mais devaient être réservés à l’usage exclusif de l’un des partenaires, par exemple parce qu’ils étaient destinés à son hobby.

### ***d) Impact sur la liquidation***

Le premier pas d’une liquidation (interne) d’une société simple consiste en la détermination du patrimoine (actif et passif) de ladite société. Comme nous l’avons montré précédemment, la particularité des éléments actifs du patrimoine de la société simple que forment les unions libres est que – contrairement à ce que prévoit la règle dispositive de l’art. 544 CO – les biens à prendre en considération, qui correspondent aux économies constituées grâce aux revenus générés par les parties durant leur vie de couple, aux biens qui ont été acquis grâce à ces revenus et encore aux avoirs de prévoyance – ne vont pas nécessairement être la propriété commune des concubins, mais vont souvent

---

<sup>82</sup> On sait que le travail de la femme n’est pas toujours rentable économiquement, si l’on tient compte du coût d’une prise en charge externe ainsi que tous les autres frais qui y sont liés (impôts, etc.). Cf. *supra* note 12.

avoir été indifféremment gardés ou attribués en propriété à l'un ou à l'autre des membres de l'union libre. Ce ne sont pas tant les rapports de propriété qui vont être décisifs pour l'inclusion dans le patrimoine social, mais le fait que les parties aient collaboré pour accumuler les biens, ce qui justifie leur affectation au profit du couple et de la famille. De la même manière, pour l'établissement des éléments passifs du patrimoine social, il importera peu que les dettes contractées l'aient été au nom de l'un ou de l'autre des partenaires, pour autant que celles-ci aient été contractées au profit du couple et de la famille. Ainsi, lors de la détermination du « patrimoine social » en vue de la liquidation des rapports patrimoniaux de l'union libre, il s'agira donc de prendre en compte la valeur de tous les actifs destinés au couple et à la famille et celles de toutes les dettes contractées à leur profit - indépendamment de la question de savoir si ces actifs ou dettes sont au nom de l'un et/ou de l'autre des concubins - à l'exclusion de ceux qui ont été réservés ou celles contractées au profit de l'un d'entre eux seulement.

Les actifs dont il est question comprendront typiquement des biens acquis ou des économies réalisées au cours de l'union, mais aussi les avoirs de prévoyance qui ont pu être constitués tant qu'a duré le couple. Dans la mesure où il n'est pas question d'un partage des avoirs en tant que tels, mais seulement d'établir la valeur du produit de l'union afin de déterminer le montant d'une éventuelle créance en liquidation du partenaire demandeur, le fait que les partenaires ne soient pas en mesure de disposer de certains de ces avoirs (par exemple un deuxième ou troisième pilier) ne s'oppose pas à leur prise en considération.

Le droit de la société simple prévoit que lors de la liquidation (interne) des sociétés simples, il y a lieu de rembourser les avances et dépenses faites par chacun des associés et de leur restituer la valeur de leurs apports en propriété<sup>83</sup> avant de procéder à la répartition d'un éventuel bénéfice<sup>84</sup>. Le travail domestique et les revenus ou la prévoyance ne sont pas des avances ou dépenses ni, sauf convention contraire, des contributions sujettes à restitution<sup>85</sup>. Dès lors, les étapes précédant la répartition du bénéfice pourront généralement être ignorées lorsque les avoirs ainsi cumulés en vue de la maximisation du bien-être de la famille sont le produit direct ou indirect de ces contributions.

Dès lors que, sauf convention contraire, chaque associé peut prétendre à une part égale dans les bénéfices ou doit supporter une part égale de pertes indépendamment de la nature et la valeur de son apport<sup>86</sup>, il y a lieu d'allouer (comptablement) une part égale du bénéfice de l'union (i.e. généralement de la

---

<sup>83</sup> Art. 548 I CO.

<sup>84</sup> Art. 549 CO.

<sup>85</sup> Voir notamment à ce sujet ZK-HANDSCHIN/VONZUN, *ad* art. 531 CO, n. 20 et *ad* art. 548-551 CO, n. 171.

<sup>86</sup> Art. 533 I CO.

valeur des avoirs cumulés) à chacun des partenaires, respectivement leur faire supporter une part égale des pertes. La partie demanderesse bénéficiera d'une prétention contre son ex-partenaire si celui-ci a perçu plus que sa part du résultat de ladite société simple.

## IV. Conclusion

Les acteurs et actrices juristes travaillant en droit de la famille le savent bien : les rancœurs et amertumes demeurent à l'issue de la liquidation des avoirs d'un couple, même si le tribunal a pris acte d'une liquidation à l'amiable. Ce sentiment d'impuissance peut être à la base de stratégies consistant à éviter d'entrer dans l'exercice difficile du règlement des comptes.

Pourtant, un tel exercice comporte également un aspect symbolique fort, souvent ignoré du droit, qui prend notamment tout son sens dans la médiation. Il consiste à permettre à chaque membre du couple de se donner quittance à la fin de l'exercice, après avoir fait un travail de reconnaissance des apports mutuels à la construction et au développement de l'union commune, quittance qui implique un équitable partage du bénéfice. A défaut, le risque d'un règlement des comptes qui se déplace sur les questions liées aux enfants n'est pas négligeable et on constate souvent que le sentiment d'injustice sur les questions financières se traduit par une conflictualisation des questions relatives aux droits parentaux.

En matière d'union libre, la timidité des tribunaux à oser un partage lors de la fin de l'histoire commune consacrant la reconnaissance d'une union « étendue » en cas de répartition traditionnelle des rôles entre partenaires a non seulement un coût social important, dont la paupérisation des familles monoparentales est une des conséquences, mais complique sans aucun doute la possibilité d'un règlement des comptes équitable. Il est aujourd'hui temps que les tribunaux, à qui est dévolue la tâche de procéder à ces liquidations hors mariage, reconnaissent l'impact du choix des couples dans leur organisation et la responsabilité qui en découle. Ce sont là les prémisses essentielles à l'émergence de règlements de comptes respectant les valeurs d'égalité et de solidarité largement partagées dans la société, laquelle comprend de plus en plus de couples non mariés.

## Bibliographie

- COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Observations finales Suisse, du 7 août 2009, Document CEDAW/C/CHE/CO/3, (cité : CEDAW/C/CHE/CO/3), disponible sous : <http://tbinternet.ohchr.org/layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/3&Lang=Fr>.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, in FF 1979 II p. 1179-1405 (cité : Message 1979).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message 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, in FF 1996 I p. 1-231 (cité: Message 1995).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, in FF 2014 p. 511-576 (cité : Message 2013).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation du droit de la famille, Rapport suite au postulat FEHR (12.3607), mars 2015 (cité: CF-Modernisation).
- COTTIER Michelle/ CREVOISIER Cécile, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft in PJA 2012 p. 33 ss.
- DESCHENAUX Henri/ STEINAUER Paul-Henri/ BADDELEY Margareta, Les effets du mariage, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2009.
- DIEZI Dominik, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft, in FamPra.ch 2014, p. 94-121.
- FOUNTOULAKIS Christiana/ D'ANDRÈS Joël, Les effets patrimoniaux de la dissolution du concubinage (property consequences of the separation of an unmarried couple), in FOUNTOULAKIS Christiana/JUNGO Alexandra (éd.), Patrimoine de la famille: entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, Genève etc. 2016, p. 1-36.
- FOUNTOULAKIS Christiana/ KHALFI Bastien, Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille, in FamPra.ch 2014, p. 866-883.
- GEISER Thomas, Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge, in RUMO-JUNGO/PICHONNAZ/HÜRLIMANN-KAUP/FOUNTOULAKIS (éd.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri STEINAUER, Berne 2013, p. 187-202 (cité : Die Neuregelung).
- GEISER Thomas, Familie und Geld, in FamPra.ch 2014 p. 884-908 (cité : Familie).

- HANDSCHIN Lukas/, VONZUN Reto, Die einfache Gesellschaft Art. 530-551 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, ZK Zürcher Kommentar, Lukas HANDSCHIN (éd.), 2009 (cité : ZK-HANDSCHIN/ VONZUN).
- JUBIN Oriana, Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l'angle de la prévoyance: une planification optimale ?, *in* FamPra.ch 2013, p. 575-595.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Document Ménages privés selon le type de ménage, gi-f-01.02.02\_2014.pdf (cité: OFS, Ménages privés), disponible sur : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/04/blank/key/01/04.html>.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Document Modèles d'activité professionnelle dans les couples avec ou sans enfant(s) dans le ménage, (cité: OFS, Modèles d'activité), disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/conciliation-emploi-famille/modeles-activites-professionnelles-couples.assetdetail.304730.html>
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Document Taux d'activité des personnes de 25 à 54 ans selon la situation familiale, (cité : OFS, Taux d'activité), disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/familles.assetdetail.336603.html>
- Office fédéral de la statistique, Informations démographiques No 1 Juin 2016, Démos. Famille, migration (cité : OFS, Démos), disponible sous : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/22/nl.html>
- PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010.
- PILLER Grégoire, art. 247-251 CC, in Commentaire romand, Code civil I (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-PILLER).
- RUMO-JUNGO Alexandra/ LIATOWITSCH Peter, Nichtehele Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, *in* FamPra.ch 2004 p. 895-910.
- SCHNEIDER Nobert F./ RÜGER Heiko, Value of Marriage, Der subjektive Sinn der Ehe und die Entscheidung zur Heirat, *in* Zeitschrift für Soziologie, 2007/36, p. 131-152.
- SCHWENZER Ingeborg, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr « Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht », août 2013, publié sur le site Web de l'OFJ : [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch) > Manifestations > L'avenir du droit de la famille et *in* Fampra.ch 2014, p. 966-1006.

SANS AUTEUR, PNR 60, Égalité entre hommes et femmes - Résultats et impulsions, Rapport de synthèse, disponible sous : <http://www.pnr60.ch/fr/le-pnr/portrait>.