



Chapitre de livre

2018

Published version

Open Access

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

La prétention en entretien post-rupture dans le cadre des couples non mariés - analyse des droits suisse, néo-zélandais et français

Muheim, Johanna

How to cite

MUHEIM, Johanna. La prétention en entretien post-rupture dans le cadre des couples non mariés - analyse des droits suisse, néo-zélandais et français. In: Le droit comparé et le droit suisse. Rashid Bahar et Thomas Kadner Graziano (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2018. p. 155–175. (Programme doctoral romand de droit)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:151051>

JOHANNA MUHEIM

La prétention en entretien post-rupture dans le cadre des couples non mariés - Analyse des droits suisse, néo-zélandais et français

Ces dernières années, la question de la manière dont l'ordre juridique doit tenir compte des différentes formes d'organisation de la vie privée a pris de plus en plus d'importance. La réponse qui y est apportée varie selon le pays dans lequel on l'aborde, selon que la société est plutôt ouverte et favorable à une diversité de modèles, ou au contraire plutôt réticente.

En Suisse, cette question a été remise à l'ordre du jour par le biais de plusieurs initiatives législatives fédérales¹. Dans le contexte qui nous intéresse tout particulièrement, à savoir le traitement juridique de l'union libre, l'un des derniers en date a été déposé par la conseillère nationale socialiste Jacqueline FEHR, le 15 juin 2012². Ce postulat requiert du Conseil fédéral qu'il expose « dans un rapport les moyens à mettre en œuvre pour que le droit suisse, en particulier le code civil et plus précisément ses dispositions sur le droit de la famille, puisse s'adapter aux réalités sociales actuelles et à venir »³. Dans ce cadre, il est notamment requis du Conseil fédéral (CF) qu'il tienne compte des « nouvelles formes familiales »⁴. A la suite de ce dernier, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur la modernisation du droit de la famille. En vue de l'établir, et dans le cadre de l'analyse du traitement juridique de l'union libre, il a mandaté trois différents experts qui ont été chargés de lui soumettre des avis de droit

¹ Motion 15.3437 « La communauté familiale, nouvelle catégorie d'état civil », déposée par Hans-Peter PORTMANN le 06.05.2015 (non encore traitée au conseil) ; postulat 15.3431 « Un pacs pour la Suisse », déposé par Andrea CARONI le 06.05.2015 (adopté) ; initiative parlementaire 13.469 « Garantir l'égalité pour toutes les formes d'union », déposée par le groupe VERT'LIBÉRAL le 05.12.2013 (liquidée) ; initiative parlementaire « Mariage civil pour tous », déposée par Kathrin BERTSCHY le 05.12.2013 (non encore traitée au conseil) ; motion 13.4037 « Se dire oui pour la vie sans bureaucratie », déposée par Andrea CARONI le 02.12.2013 (adoptée), pour n'en citer que quelques-uns.

² Postulat 12.3607 « Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent », déposé par Jacqueline FEHR le 15.06.2012 (classé). Ci-après, « Postulat 12.3607 ».

³ Postulat 12.3607.

⁴ Postulat 12.3607.

sur différents points spécifiques⁵, dont notamment un rapport de droit comparé⁶. Plusieurs pistes sont explorées, permettant une prise en compte de l'union libre au plan juridique⁷. Néanmoins, l'analyse du Conseil fédéral aboutit à la conclusion qu'à l'heure actuelle, aucune des solutions examinées n'offre un résultat satisfaisant⁸.

Ce rapport est très intéressant, à plusieurs niveaux. En premier lieu, il est l'illustration non seulement de la prise de conscience, mais aussi de la reconnaissance explicite des problèmes posés par l'absence de tout cadre juridique autour de l'union libre en droit suisse, par le Conseil fédéral. Si une solution concrète n'a pas encore été esquissée, il s'agit tout de même d'un important changement de paradigme quant à la perception sociale de l'union libre en Suisse. À l'heure actuelle, l'union libre n'est plus considérée comme un moyen d'organiser librement sa vie privée, en dehors d'un cadre juridique volontairement exclu⁹. Bien plus, il s'agit d'un mode d'organisation de la vie privée qui présente dans bien des cas de grandes similarités fonctionnelles avec le mariage, surtout concernant les rapports patrimoniaux qui peuvent se nouer entre les personnes impliquées¹⁰.

C'est précisément cette similarité fonctionnelle qui servira de fil rouge tout au long de notre contribution. Notre problématique se concentrera sur une question précise, dont les couples vivant en union libre ne saisissent souvent toute l'ampleur qu'à la fin de l'union, ou, en d'autres termes, lorsque la situation est déjà potentiellement conflictuelle. Nous nous intéresserons ainsi à l'existence ou l'absence d'une prétention en entretien de la part du partenaire qui s'est voué à la prise en charge des enfants et à l'entretien du ménage, à l'encontre du partenaire qui lui a continué à exercer une activité lucrative. Il s'agit ainsi d'une répartition traditionnelle des tâches au sens du droit du mariage¹¹, pratiquée dans le cadre d'une union non formalisée.

Dans ce cadre, nous avons choisi de traiter, en sus du droit helvétique, de deux ordres juridiques étrangers, à savoir la Nouvelle-Zélande et la France. Ces deux derniers, à l'instar de nombreux Etats, se sont également confrontés à la problématique juridique

⁵ 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 ; SCHWANDER Ivo, Gutachten zur Fragen des Internationalen Privat- und des International Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, consultable sous : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-schwander-d.pdf> (03.05.17).

⁶ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz, consultable sous : <http://www.isdc.ch/media/1312/avis-gutachten-zur-modernisierung.pdf> (03.05.17)

⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la modernisation du droit de la famille, p. 26-28.

⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la modernisation du droit de la famille, p. 28-30.

⁹ COTTIER/CREVOISIER, p. 35.

¹⁰ MOORE, p. 88 s.

¹¹ ATF 129 III 257, in FamPra.ch 2003, p. 685, c. 3.2 ; 134 III 145, JdT 2009 I p. 153, c. 4.

posée par les couples non mariés et ont développé leurs propres solutions, radicalement différentes. Le droit néo-zélandais a adopté un modèle d'analogie au mariage, alors que le droit français a quant à lui préféré une approche contractuelle par le biais du Pacte civil de solidarité (ci-après, « Pacs »). À l'exception bien évidemment du modèle français, nous n'aborderons pas l'hypothèse d'une convention spontanément conclue entre partenaires¹², mais nous limiterons aux cas où ceux-ci n'ont pas prévu des règles patrimoniales particulières.

Confronter trois modes de pensée radicalement différents quant à la problématique qui nous intéresse, nous permettra en premier lieu de déterminer d'éventuels points de contact entre ces trois systèmes. Plus spécifiquement, nous commencerons par déterminer, pour chaque modèle envisagé, les couples concernés (*infra* I). Notre but principal dans cette partie sera de déceler les similarités que pourraient présenter nos couples non mariés (*infra* III.1).

Nous pourrons ensuite entrer dans le cœur de notre problématique, à savoir l'existence ou non d'une prétention en entretien du concubin au foyer à l'encontre de l'autre concubin, après la rupture du couple, au sein de chaque ordre juridique (*infra* II). Dans ce cadre, notre objectif principal sera de déterminer si et dans quelle mesure cette prétention existe, en vue de déterminer quel système protège dans cette optique le mieux le concubin au foyer des conséquences patrimoniales de la répartition des tâches effectuées durant la vie du couple (*infra* III.2).

I. Les relations de couple envisagées

Chaque système vise un cercle de personnes bien déterminé. Notre première partie s'intéressera ainsi à l'identification des couples concernés par chacun des modèles choisis. Nous débiterons par le droit suisse (*infra* 1), avant de poursuivre par le droit néo-zélandais (*infra* 2), et terminerons par le droit français (*infra* 3).

1. Droit suisse : le concubinage qualifié

Le droit suisse ne contient aucune définition de l'union libre¹³. De manière simplifiée, la doctrine la définit comme le couple formé par deux personnes, de même sexe ou de

¹² Pour plus de précisions quant aux conventions de concubins, nous renvoyons not. aux contributions de GABELLON, p. 46 ss ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36 ss ; PICHONNAZ, p. 607 ss.

¹³ FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 3.

sexe opposé¹⁴, qui n'ont conclu entre elles ni mariage, ni partenariat enregistré¹⁵. Par nature, l'union libre est en effet non institutionnalisée en droit suisse¹⁶.

Cette absence de formalisation a, pour l'heure, conforté le législateur suisse dans son refus de traiter juridiquement cette forme de vie. Le silence de la loi étant qualifié, on ne peut pas non plus appliquer les règles du mariage ou du partenariat enregistré par analogie¹⁷.

Le refus de reconnaître les unions de fait au niveau législatif n'a pas empêché l'augmentation croissante de cette forme de vie au sein de la société suisse¹⁸. L'absence d'un corps de règles permettant l'organisation des relations patrimoniales de ces couples, ainsi que la méconnaissance de la possibilité de régler eux-même ces questions par le biais d'un contrat de concubinage, a finalement amené ces couples devant les tribunaux, jusqu'au Tribunal fédéral (ci-après, « TF »)¹⁹, qui a dû trouver une manière de trancher les litiges portés devant lui²⁰.

L'idée du TF a été d'assimiler la relation juridique des concubins à un contrat de société simple au sens des art. 530 ss CO²¹. Il faut relever que cette assimilation est critiquée en doctrine, qui prone plutôt la reconnaissance d'un contrat *sui generis*, devant utiliser les dispositions du CO les plus adaptées au problème qui se pose en l'espèce (droit du mandat, du travail, droits réels, etc.)²².

Avant d'entrer plus en profondeur dans les conditions auxquelles le droit de la société simple peut s'appliquer à un couple non marié (*infra* b), il nous faut toutefois préciser que le système développé par le TF ne s'applique pas à tous les couples entrant dans la définition doctrinale que nous avons évoquée plus haut.

¹⁴ Précisé par le TF après l'adoption de la LPart dans l'ATF 134 V 369, c. 6.3.1 : « la notion de concubinage entre deux personnes n'a pas lieu de se différencier d'après le sexe de celles-ci (...) ».

¹⁵ GUILLOD/BURGAT, N 323 ; GABELLON, p. 43 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 132 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 34.

¹⁶ GABELLON, p. 45.

¹⁷ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570, c. 3 ; 142 III 36, c. 2.3 ; BOVEY, p. 252 ; TRIGO TRINDADE/TORNARE, p. 280 ; GABELLON, p. 45 s. ; SANDOZ, p. 48.

¹⁸ On recensait 80'609 couples vivant en union libre avec au moins un enfant en 2015, selon l'OFS (statistique consultable sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/quoi-de-neuf.assetdetail.2262911.html> (03.05.2017)).

¹⁹ Arrêt du TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, c. 2 ; 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, c. 3 ; ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482, c. 2b ; 108 II 204, JdT 1982 I 570, c. 6.

²⁰ CHRISTINAT, p. 1.

²¹ Arrêt du TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, c. 2 ; 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, c. 3 ; ATF 109 II 228, JdT 1984 I 482, c. 2b ; 108 II 204, JdT 1982 I 570, c. 6.

²² PICHONNAZ, p. 675 ; CHRISTINAT, p. 3 ; GUILLOD/BURGAT, N 327 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 36.

Le TF en effet mis en place trois conditions cumulatives pour qu'une union soit considéré comme stable ou qualifié et revête, de ce fait, une intensité suffisante pour déployer certains effets au niveau juridique (*infra a*)²³.

a) Le concubinage qualifié

La première condition indispensable à la reconnaissance d'un concubinage stable ou qualifié se réfère à la communauté de vie que doit former le couple²⁴. Cette communauté doit en règle générale être spirituelle, économique et corporelle²⁵. Ces dernières années, l'assistance économique est le point sur lequel la jurisprudence a le plus insisté pour qualifier la stabilité de l'union²⁶.

Ensuite, la communauté formée par les partenaires doit présenter une certaine exclusivité et être stable²⁷. Cela implique notamment une intention commune de vivre ensemble de manière stable, sans que la durée de l'union libre ne soit déterminante²⁸. Abstraction faite de la jurisprudence relative à l'influence du concubinage dans le cadre de la contribution d'entretien de l'ex-conjoint, le TF n'a pas fixé de durée minimale²⁹. Toutefois, un concubinage est présumé qualifié dès cinq ans de couple, présomption qui est réfragable³⁰. A noter que dans le cadre de l'aide sociale, ce seuil est fixé à deux ans³¹.

Enfin, et cette condition ressort déjà de notre première définition, les personnes impliquées ne doivent ni être mariées entre elles, ni être liées par un partenariat enregistré³².

²³ ATF 118 II 235, JdT 1994 I 331, c. 3b ; 138 III 97, JdT 2012 II 479, c. 2.3.3 ; BOVEY, p. 250 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 3.

²⁴ ATF 138 III 157, c. 2.3.3 ; PICHONNAZ, p. 672 ; SANDOZ, p. 45.

²⁵ Arrêt du TF 5A.593/2013 du 20 décembre 2013, c. 3.3.2 ; 5A.81/2008, du 11 juin 2008, c. 5.4.1 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 5 ; GABELLON, p. 44 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 132.

²⁶ ATF 134 V 369, c. 7.2 ; 138 III 157, c. 2.3.3 ; Arrêt du TF 5A_470/2013 du 26 septembre 2013, c. 4.2 ; CHRISTINAT, p. 2.

²⁷ ATF 105 II 241 ; BOVEY, p. 251 ; PICHONNAZ, p. 672.

²⁸ ATF 138 III 157, c. 2.3.3 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 4 ; GUILLOD/BURGAT, N 325 ; SANDOZ, p. 45.

²⁹ ATF 138 II 157, c. 2.3.3 ; BOVEY, p. 251.

³⁰ ATF 114 II 295, c. 1c ; CHRISTINAT, p. 2 s.

³¹ CSIAS, Normes CSIAS > F Prétentions financières à l'égard de tiers > F.5 Communautés de résidence et de vie de type familial > F.5.1 Principes, consultable sous <https://normes.csias.ch/fr/f-pretentions-financieres-a-legard-de-tiers/f5-communautes-de-residence-et-de-vie-de-type-familial/f51-principes/> (05.05.17).

³² GABELLON, p. 44 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 133.

b) Le concubinage qualifié comme société simple

Pour qu'un concubinage qualifié soit assimilé à une société simple, certaines conditions propres à ce contrat doivent être remplies.

De manière générale, le contrat de société simple est conclu dès que deux personnes ou plus conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources, en vue d'atteindre un but commun, conformément à l'art. 530 al. 1 CO.

On admet que le concubinage qualifié constitue une société simple³³. Le but social est rempli lorsque les concubins recherchent la satisfaction de leurs besoins communs dans le cadre d'une communauté domestique, que cela soit de manière express ou par actes concluants³⁴. Par contre, il est indispensable que chaque partenaire ait la volonté de subordonner sa propre situation au but commun et qu'ils entretiennent une relation économique en lien avec leur communauté³⁵. Pour cela, ils peuvent, par exemple, former une communauté économique avec caisse commune, à laquelle ils contribuent tant par des prestations de travail que par des apports pécuniaires³⁶. Ils peuvent également mettre en commun des ressources dans un but précis, que cela soit en vue d'assurer la prospérité de l'union, l'acquisition d'une maison, ou encore l'éducation des enfants³⁷.

Si le juge aboutit à la conclusion qu'un couple peut être qualifié de concubinage stable, auquel les règles de la société simple s'appliquent, il reste encore à déterminer si celles-ci peuvent servir de base légale pour un éventuel entretien post-rupture du partenaire au foyer, ce que nous examinerons dans notre deuxième partie (*infra* II. 1.).

2. Droit néo-zélandais: la de facto relationships

Le droit de la famille néo-zélandais est souvent cité à titre d'exemple de droit moderne et progressiste. Il y a plus de 15 ans déjà, le 1^{er} février 2002, le *Property (Relationship) Amendment Act 2001* est entré en force, modifiant le *Matrimonial Property Act* qui devient le *Property Relationship Act* (ci-après « PRA »)³⁸.

³³ FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 7.

³⁴ Arrêt du TF 4A_485/2013 du 4 mars 2014, c. 2 ; 4A_441/2008 du 17 janvier 2008, c. 3 ; BOVEY, p. 251 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 6 ; GABELLON, p. 48 ; COTTIER/CREVOISIER, p. 37.

³⁵ BOVEY, p. 251 ; GABELLON, p. 48.

³⁶ ATF 108 II 204, JdT 1982 I 570, c. 4 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 6 s.

³⁷ ATF 137 III 455, JdT 2012 II 120, c. 3.1 ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, p. 6 s. ; COTTIER/CREVOISIER, p. 37.

³⁸ Section 1 sous-sections 1 et 2 PRA.

Cet amendement marque l'abolition de la distinction entre couples mariés, non mariés ou encore en union civile, que ceux-ci soient hétéro- ou homosexuels, au plan patrimonial³⁹. Toutes les formes d'organisation de la vie privée sont traitées de la même manière en ce qui concerne le partage des biens, l'obligation d'entretien et les prétentions successorales⁴⁰. Elles sont toutes considérées comme des partenariats et disposent de places équivalentes au sein du PRA⁴¹.

Le PRA prévoit une possibilité d'exclure l'application de ses règles aux sections 21 ss PRA et fonctionne ainsi sur un mécanisme de *opt-out*⁴². Les deux membres du couple doivent le vouloir, un *opt-out* individuel n'étant pas autorisé⁴³. En vue d'assurer l'égalité des forces de négociation, la section 21F sous-section 3 PRA soumet la validité d'un accord visant à l'exclusion de ses dispositions à la réception préalable de conseils légaux indépendants. L'accord doit être fait sous la forme écrite et contenir la signature des deux parties (section 21F sous-section 2 PRA). A noter qu'un avocat doit être témoin de cette signature, avocat qui doit de surcroît certifier que la partie n'a signé l'accord qu'après avoir obtenu les explications sur les effets et implication de ce dernier (section 21F sous-sections 4 et 5 PRA).

En outre, il faut relever que le tribunal peut décider de passer outre l'accord dans les cas d'injustice sérieuse, conformément à la section 21J PRA.

Trois formes principales d'organisation de la vie privée sont ainsi explicitement reconnues en droit néo-zélandais, à savoir le mariage, l'union civile, et les *de facto relationship*.

Contrairement au mariage ou à l'union civile, aucune procédure d'enregistrement n'est prévue dans le cadre des *de facto relationships*⁴⁴. Ainsi, leur définition revêt une importance primordiale. Or, dans le cadre des unions formalisées, le risque est grand d'aboutir à une définition trop inclusive ou, au contraire, trop exclusive⁴⁵. Un élément d'imprécision est inévitable et la décision finale appartient au tribunal, chargé de trancher un litige à ce sujet dans un cas d'espèce⁴⁶. Le tribunal n'est toutefois pas entièrement laissé à lui-même, et sera guidé dans sa décision par la section 2D PRA, qui déterminent les facteurs indicatifs d'une *de facto relationship*. Ces critères se réfèrent au couple, ainsi qu'à qualité de la relation en tant que telle (*infra* a). Un autre critère,

³⁹ Sections 3 lit. d et 1M PRA ; AESCHLIMANN, p. 251 ; LIAO, p. 112.

⁴⁰ ATKIN, VUWLR 39, p. 795.

⁴¹ PEART, p. 819.

⁴² PEART, p. 825, qui renvoie à *Wells v Wells* [2006] NZFLR 870 (HC), par. 38.

⁴³ ATKIN, FLQ, p. 321.

⁴⁴ ATKIN, VUWLR 39, p. 796 ; LIAO, p. 112.

⁴⁵ ATKIN, VUWLR 39, p. 796 ; PEART, p. 822.

⁴⁶ ATKIN, VUWLR 39, p. 797.

relatif quant à lui, à la durée minimale du couple, est prévu à la section 2E PRA (*infra* b).

a) Les *de facto* partners et la *de facto* relationship

Une *de facto relationship* est formée par deux personnes, de même sexe ou de sexe opposé, âgées de 18 ans ou plus, qui vivent ensemble en couple et ne sont pas mariées l'une à l'autre (section 2D sous-section 1 lit. a à c PRA).

Le fait de « vivre ensemble en couple » se trouve au cœur de l'approche néo-zélandaise, résolument fonctionnelle⁴⁷. Pour le déterminer, toutes les circonstances de la relation doivent être prises en compte, et notamment, mais pas exclusivement, la liste de facteurs précisés à la section 2D sous-section 2 PRA. Cette liste est en effet uniquement indicative⁴⁸. En font partie divers aspects de la relation, à l'image de sa durée, du degré de dépendance ou d'interdépendance financière, du degré d'engagement mutuel à une vie partagée, de la prise en charge et du soutien d'enfants, ou encore, de la répartition des tâches pratiquée au sein du couple.

En droit néo-zélandais, déterminer si deux personnes vivent ensemble en couple est ainsi une question de fait, qui ne peut avoir une réponse uniforme formulée au sein d'une liste de critères exclusifs qu'il suffirait de cocher un à un⁴⁹. Un élément qui peut revêtir beaucoup d'importance dans un cas concret, n'en aura pas forcément dans un autre⁵⁰. Preuve en est également la section 2D sous-section 3 PRA, qui précise qu'aucun facteur ne doit être considéré à lui seul comme essentiel ou indispensable à l'existence d'une *de facto relationship*.

La jurisprudence insiste sur le fait qu'il est essentiel d'éviter à tout prix les généralisations, chaque situation dépendant des circonstances concrètes. Le test appliqué pour déterminer si un couple vit ensemble doit être évaluatif, dans le sens où le juge doit peser tous les facteurs, appliquer un jugement objectif, sans oublier d'utiliser le bon sens⁵¹. Il est certain que dans le cadre qui nous intéresse, on se retrouve le plus souvent face à des preuves circonstancielles. Néanmoins, on requiert souvent des tribunaux d'évaluer de nombreuses pièces de preuve de ce type-là. De telles preuves doivent être évaluées cumulativement, et à travers l'application du sens commun et du raisonnement propre⁵².

⁴⁷ *L v P* [2008] NZFLR 401, par. 36 et 44 ; PEART, p. 821.

⁴⁸ *B v F* [2010] NZFLR 67, par. 51 ; *L v P* [2008] NZFLR 401, par. 36 ; *Scragg v Scott* [2006] NZFLR 1076, par. 64 ; ATKIN, VUWLR 39, p. 800 ; LIAO, p. 112.

⁴⁹ LIAO, p. 112 ; PEART, p. 822.

⁵⁰ ATKIN, FLQ, p. 315. À l'instar du droit suisse, l'existence de relations sexuelles n'est pas un prérequis, cf. *Horsfield v Giltrap* (2001) 20 FRNZ 404 (CA) ; PEART, p. 823.

⁵¹ *Scragg v Scott* [2006] NZFLR 1076, par. 37 et 64.

⁵² *Scragg v Scott* [2006] NZFLR 1076, par. 64.

Nonobstant l'absence de hiérarchie entre les différents éléments de la section 2D PRA, la doctrine et la jurisprudence ont mis l'accent sur un facteur en particulier, à savoir l'engagement mutuel à une vie partagée⁵³. Les autres indices établissent néanmoins qu'un tel engagement peut être prouvé par le comportement⁵⁴.

b) Le seuil minimal de durée

Les sections 2E sous-section 1 lit. b et 14A sous-section 2 PRA mettent implicitement en place un seuil minimal de durée à l'application du PRA. En effet, ces deux sections excluent du champ d'application du PRA les relations de courte durée, à savoir les relations ayant duré moins de trois ans.

La justification de ce seuil minimal repose sur le fait que le régime ne doit être imposé qu'aux couples dans lesquels on peut déceler un certain degré d'engagement, sur une certaine période de temps⁵⁵.

Fixer un seuil à une durée déterminée présente forcément des éléments d'arbitraire⁵⁶. La loi néo-zélandaise adoucit toutefois cet arbitraire dans certains cas particuliers, prévus à la section 14A sous-section 2 lit. a et b PRA. Il s'agit soit des couples avec enfant(s), soit des situations dans lesquelles le requérant a contribué de manière substantielle à la *de facto relationship*. Dans les deux cas, le tribunal doit considérer que ne pas appliquer le PRA constituerait une sérieuse injustice.

3. Droit français : le Pacs

L'alternative contractuelle française nous intéresse tout particulièrement en raison des sollicitations récentes d'adoption d'un mécanisme semblable en Suisse⁵⁷. Le Pacte civil de solidarité (ci-après, « Pacs »), a été introduit en France, par la loi n° 99-944

⁵³ *DM v MP* [2012] NZFLR 385, par. 27 ; *Scragg v Scott* [2006] NZFLR 1076, par. 64 ; LIAO, CLR 2015, p. 122 s. ; PEART, p. 823.

⁵⁴ *DM v MP* [2012] NZFLR 385, par. 27 .

⁵⁵ ATKIN, FLQ, p. 316.

⁵⁶ ATKIN, FLQ, p. 316.

⁵⁷ Postulats 15.3431 « Un pacs pour la Suisse », déposé par Andrea CARONI le 06.05.2015 (adopté) et 15.4082 « Un pacs spécifique à la Suisse », déposé par la COMMISSION DE LA SCIENCE, DE L'ÉDUCATION ET LA CULTURE CN le 05.11.2015 (adopté).

du 15 novembre 1999, avant d'être révisé de manière substantielle en 2006⁵⁸. La révision tendait notamment à corriger un manque de protection aux niveaux patrimonial et successoral des parties au Pacs, manque largement critiqué par la doctrine⁵⁹.

À l'origine, le Pacs a été pensé pour les couples de même sexe, qui n'avaient pas accès au mariage⁶⁰. Toutefois, la loi n'exclut pas explicitement les couples de sexe opposé, auprès desquels il a également connu un très grand succès, dès son introduction⁶¹.

L'entrée en vigueur en 2013 de la loi sur le mariage pour tous n'a pas remis en question l'opportunité du Pacs, qui s'inscrit désormais, pour certains couples, à mi-chemin entre le concubinage, qui n'offre pas une protection suffisante, et le mariage, institution considérée comme trop rigide⁶².

La particularité du Pacs est qu'il ne s'agit pas d'une institution, mais d'un contrat⁶³. Le Code civil prévoit quelques dispositions spécifiques au Pacs, mais, pour le surplus, le droit commun des contrats s'applique⁶⁴. Il s'agit d'un modèle d'organisation patrimoniale, ne portant aucun effet sur le statut des cocontractants⁶⁵. Il n'en découle notamment ni lien d'alliance, ni lien de parenté⁶⁶.

Le Pacs étant un contrat, il contient des règles relatives à ses conditions de conclusion, notamment quant aux parties (*infra* a), à son objet (*infra* b) et à sa forme (*infra* c).

a) Les parties à un Pacs

La capacité individuelle de conclure un Pacs est traitée aux art. 515-1 et 2 CCfr. Le Pacs est ouvert aux personnes majeures, célibataires, peu importe leur sexe et orientation sexuelle (art. 515-2-2 et 515-2-3 CCfr). Le Pacs est considéré comme un

⁵⁸ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁵⁹ TISSERAND-MARTIN, p. 27 ss ; BÉNABENT, N 611 ; BOSSE-PLATIÈRE, § 150 N 150.15 s. et § 152 N 152.23 ; TERRÉ/FENOUILLET, N 339.

⁶⁰ TISSERAND-MARTIN, p. 27 ; TERRÉ/FENOUILLET, N 337.

⁶¹ MALAURIE/FULCHIRON, N 358 ; BÉNABENT, N 613 ; BOSSE-PLATIÈRE, § 150 N 150.51 ; www.insee.fr : source : statistique de l'état civil et ministère de la justice – SDSE, fichiers détails PACS (05.05.17).

⁶² BERNARD/OUDAOUD, p. 1 s. ; BOSSE-PLATIÈRE, § 150 N 150.28 ; BRUSORIO-AILLAUD, N 420.

⁶³ MALAURIE/FULCHIRON, N 361 ; TISSERAND-MARTIN, p. 27 ; BÉNABENT, N 614 ; BOSSE-PLATIÈRE, § 150 N 150.22.

⁶⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, N° 99-419 DC, loi relative au pacte civil de solidarité, c. 28 (ci-après : « CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999 ») ; BÉNABENT, N 625 ; BOSSE-PLATIÈRE, § 150 N 150.28 ; MALAURIE/FULCHIRON, N 361.

⁶⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, c. 29 ; BERNARD/OUDAOUD, p. 6 ; TISSERAND-MARTIN, p. 28.

⁶⁶ BERNARD/OUDAOUD, p. 6 ; BÉNABENT, N 614.

acte de disposition important, raison pour laquelle aucune dispense n'est prévue pour les mineurs⁶⁷. A noter également que des empêchements liés à la prohibition de l'inceste et de la polygamie sont prévus (art. 515-2 CCfr).

Le Pacs est un contrat au sens de l'art. 1101 CCfr. Ainsi, il s'agit avant tout d'un accord de volonté entre les parties, qui requiert un échange de consentement. Le consentement ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique. Le droit commun des contrats s'applique ainsi en la matière, plus précisément les art. 1129 ss CCfr⁶⁸. On n'applique ainsi pas par analogie les règles relatives au consentement en matière matrimoniale⁶⁹. En matière de vice du consentement, cela signifie notamment que le dol n'est pas exclu et que l'erreur n'est pas limitée à la personne ou aux qualités essentielles de celle-ci, conformément aux art. 1130 al. 2 et 1132 ss CCfr⁷⁰.

b) L'objet du Pacs

Comme le précise l'art. 515-1 CCfr, le but poursuivi par la conclusion d'un Pacs est l'organisation de la vie commune du couple.

La lecture du texte de la loi ne permet pas de déterminer si la « vie commune » est une condition ou une conséquence du contrat⁷¹. Selon le conseil constitutionnel, il s'agit d'une condition, qui doit se comprendre comme une exigence d'avoir une « vie de couple », et non pas comme une simple communauté domestique ou d'intérêts⁷². Cette vie de couple comprend notamment l'apport par les parties d'une aide matérielle, au sens de l'art. 515-4 CCfr⁷³.

c) Les conditions de forme

Afin de conclure valablement un Pacs, certaines conditions formelles doivent également être respectées. En effet, le Pacs fonctionne sur la base d'un mécanisme d'*opt-in*, contrairement au système néo-zélandais⁷⁴. Cela signifie que les parties doivent adopter un comportement actif en vue d'être soumises à ses règles, et se soumettre à une procédure plutôt exigeante. On distingue deux étapes principales dans

⁶⁷ BRUSORIO-AILLAUD, N 424 ; DEBOVE/SALOMON/JANVILLE, N 94.

⁶⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, c. 28.

⁶⁹ BENABENT, N 624 ; BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.12.

⁷⁰ BRUSORIO-AILLAUD, N 423.

⁷¹ ROSENZWEIG, p. 69.

⁷² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, c. 26.

⁷³ DEBOVE/SALOMON/JANVILLE, N 95.

⁷⁴ *supra* I. 2.

le cadre de la conclusion d'un Pacs, à savoir la rédaction d'une convention (*infra* aa) et les formalités de publicité (*infra* ab).

aa) La rédaction d'une convention

Comme il ressort clairement de l'art. 515-3 al. 3 CCfr, les parties souhaitant conclure un Pacs doivent préalablement rédiger une convention. À défaut, leur déclaration postérieure sera déclarée irrecevable (art. 515-3 al. 2 CCfr)⁷⁵.

Cette convention peut être conclue de deux manières. Il s'agira soit d'un acte sous seing privé, soit d'un acte authentique, conformément à l'art. 515-3 al. 2 CCfr⁷⁶. Selon l'option choisie, la compétence pour recevoir la déclaration ne sera pas la même. En effet, la loi du 28 mars 2011 a clarifié les compétences entre greffiers des tribunaux d'instance et notaires⁷⁷. Ainsi, le greffier du tribunal d'instance est seul compétent en cas d'acte sous seing privé, le notaire en cas d'acte authentique⁷⁸. Il appartiendra par la suite au greffier, respectivement au notaire, de procéder à l'enregistrement de la déclaration⁷⁹.

ab) La publicité

Depuis la révision de 2006, le Pacs est indiqué sur l'acte de naissance⁸⁰. Dans l'hypothèse d'un pacte conclu sous seing privé, le greffier adresse un avis à l'office d'état civil du lieu de naissance de chaque partenaire, afin que la mention du Pacte soit apposée en marge de leur acte de naissance (art. 515-3 al. 4 CCfr). Dans le cadre du Pacs notarié, il revient au notaire de procéder aux mêmes démarches (art. 515-3 al. 5 CCfr).

Dès que les formalités de publicité ont eu lieu, le Pacs est opposable aux tiers⁸¹. Par contre, entre les parties, le Pacs prend effet à une date antérieure, à savoir à la date d'enregistrement, que cela soit par le biais du greffier ou du notaire⁸².

⁷⁵ TERRÉ/FENOUILLET, N 344.

⁷⁶ La possibilité de conclure cette convention sous la forme authentique est l'une des nouveautés introduites par la loi du 23 juin 2006 (cf. BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.32).

⁷⁷ Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées.

⁷⁸ BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.83.

⁷⁹ BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.51, N 151.92 et N 151.102.

⁸⁰ BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.61 ; TERRÉ/FENOUILLET, N 346.

⁸¹ BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.64.

⁸² BOSSE-PLATIÈRE, § 151 N 151.64 et 101.

II. La prétention en entretien

Nous avons circonscrit les couples concernés par nos différents systèmes. Nous pouvons désormais nous atteler au cœur de notre problématique, à savoir les possibilités reconnues par chacun de ces systèmes d'attribuer une prétention en entretien à l'un des membres du couple à l'encontre de l'autre, pour une certaine durée, après leur rupture.

1. Droit suisse : les règles de la société simple

La question d'un éventuel entretien post-rupture entre concubins ne se pose qu'en cas de concubinage stable en droit suisse, car un certain degré d'assistance et de soutien économique est requis⁸³. Il s'agit ainsi de couples dont la communauté de vie peut être assimilée au mariage ou au partenariat enregistré⁸⁴.

Les rapports juridiques de ces couples se voient appliquer les règles du contrat de société simple, par analogie. Néanmoins, aucune disposition de ce contrat ne peut servir de base à une prétention en entretien⁸⁵. En effet, il ne prévoit pas de règles imposant des obligations aux partenaires après la liquidation de la société simple, à savoir dans notre cas, après la fin de l'union⁸⁶.

Selon le TF, l'entretien après la rupture ne correspond pas au but commun du couple, vu que leur union a pris fin⁸⁷. Pour pouvoir obtenir un droit à l'entretien, la preuve de la volonté du partenaire d'assurer l'entretien de l'autre après la fin de l'union doit pouvoir être apportée⁸⁸. A noter que d'après le TF, le fait que les ex-concubins aient un enfant commun et que la femme ait interrompu son activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation de l'enfant et au ménage commun ne suffit pas à démontrer l'existence d'une convention d'entretien⁸⁹.

⁸³ CHRISTINAT, p. 4.

⁸⁴ CHRISTINAT, p. 2.

⁸⁵ BOVEY, p. 259 ; JUBIN, N 510 s.

⁸⁶ TRIGO TRINDADE/TORNARE, p. 281 s.

⁸⁷ Arrêt du TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, SJ 2008 I 329, c. 4 ; BOVEY, p. 259 ; JUBIN, N 511.

⁸⁸ JUBIN, N 511.

⁸⁹ BOVEY, p. 259 ; CHRISTINAT, p. 4.

Dans ce domaine, un engagement tacite ou oral n'entre pas en considération et l'existence d'un contrat revêtant la forme écrite est nécessaire⁹⁰. En effet, les contrats de donation ou de versement d'une rente sont expressément soumis à la forme écrite, conformément aux art. 243 al. 1 et 517 CO⁹¹.

Il est utile de mentionner que pour une durée déterminée, les frais de subsistance du parent qui s'occupe des enfants seront couverts par le biais de la nouvelle contribution de prise en charge, mise en place dans le cadre de la révision du droit de l'entretien de l'enfant⁹². Néanmoins, le but de cette révision, ainsi que l'instauration de cette contribution, vise à rétablir l'égalité entre enfants de parents mariés et non mariés uniquement⁹³. D'ailleurs, le créancier de la contribution de prise en charge est l'enfant, pas le parent gardien⁹⁴. Cette contribution ressortant du droit de la filiation, nous ne nous attarderons pas plus longuement sur ce sujet, car il dépasse le cadre de notre travail.

2. Droit néo-zélandais : le *Family Proceedings Act*

Comme précédemment établi, la Nouvelle-Zélande place toutes les formes d'union sur un pied d'égalité, auxquelles on applique *mutatis mutandis* le même régime patrimonial. Les considérations que nous allons développer sont donc valables pour tous les couples.

Le droit néo-zélandais offre la possibilité à l'un des partenaires de se faire entretenir par l'autre à certaines conditions prévues aux sections 64 ss du *Family Proceedings Act* (ci-après « FPA »). A noter qu'en dehors des cas prévus aux sections 64 et 64A FPA, aucune contribution d'entretien n'est dûe (section 64 sous-section 4 lit. b FPA).

En premier lieu, l'entretien doit être nécessaire à la couverture des besoins de base du partenaire qui la requiert (section 64 sous-section 1). En outre, l'impossibilité personnelle de couvrir ses propres besoins doit être en lien de causalité avec au moins l'une des circonstances énoncées à la section 64 sous-section 2 lit. a à d. Il peut s'agir, par exemple, des effets de la répartition des tâches pendant la durée de l'union (lit. a) ou encore de la responsabilité parentale de chaque partenaire de s'occuper d'enfant mineur après la fin de la vie commune (lit. b).

⁹⁰ Arrêt du TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, SJ 2008 I 329, c. 4 ; BOVEY, p. 259 ; CHRISTINAT, p. 4.

⁹¹ Arrêt du TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, SJ 2008 I 329, c. 4.

⁹² CONSEIL FÉDÉRAL, Message entretien, pp. 512 et 533 ss.

⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message entretien, p. 522 s.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message entretien, p. 537

La contribution d'entretien n'est pas due *ad aeternam*. En principe, elle cesse après l'écoulement d'un laps de temps raisonnable, à déterminer selon les circonstances du cas d'espèce (section 64A sous-section 1 lit. a et b FPA). Dans tous les cas, elle cesse lorsque la personne ayant droit à l'entretien se remet en couple (section 70A sous-section 2 FPA).

La section 64A sous-sections 2 et 3 prévoit néanmoins des exceptions à ce principe, dans certains cas particuliers. Ainsi, si l'on peut considérer qu'il serait déraisonnable d'exiger du partenaire B de s'en sortir sans l'entretien versé par le partenaire A, et qu'il est raisonnable d'exiger de ce dernier de contribuer à l'entretien du partenaire B, l'entretien sera maintenu (sous-section 2 lit. a et b). Dans l'examen du maintien éventuel de l'obligation d'entretien, le tribunal doit prendre en considération l'âge des parties, la durée de l'union, ainsi que la capacité du partenaire B de prendre en charge son propre entretien (sous-section 3 lit. a à c). Le tribunal devra porter une attention particulière aux effets de la répartition des tâches durant la vie commune, aux capacités contributives de chaque partenaire, ainsi qu'à leurs responsabilités parentales en lien avec la prise en charge d'enfants mineurs, de même qu'à toute autre circonstance pertinente pour le cas d'espèce (lit. i à iv).

3. Droit français : les dispositions du Pacs

Comme nous l'avons vu, le Pacs est un instrument contractuel, et non institutionnel. Ainsi, le principe de la liberté contractuelle devrait revêtir une importance particulière⁹⁵. Dans le cadre du Pacs, ce postulat doit toutefois être nuancé. En effet, certaines dispositions revêtent un caractère impératif. Les parties ne sont ainsi pas libres d'y déroger. C'est le cas de l'art. 515-4 CCfr, relatif à l'aide matérielle que les partenaires se doivent mutuellement⁹⁶. Une clause contraire à cette disposition contrevient à l'ordre public français et sera déclarée nulle⁹⁷.

Toutefois, cette aide matérielle, qui doit être rapprochée de la contribution aux charges du mariage prévue à l'art. 214 CCfr⁹⁸, a une durée limitée à celle du Pacs et ne déploie aucun effet après sa dissolution⁹⁹.

⁹⁵ ROSENZWEIG, p. 93.

⁹⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, c. 28 et 31.

⁹⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision du 9 novembre 1999, c. 28 et 31.

⁹⁸ BABY, N 22 ss ; DEBOVE/SALOMON/JANVILLE, N 105 ; ROSENZWEIG, p. 189.

⁹⁹ ROSENZWEIG, pp. 192 et 226.

III. Synthèse et analyse critique

Après avoir abordé nos trois systèmes séparément, principalement pour des raisons de clarté, nous allons dès à présent les confronter. L'objectif de cette troisième partie est tout d'abord de chercher les points de contact et similarités entre tous les systèmes, surtout en ce qui concerne la relation de couple visée (*infra* 1). En effet, il est important de voir si les couples concernés par chaque système présentent des similitudes. Cas échéant, cela indique déjà une concordance dans le champ d'application personnel, qui pourrait aller dans le sens d'une transposition éventuelle d'un système dans un autre ordre juridique.

Ensuite, nous nous intéresserons au traitement, en matière d'entretien post-rupture, de ces couples dans chaque système (*infra* 2). Dans ce cadre, le but est de déterminer le système le plus favorable au partenaire au foyer non marié. Cela nous permettra notamment de discuter de l'opportunité d'une éventuelle transposition.

1. Les relations de couple envisagées

En procédant à une étude croisée des différents facteurs, critères ou conditions relatifs aux couples concernés par chacun de nos systèmes, on est de prime abord frappé par leurs similarités.

Les trois systèmes s'appliquent indistinctement aux couples hétéro- et homosexuels, qui ne doivent pas être déjà liés par une union formalisée reconnue par le droit de l'Etat en question.

Une première différence, mais qui a finalement peu d'importance pratique, se situe quant à la limite d'âge minimal. Les personnes souhaitant conclure un Pacs doivent être majeures, de même que les *de facto partners*. Le droit suisse n'exclut pas explicitement les mineurs du concubinage. Néanmoins, si ces derniers pourront dans certains cas être reconnus comme concubins, au sens simple du terme, il sera rare qu'ils remplissent les autres conditions nécessaires à l'existence d'un concubinage qualifié.

Le Pacs est un contrat dont l'objet est l'organisation de la vie commune, qui doit être comprise comme condition indispensable à sa conclusion, et qui constitue une véritable vie de couple. Dans le cadre du concubinage qualifié, on requiert une intention commune de vivre ensemble de manière stable. Finalement, le fait de vivre ensemble en couple constitue la base de la *de facto relationship* néo-zélandaise. L'engagement mutuel à une vie partagée est de surcroît le facteur prépondérant pour déterminer cette vie commune.

Dans les trois cas, la vie commune est l'élément fondamental de la relation. L'élément patrimonial ne surgit lui que dans un second temps.

Le Pacs a vocation purement patrimonial et ne porte aucun effet sur le statut personnel des pacés. Quant au droit néo-zélandais, si l'élément économique n'est pas déterminant à une *de facto relationship*, il n'en demeure pas moins que le degré de dépendance, respectivement d'interdépendance économique est un indice fort d'engagement à une vie partagée. Il ne faut pas oublier que les parties doivent « vivre ensemble » en couple. Ainsi, cela indique que les vies des parties sont entrelacées, et qu'il doit y avoir une preuve physique de cela, qui peut être une résidence commune, ou un entremêlement des finances¹⁰⁰. Quant au concubinage qualifié, la composante économique est l'un des aspects de la communauté formée par le couple. En outre, elle est devenue le plus important aux yeux de la jurisprudence.

Finalement, un autre élément qui mérite d'être mentionnée est la durée. Il s'agit d'un des points où la différence entre union formalisée et non formalisée est la plus flagrante. En effet, la question de la durée de la relation ne se pose pas en lien avec le Pacs. Fonctionnant sur un mécanisme d'*opt-in* et nécessitant le respect d'une procédure formelle, le besoin d'une limite temporelle ne se fait pas ressentir. Par contre, il n'en est absolument pas de même dans le cadre des deux unions non-formalisées. La Nouvelle-Zélande a fixé son seuil minimal à en principe trois ans de relation. La Suisse n'a pas de seuil fixe, mais le TF a mis en place une présomption réfragable à cinq ans de relation pour un concubinage qualifié en droit privé.

Ainsi, on peut remarquer que de manière générale, un couple reconnu comme concubins qualifiés au sens du droit suisse remplirait aisément les conditions d'une *de facto relationship* néo-zélandaise et pourrait également conclure un Pacs français. Si les relations visées sont similaires, qu'en est-il de leur traitement en matière patrimonial et, plus précisément, en matière d'entretien post-rupture ?

2. La prétention en entretien

Le droit néo-zélandais prévoit, à des conditions certes relativement strictes, un droit à une obligation d'entretien, prétention refusée en droit suisse et en droit français. Le *de facto partner* qui s'est voué à l'entretien du ménage et à la prise en charge des enfants pourra ainsi bénéficier d'un certain laps de temps lui permettant de se remettre sur pied et de reprendre son indépendance économique. Dans ce cadre, il bénéficie du même droit que s'il avait officialisé son union.

La Nouvelle-Zélande a pris le parti de placer toutes les formes de couples sur un pied d'égalité et de mettre ainsi l'accent sur l'engagement pris par deux personnes de

¹⁰⁰ PEART, p. 823.

partager une part significative de leur vie ensemble¹⁰¹. C'est cet engagement qui est au centre du droit à une protection légale, peu importe qu'il ait été formalisé ou non. De cette manière, toutes les situations fonctionnellement similaires sont traitées équitablement, évitant par conséquent des inégalités de traitement, fondées sur le simple statut civil des personnes impliquées.

A l'opposé, l'approche suisse n'est résolument pas fonctionnelle et crée une inégalité de traitement évidente entre couples mariés et non mariés. Si les effets de la répartition traditionnelle des tâches sont les mêmes pour tous les couples, on ne peut pas en dire autant des conséquences de celle-ci au moment où le couple se sépare. Lorsque l'on se trouve dans une situation où un seul des membres du couple exerce une activité lucrative, l'autre partenaire, qui voue ses soins à l'entretien du ménage et aux éventuels enfants, se retrouve, par voie de conséquence, en situation de dépendance économique. Alors que l'époux qui ne travaillait pas peut compter, à certaines conditions, sur la perspective d'une contribution d'entretien au sens des art. 125, 159 al. 2 et 163 CC, aucune disposition semblable ne peut être appliquée aux concubins. La jurisprudence interdit même explicitement l'application de l'art. 163 CC aux concubins¹⁰².

Les obligations du droit de la famille trouvent leur fondement dans le lien particulier qui unit un parent à ses enfants ou un époux à son ex-épouse. Dès lors, si on ne reconnaît pas le statut de concubins au sein du droit de la famille suisse, et qu'on le porte de ce fait au rang d'institution du droit de la famille, on ne peut appliquer le même raisonnement aux couples en union libre. Or, le droit des sociétés n'est pas adapté à l'exécution d'obligations après la liquidation de la société qui lie les parties, surtout si elles n'y ont pas expressément et réciproquement consenti.

Le même raisonnement peut être appliqué en droit français. La dissolution du Pacs met fin à la relation contractuelle entre les parties. Le législateur français a expressément voulu séparer le Pacs des institutions du droit de la famille¹⁰³. Ainsi, il manque la cause, de nature plutôt morale que contractuelle, qui légitime, dans les rapports du droit de la famille, une prétention en entretien¹⁰⁴. En effet, dans le cadre de ces derniers, cette prétention est fondée sur les liens particuliers qui lient les proches parents et qui soustend une certaine solidarité financière après la séparation d'un couple, et n'a aucun lien avec un quelconque rapport contractuel.

Des trois systèmes, le néo-zélandais est par conséquent le seul qui offre une prétention en entretien au partenaire au foyer. Si l'on s'intéresse à la *ratio legis* de chaque système, cette constatation n'est finalement pas si surprenante. En effet, comme nous

¹⁰¹ ATKIN, FLQ, p. 316.

¹⁰² ATF 135 III 59, c. 4.2.

¹⁰³ ROSENZWEIG, p. 233.

¹⁰⁴ ROSENZWEIG, p. 233.

l'avons vu tout au long de notre contribution, la Nouvelle-Zélande a une approche fonctionnelle des modes d'organisation de la vie privée. Ce n'est pas le cas des approches suisse et française, dont l'intention express, exprimée par le législateur, est un détachement clair et net entre le concubinage, respectivement le Pacs, et l'institution matrimoniale. Cela ne résout au demeurant pas les problèmes d'égalité de traitement entre couples mariés et non mariés ou de protection de la partie faible, qui devront trouver une réponse rapidement.

Conclusion

Notre analyse nous a permis de comparer trois systèmes qui représentent des approches différentes de la problématique patrimoniale liée à une éventuelle prétention en entretien pour les couples non mariés, après leur rupture. Aux termes de celle-ci, nous avons pu constater sans équivoque que seul le système néo-zélandais prévoit la possibilité d'un entretien post-séparation.

Néanmoins, une question qui mérite d'être soulevée est celle de savoir si l'adoption d'une réglementation similaire, et ainsi, la mise en place d'un statut légal pour les concubins, est non seulement envisageable en droit suisse, mais surtout opportune. En effet, le respect de la diversité des formes familiales requiert d'un Etat qu'il offre à ces citoyens la possibilité d'organiser leur vie privée comme ils l'entendent. Toutefois, ce principe peut entrer en collision avec un autre devoir de l'Etat, à savoir la protection des personnes vulnérables. Cette protection peut notamment requérir la mise en place de mesures concrètes au niveau législatif. Ainsi, le but que doit poursuivre le législateur suisse à l'avenir est de trouver l'équilibre entre un Etat trop paternaliste et un Etat ne protégeant pas suffisamment sa population dite vulnérable.

Il s'agit sans nul doute d'un périlleux exercice, qui mérite une analyse et des recherches encore plus poussées, dans le cadre desquelles le droit comparé doit figurer en bonne place. La richesse des enseignements que le législateur suisse pourra tirer des expériences étrangères lui permettra de prendre les éléments de chaque système qui lui conviennent, afin de construire un mécanisme sur-mesure, adapté non seulement aux problèmes juridiques actuelles en droit de la famille, mais aussi aux valeurs suisses.

Bibliographie

- 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, Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerp-Oxford 2005, p. 243 ss.
- ATKIN Bill, The Challenge of Unmarried Cohabitation – The New Zealand Response, *in* Family Law Quarterly (2003), vol. 37, p. 303 ss (cité: ATKIN, FLQ).
- ATKIN Bill, The Legal World of Unmarried Couples: Reflections on “De Facto Relationships” in Recent New Zealand Legislation, *in* VUWLR (2008), vol. 39, p. 793 ss (cite: ATKIN, VUWLR 39).
- BABY Wilfried, Les effets patrimoniaux du Pacte Civil de Solidarité – L’invention d’une nouvelle forme de conjugalité, Thèse, Paris 2013.
- BÉNABENT Alain, Droit de la famille, 3^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux 2014.
- BERNARD Sylvain/OUDAOUD Alicia, La singularité du Pacs, étude synthétique sur le Pacs, 2013.
- BOSSE-PLATIÈRE Hubert, Chapitres 150-153, *in* MURAT Pierre (dir.), Droit de la famille, 6^{ème} éd., Paris 2013, p. 537 ss.
- BOVEY Grégory, Concubinage : aspects patrimoniaux, *in* Leuba Audrey/Papaux Van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédicte (édit.), Le droit en question, Mélanges en l’honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 249 ss.
- BRUSORIO-AILLAUD Marjorie, Droit des personnes et de la famille, 6^{ème} éd., Paris/Bruxelles 2015.
- CHRISTINAT Rachel, Concubins, de la trame de fond au premier plan, *in* Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2014.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation du droit de la famille. Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), Berne mars 2015 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport modernisation du droit de la famille)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l’enfant), FF 2014 511, p. 511 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message entretien).
- COTTIER Michelle/AESCHLIMANN Sabine, Nichtehele Lebensgemeinschaften (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 2012, p. 33 ss.
- DEBOVE Frédéric/SALOMON Renaud/JANVILLE Thomas, Droit de la famille, 7^{ème} éd., Paris 2011.
- FOUNTOULAKIS Christiana/D’ANDRÈS Joël, Les effets patrimoniaux de la dissolution du concubinage, *in* Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra, Patrimoine de la famille – Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, Symposium en droit de la famille, Genève 2016, p. 1 ss.

- GABELLON Adrien, Le contrat de concubinage et la planification patrimoniale des concubins, *in* FamPra.ch 2015, p. 41 ss.
- GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, Droit des familles, 4^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2016.
- JUBIN Oriana, Les effets de l'union libre, Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives, Thèse, Zürich 2017.
- LIAO Zhixiong, Finding Certainty in Determining whether a "De Facto Relationship" Exists: An Impossible Task?, *in* Canterbury Law Review (2015), vol. 21, p. 112 ss.
- MALAURIE Philippe/FULCHIRON Hugues, Droit civil – La famille
- MOORE Benoît, L'union de fait : enjeux de l'encadrement juridique en droit privé dans un contexte de rupture, *in* VAN GYSEL Alain-Charles (dir.), Conjugalités et discriminations, Centre de droit privé – Unité de droit familial, Limal 2012, p. 87 ss.
- PAPPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, thèse, Genève 2002.
- PEART Nicola, The Property (Relationships) Amendment Act 2001 : A Conceptual Change, *in* VUWLR (2008), vol. 39, p. 813 ss.
- PICHONNAZ Pascal, Conventions et couples concubins, *in* FamPra.ch 2002, p. 670 ss.
- ROSENZWEIG Götje, Eingetragene Lebenspartnerschaft und Pacte civil de Solidarité, Die gesetzlichen Grundlagen unter besonderer Beachtung der vermögensrechtlichen Wirkungen, Frankfurt am Main 2010.
- SANDOZ Suzette, Problèmes patrimoniaux des couples non mariés, *in* Pichonnaz Pascal/Rumo-Jungo Alexandra, Droit patrimonial de la famille, Symposium en droit de la famille 2004, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 43 ss.
- TERRÉ François/FENOUILLET Dominique, Droit civil – La famille, 8^{ème} éd., Paris 2011.
- TISSERAND-MARTIN Alice, Les aspects patrimoniaux du pacte civil de solidarité, *in* FLAUSS-DIEM Jacqueline FAURÉ/Georges (éds), Du Paxs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?, collection CEPRISCA, Amiens 2005, p. 27 ss.
- TRIGO TRINDADE Rita /TORNARE Sandrine, La société simple au chevet des unions libres, *in* Leuba Audrey/Pappaux van Delden Marie-Laure, Foëx Bénédicte, Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève/Zurich/Bâle 2017, 271