
Nadja Herz

Couples de même sexe non enregistrés

Tiré à part

Droits des gays et lesbiennes en Suisse **Partenariat enregistré, communauté de vie de fait,** **questions juridiques concernant l'homosexualité**

Edité par

Andreas R. Ziegler
Martin Bertschi
Alexandre Curchod
Nadja Herz
Michel Montini

Hors commerce



Stämpfli Editions SA Berne • 2007

Table des matières

Préface	V
<i>Jean-François Aubert</i>	
Préface des éditeurs	IX
Table des abréviations	XIII
I. Principes	
1. Historique	1
<i>François E. Baur</i>	
2. La protection constitutionnelle des gays et lesbiennes	15
<i>Andreas R. Ziegler</i>	
II. Modes de vie	
3. Vie privée	45
<i>Vanessa Lévy</i>	
4. Couples de même sexe non enregistrés	73
<i>Nadja Herz</i>	
5. Partenariat enregistré – conclusion, dissolution et effets généraux	105
<i>Michel Montini</i>	
6. Le régime « partenarial » des partenaires enregistrés	187
<i>Pascal Pichonnaz</i>	
7. Partenariat enregistré – droit successoral	271
<i>Michel Mooser</i>	
8. Homoparentalité	283
<i>Eylem Copur</i>	

III. Domaines spécifiques

9.	Droit des étrangers et droit d'asile <i>Martin Bertschi</i>	309
10.	Les gays et lesbiennes à l'école <i>Lars Baumgartner</i>	339
11.	Droit du travail et de la fonction publique <i>François E. Baur/Michel Rossinelli</i>	355
12.	Partenariat enregistré et assurances sociales <i>Xavier Rossmann</i>	393
13.	Droit de la santé <i>Odile Pelet</i>	449
14.	Droit fiscal <i>Michael Beusch</i>	483
15.	Droit pénal <i>Alexandre Curchod</i>	495

Annexes

Bibliographie	517
Travaux préparatoires	523
Décisions suisses	525
Décisions internationales	529
Adresses	533
Table des lois citées	539
Répertoire alphabétique des matières	559
Liste des auteurs	577

Chapitre 4

Couples de même sexe non enregistrés

Nadja Herz *

Table des matières	n.
I. Aperçu	1
A. Introduction	1
B. Notions	3
C. Rapports avec le concubinage (hétérosexuel)	4
D. Rapports avec le partenariat enregistré prévu par la loi fédérale	6
E. Rapports avec les partenariats enregistrés prévus par les législations cantonales	9
II. Problèmes juridiques rencontrés par les couples de même sexe non enregistrés	12
III. Traitement juridique des personnes de même sexe faisant vie commune sans être enregistrées	15
A. Bases légales	15
1. Loi et jurisprudence	15
2. Conventions entre partenaires	19
B. Début de la communauté de vie	20
C. Situation juridique de chaque partenaire	21
D. Rapports juridiques entre les partenaires	22
1. Assistance et entretien	23
2. Rapports patrimoniaux	24
3. Logement commun	27
4. Droit des successions	31
5. Donations et prêts	33
6. Rapports de travail	35
E. Relations juridiques avec les enfants	37
F. Relations juridiques avec les tiers	39
1. Représentation	40
2. Droits de visite et droits des patients	41

* Traduction: Pierre-Yves Perrin.

3.	Situation des partenaires en cas de bail	42
4.	Rente en cas de divorce	45
5.	Poursuite pour dettes et faillite	47
6.	Perte de soutien	48
G.	Relations juridiques face à l'Etat	49
1.	Droit des étrangers	50
2.	Assurances sociales	53
3.	Impôts	56
4.	Refus de témoigner, incompatibilités et récusation	57
H.	Dissolution de la communauté de vie	58
IV.	Aperçu des aménagements juridiques possibles	60
A.	Contrats de partenariat	61
B.	Procurations, directives anticipées du patient	64
C.	Testaments, pactes successoraux	67
D.	Désignation d'un bénéficiaire dans le cadre de la prévoyance professionnelle ou d'une assurance vie	70
E.	Déclaration relative aux enfants	73

I. Aperçu

A. Introduction

- 1 Dès le 1^{er} janvier 2007, le système législatif suisse offrira la possibilité de conclure un partenariat enregistré. Si l'on se réfère aux expériences faites dans les pays nordiques en matière d'enregistrement des partenaires de même sexe (Danemark, Suède, Norvège), il faut s'attendre à ce que la majeure partie des couples de gays et de lesbiennes en Suisse renonce à conclure un tel partenariat. En effet, tout porte à croire que la plupart des couples continueront à vivre en couple de manière informelle.
- 2 Contrairement à ce que connaissent de nombreux systèmes juridiques étrangers, les communautés de vie de personnes non mariées ou non liées par un partenariat enregistré ne sont, en Suisse, pas réglementées par la loi. Les personnes vivant dans une communauté de vie homosexuelle sans être enregistrées sont, à l'instar des concubins de sexe opposé, considérées comme

célibataires. Néanmoins, la relation entre partenaires non enregistrés¹ est régie par un certain nombre de règles juridiques. En effet, les partenaires doivent respecter plusieurs normes de droit civil et de droit public. La présente contribution traite de la situation juridique de cette forme de communauté de vie entre personnes de même sexe (chiffre III) et des possibilités de la protéger juridiquement (chiffre IV).

B. Notions

- 3 Les expressions « communauté de vie entre personnes de même sexe », « concubinage entre personnes de même sexe » ou « communauté de vie non enregistrée » sont utilisées comme des synonymes pour désigner des partenaires de même sexe qui ne sont pas officiellement liés par un partenariat enregistré. Lorsqu'il est question de partenaires hétérosexuels non mariés ou de partenaires de même sexe non enregistrés, on utilise les termes de « communauté de vie de fait », « communauté de vie non matrimoniale », « communauté de vie analogue au mariage » et de « concubinage ».

C. Rapports avec le concubinage (hétérosexuel)

- 4 Le Tribunal fédéral définit le concubinage au sens étroit comme étant une communauté de vie formée de deux personnes *de sexe différent* ayant en principe un caractère d'exclusivité et constituée pour une longue durée. Cette communauté de vie doit également comporter une composante tant spirituelle que physique et économique ; elle doit également se caractériser par une communauté de toit, de table et de lit (ATF 118 II 238). Cette définition ne peut plus s'appliquer en l'état de nos jours. En effet, selon cette description, les couples de même sexe ne tombent pas sous la définition de

¹ Les tournures au masculin englobent à chaque fois les deux sexes, à moins que le contraire ne résulte du contexte.

concubinage. L'exigence d'appartenir à deux sexes différents n'est entre-temps plus nécessaire.

- 5 De nos jours, la doctrine dominante reconnaît que deux personnes de même sexe peuvent sans autre former une communauté de vie non matrimoniale qui, par ailleurs, remplit tous les critères de la jurisprudence du Tribunal fédéral². Quant au Conseil fédéral, il définit, dans le Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré, la communauté de vie de fait de manière plus actuelle: il la considère comme étant une communauté constituée par deux personnes de même sexe ou de sexe différent qui entretiennent une relation de type matrimonial mais qui n'ont pas conclu de mariage ni de partenariat enregistré³. Par conséquent, s'agissant du droit applicable, les couples de même sexe sont aussi considérés comme des communautés non matrimoniales ou de fait. Dans la plupart des domaines du droit, les principes développés par la doctrine et la jurisprudence pour les concubins hétérosexuels s'appliquent par analogie aux couples de même sexe.

D. Rapports avec le partenariat enregistré prévu par la loi fédérale

- 6 L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) offre aux couples de gays et de lesbiennes la possibilité de faire enregistrer leur partenariat. Cet enregistrement implique un grand nombre de droits et d'obligations qui peuvent se comparer aux effets juridiques de la conclusion du mariage (cf. infra chap. 5, ch. 53 ss).
- 7 La communauté de vie de fait n'entraîne, de par la loi, en principe aucun droit ni aucune obligation. S'agissant des couples hétérosexuels, tant le Tribunal fédéral que la majorité de la doctrine

² PULVER, Unverheiratete Paare, p. 4 ; HAUSHEER/GEISER/KOBEL, p. 18 ; HOCHL, ch. 5 ; BÜCHLER, p. 59, 65 s.

³ Message LPart, ch. 2.5.4.

refusent clairement d'appliquer par analogie les normes du droit matrimonial aux couples non mariés. Ce principe est, d'une part, motivé par le fait qu'une application par analogie n'entre en ligne de compte que lorsqu'on est en présence d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Une telle lacune ne peut cependant pas être admise s'agissant des communautés de vie de fait car le législateur a sciemment renoncé à une réglementation (ATF 108 II 204). D'autre part, les couples concernés ont, dans la majorité des cas, intentionnellement choisi de ne pas officialiser leur relation. Par conséquent, une application par analogie des règles du mariage va clairement à l'encontre de leur volonté.

- 8 Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat, le même principe prévaut pour les couples de même sexe qui ne veulent pas faire enregistrer officiellement leur partenariat. Une application par analogie des normes de la LPart aux couples non enregistrés n'entre aussi peu en ligne de compte qu'une application générale des dispositions du droit matrimonial aux couples de concubins hétérosexuels. Cela n'exclut toutefois pas une application par analogie de certaines dispositions de la LPart à des cas bien particuliers.

E. Rapports avec les partenariats enregistrés prévus par les législations cantonales

- 9 Les Cantons de Genève, de Zurich et de Neuchâtel connaissent des lois cantonales sur le partenariat. Avec la loi du 15 février 2001, Genève a été le premier Canton à reconnaître les partenariats homosexuels⁴. Dans le Canton de Zurich, le dépôt d'un référendum a nécessité une votation populaire. Le 22 septembre 2002, les citoyens de ce canton ont accepté la loi zurichoise sur le partenariat à 62,7%. La loi est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003⁵. Neuchâtel a

⁴ Loi sur le partenariat du 15 février 2001 ; Recueil systématique genevois E 1 27.

⁵ Gesetz über die Registrierung gleichgeschlechtlicher Paare, du 21 janvier 2002 ; Zürcher Loseblattsammlung 231.2.

finalement été le troisième Canton à avoir adopté une loi sur le partenariat qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁶.

- 10 Dans ces trois cantons, les partenaires de même sexe ont la possibilité de faire enregistrer leur partenariat dans un registre cantonal. Alors que le Canton de Zurich réserve le partenariat enregistré aux couples de même sexe, les Cantons de Genève et Neuchâtel ouvrent également l'enregistrement aux couples hétérosexuels qui ne désirent pas se marier. L'enregistrement a ainsi pour conséquences une égalité (partielle), au niveau cantonal, avec les couples mariés. Les effets juridiques vont nettement plus loin que pour les couples non enregistrés. L'enregistrement apporte aux partenaires un certain nombre d'avantages en droit de la santé, entraîne également des effets dans des domaines bien particuliers du droit public, par exemple en matière d'impôts sur les donations et les successions, s'agissant du refus de témoigner ou des caisses de pension cantonales. Pour les détails, les effets juridiques sont réglés en fonction du droit propre à chaque canton⁷. Les effets juridiques des lois cantonales sur le partenariat ne sont toutefois de loin pas aussi étendus que ceux du partenariat enregistré du droit fédéral.
- 11 Il est prévu, dans le Canton de Zurich, que la loi cantonale sur le partenariat enregistré soit abrogée après un délai transitoire approprié. Le gouvernement zurichois estime en effet qu'il ne se justifie plus de maintenir la loi cantonale sur le partenariat après l'entrée en vigueur de la loi fédérale, car les deux institutions poursuivent toutes deux l'objectif d'assurer la plus grande égalité possible entre partenaires enregistrés et couples mariés⁸. Par contre, les lois genevoise et neuchâteloise seront probablement maintenues à

⁶ Loi sur le partenariat enregistré du 27 janvier 2004 ; Recueil systématique de la législation neuchâteloise 212.120.10.

⁷ Pour les effets juridiques de la loi zurichoise sur le partenariat, cf. HERZ, Zürcher Partnerschaftsgesetz, n. 4 ss.

⁸ Décision du gouvernement zurichois n° 900 du 22 juin 2005, concept pour l'adaptation de la loi cantonale à la loi sur le partenariat (« Konzept zur Anpassung des kantonalen Rechts an das Partnerschaftsgesetz »).

l'avenir ; en effet, elles prévoient, en plus du partenariat enregistré pour les couples de même sexe, également l'enregistrement des concubins hétérosexuels en tant qu'alternative au mariage.

II. Problèmes juridiques rencontrés par les couples de même sexe non enregistrés

- 12 Durant la vie commune, les problèmes juridiques surgissent souvent moins entre les partenaires eux-mêmes que lors de la confrontation avec des tierces personnes. La bailleresse ne veut pas laisser la partenaire de la locataire vivre dans l'appartement. Le service social réduit les prestations d'assistance en se référant au nouveau partenariat. Sous prétexte que l'ex-épouse vit désormais en partenariat avec une autre femme, l'ex-mari conteste le droit de garde de ses enfants ou suspend les versements de la pension alimentaire en faisant valoir les possibilités d'assistance que pourrait assumer la nouvelle partenaire. En cas de maladie, le médecin refuse de renseigner la partenaire sur l'état de santé. Des problèmes graves surgissent pour les couples binationaux lorsque les autorités compétentes en matière de migration n'accordent pas d'autorisation de séjour au partenaire étranger.
- 13 En cas de séparation, le couple doit se partager les objets du ménage et la fortune commune, puis trouver une solution pour l'appartement qu'il partage. La question se pose également de savoir si la partenaire peut prétendre à un salaire pour les prestations effectuées durant la vie commune, notamment lorsqu'elle a travaillé régulièrement dans l'entreprise de sa partenaire sans rémunération ou qu'elle a tenu seule le ménage durant une longue période. Dans l'hypothèse où le couple a vécu avec des enfants, d'autres questions complexes surgissent, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'enfants élevés socialement en commun qui n'ont, juridiquement, un lien de parenté qu'avec une des partenaires.

- 14 Le décès d'un partenaire entraîne souvent des situations particulièrement pénibles. Il n'est pas rare que le partenaire survivant doive faire face à de longs démêlés avec l'administration fiscale, la caisse de pension ou les parents appelés à la succession.

III. Traitement juridique des personnes de même sexe faisant vie commune sans être enregistrées

A. Bases légales

1. Loi et jurisprudence

- 15 Les couples de même sexe non enregistrés sont, quant au droit applicable, assimilés à des personnes non mariées formant une communauté de vie. Par conséquent, la jurisprudence relative au concubinage hétérosexuel peut, pour l'essentiel, également s'appliquer à ceux-ci⁹. La communauté de vie entre personnes non mariées n'est pas réglée par le droit fédéral (ATF 125 V 207 ; ATF 121 V 128). Le législateur l'a répété à diverses reprises, la dernière fois en 1997 lors de la révision du droit du divorce, en refusant d'inscrire dans la loi le concubinage ainsi que toute forme de communauté de vie assimilable au mariage¹⁰.
- 16 Contrairement à l'ancienne jurisprudence qui n'accordait pas d'effets juridiques à la simple cohabitation non maritale¹¹, les personnes vivant de fait en communauté jouissent actuellement d'une protection juridique dans certains domaines, même si elles n'ont pas conclu de contrat. Quand bien même il n'existe pas d'ordre juridique spécifique pour ces personnes, les dispositions légales

⁹ Cf. OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, ch. 3.1.

¹⁰ BO CN 1997, 2696 ss et 2702 ss.

¹¹ Dans l'ATF 108 II 204, le TF a constaté pour la première fois que le fait que les partenaires renoncent à se marier ne signifie aucunement qu'ils veulent exclure tous les effets juridiques inhérents à leur vie commune.

existantes contiennent déjà toute une série de normes offrant des solutions aux problèmes juridiques survenant durant la vie commune et lors d'un décès ou d'une séparation. Depuis peu, l'ordre juridique reconnaît de plus en plus souvent explicitement des effets juridiques à la communauté de vie de fait (p.ex. le refus de témoigner)¹².

- 17 S'agissant de la réglementation des aspects économiques, la jurisprudence a renvoyé à de nombreuses reprises aux normes de la société simple. Le Tribunal fédéral applique ces règles aux arrangements d'ordre financier après la dissolution d'un concubinage (ATF 108 II 204) ou pour l'indemnisation des prestations de travail fournies par un partenaire lors de la vie commune (ATF 109 II 230). Il y a toutefois lieu de refuser une application généralisée des normes de la société simple. Si on pouvait en déduire que les parties ont la volonté de constituer une société simple étendue du seul fait qu'elles vivent ensemble, les conséquences juridiques ne seraient pas celles souhaitées par le législateur. Tel est pour l'essentiel également l'avis de la doctrine dominante¹³. Il faut bien plutôt examiner dans chaque cas jusqu'à quel point les circonstances concrètes plaident en faveur de l'application des règles sur la société simple.
- 18 Par ailleurs, il faut procéder à une appréciation différenciée selon les domaines de vie concernés. Il y a lieu d'appliquer la norme juridique qui permet à chaque fois d'apporter la solution la plus adaptée au problème tel qu'il se présente¹⁴. On appliquera dès lors les normes générales du droit des contrats, du droit de la responsabilité civile, du droit du travail ou du mandat, du droit du bail, du droit de la filiation, des droits réels ou les dispositions en matière d'enrichissement illégitime.

¹² Cf. infra n. 57.

¹³ FRANK, p. 43 ss ; PULVER, p. 23.

¹⁴ HEGNAUER/BREITSCHMID, n. 03.15.

2. Conventions entre partenaires

- 19 Durant la vie commune, les partenaires sont libres de régler leur relation interne par voie contractuelle. Ils peuvent ainsi prévoir les droits et obligations qu'ils souhaitent s'imposer réciproquement (ATF 129 I 6). Les frontières de l'organisation de la vie privée sont outrepassées dès le moment où des dispositions de droit impératif sont violées ou que l'arrangement entre partenaires ne tient pas compte des règles sur la protection de la personnalité ou de l'interdiction d'un engagement excessif. De tels arrangements sont envisageables s'agissant de l'organisation du ménage, des soins prodigués aux enfants, du logement, du mobilier et des ustensiles du ménage, de l'entretien et du droit des successions ainsi que de la dissolution de la vie commune. Les possibilités de conclure des arrangements en matière de droit public ne sont guère possibles ou ne le sont que de manière très limitée ; en effet, en cette matière, l'ordre juridique se rattache bien plutôt à l'état civil (notamment s'agissant du droit des assurances sociales, des étrangers ou en droit fiscal).

B. Début de la communauté de vie

- 20 La communauté de vie de fait peut être constituée sans respect d'une forme particulière.

C. Situation juridique de chaque partenaire

- 21 Le partenariat de fait n'a aucune incidence sur l'état civil (et pas davantage sur le nom et le droit de cité). Malgré leur relation, les partenaires sont considérés comme deux personnes célibataires aussi longtemps qu'ils n'ont pas été mariés ou enregistrés.

D. Rapports juridiques entre les partenaires

- 22 Les partenaires sont libres d'aménager leurs relations contractuellement à leur guise. S'agissant tout particulièrement de leur situation patrimoniale, ils disposent d'une large autonomie. Cependant, ils renoncent bien souvent à une réglementation contractuelle explicite. S'il n'est pas possible de déterminer la volonté des parties, on se référera à leur volonté présumée.

1. Assistance et entretien

- 23 Les partenaires sont libres de fixer contractuellement le mode et l'étendue de la contribution de chacun d'eux à l'entretien du ménage commun. Ils peuvent également prévoir de se soutenir réciproquement sous une forme ou une autre. Souvent, les partenaires définissent clairement entre eux – sans conclure de contrat écrit – l'étendue de leur contribution respective à l'entretien du ménage commun. A défaut de contrat, le partenaire non enregistré ne peut prétendre à aucune forme d'assistance. La cohabitation de facto n'entraîne ni une obligation de fidélité et d'assistance ni une obligation d'entretien légale (ATF 112 Ia 251).

2. Rapports patrimoniaux

- 24 Les partenaires sont libres de régler contractuellement le mode d'attribution de leurs biens. Lorsque la vie commune prend fin, les biens sont attribués selon cette réglementation contractuelle.
- 25 A défaut de convention, il y a lieu d'appliquer les règles en matière de propriété et de possession, telles que prévues par les droits réels. Le ménage commun ne modifie en principe rien aux rapports patrimoniaux. Chaque partenaire demeure propriétaire des biens qu'elle a acquis. Elle reste également seule titulaire des revenus provenant de son activité lucrative et des biens reçus à titre gratuit (succession, donation, etc.). Si l'appartenance d'un objet ne peut être prouvée, le possesseur en est présumé être le propriétaire (art. 930

CC). S'agissant des objets du ménage en possession des deux partenaires, ils sont réputés être en copropriété.

- 26 La classification prévue par les droits réels joue un rôle en premier lieu lors de la dissolution du partenariat. Elle revêt également toute son importance lorsqu'un partenaire veut aliéner un bien commun ou lorsqu'un tiers veut engager une procédure d'exécution forcée (p.ex. saisie ou séquestre) contre un partenaire.

3. Logement commun

- 27 Au cas où une partenaire a signé le contrat de bail, la locataire est en principe seule habilitée à décider si, en cas de séparation ou de crise, sa compagne a le droit de rester dans l'appartement. Demeurent réservés les rapports juridiques particuliers entre les partenaires (sous-location, contrat de société, prêt à usage) et, au besoin, les délais de résiliation en vigueur.
- 28 Si les deux partenaires ont signé le contrat de bail, ils sont en principe traités sur un pied d'égalité. Chacun est tenu d'assurer à l'autre l'accès à l'appartement ainsi que son utilisation sans aucune restriction. Faute de convention contraire, chaque partenaire est présumé contribuer de manière égale aux frais de logement. En cas de séparation, les deux partenaires ont, de par la loi, le même droit à rester dans l'appartement. Il est vivement recommandé de prévoir un arrangement interne par écrit dans l'hypothèse d'une séparation¹⁵.
- 29 Si le logement commun appartient à l'un des deux partenaires, celui-ci peut seul en disposer. Afin de protéger l'autre partenaire, il est vivement recommandé de conclure un contrat de bail par écrit prévoyant le montant du loyer, la durée du bail ainsi que les délais de résiliation. En cas de décès du partenaire propriétaire, le locataire est autorisé à rester dans l'appartement car le contrat de bail est opposable aux héritiers. Si le locataire fait des investissements dans

¹⁵ Sur la question des relations juridiques entre le partenaire et le bailleur, cf. infra n. 42 ss.

le foyer de son partenaire, il est recommandé d'établir une reconnaissance de dette ou de conclure un contrat de prêt pour assurer toute prétention ultérieure.

- 30 Dans l'hypothèse où les deux partenaires sont propriétaires d'un appartement ou d'une maison, leur relation est déterminée en fonction de la forme de propriété choisie (p.ex. propriété par étage, copropriété ou propriété collective) et des règles s'y rapportant (art. 712 a ss, 646 ss, 652 ss CC).

4. Droit des successions

- 31 Le partenaire survivant au sein d'une communauté de vie de fait n'est au bénéfice d'aucun droit de succession légal. Faute de disposition pour cause de mort (testament ou pacte successoral), il est traité comme une personne « étrangère » n'ayant absolument aucun droit à la succession. Celle-ci est alors répartie entre les héritiers légaux, soit: 1. aux enfants ; 2. aux parents et à leurs descendants ; 3. aux grands-parents et à leurs descendants ; 4. à l'Etat (art. 457 ss CC). Le partenaire survivant n'a de surcroît aucun droit à une part réservataire.
- 32 Chacun peut disposer de ses biens en faveur de son partenaire par testament ou pacte successoral¹⁶, en respectant toutefois les parts réservataires revenant aux héritiers légaux. Sont considérés comme héritiers réservataires les enfants et les parents, ainsi que les conjoints et les partenaires enregistrés, à l'exclusion des frères et sœurs. Si l'institution du concubin en qualité d'héritier viole les règles sur la réserve, le testament ou le pacte successoral n'en reste pas moins valable. Les héritiers qui ne reçoivent pas le montant de leur réserve ont l'action en réduction jusqu'à due concurrence contre les libéralités qui excèdent la quotité disponible (art. 522 al. 1 CC). Par ailleurs, l'action en réduction porte également sur les donations

¹⁶ S'agissant de la forme à respecter pour le testament et le pacte successoral, cf. infra n. 68.

effectuées durant les 5 années précédant le décès lorsqu'elles violent les règles sur la réserve. A défaut d'héritier réservataire, la totalité des biens peut être attribuée au partenaire. Il importe en outre de garder à l'esprit que, dans la plupart des cantons, les impôts successoraux sont, en pareille situation, très élevés¹⁷.

5. Donations et prêts

- 33 La dissolution de la communauté de vie de fait n'implique pas de restitution des présents, à moins qu'une telle donation n'ait été expressément liée à cette condition. Parfois, il peut y avoir confusion sur la nature d'un « cadeau »: s'agit-il vraiment d'un don ou plutôt d'un prêt (de consommation ou à usage) ? Dans cette hypothèse, le prêteur doit être à même de prouver que les parties avaient convenu d'une restitution (art. 8 CC). A défaut, le tribunal devra trancher en fonction des circonstances du cas d'espèce et de l'expérience générale de la vie.
- 34 Selon les circonstances, les donations peuvent violer les dispositions sur la réserve prévues en droit successoral. Le partenaire non enregistré n'étant pas réservataire, la quote-part des héritiers réservataires sera d'autant plus importante¹⁸. Cela peut considérablement limiter la possibilité de faire des dons en faveur du partenaire.

6. Rapports de travail

- 35 La question se pose de savoir si une personne pourrait prétendre à un salaire pour des prestations fournies durant la vie commune, par exemple dans l'hypothèse où elle aurait travaillé régulièrement dans l'entreprise de son partenaire sans rémunération ou aurait tenu seule le ménage durant une période prolongée. Selon l'article 320 alinéa 2 CO, un contrat de travail est – même sans que les parties en aient expressément convenu – réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les

¹⁷ Cf. infra n. 56 et chap. 14, n. 18.

¹⁸ Cf. supra n. 32.

circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. Le Tribunal fédéral admet en principe l'existence d'un rapport de travail s'agissant de concubins (ATF 113 II 414). Cependant, dans un cas concret, il se peut que les rapports personnels étroits infirment la présomption d'un rapport de travail.

- 36 Afin d'éviter tout malentendu, une réglementation claire devrait être établie sur le principe et le mode d'indemnisation pour toute forme de collaboration ou pour la tenue du ménage. Il importe tout particulièrement de déterminer si une compensation financière devrait être prévue à titre de dédommagement pour les désavantages liés à une séparation, notamment dans l'hypothèse où un partenaire a renoncé partiellement ou totalement à l'exercice d'une activité lucrative afin de collaborer avec son partenaire ou de tenir le ménage commun.

E. Relations juridiques avec les enfants

- 37 Les relations juridiques avec les enfants sont avant tout caractérisées par le fait qu'elles n'existent qu'avec un partenaire. Que le couple de même sexe vive en communauté de fait ou en partenariat enregistré n'a, en l'occurrence, que peu d'incidence. En Suisse, les couples de même sexe ne peuvent ni choisir l'adoption commune, ni l'adoption de l'enfant du partenaire. Les enfants vivant au sein d'un couple de même sexe ne sont ainsi, par la force des choses, pas des enfants communs¹⁹. Dans le cas d'une parenté sociale commune, il est judicieux que le «co-parent» s'engage contractuellement, vis-à-vis du partenaire et de son enfant, à verser des contributions d'entretien.
- 38 Si l'enfant est issu d'une relation antérieure, les aliments ne sont en principe pas remis en question du fait de l'existence d'un concubinage entre personnes de même sexe car, contrairement à un partenaire enregistré (art. 27 al. 1 LPart), les concubins ne sont pas

¹⁹ A propos des relations juridiques des partenaires de même sexe, enregistrés ou non, vivant avec des enfants, voir aussi infra chap. 8.

légalement tenus de s'assister dans l'accomplissement de leur obligation d'entretien.

F. Relations juridiques avec les tiers

- 39 L'existence d'une communauté de vie de fait n'a en principe aucun effet vis-à-vis des tiers. Le principe du manque d'effet face aux personnes extérieures à la communauté souffre néanmoins quelques exceptions, comme le montrent les exemples ci-après.

1. Représentation

- 40 Contrairement aux partenaires enregistrés ou aux conjoints, il n'y a aucun droit légal à la représentation de la communauté. Une représentation n'est possible que moyennant une procuration. A défaut de procuration ou de contrat, il y a lieu d'appliquer les règles générales de la représentation (art. 32 ss et 543 CO) ou les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO).

2. Droit de visite et droits des patients

- 41 En cas d'accidents, de maladies graves ou de séjours en prison, les partenaires sont traités comme des proches par les médecins, le personnel hospitalier ou carcéral. Les partenaires de fait ne sont toutefois pas automatiquement considérés comme des proches, ce qui explique qu'ils ne bénéficient pas sans autre du droit de visite et d'être informés. Si l'une des partenaires n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté suite à un accident, sa compagne doit s'attendre à ce que le médecin ou le personnel hospitalier refuse de transmettre des informations sur l'état de santé ou de permettre l'accès à sa chambre en invoquant le secret professionnel. Il est donc vivement recommandé aux partenaires qui ne sont pas enregistrées d'établir des procurations réciproques adéquates²⁰.

²⁰ Cf. infra n. 64 ss.

3. Situation des partenaires en cas de bail

- 42 Contrairement à ce qui est prévu pour les couples mariés et les partenaires enregistrés²¹, la loi ne prévoit aucune protection pour le logement commun des concubins.
- 43 Dans l'hypothèse où le contrat de bail n'a été signé que par un des deux partenaires, il suffit au bailleur de signifier la résiliation du contrat de bail au locataire. Le partenaire n'étant pas partie au contrat ne peut exiger la prolongation du bail. Vis-à-vis du bailleur, le locataire est seul responsable du paiement du loyer et peut également résilier le bail de son propre chef. Au vu de la reconnaissance depuis longtemps acquise des relations entre concubins comme faisant partie de la notion de famille en vertu de l'article 272 CO, tout porte à croire que les principes énoncés ci-dessus seraient amenés à évoluer²². La locataire a par définition le droit de vivre dans l'appartement loué avec sa partenaire. Le bailleur ne peut en règle générale pas refuser de donner son accord à un contrat de sous-location (art. 262 CO). En cas de décès, le contrat de bail passe aux héritiers (art. 266i CO). Si le partenaire est désigné en tant qu'héritier, il devient désormais partie prenante au contrat de bail en sa qualité de membre de la communauté héréditaire.
- 44 Si les deux partenaires sont parties au contrat de bail, ils ont tous deux les droits et obligations inhérents aux locataires²³. La bailleuse doit ainsi signifier le congé à tous deux. Les partenaires sont solidairement responsables du paiement de l'entier du loyer. Ils doivent agir ensemble face à la bailleuse et doivent par exemple résilier le bail conjointement ou s'opposer de manière commune à une hausse de loyer injustifiée ou à une résiliation. A défaut de convention en ce sens, la bailleuse n'est pas tenue à accepter une

²¹ Art. 169 CC, 266n et 266o CO, art. 272 et 273a al. 1 CO ; art. 14 LPart et art. 266n et 273 al. 3 CO.

²² L'ATF 105 II 197, selon lequel les concubins ne doivent pas être considérés comme des membres de la famille au sens de l'art. 272 CO, est critiqué par la doctrine.

²³ Pour les relations entre partenaires, cf. supra n. 28.

résiliation partielle si seul l'un des partenaires veut mettre fin au contrat de bail. En cas de décès, il appartient à la bailleuse d'approuver le transfert du contrat de bail au partenaire survivant en vertu du principe de la bonne foi²⁴.

4. Rente en cas de divorce

- 45 Le droit à la rente s'éteint en cas de remariage du créancier (art. 130 al. 2 CC) ou d'enregistrement d'un partenariat (art. 34 al. 4 LPart en relation avec l'art. 130 al. 2 CC). Le fait de s'engager à mener une vie commune peut également entraîner la diminution, voire l'extinction du droit à la contribution d'entretien. Le droit du divorce prévoit que si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée (art. 129 al. 1 CC). La communauté de vie de fait peut constituer un tel changement²⁵. Un concubinage stable peut, sur requête de l'ex-mari débirentier, aboutir à la suppression de la rente versée en cas de divorce (ATF 109 II 188 ; ATF 106 II 4 ; ATF 104 II 154) car l'on présume alors que les concubins renoncent au mariage afin que l'ex-épouse ne perde pas son droit à la rente. La jurisprudence applicable au « concubinage qualifié » ne s'appliquait jusqu'à présent qu'aux communautés de vie hétérosexuelles (ATF 124 III 54 ; ATF 118 II 235). La possibilité pour les partenaires de s'enregistrer, liée à la reconnaissance juridique des partenariats homosexuels, va assurément entraîner une modification de cette jurisprudence.
- 46 Cela étant, il faut s'opposer à la suppression quasiment automatique – qui correspond à la pratique actuelle – de la rente liée au divorce. Le problème se pose justement chez les couples de lesbiennes d'un certain âge qui vivaient autrefois en union traditionnelle. La plupart du temps, les deux partenaires ont connu un ralentissement dans le

²⁴ FRANK, § 7 n. 19.

²⁵ Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 sur le droit du divorce, FF 1996 I 1 à 199, 122 s.

développement de leur carrière professionnel notamment en raison du temps qu'elles ont consacré à l'éducation de leurs enfants. Ainsi, dans la plupart des cas, elles ne disposent pas des mêmes moyens financiers qu'un couple de concubins hétérosexuels. Il faut donc tenir compte de ces circonstances particulières qui dépendent de la répartition traditionnelle des sexes et des désavantages des femmes dans la vie professionnelle. Ainsi la rente ne devrait pas être supprimée ou suspendue lorsque les partenaires ne sont pas économiquement en situation de pouvoir se soutenir financièrement et qu'une amélioration de leurs situations économiques respectives ne peut être envisagée²⁶.

5. Poursuite pour dettes et faillite

- 47 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des concubins hétérosexuels ayant des enfants doivent, s'agissant de la détermination des besoins vitaux, être essentiellement traités de la même manière qu'un couple marié avec des enfants (ATF 106 III 11 ss). La question de savoir si cette jurisprudence s'applique par analogie également aux couples de même sexe n'ayant pu avoir d'enfants communs n'a – jusqu'à présent – pas été tranchée. Pour le calcul du minimum vital d'un débiteur vivant en concubinage stable, il faut, selon la pratique du Tribunal fédéral, utiliser en principe la moitié du montant de base pris en compte pour les conjoints (ATF 130 III 765).

6. Perte de soutien

- 48 Lorsqu'un partenaire perd son compagnon dans un accident mortel, il a droit, selon les circonstances à être indemnisé conformément aux règles de l'article 45 alinéa 3 CO. A cet égard, il faut déterminer uniquement si les partenaires ont contribué à leur entretien

²⁶ Cf. aussi l'ATF 114 II 295: dans sa jurisprudence antérieure, le TF n'a pas supprimé la rente si l'ayant droit ne pouvait, pour des motifs sérieux et particuliers, pas bénéficier, de la part de son concubin, d'un soutien analogue à celui d'un conjoint.

réciproque et s'ils auraient continué à le faire, selon toute vraisemblance. En revanche, l'existence d'une obligation légale d'entretien n'est pas décisive. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si une concubine a droit à une indemnité pour tort moral (art. 47 CO) au décès de sa compagne (ATF 114 II 147) et les auteurs ont des avis divergents à ce propos.

G. Relations juridiques face à l'Etat

- 49 La communauté de vie de fait ne déploie en principe aucun effet vis-à-vis de l'Etat. Il en est ainsi en particulier du droit fiscal, du droit des assurances sociales et du droit des étrangers. Mais, ici également, le principe souffre de nombreuses exceptions.

1. Droit des étrangers

- 50 Les étrangères vivant en communauté de fait sont traitées comme des personnes seules et ne peuvent, en principe, faire valoir aucun droit à séjourner en Suisse.
- 51 Etant donné que les couples de même sexe ne pouvaient, jusqu'à présent, faire enregistrer leur partenariat et n'étaient, ainsi, pas en mesure de fonder un droit à l'obtention d'un permis de séjour selon les articles 7 alinéa 1 ou 17 alinéa 2 LSEE, une abondante jurisprudence s'est développée ces dernières années s'agissant des couples binationaux de même sexe. Dans un arrêt de principe rendu en 2000, le Tribunal fédéral a reconnu que, s'agissant de couples homosexuels, le partenaire étranger peut en principe déduire un droit à l'obtention d'un titre de séjour en se prévalant de la protection de la vie privée prévue à l'article 8 alinéa 1 CEDH. L'existence d'une relation proche, sincère et effective avec un ressortissant suisse ou avec un partenaire étranger dont le droit de séjourner en Suisse est garanti, est exigée par la Haute Cour (ATF 126 II 425 ss). Ce jugement a été à l'origine d'une pratique bien implantée dans la plupart des cantons, selon laquelle les autorisations de séjour

accordées à des partenaires étrangers de même sexe sont soumises à la condition de l'existence d'une relation stable. Les exigences posées par les cantons concernant la relation (en particulier la durée de celle-ci) sont, cependant, très variables²⁷.

- 52 S'agissant des couples hétérosexuels, la législation sur les étrangers conditionne en règle générale le droit à l'obtention d'une autorisation de séjour à la conclusion du mariage. L'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat, qui prévoit également un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour pour les partenaires enregistrés, obligera également les couples de même sexe à s'enregistrer s'ils veulent obtenir un titre de séjour. Des cas exceptionnels dans lesquels subsiste un droit à l'obtention d'un droit de séjour découlant directement de l'article 8 CEDH – soit sans enregistrement – sont envisageables, notamment lorsque le couple concerné n'a pas la possibilité de s'enregistrer ou si l'on ne peut raisonnablement l'exiger. En premier lieu, cela peut, par exemple, survenir lorsqu'il n'est pas possible de dissoudre un mariage qui n'existe plus que formellement depuis longtemps. Le deuxième cas peut se produire lorsque le partenaire étranger risquerait d'être sérieusement menacé dans son pays d'origine du fait de l'enregistrement d'un partenariat (p.ex. lorsque l'homosexualité est punissable dans le pays en question) ou lorsqu'un couple non enregistré ne séjourne que momentanément en Suisse et que l'Etat de domicile ne connaît pas de partenariat enregistré²⁸.

2. Assurances sociales

- 53 Le droit des assurances sociales est en principe dépendant de l'état civil de l'assuré. Ainsi en est-il du droit aux rentes de veuves et de veufs, du plafonnement des rentes, de l'exemption du paiement des cotisations, du partage des revenus et des bonifications pour tâches éducatives et d'assistances et du partage de la prestation de sortie de

²⁷ Cf. aussi infra chap. 9, n. 29 ss et 36.

²⁸ Cf. aussi infra chap. 9, n. 32 s.

la prévoyance professionnelle en cas de divorce, toutes ces mesures ne s'appliquant qu'aux couples mariés et à ceux liés par un partenariat enregistré²⁹. Le droit à la rente complémentaire de l'assurance-invalidité (art. 34 et 38 LAI) n'existe pas pour les partenaires de fait. Le concept de « membre de la famille de l'employeur travaillant dans l'entreprise », au sens de l'article 22 alinéa 2 lettre c OLAA, n'inclut pas le concubin (ATF 121 V 125). La dissolution d'une communauté de fait ne représente aucune « raison semblable », comme le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré au sens de l'article 14 alinéa 2 LACI (ATF 123 V 219).

- 54 Cependant, les couples non enregistrés ont également des avantages. Le plafonnement des rentes AVS ou AI revenant à un couple, fixé à 150% (art. 35 LAVS, art. 37 LAI) n'existe pas pour les personnes faisant de fait vie commune. Les deux partenaires reçoivent la rente de vieillesse non réduite. Le droit aux rentes en cours ne s'éteint pas du fait que deux personnes décident de faire vie commune, contrairement à ce qui se passe en cas de remariage³⁰. De surcroît, l'un des partenaires non enregistré peut également prétendre à des prestations complémentaires, quand bien même l'autre jouit d'une bonne situation financière.
- 55 Le domaine de la prévoyance professionnelle connaît une exception au principe de la dépendance de l'état civil de l'assuré, exposé ci-dessus. Les caisses de pension peuvent prévoir des prestations allant au-delà des prestations légales minimales (art. 6 ss LPP). De plus en plus souvent, les caisses de pension octroient des rentes ou des versements sous forme de capital également pour les concubines³¹. En vertu du principe d'interdiction de discrimination institué à l'article 8 alinéa 2 Cst., ces droits valent aussi bien pour les couples

²⁹ Art. 23 à 24a LAVS, art. 19 LPP ; art. 35 LAVS ; art. 3 al. 3 LAVS ; art. 29^{quinquies} ss LAVS ; art. 22 LFLP ; art. 13a LPGA ; 19a LAVS, art. 22d LFLP.

³⁰ Art. 23 al. 4 LAVS, art. 29 al. 4 LAA, art. 22 al. 2 LPP.

³¹ Cf. infra n. 70.

hétérosexuels qu'homosexuels. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a récemment modifié sa jurisprudence en considérant désormais qu'une concubine tenant exclusivement le ménage commun et recevant, de ce fait, des prestations en nature de son compagnon (sous forme de nourriture et de logis) et éventuellement un peu d'argent de poche en sus, doit dès à présent être considérée comme une personne non active sous l'angle du droit des cotisations (ATF 125 V 205).

3. Impôts

- 56 Sous l'angle du droit fiscal, les partenaires de fait sont traités comme des personnes seules. Ils sont taxés séparément s'agissant des impôts sur les revenus. En ce qui concerne les impôts sur les successions, le taux d'imposition est fonction du degré de parenté. Alors que les conjoints et les partenaires enregistrés ne doivent, la plupart du temps, pas payer d'impôts sur les successions, les concubins sont fiscalement considérés comme n'importe quelle tierce personne. Selon les cantons, l'impôt sur les successions peut s'élever jusqu'à 60% du montant reçu en héritage. Le Tribunal fédéral a considéré que, s'agissant des impôts sur les successions, le fait que les concubins subissent une charge fiscale six fois plus élevée que les couples mariés était compatible avec le principe d'égalité de traitement (ATF 123 I 241). Désavantager pareillement des concubins ne se justifie pas. Les principes en vigueur, en droit fiscal, de l'uniformité de l'imposition et de l'imposition en fonction de la capacité contributive doivent également être pris en compte dans les rapports entre personnes mariées ou enregistrées, d'une part, et concubins, d'autre part.

4. Refus de témoigner, incompatibilités et récusation

- 57 Les codes de procédure accordent régulièrement aux conjoints, aux partenaires enregistrés ainsi qu'aux proches parents le droit de refuser de témoigner. Pour ces groupes de personnes, les lois de

procédure prévoient également des cas d'incompatibilité et de récusation dans l'hypothèse où elles agissent en qualité de représentants de l'autorité. Dans le cadre des modifications légales effectuées à l'occasion de l'introduction de la loi sur le partenariat, le législateur fédéral a prévu une adaptation du droit à la réalité sociale et a reconnu la proximité effective des relations personnelles comme un motif de refus de témoigner ou de récusation. Dans de nombreuses lois fédérales, le concubinage (tant hétéro- qu'homosexuel) est désormais pris en compte s'agissant des incompatibilités, des cas de récusation et de refus de témoigner³². De nombreux codes de procédure cantonaux connaissent également de telles dispositions s'agissant des concubins.

H. Dissolution de la communauté de vie

- 58 Les personnes faisant vie commune sont libres de se séparer en tout temps et sans formalités. Si les partenaires n'ont conclu aucune convention à cet égard, une séparation, même après une vie commune prolongée, n'entraînera aucune obligation d'entretien. Lors de la séparation, chaque partenaire récupère les éléments de fortune qui lui appartiennent, en application des dispositions sur les droits réels. Pour les éléments de fortune dont la propriété ne peut être clairement définie, la jurisprudence du Tribunal fédéral se réfère aux règles de la société simple en tant que « communauté en liquidation »³³. Cela entraîne une répartition par moitié des bénéfices et des pertes (art. 533 al. 1 CO).

³² Art. 61 al. 1 let a LOGA, art. 10 al. 1 let. b PA, art. 8 al. 2 LTF, art. 34 al. 1 let. c LTF, art. 42 al. 1 let a PCF, art. 10 al. 1 ch. 2 LP, art. 75 let. a PPF, art. 29 al. 1 let. b DPA, art. 33 let. b et let. d PPM, art. 75 let. a PPM, art. 109 al. 1 let. b LIFD. – art. 54 let. c, art. 166 al. 1 let. a du Projet de code de procédure pénale suisse (CPP), du 21 décembre 2005, FF 2006 1373 à 1542 ; art. 45 let. c, art. 162 al.1 let. a à combiner avec l'al. 2 du Projet de code de procédure civile suisse (CPC), du 28 juin 2006, FF 2006 6841 à 7132.

³³ Pra 1982 n. 267.

- 59 En cas de copropriété de biens mobiliers ou immobiliers, ou de contrat de bail à loyer commun, par exemple, il faut encore tenir compte du fait que, malgré la séparation, les relations juridiques s’y rapportant subsistent, jusqu’au prochain délai de résiliation possible dans le second cas. Lorsque les partenaires possèdent par exemple une maison en commun et ne parviennent pas à s’entendre sur les modalités de vente, le contrat de société simple devrait être dénoncé immédiatement afin que la liquidation de l’immeuble puisse avoir lieu six mois plus tard, si nécessaire contre la volonté de l’une des partenaires.

IV. Aperçu des aménagements juridiques possibles

- 60 Le mariage ou le partenariat enregistré garantit une certaine protection juridique qui fait défaut aux concubins. Ces derniers ont toutefois plusieurs possibilités d’aménager leurs relations internes par la voie de conventions. En outre, il est indiqué de prendre diverses mesures pour avantager la partenaire face aux tiers, notamment en cas de maladie ou de décès.

A. Contrats de partenariat

- 61 Le fait de savoir si des concubins ont besoin de prévoir une réglementation particulière pour la durée de la relation ou en cas de séparation dépend de l’aménagement de leur vie commune et de leur situation financière. Lorsque, au sein d’un couple, chaque partenaire tient son propre ménage et gère lui-même ses propres finances, un contrat de partenariat s’avèrera plutôt superflu. Par contre, une réglementation est vivement recommandée en cas d’acquisition d’un logement commun ou d’un élément de fortune d’une certaine importance. Elle l’est également lorsqu’un partenaire travaille dans l’entreprise de l’autre ou que le couple cohabite avec des enfants. Bien souvent, un couple pourra se contenter de régler certains points

particuliers. Il est également possible de conclure un contrat de partenariat exhaustif qui couvre la palette la plus vaste possible des domaines de l'existence.

- 62 Les arrangements conclus entre concubins ne sont soumis à aucune forme particulière, ce qui signifie qu'ils peuvent également avoir été faits oralement. Pour des raisons de preuve, il est cependant recommandé d'utiliser la forme écrite. Si de tels contrats ont pour objet certains actes juridiques qui, de par la loi, doivent revêtir la forme authentique (notamment s'agissant du transfert de propriété foncière ou en cas de promesses de donation portant sur des biens immobiliers), il est alors préférable que le contrat dans son entier revête la forme authentique.
- 63 Ci-après, quelques thèmes pouvant figurer dans un contrat de partenariat, sans prétention d'exhaustivité³⁴:
- *Ménage commun*: règlement sur la tenue du ménage et la répartition des coûts du ménage commun.
 - *Assistance et entretien*: règlement de l'entretien pour la durée de la relation et, au besoin, après son achèvement (p.ex. lorsqu'une personne ne travaille pas, a moins d'argent à disposition, est encore en formation, tient seule le ménage ou s'occupe d'enfants).
 - *Appartement en location*: contrat relatif à l'utilisation de l'appartement. Réglementation interne relative au paiement du loyer, aux délais de résiliation et à l'éventualité d'une séparation (qui conserve l'appartement ?). Contrat de sous-location lorsque seul un des partenaires est titulaire du bail.
 - *Appartement en propriété*: réglementation interne des droits et obligations des partenaires, en particulier pour le cas d'une séparation. Contrat de bail à loyer réglant la question du loyer et des délais de résiliation si un seul des partenaires est propriétaire.

³⁴ Pour des contrats-types, voir notamment les publications ci-après: RAMSAUER/AMMANN, GRZIWOTZ, *Beratungshandbuch*, GRZIWOTZ, *Partnerschaftsvertrag*, HAUSER, TZSCHASCHEL.

- *Réglementation des rapports de propriété*: réglementation de propriété du mobilier et des divers objets du ménage, établissement d'un inventaire sur les objets d'ameublement et de valeur.
- *Représentation*: réglementation concernant la représentation du concubin dans les affaires courantes et dans les relations avec l'administration, établissement de procurations.
- *Donations, prêts*: réglementation sur l'éventualité d'une restitution des cadeaux après dissolution du partenariat. Conclusion d'un contrat de prêt ou établissement d'une reconnaissance de dette en cas de prêt remboursable (notamment en cas d'investissements dans l'immeuble du concubin).
- *Enfants*: règlement de la question de l'entretien des enfants, réglementation des conséquences d'une séparation (droit de visite, entretien).
- *Collaboration dans l'entreprise du partenaire*: réglementation sur le principe et l'étendue d'une éventuelle indemnisation pour la collaboration.
- *Conséquences de la rupture*: qui reçoit quoi, qui est autorisé à rester dans l'appartement, délais de résiliation, devoirs d'entretien.

B. Procurations, directives anticipées du patient

- 64 La communauté de vie ne peut être représentée vis-à-vis de l'extérieur que dans le cadre d'une procuration explicite. Il est ainsi possible d'établir une procuration générale qui autorise l'un des partenaires à représenter l'autre vis-à-vis des tiers dans les domaines les plus divers. S'agissant des relations postales et bancaires, des procurations spéciales sont néanmoins nécessaires.
- 65 Indépendamment du choix de l'organisation de la vie commune, des réglementations en cas de maladie ou de décès sont recommandées dans la plupart des cas ; sont notamment visées les procurations

concernant le droit de visite à l'hôpital ou en institution, la levée du secret médical en faveur du partenaire ou l'établissement de directives anticipées du patient conçues de manière générale.

- 66 Les procurations peuvent revêtir la forme d'une simple déclaration écrite, datée et signée. Un acte authentique n'est pas nécessaire à cet égard³⁵.

C. Testaments, pactes successoraux

- 67 Aucun droit de succession légal n'est institué pour les partenaires faisant vie commune sans être enregistrées. Afin d'éviter que la partenaire ne se trouve démunie, il est nécessaire de prévoir une réglementation – par testament ou pacte successoral – en cas de décès. Toutefois, les possibilités de favoriser son partenaire par disposition pour cause de mort sont, selon les cas, fortement réduites du fait des parts réservataires revenant aux héritiers légaux³⁶. De plus, le partenaire survivant se trouve également préterité du fait des impôts successoraux élevés que connaissent de nombreux cantons³⁷.
- 68 La partenaire peut être désignée comme héritière (unique) ou légataire par disposition pour cause de mort. Des règles de partage détaillées peuvent en outre être prévues sur la répartition, entre les héritiers, des différents objets de la succession. S'agissant de l'attribution des objets provenant du ménage commun, la partenaire peut être mise au bénéfice d'un droit préférentiel. De surcroît, le partenaire propriétaire d'une maison ou d'un appartement peut garantir au partenaire survivant le droit de rester dans le domicile commun avec la possibilité de choisir entre un droit d'habitation, un droit d'usufruit ou un droit de propriété exclusive. La partenaire survivante peut être désignée en qualité d'exécuteur testamentaire et

³⁵ Pour des exemples de procurations, voir RAMSAUER/AMMANN.

³⁶ Cf. supra n. 32.

³⁷ Cf. supra n. 56.

des instructions peuvent être données par le défunt s'agissant du déroulement des funérailles.

- 69 Chaque partenaire doit rédiger lui-même son propre testament. Un *testament* « commun » n'est valable que sous la forme d'un pacte successoral. Le testament doit être rédigé à la main du début à la fin et indiquer la date à laquelle il a été rédigé ; il doit finalement être muni d'une signature. La forme authentique également prévue par la loi n'est toutefois pas nécessaire. Pour être valable, un *pacte successoral* doit être conclu en présence d'un notaire et de deux témoins. La conclusion d'un tel pacte n'est donc pas qu'une affaire entre partenaires (en vue de les protéger réciproquement). Bien souvent, des pactes abdicatifs sont conclus parallèlement avec les héritiers réservataires (p.ex. avec les parents).

D. Désignation d'un bénéficiaire dans le cadre de la prévoyance professionnelle ou d'une assurance vie

- 70 Bien que la loi (LPP) ne prévoie aucune prestation en faveur du concubin, il est souvent néanmoins possible de le désigner en tant que bénéficiaire dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire (2^{ème} pilier). Les règlements des caisses de pension fournissent des informations sur les conditions auxquelles le partenaire peut être désigné en tant que bénéficiaire. La désignation doit en principe être communiquée par écrit à la caisse de pension, du vivant de l'autre partenaire. Parfois, une durée minimale de vie commune est exigée. Certaines caisses de pension exigent de surcroît le dépôt d'une convention d'entretien. Après le décès, le partenaire survivant doit en principe faire valoir son droit auprès de la caisse de pension dans un délai relativement bref.
- 71 Dans le cadre de la prévoyance liée (pilier 3a), les conditions générales d'assurance définissent l'étendue des possibilités de favoriser un partenaire en cas de décès. La désignation d'un partenaire est en principe possible lorsque la personne assurée n'est

pas mariée et n'a pas d'enfants. Il est alors possible de léguer les avoirs du pilier 3a à l'un des « autres héritiers » et de désigner son partenaire en première position. Sur demande, les banques et les assurances remettent les formulaires correspondants, afin de modifier l'ordre de désignation. A noter que la partenaire doit également être simultanément désignée en tant qu'héritière instituée par testament ou pacte successoral.

- 72 Dans l'hypothèse où les enfants vivent au sein de la communauté ou que les concubins sont confrontés à des obligations financières d'une certaine importance, il faut examiner, dans le cas où seul un des partenaires exerce une activité lucrative, si le partenaire survivant peut être couvert par une assurance en cas de décès. Ainsi, la somme d'assurance ne revient pas aux héritiers et le partenaire peut en bénéficier directement. Avant la conclusion d'une telle assurance, il convient toutefois de déterminer les conséquences successorales et fiscales.

E. Déclaration relative aux enfants

- 73 Lorsque des enfants font ménage commun avec un couple de même sexe, il paraît indiqué – avant tout dans les cas de parenté sociale commune – que la mère biologique rédige une déclaration fixant leur sort en cas de décès. La déclaration peut figurer dans un testament, un contrat de partenariat commun ou exister dans un document à part³⁸. Eu égard à la maxime d'office, les autorités de tutelle vont se fonder uniquement sur le bien de l'enfant pour statuer sur son placement et le droit de garde. Une déclaration de volonté clairement formulée par la mère biologique peut cependant contribuer à faciliter grandement les choses et à augmenter les chances de l'enfant de pouvoir rester dans un environnement familial (c.-à-d. auprès de sa « 2^{ème} mère »). En effet, le fait d'extraire l'enfant de son milieu social habituel ne contribue en principe pas à servir son bien.

³⁸ Pour des exemples de contrats et de déclarations, voir HUBER/LEEMANN.

Bibliographie

BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: RUMO-JUNGO ALEXANDRA/PICHONNAZ PASCAL (édit.), Familienvermögensrecht, Berne 2003, p. 59 à 88 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse, Problèmes et recherches de solutions, Berne 1999 ; EHMANN KLAUS, Partner ohne Trauschein – Rechte und Pflichten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Heidelberg 1999 ; FRANK RICHARD/GIRSBERGER ANDREAS/VOGT NEDIM PETER/WALDER-BOHNER HANS ULRICH/WEBER ROLF H. (abrégé FRANK), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zurich 1984 ; GRZIWOTZ HERBERT, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, Beratungshandbuch für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften, Munich 2003 ; GRZIWOTZ HERBERT, Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2003, p. 1417 à 1424 ; GRZIWOTZ HERBERT, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4^{ème} éd., Munich 2002 ; HAUSER SONJA, Zusammen leben, zusammen wohnen, Beobachter Ratgeber, 4^{ème} éd., Zurich 2004 ; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/KOBEL ESTHER, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 2002, p. 18 ss ; HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4^{ème} éd., Berne 2000 ; HERZ NADJA, Zürcher Partnerschaftsgesetz – Die häufigsten Fragen, Merkblatt, Zurich 2005, <<http://www.los.ch>> ; HERZ NADJA, Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz, in: LOS/Pink Cross (édit.), Gleiche Rechte für gleichgeschlechtliche Paare, Berne 1999 ; HOCHL KARIN A., Gleichheit – Verschiedenheit: Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, Saint-Gall 2002 ; HUBER FABIOLA/LEEMANN URSA, Lesben mit Kindern, Eine Rechtsbroschüre der Lesbenorganisation Schweiz LOS für Lesben mit Kindern oder Kinderwunsch, Berne 2003 ; PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare, Bâle et al. 2000 ; PULVER BERNHARD, Mögliche Wege der Gesetzgebung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Revue de l'avocat 2000/5, p. 9 à 13 ; RAMSAUER ADRIAN/AMMANN KATJA, Rechtstipps für gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz und die registrierte Partnerschaft im Kanton Zürich, 6^{ème} éd., Berne 2005 ; RÖTHEL ANNE, Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Neue Rechtsfragen und Regelungsaufgaben im In- und Ausland, ZRP 1999, p. 511 à 519 ; TZSCHASCHEL HANS-ULRICH, Vereinbarungen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften, 4^{ème} éd., Heidelberg 2005 ; VON MÜNCH EVA MARIE, Zusammenleben ohne Trauschein, Lebensgemeinschaften von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren, 7^{ème} éd., Munich 2001 ; WILDHABER

LUZIUS in: WILDHABER LUZIUS/BREITENMOSER STEPHAN, Art. 8 (1992), in: Internationaler Kommentar zur EMRK, Cologne et al. dès 1986 ; WOLF STEPHAN, Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, p. 157 à 167.