

Rapport suisse

Sabrina Burgat, *avocate au barreau, spécialiste FSA en droit de la famille, Post-Doctorante et chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel*

Préambule

Le droit suisse appréhende les familles à travers le livre deuxième du Code civil intitulé droit de la famille. Ce livre comprend trois parties, la première est intitulée « des époux », la seconde « des parents » et la troisième « de la protection de l'adulte »

Le Code civil appréhende ainsi la famille à travers l'institution du mariage, qui en droit suisse est réservée aux couples hétérosexuels, conformément aux articles 94ss du Code civil (CC).

Les couples de même sexe peuvent se lier par un partenariat enregistré au sens de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (LPart). Il s'agit d'une loi spéciale dont les effets sont proches de ceux attribués au mariage, sauf en matière de filiation, et dans quelques domaines spécifiques du droit des assurances sociales, comme cela est expliqué ci-après.

En dehors du mariage et du partenariat enregistré, il n'existe pas d'autres formes de vie commune reconnue par le droit Suisse.

Les effets du concubinage sont essentiellement réglés par les règles applicables à la société simple, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹. La vie commune a parfois des effets épars, par exemple pour la représentation légale dans le domaine médical (art. 378 al. 1 ch. 4) ou pour l'adoption de l'enfant du concubin, si les conditions sont remplies, notamment celle exigeant trois ans de vie commune (art. 264c CC)

Il convient de relever qu'un avant-projet de loi est actuellement en consultation, intitulé « Mariage civil pour tous »² visant à ouvrir le mariage à tous les couples, indépendamment du sexe des partenaires, sans inclure les questions de procréation médicalement assistée, sous réserve d'une variante proposée permettant aux couples de femmes mariées d'accéder au don de sperme.

I. La solidarité familiale vis-à-vis du groupe social – Effets personnels du mariage

A – Le nom

Le mode d'acquisition du nom de famille de l'enfant dépend de l'état civil de ses parents.

¹ ATF 109 II 228.

² Initiative parlementaire 13.468, disponible sur le site www.parlement.ch.

Le nom de famille s'acquiert à la naissance en fonction du choix opéré par les parents. Pour les enfants de parents mariés, il convient de distinguer suivant que les parents mariés portent ou non le même nom : l'enfant de parents mariés qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage (art. 270 al. 1 CC). L'enfant de parents mariés qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom (art. 270 al. 3 CC).

L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de célibataire du parent qui détient l'autorité parentale de manière exclusive. Si les deux parents exercent l'autorité parentale en commun, les parents choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront (art. 270a al. 1 CC). Les changements ultérieurs d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effets sur le nom (art. 270a al. 4 CC).

Lorsque l'autorité parentale conjointe a été instituée après la naissance du premier enfant, les parents ont un délai d'une année à partir de son institution pour déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant porte le nom de célibataire de l'autre parent. La déclaration vaut pour tous les enfants communs (art. 270a al. 2 CC).

Conformément à l'art. 160 al. 1 CC, chacun des époux conserve son nom en cas de mariage. Les fiancés peuvent toutefois déclarer à l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage, vouloir porter un nom de famille commun, qui sera le nom de célibataire de l'un ou de l'autre des époux (à l'exclusion d'un nom de famille acquis lors d'un précédent mariage). La même règle s'applique aux partenaires enregistrés en vertu de l'art. 12a LPart, alors qu'il n'y a aucun effet sur le nom pour les concubins.

L'époux qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage conserve ce nom après le divorce. Il peut toutefois déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil, vouloir reprendre son nom de célibataire (art. 119 CC). La même règle vaut pour les partenaires enregistrés (art. 30a LPart).

B – La nationalité et le séjour

Nationalité - acquisition

Selon la Loi fédérale sur la nationalité suisse (LN), la nationalité suisse s'acquiert par la filiation, lorsque le père ou la mère juridique de l'enfant est de nationalité suisse.

La nationalité suisse peut s'acquérir par décision de l'autorité, aux conditions prévues aux articles 9 ss LN (conditions formelle et matérielles liées notamment à la durée du séjour – 10 ans en Suisse - et à l'intégration).

Seul le mariage permet l'acquisition de la nationalité par la naturalisation facilitée, c'est-à-dire à des conditions et selon une procédure plus souples que l'acquisition ordinaire de la nationalité (notamment seulement 5 ans de séjour en Suisse, dont trois avec le conjoint, selon l'art. 21 LN).

Le partenariat enregistré permet d'appliquer les mêmes conditions assouplies de la naturalisation facilitée, toutefois, la naturalisation est formellement qualifiée « d'ordinaire » (art. 10 LPart).

Nationalité - perte

Lorsque le lien de filiation entre l'enfant et le parent qui lui a transmis la nationalité est annulé, l'enfant perd la nationalité suisse, à moins qu'il ne devienne apatride (art. 2 LN).

De par la loi, la nationalité se perd par annulation du lien de filiation (art. 5 LN), par adoption par des parents non suisse (art. 6 LN), en cas de naissance à l'étranger au jour du 25^{ème} anniversaire, sauf déclaration contraire ou annonce à une autorité suisse (art. 7 LN). Elle se perd également si une personne détenant une double nationalité porte gravement atteinte aux intérêts ou au renom de la Suisse (art. 42 LN).

L'annulation de la naturalisation fait perdre également la nationalité aux enfants qui l'ont acquise en vertu de la décision annulée, sauf si les enfants ont atteint l'âge de 16 ans au moment de la décision d'annulation et qu'il remplisse les conditions de résidence pour obtenir la naturalisation de manière individuelle propre. Il n'y a pas d'annulation si les enfants deviennent apatrides suite à l'annulation de la naturalisation.

Droit de séjour

Le droit de séjour est réglé par la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI). Le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui (art. 42 LEI).

Les membres de la famille d'un ressortissant suisse titulaire d'une autorisation de séjour durable délivrée par un Etat de l'Union européenne, ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa validité. Sont considérés comme membres de la famille, le conjoint et ses descendants âgé de moins de 21 ans (ou dont l'entretien est garanti) ; les ascendants du ressortissant suisse ou de son conjoint bénéficie également de ce droit si leur entretien est garanti (art. 42 LEI).

Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement, pour autant qu'il remplisse les critères d'intégration. Les enfants de moins de 12 ans du conjoint ont droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 42 LEI).

Le système du regroupement familial précité s'applique également au conjoint et aux enfants étrangers du titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour, de même en cas d'autorisation de courte durée, aux conditions prévues aux art. 43 à 45 LEI (logement commun approprié, absence d'aide sociale ou de prestations complémentaires, aptitude à communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile qui ne s'appliquent toutefois pas aux enfants célibataires de moins de 18 ans)

Le délai pour le regroupement familial est de 5 ans. Pour les enfants de plus de 12 ans, le regroupement doit intervenir dans un délai de 12 mois, sauf pour le regroupement familial au bénéfice d'un ressortissant de l'Union européenne.

Les bénéficiaires du regroupement familial doivent faire ménage commun avec le titulaire du droit, sauf si des raisons majeures justifient l'existence de domiciles séparés, pour autant que la communauté familiale soit maintenue (art. 49 LEI).

Après dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité subsiste dans deux cas : 1) l'union conjugale a durée au moins trois ans et les critères d'intégration sont remplis ; 2) la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures. Il y a raisons personnelles majeures notamment lorsque le conjoint est victime de violence conjugale, que le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux ou que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise.

En dehors de ces cas exceptionnels, l'autorisation de séjour ou d'établissement accordée en raison du regroupement familial n'est pas retirée en cas de suspension de la vie commune ou de dissolution de la famille.

Le lien familial ne fait pas obstacle à la décision d'expulsion. Il n'existe pas de règles particulières en droit suisse à ce sujet, de telle sorte que la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH s'applique.

C – La représentation

En droit suisse, chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune, conformément à l'art. 166 CC. La même règle vaut pour les partenaires enregistrés (art. 15 LPart). Au-delà des besoins courants, le mécanisme de représentation ne s'applique qu'avec l'autorisation du conjoint ou du partenaire enregistré ou avec l'autorisation du juge. Exceptionnellement, en cas d'empêchement en raison de maladie, d'absence ou d'autres causes analogues, le mécanisme de représentation peut s'appliquer lorsque l'affaire ne souffre aucun retard.

Entre concubins, les règles ordinaires de la représentation au sens des articles 32 ss du Code des Obligations (CO) sont applicables.

En droit médical, l'art. 378 CC prévoit un mécanisme en cascade de représentants médicaux habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage. Il s'agit, dans l'ordre, de la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude, le curateur ayant pour la tâche de représentation dans le domaine médical, le conjoint ou le partenaire enregistré s'il fait ménage commun avec la personne concernée ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière, la personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière. Dans ce cadre, le critère du ménage commun et l'assistance régulière sont déterminants, par rapport au critère du lien formel du mariage ou du partenariat enregistré.

Il n'existe pas de mécanismes particuliers de représentation liés aux liens familiaux en procédure civile.

D – Les avantages familiaux (droits et immunité)

Il existe peu de prérogatives qui résultent d'un lien familial en droit public fédéral.

Dans le cadre des poursuites et failles, la poursuite dirigée contre un débiteur dont le conjoint ou le partenaire enregistré, le parent ou l'allié en ligne directe ou une personne qui fait ménage commun avec lui est décédée, est suspendue pendant deux semaines à compter du jour du décès (art. 58 LP).

Dans la même loi, lorsque la poursuite est dirigée contre un époux placé sous le régime de communauté de bien au sens des art. 221 ss CC, le commandement de payer et tous les autres actes de poursuite doivent être notifiés aussi au conjoint du débiteur.

Si, au cours de la procédure de poursuite, il apparaît que le débiteur est placé sous un régime de communauté de biens, l'office des poursuites doit procéder sans délai à ces notifications officielles précitées au conjoint.

Les créances d'un époux contre son conjoint ou son partenaire enregistré ne sont saisies qu'en cas d'insuffisance des biens du poursuivi (art. 95a LP). Le conjoint et le partenaire enregistré, ainsi que les enfants (pour les créances en lien avec l'autorité parentale) du débiteur sont des créanciers privilégiés dans la saisie (art. 111 LP).

Certaines infractions, lorsqu'elles sont commises sur des familiers, c'est-à-dire sur une personne qui fait ménage commun avec le prévenu, ne sont poursuivies que sur plainte : il s'agit notamment de certaines infractions contre le patrimoine telles que l'appropriation illégitime (art. 137 CP), l'abus de confiance (art. 138 CP), le vol (art. 139 CP), la soustraction de données (art. 143 CP), l'escroquerie (art. 146 Cp), l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur (art. 147 CP), la gestion déloyale (art. 158 CP) ou la suppression de titres (art. 254 CP).

En cas de lésions corporelles simples, de vois de fait réitérées, de menace ou de contrainte, la procédure pénale peut être suspendue si la victime est le conjoint ou l'ex-conjoint, le partenaire ou l'ex-partenaire enregistré, le partenaire ou ex-partenaire faisant ménage commun avec l'auteur et que l'atteinte a été commise durant le mariage ou dans l'année qui a suivi le divorce, la dissolution judiciaire du partenariat ou la fin du concubinage.

E – Les sujétions et charges familiales

Infractions spécifiques liées à la famille

Le Titre 6 du Code pénal incrimine spécifiquement d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, les crimes et délits contre la famille.

L'art. 213 CP incrimine l'inceste, soit l'acte sexuel entre ascendants et descendants, ou entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins. Les mineurs n'encourent pas de peine s'ils ont été séduits. L'art. 215 CP incrimine la pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés. Le prévenu encourt une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire

La violation d'une obligation d'entretien est une infraction prévue par l'art. 217 CP : celui qui n'aura pas fourni les aliments ou les subsides qu'il doit en vertu du droit de la famille, quoiqu'il en eût les moyens ou pût les avoir est puni, sur plainte, d'une

peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'Etat, tenant compte des intérêts de la famille, est autorisé à porter plainte, en fonction de la législation cantonale.

Selon l'art. 219 CP, celui qui aura violé son devoir d'assister ou d'élever une personne mineure dont il aura ainsi mis en danger le développement physique ou psychique, ou qui aura manqué à ce devoir, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Enfin, l'art. 220 CP prévoit que celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur au détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Responsabilité aggravée en raison d'un lien familial

Il n'existe pas de mécanisme en droit suisse qui fait peser sur un membre de la famille, les conséquences des actes d'un autre membre en droit du travail ou en matière de nationalité, ni dans le domaine de la responsabilité pénale ou civile pour autrui.

En revanche, l'art. 333 CC prévoit que le chef de famille est responsable du dommage causé par les mineurs placés sous son autorité, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.

Interdictions dépendantes du lien familial

L'incapacité de témoigner en raison d'un lien familial existe selon le Code de procédure pénale suisse (CPP) : peuvent refuser de témoigner, l'époux du prévenu, son partenaire enregistré ou la personne qui mène de fait une vie de couple avec lui (art. 168 al. 1 let. a CPP), de même que la personne qui a des enfants communs avec le prévenu (art. 168 al. 1 let. b CPP). Ce droit de refuser de témoigner subsiste également après la dissolution du mariage. Dans ce domaine, chacun des critères utilisés pour appréhender la notion de famille (lien formel, vie commune ou présence d'enfant) est pris en compte.

Le droit de refuser de témoigner ne peut être invoqué pour certaines infractions graves telles que le meurtre (art. 111 CP) ou le viol (art. 190 CP), conformément à l'art. 168 CPP.

Le lien de famille peut constituer un motif de récusation dans les procédures judiciaires. En principe, le lien avec le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin (plus précisément la personne avec laquelle il est mené de fait une vie de couple) constitue un motif de récusation (par ex. art. 47 CPC, art. 10 LP, art. 56 CPP).

En droit de l'association, tout sociétaire est, de par la loi, privé de son droit de vote dans les décisions relatives à une affaire ou un procès de l'association, lorsque lui-même, son conjoint ou ses parents ou alliés en ligne directe sont parties en cause (art. 68 CC).

En droit des successions, les descendants, ascendants, frères et sœurs du testateur, leurs conjoints et le conjoint du testateur même ne peuvent concourir à la rédaction du testament en qualité d'officier public (art. 503 CC). Le conjoint survivant bénéficie d'un statut particulier lorsque les descendants répudient la succession : il en est avisé par l'autorité et dispose d'un mois pour accepter la succession.

L'ordonnance fédérale sur le service civil (OSCi) tient compte pour deux situations, du lien formel du mariage : une personne astreinte peut ne pas être affectée à une institution dans laquelle des personnes qui lui sont proches peuvent exercer une influence sur son affectation. La disposition est complétée par une liste non-exhaustive des personnes considérées comme proche : le conjoint, les père et mère, les grands-parents, les frères et sœurs et les amis (art. 4a OSCi). En outre, selon l'art. 96 al. 3 OSCi, le calcul nécessaire pour renoncer au prélèvement de contributions sur les établissements d'affection tient compte d'une déduction forfaitaire de CHF 50'000.- dans le calcul du revenu déterminant pour un exploitant marié uniquement.

Enfin, l'art. 30 al. 6 de l'ordonnance fédérale relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété du logement prévoit un statut spécifique du conjoint pour l'examen des conditions personnelles à l'octroi de la mesure d'encouragement à la construction du logement. Le partenaire enregistré ou le concubin ne sont pas mentionnés.

II. La solidarité familiale de la vie quotidienne : l'entraide

A – Sur le plan financier

Il existe une obligation d'entretien entre époux et après le divorce dans le cadre du couple marié, avec une réglementation similaire pour les partenaires enregistrés, alors qu'aucune obligation n'existe entre concubins.

L'art. 163 CC constitue la cause de l'obligation d'entretien réciproque entre époux durant le mariage, y compris en cas de séparation et jusqu'au prononcé du jugement de divorce. Selon cette disposition, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1 CC) ; ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution (al. 2) ; ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3).

L'art. 163 CC vise à garantir l'entretien convenable de la famille. En cas de séparation, le juge se fonde sur la répartition des tâches convenue pendant la vie commune pour fixer la contribution d'entretien entre époux. Cette répartition peut être adaptée, compte tenu des coûts supplémentaires engendrés par la vie séparée³.

Les principes tirés de l'art. 163 CC valent tant en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, soit les mesures prononcées lors de la séparation, qu'en matière de mesures provisionnelles durant la procédure de divorce.

³ ATF 137 III 385, consid. 3.1.

L'art. 125 CC règle la question des contributions d'entretien dues après le prononcé du jugement de divorce. Selon l'art. 125 al. 1 CC, si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable. Cette disposition concrétise deux principes : d'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins ; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage au sens de l'art. 163 CC, mais également les désavantages qui pourraient en découler⁴.

Dans son principe, comme dans son montant et sa durée, l'obligation d'entretien doit être fixée en tenant compte des éléments énumérés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 CC. Il s'agit de : 1. la répartition des tâches pendant le mariage; 2. la durée du mariage; 3. le niveau de vie des époux pendant le mariage; 4. l'âge et l'état de santé des époux; 5. les revenus et la fortune des époux; 6. l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée; 7. la formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien; 8. les expectatives de l'assurance-vieillesse et survivants et de la prévoyance professionnelle ou d'autres formes de prévoyance privée ou publique, y compris le résultat prévisible du partage des prestations de sortie.

Une contribution est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux créancier. Si le mariage a duré au moins dix ans - période à calculer jusqu'à la date de la séparation des parties - ou en présence d'enfants communs, il a lieu de présumer que le mariage a influencé concrètement la situation financière des époux. Un tel mariage appelé « lebensprägend » en allemand, ne donne toutefois pas automatiquement droit à une contribution d'entretien. Un époux ne peut prétendre à une pension que s'il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable⁵.

Il s'agit d'analyser cette question en trois étapes : premièrement, déterminer l'entretien convenable selon le niveau de vie des époux pendant le mariage. Le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord doit être maintenu pour les deux parties après le divorce, dans la mesure où leur situation financière le permet. La deuxième étape consiste à examiner dans quelle mesure chacun des époux peut financer lui-même l'entretien arrêté à l'étape précédente du raisonnement. A ce titre, un conjoint - y compris le créancier de l'entretien - peut se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. Enfin, dans la troisième étape, s'il n'est pas possible ou que l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-

⁴ ATF 137 III 102, consid. 4.1.1.

⁵ ATF 137 III 102, consid. 4.1.2.

même à son entretien convenable, il faut arrêter une contribution d'entretien équitable, conformément au principe de solidarité.

Les règles sont analogues pour le partenariat enregistré (renvoi de l'art. 13 LPart).

En revanche, il n'existe aucune obligation d'entretien entre concubins, ni durant le concubinage, ni après la dissolution, faute de réglementation légale en droit suisse à ce sujet.

A l'égard des enfants, l'obligation d'entretien est régie par les articles 276 ss CC. L'entretien des enfants est assuré par les soins, l'éducation et les prestations pécuniaires. Les père et mère juridiques contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et doivent en particulier assumer les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (art. 276 CC). La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant, ainsi qu'à sa situation et aux ressources de ses père et mère. Elle garantit la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. Elle est versée d'avance, en principe mensuellement et est due jusqu'à la majorité de l'enfant, ou, si à sa majorité, l'enfant n'a pas encore de formation appropriée, jusqu'à l'acquisition d'une formation appropriée achevée dans des délais normaux (art. 277 CC).

Les besoins de l'enfant sont divisés en frais directs et frais indirects. Les frais directs sont constitués notamment de l'habillement et l'alimentation, la part au loyer, les primes d'assurances, les frais scolaires, les frais d'accueil extrafamilial, les transport les loisirs. Les frais indirects correspondent à la différence entre le salaire net perçu de l'activité lucrative et le montant total des charges du parent gardien. Ces charges se calculent selon le « minimum vital du droit de la famille », à savoir le minimum vital fixé par les normes de droit des poursuites et faillites, auxquels peuvent s'ajouter d'autres postes dont les impôts, et éventuellement les assurances privées ou d'autres postes, lorsque la situation de la famille le permet. La contribution de prise en charge diminue avec l'âge de l'enfant, dans la mesure où il peut être exigé du parent qui s'occupe de l'enfant qui l'augmente son activité lucrative en fonction des degrés de scolarité de l'enfant (50% dès l'entrée à l'école obligatoire, 80% dès l'entrée à l'école secondaire, 100% dès les 16 ans de l'enfant, respectivement la fin de l'école obligatoire)⁶.

Il existe en outre une « obligation alimentaire » due par les personnes vivant « dans l'aisance » à l'égard des ascendants ou descendants en ligne direct conformément à l'art. 328 CC, lorsque, à défaut de cette assistance, les bénéficiaires tomberaient dans le besoin. Le Tribunal fédéral s'est abstenu de fixer le seuil déterminant permettant d'identifier le cas dans lequel une personne vit « dans l'aisance ». Il a admis la possibilité de s'inspirer des normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) pour apprécier cette notion, en tant que lignes directrices permettant l'appréciation d'un cas d'espèce⁷. Selon ces normes, se trouvent dans une situation d'aisance, les personnes seules qui ont un revenu annuel supérieur à CHF 120 000.- et les personnes mariées qui ont un revenu supérieur à CHF

⁶ ATF 144 III 481.

⁷ ATF 132 III 97, ATF136 I 129.

180'000.-. A cela s'ajoute le montant de CHF 20'000.- par enfant mineur ou en formation. Un montant librement disponible de CHF 250'000.- pour les personnes seules et de CHF 500'000.- pour les couples est par ailleurs déduit de la fortune imposable.

Les autorités compétentes pour fixer les contributions d'entretien différent, suivant qu'il existe ou non un lien du mariage ou de partenariat enregistré. Le juge ordinaire est compétent pour l'obligation alimentaire à l'égard des ascendants et descendants. Certains cantons, à l'instar de Neuchâtel, ont désigné l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant comme autorité compétente pour fixer l'entretien d'un enfant de parents non-mariés. Pour l'enfant de parents mariés, le juge matrimonial est en principe compétent, si cette contribution est due dans le cadre de la procédure en séparation ou en divorce du couple.

B – Sur le plan matériel et moral

L'époux ou le partenaire enregistré qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint ou partenaire, un montant équitable dont il puisse disposer librement (art. 164 CC). Pour déterminer ce montant, il convient d'examiner les revenus propres de l'époux créancier, ainsi que le devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise.

Lorsqu'un époux ou un partenaire enregistré a collaboré à la profession ou l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité équitable. Il en va de même lorsqu'un époux, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait, pour autant que ces prétentions ne soient pas fournies en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou en vertu d'un autre rapport juridique (art. 165 CC).

L'époux et le partenaire enregistré bénéficient d'une protection du logement de famille, à savoir la protection du « local », quel qu'il soit, dans lequel vit la famille (art. 169 CC, respectivement 14 LPart). Un conjoint ou un partenaire ne peut, sans le consentement exprès de l'autre, ni résilier le bail, ni aliéner le logement commun, ni restreindre par d'autres actes juridiques, les droits sur le logement commun. Lorsqu'un conjoint ou un partenaire refuse de donner son consentement sans motif légitime, l'intéressé peut en appeler au juge.

La même règle vaut pour le cas de l'entreprise agricole : le propriétaire ne peut aliéner une entreprise agricole qu'il exploite avec son conjoint ou son partenaire enregistré, ou une part de copropriété sur ladite entreprise agricole qu'avec le consentement de son conjoint ou de son partenaire (art. 40 LDFR).

Seul le couple marié bénéficie d'un régime spécial des biens, à savoir le régime de la participation aux acquêts. Le couple peut choisir par contrat de mariage en la forme authentique d'opter pour le régime de séparation de biens ou de communauté de biens. Le régime des biens pour le partenariat enregistré est celui de la séparation de biens, mais le couple peut également opter pour un des régimes prévus pour les couples mariés. Les concubins peuvent adopter des règles conventionnelles

relatives au sort de leurs biens par contrat en la forme simple, dans le respect des règles générales du Code des obligations.

Pour le couple marié ou les partenaires enregistrés, il existe des règles spéciales relatives à l'attribution d'un bien en copropriété : un époux peut demander, en sus des autres mesures par la loi, que le bien lui soit attribué entièrement s'il justifie d'un intérêt prépondérant, à charge de désintéresser son conjoint (art. 205 al. 2 CC dans le régime de participation aux acquêts, art. 251 CC dans le régime de séparation de bien). Dans le régime de la communauté de bien, la même règle vaut pour le partage d'un bien commun (art. 244 et 245 CC).

III.- LA SOLIDARITE FAMILIALE SUR LE PLAN PATRIMONIAL

A - Sur le plan fiscal

Présentation générale

En Suisse, la fiscalité est réglée par le droit fédéral et le droit cantonal. Le système peut ainsi présenter des solutions différentes dans chaque canton, en particulier dans le domaine des successions, malgré une loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID).

Le mariage et le partenariat enregistré ont des incidences en droit fiscal.

Les époux et partenaires enregistrés qui vivent en ménage commun sont imposés conjointement jusqu'au jour du décès de l'un d'eux. En cas de divorce ou séparation judiciaire ou effective, les époux sont imposés séparément. Il s'agit de règles impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. Les concubins sont imposés de manière séparée, même en présence d'enfants communs ou de concubinage de longue durée. Il ne peut y avoir d'imposition conjointe pour cette forme de communauté de vie.

Impact du lien familial sur le droit fiscal

Le revenu et la fortune des époux ou partenaires enregistrés qui vivent en ménage commun s'additionnent pour permettre le calcul du revenu imposable. Le revenu et la fortune des enfants sous autorité parentale sont ajoutés à ceux du détenteur de cette autorité. En comparaison, le couple de concubin est taxé individuellement, de telle sorte que leurs revenus ne sont pas additionnés, ce qui peut entraîner des différences de charge fiscale considérables entre les époux et les concubins. Ce n'est que lorsque le couple marié vit séparément (c'est-à-dire en présence de logements distincts, domicile civil propre pour chaque époux, notamment) qu'il est traité comme un couple de concubins du point de vue fiscal. Pour « corriger » l'addition des revenus des deux époux ou partenaires enregistrés vivant ensemble, une déduction peut être amenée sur le revenu le moins élevé des époux, mais au minimum CHF 8'100.- et au maximum 13'400.-.

Une déduction est accordée aux couples mariés et liés par un partenariat enregistré, à titre de déduction sociale. Cette déduction « prend schématiquement en considération l'état civil des époux en diminuant quelque peu leur charge fiscale »⁸.

En cas de collaboration importante du conjoint à l'activité lucrative de l'autre, le revenu de l'activité lucrative commune est en principe attribué par moitié à chacun des époux, pour faciliter l'application de la déduction pour collaboration à la profession ou à l'exploitation de l'activité du conjoint.

Impôts et obligations liées au droit de la famille

Les prestations versées en exécution d'une obligation fondée sur le mariage ou le partenariat enregistré sont en principe exonérées d'impôts, sauf les prestations versées à titre de contribution d'entretien au conjoint ou partenaire séparé ou divorcé ou à l'enfant. Dans cette hypothèse, le débiteur d'entretien peut déduire le montant versé de son revenu imposable, et le créancier d'entretien doit ajouter cette contribution d'entretien à son revenu imposable. Lorsque la contribution d'entretien est due en faveur des enfants, la même règle s'applique et le parent qui la reçoit en ses mains est tenu de l'ajouter à son revenu imposable, alors que le débiteur peut la déduire, pour autant que l'enfant soit mineur. Lorsque l'enfant est majeur et suit une formation, il a droit à une contribution d'entretien qui n'est pas imposable, ni pour lui, ni pour le parent avec lequel il vit, alors que le parent qui la verse ne peut pas la déduire de son revenu, car le législateur considère cette obligation comme des « simples frais d'entretien du contribuable et de sa famille », non déductibles.

Les frais liés aux enfants

Les frais de garde des enfants par des tiers peuvent être déduits du revenu. Ils sont plafonnés à CHF 10'100.- par an et par enfant en droit fédéral. La déduction ne peut être demandée que pour les enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus.

Pour les couples mariés ou partenaires enregistrés avec enfants, la déduction des frais de garde ne pose pas de difficultés, elle profite au couple qui est imposé ensemble. Pour les parents non mariés qui font ménage commun et qui détiennent ensemble l'autorité parentale, chaque parent peut déduire au maximum CHF 5'050.- de frais de garde d'enfants par des tiers. La même répartition s'applique aux parents séparés exerçant une garde alternée.

Si les parents (indépendamment de leur état civil) détiennent l'autorité parentale conjointe, mais ne vivent pas ensemble, la déduction est attribuée au parent qui vit avec l'enfant et qui exerce une activité lucrative. En cas de garde alternée, chaque parent peut déduire au maximum CHF 5'050.-, ou demander une autre répartition de ces frais. Il doit s'agir de frais effectifs et prouvés.

⁸ Voir circulaire n° 30 de l'administration fédérale des contributions AFC, Imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), p. 21.

En sus de la déduction des frais de garde, il existe une déduction forfaitaire par enfant. Pour les parents taxés conjointement, la déduction est déduite du revenu global additionné. Pour les parents taxés individuellement (séparés, divorcés ou concubin) qui détiennent l'autorité parentale en commun, ils peuvent demander chacun la moitié de la déduction à condition qu'ils ne versent pas (en déduction du revenu imposable), de contribution d'entretien pour enfant en mains de l'autre parent. La répartition de la garde alternée n'est pas déterminante pour la répartition de la déduction pour enfant.

Responsabilité fiscale solidaire

Les époux et les partenaires enregistrés qui font ménage commun répondent solidairement de la totalité des impôts, au regard du principe de l'unité de la famille. La responsabilité solidaire cesse lorsque l'un des époux devient insolvable. Dans ce cas, chaque époux répond de sa part à l'impôt global pour les impôts encore dus.

Barèmes d'imposition

L'imposition des personnes physiques repose sur trois barèmes : un barème de base pour les personnes individuelles, un barème pour les personnes mariées et liées par un partenariat enregistré taxés conjointement et un barème pour les personnes qui vivent avec des enfants.

Le barème parental est le plus favorable. Il suppose que le contribuable vive avec l'enfant et qu'il pourvoie à l'essentiel de son entretien. Ce barème ne peut être divisé entre les deux parents. Le parent qui pourvoit à plus de la moitié des frais d'entretien de l'enfant peut demander l'application du barème parental. En principe, le parent qui reçoit des contributions d'entretien sur lesquelles il doit payer des impôts doit bénéficier du barème parental. En contrepartie, le parent qui verse la contribution d'entretien peut déduire ces contributions de son revenu imposable. En cas de garde alternée et en l'absence de contributions d'entretien versées en faveur de l'enfant, il convient d'examiner quel parent supporte effectivement l'essentiel de l'entretien de l'enfant.

La procédure de taxation est conduite par l'office de taxation. Ses décisions sont sujettes à recours y compris devant les instances judiciaires cantonales et jusqu'au Tribunal fédéral.

B – Sur le plan de la protection sociale

Généralités

Le régime suisse de sécurité sociale se compose d'une dizaine d'assurance sociales élaborées en fonction des risques couverts.

Le lien du mariage ou du partenariat enregistré influence le droit à des prestations sociales en cas d'invalidité ou de décès. Ce lien accorde également des avantages en matière d'obligation de cotiser à certains régimes d'assurance.

En principe, les partenaires enregistrés sont assimilés aux personnes mariées (art. 13a LPart), mais il subsiste une différence en matière de rente de veuve, dans la mesure où, comme nous le verrons ci-après, la personne liée par un partenariat

enregistré, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin ne peut être assimilé qu'à un veuf et non à une veuve. Or, les conditions permettant l'octroi d'une rente de veuve sont moins restrictives que celles prévues pour les rentes de veufs.

Cotisations

Dans le mariage, le conjoint (comme le partenaire enregistré) bénéficie d'une protection dans le régime de l'assurance-vieillesse et survivant (LAVS), dit premier pilier. Le régime LAVS couvre le risque vieillesse et décès. Il permet l'octroi de rente de vieillesse et l'octroi de rente de veuf ou de veuve, de même que le droit à de rente d'orphelin.

Les rentes sont financées par des cotisations des assurés et des employeurs. Elles sont calculées en fonction des années de cotisation, des revenus provenant d'une activité lucrative, ainsi qu'en tenant compte des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance (not. charge d'enfants).

Le statut de conjoint ou de partenaire enregistré influence le régime de cotisation à l'assurance-vieillesse et survivant : le conjoint ou le partenaire enregistré sans activité lucrative marié à un conjoint exerçant une telle activité est réputé avoir payé lui-même des cotisations art. 3 al. 3 lit. a LAVS, art. 2 LAI).

En outre, les revenus acquis par un conjoint pendant la durée du mariage sont comptablement partagés et attribués par moitié à chacun d'eux pour calculer le montant de la rente vieillesse (de retraite) (art. 29^{quinquies} al. 2-6 LAVS). Ce mécanisme est appelé le « *splitting* ». Il bénéficie également au conjoint divorcé. La même règle vaut pour les partenaires enregistrés.

S'agissant de la bonification pour tâches éducatives, elle est partagée par moitié entre les parents exerçant l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans pour les personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré. Dans les autres cas, il faut une convention ou décision officielle. A défaut, la bonification est attribuée en totalité à la mère.

Le régime du 1^{er} pilier précité est complété par le régime du 2^{ème} pilier réglé par la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). La LPP vise à favoriser un maintien du niveau de vie approprié après la retraite, en faisant dépendre de manière plus importante le montant des cotisations par rapport au revenu réalisé durant la vie « active ».

Les prestations sont financées par des cotisations des salariés et leurs employeurs, en fonction du montant du revenu de l'employé. Dans ce régime, il n'existe pas de règles spéciales en matière de cotisation pour le couple marié ou de partenaire enregistré, sous réserve du cas du divorce ou de la dissolution du partenariat enregistré. Dans cette hypothèse, le capital accumulé durant le mariage ou le partenariat enregistré grâce aux cotisations est en principe partagé par moitié (art. 122 ss CC) Des dispositions particulières sont prévues si l'un des conjoints a déjà atteint l'âge de la retraite ou bénéficie d'une rente invalidité.

Les prestations sociales

Le lien du mariage ou de partenariat enregistré influence notamment les prestations dans le domaine de l'assurance-vieillesse, invalidité et survivants (AVS/AI).

Le conjoint ou le partenaire a ainsi droit à une rente de survivant, mais le partenaire survivant est assimilé à un veuf uniquement. Or, la réglementation relative à la rente de veuf/veuve dans l'assurance-vieillesse et survivant et dans l'assurance accident n'est pas identique pour les hommes et les femmes.

Selon la règle générale, les veuves et les veufs ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ont un ou plusieurs enfants. L'art. 24 LAVS instaure un droit particulier en faveur des veuves uniquement, si au décès de leur conjoint, elles n'ont pas d'enfants mais ont atteint 45 ans révolus et ont été mariées pendant cinq au moins.

A certaines conditions, la personne divorcée est assimilée à une veuve ou un veuf. Notamment, si la personne divorcée a un ou plusieurs enfants et que le mariage a duré au moins 10 ans (a), si le mariage a duré au moins 10 ans et que la personne divorcée a atteint 45 ans révolus au moment du décès (b) si le cadet a eu 18 ans révolu après que la personne atteinte 45 ans révolus (c). Si ces conditions ne sont pas remplies, le droit à une rente de veuf ou de veuve ne subsiste que et aussi longtemps que la personne a des enfants de moins de 18 ans.

En substance, les femmes mariées ont un statut privilégié puisqu'elles bénéficient d'un statut spécial si elles remplissent la condition de cinq ans de mariage et ont plus de 45 ans révolus au moment du décès de leur conjoint. Comme les partenaires enregistrés sont assimilés aux veufs, les femmes ayant conclu un partenariat enregistré ne bénéficient pas des mêmes droits que les femmes mariées.

Le concubin survivant ne bénéficie pas de rente de veuf ou de veuve au sens de la LAVS/AI, indépendamment de la durée du concubinage.

Dans le deuxième pilier au sens de la LPP, le conjoint survivant a droit à une rente si au décès de son conjoint il a au moins un enfant à charge (a) ou s'il a atteint l'âge de la retraite de 45 ans et le mariage a duré au moins cinq ans (b). Si ces conditions ne sont pas remplies, le conjoint a droit à une allocation unique égale à trois rentes annuelles. Les mêmes règles s'appliquent par analogie au partenaire enregistré survivant.

Dans ce régime de 2^{ème} pilier, les institutions de prévoyance sont autorisées à prévoir qu'un concubin survivant peut bénéficier d'une rente de survivant si le concubin a formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou s'il doit subvenir à l'entretien d'un ou plusieurs enfants communs (art. 20a LPP). Il s'agit de la seule exception où le concubinage produit une incidence dans le domaine des assurances sociales.

Pour les autres prestations telles que les allocations familiales, ou le congé maternité, le mariage ou le partenariat enregistré n'a pas d'incidence sur les prestations, car les prestations dépendent de la présence ou non d'enfants.

La présence d'enfants indépendamment de l'état civil peut avoir pour effet d'augmenter le montant des prestations servies au parent ayant droit. C'est le cas

pour les rentes de vieillesse et d'invalidité versées selon les premier et deuxième pilier qui sont assorties de rentes pour enfants. En outre, les enfants ont droit à des rentes d'orphelin des 1^{er} et 2^{ème} pilier selon la LAVS. Dans l'assurance-chômage, la présence d'enfants augmente le montant des indemnités journalières à 80% du gain assuré, alors que les personnes qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans bénéficient de prestations limitées à 70% du gain assuré.

C – Sur le plan successoral

« Famille successorale », ordre des héritiers légaux

Le droit suisse des successions comprend des héritiers légaux et des héritiers réservataires. Ces héritiers bénéficient de ce statut particulier en raison des liens familiaux noués avec le défunt.

Les héritiers les plus proches sont les descendants (art. 457 CC). En l'absence de descendants, les héritiers du défunt sont le père et la mère (art. 458 CC). S'ils sont prédécédés, ils sont représentés par leurs descendants à tous les degrés.

En l'absence de père et mère, respectivement de leurs descendants, les grands-parents sont héritiers légaux.

Il existe ainsi un système de trois parentèles d'héritiers légaux en droit suisse des successions.

En dehors de la parenté, le conjoint ou le partenaire enregistré survivant est également un héritier légal. Sa part à la succession dépend des héritiers avec lesquels il est en concours.

Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant a droit à la moitié de la succession en concours avec les descendants, aux trois quarts en concours avec le père et la mère ou leur postérité, à la succession entière à défaut du père, de la mère ou de leur postérité (art. 462 CC).

Les héritiers ont la faculté de répudier la succession (art. 566 CC).

« La marge de liberté laissée au de cujus », la quotité disponible

Les descendants, les père et mère et le conjoint ou le partenaire enregistré sont des héritiers réservataires. A défaut de tels héritiers, le de cujus peut disposer librement de toute sa succession.

Les réserves sont les suivantes (art. 471 CC) : trois quarts de son droit de succession, pour un descendant, la moitié pour le père, la mère ou le conjoint ou le partenaire enregistré survivant.

Il existe une liberté supplémentaire favorable au conjoint : le de cujus peut laisser au survivant l'usufruit de toute la part dévolue à leurs enfants communs. Dans ce cas, l'usufruit correspond au droit de succession du conjoint et la quotité disponible est d'un quart de la succession (art. 473 al. 2 CC).

« La place de la famille dans le règlement de la succession », la dévolution de la succession

La succession s'ouvre au moment de la mort, au dernier domicile civil du défunt pour l'ensemble des biens. Les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès son ouverture. C'est l'autorité compétente qui prend les mesures nécessaires pour assurer la dévolution de la succession, telles que la pose de scellés, l'organisation d'un inventaire, l'administration d'office d'actes et l'ouverture des testaments (art. 551 CC). Il n'y a pas de statuts particuliers d'administrateur en raison d'un lien de famille.

Il existe une obligation de communiquer les testaments par toute personne qui en découvre un.

Ainsi, hormis la qualité d'héritier légal ou réservataire, l'existence d'un lien de famille n'est *a priori* pas déterminant pour la dévolution de la succession.