



Daliah Luks Dubno
lic. en droit, avocate, partenaire
de l'étude Luks et Vogt, Zurich,
luks@luksundvogt.ch. Elle traite
de questions portant sur le
droit civil et le droit des contrats.



La protection des partenaires et les enfants dans le cadre du concubinage et des familles «recomposées»

Après le traitement des questions de nature successorale dans TREX 1.05, le présent article est consacré à celles touchant la protection des partenaires et les normes applicables aux enfants.

On assiste de plus en plus fréquemment à la mise sur pied de nouveaux types de relations, ce qui place le législateur et les organes chargés d'appliquer la loi devant de nouveaux défis. L'ordre juridique en vigueur continue à ignorer, dans une large mesure, les couples vivant en concubinage et les familles recomposées. La réglementation de leur communauté de vie relève dès lors, dans une étendue notable, de l'initiative privée. La plupart du temps, les intéressés ne sont pas conscients de la nécessité d'une réglementation ou manifestent à cet égard une attitude très critique. Cependant, le besoin de réglementation devient aigu au plus tard lorsque des enfants entrent en jeu. Ci-après, nous exposerons les mesures possibles touchant la protection des partenaires et les enfants.

1. Introduction

Dans le droit de la famille, les tribunaux doivent parfois maîtriser, avec des constructions juridiques datant du 19^e siècle, les structures relationnelles complexes auxquelles ils sont confrontés au 21^e siècle. Surmonter cet antagonisme n'est pas toujours chose aisée. Les prémisses sociales et juridiques se sont déplacées: ainsi, par exemple, les tâches familiales sont de plus en plus souvent «externalisées», l'union conjugale n'est plus conçue comme l'unique charnière du droit de la famille et les relations interpersonnelles sont vécues de plus en plus fréquemment à un niveau international¹. Dans bon nombre de cas, ce sont des motifs d'ordre fiscal qui incitent des couples à renoncer à se marier, ce aussi en raison d'une

certaine critique adressée à une «institutionnalisation» de l'amour sous la forme d'une union conjugale.

La législation en Suisse accuse du retard par rapport à ces développements dans la société. Dans l'ordre juridique en vigueur, les besoins des couples vivant en concubinage et des familles recomposées sont ignorés dans une large mesure; en effet, le mariage constitue encore, pour l'essentiel, le point de rattachement du droit de la famille, lequel forme une partie intégrante du code civil suisse (CC). Les lois sur le partenariat enregistré dans les cantons de Zurich² et de Genève ainsi que la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe³, soumise au vote du peuple cet été, constituent à cet égard de louables exceptions.

Dans le cadre de la fourniture de conseils aux couples vivant en concubinage et aux familles recomposées, il est nécessaire de développer la prise de conscience du besoin normatif accru des intéressés. En qualité de conseiller, vous êtes dès lors appelés à expliquer à ces clients que le défaut de règles légales peut représenter un grand handicap. Ci-après, nous exposons les mesures possibles destinées aux couples vivant en concubinage. Pour ce qui est de l'absence de droits successoraux légaux et de la question des mesures à prendre en vue d'assurer une certaine sécurité financière en cas de décès, il est fait référence au récent article de ma collègue, Mme Isabelle Vogt⁴.

2. La protection des partenaires

Les couples mariés jouissent, de par la loi, de divers droits, que ce soit au cours de la vie commune ou en cas de séparation. En revanche, le droit du mariage est inapplicable aux couples vivant en concubinage. C'est pourquoi il est judicieux et nécessaire que ces couples combient, en vue de la protection des partenaires, les lacunes au plan des règles touchant la communauté. Voici les mesures possibles que vous devriez signaler aux couples vivant en concubinage que vous conseillez:

2.1. Contrat de concubinage

2.1.1. Généralités

Comme nous l'avons mentionné, les droits et obligations réciproques des couples vivant en concubinage ne sont pas réglés expressément dans la loi. Il est fait recours, en partie, à d'autres constructions, telles que celle de la société simple⁵, lesquelles n'offrent cependant que des solutions insatisfaisantes à de nombreux problèmes, voire pas de solutions du tout.

Le contenu du contrat de concubinage peut, en principe, être choisi librement; il ne doit toutefois être ni illicite, ni impossible, ni contraire aux mœurs⁶. Selon les désirs et les besoins individuels du couple, le contrat peut contenir, par exemple, uniquement des règles relatives à la dissolution de la communauté ou alors une énumération circonstanciée des droits et des obligations durant la vie commune. Ce qui peut paraître évident – donc sans nécessité de réglementation – à l'un peut sembler à l'autre si important qu'il souhaite en faire l'objet d'une stipulation écrite. Il y a cependant lieu de faire preuve de prudence face à un excès de détails, car tout complément ou toute adaptation à des nouvelles situations entraînera autant de modifications du contrat assorties d'une nouvelle signature.

2.1.2. Contenu du contrat de concubinage

Les sujets suivants sont habituellement réglés dans un contrat de concubinage⁷:

a) Réglementation des coûts du ménage, rémunération du travail supplémentaire dans le ménage, soutien financier en cas de séparation.

Un contrat de concubinage est absolument nécessaire avant tout lorsqu'un concubin s'occupe de manière prédominante du ménage et des enfants. Ce concubin se trouve, déjà au cours du partenariat et également dans l'hypothèse de sa dissolution, dans une situation bien plus incommode que si les partenaires s'étaient mariés. Ainsi, une rémunération pour le travail prépondérant dans le ménage doit être expressément stipulée dans le contrat de concubinage. Sans cette base contractuelle, il sera impossible d'exiger rétroactivement un salaire en cas de séparation. Pour ce qui est du temps après une éventuelle séparation, il y a lieu de prendre en considération que le droit du divorce protège, à trois niveaux distincts, l'époux entretenant le ménage et prenant soin des enfants. Ainsi, le droit du divorce dispose, d'une part, qu'un époux dont on ne peut raisonnablement exiger qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable reçoive une contribution d'entretien au-delà de l'union conjugale⁸. En outre, les époux doivent observer les règles relatives au régime matrimonial⁹.

Le troisième aspect touche la prévoyance-vieillesse. Le divorce entraîne automatiquement un «splitting» au plan de l'AVS¹⁰ et les prestations versées aux caisses de pensions durant le mariage sont, en règle générale, partagées par moitié¹¹. Dans le cadre de votre activité de conseiller, signalez dès lors aux couples vivant en concubinage cette situation moins favorable du concubin prenant soin des enfants par rapport à un partenaire marié, et encouragez-les à prévoir une compensation afférente dans le contrat de concubinage.

En ce qui concerne l'entretien consécutif à une séparation, la stipulation d'une solution s'inspirant du droit du divorce ne soulève aucun problème. Pour ce qui est des solutions s'appuyant sur les règles en matière de régime matrimonial, ce sont avant tout des problèmes de nature fiscale qui se posent. Une compensation de la prévoyance-vieillesse – AVS et LPP – se révèle impossible, car les lois fédérales afférentes ne prévoient pas une telle solution. Il ne reste donc qu'une solution d'assurance privée qui, à son tour, entraîne des inconvénients au plan des impôts. Lorsqu'un concubin prend conscience de cet aspect, il choisira, le cas échéant, de se marier quand même.

b) Règles applicables aux dettes

De par la loi, les concubins ne répondent pas des dettes personnelles du partenaire, à moins qu'ils ne s'y engagent expressément ou que les dettes n'aient été contractées pour la communauté¹². Une réglementation explicite crée donc davantage de clarté et sert à éviter d'éventuels litiges.

c) Inventaire

Un inventaire est recommandé, d'une part, en vue de prévenir, dans l'hypothèse d'une dissolution de la communauté, de possibles différends entre les partenaires ou entre leurs héritiers. D'autre part, un inventaire permet d'éviter qu'en cas de problèmes financiers de l'un des partenaires des objets appartenant à l'autre ne soient inclus dans une éventuelle saisie.

d) Réglementation de la vie commune (bail ou logement en propriété)

Les concubins disposent de diverses possibilités pour régler leur vie commune, que ce soit en tant que locataires ou que ce soit en habitant un logement appartenant à l'un d'eux ou aux deux. En tant que conseiller, vous devriez signaler ce choix à vos clients. Pour ce qui est du bail, le bailleur exigera, en règle générale, que les deux partenaires signent le contrat et répondent dès lors solidairement du loyer¹³. Dans un contrat de concubinage, il faut stipuler, au plan des rapports internes, quel montant du loyer chacun des concubins doit payer, qui devra quitter le logement en cas de séparation et dans quel délai il devra s'exécuter, etc. Si les concubins vivent dans un immeuble dont l'un d'eux est propriétaire, il convient de conclure un contrat de bail.

Si les concubins décident d'acheter en commun un immeuble occupé ou à occuper ensemble, des réglementations seront inévitables, pour des raisons non seulement juridiques, mais aussi financières et fiscales.

→ Contenu du contrat de concubinage

- a) Réglementation des coûts du ménage
Rémunération pour le travail prépondérant dans le ménage
Soutien financier en cas de séparation
- b) Règles applicables aux dettes
- c) Inventaire
- d) Réglementation de la vie commune
(bail ou logement en propriété)

2.1.3. Droit des assurances sociales

Il y a lieu de mentionner qu'un contrat de concubinage peut fournir, le cas échéant, de précieux services en rapport avec le droit des assurances sociales. Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances a statué, dans un arrêt du 14 juillet 2004, qu'une «rente de veuve» n'entre en considération, dans le cas du concubinage, que si le concubin décédé s'est engagé contractuellement au soutien permanent de son partenaire. Si le contrat de concubinage prévoit un tel soutien, il pourra servir à des fins de preuve.

La conclusion d'un contrat de concubinage est également recommandée en relation avec la prévoyance professionnelle. Le nouvel art. 20a de la loi fédérale (révisée) sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) a certes désamorcé le problème de la désignation du partenaire comme bénéficiaire, en ne supposant plus impérativement, en vue de favoriser le concubin, un soutien financier déterminant. Les conditions sont remplies même pour la personne qui a des enfants communs ou lorsqu'une communauté de vie ininterrompue a existé au cours des cinq années précédant le décès. C'est précisément pour prouver qu'une communauté de vie a duré cinq ans qu'un contrat de concubinage est indispensable.

2.2. Procuration générale

Contrairement aux époux, il n'existe pas de droit de représentation générale entre les concubins. Si l'un des partenaires veut représenter l'autre de façon obligatoire envers les tiers, il a besoin, à cet effet, d'une procuration. Celle-ci peut être armenagée en procuration générale ou se limiter à des tâches ou à des transactions déterminées. Vu qu'une procuration générale déploie des effets très étendus, il est recommandé aux couples vivant en concubinage de restreindre la procuration générale aux cas d'absence et d'incapacité du partenaire d'exercer les droits civils.

Une telle procuration générale peut être limitée dans le temps; elle est également révocable en tout temps et sans indication de motifs. Toutefois, celui qui souhaite révoquer une procuration écrite devra réclamer l'acte et informer en conséquence d'éventuels tiers, ce qui devrait se révéler difficile dans la pratique.

Une fourniture de conseils complète à l'adresse des concubins dans ce domaine doit prendre en considération qu'en règle générale des procurations établies soi-même ne sont pas acceptées pour les comptes bancaires et postaux. Les banques et la Poste ne reconnaissent, en général, que leurs propres formulaires. Recommandez dès lors aux concubins de signer auprès de la banque ou de la Poste des

formulaires de procuration supplémentaires en faveur du partenaire.

2.3. Dispense du secret médical – Disposition du patient

2.3.1. Dispense du secret médical

Si, en raison d'un accident ou d'une maladie grave, un des concubins doit soudain se rendre à l'hôpital, il est possible, en fonction de l'hôpital et du canton, que son partenaire ne reçoive aucune information sur l'état de santé ou les mesures de traitement prévues. Les médecins et le personnel chargé des soins peuvent invoquer l'obligation de respecter le secret médical, vu que le concubin n'est ni parent, ni marié avec le patient. Dans le pire des cas, le partenaire n'aura même pas le droit d'accéder au service des soins intensifs.

Le droit à l'information et de regard des proches du patient est réglé au plan cantonal. Dans quelques ordonnances concernant les droits des patients, il est stipulé expressément que les concubins – également ceux du même sexe – sont considérés comme des proches¹⁴, à condition d'avoir la même adresse. Afin d'éviter des problèmes, notamment lorsque le domicile n'est pas identique, et de permettre l'accès du partenaire même dans les cantons disposant d'une autre réglementation, une dispense écrite du secret médical est recommandée dans tous les cas. Avec une telle déclaration, votre client dispense tous les médecins traitants, le personnel chargé des soins, etc. de leur obligation de sauvegarder le secret envers le concubin et accorde à ce dernier un droit de visite dénué de toute entrave.

2.3.2. Disposition du patient

Suite aux discussions qui ont porté sur la mort de la citoyenne américaine Terri Schiavo, même des couples mariés réfléchissent à la question de savoir qui, en cas de maladie grave, devrait décider pour eux. Une réglementation s'impose d'autant plus aux couples vivant en concubinage que ceux-ci ne disposent, de par la loi, d'aucun droit de représentation générale pour le partenaire respectif. En vue de soulager les proches et de leur éviter de devoir prendre, dans un moment critique, des décisions difficiles sur des mesures tendant à prolonger la vie ou des dons d'organes, une disposition afférente, détaillée et complète, du patient est recommandée. Ainsi, l'«Institut Dialog Ethik»¹⁵, une institution indépendante au plan politique, économique et religieux, peut vous fournir un «document humain» que vos clients pourront remplir et faire enregistrer, ce qui en garantit une conservation en lieu sûr et une consultation en tout temps. Avec une disposition du patient à l'instar du «document humain», vos clients peuvent déterminer eux-

mêmes de quelle manière et dans quelle étendue ils souhaitent être traités au plan médical en cas de maladie ou d'accident accompagnés d'une perte de la capacité de décision et de communication. A condition qu'elles soient régulièrement datées et signées, les dispositions de patient de l'«Institut Dialog Ethik» lient les parties intéressées conformément au droit suisse. Vu que ledit institut est une organisation dépourvue de profit économique, les frais pour un service complet sont minimaux (première saisie du «document humain» pour Fr. 120.00 et, tous les deux ans, Fr. 30.00 pour son actualisation).

3. Les enfants

Le besoin de réglementation pour des couples qui ne sont pas mariés devient vraiment complexe et aigu au plus tard lorsque des enfants sont en jeu.

3.1. Notion de la filiation

3.1.1. Définition

La notion de la filiation revêt, dans le droit de l'enfant, une importance centrale et désigne le lien juridique entre celui-ci et ses parents¹⁶. Tous les effets essentiels, tels que l'obligation d'entretien ou le droit successoral, sont rattachés à cette notion. Le lien biologique et le lien juridique entre les parents et l'enfant peuvent, mais ne doivent pas coïncider – une circonstance qui, fatalement, est régulièrement oubliée dans les conseils fournis aux couples vivant en concubinage et aux familles recomposées. Avant de vous occuper des thèmes en relation avec le droit des successions, l'entretien, le droit fiscal, etc., vous devriez, en qualité de conseiller, procéder à un examen circonstancié des liens de parenté au plan juridique. Si on omet cette question préalable, un choix erroné peut mener à des résultats entièrement faux. Pour éviter pareille situation, il convient d'observer les points suivants:

3.1.2. Lien de filiation avec la mère

En ce qui concerne le lien de filiation avec la mère, la question est simple à résoudre et aucun problème majeur n'apparaît dans la pratique. Le lien de filiation avec la mère est établi par la naissance ou par l'adoption¹⁷.

3.1.3. Lien de filiation avec le père

La situation est plus compliquée pour ce qui est du lien de filiation avec le père, car la descendance du père, contrairement à celle de la mère, n'est pas constatable sans autres, immédiatement et sans équivoque. Le droit est tributaire d'éléments de fait qui ne laissent conclure qu'indirectement à la paternité. Les