

Commentaire**Proposition de citation :**

Rachel Christinat, Concubins, de la trame de fond au premier plan, Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2014

Concubins, de la trame de fond au premier plan

Rachel Christinat*

Introduction

Ce mois encore, les juges fédéraux n'ont destiné à la publication aucun arrêt rendu en droit matrimonial. Constatant simultanément une tendance à l'augmentation des décisions illustrant des concubins et une interprétation bigarrée de cette forme de communauté, ce papier dessine un panorama des bases légales régissant les concubins, coloré de touches jurisprudentielles. L'étude fouillée de toutes ces dispositions aboutirait sur un article volumineux ne respectant pas l'esprit concis de la newsletter. Ainsi, ce tableau esquisse la situation juridique globale des concubins afin d'en dépeindre succinctement un aperçu horizontal.

Comme son nom le laisse présumer, l'union libre n'est pas appréhendée en tant que telle par le droit suisse. Bien qu'ils soient intimement liés dans les faits, les concubins demeurent juridiquement indépendants l'un de l'autre¹. Le législateur a néanmoins considéré l'ampleur de cette communauté de vie et l'a prise en compte dans de nombreux domaines du droit, impliquant ainsi un éclatement de la matière. A cette atomisation s'ajoute l'absence de désignation uniforme de ce statut, ce qui en complique d'autant plus l'examen transversal.

Après le griffonnage des contours de la notion et de la nature juridique (I), nous ébaucherons un triptyque du droit suisse (II) dont la première toile illustrera le droit civil (A), la deuxième le droit public (B) et la troisième le droit pénal (C). Nous terminerons par une brève conclusion.

I. Notion

A. Définition

La législation helvétique ne consacrant pas le concubinage, la notion ressort exclusivement de la jurisprudence. L'absence de définition légale a permis aux juges fédéraux d'adapter la notion afin de suivre l'évolution de la société. La pratique prétorienne attache des effets aux concubinages dits stables ou qualifiés. C'est donc cette notion que nous examinons ici mais

* L'auteur remercie chaleureusement le Professeur Olivier Guillod de sa relecture attentive et de ses remarques constructives.

¹ ORIANA JUBIN, *Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l'angle de la prévoyance : une planification optimale ?*, FamPra.ch 2013 575, 575.

nous verrons par la suite que les juges tirent quelques conséquences même de concubinages simples.

Auparavant, le Tribunal fédéral décrivait le concubinage qualifié comme « *une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être définie comme une communauté de table, de toit et de lit* »². Trois éléments ressortent de cette citation : le sexe des concubins, la formation d'une communauté et la nature de la relation. Penchons-nous successivement sur ces points.

Premièrement, la doctrine³ a immédiatement critiqué la condition afférente à l'hétérosexualité du couple à la publication de l'arrêt précité mais il a fallu attendre un arrêt de 2008⁴ pour que la jurisprudence reconnaisse le concubinage formé par un couple homosexuel. A compter de cette décision, il est communément admis dans tous les domaines du droit que deux personnes homosexuelles peuvent être qualifiées de concubins.

Deuxièmement, l'exigence des trois communautés, soit de table, de toit et de lit, doit être nuancée. Depuis un certain temps, la jurisprudence insiste sur l'assistance économique pour qualifier la stabilité de l'union. Deux personnes remplissent cette condition si leur communauté de vie est assimilable à un mariage⁵, respectivement à un partenariat enregistré. Cela consiste à examiner si les concubins forment une union tellement étroite que chacun assure à l'autre fidélité et assistance au sens de l'article 159 al. 3 CC⁶. De plus, la jurisprudence a récemment étendu la notion de communauté en affirmant que les concubins doivent uniquement s'assister et se soutenir économiquement en cas de besoin, sans qu'une communauté domestique permanente ne soit nécessaire⁷.

Troisièmement, une union stable requiert un caractère durable et exclusif. Une relation éphémère ne remplit donc pas ce critère⁸. Si elle n'a jamais articulé de durée minimale, la jurisprudence a posé la présomption réfragable qu'un concubinage est qualifié après cinq ans⁹. Partant, cette durée répartit le fardeau de la preuve. La personne prétendant qu'une relation inférieure à cinq ans constitue un concubinage qualifié doit le démontrer. A l'inverse, celui qui nie la stabilité d'une union supérieure en supporte la charge de la preuve. L'examen porte sur tous les faits pertinents. A ce titre, les juges fédéraux ont notamment jugé que la conception d'un enfant constitue certes un indice de l'existence d'un lien aussi étroit que celui existant entre des époux mais ne satisfait pas à lui seul les exigences de preuve¹⁰. Avec BOHNET et BURGAT, nous contestons cette position et prétendons que la

² ATF 138 III 157, c. 2.3.3 ; 118 II 135, c. 3b, JT 1994 I 333.

³ Notamment HENRI DESCHENAUX, PIERRE TERCIER, FRANZ WERRO, *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, 4^e éd., Berne 1995, p. 203.

⁴ ATF 134 V 369, c. 6.3.

⁵ Cette idée apparaît déjà dans l'ATF 105 II 147, c. 2.3.

⁶ ATF 109 II 188, c. 2, JT 1985 I 301 et répété notamment in TF 5A_470/2013 du 26 septembre 2013, c. 4.2.

⁷ ATF 134 V 369, c. 7.2 et répété in ATF 138 III 157, c. 2.3.3.

⁸ ATF 105 II 241, c. 3.

⁹ ATF 114 II 295, c. 1c puis répété in TF 5A_620/2013 du 17 janvier 2014, c. 5.2.2.

¹⁰ TF 5A_765/2012 du 9 février 2013, c. 5.3.2.

naissance d'un enfant commun, élevé dans un ménage commun par des concubins atteste objectivement une certaine stabilité¹¹.

En bref, un couple peut former un concubinage, indépendamment du sexe des partenaires. La qualification de l'union dépend de sa stabilité. Lorsque les concubins se vouent fidélité et assistance, ils ont alors noué un lien aussi étroit que celui unissant des époux. Dans ce cas, leur concubinage est stable. Une présomption réfragable de concubinage qualifié naît à compter de cinq ans de communauté mais l'examen porte sur tous les faits pertinents.

B. Nature juridique

L'union libre est de nature purement conventionnelle. L'ordre juridique ne l'appréhendant pas directement, il s'agit d'un contrat *sui generis*, informel, de durée, conclu par deux personnes physiques visant l'organisation de leur vie commune¹². Les règles générales du Code civil et du Code des obligations régissent par conséquent ce contrat.

A notre sens, l'aménagement moral du concubinage est un droit strictement personnel non sujet à représentation (art. 19c CC). Les accords y relatifs requièrent donc la capacité de discernement des compagnons mais pas l'exercice des droits civils. Des personnes mineures ou sous curatelle de portée générale mais capables de discernement peuvent donc conclure de tels contrats sans l'accord de leur représentant légal. En revanche, les accords de nature financière nécessitent l'exercice des droits civils, de sorte que la personne mineure ou sous curatelle de portée générale capable de discernement a besoin du consentement de son représentant légal (art. 19 CC).

Les concubins disposent librement du contenu de leur contrat, sous réserve des exigences qu'imposent les articles 27 CC et 20 CO. Dans certains litiges portant sur la répartition des biens survenant suite à la faillite de la relation, le Tribunal fédéral a appliqué les dispositions de la société simple (art. 530 ss CO) pour autant que « *les partenaires unissent effectivement certaines de leurs ressources pour réaliser une communauté* »¹³.

II. Droit suisse

A. Droit privé

a) Bases légales mentionnant les concubins

En droit privé, certaines bases légales considèrent directement les concubins. Par exemple, les concubins interviennent dans la cascade de représentants thérapeutiques qu'instaure le droit de protection de l'adulte (art. 378 al. 1 ch. 4 CC). Dans ce cas, peu importe que le concubinage soit simple ou qualifié. Conformément à une interprétation littérale, nous estimons en revanche que le couple doit faire ménage commun¹⁴. Par conséquent, la dernière évolution jurisprudentielle, selon laquelle une communauté domestique n'est pas indispensable et qu'une assistance et un soutien économiques mutuels suffisent, ne nous semble pas applicable à ces deux hypothèses.

¹¹ FRANÇOIS BOHNET et SABRINA BURGAT, *Les effets du concubinage sur les contributions d'entretien ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_662/2011*, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2012, pp. 3-4.

¹² OLIVIER GUILLOD, *Abrégé de droit des familles*, 3^e éd., Bâle et Neuchâtel 2014, N 75.

¹³ ATF 108 II 204, c. 4a et repris in TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, c. 3.

¹⁴ Pour l'interprétation de l'article 378 al. 1 ch. 4 CC : CommFam Protection de l'adulte-GUILLOD/HERTIG PEA, art. 378 CC, N 18-19.

b) Proches

Les concubins satisfont à la notion de proches au vu de l'étroitesse des liens affectifs et intimes qu'ils tissent. Ils bénéficient par conséquent des prérogatives que la législation et la jurisprudence leur attribuent¹⁵. A ce titre, ils peuvent notamment saisir l'autorité de protection de l'adulte dans différentes situations (art. 367, 373, 376, 381, 385, 390, 399, 419 et 426 CC) ou le juge (art. 439 et 450 CC). La notion de proches est purement factuelle. Il s'agit de personnes qui entretiennent des liens étroits, sans qu'elles se doivent une assistance et un soutien économiques. Par conséquent, un concubinage stable n'est pas indispensable. Il convient d'examiner uniquement l'intensité des liens entre deux personnes.

L'article 47 CO permet d'allouer une indemnité pour tort moral aux proches en cas de mort d'homme. Bien que les textes français et italien utilisent le terme « famille » (*congiunti*), il convient de l'étendre à la notion de proches (*Angehörige*) qu'emploie la version allemande¹⁶. Le Tribunal fédéral a donc admis le droit au concubin du défunt à une indemnité pour tort moral¹⁷. Interprétant la notion de proches restrictivement, les juges fédéraux ont toutefois limité cette prérogative au concubinage qualifié¹⁸. Ils ont précisé qu'aucune durée minimale n'était requise mais que plusieurs années de vie commune plaident en faveur d'une relation stable, sans être déterminantes à elles seules ; le juge doit ainsi considérer l'ensemble des circonstances de la vie commune¹⁹. Cet arrêt ne reprend pas la présomption réfragable de concubinage qualifié après cinq ans, probablement car les concubins faisaient ménage commun depuis seulement quatre ans dans le cas d'espèce. Il nous semble cependant pouvoir lire entre les lignes que cette présomption conserve sa pertinence dans ce domaine.

c) Contributions d'entretien

L'existence d'une union libre occupe fréquemment les juges fédéraux en matière de contribution d'entretien dans diverses hypothèses. Examinons en premier l'éventuelle obligation d'entretien entre ex-concubins. Cette question se pose uniquement en cas de concubinage stable puisque la relation des partenaires dans un concubinage simple n'est pas suffisamment intense pour qu'ils s'assistent et se soutiennent économiquement. Aucun entretien n'existant durant la relation, un entretien après la rupture n'est pas envisageable. Malgré la construction d'une situation de fait identique à celle des époux en cas de concubinage qualifié, la dissolution de la communauté interrompt l'obligation de fidélité et d'assistance entre les ex-partenaires à moins que ceux-ci aient convenu du contraire. Evidemment, la charge de la preuve pèse sur la partie qui invoque un accord²⁰. Dans ce cadre, le fait que les ex-concubins aient un enfant commun et que la femme ait interrompu toute activité professionnelle pour vouer ses soins à l'éducation de l'enfant et au ménage commun alors qu'elle bénéficiait d'une formation supérieure est insuffisant à démontrer que les concubins avaient convenu d'un entretien au-delà de leur rupture²¹. Par conséquent, l'apport de la preuve d'un accord portant sur le maintien de l'entretien malgré la dissolution de l'union libre nous semble particulièrement difficile sans convention écrite.

¹⁵ OLIVIER GUILLOD, N 76.

¹⁶ CR CO I-WERRO, art. 47 CO, N 14.

¹⁷ ATF 138 III 157, c. 2.3.2.

¹⁸ ATF 138 III 157, c. 2.3.3.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ TF 4A_441/2007 du 17 janvier 2008, c. 4.

²¹ *Ibidem*.

L'existence d'une communauté de vie peut aussi influencer les contributions d'entretien dues, non pas entre les concubins, mais entre des époux ou des ex-époux²². Cette matière est complexe car les effets d'un concubinage diffèrent selon que celui-ci est simple ou qualifié et selon que l'objet de la procédure consiste en des mesures protectrices de l'union conjugale ou en un divorce. De manière générale, un concubinage stable du crédientier suspend, voire supprime, l'obligation d'entretien entre époux²³. Une telle communauté de vie offre des avantages similaires au mariage puisque les concubins se prêtent assistance et soutien, de sorte que le concubinage qualifié déploie des effets juridiques assimilables au remariage pour le crédientier et éteint l'obligation d'entretien (art. 130 al. 2 et 163 CC)²⁴. Un concubinage stable est donc considéré tant en mesures protectrices de l'union conjugale, respectivement en mesures provisionnelles, qu'au moment du prononcé du divorce. En outre, il justifie la modification des contributions sur la base de l'article 129 CC²⁵. L'impact du concubinage simple est plus délicat. En mesures protectrices de l'union conjugale et en mesures provisionnelles, le concubinage simple est pris en compte, même si les avantages financiers qui en découlent ne sont que provisoires. Le Tribunal fédéral le justifie par la facilité de réadapter le montant des contributions dans ces procédures²⁶. L'avantage économique concret découlant de l'union libre est alors déterminant. La partie qui s'en prévaut doit démontrer l'étendue de l'entretien ou les prestations découlant de l'union libre. En cas d'échec dans l'apport de ces preuves, le concubinage influence le calcul des contributions dans la mesure où le ménage commun des concubins réduit les coûts de la vie, notamment quant aux frais de logement et au montant de base du minimum vital. Les juges fédéraux ont effectivement reconnu que l'union libre commande le partage au prorata du loyer et du minimum vital établi par les directives cantonales relatives aux normes d'insaisissabilité, indépendamment de la répartition effective de ces charges dans le couple²⁷. Dans le cadre de l'entretien calculé en procédure de divorce, les juges fédéraux semblent en revanche refuser de considérer les avantages économiques réels d'un concubinage si l'aide financière n'est que momentanée²⁸.

Le concubinage du débirentier implique une augmentation de sa capacité contributive puisque les frais communs du couple sont divisés par deux, indépendamment de la répartition effective de ces charges entre les partenaires²⁹. Selon nous, un débirentier ne peut en revanche pas diminuer les contributions en faveur de ses enfants ou de son (ex-) époux en se prévalant vivre dans un concubinage qualifié et entretenir à ce titre son nouveau compagnon. La loi n'imposant aucune obligation d'entretien entre personnes non-mariées, l'entretien des enfants et entre (ex-)époux prime celui de tout tiers, excepté celui

²² Pour une analyse d'arrêts rendus en la matière : FRANÇOIS BOHNET et SABRINA BURGAT, *op.cit.* ; MANON SIMEONI, *Effets du concubinage de l'époux créancier sur la modification de la contribution d'entretien au sens de l'art. 129 CC ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_760/2012 du 27 février 2013*, Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2013.

²³ TF 5A_662/2011 du 18 janvier 2012, c. 2.

²⁴ FRANÇOIS BOHNET et SABRINA BURGAT, p. 3.

²⁵ Le choix entre la suspension ou la suppression de la contribution d'entretien résulte d'une pesée des intérêts entre celui du crédientier à pouvoir bénéficier de la rente en cas de faillite du concubinage et celui du débirentier à être définitivement libéré de son obligation d'entretien (TF 5A_760/2012 du 27 février 2013, c. 5.1.2.2).

²⁶ TF 5A_470/2013 du 26 septembre 2013, c. 4.2.

²⁷ TF 5A_662/2011 du 18 janvier 2012, c. 2.3.2.

²⁸ TF 5A_593/2013 du 20 décembre 2013, c. 3.3.1.

²⁹ TF 5A_833/2012 du 30 mai 2013, c. 3.1.

découlant de la naissance d'autres enfants. Ainsi, le débirentier ne doit pas se mettre dans une situation l'empêchant de satisfaire ses obligations.

d) Droit des successions

En matière de droit des successions, les concubins ne sont pas des héritiers légaux. Ils doivent ainsi être institués héritiers pour émettre des prétentions dans la succession du *de cuius*.

Dans les cantons romands, les concubins ne profitent pas des exonérations d'impôt sur les successions octroyées aux époux et aux partenaires enregistrés (art. 9 LISD BE³⁰ ; art. 8 al. 1 let. e LISD³¹ ; art. 6A LDS GE³² ; art. 10 LISD³³ ; art. 9 al. 1 let. a LSucc NE ; art. 112 al. 1 let. a loi fiscale VS³⁴ ; art. 20 al. 1 let. e LMSD VD³⁵). Dans le canton de Neuchâtel, l'article 23 LSucc NE accorde un taux préférentiel de 20% au concubin survivant pour autant que les membres du couple vivaient en ménage commun depuis au moins cinq ans. Les cantons de Fribourg et du Jura octroient un taux préférentiel au concubin (respectivement 8.25% et 14%), en cas de ménage commun depuis plus de dix ans avec le défunt (art. 25 al. 1 let. c LISD FR ; art. 22 al. 1 ch. 2 LISD JU). Les autres cantons romands, dont les législations sont plus anciennes que les trois précités, ne prévoient pas de taux avantageux pour les concubins³⁶.

e) Droits réels, droit des contrats et droit des sociétés

Considérant la communauté de vie s'installant entre deux concubins, il est fréquent que leurs rapports soient soumis à d'autres domaines du droit. Ainsi, les concubins peuvent devenir copropriétaires (art. 646 ss CC) ou détenir des objets en propriété commune (art. 652 ss CC), peuvent conclure tous les contrats qu'ils désirent dans les limites de la liberté contractuelle (art. 27 CC et 20 CO) et peuvent unir leurs efforts en vue de la réalisation d'un but commun, auquel cas ils sont assujettis aux dispositions de la société simple (art. 530 ss CC).

f) Procédure civile

L'article 47 al. 1 let. c CPC place sur un pied d'égalité les conjoints/partenaires enregistrés, les ex-conjoints/ex-partenaires enregistrés et les concubins en matière de récusation. L'article 165 al. 1 let. a CPC reprend cette assimilation entre les conjoints, les ex-conjoints et les concubins (mais pas les ex-concubins³⁷). Cette disposition octroie à ceux-ci le droit absolu de refus de collaborer à une procédure. En outre, l'article 163 al. 1 let. a CPC, qui renvoie à l'article 165 pour définir la notion de proches, permet le refus d'une partie de collaborer à l'administration des preuves qui pourrait exposer son concubin à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile. Finalement, l'article 166 al. 1 let. a CPC, renvoyant également à l'article 165, consacre le droit d'une partie de refuser de collaborer à

³⁰ Loi bernoise concernant l'impôt sur les successions et donations (LISD), du 23 novembre 1999 (RSB 662.1).

³¹ Loi fribourgeoise sur l'impôt sur les successions et les donations (LISD), du 14 septembre 2007 (RSF 635.2.1)

³² Loi genevoise sur les droits de succession du 26 novembre 1960 (RSGE D3 25).

³³ Loi jurassienne sur l'impôt de succession et de donation (LISD), du 13 décembre 2006 (RSJU 642.1).

³⁴ Loi fiscale valaisanne du 10 mars 1976 (RSVS 642.1).

³⁵ Loi vaudoise concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donation (LMSD), du 27 février 1963 (RSV 648311).

³⁶ Voir par exemple l'article 116 Loi fiscale valaisanne.

³⁷ CPC-JEANDIN, art. 165 N 11.

l'établissement des faits qui risqueraient d'exposer son concubin à une poursuite pénale ou d'engager sa responsabilité civile.

g) Droit des poursuites

Le concubinage influence le calcul du minimum vital du droit des poursuites selon l'article 93 LP, qui détermine les revenus relativement saisissables du débiteur³⁸. Les Lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse considèrent effectivement les concubins dans l'expression « couple avec des enfants », les assimilant à un couple marié ou liés par un partenariat enregistré³⁹. Cette assimilation requiert cependant la réalisation de deux conditions. D'une part, les concubins doivent avoir des enfants communs et, d'autre part, les deux doivent disposer d'un revenu⁴⁰. Dans ce cas, le calcul du minimum vital du débiteur considère toutes les charges de la communauté familiale et prend en compte la charge effective que représente le concubin du poursuivi. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, les Lignes directrices ignorent les réalités économiques de l'union libre⁴¹.

A défaut d'enfant, les concubins sont réputés partager les frais du ménage. Ainsi, le calcul du minimum vital du débiteur contient la moitié du montant de base pour couple, du loyer et de toutes les autres charges communes mais l'intégralité des frais personnels du poursuivi. En revanche, les charges personnelles du concubin de même que ses revenus sont ignorés⁴². OCHSNER critique cette distinction selon que les concubins ont ou non des enfants communs et plaide en faveur d'un régime identique⁴³. Certains cantons alémaniques ont toutefois prévu un régime particulier pour les débiteurs vivant seuls avec un adulte, qui avantage les concubins⁴⁴.

Les Lignes directrices ignorent l'hypothèse d'un couple sans enfant et où le concubin non poursuivi n'a pas de revenu. Dans ce cas, le minimum vital du débiteur comprend le montant de base pour une personne seule et ses frais personnels. OCHSNER prétend cependant que la charge que représente le concubin du poursuivi en cas de communauté stable et durable devrait être considérée, assimilant ainsi les concubinages qualifiés aux couples mariés ou liés par un partenariat enregistré⁴⁵.

Finalement, la situation des concubins avec enfant non commun est la même que celle des concubins sans enfant. Si l'enfant est celui du débiteur, le minimum vital de celui-ci comprend l'entretien de base de cet enfant. A l'inverse, aucune charge afférente à l'enfant du concubin du poursuivi n'est prise en compte dans ce calcul, au motif que le concubin n'assume aucune obligation légale d'entretien envers la progéniture de son partenaire.

Ces considérations du droit des poursuites ont été largement reprises par la jurisprudence fédérale en matière d'assistance judiciaire. Ainsi, les ressources et les charges du concubin requérant sont calculées dans l'examen de l'indigence de la même manière que celle d'un conjoint requérant, dans la mesure où les concubins ont au moins un enfant commun. Dans

³⁸ Pour une contribution détaillée, MICHEL OCHSNER, *Le minimum vital (art. 93 al. 1 LP)*, SJ 2012 119.

³⁹ MICHEL OCHSNER, p. 129.

⁴⁰ ATF 130 III 765 c. 2, JT 2006 II 133.

⁴¹ Pour une appréciation critique de ce constat : MICHEL OCHSNER, pp. 154-155.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ MICHEL OCHSNER, pp. 151-152.

⁴⁴ MICHEL OCHSNER, pp. 123 et 152.

⁴⁵ MICHEL OCHSNER, p. 152.

ce cas, le couple est traité comme une communauté familiale, ce qui débouche sur un calcul global considérant les revenus nets des deux concubins, le montant mensuel de base applicable aux couples mariés et l'ensemble des charges de la communauté domestique. Si les concubins n'ont pas d'enfant commun mais forment une communauté stable, le montant de base du requérant consiste en la moitié du montant de base pour un couple marié, ce qui revient à assimiler les concubins à un couple marié pour les dépenses comprises dans le montant de base. Dans le cas où il existe une différence significative de revenus et de fortune entre les concubins, la répartition des charges afférentes au loyer sera proportionnelle aux capacités économiques des concubins⁴⁶.

En conclusion, la reconnaissance du concubinage dans une procédure d'exécution forcée et dans l'octroi de l'assistance judiciaire varie considérablement d'une situation à l'autre, ce qui est discuté sous l'angle de l'égalité de traitement ainsi que de la sécurité du droit.

B. Droit public

a) Assurances sociales

L'examen de l'impact du concubinage en matière d'assurances sociales est intéressant dans les branches de la prévoyance invalidité et vieillesse. Dans le premier pilier, le terme « couple » vise uniquement les époux. En outre, les rentes allouées à des survivants ne sont pas versées à des concubins (art. 23 et 35^{bis} LAVS). Si la situation du conjoint survivant est plus avantageuse que celle du concubin, les couples non mariés sont mieux lotis que les époux à l'âge de la retraite puisque la somme des deux rentes pour des conjoints s'élève au plus à 150% du montant maximal de la rente (art. 35 LAVS). Ainsi, le premier pilier ne considère pas l'union libre. L'article 42^{quinquies} LAI insère une exception à ce principe en prévoyant qu'un assuré auquel le concubin fournit une aide ne peut pas prétendre à une contribution d'assistance.

Le montant des prestations allouées à l'assuré dans le deuxième pilier est indépendant de sa situation conjugale. En principe, des prestations pour survivants sont dues uniquement au conjoint, respectivement au partenaire enregistré, du défunt (art. 19 et 19a LPP). L'article 20a let. a LPP permet néanmoins aux institutions de prévoyance d'attribuer par leur règlement des prestations aux concubins dans trois hypothèses. La première hypothèse vise le cas où le concubin était une personne à charge du défunt. Cette situation est réalisée si l'assuré apportait un soutien substantiel à son concubin⁴⁷. La jurisprudence a laissé la question ouverte de savoir si le défunt devait couvrir plus de la moitié de l'entretien ou si la prise en charge de la majorité des frais communs de l'union suffit⁴⁸. Dans tous les cas, un soutien inférieur à 20% des charges du concubin n'est pas substantiel⁴⁹. La deuxième hypothèse est réalisée lorsque le couple a formé une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès. Pour rappel, il n'est pas nécessaire que le couple ait cohabité⁵⁰. Le concubin survivant devant entretenir au moins un enfant commun fonde la troisième hypothèse. L'article 20a LPP permet aux institutions de

⁴⁶ L'intégralité de ce paragraphe se fonde sur l'arrêt du Tribunal fédéral TF 8C_108/2012 du 24 mai 2013, c. 3.3.3.

⁴⁷ ORIANA JUBIN, p. 580.

⁴⁸ ATF 131 V 27, c. 5.1.

⁴⁹ ATF 138 V 98, c. 6.3.

⁵⁰ ATF 138 V 86, c. 4.1.

prévoyance de disposer différemment de la part surobligatoire (art. 49 LPP). Les caisses de prévoyance ne sont donc pas contraintes de saisir cette possibilité. En outre, elles peuvent l'admettre à des conditions plus restrictives et délimiter un cercle de bénéficiaires plus restreint⁵¹. S'agissant de la part surobligatoire, les caisses de prévoyance peuvent admettre de verser des prestations au concubin survivant même si le défunt était encore marié à un tiers dont il vivait séparé. La pratique démontre toutefois que les institutions de prévoyance excluent généralement toute prestation en faveur du concubin en cas de conjoint ou de partenaire enregistré survivant⁵².

En matière de prévoyance individuelle liée, soit de troisième pilier A, l'article 2 al. 1 let. b OPP 3 énumère une cascade de bénéficiaires en cas de décès du preneur de prévoyance. Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant est toujours prioritaire et exclut le droit de tout autre bénéficiaire (ch. 1). Ensuite, les concubins peuvent être bénéficiaires dans les trois mêmes hypothèses que celles instaurées à l'article 20a LPP (entretien substantiel du concubin par le défunt, communauté de vie interrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou obligation de pourvoir à l'entretien d'au moins un enfant commun).

La prévoyance individuelle libre, soit le troisième pilier B, consiste en la conclusion d'une assurance-vie. Aussi, le preneur d'assurance est libre d'avantager les personnes qu'il souhaite (dans les limites imposées par le droit matrimonial et par le droit successoral). Ce type de prévoyance individuelle permet par conséquent de favoriser directement son concubin⁵³.

b) Aide sociale

Les concepts et normes de calcul de l'aide sociale de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (ci-après : normes CSIAS) prennent en compte le concubinage. Ces normes constituant de simples recommandations destinées aux organes d'aide sociale fédéraux, cantonaux et communaux, l'impact de l'union libre sur les prestations d'aide sociale dépend des cantons. Selon les normes CSIAS, un concubinage est stable s'il dure depuis deux ans ou si le couple a un enfant commun⁵⁴. Ces normes acceptent donc plus largement un concubinage qualifié que le Tribunal fédéral en matière de contribution d'entretien, qui présume une stabilité de l'union après cinq ans et qui n'attribue pas de poids déterminant en la présence d'enfant commun. Ces normes préconisent de traiter les personnes vivant en concubinage stable de la même manière que les époux, ce qui implique la reconnaissance d'un devoir moral d'entretien. Ainsi, les revenus et la fortune du concubin non bénéficiaire de l'aide sociale doivent être pris en compte⁵⁵. Pour plus de détails, le chapitre H. 10 des normes CSIAS fournit les recommandations relatives au calcul de la contribution de concubinage dans des concubinages stables.

⁵¹ ORIANA JUBIN, p. 581.

⁵² ORIANA JUBIN, pp. 581-582.

⁵³ Pour une étude détaillée : ORIANA JUBIN, pp. 585 ss.

⁵⁴ Normes CSIAS 12/07, F.5-1.

⁵⁵ *Ibidem*.

c) Droit fiscal*

Le droit fiscal ne reconnaît en principe pas l'union libre, bien que les concubins forment dans les faits une communauté de revenus et de dépenses comparable à celle des couples mariés. Les concubins demeurent donc taxés séparément. Cette situation aboutit à une inégalité de traitement entre les couples mariés et les autres, puisque le cumul des revenus des époux entraîne une augmentation de leur charge fiscale. Le Tribunal fédéral a jugé cette différence contraire à l'égalité de traitement il y a une trentaine d'années déjà⁵⁶. Dans la même décision, il a relevé que cette discrimination préjudicie l'institution du mariage et viole la garantie constitutionnelle du mariage (art. 14 Cst., art. 54a Cst.). Suite à l'échec de plusieurs projets⁵⁷ visant la suppression de cette discrimination, le législateur a introduit différentes mesures. Un projet de loi fédérale poursuivant l'élimination de cette inégalité est actuellement en cours de développement. Quant à eux, les cantons sont contraints de prévoir des correctifs à ces inégalités de traitement, par le biais de déductions ou de tarifs spéciaux.

Dans ce domaine du droit, le Tribunal fédéral traite les concubins unissant effectivement leurs ressources à la réalisation d'une communauté comme une société simple⁵⁸. Au surplus, la jurisprudence admet que le concubin versant à l'autre une contribution alimentaire pour un enfant mineur commun peut déduire cette somme. Le parent recevant ces versements est réputé pourvoir principalement à l'entretien de l'enfant et peut prétendre à l'application du barème parental⁵⁹. Dans le cas où aucune contribution n'est versée et que l'autorité parentale est conjointe, on considère que le parent bénéficiant du revenu le plus élevé entretient l'enfant et profite du barème parental⁶⁰. Si un seul des parents détient l'autorité parentale, il est réputé entretenir majoritairement l'enfant et profite ainsi du barème parental⁶¹.

C. Droit pénal

La terminologie diffère entre le droit civil et le droit pénal, qui range les concubins non pas parmi les « proches » mais dans les « familiers » (art. 110 al. 1 et 2 CP). Ainsi, ils ne sont poursuivis que sur plainte dans le cas de certaines infractions (notamment art. 137 ch. 2, 139 ch. 4, 143 ch. 2, 147 ch. 3, 158 ch. 3 CP).

Le droit de porter plainte passe aux proches du lésé décédé (art. 30 al. 4 CP). Considérant la définition propre au droit pénal, les concubins n'héritent pas de cette prérogative. L'article 84 CP favorise les relations des détenus avec leurs proches et leurs amis. L'utilisation du terme « amis » englobe les concubins.

L'article 116 al. 2 CPP assimile toutes les personnes entretenant des liens analogues avec la victime à son conjoint, ses enfants ainsi que ses père et mère. Les concubins tombent dès

* L'auteur remercie Thierry Obrist, chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de ses nombreux et précieux éclaircissements sur cette matière ainsi que des références transmises.

⁵⁶ ATF 110 Ia 7, c. 4.

⁵⁷ FF 2006 4259 ; FF 2009 4237.

⁵⁸ ATF 108 II 204, c. 4a, JT 1982 I 570.

⁵⁹ Circulaire n° 30 du 21 décembre 2010 du Département fédéral des finances relative à l'imposition des époux et de la famille selon la Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), p. 24.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

lors dans le champ de cette notion⁶². La terminologie n'est donc pas homogène en droit pénal et en procédure pénale.

Conclusion

Bien que le concubinage se répande comme une tache d'encre dans la société actuelle, il est visible uniquement en arrière-plan dans le paysage législatif helvétique. Il s'agit néanmoins d'une véritable trame de fond qui colore tous les domaines juridiques où les relations de couple revêtent de l'importance.

Le dessin transversal de l'union libre débouche sur un tableau abstrait. Aucun trait commun ne ressort clairement des différents domaines. Concubins et époux sont parfois assimilés alors que leur situation est diamétralement opposée dans d'autres situations. Le concubinage est donc une institution caméléon, qui change d'apparence selon la coloration du domaine juridique qui l'entoure. Au surplus, l'égalité entre différents couples de concubins n'est pas systématiquement assurée même au sein d'un même domaine, de sorte que ce caméléon se décline encore dans des tons plus ou moins foncés.

Le succès de cette forme de communauté dans la population résulte probablement de l'impression de liberté qui s'en dégage. La simplicité de la dissolution du concubinage, par rapport à celle du mariage ou du partenariat enregistré, a peut-être un effet trompe l'œil camouflant la réglementation relativement dense de ce mode de vie ainsi que les nombreux effets juridiques que le Tribunal fédéral lui reconnaît. Ce d'autant plus que les rapports des concubins peuvent être soumis aux dispositions générales de l'ordre juridique (notamment droits réels, droit des contrats, droit des sociétés), restreignant ainsi leur liberté même en cas de rupture.

On assiste donc à une véritable explosion de l'union libre : les couples de concubins sont de plus en plus nombreux mais la matière est éclatée dans l'ordre juridique. Ce constat heurte la sécurité et la prévisibilité du droit. Le législateur devrait donc réagir en concentrant ses différents jets d'encre afin de tracer clairement les traits du concubinage. L'uniformisation de la notion et de la désignation de l'union libre sur toute la toile de l'ordre juridique suisse ne compliquerait aucunement la désunion du couple mais augmenterait la transparence et renforcerait cette institution, ce qui coïnciderait avec le développement sociétal de ces communautés de vie.

⁶² ANDREW M. GARBARSKI, *Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente*, SJ 2013 II 123, 134.