
SOLIDARITÉ ET FAMILLE

RAPPORT SUISSE

par

SABRINA BURGAT

Avocate au barreau, spécialiste FSA en droit de la famille, post-doctorante et chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel¹

Préambule

Le droit suisse règlemente le droit des familles à travers le livre deuxième du Code civil intitulé « droit de la famille ». Ce livre comprend trois parties, « des époux » (I), « des parents » (II), « de la protection de l'adulte » (III).

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 94 ss 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 sociales².

En dehors du mariage et du partenariat enregistré, il n'existe pas d'autres formes de vie commune reconnues 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 fédéral³. La vie commune a parfois des effets éparés, par exemple pour la représentation légale dans le domaine médical (art. 378 al. 1 ch. 4 CC) ou pour l'adoption de l'enfant du concubin ou de la concubine (art. 264c CC, pour autant que le couple fasse ménage commun depuis au moins trois ans).

¹ Je remercie vivement Jérôme Saint-Phor, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de sa relecture attentive de la présente contribution.

² Voir le chapitre consacré à la protection sociale ci-dessous, p. 17 ss.

³ ATF 109 II 228.

Il convient de relever qu'un avant-projet de loi est actuellement en consultation, intitulé « Mariage civil pour tous »⁴ visant à ouvrir le mariage à tous les couples, indépendamment du sexe des partenaires. Le mariage pour les couples de même sexe ne leur permettrait toutefois pas d'accéder à la procréation médicalement assistée.

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 à sa naissance dépend de l'état civil de ses parents.

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 enregistré·es en vertu de l'art. 12a LPart, alors qu'il n'y a aucun effet sur le nom pour les concubins.

L'époux ou l'épouse qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage conserve ce nom après le divorce. Il ou elle 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 enregistré·es (art. 30a LPart).

En pratique, selon les statistiques 2018, une large majorité de femmes (25 737 en 2018 contre 956 hommes seulement) prend encore aujourd'hui le nom du mari au moment du mariage et c'est donc ce nom commun qui est transmis à l'enfant⁵. En comparaison, 8 966 femmes ont choisi de conserver leur nom après le mariage contre 34 381 hommes.

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

⁴ Initiative parlementaire 13.468, disponible sur le site www.parlement.ch.

⁵ Statistiques OFS disponibles sur le site : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/nuptialite.assetdetail.8926520.html> (octobre 2019).

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).

B. La nationalité et le séjour

Nationalité – acquisition

Le lien familial est important en application de 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.

Le mariage et le partenariat enregistré facilitent l'acquisition de la nationalité suisse. Le mariage permet l'acquisition de la nationalité par la naturalisation facilitée, c'est-à-dire à des conditions et selon une procédure plus souple que l'acquisition ordinaire de la nationalité (notamment seulement 5 ans de séjour en Suisse, dont trois avec le ou la conjoint·e, selon l'art. 21 LN). Les partenaires enregistré·es bénéficient des conditions assouplies de la naturalisation facilitée comme en cas de mariage, toutefois, la naturalisation est formellement qualifiée « d'ordinaire » (art. 10 LPart), avec des conséquences essentiellement procédurales (et de coûts).

Nationalité – perte

La rupture d'un lien de filiation avec le père ou la mère ayant transmis la nationalité suisse entraîne la perte de la nationalité suisse, à moins que l'enfant ne devienne apatride (art. 2 LN).

La naturalisation obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels peut être annulée jusqu'à 8 ans après son

obtention (art. 36 LN). L'annulation fait perdre la nationalité suisse 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'ils ou elles remplissent 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 mariage et le partenariat enregistré influencent le droit de séjour en Suisse en vertu de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI). Un·e conjoint·e ou un·e partenaire enregistré·e d'un·e ressortissant·e suisse et 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 (art. 42 LEI). Pour les membres de la famille concerné·es vivant dans un État de l'Union européenne, les membres de la famille admissibles, sont le ou la conjoint·e et ses descendant·es âgé·es de moins de 21 ans (ou dont l'entretien est garanti) et les ascendant·es, si leur entretien est garanti (art. 42 LEI).

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

Le système du regroupement familial précité s'applique également aux conjoint·es et aux enfants étranger·ères du titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour en Suisse (art. 43 à 45 LEI). Dans ce cas, 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·e ressortissant·e de l'Union européenne.

Les bénéficiaires du regroupement familial doivent faire ménage commun avec le ou la 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 des conjoint·es 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 ou partenariale a duré 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 en cas de violences au sein du couple ou lorsque l'union a été conclue en violation de la libre volonté d'une des parties ou que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise.

Le lien familial ne fait pas obstacle à la décision d'expulsion, même si les intérêts privés en Suisse de la personne concernée sont examinés dans le cadre de la décision d'expulsion (art. 66a CP). Les tribunaux appliquent dès lors la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH.

C. La représentation

En cas de mariage ou de partenariat enregistré, chaque membre de la communauté représente l'union pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune (art. 166 CC et art. 15 LPart). Au-delà des besoins courants, le mécanisme de représentation ne s'applique qu'avec l'autorisation du ou de la conjoint·e ou du ou de la partenaire enregistré·e, ou avec l'autorisation de l'autorité judiciaire. Exceptionnellement, en cas d'empêchement en raison de maladie, d'absence ou d'autres causes analogues, le mécanisme de représentation peut s'appliquer pour traiter une affaire urgente.

Entre concubin·es, les règles ordinaires de la représentation au sens des articles 32 ss du CO sont applicables. Cela signifie qu'un·e concubin·e peut agir au nom de l'autre comme toute autre personne, moyennant l'existence d'un pouvoir de représentation, qui n'est soumis à aucune forme spécifique, mais peut également se déduire des circonstances.

En droit médical, l'art. 378 CC prévoit un mécanisme en cascade de représentant·es dans le domaine médical, habilité·es à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux. Il s'agit, dans l'ordre, de la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude, le curateur ou la curatrice ayant une tâche de représentation dans le domaine médical, le ou la conjoint·e ou le ou la partenaire enregistré·e s'il ou elle fait ménage commun avec la personne concernée ou s'il ou elle lui fournit une assistance personnelle régulière, ou enfin, 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, indépendamment 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 immunités)

Le lien familial n'influence que peu les droits et immunités en droit fédéral. Dans le cadre des poursuites et faillites, les liens familiaux tels que le mariage, le partenariat ou le concubinage mais également le lien de parenté ou d'alliance en ligne directe justifient une suspension de la procédure dans le cas particulier du décès (art. 58 LP).

Dans la même loi, le régime de communauté de biens au sens des art. 221 ss CC (pour les couples mariés, même si les partenaires enregistré·es peuvent également choisir ce modèle) a des incidences dans la procédure : les actes de poursuite doivent être notifiés aux deux membres de la communauté.

Les conjoint·es et les partenaires enregistré·es, ainsi que les enfants (pour les créances en lien avec l'autorité parentale) de la personne débitrice sont des créancier·ères privilégié·es 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 la personne prévenue, 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 voies de fait réitérées, de menace ou de contrainte, la procédure pénale peut être suspendue si la victime est mariée ou liée par un partenariat enregistré avec l'auteur·e. Il en est de même si l'atteinte a été commise durant l'année qui a suivi la fin de la vie commune.

E. Les sujétions et charges familiales

Infractions spécifiques liées à la famille

Le Titre 6 du Code pénal incrimine spécifiquement les crimes et délits contre la famille.

L'art. 213 CP incrimine l'inceste, soit l'acte sexuel entre ascendant·es et descendant·es, ou entre frères et sœurs germain·es, consanguin·es ou utérin·es. Les mineur·es n'encourent pas de peine s'ils ou elles ont été séduit·es. L'art. 215 CP incrimine la pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés. La personne prévenue 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 : la personne qui n'aura pas fourni les aliments ou les subsides dus en vertu du droit de la famille, quoiqu'il ou elle 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'État, tenant compte des intérêts de la famille, est autorisé à porter plainte, en fonction de la législation cantonale.

Selon l'art. 219 CP, la personne qui aura violé son devoir d'assister ou d'élever une personne mineure dont elle 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 la personne qui aura soustrait ou refusé de remettre un·e mineur·e à la personne qui détient le 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·e membre de la famille, les conséquences des actes d'un·e autre membre en droit du travail ou en matière de nationalité⁶, 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 mineur·es placé·es sous son autorité, à moins de parvenir à justifier une surveillance adéquate, c'est-à-dire effectuée avec l'attention commandée par les circonstances.

⁶ Sous réserve du cas de la naturalisation « groupée », voir p. 3 s.

Interdictions dépendantes du lien familial

L'incapacité de témoigner en raison d'un lien familial existe selon le Code de procédure pénale suisse (CPP) : un lien matrimonial, partenarial ou un concubinage permet de refuser de témoigner (art. 168 al. 1 let. a CPP). De même, la personne qui a des enfants communs avec la personne prévenue peut opposer un tel refus (art. 168 al. 1 let. b CPP). Ce droit 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, l'existence d'un mariage, d'un partenariat ou d'un concubinage constitue un motif de récusation à l'encontre de la personne concernée siégeant au sein de l'autorité judiciaire (par ex. art. 47 CPC, art. 10 LP, art. 56 CPP). Ces liens sont également des motifs, en droit cantonal, d'incompatibilité pour la nomination des personnes au sein des autorités judiciaires.

En droit de l'association, tout·e sociétaire est, de par la loi, privé·e de son droit de vote dans les décisions relatives à une affaire ou un procès de l'association, lorsque les parties en cause ont un lien de parenté, d'alliance ou de mariage avec le ou la sociétaire (art. 68 CC).

En droit des successions, le lien de parenté ascendant ou descendant, frère ou sœur, le lien du mariage ou de partenariat empêche de concourir à la rédaction du testament en qualité d'officier public (art. 503 CC).

Toujours en droit des successions, le ou la conjoint·e survivant·e bénéficie d'un statut particulier lorsque les descendant·es répudient la succession : l'intéressé·e est avisé·e par l'autorité et dispose d'un mois pour accepter la succession.

L'ordonnance fédérale sur le service civil (OSCi) tient compte dans deux situations, du lien formel du mariage : une personne astreinte au service civil 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 proches : le ou la conjoint·e, les père et mère, les grands-parents, les frères et sœurs et les ami·es (art. 4a OSCi).

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 octroie un statut spécifique aux personnes mariées, lors de l'examen des conditions personnelles à l'octroi de la mesure d'encouragement à la construction du logement. Les autres formes de communauté de vie ne sont pas reconnues.

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

A. Sur le plan financier

Il existe une obligation d'entretien entre les membres de la communauté de vie après le divorce dans le cadre du couple marié, avec une réglementation similaire pour les partenaires enregistré·es, alors qu'aucune obligation n'existe entre concubin·es.

L'art. 163 CC constitue la cause de l'obligation d'entretien réciproque entre parties 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) ; 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, l'autorité judiciaire se fonde sur la répartition des tâches convenue pendant la vie commune pour fixer la contribution d'entretien. Cette répartition peut être adaptée, compte tenu des coûts supplémentaires engendrés par la vie séparée⁷.

Les principes tirés de l'art. 163 CC valent tant durant la procédure de séparation (mesures protectrices de l'union conjugale), qu'en matière de mesures provisoires durant la procédure de divorce.

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'une partie qu'elle pourvoie elle-même à son entretien convenable après le divorce, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, l'autre lui doit une contribution équitable. Cette disposition concrétise deux principes : d'une part, celui de

⁷ ATF 137 III 385, consid. 3.1.

l'indépendance économique des parties après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint·e doit désormais subvenir à ses propres besoins ; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les parties 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 découler⁸.

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 : la répartition des tâches pendant le mariage (ch. 1), la durée du mariage (ch. 2), le niveau de vie des époux pendant le mariage (ch. 3), l'âge et l'état de santé des époux (ch. 4), les revenus et la fortune des époux (ch. 5), l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée (ch. 6), la formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, y compris le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien (ch. 7), 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 (ch. 8).

Une contribution est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière des parties. 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 y a lieu de présumer que le mariage a influencé concrètement la situation financière de chacun·e. Un tel mariage appelé « *lebensprägend* » en allemand, ne donne toutefois pas automatiquement droit à une contribution d'entretien. Chaque partie ne peut prétendre à une pension que si elle n'est pas en mesure de pourvoir elle-même à son entretien convenable⁹.

Il s'agit d'analyser cette question en trois étapes : premièrement, déterminer l'entretien convenable selon le niveau de vie du couple 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 chaque partie peut financer elle-même l'entretien arrêté à l'étape précédente du raisonnement. À ce titre, une partie – y compris la partie créancière de l'entretien – peut se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'elle puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger d'elle. Enfin, dans la troisième étape, s'il n'est

pas possible ou que l'on ne peut raisonnablement attendre de la partie concernée qu'elle pourvoie elle-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 concubin·es, ni durant le concubinage ni après la dissolution, faute de réglementation légale en droit suisse à ce sujet.

À 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 ou la 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 transports et les loisirs. Les frais indirects correspondent à la différence entre les revenus nets et les 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 (notamment : montant de base, auquel s'ajoute le montant du loyer effectif, les primes d'assurances obligatoires, les frais indispensables à l'exercice d'une profession), 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 qu'il augmente son activité lucrative en fonction des degrés de scolarité de l'enfant (50 % dès l'entrée à l'école obligatoire (env. 4 ans en Suisse romande), 80 % dès l'entrée à

⁸ ATF 137 III 102, consid. 4.1.1.

⁹ ATF 137 III 102, consid. 4.1.2.

l'école secondaire (env. 10-11 ans en Suisse romande), 100 % dès les 16 ans de l'enfant, respectivement la fin de l'école obligatoire)¹⁰.

Il existe en outre une « obligation alimentaire » due par les personnes vivant « dans l'aisance » à l'égard des ascendant·es ou descendant·es en ligne directe conformément à l'art. 328 CC, lorsque, à défaut de cette assistance, les bénéficiaires tomberaient dans le besoin. Seul le lien de parenté est déterminant, à l'exclusion de l'état civil. 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 qu'il était possible de se référer à des lignes directrices établies par la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) pour déterminer la notion d'aisance¹¹. 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 180 000.-. À cela s'ajoute le montant de CHF 20 000.- par enfant mineur·e 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 diffèrent, suivant qu'il existe ou non un lien du mariage ou de partenariat enregistré. L'autorité judiciaire ordinaire est compétente pour l'obligation alimentaire à l'égard des ascendant·es et descendant·es.

Les règles prévues en matière de contributions d'entretien dans le Code civil sont renforcées par des règles particulières en matière d'exécution des obligations alimentaires en droit de la famille. Les art. 132, 177 et 291 CC prévoient notamment que lorsque la personne ne satisfait pas à son obligation d'entretien, l'autorité judiciaire peut ordonner de saisir directement le montant des contributions du droit de la famille chez les créancier·ères (notamment son employeur·se). Dans le cadre de la loi sur les poursuites et faillites, les créances fondées sur le droit de la famille ont également un statut privilégié qui permet de les colloquer en première classe, c'est-à-dire en priorité par rapport à d'autres créances (art. 219 LP). Enfin, dans le Code pénal, l'art. 217 CP réprime la violation d'une obligation en prévoyant que la personne qui n'a pas fourni les aliments ou les subsides qu'elle doit en vertu du droit de la famille sera punie sur plainte, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

¹⁰ ATF 144 III 481.

¹¹ ATF 132 III 97, ATF 136 I 129.

B. Sur le plan matériel et moral

La personne mariée ou liée par un partenariat 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 un montant équitable dont elle puisse disposer librement (art. 164 CC). Pour fixer ce montant, il convient d'examiner les revenus propres de chaque partie, y compris le devoir d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de la profession ou de l'entreprise.

Lorsque la personne mariée ou liée par un partenariat enregistré a collaboré à la profession ou l'entreprise de l'autre conjoint·e ou partenaire dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, elle a droit à une indemnité équitable. Il en va de même lorsqu'une des parties, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'elle 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).

Le logement de famille est protégé dans le cadre du mariage et du partenariat enregistré (art. 169 CC, respectivement 14 LPart). Il est interdit, sans le consentement exprès de l'autre, de résilier le bail, d'aliéner le logement commun, ou de restreindre par d'autres actes juridiques, les droits sur le logement commun. Lorsqu'un·e conjoint·e ou un·e partenaire refuse de donner son consentement sans motif légitime, l'intéressé·e peut en appeler à l'autorité judiciaire.

La même règle vaut pour le cas de l'entreprise agricole : un·e propriétaire ne peut aliéner une entreprise agricole ou une part de copropriété sur ladite entreprise agricole qu'avec le consentement de l'autre conjoint·e ou 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, en concluant un contrat de mariage en la forme authentique, opter pour le régime de séparation de biens ou le régime 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 les couples mariés ou les partenariats enregistrés, il existe des règles spéciales relatives à l'attribution d'un bien en copropriété : une partie peut

demander, en sus des autres mesures prévues par la loi, que le bien lui soit attribué entièrement si elle justifie d'un intérêt prépondérant, à charge de désintéresser l'autre conjoint·e (art. 205 al. 2 CC dans le régime de participation aux acquêts, art. 251 CC dans le régime de séparation de biens). Dans le régime de la communauté de biens, la même règle vaut pour le partage d'un bien commun (art. 244 et 245 CC).

III. La solidarité 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 de l'impôt sur les 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, dans la mesure où le couple est imposé conjointement aussi longtemps qu'il fait ménage commun. Il s'agit de règles impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. Les personnes en concubinage sont imposées 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 de couples liés par un mariage ou un partenariat enregistré et 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 au père ou à la mère qui détient cette autorité. En comparaison, le couple de concubin·es 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 couples mariés et les couples en concubinage. 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 concubin·es du point de vue fiscal. Pour « corriger » l'addition des revenus

des personnes taxées conjointement, l'autorité fiscale intègre une déduction forfaitaire sur le revenu le moins élevé (au minimum CHF 8 100.– et au maximum 13 400.–). En outre, 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 »¹².

Impôts et obligations liés 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 à un·e conjoint ou partenaire séparé·e ou divorcé·e. Il en est de même pour les contributions versées à un·e enfant mineur·e (à l'exclusion de celles versées à un·e enfant majeur·e) fondées sur le droit de la famille. Dans ces hypothèses, les contributions sont déductibles du revenu et imposées chez la partie créancière (dans le cas de l'enfant mineur·e, la contribution est ajoutée au revenu imposable du parent qui perçoit la contribution au nom de l'enfant).

Lorsque l'enfant est majeur·e et suit une formation, il ou elle a droit à une contribution d'entretien qui n'est pas imposable, ni pour lui ou elle, ni pour le parent avec lequel il ou elle vit, alors que le parent qui la verse ne peut pas la déduire de son revenu. Cette contribution est qualifiée de « simples frais d'entretien du contribuable et de sa famille » et n'est donc pas déductible.

Les frais liés aux enfants

Les frais de garde des enfants par des tiers peuvent être déduits du revenu. Ils sont – pour l'instant, malgré une révision en cours – plafonnés à CHF 10 000.– par an et par enfant en droit fédéral.¹³ 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 partenariats enregistrés avec enfants, la déduction des frais de garde ne pose pas de difficultés ; elle profite au couple

¹² 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.

¹³ Voir le Message du Conseil fédéral du 9 mai 2018 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (Déduction fiscale des frais de garde des enfants par des tiers), FF 2018 3145.

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.

En sus de la déduction des frais de garde, il existe une déduction forfaitaire par enfant. Les parents taxés conjointement bénéficient de la déduction ensemble sur leur revenu global additionné. Dans le cas de parents taxés individuellement (en cas de séparation, divorce ou concubinage) qui détiennent l'autorité parentale en commun, chaque partie peut obtenir la moitié de la déduction forfaitaire, à condition de ne pas être tenue de verser de contributions d'entretien en mains de l'autre parent (dans ce cas, la contribution serait déductible du revenu imposable et la déduction forfaitaire bénéficie à l'autre parent). La répartition de la garde n'est pas déterminante pour la répartition de la déduction forfaitaire pour enfant.

Responsabilité fiscale solidaire

Les couples mariés et liés par un partenariat enregistré 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. Dès la fin de la vie commune, cette solidarité tombe.

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 taxées 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 ou elle 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'assurances sociales qui se distinguent chacune 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 personnes liées par un partenariat enregistré sont assimilées aux personnes mariées (art. 13a LPG), 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 assimilée 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

La personne mariée ou liée par un partenariat enregistré bénéficie d'une protection dans le régime de l'assurance-vieillesse et survivant (LAVS), appelé le premier pilier. Ce régime du premier pilier découlant de la LAVS couvre le risque vieillesse et décès. Il permet l'octroi de rentes de vieillesse, de veuve ou de veuf, et d'orphelin.e.

Les rentes sont financées par des cotisations des assuré·es et des employeur·euses. Elles sont calculées en fonction des années de cotisation, des revenus provenant d'une activité lucrative et de bonifications pour tâches éducatives ou tâches d'assistance (not. charge d'enfants).

Le fait d'être marié·e ou lié·e par un partenariat enregistré influence le régime de cotisation à l'assurance-vieillesse et survivants, puisque dans une telle constellation, si un·e membre de la communauté de vie paie des cotisations, ce paiement profite à l'autre qui est réputé·e les avoir payées également, conformément aux art. 3 al. 3 lit. a LAVS et art. 2 LAI.

En outre, sont pris en considération, les revenus provenant d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été payées (art. 29^{quinquies} al. 1^{er} LAVS). Les revenus des personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré sont comptablement partagés et attribués par moitié à chacune d'elles au moment du calcul de la rente vieillesse (de retraite) (art. 29^{quinquies} al. 2-6 LAVS). Ce mécanisme est appelé le « *splitting* » et s'applique pour la durée de la communauté de vie, même en cas de divorce ou de dissolution du partenariat.

La bonification pour tâches éducatives 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 une décision officielle. À défaut, la bonification est attribuée en totalité à la mère.

Le régime du 1^{er} pilier précité est complété par le régime du 2^e 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 salarié·es et leurs employeur·euses, calculées sur le revenu de l'employé·e. Dans ce régime, il n'existe pas de règles spéciales en matière de cotisation pour le couple marié ou lié par un partenariat 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).

Un·e conjoint·e ou un·e partenaire enregistré·e a droit à une rente de survivant·e, mais en qualité de veuf (et non de veuve). Dans la LAVS (et dans l'assurance-accident), la réglementation relative à la rente de veuf et de veuve 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·e, ils ou elles 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 ans au moins.

En substance, les femmes mariées bénéficient d'un avantage par rapport aux hommes mariés 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 enregistré·es sont assimilé·es aux veufs, les femmes ayant conclu un partenariat enregistré ne bénéficient pas des mêmes droits que les femmes mariées.

En cas de concubinage, il n'existe pas de droit à une de rente de veuf ou de veuve au sens de la LAVS/AI, peu importe la durée du concubinage.

Dans le deuxième pilier au sens de la LPP, il existe un droit à une rente de veuf ou de veuve dans le cadre du mariage et du partenariat enregistré, moyennant le respect de l'une des conditions suivantes (art. 19 LPP) : un enfant à charge au moment du décès de l'autre membre de la communauté de vie (a) 45 ans et un mariage ou un partenariat d'au moins cinq ans au moment du décès (b). Si ces conditions ne sont pas remplies, les survivant·es ont uniquement droit à une allocation unique équivalente à trois rentes annuelles.

Dans ce régime du 2^e pilier, les institutions de prévoyance sont autorisées à prévoir une rente de veuf ou de veuve en cas de concubinage ayant duré au moins cinq ans immédiatement avant le décès (art. 20a LPP). Dans cette situation particulière, le concubinage est donc reconnu comme une communauté de vie permettant de bénéficier de prestations 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 bénéficiant de prestations étatiques. C'est le cas pour les rentes de vieillesse et d'invalidité versées selon les premier et deuxième piliers qui sont assorties de rentes pour enfants. En outre, les enfants ont droit à des rentes d'orphelin·e des premier et deuxième piliers selon la LAVS. Dans l'assurance-chômage, la présence d'enfants augmente le montant des indemnités journalières à 80 % (au lieu de 70 %) du gain assuré.

C. Sur le plan successoral

« Famille successorale », ordre des héritiers légaux

Le droit suisse des successions distingue la qualité d'héritier légal, et la qualité d'héritier réservataire, en fonction des liens familiaux qui existent avec le ou la défunt·e.

Les plus proches sont les descendant·es (art. 457 CC), puis dans l'ordre, les père et mère (art. 458 CC), puis s'ils ou elles sont prédécédé·es, leurs descendant·es à tous les degrés.

En l'absence de descendant·es, de père et mère, respectivement de leurs descendant·es, les grands-parents forment la troisième parentèle d'héritier·ères légaux·ales.

Il existe ainsi un système de trois parentèles en droit suisse des successions.

En dehors de la parenté, un·e conjoint·e ou un·e partenaire enregistré·e survivant·e est également un·e héritier·ère légal·e. Un·e conjoint·e ou un·e partenaire enregistré·e survivant·e a droit à la moitié de la succession en concours avec les descendant·es, 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).

Chaque héritier·ère a la faculté de répudier la succession (art. 566 CC).

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

Les descendant·es, les père et mère et la personne mariée ou liée par partenariat enregistré sont protégé·es par le mécanisme légal de la réserve successorale. Ce n'est qu'à défaut d'héritier·ères légaux·les que la personne peut disposer librement de toute sa succession.

Les réserves sont les suivantes (art. 471 CC) : trois quarts de son droit de succession, pour un·e descendant·e, la moitié pour le père, la mère ou la personne mariée ou liée par un partenariat enregistré.

Les personnes mariées ou liées par un partenariat peuvent favoriser leur conjoint·e ou partenaire en cas de décès, en leur octroyant l'usufruit de toute la part d'héritage dévolue à leurs enfants communs.

Ces règles successorales font actuellement l'objet d'une révision visant à réduire la part réservataire des descendant·es et autres héritier·ères réservataires afin d'octroyer une plus grande liberté à la personne qui entend rédiger son testament pour disposer de ses biens¹⁴.

« 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 de la personne décédée pour l'ensemble des biens. Les héritier·ères 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 d'administrateur·trice de la succession qui serait désigné·e en raison de son lien de famille particulier avec la personne décédée.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 29 août 2018 concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), FF 2018 5865, objet 18.069 traité pour la première fois par le Conseil des États le 12 septembre 2019.