

LE CONCUBINAGE : ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Sous la direction de
Sonia Ben Hadj Yahia
et **Guillaume Kessler**

Préface
André Giudicelli



LE CONCUBINAGE : ENTRE DROIT ET NON-DROIT

LE CONCUBINAGE : ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Sous la direction de

Sonia Ben Hadj Yahia

et

Guillaume Kessler

Préface par

André Giudicelli



Cet ouvrage a reçu le soutien de l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique (UR 7311) de l'Université di Corsica Pasquale Paoli et du Centre de Recherche en Droit Antoine Favre (UR 4143) de l'Université Savoie Mont Blanc.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement soit aujourd'hui menacée.

© LexisNexis SA, 2021
Siège social : 141, rue de Javel - 75015 Paris

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le **résultat** des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

Liste des auteurs

Sophie ATSARIAS-DUMAS

Maître de conférences à l'Université de Corse

Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311)

Jean-Christophe BARBATO

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I

Chaire Jean Monnet en droit de l'Union européenne

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Sonia BEN HADJ YAHIA

Maître de conférences, HDR, à l'Université de Corse Pasquale Paoli

Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311)

Anne-Marie CARO

Docteur en droit, Enseignant contractuel à l'Université de Rennes 1

Membre de l'IODE, UMR CNRS 6262

Julie COLLIOT

Docteur en droit

Qualifiée aux fonctions de maître de conférences

Membre de l'IODE, UMR CNRS 6262

Sophie DUMAS-LAVENAC

Maître de conférences à l'Université de Lorraine

Institut François Gény EA7301

Membre associé de l'IODE, UMR 6262

Yann FAVIER

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc

Centre de recherches en droit Antoine Favre UR 4143

Marie GAYET

Maître de conférences à l'Université de Rennes I

UMR CNRS 6262

André GIUDICELLI

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Directeur de l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique

Université de Corse Pasquale Paoli

Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle

Florence GUILLAUME

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Florence JEAN

Maître de conférences à l'Université de Corse

UMR CNRS LISA 6240

Guillaume KESSLER

Maître de conférences HDR à l'Université Savoie Mont Blanc

Centre de recherches en droit Antoine Favre

Xavier LABBÉE

Professeur à l'Université de Lille

Raymond LE GUIDEC

Professeur émérite à l'Université de Nantes

Jean-Jacques LEMOULAND

Professeur à l'Université de Pau

Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN

Professeure à l'Université de Genève

Laurent PELLIZZA

Maître de conférences associé à l'Université de Corse

Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311)

Huissier de justice

Fabienne TAINMONT

Maître de conférences à l'UCLouvain et à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (Belgique)

Avocate au barreau de Bruxelles

Alex TANI

Maître de conférences à l'Université de Corse

Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311)

Alice TISSERAND-MARTIN

Professeure de droit privé à l'Université de Strasbourg

Aline VIGNON-BARRAULT

Professeur à l'Université d'Angers

Sommaire

Liste des auteurs.....	VII
Sommaire.....	IX
Préface par André Guidicelli.....	XI
Propos liminaires par Jean-Jacques Lemouland.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE STATUT LÉGAL DU CONCUBINAGE

Guillaume KESSLER, <i>Les statuts légaux de concubinage en droit comparé et en droit international privé</i>	7
Florence JEAN, <i>Le concubinage dans le droit musulman et l'ancien droit corse</i>	19
Florence GUILLAUME, <i>Les statuts de couple en droit international privé suisse</i>	27
Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, <i>Le concubinage en droit suisse : état des lieux et réflexions prospectives</i>	49
Fabienne TAINMONT, <i>Le concubinage en droit belge</i>	69
Sophie DUMAS-LAVENAC, <i>Le concubinage et l'enfant</i>	81
Marie GAYET, <i>Les concubins locataires</i>	89
Raymond LE GUIDEDEC, <i>Cessation du concubinage : quelles liquidations ? Les incertitudes, les repères</i>	97

DEUXIÈME PARTIE

LE STATUT JUDICIAIRE DU CONCUBINAGE

Sonia BEN HADJ YAHIA, <i>Le concubinage et le juge</i>	105
Jean-Christophe BARBATO, <i>Libre circulation des personnes et concubinage en droit de l'Union européenne. La différenciation des unions par l'Union</i>	121
Aline VIGNON-BARRAULT, <i>Rupture du concubinage et responsabilité civile</i>	137
Laurent PELLIZZA, <i>Concubinage et surendettement</i>	151
Sophie ATSARIAS-DUMAS, <i>Concubinage et entreprise : le sort du concubin du chef d'entreprise, dépourvu de statut légal</i>	157

TROISIÈME PARTIE

LE STATUT CONVENTIONNEL DU CONCUBINAGE

Alex TANI, <i>Les conventions de concubinage : quelles perspectives ?</i>	171
Julie COLLIOT, <i>Le concubinage et les techniques d'organisation du couple</i>	183
Anne-Marie CARO, <i>Le processus collaboratif et la rupture du concubinage</i>	193
Alice TISSERAND-MARTIN, <i>La séparation de biens des concubins et des partenaires</i>	201
Yann FAVIER, <i>La famille de fait, cette inconnue du droit successoral français</i>	211
Xavier LABBÉE, « Mes gonzesses » ou les unions conjugales atypiques.....	221

Préface

André GIUDICELLI

Professeur de droit privé et sciences criminelles
Directeur de l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique
Université de Corse Pasquale Paoli
Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle

« L'homme n'est pas né pour vivre seul ; la solitude pèse sur son cœur, qui a besoin d'aimer et d'être aimé », écrivait Troplong. Pour sortir de cet isolement, il n'y avait pour lui d'autre solution que le mariage. Dans la préface des quatre tomes qu'il consacre au contrat de mariage⁽¹⁾, Troplong s'oppose tant à la faveur qu'à connue le célibat à Rome, jusqu'à ce que Auguste le combatte, qu'à « la guerre que firent au mariage la pluralité des mariages et le concubinage » au Moyen Âge. Il y décrit ces pratiques comme « la cause du trouble dans les unions, de la perturbation dans l'état civil, et d'une effroyable dissolution des mœurs »⁽²⁾. Le propos peut prêter à sourire ; il n'est toutefois que l'expression de la morale dominante de son temps.

De nos jours, le concubinage n'est plus une pratique minoritaire, pas plus qu'une situation qui suscite la réprobation du corps social. Bien lointaine est la divergence entre la chambre civile et la chambre criminelle de la Cour de cassation, tranchée en faveur de la seconde par la chambre mixte dans l'arrêt *Dangereux* qui a admis la réparation du dommage invoqué par la concubine à la suite du décès accidentel de son concubin⁽³⁾.

Le législateur est aussi intervenu, signe que le droit n'ignore plus le concubinage. Tout d'abord, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 créant le pacte civil de solidarité a également inséré un nouveau chapitre dans le Code civil, certes composé d'un article unique, l'article 515-8, qui porte définition du concubinage : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

Ensuite, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a ajouté à ce même code un titre relatif aux mesures de protection des victimes de violences intrafamiliales, composé des articles 515-9 et suivants, mesures qui peuvent concerner tous les couples, y compris les concubins et ex-concubins. Ces dispositions ont été complétées, notamment par la loi du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille et par la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales. Cette évolution a aussi concerné le champ pénal. Ainsi, dans les cas prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas⁽⁴⁾. C'est ainsi encore qu'une mesure de protection comportant le recours

(1) R. Troplong, *Le droit civil expliqué. Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Paris, Charles Hingray, 1850.

(2) *Ibid.*, t. 1, p. V et VI.

(3) Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10.276 : *Bull. civ.* 1970, ch. mixte, n° 1 ; D. 1970, 201, note R. Combaldieu.

(4) C. pén., art. 132-80.

à un bracelet anti-rapprochement peut être ordonnée par le juge civil⁽⁵⁾, ou par le juge pénal à différentes étapes de la procédure⁽⁶⁾, cette mesure étant, quelle que soit la matière, applicable aux concubins. La loi protège donc les victimes de violences commises au sein du couple quelle que soit la nature de celui-ci, qu'il s'agisse d'une union organisée par le droit ou d'une union de fait.

Il reste que, malgré ces évolutions, pour certaines très récentes, le statut civil du concubinage interroge. La définition de l'article 515-8, si elle a le mérite d'exister, ne dit rien sur les droits et obligations des concubins. Est-ce à dire que le concubinage, hormis certains effets possibles sur le plan social et fiscal, n'entraîne aucune conséquence juridique pour ceux-ci ? N'existe-t-il pas un statut sous-jacent ? Ces questions sont à l'origine du colloque intitulé « Le concubinage, entre droit et non-droit » organisé par Sonia Ben Hadj Yahia et Guillaume Kessler, dans le cadre d'un partenariat entre l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique de l'Université de Corse et le Centre de recherches en droit Antoine Favre de l'Université Savoie Mont Blanc.

Cet ouvrage est en grande partie le fruit des actes de ce colloque qui s'est tenu à Corte les 10 et 11 octobre 2019. Il est également complété et enrichi par de nouvelles contributions. La réflexion sur la pertinence ou non d'un complètement du Code civil est aussi éclairée par différentes études de droit comparé ou sur des droits étrangers. Il s'inscrit donc pleinement dans la politique scientifique de l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ).

Cette préface est enfin l'occasion de remercier celles et ceux qui ont permis à ce projet d'aboutir : l'ensemble des auteurs bien sûr, l'éditeur de l'ouvrage, mais encore Jeanne Laleure-Lugrezi, ingénieure de recherche à l'EMRJ, pour son travail au temps de l'organisation du colloque et ensuite sur le manuscrit, et Marie-Françoise Saliceti, chargée de valorisation de la recherche à l'Université de Corse, qui accompagne toujours avec énergie et disponibilité les chercheurs de notre université dans leurs projets de publication. Quant aux deux organisateurs, qu'ils voient dans cette préface un témoignage d'amitié et un encouragement à poursuivre leur partenariat scientifique.

(5) C. civ., art. 511-11-1.

(6) CPP, art. R. 24-14 et s. et R. 60-1.

LES STATUTS DE COUPLE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

Florence GUILLAUME*
Professeure à l'Université de Neuchâtel

Cette contribution présente les statuts de couple existant en droit suisse (I) en se concentrant sur les règles de droit international privé. L'étude s'articule autour des trois formes de couple que sont le mariage (II), le partenariat enregistré (III) et le concubinage (IV). Les règles de conflit sont analysées à l'aune de la révision législative en cours dont l'objet est d'introduire le mariage pour tous dans le droit civil suisse. L'adoption de ce projet entraînerait un changement de paradigme important, notamment quant à la possibilité d'attribuer des effets juridiques à des formes d'union qui ne sont, pour l'instant, pas encore reconnues sur le territoire helvétique. Mais il faudra attendre une autre réforme législative pour que la situation des couples souhaitant formaliser leur union sans passer par le mariage soit améliorée (V).

I. – Les statuts de couple en droit suisse

La législation helvétique connaît deux statuts différents pour le couple : le mariage, réservé aux couples hétérosexuels, et le partenariat enregistré, option ouverte uniquement aux couples homosexuels. Ces deux statuts se retrouvent aussi bien en droit civil (A) qu'en droit international privé (B). Mais ce système binaire pourrait évoluer dans un avenir proche, si le mariage pour tous devait être adopté en Suisse conformément à un projet législatif qui est actuellement en cours d'examen.

A. – Le couple en droit civil suisse

Le mariage est régi par les dispositions du Code civil suisse⁽¹⁾ (art. 90 et s. CCS), alors que le partenariat enregistré fait l'objet d'une loi spéciale, la loi sur le partenariat (LPart)⁽²⁾. L'introduction, en 2007, du partenariat enregistré dans le droit suisse visait à offrir aux couples homosexuels une alternative au concubinage leur permettant de se prévaloir d'un statut familial à l'égard des tiers et de l'État, de manière à faire cesser les discriminations et à assurer une certaine cohésion internationale⁽³⁾.

* L'auteure remercie M. Yan Wojcik de son aide précieuse et très appréciée pour la rédaction de la présente contribution.

(1) Code civil suisse, 10 déc. 1907 (CCS ; RS 210).

(2) Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 18 juin 2004 (LPart ; RS 211.231).

(3) Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 nov. 2002, FF 2003, p. 1192 et s. (ci-après : « Message LPart »), spéc. p. 1195 et 1258.

Le régime juridique du partenariat enregistré est calqué sur celui du mariage⁽⁴⁾, sous réserve de certains points « sensibles » comme la possibilité d'avoir des enfants. Quant au concubinage, il ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en droit civil suisse.

Un projet législatif propose de modifier le droit suisse de la famille en introduisant le mariage pour tous dans le Code civil suisse⁽⁵⁾. Ce projet fait suite à une initiative parlementaire datant de 2013⁽⁶⁾. L'objectif de cette réforme est limité à l'ouverture de l'accès au mariage pour les couples de même sexe. À ce stade, les autres aspects juridiques liés au mariage ne sont pas concernés⁽⁷⁾. Si ce projet est adopté, il n'y aurait plus aucune différenciation fondée sur le sexe quant à la manière de formaliser une union en droit civil. Au niveau de la technique législative, il est prévu d'atteindre cet objectif en reformulant de manière neutre les dispositions idoines du Code civil suisse.

Cette révision du droit suisse aurait un impact sur le partenariat enregistré, car le législateur prévoit qu'il ne serait plus permis d'enregistrer de nouveaux partenariats en Suisse après l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. En revanche, la situation des concubins resterait inchangée, compte tenu de l'absence de projet visant à réglementer les aspects juridiques du concubinage. Si la révision est adoptée telle quelle, le mariage serait ainsi la seule institution permettant aux couples de formaliser leur union en droit civil⁽⁸⁾.

B. – Le couple en droit international privé suisse

Le droit international privé suisse est codifié dans la loi de droit international privé (LDIP)⁽⁹⁾. Dans le domaine du mariage, cette loi reprend la dichotomie existant en droit matériel. Les dispositions relatives au mariage sont contenues dans son

(4) Il en découle logiquement que les couples hétérosexuels ne peuvent pas s'unir au moyen d'un partenariat enregistré en droit suisse. Le législateur a en effet clairement exprimé sa volonté de ne pas proposer aux couples hétérosexuels un « mariage de deuxième ordre » : Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1213.

(5) L'entrée en vigueur de cette réforme est envisagée pour l'été 2021 au plus tôt. V. Initiative parlementaire « Mariage civil pour tous », Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 5 avr. 2019 (ci-après : « Rapport Mariage pour tous »), FF 2019, p. 8127. L'avant-projet et le rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 14 février 2019 sur l'initiative parlementaire « Mariage civil pour tous » n° 13.468, ainsi que les résultats de la procédure de consultation peuvent être consultés en ligne sur : www.parlament.ch/fr/organe/commissions/commissions-thematiques/commissions-caj/consultation-caj-13-468 (consulté le 13 mars 2020).

(6) Initiative parlementaire n° 13.468, 5 déc. 2013, déposée par le Groupe Vert/Libéral, www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20130468 (consulté le 13 mars 2020).

(7) La restriction de la portée de la révision trouve sa justification dans un choix de politique législative. Le législateur suisse considère en effet que les inégalités de traitement entre les couples hétérosexuels et homosexuels ont davantage de chances d'être supprimées progressivement en procédant par étapes. En particulier, la réglementation des rentes de survivants ou l'accès à la procréation médicalement assistée sont des questions politiques délicates qui pourraient compromettre la réforme dans son ensemble, ou retarder son entrée en vigueur de plusieurs années, si elles étaient intégrées directement dans le projet visant à ouvrir le mariage pour tous. La modification du droit suisse sur ces points pourrait faire l'objet d'une deuxième étape, un rapport d'experts étant attendu pour 2021. De même, l'introduction d'une alternative au mariage, qui ne dépendrait pas du sexe des partenaires, est également à l'étude et pourrait faire l'objet d'une troisième étape. Il convient cependant de relever que le processus législatif suisse permet au Parlement fédéral de modifier le texte de loi proposé par le Conseil fédéral et que, en cas de référendum, le peuple suisse peut avoir le dernier mot dans le cadre d'une votation populaire. La portée et le contenu de la révision ne sont dès lors pas encore définitivement fixés au jour où nous écrivons.

(8) V. *supra*, note 7.

(9) Loi fédérale sur le droit international privé, 18 déc. 1987 (LDIP ; RS 291). Pour une description générale de cette loi, V. F. Guillaume, *Droit international privé – Partie générale et procédure civile internationale*, Neuchâtel, 4^e éd. 2018, n^{os} 7-10, p. 10-15.

chapitre 3, alors que des dispositions supplémentaires, comprises dans le chapitre 3a, régissent le sort des partenariats enregistrés présentant un élément d'extranéité.

Le principe de base est l'application par analogie des dispositions régissant le mariage au partenariat enregistré. Quelques articles complètent ceux qui sont applicables au mariage, afin d'apporter la coordination nécessaire entre l'ordre juridique suisse et les ordres juridiques étrangers. Ces règles spéciales permettent de tenir compte du fait que l'institution du partenariat enregistré n'existe pas dans tous les systèmes juridiques⁽¹⁰⁾, contrairement au mariage qui est connu de façon universelle.

Tout comme en droit civil, le concubinage n'a pas de statut propre en droit international privé suisse. Son traitement juridique dépend par conséquent de sa qualification.

II. – Le statut du mariage en droit international privé suisse

L'entrée en vigueur du projet législatif visant à adopter le mariage pour tous en droit civil entraînerait également des modifications en droit international privé. Les principales règles de conflit applicables au mariage, lesquelles figurent dans le chapitre 3 de la loi de droit international privé, méritent d'être rappelées brièvement (A), avant d'examiner les modifications qui seraient introduites par la révision (B).

A. – Les règles de droit international privé applicables au mariage

Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage des personnes suisses ou domiciliées⁽¹¹⁾ en Suisse (art. 43, al. 1 LDIP). Les personnes étrangères domiciliées à l'étranger peuvent également se marier en Suisse après en avoir obtenu l'autorisation de la part des autorités suisses (art. 43, al. 2 LDIP). La délivrance de cette autorisation est subordonnée à la reconnaissance du mariage dans l'État national⁽¹²⁾ ou de domicile des fiancés. Il s'agit d'un rattachement distributif, ce qui signifie que la preuve de la reconnaissance dans l'État national ou de domicile doit être apportée pour chaque fiancé, le critère de rattachement pouvant différer entre les deux fiancés⁽¹³⁾. L'autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation, certes limité, mais pouvant entraîner le refus⁽¹⁴⁾ de l'autorisation dans différentes hypothèses⁽¹⁴⁾. Toutefois,

(10) Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1258 et s.

(11) Selon l'article 20, alinéa 1, lit. a LDIP, une personne physique « a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir ». Selon l'article 20, alinéa 2, 1^{er} et 2^e phrases LDIP : « Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante ».

(12) En présence de plusieurs nationalités, l'autorisation devrait être délivrée si le mariage est reconnu dans l'un des États nationaux (cf. art. 23, al. 3 LDIP). Dans le même sens : M. Courvoisier, in H. Honsell et al. (éd.), *Internationales Privatrecht*, Bâle, Basler Kommentar, 3^e éd. 2013, art. 43 LDIP, n° 16, p. 366 ; *contra* : A. Bucher, in A. Bucher (éd.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Bâle, Commentaire romand, 2011, art. 43 LDIP, n° 6, p. 425, qui considère que le mariage doit être reconnu, le cas échéant, dans l'État national avec lequel le fiancé concerné a les relations les plus étroites.

(13) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 43 LDIP, n° 6, p. 425.

(14) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 43 LDIP, n° 11, p. 426, qui estime que l'autorité devrait se contenter d'examiner « la volonté de créer l'union conjugale et (...) la reconnaissance du mariage à l'étranger ». Dans le même sens : Courvoisier (v. *supra*, note 12), art. 43 LDIP, n° 29, p. 368. V. égal. B. Dutoit, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 5^e éd. 2016, art. 43 LDIP, n° 10, p. 186, qui mentionne, au titre de motifs de refus, « des raisons de police liées au statut des étrangers ou des raisons touchant à une condamnation pénale ». C. Widmer Lüchinger (in M. Müller-Chen et C. Widmer Lüchinger (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zurich, 3^e éd. 2018, art. 43 LDIP, n° 29, p. 812) va plus loin en admettant, entre autres, la surcharge des autorités d'état civil, en particulier lorsque les époux n'ont aucun lien avec la Suisse.

« [l']autorisation ne peut pas être refusée pour le seul motif qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'est pas reconnu à l'étranger » (art. 43, al. 3 LDIP)⁽¹⁵⁾.

Pour ce qui est du droit applicable, « [l]a célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse » (art. 44 LDIP), ce dernier déterminant tant les conditions matérielles que formelles du mariage⁽¹⁶⁾. En droit suisse, seule la forme civile et laïque du mariage déploie des effets de droit civil⁽¹⁷⁾. La catégorie de rattachement « mariage », telle qu'elle est définie en droit international privé suisse, est sensiblement plus large qu'en droit civil afin de pouvoir inclure la grande disparité des formes de mariage existant sur le plan international. Les mariages religieux, coutumiers⁽¹⁸⁾, ou encore de *common law* peuvent ainsi entrer dans cette catégorie⁽¹⁹⁾. L'aspect déterminant est que l'institution étrangère considérée soit équivalente au mariage du droit suisse⁽²⁰⁾.

Tout mariage valablement célébré à l'étranger est en principe reconnu en Suisse (art. 45, al. 1 LDIP). Le texte légal ne précise pas dans quel État étranger le mariage doit être valable. Il est en tout cas clair que le droit international privé suisse ne requiert pas que le mariage soit valable dans l'État étranger national ou de domicile des époux. Dans la plupart des cas, la condition de validité sera examinée à l'aune du droit de l'État de célébration du mariage. Il n'est cependant pas exclu qu'un mariage non valable dans cet État, mais reconnu comme valable dans un autre État étranger national ou de domicile des époux, puisse être reconnu en Suisse⁽²¹⁾. Toutefois, l'ordre public s'oppose à la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger « dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse », lorsque l'un des fiancés est suisse ou lorsque les deux fiancés sont domiciliés en Suisse au moment du mariage (art. 45, al. 2 LDIP)⁽²²⁾. En outre, la reconnaissance est toujours soumise à la condition du respect de l'ordre public suisse (art. 27 LDIP).

B. – Les nouveautés introduites par la révision

La modification la plus importante que la révision introduirait dans la loi de droit international privé serait la possibilité de reconnaître un mariage étranger entre personnes de même sexe (1°). Les autres modifications prévues viseraient uniquement à coordonner l'ordre juridique suisse avec les ordres juridiques étrangers ne connaissant pas le mariage pour tous (2°).

(15) V. Dutoit (v. *supra*, note 14), art. 43 LDIP, n° 11, p. 186 et s., qui mentionne l'existence d'une règle similaire à l'article 11 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, 1^{er} juin 1970 (RS 0.211.212.3).

(16) Courvoisier (v. *supra*, note 12), art. 44 LDIP, n° 4-10, p. 371 et s. et n° 28-32, p. 372 et s. ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), art. 44 LDIP, n° 7-15, p. 819-821 et n° 25-37, p. 823-825.

(17) M.-L. Papaux van Delden, in P. Pichonnaz et B. Foëx (éd.), *Code civil I – Art. 1-359 CC*, Bâle, Commentaire romand, 2010, art. 97 CCS, n° 11 et s., p. 703.

(18) V. not. TF 5P.77/2002, 26.03.2002, c/ 3.

(19) V. Papaux van Delden (v. *supra*, note 17), art. 97 CCS, n° 3, p. 701.

(20) Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), art. 45 LDIP, n° 12, p. 833.

(21) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 45 LDIP, n° 8 et s., p. 441, et réf. citées.

(22) Art. 45, al. 2 LDIP : « Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse ». Cette disposition ne s'applique qu'en cas d'intention frauduleuse manifeste : Bucher (v. *supra*, note 12), art. 45 LDIP, n° 14, p. 443. V. égal. ATF 142 III 609, c/ 3.3.3.

1° La reconnaissance des mariages étrangers entre personnes de même sexe

Les mariages valablement célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe ne peuvent pas encore être reconnus comme tels en Suisse, mais sont néanmoins reconnus en tant que partenariats enregistrés (art. 45, al. 3 LDIP). Ces types de mariage sont donc convertis en partenariats dans l'ordre juridique suisse. Le partenariat enregistré est en effet le statut de couple réservé par le droit suisse aux couples homosexuels. Il est prévu que cette absence de reconnaissance, fondée sur l'exception d'ordre public, soit abrogée si le mariage pour tous est adopté. Cette modification est le reflet du parallélisme existant entre le droit international privé et le droit matériel en matière de droit de la famille. Les valeurs défendues par le droit matériel se repercutent en effet inévitablement sur les normes de droit international privé⁽²³⁾.

Si la révision est adoptée, les mariages entre personnes de même sexe valablement célébrés à l'étranger seraient ainsi reconnus en Suisse en tant que mariages. La qualification « mariage » de ces unions s'imposerait désormais d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de le préciser dans le texte légal⁽²⁴⁾.

2° La réapparition du critère du lieu de célébration du mariage

Outre les règles applicables au mariage (art. 43 à 45a LDIP), plusieurs dispositions de la loi de droit international privé traitent des effets généraux du mariage (art. 46 à 50 LDIP), des régimes matrimoniaux (art. 51 à 58 LDIP) et du divorce (art. 59 à 65 LDIP). Certaines de ces règles seraient impactées par la révision.

Le législateur prévoit de compléter les règles de conflit existantes, de manière à tenir compte du fait que le mariage entre personnes de même sexe est encore relativement peu répandu dans les ordres juridiques étrangers. Ces modifications visent donc uniquement à éviter des lacunes dans la compétence internationale, le droit applicable et la reconnaissance des décisions étrangères⁽²⁵⁾. L'objectif est atteint essentiellement en généralisant l'application du critère du lieu de célébration du mariage. Ces questions ne seront pas développées davantage dans le cadre de la présente contribution⁽²⁶⁾.

III. – Le statut du partenariat enregistré en droit international privé suisse

Malgré le futur abandon du partenariat enregistré en droit matériel, le législateur suisse entend maintenir la catégorie de rattachement *y* relative en droit international privé. Il a prévu, dans le projet visant à introduire le mariage pour tous dans

(23) V. not. Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 1, p. 541 ; F. Guillaume, *Une proposition de réglementation du partenariat insérable dans la LDIP*, in F. Guillaume et R. Arn (éd.), *Cohabitation non maritale*, Genève, 2000, p. 180-199, spéc. p. 184.

(24) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8145.

(25) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8145 et s. La même optique avait été suivie dans le cadre de la modification des règles de droit international privé résultant de l'adoption du partenariat enregistré. V. Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1258 et s.

(26) À ce sujet, V. F. Guillaume, *The Connecting Factor of the Place of Celebration of Marriage in Swiss Private International Law*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 21 (2019/2020), p. 399-423.

l'ordre juridique suisse, que le régime conflictuel du partenariat enregistré resterait assimilé, en très grande partie, à celui du mariage (A). La révision introduirait néanmoins quelques nouveautés visant à régler des situations particulières (B). Mais c'est surtout en lien avec la reconnaissance des partenariats étrangers que l'application du chapitre 3a de la loi de droit international privé, consacré au partenariat enregistré, suscite bien des interrogations (C).

A. – Les règles de droit international privé applicables au partenariat enregistré

Les règles de droit international privé régissant le mariage s'appliquent, par analogie, au partenariat enregistré (art. 65a LDIP)⁽²⁷⁾. Ce renvoi vaut aussi bien pour l'enregistrement du partenariat que pour les effets généraux, les régimes patrimoniaux et la dissolution du partenariat⁽²⁸⁾. Ainsi l'application analogique des dispositions du droit matrimonial « consacre l'assimilation de principe du partenariat enregistré au mariage »⁽²⁹⁾. En outre, quelques règles spécifiques viennent apporter des solutions ponctuelles pour résoudre les problèmes apparaissant en cas de conflit mobile, notamment en raison de l'absence de réglementation du partenariat dans l'ordre juridique étranger désigné par les règles de conflit régissant le mariage⁽³⁰⁾.

Le législateur ne prévoit pas de supprimer le chapitre 3a de la loi de droit international privé : la catégorie de rattachement « partenariat enregistré » devrait donc être maintenue en droit international privé. Il y aurait ainsi une différence notable entre le régime du droit civil et celui du droit international privé. Ce maintien d'une double qualification en droit international privé, malgré l'abandon du partenariat enregistré en droit civil, a pour objectif de permettre l'appréhension des institutions juridiques étrangères inconnues du droit suisse ne pouvant pas être qualifiées de mariages. Cette approche libérale correspond à la règle *favor recognitionis* visant précisément à éviter la création de situations juridiques boiteuses dans le domaine des relations familiales par le refus de reconnaissance d'une situation juridique valablement acquise à l'étranger.

L'existence de deux catégories de rattachement en droit international privé n'empêcherait pas de conserver l'assimilation de principe du partenariat enregistré au mariage. L'article 65a P-LDIP⁽³¹⁾ prévoit ainsi de maintenir l'application par analogie des règles de conflit relatives au mariage aux institutions juridiques qui seraient qualifiées, en droit international privé suisse, de partenariats enregistrés⁽³²⁾. Ainsi, un partenariat enregistré à l'étranger, dans un État offrant la possibilité aux couples de choisir entre l'institution du mariage et celle du partenariat enregistré, serait qualifié de partenariat enregistré en droit international privé suisse et pourrait être reconnu en tant que tel en Suisse⁽³³⁾.

(27) Art. 65a LDIP : « Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré, à l'exception de l'art. 43, al. 2 ».

(28) V. *supra*, II.

(29) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a LDIP, n° 1, p. 550.

(30) V. A. R. Markus, *Le droit international privé suisse du partenariat enregistré*, in Institut suisse de droit comparé (éd.), *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Genève/Zurich/Bâle, 2004, p. 149-152, spéc. p. 149-152.

(31) Art. 65a P-LDIP : « Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré ».

(32) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8164.

(33) V. *infra*, C.

B. – Les nouveautés introduites par la révision

Le projet contient deux modifications importantes quant aux règles de droit international privé relatives au partenariat enregistré. Toutes deux visent à régler la question délicate de l'articulation entre la loi sur le partenariat et les articles 90 et suivants du Code civil suisse applicables au mariage lorsqu'un partenariat est régi par le droit suisse. Cette question se pose dans deux situations précises : dans l'hypothèse où un partenariat enregistré est converti en mariage, d'une part (1°), et lorsqu'un partenariat a été enregistré à l'étranger après l'entrée en vigueur de la révision, d'autre part (2°).

1° La conversion des partenariats enregistrés existants

Le législateur suisse entend supprimer la possibilité d'enregistrer un partenariat après l'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels. Le partenariat enregistré perdrait en effet son utilité, dès lors qu'il est conçu, en droit suisse, comme le pendant au mariage pour les couples homosexuels. Toutefois, il n'est pas prévu d'abroger (dans l'immédiat) la loi sur le partenariat, car certains partenariats enregistrés en Suisse avant l'entrée en vigueur du mariage pour tous continueraient d'exister.

Le législateur entend en effet mettre en place un système de conversion facultative des partenariats en mariages, sur déclaration commune des deux partenaires, laquelle ne serait pas soumise à un délai déterminé et pourrait ainsi avoir lieu en tout temps⁽³⁴⁾. Le mariage découlant de la conversion serait considéré, pour ses effets, comme s'il avait été célébré au moment de l'enregistrement du partenariat, sous réserve du régime matrimonial⁽³⁵⁾. En attendant une éventuelle conversion, les partenariats enregistrés avant l'entrée en vigueur de la réforme resteraient soumis à la loi sur le partenariat, de sorte que cette loi resterait en vigueur, à titre « en quelque sorte [de] réglementation transitoire » aussi longtemps que tous les partenariats enregistrés en Suisse n'auront pas été convertis ou dissous⁽³⁶⁾.

La compétence des autorités suisses pour opérer la conversion d'un partenariat en mariage se fonderait sur l'article 43 LDIP et ne pourrait intervenir qu'en application du droit suisse (art. 44 LDIP)⁽³⁷⁾.

2° L'application par analogie des dispositions régissant le mariage

Le législateur entend modifier sensiblement la détermination du droit applicable au partenariat enregistré lorsque le droit désigné, par le biais d'une application par analogie des règles de conflit régissant le mariage⁽³⁸⁾, ne connaît pas d'institution

(34) Art. 35, al. 1 P-LPart : « Les partenaires peuvent en tout temps déclarer ensemble à l'office de l'état civil qu'ils veulent convertir leur partenariat enregistré en mariage ». Cette conversion facultative respecte la garantie constitutionnelle du droit au mariage, car cette dernière garantit également la liberté de ne pas devoir se marier. Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8142.

(35) Le projet propose de soumettre les mariages issus d'une conversion à la participation aux acquêts, qui est le régime matrimonial par défaut en droit suisse, uniquement depuis la conversion, sauf convention contraire (art. 35a, al. 3 P-LPart).

(36) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8135.

(37) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8151. V. égal. *supra*, II, A.

(38) V. art. 65a LDIP (texte reproduit *supra*, note 27).

fonctionnellement équivalente au partenariat enregistré. Dans ce cas particulier, l'application subsidiaire du droit suisse, telle que prévue actuellement, serait remplacée par une application par analogie des dispositions sur le mariage figurant dans le droit désigné⁽³⁹⁾. Dans l'hypothèse où le droit applicable ne contiendrait aucune disposition relative au partenariat enregistré, il conviendrait donc d'appliquer les dispositions de ce droit régissant le mariage.

Cette solution s'impose, puisque les dispositions de la loi sur le partenariat ne pourraient plus être appliquées à des partenariats enregistrés – par hypothèse à l'étranger – après l'entrée en vigueur de la révision. Un rattachement de nécessité au droit suisse ne ferait dès lors plus aucun sens⁽⁴⁰⁾. Si les règles de conflit de la loi de droit international privé devaient désigner le droit suisse pour un tel partenariat, les articles 90 et suivants du Code civil suisse régissant le mariage seraient dès lors applicables⁽⁴¹⁾. En revanche, un partenariat enregistré avant l'entrée en vigueur de la révision continuerait à être régi par la loi sur le partenariat lorsque le droit suisse est applicable⁽⁴²⁾.

C. – La reconnaissance des partenariats étrangers

La reconnaissance en Suisse des partenariats enregistrés à l'étranger est complexe en raison des différences existant entre les ordres juridiques ayant adopté d'autres formes d'union que le mariage, sous différentes dénominations. Les États qui connaissent le partenariat enregistré ouvrent ce statut soit uniquement aux couples homosexuels, soit uniquement aux couples hétérosexuels, soit à tous les couples sans aucune différenciation fondée sur le sexe⁽⁴³⁾. Mais c'est surtout au niveau du régime des effets du partenariat sur la relation entre les partenaires qu'apparaissent les différences entre les ordres juridiques. Certains types de partenariats enregistrés entraînent des effets juridiques équivalents à ceux d'un mariage, alors que d'autres limitent la portée des droits des partenaires, par exemple aux droits de propriété⁽⁴⁴⁾. La reconnaissance suppose par conséquent une qualification de l'institution juridique étrangère (1°). En Suisse, la reconnaissance d'un partenariat étranger suscite plus particulièrement des interrogations lorsqu'il s'agit d'un « partenariat faible », parmi lesquels le législateur suisse classe le pacte civil de solidarité français (Pacs) (2°), et lorsqu'il s'agit d'une union entre personnes de sexe différent (3°).

1° La qualification « partenariat enregistré »

L'entrée en vigueur de la révision projetée n'empêcherait pas la reconnaissance en Suisse d'un partenariat enregistré à l'étranger. Cette reconnaissance intervient en appliquant simplement par analogie les règles prescrites pour la

(39) Art. 65c P-LDIP : « Lorsque le droit applicable en vertu du chap. 3 ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré, les dispositions sur le mariage sont applicables ».

(40) Un rattachement de nécessité au droit suisse subsisterait néanmoins en matière de régimes matrimoniaux, puisque « [l]es époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même État et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens » (art. 54 al. 3 LDIP).

(41) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8164.

(42) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8158.

(43) V. HCCH, Questions de droit international privé en lien avec la cohabitation hors mariage (y compris les partenariats enregistrés) – Résumé et brève analyse des réponses au Questionnaire, Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Doc. pré-l. n° 4, févr. 2017, n° 4, p. 2.

(44) V. HCCH (v. *supra*, note 43), n° 6, p. 2 et s.

reconnaissance du mariage⁽⁴⁵⁾. Les partenariats valablement enregistrés à l'étranger peuvent ainsi être reconnus en Suisse (art. 45 LDIP). Les conditions de reconnaissance, notamment le respect de l'ordre public suisse (art. 27 LDIP)⁽⁴⁶⁾, doivent également être remplies. Sous cette double réserve, deux personnes domiciliées en Suisse peuvent (et pourront toujours) enregistrer un partenariat à l'étranger.

La reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger en tant que « partenariat » suppose cependant que l'on soit en présence d'une forme de communauté de vie pouvant être qualifiée de partenariat enregistré en droit international privé suisse. Au moment de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat, le législateur suisse était d'avis que la catégorie de rattachement « partenariat enregistré » devait être délimitée, en principe, par référence aux contours définis pour le partenariat enregistré en droit matériel⁽⁴⁷⁾. Or, les règles de conflit doivent être conçues « de façon suffisamment large pour pouvoir s'appliquer à toutes les institutions juridiques susceptibles d'entrer dans leur champ d'application, y compris celles qui sont différentes, voire inconnues, du droit matériel »⁽⁴⁸⁾. Il en résulte que les catégories du droit international privé sont souvent plus larges que celles existant en droit matériel. Lorsque tel est le cas, le juge suisse doit qualifier la question juridique en se référant uniquement aux catégories du droit international privé sans s'arrêter à la terminologie utilisée⁽⁴⁹⁾. Cette conception s'est imposée au législateur qui estime, désormais, que « [l]e terme de partenariat enregistré s'entend au sens large dans le chap. 3a LDIP, dans la mesure où il comprend toute forme de communauté de vie qui fonde un lien d'état civil aux effets semblables au mariage (...) mais n'en porte pas le nom »⁽⁵⁰⁾.

Au vu de la multitude et de la diversité des formes de partenariat existant dans les différents ordres juridiques⁽⁵¹⁾, il est difficile de définir précisément la notion de partenariat enregistré en droit international privé. L'institution étrangère doit au moins permettre de fonder une communauté de vie⁽⁵²⁾ et déployer des effets de droit civil fonctionnellement équivalents à ceux d'un mariage⁽⁵³⁾ pour pouvoir être reconnue en tant que partenariat enregistré en Suisse. On peut ajouter qu'une telle union doit remplir un certain nombre de formalités effectuées auprès

(45) V. *supra*, II, A.

(46) Le respect de l'ordre public est assuré de manière générale, en matière de reconnaissance, par l'article 27 LDIP et, pour la reconnaissance d'un mariage ou d'un partenariat enregistré, par l'article 45, alinéa 2 LDIP (texte reproduit *supra*, note 22). V. *supra*, II, A. V. égal. Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a LDIP, n° 13, p. 552.

(47) Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1259.

(48) Guillaume (v. *supra*, note 9), n° 70, p. 164.

(49) V. par ex. Guillaume (v. *supra*, note 9), n° 71, p. 167 et s.

(50) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8149.

(51) V. HCCH, Mise à jour des développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés, Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Doc. pré-l. n° 5, mars 2015, nos 29-33, p. 6 et s. ; ISDC, Avis sur la possibilité d'inscrire des unions étrangères dans le registre de l'état civil suisse, état au 13 mars 2017, E-Avis n° 2017-06, disponible sur www.e-collection.isdc.ch/zoom/4354/view?page=1&p=separate&tool=info (consulté le 13 mars 2020).

(52) À ce sujet, v. Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, nos 15-20, p. 545 et s.

(53) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a LDIP, n° 11, p. 552. À noter que cet auteur considère que certaines unions produisant des effets équivalents à ceux du partenariat enregistré helvétique, sans être soumises à une obligation d'enregistrement, sont également susceptibles de reconnaissance en Suisse aux mêmes conditions qu'un partenariat enregistré. Du même avis : Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 65a-65d LDIP, n° 19, p. 1199.

d'une institution étatique (par ex. un enregistrement)⁽⁵⁴⁾, et être exclusive, en cela que son existence doit constituer un obstacle à l'enregistrement d'un nouveau partenariat ou à la célébration d'un mariage avec un tiers⁽⁵⁵⁾. En revanche, la dénomination n'est pas déterminante.

Le législateur suisse a apporté quelques éléments nouveaux pour remédier à cette insécurité juridique en introduisant – dans le cadre de la révision en cours – le critère de la « force du partenariat » pour distinguer les « partenariats forts », qui offrent une solution analogue à celle du mariage, d'une part, et les « partenariats faibles », qui se définissent comme des unions « qui vont (...) moins loin que le mariage », d'autre part⁽⁵⁶⁾. Ces deux catégories de rattachement sont définies en fonction de leur degré d'équivalence au mariage. Les « partenariats forts » s'inscrivent ainsi dans le prolongement de l'institution du mariage en conférant aux partenaires des droits et devoirs équivalents à ceux du mariage. Les « partenariats faibles » correspondent à des modes de vie en commun d'une densité juridique plus faible. Cette distinction ne tient cependant pas compte de l'avis d'une partie de la doctrine qui estime que le critère de l'équivalence au mariage n'est pas pertinent, puisqu'un partenariat, même réputé faible, assure une fonction d'ordre familial allant au-delà d'un simple arrangement contractuel entre les partenaires⁽⁵⁷⁾.

La portée de la distinction réside précisément dans cet élément. Selon le législateur suisse, il n'est pas possible de qualifier les « partenariats faibles » de partenariats enregistrés, puisqu'ils ne sont pas fonctionnellement équivalents au mariage ou au partenariat enregistré du droit suisse⁽⁵⁸⁾. Il en résulte que ces types de partenariats ne peuvent pas être reconnus en Suisse. L'absence de reconnaissance d'un « partenariat faible » a pour conséquence que le statut des partenaires n'est pas reconnu dans l'ordre juridique suisse et qu'ils sont donc traités de la même manière que des personnes vivant en concubinage⁽⁵⁹⁾. En revanche, les « partenariats forts » sont qualifiés de partenariats enregistrés et peuvent par conséquent être reconnus en Suisse en tant que partenariats enregistrés.

2° La reconnaissance du Pacs

Dans le cadre de la révision en cours, le législateur suisse mentionne le Pacs comme exemple de « partenariat faible » qui ne serait pas qualifié de partenariat enregistré et ne pourrait, par conséquent, pas être reconnu comme partenariat en Suisse⁽⁶⁰⁾. La même appréciation avait déjà été faite au moment de l'introduction

(54) HCCH (v. *supra*, note 43), n° 3, p. 2.

(55) V. A. Bucher, *Le regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré*, in Institut suisse de droit comparé (éd.), *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Genève/Zurich/Bâle, 2004, p. 137-147, spéc. p. 138 ; L. Bopp, in H. Honsell et al. (éd.), *Internationales Privatrecht*, Bâle, Basler Kommentar, 3^e éd. 2013, art. 65a LDIP, n° 6, p. 507.

(56) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8134. Le Pacs français, la cohabitation légale belge et le partenariat enregistré luxembourgeois sont mentionnés comme exemples de « partenariats faibles ».

(57) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 8, p. 543 ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 65a-65d LDIP, n° 24, p. 1200 et s. V. égal. Guillaume (v. *supra*, note 26), p. 182 et s., pour un exposé des enjeux de la qualification en la matière (avant l'adoption du partenariat enregistré en droit suisse).

(58) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8150.

(59) V. *infra*, IV.

(60) V. Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8134 et p. 8150. V. égal. ISDC (v. *supra*, note 51), dont l'analyse conclut que le Pacs n'est pas équivalent au partenariat enregistré du droit suisse.

du partenariat enregistré dans le droit suisse. Le législateur avait alors relevé que « [l]es partenariats enregistrés valablement dans un État étranger sont reconnus en Suisse si l'institution étrangère est comparable à la nôtre. Des rapports de nature purement contractuelle qui n'ont pas d'effets sur l'état civil, tel le Pacs en France, ne remplissent pas cette condition »⁽⁶¹⁾. Cette position mérite d'être débattue au vu de l'enjeu sur la situation des personnes concernées, notamment à l'aune des diverses réformes du Pacs intervenues ces dernières années⁽⁶²⁾.

L'article 515-1 du Code civil français définit le Pacs comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». En d'autres termes, le Pacs présente une nature juridique duale en constituant un engagement juridique non seulement de nature contractuelle mais aussi familiale⁽⁶³⁾. Il ne s'agit en effet pas uniquement d'un contrat, dès lors que le Pacs nécessite une réelle vie commune⁽⁶⁴⁾, autrement dit « une vie de couple »⁽⁶⁵⁾, ce qui va au-delà de la simple cohabitation.

Si l'on peut admettre, sur cette base, que le Pacs permet de fonder une communauté de vie moyennant formalités à accomplir auprès d'une institution étatique⁽⁶⁶⁾, on peut se demander si cette institution confère bel et bien des droits et devoirs équivalents à ceux du mariage. La comparaison du Pacs avec le mariage suisse permet certes d'établir des similitudes entre les deux institutions, mais également des différences importantes.

Au rang des similitudes peuvent être mentionnées notamment la prohibition de conclure un Pacs entre personnes de la même famille ainsi qu'avec une personne déjà mariée ou pacsée⁽⁶⁷⁾, l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour la conclusion du Pacs, et l'absence de validité d'un Pacs utilisé à des fins étrangères aux buts de l'institution (par ex. un Pacs blanc)⁽⁶⁸⁾. En outre, ce statut est dissous par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux, ce qui signifie qu'il n'est pas possible d'être marié et pacsé en même temps⁽⁶⁹⁾. Le parallélisme avec le mariage suisse est clair⁽⁷⁰⁾.

Même si les partenaires sont tenus solidairement, à l'égard des tiers, des dettes contractées durant le Pacs pour « les besoins de la vie courante »⁽⁷¹⁾, ce statut n'entraîne pas d'effet sur le patrimoine des partenaires⁽⁷²⁾. Le régime des biens est très proche du régime de la séparation des biens du droit suisse⁽⁷³⁾, dont il faut souligner, au passage, la reprise pour le partenariat enregistré helvétique⁽⁷⁴⁾. Cet élément ne semble dès lors pas être un empêchement dirimant à la qualification de partenariat.

(61) Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1250.

(62) À ce sujet, V. Ph. Simler et P. Hilt, *Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage* : JCP G 2006, I, p. 1495-1500.

(63) V. not. M. Cresp et al., *Droit de la famille – Droits français, européen, international et comparé*, Bruxelles, 2018, n° 544, p. 431.

(64) Art. 515-1 et 515-4 CCF (Code civil français).

(65) Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, c/ 26.

(66) Art. 515-3 CCF.

(67) Art. 515-2 CCF.

(68) Cresp et al. (v. *supra*, note 63), n° 553, p. 437.

(69) Art. 515-7 CCF.

(70) V. art. 95, 96 et 105 CCS.

(71) Art. 515-4 CCF. Ce régime n'est pas sans rappeler l'article 166 CCS.

(72) En principe, les partenaires restent propriétaires de leurs biens et « chacun (...) conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels » (art. 515-5, al. 1 CCF).

(73) V. art. 247 et s. CCS.

(74) V. art. 18 et s. LPart.

Toutefois, la qualité de partenaire d'un Pacs ne confère pas la qualité d'héritier légal⁽⁷⁵⁾, ce qui est une différence substantielle par rapport à la situation des époux ainsi que des personnes liées par un partenariat enregistré en Suisse⁽⁷⁶⁾. Mais cette différence n'est, en soi, pas déterminante, dès lors que les systèmes successoraux – et notamment la définition de la qualité d'héritier légal – sont très différents d'un ordre juridique à l'autre. L'absence de qualité d'héritier légal d'un époux dans l'État étranger dans lequel le mariage a été célébré n'a jamais constitué un obstacle à la reconnaissance du mariage en Suisse. La qualité d'héritier légal du partenaire n'est par conséquent pas décisive pour la qualification d'un partenariat étranger⁽⁷⁷⁾. En revanche, le fait que, dans un même ordre juridique, le partenaire n'a pas la qualité d'héritier légal, alors que le conjoint survivant a cette qualité, est un élément pertinent pour déterminer si le partenariat est considéré comme fonctionnellement équivalent au mariage dans son ordre juridique d'origine. Sur ce dernier point, le régime juridique du Pacs n'est pas aligné sur celui du mariage⁽⁷⁸⁾.

Les effets personnels du Pacs sont très restreints. Ce statut n'entraîne, par exemple, aucun effet sur les questions relatives au nom et à la filiation⁽⁷⁹⁾. Même si les partenaires ont une obligation d'assistance réciproque⁽⁸⁰⁾, « [l]a faiblesse des sanctions de l'obligation d'assistance réciproque entre partenaires lui confère une force obligatoire limitée, bien inférieure à la sanction du devoir d'assistance entre époux »⁽⁸¹⁾. En outre, l'existence d'une obligation de fidélité dans le Pacs est controversée⁽⁸²⁾. Il s'agit de différences sensibles par rapport à la situation juridique des époux.

Le Pacs est dissous soit par la mort, soit par la déclaration conjointe des partenaires, voire la décision unilatérale de l'un d'eux notifiée à l'autre partenaire⁽⁸³⁾. La liquidation des droits et obligations résultant du Pacs est réalisée de manière conventionnelle⁽⁸⁴⁾. L'intervention d'un juge pour statuer sur les conséquences patrimoniales de la dissolution du Pacs n'est requise que dans l'hypothèse où un accord n'a pu être trouvé. Ce régime très libéral tranche définitivement avec ce qui est prévu dans l'hypothèse d'un mariage ou d'un partenariat enregistré en droit suisse⁽⁸⁵⁾.

(75) Cresp *et al.* (v. *supra*, note 63), n° 652, p. 507.

(76) Art. 462 CCS : « Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant a droit : 1. en concours avec les descendants, à la moitié de la succession ; 2. en concours avec le père, la mère ou leur postérité, aux trois quarts ; 3. à défaut du père, de la mère ou de leur postérité, à la succession tout entière ».

(77) À ce sujet, v. Bucher (v. *supra*, note 55), p. 142, qui relève que la transposition d'un partenariat étranger en droit suisse « ne peut se faire que dans la mesure où l'on peut constater une certaine équivalence entre l'union initialement créée à l'étranger et les effets du partenariat suisse ». Il en résulte que « [l]orsque la succession est régie par le droit suisse, un droit légal de succéder au défunt devrait être réservé à des partenaires liés par une union créée à l'étranger seulement si celle-ci comprend une telle participation du partenaire survivant au partage du patrimoine laissé par le défunt » : Bucher (v. *supra*, note 55), p. 143. Mais cette question doit être différenciée de celle de la reconnaissance du partenariat étranger. V. aussi Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65c, n° 12, p. 558 et s.

(78) V. art. 732 CCF : « Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé ».

(79) Cresp *et al.* (v. *supra*, note 63), n° 585, p. 459.

(80) Art. 515-4 CCF.

(81) Cresp *et al.* (v. *supra*, note 63), n° 590, p. 464. En droit suisse, V. art. 159 CCS et art. 163 à 165 CCS.

(82) Cresp *et al.* (v. *supra*, note 63), n° 592-595, p. 464-466.

(83) Art. 515-7 CCF.

(84) Art. 515-7, al. 10 CCF. V. B. Beigner et S. Torricelli-Chrifi, *Droit des régimes matrimoniaux, du Pacs et du concubinage*, Issy-les-Moulineaux, LGD, 6^e éd. 2018, n° 260, p. 324.

(85) V. art. 111 et s. CCS et art. 29 et s. LPart.

Même si les solutions juridiques aménagées pour le Pacs diffèrent de ce qui prévaut à l'égard du mariage suisse, la réglementation de ce statut semble porter sur tous les éléments régis par la qualification matrimoniale. Le fait que les effets juridiques du Pacs soient moins étendus que ceux prévus pour le mariage en Suisse ne devrait pas être un motif suffisant pour s'opposer à la reconnaissance d'un Pacs comme partenariat enregistré en Suisse. Ceci dit, il nous semble plus juste de considérer que le Pacs est une alternative au mariage plutôt qu'une institution équivalente à celle du mariage. Le Pacs s'inscrit dans un statut intermédiaire, entre le mariage (et le partenariat enregistré sur le modèle du droit suisse) et le concubinage⁽⁸⁶⁾. Cela ne devrait pas empêcher pour autant la reconnaissance du Pacs en Suisse⁽⁸⁷⁾. Cette institution remplit en effet une fonction familiale qui est bien supérieure à celle d'un simple contrat et mérite, à ce titre, d'avoir des effets juridiques en Suisse.

Le fait qu'il est prévu, dans le projet⁽⁸⁸⁾, de maintenir un chapitre relatif au partenariat enregistré dans la loi de droit international privé, sans parallélisme avec la situation de droit matériel, constitue un argument en faveur d'une définition large de la catégorie de rattachement « partenariat enregistré ». Le chapitre 3a de la loi de droit international privé est en effet destiné à s'appliquer non seulement aux partenariats enregistrés, mais aussi aux autres formes de communauté de vie qui sont conçues comme des alternatives au mariage⁽⁸⁹⁾.

Après l'entrée en vigueur de la révision introduisant le mariage pour tous dans le droit suisse, la catégorie de rattachement « partenariat enregistré » devrait ainsi englober des institutions étrangères ayant des effets juridiques différents de ceux du partenariat enregistré tel qu'il est actuellement connu en droit suisse. Peu importe que ces formes de communauté de vie ne déploient pas des effets juridiques fonctionnellement équivalents à ceux d'un mariage ou d'un partenariat enregistré du droit suisse. La distinction entre les « partenariats forts » et les « partenariats faibles » ne devrait pas être un critère déterminant pour reconnaître une institution étrangère en Suisse⁽⁹⁰⁾. Tout comme la catégorie « mariage »⁽⁹¹⁾, la catégorie « partenariat enregistré » est nécessairement plus large en droit international privé qu'en droit civil, de manière à pouvoir inclure la grande diversité des formes de communauté de vie qui sont conçues comme des alternatives au mariage et qui ne peuvent pas, pour cette raison, être qualifiées de mariages.

Une qualification « mariage » des statuts de couple conçus comme des alternatives au mariage ne permettrait pas de prendre en compte le fait qu'il ne s'agit précisément pas de mariages. Le législateur suisse relève d'ailleurs que le maintien du chapitre 3a permet de garantir davantage « la volonté des personnes qui ont délibérément choisi à l'étranger une autre union que le mariage »⁽⁹²⁾. Cette approche

(86) V. M. Baddeley, *Le remodelage du droit de la famille suisse*, in R. Arnet et al. (éd.), *Der Mensch als Mass – Festschrift für Peter Breitschmid*, Zurich/Bâle/Genève, 2019, p. 113-130, spéc. p. 124-127.

(87) Du même avis : Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a LDIP, n° 11, p. 552 ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 65a-65d LDIP, n° 24, p. 1201.

(88) V. *supra*, III, A.

(89) V. Guillaume (v. *supra*, note 26), p. 184-187, pour une analyse précurseuse réalisée avant l'adoption du partenariat enregistré en droit suisse.

(90) Du même avis : Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 65a-65d LDIP, n° 24, p. 1201.

(91) Pour le mariage, v. *supra*, II, A.

(92) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8149.

libérale doit être suivie afin d'éviter, autant que possible, la création de situations juridiques boiteuses au niveau international. Un exemple de telles situations serait celui d'un couple pacsé en France et vivant en Suisse sans pouvoir faire reconnaître son statut : le couple se trouve dans une situation juridique fort différente sur les sols suisse et français. L'insécurité juridique s'aggraverait si ce même couple se marie en Suisse, car la question se poserait alors de savoir si le mariage suisse entraîne la dissolution du Pacs⁽⁹³⁾. Cette conséquence résulterait de la reconnaissance du mariage helvétique en France.

3° La reconnaissance des partenariats entre personnes de sexe différent

S'il est clair qu'un partenariat enregistré à l'étranger entre personnes de même sexe est susceptible d'être reconnu en Suisse en tant que partenariat, la question de la reconnaissance d'un partenariat étranger entre personnes de sexe différent est controversée.

En se fondant sur le fait que le chapitre 3a de la loi de droit international privé a été introduit simultanément à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat, un courant doctrinal minoritaire limite la qualification de partenariat enregistré aux couples homosexuels⁽⁹⁴⁾. Le législateur de l'époque allait également dans ce sens, en précisant qu'« il faut se fonder sur les dispositions de la loi fédérale sur le partenariat enregistré » pour déterminer les institutions étrangères susceptibles de reconnaissance sous la forme d'un partenariat⁽⁹⁵⁾.

La plupart des auteurs sont au contraire favorables à une extension de la qualification de partenariat enregistré aux couples hétérosexuels⁽⁹⁶⁾. Les arguments en faveur de la reconnaissance des partenariats entre personnes de sexe différent en tant que tels sont, notamment, l'absence d'une définition du partenariat enregistré dans la loi de droit international privé, ainsi que le fait que la reconnaissance d'une telle union ne serait pas contraire à l'ordre public suisse⁽⁹⁷⁾. Cette approche libérale permet d'éviter la création de situations juridiques boiteuses au niveau international. En outre, l'absence de reconnaissance des partenariats étrangers entre personnes de sexe différent provoquerait « une discrimination insupportable, portant préjudice, sans raison, à une relation de famille créée par deux personnes »⁽⁹⁸⁾.

La situation actuelle oscille par conséquent entre l'absence de reconnaissance des partenariats enregistrés entre personnes de sexe différent et la reconnaissance de ce statut en tant que partenariat. La question se pose même de l'opportunité de reconnaître une telle union simplement sous la forme d'un mariage⁽⁹⁹⁾. La conversion automatique en mariage serait cependant difficile à justifier, dès lors qu'un

(93) Art. 515-7 CCF : « Le pacte civil de solidarité se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. (...) ».

(94) Dutoit (v. *supra*, note 14), art. 65a LDIP, n° 11, p. 263 et s.

(95) Message LPart (v. *supra*, note 3), p. 1259.

(96) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a LDIP, n° 11, p. 552 ; Bopp (v. *supra*, note 55), art. 65a LDIP, n° 7, p. 507 et s. ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), art. 65a LDIP, n° 95, p. 1232 et s.

(97) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 13, p. 544, qui ajoute que « [l]e droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst) n'empêche pas la reconnaissance d'un partenariat déjà constitué à l'étranger, même s'il ne peut pas l'être en Suisse », de sorte que l'absence de reconnaissance causerait une « discrimination insupportable ».

(98) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 13, p. 544.

(99) V. Dutoit (v. *supra*, note 14), art. 65a LDIP, n° 11, p. 263 et s.

partenariat valablement enregistré à l'étranger entre personnes de sexe différent ne peut pas être considéré comme contraire à l'ordre public suisse. De plus, les partenaires ayant expressément choisi de formaliser leur union sous une autre forme que le mariage, ce choix devrait être respecté au moment de la reconnaissance de leur statut⁽¹⁰⁰⁾.

Le législateur a finalement clarifié la situation en précisant, dans le cadre de la révision en cours, que la catégorie de rattachement « partenariat enregistré » pourra contenir, à l'avenir, les unions entre personnes de même sexe ou de sexe différent⁽¹⁰¹⁾. Un partenariat étranger entre un homme et une femme pourra donc être reconnu comme partenariat enregistré en Suisse⁽¹⁰²⁾.

IV. – Le statut du concubinage en droit international privé suisse

Le droit suisse ne connaît pas de régime juridique spécifique au concubinage, ni en droit civil⁽¹⁰³⁾, ni en droit international privé. Cette lacune ne sera pas comblée dans le cadre du projet législatif actuellement en cours d'examen pour introduire le mariage pour tous dans le droit suisse, car ce projet n'aura aucun impact sur le « statut » de concubins. L'absence de règles de droit international privé spécifiques entraîne un manque de prévisibilité pour les concubins quant à leur situation juridique, notamment en cas de déménagement international. L'insécurité juridique est accentuée par le fait qu'il est difficile de déterminer à l'avance les règles de droit international privé qui seront appliquées aux relations juridiques entre concubins (A). Ces règles dépendent en effet de la qualification de la relation considérée (B).

A. – Les règles de droit international privé applicables au concubinage

Dans une perspective internationale, le terme « concubinage »⁽¹⁰⁴⁾ renvoie à « l'union de fait formée par une cohabitation effective des parties sans enregistrement auprès d'une autorité »⁽¹⁰⁵⁾. Il s'agit donc d'une communauté de vie qui, contrairement au partenariat enregistré, n'a pas été formalisée auprès d'une institution étatique. La plupart des États n'attribuent pas de statut au concubinage, mais certains reconnaissent néanmoins des effets juridiques à cette forme de communauté de vie⁽¹⁰⁶⁾.

(100) V. déjà Guillaume (v. *supra*, note 26), p. 183, qui relève le paradoxe d'une telle reconnaissance pour les partenaires qui ont sciemment exclu le mariage. V. égal. Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n^{os} 13 et s., p. 544 et s., et réf. citées ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 65a-65d LDIP, n^o 28, p. 1202.

(101) Rapport Mariage pour tous (v. *supra*, note 5), p. 8149.

(102) La question de l'ouverture du partenariat enregistré suisse aux couples hétérosexuels ne se pose pas, dès lors qu'il ne sera plus permis d'enregistrer un nouveau partenariat après l'entrée en vigueur de la révision. En revanche, il n'est pas exclu qu'une forme d'alternative au mariage, pour les couples hétérosexuels et homosexuels, apparaisse en droit suisse dans les prochaines années. À ce sujet, v. *supra*, note 7.

(103) À ce sujet, v. dans le présent ouvrage, la contribution de M.-L. Papaux Van Delden, *Le concubinage en droit suisse : état des lieux et réflexions prospectives*, p. 49-68.

(104) On utilise aussi les termes « union libre », « union de fait », ou « cohabitation hors mariage ».

(105) HCCH (v. *supra*, note 43), n^o 23, p. 6.

(106) V. HCCH (v. *supra*, note 43), n^{os} 24-35, p. 6-8 ; v. aussi K. Waaldijk et É. Fassin, *Droit conjugal et unions de même sexe – Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, Paris, 2008, p. 20 et s.

En Suisse, le concubinage est défini comme « une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique, et qui est parfois désignée comme une communauté de toit, de table et de lit »⁽¹⁰⁷⁾. Un couple formé de concubins – indépendamment du sexe des partenaires⁽¹⁰⁸⁾ – n'a pas de statut dans l'ordre juridique suisse. On peut déplorer que le droit suisse ne reconnaisse pas aux concubins la place qu'ils ont, ainsi que leur famille, dans la réalité sociale⁽¹⁰⁹⁾. Mais cela reflète aussi la volonté des concubins qui, par définition, refusent l'institution traditionnelle du mariage⁽¹¹⁰⁾, respectivement l'institution récente du partenariat enregistré.

L'absence de statut juridique a pour conséquence que le concubinage constitue une simple relation contractuelle, voire une société simple⁽¹¹¹⁾. Cette double qualification résulte du fait que « les cas d'union libre présentent une telle variété, allant du simple partage temporaire de la couche à la vie commune aussi "classique" que celle d'un couple marié »⁽¹¹²⁾. Ainsi, les effets juridiques découlant du concubinage peuvent être régis, en droit suisse, aussi bien par le droit des contrats que par les règles applicables aux sociétés simples. On relèvera à ce sujet que les concubins peuvent être soumis au régime de la société simple même sans en avoir conscience⁽¹¹³⁾. La manifestation de volonté peut en effet s'exprimer par actes concluants.

Au niveau du droit international privé, la délimitation du champ d'application des règles de conflit applicables aux sociétés, respectivement aux contrats est assurée par l'article 150 LDIP⁽¹¹⁴⁾. La distinction, qui repose sur le critère de l'organisation, prescrit que toute entité suffisamment organisée est qualifiée de société en droit international privé suisse ; lorsque le degré d'organisation n'est pas suffisant, la qualification contractuelle s'impose. La qualification – « droit des sociétés » ou « contrat » – dépendra donc de la manière dont les concubins ont organisé leurs relations juridiques.

Toutefois, considérant que les règles de conflit régissant les sociétés et les contrats ne sont pas vraiment adaptées pour appréhender ce type de situation familiale, plusieurs auteurs estiment qu'il serait préférable d'appliquer par analogie les règles de conflit régissant les effets généraux du mariage⁽¹¹⁵⁾. Cette interprétation n'a pas encore les faveurs des tribunaux suisses, ni en droit matériel, ni en droit international privé.

(107) ATF 138 III 157, c/ 2.3.3.

(108) ATF 134 V 369, c/ 6.3.1.

(109) Baddeley (v. *supra*, note 86), p. 123.

(110) S. Sandoz, *Le législateur doit-il réglementer l'union libre ?*, in P. Gauch et al. (éd.), *Famille et droit : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65e anniversaire*, Fribourg, 1995, p. 583-599, spéc. p. 591 et 598. Pour une perspective historique, v. J.-M. Grossen et O. Guillod, *Le concubinage en droit suisse*, in J. Rubellin-Devichi (éd.), *Les concubinages en Europe : aspects socio-juridiques*, Paris, 1989, p. 269-300, spéc. p. 273 et s.

(111) V. R. Trigo Trindade et S. Tornare, *La société simple au chevet des unions libres*, in A. Leuba, M.-L. Papaux van Delden et B. Foëx (éd.), *Le droit en question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genève, 2017, p. 271-289, spéc. p. 271 et s.

(112) ATF 106 V 58, c/ 3.

(113) O. Jubin, *Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*, thèse, Genève, 2017, n° 401, p. 130.

(114) Art. 150 LDIP : « 1. Au sens de la présente loi, on entend par société toute société de personnes organisée et tout patrimoine organisé. 2. Les sociétés simples qui ne sont pas dotées d'une organisation [suffisante] sont régies par les dispositions de la présente loi [applicables en matière] de contrats (...) ».

(115) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 23, p. 547 ; Courvoisier (v. *supra*, note 12), art. 45-65d LDIP, n° 38 et s., p. 361 et s. ; *contra* : Dutoit (v. *supra*, note 14), art. 43, n° 3, p. 184.

B. – La qualification du concubinage

En droit international privé suisse, le concubinage peut être qualifié soit de société simple (1°), soit de contrat (2°). L'enjeu de la qualification apparaît surtout lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence des tribunaux pour juger de prétentions résultant de la dissolution du concubinage suite à la séparation des concubins ou au décès de l'un d'eux (3°).

1° La qualification « droit des sociétés »

La qualification « droit des sociétés » suppose que la relation considérée corresponde à la notion de « société de personnes organisée » au sens de l'article 150, alinéa 1 LDIP.

Le juge suisse qualifie en principe *lege fori*, ce qui signifie que les catégories du droit international privé sont définies et interprétées en fonction des concepts similaires existant dans le droit matériel du for. La qualification « droit des sociétés » peut donc être retenue lorsque le couple a des relations juridiques présentant les caractéristiques d'une société simple au sens du droit matériel suisse⁽¹¹⁶⁾. La société simple du droit suisse⁽¹¹⁷⁾ est un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun » (art. 530, al. 1 CO)⁽¹¹⁸⁾. De façon générale, il n'est possible d'admettre l'existence d'une société simple que si les quatre éléments essentiels suivants sont réunis : un fondement contractuel, un groupement de personnes, un but commun et une collaboration s'exprimant par une union d'efforts ou de ressources⁽¹¹⁹⁾. La société simple du droit suisse se caractérise par le fait qu'elle est un concept à cheval entre le domaine des contrats et celui des sociétés. Cette forme d'organisation sociale permet précisément de faire la délimitation entre ces deux matières.

Si l'on se réfère à la conception existant en droit matériel suisse, une simple vie commune ne devrait pas suffire pour que la relation puisse être qualifiée de société simple⁽¹²⁰⁾. Il nous semble dès lors que cette qualification devrait être réservée à l'hypothèse où les concubins organisent juridiquement leurs relations en vue d'atteindre un certain but, tel que l'exploitation d'une entreprise, et que ce but a donné lieu à un résultat économique ayant un lien avec la communauté pendant la durée du concubinage⁽¹²¹⁾.

(116) V. F. Guillaume, in A. Bucher (éd.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Bâle, Commentaire romand, 2011, art. 150 LDIP, n° 10, p. 1284, et réf. citées.

(117) En droit suisse, la société simple est la forme de société par défaut. Elle est définie de la manière suivante : « 1. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. 2. La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi » (art. 530 CO). La société simple du droit suisse a un régime juridique proche de celui de la société en participation du droit français. À ce sujet, V. H. Marty-Schmid, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre : étude des droits suisse, français et allemand*, thèse, Lausanne, 1986, p. 172.

(118) Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : « Droit des obligations »), 30 mars 1911 (Code des obligations ; CO ; RS 220).

(119) Guillaume (v. *supra*, note 116), art. 150 LDIP, n° 10, p. 1284.

(120) V. Jubin (v. *supra*, note 113), n° 401, p. 130, qui précise que la jurisprudence a « toujours refusé que le fait même de la vie commune puisse être considéré *ipso facto* comme un contrat de société simple », et réf. citées.

(121) V. Trigo Trindade et Tornare (v. *supra*, note 111), p. 282 ; F. Hohl, *La liquidation de l'immeuble apporté à la société simple par un concubin : un bref aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in M. Amstutz et al. (éd.), *Mél. en*

La qualification « société simple », qui est reprise au niveau de l'application du droit matériel suisse, ne conduit pas non plus à des solutions qui sont toujours satisfaisantes lorsque le droit suisse est applicable aux effets juridiques d'un concubinage⁽¹²²⁾. Il n'en reste pas moins que cette solution est probablement la moins mauvaise aussi longtemps que le droit suisse ne connaît pas de statut de couple pour les concubins.

2° La qualification « contrat »

Lorsque la relation entre les concubins ne remplit pas les conditions requises pour être qualifiée de « société simple organisée », l'union doit être qualifiée de contrat (art. 150, al. 2 LDIP)⁽¹²³⁾. Cette qualification engendre l'application des dispositions de la loi de droit international privé régissant les contrats internationaux⁽¹²⁴⁾.

Cette matière est dominée par le principe de l'autonomie de la volonté⁽¹²⁵⁾. Il est dès lors attendu des concubins qu'ils règlent leurs relations juridiques par voie contractuelle : « [l]e domaine des relations entre les concubins – des relations entre deux sujets de droit qui se trouvent sur un pied d'égalité – est tout d'abord un domaine "classique" de la liberté contractuelle »⁽¹²⁶⁾. Cette liberté contractuelle se traduit, en droit international privé, notamment par la possibilité de procéder à une élection de droit. Les concubins ont ainsi la possibilité de désigner la loi régissant leurs droits et obligations réciproques⁽¹²⁷⁾, ce qui leur permet de choisir un ordre juridique instaurant un régime particulier pour le concubinage.

En l'absence d'une élection de droit, le droit applicable à la relation des concubins est celui de l'État avec lequel elle présente les liens les plus étroits⁽¹²⁸⁾. Cela amènera, en principe, à l'application du droit de l'État du domicile des concubins⁽¹²⁹⁾, car ce lieu concrétise le centre de vie du couple et, par voie de conséquence, les liens les plus étroits. Toutefois, il n'est pas exclu qu'un autre rattachement soit préférable en fonction des circonstances de la relation considérée.

3° Les conséquences de la qualification sur la compétence des tribunaux

La qualification « contrat », respectivement « droit des sociétés » entraîne l'application potentielle de la convention de Lugano⁽¹³⁰⁾ pour déterminer la compétence des tribunaux suisses. Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion d'analyser l'application

l'honneur de Walter A. Stoffel, Berne, 2014, p. 25-33, spéc. p. 27 ; A. Meier-Hayoz, *Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft : eine Gegenüberstellung der Vermögensordnungen im Konkubinats und in der Ehe*, in P. Böckli et al. (éd.), *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zurich, 1983, p. 577-596, spéc. p. 578-580.

(122) V. par ex. TF 4A_441/2007, 17.01.2008 ; ATF 142 III 466.

(123) Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 43-65 LDIP, n° 62, p. 785.

(124) Art. 112 et s. LDIP. V. cependant Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 23, p. 547, qui plaide pour une interprétation des normes contractuelles à l'aune de l'article 48 LDIP ; *contra* : Dutoit (v. *supra*, note 14), art. 43, n° 3, p. 184 ; Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 43-65 LDIP, n° 63, p. 785.

(125) Art. 116, al. 1 LDIP : « Le contrat est régi par le droit choisi par les parties ».

(126) B. Pulver, *L'union libre – Droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne, 1999, p. 26.

(127) Bucher (v. *supra*, note 12), art. 65a-65d LDIP, n° 22, p. 546 ; Courvoisier (v. *supra*, note 12), Vorb. zu Art. 43-65d LDIP, n° 40, p. 362.

(128) Art. 117, al. 1 LDIP : « À défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

(129) TF 4A_445/2015, 23.06.2016, c/ 6.2.2 ; TF 4A_441/2007, 17.01.2008, c/ 2. V. Widmer Lüchinger (v. *supra*, note 14), Vorb. zu Art. 43-65 LDIP, n° 63, p. 785.

(130) Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano ; CL ; RS 0.275.12).

des règles de conflit de juridictions de cette convention, dans le cadre de l'examen de la compétence des tribunaux suisses pour juger d'une action en dissolution de la société simple prétendument formée par un couple de concubins⁽¹³¹⁾. Le Tribunal fédéral a d'abord estimé que la notion de « régimes matrimoniaux »⁽¹³²⁾, au sens de la convention de Lugano, n'englobe pas les relations purement contractuelles entre les époux ne présentant pas de rapport particulier avec le mariage. Il en a déduit que les rapports purement obligationnels résultant d'une société simple composée de concubins entrent, *a fortiori*, dans le champ d'application de la convention de Lugano⁽¹³³⁾.

Le Tribunal fédéral a également admis, dans cet arrêt, qu'il est peu probable que les sociétés simples fondées sur la base de relations de concubinage soient à même de remplir les conditions du critère de l'« organisation suffisante » fixé à l'article 22, ch. 2, de la convention de Lugano⁽¹³⁴⁾. Cela résulte du fait que la « société simple des concubins (...) n'est généralement pas organisée et ne dispose pas de siège – ni statutaire, ni de son administration centrale »⁽¹³⁵⁾.

De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'examiner récemment une affaire qui concernait des ex-concubins hongrois⁽¹³⁶⁾. L'ex-concubine souhaitait faire reconnaître et exécuter dans un autre État membre de l'Union européenne une décision lui accordant une créance résultant de la dissolution dudit concubinage. La Cour a dû préciser la notion de « matière civile et commerciale » de l'article 1, § 2 du règlement Bruxelles I⁽¹³⁷⁾ pour déterminer si cette créance entrait dans le champ d'application de ce règlement. La Cour a commencé par préciser que la notion de « régimes matrimoniaux », au sens du règlement Bruxelles I, englobe « les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci »⁽¹³⁸⁾. Elle a relevé qu'une interprétation extensive de cette notion serait contraire à la modification législative introduite par le règlement Bruxelles I *bis*, qui a étendu l'exclusion des « régimes matrimoniaux » uniquement aux « régimes partenariaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage »⁽¹³⁹⁾. La Cour en a déduit que la créance résultant de la dissolution du concubinage qu'invoquait l'ex-concubine n'entrait pas dans la notion de « régimes matrimoniaux » au sens de ces règlements⁽¹⁴⁰⁾, de sorte que cette prétention devait être considérée comme une « matière civile et commerciale ». Le règlement Bruxelles I était par conséquent applicable à la reconnaissance et l'exécution de la décision accordant cette prétention.

(131) ATF 142 III 466.

(132) V. art. 1, § 2 CL : « Sont exclus de [l']application [de la Convention] : a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions. (...) ».

(133) ATF 142 III 466, c/ 4.2.3.

(134) Le critère de l'organisation suffisante de l'article 22, ch. 2 CL correspond à celui de l'article 150 LDIP. Guillaume (v. *supra*, note 116), art. 22 CL, n° 40, p. 1933. ATF 142 III 466, c/ 5.1.

(135) ATF 142 III 466, c/ 5.1.

(136) CJUE, 6 juin 2019, aff. C-361/18, *Ágnes Weil c/ Géza Gulácsi*.

(137) Cons. UE, règl. (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 (Règl. Bruxelles I ; JOUE n° L 12, 16 janv. 2001, p. 1 et s.). Ce règlement a été remplacé, depuis le 10 janvier 2015, par le Parl. et Cons. UE, règl. (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 12 décembre 2012 (Règl. Bruxelles I *bis* ; JOUE n° L 351, 20 déc. 2012, p. 1 et s.).

(138) CJUE, 6 juin 2019, aff. C-361/18, *Ágnes Weil c/ Géza Gulácsi*, c/ 41.

(139) CJUE, 6 juin 2019, aff. C-361/18, *Ágnes Weil c/ Géza Gulácsi*, c/ 39.

(140) CJUE, 6 juin 2019, aff. C-361/18, *Ágnes Weil c/ Géza Gulácsi*, c/ 41 et s.

Les deux décisions rapportées ci-dessus se ressemblent, dans la mesure où les deux juridictions appliquent un texte de loi similaire à une situation quasi identique. Elles arrivent toutes deux à la même conclusion quant au champ d'application matériel de la convention de Lugano, respectivement des règlements Bruxelles I et I bis : la relation patrimoniale entre des concubins ne correspond pas à la notion de « régimes matrimoniaux » au sens de ces textes. Les aspects patrimoniaux résultant de la dissolution d'un concubinage entrent par conséquent dans leur champ d'application. Cette conclusion peut paraître surprenante, dès lors que le droit de la famille – et plus précisément le droit matrimonial – est en principe exclu du champ d'application matériel de la convention de Lugano, respectivement des règlements Bruxelles I et I bis⁽¹⁴¹⁾. Ces deux décisions sont révélatrices d'une tendance à ne pas qualifier le concubinage comme institution relevant du droit de la famille dans le cadre de l'application de ces textes⁽¹⁴²⁾.

Ces considérations mettent en exergue les difficultés existant quant à la qualification du concubinage qui peine à s'imposer comme un statut relevant du droit de la famille. Il en résulte que les concubins ont davantage de liberté pour planifier leurs rapports juridiques que les époux et les partenaires enregistrés. Mais une planification est d'autant plus nécessaire que l'analyse des règles de conflit applicables aux concubinages internationaux révèle une grande insécurité juridique. Les concubins seraient dès lors bien inspirés de conclure un contrat de concubinage réglant au moins leurs rapports patrimoniaux, et notamment les aspects financiers en cas de séparation, et d'organiser leurs successions en cas de décès de l'un d'eux.

V. – Conclusion

Si le projet législatif visant à introduire le mariage pour tous en Suisse est adopté tel quel, la famille helvétique du XXI^e siècle va passer d'une trichotomie entre le mariage, le partenariat enregistré et le concubinage à une dichotomie entre le mariage et le concubinage. Il aura donc fallu une quinzaine d'années au législateur helvétique pour supprimer la différence de statut entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Mais il faut relever que même si le statut de couple est unifié au niveau du droit civil, les autres domaines du droit présenteront encore un certain retard d'adaptation. La portée de cette réforme est par conséquent essentiellement terminologique.

Les couples ne souhaitant pas officialiser leur union sous la forme d'un mariage continueront à être confrontés à une situation d'insécurité juridique – accrue sur le plan international – qu'il leur appartient d'améliorer de façon contractuelle.

(141) On relèvera cependant que les obligations alimentaires entre époux ou entre parents et enfants entrent dans le champ d'application matériel de la convention de Lugano. Au niveau européen, cette question relève désormais du Cons. UE, règl. (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires du 18 décembre 2008 (*JOUE* n° L 7, 10 janv. 2009, p. 1 et s.).

(142) V. à ce sujet l'article 1, § 1 du Protocole n° 2 de la convention de Lugano sur l'interprétation uniforme de la convention : « Tout tribunal appliquant et interprétant la présente Convention tient dûment compte des principes définis par toute décision pertinente rendue par les tribunaux des États liés par la présente Convention et par la Cour de justice des Communautés européennes concernant la ou les dispositions en cause ou toute disposition similaire de la Convention de Lugano de 1988 et des instruments visés à l'art. 64 par. 1 de la présente Convention [i.e. la convention de Bruxelles de 1968 et les règlements Bruxelles I et I bis] ».

D'un point de vue juridique, le concubinage est ainsi une forme de relation de famille composée d'un flux contractuel d'une modernité aux apparences trompeuses. Le droit suisse se fait en effet l'écho de la pensée napoléonienne qui justifiait l'absence de réglementation du concubinage dans le Code civil des Français de 1804 en raison du fait que « [l]es concubins se passent de la loi [alors] la loi se désintéresse d'eux ». Ne serait-il pas temps de mettre fin à ce désintérêt en promulguant une alternative au mariage à laquelle pourraient souscrire les couples intéressés à placer leur union sous l'égide de la loi ?

LE CONCUBINAGE : ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Si le système juridique favorise le pluralisme des couples, avec la consécration du mariage, du pacte civil de solidarité (PACS) et du concubinage ; s'il conforte un droit commun du couple, corrélativement, il entretient une hiérarchie entre les différents couples. Il oppose d'un côté les unions de droit, représentées par le mariage et le PACS, bénéficiant de multiples droits, et de l'autre, le concubinage, qualifié d'union de fait.

À cet égard, les concubins sont privés de nombreux droits voire d'un statut juridique.

Certes, le 15 novembre 1999, le législateur a introduit une définition dans le Code civil : l'article 515-8. Mais ce seul article peut-il suffire, vingt ans après, à continuer à régir le concubinage ?

Ce présent ouvrage, regroupant en grande partie les actes du colloque « Le concubinage, entre droit et non-droit » qui s'est tenu à Corte les 10 et 11 octobre 2019 à l'Université de Corse Pasquale Paoli, et complété par de nouvelles participations, a pour ambition de réfléchir à l'enrichissement des dispositions juridiques en matière de concubinage.

À l'aube du XXI^e siècle, ne serait-il pas opportun de reconnaître un statut minimum au profit des concubins et de l'introduire dans le Code civil, à l'image de nombreuses législations étrangères ?

LES DIRECTEURS DE L'OUVRAGE

Sonia Ben Hadj Yahia est maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Corse Pasquale Paoli.

Elle est membre de l'Équipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ/UR 7311).

Elle est aussi directrice de l'IEJ de Corse.

Guillaume Kessler est maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles à l'Université Savoie Mont-Blanc.

Il est membre du Centre de recherches en droit Antoine Favre (UR 4143).

ONT CONTRIBUÉ À L'OUVRAGE

Sophie Atsarias-Dumas, Jean-Christophe Barbato, Sonia Ben Hadj Yahia, Anne-Marie Caro, Julie Colliot, Sophie Dumas-Lavenac, Yann Favier, Marie Gayet, André Giudicelli, Florence Guillaume, Florence Jean, Guillaume Kessler, Xavier Labbé, Raymond Le Guidec, Jean-Jacques Lemouland, Marie-Laure Papaux van Delden, Laurent Pellizza, Fabienne Tainmont, Alex Tani, Alice Tisserand-Martin, Aline Vignon-Barrault.

VB 360901
Prix : 39 €
ISBN : 9782711033812
www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts
Photo © Gitusik - AdobeStock.com

