

Le sort du couple en matière de prévoyance-vieillesse,
invalidité et survivants

MEMOIRE

présenté

par

Lucas Trottet

sous la direction de la Professeure

Bettina Hummer

Lausanne, mai 2021

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS.....	VII
1. INTRODUCTION.....	1
2. NOTIONS GÉNÉRALES.....	1
2.1. LA PRÉVOYANCE-VIEILLESSE, INVALIDITÉ ET SURVIVANTS.....	2
2.1.1. <i>Le premier pilier</i>	2
2.1.2. <i>Le deuxième pilier</i>	2
2.1.3. <i>Le troisième pilier</i>	2
2.2. LES FORMES DE RELATIONS DE COUPLE.....	3
2.2.1. <i>La vie familiale en Suisse</i>	3
2.2.2. <i>Le mariage</i>	4
2.2.2.1. La notion de mariage.....	4
2.2.2.2. La conclusion du mariage.....	5
2.2.2.3. Les conséquences du mariage.....	5
2.2.3. <i>Le partenariat enregistré</i>	6
2.2.4. <i>L'union libre</i>	7
2.2.4.1. La notion d'union libre.....	7
2.2.4.2. Les conditions de l'union libre.....	8
2.2.4.3. Les conséquences de l'union libre.....	8
3. LES DIFFÉRENCES LORS DE LA DISSOLUTION DE L'UNION.....	9
3.1. LE PARTAGE DU PREMIER PILIER.....	10
3.1.1. <i>Le calcul des rentes ordinaires</i>	10
3.1.2. <i>Le partage des revenus</i>	11
3.1.3. <i>L'attribution des bonifications pour tâches éducatives</i>	12
3.2. LE PARTAGE DU DEUXIÈME PILIER.....	13
3.2.1. <i>L'introduction du partage de la prévoyance professionnelle</i>	13
3.2.2. <i>Le principe du partage</i>	13
3.2.3. <i>Les modalités du partage</i>	14
3.2.4. <i>Les conséquences du partage</i>	15
3.3. LE TROISIÈME PILIER LORS DE LA DISSOLUTION.....	16
3.3.1. <i>Le troisième pilier lors de la dissolution de l'union libre</i>	16
3.3.2. <i>Le troisième pilier lors de la dissolution de l'union formalisée</i>	16
3.4. L'ASSURANCE-CHÔMAGE.....	17
3.4.1. <i>L'assurance-chômage</i>	17
3.4.2. <i>Le montant des indemnités de chômage</i>	17
3.4.3. <i>Les délais-cadre</i>	18
3.4.4. <i>La libération de la condition de cotisation</i>	18
3.5. UNE CONCLUSION INTERMÉDIAIRE.....	20
4. LES DIFFÉRENCES LIÉES AUX PRESTATIONS EN CAS DE SURVIE.....	20
4.1. LES PRESTATIONS EN CAS DE SURVIE DE L'ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS.....	21
4.1.1. <i>Les rentes de veuves et de veufs</i>	21

4.1.2. <i>Le supplément de rente</i>	22
4.2. LES RENTES EN CAS DE SURVIE DE L'ASSURANCE-ACCIDENTS.....	22
4.3. LES RENTES EN CAS DE SURVIE DE L'ASSURANCE-MILITAIRE	23
4.4. LES PRESTATIONS EN CAS DE SURVIE DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE	23
4.4.1. <i>Les rentes en cas de survie de la prévoyance professionnelle</i>	23
4.4.2. <i>La désignation de la personne en union libre en tant que bénéficiaire</i>	24
4.4.2.1. Les conditions matérielles.....	24
4.4.2.2. Les exigences formelles	25
4.4.2.3. L'exclusion du droit en cas de rente de veuve ou de veuf	26
4.4.2.4. La favorisation de la personne en union formalisée ou de celle en union libre.....	26
4.4.2.5. Les autres avantages pour l'union libre	27
4.5. LES PRESTATIONS EN CAS DE SURVIE DE LA PRÉVOYANCE INDIVIDUELLE.....	28
4.5.1. <i>Les prestations en cas de survie de la prévoyance individuelle liée</i>	28
4.5.2. <i>Les prestations en cas de survie de la prévoyance individuelle libre</i>	28
4.6. L'EFFET D'UNE NOUVELLE UNION DE LA PERSONNE SURVIVANTE.....	29
4.7. LES PERSPECTIVES SUR LES PRESTATIONS EN CAS DE SURVIE	29
4.7.1. <i>Une conclusion intermédiaire en guise d'amorce</i>	29
4.7.2. <i>Le cas de la rente de veuf et la CEDH</i>	29
4.7.3. <i>Des prestations en fonction d'une conception plus matérielle</i>	30
5. LES DIFFÉRENCES QUANT AU MONTANT DES RENTES D'ASSURANCES SOCIALES ...	32
5.1. L'OBLIGATION DE COTISER POUR LA PERSONNE SANS ACTIVITÉ LUCRATIVE	32
5.2. LES BONIFICATIONS POUR TÂCHES D'ASSISTANCE	34
5.3. LE PLAFOND DES RENTES DE L'ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS ET DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ	35
5.3.1. <i>Le plafond des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants</i>	35
5.3.2. <i>Le plafond des rentes de l'assurance-invalidité</i>	35
5.3.3. <i>L'ATF 140 I 77 et le principe de l'égalité de traitement</i>	36
5.3.3.1. Les arguments du recourant et le contexte de l'art. 35 LAVS	36
5.3.3.2. La protection de la vie familiale et l'égalité de traitement	36
5.3.3.3. Les différences entre les formes de couple	37
5.3.3.4. La discrimination et la sécurité sociale	38
5.3.4. <i>Le déplafonnement des rentes versus l'extension du plafond</i>	38
5.3.4.1. Le déplafonnement des rentes.....	39
5.3.4.2. L'extension du plafond à l'union libre.....	40
6. CONCLUSION	40

Bibliographie

AEBI-MÜLLER Regina E., *Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt*, in : FamPra.ch 2014, pp. 818-835.

ARN Raphaël, *Évolution de la notion de famille*, in : GUILLAUME Florence/ARN Raphaël, *Cohabitation non maritale – Évolution récente en droit suisse et étranger – Actes du Colloque de Lausanne du 23 février 2000*, Genève 2000, pp. 13-22.

Association suisse des Centres sociaux protestants, *Aspects juridiques de l'union libre : les silences de la loi et leurs conséquences pratiques*, Lausanne 2001 (cité : CSP).

AUGSBURGER-BUCHELI Isabelle, *L'union libre et les assurances sociales en Suisse*, in : DUC Jean-Louis (éditeur), *Droit privé et assurances sociales*, Fribourg 1990, pp. 161-173.

BIAGGINI Giovanni, *BV Kommentar - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Zurich 2017.

BOHNET François/GUILLOD Olivier (éditeurs), *Commentaire pratique, Droit matrimonial : fond et procédure : droit privé, procédure civile, droit international privé, droit des assurances sociales, droit fiscal*, Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial – Auteur).

BONETTI Danièle, *Concubinage versus mariage*, in : ECS 8/13, pp. 536-538.

COCHAND Yves-Daniel, *Prestations du droit de la famille et obligation de cotiser dans l'AVS*, in : DUC Jean-Louis (éditeur), *Droit privé et assurances sociales*, Fribourg 1990, pp. 175-191.

DUC Jean-Louis, *Notions et solutions du droit privé dans le domaine des assurances sociales*, in : DUC Jean-Louis (éditeur), *Droit privé et assurances sociales*, Fribourg 1990, pp. 39-50.

DUPONT Anne-Sylvie, *Les nouvelles règles de partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce et les autres régimes d'assurances sociales*, in : FamPra.ch 2017, pp. 38-56.

GABELLON Adrien, *Le contrat de concubinage et la planification patrimoniale des concubins*, in : FamPra.ch 2015, pp. 41-67.

GEISER Thomas, *Les 3^{ème} pilier a et 3^{ème} pilier b dans le divorce*, in : PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra (éditeurs), *Deuxième Pilier et épargne privée en droit du divorce : cinquième Symposium en droit de la famille*, Genève 2009, pp. 145-170.

GLANZMANN-TARNUTZER Lucrezia, *Die Lebenspartnerrente gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG*, in : PJA 2014, pp. 1145-1156.

GNAEGI Philippe, *Histoire et structure des assurances sociales en Suisse : Avec une introduction à l'aide sociale*, 3^{ème} éd., Zurich 2012.

GREBER Pierre-Yves, *Partie III : L'assurance-vieillesse, survivants et invalidité*, in : GREBER Pierre-Yves / KAHIL-WOLFF Bettina / FRESARD-FELLAY Ghislaine / MOLO Romolo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Volume I, Berne 2010, pp. 137-268 (cité : GREBER, AVS).

GREBER Pierre-Yves, *Partie IV : L'assurance-chômage*, in : GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina/FRESARD-FELLAY Ghislaine/MOLO Romolo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Volume I, Berne 2010, pp. 349-439 (cité : GREBER, AC).

GROSSEN Jean-Michel/GUILLOD Olivier, *Le concubinage en droit suisse*, in : RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (éditeur), *Les concubinages en Europe - Aspects socio-juridiques*, Paris 1989, pp. 269-299.

JUBIN Oriana, *Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*, Zurich 2017 (cité : JUBIN, Union libre).

JUBIN Oriana, *Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l'angle de la prévoyance : une planification optimale ?*, in : FamPra.ch 2013, pp. 575-595 (cité : JUBIN, Planification).

KAHIL-WOLFF Bettina, *Partie II : Principes et notions propres à la sécurité sociale*, in : GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina/FRESARD-FELLAY Ghislaine/MOLO Romolo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Volume I, Berne 2010, pp. 45-136.

KELLERHALS Jean/WIDMER Éric, *Familles En Suisse : Les Nouveaux Liens*, 3^{ème} éd., Lausanne 2012.

LAFFELY MAILLARD Gladys, *Planification matrimoniale et successorale en matière d'assurance des 2e et 3e piliers*, in : Not@lex 2011, pp. 45-66.

MATTHEY Fanny/BURGAT Sabrina, *Commentaire de l'ATF 140 I 77*, in : RDAF 2015, pp. 240-247.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *Le concubinage en droit suisse : état des lieux et réflexions prospectives*, in : FamPra.ch 2020, pp. 851-874 (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage).

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *Le droit au mariage et à la famille - Contours et implications en droit civil (Première partie)*, in : FamPra.ch 2011, pp. 321-347 (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Droit au mariage).

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *Mariage, partenariat enregistré, concubinage : évolutions récentes en matière de conclusion et validité*, in : FamPra.ch 2017, pp. 913-952 (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Mariage, partenariat enregistré, concubinage).

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (éditeurs), *Code civil I : art. 1-359 CC*, Commentaire romand, Bâle 2010 (cité : CR CC I – Auteur).

PULVER Bernhard, *L'union libre : droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne 1999.

RANZANICI CIRESA Francesca, *La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale - Convention et exemples pratiques*, Zurich 2019.

RIEMER-KAFKA Gabriela, *Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht*, in : RDS 133 (2014) II, pp. 193-273.

RUBIN Boris, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Zurich 2014.

SANDOZ Suzette, *Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun*, in : FamPra.ch 2014, pp. 809-817.

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (éditeurs), *LPP et LFLP*, Commentaire des assurances sociales suisses, 2^{ème} éd., Berne 2020 (cité : CASS LPP/LFLP – Auteur).

SCHWANDER Ivo, *Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?*, in : PJA 1994, pp. 918-928.

SCHWENZER Ingeborg, *Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*, in : FamPra.ch 2014, pp. 966-1008.

WIDMER, Dieter, *Die Sozialversicherung in Der Schweiz*, 12^{ème} éd., Zurich 2019.

ZIRILLI Anne, *Le couple devant la loi : mariage, union libre, pacs – divorce, veuvage*, Lausanne 2006.

Textes officiels

Message concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage », FF 2013 7623.

Message concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 5 mars 1990, FF 1990 II 1.

Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 22 mai 2019, FF 2019 3941.

Message concernant la modification du Code civil suisse (Mariage pour tous) du 31 décembre 2020, FF 2020 9607.

Message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 19 novembre 2014, FF 2015 1.

Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1.

Message relatif à la stabilisation de l'AVS (AVS 21) du 28 août 2019, FF 2019 5979.

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.

OFAS, *Statistique de l'AVS 2019* (Rapport annuel), mai 2020 (cité : Statistique de l'AVS 2019).

OFS, *Enquête sur les familles et les générations 2018 – Premiers résultats*, n° 1488-1800 (cité : OFS, *Enquête sur les familles et les générations 2018*), Neuchâtel 2019.

OFS, *Les relations de couples – Enquête sur les familles et les générations 2013*, n° 1604-1300 (cité : OFS, *Les relations de couples*), Neuchâtel 2016.

Table des abréviations

AC	Assurance-chômage
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BO	Bulletin officiel
c.	considérant
CASS	Commentaire des assurances sociales suisses
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	confer
ch.	chiffre
CHF	Francs suisses
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CR	Commentaire romand
CSP	Centre social protestant
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition
etc.	<i>et cetera</i>
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (RS 837.0)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)

LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (RS 833.1)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.20)
let.	lettre
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (RS 831.42)
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (RS 211.231)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (RS 831.40)
N/n°	numéro
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (RS 837.02).
OEC	Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OPP 2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (RS 831.441.1)
OPP 3	Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (RS 831.461.3)
p./pp.	page(s)
par.	paragraphe
PJA	Pratique juridique actuelle
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RS 831.101)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel suisse
RS	Recueil systématique suisse
s./ss	et suivante(s)

1. Introduction

La sécurité sociale a pour but de proposer une solution à des risques sociaux pouvant se produire au cours de la vie de toute personne (maladie, accident professionnel et maladie professionnelle, maternité, invalidité, charges familiales, vieillesse, décès, chômage)¹. Des mécanismes de solidarité ont été pensés afin de répondre à ces risques et les mutualiser, notamment à l'intérieur d'une prévoyance assurant les éventualités de la vieillesse, de l'invalidité et du décès, sous le concept des trois piliers. Il s'agit de protections individuelles, mais aussi de mesures de compensation afin de corriger des inégalités qui pouvaient se créer en relation avec la vision sociale autour des genres et de la répartition traditionnelle des tâches au sein des couples².

Le droit social dépend des notions de droit civil, auquel il renvoie, et qui deviennent « partie intégrante du droit des assurances sociales » en pouvant toutefois parfois s'en détacher³. Par conséquent, les différentes formes de couples et la manière dont le droit civil les appréhende, dès leur formation, durant leur existence et à leur dissolution, seront passées en revue, avant de s'intéresser à leur traitement par la prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants. Deux formes d'union sont fortement dissociées, d'une part le mariage et le partenariat enregistré (union formalisée) et d'autre part le concubinage (union libre). Autant la première est réglée précisément dans les droits et obligations en découlant, autant la deuxième est laissée entre les mains de ses membres et de leurs visions du couple. Tant en droit civil qu'en droit des assurances sociales cela a des conséquences pouvant être considérables, particulièrement pour les personnes qui en raison de la prise en charge et du soin de leurs enfants ou de leurs proches, sans être rémunérées, mettent de côté leur carrière professionnelle et subissent une diminution de leurs prestations sociales⁴.

Les différences entre ces formes de couple s'expriment particulièrement lors de certaines étapes de la vie de celui-ci, et nous nous demanderons en les parcourant, laquelle de ces formes est avantagée, voir même si l'une des deux l'est réellement. Tout d'abord, la dissolution de l'union peut avoir des conséquences sur le montant des prestations sociales versées dans le cadre de la prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants et montre le possible effet de protection de l'union formalisée à l'encontre d'inégalités au sein d'un couple, permettant à la partie désavantagée de rebondir suite à la séparation et de compenser des lacunes de prévoyance. Ensuite, ces effets, lors d'un décès dans le couple, peuvent se matérialiser dans le droit même aux prestations sociales de la personne survivante. En dernier lieu, seront observées les dernières différences au sein de la prévoyance – situées dans différents aspects, comme les cotisations, le revenu pris en compte pour la détermination des rentes ou des limitations dues à l'adéquation à des principes qui lui sont centraux – donnant l'occasion de réfléchir à leurs fondements et leurs justifications.

2. Notions générales

Dans cette section, il s'agit tout d'abord de définir la notion de prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants et le système des trois piliers, structurant les sections suivantes, puis d'examiner

¹ RIEMER-KAFKA, p. 199.

² RANZANICI CIRESA, N 456.

³ KAHIL-WOLFF, N 71 ; RIEMER-KAFKA, p. 203.

⁴ RANZANICI CIRESA, N 457 s.

avec un détour par les règles du droit civil les différentes formes de relations de couple ayant des conséquences juridiques.

2.1. La prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants

La sécurité sociale en Suisse n'est pas conçue en tant que système, mais plus comme un ensemble de régimes différents juxtaposés, manière dont s'est construite la prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants⁵. La notion du système des trois piliers a été introduite en contre-projet à une initiative populaire à l'art. 34^{quater} de l'ancienne Cst.⁶, aujourd'hui art. 111 Cst. et compose une prévoyance sous forme de trois piliers (art. 111 al. 1 Cst.) devant permettre aux personnes à l'âge de la retraite, aux personnes invalides et aux personnes survivantes de maintenir leur niveau de vie de manière adéquate⁷.

2.1.1. Le premier pilier

Le premier pilier a pour but de couvrir les besoins vitaux pour toute la population (cf. art. 111 al. 2 let. a et b Cst.)⁸. Ce but devrait être atteint par le biais de l'AVS et de l'AI. Ces deux institutions ne sont pas toujours suffisantes pour couvrir les besoins vitaux, et cette lacune est comblée par les prestations complémentaires (art. 112a Cst.)⁹. Le premier pilier est financé par les cotisations, paritaires lorsque la personne est salariée, et par la Confédération (art. 111 al. 3 Cst.).

2.1.2. Le deuxième pilier

Le deuxième étage est constitué de la prévoyance professionnelle (LPP¹⁰), devant avec l'assurance-vieillesse permettre le maintien du niveau de vie antérieur de tous les salariés (art. 113 al. 2 let. a et b Cst.). A l'origine, il était prévu que les deux premiers piliers couvrent 60% du revenu des personnes assurées¹¹. Toutefois, cet objectif n'a pas été atteint, particulièrement pour les bas et moyens salaires, en raison de la couverture limitée de la LPP obligatoire¹². Ce pilier est aussi financé grâce aux cotisations de la personne assurée et par l'employeur le cas échéant (art. 113 al. 3 Cst.).

2.1.3. Le troisième pilier

Le dernier élément est la prévoyance individuelle. Elle découle principalement des mesures fiscales et de l'encouragement à la propriété (art. 111 al. 4 Cst.). Cette prévoyance existe sous deux formes : l'épargne liée et fiscalement avantagée (troisième pilier a) et l'épargne libre (troisième pilier b)¹³. Contrairement aux autres piliers et étant donné qu'il s'agit d'épargne individuelle, il y a peu de règles, qui se trouvent principalement dans l'OPP 3¹⁴. Le troisième pilier peut se constituer sous deux formes : une police d'assurance auprès d'un établissement

⁵ RANZANICI CIRESA, N 463.

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁷ GNAEGI, p. 75 s.

⁸ GNAEGI, p. 76 ; WIDMER, p. 10.

⁹ WIDMER, p. 10.

¹⁰ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982, RS 831.40.

¹¹ WIDMER, p. 10.

¹² WIDMER, p. 10.

¹³ GEISER, p. 146 s.

¹⁴ Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985, RS 831.461.3.

d'assurance ou un compte d'épargne liée auprès d'une fondation bancaire (art. 1 al. 1 OPP 3). Le financement se fait au gré de chaque personne, et est limité dans le cadre de la déduction fiscale du deuxième pilier a (art. 7 OPP 3).

2.2. Les formes de relations de couple

2.2.1. La vie familiale en Suisse

Depuis les années 1960, de nombreux changements familiaux ont eu lieu : redéfinition de la vie de couple, mariage, divorce, rapports entre hommes et femmes, orientation sexuelle, appartenance au genre, relations entre les générations, réduction des fratries, enfant unique, familles recomposées, etc., posant de nombreuses questions autour des relations conjugales et familiales, tant en termes sociaux que juridiques¹⁵.

Ces changements se retrouvent dans quelques statistiques. Le nombre absolu de mariage en Suisse a globalement augmenté au cours du XX^{ème} siècle, mais si on le rapporte à l'augmentation de la population, l'inverse peut être observé¹⁶. Le taux de nuptialité brut (nombre de mariages pour mille habitants) depuis les années 1900 est resté en moyenne aux alentours de sept et huit jusqu'au milieu des années 1960. Puis, le taux a diminué de manière pratiquement constante pour ne représenter en 2019 seulement 4.5 (1970 : 7.6). Parallèlement, le taux de divorce a fortement augmenté dans la même période (l'indicateur de divortialité est passé de 15.4 en 1970 à 41.1 en 2019)¹⁷. Ce phénomène de réduction de l'attrait pour le mariage est donc récent, et a pour conséquence une généralisation de l'union libre¹⁸.

En Suisse, la plupart des personnes (76% des individus âgés de 18 à 80 ans) vivent en couple, et 1.2 % des couples sont homosexuels¹⁹. Les personnes en couple hétérosexuel sont le plus souvent mariées (72% des personnes de 25 ans ou plus), et la proportion augmente encore lorsque le couple a des enfants communs (93%)²⁰. Le taux des personnes mariées est fortement augmenté par le fait d'avoir des enfants et par la durée de vie commune, alors que les critères augmentant la probabilité de concubinage sont plutôt le fait d'avoir des unions précédentes, d'avoir des enfants d'unions précédentes ou d'avoir déjà un certain âge au moment de l'union²¹. L'union libre est ainsi plus fréquente chez les jeunes adultes et ensuite diminue avec le temps et avec l'arrivée d'enfants. Cela signifie que pour beaucoup, le concubinage représente une forme de « mariage à l'essai », dans le but de tester la solidité de la relation de couple²². Pour d'autres, l'institution du mariage, ses obligations et ses valeurs morales sont rejetées²³.

Malgré les évolutions sociales, le mariage reste cependant répandu en Suisse. Même si la vision autour de lui a évolué, il correspond encore à un besoin de beaucoup de couples, d'un élément

¹⁵ KELLERHALS, p. 9 ss, p. 24 s., p. 30 s.

¹⁶ OFS, Mariages, disponible sur le site <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/nuptialite.assetdetail.14347633.html>, consulté le 14 mai 2020.

¹⁷ OFS, Indicateurs de nuptialité et de divortialité 1970-2019, disponible sur le site <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces.assetdetail.14387116.html>, consulté le 14 mai 2020.

¹⁸ KELLERHALS, p. 15.

¹⁹ OFS, Enquête sur les familles et les générations 2018, p. 7.

²⁰ OFS, Enquête sur les familles et les générations 2018, p. 8.

²¹ OFS, Les relations de couples, p. 9 ss.

²² GROSSEN/GUILLOD, p. 272 ; AUGSBURGER-BUCHELI, p. 162 ; PULVER, p. 16.

²³ GROSSEN/GUILLOD, p. 271 s. ; AUGSBURGER-BUCHELI, p. 162 ; PULVER p. 16 ; ZIRILLI, p. 106.

rituel, de fidélité et reste le moyen d'encadrer l'union dans une stabilité institutionnelle et un statut protecteur²⁴.

2.2.2. Le mariage

2.2.2.1. La notion de mariage

Les droits au mariage et à la famille sont garantis par les art. 13 al. 1 et 14 Cst., les art. 8 et 12 CEDH²⁵ et l'art. 23 Pacte II²⁶. Selon l'art. 14 Cst., « le droit au mariage et à la famille est garanti », tandis que la CEDH a pour énoncé : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Il est intéressant de constater que la lettre de l'art. 14 Cst. au contraire de l'art. 12 CEDH, ne cite pas exclusivement le cas d'un mariage entre un homme et une femme. Toutefois, le droit au mariage de l'art. 14 Cst. est largement considéré comme visant actuellement le mariage traditionnel, soit l'union de deux personnes de sexe opposé tout comme l'art. 12 CEDH²⁷. Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a évolué, dans le sens où elle considère désormais que cet article peut ne pas se limiter à l'union de deux personnes de sexe opposé, mais elle ne reconnaît pas l'obligation pour un État de reconnaître le mariage pour un couple homosexuel²⁸.

En Suisse, la doctrine définit le mariage comme « l'union de deux personnes physiques de sexe différent, célébrée selon les formes de la loi civile »²⁹, l'altérité des sexes apparaissant à l'art. 94 al. 1 CC³⁰ comme une condition du mariage. Les couples homosexuels n'ont ainsi pas accès à l'institution du mariage, mais à celle du partenariat enregistré au sens de la LPart³¹ depuis le 1^{er} janvier 2007, malgré une tentative échouée d'un parti politique d'intégrer cet accès lors de la procédure de consultation à la révision du Code civil du 1^{er} janvier 2000³². Cette situation est amenée à changer, l'Assemblée fédérale ayant approuvé une modification du Code civil suisse (Mariage pour tous) le 18 décembre 2020³³, qui a pour but d'étendre le droit au mariage aux partenaires de même sexe³⁴. Un référendum a été lancé contre cette modification et a abouti le 26 avril 2021³⁵. Ainsi, les changements de société peuvent élargir l'interprétation de l'art. 14 Cst., sans ici qu'il y ait besoin de modifier formellement la Constitution, en accord avec une partie de la doctrine³⁶.

Le droit au mariage est à la fois une liberté individuelle et une garantie institutionnelle³⁷. Le premier élément concerne le droit de se marier, de choisir avec qui se marier et de bénéficier

²⁴ AEBI-MÜLLER, p. 819 s.

²⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

²⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

²⁷ FF 1997 I 1, p. 157 ; ARN, p. 15 ; PAPAUX VAN DELDEN, Droit au mariage, p. 326 ; BIAGGINI, art. 14 N 2.

²⁸ CourEDH, Schalk et Kopf c. Autriche, arrêt du 24 juin 2010, n° 30141/04, par. 61 ss.

²⁹ CR CC I - A MARCA, art. 94 N 4 ; PAPAUX VAN DELDEN, Mariages, partenariats enregistrés, concubinage, p. 916.

³⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

³¹ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004, RS 211.231.

³² FF 1996 I 1, p. 15.

³³ Sans toutefois faire l'unanimité, cf. SANDOZ, p. 811 s., qui exclut purement et simplement d'accorder le terme de mariage à une union entre personnes de même sexe.

³⁴ FF 2020 9607.

³⁵ FF 2021 963.

³⁶ PAPAUX VAN DELDEN, Mariages, partenariats enregistrés, concubinage, p. 915 ; *contra* : BIAGGINI, art. 14 N 9.

³⁷ FF 1997 I 1, p. 156 ; CR CC I – A MARCA, art. 94 N 2.

du statut juridique l'accompagnant, tandis que du second, hérité de la tradition chrétienne, résulte un statut du droit de la famille, protégé par l'État et modelé par le Code civil³⁸.

2.2.2.2. La conclusion du mariage

Avant le mariage, mais dès sa promesse, les membres d'un couple souhaitant se marier sont d'abord fiancés (art. 90 al. 1 CC). Les fiançailles connaissent le même double aspect institutionnel et individuel que le mariage, puisqu'il s'agit d'un contrat (cf. note marginale de l'art. 90 CC) ayant comme contenu la promesse réciproque du mariage futur – même s'il n'y a pas de possibilité d'exécution forcée de ce contrat –, et d'un statut juridique précédant le mariage faisant entrer les parties dans une relation quasi familiale³⁹. Ce statut ne modifie toutefois pas l'état civil et ne connaît pas les conséquences réservées au mariage en assurances sociales⁴⁰. La conclusion du mariage est ensuite soumise à des conditions matérielles et formelles.

Les conditions matérielles du mariage sont la capacité matrimoniale (art. 94 CC), la volonté réelle et sérieuse de se marier, ainsi que les deux interdits culturels et sociologiques de l'inceste et de la polygamie (art. 95 et 96 CC)⁴¹. Des carences dans ces conditions sont sanctionnées par l'annulation du mariage pour des causes absolues ou relatives (art. 104 ss CC). Au niveau formel, le mariage se passe en deux temps, avec la procédure préparatoire puis la célébration du mariage (art. 97 al. 1 CC). La célébration du mariage se fait publiquement, en présence de deux témoins (art. 102 al. 1 CC) et avec la question rituelle (art. 102 al. 2 CC et art. 71 al. 2 OEC⁴²), démontrant la solennité de l'institution⁴³.

2.2.2.3. Les conséquences du mariage

Le mariage produit un certain nombre d'effets de droit de la famille, en termes de droits et obligations. Ils montrent bien l'idée d'union conjugale, à commencer par l'obligation mutuelle d'assurer la prospérité de l'union et « à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants » (art. 159 al. 2 CC), ainsi que les devoirs de fidélité et d'assistance (art. 159 al. 3 CC). Quelques effets sont mentionnés à titre d'exemples. Le mariage modifie l'état civil des deux personnes (art. 39 al. 2 ch. 1 CC, art. 7 al. 2 let. i OEC). Si en principe les deux conservent chacun leur nom (art. 160 al. 1 CC) et leur droit de cité (art. 161 CC), il leur est possible de porter un nom commun (art. 160 al. 2 CC). Le nom de l'enfant peut aussi être impacté par le mariage de ses parents (art. 270 CC). Chacune des personnes mariées a un devoir d'entretien envers la famille (art. 163 CC) et celle s'occupant du foyer a droit à un montant équitable (art. 154 CC). Le logement de la famille est protégé, dans le sens où il faut le consentement des deux membres de l'union conjugale pour résilier le bail ou aliéner le logement (art. 169 al. 1 CC). Il existe aussi un devoir de renseigner l'autre sur ses revenus, ses biens et ses dettes (art. 170 al. 1 CC). En cas de difficultés conjugales, il y a des possibilités de requérir des mesures de protection de l'union conjugale (art. 171 ss CC). Un point notamment est très important pour la construction de la famille : les personnes mariées sont les seules à pouvoir adopter conjointement (art. 264a CC).

³⁸ PAPAUX VAN DELDEN, Droit au mariage, p. 328 ; BIAGGINI, art. 14 N 7 s.

³⁹ CR CC I – PAPAUX VAN DELDEN, art. 90 N 1-5 et 8.

⁴⁰ RIEMER-KAFKA, p. 230.

⁴¹ PAPAUX VAN DELDEN, Mariages, partenariats enregistrés, concubinage, p. 917 ss.

⁴² Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004, RS 211.112.2.

⁴³ FF 1996 I 1, p. 77 s. ; CR CC I - PAPAUX VAN DELDEN, art. 102 N 4.

En cas de décès, il y a liquidation du régime matrimonial, puis partage de la succession. Les personnes mariées sont en principe soumises au régime ordinaire de la participation aux acquêts (art. 181 CC). Dans ce cadre, la personne survivante conservera ses biens propres mais touchera en plus la moitié des économies communes réalisées durant le mariage⁴⁴. De plus, cette personne prendra part à la succession, puisqu'elle est héritière légale (art. 462 CC).

Pour mettre fin à la communauté (autrement que par le décès de l'un de ses membres), il faut passer par la procédure de divorce, soit sur requête commune (art. 111 CC), soit sur demande unilatérale après une période de séparation de deux ans (art. 114 CC) ou si des motifs sérieux ont rompu le lien conjugal (art. 115 CC). Le divorce a notamment pour effet la liquidation du régime matrimonial (art. 120 al. 1 CC) et le partage de la prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC). Ces modalités, emplies de conditions formelles et judiciaires, ne simplifient évidemment pas la séparation, et témoignent à nouveau de l'institutionnalisation de la communauté et de l'héritage moral l'entourant⁴⁵. D'autre part, il ne faut pas oublier que la séparation a de nombreuses conséquences physiques et psychiques, sur les membres du couple, sur leurs éventuels enfants, et sur l'économie. Le droit de la famille accompagne donc la dissolution de l'union par des règles protectrices et permet de répartir ces coûts équitablement au sein de l'ex-communauté⁴⁶.

En matière d'imposition, on additionne les revenus des membres du couple marié, ce qui alourdit leur charge fiscale et constitue une inégalité par rapport aux couples en union libre⁴⁷. C'est d'ailleurs l'une des raisons pouvant pousser un couple à ne pas formaliser son union et rester ainsi en concubinage⁴⁸.

Ces quelques éléments permettent bien de se rendre compte de la considération par le droit du couple marié comme une communauté, tant dans un aspect économique à l'exemple du calcul de montants à partager ou de contribution publique que dans un aspect social par exemple de protection d'un membre du couple. Il en est de même avec les assurances sociales et à l'opposé les couples en union libre ne sont pas considérés sous cet angle.

2.2.3. Le partenariat enregistré

Seules les personnes de même sexe peuvent conclure un partenariat enregistré (art. 1 LPart). Il s'agit d'une institution parallèle en droit civil à celle du mariage, même s'il y a encore des inégalités de traitement, qui décroissent toutefois lors des réformes législatives⁴⁹. Ainsi, même si ce n'est pas véritablement un mariage, et qu'il n'est pas possible d'adopter conjointement ou de recourir à la procréation médicalement assistée (art. 28 LPart), le régime des partenaires reprend globalement le droit de la famille parcouru au point précédent, avec des termes certes différents et de manière simplifiée⁵⁰. Par exemple, sa procédure d'enregistrement est proche de celle du mariage, mais il n'y a notamment pas de fiançailles⁵¹. Il n'y a pas non plus d'échange de consentements mutuels et pas de témoins (art. 7 LPart et 75k OEC), montrant tout de même

⁴⁴ ZIRILLI, p. 80.

⁴⁵ Le caractère judiciaire du divorce a été réaffirmé lors de la réforme du droit du divorce, FF 1996 I, p. 27 s. Selon le conseil fédéral, « le caractère institutionnel du mariage continue en effet à l'emporter sur sa nature contractuelle ».

⁴⁶ AEBI-MÜLLER, p. 823.

⁴⁷ JUBIN, Union libre, N 247 ; ZIRILLI, p. 17.

⁴⁸ GROSSEN/GUILLOD, p. 272.

⁴⁹ PAPAUX VAN DELDEN, Mariages, partenariats enregistrés, concubinage, p. 939 s.

⁵⁰ ZIRILLI, p. 120.

⁵¹ Même si la question d'une application par analogie des art. 90 ss CC a été discutée en doctrine, cf. CR CC I - PAPAUX VAN DELDEN, art. 90 N 10 et 42.

une réserve symbolique, liée à la tradition, et de prime abord une moins grande solennité de l'institution⁵². D'autres points en revanche, comme par exemple les causes d'annulation absolues et relatives (art. 9 et 10 LPart), les droits et devoirs des partenaires (art. 12 ss LPart) ou encore l'inscription à l'état civil (art. 2 al. 3 LPart, art. 7 al. 2 let. q OEC), montrent l'importance accordée au partenariat et la convergence des deux institutions. Dans le domaine successoral et fiscal, l'assimilation est plus complète encore (cf. en particulier art. 462, 470 s. CC, art. 9 al. 1^{bis} LIFD⁵³ et art. 3 al. 4 LHID⁵⁴). Il n'est pas utile d'entrer dans plus de détails, vu le parallélisme des deux statuts, leur même idée institutionnelle et de formalisation, et le fait qu'ils ne feront peut-être bientôt plus qu'un⁵⁵.

2.2.4. L'union libre

2.2.4.1. La notion d'union libre

L'union libre a toujours existé, mais n'a pas toujours été acceptée. Le droit romain connaissait le concubinage à côté du mariage et l'admettait parfaitement. La perception est devenue plus négative au cours du Moyen Âge et de la Réforme⁵⁶. Ainsi, historiquement, le concubinage était interdit par le droit pénal cantonal, en particulier par des cantons alémaniques et le Valais, qui ont pour la plupart supprimé ce régime au cours des années 1970 et 1980, bien qu'il n'y avait plus de poursuites pénales⁵⁷. Ces dispositions ont tout de même survécu jusqu'à leur abrogation par le dernier canton, le Valais, en 1995⁵⁸. Quant à une réglementation du concubinage, la législation fédérale ne le mentionne même pas, malgré son importance sociale, indiquant l'hostilité rencontrée de la part du législateur⁵⁹. Le législateur s'est refusé à plusieurs reprises à prendre en compte le concubinage formellement dans la loi⁶⁰. Le couple concubin est tout de même affecté par certaines dispositions de droit privé ou de droit public de manière sporadique et indirecte, notamment par le biais de termes différents (par exemple la notion de « proches » ou de « personne qui fait ménage commun »)⁶¹. D'autres pays en revanche ont choisi de légiférer sur l'union libre, et ceci dans des modalités différentes⁶².

La jurisprudence a en revanche reconnu ce statut, rendu nécessaire non seulement par l'augmentation du nombre de personnes ne souhaitant pas formaliser leur relation, mais aussi en raison des conséquences économiques et financières, comme la mise en commun des ressources, la séparation et la liquidation des rapports juridiques, etc. Ces problématiques sont semblables à celles rencontrées par des personnes en union formalisée et témoignent d'un besoin de planification, au moins patrimoniale, dans toute relation de couple⁶³.

⁵² PAPAUX VAN DELDEN, Mariages, partenariats enregistrés, concubinage, p. 943 s.

⁵³ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD), RS 642.11.

⁵⁴ Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14.

⁵⁵ Cf. 2.2.2.1.

⁵⁶ PULVER, p. 19.

⁵⁷ GROSSEN/GUILLOD, p. 272.

⁵⁸ PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 851 ; PULVER, p. 20.

⁵⁹ GROSSEN/GUILLOD, p. 273.

⁶⁰ PULVER, p. 21 s.

⁶¹ PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 853 ss.

⁶² ARN, p. 18 ss.

⁶³ GABELLON, p. 42.

Au sens large du terme, on peut définir le concubinage par « la vie de couple formée par deux personnes, sans que celles-ci ne soient mariées ou unies par un partenariat enregistré »⁶⁴. La notion de concubinage concentre en elle une grande diversité de relations sociales – pouvant être très différentes, des plus temporaires aux plus durables – retrouvée aussi dans les nombreux termes utilisés pour la désigner⁶⁵.

2.2.4.2. Les conditions de l'union libre

Toute relation de couple n'entraîne pas automatiquement des conséquences juridiques sans autres conditions. Ainsi, dans les années 1990, le Tribunal fédéral a défini le concubinage comme une « communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être également définie comme une communauté de toit, de table et de lit »⁶⁶, et a exclu les partenaires de même sexe⁶⁷. Mais, rattrapée par la réalité sociale et puisque les couples concubins hétérosexuels ou homosexuels sont soumis aux mêmes problématiques patrimoniales, et que la LPart a entretemps été adoptée, la jurisprudence a étendu sa définition à tous les couples, indépendamment de leur orientation sexuelle⁶⁸. Les personnes doivent donc premièrement former une communauté de vie (liens intellectuels, amoureux et économiques, assistance réciproque), deuxièmement respecter les critères de stabilité et de durabilité, et troisièmement ne doivent pas être mariées ou enregistrées ensemble (elles pourraient l'être avec un tiers)⁶⁹. Ces conditions sont donc bien moins exigeantes et formelles que pour les personnes liées par un mariage ou un partenariat enregistré et attestent de l'absence d'institutionnalisation de cette relation de couple⁷⁰.

2.2.4.3. Les conséquences de l'union libre

Le fait de se marier (et de se partenariatiser) permet l'accès à un régime juridique ayant de nombreuses conséquences tant en matière de droit privé que de droit public. Le concubinage, lui, ne fait pas naître de forme d'union conjugale, et ses membres ne bénéficient pas de la même protection que les personnes en union formalisée⁷¹. En particulier, les conséquences de l'union conjugale vues plus haut et les effets correspondants dans la LPart ne sont pas applicables⁷². Ainsi, par exemple, les personnes en union libre conservent leur état civil, soit celui de célibataire⁷³. La séparation du couple est aussi beaucoup moins formaliste, étant donné qu'il ne faut pas passer par la procédure de divorce, judiciaire et chronophage. Deux conséquences de droit civil sur le couple peuvent tout de même être citées : l'autorité parentale conjointe en cas de reconnaissance ou de jugement de paternité (art. 298a CC) et la représentation dans le domaine médical (art. 378 al. 1 ch. 4 CC). Il en résulte que la relation patrimoniale au sein du concubinage est exclusivement contractuelle⁷⁴.

⁶⁴ GABELLON, p. 43.

⁶⁵ GROSSEN/GUILLOD, p. 270.

⁶⁶ ATF 118 II 229 = JdT 1994 I 331, c. 3b).

⁶⁷ GABELLON, p. 43 ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 857.

⁶⁸ GABELLON, p. 43 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 857 ; CSP, p. 9.

⁶⁹ GABELLON, p. 44 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 857 s.

⁷⁰ Cf. 2.2.2.2. et 2.2.3.

⁷¹ GABELLON, p. 46 ; PULVER, p. 44.

⁷² BONETTI, p. 536 ss ; CSP, p. 25 ss.

⁷³ JUBIN, Union libre, N 110.

⁷⁴ GABELLON, p. 46 s.

Les membres du couple peuvent conclure un contrat de concubinage exprès (cf. art. 1 CO⁷⁵)⁷⁶, dans les limites du droit des obligations (cf. art. 20 CO, 27 CC)⁷⁷. Ce contrat n'est pas courant dans la pratique et leur relation est alors qualifiée de contrat de société simple, au sens des art. 530 ss CO par le Tribunal fédéral⁷⁸. La doctrine plaide plutôt quant à elle pour un contrat *sui generis*, permettant dans l'espèce d'appliquer au besoin les règles de l'enrichissement illégitime, des droits réels, du contrat de travail, du contrat de prêt, du contrat de mandat ou encore du droit de la société simple⁷⁹. L'application des règles de la société simple permet notamment de répondre à l'épineuse question de la dissolution, respectivement de la liquidation, de la communauté de vie⁸⁰. Mais ces règles ne sont pas toujours suffisantes pour répondre à un besoin particulier, par exemple pour la propriété, l'administration ou la disposition des biens⁸¹. Un autre exemple est le cas de la personne dépendante financièrement dans le besoin d'une contribution d'entretien, car elle se retrouverait sans revenu⁸². Le contrat de concubinage exprès permettrait de répondre à de nombreuses problématiques posées par l'absence de réglementation de l'union libre, en s'inspirant par exemple des règles du droit du mariage. Ceci montre bien l'importance et la pertinence que les règles du droit au mariage en droit civil peuvent avoir.

Quant à la question d'avoir une réglementation civile similaire entre les différentes formes de couples, il semble que cela ne puisse pas être possible, les réalités étant très différentes et l'union formalisée ayant des conséquences juridiques – comme l'obligation d'entretien, ou des implications sur le patrimoine en termes de gestion, de régimes matrimoniaux ou de succession – qui ne devraient pas être imposées aux couples en union libre⁸³. Cela n'implique en revanche pas qu'une réglementation de certains points de l'union serait contestée⁸⁴. En cas de législation sur l'union libre, il serait nécessaire d'établir la communauté par le biais d'une déclaration, voire même d'un registre⁸⁵. Nous verrons que la question d'une réglementation commune se pose aussi en assurances sociales.

3. Les différences lors de la dissolution de l'union

Il s'agit dans cette partie de s'intéresser au sort de l'union, en matière de prévoyance-vieillesse, invalidité et survivants, lors de sa dissolution du vivant de ses membres. Nous nous intéresserons à ce qu'il en est successivement dans les trois piliers et dans l'assurance-chômage.

⁷⁵ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

⁷⁶ PAPAUX VAN DELDEN le recommande, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 864 s ; le CSP le recommande aussi et propose un contrat-type, cf. CSP, p. 77 ss.

⁷⁷ GROSSEN/GUILLOD, p. 274 ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 864.

⁷⁸ GABELLON, p. 47 ; GROSSEN/GUILLOD, p. 274.

⁷⁹ GABELLON, p. 49, qui est d'avis que la distinction est théorique ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 865.

⁸⁰ PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 870 s.

⁸¹ GABELLON, p. 56 ss ; GROSSEN/GUILLOD, p. 277 s.

⁸² GABELLON, p. 54 s. et p. 62 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, p. 872.

⁸³ AEBI-MÜLLER, p. 827 ; SCHWANDER, p. 928, estime qu'une réglementation est nécessaire.

⁸⁴ AEBI-MÜLLER, p. 828 ss.

⁸⁵ SCHWANDER, p. 921 s.

3.1. Le partage du premier pilier

3.1.1. Le calcul des rentes ordinaires

Le droit à une rente ordinaire est ouvert aux personnes auxquelles il est possible de porter en compte au moins une année de revenus, de bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance (art. 29 LAVS⁸⁶). Les rentes AVS sont établies indépendamment de l'état civil des personnes assurées. Par conséquent, chaque personne reçoit une rente individuelle. Pour se faire, il faut déterminer les deux éléments importants de la durée de cotisations et du revenu déterminant (art. 29^{bis} al. 1 LAVS). Mais sans mesures de correction, les personnes ayant une moindre activité lucrative en raison de l'éducation des enfants, de la gestion du ménage ou de la prise en charge de proches, seraient désavantagées⁸⁷. Partant, sont intégrés dans le calcul : un partage des revenus, des bonifications pour tâches éducatives et des bonifications pour tâches d'assistance.

Pour que la durée de cotisation soit complète (43 ans pour les femmes, 44 ans pour les hommes)⁸⁸, la personne assurée doit avoir cotisé autant d'années que les personnes assurées de sa classe d'âge (art. 29^{ter} LAVS), dès le 1^{er} janvier suivant la date où elle a eu vingt ans révolus, jusqu'au 31 décembre précédant la réalisation du risque assuré (âge de la retraite ou décès). Les périodes prises en compte sont les années durant lesquelles la personne assurée a payé des cotisations, l'autre membre du couple formalisé a payé au moins le double de la cotisation minimale, et des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance peuvent lui être attribuées (art. 29^{ter} al. 2 LAVS).

En ce qu'il s'agit du deuxième élément, le revenu annuel moyen déterminant comprend les revenus de l'activité lucrative (revalorisés avec les facteurs prévus par le Conseil fédéral, selon l'art. 30 al. 1 LAVS et 51^{bis} RAVS⁸⁹) et les bonifications pour tâches éducatives et d'assistance (art. 29^{quater} LAVS). La somme obtenue est ensuite divisée par le nombre d'année de cotisations (art. 30 al. 1 LAVS) et permet de connaître la rente mensuelle à l'aide des échelles de rentes, dont l'usage est obligatoire, publiées par l'Office fédéral des assurances sociales (art. 30^{bis} LAVS)⁹⁰.

Il est bien visible avec ces deux éléments, malgré les limites découlant du principe de solidarité⁹¹, que plus le salaire est élevé, plus les cotisations sont versées sur une longue période et sans interruption, plus les prestations sociales sont élevées. Les deux éléments vont être influencés par la répartition des rôles au sein du couple, les interruptions de carrière ou le temps partiel en lien avec les obligations familiales. Ainsi, le travail de soin non rémunéré peut creuser des lacunes à l'intérieur de ce système⁹².

Pour le calcul des rentes AI, les règles sur la durée de cotisations et le revenu déterminant sont appliquées par analogie (art. 36 al. 2 LAI⁹³). D'autres éléments, spécifiques aux rentes AI,

⁸⁶ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.20.

⁸⁷ WIDMER, p. 50 s.

⁸⁸ GREBER, AVS N 202.

⁸⁹ Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101.

⁹⁰ GREBER, AVS N 214.

⁹¹ KAHIL-WOLFF, N 23.

⁹² RANZANICI CIRESA N 482 ss.

⁹³ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20.

concernent notamment le droit à la rente, l'évaluation de l'invalidité et le début du droit à la rente⁹⁴. Les points suivants sont donc communs à l'AVS et à l'AI.

La dissolution de l'union aura des effets sur le montant des rentes AVS et AI, ceci en raison du partage des revenus et de l'attribution des bonifications pour tâches éducatives.

3.1.2. Le partage des revenus

Dans le cadre du calcul du revenu déterminant, pour les couples mariés et partenariés – à l'exclusion donc des couples concubins –, les revenus du couple réalisés durant les années civiles de mariage commun vont être partagés par moitié entre les deux personnes (art. 29^{quinquies} al. 3 à 5 LAVS). On parle de partage des revenus ou de « splitting »⁹⁵. Il s'agit d'une nouveauté de la dixième révision de l'AVS entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997⁹⁶ ayant pour but principal de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes⁹⁷. Il faut noter que le Conseil fédéral n'avait pas adopté cette solution dans son message⁹⁸. Cette mesure est attachée à la conception du droit civil du mariage en tant que communauté économique et de prévoyance⁹⁹.

Ce partage est réalisé dans les trois cas prévus à l'art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS, soit lors du droit à la rente des deux personnes (let. a) – et non de l'une d'elles seulement, situation dans laquelle on se base uniquement sur le revenu de celle-ci (art. 50^h RAVS) et lors de la deuxième rente il y a un nouveau calcul¹⁰⁰–, lors du droit à la rente de vieillesse d'une veuve ou d'un veuf (let. b) ou lors de la dissolution du mariage par le divorce (let. c). Cette dernière éventualité va particulièrement nous intéresser ici.

Lorsqu'il y a une différence de revenus entre les deux personnes, le partage par moitié va diminuer le revenu pris en compte par l'AVS de celle ayant le revenu le plus élevé, alors que le revenu de l'autre sera augmenté. Cette diminution et cette augmentation vont modifier le revenu annuel moyen et donc impacter le montant de la rente de vieillesse ou d'invalidité. Cet effet du splitting ne se produit pas toujours au même moment. Lorsque la dissolution a lieu sans qu'un cas d'assurance donnant droit à des prestations du premier pilier n'existe, le splitting produira ses effets au moment de la retraite. Mais si une rente AVS ou AI est déjà versée au moment de la dissolution, alors l'effet est immédiat. Dans ce cas, la rente en question est recalculée par la caisse de compensation (art. 50^g RAVS) après la dissolution et sera augmentée ou diminuée, respectivement si la personne gagnait moins que l'autre durant l'union ou si elle gagnait plus. De plus, l'effet du partage des revenus sur le premier pilier est d'autant plus important que les revenus du couple sont disproportionnés et/ou la durée de l'union longue¹⁰¹.

Le partage des revenus n'étant pas appliqué aux personnes en union libre, il peut donc y avoir des différences importantes par rapport aux unions formalisées, dans le cas de couples avec un écart de revenu, mais pratiquement aucune en cas de revenus comparables. Cela montre l'effet de protection de la personne du couple ayant moins cotisé en raison de la répartition des tâches par l'institution du mariage et du partenariat enregistré¹⁰².

⁹⁴ GREBER, AVS N 319 ss.

⁹⁵ GREBER, AVS N 215 ; JUBIN, Union libre, N 579.

⁹⁶ RO 1996 2466.

⁹⁷ GNAEGI, p. 115 s.

⁹⁸ FF 1990 II 1, pp. 27-29.

⁹⁹ RIERMER-KAFKA, p. 233.

¹⁰⁰ GREBER, AVS N 215 et sa note de bas de page 140 ; WIDMER, p. 53.

¹⁰¹ DUPONT, p. 43 s.

¹⁰² RANZANICI CIRESA N 498.

3.1.3. L'attribution des bonifications pour tâches éducatives

Comme nous l'avons relevé, les bonifications pour tâches éducatives sont des mesures de correction intégrées dans le revenu annuel moyen déterminant (art. 29^{quater} let. c LAVS) destinées à compenser le fait de s'occuper d'enfants et sont une expression du principe de solidarité en AVS¹⁰³. Au contraire du partage des revenus, elles vont toucher les personnes en concubinage aussi bien que les personnes en union formalisée. Elles sont attribuées aux parents assurés « pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de seize ans », mais doivent être partagées, et non cumulées, pour des parents exerçant conjointement l'autorité parentale (art. 29^{sexies} al. 1 LAVS) ou la garde d'enfants (art. 52e RAVS). Elles sont en lien étroit avec l'obligation d'entretien des enfants¹⁰⁴. Ces bonifications sont donc liées non pas à l'état civil, mais à la parentalité.

Durant l'union, la répartition est la même que celle vue ci-dessus pour le partage des revenus, soit un partage par moitié pendant la durée de l'union (art. 29^{sexies} al. 3 LAVS).

Les personnes n'étant pas ou plus en union formalisée pourront aussi bénéficier de ces bonifications, mais la réglementation est différente (cf. art. 29^{sexies} al. 1 let. d LAVS et 52^{fbis} RAVS). Il incombe au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant d'attribuer les bonifications au même moment que l'autorité parentale, la garde de l'enfant ou sa prise en charge (art. 52^{fbis} al. 1 RAVS). Quant à la répartition entre les personnes assurées, il est prévu qu'elle le sera par moitié si les deux parents prennent en charge les enfants communs à égalité, ou en intégralité à celui assumant la plus grande part de la prise en charge (art. 52^{fbis} al. 2 RAVS).

De surcroît, il est possible de convenir par écrit, en tout temps, de l'attribution à un seul parent ou du partage par moitié des bonifications futures, et ceci indépendamment d'une éventuelle décision antérieure (art. 52^{fbis} al. 4 RAVS). Une certaine marge de manœuvre est laissée aux parties, d'autant plus que le tribunal interviendra uniquement à défaut d'une entente et son contrôle est purement formel¹⁰⁵. Dans tous les cas, le choix en termes de répartition est limité soit à l'attribution par moitié, soit à l'attribution intégrale de la bonification à l'un des parents¹⁰⁶.

Ces répartitions différentes ont une influence non négligeable sur le calcul des rentes¹⁰⁷. Comme dans le premier pilier il existe un plafond lié à la rente maximale, si l'un des deux parents a un revenu annuel moyen plus élevé que ce plafond, il ne lui servira à rien de lui attribuer des bonifications, puisque cela ne lui modifiera pas sa rente. Il est en revanche possible d'améliorer la situation du parent ayant fourni le travail de soin, en lui attribuant les bonifications. L'effet sur la rente dépendra aussi de l'âge des enfants. Les couples ont ainsi par le biais de cette répartition choisie, la possibilité d'améliorer leur prévoyance¹⁰⁸. Cette manière de procéder – hors cependant de l'union formalisée – témoigne d'un certain aspect individuel et contractuel, au sein même de l'assurance sociale.

Ainsi, il existe une différence, voir même une discrimination entre l'union formalisée et l'union libre. Les bonifications étant partagées de par la loi par moitié dans le cadre de la première, il n'est pas possible d'influer sur le montant du revenu annuel moyen avec la possibilité de l'art. 52^{fbis} RAVS. C'est particulièrement le cas de la personne ayant un revenu élevé, supérieur au

¹⁰³ KAHIL-WOLFF, N 25.

¹⁰⁴ RIERMER-KAFKA, p. 225 s.

¹⁰⁵ DUPONT, p. 45.

¹⁰⁶ Cette solution est critiquée en raison de son manque de flexibilité, cf. DUPONT, p. 45.

¹⁰⁷ DUPONT, p. 46, indique une augmentation du revenu annuel moyen de 960 CHF pour une année de bonification et de 480 CHF pour une demi-bonification.

¹⁰⁸ DUPONT, p. 46 ; RANZANICI CIRESA N 503.

plafond AVS, pour lequel l'attribution des bonifications n'aura aucun effet. Cette absence de possibilité d'« optimiser »¹⁰⁹ le revenu annuel moyen pour les personnes en union formalisée peut donc avoir des conséquences sur le montant de leurs prestations sociales à la retraite, en plus d'autres effets examinés plus loin.

3.2. Le partage du deuxième pilier

3.2.1. L'introduction du partage de la prévoyance professionnelle

Au 1^{er} janvier 2000¹¹⁰ – lors de la même réforme précédemment évoquée à propos de la conclusion du mariage et ayant dépenalisé le droit du divorce¹¹¹ – a été introduite la notion de partage de la prévoyance professionnelle ou de droit à la compensation des expectatives de prévoyance. C'est un des effets du divorce prévu dans le CC. Il s'agit d'un droit indépendant non lié au régime matrimonial ou au droit à l'entretien après divorce¹¹².

Comme la prévoyance professionnelle est rattachée à l'exercice d'une activité lucrative, la répartition des rôles au sein du couple (s'occuper des enfants et entretenir le ménage *versus* activité lucrative) est déterminante pour en fixer l'étendue. Alors que durant toute la durée de l'union la situation financière ne pose pas de problème, lors la dissolution de l'union une des personnes peut se retrouver en difficulté en raison de la répartition des tâches au sein du couple, car elle aura renoncé partiellement ou totalement à effectuer une activité lucrative et n'aura pu se constituer qu'une moindre prévoyance. Le partage de la prévoyance professionnelle, « expression de la communauté de destin liée au mariage », va compenser ces pertes en matière de prévoyance et favoriser l'indépendance financière après la dissolution de l'union, par le biais d'un transfert des expectatives de prévoyance permettant au bénéficiaire du partage de faire un rachat auprès de son institution de prévoyance¹¹³.

Le partage est réglé notamment par les art. 122 ss CC – modifiés par la réforme du 19 juin 2015 sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017¹¹⁴ – et le droit procédural, par renvoi de l'art. 22 LFLP¹¹⁵. L'art. 33 LPart renvoie aussi à ces dispositions de droit du divorce, soulignant à nouveau la convergence des deux institutions.

3.2.2. Le principe du partage

Chaque personne assurée a droit à une prestation de sortie à l'égard de l'institution de prévoyance, à la condition de ne pas avoir de droit à des prestations de prévoyance (art. 2 al. 1 LFLP)¹¹⁶. Cette prestation de sortie est l'objet du partage (art. 123 al. 3 CC).

Le principe du droit au partage implique que « les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux » (art. 122 CC). Il s'agit d'un partage par moitié (art. 123 al. 1 CC), à l'instar

¹⁰⁹ CPra Matrimonial – DUPONT, Annexe II N 58.

¹¹⁰ RO 1999 1118.

¹¹¹ FF 1996 I 1, p. 28 ss.

¹¹² CPra Matrimonial – FERREIRA, art 122 CC N 1 ; JUBIN, Union libre, N 581.

¹¹³ FF 1996 I 1, p. 101 ss.

¹¹⁴ RO 2016 2313.

¹¹⁵ Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993, RS 831.42.

¹¹⁶ CASS LFLP – WALSER, art. 2 N 1-2.

de celui du premier pilier. Chaque personne aura un droit à la moitié des prestations de sortie de l'autre, et ceci sans égard à la répartition effective des tâches au sein du couple¹¹⁷.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, la date de l'introduction de la demande de divorce (comme la liquidation du régime matrimonial, art. 204 al. 2 CC) – soit le dépôt de la requête commune ou unilatérale au greffe du tribunal ou au bureau de poste – et non plus la date du jugement de divorce est pertinente¹¹⁸. Les prestations de sortie acquises durant la procédure de divorce ne sont ainsi plus concernées¹¹⁹. Il faut mentionner à cet égard que la réglementation de l'AVS n'a pas été modifiée dans le même sens, partant le *splitting* de celui-ci se fait toujours pour les revenus jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce¹²⁰.

Il y a des exceptions à ce partage par moitié. Ainsi, il est possible aux parties de prévoir, dans une convention sur les effets du divorce, une répartition différente ou même de renoncer au partage, à condition qu'une prévoyance vieillesse et invalidité soit assurée (art. 124b al. 1 CC). D'autre part, il est possible pour le tribunal d'attribuer différemment la prestation de sortie si le partage est inéquitable, en prenant notamment en compte la liquidation du régime matrimonial, la situation économique des parties ou leurs besoins de prévoyance (art. 123 al. 2 et 3 CC). Le tribunal devra à cet égard faire attention à prendre en compte l'influence de la dissolution de l'union sur l'AVS induit par le *splitting* – d'autant plus que la date du partage des deux piliers est différente – et du partage des bonifications pour tâches éducatives¹²¹. Il existe alors pour le deuxième pilier des possibilités pour les parties d'aménager le partage – à des conditions certes restrictives – plus larges que pour le premier pilier, où la marge de manœuvre existe seulement pour les bonifications pour tâches éducatives et pour le futur.

3.2.3. Les modalités du partage

Le montant partagé correspond à « la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au jour de l'introduction de la procédure de divorce, et la prestation de sortie augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage », à laquelle on ajoute les intérêts dus au jour de l'introduction de la procédure de divorce (art. 22a al. 1 LFLP). Entrent dans ce montant : les prétentions des personnes assurées contre une ou plusieurs caisses de pension dans le régime obligatoire ou surobligatoire, les comptes et polices de libre-passage, et les versements anticipés en vue de l'acquisition de la propriété du logement (art. 22a al. 3 LFLP)¹²². Les rachats effectués durant l'union avec des biens propres au sens de l'art. 198 CC peuvent être déduits (art. 22a al. 2 LFLP), constituant tout de même un lien avec les régimes matrimoniaux. Les autres rachats en revanche ne sont pas inclus dans cette disposition, donc l'amélioration des prestations de prévoyance profitera aussi à l'autre personne¹²³.

À la suite du partage, il y a une personne débitrice et une personne créancière, puisque les prétentions réciproques sont compensées (art. 124c CC). L'institution de prévoyance de la personne créancière va se voir verser le solde de la prestation de sortie à transférer. Tant pour la personne débitrice que créancière, le transfert se fait dans la même proportion à l'avoir obligatoire et l'avoir surobligatoire (art. 22c al. 1 et 2 LFLP). Si la personne titulaire de la

¹¹⁷ JUBIN, Union libre, N 584.

¹¹⁸ CPra Matrimonial – FERREIRA, art. 122 N 19.

¹¹⁹ CASS LFLP – GEISER/SENTI, art. 22a N 6.

¹²⁰ DUPONT, p. 44 s.

¹²¹ DUPONT, p. 42, 44 s. et 46.

¹²² CASS LFLP – GEISER/SENTI, art. 22a N 10.

¹²³ CASS LFLP – GEISER/SENTI, art. 22a N 28.

créance n'est pas affiliée à une institution de prévoyance, sa part sera versée sur un compte ou une police de libre passage.

Le partage a pour effet que la personne débitrice voit sa prévoyance diminuer, impactant forcément les prestations qu'elle recevra, et pourrait aussi affecter l'autre personne si elle n'est plus en mesure de payer les contributions d'entretien suite à la réalisation d'un cas de prévoyance¹²⁴. Pour cette raison, elle a la possibilité de racheter le montant prélevé lors du transfert (art. 22*d* al. 1 LFLP), sauf dans le cas de la perception d'une rente d'invalidité avant l'âge de la retraite (art. 22*d* al. 2 LFLP).

3.2.4. Les conséquences du partage

Il existe trois situations différentes à distinguer. Il s'agit tout d'abord de la situation où aucun cas de prévoyance n'est survenu (art. 123 CC), et ensuite les situations où un cas de prévoyance – la vieillesse, le décès ou l'invalidité (art. 1 al. 2 LFLP) – est survenu avant la dissolution de l'union (art. 124 et 124*a* CC). Voyons brièvement comment s'effectue le partage et quel est son impact sur les prestations sociales.

Dans la première situation, les prestations de sorties sont simplement partagées par moitié (art. 123 al. 1 CC). Dans ce cas, le partage a un impact moins important que dans les autres, car l'effet interviendra au moment de la retraite, laissant du temps aux personnes assurées pour reconstituer leur capital avec les cotisations postérieures à la dissolution de l'union ou par des rachats¹²⁵.

Dans la deuxième situation, celle de la perception d'une rente d'invalidité par une personne n'ayant pas atteint l'âge de la retraite, on va calculer une prestation de sortie hypothétique, soit celle que la personne assurée aurait eu en cas de suppression de sa rente (art. 124 al. 1 CC), et on appliquera ensuite le partage par moitié (art. 124 al. 2 et 123 CC). L'impact du partage sur les prestations d'invalidité dépendra du règlement de l'institution de prévoyance, car ce dernier pourrait déjà exclure la réduction de la rente d'invalidité¹²⁶. D'autre part, la nature du plan de prévoyance est importante : les rentes d'invalidité ne sont pas recalculées dans le système de la primauté des prestations, mais le sont en revanche dans celui de primauté de cotisations, après déduction du montant transféré à l'autre personne¹²⁷. En outre, même si la rente d'invalidité n'est pas touchée à ce moment, la rente de vieillesse pourra être impactée¹²⁸.

Dans la troisième situation, celle de la perception d'une rente de vieillesse ou d'une rente d'invalidité par une personne ayant atteint l'âge de la retraite, le tribunal va apprécier les modalités du partage, en tenant compte de la durée du mariage et des besoins de prévoyance (art. 124*a* al. 1 CC), et la part de rente attribuée à la personne créancière sera convertie en rente viagère (art. 124*a* al. 2 CC, 22*e* LFLP). La rente touchée est ainsi réduite, de manière définitive et même si la personne avantagée par le partage décède, la rente en question ne retrouvera pas son niveau antérieur. Les prestations de survie seront aussi affectées¹²⁹.

En substance, le partage de la prévoyance professionnelle a pour finalité l'égalité au sein des unions formalisées et de protéger la partie ayant effectué le travail de soin. Cette expression de la communauté de l'union conjugale ne se retrouve pas du tout dans l'union libre, puisqu'il n'y

¹²⁴ CASS LFLP – GEISER/SENTI, art. 22*d* N 1-2.

¹²⁵ DUPONT, p. 39.

¹²⁶ DUPONT, p. 40.

¹²⁷ DUPONT, p. 40.

¹²⁸ DUPONT, p. 40.

¹²⁹ DUPONT, p. 40.

a pour leurs membres aucun partage des expectatives de prévoyance¹³⁰. La potentielle personne en concubinage pâtissant de la répartition des tâches durant l'union ne sera pas protégée par cette idée de compenser la prévoyance n'ayant pas pu être constituée, comme le serait une personne mariée. Cette situation touche particulièrement les femmes, puisqu'elles s'occupent plus fréquemment des activités de soin et bénéficient de prestations LPP plus basses au moment de la retraite¹³¹. Ceci est d'autant plus le cas que la couverture de la prévoyance professionnelle existe seulement à partir d'un seuil d'entrée (art. 7 LPP), désavantageant par conséquent les personnes travaillant à temps partiel ou ayant de bas salaires¹³². Un risque de pauvreté plus marqué est généré, surtout après la retraite, pour cette personne en concubinage, car ses prestations de vieillesse seront plus basses et elle pourra compter uniquement sur la bonne volonté de son ex-partenaire en cas de séparation¹³³.

3.3. Le troisième pilier lors de la dissolution

3.3.1. Le troisième pilier lors de la dissolution de l'union libre

Le troisième pilier, en prévoyance liée ou libre, étant une épargne individuelle et non obligatoire, est constitué ou non au choix de chaque membre du couple. En cas de séparation, chaque personne va conserver son éventuel avoir personnel, sauf accord contraire des parties¹³⁴. Les problèmes seront les mêmes qu'avec les autres piliers, il n'y a pas de protection en cas de séparation pour la personne renonçant à travailler à plein temps. Il est possible d'y remédier par convention, par exemple par le biais d'un troisième pilier payé par la personne ayant des revenus plus élevés¹³⁵.

3.3.2. Le troisième pilier lors de la dissolution de l'union formalisée

Pour les personnes en union formalisée, il n'y a pas de partage similaire à celui de l'AVS et de la prévoyance professionnelle. En cas de dissolution de l'union, les art. 122 ss CC valables pour cette dernière ne sont pas applicables. En revanche, les avoirs de la prévoyance individuelle seront partagés selon les règles des régimes matrimoniaux¹³⁶. Le partage dépendra donc de savoir si un régime matrimonial a été choisi, à défaut le régime de la participation aux acquêts s'appliquera. Si le régime de la séparation des biens a été choisi, il n'y aura ainsi pas de partage¹³⁷. Tandis que dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, le troisième pilier sera attribué proportionnellement aux biens propres (par exemple le contrat d'épargne troisième pilier ayant été conclu avant le mariage) et aux acquêts (par exemple les contributions faites à cette épargne avec les revenus durant le mariage, ainsi que les intérêts)¹³⁸.

S'il y a un bénéfice à partager suite à la liquidation du régime matrimonial, les avoirs de la prévoyance individuelle liée peuvent être totalement ou partiellement cédés à l'autre personne ou lui être attribués par le juge (art. 4 al. 3 et 4 OPP 3). Ce transfert peut poursuivre un but de

¹³⁰ JUBIN, Union libre, N 587.

¹³¹ RANZANICI CIRESA N 511 et 520.

¹³² RANZANICI CIRESA N 521.

¹³³ RANZANICI CIRESA N 512.

¹³⁴ JUBIN, Union libre, N 588.

¹³⁵ GABELLON, p. 58.

¹³⁶ JUBIN, Union libre, N 589 ; CASS LPP – SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, art. 82 N 48 ; LAFFELY MAILLARD p. 52.

¹³⁷ LAFFELY MAILLARD p. 50.

¹³⁸ Voir l'exemple détaillé développé par GEISER, p. 150 ss.

prévoyance seulement. En conséquence, l'institution du troisième pilier lié (assurances ou fondations bancaires, art. 1 al. 1 OPP 3) a l'obligation de verser le montant à une autre institution du troisième pilier lié (sauf si un versement en espèces est possible aux termes de l'art. 3 OPP 3)¹³⁹.

Il n'y a ainsi pas véritablement de règles protectrices concernant le troisième pilier après la dissolution de l'union. Le seul effet de compensation dans le couple pouvant exister est lié aux régimes matrimoniaux, pour autant qu'il n'ait pas voulu l'éviter.

3.4. L'assurance-chômage

3.4.1. L'assurance-chômage

L'assurance-chômage est une assurance sociale ayant pour but d'une part de fournir un revenu de remplacement à une personne licenciée, pour lui permettre de subvenir à ses besoins courants, et d'autre part de prendre des mesures pour l'emploi et favoriser l'intégration dans le marché du travail (cf. art. 1a LACI¹⁴⁰ et 114 Cst.)¹⁴¹. Elle couvre le chômage, la réduction de l'horaire de travail, les intempéries et l'insolvabilité de l'employeur (art. 1a LACI) et fournit des indemnités dans ces cas (art. 7 al. 2 LACI). Sont obligatoirement assurées *ex lege* à l'AC les personnes salariées assurées à l'AVS et payant des cotisations (cf. art. 2 al. 1 let. a LACI qui a trait à l'obligation de cotisation)¹⁴². Les indemnités de chômage sont fournies aux conditions des art. 8 ss LACI. Parmi ces conditions, l'une d'elles va nous intéresser tout particulièrement, celle de la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e, 9 et 13 LACI). Mais tout d'abord voyons-en une autre, celle de l'art. 8 al. 1 let. d LACI en lien avec la rente AVS.

3.4.2. Le montant des indemnités de chômage

La condition de l'art. 8 al. 1 let. d LACI exclut l'octroi d'indemnités de chômage si une personne touche une rente de vieillesse AVS. On ne peut donc cumuler ces prestations, au contraire de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle, qui seront alors déduites de l'indemnité de chômage (art. 18c al. 1 LACI, ayant pour but d'empêcher « le versement de montants globalement supérieurs à ceux qui sont nécessaires à une simple compensation convenable du manque à gagner au sens de l'art. 1a al. 1 LACI »¹⁴³), c'est notamment l'exemple de la retraite anticipée d'une institution de prévoyance¹⁴⁴.

Le problème pouvant se poser pour les personnes en union formalisée suite à la dissolution de leur union est lié aux règles du partage de la prévoyance professionnelle, lorsque qu'une personne touche une part de rente (art. 124a CC et 22e LPP) ou dans certains cas si elle touche une part de prestation de sortie transférée auprès de l'institution supplétive (art. 60a LPP) et convertie en rente à l'âge minimal de la retraite du règlement de l'institution supplétive. Dans ces cas, et si la personne bénéficiaire prétend à des prestations de l'AC, il se pourrait que cette rente versée suite à la dissolution de l'union soit prise en compte dans le calcul du montant des indemnités de chômage¹⁴⁵.

¹³⁹ CASS LPP – SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, art. 82 N 48 ; LAFFELY MAILLARD p. 52.

¹⁴⁰ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0.

¹⁴¹ GREBER, AC N 7 ; RUBIN, art. 1a N 1 et 9.

¹⁴² GREBER, AC N 67, 70.

¹⁴³ RUBIN, art. 18c N 1.

¹⁴⁴ DUPONT, p. 52. Pour d'autres exemples : RUBIN, art. 18c N 4.

¹⁴⁵ DUPONT, p. 52 et 53.

Cependant, il faut se poser la question de la nature de cette rente. Ainsi, cette dernière n'est pas une prestation de vieillesse pour laquelle la personne bénéficiaire a cotisé, mais une conséquence du partage de la prévoyance professionnelle suite au divorce. En conséquence, selon la doctrine, il ne s'agirait pas d'une prestation sociale. Cette prestation est certes versée par une institution de prévoyance mais il s'agit d'un « mécanisme prévu par le législateur pour s'assurer de l'effectivité du versement au bénéficiaire du partage », avec l'implication que l'on ne peut pas la coordonner avec des prestations sociales¹⁴⁶. Elle serait ainsi en dehors du champ d'application de l'art. 18c al. 1 LACI et ne devrait pas être prise en compte dans le calcul des indemnités de chômage.

Cette solution permet de surcroît de ne pas placer la personne ayant bénéficié des règles protectrices du partage du deuxième pilier dans une situation plus délicate en cas de chômage et de ne pas impliquer une diminution des prestations sociales par rapport à celles octroyées à une personne dans la même situation mais suite à la dissolution d'un concubinage.

3.4.3. Les délais-cadre

L'art. 9 LACI prévoit des délais-cadres de deux ans pour les périodes d'indemnisation et de cotisation, car le chômage est un risque assuré par l'AC, il y a des cotisations à payer et en conséquence il faut déterminer la période durant laquelle les cotisations doivent être payées pour avoir droit aux indemnités de chômage¹⁴⁷. Il s'agit de vérifier que la personne assurée « a eu le statut de travailleur durant une période minimale et récente »¹⁴⁸. Le jour de référence est celui où la personne assurée réunit toutes les conditions du droit aux indemnités (art. 9 al. 2 LACI) et le délai-cadre pour la période de cotisation débute deux ans plus tôt (art. 9 al. 3 LACI).

Cette condition pourrait toutefois poser problème à une personne qui n'aurait pas payé de cotisation dans ces deux années en raison de l'éducation d'un enfant. Pour cette raison, l'art. 9b LACI permet de prolonger ce délai à certaines conditions, plus favorables¹⁴⁹. Cette prolongation n'est toutefois valable que pour un des deux parents et une fois pour le même enfant (art. 9b al. 4 LACI et 3b al. 2 OACI¹⁵⁰). Elle s'applique par analogie aux enfants adoptifs et aux enfants de l'autre personne (art. 3b al. 6 OACI), dans le cadre de l'union formalisée¹⁵¹.

En revanche, l'art. 9b LACI ne s'applique pas aux enfants de la personne en concubinage¹⁵². Il s'agit d'une première différence entre le mariage et l'union libre : le prolongement du délai-cadre en cas de période éducative est possible à tous aux conditions de l'art. 9b et de l'OACI pour l'enfant propre ou l'enfant adoptif, mais les personnes en union libre ne peuvent pas y prétendre pour l'enfant de l'autre.

3.4.4. La libération de la condition de cotisation

Dans les limites du délai-cadre, il faut encore avoir exercé une activité soumise à cotisations durant douze mois pour remplir la condition relative à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI). La longueur de la durée de cotisation aura un impact sur le nombre d'indemnités journalières auxquelles la personne assurée peut avoir droit (art. 27 LACI). Le membre du

¹⁴⁶ DUPONT, p. 53.

¹⁴⁷ GREBER, AC N 157.

¹⁴⁸ RUBIN, art. 9 N 1.

¹⁴⁹ GREBER, AC N 159.

¹⁵⁰ Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02.

¹⁵¹ Ce qui est justifié par l'obligation d'assistance de l'art. 159 al. 3 CC, cf. RUBIN, art. 9b N 4.

¹⁵² RUBIN, art. 9b N 4.

couple n'ayant pas travaillé durant douze mois afin de s'occuper du ménage et/ou des enfants aurait alors pu ne pas remplir les conditions d'octroi des indemnités s'il n'existait pas un correctif permettant la libération de la condition de cotisation (art. 14 LACI, qui s'applique aussi dans d'autres cas). Ainsi, la personne qui, par suite de dissolution de l'union, doit exercer une activité salariée ou l'étendre est libérée de la condition relative à la période de cotisation (art. 14 al. 2 LACI et 13 OACI) et pourra ainsi toucher des prestations de l'AC. Il s'agit d'une concrétisation du principe de solidarité¹⁵³.

Le but de cette disposition est de protéger cette personne, en raison de la soudaineté de la nécessité de reprendre ou d'augmenter son activité et son caractère imprévisible¹⁵⁴. L'art. 14 al. 2 *in fine* LACI rend nécessaire l'inscription au chômage dans l'année dès la survenance de l'événement¹⁵⁵. La dissolution de l'union doit aussi être en lien de causalité avec la nécessité de prendre ou d'augmenter l'activité¹⁵⁶. Ainsi, la personne exerçant une activité indépendante à temps plein avant la dissolution ne pourra pas se prévaloir de cette disposition, car ce n'est pas en raison de l'union qu'elle n'avait pas d'activité lucrative à prendre en compte¹⁵⁷.

L'art. 14 al. 2 LACI mentionne les motifs de libération suivant : séparation de corps, divorce, invalidité, mort du conjoint, suppression de la rente d'invalidité et « raisons semblables » (cette dernière notion est précisée à l'art. 13 al. 1^{bis} OACI). Le concubinage n'est pas mentionné nommément, mais est-il inclus dans la notion de « raisons semblables » ? La question s'est posée notamment dans deux arrêts avec des états de fait similaires : une concubine accompagnée de son enfant a vécu à l'étranger avec son compagnon, avant un retour en Suisse suite à leur séparation et une demande d'indemnité chômage¹⁵⁸. Dans les deux cas, leur argument était que le concubinage générerait une obligation légale d'entretien et la rupture du concubinage contraindrait la concubine à reprendre une activité lucrative afin de subvenir à son entretien et celui de son enfant. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la dissolution du concubinage peut être assimilée à un divorce, de manière à rendre possible la libération des conditions relatives à la période de cotisation, indispensable à l'octroi de l'indemnité de chômage.

Le Tribunal fédéral relève que les « raisons semblables » concernent avant tout la personne mariée ne bénéficiant plus de l'entretien de l'autre en raison d'un événement ayant des effets pécuniaires semblables au divorce, au décès ou à l'invalidité, à l'exemple des cas d'emprisonnement, d'absence ou d'abandon du domicile conjugal. Les juges précisent que cela ne veut pas dire que l'on peut exclure toute personne non mariée du champ d'application de la disposition, en prenant l'exemple de la fille qui soigne ses parents âgés pendant des années contre son seul entretien et doit à leurs décès exercer une activité lucrative¹⁵⁹.

La situation du concubinage est différente, en ce sens qu'il n'existe aucune obligation légale d'entretien ou d'assistance. Malgré la durée et le devoir moral que la relation peut avoir, la situation du concubinage est précaire en droit, puisque ses membres peuvent mettre fin à leur relation en tout temps sans avoir une quelconque obligation pécuniaire l'un envers l'autre et chacun doit « donc s'attendre à voir cesser à tout moment les prestations que l'autre lui versait

¹⁵³ KAHIL-WOLFF, N 25.

¹⁵⁴ RUBIN, art 14 N 31.

¹⁵⁵ RUBIN, art. 14 N 32.

¹⁵⁶ GREBER, AC N 167 ; RUBIN, art. 14 N 33.

¹⁵⁷ RUBIN, art. 14 N 35.

¹⁵⁸ ATF 106 V 58 et ATF 123 V 219.

¹⁵⁹ ATF 106 V 58, c. 2.

juridiquement à bien plaie »¹⁶⁰. De plus, le droit des assurances sociales repose sur les notions du droit civil, en particulier le droit de la famille, dans lequel la dissolution du concubinage n'est pas assimilée juridiquement à une séparation de corps ou à un divorce¹⁶¹. Selon le Tribunal fédéral, s'écarter « des notions du droit civil entraînerait un certain arbitraire et aboutirait à une insécurité du droit »¹⁶².

Cet argument renforce l'aspect institutionnel du mariage évoqué à plusieurs reprises, le choix du mariage entraînant aussi en assurances sociales l'accès à un régime juridique spécifique, comprenant des normes de protection d'un membre de la communauté conjugale dans des situations particulières.

La dissolution du concubinage n'est donc pas un motif de libération de l'obligation de cotisation¹⁶³ – situation que seul un changement législatif pourrait modifier¹⁶⁴ – au contraire du divorce ou de la dissolution du partenariat enregistré.

3.5. Une conclusion intermédiaire

Tout au long de cette partie, nous avons observé les conséquences au sein d'assurances sociales de la dissolution du couple, ayant lieu surtout pour les personnes en union formalisée en particulier avec le partage des expectatives du premier et du deuxième pilier. Les personnes en union libre sont elles moins concernées, à part pour l'attribution des bonifications pour tâches éducatives – dans le cadre de laquelle elles bénéficient même de plus de flexibilité que les autres – et en matière d'assurance-chômage, où nous avons remarqué cependant que les facilités pour l'octroi des indemnités de chômage étaient plus favorables au sein d'un couple formalisé. Mais pour ces deux derniers points, il faut remarquer qu'ils sont liés à la présence d'enfant et non pas à l'union en tant que telle¹⁶⁵.

Au-delà, les assurances sociales ne s'intéressent pas à l'union libre, seule la fin définitive d'une union formalisée a des effets sur elles. Or nous l'avons évoqué, la dissolution de l'union, quel que soit l'état civil des personnes en question, pose des problèmes semblables, particulièrement en cas de répartition hétérogène des tâches au sein du couple. Le droit ne se base donc pas tant sur la réalité sociale que sur le statut formel des membres du couple. Il faut en conclure que suite à la dissolution de l'union, seules les règles liées à une union formalisée permettent de compenser efficacement le travail de soin non rémunéré fourni à la famille.

4. Les différences liées aux prestations en cas de survie

Dans cette partie, nous examinerons les prestations servies en cas de décès d'une des personnes du couple et verrons que leurs conditions d'octroi sont centrées sur l'âge, la durée de l'union ou encore la présence d'enfants. Les conditions sont plus ou moins sévères selon chaque assurance sociale ou privée, dans une gradation allant de l'assurance-vieillesse et survivants à

¹⁶⁰ ATF 106 V 58, c. 3.

¹⁶¹ ATF 123 V 219, c. 2d.

¹⁶² ATF 106 V 58, c. 3.

¹⁶³ RUBIN, art. 14 N 45 ; CSP, p. 51.

¹⁶⁴ JUBIN, Union libre, N 591.

¹⁶⁵ Ce qui marque d'ailleurs le mouvement vers plus d'individualisme au sein des assurances sociales. DUPONT, p. 56.

la prévoyance individuelle, en passant par l'assurance-accidents, l'assurance militaire et la prévoyance professionnelle. La prise en compte de l'union libre par les différentes institutions varie elle aussi fortement.

4.1. Les prestations en cas de survie de l'assurance-vieillesse et survivants

4.1.1. Les rentes de veuves et de veufs

En matière d'AVS, l'éventualité survivants est traitée aux art. 23-28^{bis} LAVS et se compose de rentes de veuve et de veuf (art. 23-24^b LAVS) – la personne en partenaire enregistré étant assimilée au veuf (art. 13^a al. 2 LPG^A¹⁶⁶, par renvoi de l'art. 1^a al. 1 LAVS) – ainsi que de rentes pour orphelins (art. 25-28^{bis} LAVS). Nous ne parlerons ici, comme pour les autres institutions sociales, que des premières. Ces rentes sont calculées sur la base de la durée de cotisations et du revenu annuel moyen de la personne décédée (art. 33 LAVS).

Le droit à la rente est tout d'abord subordonné au respect d'une condition commune aux veuves et aux veufs : avoir au moment du décès un ou plusieurs enfants (art. 23 al. 1 LAVS). Ce droit s'éteint en cas de remariage ou de décès de la veuve ou du veuf (art. 23 al. 4 LAVS). Toutefois le droit renaît en cas d'annulation du mariage ou de divorce (art. 23 al. 5 LAVS) ou à la suite de la dissolution de cette union moins de dix ans après sa conclusion (art. 46 al. 3 LAVS). Une autre cause d'extinction existe pour le veuf uniquement, l'atteinte de l'âge de 18 ans du dernier de ses enfants (art. 24 al. 2 LAVS). En conséquence, si les enfants ont atteint cet âge il n'aura pas la qualité de survivant, le corollaire étant que la veuve n'est pas soumise à une condition d'âge maximal de l'enfant¹⁶⁷. La veuve est encore avantagée car elle aura aussi droit à une rente si elle n'a pas d'enfant, mais qu'elle a atteint l'âge de 45 ans révolus et a été mariée pendant cinq ans au moins (art. 24 al. 1 LAVS). Le calcul de la rente est prévu à l'art. 33 LAVS et son montant se monte à 80% de la rente de vieillesse correspondant au revenu annuel moyen déterminant (art. 36 LAVS).

La personne dont l'union formalisée a été dissoute (cf. art. 13^a al. 3 LPG^A pour le partenariat enregistré) aura le même droit à la rente dans trois cas : elle a un ou plusieurs enfants et le mariage a duré au moins dix ans ; le mariage a duré moins de dix ans, mais le divorce est survenu après que la personne a eu 45 ans révolus ; le plus jeune des enfants a eu 18 ans révolus après qu'elle a atteint 45 ans révolus (art. 24^a al. 1 LAVS). Si elle ne remplit pas l'une de ces conditions, son droit ne subsiste que tant qu'elle a des enfants de moins de 18 ans (art. 24^a al. 2 LAVS).

En cas de concours entre les rentes de veuves et de veuf et les rentes de vieillesse ou d'invalidité, la rente la plus élevée est versée (art. 24^b LAVS).

Les personnes en concubinage n'ont pas droit à cette rente¹⁶⁸, alors réservée aux personnes en union formalisée. L'état civil est ainsi exclusivement pertinent pour l'octroi de cette prestation. Le concubinage n'est pas pris en considération, peu importe sa durée et ceci même en cas d'attribution du travail de soin exclusivement ou partiellement à la personne survivante, montrant l'intérêt dans cette situation de la prévoyance professionnelle ou de l'assurance privée¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1.

¹⁶⁷ GREBER, AVS N 147.

¹⁶⁸ FF 2013 7623, p. 7633 ; PULVER, p. 125 ; JUBIN, Union libre, N 593.

¹⁶⁹ GREBER, AVS N 144.

4.1.2. Le supplément de rente

Les personnes survivantes au bénéfice d'une rente de vieillesse ont droit à un supplément de 20% sur leur rente, ne devant cependant pas dépasser le montant maximal de la rente de vieillesse (art. 35^{bis} LAVS). Cet élément a été introduit par la dixième révision de l'AVS¹⁷⁰. Ce supplément n'est pas négligeable, étant donné que la rente moyenne des personnes survivantes est plus élevée que sans cas de survie, en particulier pour les femmes¹⁷¹. À nouveau, cet avantage concerne les personnes en union formalisée, à l'exclusion de celle en union libre¹⁷².

4.2. Les rentes en cas de survie de l'assurance-accidents

L'assurance-accidents assure à titre obligatoire les personnes travaillant en Suisse et les chômeurs (art. 1a al. 1 LAA¹⁷³) contre les accidents professionnels, les accidents non professionnels et les maladies professionnelles (art. 6 al. 1 LAA). En cas de décès de la personne assurée des suites de l'accident ou de la maladie professionnelle, elle octroie des prestations aux veuves et aux veufs (art. 28 LAA), sous forme de rentes ou d'indemnité en capital (art. 29 al. 1 LAA).

La personne survivante – y compris dans le cadre du partenariat enregistré (art. 13a al. 2 LPGA, par renvoi de l'art. 1a LAA) – doit remplir une des trois conditions suivantes : avoir des enfants ayant droit à une rente ; vivre en ménage commun avec d'autres enfants ayant droit à une rente ; être invalide aux deux tiers au moins ou le devenir dans les deux ans suivant le décès. Ici encore, la veuve est avantagée par rapport à ces conditions puisqu'elle a encore droit à une rente si elle a des enfants n'ayant plus droit à une rente – c'est-à-dire ayant accompli leur 18^{ème} année, respectivement leur 25^{ème} année en cas d'apprentissage ou d'études (art. 30 al. 3 LAA) – ou si elle a accompli sa 45^{ème} année (art. 29 al. 3 LAA). Et si la veuve ne remplit toujours pas ces conditions-ci elle a droit à une indemnité en capital (art. 29 al. 3 *in fine* LAA). Le droit s'éteint par le décès de personne bénéficiaire ou par son remariage (art. 29 al. 6 LAA), mais renaît en cas de dissolution de ce dernier par divorce ou annulation moins de dix ans après sa conclusion (art. 33 LAA). La rente s'élève à 40% du gain assuré, sous réserve de cas où plusieurs rentes sont versées (art. 31 al. 1 et 3 LAA).

En cas de concours avec des rentes de l'AVS ou de l'AI, l'assurance-accidents alloue une rente complémentaire correspondant à la différence entre 90% du gain assuré et la rente AVS ou AI, mais au plus aux montants précités (art. 31 al. 4 LAA).

La personne dont l'union formalisée a été dissoute peut aussi prétendre à une rente si la victime de l'accident lui devait une contribution d'entretien (art. 29 al. 4 LAA). La rente est toutefois inférieure à celle prévue pour les veuves et les veufs (20%) et ne peut dépasser la contribution d'entretien (art. 31 al. 1 et 2 LAA). En cas de concours avec des rentes de l'AVS ou de l'AI, la rente complémentaire correspond à la différence entre la contribution d'entretien et la rente AVS mais au plus à 20% (art. 31 al. 4 deuxième et troisième phrase LAA).

¹⁷⁰ RO 1996 2466.

¹⁷¹ Selon la Statistique AVS 2019, p. 4, la rente moyenne des personnes en union formalisée est en moyenne de 2'012 CHF pour les hommes et de 1'518 CHF pour les femmes, tandis qu'elle est de 2'219 CHF pour les veufs et 2'176 CHF pour les veuves.

¹⁷² PULVER, p. 125 ; JUBIN, Union libre, N 593.

¹⁷³ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20.

La LAA prévoit donc des conditions d'octroi des prestations en cas de survie un peu moins sévère que celle de l'AVS, mais elle ne prend pas non plus en compte les personnes en union libre¹⁷⁴.

4.3. Les rentes en cas de survie de l'assurance-militaire

La personne survivant – y compris dans le cadre du partenariat enregistré (art. 13a al. 2 LPGA, par renvoi de l'art. 1a LAM¹⁷⁵ – à celle qui était assurée par l'assurance-militaire a droit à une rente de 40% du gain annuel assuré sans condition (art. 51 al. 1 et 52 al. 1 et 3 LAM, sous réserve de l'art. 51 al. 4 LAM). En cas de remariage, le droit à la rente est suspendu durant le remariage (art. 52 al. 2 LAM). L'octroi d'une rente pour la personne survivante est donc nettement plus large ici que dans la LAVS ou la LAA et les situations de la veuve et du veuf ne sont pas distinguées.

La personne dont l'union formalisée a été dissoute a aussi droit à une rente, conditionnée comme pour l'assurance-accidents à l'existence d'une contribution d'entretien et est aussi limitée à 20%.

La remarque du point précédent peut être renouvelée, dans le sens où les conditions d'octroi sont encore moins sévères que pour les deux autres prestations et les personnes en union libre n'y ont pas accès¹⁷⁶.

4.4. Les prestations en cas de survie de la prévoyance professionnelle

4.4.1. Les rentes en cas de survie de la prévoyance professionnelle

La LPP prévoit aussi des prestations pour les personnes survivantes, dues dans un des cas de l'art. 18 LPP. La personne survivant à la personne décédée liée par le mariage ou le partenariat enregistré (art. 19a LPP) a droit à une rente à des conditions ressemblant à celle de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-accidents, mais qui sont encore différentes. Il n'y a en revanche pas de distinction basée sur le genre. Il faut ainsi soit avoir au moins un enfant à charge, soit avoir atteint l'âge de 45 ans et compter au moins cinq ans de mariage (art. 19 al. 1 LPP). Si la personne ne remplit pas ces conditions, elle a droit à une allocation unique égale à trois rentes annuelles (art. 19 al. 2 LPP). Le droit aux prestations s'éteint au remariage ou au décès de la personne bénéficiaire (art. 22 al. 2 LPP).

Comme déjà évoqué, les rentes prévues pour la personne survivante sont coordonnées. Ainsi, la rente LPP peut être limitée selon l'ordre prévu par la LPGA si, cumulées avec les autres rentes, elle dépasse 90% du gain annuel dont la personne est présumée être privée (art. 34a al. 1 LPP et 24 OPP 2¹⁷⁷).

La personne dont l'union formalisée a été dissoute a aussi droit à une rente (art. 20 OPP 2 par renvoi de l'art. 19 al. 3 LPP) si l'union a duré au moins dix ans et qu'une contribution d'entretien lui est octroyée suite à la dissolution de l'union (art. 20 al. 1 et 2 OPP 2), aussi longtemps que cette contribution doit être versée (art. 20 al. 3 OPP 2) et sous réserve d'une réduction si cette prestation cumulée à celle de l'AVS dépasse le montant de la contribution

¹⁷⁴ PULVER, p. 125 ; CSP, p. 43 ; JUBIN, Union libre, N 594.

¹⁷⁵ Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833.1.

¹⁷⁶ PULVER, p. 125 ; JUBIN, Union libre, N 595.

¹⁷⁷ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, RS 831.441.1.

(art. 20 al. 4 OPP 2). L'idée de cette prestation pour l'ex-partenaire de vie est de compenser la perte de la contribution d'entretien octroyée par le tribunal civil suite au décès de la personne débitrice.

Ce droit à la rente est uniquement prévu légalement pour les personnes en union formalisée. La protection des personnes survivantes est liée à une approche traditionnelle de la notion de famille et ne tient pas compte des communautés de fait dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire¹⁷⁸. En revanche, cette fois-ci, au contraire des assurances sociales que nous avons vues dans les points précédents, la personne en concubinage a une possibilité de percevoir des prestations en vertu de l'art. 20a LPP – introduit par la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005¹⁷⁹ – dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire, puisque les institutions de prévoyance ont la liberté de définir le cercle des bénéficiaires dans leur règlement¹⁸⁰.

4.4.2. La désignation de la personne en union libre en tant que bénéficiaire

Selon l'art. 20a LPP, l'institution peut prévoir, à titre de prestations réglementaires, d'autres bénéficiaires que ceux des art. 19 ss LPP. La différence principale est que les personnes en concubinage n'ont pas de droit automatique à ces prestations¹⁸¹, alors que les personnes en union formalisée ont un droit impératif à recevoir ces prestations¹⁸². Comme il s'agit d'une prestation du domaine surobligatoire, les institutions de prévoyance sont libres dans l'aménagement des prestations, par exemple en prévoyant le versement d'une rente et/ou d'un capital, sans toutefois faire de discriminations¹⁸³. Elles sont aussi libres dans la fixation des conditions d'octroi des prestations tant d'un point de vue matériel que formel¹⁸⁴.

4.4.2.1. Les conditions matérielles

La disposition topique est l'art. 20a al. 1 let. a LPP, qui prévoit comme bénéficiaires « les personnes à charge du défunt, ou la personne qui a formé avec ce dernier une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs ». Il existe donc trois situations dans lesquelles une personne en union libre pourrait recevoir des prestations prévues réglementairement.

La première situation est celle des personnes à charge, notion spécifique de la prévoyance et qui ne correspond pas à une notion du droit de la famille¹⁸⁵. La jurisprudence est indécise sur la question de la quotité de la contribution d'entretien nécessaire, à savoir si la personne décédée a contribué à plus de la moitié de l'entretien ou si y contribuer de manière prépondérante suffit¹⁸⁶. Vu qu'il s'agit de compenser une perte de soutien, il faut aussi que la contribution

¹⁷⁸ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1145 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 1.

¹⁷⁹ RO 2004 1677.

¹⁸⁰ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1147 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 2.

¹⁸¹ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 5.

¹⁸² JUBIN, Union libre, N 603.

¹⁸³ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1147 ; JUBIN, Union libre, N 601 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 6.

¹⁸⁴ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 7 et 40.

¹⁸⁵ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 13.

¹⁸⁶ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1149 ; JUBIN, Union libre, N 597 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 14.

d'entretien soit effectivement versée durant une certaine période, d'au moins deux ans¹⁸⁷, mais il ne faudrait pas que cette règle soit absolue et ne permette pas la prise en considération de situations particulières¹⁸⁸.

La deuxième catégorie comprend la communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès. Cette notion n'est ni définie légalement dans le droit social, ni dans le droit de la famille et elle est souvent un concept restrictif dans la pratique¹⁸⁹. Contrairement à la situation précédente qui pouvait concerner plusieurs personnes, celle-ci vise une seule personne¹⁹⁰. Il n'est pas nécessaire que la communauté vive sous le même toit¹⁹¹, mais l'institution de prévoyance peut toutefois exclure dans le règlement des personnes n'ayant pas un domicile commun, en revanche il doit exister une forme de soutien réciproque¹⁹². La durée minimale de cinq ans est impérative, les institutions de prévoyance ne peuvent pas la réduire, mais pourrait l'allonger¹⁹³.

Le troisième cas concerne les personnes devant subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs, sans qu'une durée minimum de concubinage ne soit exigée¹⁹⁴. En revanche, il doit bien s'agir d'enfants communs, condition servant à démontrer la qualité et la stabilité de la communauté de vie¹⁹⁵.

4.4.2.2. Les exigences formelles

La majorité des institutions de prévoyance lie le droit aux prestations en cas de survie à l'existence d'une déclaration explicite du bénéficiaire ou à la communication du partenariat de vie, devant être faite du vivant de la personne assurée ou avant une certaine date. D'autres règlements exigent la présentation d'une convention de soutien écrite. Ces exigences formelles découlent de l'autonomie des institutions quant à l'aménagement des prestations laissée par l'art. 20a LPP et sont justifiées par le fait que la prestation en dépend et qu'il faut en vérifier les conditions matérielles¹⁹⁶.

Pour la première situation vue dans le point précédent, celle des personnes à charge, il peut y avoir l'obligation de présenter une convention de soutien écrite. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une simple disposition probatoire du règlement, mais constitue bien une exigence formelle pour le droit à la prestation, avec un effet constitutif. Mais pour cela, l'institution de prévoyance doit le stipuler expressément dans le règlement. Il serait toutefois excessif d'exiger un document unique, il est ainsi possible de présenter plusieurs documents, devant être rédigés de manière identifiable¹⁹⁷.

Pour prouver l'existence d'une communauté de vie, le règlement de l'institution de prévoyance peut prévoir l'obligation de soumettre une déclaration explicite du bénéficiaire. À nouveau, il s'agit d'une exigence formelle ayant un effet constitutif. La justification de cette condition est

¹⁸⁷ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1150 ; JUBIN, Union libre, N 597.

¹⁸⁸ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 16.

¹⁸⁹ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1150.

¹⁹⁰ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 17.

¹⁹¹ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1150 ; JUBIN, Union libre, N 598.

¹⁹² GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1150 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 19.

¹⁹³ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1151 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 20.

¹⁹⁴ JUBIN, Union libre, N 599.

¹⁹⁵ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 22.

¹⁹⁶ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1152 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 41.

¹⁹⁷ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1152.

que contrairement au système obligatoire pour les personnes en union formalisée, la personne assurée a le choix dans le cadre du partenariat de vie, la déclaration étant son expression et l'indication que la personne en question doit être favorisée. De surcroît, il s'agit d'une nouvelle prestation de la part de l'institution de prévoyance sans augmenter les cotisations de la personne assurée, fondant l'intérêt justifié de l'institution à connaître les bénéficiaires¹⁹⁸.

Il faut aussi mentionner que la personne bénéficiaire a la charge de la preuve pour justifier sa demande en cas de prestation¹⁹⁹. Les exigences des institutions de prévoyance pouvant être différentes de l'une à l'autre, il faut y être attentif, afin de ne pas perdre le droit aux prestations.

4.4.2.3. L'exclusion du droit en cas de rente de veuve ou de veuf

Même si toutes les conditions d'octroi de la prestation sont remplies et prouvées, il peut encore y avoir un obstacle, celui de l'art. 20a al. 2 LPP, stipulant qu'il n'y a pas de droit aux prestations « lorsque le bénéficiaire touche une rente de veuf ou de veuve ». Il s'agit d'empêcher le cumul de prestations en cas de décès de plusieurs personnes²⁰⁰.

Ce que l'on entend par « rente de veuf ou de veuve » n'a pas encore été tranché. S'agit-il uniquement de rentes de la prévoyance professionnelle ou ces termes comprennent-ils aussi celles d'autres assurances sociales, comme l'AVS ? Des auteurs penchent plutôt pour la première solution, soit que la personne bénéficiaire ne touche pas déjà une rente du deuxième pilier sur la base de 19 ou 19a LPP²⁰¹. Mais d'autres en doute, mettant en avant l'unité du système de protection sociale des personnes survivantes et qu'il n'est pas nécessaire que plusieurs rentes de même type soient perçues simultanément²⁰². Toujours en relation avec cette notion de « rente de veuf ou de veuve », il faut y inclure la rente destinée à la personne divorcée (art. 19 al. 3 LPP et 20 OPP 2), mais pas dans le cas de l'allocation unique de trois rentes annuelles de l'art. 19 al. 2 LPP²⁰³. Enfin, d'autres prestations à des partenaires de vie de la prévoyance professionnelle en raison d'un concubinage antérieur ne doivent pas non plus être cumulées²⁰⁴.

4.4.2.4. La favorisation de la personne en union formalisée ou de celle en union libre

Une question délicate peut se poser si la personne décédée laisse derrière elle une personne liée par une union formalisée et une autre par un concubinage, car il est possible qu'il y ait un droit à des prestations pour chacune d'elles, même si dans la pratique le droit à une prestation pour la personne en concubinage dépend souvent de l'inexistence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré²⁰⁵.

Il faut alors se demander s'il est possible de favoriser l'une d'entre elles. Dans cette hypothèse, deux idées entrent en conflit : l'autonomie des institutions de prévoyance dans l'aménagement des prestations et le principe voulant que la personne en union formalisée doive être privilégiée. Si favoriser l'union formalisée ne poserait pas de problème particulier dans le système en vigueur, il n'en est pas de même pour l'inverse. Une favorisation de la personne en union libre

¹⁹⁸ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1152.

¹⁹⁹ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1153.

²⁰⁰ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1153 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 52.

²⁰¹ Comme GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1153.

²⁰² CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 53.

²⁰³ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 54.

²⁰⁴ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1153 s. ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 55.

²⁰⁵ JUBIN, Union libre, N 605.

semblerait toutefois pouvoir être admise selon une partie au moins de la doctrine et dans certains cas par le Tribunal fédéral²⁰⁶. Voyons les arguments mis en avant pour justifier ces éléments.

La favorisation de la personne en union formalisée découle déjà de la loi, qui prévoit comme nous l'avons relevé un droit automatique et non une simple possibilité de prévoir la rente dans le règlement. De plus, une condition pour la rente de la personne en concubinage exige, en plus du niveau de vie atteint par la vie commune qui doit être maintenu, un soutien financier substantiel de l'une des personnes à l'autre. Alors que pour les couples formalisés, le droit est prévu de par la loi aux deux membres du couple, peu importe leurs revenus respectifs ou leurs contributions au ménage commun²⁰⁷.

Ces différences ont été voulues par le législateur, qui n'avait pas en tête une égalité entre les différents types de couples. Cela correspond tout à fait à la conception en droit civil du mariage et du partenariat enregistré, tous deux centrés notamment autour des devoirs d'assistance et d'entretien ou encore des droits successoraux légaux²⁰⁸. En face, l'union libre, non réglementée par le législateur, peut contenir des obligations de soutien mutuelles, mais uniquement morales ou contractuelles²⁰⁹. Ainsi, même en cas de contribution d'entretien effectivement versée, il n'y a pas d'obligation légale, ni de protection légale prévue au sein de ce type de couple, conformément à l'absence d'aspect institutionnel de cette relation juridique²¹⁰.

La favorisation de la personne en concubinage serait quant à elle justifiée par l'autonomie laissée aux institutions de prévoyance, bien qu'étant contradictoire avec le principe privilégiant la personne en union formalisée face aux autres bénéficiaires. Les raisons pouvant expliquer ce hiatus sont au nombre de deux. La première découle du fait que le but de l'adoption de l'art. 20a LPP était d'unifier le cercle des bénéficiaires dans le domaine surobligatoire et de permettre d'améliorer la prévoyance au sein du partenariat de vie²¹¹. La deuxième est que la favorisation peut être causée par le fait que la personne en union formalisée ne remplisse pas les conditions d'octroi des prestations (âge, durée de l'union, enfant à soutenir) et aurait ainsi droit uniquement à l'allocation unique de trois rentes annuelles. Dans ce cas ce n'est pas l'union en tant que telle, mais bien le fait de ne pas remplir les conditions qui constituerait le traitement différencié, en conséquence pas injustifié²¹².

4.4.2.5. Les autres avantages pour l'union libre

Il faut encore relever une autre différence entre les formes de couples : l'union libre est positionnée plus favorablement que les unions formalisées, dans le sens où sa création n'entraîne pas de suppression de prestations en cas de survie, au contraire du remariage ou d'un nouveau partenariat enregistré, qui éteint ou suspend nécessairement la prestation (art. 22 al. 2 LPP)²¹³.

Cette possibilité de l'art. 20a LPP a d'autres conséquences pouvant se révéler être de grands avantages pour la planification financière du couple en union libre, notamment au niveau successoral. En effet, les prestations de la prévoyance professionnelle sont en dehors de la

²⁰⁶ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1155 ; JUBIN, Union libre, N 605 ; CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 36.

²⁰⁷ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1154.

²⁰⁸ Cf. 2.2.2.3. et 2.2.3.

²⁰⁹ Cf. 2.2.4.1. et 2.2.4.3.

²¹⁰ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1154 s.

²¹¹ CASS LPP – HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 36.

²¹² GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1155 ; CASS LPP– HÜRZELER/SCARTAZZINI, art. 20a N 36.

²¹³ GLANZMANN-TARNUTZER, p. 1155.

succession, la personne concubine va donc les percevoir directement de l'institution de prévoyance, sans l'écueil des règles successorales, soit sans entrer dans la masse successorale et sans application des règles sur les réserves (art. 470 ss et 522 ss CC)²¹⁴.

4.5. Les prestations en cas de survie de la prévoyance individuelle

4.5.1. Les prestations en cas de survie de la prévoyance individuelle liée

En ce qui concerne la prévoyance individuelle liée, l'art. 2 al. 1 let. b OPP 3 prévoit l'ordre des bénéficiaires des prestations pour les personnes survivantes. La personne survivante en union formalisée est prioritaire selon la loi (ch. 1), puis les enfants et la personne en union libre (ch. 2), les parents (ch. 3), les frères et sœurs (ch. 4) et les autres héritiers (ch. 5). Mais il est possible d'aménager le cercle des bénéficiaires, en désignant une personne parmi celles de la deuxième catégorie (ch. 2) et de préciser leur droits (art. 2 al. 2 OPP 3). Il est ainsi possible de favoriser la personne en union libre par rapports aux enfants dans trois cas : la personne bénéficiait d'un entretien substantiel ; elle formait une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ; elle subvenait à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs (art. 2 al. 1 let. b ch. 2 OPP 3). En revanche, l'ordre des bénéficiaires ne peut être modifié que pour les ch. 3 à 5 (art. 2 al. 3 OPP 3). Malgré ces possibilités d'aménagement qui ressemblent à celles du deuxième pilier, la personne en union formalisée se voit garantir une priorité absolue dans le troisième pilier lié²¹⁵.

Et même si la personne en concubinage a la qualité de bénéficiaire, elle n'a pas l'un des avantages qu'a le deuxième pilier : les prestations de la prévoyance liée doivent être prise en compte lors de la succession²¹⁶ et n'est pas à l'abri d'une action en réduction (art. 522 CC) par les héritiers légaux²¹⁷.

4.5.2. Les prestations en cas de survie de la prévoyance individuelle libre

La prévoyance individuelle libre est une option offrant plus de liberté que le deuxième pilier ou le troisième pilier lié. N'étant pas soumise à des dispositions légales spécifiques, il est possible de désigner la personne de son choix par ce biais, sans conditions, mais dans les limites des règles successorales²¹⁸. Il est en particulier possible de mettre en place une assurance-vie²¹⁹, garantissant à la personne bénéficiaire un capital en cas de décès, sans même que la désignation ne soit soumise à une quelconque condition de forme²²⁰. La clause bénéficiaire, qui ne nécessite pas l'assentiment de l'assureur (art. 76 al. 1 LCA) peut être tant révocable (art. 77 al. 1 LCA) lorsque la personne preneuse d'assurance peut révoquer la clause en tout temps, qu'irrévocable (art. 77 al. 2 LCA) lorsque la personne preneuse d'assurance a renoncé par écrit à son droit de révocation et permet ainsi à la personne bénéficiaire d'avoir un droit irrévocable sur la somme d'assurance ; cette dernière solution renforçant la position de la personne bénéficiaire²²¹.

L'intérêt de l'assurance-vie dans la prévoyance individuelle est de créer pour la personne bénéficiaire un droit propre contre l'assurance (art. 78 LCA). Le capital lui est ainsi versé

²¹⁴ JUBIN, Planification, p. 582 ; LAFFELY MAILLARD, p. 53.

²¹⁵ JUBIN, Union libre, N 606.

²¹⁶ JUBIN, Planification, p. 584.

²¹⁷ JUBIN, Planification, p. 592 s ; LAFFELY MAILLARD, p. 53.

²¹⁸ JUBIN, Union libre, N 607.

²¹⁹ LAFFELY MAILLARD, p. 54.

²²⁰ JUBIN, Union libre, N 608.

²²¹ JUBIN Union libre, N 609 ; LAFFELY MAILLARD, p. 54.

directement, mais sera soumis à la réunion dans le cadre du régime matrimonial (art. 208 CC) s'il existait encore une union formalisée et à réduction dans le cadre successoral (art. 476 CC)²²². À noter que dans l'ordre de la réduction, l'assurance-vie avec clause révocable sera la première à être réduite, puisqu'elle est réputée effectuée juste avant le décès du preneur d'assurance, avant celle avec clause irrévocable ou d'autres libéralités entre vifs²²³.

4.6. L'effet d'une nouvelle union de la personne survivante

La personne en union formalisée perd son droit à la rente en cas de survie lorsqu'elle entre dans une nouvelle communauté formalisée. Ce droit renaît toutefois si la dissolution de la nouvelle union intervient avant dix ans ou est simplement suspendu dans le cas de la LAM (art. 23 al. 4 let. b et 23 al. 5 LAVS et 46 al. 3 RAVS, art. 29 al. 6 et 33 LAA, art. 52 al. 2 LAM et art. 22 al. 2 LPP). En revanche, la même personne mais qui entre en union libre, et c'est un des principaux avantages de ce type d'union, ne perd pas le droit à la rente²²⁴.

4.7. Les perspectives sur les prestations en cas de survie

4.7.1. Une conclusion intermédiaire en guise d'amorce

Les différentes prestations servies par les assurances sociales en cas de décès au sein du couple sont encadrées par des conditions liées à l'âge, à la durée de l'union, à la présence d'enfants, montrant à nouveau le but de protection d'une personne s'étant occupée du travail de soin non rémunéré. Elles sont par contre toutes liées au critère de l'état civil, soit à l'existence d'une union formalisée et ne sont ainsi pas basées sur une optique matérielle, comme celle de la communauté de vie réelle ou d'un entretien effectivement versé, qui inclurait aussi les couples concubins. La possibilité de désigner une personne dans le cadre de cette dernière relation dans la prévoyance professionnelle déroge à cette conception. Elle n'est toutefois pas obligatoire, puisqu'elle dépend des règlements des institutions de prévoyance. Nous avons constaté que non seulement elle n'était pas fréquente en pratique, mais qu'en plus elle pouvait se faire uniquement à des conditions plus strictes, dans les conditions matérielles et plus encore dans les exigences formelles. De plus, plusieurs questions à ce sujet sont encore ouvertes, révélant à la fois la difficulté de la problématique, la réticence qu'elle suscite et la précarité que cette relation de couple peut impliquer. Quant au troisième pilier, il peut représenter une véritable solution pour la prévoyance du couple en union libre, mais son impact est fortement réduit en présence simultanée d'une union formalisée et reste limité à la quotité disponible dans le domaine successoral. Il est de surcroît nécessaire de le planifier. Il en découle qu'en cas de décès au sein du couple, les personnes en union formalisée sont clairement avantagées.

Nous allons nous interroger sur des changements possibles à cet égard, au travers d'une problématique similaire, celle de la différence entre femmes et hommes, puis sur les motifs d'une prise en compte des personnes en concubinage dans les assurances sociales.

4.7.2. Le cas de la rente de veuf et la CEDH

Tout d'abord, prenons le cas des rentes AVS en lien avec le principe de l'égalité entre femmes et hommes dans un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁵. Nous avons

²²² JUBIN, Planification, p. 592 s. ; LAFFELY MAILLARD, p. 56.

²²³ JUBIN, Planification, p. 593.

²²⁴ PULVER, p. 129.

²²⁵ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12.

relevé que les conditions d'octroi des prestations en cas de survie de l'AVS étaient différentes entre les veuves et les veufs, notamment la condition de l'art. 24 al. 2 LAVS supprimant la rente uniquement aux veufs si leurs enfants ont atteint l'âge de 18 ans. L'arrêt concerne un requérant s'étant occupé à plein temps de ses enfants suite à l'accident mortel de sa femme. Il percevait une rente de veuf de l'AVS, jusqu'à la suppression de ce droit lorsque sa fille cadette a atteint sa majorité. La Cour estime qu'il s'agit d'une inégalité de traitement, puisqu'une femme placée dans les mêmes circonstances aurait conservé le droit à la rente²²⁶. Or, le requérant se trouvait dans une situation analogue à celle d'une femme²²⁷.

Le gouvernement suisse était conscient de l'inégalité en question, mais se justifiait en se reposant sur la présomption de l'homme qui « assure l'entretien financier de son épouse, en particulier lorsque celle-ci a des enfants » et doit donc bénéficier d'une protection supérieure dans le système²²⁸. Il estime que les rentes de veuves et de veufs ne peuvent pas être uniformisées en raison des réalités sociales²²⁹. Cette conception du « mari pourvoyeur » n'est pas du tout suivie par la Cour, qui réaffirme que « des références aux traditions, présumés d'ordre général, ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent plus aujourd'hui à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe »²³⁰. La Cour se base aussi sur la situation concrète du requérant, insistant sur le fait qu'il n'est pas moins affecté par la suppression de la rente que ne le serait une veuve et qu'ayant 57 ans, il n'aurait pas eu moins de difficultés à réintégrer le marché du travail²³¹.

Nul doute que cet arrêt – renvoyé le 8 mars 2021 devant la Grande Chambre – encouragera la discussion autour de l'harmonisation des conditions des rentes en cas de survie. Cela pourra se faire sous la forme d'un élargissement du droit pour les veufs, ou par un nivellement par le bas au désavantage des veuves²³². Le raisonnement de la Cour serait susceptible d'être appliqué aux personnes en concubinage, puisqu'une telle personne pourrait être placée dans les mêmes circonstances concrètes que le recourant, à la différence notable cependant que la question faisant débat était la discrimination entre femmes et hommes. Mais après tout, l'union libre pourrait aussi prétendre à la protection de la vie familiale et l'interdiction de la discrimination (selon les art. 8 al. 2, 13, 14 Cst et art. 8 et 14 CEDH)²³³. Cela tendrait vers des conditions d'octroi des prestations orientées vers une conception moins formelle, c'est-à-dire débarrassée des notions de genre et d'état civil.

4.7.3. Des prestations en fonction d'une conception plus matérielle

Une conception plus matérielle servirait d'ailleurs le but de toutes les dispositions vues plus haut (et se retrouvant dans les conditions d'octroi), soit la protection de la famille – dans le sens de compenser la perte de revenu d'une personne survivante devant réduire son activité lucrative pour s'occuper des enfants –, de compenser la mise à l'écart de sa carrière professionnelle – particulièrement la situation de la personne de plus de 45 ans ayant élevé des enfants plus âgés

²²⁶ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 68.

²²⁷ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 69.

²²⁸ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 54.

²²⁹ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 58 s.

²³⁰ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 74.

²³¹ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 75.

²³² Ce que la Cour déconseille, CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 77.

²³³ PAPAUX VAN DELDEN, *Droit au mariage* p. 342.

aujourd'hui que 18 ans – et de sauvegarder le niveau de vie existant avant le décès grâce aux « synergies financières » du couple²³⁴.

Il faut ainsi se demander s'il ne faudrait pas lier ces prestations à la notion de « communauté de vie »²³⁵, que nous avons aperçue dans le cadre de la prévoyance professionnelle, afin de remplacer la notion formelle de mariage ou de partenariat enregistré. PULVER y voit trois justifications. La première est le principe de l'égalité : les communautés de vie, qu'elles soient formalisées ou libres, ne sont pas suffisamment différentes pour être généralement traitées de façon différente. Il précise que les critères objectifs pouvant justifier une inégalité de traitement dans les prestations en cas de survie sont l'existence d'enfants et la compensation de sacrifices professionnels. Or ce sont les conditions que l'on retrouve dans la loi et ce sont précisément des critères qui ne distinguent pas les types d'union, et ne justifient en conséquence pas les discriminations à l'égard des personnes en union libre. La deuxième vise à dire que ce n'est pas parce que le système des rentes en cas de survie est une nécessité de la protection de l'institution du mariage que cela exclurait les personnes en concubinage. Troisièmement, il rappelle que les tâches sociales de l'État, en particulier de prévoir un « filet de sauvetage » aux fins de la protection de la famille en cas de décès, ne sont pas destinées exclusivement aux personnes mariées²³⁶.

Ainsi, selon PULVER, il faut élargir les conditions d'octroi des prestations en cas de survie aux personnes en union libre. Il relève que ces personnes ont aussi payé des cotisations et qu'elles ne doivent pas être exclues « de prestations dont l'objectif n'exige pas qu'on les réserve aux couples mariés ». Il propose que la personne en concubinage ayant des enfants de moins de 18 ans puisse obtenir une rente, tout en la soumettant, en cas d'enfant non commun, à la condition d'un entretien effectif ou d'un contrat de partenariat. Il ne soutient en revanche pas l'extension aux conditions d'âge, de durée de l'union ou d'enfants âgés de plus de 18 ans (situation de la veuve), au motif que le sacrifice de la carrière professionnelle est moins courant chez les personnes en concubinage²³⁷. Il faut soulever qu'il soutenait ce dernier point de vue dans le contexte du projet onzième révision de l'AVS qui prévoyait la suppression de ce statut de veuve sans enfants, mais cette révision a échoué en votation populaire²³⁸.

Lors du projet Prévoyance vieillesse 2020, il était aussi question au départ de supprimer progressivement le droit à la rente de veuve pour les femmes sans enfants²³⁹, mais le parlement a finalement décidé de ne pas modifier la situation²⁴⁰. Aujourd'hui, un nouveau projet de réforme de l'AVS est sur la table, le projet AVS 21, qui ne traitera pas du tout de la question des rentes en cas de survie²⁴¹. Ainsi, il faudra vraisemblablement encore attendre pour voir cette question à nouveau discutée.

²³⁴ PULVER, p. 175 s.

²³⁵ GROSSEN/GUILLOD, p. 290 ; PULVER, p. 176.

²³⁶ PULVER, p. 176 s.

²³⁷ PULVER, p. 177 s.

²³⁸ FF 2004 3727.

²³⁹ FF 2015 I, p. 89 s.

²⁴⁰ FF 2017 2217.

²⁴¹ FF 2019 5979, p. 5995.

5. Les différences quant au montant des rentes d'assurances sociales

Les sections précédentes ont déjà révélé plusieurs éléments influençant le montant des rentes versées par les différentes assurances sociales et intervenant lors de la dissolution de l'union ou d'un décès dans le couple, comme le partage du revenu, les bonifications pour tâches éducatives, ou encore le supplément de rentes pour les personnes survivantes. Il s'agit dans ce chapitre de s'intéresser aux autres éléments intervenant dans le calcul des prestations. Si parmi les éléments évoqués plus haut, la plupart était à l'avantage des couples formalisés, toutes les variations seront ici présentes : un élément obéit à la même conception, un autre a vu une suppression de l'inégalité et un dernier est même à l'avantage des personnes en union libre.

5.1. L'obligation de cotiser pour la personne sans activité lucrative

Comme indiqué précédemment²⁴², la durée de cotisations est un élément essentiel du calcul des rentes ordinaires et pour avoir droit à une rente complète. Il faut avoir cotisé durant le même nombre d'année que les assurés de sa classe d'âge (art. 29^{ter} al. 1 LAVS). Cette condition d'avoir cotisé durant un certain temps pourrait poser problème à la personne s'étant occupée des tâches de soin dans le couple, puisque cette personne n'obtient pas de rémunération et ne cotise donc pas automatiquement à l'AVS ou l'AI.

En effet, dans le cadre d'une activité lucrative dépendante, les cotisations sont perçues « à la source » (art. 14 al. 1 LAVS) et le débiteur en est l'employeur²⁴³. Ce n'est pas le cas pour les personnes sans activité lucrative (art 14 al. 2 LAVS). Ces personnes sont en revanche exemptées dans le cadre d'une union formalisée (en cas d'absence d'activité lucrative ou en cas de travail dans l'entreprise de l'autre personne sans toucher de salaire), pour autant que l'autre membre du couple ait versé des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale (art. 3 al. 3 LAVS, auquel renvoie aussi l'art. 2 LAI)²⁴⁴. Cette manière de procéder fait écho à la libération de l'obligation de cotisation de l'art. 14 al. 2 LACI²⁴⁵.

Pour les autres personnes, cette exemption ne s'applique pas et il faut donc s'annoncer à la caisse de compensation et payer des cotisations à titre de personnes sans activité lucrative (art. 10 LAVS)²⁴⁶. L'ampleur des cotisations est déterminée selon la condition sociale (c'est-à-dire sur la base de la fortune et des revenus tirés des rentes, art. 28 al. 1 RAVS) et la cotisation minimale est de 413 CHF pour l'AVS et de 66 CHF pour l'AI (art. 10 al. 1 LAVS et art. 3 al. 1^{bis} LAI). Mais cette personne sera généralement considérée comme personne assistée financièrement et ne paiera que la cotisation minimale (art. 10 al. 2 let. c LAVS)²⁴⁷.

La question de savoir si la personne en concubinage se consacrant aux tâches de ménage et d'éducation doit payer ou non des cotisations s'est posée dans la jurisprudence, qui a évolué notablement. Dans l'ancienne jurisprudence (ATF 110 V 1), une telle personne, de genre féminin, est considérée exercer une activité lucrative dépendante²⁴⁸. Dans cette conception, la gestion du ménage par la personne en union libre était considérée comme un service pour lequel

²⁴² Cf. 3.1.1.

²⁴³ GREBER, AVS N 386.

²⁴⁴ L'art. 3 al. 3 a été introduit lors de la dixième révision AVS (RO 1996 2466) alors qu'avant l'exemption se faisait sous l'angle de l'al. 2 let. b.

²⁴⁵ Cf. 3.4.4.

²⁴⁶ CSP, p. 44 ; BONETTI, p. 537 ; JUBIN, Union libre, N 266.

²⁴⁷ RANZANICI CIRESA N 493.

²⁴⁸ AUGSBURGER-BUCHELL, p. 166 ; PULVER, p. 128.

elle reçoit une contrepartie en nature, sous forme de nourriture et de logement, et qui est basé sur un accord exprès ou tacite²⁴⁹. En conséquence, les prestations en nature et l'éventuel argent de poche étaient qualifiés de salaire déterminant AVS²⁵⁰.

Ainsi, même sans volonté de conclure un contrat de travail, le Tribunal fédéral estimait qu'il y avait une activité lucrative et la personne devait alors payer les cotisations correspondantes, au contraire de la personne mariée, qui n'était pas réputée exercer une activité lucrative²⁵¹. Le Tribunal fédéral se justifie par la non-reconnaissance de l'union libre par le droit suisse et par l'absence d'obligation légale d'entretien²⁵². Cette vision a été critiquée par la doctrine²⁵³, notamment le rattachement à l'état civil pour déterminer s'il y a activité lucrative ou non – n'est pas déterminante la nature du rapport juridique, mais plutôt les circonstances économiques –, le doute quant à l'avantage que la personne en concubinage aurait dans cette situation, et même le caractère d'activité dépendante – même le Tribunal fédéral semble en douter²⁵⁴ – de ces prestations²⁵⁵, ainsi que la double charge indirecte pour l'autre personne²⁵⁶.

Cette jurisprudence a été modifiée dans l'ATF 125 V 205, n'étant plus en adéquation avec les réalités sociales, notamment vis-à-vis de la répartition des rôles au sein du couple, étant mal perçue en raison du traitement du concubinage en tant que « relation de service domestique », et pouvant être qualifiée de discriminatoire sur le plan du genre²⁵⁷. Ainsi, les personnes en concubinage recevant des prestations en nature et/ou de l'argent de poche, en échange de la tenue du ménage commun sont des personnes sans activité lucrative et ces prestations en nature et l'éventuel argent de poche ne doivent plus être considérés comme un salaire déterminant AVS²⁵⁸. D'autres raisons sont nommées par le Tribunal fédéral dans cet arrêt, comme la difficulté pour les caisses de compensation d'identifier les couples concubins – des cotisations en fonction de prestations en nature dépendent par conséquent du hasard – et les modifications législatives introduites par la dixième révision de l'AVS (introduction du partage des revenus et bonifications pour tâches éducatives et d'assistance, modification de l'exemption de l'obligation de payer des cotisations).

Il est intéressant de voir que le Tribunal fédéral s'éloigne là de sa conception traditionnelle – le principe que le droit de la famille est une condition préalable et prime sur le droit des assurances sociales – pour se diriger vers une conception indépendante de l'état civil et introduit dans le principe d'égalité la comparabilité des couples en tant que situations de vie²⁵⁹.

Toutefois, la personne en union libre, même considérée comme personne sans activité lucrative, n'est pas exemptée, ce qui constitue un désavantage financier²⁶⁰.

²⁴⁹ ATF 110 V 1, c. 4b).

²⁵⁰ ATF 110 V 1, c. 4d).

²⁵¹ ATF 110 V 1, c. 4b) ; AUGSBURGER-BUCHELL, p. 166.

²⁵² ATF 110 V 1, c. 4a).

²⁵³ DUC, p. 40 s. ; COCHAND, p. 177 s.

²⁵⁴ Le Tribunal fédéral assimile ces prestations à une activité lucrative dépendante « faute d'une meilleure solution », ATF 110 V 1, c. 4b) ; DUC, p. 40 et note de bas de page 4.

²⁵⁵ DUC, p. 40 s.

²⁵⁶ DUC, p. 41 ; COCHAND, p. 177 s.

²⁵⁷ ATF 125 V 205, c. 3f)bb), c. 6d) et c. 7).

²⁵⁸ ATF 125 V 205, Regeste.

²⁵⁹ ATF 125 V 205, c. 7a).

²⁶⁰ FF 2013 7623, p. 7632 s.

5.2. Les bonifications pour tâches d'assistance

Les bonifications pour tâches d'assistance sont avec les bonifications pour tâches éducatives et le partage des revenus une mesure de correction dans le cadre du calcul du revenu annuel déterminant pour combler les lacunes de prévoyance dans l'AVS de la personne s'étant occupée des tâches de soin non rémunérées. Ce droit est prévu pour les personnes assurées prenant en charge des parents en ligne ascendante ou descendante ou des frères et sœurs au bénéfice d'une allocation pour impotent – y compris en cas d'impotence faible²⁶¹ – de l'AVS, de l'AI, de l'assurance-accidents obligatoire ou de l'assurance militaire, à la condition qu'elles puissent se déplacer facilement auprès de la personne prise en charge (art. 29^{septies} al. 1 LAVS). Ces bonifications ne peuvent pas être cumulées avec les bonifications pour tâches éducatives (art. 29^{septies} al. 2 LAVS). Tout comme les autres bonifications, elles sont partagées par moitié entre les personnes en union formalisée pendant les années d'union (art. 29^{septies} al. 6 LAVS).

La particularité à relever ici se trouve à la dernière phrase du premier alinéa de l'art. 29^{septies} LAVS : la prise en charge d'une des personnes du couple est assimilée à celle des parents. Jusqu'au 31 décembre 2020, ce droit aux bonifications à l'intérieur du couple n'était pas accordé aux couples concubins, ce qui représentait pour eux un désavantage²⁶². La loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021²⁶³ a étendu ce droit aux bonifications aux partenaires de vie, à la condition de faire ménage commun depuis au moins cinq ans sans interruption (art. 29^{septies} al. 1 *in fine* LAVS)²⁶⁴. Pour vérifier que ces conditions soient remplies, le message du Conseil fédéral précise que les caisses de compensation pourront demander le contrat de bail ou une attestation de domicile²⁶⁵.

Il est aussi intéressant que cette même révision a intégré, aussi dès le 1^{er} janvier 2021, un congé payé en cas d'absence de courte durée pour la prise en charge d'une personne de la famille ou de la personne partenaire de vie atteinte dans sa santé, pour une durée ne dépassant pas trois jours par cas et dix jours par an au total (art. 329^h CO). La notion de partenaire ici intégrée en droit du travail est la même que celle des bonifications pour tâches éducatives²⁶⁶. Cette nouveauté est aussi ajoutée à l'art. 8 al. 3 LPP, garantissant ainsi le maintien de la couverture d'assurance durant le congé²⁶⁷.

Ainsi, la différence qui existait dans ce cadre entre les formes de couple est supprimée. Il s'agit d'un nouveau pas vers une prise en compte de l'union libre dans les assurances sociales, par le biais de cette notion déjà aperçue plus haut de communauté de vie de cinq ans. Cependant, au contraire de l'art. 20a al. 1 LPP, la loi la limite aux personnes en ménage commun²⁶⁸. Cette réforme est un avantage pour les couples concubins, car il est certain que cette extension des bonifications permettra une augmentation de leurs rentes, particulièrement pour les personnes aux revenus modestes, lorsqu'elles renonceront à leur activité lucrative ou réduiront leur taux d'occupation²⁶⁹.

²⁶¹ Dès le 1^{er} janvier 2021, cf. FF 2019 3941, p. 3976.

²⁶² PULVER, p. 127 ; JUBIN, Union libre, N 265.

²⁶³ RO 2020 4525.

²⁶⁴ FF 2019 3941, p. 3976.

²⁶⁵ FF 2019 3941, p. 3978.

²⁶⁶ FF 2019 3941, p. 3970 et 3979.

²⁶⁷ FF 2019 3941, p. 3983.

²⁶⁸ FF 2019 3941, p. 3982.

²⁶⁹ FF 2019 3941, p. 3988.

5.3. Le plafond des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité

5.3.1. Le plafond des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants

La dixième révision de l'AVS a supprimé les rentes de couples et les a remplacées par des rentes individuelles, en prévoyant toutefois un plafonnement des rentes pour les personnes en union formalisée²⁷⁰. Les deux rentes versées pour un couple ne doivent ainsi pas dépasser 150% du montant maximal de la rente de vieillesse, si les deux personnes ont droit à une rente de vieillesse ou si l'une a droit à une rente de vieillesse et l'autre à une rente de l'AI (art. 35 al. 1 LAVS). Lorsque la première personne atteint l'âge de 65 ans pour les hommes ou de 64 pour les femmes (art. 21 al. 1 LAVS) et qu'elle a droit à la rente complète, elle peut prétendre à une rente mensuelle de 1'195 CHF pour la rente minimale à 2'390 CHF pour la rente maximale (art. 34 LAVS). Le plafonnement entre dans le calcul lorsque la deuxième personne a aussi droit à une rente et limitera le montant total à 3'585 CHF. Si le montant est dépassé, les deux rentes doivent être réduites en proportion de leur quote-part à la somme non réduite (art. 35 al. 3 LAVS).

Le plafonnement ne s'applique pas aux personnes ne vivant plus en ménage commun suite à une décision judiciaire (art. 35 al. 2 LAVS), car deux ménages coûtent plus cher qu'un ménage commun²⁷¹.

Le plafonnement ne s'applique non plus pas aux couples concubins²⁷². Ils toucheront donc deux rentes non réduites, au désavantage des couples formalisés²⁷³.

Dans le cadre du projet de révision AVS 21, le Conseil fédéral avait prévu de ne pas modifier le plafonnement des rentes, sous réserve d'un changement lié au projet de pouvoir toucher des rentes partielles liées à la retraite anticipée²⁷⁴. La majorité de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États a repris dans le cadre de ce projet ses discussions autour d'une motion dont l'objet était de dépenaliser le couple marié au sein de l'AVS et a proposé à son conseil d'augmenter le plafond de 150% à 155% afin de réduire l'inégalité de traitement²⁷⁵. Le Conseil d'État, lors de sa séance du 15 mars 2021, a refusé cette modification et les arguments développés avaient trait au système globalement conçu d'une manière ne désavantageant pas forcément les couples mariés et dont les coûts se monteraient à quelques 650 millions de francs²⁷⁶.

5.3.2. Le plafond des rentes de l'assurance-invalidité

Chaque personne invalide (art. 8 LPG) en raison d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident, a droit à une rente aux conditions des art. 28 ss LAI. Le droit à la rente ordinaire est octroyé à la personne assurée qui compte trois années au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI) et les règles applicables à son calcul sont les mêmes que pour les rentes ordinaires AVS (art. 36 al. 2 LAI qui renvoie aux art. 29^{bis} ss LAVS). Son montant correspond à celui de la rente de vieillesse de l'AVS (art. 37 al. 1 LAI).

²⁷⁰ FF 1994 III 1784 ; GNAEGI, p. 116 ; GREBER, AVS N 220.

²⁷¹ GREBER, AVS N 221.

²⁷² FF 2013 7623, p. 7632 ; GREBER, AVS N 221 ; JUBIN, Union libre N 261 ; CSP, p. 45.

²⁷³ RIEMER-KAFKA, p. 264 ; PULVER, p. 128 s.

²⁷⁴ FF 2019 5979, p. 6046.

²⁷⁵ Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du 22 février 2021 au sujet de la motion du Conseil national 16.3103.

²⁷⁶ BO 2021 E 245 s.

Pour les couples en union formalisée, le plafonnement prévu pour les rentes AVS s'applique aussi (art. 37 al. 1^{bis} LAI qui renvoie à l'art. 35 LAVS). Donc si ces deux personnes ont droit chacun à une rente, la somme des deux rentes individuelles ne pourra pas être supérieure à 150% de la rente maximale, au contraire de celle d'un couple en union libre²⁷⁷. Il en va de même si les personnes touchent l'une une rente AI et l'autre une rente AVS²⁷⁸. Le couple en union libre se trouve ainsi aussi avantagé à cet égard puisqu'il pourra toucher des rentes plus élevées.

5.3.3. L'ATF 140 I 77 et le principe de l'égalité de traitement

5.3.3.1. Les arguments du recourant et le contexte de l'art. 35 LAVS

Dans cet arrêt²⁷⁹, un homme marié reçoit une rente de vieillesse maximale AVS d'un montant de 2'110 CHF par mois. Au moment de l'âge de la retraite de sa femme, la caisse de compensation accorde à celle-ci une rente de vieillesse partielle plafonnée à 889 CHF, et ordonne la réduction de la rente de celui-là à 1'958 CHF. Il forme un recours en concluant à la nullité de la décision, subsidiairement à l'octroi d'une rente de 2'110 CHF ainsi qu'au paiement de la différence de 152 CHF par mois. Ce recours est rejeté par le Tribunal fédéral. L'arrêt porte particulièrement sur la question de savoir s'il est possible de tirer des art. 8 et 14 CEDH un droit à une prestation positive de l'État, sous la forme d'une prestation sociale²⁸⁰.

Le recourant se plaint que l'art. 35 LAVS discriminerait l'unité économique des couples formalisés par rapport à celle des couples en concubinage et constituerait une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 CEDH, qui demanderait aux États membres de supprimer les discriminations au sein de leur législation en matière de sécurité sociale²⁸¹. Toujours selon le recourant, les effets financiers de la suppression du plafonnement des rentes ne sauraient justifier cette inégalité de traitement. Il relève encore qu'un plafonnement indépendant de l'état civil permettrait même de réaliser des économies. Il serait encore absurde du point de vue de l'art. 12 CEDH de plafonner la rente du simple fait qu'il soit marié²⁸².

Le contexte de la rente pour couples de l'art. 35 LAVS, introduite en 1948 avec la création de l'AVS, était la répartition classique des rôles entre les membres du couple. L'idée du calcul était que les frais d'un ménage de deux personnes étaient de 1.5 fois ceux d'un ménage d'une personne seule²⁸³. Comme évoqué plus haut, la dixième révision de l'AVS a introduit les notions de partage des revenus et du plafonnement à 150% de la rente maximale, mais n'a pas traité de question de la discrimination entre les deux types de couple.

5.3.3.2. La protection de la vie familiale et l'égalité de traitement

Il faut interpréter la disposition, qui est une règle d'assurances sociales liée à des situations relevant du droit de la famille. Dans cette perspective, le Tribunal fédéral estime qu'il faut partir du principe que la volonté du législateur était de reprendre la signification du droit civil de la notion²⁸⁴. Quant au principe d'égalité, il est violé lorsqu'il n'y a pas de justification apparente à des distinctions juridiques à l'égard d'un fait essentiel à la décision ou si des distinctions sont

²⁷⁷ PULVER, p. 128 ; JUBIN, Union libre, N 263.

²⁷⁸ GREBER, AVS N 333.

²⁷⁹ ATF 140 I 77, traduit et commenté dans la RDAF 2015 I p. 240 par MATTHEY/BURGAT.

²⁸⁰ MATTHEY/BURGAT, p. 242 s.

²⁸¹ ATF 140 I 77, c. 3.2.

²⁸² ATF 140 I 77, c. 3.2.

²⁸³ ATF 140 I 77, c. 4.

²⁸⁴ ATF 140 I 77, c. 5.1.

omises alors qu'elles auraient dû être faites sur la base des circonstances²⁸⁵. Ainsi, un État peut se faire condamner, à l'aune de la CEDH, s'il n'accorde pas les mêmes prestations à deux catégories de personnes, alors qu'elles ne peuvent pas être distinguées par un critère objectif et doivent donc être traitées de manière semblable²⁸⁶.

La portée des droits fondamentaux au respect de la vie familiale (art. 14 Cst. et art. 8 CEDH) est principalement défensive, ce n'est ainsi qu'exceptionnellement qu'ils impliquent un droit à des prestations positives de l'État²⁸⁷. Selon l'art. 8 par. 2 CEDH, « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Il découle de la jurisprudence de la CEDH que des différences de traitement entre hommes et femmes ne peuvent pas être justifiées par des motifs liés au rôle prépondérant accordé à la femme au sein de la famille, mais elles peuvent l'être par des « justifications objectives et raisonnables au regard du but et des effets de la mesure »²⁸⁸. Toutefois cette jurisprudence est liée à l'examen de la discrimination entre hommes et femmes et non sur la discrimination entre les formes de couple²⁸⁹.

5.3.3.3. Les différences entre les formes de couple

Selon le recourant, les différentes formes de couple ne sont pas substantiellement différentes, dans la mesure où il existe dans tous les cas une unité économique, car les personnes supportent conjointement les frais du ménage commun. Toutefois, le Tribunal fédéral relève qu'il existe encore d'importantes différences juridiques entre elles, malgré les évolutions sociales, notamment en droit civil, où les effets patrimoniaux du mariage comprennent un droit successoral réciproque (art. 462 CC), un devoir général d'assistance (art. 159 al. 3 CC) et une obligation d'entretien (art. 163 CC)²⁹⁰. Il rappelle aussi que le législateur s'est abstenu jusqu'à maintenant de réglementer juridiquement le concubinage, et même si le versement effectif d'un soutien à l'autre personne peut avoir diverses conséquences juridiques, la cohabitation ne confère pas une position juridiquement protégée à ce type de couple. De plus, la fin de cette communauté n'est pas soumise à des restrictions matérielles ou formelles, mais peut être dissoute de manière informelle et en tout temps²⁹¹.

De son côté, la CourEDH reconnaît que le concubinage peut être considéré comme une famille au sens de l'art. 8 CEDH, pouvant déployer des effets juridiques, mais aussi que leur situation est différente du mariage, statut particulier tout de même particulier²⁹². Toutefois, il faut se demander si, avec l'évolution des mœurs et des réalités sociodémographiques, les particularités d'un tel statut se justifient encore, alors que ces évolutions ont déjà modifié la situation

²⁸⁵ ATF 140 I 77, c. 5.1.

²⁸⁶ MATTHEY/BURGAT, p. 243.

²⁸⁷ ATF 140 I 77, c. 5.3.

²⁸⁸ MATTHEY/BURGAT, p. 244.

²⁸⁹ Cette distinction a déjà été évoquée en lien avec un autre arrêt de la CEDH, cf. 4.7.2.

²⁹⁰ ATF 140 I 77, c. 6.1.

²⁹¹ ATF 140 I 77, c. 6.1.

²⁹² MATTHEY/BURGAT, p. 244.

juridique en matière d'égalité entre femmes et hommes²⁹³, encore récemment avec l'arrêt B c. Suisse²⁹⁴.

Aucune base légale pour une couverture sociale des personnes en union libre n'existe non plus au sein des assurances sociales. Les unions formalisées sont spécifiquement protégées par la loi, dans les domaines des rentes en cas de survie (en LAVS, LAA, LAM, LPP), du supplément à la rente de vieillesse pour la personne survivante (art. 35^{bis} LAVS), l'exonération des cotisations AVS/AI, ainsi que d'autres éléments. Les couples formalisés bénéficient de prestations supplémentaires ou de réductions de cotisations sur lesquelles les couples concubins ne peuvent pas compter. Il n'existe ainsi pas globalement de discrimination à l'égard des couples mariés, selon le Tribunal fédéral il existerait même une solidarité envers eux de la part des couples concubins²⁹⁵.

5.3.3.4. La discrimination et la sécurité sociale

Le concept de discrimination dans la CEDH est interprété de manière plus étroite en cas de demande de prestations sociales de l'État et les droits sociaux ne sont pas protégés à l'origine de la CEDH²⁹⁶. En plus, la CourEDH accorde aux États membres une large marge de manœuvre dans l'organisation de la sécurité sociale, d'autant plus dans les systèmes de retraites, qui sont influencés par de nombreux facteurs nationaux et sont l'expression d'un équilibre délicat. En conséquence, certaines compensations ou structurations des prestations peuvent être justifiées, notamment dans un but de cohérence de la sécurité sociale²⁹⁷.

Le Tribunal fédéral poursuit en insistant sur le fait que les couples formalisés et les couples libres ont des effets juridiques différents et que le plafonnement des rentes est justifié, en tout cas pour les premiers. Il y aurait ainsi dans chaque forme de couple des avantages et des inconvénients et il ne saurait en résulter une discrimination au sens de l'art. 8 Cst ou une violation du droit au respect de la vie familiale²⁹⁸. Selon le Tribunal fédéral, l'application de l'art. 35 LAVS n'est pas non plus empêchée par les art. 8 et 14 CEDH et des obligations positives de l'État ne sont pas reconnues à cet égard²⁹⁹.

5.3.4. Le déplafonnement des rentes *versus* l'extension du plafond

Afin d'éliminer la discrimination entre les formes de couples à l'égard de ce plafond, il y a deux solutions : soit supprimer le plafond pour les personnes en union formalisée et leur permettre de toucher deux rentes « entières », soit introduire le plafonnement des rentes pour les couples en union libre. Dans tous les cas, ni l'une ni l'autre de ces solutions en tant que tel ne peut lever à elle seule l'inégalité entre les formes de couples. Il faudrait bien plus une nouvelle réglementation tenant compte tant des avantages que des inconvénients entre les deux types de formes de vie, afin d'éliminer les inégalités en rendant les prestations sociales indépendantes de l'état civil³⁰⁰.

²⁹³ MATTHEY/BURGAT, p. 245 s. prennent l'exemple du changement de jurisprudence de la CourEDH à l'égard du congé parental.

²⁹⁴ CourEDH, B c. Suisse, arrêt du 20 octobre 2020, n° 78630/12, par. 74.

²⁹⁵ ATF 140 I 77, c. 6.2.

²⁹⁶ ATF 140 I 77, c. 8.

²⁹⁷ ATF 140 I 77, c. 8.

²⁹⁸ Cet argument ne convainc pas MATTHEY/BURGAT, p. 245.

²⁹⁹ ATF 140 I 77, c. 9 et 10.

³⁰⁰ ATF 140 I 77, c. 9.

5.3.4.1. Le déplafonnement des rentes

La première solution est proposée dans l'arrêt par le recourant. Elle est plus avantageuse pour les couples formalisés, et est aussi la solution proposée par l'initiative populaire « Pour le mariage et la famille - contre la pénalisation du mariage »³⁰¹, rejetée par le peuple le 28 février 2016³⁰² – rejet annulé par le Tribunal fédéral³⁰³. Le Tribunal fédéral relève que cette solution ne permet pas d'atteindre l'égalité de traitement, mais entraînerait plutôt un nouveau traitement préférentiel des couples formalisés³⁰⁴.

L'hypothèse où l'on ne ferait que supprimer le plafond, sans autre modification, entraînerait la différence la plus grande puisque dans ce cas les couples mariés auraient tous les avantages (à la fois les rentes en cas de survie etc. et à la fois des rentes de vieillesse plus élevées). En effet, jusqu'à maintenant, il n'y a pas eu de velléités législatives de modifier les avantages des personnes mariées – même plutôt des échecs, par exemple avec la onzième révision AVS ou le rejet de cette initiative. De plus, une modification de ces avantages à la baisse aurait pour conséquence d'affaiblir la protection sociale, puisque ces réglementations protègent la personne s'occupant des tâches de soin.

D'autre part, l'initiative prévoit de supprimer la discrimination entre les formes de couples. Or le Conseil fédéral a un autre argument – dans la droite ligne du Tribunal fédéral convaincu par la compensation des avantages et des inconvénients liés aux formes de couple – qui démontrerait l'inutilité d'une modification législative pour atteindre ce but. Dans son message, il fait un calcul des conséquences sur les coûts pour l'AVS/AI de l'union formalisée par année : une telle communauté entraîne des diminutions de recettes pour l'AVS en raison de leurs cotisations de l'ordre de 200 millions de francs, ainsi que des dépenses liées aux rentes pour personnes survivantes de 1.4 milliard de francs et au supplément de rente de 1.2 milliard de francs³⁰⁵. De l'autre côté, le plafonnement des rentes permet des économies de l'AVS de 2 milliards de francs. Ainsi globalement, il y aurait un « bonus » de 800 millions de francs en faveur de l'union formalisée pour l'AVS et de dix millions pour l'AI³⁰⁶. Ainsi, les couples formalisés ne seraient finalement pas désavantagés. Pour atteindre l'égalité, il faudra adapter tous les éléments avantageux pour les uns et les autres.

En 2019, parmi les couples résidant en Suisse et dont les deux personnes touchent une rente de vieillesse, si 88% ont vu leurs rentes plafonnées, 57% ont droit à une rente maximale (plafonnée). Il s'agit pour le second chiffre des personnes ayant cotisé durant la durée complète de cotisations. En cas de durée incomplète de cotisations, le plafonnement peut avoir lieu à un niveau inférieur (inclus dans le premier chiffre). Le plafonnement des rentes pour couple peut cependant intervenir à un niveau inférieur lorsque les conjoints ont des durées de cotisation incomplètes³⁰⁷. Il faut en tirer que les rentes non plafonnées sont les rentes des personnes ayant les revenus les plus bas, donc un déplafonnement des rentes profiterait seulement aux personnes ayant un revenu moyen à élevé, qui sont aussi celles qui ont déjà une bonne prévoyance³⁰⁸.

³⁰¹ FF 2011 3573 ; FF 2013 7623, p. 7640.

³⁰² FF 2016 3557.

³⁰³ FF 2019 4421.

³⁰⁴ ATF 140 I 77, c. 6.3.

³⁰⁵ FF 2013 7623, p. 7633.

³⁰⁶ FF 2013 7623, p. 7634.

³⁰⁷ Statistique de l'AVS 2019, p. 5.

³⁰⁸ FF 2013 7623, p. 7645.

5.3.4.2. L'extension du plafond à l'union libre

Cette solution est basée sur l'idée au centre du plafonnement : celle de la communauté économique formée par tout couple. La vie est en effet moins chère en couple qu'en vivant seul, que le couple soit formalisé ou non³⁰⁹. C'est une nouvelle occasion de voir une conception basée sur les circonstances de fait (l'unité économique du couple) – et non sur un critère formel (l'état civil) – faisant la part belle à la notion de communauté de vie. D'autant plus que l'un des principes de base des rentes AVS est d'être basées sur la couverture appropriée des besoins vitaux (art. 112 al. 2 let. b Cst.).

L'inconvénient de cette solution réside dans la preuve de cette communauté. Si pour obtenir une rente en cas de survie, il ne semblerait pas déraisonnable de demander à la personne en union libre de prouver la communauté, le contrôle par l'autorité des centaines de milliers de personnes touchant une rente individuelle – pouvant être en concubinage ou vivre seules – paraît nettement plus compliqué³¹⁰. Une mention dans la déclaration d'impôt ne serait pas suffisante selon le Tribunal fédéral³¹¹. Une attestation d'état civil prouvant le concubinage et sa durée ne le serait pas non plus, sans compter que cela prendrait beaucoup de temps et serait compliqué en cas de résidence à l'étranger, selon le Conseil fédéral³¹². Toutefois, si l'union libre venait à être réglée par une loi dans le domaine du droit privé, et en aboutissant à un registre, cette problématique pourrait être réglée³¹³.

Cette solution est au final souvent exclue pour des raisons pratiques, alors même qu'elle est plus satisfaisante d'un point de vue théorique³¹⁴.

6. Conclusion

La plupart des êtres humains choisissent de vivre en couple durant leur existence. Ils forment alors une communauté de vie stable, durable, basée sur l'amour et la volonté de vivre ensemble. Certains de ces couples choisissent de formaliser leur union, par le biais d'un mariage ou d'un partenariat enregistré, d'autres préfèrent rester en concubinage. Les conséquences de ce choix, sans égard à ses raisons, ont lieu principalement lors de la survenance de certains événements, la dissolution du couple – volontaire ou par un décès – ou l'arrivée à l'âge de la retraite. En effet, en droit de la sécurité sociale comme en droit privé, la loi attache des effets à l'union de deux personnes lorsqu'elle est formalisée, mais ne la prend pas en compte si elle est libre. Ainsi, en plus des conditions matérielles des régimes de la prévoyance sociale, il existe un critère formel déterminant pour le droit et le montant des prestations sociales : l'état civil. Il s'en suit que deux personnes entrant en concubinage sont traitées comme si leur union n'existait pas, c'est-à-dire comme des personnes seules. Cette situation a des avantages et des inconvénients pour les deux types de relations.

Pour ce qui est des avantages des personnes en union formalisée, il y en a tant au niveau des conditions du droit même aux prestations, que pour leur montant. Les attentes du premier et du deuxième pilier sont partagées en cas de dissolution de l'union. Cette expression de la

³⁰⁹ PULVER, p. 178.

³¹⁰ PULVER, p. 179.

³¹¹ ATF 140 I 77, c. 6.3.

³¹² FF 2013 7623, p. 7645.

³¹³ SCHWANDER, p. 925.

³¹⁴ PULVER, p. 179.

communauté de destin permet d'égaliser la situation si les deux membres du couple ont des revenus inégaux, en augmentant les rentes qui seront touchées à la retraite par celui qui en aurait eu de plus basses. Ce même effet est prévu pour l'attribution des bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance. En cas de décès au sein du couple, seule l'union formalisée permet d'obtenir un droit à des rentes pour la personne survivante, et si cette personne avait droit à une rente de vieillesse, elle sera augmentée. La question des cotisations est aussi à l'avantage des couples formalisés, car ils sont libérés de la condition de cotisations de l'assurance-chômage et exemptés de la cotisation AVS dans bien des cas. Tous ces avantages ont un lien avec la protection sociale des unions ayant un aspect institutionnel. Le droit social accorde ainsi des mesures de compensation en faveur de la personne s'occupant de tâches de soin ou du ménage commun et mettant entre parenthèses tout ou partie de sa carrière professionnelle.

Quant aux avantages des personnes en union libre, ils sont moins nombreux, mais ont des conséquences financières de loin pas négligeables. La personne ayant survécu à une autre et touchant une rente pour cette raison, ne la perd pas si elle entre dans une nouvelle relation sans la formaliser. Le deuxième avantage est celui du non-plafonnement de leurs rentes AVS et AI, rendant leurs rentes plus élevées.

Ces différences entre les formes d'union ne sont plus justifiées aujourd'hui, en raison des évolutions sociétales. Sous l'angle de l'égalité de traitement, un couple forme une unité économique devant être traitée comme telle. La jurisprudence et la législation à quelques occasions tendent en effet à se déplacer d'une optique formelle à des critères plus matériels, basés sur les réalités socio-économiques. Dans la doctrine aussi, il y a un courant fort pour accorder la protection des institutions juridiques non pas en fonction de l'état civil, mais de la notion de « communauté de vie »³¹⁵. Cette vision pourrait toutefois rencontrer des résistances de principes, mais aussi poser des problèmes pratiques. Il est par contre constant que la différence faite entre les formes de couples n'est pas satisfaisante et ne respecte pas le principe d'égalité. Pour y remédier, il faudra avoir une réflexion de fond, prendre en compte tous les avantages et les inconvénients, afin de composer une solution cohérente et équilibrée.

³¹⁵ GROSSEN/GUILLOD, p. 290 ; AUGSBURGER-BUCHELI, p. 171 ; PULVER, p. 130.