

Droit des familles et égalité.

Compte-rendu du colloque des 19-20 octobre 2017 organisé par l'Université de Neuchâtel dans le cadre du projet de recherche financé par le FNS « Familles et égalité de traitement »

Thierry Bornick, Sabrina Burgat, Fanny Matthey, Stéphanie Perrenoud

I. Contexte

Dans [la newsletter de droit de la famille du mois de juin 2016](#), le professeur Olivier Guillod présentait le projet financé par le FNS « Familles et égalité de traitement » de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

Dans ce cadre, les experts suivants de neuf pays ont été réunis les 19 et 20 octobre 2017 à Neuchâtel : Mariapaola Aimò, Manuela Consito, Stefania Gianoncelli (Université de Turin, Italie), Margaret F. Brinig (Notre Dame Law School, Etats-Unis), Susanne Burri (Université d'Utrecht, Pays-Bas), Fatima Chaouche (Université du Luxembourg, Luxembourg), Anatol Dutta (Université de Munich, Allemagne), Eberhard Eichenhofer (Université de Jena, Allemagne), Pascale Fournier, Michelle Giroux et Anne-Sophie Ouellet (Université d'Ottawa, Canada), Marsha Garrison (Brooklyn Law School, Etats-Unis), Mark Henaghan (Université d'Otago, Nouvelle-Zélande), Jean-Pierre Laborde (Université de Bordeaux, France), Thierry Lambert (Université d'Aix-Marseille, France), Jean-Jacques Lemouland (Université de Pau, France), Nuria Pumar Beltrán (Université de Barcelone, Espagne), Richard Resch (Munich, Allemagne). Pour la Suisse : Anne-Sylvie Dupont, Florence Guillaume et Minh Son Nguyen (Université de Neuchâtel), ainsi que de Thomas Geiser (Université de St-Gall), Marie-Laure Papaux van Delden (Université de Genève), Peter Hongler (Université de Zurich) et Marianne Modak (Haute école de travail social, EESP Lausanne).

La présente newsletter est l'occasion de présenter un compte-rendu de ce colloque, suivant les thématiques qui y ont été abordées, à savoir le droit privé, le droit social, le droit des étrangers et le droit fiscal.

II. Notions

A. La notion de famille

Aucun pays ne connaît de définition unique de la famille. La définition varie selon les besoins de protection et les domaines du droit concernés.

Selon la CourEDH, la notion de famille au sens de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais englobe aussi d'autres liens « familiaux de fait », en fonction de l'existence réelle et concrète de liens personnels étroits (voir, par ex., affaire Anayo c. Allemagne, requête no 20578/07 du 21 décembre 2010, affaire Nazarenko c. Russie, requête no 39438/13 du 16 juillet 2015).

Cette définition semble rejoindre la notion de famille telle que l'entendent les différents ordres juridiques étudiés dans le cadre du colloque. Par exemple, la CourEDH reconnaît qu'une cohabitation est susceptible d'entrer dans la notion de vie familiale, mais admet que d'autres facteurs puissent exceptionnellement servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour être qualifiée de vie familiale (affaire Kroon et autres c. Pays-Bas, requête no 18535/91 du 27 octobre 1994).

B. Les formes de communautés de vie

En dehors du mariage, les divers pays examinés connaissent différentes formes de famille reconnues (ou non) par le droit. Pour les besoins du projet, nous distinguons principalement quatre types de communautés de vie : (1) le mariage, qui peut être ouvert ou non aux couples de même sexe ; (2) le partenariat, qui constitue une alternative au mariage impliquant un enregistrement ; (3) le concubinage qualifié, auquel la loi accorde des effets juridiques ; (4) l'union de fait, non reconnue juridiquement.

III. En droit privé

A. Les effets entre les membres de la communauté de vie

La reconnaissance d'autres formes de vie familiale en dehors du mariage revêt une importance en droit civil quant aux effets entre les membres de la communauté de vie.

Pour le mariage, tous les ordres juridiques analysés prévoient notamment un régime spécifique des biens, une protection spéciale pour le logement, une obligation d'entretien, ainsi qu'un statut particulier d'héritier légal. A noter que le Luxembourg n'accorde pas la qualité d'héritier réservataire au conjoint, mais uniquement aux descendants, alors que les Pays-Bas et le Québec ne connaissent tout simplement pas le statut d'héritier réservataire, en permettant au défunt de disposer librement de ses biens après son décès. Il s'agit dès lors de déterminer dans quelle mesure les règles spéciales de droit privé applicables au mariage peuvent s'étendre aux autres communautés de vie, afin de permettre une plus grande égalité de traitement entre les différentes formes de vie commune, parfois qualifiées d'« analogues au mariage ». En effet, dans certains domaines couverts par l'art. 8 CEDH, d'autres communautés de vie en dehors du mariage se voient déjà octroyer des droits analogues au mariage.

La question se pose en droit civil de la famille de déterminer quelles sont les circonstances qui justifient d'accorder une protection analogue au mariage. Il est admis qu'une telle protection doit être accordée aux couples de même sexe. C'est en ce sens que la majorité des pays consultés a introduit le mariage « pour tous ». Parmi les pays examinés, l'Italie et la Suisse sont les seuls à ne pas avoir ouvert le mariage aux couples de même sexe. Ces deux Etats ont donc prévu une législation spéciale sur le « partenariat enregistré » (Suisse) ou l'« union civile » (Italie), pour donner aux couples de même sexe des droits analogues à ceux accordés aux couples mariés quant aux effets entre les partenaires, en excluant toutefois les effets de la filiation.

Dans de nombreux pays (Allemagne, France, Luxembourg, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Québec), il existe, en sus, un régime analogue au mariage, appelé « partenariat » ou « union civile », qui a été adopté dans un premier temps pour reconnaître le statut des couples de même sexe. Malgré la généralisation du mariage pour tous, un grand nombre d'Etats a conservé le partenariat comme une alternative au mariage. Le partenariat présente l'avantage d'être moins formel quant aux conditions de la formation, et surtout de la dissolution susceptible d'intervenir en dehors d'une procédure judiciaire, comme c'est le cas au Québec par exemple, s'il n'existe pas de conflits d'intérêts portant sur des enfants communs.

Cette alternative au mariage exige néanmoins un « enregistrement officiel » de la communauté de vie, à l'instar par exemple du pacte civil de solidarité (« PACS ») en droit français. Elle constitue une option permettant d'appréhender l'évolution de la société et la diversification des modèles de famille. Un tel instrument permet d'accorder des effets généraux au partenariat, durant la vie commune des partenaires, alors qu'en cas de séparation, les effets cessent ou sont extrêmement limités.

B. La portée de la liberté contractuelle en droit des familles

En dehors de cet « enregistrement » de la communauté de vie, il est possible de régler contractuellement les effets d'un concubinage, ou de prévoir de par la loi certains effets, à partir de critères déterminés. Le droit des contrats et le principe fondamental de la liberté contractuelle permettent aux concubins de régler les effets de leur vie commune, dans les limites de la loi.

Une telle solution est implicitement prévue au Canada, par exemple, en tant qu'il existe une présomption de communauté de vie en cas de vie commune depuis plus d'un an ou en présence d'un enfant commun. La Nouvelle-Zélande accorde des effets analogues au mariage après trois ans de vie commune.

La liberté contractuelle peut également s'exprimer à travers une solution d'*opting out*, dans le sens où le législateur peut choisir d'accorder des effets à un concubinage, par exemple après une durée déterminée de vie commune, tout en réservant la possibilité de renoncer à ces effets, sous une forme expresse, afin de garantir la liberté personnelle des individus dans ce domaine.

La liberté contractuelle trouve ses limites dans les conséquences que lui attribue le droit public. Par exemple, des concubins sont libres de prévoir un régime spécifique concernant

leur bien. Or, une telle réglementation peut avoir des conséquences fiscales, si l'accord implique une donation au sens du droit fiscal. Dans une telle constellation, il n'y a pas d'assimilation possible avec le couple marié, du point de vue des effets externes.

C. Les effets au regard de la filiation

La différence de traitement entre les couples mariés et les autres communautés de vie revêt une importance particulière dans le domaine de la filiation. En application, notamment, de l'art. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'enfant ne doit pas être discriminé du fait de sa naissance. En particulier, l'enfant ne doit pas subir de discrimination qui découlerait du statut légal de ses parents.

Aujourd'hui, nombre d'enfants naissent et grandissent en dehors du modèle familial traditionnel. Les règles sur la filiation conservent en principe un lien étroit avec le mariage, d'une part, et la filiation biologique, d'autre part. Or, les ordres juridiques doivent prendre en compte l'établissement d'un lien de filiation juridique entre l'enfant et des personnes non mariées, ainsi qu'entre l'enfant et des personnes de même sexe. Dans cette dernière hypothèse notamment, la fonction sociale et protectrice du lien parental prend un rôle important dans la systématique légale et relègue quelque peu au second plan l'importance du mariage et de la biologie.

Tous les pays consultés admettent une présomption de paternité découlant du mariage. A relever qu'au Québec, l'acte de naissance, établi sur la base des déclarations reçues par les parents est une preuve hiérarchiquement supérieure à la présomption légale de filiation découlant du mariage.

Pour les couples de même sexe, les ordres juridiques ont plus de difficultés à appréhender la présomption de parentalité, compte tenu de l'absence de lien biologique avec l'un des deux parents. Néanmoins, les Pays-Bas, le Québec et la Nouvelle-Zélande reconnaissent un lien de filiation juridique automatique avec la seconde mère. Ce lien de filiation juridique se fonde sur la volonté de parentalité, indépendamment du lien biologique. Le principe n'a pourtant pas d'équivalent, pour les couples de même sexe masculins. Pourtant, le projet parental de ces couples peut être mis sur un pied d'égalité, au regard du désir de parentalité et du recours à une tierce personne pour mener à bien le projet.

En matière de filiation adoptive, les législateurs distinguent encore suivant que le couple est marié ou non, en réservant parfois l'adoption conjointe aux seuls couples mariés de sexe différent, comme c'est le cas en Suisse, malgré l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2018, de la révision du droit de l'adoption (FF 2015 835). Seul le Québec permet l'adoption conjointe en dehors des liens du mariage. En revanche, la majorité des pays permet désormais l'adoption de l'enfant du « partenaire de vie ». C'est le cas en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2018, dès lors que le couple vit ensemble depuis au moins trois ans.

Dans le domaine de la procréation médicalement assistée (PMA), il existe des limites en fonction du mode de vie du couple qui souhaite mettre en œuvre un projet parental. Certains Etats des Etats-Unis, le Québec et les Pays-Bas ne font pas de distinction en fonction du statut des couples, de telle sorte que les techniques autorisées le sont pour toutes les formes de communautés de vie. Ce n'est pas le cas en Suisse, puisque l'insémination

hétérologue est réservée aux couples mariés, alors que toutes les techniques de PMA sont interdites aux couples de même sexe.

Dans ce domaine, la législation suisse est l'une des plus restrictives. Comme la majorité des pays consultés, à l'exception de certains Etats des Etats-Unis, elle interdit les mères porteuses, ce qui constitue un obstacle à la possibilité pour les couples de même sexe masculins de mettre en œuvre un projet parental.

Dans la mesure où d'autres pays ouvrent ces techniques de procréation médicalement assistée, tous les pays sont confrontés à la nécessité de se positionner sur la reconnaissance de liens de filiation juridique entre des enfants nés de procréation médicalement assistée et leurs parents d'intention. Il apparaît en ce sens nécessaire que les législateurs favorisent la mise en œuvre de règles respectueuses de l'égalité de traitement pour toutes les formes de communautés de vie.

IV. En droit de la sécurité sociale et en droit des politiques familiales

A. L'organisation du droit social

D'une manière générale, on constate que les différents systèmes de sécurité sociale sont en principe organisés sur la base de plusieurs régimes, habituellement en fonction des risques couverts. Le système helvétique, par exemple, se compose d'une dizaine d'assurances sociales (assurance-vieillesse et survivants, assurance-invalidité, assurance-maladie, assurance-accidents, prévoyance professionnelle, assurance-chômage, assurance-maternité, etc.).

A l'inverse de ce qui est le cas en Suisse, où les assurances sociales sont instituées par des lois fédérales (complétées, parfois, par des lois cantonales, comme c'est le cas en matière d'allocations familiales, étant donné que la législation fédérale en la matière se limite à fixer des minima), on observe, dans certains pays, que la sécurité sociale repose à la fois sur des régimes fédéraux et sur des régimes instaurés au niveau des Etats, provinces ou communautés qui les composent. Aux Etats-Unis, par exemple, certains risques sont couverts par le Système fédéral de sécurité sociale (ou SSA), alors que d'autres le sont par des régimes étatiques ou par des programmes issus de partenariats fédéraux-étatiques. Il en va de même au Canada, où, en fonction de l'objet de la prestation ou de l'aide accordée, les assurances sociales sont établies par des lois adoptées soit par le pouvoir fédéral (assurance-emploi et sécurité de la vieillesse) soit par les pouvoirs provinciaux (le Québec a notamment légiféré sur le régime des rentes, les accidents du travail et les maladies professionnelles, ainsi que sur les assurances-maladie et médicaments).

Les assurances sociales se caractérisent d'ordinaire par le principe d'une affiliation obligatoire et individuelle. Certains Etats connaissent toutefois le principe de l'affiliation dérivée. En France, par exemple, étant donné que la sécurité sociale repose sur un système de type socioprofessionnel – si bien que l'affiliation en qualité d'assuré social dépend de l'exercice d'une activité professionnelle –, les personnes sans activité lucrative ont accès à certains régimes en tant qu'ayants droit de leur conjoint, qui est l'assuré social. Aux Etats-

Unis, ce principe existe également, puisque dans les régimes d'assurance-maladie liés à l'emploi, le conjoint sans activité lucrative peut obtenir une assurance par le biais de son époux assuré. La protection peut en outre être soit universelle (tel est le cas, en Suisse, de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, notamment), soit réservée aux travailleurs (comme il en va de l'assurance-accidents et de la prévoyance professionnelle suisses, p. ex.).

Les différents Etats connaissent habituellement un régime d'assistance, qui complète l'édifice des assurances sociales en garantissant un soutien supplémentaire aux personnes pour lesquelles la protection découlant des assurances sociales se révèle insuffisante. La protection est généralement universelle et destinée à assurer le minimum vital par le biais de prestations sous condition de ressources (en Suisse, il s'agit de l'aide sociale, qui est du ressort des cantons, p. ex.).

B. L'influence du mariage et des autres formes de famille

En Suisse, le choix du mode de vie influence le droit à des prestations sociales ou l'obligation de cotiser à certains régimes d'assurance. Si les partenaires enregistrés de même sexe sont assimilés aux personnes mariées en matière d'assurances sociales (art. 13a LPGA)¹, en revanche, des différences existent entre ces deux catégories de personnes et celles qui vivent en concubinage. La communauté de vie de fait (ou concubinage) est en effet, en règle générale, dépourvue de tout effet en droit suisse de la sécurité sociale, où chaque concubin est appréhendé en fonction de sa situation individuelle. L'incidence de l'état civil est particulièrement prononcée s'agissant des risques invalidité, vieillesse et décès. Dans l'assurance-vieillesse, invalidité et survivants (AVS/AI), le fait d'être marié est effectivement déterminant à plusieurs égards. En particulier, les couples mariés bénéficient d'une fiction en matière de cotisations, puisque les conjoints sans activité lucrative d'assurés exerçant une activité lucrative sont réputés avoir payé eux-mêmes des cotisations (art. 3 al. 3 lit. a LAVS, art. 2 LAI). En outre, les revenus acquis par les conjoints pendant la durée de leur mariage sont partagés et attribués par moitié à chacun d'eux au moment de calculer les rentes auxquelles ils ont droit (« *splitting* » ; art. 29^{quinquies} al. 2-6 LAVS). Quant aux bonifications pour tâches d'assistance, qui permettent aux assurés qui prennent en charge des parents impotents de bénéficier d'un bonus sur le revenu pris en compte pour calculer leur rente, elles sont également réservées aux couples mariés (art. 29^{septies} LAVS). Si les conjoints sont donc favorisés à plusieurs égards par rapport aux concubins, il n'empêche qu'ils sont désavantagés en raison du principe du plafonnement des rentes de vieillesse et d'invalidité. La somme des deux rentes versées à des conjoints s'élève en effet au plus à 150 % du montant maximum de la rente de vieillesse (art. 35 LAVS)². Cette limite n'est pas

¹ Bien que le partenariat enregistré soit assimilé à l'institution du mariage, une différence existe toutefois s'agissant des prestations de survivants, dans la mesure où le partenaire enregistré, homme ou femme, est assimilé à un veuf, ce qui constitue un désavantage étant donné que les rentes de veuf sont accordées à des conditions plus restrictives que les rentes de veuve (cf. art. 23-24 LAVS). A l'inverse de la conjointe survivante, la partenaire enregistrée survivante ne peut donc pas se prévaloir d'un droit à une rente de veuve. Cf., récemment, TF, arrêt 9C_871/2017 du 15 janvier 2018.

² La règle du plafonnement ne trouve toutefois pas application si le ménage commun a été dissous par décision judiciaire (qu'il s'agisse d'une décision de séparation de corps au sens de l'art. 176 CC ou de divorce selon les art. 111 ss CC), si l'un des conjoints touche une rente d'invalidité entière ou une rente de

opposable aux concubins, qui peuvent cumuler jusqu'à deux rentes maximales. Les couples mariés sont en revanche favorisés en cas de décès puisque les rentes de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-accidents sont strictement réservées aux conjoints. Dans la prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance sont toutefois autorisées à prévoir qu'un concubin survivant peut bénéficier d'une rente de survivant. Cette possibilité, qui est subordonnée à la condition que le concubin survivant ait formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins 5 ans immédiatement avant le décès ou qu'il doive subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs (art. 20a LPP), constitue la seule exception, où le concubinage produit une incidence dans le domaine des assurances sociales.

En ce qui concerne les allocations familiales, le régime suisse est complexe. Il se fonde sur différentes bases légales (fédérales et cantonales ; couvrant tout ou partie de la population : le régime ordinaire, qui est institué par la LAFam, s'adresse à toute la population, hormis aux personnes relevant de l'agriculture, qui sont soumises à un régime particulier en vertu de la LFA), ce qui fait que les ayants droit varient selon la loi à laquelle ils sont soumis. Toutefois, de manière générale, on peut dire que le régime ordinaire, le régime applicable à l'agriculture – du moins pour ses allocations pour enfant et de formation professionnelle –, ainsi que les 26 régimes cantonaux, prévoient maintenant tous le principe « un enfant, une allocation », même si l'ayant droit n'est pas directement l'enfant. Dans ce sens, le mariage ou le partenariat enregistré n'ont pas d'incidence sur l'octroi d'allocations familiales, puisque la forme de famille importe peu. Par ailleurs, les enfants ouvrant le droit à des allocations familiales sont les mêmes dans le régime ordinaire (art. 4 LAFam) et dans celui applicable dans le secteur de l'agriculture (art. 9 al. 1 LFA) ; il s'agit : des enfants avec lesquels l'ayant droit a un lien de filiation ; des enfants du conjoint et du partenaire enregistré (cf. 13a LPGa) de l'ayant droit ; des enfants recueillis ; ainsi que des frères, sœurs et petits-enfants de l'ayant droit, s'il en assume l'entretien de manière prépondérante.

A l'instar de ce qui est le cas en Suisse, l'état civil représente un critère pertinent en France, aux Etats-Unis, en Allemagne, en Italie, en Espagne et au Luxembourg concernant la plupart des prestations de sécurité sociale.

En France, le mariage a une influence, mais pas une influence exclusive. Si la pension de réversion versée par l'assurance-vieillesse en cas de décès et les prestations de l'assurance-veuvage sont réservées au conjoint survivant, le droit français accorde également certains droits aux personnes qui ont conclu un pacte civil de solidarité (« PACS ») et aux concubins (ainsi, par exemple, en cas de décès de l'assuré social consécutif à un accident ou à une maladie professionnelle, une rente est servie au conjoint, partenaire « pacsé » ou concubin survivant). L'institution du mariage est cependant généralement privilégiée.

Aux Etats-Unis, l'institution du mariage est très nettement favorisée par rapport aux autres formes de vie familiale. Les avantages en matière de prestations sociales sont en effet habituellement réservés aux couples mariés (par exemple, les prestations en cas de décès

vieillesse et l'autre un quart de rente ou une demi-rente de l'AI, si l'un des conjoints touche trois quarts de rente et l'autre un quart de rente AI (cf. art. 35 al. 2 LAVS).

sont en principe réservées au conjoint survivant, et, s'agissant de l'éventualité vieillesse, une personne mariée peut percevoir des prestations calculées en fonction des revenus acquis par son conjoint plutôt que sur la base de ses propres revenus), dans la mesure où les partenaires enregistrés (soit, des personnes de même sexe ou aussi bien des personnes de même sexe que de sexe opposé, selon les Etats) et les concubins sont systématiquement exclus du système fédéral de sécurité sociale. Ceux-ci ne peuvent donc bénéficier d'avantages que si les différents Etats le prévoient (ainsi, certains régimes étatiques d'assurance-maladie dérivés de l'emploi permettent au concubin non assuré d'obtenir une assurance par le biais du concubin assuré).

En Allemagne, le mariage a une influence puisqu'il permet au conjoint de prétendre, notamment, à des prestations de survivants. Les partenaires enregistrés (personnes de même sexe ou de sexe différent) sont assimilés aux conjoints. Les concubins, en revanche, ne bénéficient pas des avantages accordés aux conjoints et aux partenaires enregistrés.

En Italie, l'état civil est également un critère déterminant. L'incidence du mariage est toutefois sensiblement plus faible, étant donné que la protection sociale est plus axée sur la parentalité que sur le mode de vie conjugal. Cela étant, le mariage produit tout de même une incidence en cas, notamment, de décès (octroi de rentes au conjoint survivant). Les conjoints et les partenaires d'une union civile (couples homosexuels) sont mis sur un pied d'égalité et ils sont privilégiés par rapport aux concubins. Les droits de ces derniers sont en effet limités à certains congés rémunérés pour assister des personnes gravement handicapées. Notons encore qu'en droit du travail, l'Italie offre une protection spécifique aux femmes mariées (ainsi qu'aux femmes et aux hommes unis civilement) contre le licenciement dès l'annonce du mariage et durant toute l'année qui suit la cérémonie. Bien que cette protection soit quelque peu anecdotique, voire anachronique, elle montre que le mariage est encore, historiquement en tout cas, la forme de famille la plus protégée.

Dans le système de sécurité sociale espagnol, le statut marital déploie des effets s'agissant des risques décès (la rente de survivant est réservée à l'époux survivant) et chômage (l'existence d'un conjoint est prise en considération pour fixer la perte de revenu dont il faut tenir compte ainsi que le montant de la pension minimale). Si les conjoints sont généralement privilégiés par rapport aux personnes vivant dans une union consensuelle (soit, les personnes qui vivent ensemble sans être mariées), celles-ci bénéficient cependant également de certains droits. Ainsi, un droit aux soins est accordé au partenaire d'un assuré si l'union consensuelle est enregistrée et des prestations de survivants sont allouées à la triple condition que la cohabitation soit stable (ce qui est le cas si elle dure depuis 5 ans au moins), que l'union soit enregistrée et que le partenaire survivant dépende économiquement de la personne décédée. A noter que certaines Communautés autonomes mettent cependant les unions consensuelles sur pied d'égalité avec l'institution du mariage. Enfin, en Espagne, certaines prestations familiales sont accordées sur la base de critères autres que le seul lien familial, afin de mieux tenir compte, par exemple, des besoins de protection spécifiques des familles nombreuses ou monoparentales.

Au Luxembourg, finalement, l'état civil exerce une incidence, en particulier, en matière d'accidents et de maladies professionnels (des prestations existent en faveur des conjoints

survivants), ainsi que de décès (le conjoint survivant a droit à une rente de survie si l'assuré décède avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans). Les partenaires enregistrés (institution ouverte tant aux personnes de même sexe que de sexe opposé) bénéficient des mêmes droits que ceux reconnus aux conjoints.

A l'inverse, l'état civil est une circonstance qui ne produit pas d'effet en ce qui concerne le congé et les prestations de maternité. C'est le cas en Suisse, mais également dans tous les autres pays étudiés (à l'exception de la France jusqu'en 2020). En Suisse, un congé de maternité est octroyé, comme son nom l'indique, à la mère uniquement, et à certaines conditions (être assurée au sens de la LAVS durant les 9 mois précédant l'accouchement ; avoir eu une activité lucrative pendant 5 mois durant cette même période et être employée ou indépendante au moment de la naissance). Précisons encore que toute la population est assujettie à cette assurance. Sur la question liée à la pertinence de l'état civil pour les prestations de maternité, la France fait figure d'exception, puisque son régime d'assurance-maternité couvre (encore pour l'instant, mais seulement jusqu'en 2020) aussi bien l'assurée sociale elle-même, que la mère ou future mère ayant droit d'un assuré social, qui peut être l'épouse de l'assuré social, mais aussi la personne engagée dans un partenariat avec lui ou vivant avec lui.

Par ailleurs, tous les régimes étudiés prévoient un congé de maternité rémunéré, à l'exception des Etats-Unis, où le droit fédéral exige uniquement des employeurs qu'ils accordent à leurs employées un congé non payé de 12 semaines, ainsi qu'une protection contre le licenciement durant cette période. Comme pour les autres pays, le statut marital de la mère n'a en revanche pas d'importance. Une protection complémentaire (à travers un congé payé, p. ex.) est garantie par certains Etats, tels que la Californie, ainsi qu'au niveau privé, par certains employeurs.

Contrairement à ce qui est le cas en Suisse, en France, aux Etats-Unis, en Allemagne, en Italie, en Espagne et au Luxembourg, où l'état civil représente un critère pertinent pour la plupart des prestations de sécurité sociale, cette circonstance ne produit pas (ou peu) d'effet au Canada, aux Pays-Bas et en Nouvelle-Zélande.

Le système de sécurité sociale canadien n'est en effet pas fondé sur l'état civil, mais sur le revenu familial disponible. Dans la mesure où l'Etat alloue la majorité de ses ressources destinées à la sécurité sociale en faveur des familles et des individus les plus démunis, les prestations sociales sont calculées sur la base du revenu dont dispose la famille. Les conjoints, les personnes unies civilement (couples hétérosexuels et homosexuels) et celles vivant en concubinage bénéficient donc, en principe, des mêmes avantages sociaux.

Aux Pays-Bas, le critère pertinent pour bénéficier de prestations sociales réside souvent dans le fait de former un ménage commun, c'est-à-dire une union économique. Il en découle que les conjoints, les partenaires enregistrés (couples hétérosexuels et homosexuels) et les concubins sont mis sur un pied d'égalité. Le fait de vivre avec quelqu'un joue un rôle, par exemple, s'agissant des risques vieillesse (alors qu'un célibataire perçoit une pension légale de vieillesse qui s'élève à 70 % du salaire minimum, en cas de communauté de vie, les conjoints, partenaires enregistrés et concubins ont un droit individuel à une pension dont le

montant équivaut à 50 % du salaire minimum) et décès (le conjoint, partenaire enregistré ou concubin survivant, a droit à une rente). Lorsque des congés sont accordés aux travailleurs pour la dispense de soins (à court ou long terme) à des proches, la relation entre ceux-ci et le travailleur ne doit pas nécessairement être familiale. On a donc ici une notion qui sort du cadre de la « famille » où on l'entend habituellement.

Enfin, le droit de la sécurité sociale néo-zélandais n'est pas non plus fondé sur le statut marital, mais sur la structure du ménage. L'élément déterminant réside là aussi dans le fait de vivre avec quelqu'un ou non, peu importe que la communauté conjugale prenne la forme d'un mariage, d'une union civile (couples hétérosexuels et homosexuels) ou d'une union de fait (dans ce cas, la communauté de vie doit, toutefois, en principe, avoir duré 3 ans au moins). La vie commune a une incidence dans les régimes qui accordent des prestations en cas de maladie, d'invalidité, de vieillesse et de chômage, et elle se manifeste par l'octroi de prestations individuelles d'un montant moins élevé aux personnes qui forment une communauté qu'aux célibataires. Par ce biais, il s'agit de tenir compte de la synergie qui découle de la communauté de vie.

C. L'influence de la présence d'enfants dans la famille

D'une manière générale, la présence d'enfants dans le ménage exerce une influence sur le droit de percevoir des prestations sociales. Des effets sont observables à plusieurs niveaux.

En premier lieu, des prestations spécifiques peuvent être accordées aux parents en raison de la présence d'enfants. On parle alors généralement de prestations familiales (ou allocations familiales). A l'instar de ce qui est le cas en Suisse, où les parents peuvent prétendre à différentes allocations (pour enfant ; de formation ; de naissance ; d'adoption ; de ménage ; etc.), un système de prestations familiales existe aussi en France, tout comme en Espagne, où la législation accorde des allocations aux parents d'enfants âgés de moins de 18 ans dont le revenu n'est pas suffisant, ainsi que des allocations forfaitaires de naissance ou d'adoption aux familles nombreuses ou monoparentales. Le droit italien prévoit également des allocations pour noyau familial, ainsi que des allocations extraordinaires de naissance ou d'adoption et d'autres allocations économiques modestes pour les familles indigentes. De son côté, le Luxembourg dispose de différentes indemnités pécuniaires (de maternité ; familiales ; de rentrée scolaire ; de naissance ; d'éducation ; de congé parental). Le Canada offre aussi un soutien aux enfants.

Ensuite, la présence d'enfants peut avoir pour effet d'augmenter le montant des prestations servies au parent ayant droit. En Suisse, tel est le cas, par exemple, s'agissant des rentes de vieillesse et d'invalidité versées par l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité et la prévoyance professionnelle, qui sont assorties de rentes pour enfants ; dans l'assurance-chômage, la présence d'enfants conduit par ailleurs à une majoration du montant des indemnités journalières de chômage, qui s'élèvent à 80 % du gain assuré (au lieu de 70 % pour les personnes qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants âgés de moins de 25 ans). Dans le même ordre d'idée, en France, le montant de la pension de retraite de l'assurance-vieillesse est majoré de 10 % lorsque le titulaire de la pension a eu au moins trois enfants, et, en Espagne, les femmes au bénéfice d'une rente de vieillesse qui ont donné naissance ou adopté deux enfants au moins ont droit à un supplément pour leur

« contribution démographique ». On peut encore mentionner la législation italienne qui accorde aux travailleuses qui ont eu des enfants la possibilité de demander une anticipation de leur droit à la rente de vieillesse. La présence d'enfants dans le ménage est aussi une circonstance qui est prise en compte pour établir les dépenses déterminantes de l'unité de référence dans le cadre des prestations d'assistance (prestations sous condition de ressources).

Les enfants peuvent également constituer un facteur permettant des « réductions fiscales » (dans ce sens, voir ci-dessous le ch. VI. D consacré à cette question). On peut mentionner les Pays-Bas ou les Etats-Unis qui permettent notamment de déduire les frais liés à la garde des enfants. Dans certains cas, les pays prévoient pour les parents octroyant des soins (par exemple en gardant les enfants) un système de « contribution fictive » qui consiste à compter les durées de congé, voire la réduction du temps de travail, comme s'ils avaient été « travaillés » au sens des assurances sociales. C'est le cas de l'Espagne et de l'Italie. En Suisse, les parents bénéficient pour leur part de bonifications pour tâches éducatives, soit d'une sorte de revenu fictif qui sera pris en compte, le moment venu, pour calculer le montant des rentes de vieillesse et/ou d'invalidité auxquelles ils peuvent prétendre (art. 29^{sexies} LAVS).

Finalement, les enfants sont susceptibles d'être les bénéficiaires de certaines prestations. Il en est ainsi, en particulier, des rentes d'orphelin servies, en Suisse, par l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-accidents et la prévoyance professionnelle. De telles prestations sont généralement également prévues par la législation sociale des différents pays examinés.

V. En droit des étrangers

A. L'organisation du droit des étrangers

Il ressort tant du droit suisse que de celui des autres Etats évalués que le système du droit des migrations est clairement organisé selon la provenance des étrangers. En Suisse, les sources légales sont explicites à cet égard, puisqu'au niveau de la loi, trois sources se répartissent la matière : l'Accord sur la libre circulation des personnes, la loi sur les étrangers et la loi sur l'asile. Le premier texte s'applique aux ressortissants européens, alors que les deux derniers concernent les ressortissants provenant des autres régions du monde. Les Etats européens interrogés connaissent cette même logique des deux cercles (ressortissants de l'Union européenne et ressortissants assimilés *versus* le reste du monde). Notons cependant qu'en Italie cette distinction existe, mais indirectement, puisque c'est avant tout le motif d'immigration (asile *versus* autres motifs) qui prévaut, bien qu'aboutissant toutefois au même résultat. Cette distinction en fonction de la provenance se retrouve également au Canada, par exemple, qui connaît un certain nombre d'accords bilatéraux. Autre exemple, le Québec, où l'immigration francophone est privilégiée.

En ce qui concerne le motif d'immigration, il s'agit également d'un critère utilisé pour définir la politique migratoire. En Suisse, les conditions d'entrée et de séjour sont différentes si une personne entend venir dans le cadre d'un regroupement familial, en vue d'exercer une

activité économique, d'étudier ou encore de demander une protection, par exemple. Il en va de même dans les autres pays concernés. On peut à cet égard mentionner l'Italie qui distingue, d'un côté, les personnes en quête d'asile, de protection internationale et les apatrides et, de l'autre côté, les personnes migrant pour d'autres raisons. Le Luxembourg connaît aussi une réglementation qui diffère selon le motif du séjour (privé ou professionnel). Enfin, il en va de même pour le Canada qui a développé un système reposant sur trois types de motifs d'immigration : l'immigration économique (les « indépendants »), le regroupement familial (qui fonde un système de « parrainage ») et les personnes en situation de détresse (demandeurs d'asile et réfugiés).

Finalement, l'état civil est généralement un élément pris en compte dans les questions de droit des étrangers. En Suisse, les partenaires enregistrés de même sexe sont assimilés aux personnes mariées pour les questions de regroupement familial et doivent répondre à des exigences presque similaires en termes de naturalisation (même durée de l'union et du séjour en Suisse, p. ex.), bien que, du point de vue systémique, le type de naturalisation ne soit pas le même (naturalisation ordinaire *versus* naturalisation facilitée). En revanche, une nette différence existe entre les personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré et les personnes vivant en concubinage. Hormis une disposition du droit d'asile qui définit la famille et assimile le « concubinage durable » au mariage et au partenariat enregistré, la distinction entre ces formes de famille reste claire dans les autres domaines. Le Tribunal fédéral a cependant nuancé cette différence de traitement en admettant le regroupement familial pour les concubins sous l'angle de l'art. 8 CEDH et à certaines conditions (relations étroites et effectives, à savoir vivre sous le même toit, avoir une dépendance financière, des liens familiaux particulièrement proches, par exemple un enfant commun, des contacts réguliers, ou encore avoir une vie commune supérieure à 3 ans s'il n'y a pas d'enfant commun ; ou mariage sérieusement voulu et imminent). Dans la plupart des autres Etats étudiés, l'état civil est également considéré comme un critère pertinent pour poser des exigences différentes en matière de regroupement familial ou de naturalisation. Font cependant exception à cette logique : la Nouvelle-Zélande, qui met sur pied d'égalité le mariage, l'union civile et la relation de fait ; le Canada qui utilise un critère plus global, celui de la « relation conjugale » (qui est déterminée par un certain nombre d'éléments tels que la vie commune, les relations sexuelles et émotionnelles, le lien de dépendance, la perception sociale du couple, les services rendus, la sincérité de la relation, etc.) ; les Pays-Bas, qui assimilent de manière générale le mariage, le partenariat et la cohabitation informelle, tout en faisant une distinction entre les cohabitations formelles et informelles pour l'obtention de la nationalité.

B. L'influence du mariage et des autres formes de famille

De manière comparative, on peut distinguer les pays qui considèrent que le mariage est le seul mode de vie pertinent ou reconnu pour le regroupement familial et l'obtention de la nationalité ; ceux qui assimilent le partenariat enregistré au mariage, les deux institutions permettant le regroupement familial et l'obtention de la nationalité ; et ceux qui assimilent aux deux premières institutions le concubinage qualifié et les relations de fait. Cette classification doit être parfois nuancée selon que l'on parle de regroupement familial ou de naturalisation, la plupart des Etats traitant les deux objets de manière différente.

Il est possible de constater que les Etats sont généralement plus souples, ou plus larges, s'agissant de la question de l'admission des étrangers (c'est-à-dire du regroupement familial) que de l'octroi de la nationalité. Par exemple, dans le domaine de la naturalisation, le mariage – ou du moins une relation formellement attestée (comme dans le cadre d'un partenariat enregistré) – reste un critère privilégié. Cela découle probablement de l'« importance » du droit, le regroupement familial et le droit de séjour qui s'ensuit étant plus facilement révocables que la nationalité. En octroyant la nationalité, l'Etat perd (ou offre) en quelque sorte une parcelle de sa souveraineté ; il ne le fait donc que dans le cadre de conditions plus formelles.

Il apparaît que tous les Etats ont une vision assez similaire de la notion de famille en droit des étrangers. La tendance générale est à la famille nucléaire ; dans tous les cas, un seul partenaire est concerné (quel que soit le lien conjugal, mais la polygamie est exclue) et le regroupement familial ne concerne généralement jamais plus de trois générations.

C. L'influence de la présence d'enfants dans la famille

Dans la plupart des pays examinés, l'enfant joue un rôle très important, notamment concernant le regroupement familial. Lorsque l'enfant est citoyen ou a un droit de séjour durable, il peut offrir un droit de séjour au parent étranger si celui-ci entretient un lien proche, partage l'autorité parentale ou subvient à son entretien, par exemple. Cette figure du « regroupement familial inversé » (comme on l'appelle en Suisse) se retrouve notamment en France, en Italie et au Luxembourg. En revanche, et malgré un droit au regroupement familial assez large prévu par la législation canadienne, cette figure n'y est pas admise ; le regroupant (appelé là-bas « répondant ») devant obligatoirement être âgé de 18 ans.

En matière de nationalité, certains pays connaissent le droit du sol, qui permet aux enfants nés sur leur territoire d'en acquérir la nationalité. Il s'agit des Etats-Unis, du Canada, de l'Italie, ainsi que – dans certaines circonstances – de l'Espagne. Le Luxembourg va plus loin encore en prévoyant une obtention de la nationalité « inversée » pour un parent étranger en raison de la présence d'un enfant mineur luxembourgeois dans un ménage (il s'agit d'une acquisition par voie d'option et sous conditions).

Enfin, en matière de droit des migrations, l'enfant joue encore un rôle dans d'autres domaines. Parfois, l'enfant bénéficie de droits supplémentaires. C'est le cas, par exemple, aux Pays-Bas, où il existe une possibilité pour l'enfant d'obtenir un meilleur titre de séjour (permanent) que ses parents (temporaire). Dans d'autres ordres juridiques, l'enfant peut être utilisé en tant que « preuve » du caractère stable et durable des unions de faits, comme c'est le cas au Luxembourg.

VI. En droit fiscal

A. Remarques liminaires

La fiscalité étant un élément fondamental de la souveraineté étatique, et demeurant interconnectée avec les contextes socio-économiques et culturels respectifs de chaque Etat, les divergences entre les régimes fiscaux examinés sont inévitablement substantielles. Pour

cette raison, il s'est agi de ne pas procéder à un examen approfondi de chacun des régimes fiscaux analysés, mais bien plutôt de mettre le doigt sur différentes problématiques et de dresser un état des lieux général des différents régimes juridiques. Seuls les résultats principaux des recherches concernant l'impôt sur le revenu sont résumés ici, bien que d'autres types d'impôts aient été discutés lors du colloque – notamment les impôts sur la fortune et les impôts successoraux.

B. Les modèles d'imposition et l'influence du mariage

Parmi les États observés, la France, l'Allemagne, le Luxembourg et les États-Unis imposent conjointement les couples mariés et les partenaires enregistrés. La France utilise le modèle du quotient familial (qui implique une pondération du taux d'imposition en fonction de la présence du conjoint et du nombre d'enfants à charge). L'Allemagne et le Luxembourg ont adopté le système du *splitting* total (d'après lequel les conjoints sont imposés au taux correspondant à la moitié de leur revenu total). Enfin, les États-Unis ont aménagé quatre barèmes d'imposition distincts (qui s'appliquent alternativement aux contribuables célibataires, aux contribuables mariés souhaitant être imposés en commun, aux contribuables mariés exerçant leur droit d'option en faveur d'une imposition individuelle, et enfin aux familles monoparentales).

L'Italie, les Pays-Bas, le Canada et l'Espagne ont adopté le modèle de l'imposition individuelle. Pour ces États, la forme de communauté de vie a néanmoins des conséquences directes sur l'imposition des contribuables. Les modèles d'imposition individuelle examinés tiennent en effet toujours compte de la situation économique du conjoint ou du partenaire enregistré. Les États utilisant ce modèle ont ainsi aménagé, parfois cumulativement, différents mécanismes qui permettent d'appréhender la situation économique du couple. En Italie, une déduction en faveur du contribuable dont le conjoint ne perçoit pas un revenu déterminé est notamment prévue. Au Canada et aux Pays-Bas, une importance particulière est accordée au revenu familial (« *joint income* ») ; l'octroi de certaines déductions ou crédits d'impôt étant subordonné à l'exigence que l'ensemble des revenus des conjoints n'atteigne pas un seuil déterminé. Au Canada, la considération du revenu commun du couple sert en particulier à privilégier les familles modestes lors de l'attribution des allègements fiscaux. Enfin, les Pays-Bas, le Canada et l'Italie prévoient, dans une plus ou moins grande mesure, la possibilité de répartir librement certains revenus et certaines déductions entre les époux. A ce titre, il convient de relever que plus la liberté des époux est étendue à cet égard, plus les effets de l'imposition sont analogues à ceux découlant de l'application du modèle de l'imposition commune. Dans ce cadre, la doctrine canadienne majoritaire soutient que la possibilité de répartir les revenus au sein du couple ne saurait être aménagée de façon trop étendue, au risque d'engendrer une discrimination indirecte à l'égard des femmes (en les incitant à ne pas exercer d'activité lucrative).

L'influence de l'état civil des couples mariés doit être relativisée à deux égards. En premier lieu, concernant la situation des couples mariés mais séparés dans les faits, tous les régimes assimilent ceux-ci à des contribuables célibataires. Ainsi, ils permettent de s'écarter du seul statut civil afin de donner une prépondérance aux faits lorsque ceux-ci indiquent que les époux ne forment plus une communauté de vie. En second lieu, le régime appliqué aux

couples mariés est parfois également appliqué aux couples de concubins. Cette assimilation, que l'on retrouve uniquement au Canada et aux Pays-Bas parmi les États observés, tend également à relativiser le statut civil en donnant parfois la prépondérance à d'autres éléments factuels.

Enfin, certains modèles d'imposition commune accordent aux contribuables mariés et aux partenaires enregistrés la possibilité d'opter pour une imposition individuelle (Allemagne, États-Unis et Luxembourg). Dans ce dernier État, les contribuables *a priori* imposés en commun peuvent renoncer à ce régime en optant pour une imposition individuelle pure ou une imposition individuelle avec réallocation du revenu – qui permet de répartir librement entre les deux conjoints tous les revenus du couple. A défaut d'indication quant aux montants à réallouer, l'autorité fiscale peut répartir les revenus équitablement entre les conjoints.

C. La reconnaissance et l'influence des autres formes de famille

Les partenaires enregistrés sont assimilés aux couples mariés dans tous les régimes fiscaux analysés. A cet endroit, le Luxembourg se démarque néanmoins des autres régimes fiscaux en prévoyant un régime particulier. Tandis que les couples mariés bénéficient partiellement du *splitting* lors de la retenue fiscale à la source (par le biais d'un calcul forfaitaire particulier), le partenariat enregistré ne produit aucun effet durant la période fiscale. Ce n'est qu'à la fin de celle-ci que les partenaires peuvent déposer une déclaration fiscale commune afin d'être imposés conjointement. La raison de ce décalage temporel réside dans la nécessité de vérifier a posteriori l'existence et la stabilité de l'union. Ce traitement particulier n'est nullement problématique au regard du principe de l'égalité de traitement en raison du mode de vie des contribuables dans la mesure où, au Luxembourg, tant le mariage que le partenariat enregistré sont ouverts aux couples de même sexe et de sexe différent.

Dans la plupart des États examinés, le concubinage n'est fiscalement pas pris en compte et les concubins sont ainsi généralement imposés au titre de célibataires. Néanmoins, la question de traiter les concubins comme les couples mariés est débattue au sein de ces États. Seuls le Canada et les Pays-Bas ont aménagé leur impôt sur le revenu de façon à administrer aux concubins le même traitement fiscal que celui réservé aux couples mariés³. Afin de bénéficier du statut de concubins dans ces deux États, certaines conditions doivent être réunies. Le droit fiscal canadien reconnaît le concubinage lorsque les contribuables entretiennent une relation qui respecte plusieurs critères durant au moins douze mois. On retrouve notamment les critères de l'existence d'un même logement, d'un soutien financier et d'une relation personnelle et sexuelle, correspondant dans une large mesure à la notion de communauté de toit, de table et de lit qui prévaut dans la jurisprudence suisse⁴. Le droit

³ L'examen des régimes canadien et néerlandais se révèle dès lors d'une importance accrue dans la perspective du juriste suisse, le Tribunal fédéral reconnaissant également que les concubins et les couples mariés doivent – dans la mesure du possible – faire l'objet de traitements fiscaux identiques (cf., par exemple, ATF 110 Ia 7).

⁴ Dans ce sens, voir par exemple ATF 138 III 157.

canadien adopte dès lors une approche casuistique, celle-ci ayant l'inconvénient de placer certains couples dans l'incertitude quant au traitement fiscal qui leur sera administré. Le régime des Pays-Bas a ceci de particulier que la réalisation de conditions légales est nécessaire à l'obtention du statut de partenaires fiscaux. Les couples néerlandais obtiennent ce statut lorsqu'ils sont enregistrés à la même adresse et qu'au moins l'une des conditions suivantes est réalisée : un contrat notarial de cohabitation a été conclu ; les partenaires ont un enfant en commun ; un des parents a reconnu l'enfant de l'autre ; ils ont ouvert un fonds de pension en commun ; ils sont conjointement propriétaires d'un logement ; un enfant de chaque partenaire est aussi enregistré à la même adresse ; les contribuables étaient reconnus comme partenaires fiscaux lors de l'année précédente. Relevons que la dernière condition est utile à ce type de réglementation, dans la mesure où elle conduit à une reconnaissance durable du concubinage dès lors que les contribuables demeurent enregistrés à la même adresse. En plus de permettre une meilleure prévisibilité juridique pour les couples non mariés, ce système a le mérite de rendre plus difficile le *shopping* fiscal des concubins – et par conséquent d'améliorer notablement l'égalité de traitement entre les couples mariés et les concubins. Aussi, la praticabilité de l'imposition semble garantie dans la mesure où chacune des conditions porte sur des informations à disposition des autorités publiques. La législation néerlandaise est enfin efficiente dans la mesure où, dans leur grande majorité, les couples de concubins sont reconnus en tant que partenaires fiscaux par le biais de cette liste de conditions légales. Il sied toutefois de souligner que, pour la [plupart](#), les couples néerlandais contractualisent formellement leur union et que l'on ne saurait escompter de tels résultats en Suisse avec le droit en vigueur – le contrat de concubinage n'étant aucunement soumis au respect de la forme notariée.

Bien que tous les ordres juridiques examinés proposent des allègements fiscaux pour les familles monoparentales, la plupart des législations demeurent critiquées pour l'insuffisance des dégrèvements fiscaux. Seul le Canada fait réellement exception à la règle, la prise en compte du revenu familial tendant à favoriser les familles monoparentales ; d'autant plus que les allègements sont aménagés dans l'optique d'être attribués en particulier aux familles modestes. Dans les modèles d'imposition en commun, les familles monoparentales bénéficient en général d'un barème d'imposition plus avantageux. Pour les autres régimes juridiques, l'Espagne offre notamment aux familles monoparentales la possibilité d'opter pour le modèle de l'imposition commune.

Si le Canada tient compte de la situation financière des familles monoparentales par la considération du revenu familial, il désavantage parfois les familles recomposées pour la même raison. Dans la mesure où il existe une présomption que le couple forme une unité économique après une année de vie commune, certains critiquent que tel n'est pas le cas pour une partie des parents dans les familles recomposées. Le parent percevant de faibles revenus dans certaines familles recomposées est en effet parfois interdit d'allègements fiscaux, car le fisc présume à tort qu'il dispose des revenus de son compagnon ou de sa compagne.

D. L'influence de la présence d'enfants dans la famille

Tous les régimes fiscaux examinés fournissent aux parents des allègements fiscaux afin de tenir compte des enfants à charge. Dans tous les régimes analysés, le dégrèvement ne correspond néanmoins pas aux dépenses effectives qui sont engagées à l'égard des enfants ; quand bien même tous les ordres juridiques s'accordent pour dire que de telles dépenses constituent une réduction de la capacité contributive des parents. Cette insuffisance des dégrèvements fiscaux est critiquée en Espagne notamment. Pour le reste, il semble que cette question ne préoccupe souvent pas outre mesure les législateurs étrangers – ceux-ci focalisant essentiellement leurs efforts sur la problématique de l'égalité de traitement horizontale. En plus des déductions relatives au nombre d'enfants à charge que tous les États ont aménagées, la présence d'enfants a des conséquences variées sur l'imposition des contribuables. En France, le quotient familial permet une réduction du taux d'imposition – celui-ci étant déterminé en fonction du nombre d'enfants à charge. En Espagne, une déduction pour maternité permet aux mères d'un enfant de moins de 3 ans d'obtenir une déduction de 1'300 euros par année si elles exercent une activité lucrative. Enfin, la présence d'enfants peut aussi impliquer la reconnaissance d'un concubinage aux Pays-Bas. D'une manière générale, il est possible de constater que les États accordent toujours plus d'importance à cet élément, aux dépens du critère du statut civil notamment.

E. Le respect du principe de l'égalité de traitement

Il est impossible de détailler ici toutes les problématiques d'égalité de traitement inhérentes à chaque modèle d'imposition. Il convient néanmoins de relever que le principe de l'unité économique de la famille – qui constitue le fondement du modèle de l'imposition commune – a été critiqué à plusieurs égards. En particulier, il a été soutenu qu'il est délicat de déterminer de manière générale et abstraite les situations dans lesquelles les ressources sont partagées au sein du couple : tous les couples mariés ne mettent pas leurs ressources en commun, alors que des concubins sont susceptibles de le faire ; les arrangements financiers évoluent au cours des années ; ou encore, le conjoint qui ne perçoit pas de revenu n'a pas systématiquement la même jouissance sur le revenu du couple. D'une manière plus générale, le statut civil n'est pas nécessairement le critère le plus pertinent à cet égard. Il est ainsi possible d'affirmer que l'unité économique d'un couple dépend plus de la présence d'enfants dans le ménage. Au surplus, plusieurs défauts ont été reprochés au modèle de l'imposition en commun. En plus d'être difficilement compatible avec la société telle qu'elle se présente aujourd'hui – pour le moins lorsque les couples de concubins sont exclus de son champ d'application –, ce modèle tend à discriminer indirectement les femmes qui ne sont pas encouragées à s'insérer sur le marché du travail en raison de la plus lourde imposition du second revenu. Finalement, malgré le fait que les intervenants provenaient de neuf pays appliquant autant de régimes fiscaux différents, les experts se sont pourtant accordés sur un point fondamental : le modèle de l'imposition individuelle doit être préféré au modèle de l'imposition commune.

VII. Synthèse

La notion de « famille » tend à évoluer avec le temps, comme le démontrent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que les pratiques des neuf

Etats étudiés qui reconnaissent tous, en sus du mariage, d'autres liens et formes de communautés de vie.

Néanmoins, l'état civil reste un critère très souvent utilisé pour octroyer des droits, en privilégiant – encore – les couples mariés. Cette réalité s'explique notamment par des raisons historiques. Trois Etats ont cependant élaboré des systèmes qui répondent à une autre logique. Il s'agit des Pays-Bas, de la Nouvelle-Zélande et du Canada qui accordent en principe des droits analogues aux différentes communautés de vie, qu'elles soient liées par un mariage, une union civile, un partenariat enregistré ou qu'elles découlent d'une union de fait ou d'une « cohabitation » informelle. Le critère pertinent n'est alors plus l'état civil, mais peut résulter d'une durée de cohabitation ou de la présence d'enfants.

Cette solution pragmatique, qui tient compte d'une réalité sociale diversifiée, invite à la réflexion. Elle conduit à se demander si un modèle garantissant des droits égaux en matière de droit privé, de droit social, de droit des étrangers et de droit fiscal ne devrait pas être la règle.

Le colloque aura permis d'ouvrir des pistes de réflexion s'agissant d'instruments qui favorisent une meilleure reconnaissance des communautés de vie en dehors du mariage.

En premier lieu, une certaine durée de vie commune, qui peut varier d'un an à cinq ans, est susceptible de constituer un critère dont il conviendrait de tenir compte pour accorder des droits analogues à ceux reconnus aux couples mariés, comme cela peut être le cas, en matière de rentes de survivants de la prévoyance professionnelles (art. 20a al. 1 lit. a LPP), pour les concubins ayant eu au moins cinq ans de vie commune avant le décès.

La présence d'un enfant constitue également un critère déterminant pour favoriser l'égalité de traitement entre les couples mariés et les personnes ayant opté pour une autre forme de vie commune. Le législateur suisse a d'ailleurs déjà franchi le pas en réformant le Code civil dans le domaine de la filiation et de ses effets (Modifications du Code civil relative à l'autorité parentale, FF 2011 8315 et relative à l'entretien de l'enfant, FF 2014 511). Si d'autres modifications dans ce sens sont également en cours d'élaboration (droit des successions, p. ex.), pour l'instant, tel ne semble pas être le cas s'agissant des autres effets de droit civil, relatifs à la protection du logement de la famille, à l'entretien ou encore au régime des biens.

Une solution abordée par les expertes des Pays-Bas constitue une piste de réflexion intéressante : elle consisterait, par défaut, à traiter de la même manière les différentes communautés de vie après un certain temps de vie commune, ou en présence d'enfants, tout en réservant la possibilité aux membres de la communauté d'y renoncer (« *opting out* »), s'ils le souhaitent, pour garantir la liberté des individus dans ce domaine.

La question de l'égalité de traitement entre hommes et femmes est également un sujet complexe, puisque la répartition des rôles reste très traditionnelle non seulement dans les mœurs mais également dans la loi (en particulier concernant le congé de maternité). La notion de « projet parental » constitue dès lors une autre piste importante pour aborder cette problématique. Elle permet de reléguer au second plan le critère biologique, s'agissant

des droits à accorder dans le domaine du droit des familles, afin de garantir une meilleure égalité de traitement.

Ce sont là des questions qui méritent encore réflexion mais qui sont à n'en pas douter les clés de l'avenir du droit de la famille, dans son sens le plus large, celui qui aura des impacts dans tous les autres domaines, notamment public, du droit.