

Bien que l'idée soit fort répandue, le concubinage n'est pas réservé aux moins de 30 ans. Au même titre qu'un jeune chef d'entreprise qui crée sa société, celui qui est dans la force de l'âge, mais divorcé, et qui vit avec une nouvelle compagne sans être marié, est également soumis aux règles – ou à l'absence de règles – du concubinage [1].

PASCAL FAVRE

CONCUBINAGE ET PARTENARIAT ENREGISTRÉ

Des approches différentes

1. LA NOTION DE CONCUBINAGE

Il n'existe aucune définition officielle du concubinage (ou union libre, ménage commun), ni réglementation légale. Il n'existe pas non plus de statut général comparable à celui du mariage [2]. Le mariage scelle, selon les formes de la loi civile, l'union de deux personnes physiques de sexe différent et consacre, selon la doctrine, une relation morale, affective et physique entre le mari et l'épouse. L'union conjugale représente en outre une communauté domestique et économique qui reçoit la sanction du droit.

Le concubinage est la communauté de vie que forment un homme et une femme vivant maritalement sans être unis par les liens du mariage; on estime à 360 000 le nombre de personnes vivant en union libre en Suisse. Les tribunaux parlent de la communauté de vie d'une certaine durée de deux personnes de sexe opposé ou de même sexe, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle qu'économique et peut être définie comme une communauté de toit, de table et de lit [3]. Puisqu'il ne s'agit pas d'un mariage au sens strict, il est exclu de lui appliquer, même par analogie, les règles que le législateur a réservées au mariage.

2. LES INCIDENCES LORSQU'UNE ENTREPRISE EST EXPLOITÉE

La solution suisse présente, lorsque le «couple» exploite une entreprise, plusieurs inconvénients importants. Ce sont les règles applicables entre des associés/actionnaires – tiers qui régissent la situation:

2.1 Les partenaires ne peuvent pas demander à bénéficier des règles du Code civil. Ces règles protègent les



PASCAL FAVRE,
LIC. IUR., JURISTE ET
ADMINISTRATEUR,
FIDUCIAIRE
MICHEL FAVRE SA,
LAUSANNE/VD

époux, notamment les effets généraux du mariage: nom de famille, logement de la famille en droit du bail, contributions d'un époux, recours au juge en cas de difficultés, etc.

2.2 Ils sont imposés distinctement. Comme le sont des personnes vivant seules, les partenaires sont imposés distinctement et il n'est pas tenu compte de la communauté de fait qu'ils forment. Si cela présente parfois des avantages, selon les lois fiscales cantonales sur le revenu lorsque chacun des partenaires dispose d'un revenu élevé, les inconvénients sont importants en matière d'impôts cantonaux sur les successions. Depuis plus de vingt ans maintenant, le législateur tente de supprimer, ou à tout le moins d'atténuer, la disparité de l'imposition sur le revenu des couples mariés et non mariés, sans succès jusqu'ici.

2.3 Ils ne peuvent en principe pas bénéficier des assurances sociales. Dans le cadre de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), la rente de veuve ou de veuf (introduite pour les veufs par la 10^e révision de l'AVS) ne peut donc pas être obtenue.

En vertu du nouvel article 20a de la *loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)*, la personne assurée peut désigner comme bénéficiaire de prestation de survivant son ou sa partenaire non marié(e) ou non enregistré(e) si les partenaires ont formé une communauté de vie de 5 ans avant le décès ou s'ils ont dû subvenir à l'entretien d'enfant(s) commun(s). Dans un tel cas, les prestations peuvent être:

→ Une rente de survivant pour le partenaire enregistré, à hauteur de 60% de la rente de vieillesse ou de la rente d'invalidité entière. Le partenariat enregistré doit avoir duré au moins 5 ans. De plus, le partenaire survivant doit être âgé de 45 ans ou avoir au moins un enfant à charge. L'ex-partenaire survivant est assimilé à l'ex-conjoint survivant si le partenariat enregistré a duré au moins 10 ans et s'il bénéficiait d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère, en vertu du jugement prononçant la dissolution du partenariat. → Une prestation en capital en faveur du partenaire enregistré survivant, qui ne doit pas avoir droit à une rente de partenaire enregistré survivant. Le capital est équivalent à trois rentes annuelles versées sous la forme d'une indemnité

unique. → Une prestation de survivant pour partenaire non marié ou non enregistré, toujours sous respect d'une communauté de vie d'au moins 5 ans avant le décès ou de l'entretien d'enfant(s) commun(s). Les conditions fixées par le règlement de l'institution de prévoyance définissent l'ampleur de la prestation.

En matière de 3^e pilier A, l'ordre des bénéficiaires prévu par la loi en cas de décès de la personne assurée est le suivant:

→ le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant;
→ les descendants directs ainsi que les personnes à l'entretien desquelles le défunt subvenait de façon substantielle, ou la personne qui avait formé avec lui 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.

2.4 Liquidation du régime matrimonial? Puisqu'il n'y a pas de mariage, il n'y a pas de liquidation du régime matrimonial en cas de décès, donc pas de répartition des biens avant la succession. Par comparaison, dans le régime de la participation aux acquêts, le conjoint a droit à la moitié du bénéfice de l'union conjugale, sans compter ses droits en tant qu'héritier dans la succession.

2.5 Le «conjoint» n'est pas un héritier privilégié. Il représente un tiers, ce qui signifie qu'il ne bénéficie pas de la réserve héréditaire. Si un concubin veut que son partenaire soit son héritier, il lui faut alors le prévoir expressément dans un testament ou un pacte successoral. D'autre part, le taux d'impôt sur les successions sera celui qui s'applique entre personnes non apparentées (jusqu'à 50% dans le canton de Vaud par exemple, tandis qu'il n'y a pas d'impôts sur les donations ou les successions à Schwyz).

2.6 En matière de droit du bail. À moins d'avoir signé le contrat ensemble, les partenaires ne peuvent pas bénéficier des règles relatives à la protection de la famille et à la prolongation du bail [4].

2.7 Le capital de prévoyance. Un concubin ne peut pas utiliser ou mettre en gage son capital de prévoyance pour le financement de la propriété du logement par le biais du 2^e pilier, à moins d'être lui-même dans une position de propriétaire, ou de copropriétaire, pour ce bien immobilier.

3. LA RÉMUNÉRATION D'UN CONCUBIN DANS L'ENTREPRISE DE L'AUTRE

Selon le Tribunal fédéral, un contrat individuel de travail est réputé conclu lorsqu'une personne accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. Dès lors, selon les cas, on pourra admettre l'existence d'un tel contrat et une rémunération sera due. L'octroi d'un salaire présente divers avantages: le concubin bénéficiera de rentes AVS et LPP; il pourra conclure un 3^e pilier A déductible fiscalement.

Si l'employeur est une société anonyme, le bénéfice est diminué d'autant, alors que, si l'employeur est un indépendant,

le salaire versé réduit son revenu imposable et freine la progressivité du taux de l'impôt, de même que le revenu déterminant pour les cotisations à l'AVS.

4. LPP ET LOGEMENT

Qu'en est-il de l'acquisition par un concubin d'un logement en copropriété et de la constitution d'un droit d'usufruit réciproque [5]?

Dans le *Bulletin de la Prévoyance professionnelle (BPP)* [6] n° 55, a été abordé le thème de l'acquisition d'un logement en copropriété par deux concubins, chacun étant nu-propriétaire de la première part de copropriété et usufruitier de la seconde part, et réciproquement. En l'absence d'un usufruit, chaque

«En l'absence d'un usufruit, chaque concubin a le droit de demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de propriété, l'autre partenaire détenant la seconde part de propriété.»

concubin a le droit de demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de propriété, l'autre partenaire détenant la seconde part de propriété.

En revanche, la constitution d'un usufruit prive l'assuré du droit d'obtenir un versement anticipé, car seule la pleine propriété du logement, et non la nue-propriété, doit être prise en considération.

D'autre part, l'usufruit étant un droit équivalant économiquement à une aliénation [7], le concubin est tenu au remboursement de ce versement. C'est uniquement lorsque le partenaire est désigné comme bénéficiaire conformément au règlement de prévoyance que le concubin pourrait demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de copropriété grevée d'un usufruit en faveur du partenaire. L'entrée en vigueur de l'article 20 a LPP, qui régit le cercle des bénéficiaires et s'applique tant aux institutions de prévoyance enregistrées que non enregistrées, facilite la réalisation de cette condition. En effet, cette nouvelle disposition prévoit l'octroi de prestations de survivants en faveur des concubins, à la condition toutefois que le règlement de l'institution de prévoyance précise la nécessité d'avoir formé une communauté de vie ininterrompue d'au moins 5 ans avant le décès de l'assuré [8].

5. QUELLES SONT LES MESURES DE PLANIFICATION?

Si le partenaire entend reprendre l'exploitation de l'entreprise, il faudra s'assurer qu'il/elle dispose des liquidités suffisantes pour payer les impôts sur les successions. Afin de limiter la part de l'entreprise transférée, il serait judicieux d'instituer une société entre les partenaires [9], dont ils seront chacun propriétaires pour moitié. Un cas de transfert portera

alors sur une moitié seulement, et non sur la totalité de l'entreprise.

Il est aussi recommandé de conclure un contrat de concubinage, en particulier si l'un des concubins est divorcé et/ou dispose d'un certain patrimoine. Ce contrat peut notamment contenir des dispositions relatives à la location commune d'un appartement (les partenaires se font tous deux inscrire dans le bail à loyer), à l'inventaire des biens qui se trouvent dans le logement, à la désignation des biens qui ont une valeur affective et n'appartiennent qu'à l'un des partenaires, aux finances du ménage commun incluant éventuellement l'ouverture d'un compte bancaire, à la conclusion des assurances indispensables telles que l'assurance ménage ou l'assurance vol, à l'éventuelle activité professionnelle commune, à la liquidation de l'inventaire en cas de séparation.

Une solution existe aussi, dans certains cas, pour s'assurer d'un capital en cas de décès du partenaire: la conclusion d'une assurance risque pur sur la tête du partenaire, c'est-à-dire une assurance sur la tête d'autrui qui nécessite son consentement exprès. Elle est soumise à l'impôt sur le revenu au titre de l'impôt fédéral direct et en droit harmonisé [10], imposable de manière séparée au taux de la prévoyance. Selon le Tribunal

fédéral, en matière de double imposition intercantonale, le canton qui, en raison du domicile du bénéficiaire, impose les prestations de risque pur au titre de l'impôt sur le revenu, l'emporte par rapport au canton qui, en raison du domicile du défunt, devrait prélever l'impôt successoral. Même si le Tribunal fédéral ne s'est pas directement exprimé sur l'imposition de telles prestations dans une situation purement interne à un canton, c'est-à-dire lorsque le preneur et le bénéficiaire sont domiciliés dans le même canton, l'impôt sur le revenu prime par rapport à l'impôt successoral [11]. Il n'y a dès lors pas d'imposition au titre de l'impôt successoral.

6. CONCLUSION

D'une part, la nouvelle LPP apporte quelques facilités pour favoriser la pérennité d'une entreprise détenue par un concubin. D'autre part, on peut regretter que les avantages apportés par la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe ne s'appliquent pas aux partenaires hétérosexuels, ces derniers ne bénéficiant pas des avantages en matière de donation et de succession prévus par diverses lois cantonales. Il est vrai que certains parlementaires limitaient le débat à la suggestion que les hétérosexuels ... se marient!

Notes: 1) Voir Pascal Favre, *Créer, gérer et transmettre une entreprise*, 5^e édition 2009, Edition Fiduciaire Michel Favre SA, Lausanne. 2) Voir l'article de Nicolas Reichen dans *L'Expert-comptable* 9/2004. 3) «Concubinage» vient du reste du latin «concupere», qui signifie vivre et dormir aux côtés de quelqu'un. 4) Art. 169 CC pour le bail d'ha-

bitation, qui dispose que «un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille». 5) Art. 20a, 30c, 30d al. 1 let. b, 30e al. 1 LPP; art. 2, 2e al. lettre b OEPL. 6) Bulletin de la Prévoyance

professionnelle du 30 novembre 2000, chiffre 329. 7) Au sens de l'article 30 d al. 1 let. b LPP. 8) BPP n° 87. 9) Par exemple une société en nom collectif, en prévoyant qu'elle ne prendra pas fin par le décès de l'un d'eux. 10) Art. 23 let. b LIFD et 7 al. 1^{er} LHID, 11 al. 3 LHID. 11) Art. LHID 7 al. 4 let. d, et LHID 11 al. 3.

ZUSAMMENFASSUNG

Konkubinats- und eingetragene Partnerschaft

Entgegen landläufiger Meinung ist das Konkubinats nicht den unter 30jährigen vorbehalten. Genau wie der Jungunternehmer bei Unternehmensgründung, unterliegt der geschiedene Unternehmer gesetzteren Alters, der in eheähnlicher Gemeinschaft mit einer neuen Partnerin lebt, den Regeln – bzw. der Regellosigkeit – des Konkubinats. Das Partnerschaftsgesetz schafft hier keinerlei Abhilfe, da es lediglich für gleichgeschlechtliche Paare gilt. Mit welchen Konsequenzen?

Das Konkubinats (bzw. die eheähnliche Lebensgemeinschaft oder der gemeinsame Haushalt) ist nicht offiziell definiert oder gar gesetzlich geregelt. Es hat keine der Ehe vergleichbare Rechtsstellung [1]. Mit der Heirat wird ein förm-

licher zivilrechtlicher Lebensbund zwischen zwei natürlichen Menschen unterschiedlichen Geschlechts geschlossen, welcher laut Lehrmeinung eine geistig-seelische, emotionale und körperliche Beziehung zwischen Mann und Frau begründet. Die Ehe ist zudem eine rechtlich anerkannte Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die schweizerische Lösung ist für Konkubinatspaare, die ein gemeinsames Unternehmen betreiben, mit erheblichen Nachteilen behaftet. In diesem Fall greifen die Regeln über die Beziehungen zwischen Gesellschaftern, bzw. Aktionären.

Das neue Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) bringt nun

einige Erleichterungen, die den Fortbestand eines vom Konkubinatspartner geführten Unternehmens begünstigen. Leider haben nicht alle – den gleichgeschlechtlichen Paaren gewährten – Vorteile des Partnerschaftsgesetzes vor den Augen des Gesetzgebers auch für Konkubinatspaare Gnade gefunden. Man denke insbesondere an die schenkungs- und erbrechtlichen Bestimmungen der kantonalen Gesetze. Tatsächlich beschränkten einige Parlamentarier die Debatte auf den Vorschlag, Heterosexuelle sollten einfach... heiraten! PF/CHW

Anmerkung: 1) Siehe Artikel Nicolas Reichen in: *Der Schweizer Treuhänder*, ST 9/2004.