

13.468

**Initiative parlementaire
«Mariage civil pour tous»**

**Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des affaires
juridiques du Conseil national**

du 14 février 2019

Condensé

Ce projet met en œuvre l'initiative parlementaire 13.468 «Mariage civil pour tous» qui demande d'ouvrir le mariage à tous les couples, indépendamment du sexe des partenaires.

Contexte

Depuis que le partenariat enregistré a été instauré en Suisse en 2007, deux personnes du même sexe ont la possibilité de faire reconnaître leur relation sur le plan juridique. Le partenariat est enregistré par l'office de l'état civil. Il constitue une communauté de vie avec des droits et des obligations réciproques semblables à ceux du mariage. Un certain nombre de différences subsistent toutefois entre le mariage et le partenariat enregistré. À cela s'ajoute le fait que l'état civil des partenaires enregistrés peut être perçu comme stigmatisant, car en communiquant leur état civil, les partenaires enregistrés doivent par là même donner des informations sur leur orientation sexuelle. Cela est considéré d'une part comme une atteinte à la vie privée et peut d'autre part avoir des conséquences problématiques, en particulier dans les pays où l'homosexualité est sanctionnée pénalement.

Contenu du projet

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe s'effectue par la voie d'une modification législative. Permettre à tous les couples d'accéder au mariage est la priorité. En outre, toutes les dispositions de l'ordre juridique qui fondent des droits et des devoirs sur l'existence d'un mariage seront à l'avenir appliquées aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels. Cet avant-projet n'est toutefois qu'un projet central: la question de l'élargissement du champ d'application des normes existantes dans les domaines dans lesquels le droit en vigueur opère une distinction en fonction du sexe des époux (par exemple dans le cas des rentes de survivants) ou exige l'hétérosexualité des époux (par exemple pour l'accès à la procréation médicalement assistée) sera soulevée dans le cadre de révisions ultérieures. Sur ce dernier point, il a toutefois été décidé de mettre en consultation une variante permettant aux couples de femmes mariées d'accéder au don de sperme.

À partir du moment où le mariage sera ouvert à tous les couples, il ne sera **plus possible d'enregistrer de nouveaux partenariats**. Les **partenariats enregistrés déjà conclus pourront toutefois être maintenus**. Les partenaires enregistrés se verront offrir la possibilité de **convertir leur partenariat enregistré en mariage** au moyen d'une procédure simple.

L'ouverture du mariage à tous les couples soulève également des questions en droit international privé en raison du **grand nombre de couples – mariés ou en partenariat enregistré – dans une situation internationale** (nationalités différentes, déménagements internationaux, etc.). Les dispositions de droit international privé doivent donc être également modifiées pour appréhender d'un côté les institutions juridiques du droit suisse et leurs effets à l'étranger et, de l'autre, régler la reconnaissance et les effets en Suisse des institutions juridiques étrangères.

Table des matières

Condensé	2
1 Genèse du projet	5
1.1 L’initiative parlementaire 13.468	5
1.2 Travaux de la commission	5
2 Considérations générales concernant le mariage pour tous	6
2.1 Règlementations étrangères	6
2.2 Niveau normatif: Constitution ou loi	6
2.3 Sort du partenariat enregistré	7
3 Présentation du projet	9
3.1 Droit matrimonial	9
3.1.1 La conclusion du mariage	9
3.1.2 Autres dispositions du droit matrimonial	10
3.2 Conséquences du mariage pour tous	10
3.2.1 Droit de cité	11
3.2.2 Rentes de survivants	12
3.2.3 Accès à l’adoption conjointe et à la procréation médicalement assistée	13
3.2.3.1 Accès à l’adoption conjointe	13
3.2.3.2 Accès à la procréation médicalement assistée	13
3.3 Conversion d’un partenariat enregistré existant en mariage	14
3.3.1 Procédure de conversion	15
3.3.2 Effets de la conversion	15
3.4 Maintien de la LPart pour les partenariats enregistrés existants	16
4 Droit international privé	16
4.1 Généralités	16
4.2 Mariage (chap. 3 LDIP)	17
4.2.1 Application des règles existantes à tous les mariages	17
4.2.2 Reconnaissance et transcription à l’état civil de mariages célébrés à l’étranger	18
4.2.3 Effets généraux du mariage	19
4.2.4 Régimes matrimoniaux	19
4.2.5 Divorce et séparation	20
4.3 Partenariat enregistré (chap. 3a LDIP)	20
4.3.1 Maintien des solutions existantes	20
4.3.2 Droit applicable	21
4.3.3 Conversion d’un partenariat enregistré en mariage	21
5 Questions à régler au sujet du mariage pour tous	22
5.1 Égalité dans le cadre des rentes de survivants	22
5.2 Accès à la procréation médicalement assistée	23

5.3	Autres questions sur le droit de la filiation	23
5.4	Langue non genrée	24
6	Commentaires des dispositions	24
6.1	Dispositions de l'AP-CC	24
6.2	Dispositions de l'AP-LPart	28
6.3	Dispositions de l'AP-LDIP	31
7	Conséquences	33
7.1	Conséquences pour la Confédération	33
7.2	Conséquences pour les cantons et les communes	34
7.3	Conséquences sur l'économie nationale	35
7.4	Conséquences sur la société	35
7.5	Conséquences sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes	35
8	Aspects juridiques	36
8.1	Constitutionnalité et légalité	36
8.2	Compatibilité avec les obligations internationales	36
8.3	Forme de l'acte à adopter	36
8.4	Frein aux dépenses	36
8.5	Délégation de compétences législatives	36
8.6	Conformité à la législation sur la protection des données	36

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 L'initiative parlementaire 13.468

Le 5 décembre 2013, le groupe vert'libéral a déposé une initiative parlementaire dont la teneur est la suivante:

«La Constitution fédérale sera modifiée comme suit:

Art. 14 Droit au mariage, à l'union (nouveau) et à la famille

Al. 1

Le droit au mariage, à l'union (nouveau) et à la famille est garanti.

Al. 2

Les formes d'union régies par la loi sont ouvertes à tous les couples, quels que soient leur sexe ou leur orientation sexuelle.

Art. 38, al. 1 première phrase

La Confédération règle l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, par union (supprimer «par mariage») ou par adoption.»

Le 20 février 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) (ci-après: la commission) a procédé à l'examen préalable de l'initiative et a décidé, par 12 voix contre 9 et 1 abstention, d'y donner suite conformément à l'art 109, al. 2, de la loi sur le Parlement (LParl)¹. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États s'est ralliée à cette décision le 1^{er} septembre 2015, par 7 voix contre 5 et 1 abstention (art. 109, al. 3, LParl). Le 16 juin 2017, le Conseil national a décidé, à la demande de sa commission, de prolonger jusqu'à la session d'été 2019 le délai prévu pour élaborer le projet d'acte.

1.2 Travaux de la commission

La commission s'est penchée le 11 mai 2017 sur la mise en œuvre de l'initiative parlementaire et a mené une première discussion sur la suite à donner au projet. Il y a été décidé de remettre à plus tard la décision concernant la nécessité de modifier la Constitution pour ouvrir le mariage à tous les couples.

Le 5 juillet 2018, la commission a arrêté la décision de principe d'emprunter la voie d'une modification législative pour ouvrir l'institution juridique du mariage aux personnes de même sexe. En outre elle a opté en faveur d'une révision de la loi en deux étapes ou plus plutôt qu'en une seule. L'administration a ensuite été chargée d'élaborer, avec le concours d'experts externes, un «projet central», tel qu'il avait

¹ Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, RS **171.10**.

été esquissé dans le document de travail de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 27 mars 2018².

La commission a examiné l'avant-projet et l'a adopté le 14 février 2019. Elle a décidé de compléter le projet central préparé par l'OFJ d'une variante pour élargir l'accès au don de sperme en tant que méthode de procréation médicalement assistée. Cet avant-projet et la variante seront mis en consultation conformément à la loi sur la consultation³.

La commission a bénéficié dans son travail, conformément à l'art. 112, al. 1, LParl du soutien du Département fédéral de justice et police. De son côté, l'administration a été épaulée par les experts suivants (par ordre alphabétique): Andrea Büchler, docteure en droit, professeure ordinaire à l'Université de Zurich; Thomas Geiser, docteur en droit, professeur émérite à l'Université de Saint Gall; Alexandra Jungo, docteure en droit, professeure ordinaire à l'Université de Fribourg; Philippe Meier, docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne. Pour les questions relevant du droit international privé, il a été fait appel aux compétences de Florence Guillaume, docteure en droit, professeure ordinaire à l'Université de Neuchâtel.

2 Considérations générales concernant le mariage pour tous

2.1 Règlements étrangers

De nombreux ordres juridiques européens ont ouvert ces dernières années le mariage aux couples de même sexe, notamment les Pays-Bas (en 2001), la Belgique (en 2003), l'Espagne (en 2005), la Suède et la Norvège (en 2009), le Portugal et l'Islande (en 2010), le Danemark (en 2012), la France (en 2013), l'Angleterre et le Pays de Galles (en 2013), l'Ecosse (en 2014), le Luxembourg, l'Irlande et la Finlande (en 2015), l'Allemagne et Malte (en 2017) et l'Autriche (en 2019)⁴.

2.2 Niveau normatif: Constitution ou loi

La compétence de la Confédération de légiférer sur le mariage découle de la compétence générale en matière de droit civil (art. 122 de la Constitution fédérale (Cst.))⁵. On peut cependant se demander si la notion de mariage telle que la conçoit l'art. 14 Cst. (droit au mariage) ne limite pas le législateur (civil) fédéral dans son activité,

² Voir document de travail de l'OFJ du 27 mars 2018 «Présentation des conséquences du mariage pour tous dans les différents domaines du droit »; disponible sous: www.parlament.ch > Curia vista 13.468 > liens supplémentaires (ci-après: document de travail de l'OFJ du 27 mars 2018).

³ Loi fédérale du 8 mars 2005 sur la procédure de consultation, RS 172.061.

⁴ Voir DAGMAR COESTER-WALTJEN, Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2018, 320–358, p. 323.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1899, RS 101.

auquel cas il faudrait modifier la Constitution avant d'ouvrir l'institution juridique du mariage à tous les couples.

Pour tirer cette question au clair, le président de la commission a demandé à l'OFJ un avis de droit pour déterminer si la mise en œuvre de l'initiative requiert une modification de la Constitution ou si elle pourrait être réalisée plus simplement, au niveau de la loi. Dans l'avis de droit qu'il a livré le 7 juillet 2016, l'OFJ a conclu que l'art. 14 Cst. n'empêche pas le législateur de se fonder sur sa compétence législative en matière de droit civil pour ouvrir l'institution du mariage aux personnes de même sexe, quand bien même les couples de même sexe ne peuvent aujourd'hui se fonder sur l'art. 14 Cst. pour faire valoir un droit au mariage. En conséquence, il est juridiquement possible d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe en passant par une révision de la loi, une modification de la Constitution n'étant pas nécessaire⁶.

Sur la base de cet avis de droit, la majorité de la commission a décidé d'opter pour une révision de la loi.

Une minorité de la commission (Nidegger, Egloff, Geissbühler, Reimann Lukas, Schwander, Vogt, Walliser, Zanetti Claudio) est en revanche d'avis que cette révision ne pourra pas entrer en vigueur avant que le peuple et les cantons aient modifié l'art. 14 Cst., afin de préciser que le « droit au mariage » s'entend comme le droit d'épouser indifféremment une personne de sexe différent ou de même sexe.

2.3 Sort du partenariat enregistré

Si l'on ouvre le mariage à tous les couples, il faudra alors trancher sur l'opportunité de conserver l'institution du partenariat enregistré, c'est-à-dire déterminer s'il y a lieu de préserver la possibilité de conclure un tel partenariat et si oui, qui peut accéder à cette institution. L'initiative parlementaire n'est pas explicite à cet égard et demande simplement d'ouvrir à tous les couples les formes d'union régies par la loi.

Dans plusieurs pays, il existait, avant que le mariage n'y soit ouvert à tous les couples, une institution juridique telle que le partenariat enregistré, laquelle offrait aux couples de même sexe une forme d'union régie par la loi. Ces pays ont maintenu cette institution après avoir ouvert le mariage. En Allemagne toutefois, la conclusion d'un partenariat enregistré n'est plus possible depuis l'introduction du mariage pour tous. Il en va de même au Danemark, où l'institution correspondante réservée aux couples de même sexe n'est plus accessible. Cependant, d'autres pays qui connaissaient une solution analogue au mariage, telle le partenariat enregistré (*partenariat fort*), ont maintenu cette institution et sont allés jusqu'à l'ouvrir à tous les couples (Pays-Bas p.ex.). Enfin, la France connaît outre le mariage (pour tous) le PACS (*pacte civil de solidarité*) qui est accessible à tous les couples. Des institutions similaires existent en Belgique (*cohabitation légale*) et au Luxembourg (*partenariat*

⁶ Avis de droit livré le 7 juillet 2016 par le Domaine de direction Droit public de l'OFJ, p. 4–6; disponible sous: www.parlament.ch > Curia vista 13.468 > liens supplémentaires (ci-après: avis de droit OFJ).

enregistré). Celles-ci vont cependant moins loin que le mariage et peuvent être qualifiées de *partenariats faibles*.

En Suisse, le Conseil national a transmis le 15 mars 2016 les postulats 15.3431 (Caroni) et 15.4082 (Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national) «Un pacs spécifique à la Suisse» et a chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport qui se penchera sur l'opportunité d'instituer un pacs (partenariat pour couples de même sexe ou de sexe différent) pour la Suisse. Il s'agit ici d'examiner l'introduction d'un partenariat en tant que régime juridique hors mariage et indépendant du sexe des couples.

Pour la commission, la question de savoir si le législateur suisse souhaite introduire en plus du mariage un lien plus faible peut être tranchée indépendamment de la question de l'ouverture du mariage. C'est pourquoi elle a décidé d'accorder la priorité à l'ouverture du mariage et de poursuivre ce débat ultérieurement.

Une fois le mariage ouvert à tous les couples, il ne sera en revanche plus possible de conclure de nouveaux partenariats enregistrés. Rappelons que le partenariat enregistré a été institué comme pendant au mariage pour les personnes de même sexe⁷. Il n'aura plus de raison d'être si le mariage s'ouvre à tous. Le débat autour de l'introduction d'un nouveau régime juridique pour tous en Suisse aura lieu dans le cadre de l'exécution des deux postulats susmentionnés 15.3431 et 15.4082⁸.

Jusqu'à-là en tout cas, les partenariats enregistrés existants resteront valables, mais possibilité devra être donnée aux couples qui vivent sous ce régime juridique de convertir leur partenariat enregistré en mariage (voir ch. 3.3).

On ne peut s'attendre à ce que tous les partenaires enregistrés optent pour une conversion, si bien que l'institution juridique du partenariat enregistré subsistera encore pendant longtemps. La loi sur le partenariat enregistré (LPart)⁹ restera par conséquent en vigueur aussi longtemps qu'existeront des partenariats enregistrés, mais deviendra en quelque sorte une réglementation transitoire qu'il faudra adapter en conséquence (voir ch. 3.4).

⁷ Voir ANDREA BÜCHLER/NADJA HERZ/MARTIN BERTSCHI, in: Andrea Büchler (éd.), *FamKomm Eingetragene Partnerschaft*, Berne 2007, Allg. Einl. IV, Die Entstehung des Partnerschaftsgesetzes, n° 1-5; MICHEL MONTINI, *Eingetragene Partnerschaft – Abschluss, Auflösung, Wirkungen*, n° 11 ss., in: Andreas Ziegler, Michel Montini, Eylem Ayse Copur (éd.), *LGBT Recht*, Bâle 2015.

⁸ À cet égard, il convient aussi de mentionner le mandat que l'OFJ a donné à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC). L'institut a été chargé d'élaborer un avis de droit comparé pour éclairer la situation juridique qui prévaut à l'étranger concernant les différentes communautés de vie régies par la loi. Les résultats du projet du Fonds national de la recherche UniNE seront également utiles pour fonder la décision sur les futures formes de communautés de vie en Suisse (description du projet sous: <https://libra.unine.ch> > projets > projets en cours > L'avenir de la famille: analyse sous l'angle de l'égalité de traitement)

⁹ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231.

3 **Présentation du projet**

Il est très important pour la commission de garantir *aussi rapidement que possible* l'accès au mariage à tous les couples. Elle a de ce fait décidé de se concentrer dans un premier temps uniquement sur les adaptations qui sont indispensables pour ouvrir le mariage à tous (réduction à un «projet central»¹⁰).

Pour une législation cohérente, la commission a bien conscience qu'il serait nécessaire de réglementer toutes les questions qui se posent dans ce contexte – y compris celles qui ont trait à une autre forme d'union régie par la loi que le mariage. Cela permettrait avant tout de garantir que la révision soit réalisée en suivant une stratégie uniforme et d'éviter que plusieurs projets de révision soient menés en parallèle. La portée d'une révision si importante serait toutefois susceptible de retarder considérablement la mise en œuvre de la question centrale: l'ouverture du mariage à tous les couples. À cela s'ajoutent les risques politiques qu'une révision si complète ferait naître: on se confronterait notamment à des thèmes très controversés dont la modification de la réglementation a déjà échoué par le passé (en particulier la réglementation des rentes de survivants, voir à ce sujet le ch. 5.1). Inclure ces questions dans le projet mettrait en danger son succès dans son ensemble. La préoccupation principale de la commission est toutefois d'éliminer rapidement la discrimination des couples homosexuels en matière de mariage. Pour atteindre cet objectif, elle est prête à s'accommoder temporairement de certaines incohérences et inégalités de traitement et à ne les lever que dans le cadre de la prochaine révision ou des prochaines révisions.

3.1 **Droit matrimonial**

Les dispositions du droit matrimonial doivent être adaptées et ne doivent plus prévoir que le mariage puisse uniquement être contracté par un homme et une femme, mais qu'il puisse aussi l'être par deux personnes de même sexe. Il faut en outre adapter dans le droit matrimonial les occurrences où la loi utilise les termes de mari, de femme, de fiancé et de fiancée.

3.1.1 **La conclusion du mariage**

La réglementation légale du mariage est divisée en quatre chapitres: le premier règle les fiançailles (art. 90 à 93 Code civil (CC)¹¹), le deuxième, la capacité et les empêchements de contracter un mariage (art. 94 à 96 CC), le troisième, la procédure préparatoire et la célébration du mariage (art. 97 à 103 CC) et le quatrième, l'annulation du mariage (art. 104 à 109 CC).

Même si l'incidence pratique de l'institution juridique que sont les fiançailles est très minime, le législateur a expressément renoncé à la supprimer en l'an 2000 dans le cadre de la révision du droit du mariage. «En outre, chaque mariage suppose des

¹⁰ Voir le document de travail de l'OFJ du 27 mars 2018, p. 8 et 9.

¹¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

fiançailles préalables en raison de la communication de la promesse de mariage à l'office de l'état civil lors de la procédure préparatoire [...] Il paraît donc raisonnable d'adopter une réglementation applicable aux dispositions qui ont été prises en vue du mariage dans les cas où ce dernier n'a pas lieu.»¹² Aucune institution parallèle aux *fiançailles* (art. 90 ss. CC) n'a été prévue pour les partenariats enregistrés¹³. Désormais, deux personnes du même sexe ont aussi la possibilité de se fiancer au sens des art. 90 ss. CC en s'adressant la promesse mutuelle de contracter un mariage ensemble.

Les dispositions portant sur les *conditions du mariage* (art. 94 à 96 CC) doivent être modifiées: le mariage n'est plus réservé aux couples hétérosexuels mais il pourra être conclu entre deux personnes, indépendamment de leur sexe (art. 94 AP-CC). De plus, un partenariat enregistré existera sans empêcher de conclure un mariage (art. 96 AP-CC, jusqu'à présent: art. 26 LPart). Cette disposition ne s'applique toutefois pas quand un partenariat enregistré est converti en mariage (voir ch. 3.3).

Les dispositions du chapitre *De la procédure préparatoire et de la célébration du mariage* (art. 97 à 103 CC) doivent être formulées de manière à ne pas faire entendre que le mariage doit forcément être conclu entre un homme et une femme. Les différentes versions linguistiques sont adaptées en conséquence. En français, on remplace «mari et femme» par «les époux» et «fiancée et fiancé» par «les fiancés», la forme au masculin pluriel permettant de couvrir tous les cas de figure.

Enfin, le «partenariat enregistré» (art. 105, ch. 1, AP-CC) vient s'ajouter aux dispositions concernant *l'annulation du mariage* (art. 104 à 109 CC).

Les dispositions (d'exécution) de l'ordonnance sur l'état civil (OEC)¹⁴ seront adaptées en temps voulu.

3.1.2 Autres dispositions du droit matrimonial

Le champ d'application de toutes les autres dispositions du droit matrimonial (divorce et séparation de corps, effets généraux du mariage, régime matrimonial) est automatiquement étendu aux couples homosexuels. En français, on remplace «mari et femme» par «les époux» à l'art. 163 CC.

3.2 Conséquences du mariage pour tous

Il en va de même pour toutes les autres dispositions de l'ordre juridique fondant des droits et des devoirs sur l'existence d'un mariage et les dispositions de procédure applicables au mariage. Leur champ d'application personnel sera «automatique-

¹² Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoisie matrimoniale), FF 1996 I 1, 12.

¹³ Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2003 1192, 1214.

¹⁴ Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC), RS 211.112.2.

ment» étendu: les règles concernées seront appliquées aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels. Il n'est pas admissible de prévoir différentes catégories de mariage. L'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination permettent uniquement d'envisager des distinctions quand il est possible de donner des raisons objectives. Il faut surtout noter, à ce sujet, que l'art. 8, al. 1, Cst. interdit toute discrimination du fait du «mode de vie» ou du «sexe». Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, le critère du «mode de vie» englobe les discriminations à raison de l'orientation sexuelle et le critère du «sexe» celles qui visent l'identité sexuelle. L'homosexualité et la vie commune de couples de même sexe ne sont donc pas des raisons objectives qui permettraient de justifier une distinction¹⁵.

Cette extension du champ d'application des normes existantes ne pose aucun problème partout où le droit en vigueur reconnaît déjà expressément aux partenaires enregistrés les mêmes droits et devoirs qu'aux époux. Lorsque le droit en vigueur prévoit des règles différentes pour le mariage et le partenariat enregistré (par exemple en ce qui concerne le droit de cité ou l'adoption conjointe), fait écho au sexe des époux (comme en ce qui concerne les rentes de survivants), ou prévoit que les époux soient de sexe différent (comme pour l'accès à la procréation médicalement assistée), il nous faut décrire quelles seront les conséquences du mariage pour tous (voir ch. 3.2.1–3.2.3).

3.2.1 Droit de cité

S'agissant du droit de cité, il existe aujourd'hui une distinction entre le mariage et le partenariat enregistré. La nouvelle loi fédérale sur la nationalité suisse (LN)¹⁶, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, prévoit aussi des conditions de naturalisation qui diffèrent entre les personnes mariées à une personne de nationalité suisse et les partenaires enregistrés d'une personne de nationalité suisse (voir les art. 10 et 21 LN).

L'égalité du partenariat enregistré et du mariage devant la procédure de naturalisation n'est pas l'objet de ce projet, même si l'initiative parlementaire 13.468 exigeait aussi une adaptation de l'art. 38 Cst. Un projet en faveur de l'égalité du partenariat enregistré et du mariage devant la procédure de naturalisation avait déjà réuni une majorité au Conseil national le 14 mars 2016 avec 122 voix contre 62. Le projet, qui met en œuvre plusieurs initiatives parlementaires (Iv. pa. 13.418 du groupe vert/libéral, Iv. pa. 13.419 du groupe bourgeois-démocratique, Iv. pa. 13.420 du groupe des verts, Iv. pa. 13.421 du groupe socialiste ainsi que l'Iv. pa. 13.422 de la CN Doris Fiala)¹⁷ a cependant ensuite été ajourné au Conseil des États le 26 septembre 2016 en vertu de l'art. 87, al. 3, LParl. La Commission des institutions politiques a fait une demande au Conseil des États parce qu'il faut d'après elle attendre que la Commission des affaires juridiques du Conseil national ait élaboré un

¹⁵ Voir le document de travail de l'OFJ, p. 4

¹⁶ Loi du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse (LN), RS 141.0

¹⁷ Voir aussi le postulat 18.3171 Guldemann, repris par le CN Wermuth, «Naturalisation facilitée pour les partenaires enregistrés de personnes de nationalité suisse domiciliées à l'étranger»

projet de mise en œuvre de l'initiative parlementaire «Mariage civil pour tous» (13.468). Le Conseil national a accepté la décision du Conseil des États le 16 décembre 2016.

Abstraction faite de la question de l'égalité entre le partenariat enregistré et le mariage devant les procédures de naturalisation, la commission est d'avis que les dispositions sur la naturalisation des personnes mariées avec un Suisse ou une Suisse s'appliqueront aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels à partir du moment où le mariage sera ouvert à tous. Il n'existe pas de raison objective qui puisse justifier une distinction.

3.2.2 Rentes de survivants

L'art. 13a, al. 1, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹⁸ prévoit que le partenariat enregistré est, pendant toute sa durée, assimilé au mariage, dans le droit des assurances sociales. Si l'une ou l'un des partenaires décède, la partenaire ou le partenaire enregistré survivant est assimilé à un veuf d'après l'al. 2, de cette disposition. Les rentes de conjoint survivant sont soumises à des conditions différentes et les droits des veufs sont moins étendus que ceux des veuves (voir à ce sujet le ch. 5.1). Cette problématique fait l'objet de deux interventions parlementaires: la motion 17.3679 Maury Pasquier «Les partenaires survivantes sont des veuves comme les autres» (liquidée; retirée) et le postulat 17.3838 Feri «Assurances sociales. Adapter la législation afin d'assurer l'égalité pour les différents partenariats» (non encore traité au conseil).

Ce projet ne vise pas à établir une égalité entre les partenaires enregistrées et les femmes mariées devenues veuves face aux rentes de survivants (voir ch. 5.1). La commission estime toutefois qu'avec l'ouverture du mariage à tous les couples, les dispositions concernant les rentes s'appliqueront pour toutes les épouses, même dans le cas d'un mariage entre deux femmes, étant donné qu'elles sont formulées sans équivoque. Cela revêt surtout de l'importance pour les femmes dont l'épouse décède avant d'avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite. En effet, une personne remplissant simultanément les droits d'octroi d'une rente de survivant et d'une rente de vieillesse ou d'une rente d'invalidité se voit uniquement octroyer la rente la plus élevée, c'est-à-dire la rente de vieillesse (avec le supplément pour les veuves et les veufs) (art. 24b loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹⁹). Il en va de même pour les rentes de survivants d'après la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)²⁰ (art. 31, al. 4, LAA).

Certains membres de la commission regrettent quant à eux que l'inégalité de traitement actuelle entre l'homme et la femme face aux rentes de survivants (voir ch. 5.1) soit perpétuée.

¹⁸ Loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1.

¹⁹ Loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10.

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

3.2.3 Accès à l'adoption conjointe et à la procréation médicalement assistée

L'art. 28 de la LPart prévoit que les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant conjointement ni à recourir à la procréation médicalement assistée. Cette disposition ne sera pas modifiée dans le cadre de ce projet. On peut toutefois se demander quelles seront les conséquences du mariage pour tous dans ces deux domaines.

3.2.3.1 Accès à l'adoption conjointe

Lors de l'adoption du message sur la LPart en 2002, on a principalement justifié le refus de l'accès à l'adoption conjointe aux partenaires enregistrés en soutenant qu'en autorisant les couples homosexuels à adopter, «d'enfant aurait, du point de vue juridique, deux mères ou deux pères, ce qui serait contraire à l'ordre des choses. Il serait alors dans une situation exceptionnelle, qui serait difficile à justifier dans la société contemporaine.»²¹ Cette réflexion n'est plus de mise. Depuis plusieurs années, les adoptions effectuées par des couples homosexuels à l'étranger sont reconnues en Suisse²². En outre, ces dernières années, on constate une «augmentation des relations homosexuelles vécues au grand jour, avec des couples qui élèvent des enfants en commun».²³ Enfin, depuis l'entrée en vigueur de la dernière révision du droit de l'adoption le 1^{er} janvier 2018, dans laquelle le législateur a autorisé l'adoption de l'enfant du conjoint mais aussi du partenaire enregistré, il est désormais aussi possible en Suisse qu'un enfant n'ait pas seulement un père et une mère, mais qu'il ait deux pères ou deux mères. Le sexe des époux ne représente ainsi plus un obstacle à l'adoption. Grâce au mariage pour tous, les dispositions régissant l'adoption conjointe par les époux (art. 264a, al. 1 CC) s'appliqueront aussi bien aux couples de même sexe qu'aux couples de sexe différent. Dans tous les pays où le mariage pour tous existe, les couples homosexuels ont la possibilité d'adopter conjointement un enfant. Il y a lieu de préciser que cela ne revient pas à accorder un droit à l'adoption mais seulement la possibilité d'entamer la procédure d'adoption.

3.2.3.2 Accès à la procréation médicalement assistée

La question de l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée est plus complexe.

Selon les travaux préparatoires et une partie de la doctrine, l'exclusion des couples homosexuels de la procréation médicalement assistée découle directement de la Constitution (art. 119, al. 2, let. c, Cst), car la notion constitutionnelle de stérilité ne peut s'appliquer qu'à des couples hétérosexuels. Si l'on s'en tient à ce point de vue, une modification de la Constitution est nécessaire afin de permettre à ces couples

²¹ Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF **2003** 1222.

²² Voir l'avis du Conseil fédéral du 14 mai 2008 sur l'interpellation 08.3157 Mario Fehr «Levée de l'interdiction d'adopter faite aux personnes homosexuelles»: «3. [...] l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe à l'étranger sera en principe reconnue en Suisse.»

²³ Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF **2015** 847.

d'accéder à la procréation médicalement assistée²⁴. Si l'on suit en revanche l'avis que partagent l'autre partie de la doctrine et le Prof. Andreas Ziegler dans son rapport d'expertise du 19 janvier 2019, la notion de stérilité figurant à l'art. 119, al. 2, let. c, Cst. ne peut pas être lue dans le sens d'une discrimination des couples homosexuels. D'après eux, l'objectif de la disposition est plutôt d'empêcher l'usage abusif de la procréation médicalement assistée; il ne serait ainsi pas possible de justifier, sur la base de cet article, l'exclusion des couples homosexuels²⁵.

Dans ce contexte, la commission a décidé de compléter le projet central préparé par l'OFJ par une **variante permettant aux couples de femmes mariées de recourir à la procréation médicalement assistée, au moyen d'une insémination avec don de sperme**. La variante ne prévoit que de modifier les dispositions du CC portant sur l'établissement de la filiation (voir art. 252, al. 2, et 259a, AP-CC) afin d'ouvrir aux couples de femmes mariées la possibilité de recourir à un don de sperme en vertu de l'art. 3, al. 3, de la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA)²⁶. Il n'est pas nécessaire de modifier la LPMA: en reconnaissant dans le CC la parentalité originaire (parentalité dès la naissance) de l'épouse de la mère, on remplit la condition de l'art. 3, al. 2, let. a, LPMA selon laquelle la procréation médicalement assistée est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi au sens des art. 252 à 263 CC. Les autres dispositions de la LPMA, en particulier l'art. 3, al. 3, conformément auquel seul un couple marié peut recourir à un don de sperme ne s'opposent non plus pas à ce que les couples de femmes puissent recourir à un don de sperme à partir du moment où le mariage sera ouvert à tous les couples.

3.3 Conversion d'un partenariat enregistré existant en mariage

En ouvrant le mariage à tous les couples, il faut déterminer de quelle façon traiter la situation des couples homosexuels qui ont enregistré un partenariat *avant* l'entrée en vigueur de cette modification et qui souhaiteraient désormais se marier.

Entre l'entrée en vigueur de la LPart le 1^{er} janvier 2007 et le 31 décembre 2017, 9 526 partenariats enregistrés ont été conclus en Suisse (et 1 143 dissous judiciairement)²⁷. Les chiffres de l'année 2018 ne sont pas encore connus. D'après l'Annuaire statistique de la Suisse, le pays comptait 15 300 personnes liées par un partenariat enregistré en 2016; ce chiffre était de 14 300 en 2015 et de 13 300 en 2014, évoluant ainsi de 1000 unités par année²⁸. La possibilité de convertir le partenariat sera en outre offerte aux personnes vivant à l'étranger, qui ont conclu un partenariat enregis-

²⁴ Voir l'avis de droit de l'OFJ, p. 5 et références citées

²⁵ «Kurzgutachten zur Frage des Zugangs gleichgeschlechtlicher Paare zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren in der Schweiz (Auslegung des Begriffs der „Unfruchtbarkeit“ in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV)», Ziegler Andreas R., 2019/01/19. Avis de droit, Lesbianorganisation Schweiz (LOS), S. 15 f.; disponible sous: www.unil.ch > Recherche > Publications > serval > Ziegler [serval:BIB_2F3DA0DD2F66]

²⁶ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.11.

²⁷ Consultable ici: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html> > Trouver des statistiques > Population > Mariages, partenariats et divorces > Partenariats enregistrés, dissolution.

²⁸ Voir Annuaire statistique de la Suisse 2018, p. 55.

tré (selon le droit suisse ou étranger) avant l'introduction du mariage pour tous (voir ch. 4.3.4). De ce fait, la question de la conversion concernera potentiellement plus de 16 000 personnes, soit 8 000 couples.

3.3.1 Procédure de conversion

Un partenariat enregistré existant ne peut pas être converti en mariage de par la loi, c'est-à-dire sans participation active des parties. Une telle réglementation serait incompatible avec le droit au mariage garanti par la Constitution (art. 14 Cst.), car cette dernière garantit aussi la liberté de ne pas devoir se marier. Les partenaires peuvent soit continuer à vivre en partenariat enregistré, soit le convertir en mariage.

Si des partenaires enregistrés décident de convertir leur partenariat, la commission estime qu'il n'est pas envisageable que ces personnes doivent dissoudre leur partenariat et conclure un mariage par la suite. Si les partenaires enregistrés avaient déjà eu la possibilité de se marier au moment de l'enregistrement de leur partenariat, on peut présumer qu'ils seraient nombreux à l'avoir fait. À partir du moment où le mariage s'ouvre à tous les couples, ils ne souhaitent pas se séparer, mais bien au contraire poursuivre leur union dans le cadre d'un mariage. Dans ces circonstances, le fait de devoir effectuer un détour en passant d'abord par une dissolution semble inapproprié; il faut en revanche offrir à ces couples la possibilité de *convertir* leur partenariat enregistré en mariage, sans obstacles bureaucratiques (voir art. 35 AP-Part).

Une simple déclaration des couples devant l'état civil doit permettre cette conversion. La remise de la déclaration de conversion n'est pas soumise à un délai déterminé et peut avoir lieu en tout temps. Dès que les deux partenaires ont remis leur déclaration de conversion à l'office de l'état civil et que celle-ci a été enregistrée, ils sont considérés comme mariés: leur état civil passe dès lors à «marié».

3.3.2 Effets de la conversion

La commission considère qu'un mariage issu d'une conversion doit être traité de la même manière que s'il avait été conclu au moment de l'enregistrement du partenariat quant à ses conséquences. Un partenariat enregistré a quoi qu'il en soit les mêmes effets juridiques que le mariage dans de nombreux domaines²⁹. En ce qui concerne les effets juridiques des dispositions basées sur la durée du mariage, il faut tenir compte de la durée du partenariat enregistré qui l'a précédé (art. 35a, al. 2, AP-Part) afin que les couples ayant choisi la conversion ne soient pas désavantagés par rapport aux couples qui poursuivent leur partenariat enregistré ou ceux qui auront pu conclure un mariage dès le début. Dans le domaine du droit des régimes matrimoniaux, la commission estime en revanche que le régime ordinaire de la participation

²⁹ Voir le tableau synoptique de l'OFJ «Mariage et partenariat enregistré: principales convergences et différences», consultable sous: www.parlament.ch/fr > Curia vista > 13.468 > Lien vers des informations complémentaires.

aux acquêts (art. 181 CC) ne doit s'appliquer qu'à partir du moment de la conversion, à moins que les époux n'en aient convenu autrement (art. 35a, al. 3, AP-LPart).

3.4 Maintien de la LPart pour les partenariats enregistrés existants

Une fois le mariage ouvert à tous les couples, aucun partenariat ne pourra plus être enregistré. Il sera toutefois possible de conserver les partenariats enregistrés déjà conclus (voir ch. 2.3).

Les partenariats enregistrés pourront ainsi perdurer encore longtemps. Par conséquent, la LPart restera en vigueur mais son premier et deuxième chapitre ainsi que l'objet de la loi sont modifiés (voir ch. 6.2). L'évaluation du droit en vigueur a en outre fait ressortir que dans un petit nombre de domaines, aucune réglementation n'a été prévue pour les partenaires enregistrés, sans que cela ne résulte d'une décision motivée du législateur³⁰. Les art. 38, al. 3, (dissolution du mariage par déclaration d'absence), 68 (privation du droit de vote dans les associations), 344, al. 2, (dissolution de l'indivision), 503 (personnes concourant à la rédaction du testament) et 574 (répudiation des héritiers) du CC par exemple sont concernés. Pour autant que l'on puisse en juger, cela n'a posé aucun problème dans la pratique jusqu'à aujourd'hui: ces dispositions peuvent s'appliquer de manière analogue aux partenariats enregistrés. Dans la mesure où les partenariats enregistrés tendront à disparaître au fil du temps, on renonce à compléter ces dispositions dans le cadre de ce projet.

La LPart restera en vigueur tant qu'il y aura des partenariats enregistrés. Cette loi entière devient ainsi une sorte de réglementation transitoire (législation temporaire) et ne sera abrogée qu'après la disparition du dernier partenariat enregistré. L'ensemble de l'ordre juridique suisse sera alors modifié en conséquence.

4 Droit international privé

4.1 Généralités

L'ouverture du mariage à tous les couples, indépendamment du sexe des époux, soulève également des questions en droit international privé en raison du grand nombre de couples dans une situation internationale (nationalités différentes des époux, déménagements internationaux, domiciles dans des États différents, etc.). Les règles de droit international privé déterminent les aspects liés à la compétence des autorités, au droit applicable et à la reconnaissance des décisions étrangères. Ces règles doivent garantir la sécurité juridique nécessaire, notamment en ce qui concerne la célébration et la dissolution de mariages en Suisse ainsi que la reconnaissance et les effets des mariages conclus ou dissous à l'étranger. Des questions similaires se posent aussi concernant les partenariats enregistrés, qui continueront d'être conclus à l'étranger, même si la conclusion de nouveaux partenariats enregistrés ne sera plus possible en Suisse (voir ch. 2.3).

³⁰ Voir document de travail de l'OFJ du 27 mars 2018, p. 5.

Il faut garder à l'esprit que les règles de droit international privé n'ont pas le même objectif et champ d'application que les règles du droit interne. Les dispositions de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)³¹ s'appliquent dans un contexte international, ce qui signifie qu'elles doivent non seulement couvrir les formes d'union réglées par la loi prévues par le droit suisse et leurs effets à l'étranger, mais également régler la reconnaissance en Suisse des différentes formes d'unions prévues par des lois existant à l'étranger³² ainsi que leurs effets dans l'ordre juridique suisse. Cela justifie le maintien dans la LDIP d'un chapitre spécifique concernant les partenariats enregistrés malgré l'abandon *pro futuro* de cette institution en Suisse (voir ch. 4.3.1).

La plupart des règles de la LDIP applicables aux questions susmentionnées ne sont pas modifiées dans le cadre de la présente révision. En effet, pour l'essentiel, les mêmes règles s'appliquent déjà indistinctement aux mariages entre personnes de sexe différent et aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe. Ces règles pourront désormais être aussi appliquées aux mariages entre personnes de même sexe. De ce fait, très peu de questions de droit transitoire se posent au niveau du droit international privé, puisque le changement n'intervient pas tant au regard des règles de conflit de loi, mais plutôt en ce qui concerne le droit matériel appliqué dans le cas où les règles de droit international privé renvoient vers le droit suisse.

Au vu des implications pratiques pour les personnes concernées, les explications ci-après vont non seulement esquisser les grandes lignes de droit international privé, mais aussi sommairement aborder les situations internationales sur lesquelles la modification du droit matériel suisse a des conséquences, même là où les règles de la LDIP ne changent pas. Pour les modifications des règles de la LDIP, voir les explications au chiffre 6.3.

4.2 Mariage (chap. 3 LDIP)

4.2.1 Application des règles existantes à tous les mariages

En droit matériel suisse, l'ouverture du mariage à tous les couples conduit automatiquement à l'application des dispositions du chapitre 3 LDIP (mariage) aux couples de même sexe. En effet, les autorités suisses interpréteront la catégorie «mariage» suivant la (nouvelle) conception voulue par le législateur, ce qui conduira désormais à classer le mariage entre personnes de même sexe dans la catégorie «mariage». Il n'est pas nécessaire de le préciser explicitement dans le texte de loi; il suffit d'abroger l'actuel art. 45, al. 3, LDIP, d'après lequel «un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré».

L'application des règles existantes de la LDIP à tous les mariages, indépendamment du sexe des époux, conduit dans l'ensemble à des résultats satisfaisants. Toutefois, il faut tenir compte du fait que le mariage entre personnes de même sexe est encore

³¹ Loi fédérale sur le droit privé du 18 décembre 1987, RS 291.

³² Voir: www.isdc.ch > publications > e-avis > avis sur la possibilité d'inscrire des unions étrangères dans le registre de l'état civil suisse, état au 13 mars 2017.

relativement peu répandu au niveau mondial, bien qu'il soit connu dans les pays avoisinant la Suisse (voir ch. 2.1). Il convient dès lors de compléter les règles générales du chapitre 3 par des dispositions spéciales, comme cela avait été fait pour le partenariat enregistré dans le chapitre 3a.

Pour éviter des lacunes dans la compétence, le droit applicable et la reconnaissance de décisions étrangères, la plupart des solutions développées pour le partenariat enregistré (art. 65b-d LDIP) sont transposées *mutatis mutandis* dans le chapitre consacré au mariage: le for subsidiaire au lieu de la célébration (art. 60a AP-LDIP), la possibilité d'élection du droit de l'État de célébration en matière de régimes matrimoniaux (art. 52, al. 2, AP-LDIP) ainsi que la reconnaissance de décisions étrangères rendues dans l'État de célébration (art. 50, let. b, et 65, al. 1, let. c, AP-LDIP). En revanche, l'application subsidiaire du droit suisse lorsque le droit étranger désigné ne connaît pas de règles applicables à l'institution en cause (art. 65c, al. 1, LDIP) n'est pas reprise pour les mariages. En effet, le recours au droit suisse n'est pas nécessaire dès lors que tous les droits étrangers connaissent le mariage entre personnes de sexe différent et que ces règles peuvent être appliquées par analogie aux mariages entre personnes de même sexe. Le juge pourra au besoin appliquer d'autres règles du droit désigné ou faire intervenir la clause d'exception de l'art. 15 LDIP.

4.2.2 Reconnaissance et transcription à l'état civil de mariages célébrés à l'étranger

Après l'entrée en vigueur de la présente révision, les mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe pourront être reconnus et transcrits dans le registre de l'état civil suisse (voir art. 32 LDIP) comme mariages, puisque l'ordre public suisse ne s'y oppose plus. Il convient de rappeler la différence entre la *reconnaissance* d'un événement d'état civil étranger (tel que le mariage) et sa *transcription* dans le registre de l'état civil suisse. Alors que tous les événements d'état civil reconnus en application des règles de la LDIP peuvent produire des effets en Suisse, ils ne sont pas pour autant tous transcrits dans le registre de l'état civil: seuls les événements d'état civil qui concernent des ressortissants suisses et les membres de leurs familles³³ ou qui se sont produits en Suisse sont transcrits. Ainsi, un mariage célébré à l'étranger entre ressortissants étrangers n'est en principe pas transcrit dans le registre de l'état civil suisse et ce même si le couple est domicilié en Suisse, tandis que le mariage d'un ressortissant suisse domicilié à l'étranger et conclu à l'étranger est transcrit. Que ces mariages soient transcrits ou non dans le registre de l'état civil suisse, la présente révision aura les mêmes effets sur tous les couples mariés.

Tous les mariages conclus à l'étranger entre personnes de même sexe seront désormais reconnus en Suisse en tant que mariages, sous réserve des conditions générales de reconnaissance des art. 25 et suivants LDIP. Cela vaut indépendamment du moment de la célébration du mariage à l'étranger, qu'elle ait eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la présente révision.

³³ Art. 39 OEC

Pour les couples de même sexe dont le mariage avait été auparavant transcrit en Suisse comme un partenariat enregistré (voir art. 45, al. 3, LDIP), l'effet sera le même, puisque l'inscription au registre n'a qu'un effet déclaratoire³⁴: à l'avenir leur union sera considérée comme un mariage. L'inscription dans le registre de l'état civil suisse sera actualisée à la première occasion, puisque cet enregistrement ne correspondra plus à la réalité juridique. Une mise à jour automatique des inscriptions n'entre pas en ligne de compte pour des raisons pratiques liées à la tenue des registres. L'inscription sera donc mise à jour sur requête des intéressés ou à l'occasion de l'enregistrement d'un nouvel événement d'état civil concernant l'un ou l'autre des époux (par exemple en cas de naissance)³⁵.

4.2.3 Effets généraux du mariage

Les dispositions du chapitre 3 de la LDIP sur les effets généraux du mariage peuvent conduire à l'application d'un droit étranger. Si ce droit étranger ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe, il conviendra en principe d'appliquer par analogie les règles applicables au mariage entre personnes de sexe différent prévues par ce droit.

4.2.4 Régimes matrimoniaux

Les règles de la LDIP applicables à défaut d'élection de droit (art. 54 s. LDIP) restent inchangées. Elles ne sont pas affectées par l'abrogation de l'art. 45, al. 3, LDIP, puisque les règles de conflit qui régissent les régimes matrimoniaux sont indépendantes de celles qui régissent la reconnaissance du statut de l'institution étrangère.

Il y a toutefois lieu de signaler un changement important lorsque les règles de conflit renvoient vers le droit suisse. Actuellement, selon la doctrine dominante³⁶, dans une telle situation les couples de même sexe qui se sont mariés à l'étranger sont soumis à l'art. 18 LPart stipulant que chaque partenaire dispose de ses biens (ce qui équivaut au régime de séparation des biens) sous réserve d'un contrat de mariage. Or, après l'entrée en vigueur de la présente révision, ils seront soumis automatiquement et rétroactivement au régime ordinaire de la participation aux acquêts, s'ils n'ont pas disposé autrement dans une convention sur les biens ou dans un contrat de mariage (art. 9g, al. 1, tit. fin. AP-CC).

Cet effet rétroactif peut avoir d'importantes conséquences sur les droits déjà acquis des époux (les prestations des assurances sociales deviennent par exemple des

³⁴ L'inscription au registre de l'état civil ne crée pas un nouvel état civil ou un autre état civil des personnes, car la constatation n'a pas d'effet matériel (sous réserve du registre des reconnaissances), mais uniquement un effet déclaratoire (ATF 135 III 389 consid. 3.4.1).

³⁵ Art. 16, al. 1, let. c, OEC

³⁶ Voir ANDREAS BUCHER, in: Andreas Bucher (éd.), *Commentaire Romand Loi sur le Droit International Privé/Convention de Lugano*, Bâle 2011, n° 33 ad art. 45 LDIP; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zurich 2018, n° 93 ad art. 65a LDIP.

acquêts qui doivent être partagés en respectant l'art. 197, al. 2, ch. 2, CC). Pour cette raison la commission est d'avis que dans de telles situations il faut offrir à chacun des époux la possibilité de choisir de rester soumis au régime de l'art. 18 Part jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente révision par simple déclaration écrite unilatérale, sans devoir conclure un contrat de mariage à cette fin. Cette question ne doit pas être réglée par des dispositions transitoires de la LDIP, puisque ce ne sont précisément pas les règles de conflit qui changent, mais les règles de droit matériel appliquées en cas de renvoi vers le droit suisse. Une nouvelle disposition en ce sens est par conséquent introduite au titre final du code civil (art. 9g, al. 2, tit. fin. AP-CC). Sans un tel choix, les couples seront soumis avec effet rétroactif au régime ordinaire de la participation aux acquêts. Si une action judiciaire entraînant la dissolution du régime des biens est déjà pendante au moment de l'entrée en vigueur de la révision, le droit antérieur doit s'appliquer, soit l'art. 18 LPart (art. 9g, al. 3, tit. fin. AP-CC).

En conclusion, pour les couples qui se marient après l'entrée en vigueur de la révision, de même que pour ceux mariés avant cette date et qui n'ont pas fait de déclaration expresse en faveur de la séparation des biens, le régime ordinaire de la participation aux acquêts s'appliquera lorsque les règles de conflit désignent le droit suisse. Il convient de rappeler que les couples ont la possibilité de faire une élection de droit (art. 52 s. LDIP) ou de conclure un contrat de mariage (art. 56 LDIP) à tout moment.

4.2.5 Divorce et séparation

Pour le divorce et la séparation, le droit suisse, à savoir les dispositions du code civil, sera toujours appliqué en Suisse (art. 61 LDIP), et ce, indépendamment de la date de la conclusion du mariage. Même pour la dissolution d'un mariage conclu à l'étranger entre personnes de même sexe et transcrit dans le registre de l'état civil suisse en tant que partenariat enregistré, il conviendra d'appliquer les dispositions du code civil sur le divorce³⁷ puisque le juge n'est pas lié par une inscription différente dans le registre de l'état civil³⁸.

4.3 Partenariat enregistré (chap. 3a LDIP)

4.3.1 Maintien des solutions existantes

La modification proposée de la LDIP conserve la distinction entre mariages et partenariats enregistrés et maintient deux chapitres distincts. Comme jusqu'à présent, la reconnaissance et la transcription dans le registre de l'état civil suisse d'unions sans effets semblables au mariage, à l'exemple du PACS français (*partenariat faible*, voir ch. 2.3), reste exclue. La qualification des différentes institutions étrangères devra s'effectuer au cas par cas par l'autorité saisie (p. ex. tribunal ou autorité cantonale de surveillance de l'état civil, art. 32 LDIP).

³⁷ Voir commentaire romand-BUCHER, n° 45 ad art. 65c LDIP.

³⁸ ATF 5A_214/2016 du 26 août 2016, consid. 5.2 et 6.

Les dispositions du chapitre 3 étant applicables par analogie aux formes d'unions couvertes par le chapitre 3a (art. 65a AP-LDIP), les art. 65b, 65c, al. 2, et 65d peuvent être abrogés sans que cela ne conduise à un changement au niveau des règles de droit international privé, leur contenu essentiel étant transposé avec quelques adaptations formelles dans le chapitre 3 (art. 50, 52, al. 2, 60a, 65, al. 1, AP-LDIP).

4.3.2 Droit applicable

Aux termes de l'art. 65a AP-LDIP, les règles du chapitre 3 sont applicables par analogie aux partenariats enregistrés.

Il convient toutefois de prévoir une disposition spéciale pour les situations dans lesquelles les règles de droit international privé désigneraient un droit ne connaissant pas de règles matérielles sur le partenariat enregistré. Dans une telle situation, l'art. 65c AP-LDIP prévoit dorénavant d'appliquer par analogie les règles matérielles du droit désigné applicables au mariage.

Ce sera notamment le cas en Suisse pour les partenariats enregistrés conclus à l'étranger *après* l'entrée en vigueur de la présente révision lorsque le droit suisse est applicable. La LPart ne s'appliquant qu'aux partenariats enregistrés conclus avant cette date (art. 1 AP-LPart), le renvoi vers le droit suisse ne conduira à rien. Il conviendra alors d'appliquer par analogie les dispositions matérielles sur le mariage. Cette solution s'impose au vu de la volonté d'abroger le partenariat enregistré pour le futur et de ne retenir que le mariage comme institution ouverte à tous (voir ch. 2.3).

En ce qui concerne les partenariats enregistrés conclus en Suisse ou à l'étranger *avant* l'entrée en vigueur de la présente révision, la LPart s'appliquera lorsque le droit suisse est désigné, puisque cette loi reste applicable à ces partenariats enregistrés (art. 1 AP-LPart; voir ch. 4.3.4).

Il convient de rappeler que l'application de l'art. 15 LDIP demeure réservée.

Les éventuelles questions de droit transitoire qui pourraient se poser en lien avec la modification de l'art. 65c LDIP en cas de désignation d'un droit étranger seront résolues en vertu de l'art. 196 LDIP.

4.3.3 Conversion d'un partenariat enregistré en mariage

Selon l'avant-projet de loi sur le partenariat enregistré, les partenaires ayant conclu un partenariat avant l'entrée en vigueur de la présente révision auront la possibilité de le convertir en mariage (art. 35 AP-LPart).

Un partenariat qui a été enregistré à l'étranger *avant* l'entrée en vigueur de la présente révision pourra également bénéficier de cette procédure de conversion. La compétence et le droit applicable sont régis par analogie par les art. 43 et suivants LDIP. Une telle conversion représente un événement d'état civil, à enregistrer dans le registre de l'état civil.

Comme mentionné plus haut, cet avant-projet se limite à traiter les points centraux (voir ch. 3). D'autres questions qui se posent dans le cadre de l'ouverture du mariage à tous les couples ne sont par conséquent pas réglées. Compte tenu de l'importance sociale et de la complexité technique de ces questions, la discussion à ce sujet doit être menée dans un cadre distinct.

Les domaines d'application exposés ci-dessous sont concernés.

5.1

Égalité dans le cadre des rentes de survivants

En ce qui concerne les rentes de survivants selon la LAVS et la LAA, une partenaire enregistrée est assimilée à un veuf d'après le droit en vigueur (art. 13a, al. 2, LPGA; voir aussi ch. 3.2.2). Les rentes de veuf et de veuve sont cependant soumises à des conditions différentes: d'après l'art. 23, al. 1, LAVS les veuves et les veufs ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ont un ou plusieurs enfants. Les veuves ont en outre droit à une rente si, au décès de leur conjoint, elles n'ont pas d'enfant ou d'enfant recueilli au sens de l'art. 23, mais qu'elles ont atteint 45 ans révolus et ont été mariées pendant cinq ans au moins (art. 24, al. 1, LAVS). La rente de veuf s'arrête quant à elle lorsque le dernier enfant atteint l'âge de 18 ans (art. 24, al. 2, LAVS). Cette situation juridique est contestée sur deux points:

- L'inégalité de traitement entre les veufs et les veuves a été critiquée à de maintes occasions du point de vue de l'égalité des sexes³⁹.
- La réglementation en vigueur est aussi critiquée parce qu'elle n'accorde pas les mêmes droits aux femmes ayant conclu un partenariat enregistré qu'aux femmes mariées⁴⁰. Même si la situation des femmes dans ce contexte s'améliore grâce à l'ouverture du mariage à tous les couples et la possibilité de convertir le partenariat enregistré en mariage (voir ch. 3.2.2), cette inégalité de traitement subsistera après cette révision.

La commission est consciente que cette thématique devra tôt ou tard être traitée en profondeur. Elle regrette en particulier que l'inégalité de traitement des femmes et des hommes soit perpétuée. La complexité de la question a déjà fait l'objet d'un débat au parlement dans le cadre de la révision de l'AVS, mais aucune décision n'avait pu être prise⁴¹. Compte tenu du risque que ces questions pourraient freiner excessivement l'ouverture du mariage à tous les couples, la commission a décidé de renoncer à les régler dans le cadre du projet actuel.

³⁹ Voir arrêt du Tribunal fédéral 9C 617/2011 du 4 mai 2005, consid. 3.5 (et références citées); voir aussi requête no 78630/12 B contre Suisse, introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 19 novembre 2012.

⁴⁰ Voir arrêt du Tribunal fédéral 9C 521/2008 du 5 janvier 2009.

⁴¹ Dans le message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 (FF 2015 1), il a été proposé de ne maintenir les rentes de veuve et de veuf que pour les femmes ou les hommes qui, au moment du décès de leur conjoint, ont un enfant ayant droit à une rente d'orphelin ou un enfant nécessitant des soins. En outre, les rentes de veuve et de veuf auraient dû être ramenées de 80 % à 60 % d'une rente de vieillesse.

5.2 Accès à la procréation médicalement assistée

La commission a également conscience qu'il faudra tôt ou tard lancer un débat de fond sur l'accès à la procréation médicalement assistée et les techniques de procréation médicalement assistée (p. ex. dons de sperme pour partenaires enregistrées, pour les couples non mariés et don d'ovules)⁴².

Compte tenu du risque que ces questions pourraient freiner excessivement l'ouverture du mariage à tous les couples, la commission est toutefois d'avis que ce débat devrait être mené séparément de celui sur l'ouverture du mariage à tous les couples. D'autres pays aussi ont ouvert le mariage à tous les couples et examiné séparément la question de l'accès à la procréation médicalement assistée (voir par exemple en Allemagne, *Bericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht, Abstammungsbericht vom 4. Juli 2017*, et en France, le *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité*, 2014).

La commission a néanmoins décidé de compléter le projet central par une variante qui permettrait au moins aux femmes mariées de recourir aux dons de sperme (voir ch. 3.2.3.2).

5.3 Autres questions sur le droit de la filiation

La question de la filiation, comme celle de la parenté, est étroitement liée à la question des procédures de procréation médicalement assistée.

D'après la variante proposée par la commission, soit les art. 252, al. 2, et 259a AP-CC, l'épouse de la mère sera à l'avenir considérée parent légal de l'enfant né pendant le mariage. La question principale qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si et par qui la parentalité de l'épouse de la mère pourrait être attaquée. Même si elle a inclus cette variante, la commission a toutefois décidé de ne pas traiter cette question et les autres questions qui pourraient se poser dans ce domaine dans le cadre de cette révision.

La nécessité d'examiner le droit suisse de la filiation – y compris les règles concernant la contestation de la présomption de parentalité de l'époux – est désormais reconnue par tous⁴³. Le 12 décembre 2018, le Conseil des États a adopté le postulat 18.3714 «Examen du droit de la filiation» déposée par sa commission des affaires juridiques. Il charge le Conseil fédéral d'examiner si une réforme du droit de la filiation est nécessaire et, le cas échéant, de soumettre au parlement un rapport présentant des recommandations pour une réforme globale cohérente.

⁴² Voir le rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), Modernisation du droit de la famille, mars 2015, p. 56, et les propositions de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine dans sa prise de position n° 22/2013, La procréation médicalement assistée - Considérations éthiques et propositions pour l'avenir, p. 53.

⁴³ Voir le rapport du Conseil fédéral sur le postulat Fehr (12.3607), Modernisation du droit de la famille, mars 2015, p. 56.

5.4 Langue non genrée

En ouvrant le mariage à tous les couples, il faut considérer le fait que ces derniers pourront aussi se composer de deux hommes ou de deux femmes, et non plus seulement d'un homme et d'une femme. Il faut donc reformuler les dispositions sur le mariage dans le code civil et la LDIP.

Selon l'une des règles édictées dans le guide allemand de formulation non sexiste, les nouvelles dispositions dans le cadre de modifications des grands codes (p.ex. le CC) doivent être rédigées dans un langage non sexiste⁴⁴. Après avoir étudié la situation présente, il s'est toutefois révélé que presque toutes les dispositions du code civil concernant le mariage (art. 90 à 251 CC) devraient être modifiées. Au vu de la complexité du travail, la commission a décidé de ne pas appliquer la formulation non sexiste à la version allemande du projet. Seules les adaptations nécessaires ont été effectuées et les autres modifications pourront se faire plus tard dans un autre projet.

Il en va différemment pour les versions italiennes et françaises du projet. L'utilisation du masculin générique dans ces deux langues permet de résoudre la question et de désigner tout autant des couples avec deux personnes de sexe différent que ceux dont les deux personnes sont de même sexe⁴⁵.

6 Commentaires des dispositions

6.1 Dispositions de l'AP-CC

Art. 92 *Participation financière*

Même si on renonce à une adaptation globale des dispositions sur le mariage aux prescriptions de la langue non sexiste en allemand (voir ch. 5.4), cette disposition doit être modifiée. En se basant sur la modification à apporter à l'art. 97a (l'expression genrée «der Braut oder des Bräutigams» est remplacée par «eine oder einer der Verlobten»), il faut ici aussi remplacer l'expression «einer der Verlobten» par la formulation «eine oder einer der Verlobten». Avec les modifications apportées aux art. 92, 97a et 98, l'expression «Verlobte/r» est déjà intégrée dans toute la version allemande du code civil et permet de désigner à la fois les couples composés de deux personnes de sexe différent et ceux dont les deux personnes sont du même sexe.

⁴⁴ Voir Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren, Bundeskanzlei, 2009, p. 77.

⁴⁵ Voir Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération, Chancellerie fédérale, décembre 2000; Pari trattamento linguistico, Guida al pari trattamento linguistico di donna e uomo nei testi ufficiali della Confederazione, Cancelleria federale, gennaio 2012.

Art. 94 *Capacité*

Cette disposition fondamentale qui définit la capacité matrimoniale est reformulée. Elle précise que le mariage pourra être contracté par deux personnes *indépendamment de leur sexe*.

Art. 96 *Mariage ou partenariat enregistré antérieur*

Au même titre qu'un mariage antérieur, l'existence d'un partenariat enregistré constitue un empêchement au mariage. À ce jour, seule la LPart prévoit une disposition dans ce sens (art. 26 LPart). Il convient à présent d'inscrire explicitement cet élément dans le CC.

Il n'y a naturellement pas d'empêchement au mariage lorsque les partenaires enregistrés souhaitent convertir leur partenariat en mariage. Les dispositions sur la célébration du mariage ne s'appliquent pas en l'espèce (voir commentaire relatif à l'art. 35 AP-LPart).

Art. 97a, al. 1 et 2 *Abus lié à la législation sur les étrangers*

Dans la version allemande, l'expression «der Braut oder des Bräutigams» est remplacée par «eine oder einer der Verlobten» et «Brautleute» par «die Verlobten», ces formulations permettant d'inclure deux personnes de même sexe. Pour la même raison, dans la version italienne, l'expression «il fidanzato o la fidanzata» a été remplacée par par «uno dei fidanzati».

Art. 98, al. 1 *Procédure préparatoire*

Dans la version allemande, l'expression «Braut und Bräutigam» est remplacée par «einer oder eines der Verlobten», cette formulation permettant d'inclure deux personnes de même sexe.

Art. 102, al. 2 *Forme*

Dans la version allemande, l'expression «Braut und Bräutigam» est remplacée par «die Verlobten», cette formulation permettant d'inclure deux personnes de même sexe. En français, la formule «à la fiancée et au fiancé» est remplacée par le masculin pluriel «aux fiancés» pour la même raison.

Art. 105, chiffre 1 *Causes d'annulation absolues*

Chiffre 1: L'existence d'un partenariat enregistré au moment de la célébration du mariage constitue également un motif d'annulation du mariage. Il est prévu de le mentionner expressément dans le CC. Comme mentionné ci-avant (voir commentaire de l'art. 96 AP-CC), cela ne vaut pas dans les cas de conversion d'un partenariat enregistré existant en mariage (voir commentaire de l'art. 35 AP-LPart).

Le libellé de la disposition est en outre simplifié dans la mesure où il n'est plus question que de «dissolution». Ainsi, le mariage est-il entaché d'une cause de nullité lorsqu'au moment de sa célébration un des époux était déjà marié ou vivait en parte-

nariat enregistré, et que cette union antérieure n'a pas été dissoute entre-temps par un divorce ou une dissolution judiciaire, par un décès ou par une déclaration d'absence.

Art. 160, al. 2 et 3 Nom

Dans la version allemande, l'expression «Brautleute» est remplacée par «die Verlobten» aux al. 2 et 3. L'expression «der Braut oder des Bräutigams» n'existe plus dans la nouvelle formulation. Ces changements permettent d'inclure deux personnes de même sexe. La version italienne des al. 2 et 3 a elle aussi été modifiée pour les mêmes raisons.

Art. 163, al. 1 Entretien de la famille

Dans la version française, l'expression «mari et femme» est remplacée par «les époux» afin de pouvoir aussi désigner deux personnes de même sexe.

Art. 182, al. 2 Contrat de mariage

Dans la version allemande, l'expression «Brautleute» est remplacée par «die Verlobten».

VARIANTE (art. 252, titre précédant l'art. 255 et art. 259a)

Art. 252, al. 2 Établissement de la filiation en général

Cette disposition énumère les différentes façons d'établir la filiation. L'al. 2 doit être formulé de manière non genrée car le deuxième parent (en plus de la mère, voir al. 1) pourra aussi être une femme.

Deuxième chapitre: De la parentalité de l'époux ou de l'épouse

Le titre du deuxième chapitre doit être modifié pour couvrir la nouvelle possibilité de parentalité originaire (parentalité dès la naissance) de l'épouse de la mère.

Art. 259a F. Parentalité des époux de même sexe

Lorsqu'un enfant naît pendant un mariage, l'épouse de la mère constitue le parent légal de l'enfant à partir du moment de sa naissance, comme c'est le cas pour le mari de la mère (voir art. 255, al. 1, CC).

Grâce à l'introduction de la parentalité originaire de l'épouse de la mère dans le CC, les femmes mariées pourront recourir à la procréation médicalement assistée et en particulier au don de sperme en vertu de l'art. 3, al. 3, LPMA, réservé aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation au sens des art. 252-263 CC peut être établi.

En vertu du droit en vigueur, les mariages valablement célébrés à l'étranger entre personnes du même sexe sont reconnus en Suisse comme partenariats enregistrés (art. 45, al. 3, LDIP). Cela peut avoir des effets sur le régime des biens. Si le régime patrimonial du couple de même sexe ayant conclu un mariage à l'étranger est soumis au droit suisse, c'est l'art. 18 LPart qui s'applique, ce qui équivaut à une séparation des biens. Cela changera toutefois après l'entrée en vigueur de la révision, parce que tous les mariages conclus entre personnes de même sexe à l'étranger seront reconnus comme mariages en Suisse, indépendamment du moment où ils ont été conclus (voir ch. 4.2.4).

Al. 1: Après l'entrée en vigueur de cette révision, les époux seront soumis de par la loi au régime de la participation aux acquêts, sauf s'ils en ont disposé autrement en concluant une convention sur les biens ou un contrat de mariage (art. 196 ss CC) et ce, pour toute la durée du mariage, avec effet rétroactif au moment de la conclusion du mariage.

L'avant-projet prévoit ici un véritable effet rétroactif, comme il en était déjà le cas dans la révision du droit du mariage entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998⁴⁶. La présente réglementation transitoire s'inspire de ce fait de la solution adoptée à l'époque à l'art. 9d.

Al. 2: Comme l'effet rétroactif peut avoir de graves conséquences sur les droits déjà acquis des époux (voir ch. 4.2.4), chaque époux aura la possibilité de signifier à son conjoint, par écrit et avant l'entrée en vigueur de la présente révision, que le régime de l'art. 18 LPart est maintenu jusqu'à ce moment-là. L'application rétroactive du nouveau droit est ainsi exclue. Si l'un des époux fait une telle déclaration, il faudra procéder à deux décomptes au moment de la dissolution du régime matrimonial⁴⁷.

Pour la sécurité du droit, cet acte unilatéral doit être déposé au moment de l'entrée en vigueur de la révision. Puisqu'il n'est pas possible de fonder une obligation d'agir sur une législation que n'est pas encore en vigueur, le Conseil fédéral va fixer la date de l'entrée en vigueur de l'art. 9g, al. 2 tit. fin. AP-CC six mois avant les autres dispositions. Les époux concernés pourront ainsi déposer leur déclaration pendant cette période. Après l'entrée en vigueur des autres dispositions, les époux auront, en tout temps, la possibilité de choisir le droit auquel ils sont soumis (art. 52 s. LDIP) ou de conclure un contrat de mariage (art. 56 LDIP).

Al. 3: Cet alinéa fixe les règles applicables aux procédures pendantes. L'ancien régime de l'art. 18 LPart est maintenu lorsqu'au moment de l'entrée en vigueur de cette révision une action entraînant la dissolution du régime matrimonial en application du droit suisse est pendante, en Suisse ou à l'étranger.

⁴⁶ Voir THOMAS GEISER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), Basler Kommentar ZGB II, Bâle 2015, n° 4 ad art. 9d tit. fin.

⁴⁷ Voir THOMAS GEISER, op. cit., n° 9 ad art. 9d tit. fin.

6.2 Dispositions de l'AP-LPart

Art. 1 *Objet*

L'objet de la LPart est reformulé, car il ne sera plus possible de conclure de partenariat enregistré dès l'entrée en vigueur de la modification.

En outre les partenaires enregistrés ont désormais la possibilité de convertir leur partenariat en mariage (art. 35 AP-LPart). Ils restent toutefois libres de maintenir sous ce titre le partenariat qu'ils ont conclu. L'institution juridique du partenariat enregistré et l'état civil qui s'y rattache seront donc conservés au-delà de l'ouverture du mariage à tous les couples et la LPart restera en vigueur pour les partenariats existants (exclusivement) (voir ch. 3.4).

Art. 2–8 *Abrogés*

Ces dispositions sont abrogées, car il ne sera plus possible de conclure de nouveaux partenariats après l'ouverture du mariage à tous les couples.

Art. 9, al. 1 *Causes absolues*

L'art. 9, al. 1, let. b, renvoie à l'art. 4 qui est désormais abrogé. Le contenu de cette disposition abrogée est de ce fait intégré à l'art. 9, al. 1, let. b et b^{bis}. Si tel n'était pas le cas, ce renvoi tomberait dans le vide, alors que cette règle doit pouvoir rester applicable aux partenariats enregistrés qui existent déjà. La let. b^{bis} est formulée de manière analogue à l'art. 105, ch. 1, AP-CC.

Art. 26 *Abrogé*

L'empêchement au mariage que constitue le partenariat enregistré est intégré à l'art. 96 AP-CC.

Chapitre 4a: Conversion du partenariat enregistré en mariage

Art. 35 *Déclaration de conversion*

Les partenaires pourront convertir en tout temps leur partenariat enregistré en mariage. Il ne s'agit pas en l'espèce de dissoudre le partenariat enregistré et de conclure un (nouveau) mariage, mais de *convertir l'institution existante*. Dans ce cas, un partenariat enregistré existant ne constitue évidemment pas un empêchement au mariage (voir commentaire de l'art. 96 AP-CC).

Il importe de simplifier cette démarche autant que possible. Dans la mesure où les conditions du mariage sont en grande partie analogues aux conditions d'enregistrement prévues par la LPart, leur réexamen est superflu. Les couples désireux de convertir leur partenariat enregistré en mariage ont déjà subi un examen correspondant. En outre, aucune cérémonie de mariage n'est requise au sens des art. 100–103 CC. En enregistrant leur partenariat, les couples ont en effet déjà exprimé leur volonté de fonder une communauté de vie dont les partenaires assument l'un

envers l'autre des droits et des devoirs. Rien ne s'oppose bien sûr à ce que l'officier de l'état civil célèbre une cérémonie de mariage à la demande des intéressés.

Al. 1: Une déclaration devant l'officier de l'état civil suffit pour réaliser la conversion. Les partenaires peuvent enregistrer leur déclaration dans l'arrondissement ou le bureau de l'état civil de leur choix. L'office de l'état civil qui reçoit la déclaration est chargé de l'enregistrer.

Al. 2: Un partenariat enregistré peut être converti en mariage si les deux partenaires comparaissent ensemble pour déclarer leur intention de convertir leur partenariat. La déclaration de conversion est un acte hautement personnel, si bien qu'elle doit être signée de la main des intéressés et en présence de la personne chargée de leur réception et de leur enregistrement (au sens de l'art. 18 OEC).

Al. 3: Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution nécessaires. Sont concernées ici l'OEC et l'ordonnance sur les émoluments en matière d'état civil (OEEC)⁴⁸.

Il s'agira de remplacer le chapitre 7a de l'OEC (partenariat enregistré) pour y régler les détails de la conversion des partenariats enregistrés existants en mariage. Concrètement, avant de recevoir la déclaration de conversion, l'officier de l'état civil devra vérifier que les futurs époux sont liés par un partenariat enregistré valide. Si l'enregistrement a eu lieu à l'étranger, la conversion supposera que le partenariat puisse préalablement être reconnu comme équivalent, soit comme ayant des effets comparables à l'institution suisse (*partenariat fort*, voir ch. 2.3). À défaut, les partenaires seront considérés des fiancés et seront invités à déposer une demande de préparation du mariage ordinaire (art. 98 CC et 62 ss OEC).

L'ordonnance règlera la forme de la déclaration de conversion et la compétence des officiers de l'état civil pour la recevoir et enregistrer la conversion du partenariat en mariage. Le système d'enregistrement de l'état civil (registre informatisé Infostar) et les formules de l'état civil seront adaptés en conséquence.

L'OEEC sera complétée pour englober de nouvelles positions tarifaires relatives à la réception des déclarations de conversion. La procédure de conversion se distingue d'une procédure de mariage ordinaire. En effet, les futurs époux ont déjà été soumis à une procédure de préparation et de conclusion de leur union et certaines opérations tombent (p. ex. absence de déclaration concernant le nom et de communication de la clôture de la procédure). Conséquemment, en application des principes de couverture des frais et de l'équivalence⁴⁹, les émoluments qui devront être perçus correspondront au taux pratiqué pour la réception d'une déclaration (OEEC, Annexe 1, ch. 4 ss et 9.1).

⁴⁸ Ordonnance du 27 octobre 1999 sur les émoluments en matière d'état civil, RS **172.042.110**.

⁴⁹ Voir message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asile de famille, tutelle et courtoisie matrimoniale), FF **1996 I 1**, 57.

Al. 1: La conversion du partenariat enregistré est réputée accomplie lorsque la déclaration de conversion est déposée. L'état civil des époux est alors changé en «marié(e)».

Dans le cadre de la procédure de célébration ordinaire du mariage, l'échange des «oui» est constitutif (art. 102 CC, 71 OEC). Pour la conclusion du partenariat, c'est lorsque l'officier de l'état civil enregistre la déclaration de volonté des deux partenaires et leur fait signer l'acte de partenariat qu'il est enregistré (art. 7 LPart, 75k OEC). Selon la nouvelle disposition, le partenariat est converti en mariage au moment où l'officier de l'état civil réceptionne la déclaration de conversion. L'officier de l'état civil remettra aux époux qui le souhaiteront une attestation de conversion du partenariat en mariage ou un nouveau certificat de famille; il encaissera à cet égard l'émolument usuel pour la délivrance de documents d'état civil (OEEC, Annexe 1, ch. 1 ss).

Al. 2: Un mariage résultant d'une conversion doit être traité, s'agissant de ses effets dans le futur, comme s'il avait été contracté à la date où le partenariat a été enregistré. En conséquence, il convient, pour les dispositions dont les effets juridiques sont déterminés par la durée du mariage, de prendre en compte la durée du partenariat enregistré qui l'a précédé. Cela vaut par exemple dans le droit civil pour l'entretien après le divorce (art. 125 CC) et pour la compensation en matière de prévoyance professionnelle (art. 122 CC). La durée du mariage constitue aussi un critère déterminant des conditions de naturalisation (art. 21 LN).

Al. 3: Dans le domaine des régimes matrimoniaux, la commission estime en revanche que le régime ordinaire de la participation aux acquêts (art. 181 CC) ne devrait s'appliquer qu'une fois la conversion effectuée.

Dans le cas où les partenaires enregistrés n'avaient pas conclu de convention sur les biens au sens de l'art. 25 LPart, ils disposaient chacun de leur bien selon l'art. 18 LPart jusqu'à la conversion en mariage. Au bout du compte, le régime prévu par l'art. 18 LPart équivaut au régime de la séparation des biens (art. 247 ss CC). Ce n'est qu'à partir du moment de la conversion que ces couples seront soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts prévu par le droit matrimonial (art. 196 ss CC). Un effet rétroactif aurait potentiellement d'importantes répercussions sur la situation financière des anciennes ou anciens partenaires. Le produit du travail, les sommes versées par des institutions de prévoyance ou par des institutions d'assurance sociale ainsi que les revenus des biens propres notamment deviendraient des acquêts (art. 197, al. 2, ch. 1, 2 et 4, CC). Les acquêts alimentent le bénéfice (art. 210, al. 1, CC) et l'autre époux ou épouse a droit à la moitié du bénéfice (art. 215, al. 1, CC). Il est possible que d'autres mesures aient été prises pour compenser l'absence de participation aux acquêts pendant le partenariat enregistré. Pour protéger les dispositions déjà prises et les droits déjà acquis et, de ce fait, la situation financière des partenaires enregistrés, il faut donc renoncer à rendre le changement de régime matrimonial rétroactif.

Les époux restent bien sûr libres de conclure un contrat de mariage après la conversion de leur partenariat et de convenir par exemple que le régime de la participation aux acquêts prend effet rétroactivement, à partir de la conclusion de leur partenariat.

Al. 4: Dans les cas où les partenaires ont conclu une convention sur les biens au sens de l'art. 25 LPart *avant* la conversion se pose la question du sort de cette convention une fois la conversion réalisée.

La doctrine considère qu'une participation aux acquêts découlant d'une convention sur les biens par exemple déploie déjà des effets pendant la durée du partenariat enregistré⁵⁰, quand bien même le libellé de la loi, à la différence des dispositions du contrat de mariage, réglemente le partage du patrimoine *pour le cas de la dissolution* du partenariat seulement. Après la conversion, c'est en principe la participation aux acquêts qui s'appliquerait de par la loi. Cependant, la convention sur les biens renferme souvent des dispositions relevant du droit des successions ou des modifications de la répartition du bénéfice. C'est pourquoi la convention doit conserver sa validité non seulement pour la période précédant mais aussi pour la période suivant la conversion du partenariat en mariage.

Il est aussi possible que les partenaires aient conclu une convention sur les biens qui se base, explicitement ou implicitement, sur le régime de la séparation des biens mais qui contient également des dispositions en matière de succession. Dans ce cas aussi, il faudra que la convention sur les biens puisse continuer d'exister même après la conversion. Exiger, au seul motif de la conversion, la conclusion d'un nouveau contrat (de mariage) qui sera soumis aux mêmes exigences formelles (art. 184 CC), ne semble pas opportun. La convention sur les biens doit simplement demeurer applicable.

En conclusion, les conventions sur les biens au sens de l'art. 25 LPart, quelle que soit leur teneur, doivent garder leur validité après la conversion.

Au surplus, les partenaires enregistrés ont la possibilité de conclure, préalablement à la conversion, un contrat de mariage qui déploiera ses effets une fois la conversion réalisée. Un tel contrat restera bien entendu valable après la conversion.

6.3 Dispositions de l'AP-LDIP

Art. 43, al. 1 et 2 *Compétence (de contracter mariage)*

Dans la version allemande, l'expression «Brautleute» est remplacée par «die Verlobten» et «der Braut oder des Bräutigams» par «eines der Verlobten», ces formulations permettant d'inclure deux personnes de même sexe.

Art. 45, al. 2 et 3 *Mariage célébré à l'étranger*

Al. 2: Dans la version allemande, l'expression «Braut oder Bräutigam» est remplacée par «einer der Verlobten», cette formulation permettant d'inclure deux per-

⁵⁰ Voir ANDREA BÜCHLER/GABRIELLA MATEFI, in: Andrea Büchler (éd.), FamKommentar Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, N 31 zu Art. 25; PHILIPP GREMPER, in: Thomas Geiser/Philipp Grempfer (éd.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zurich 2007, n° 15 ss. ad art. 25; PASCAL PICHONNAZ, Der "Partnergüterstand" der eingetragenen Partner, N 201, in: Andreas Ziegler, Michel Montini, Eylem Ayse Copur, LGBT Recht, Bâle 2015.

sonnes de même sexe. En français, la formule «la fiancée ou le fiancé» est remplacée par le masculin pluriel «un des fiancés» pour la même raison.

Al. 3: Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe sera reconnu en tant que mariage et non plus en tant que partenariat enregistré. L'actuel al. 3, n'a donc plus de raison d'être.

Les couples inscrits en tant que partenaires enregistrés au registre de l'état civil avant l'entrée en vigueur de la présente révision peuvent demander, conjointement ou individuellement, une modification de leur inscription au registre de l'état civil. L'inscription est du reste actualisée d'office lorsque l'un des deux époux est concerné par un événement d'état civil (art. 16, al. 1, let. c OEC).

Art. 50 Décisions ou mesures étrangères (effets du mariage)

Le mariage entre personnes de même sexe est encore peu répandu dans le monde, d'où le risque de conflits de compétences négatifs. Les couples concernés habitant un pays qui ne connaît pas le mariage pour tous n'ont souvent d'autre solution que de se tourner vers les autorités de l'État de célébration du mariage. Les décisions de ces autorités doivent être reconnues. Sur le plan du contenu, cette nouvelle disposition correspond à l'actuel art. 65d.

Art. 51, let. b Compétences (régimes matrimoniaux)

Cette disposition est complétée pour prendre en compte la (nouvelle) compétence subsidiaire au sens de l'art. 60a.

Art. 52, al. 2 et 3 Principe

L'actuel art. 65c, al. 2, est étendu à tous les mariages sans que son contenu ne soit modifié pour autant. Sous le droit actuel, les époux sont déjà libres de choisir leur régime matrimonial. L'extension de ce choix au droit de l'État de célébration du mariage renforce l'autonomie des parties.

Art. 60a For au lieu de célébration du mariage

L'ajout d'une compétence subsidiaire pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps au lieu de célébration du mariage en Suisse est propre à prévenir des conflits de compétences négatifs, notamment lorsque l'État de domicile du couple de même sexe ne connaît pas les unions homosexuelles. Le contenu de l'art. 60a correspond en substance à l'actuel art. 65b.

Art. 64 Complément ou modification d'une décision

La disposition est complétée pour prendre en compte la (nouvelle) compétence subsidiaire au sens de l'art. 60a.

Art. 65, al. 1 Décisions étrangères (divorce et séparation de corps)

Il est renvoyé ici aux commentaires relatifs à l'art. 50 qui s'appliquent par analogie.

Art. 65a *Application du chapitre 3*

Le renvoi au troisième chapitre est maintenu. Bien que de nouveaux partenariats ne pourront plus se conclure en Suisse, la Suisse continuera de reconnaître en tant que tels les partenariats entre personnes de même sexe enregistrés à l'étranger.

La réserve énoncée quant à l'art. 43, al. 2, peut être abrogée sans autre, puisqu'après l'entrée en vigueur de la présente révision, la conclusion d'un partenariat enregistré sera de toute façon impossible.

Art. 65b *Abrogé*

L'art 65b est abrogé, son contenu étant repris avec quelques adaptations rédactionnelles au chapitre 3 (art. 60a AP-LDIP). Compte tenu de la référence à l'art. 65a AP-LDIP, les règles actuellement en vigueur continuent de s'appliquer aux partenariats enregistrés.

Art. 65c *Droit applicable*

Si le droit suisse est applicable, il y a lieu d'établir une distinction en fonction de la date d'enregistrement du partenariat. Si celui-ci a été conclu avant l'entrée en vigueur de la présente révision, la LPart s'applique puisqu'elle garde sa validité pour ces unions (voir commentaire au sujet de l'art. 1 AP-LPart). En revanche, s'agissant des partenariats enregistrés à l'étranger après l'entrée en vigueur de la présente révision, le droit suisse, du fait précisément de la suppression du partenariat enregistré *pro futuro* (voir aussi le commentaire de l'art. 1 AP-LPart), ne connaîtra plus de règles pour cette institution, si bien que le droit matrimonial du CC s'appliquera en l'espèce.

L'actuel al. 2, est abrogé et remplacé par l'art. 52, al. 2, AP-LDIP.

Art. 65d *Abrogé*

Il est renvoyé aux explications concernant l'art. 65b. L'art. 65d LDIP correspond en substance aux art. 50 et 65, al. 1^{bis}, AP- LDIP.

7 Conséquences

7.1 Conséquences pour la Confédération

Hormis les adaptations des dispositions d'exécution en matière d'état civil (voir ch. 3.1 et 3.3) ainsi que le fait de devoir mettre à disposition du nouveau matériel d'information, l'ouverture du mariage à tous les couples n'a pas de conséquences sur les activités de la Confédération. Ces travaux seront réalisés avec les ressources disponibles. La révision n'entraîne pas non plus de conséquences immédiates directes sur l'infrastructure informatique.

Du fait de l'augmentation du nombre de rentes de veuve, la révision proposée aura des conséquences financières pour la Confédération d'une importance toutefois minime. Même si, à l'avenir, davantage de femmes bénéficieront d'une rente de

veuve selon la LAVS et la LAA (voir ch. 3.2.2), cette augmentation sera très limitée. En partant du nombre actuel de femmes de moins de 65 ans vivant en partenariat enregistré (elles étaient 4 885 à la fin de l'année 2017)⁵¹, l'Office fédéral des assurances sociales chiffre le nombre de nouvelles veuves à environ cinq par an. Sur la base de la probabilité de décès, environ une femme sur mille «en partenariat enregistré» et de moins de 65 ans est susceptible de mourir chaque année. Étant donné que toutes les veuves ne rempliront pas les conditions pour prétendre à une rente de veuve selon l'AVS, et en se basant sur les 4 885 partenaires enregistrées de moins de 65 ans, on peut estimer qu'il y aura moins de 5 nouvelles rentes de veuve par année. La question de savoir si le nombre de rentes de veuves diminuera dans la première période suivant l'introduction du mariage pour tous dépend du nombre de couples qui profiteront de la possibilité de convertir leur partenariat en mariage et de combien de mariages seront conclus entre deux femmes (en 2017, 306 couples de femmes ont conclu un partenariat enregistré). En comparaison générale avec les rentes de veuves actuelles, les coûts supplémentaires qui en résultent pour l'AVS seraient négligeables (en décembre 2017 un peu plus de 150 000 veuves recevaient une rente AVS pour un montant total de 133 millions de francs par mois ou environ 1,6 milliard par an).

Les conclusions de l'Office fédéral de la santé publique sont similaires. Les prestations selon la LAA sont financées par les primes versées par les assurés. Si davantage de prestations devaient être versées en raison de la modification proposée, les primes augmenteraient. La Confédération ne serait cependant concernée qu'en sa qualité d'employeur, car celui-ci doit supporter les coûts des primes contre les accidents professionnels (art. 91, al. 1, LAA). Même s'il n'y a pas de chiffres concrets, on peut partir du principe qu'il n'y aura qu'un petit nombre de cas.

7.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les modifications prévues ne devraient avoir que peu de conséquences pour les cantons et les communes. Elles impliquent essentiellement des adaptations linguistiques dans certaines ordonnances et formulaires, puisque seront autorisés à contracter mariage non seulement un homme et une femme, mais aussi deux personnes de même sexe.

7.3 Conséquences sur l'économie nationale

Il n'est pas possible d'évaluer avec précision les conséquences de la présente révision sur l'économie nationale. L'augmentation limitée des rentes de veuves selon la LAVS et la LAA (voir ch. 7.1) n'aura pas d'effets sur le refinancement de l'AVS.

⁵¹ Statistiques disponibles sur: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html> > Trouver des statistiques > Population > Mariages, partenariats et divorces > Partenariats enregistrés, dissolutions.

7.4 Conséquences sur la société

L'introduction en Suisse du partenariat enregistré en 2007 a donné aux couples de même sexe la possibilité de donner un cadre légal à leur relation. Le partenariat est enregistré devant l'officier de l'état civil et consacre une communauté de vie assortie de droits et de devoirs réciproques semblables à ceux du mariage. Des différences subsistent néanmoins entre le mariage et le partenariat enregistré et cette institution distincte réservée aux partenaires de même sexe est souvent perçue comme un «mariage au rabais».

De plus, les partenaires enregistrés peuvent ressentir leur état civil comme stigmatisant, dès lors qu'au moment de le communiquer, ils renseignent automatiquement sur leur orientation sexuelle. Les intéressés y voient une intrusion dans leur sphère intime dont les conséquences peuvent être de surcroît problématiques, surtout dans les pays où l'homosexualité est punie par la loi.

L'ouverture du mariage à tous les couples ainsi que la possibilité de convertir un partenariat enregistré constitue une amélioration considérable de la situation. En outre, on peut supposer que l'introduction du mariage pour tous augmentera l'acceptation sociale des couples homosexuels⁵².

7.5 Conséquences sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes

Avec l'ouverture du mariage à tous les couples et les effets qu'elle est appelée à déployer selon le présent projet, on s'approche un peu plus de la pleine égalité entre les couples de sexe différent ou partenaires enregistrés qui optent pour le mariage ou la conversion d'une part et les couples mariés de sexe différent d'autre part (voir ch. 3; cela concerne par exemple l'adoption conjointe et les conditions de naturalisation). Cette avancée est conforme au principe constitutionnel de l'égalité et de l'interdiction de discriminer (art. 8 Cst.).

La commission a pleinement conscience que certaines discriminations subsisteront dans d'importants domaines après l'ouverture du mariage à tous les couples (voir ch. 5; cela vaut notamment pour la réglementation des rentes de survivants ainsi que pour le droit de la filiation). Il y aura lieu de les éliminer dans le cadre d'une ou de plusieurs révisions ultérieures.

⁵² Voir TARIK ABOU-CHADI/Ryan Finnigan, Rights for Same-Sex Couples and Public Attitudes toward Gays and Lesbians in Europe, Universität Zürich/University of California, in: Comparative Political Studies, September 2018: «marriage equality sends an unambiguously positive signal and reduces the perceived group difference through inclusion into existing rights.» (Résumé).

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité et légalité

La révision proposée se fonde sur l'art. 122, al. 1, Cst., qui attribue à la Confédération la compétence législative en matière de droit civil (voir ch. 2.2).

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales

La Suisse n'est liée par aucun engagement international réduisant sa liberté d'action en matière de droit matrimonial interne.

8.3 Forme de l'acte à adopter

La modification du code civil, de la LPart et de la LDIP doit être édictée sous la forme d'une loi fédérale.

8.4 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses au sens de l'art. 159, al. 3, let. b Cst., puisqu'il ne renferme pas de dispositions portant sur des subventions et ne fonde ni crédit d'engagement ni plafond de dépenses.

8.5 Délégation de compétences législatives

Le projet ne délègue aucune compétence législative nouvelle au Conseil fédéral.

8.6 Conformité à la législation sur la protection des données

Le projet ne traite aucune question en lien avec la protection des données.