

Tribunal fédéral	Newsletter mars 2021
II ^{ème} Cour de droit civil	
Arrêt 5A_104/2018 du 2 février 2021 (d)	Divorce, MPUC, procédure
Arrêt 5A_907/2018 du 3 novembre 2020 (d)	
Arrêt 5A_891/2018 du 2 février 2021 (d)	
Arrêt 5A_800/2019 du 9 février 2021 (d)	Entretien
Tous quatre destinés à la publication	
Résumé et analyse	
Proposition de citation :	
Michael Saul, Le nouveau droit quasi-prétorien de l'entretien entre (ex-)conjoint·e·s, analyse des arrêts du Tribunal fédéral 5A_907/2018, 5A_104/2018, 5A_891/2018 et 5A_800/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2021	Art. 125 et 163 CC

Le nouveau droit quasi-prétorien de l'entretien entre (ex-)conjoint·e·s

Michael Saul, avocat à Neuchâtel¹

I. Objet des arrêts

Les arrêts sélectionnés pour la présente analyse traitent tous quatre de la question de l'entretien entre (ex-)conjoint·e·s.

Combinés les uns aux autres, ces quatre arrêts viennent redessiner, d'une manière relativement importante, et surtout uniformiser les règles applicables en matière de détermination et de calcul de l'entretien entre (ex-)conjoint·e·s, aussi bien l'entretien durant le mariage (mesures protectrices de l'union conjugale ou mesures provisionnelles – art. 163 CC) que l'entretien après le divorce (art. 125 CC).

Les quatre arrêts font l'objet d'un résumé, qui se limite à la question des nouvelles règles en matière d'entretien entre (ex-)conjoint·e·s.

II. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_907/2018 du 3 novembre 2020 (destiné à la publication)

A. Les faits

A.

B., née en 1963 (*i.e.* 57 ans en 2020), et A., né en 1960 (*i.e.* 60 ans en 2020), se sont mariés en 2004 en Suisse. Le couple n'a pas eu d'enfants. Les parties se sont séparées en août 2012 (*i.e.* mariage d'une durée de 8 ans). Suite à la séparation, l'époux a versé à l'épouse un montant mensuel de CHF 4'500.00

¹ L'auteur remercie Maître Sabrina Burgat, Professeure ordinaire à l'Université de Neuchâtel et avocate à Neuchâtel, pour ses précieux conseils et ses suggestions concernant la rédaction de cette analyse.

à titre de contribution d'entretien, d'abord spontanément, puis en application d'une décision de mesures protectrices de l'union conjugale.

B.

Le 5 août 2014, l'époux a déposé une demande unilatérale en divorce auprès du Tribunal de district de Landquart (GR). Par décision du 18 novembre 2015, le Tribunal de district a prononcé le divorce des parties et statué sur les effets accessoires de celui-ci (entretien entre ex-conjoint-e-s ; partage de la prévoyance professionnelle ; régime matrimonial). S'agissant de l'entretien post-divorce, le Tribunal de district a condamné le mari à verser à l'épouse un montant de CHF 4'500.00 par mois, jusqu'à ce que l'épouse atteigne l'âge légal de la retraite. L'appel du mari a été rejeté par le Tribunal cantonal du canton des Grisons par arrêt du 27 août 2018.

C.

Contre la décision de dernière instance cantonale, l'époux a formé recours en matière civile au Tribunal fédéral en date du 2 novembre 2018. En substance, l'époux prétendait que l'épouse n'avait plus de prétention en entretien post-divorce à compter du mois de mars 2016. Il remettait également en question certains aspects en lien avec la liquidation du régime matrimonial (question traitée par le Tribunal fédéral aux **consid. 4 à 4.4**)². Dans sa prise de position du 14 décembre 2018, l'épouse a conclu au rejet du recours.

B. Les considérants

L'objet principal de l'arrêt (consid. 3).

3. L'entretien après le divorce constitue l'objet principal de l'arrêt et, plus particulièrement, la question de savoir si, en l'espèce, le mariage des parties peut être qualifié de « *lebensprägend* », autrement dit s'il a concrètement influencé la situation financière d'un époux, et ce, compte tenu des circonstances concrètes et particulières du cas. Se pose également la question de savoir si, cas échéant, une prétention en entretien post-divorce existe jusqu'à ce que l'épouse (en l'espèce potentielle crédientière) ait atteint l'âge de la retraite. Le montant de la contribution d'entretien ne fait pas l'objet du recours.

Les spécificités de la « vie commune » durant le mariage dans le cas d'espèce (consid. 3.1)

3.1 En l'espèce, durant le mariage et encore à la date de l'arrêt, le mari travaillait pour une entreprise active au niveau international (C. AG) et il a toujours été en poste à l'étranger. Sur la base des faits établis par les instances précédentes (**art. 105 al. 1^{er} LTF**), le Tribunal fédéral retient qu'en l'espèce les parties ont eu des ménages séparés, dans la mesure où l'épouse habitait en Suisse, tandis que l'époux a exercé son activité lucrative dans plusieurs villes de pays étrangers (Le Caire, Téhéran, Moscou, puis Santiago du Chili) et que l'épouse ne rendait que rarement visite à l'époux, si bien que les parties ont vécu une relation à distance durant le mariage. Le Tribunal fédéral reconnaît toutefois qu'il existait un « lien économique », dans la mesure où l'époux subvenait durant le mariage aux frais de logement et aux autres frais courants de l'épouse en Suisse. Le Tribunal fédéral retient finalement que le mariage a duré huit ans (jusqu'à la séparation officielle) et que, durant les huit années qui ont suivi la séparation officielle, l'époux a versé une contribution d'entretien de CHF 4'500.00 à son épouse.

² Même s'il ne sera pas revenu sur ce point dans la présente analyse compte tenu du sujet traité, il sied de relever que les conjoint-e-s étaient initialement et durant le mariage sous le régime de la participation aux acquêts, mais que la séparation de biens avait été ordonnée par décision de MPUC du 2 octobre 2014 (**consid. 4.1**).

Le résumé des décisions cantonales (consid. 3.2) et les arguments du recourant (consid. 3.3)

3.2 Se basant sur les présomptions de durée élaborées par la jurisprudence (voir *infra*), les deux instances cantonales ont qualifié le mariage des parties de « *lebensprägend* ». Quant à la capacité contributive propre de l'épouse, celle-ci aurait été active comme secrétaire de direction avant le mariage. En marge de la séparation, elle aurait par ailleurs postulé à de nombreux postes en lien avec le domaine d'activité dans lequel elle avait été active avant le mariage et également envoyé des candidatures spontanées, mais en vain. Les deux instances ont retenu qu'on ne pouvait raisonnablement exiger de l'épouse qu'elle exerce une activité lucrative en dehors du domaine d'activité dans lequel elle avait travaillé avant mariage.

3.3 Le recourant invoque principalement les spécificités de la relation à distance qu'ont menée les conjoint-e-s pour soutenir que le mariage ne doit pas être qualifié de « *lebensprägend* ». Il prétend également, en invoquant notamment les nouvelles lignes directrices en matière de contribution de prise en charge (ATF 144 III 481), que l'entretien après-divorce doit être limité dans le temps, compte tenu de l'évolution de la société.

Le rappel de la jurisprudence relative au mariage « *lebensprägend* » (consid. 3.4 à 3.4.1)

3.4.1 Jusqu'à présent, pour déterminer l'entretien convenable au sens de l'art. 125 al. 1^{er} CC, le Tribunal fédéral a pris comme point de départ la question de savoir si le mariage pouvait être qualifié de « *lebensprägend* » ou non, autrement dit la question de savoir si le mariage avait concrètement influencé la situation financière d'un-e époux-se. À cet égard, le Tribunal fédéral avait élaboré deux présomptions.

Première présomption : en présence d'un mariage d'une durée de dix ans ou en présence d'enfants communs, le caractère « *lebensprägend* » du mariage doit être présumé. La durée du mariage se calcule en principe en partant de la conclusion du mariage et jusqu'à la séparation de fait (la vie commune avant le mariage peut parfois être prise en compte dans des cas exceptionnels). En présence d'un mariage « *lebensprägend* », le Tribunal fédéral a retenu que la confiance dans la continuité du mariage, respectivement dans la continuité de la répartition des rôles entre époux, est objectivement digne de protection et qu'en pareille hypothèse l'art. 125 al. 1^{er} CC donne à chaque époux-se un droit au maintien du même train de vie que durant la vie commune, si les moyens financiers sont suffisants, respectivement, lorsque les moyens financiers sont insuffisants en raison des nouveaux coûts engendrés par la séparation, un droit à un train de vie identique. C'est ici une sorte d'intérêt positif (« *dommage lié au divorce* » - « *Scheidungsschaden* ») qui doit être indemnisé.

Deuxième présomption : lorsque la vie commune durant le mariage a duré moins de cinq ans, on se trouve en présence d'un mariage de courte durée qui, en l'absence d'enfants communs, ne garantit pas la même confiance dans la continuité du mariage et ne donne pas droit au maintien du même train de vie que durant la vie commune, le train de vie avant mariage étant alors déterminant. C'est ainsi une sorte d'intérêt négatif (« *dommage lié au mariage* » - « *Heiratsschaden* ») qui est ici indemnisé.

Les risques découlant d'une application stricte du critère « *lebensprägend* » (consid. 3.4.2)

3.4.2 La doctrine retient à juste titre, selon le Tribunal fédéral, que la distinction entre un mariage « *lebensprägend* » et un mariage qui ne l'est pas, opère en réalité un tri entre les mariages. Le Tribunal fédéral souligne n'avoir jamais envisagé cette distinction comme un outil aussi radical, ce d'autant plus que la loi ne retient pas cette distinction et que le texte de l'art. 125 al. 2 CC contient un catalogue de critères à prendre en compte. Une application stricte des présomptions rappelées ci-dessus risque de conduire à des inégalités de traitement injustifiées, en assimilant des mariages pourtant différents ou en différenciant des mariages pourtant similaires. Ce risque doit être combattu sur trois plans.

Le premier plan : examen critique de l'influence concrète du mariage (consid. 3.4.3)

3.4.3 En premier lieu, la question même de l'influence concrète du mariage dans le cas d'espèce doit être examinée de façon critique. En cas de mariage ayant concrètement influencé la situation financière d'un-e époux-se, la jurisprudence se fonde sur le train de vie durant la vie commune pour déterminer l'entretien convenable, ce qui revient à prendre en compte la capacité contributive commune des conjoint-e-s même après la fin de l'union conjugale. Le fondement de cette manière de procéder remonte au droit du mariage de 1907/1912. Une partie de la doctrine actuelle se montre toutefois critique. Cette manière de procéder se justifie uniquement lorsque l'un-e des époux-se, en raison du projet de vie commune des conjoint-e-s, a cessé son activité lucrative et partant, abandonné son indépendance financière, en faveur de l'entretien du ménage et de l'éducation des enfants (entretien en nature au sens de l'**art. 163 CC**), et lorsque, en cas de mariage de plusieurs années, ce choix ôte à l'époux-se concerné-e la possibilité de reprendre son ancienne place de travail ou d'en trouver une nouvelle lui offrant un revenu équivalent. Une telle situation est qualifiée encore aujourd'hui de mariage ayant eu une influence concrète sur la situation financière d'un-e époux-se (« *lebensprägende Ehe* »). En pareille hypothèse, l'époux-se concerné-e peut, toujours à ce jour, prétendre à ce que la solidarité de l'autre soit prise en compte dans une certaine mesure, tant qu'il ou elle en dépend.

Cela dit, le Tribunal fédéral ne tranche pas la question de savoir si et dans quelle mesure la présomption d'un mariage « *lebensprägend* » (*i.e.* mariage d'une durée de dix ans minimum ou présence d'enfants communs nés durant le mariage) est encore pertinente aujourd'hui, car l'application des critères classiques au cas d'espèce permet de retenir que le mariage n'était pas « *lebensprägend* ». Toutefois, le Tribunal fédéral souligne très clairement que des lignes directrices ne doivent jamais être appliquées de manière schématique, c'est-à-dire sans tenir compte des spécificités du cas d'espèce.

Le deuxième plan : un mariage « *lebensprägend* » n'emporte pas automatiquement contribution d'entretien (consid. 3.4.4)

3.4.4 Le fait d'admettre qu'un mariage a exercé une influence concrète sur l'un-e des époux-se ne conduit pas automatiquement à admettre un droit à l'entretien après le divorce. À compter du divorce, et même à compter de la séparation d'après la jurisprudence, lorsqu'il n'existe plus de perspective sérieuse allant dans le sens d'une reprise de la vie conjugale, c'est la propre capacité contributive des conjoint-e-s qui doit primer (**art. 125 CC**). Ainsi, il existe en principe une incombance de s'insérer ou se réinsérer dans le marché du travail, respectivement d'augmenter une activité déjà exercée. L'octroi d'une contribution d'entretien post-divorce est ainsi subsidiaire. L'entretien n'est dû que lorsque l'époux-se concerné-e ne parvient pas à couvrir tout ou partie de son entretien convenable, malgré des efforts raisonnablement exigibles.

S'agissant de l'examen de la capacité contributive propre de l'époux-se, la question de savoir ce qui est raisonnablement exigible de l'époux-se au regard des circonstances est une question de droit, alors que la question de savoir ce qui, en cas d'efforts suffisants, est effectivement réalisable compte tenu des circonstances concrètes du cas d'espèce relève des faits.

En lien avec la première question, il sied de relever qu'on est en droit d'exiger de chacun-e des conjoint-e-s qu'il ou elle épuise totalement sa capacité de gain (activité exercée à 100%), cas échéant en retenant un revenu hypothétique. On ne peut s'écarter de ce principe lorsque l'époux-se concerné-e prend en charge des enfants communs. Dans ce dernier cas, il faut appliquer le modèle des paliers scolaires développés en lien avec la contribution de prise en charge (**ATF 144 III 481**).

Quant à la seconde question consistant à savoir ce qui est concrètement possible dans un cas d'espèce, les critères déterminants sont les suivants : l'âge ; la santé ; les connaissances linguistiques ; les

activités professionnelles exercées jusqu'alors ; les formations et formations continues déjà effectuées ou celles qui sont raisonnablement exigibles ; la flexibilité personnelle ; la situation sur le marché du travail ; etc. Il faut se fonder sur les chances réelles d'exercer une activité dans un domaine déterminé, qui ne sera pas forcément le domaine de l'activité précédemment exercée. Dans ce contexte, il ne faut à nouveau pas se baser sur des présomptions générales, mais sur les circonstances concrètes du cas d'espèce. Par exemple, le personnel de santé est recherché et la reprise d'activité dans ce domaine apparaît possible même en cas de sortie prolongée du marché du travail et malgré un âge avancé, moyennant les efforts requis. À l'inverse, dans certaines branches, le fait de sortir du marché du travail même peu de temps rend un retour dans la branche concernée plus compliqué, même pour des personnes jeunes.

Il faut en particulier tenir compte du fait qu'au jour d'aujourd'hui, l'offre de formation, de formation continue et de formation pour une réorientation professionnelle est importante et variée en Suisse. Toutefois, en raison des compétences et capacités personnelles et des situations concrètes, chaque personne ne peut pas en profiter de la même manière.

Tous ces éléments doivent être examinés dans le cas concret, le principe de la capacité contributive personnelle permettant toutefois d'attendre de chacun-e tous les efforts raisonnablement exigibles pour la (re)prise d'une activité professionnelle et permettant d'imputer un revenu hypothétique à celles et ceux qui s'y refusent.

Le troisième plan : la portée de l'entretien « convenable » selon l'art. 125 CC (consid. 3.4.4)

3.4.4 Si, malgré les exigences précitées, l'un-e des conjoint-e-s ne parvient pas à couvrir son entretien, il faut reconnaître un droit à l'entretien post-divorce en cas de mariage « *lebensprägend* ». Selon l'art. 125 al. 1^{er} CC, l'entretien doit être « convenable ». Il doit en particulier être limité dans le temps. On ne peut en effet perdre de vue le fait que la répartition des tâches entre les conjoint-e-s cesse dans les faits au moment de la séparation. Partant, dans la mesure où il n'y a pas d'enfants communs à prendre en charge, l'entretien en argent de l'un-e des conjoint-e-s ne correspond plus à une contre-prestation en nature de l'autre (tenue du ménage). Aussi, on ne saurait retenir qu'il existerait à vie un droit à une situation financière équivalente. Il n'est pas possible de dire de manière générale ce qu'est un entretien « convenable » au sens de la loi. Les critères de l'art. 125 al. 2 CC doivent être pris en compte et soigneusement pondérés dans chaque cas d'espèce. En particulier, il faut tenir compte d'une éventuelle incapacité d'exercer une activité lucrative en raison de la prise en charge des enfants, de la durée du mariage, mais aussi de la fortune et d'autres sources financières. En cas de mariage de longue durée, surtout lorsque l'un-e ou l'autre s'est arrêté-e de travailler complètement pour se consacrer entièrement aux enfants, la solidarité post-matrimoniale peut conduire à des contributions d'entretien versées sur une plus longue période, potentiellement jusqu'à ce que le débiteur d'entretien atteigne l'âge légal de la retraite.

La synthèse intermédiaire (consid. 3.4.6)

3.4.6 En résumé, le Tribunal fédéral souligne que la solidarité post-matrimoniale se fonde sur un effet prolongé de la communauté matrimoniale et qu'une éventuelle contribution d'entretien dépend de l'influence concrète qu'a eue le mariage considéré. Pour trouver la solution la plus adaptée au cas d'espèce, c'est moins l'application de présomptions abstraites qui est déterminante, mais bien plus l'examen de ce qui, compte tenu des circonstances concrètes du cas d'espèce (voir *supra*), apparaît comme le plus adéquat.

La liberté des conjoint-e-s quant aux modalités de leur vie commune (consid. 3.5.1)

3.5.1 Époux et épouse sont libres d'agencer leur relation comme ils l'entendent, en particulier concernant les modalités de la vie commune. Il n'y a, à cet égard, pas de prescriptions étatiques et plusieurs raisons peuvent être envisagées, expliquant que les conjoint-e-s ne se constituent pas un

domicile commun au sens de l'art. 162 CC (par exemple s'ils exercent chacun-e une activité professionnelle dans des lieux éloignés ou que l'un-e d'eux se consacre aux soins de ses parents dans un autre lieu). Ni des hobbies communs ni des rapports physiques ne sont déterminants pour le devoir d'entretien. Il faut en revanche que soit présent au premier plan le fait que les conjoint-e-s forment ensemble une communauté économique et se garantissent assistance et fidélité.

L'application au cas d'espèce (consid. 3.5 à 3.5.3)

En l'espèce, le caractère « *lebensprägend* » du mariage est nié malgré sa durée et le fait que l'épouse s'est rendue dépendante financièrement de son mari, vu qu'il n'y avait pas d'enfant, ni jamais eu de domicile commun effectif (sans qu'il existe de justification objective à cela) et que l'épouse n'a jamais réellement contribué en nature à l'union conjugale. En outre, l'épouse était tenue, sous l'angle du caractère raisonnablement exigible, de reprendre une activité professionnelle dès la séparation définitive. La question de savoir si une reprise d'emploi était concrètement possible peut toutefois demeurer ouverte. En effet, le droit à une contribution d'entretien post-divorce devrait, de l'avis de notre Haute-Cour, être nié en tous les cas, car l'épouse avait déjà bénéficié durant les huit années qui ont suivi la séparation d'un entretien versé par l'époux, si bien qu'elle a déjà atteint la durée maximale durant laquelle un éventuel entretien aurait pu être octroyé depuis la séparation, compte tenu des circonstances du cas d'espèce.

C. Le dispositif

Le Tribunal fédéral admet partiellement le recours du mari et annule partiellement l'arrêt du Tribunal cantonal des Grisons, en retenant que l'épouse n'a droit à aucune contribution d'entretien après le divorce. Le recours est rejeté pour le surplus.

II. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_104/2018 du 2 février 2021 (destiné à la publication)

A. Les faits

A.

Par jugement du 16 juin 2016, le tribunal de Bucheggberg-Wasseramt a prononcé le divorce de A. et B. qui s'étaient marié-e-s en 1999. La garde sur les enfants C. (né en 1999), D. (né en 2002) et E. (né en 2003) a été attribuée à la mère. Les parties ont conclu un accord partiel sur les effets accessoires du divorce réglant le droit de visite du père, le partage de la prévoyance professionnelle et la liquidation du régime matrimonial qui a été ratifiée par le jugement de divorce. La question des contributions d'entretien dues par l'époux aux enfants et à l'épouse a fait l'objet d'une procédure contradictoire.

B.

Suite à l'appel adressé par chacune des parties, le Tribunal cantonal du canton de Soleure a, par jugement du 17 décembre 2017, révisé le calcul des contributions d'entretien pour les enfants et l'épouse.

C.

L'épouse a interjeté recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral le 1^{er} février 2018, recours dans lequel elle conteste le montant des contributions d'entretien pour les enfants et pour elle-même. L'époux a conclu au rejet du recours.

B. Les considérants

Le résumé des décisions cantonales et la nouvelle pratique du Tribunal fédéral (consid. 3)

3. Plusieurs éléments de la méthode appliquée par le Tribunal cantonal se trouvent en dehors des méthodes traditionnelles de calcul des contributions d'entretien (partage de l'excédent dans le cadre de la méthode en une étape, alors que c'est en principe caractéristique à la méthode en deux étapes ; réduction de la contribution d'entretien convenable sans que le plus jeune des enfants n'ait atteint un degré scolaire déterminant, puisque la part de l'enfant cadet a été attribuée à l'entretien entre conjoint·e·s ; prise en compte d'une part au loyer chez les enfants sans qu'elle ne soit déduite chez les parents). Toutefois, dans l'intervalle, le Tribunal fédéral a déclaré que l'application de la méthode en deux étapes était obligatoire pour calculer tous les types d'entretien et également indiqué de quelle manière elle devait être appliquée dans chaque cas d'espèce (pour l'entretien de l'enfant, voir **arrêt du TF 5A_311/2019 du 11 novembre 2020 [destiné à la publication], consid. 6.6** ; pour l'entretien entre conjoint·e·s après le divorce, voir **arrêt du TF 5A_891/2018 du 2 février 2021, consid. 4.5**).

Le rappel des questions à examiner pour l'entretien entre conjoint·e·s après le divorce et de l'ordre d'examen de celles-ci (consid. 4)

4. En principe, en présence d'un mariage « *lebensprägend* », il faut commencer par déterminer l'entretien convenable en se basant sur le train de vie vécu par les conjoint·e·s à la fin de la vie commune, puis déterminer leur propre capacité contributive et finalement examiner l'éventuelle contribution d'entretien due par l'un·e des conjoint·e·s à l'autre. S'agissant précisément de l'examen de la propre capacité contributive de chacun·e des conjoint·e·s, on commence en principe par examiner, dans un premier temps, la question de fait consistant à déterminer s'il existe une possibilité effective d'exercer une activité lucrative compte tenu de l'ensemble des circonstances concrètes du cas et, dans un deuxième temps, la question de droit consistant à déterminer si l'on peut raisonnablement exiger que le revenu effectivement possible qui a été retenu soit réalisé³. Il est possible de s'écarter de cet ordre d'examen des questions lorsque, comme en l'espèce, le caractère raisonnablement exigible de la reprise d'une activité professionnelle et la possibilité effective de réaliser le revenu retenu se trouvent au premier plan.

Le rappel des règles applicables à l'entretien après divorce de l'art. 125 CC (consid. 5.2)

5.2. Le Tribunal fédéral rappelle les règles en matière de primauté de la capacité contributive propre et de l'indépendance financière après divorce⁴. Deux règles viennent tempérer l'exigence de (re)prise d'une activité professionnelle : d'une part, la règle des paliers scolaires concernant le parent gardien (**ATF 144 III 481**) qui remplace l'ancienne règle dite des « 10/16 ans » et, d'autre part, la présomption selon laquelle, en présence d'un mariage « *lebensprägend* », on ne peut plus raisonnablement exiger de l'époux·se qui a quitté entièrement le monde du travail qu'il ou elle reprenne une activité professionnelle lorsqu'il ou elle a atteint l'âge de 45 ans révolus. Dans ce dernier cas, l'entretien de l'époux·se concerné·e est assuré par l'autre. Le Tribunal fédéral souligne avoir confirmé des décisions cantonales retenant qu'une reprise de travail était possible au-delà de cette limite d'âge. La doctrine a également remis en cause la « règle des 45 ans », se demandant si elle était encore compatible avec la réalité actuelle, ce d'autant que le Tribunal fédéral lui-même semblait admettre que la limite avait tendance, à en croire les jurisprudences cantonales, à s'élever à 50 ans.

Toutefois, le Tribunal fédéral a jusqu'à présent toujours mentionné la « règle des 45 ans » comme principe applicable à l'entretien post-divorce, sauf exception. Cela ne concernait néanmoins que les cas d'une (re)prise d'emploi, alors que l'augmentation d'une activité lucrative déjà exercée était considérée comme exigible même au-delà de 45 ans.

³ Voir ég. *supra* le résumé de l'arrêt du TF 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, destiné à la publication.

⁴ Voir à ce sujet *supra* le résumé de l'arrêt du TF 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, destiné à la publication.

L'abandon de la « règle des 45 ans » en faveur d'un examen concret (consid. 5.3 à 5.6)

5.3. Le Tribunal fédéral expose l'origine et l'évolution dans le temps de la « règle des 45 ans » depuis le droit du mariage de 1907/1912 jusqu'à nos jours. Il ressort de cet exposé historique que la « règle des 45 ans » avait été élaborée à l'origine pour fixer la limite exceptionnelle de la fin de la contribution d'entretien selon l'**art. 151 aCC** (due en principe sans limites de temps) et qu'elle avait ensuite toujours servi de limite exceptionnelle, sous l'empire du nouveau droit du divorce, mais cette fois pour déterminer la limite à partir de laquelle un entretien post-divorce est en principe dû.

5.4. Le Tribunal fédéral retient ainsi que la « règle des 45 ans » constitue une présomption qui n'a été ni prévue ni envisagée par le législateur et qu'elle ne ressort pas directement du catalogue des critères de l'**art. 125 al. 2 CC**. Cette règle est ainsi issue de la jurisprudence. On a toutefois vu que la jurisprudence récente a fait perdre à la « règle des 45 ans » son caractère de ligne directrice et qu'une tendance à repousser la limite se dégage. Le Tribunal fédéral se demande alors si une telle limite d'âge est encore pertinente de nos jours ou s'il n'est pas préférable de se référer uniquement aux possibilités effectives de reprendre un emploi, ainsi que cela ressort de l'**art. 125 al. 2 ch. 7 CC**.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler les principes dégagés de l'**art. 125 al. 1^{er} CC** concernant la confiance dans la continuité du mariage et de la répartition des rôles adoptée par les conjoint·e·s durant le mariage⁵, précisant à cet égard que ce critère est expressément prévu par l'**art. 125 al. 2 ch. 1 CC**. Il faut néanmoins admettre qu'avec le divorce (respectivement la séparation), les circonstances changent et l'un·e des conjoint·e·s ne peut pas simplement se référer à la répartition qui avait été adoptée durant la vie commune pour fonder un droit à l'entretien post-divorce. Une contribution en nature envers la communauté conjugale (désormais dissoute) ne subsiste que lorsque des enfants communs sont pris en charge, raison pour laquelle l'**art. 125 al. 2 ch. 6 CC** en fait un critère pour l'examen. Même dans ce cas, on peut désormais exiger du parent gardien qu'il reprenne une activité professionnelle plus tôt qu'auparavant sur la base de la nouvelle règle des paliers scolaires (**ATF 144 III 481**). Avec ce nouveau modèle, le Tribunal fédéral a tenu compte de l'évolution de la société et du fait que désormais chaque parent est, à tout le moins, partiellement capable de travailler, que ce soit en présence d'un ménage commun ou séparé.

Ce nouveau modèle des paliers scolaires rend encore moins pertinente la « règle des 45 ans ». Cela dit, il convient d'adopter une logique similaire dans le contexte de l'**art. 125 CC** et de tenir compte d'une période d'adaptation (de transition) nécessaire pour réintégrer le marché du travail. Le fait de trouver un nouvel emploi et le processus de postulation pour réintégrer le marché du travail prennent en effet un certain temps. Peut-être même qu'une formation continue peut s'avérer nécessaire, ce qui peut également intéresser *in fine* la partie débirentière. En effet, plus la capacité contributive de la partie crédière est élevée, plus la partie débirentière sera libérée de l'obligation d'entretien. Dans l'arrêt destiné à publication **5A_907/2018 du 3 novembre 2020, consid. 3.4.4**, le Tribunal fédéral a retenu que l'offre de formation de réorientation professionnelle et de formation continue est (devenue) importante et variée en Suisse. Une formation continue permanente permettant d'optimiser ses opportunités personnelles sur le marché du travail est devenue monnaie courante. Ainsi, même une brève interruption dans l'exercice d'une activité lucrative peut s'avérer opportune afin d'effectuer une formation complémentaire dans le but d'améliorer sa propre capacité contributive.

Par ailleurs, en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce, une période de transition plus longue peut également s'avérer adéquate, en tout cas lorsqu'elle est directement liée à une importante augmentation de la capacité contributive. En effet, c'est un élément inhérent à la solidarité post-matrimoniale (sur laquelle repose l'entretien après divorce) que l'époux·se débiteur·trice

⁵ Voir à ce sujet *supra* le résumé de l'arrêt du TF 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, destiné à la publication.

soutienne l'époux·se créancier·ère pour que ce dernier ou cette dernière parvienne à subvenir seul·e à ses besoins après le divorce.

5.5. Compte tenu de ce qui précède, il s'impose, selon le Tribunal fédéral, de renoncer formellement à la « règle des 45 ans ». En outre, un simple report de l'âge limite, par exemple à 50 ans, ne ferait pas de sens, puisqu'indépendamment d'une limite déterminée, une présomption généralisée ne tient pas suffisamment compte du cas concret. Il est renvoyé au surplus aux critères énoncés dans l'arrêt destiné à publication **5A_907/2018 du 3 novembre 2020, consid. 3.4.4**⁶, notamment pour estimer si et quand une (re)prise d'emploi est possible.

5.6. Est déterminant l'examen concret du cas d'espèce au moyen des critères que sont l'âge, la santé, les connaissances linguistiques, les formations et formations continues passées et futures, les activités exercées jusqu'alors, la flexibilité personnelle et géographique⁷ et la situation du marché du travail. Le fait que l'âge constitue souvent un facteur décisif dans le cadre de cet examen est un fait. Toutefois, l'âge n'est désormais plus un critère indépendant des autres entraînant une présomption en faveur ou contre la (re)prise d'un emploi. Deux clarifications s'imposent toutefois :

« Examen concret » ne signifie pas qu'il s'agit uniquement de constatations de faits. Au contraire, c'est sur la base de l'état de fait établi qu'il convient ensuite d'examiner la question de droit visant à déterminer si et dans quelle mesure une (re)prise d'emploi est raisonnablement exigible. Dès l'instant où, sur le plan des faits, la (re)prise d'emploi apparaît effectivement possible, il existe un principe selon lequel une telle (re)prise est également raisonnablement exigible et qu'un revenu hypothétique doit être retenu dans les calculs. Dans ces cas justifiés, il est exceptionnellement possible de s'écarter de ce principe, par exemple lorsque l'époux·se concerné·e est proche de l'âge de la retraite.

De même, une présomption en faveur de la non-exigibilité de la (re)prise d'un emploi (en particulier d'un emploi non conforme à une certaine position sociale) se justifie lorsque le mariage a eu, en raison de plusieurs facteurs, une influence importante sur la vie d'un·e époux·se, en particulier lorsque l'époux·se concerné·e a renoncé à sa carrière et s'est consacré au ménage et aux enfants pour permettre à l'autre de se consacrer quant à lui à sa vie professionnelle durant des décennies et, partant, d'augmenter en conséquence ses revenus, si bien que ces revenus permettent sans autres de financer deux ménages séparés. Cependant, une « influence concrète » au sens de la jurisprudence valable jusqu'à récemment (mariage « *lebensprägend* ») ne suffit pas (plus) pour s'écarter du principe.

L'application au cas d'espèce (consid. 5.7 à 6.3)

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient que l'épouse a étudié et travaillé jusqu'en 1988 dans le domaine de l'informatique, mais qu'elle a cessé toute activité professionnelle à compter du début de l'année 1989 suite au mariage et la naissance de la première enfant. Le fait que l'épouse a été longtemps en dehors du marché du travail pour s'occuper du ménage et de l'éducation des enfants implique que la reprise d'une activité professionnelle ne peut pas se faire dans le domaine de l'informatique. Toutefois, il n'est pas arbitraire de retenir que l'épouse est en mesure, moyennant les efforts requis, d'entrer dans un domaine d'activité approprié, par exemple après une formation de la Croix-Rouge dans le domaine des soins.

⁶ Voir *supra*.

⁷ Aux critères énoncés dans l'arrêt destiné à publication 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, consid. 3.4.4, le Tribunal ajoute en effet ici celui de la flexibilité *géographique*.

C. Le dispositif

La décision entreprise est annulée (notamment en raison de l'audition à effectuer de l'une des enfants, voir **consid. 7**) et la cause renvoyée au Tribunal cantonal du canton de Soleure pour complément d'instruction et nouvelle décision.

III. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_891/2018 du 2 février 2021 (destiné à la publication)

A. Les faits

A.

A., né en 1959 (*i.e.* 62 ans en 2021) et B., née en 1962 (*i.e.* 59 ans en 2021) et ressortissante allemande, se sont mariés en 1997. De leur union sont issus les enfants C., né en 2000 (*i.e.* 21 ans en 2021) et D., né en 2005 (*i.e.* 16 ans en 2021). Les conjoint-e-s vivent séparé-e-s depuis mars 2011 (*i.e.* durée de la vie commune de 14 ans). La séparation de biens a été ordonnée par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 27 juin 2012. Entretemps, l'épouse est partie vivre en Allemagne avec les enfants.

B.

Par jugement du 2 juin 2016, le Tribunal de district de Baden a prononcé le divorce des parties. Le jugement a statué sur l'entretien dû par le mari aux enfants et à son épouse, ainsi que sur le régime matrimonial et le partage de la prévoyance professionnelle. À la suite des appels de chacune des parties, le Tribunal cantonal du Canton d'Argovie a notamment, par arrêt du 13 décembre 2016, condamné le mari à verser à son épouse un montant mensuel de CHF 5'149.00 jusqu'à l'âge de la retraite de celle-ci et réformé le montant à verser en lien avec la liquidation du régime matrimonial.

Par arrêt **5A_202/2017 du 22 mai 2018**⁸, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'époux en lien avec le régime matrimonial. S'agissant de l'entretien après le divorce, il a renvoyé l'affaire au Tribunal cantonal en raison d'un mélange des méthodes et pour examen de la capacité contributive de l'époux une fois atteint l'âge de la retraite.

Par arrêt du 21 août 2018, le Tribunal cantonal a condamné l'époux à verser à l'épouse un montant mensuel CHF 5'037.00 dès l'entrée en force du jugement et jusqu'au 31 mars 2024, puis un montant mensuel de CHF 1'451.00 jusqu'à l'âge de la retraite de l'épouse.

C.

L'époux a interjeté recours en matière civile contre l'arrêt du 21 août 2018 en date du 29 octobre 2018 et conteste le montant de l'entretien après divorce retenu jusqu'au 31 mars 2024.

B. Les considérants

Le rappel de la pratique du Tribunal fédéral concernant les méthodes de calcul de l'entretien après divorce (**consid. 4.1 à 4.3**)

4.1. La loi ne prescrit pas de méthode particulière pour calculer l'entretien après divorce (tout comme elle ne prescrit pas de méthode en général pour le calcul d'entretiens). En pratique, on applique soit la méthode concrète en une étape soit la méthode concrète en deux étapes (appelée aussi méthode en deux étapes avec répartition de l'excédent). La méthode des pourcentages n'est plus appliquée. Le

⁸ Résumé in : Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2018.

Tribunal rappelle les règles pour chacune des deux méthodes en renvoyant à l'arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020 (destiné à la publication)⁹.

4.2. Traditionnellement, le Tribunal fédéral a admis un pluralisme des méthodes dans tous les domaines de l'entretien en droit de la famille (entretien de l'enfant, entretien entre conjoint·e·s durant le mariage, entretien entre ex-conjoint·e·s après le divorce) et il est uniquement intervenu pour corriger les cas dans lesquels les différentes méthodes étaient mélangées.

Toutefois, le Tribunal fédéral a imposé la méthode des frais de subsistance comme seule méthode applicable afin de calculer la contribution de prise en charge de l'enfant (ATF 144 III 377) et annoncé qu'une méthode uniforme et obligatoire pour toute la Suisse devrait être développée pour le calcul de l'entretien (ATF 144 III 481).

Sur cette base, le Tribunal fédéral a également unifié la méthode de calcul pour les coûts directs de l'enfant, en déclarant à cet égard obligatoire et valable pour toute la Suisse l'usage de la méthode en deux étapes avec répartition de l'excédent (arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020, destiné à la publication).

4.3. Dans le domaine de l'entretien après divorce, en présence de mariages « *lebensprägend* », la jurisprudence du Tribunal fédéral a admis l'application de la méthode concrète en une étape. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a également admis qu'en présence d'un mariage de longue durée avec une répartition traditionnelle des tâches au sein du couple et d'une situation financière moyenne, la méthode concrète en deux étapes avec répartition de l'excédent fournit des résultats également satisfaisants, en particulier lorsque les conjoint·e·s n'ont pas épargné ou que la part d'épargne pratiquée jusqu'à la séparation est absorbée par les charges engendrées par le divorce. En pratique, la méthode concrète en une étape était souvent utilisée en présence de moyens financiers sensiblement élevés et de parts d'épargne élevées. Cela dit, le Tribunal fédéral a également admis l'application de la méthode concrète en deux étapes en présence de situations financières très favorables.

Les différences entre entretien durant le mariage et après le divorce et entre les méthodes de calcul en une ou en deux étapes (consid. 4.4)

4.4. Tant dans le cadre du calcul de l'entretien durant le mariage que de celui de l'entretien après le divorce, le train de vie mené par les conjoint·e·s jusqu'alors constitue le point de départ pour le calcul de l'entretien convenable des conjoint·e·s. La contribution d'entretien durant le mariage ne doit pas mener à une liquidation anticipée du régime matrimonial, dans la mesure où les revenus mis en commun sont en principe partagés par moitié. De la même manière, l'entretien après le divorce doit se limiter à permettre le maintien du train de vie mené par les conjoint·e·s avant la séparation, lorsque la situation financière le permet, le train de vie en question constituant par ailleurs la limite maximale de l'entretien convenable. Lorsque les coûts supplémentaires engendrés par le divorce empêchent de maintenir le train de vie mené en commun, l'époux·se créancier·ère d'entretien a droit au même train de vie que l'époux·se débiteur·trice.

La différence entre l'entretien durant le mariage et l'entretien après le divorce réside dans le fait que l'entretien après divorce comprend en principe également une part pour se constituer une prévoyance vieillesse appropriée et dans le fait qu'après le divorce les exigences relatives à la capacité de contribuer seul·e à ses besoins sont encore plus élevées, compte tenu de la fin de la communauté conjugale. L'entretien « convenable » au sens de l'art. 125 al. 1^{er} CC se détermine sur la base des

⁹ Arrêt résumé in : Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021. Voir ég. SABRINA BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues : une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_311/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021. On se permet de renvoyer à ces deux documents pour le détail concernant les spécificités des deux méthodes.

critères de l'art. 125 al. 2 CC, l'entretien convenable étant non seulement limité quantitativement, mais également dans le temps.

Il s'ensuit que lorsque l'un-e des conjoint-e-s, après le divorce, reprend une activité lucrative ou augmente son taux d'activité et que cela accroît l'excédent, un partage par moitié ou respectivement un partage par grosses têtes et petites têtes en présence d'enfants de l'excédent ne peut simplement s'appliquer tel quel. Au contraire, il faut ici un deuxième calcul basé sur la méthode en deux étapes permettant de partager comptablement l'excédent qui existait au moment de la vie commune. La limite maximale de l'entretien après divorce correspond ainsi au minimum vital du droit de la famille calculé sur la base des domiciles séparés auquel s'ajoute la part de l'excédent calculée sur la base de l'excédent qui existait au moment de la vie commune. Cette limitation ne concerne toutefois que les ex-conjoint-e-s, les enfants ayant le droit de participer au niveau de vie supérieur global.

Dans la mesure où le niveau de vie vécu durant la vie commune constitue le point de départ du calcul, la méthode en une étape et la méthode en deux étapes conduisent théoriquement à un résultat identique. Toutefois, des différences peuvent survenir en raison de la différence en matière de faits à prouver entre les deux méthodes. Cela provient du fait que la maxime des débats s'applique en matière d'entretien après divorce (art. 277 al. 1^{er} CPC). Or, il peut s'avérer compliqué de démontrer, après coup, certains faits déterminants pour le calcul de l'entretien après divorce. Cela mène souvent à une procédure d'administration des preuves coûteuse qui pèse lourdement sur l'époux-se créancier-ère d'entretien. À l'inverse, il n'est pas nécessaire de se disputer sur chaque détail du niveau de vie antérieur dans le cadre de la méthode en deux étapes. De plus, dans cette dernière hypothèse, les conjoint-e-s peuvent disposer librement de la part d'excédent qui leur est attribuée. Aussi est-il plus aisé de prouver une éventuelle part d'épargne (méthode en deux étapes) que le détail de chaque dépense (méthode en une étape). Finalement, il sied de rappeler que toutes les spécificités du cas d'espèce permettant de s'écarter des principes de partage de l'excédent doivent être prises en compte et indiquées dans les décisions d'entretien.

L'application désormais uniforme et obligatoire de la méthode en deux étapes à l'entretien après divorce (consid. 4.5)

4.5. En résumé, il convient d'appliquer de manière obligatoire et dans toute la Suisse la méthode concrète en deux étapes pour calculer l'entretien après divorce, dans la mesure notamment où cela permet de calculer sans problème l'entretien dans presque tous les cas de figure et que cela rend la procédure probatoire plus praticable. Sont toutefois réservées les situations exceptionnelles dans lesquelles cette méthode ne ferait pas de sens, comme cela peut en particulier être le cas en présence de moyens financiers particulièrement favorables. Cas échéant, la décision fixant l'entretien doit indiquer les raisons ayant justifié de s'écarter de la méthode prescrite.

L'application au cas d'espèce (consid. 4.6 à 5)

En l'espèce, le Tribunal cantonal n'a pas violé le droit fédéral et les principes applicables au calcul de l'entretien après divorce en appliquant la méthode en deux étapes.

C. Le dispositif

Le recours est rejeté.

IV. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_800/2019 du 9 février 2021 (destiné à la publication)

A. Les faits

A.

A., née en 1974 (*i.e.* 47 ans en 2021), et B., né en 1949 (*i.e.* 72 ans en 2021), se sont marié·e·s le 8 mars 2002. Ils ont eu un fils, C., né en 2005 (*i.e.* 16 ans en 2021). Les conjoint·e·s vivent séparé·e·s depuis décembre 2015 (*i.e.* mariage d'une durée de 13 ans jusqu'à la séparation).

B.

Par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 15 août 2016, le Tribunal de district de Rheintal a condamné le mari à verser un montant mensuel de CHF 1'800.00 en faveur de son fils et de CHF 10'000.00 en faveur de son épouse. Cette décision a été confirmée par le Tribunal cantonal de Saint-Gall le 20 avril 2017.

Le 29 janvier 2018, l'époux a introduit une demande unilatérale de divorce au Tribunal de district de Rorschach. La requête visant à modifier les mesures protectrices de l'union conjugale (devenues mesures provisionnelles) a été rejetée par le tribunal le 17 octobre 2018. Par arrêt du 30 août 2019, le Tribunal cantonal a admis partiellement l'appel du mari et notamment diminué le montant de la contribution d'entretien en faveur de l'épouse.

C.

Le 8 octobre 2019, l'épouse a interjeté recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du 30 août 2019. Elle demande un nouveau calcul concernant l'entretien de l'enfant et que la contribution d'entretien de CHF 10'000.00 en sa faveur soit confirmée (respectivement la décision du 17 octobre 2018 du Tribunal de district).

B. Les considérants

L'application désormais uniforme et obligatoire de la méthode en deux étapes à l'entretien durant le mariage (consid. 4.3)

4.3. Durant plusieurs années, la jurisprudence a admis un pluralisme des méthodes pour le dans le domaine du calcul des contributions d'entretien. Le Tribunal fédéral n'intervenait et corrigeait les calculs que dans les cas où les méthodes avaient été mélangées. Toutefois, avec l'arrêt **5A_311/2019 du 11 novembre 2020 (destiné à la publication)**, le Tribunal fédéral a uniformisé la méthode de calcul s'agissant du calcul des coûts directs et de la contribution de prise en charge des enfants en rendant obligatoire dans toute la Suisse l'application de la méthode en deux étapes. Dans l'arrêt **5A_891/2018 du 2 février 2021 (destiné à la publication)**, le Tribunal fédéral a retenu qu'à l'avenir seule la méthode en deux étapes devrait désormais également être appliquée pour calculer l'entretien après divorce. Ces deux arrêts visent à transposer l'uniformisation de la méthode de calcul introduite s'agissant de la contribution de prise en charge dans l'**ATF 144 III 481**. Ce qui précède n'exclut toutefois pas que, dans des situations particulières, notamment en présence de situations financières exceptionnellement favorables, il soit procédé différemment voire qu'il soit renoncé à tout calcul concret, les décisions de calcul de l'entretien devant toutefois motivé les raisons ayant justifié de s'écarter de la règle de principe.

Sur cette base, il n'est pas arbitraire d'appliquer en l'espèce la méthode en deux étapes au calcul de l'entretien durant le mariage (mesures provisionnelles), dans la mesure où cette méthode est aussi, à l'avenir, appelée à s'appliquer exclusivement pour le calcul de l'entretien entre conjoint·e·s durant le mariage (*i.e.* mesures protectrices de l'union conjugale et mesures provisionnelles).

En l'espèce, il n'est en outre pas arbitraire d'appliquer cette nouvelle règle et, partant, la méthode en deux étapes, pour calculer l'entretien après divorce à une décision de modification de contributions d'entretien qui avaient été fixées sur la base d'une autre méthode, d'autant plus qu'en l'espèce aucun grief spécifique à cet égard n'a été soulevé (art. 106 al. 2 LTF).

Le caractère raisonnablement exigible de la reprise d'une activité lucrative (consid. 6 à 6.2)

6.2. Dans le cadre du divorce, le principe de la propre capacité contributive des conjoint-e-s prime. Une contribution d'entretien est accordée de manière subsidiaire sur la base de la solidarité post-matrimoniale. Lorsqu'il est établi dans les faits qu'on ne peut raisonnablement plus s'attendre à une reprise de la vie commune par les conjoint-e-s, le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale doit appliquer, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères issus de l'art. 125 CC, applicables à l'entretien après divorce.

En l'espèce, il n'est pas arbitraire de considérer qu'après quatre ans de séparation, on peut retenir qu'une reprise de la vie commune n'est plus sérieusement envisageable. Partant, on peut exiger de l'épouse qu'elle reprenne une activité professionnelle compte tenu de l'âge avancé de l'enfant (16 ans) et du fait qu'il est pris en charge toute la journée à l'école.

C. Le dispositif

Le recours est rejeté.

V. Analyse

A. Introduction

« À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. » (art. 1^{er} al. 2 Tit. prélim. CC).

L'article 1^{er} al. 2 Tit. prélim. CC renvoie à la notion de « droit prétorien », c'est-à-dire le « droit créé par le juge »¹⁰. Ce terme désigne l'activité du juge lorsqu'il comble une lacune de la loi et de la coutume¹¹. Le juge dispose dans ce cas d'un pouvoir de suppléance de la loi et de la coutume, pouvoir de suppléance qu'il ne faut pas confondre avec le pouvoir d'interprétation visé à l'art. 1^{er} al. 1^{er} Tit. prélim. CC¹².

Je le relève d'emblée, l'usage du terme « quasi prétorien » dans le titre de cette contribution est avant tout provocateur et se révèle impropre du point de vue de la théorie du droit. En effet, dans les arrêts objet de la présente analyse, le Tribunal fédéral a bel et bien interprété la loi (art. 125 et art. 163 CC) pour en dégager la portée et la mise en œuvre pratique. Il n'y a dès lors, à mon avis, pas à proprement parler de lacune de la loi.

Et pourtant, notre Haute Cour relève elle-même à plusieurs reprises dans les arrêts résumés ci-dessus que la loi ne prescrit pas de méthodes particulières pour déterminer l'entretien convenable entre (ex-)conjoint-e-s. Or, si l'on parcourt les quatre arrêts susmentionnés, force est de constater que le Tribunal fédéral a quasiment réformé à lui seul le droit de l'entretien entre (ex-)conjoint-e-s et le calcul de ce dernier, faisant ainsi, pour ainsi dire, acte de législateur.

¹⁰ YVES LE ROY / MARIE-BERNADETTE SCHOENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, 2^e éd., Genève / Zurich / Bâle 2008, p. 425 s. (cité ci-après : LE ROY / SCHOENENBERGER).

¹¹ LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 426 s.

¹² LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 426.

Il sied de relever que cette uniformisation des règles applicables en la matière s'est accompagnée d'un communiqué de presse *ad hoc* du Tribunal fédéral paru le 9 mars 2021 publié en lien avec les quatre arrêts objets de la présente analyse ainsi qu'en lien avec l'arrêt **5A_311/2019 du 11 novembre 2020** (également destiné à la publication)¹³.

La présente analyse propose de revenir brièvement sur les nouveaux principes dégagés par ces quatre arrêts, avant de tenter quelques réflexions critiques.

B. L'application uniforme et systématique de la méthode en deux étapes

Premier enseignement, la méthode en deux étapes avec répartition de l'excédent s'applique désormais à l'ensemble des calculs d'entretien en droit de la famille. Cela vaut, d'une part, pour le calcul des coûts directs de l'enfant, de la contribution de prise en charge de l'enfant, mais aussi, d'autre part, pour le calcul de l'entretien entre conjoint·e-s durant le mariage, basé sur l'**art. 163 CC** (dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles durant le divorce) ou encore pour le calcul de l'entretien entre ex-conjoint·e-s après le divorce, basé sur l'**art. 125 CC**. Cette règle vaut pour toute la Suisse et s'appliquerait également aux procédures en cours.

Quant à savoir comment appliquer concrètement la méthode en deux étapes, je suis d'avis que la marche-à-suivre détaillée fournie par le Tribunal fédéral dans l'**arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020**¹⁴ s'applique désormais systématiquement, même en l'absence d'enfants communs.

En effet, le Tribunal fédéral a répété qu'il avait désormais unifié pour toute la Suisse la méthode de calcul en imposant la méthode concrète en deux étapes. Il paraît ainsi logique de prévoir une application uniforme de la méthode elle-même.

C. La redéfinition de la notion de mariage « lebensprägend »

S'agissant plus spécifiquement de l'entretien après divorce entre ex-conjoint·e-s, le Tribunal fédéral a précisé la notion de mariage ayant exercé une influence concrète sur la situation financière d'un·e époux·se (mariage dit « *lebensprägend* »).

Un mariage est « *lebensprägend* » lorsqu'en raison du projet de vie commune des conjoint·e-s, l'un d'eux a cessé son activité lucrative et, partant, abandonné son indépendance financière, en faveur de l'entretien du ménage et de l'éducation des enfants (entretien en nature au sens de l'**art. 163 CC**), et lorsque, en cas de mariage de plusieurs années, ce choix ôte à l'époux·se concerné·e la possibilité de reprendre son ancienne place de travail ou d'en trouver une nouvelle lui offrant un revenu équivalent (en particulier lorsque cette répartition des tâches a en outre permis à l'autre conjoint·e de développer son activité professionnelle et d'augmenter ses revenus en conséquence).

Notre Haute Cour a toutefois insisté sur la nécessité de s'affranchir des présomptions rigides et abstraites, au profit d'un examen des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce afin de déterminer si le mariage est « *lebensprägend* » ou non.

¹³ Tribunal fédéral, Arrêts (5A_907/2018, 5A_311/2019, 5A_891/2018, 5A_104/2018, 5A_800/2019) – Méthode de calcul uniforme des contributions d'entretien du droit de la famille, Communiqué de presse du 9 mars 2021 (https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/211.1_03_2021_yyyy_mm_dd_T_f_13_03_52.pdf - dernière consultation le 22 mars 2021).

¹⁴ Arrêt résumé in : Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021. Pour une analyse détaillée, voir SABRINA BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues : une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_311/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021.

Les présomptions que la jurisprudence avait élaborées sont désormais en sursis, à savoir : mariage « *lebensprägend* » en cas de mariage d'une durée de plus de dix ans ou d'enfants communs *versus* mariage non- « *lebensprägend* » en cas de mariage de courte durée de moins de cinq ans. Sans trancher clairement si le maintien de ces présomptions se justifie ou non, le Tribunal fédéral a en effet mis en garde contre les qualifications à l'emporte-pièce, porte ouverte à l'inégalité de traitement.

D. Les nouveaux principes applicables à l'entretien après divorce (art. 125 CC)

Le Tribunal fédéral retient qu'un mariage qualifié de « *lebensprägend* » ne signifie plus automatiquement octroi d'une contribution d'entretien post-divorce. En effet, en présence d'un mariage « *lebensprägend* », (1) il faut commencer par déterminer l'entretien convenable après divorce des futurs ex-conjoint-e-s en se basant sur le train de vie mené par les conjoint-e-s à la fin de la vie commune. Ensuite, (2) il faut déterminer la propre capacité contributive de de chacun-e des époux-ses. Finalement, (3) il faut déterminer l'éventuelle contribution d'entretien due par l'un-e des époux-ses à l'autre, lorsque l'un-e d'eux ne parvient pas à subvenir lui-même ou elle-même à son entretien convenable.

Revenons plus en détail sur ces trois étapes :

- (1) L'entretien convenable des conjoint-e-s se détermine ainsi au moyen de la méthode concrète en deux étapes, appliquée au train de vie que menaient les conjoint-e-s avant la séparation. En présence d'un mariage « *lebensprägend* », les conjoint-e-s ont en effet droit au maintien du même train de vie que durant la vie commune lorsque les moyens financiers en présence sont suffisants. Dans le cas contraire, les conjoint-e-s ont néanmoins tou-te-s deux droit à un train de vie identique.
- (2) Or, en appliquant cette méthode selon l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_311/2019 précité, il apparaît nécessaire de déterminer en parallèle la capacité contributive de chacun-e des conjoint-e-s, voire de commencer par examiner celle-ci.
- (3) En effet, c'est en fonction des moyens disponibles qu'il sera possible de calculer l'entretien convenable (les moyens à disposition influençant la liste des charges prises en compte dans le calcul selon la méthode concrète en deux étapes).
- (4) Quant à l'excédent, il se partage par moitié entre les conjoint-e-s, respectivement par grosses têtes et par petites têtes.
- (5) Toutefois, lorsque suite au divorce, une partie augmente son revenu et crée ou augmente également l'excédent, un simple partage de l'excédent n'est pas possible. Au contraire, il faut ici un calcul basé sur la méthode en deux étapes permettant de partager comptablement l'excédent qui existait au moment de la vie commune. La limite maximale de l'entretien après divorce correspond ainsi au minimum vital du droit de la famille calculé sur la base des domiciles séparés (situation actuelle) auquel s'ajoute la part de l'excédent calculée sur la base de l'excédent qui existait au moment de la vie commune (situation avant séparation).
- (6) S'agissant de la propre capacité contributive des conjoint-e-s le Tribunal fédéral considère désormais que chacun-e des conjoint-e-s peut et doit, par principe, se réinsérer sur le marché de l'emploi afin de mettre à profit sa capacité contributive personnelle au maximum.
- (7) Deux limites à cette exigence sont toutefois posées : d'une part la règle des paliers scolaires en présence de parent-gardien et, d'autre part, un examen concret du mariage « *lebensprägend* » pour déterminer si celui-ci a exercé une influence non seulement concrète, mais surtout importante sur la vie de l'époux-se concerné-e.
- (8) Cet examen concret doit se faire au moyen des critères suivants : l'âge ; la santé ; les connaissances linguistiques ; les formations et formations continues passées et futures ; les

activités exercées jusqu'alors ; la flexibilité personnelle et géographique ; la situation du marché du travail.

- (9) Quant à l'âge, le Tribunal fédéral met un terme à la « règle des 45 ans ». Celle-ci est purement et simplement abandonnée. Il n'existe ainsi plus d'âge limite à compter duquel on doit présumer que le retour sur le marché de l'emploi est impossible. L'âge compte désormais parmi les critères à pondérer dans chaque cas d'espèce et n'est plus en lui seul décisif, même s'il reste, de l'aveu du Tribunal fédéral, souvent déterminant.
- (10) Le Tribunal fédéral insiste sur le fait que l'offre de formation est large et variée en Suisse et qu'on est désormais en droit d'attendre de chacun-e qu'il ou elle se (re)forme pour réintégrer le marché du travail dans une activité permettant de maximiser sa capacité contributive propre.
- (11) À cet égard, une période d'adaptation (de transition) doit être admise pour laisser le temps nécessaire à une réinsertion dans le monde professionnel, en particulier en cas d'absence durant de longues années du marché du travail. Une telle période sera d'autant plus admissible en cas de cours de formation permettant de reprendre une vie active avec un salaire plus élevé. Autrement dit, le débiteur-trice d'entretien investit durant la période de transition dans la formation de son ex-conjoint-e en espérant que ce dernier ou cette dernière ait un salaire (plus) élevé après formation, permettant de réduire d'autant la contribution d'entretien, voire de la supprimer.
- (12) Des exceptions à l'exigence de réintégrer le marché du travail existent toutefois, par exemple en cas de sortie complète du marché du travail pour s'occuper des enfants alors que l'autre conjoint-e se consacrait à sa carrière et augmentait ses revenus en conséquence.
- (13) Cas échéant, un revenu hypothétique doit être retenu.
- (14) Une fois établis l'entretien convenable et la capacité contributive propre des conjoint-e-s, il faut examiner si chacun-e peut subvenir de manière indépendante à ses besoins.
- (15) Dans la négative, le ou la conjoint-e qui dispose des moyens suffisants versera une contribution d'entretien en faveur de l'autre. Dans la mesure du possible, celle-ci sera toutefois limitée quantitativement et dans le temps, les critères de l'art. 125 al. 2 CC étant déterminants pour fixer les limites.

E. Quelques réflexions critiques

En soi, l'uniformisation des méthodes voulue par le Tribunal fédéral se doit d'être saluée. En effet, les multiples pratiques qui avaient cours jusqu'à présent, risquaient de créer des inégalités entre les justiciables des différents cantons (voire même au sein d'un même canton) et d'affaiblir la prévisibilité du droit. Or, une méthode claire et uniforme peut non seulement permettre aux praticiens-nes de mieux conseiller leurs client-es avant procès, mais elle est aussi apte à favoriser le règlement amiable des litiges en droit de la famille.

La solution retenue par le Tribunal fédéral ne constitue toutefois pas la panacée. En effet, notre Haute Cour donne aux circonstances concrètes du cas d'espèce un poids déterminant, reléguant toute ligne directrice ou présomption à l'arrière-plan. Si la liste des critères à appliquer apparaît ainsi plutôt claire, leur pondération concrète et leur application au cas d'espèce demeurent floues.

Les procédures en cours devraient en principe se voir déjà appliquer les nouveaux principes jurisprudentiels précités. Suivant le stade procédural dans lequel se trouve la cause, force est d'admettre qu'un risque existe s'agissant des principes d'allégation et de contestation, appliqués de

manière toujours plus exigeante¹⁵. Or, le Tribunal fédéral l'a souligné dans l'arrêt **5A_891/2018**, consid. 4.4, la maxime des débats s'applique à l'entretien après divorce (art. 277 al. 1^{er} CPC).

Plaideurs et plaideuses prennent ainsi le risque de se voir reprocher de ne pas avoir suffisamment allégué, resp. contesté, des faits en lien avec ces nouveaux principes jurisprudentiels, alors même que ceux-ci n'étaient pas encore connus (ni réellement prévisibles) au moment des phases d'allégation et de contestation. On peut penser aux critères pour l'examen du mariage « *lebensprägend* » qui remplacent désormais la « règle des 45 ans ». Néanmoins, ce risque concerne avant tout les procédures matrimoniales sans enfants, compte tenu de la maxime inquisitoire sociale illimitée applicable à ceux-ci (art. 296 al. 1^{er} CPC) et dont peuvent indirectement bénéficier également, dans une certaine mesure, les adultes parties à la procédure (arrêt du Tribunal fédéral **5A_245/2019** du 1^{er} juillet 2019, consid. 3.2.1 ; voir ég. ATF 144 III 349, consid. 4.2.1).

On peut finalement s'interroger sur la portée et les enjeux sociétaux liés à ces nouveaux principes jurisprudentiels. En effet, il n'est pas anodin que la plus haute autorité judiciaire du pays (re)définisse en cinq arrêts de principe des questions qui auront un impact sur la vie de nombreux-ses justiciables. Derrière cette nouvelle jurisprudence, la position du parent qui cesse d'exercer une activité professionnelle durant le mariage pour s'occuper du ménage et/ou des enfants risque de se retrouver précarisée : exigence de reprise d'activité lucrative accrue, abandon de la « règle des 45 ans », quasi-obligation d'entreprendre une nouvelle formation pour se réinsérer dans le marché du travail.

Selon nous, de tels changements de cap sociétaux mériteraient d'être amorcés par l'autorité législative, qui dispose, en sus de sa légitimité démocratique plus large, de la possibilité d'accompagner de telles exigences par des mesures favorisant l'embauche et la réinsertion de certaines catégories de travailleurs-ses subissant des discriminations sur le marché de l'emploi (not. les femmes¹⁶ et les personnes âgées¹⁷).

F. Conclusion

Ces nouveaux principes dégagés par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral vont sans doute accentuer une pratique du droit de la famille déjà fortement empreinte de casuistique. Les praticiens et praticiennes disposent toutefois désormais d'un arsenal de règles uniformes et applicables partout en Suisse.

Il s'agit désormais de voir quel sera l'effet de ces nouveaux principes sur les procédures à venir ainsi que les procédures en cours. À n'en pas douter, il faudra plusieurs arrêts du Tribunal fédéral pour interpréter et préciser encore plus ce nouveau droit quasi-prétorien de l'entretien après le divorce.

¹⁵ À ce sujet, voir not. FRANÇOIS BOHNET, *L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités*, in : FRANÇOIS BOHNET/ANNE-SYLVIE DUPONT (édit.), *Dix ans de Code de procédure civile*, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 1 à 39.

¹⁶ Pour des chiffres et une présentation des causes, voir : BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), page Internet *Travail > Plateforme égalité salariale > Informations générale > Chiffres et faits*, <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/egalite-salariale/bases/chiffres-et-faits.html> (dernière consultation le 23 mars 2021) ; IDEM, page Internet *Travail > Plateforme égalité salariale > Informations générale > Causes et conséquences*, <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/egalite-salariale/bases/causes-et-consequences.html> (dernière consultation le 23 mars 2021).

¹⁷ Voir à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 30 octobre 2019 concernant la loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés, FF 2019 p. 7797, p. 7806 ss.