

Michael Saul, *Mariage lebensprägend ? – La présence d'enfants commun-e-s n'est plus suffisante, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_568/2021, Newsletter*

DroitMatrimonial.ch mai 2022

Mariage *lebensprägend* ? – La présence d'enfants commun-e-s n'est plus suffisante

Michael Saul¹

I. Objet des arrêts

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral applique les (nouveaux) principes et critères qu'il a développés en lien avec l'examen d'une contribution d'entretien après le divorce (art. 125 CC). A cette occasion, le Tribunal fédéral scelle le sort de l'ancienne présomption relative à la présence d'enfants commun-e-s et retient que cet élément ne suffit plus, à lui seul, pour qualifier un mariage de *lebensprägend*.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. né en 1948 (recourant) et B. née en 1968 (intimée) se sont marié-e-s en 2009. Les parties sont les père et mère d'une fille, C., née en 2011. En juin 2012, les parties se sont séparées et A. a requis [dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale] la réglementation de la vie séparée en octobre 2012. Le 4 juillet 2014, A. a introduit la procédure de divorce. Par arrêt 5A_623/2017 du 14 mai 2018² (partiellement publié à l'ATF 144 III 298) le Tribunal fédéral a prononcé le divorce des parties sans en régler les effets accessoires.

Par décision du 19 mars 2020, le *Bezirksgericht* de Zurich a renvoyé *ad separatum* la liquidation du régime matrimonial et réglé les autres effets accessoires du divorce, à savoir le sort de l'enfant, le partage des avoirs de prévoyance professionnelle ainsi que l'obligation

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.

² Voir F. BOHNET, Droit à un jugement partiel sur le principe du divorce, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_623/2017 du 14 mai 2018, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2018.

d'entretien de l'époux vis-à-vis de la fille des parties et de l'épouse. Une curatelle a également été instaurée pour la fille des parties.

Par décision partielle du 3 juillet 2020, l'*Obergericht* du canton de Zurich a rejeté l'appel intenté par l'époux en ce qu'il concernait les périodes de prise en charge de la fille des parties. De même, il n'est pas entré en matière sur l'appel joint de l'épouse, ce que celle-ci a contesté en vain devant le Tribunal fédéral (arrêt 5A_808/2020 du 21 octobre 2021 [recte : 2020]).

En outre, par décision partielle du 4 juin 2021 (communiquée les 10 et 17 juin 2021), l'*Obergericht* a partiellement admis les appel et appel joint, et réformé les effets accessoires du divorce ainsi que les frais de la procédure de première instance sur certains points. En particulier, il a condamné l'époux à verser une contribution d'entretien post-divorce de Fr. 11'910.- par mois à compter de l'entrée en force du jugement de divorce et jusqu'au 31 août 2024 resp. jusqu'à l'entrée de la fille des parties en secondaire I, et de Fr. 10'350.- par mois à partir du 1^{er} septembre 2024 resp. à partir de l'entrée de la fille des parties en secondaire I, et jusqu'au 31 octobre 2027. S'y ajoutent un montant de Fr. 4'800.- par mois pour frais de logement ainsi qu'un montant de Fr. 350.- par mois pour l'assurance ménage à partir du moment où l'épouse déménagera de l'immeuble alors mis à sa disposition jusqu'à fin octobre 2027 au plus tard. Les frais judiciaires de la procédure d'appel ont été partagés par moitié et aucune indemnité de dépens n'a été retenue.

Par décision du 14 juillet 2021, l'*Obergericht* a rectifié la décision du 4 juin 2021, dans le sens où l'obligation de verser la contribution d'entretien post-divorce était due à compter de l'entrée en force de la décision partielle du 4 juin 2021.

Le 9 juillet 2021, l'époux a adressé un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans lequel il a requis, sous suite de frais judiciaires et dépens, l'annulation de la décision partielle du 4 juin 2021 s'agissant de la contribution d'entretien post-divorce. Il a demandé d'être tenu de verser à B. pour son entretien personnel, un montant de Fr. 2'473.- par mois jusqu'au 31 octobre 2023 et de Fr. 803.- du 1^{er} novembre 2023 jusqu'au 31 octobre 2027. Il a également demandé qu'il soit renoncé à l'allocation d'un entretien supplémentaire à partir du déménagement de l'épouse de l'immeuble qu'elle occupait alors. Subsidiairement, il a requis le renvoi pour nouvelle décision à l'*Obergericht*.

L'*Obergericht* n'a pas déposé de déterminations. L'épouse a adressé une réponse le 17 septembre 2021, dans laquelle elle a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité, subsidiairement au renvoi de la cause à l'instance précédente, avec comme instruction de tenir compte de l'entretien de prévoyance et des impôts s'agissant des contributions d'entretien.

Les parties ont confirmé leur position lors du second échange d'écritures.

B. Le droit

4.

4.1

Si l'on ne peut raisonnablement attendre de l'un·e des conjoint·e·s qu'il ou elle pourvoie à son propre entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, l'autre conjoint·e lui doit une contribution équitable (art. 125 al. 1 CC). Pour

décider si une contribution d'entretien est allouée et pour en fixer, le cas échéant, le montant et la durée, les critères mentionnés à l'art. 125 al. 2 CC sont déterminants (ATF 147 III 293, consid. 4.4 ; ATF 138 III 289, consid. 11.1.2). Le tribunal du fond dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de fixation de l'entretien (ATF 134 III 577, consid. 4 ; arrêt du TF 5A_78/2020 du 5 février 2021, consid. 4.1). Pour fixer l'entretien convenable, la jurisprudence commence par examiner si le mariage a durablement marqué de son empreinte la situation de l'époux ou l'épouse bénéficiaire, ou non (i.e. mariage *lebensprägend* ou non). En présence d'un mariage *lebensprägend*, la confiance dans la continuité du mariage resp. dans le maintien de la répartition des rôles, convenue librement par les conjoint·e·s, mérite objectivement d'être protégée. Le cas échéant, l'art. 125 al. 1 CC donne droit, en présence de moyens suffisants et sous réserve de la propre capacité contributive, au maintien du dernier standard de vie commun ; en présence de moyens insuffisants en raison des frais supplémentaires, chacun·e des conjoint·e·s a droit au même train de vie. En revanche, lorsque la confiance dans la continuité du mariage ne peut pas être retenue, il faut partir de la situation avant le mariage pour fixer l'entretien post-divorce et la partie bénéficiaire doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si le mariage n'avait jamais été conclu (ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 et les références ; arrêt du TF 5A_93/2019 du 13 septembre 2021, consid. 3.1 ; arrêt TF 5A_907/2019 du 27 août 2021, consid. 3.1.1).

4.2

Comme l'a souligné le Tribunal fédéral, le critère du caractère *lebensprägend* ou non du mariage n'est pas un outil de tri³. Les présomptions appliquées par le passé pour qualifier un mariage de *lebensprägend* ou non (en particulier également la présence d'enfants commun·e·s ; notamment ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 137 III 102, consid. 4.1.2 ; ATF 135 III 59, consid. 4.1) doivent être relativisées et ne valent pas de manière absolue. L'entretien post-divorce s'examine bien plus sur la base des critères listés de manière non exhaustive à l'art. 125 al. 2 CC (ATF 147 III 249, consid. 3.4.2).

Un mariage est qualifié de *lebensprägend* lorsque l'un·e des conjoint·e·s en raison d'un projet de vie commun a renoncé à son indépendance économique pour s'occuper du ménage et des enfants et qu'il ne lui est donc plus possible, après de nombreuses années de mariage, d'exercer son ancienne activité, ou d'exercer une autre activité lucrative qui offre une situation économique semblable, alors que l'autre conjoint·e a pu se concentrer sur son avancement professionnel compte tenu de la répartition des tâches conjugales (ATF 147 III 308, regeste et consid. 5.6 ; ATF 147 III 249, consid. 3.4.3).

4.3

L'empreinte laissée par le mariage dans le cas d'espèce s'examine de la manière suivante :

4.3.1

Lorsque, comme en l'espèce, un·e enfant commun·e était né·e durant le mariage, le caractère *lebensprägend* du mariage était en général admis jusqu'à présent (not. : ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 137 III 102, consid. 4.1.2). Des exceptions étaient néanmoins possibles

³ « Wie das Bundesgericht betont, kommt dem Umstand, ob eine lebensprägende oder eine nicht lebensprägende Ehe vorliegt, indes nicht die Funktion eines "Kippschalters" [littéralement : interrupteur à bascule] zu. »

(*e.g. arrêt TF 5A_177/2010 du 8 juin 2010, consid. 6.5, in : FamPra.ch 2010 p. 914*). L'intimée invoque essentiellement la prise en charge [de la fille des parties] post-divorce pour soutenir que le mariage est *lebensprägend* (voir consid. 3.2.2).

Depuis l'entrée en vigueur de la modification du Code civil du 20 mars 2015 relative à l'entretien de l'enfant (RO 2015 4299), les inconvénients subis par le père ou la mère en raison de la prise en charge des enfants (cas échéant après le mariage) sont compensés en premier lieu par la contribution de prise en charge (art. 276 et 285 CC). *In casu*, il n'est pas contesté que le recourant doit verser une contribution de prise en charge qui n'est pas négligeable. En présence de père et mère divorcé·e·s, sont seuls déterminants, dans le cadre de l'entretien entre ex-conjoint·e·s, les inconvénients découlant de la prise en charge des enfants qui ne sont pas couverts par la contribution de prise en charge, dont le bénéficiaire économique est le père ou la mère titulaire de la garde (ATF 144 III 481, consid. 4.8.3). En vertu du principe d'égalité entre enfants de père et mère marié·e·s et enfants de père et mère non marié·e·s, principe central du nouveau droit, il ne faut, dans la mesure du possible, pas aboutir à une différence de traitement entre les enfants issu·e·s du mariage et les enfants né·e·s hors du mariage (ATF 144 III 502, consid. 6.7). Déjà au vu de ce contexte, on peut se demander dans quelle mesure les inconvénients liés à la prise en charge des enfants peuvent, à eux seuls, encore justifier de qualifier un mariage de *lebensprägend*. D'autant plus que de tels inconvénients peuvent, dans le cas d'espèce, être compensés dans le cadre de l'entretien post-divorce (art. 125 al. 2 ch. 6 CC), même sans admettre que le mariage est *lebensprägend* et sans s'appuyer sur le standard de vie conjugal (voir ATF 147 III 249, consid. 3.4.1), ce que l'intimée reconnaît à juste titre. Les inconvénients résultants de la prise en charge des enfants ne s'expliquent pas, en premier lieu, par la continuité de l'union conjugale, élément déterminant pour admettre un mariage *lebensprägend* (ATF 147 III 249, consid. 3.4.6). Comme le précise le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, de tels inconvénients sont au contraire liés, en premier lieu, aux obligations de prendre en charge l'enfant qui perdurent et qui font désormais précisément l'objet d'une réglementation séparée.

Par conséquent, la présence d'enfants commun·e·s ne permet pas (plus) à elle seule de qualifier un mariage de *lebensprägend* (ATF 147 III 249, consid. 3.4.2) et c'est ainsi à juste titre que l'*Obergericht* n'a pas considéré la naissance de la fille [des parties] comme étant *per se* un critère décisif fondant la confiance [dans la continuité du mariage].

4.3.2

Il n'est pas contesté que le mariage des parties a duré uniquement quelques années [*i.e.* moins de trois ans au moment de la séparation], la vie commune ayant pris fin peu après la naissance de la fille [des parties]⁴. Même si, comme le fait valoir l'intimée, les parties ont envisagé et concrètement vécu une répartition des tâches traditionnelles (pour la notion, voir ATF 147 III 249, consid. 3.5.1) après la naissance de leur enfant, cette (prétendue) répartition a duré moins d'une année. Auparavant, les deux conjoint·e·s avaient poursuivi leur activité professionnelle (florissante). Une si courte durée de répartition des tâches n'est en soi pas à même d'exercer une influence irréversible sur la situation de l'intimée, raison pour laquelle l'épouse ne pouvait pas (encore) pour ce motif développer de confiance dans le maintien de la répartition des tâches. Puisqu'aucune répartition des tâches n'a même été alléguée pour

⁴ *Pro memoria* : mariage des parties en 2009 ; naissance de leur fille en 2011 ; séparation en juin 2012.

cette période, la demande de prise en compte du concubinage avant mariage (d'une durée non contestée d'environ deux ans) n'est d'aucun secours pour l'intimée (s'agissant de la prise en compte d'un concubinage antérieur au mariage, voir ATF 147 III 249, consid. 3.4.1). De même, l'achat avant mariage d'un appartement commun invoqué par l'intimée ne change rien à ce qui précède. Cet achat permet tout au plus de démontrer la décision des parties prises avant le mariage de répartir les tâches après la naissance de l'enfant. Le caractère *lebensprägend* du mariage ne découle ainsi pas non plus de la répartition des tâches adoptée durant le mariage.

4.3.3

L'*Obergericht* et, avec lui, l'intimée ont considéré que le mariage était *lebensprägend*, car l'épouse s'était placée, avec son entreprise, sous la dépendance économique de l'époux (ce qui n'est pas contesté) et qu'en raison de la rupture des relations d'affaires après la séparation et compte tenu du devoir de prise en charge [de l'enfant], l'épouse n'était plus en mesure de reprendre son ancienne activité professionnelle. Il découle de la décision entreprise et des explications de l'intimée que la dépendance économique de l'épouse vis-à-vis de son époux s'est mise en place au cours de la relation entre les parties et en particulier après leur mariage (consid. 3.1 et 3.2.2). Tout comme le devoir de prise en charge [de l'enfant] par l'épouse, cette configuration économique entre les parties n'est toutefois ni une conséquence directe ni une conséquence nécessaire du mariage. Les effets qui en découlent ne peuvent dès lors pas être considérés comme une continuité de l'union conjugale. Il résulte plutôt l'image de parties qui ont décidé de développer des rapports économiques étroits, à côté de leurs rapports personnels. La décision de l'épouse de placer son entreprise sous la dépendance du groupe d'entreprises de son époux a certes peut-être été influencée, voire provoquée, par le mariage. La détérioration de l'indépendance économique de l'épouse n'apparaît toutefois pas comme une conséquence du mariage⁵ (comp. ATF 147 III 249, consid. 3.4.6 ; ATF 127 III 289, consid. 2a/aa). Les conséquences de cette décision de nature avant tout entrepreneuriale ne doivent ainsi pas être prises en compte s'agissant de la question, à trancher en l'espèce, du caractère *lebensprägend* ou non du mariage.

4.4

En résumé, il sied de reconnaître que l'obligation de prise en charge [de l'enfant] encore à assurer peut compliquer la réinsertion économique de l'épouse. Cette circonstance ne permet toutefois pas de fonder en l'espèce le caractère *lebensprägend* du mariage (consid. 4.3.1 *supra*). De même, une éventuelle répartition traditionnelle des tâches adoptée pour une courte période durant le mariage (consid. 4.3.2 *supra*) et la dépendance professionnelle de l'épouse vis-à-vis de l'époux (consid. 4.3.3) ne sont pas déterminantes. Avec le recourant, il convient en outre de relever que l'intimée, d'après ses propres déclarations, a décidé après la séparation et compte tenu de la situation juridique de ne pas même essayer de se réinsérer professionnellement et de se consacrer entièrement à la prise en charge de l'enfant (consid. 3.2.2). Ainsi, le fait que l'épouse a renoncé après le divorce à toute activité lucrative est indépendant des conséquences découlant de l'obligation de prise en charge de l'enfant encore à assurer, et découle essentiellement de son libre choix de vie.

⁵ « *Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Ehefrau erscheint aber nicht als ehebedingt* ».

Dans ces circonstances, c'est à tort que l'autorité inférieure, malgré le pouvoir d'appréciation dont elle dispose, a conclu à l'existence d'un mariage *lebensprägend* et fixé en conséquence l'entretien. Le grief de violation de l'art. 125 CC et le recours s'avèrent fondés. Il n'est plus nécessaire d'examiner les autres arguments du recourant relatifs au caractère *lebensprägend* du mariage et au calcul de l'entretien.

5.

5.1

Lors de la dissolution d'un mariage qualifié de non lebensprägend, il convient en principe de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle contribution d'entretien post-divorce, à la situation qui existait avant le mariage, *i.e.* les conjoint·e·s doivent être remis·e·s dans la situation qui aurait prévalu si le mariage n'avait jamais été conclu (ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 135 III 59, consid. 4.1). Ainsi, dans certaines circonstances, il existe un droit, découlant du principe de la solidarité post-matrimoniale, à l'indemnisation d'une sorte d'intérêt négatif (« *Heiratsschaden* » – « dommage lié au mariage ») (ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 et 3.4.6).

5.2

L'*Obergericht* a retenu l'existence d'un mariage *lebensprägend*, raison pour laquelle il s'est référé au train de vie conjugal pour déterminer le droit à l'entretien et qu'il n'a pas examiné si une éventuelle prétention en entretien découlant de la situation avant mariage était envisageable. Comme le relève à juste titre l'intimée, la détermination initiale d'une telle prétention, cas échéant après avoir complété l'état de fait, n'est pas la tâche du Tribunal fédéral et revient à l'*Obergericht* (art. 107 al. 2 LTF). Celui-ci devra tenir compte des autres arguments des parties, dans la mesure où elles peuvent encore être entendues (consid. 1.2).

Contrairement à ce que prétend le recourant, la présente espèce diffère ainsi du cas de l'ATF 147 III 249 (en part. consid. 3.5.3). En particulier, *in casu* l'épouse n'était pas tenue d'épuiser complètement sa propre capacité contributive dès la séparation définitive. Il est en effet incontesté qu'elle doit prendre en charge la fille des parties. Le fait que le renvoi à l'autorité inférieure prolonge l'obligation de l'époux de verser les contributions d'entretien fixées en mesures provisionnelles et le fait que l'époux s'est dit prêt à laisser son épouse bénéficier gratuitement du logement de famille après la séparation n'y changent rien.

5.3

Compte tenu de ce qui précède, le recours est partiellement admis et la cause renvoyée à l'*Obergericht* pour nouvelle décision au sujet de la contribution d'entretien post-divorce et sur les frais de la procédure cantonale. Au surplus, le recours est rejeté.

III. Analyse

Dans la Newsletter DroitMatrimonial.ch de mars 2021, nous avions déjà eu l'occasion de résumer quatre arrêts destinés à la publication concernant la contribution entre (ex-)conjoints (art. 125 et 163 CC) et d'en proposer une brève analyse⁶.

⁶ M. SAUL, Le nouveau droit quasi prétorien de l'entretien entre (ex-)conjoints, analyse des arrêts du Tribunal fédéral 5A_907/2018, 5A_104/2018, 5A_891/2018 et 5A_800/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2021 (cité ci-après : M. SAUL). Pour un examen (très) critique de ces jurisprudences, voir notamment :

Entretemps, les arrêts ont (partiellement) été publiés au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, et ce, de la manière suivante (par ordre de parution au Recueil) :

- Arrêt TF 5A_907/2018 du 3 novembre 2020 : **ATF 147 III 249**⁷
- Arrêt TF 5A_891/2018 du 2 février 2021 : **ATF 147 III 293**
- Arrêt TF 5A_800/2019 du 9 février 2021 : **ATF 147 III 301**
- Arrêt TF 5A_104/2018 du 2 février 2021 : **ATF 147 III 308**

Savoir si et dans quelle mesure les présomptions développées dans le passé par la jurisprudence pour qualifier un mariage de *lebensprägend* (*i.e.* mariage d'une durée de dix ans minimum ou présence d'enfants commun·e·s né·e·s durant le mariage) étaient encore applicables est une question que le Tribunal fédéral avait alors laissée ouverte⁸. Pour P. MAIER/A. WALDNER-VONTobel notamment, la direction prise par le Tribunal fédéral pouvait laisser présager que la jurisprudence s'éloignerait à l'avenir des présomptions traditionnelles⁹.

L'arrêt objet de la présente contribution vient apporter une réponse à cette question s'agissant de la présomption liée à la présence d'enfants commun·e·s né·e·s durant le mariage.

Méthodologiquement, l'arrêt dont il est question examine la première phase du raisonnement relatif à l'examen de l'art. 125 CC, soit l'examen de l'influence que le mariage a eue sur les parties (*i.e.* qualifier le mariage de *lebensprägend* ou non), phase qui précède, cas échéant, celle dite « du raisonnement en trois étapes », lorsque le mariage est qualifié de *lebensprägend*¹⁰.

R. E. AEBI-MÜLLER, *Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung – Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Unterhaltsberechnung und deren Bedeutung für die Praxis*, in: *Jusletter* 3 mai 2021 ; A. BÜCHLER/Z. RAVEANE, in : R. Fankhauser (édit.), *FamKomm Scheidung*, 4^e éd., Berne 2022, Art. 125 ZGB, N 1 (cité ci-après : *FamKomm Scheidung-AUTEUR/AUTRICE*) ; T. GEISER, *Gedanken zu Entwicklungen im Unterhaltsrecht*, *PJA* 2021 p. 714 ss ; P. MAIER/A. WALDNER-VONTobel, *Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts*, *FamPra.ch* 2021 p. 871 ss, en part. p. 889 ss (cité ci-après : P. MAIER/A. WALDNER-VONTobel) ; K. MEYER, *Unterhaltsberechnung : Ist jetzt alles klar ? – Fragen, die sich in der Praxis stellen*, *FamPra.ch* 2021 p. 896 ss ; C. M. MORDASINI/D. STOLL, *Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand*, *FamPra.ch* 2021 p. 527 ss ; A. SCHWIZER/H.-P. OERI, « *Neues* » *Unterhaltsrecht* ? – Sparquote und gebührender Unterhalt sowie alternierende Obhut und Kindesunterhalt, *PJA* 2022 p. 3 ss.

⁷ C'est le lieu de relever une coquille entachant le résumé de cet arrêt dans notre contribution de mars 2021 : en page 5, il faut bien lire le numéro de considérant 3.4.5, au lieu de 3.4.4, le considérant 3.4.4 étant quant à lui résumé à partir de la page 4. La version corrigée devrait en principe être disponible prochainement sur le site Internet droitmatrimonial.ch.

⁸ ATF 147 III 249, consid. 3.4.3 *in fine* ; *FamKomm Scheidung*-A. BÜCHLER/Z. RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 64 ; P. MAIER/A. WALDNER-VONTobel, p. 889.

⁹ P. MAIER/A. WALDNER-VONTobel, p. 889. A. BÜCHLER/Z. RAVEANE estimaient déjà qu'un mariage de courte durée dont était issu des enfants n'apparaissait plus systématiquement *lebensprägend* (*FamKomm Scheidung*-A BÜCHLER/Z. RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 5 *i.f.*, voir ég. N 58 *i.f.*).

¹⁰ ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 137 III 102, consid. 4.2 *in extenso* ; arrêt TF 5A_679/2019 et 5A_681/2019 du 5 juillet 2021, consid. 12.1 ; A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, *Droit du divorce – Conditions – effets – procédure*, Berne 2021, N 636 ss (cité ci-après : A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN). L'ATF 147 III 308, consid. 4, rappelle également la méthode en trois étapes en admettant que l'on puisse s'écartier de leur ordre d'examen en fonction des questions soulevées dans le cas d'espèce. Voir ég. *infra*.

Comme le rappelle le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici résumé (consid. 4.3.1), lorsqu'un-e enfant commun-e était née durant le mariage, le caractère *lebensprägend* de celui-ci était en général admis par le passé¹¹. La règle valait en particulier pour des mariages de courte durée, lorsque les père et mère avaient convenu d'une répartition classique des tâches¹². Le Tribunal fédéral souligne au considérant précédent que des exceptions étaient en tous les cas possibles¹³.

Dans l'arrêt commenté (consid. 4.3.1), le Tribunal fédéral prend appui sur la modification du Code civil relative à l'entretien de l'enfant¹⁴ pour justifier un changement de pratique. Invoquant le principe de l'égalité entre enfants indépendamment de l'état civil de leurs père et mère, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que les « inconvénients » liés à la prise en charge d'enfants ne s'expliquent pas en premier lieu par la continuité de l'union conjugale, mais qu'ils sont au contraire liés à l'obligation de prendre en charge l'enfant qui perdure en tant que telle et qui fait l'objet précisément d'une réglementation séparée, par le mécanisme de la contribution de prise en charge (art. 276 al. 2 et 285 al. 2 CC)¹⁵.

Par conséquent, le Tribunal fédéral retient que, désormais, la présence d'enfants commun-e-s ne permet pas (plus) à elle seule de qualifier un mariage de *lebensprägend* (consid. 4.3.1).

Le présent arrêt a été évoqué et critiqué dans les médias¹⁶. Selon nous, il est justifié de considérer que cet arrêt revient *in fine* à péjorer encore davantage la situation du père ou de la mère qui s'est consacré-e au foyer et aux enfants commun-e-s dans un cas de répartition traditionnelle des tâches durant le mariage¹⁷.

Certes, le Tribunal fédéral n'a pas décidé d'exclure purement et simplement toute prise en compte du critère de la présence d'enfants commun-e-s à prendre en charge (art. 125 al. 2 ch. 6 CC) lors de l'analyse du droit à une contribution d'entretien post-divorce. Notre Haute Cour a néanmoins fortement relativisé la portée de ce critère, à tout le moins lors de la première phase de l'examen (*i.e.* déterminer si le mariage est *lebensprägend* ou non).

¹¹ ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 137 III 102, consid. 4.1.2.

¹² FamKomm Scheidung-A. BÜHLER/Z. RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 58 ; A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 679.

¹³ Par exemple : arrêt TF 5A_177/2010 du 8 juin 2010, consid. 6.5.

¹⁴ Modification du Code civil du 20 mars 2015 relative à l'entretien de l'enfant (RO 2015 4299).

¹⁵ Pour la notion de contribution de prise en charge et son calcul, voir en part. : ATF 144 III 377 ; ATF 144 III 481 ; FamKomm Scheidung-S. AESCHLIMANN/J. SCHWEIGHAUSER, *Alig. Bem. zu Art. 276-293 [ZGB]*, N 15 ss ; LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 1021 ss.

¹⁶ Voir notamment : CÉLINE FONTANNAZ/OANG, *Le droit à une pension est toujours plus restrictif en cas de divorce*, in : RTSInfo, 3 mai 2022, page Internet <https://www.rts.ch/info/suisse/13065491-le-droit-a-une-pension-est-toujours-plus-restrictif-en-cas-de-divorce.html> (dernière consultation le 23 mai 2022) ; RTSInfo, sujet radio avec interventions de Me Anne Reiser et de Me Jean-Luc Addor lors de la Matinale du 3 mai 2022 (interventions atteignables à partir de la page Internet précitée) ; A. GIGON, *Divorce : le Tribunal fédéral met fin au soutien financier systématique*, in : ARCINFO, 12 mai 2022, consultable en ligne sur la p. Internet <https://www.arcinfo.ch/suisse/divorce-le-tribunal-federal-met-fin-au-soutien-financier-systematique-1182126> (dernière consultation le 23 mai 2022).

¹⁷ Statistiquement, les mères sont les plus concernées (OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Les familles en Suisse – Rapport statistique 2021*, Neuchâtel 2021, disponible sur la page Internet <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/conciliation-emploi-famille.assetdetail.17084547.html>, p. 27).

Concrètement, cela revient à durcir encore les conditions permettant de retenir l'existence d'un mariage *lebensprägend*. L'arrêt discuté vient ainsi confirmer et affirmer la direction prise par le Tribunal fédéral à partir de l'ATF 147 III 249.

Comme relevé *supra*, l'arrêt s'arrête toutefois à la première phase du raisonnement (*lebensprägend* ou non) et, après avoir qualifié le mariage des parties de non *lebensprägend*, renvoie la cause à l'instance précédente pour qu'elle examine si l'épouse dispose néanmoins d'un droit à une contribution d'entretien (consid. 5 *in extenso*).

En effet, le Tribunal fédéral rappelle (consid. 5.1) que même en cas de mariage non lebensprägend, il convient d'examiner s'il y a lieu d'allouer une contribution d'entretien selon l'art. 125 CC correspondant au « dommage lié au mariage » (« *Heiratsschaden* »), soit en se référant à la situation avant le mariage, les parties devant alors être replacées dans la situation qui aurait prévalu si le mariage n'avait jamais été conclu¹⁸. A noter qu'en pareil cas, une éventuelle contribution d'entretien entre ex-conjoint·e·s ne se détermine toutefois pas selon le raisonnement en trois étapes¹⁹. Le niveau de vie durant le mariage n'entre en principe pas en ligne de compte²⁰. La comparaison porte avant tout sur les revenus qui peuvent être réalisés²¹.

Malheureusement, l'arrêt commenté n'indique pas la manière dont il conviendrait (désormais) de tenir compte de la présence d'enfants au stade suivant du raisonnement, soit lorsqu'il s'agira d'examiner si une contribution d'entretien est due et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

Au considérant 4.3.1 de l'arrêt discuté, le Tribunal fédéral confirme seulement ce qu'il avait déjà indiqué par le passé, à savoir qu'en présence d'enfants commun·e·s, seuls les « inconvénients » résultant de la garde des enfants qui ne sont pas couverts quantitativement par la contribution de prise en charge peuvent faire l'objet, cas échéant, d'une contribution d'entretien entre ex-conjoint·e·s au sens de l'art. 125 CC, raison pour laquelle le maintien de l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC était par ailleurs justifié²².

Le considérant 4.3.1 de l'arrêt résumé précise que ces « inconvénients » pour ainsi dire « résiduels » découlant de la prise en charge d'enfants (art. 125 al. 2 ch. 6 CC) peuvent, suivant les circonstances, donner lieu à contribution d'entretien entre ex-conjoint·e·s, non seulement

¹⁸ Voir ég. ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 et 3.4.6 ; ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; ATF 135 III 59, consid. 4.1 ; A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 637 et 686. Ce raisonnement était (est) celui en général appliqué aux mariages dits de courte durée (moins de cinq ans) sans enfants (ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 ; ATF 135 III 158, consid. 4.3 ; A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 677).

Pour rappel, le « dommage lié au mariage » (« *Heiratsschaden* ») s'oppose au « dommage lié au divorce » (« *Scheidungsschaden* »), ce dernier n'étant pris en compte, cas échéant, qu'en cas de mariage *lebensprägend* (ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 et 3.4.6). Toutefois, dans les deux cas (mariage *lebensprägend* ou non), l'éventuelle contribution d'entretien qui sera allouée découle à chaque fois de l'art. 125 CC et du principe de la solidarité post-matrimoniale, et non du principe d'indemnisation du dommage en tant que tel (ATF 147 III 249, consid. 3.4.1 et 3.4.6 ; arrêt TF 5A_568/2021 du 25 mars 2022 [destiné à la publication], consid. 4.1, 4.2 et 5.1. Voir ég. : ATF 147 III 301, consid. 6.2 ; FamKomm Scheidung-A. BÜCHLER/Z. RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 59).

¹⁹ ATF 141 III 465, consid. 3.1 ; A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 637.

²⁰ A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 686.

²¹ A. LEUBA/P. MEIER/M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, N 637 et 686. Par exemple : arrêt du TF 5A_844/2014 du 23 avril 2015, consid. 5.

²² ATF 144 III 481, consid. 4.8.3 et les réf. citées, repris dans l'arrêt commenté au consid. 4.3.1.

en présence d'un mariage *lebensprägend*, mais aussi en présence d'un mariage non *lebensprägend*.

A notre avis, le présent arrêt laisse plusieurs questions sans réponse, essentiellement quant à la coordination concrète entre le calcul de la contribution de prise en charge en présence d'enfants et celui de l'éventuelle contribution d'entretien entre ex-conjoint·e·s, en particulier lorsque le mariage n'est pas *lebensprägend*.

L'entretien entre ex-conjoint·e·s se complexifie d'autant plus, ce qui est regrettable, dans la mesure où des règles pour calculer l'entretien peu claires conduisent en général à pénaliser la partie bénéficiaire de l'entretien, soit en général les épouses²³.

²³ FamKomm Scheidung-A. BÜCHLER/Z. RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 1 et les références citées.