

Referenz zu Entscheidung:

[5A_907/2018](#)

[5A_104/2018](#)

Stichworte:

Contribution d'entretien post divorce, obligation de reprise d'une activité lucrative

iusNet DC 22.03.2021

Solidarité dans le mariage, même après 45 ans !

Commentaire non « genré » des arrêts du TF 5A_104/2018 du 2 février 2021 et 5A_907/2018 du 3 novembre 2020

[Anne Reiser](#)

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Résumé : La « règle des 45 ans » s'est métamorphosée au fil du temps, pour refléter l'évolution de l'institution du mariage. Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral tranche que l'art. 125 al. 1 CC consacre clairement la primauté de l'autosuffisance des parties, ainsi que l'obligation d'intégrer ou réintégrer une activité lucrative, l'octroi d'une contribution d'entretien n'étant que subsidiaire.

Le Tribunal fédéral a rendu des arrêts qui ont fait grand bruit depuis novembre 2020. Après le fameux arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020, qui pose une méthode uniforme de fixation des contributions d'entretien pour toute la Suisse, notre Haute Cour poursuit son œuvre de réinterprétation du droit de la famille à l'aune des mœurs actuelles.

On se souvient de l'arrêt phare 5A_384/2018 du 21 septembre 2018, très didactique, publié aux ATF 144 III 481, dans lequel le Tribunal fédéral rappelle que notre droit de la famille consacre le principe de l'autonomie familiale (c. 4.5.), et dit que l'intérêt de l'enfant comprend celui de ne pas être élevé à la limite du minimum vital, raison pour laquelle ses parents juridiques doivent épuiser leur capacité lucrative maximale pour faire face à leurs responsabilités, également sur le plan financier (c. 4.7.7.). Aux considérants 4.3 et 4.7.2 de cet arrêt, le Tribunal fédéral indique ainsi que notre système juridique ne comprend pas, au contraire du droit allemand par exemple, un droit d'un parent exigible contre l'autre parent, de demeurer au foyer pour élever l'enfant commun, puisque notre système consacre le principe de l'équivalence des modes de garde (c. 4.6.2, 4.6.3.), ancré, là encore, dans celui de l'autonomie familiale. Le juge doit dès lors investiguer les alternatives économiques à disposition du couple parental en désaccord à ce sujet, pour réaliser les droits de l'enfant (c. 4.7.8.), et privilégier, après la première année de l'enfant (c. 4.7.4.), la garde par un tiers si son coût pèse moins, sur le budget de la famille, que la garde de l'enfant par l'un de ses parents. (c 4.7.7. à 4.7.9.).

La conséquence de ce raisonnement se trouve dans les arrêts commentés ici, sur le terrain de la répartition des tâches dans le mariage (art. 163 CC) et après qu'il a pris fin (art. 125 CC), en ce qui concerne l'entretien dû à l'époux après le divorce.

L'adoption du principe du clean break consacré par l'art. 125 al. 1 CC en 2000 avait posé le principe de l'absence de contribution d'entretien entre époux post-divorce, et l'alinéa 2 de cet article énumérait les exceptions à ce principe. Le droit, comme souvent en Suisse, ayant fourni aux modes de vie des couples mariés un cadre ne correspondant pas forcément (encore) aux choix et aux conceptions de ses destinataires, la jurisprudence fédérale a abondé sur le terrain des exceptions. Sa lecture a pu donner à penser que c'est dans la théorie des contrats (art. 7 CC) que le Tribunal fédéral, partant des accords ayant présidé au mariage (art. 163, 168 CC), est allé chercher les principes applicables au maintien exceptionnel du devoir de solidarité entre époux (art. 159 ss CC) post-divorce, dans les circonstances où les choix qui ont présidé au mariage ont eu un caractère « lebensprägend », c'est-à-dire qu'ils ont eu pour conséquence déterminante une diminution de l'autonomie financière d'un époux.

Le Tribunal fédéral a, en effet, fini par poser des présomptions réfragables, destinées à faciliter le travail du juge chargé de statuer en droit et en équité (art. 4 CC) : un mariage ayant duré plus de dix ans (jusqu'à la séparation de fait) ou couronné de la présence d'enfants communs était ainsi réputé avoir été déterminant, et pouvait fonder la confiance dans sa pérennité, et dès lors l'art. 125 al. 1 CC donnait à l'époux « confiant » un droit au maintien de son train de vie mené durant la vie commune, si les moyens financiers à disposition étaient suffisants (ATF 132 III 593 c. 3.2. notamment). A l'inverse, en présence d'un mariage sans enfants ayant duré moins de cinq ans, on pouvait partir du principe qu'aucune confiance dans la pérennité de l'union ne pouvait exister et qu'ainsi un droit à un entretien post-divorce ne devait être accordé, par exception, que pour replacer l'époux non autonome financièrement dans la situation qui aurait été la sienne, s'il ne s'était pas marié (ATF 135 III 59 c. 4.1 notamment). Le mode de fixation des contributions rappelait ainsi fortement les « dommages intérêts positifs » de l'art. 106 CO pour les unions « lebensprägend » et les « dommages-intérêts négatifs » de l'art. 109 al. 2 CO pour celles qui ne l'ont pas été ; l'événement « dommageable » étant réputé être « l'échec » de l'union. Au rang des présomptions réfragables figurait également celle que, à compter d'un certain âge (45 ans, ATF 114 II 9 c. 7b, pour le premier arrêt, puis 137 III 102 c. 4.2.2.2 notamment), il ne pouvait pas être exigé (question de droit, ATF 126 III 10, c. 2b notamment) de l'époux souffrant d'une perte d'autonomie financière à raison des choix qui ont présidé au mariage de rechercher et d'exercer une activité lucrative, et ainsi aucun revenu hypothétique ne pouvait lui être imputé, en diminution de l'entretien post-divorce dû par exception.

Dans l'arrêt 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, le Tribunal fédéral tranche avec ses précédentes jurisprudences en posant le principe que la contribution d'entretien post-divorce ne doit pas être justifiée par un raisonnement fondé sur des dommages-intérêts liés à la fin de l'union mais bien plutôt par celui, ancré dans l'art. 125 CC, de solidarité post-maritale, liée aux accords précis qui ont présidé au mariage, et plus particulièrement aux modalités de la vie commune (c. 3.4.3). Ceci fait, il convient d'examiner non la seule capacité économique propre de l'individu mais celle, globale, de la communauté dissoute (c. 3.4.3). Ensuite, même si un mariage a été « lebensprägend », il ne donne pas automatiquement droit à une contribution d'entretien post-divorce : la primauté de l'autosuffisance de l'art. 125 al.1 CC doit conduire d'abord à une obligation de réintégrer une activité professionnelle ou d'étendre une activité existante (c. 3.4.4.) C'est lorsque cette dernière est insuffisante ou impossible que des aliments post-divorce doivent être accordés (c. 3.4.5.), pendant un temps à déterminer selon les circonstances (c. 3.5.1.). Appliqués à la situation dont il avait à connaître, soit celle d'une union conduite à distance, avec deux foyers distincts, une épouse rendant peu visite à son mari et un époux qui a contribué à ses besoins pendant 8 ans avant de demander le divorce, puis 8 ans jusqu'à ce qu'il l'obtienne, ces principes ont conduit le Tribunal fédéral à considérer, en

substance, que l'épouse n'avait pas été empêchée d'exercer une activité professionnelle par son mari ; que la renonciation à toute activité lucrative procédait d'un choix personnel et non familial, dans lequel elle a persisté même lorsqu'elle a su que son union ne serait pas pérenne, vu le divorce requis (c. 3.5.1) ; qu'elle s'était mise ainsi dans la dépendance financière de mari par choix personnel (c. 3.5.3) ; et qu'ainsi le mariage en tant que tel n'était pas « lebensprägend » (c. 3.5.1.). Aucune contribution d'entretien post-divorce n'a été ainsi accordée à cette femme qui, mariée à 39 ans, divorça à l'âge de 57 ans.

C'est également la présomption du caractère inexigible d'une reprise d'activité lucrative passé l'âge de 45 ans que plaidait la recourante, dans l'arrêt 5A_104/2018 du 2 février 2021 : formée en informatique en 1988, demeurée sans activité lucrative durant un mariage de dix-sept ans à la suite de la naissance de sa première fille, dotée de la garde de ses trois enfants par le jugement de divorce prononcé en 2016, il ne pouvait être exigé d'elle qu'elle reprenne une formation dans ce domaine et recouvre une activité lucrative après le divorce. C'est en relevant que la « règle des 45 ans » s'est métamorphosée au fil du temps, pour refléter l'évolution de l'institution du mariage (c. 5.3.), que le Tribunal fédéral tranche que l'art. 125 al. 1 CC consacre clairement la primauté de l'autosuffisance des parties, et ainsi l'obligation d'intégrer ou réintégrer une activité lucrative, l'octroi d'une contribution d'entretien n'étant que subsidiaire (c. 5.2.). Le Tribunal fédéral rappelle qu'il ressort de sa jurisprudence récente que le parent ayant la garde est censé se réinsérer professionnellement lui aussi, par étapes (c. 5.4.). Le caractère exigible de la reprise d'activité lucrative s'appréciant concrètement pour juger de son caractère raisonnable (c. 5.6.), le Tribunal fédéral confirme l'arrêt de la Cour cantonale de Soleure, qui a considéré que, si une réinsertion professionnelle de la recourante serait trop exigeante en tant qu'informaticienne, en revanche, les possibilités d'emploi dans l'hôtellerie, la restauration, le commerce de détail ou les soins infirmiers étaient envisageables, et la passivité de la recourante était d'autant plus incompréhensible que ni elle ni les filles placées sous sa garde ne souffraient de problèmes de santé (c. 6.1.).

En tant qu'elle s'ancre dans l'actualité des mœurs en respectant le cadre légal qui leur est donné, l'évolution de la jurisprudence fédérale est remarquable en tous points.

Ayant relevé le caractère extraordinairement libre des accords que les époux peuvent passer, à teneur des articles 163 ss CC, à propos de la répartition de leurs tâches et de leur mode de vie (et qu'ils peuvent notamment choisir d'avoir chacun leur demeure et d'entretenir une relation à distance), le Tribunal fédéral nous rappelle qu'en se mariant, les époux s'engagent mutuellement à assurer la prospérité de l'union (art. 159 al. 2 CC) ; qu'ils forment donc une unité économique, et qu'ainsi ils doivent tous deux œuvrer à la prospérité commune, quels que soient les aléas de l'existence (la conjoncture, la perte d'emploi, l'incapacité du conjoint, le départ des enfants, le vieillissement, et même une pandémie, un désamour ou un divorce). Il découle donc évidemment de l'art. 159 al. 2 CC qu'un époux qui ne preste pas du tout en faveur de l'union ne saurait prétendre, sauf abus de droit, que cette union serait « lebensprägend » pour en tirer (encore) des avantages économiques après l'union, même en présence de moyens suffisants de l'ancienne communauté économique formée avec l'autre. Il découle tout autant de l'art. 159 al. 2 CC que, lorsque les tâches éducatives diminuent, l'époux qui recouvre de la disponibilité doit s'acquitter de son devoir de solidarité découlant des engagements pris dans le mariage, en y contribuant en espèces cette fois, et ce, à tout âge, dans toute la mesure de ses moyens, et même en cas de divorce.

Au-delà des considérations tirées des effets légaux du mariage, ce sont ceux du divorce qui doivent être rappelés à celles qui ont poussé des cris d'orfraie à l'annonce de ces arrêts : en

l'état actuel du droit (art. 130 al. 1 CC), l'obligation d'entretien cesse au décès du débiteur et ne passe donc pas à ses héritiers. La personne divorcée qui s'est mise durablement dans la dépendance financière du (futur) défunt sans s'être assurée de la pérennité de son autonomie financière n'assume assurément pas la première de ses responsabilités ; celle de prendre soin d'elle-même, afin de ne pas tomber dans la précarité dans le grand âge.