iusNet
DROIT CIVIL
Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Éclairages
Droit matrimonial

Référence de la décision:
5A_568/2021

Mots-clés:
divorce I dommage

Articles de loi:
art. 283 CPC

iusNet DC 23.05.2022

Du dommage causé par le divorce au dommage causé par le mariage

Éclairage de l'arrêt 5A_568/2021 destiné à publication

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

Résumé : dans un arrêt 5A_568/2021 du 25 mars 2022 destiné à publication, le Tribunal fédéral ne se réfère pas au train de vie mené durant la courte vie commune des époux pour fixer l'entretien dû à l'ex-épouse, nonobstant la présence d'un enfant, mais à la situation de celle-ci avant le mariage, par référence à l'intérêt négatif du droit des contrats, en imputant à sa propre volonté, et non au mariage, ses choix entrepreneuriaux de placer sa société dans la dépendance économique des sociétés de son époux fortuné.

La presse a fait grand cas de l'arrêt 5A_568/2021 du 25 mars 2022 du Tribunal fédéral, destiné à publication, qui prive une épouse de 54 ans de contributions alimentaires pour elle-même, pour la période précédant la scolarisation de l'enfant, alors même que cette décision s'inscrit tant dans le droit en vigueur depuis 2000 que dans la lignée des décisions publiées aux ATF 147 III 308 et ATF 147 III 249. A quoi doit-on de telles indignations ?

Un rappel des faits s'impose. Le recourant, né en 1948, et l'intimée, née en 1968, se sont mariés en 2009. Le mari était ainsi âgé de 61 ans au moment du mariage, et son épouse avait 41 ans. Une fille est née de leur union deux ans plus tard, en 2011. La vie commune a cessé en juin 2012. En octobre 2012, le mari a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Le 4 juillet 2014, il réclama le divorce, et pria le tribunal de prononcer un jugement partiel de divorce par requête du 7 janvier 2016. Dans cette procédure, son épouse s'était déclarée d'accord avec le principe du divorce en audience du 4 novembre 2014 et avait déposé une requête reconventionnelle de divorce dans son mémoire responsif du 9 février 2015.

La décision partielle de divorce requise par l'époux a été rendue par un arrêt phare du Tribunal fédéral 5A_623/2017 du 14 mai 2018 partiellement publié aux ATF 144 III 298, dans lequel notre Haute Cour, après une analyse fouillée du but poursuivi par le nouveau droit du divorce (ayant conduit à l'abandon de l'ancien art. 148 al. 1 CC[1]) et par le Code de procédure civile suisse (pris notamment en ses art. 283 et 315 al. 1), a considéré que la portée du principe de l'unité du jugement de divorce avait changé avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce ; que le besoin de coordination entre le divorce et ses effets était réduit aux situations dans lesquelles le divorce est requis pour des motifs fondés (art. 115 cum 125 al. 3 CC) ; qu'hormis ces cas, lorsque le divorce est requis après l'échéance de la durée de séparation de deux ans (art. 114 CC), on ne voyait pas quel intérêt digne de protection pourrait s'opposer au prononcé du divorce par décision partielle, lorsque la question de l'entretien doit encore faire l'objet d'une décision cantonale (c. 6.2.2.) ; qu'ainsi il fallait procéder à une pesée des intérêts des parties lorsque, comme en l'espèce, l'une d'entre elles (l'épouse) ne s'opposait pas au divorce mais à une décision partielle sur le sujet (c. 7.7.). L'épouse plaidait que son droit à l'information (art. 170 CC) serait mis en péril par une telle décision. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'il n'en était rien par référence à l'ATF 143 III 113, c. 4.3.4. Elle affirmait ensuite qu'un danger existait que l'époux – désireux de se remarier avec sa précédente épouse, raison pour laquelle il réclamait la décision partielle sur divorce – participerait moins activement à la procédure sur les effets du divorce. Le Tribunal fédéral lui a opposé qu'il incombait au juge chargé d'instruire ces questions de mener rapidement à bien l'instruction de la cause (art. 124 CPC) et qu'il n'était pas possible de remédier à cette crainte par un refus de prononcer le divorce partiel (c. 7.1.1.). Le Tribunal fédéral a encore rappelé que l'art. 283 al. 2 CPC prévoyait la possibilité de régler la liquidation du régime matrimonial par une procédure séparée, qu'en outre le partage de prévoyance était arrêté à la date du début de l'instance en divorce (l'art. 122 al. 1 CC), et qu'au surplus l'entretien post-divorce n'était en rien affecté par le prononcé partiel du divorce (c. 6.2.2., 7.1.2.). Enfin, aucune nécessité n'existait de régler dans la même décision le divorce et le sort de l'enfant, eu égard aux art. 133 al. 1, 296 et 298 al. 1 CC, dès lors que ces questions sont devenues indépendantes de l'état civil des parents avec les modifications du Code civil de 2014 (c. 7.1.3.). Procédant ensuite à la pesée des intérêts en présence, le Tribunal fédéral a rappelé que le droit de procédure civile doit être interprété de manière conforme à la Constitution ; que le droit au remariage invoqué par l'époux était ancré dans l'art. 14 Cst. et que la doctrine s'accordait à considérer qu'un tel droit pouvait fonder une décision partielle de divorce, lorsque le principe de celui-ci est acquis et lorsqu'une décision sur les effets de celui-ci apparaissait lointaine. Il serait douteux au demeurant qu'à l'instar de l'ancien art. 150 CC prohibant le remariage pendant une certaine période après le prononcé du divorce, l'art. 283 CPC puisse être interprété de manière conforme à l'art. 12 CEDH, même si les contours de cette disposition sont assez flous (c. 7.2.1.). Au rang des circonstances devant être prises en compte (par exemple, un enfant issu de la nouvelle relation), le recourant plaidait qu'il était un entrepreneur et que, compte tenu de son âge (il avait 66 ans au moment de la procédure devant le Tribunal fédéral), il devait prendre des dispositions successorales qui seraient rendues plus difficiles tant que le droit légal de succession de l'Intimée perdurait (art. 120 al. 2 CC). Le

Tribunal fédéral a reconnu cet intérêt, renforcé encore par la durée probable de la procédure encore à mener (c. 7.2.2.). Restait à déterminer si le règlement définitif des effets accessoires du divorce interviendrait dans un futur éloigné. Sur cette question, notre Haute Cour a rappelé qu'il allait sans dire que seule comptait la durée effective de la procédure et non la manière dont le tribunal cantonal conduisait la procédure. Outre la détermination de la durée de la procédure jusque-là, un pronostic devait également être émis s'agissant de la durée prévue de la procédure. Le Tribunal fédéral a constaté à ce sujet que depuis la saisine du juge du divorce, en 2014 et la décision refusant le divorce partiel, en 2017, deux ans et demi s'étaient écoulés ; qu'aucun acte de procédure n'avait eu lieu depuis ; que les débats principaux n'étaient convoqués qu'en juillet 2018, soit 4 ans après la litispendance ; que le Tribunal de district avait considéré que la procédure s'avérait compliquée s'agissant de l'enfant commun mais surtout de la liquidation du régime matrimonial ; et, complétant les faits (art. 105 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral a relevé qu'il avait déjà rendu trois décisions concernant l'enfant (TF 5A_620/2016 du 17 janvier 2017, 5A_620/2016 du 7 mars 2017 et 5A_6/2018 du 23 mars 2018) et qu'à moins d'un règlement amiable du conflit, il ne fallait pas s'attendre à ce que la procédure sur les conséquences du divorce soit achevée rapidement, en tenant compte des recours les plus probables qui seraient interjetés, en sorte que le recourant devrait atteindre plus de 70 ans avant de pouvoir se remarier avec son ex-épouse (c. 7.2.3.). Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a fait prévaloir l'intérêt du recourant à obtenir une décision partielle de divorce sur celui de son épouse à recevoir une décision sur tous les effets accessoires de celui-ci (c. 7.3.) et a prononcé le divorce par décision partielle (c. 8).

C'est ainsi sur l'entretien dû à l'ex-épouse que l'arrêt 5A_568/2021 du 25 mars 2022 a été rendu, et que la cause a été renvoyée à l'instance cantonale pour nouveau calcul. Au moment de cet arrêt, le recourant était âgé de 74 ans, ce qui conforte le lecteur dans le caractère visionnaire de la décision publiée aux ATF 144 III 298 s'agissant notamment de la temporalité du conflit…

En effet, par décision du 19 mars 2020, le Tribunal de district de Zurich a renvoyé la liquidation du régime matrimonial à une procédure séparée, ce qui promet au lecteur avide de sagas judiciaires de nouveaux arrêts intéressants du Tribunal fédéral !

Par cette même décision du 19 mars 2020, le Tribunal de district de Zurich a réglé les autres effets accessoires du divorce, soit le sort de l'enfant (autorité parentale, garde, relations personnelles père-enfant, exhortation à une thérapie familiale), le partage de prévoyance professionnelle et la contribution d'entretien due par l'ex-époux à l'enfant et à son ex-épouse ; une curatelle de représentation ayant au surplus été ordonnée à l'enfant.

L'appel de l'ex-mari contre la réglementation ordonnée de ses relations personnelles et contre certains effets accessoires du divorce a été rejeté par jugement partiel du 3 juillet 2020, et l'Obergericht de Zurich n'est pas entré en matière sur l'appel joint de l'ex-épouse sur ces mêmes sujets (décision querellée devant le Tribunal fédéral par l'ex-épouse, confirmée par arrêt 5A_808/2020 du 21 octobre 2021).

Sur les autres sujets, par décision partielle du 4 juin 2021, statuant sur l'appel du recourant et l'appel joint de l'intimée, l'autorité de dernière instance cantonale a modifié la décision de première instance sur certains points et a condamné le recourant à verser une contribution d'entretien en faveur de l'intimée à hauteur de CHF 11'910 par mois dès l'entrée en force du jugement partiel de divorce, jusqu'au 31 août 2024, respectivement jusqu'à l'entrée en première année de l'école secondaire de l'enfant ; puis de CHF 10'350.—depuis le 1er septembre 2024,

respectivement depuis cette entrée de l'enfant en première année de l'école secondaire, et ce, jusqu'au 31 octobre 2027. En outre, cette autorité a astreint le recourant à verser un montant mensuel de CHF 4'800 pour couvrir les coûts de logement ainsi qu'un montant mensuel de CHF 350 pour l'assurance du ménage jusqu'à son départ de la maison mise à sa disposition par son ex-mari, mais au plus tard jusqu'au 31 octobre 2027. L'Obergericht a ensuite corrigé sa décision le 14 juillet 2021, pour indiquer que la contribution d'entretien due à l'ex-épouse ne l'était qu'à compter de l'entrée en force de sa décision du 4 juin 2021.

Le recourant a saisi le Tribunal fédéral en demandant la réduction de la contribution d'entretien à CHF 2'473 jusqu'au 31 octobre 2023 et CHF 803 du 1er novembre 2023 au 31 octobre 2027 ; aucun entretien n'étant dû après le départ de son ex-épouse de la maison mise par lui à sa disposition. Répondant à ce recours en matière civile, l'ex-épouse conclut à son rejet, subsidiairement à ce que l'affaire soit renvoyée à l'Obergericht avec instructions de statuer à nouveau, dans sa nouvelle décision, sur la contribution de prise en charge incluant les impôts y relatifs. Elle n'a cependant pas, elle-même, interjeté recours contre la décision querellée devant le Tribunal fédéral, ce que relève notre Haute Cour, en indiquant qu'elle n'entrera pas en matière sur les considérations de celle-ci en ce qui concerne une modification potentielle de la décision attaquée dans la mesure où elle succomberait devant le Tribunal fédéral (c. 1.2). L'intimée reproche au recourant d'avoir étendu la portée de son recours dans sa réplique, ce qui ne serait pas admissible. Or, le Tribunal fédéral estime que la réplique du recourant contenait simplement une prise de position relative aux arguments de l'intimée, raison pour laquelle celle-ci est admissible (c. 1.3).

Demeurent ainsi contestées devant le Tribunal fédéral la portée du devoir d'entretien du recourant ainsi que la question de savoir si le mariage a eu un impact notable (« lebensprägend ») sur la vie des époux. L'autorité de recours a constaté que l'intimée avait 43 ans et exerçait une activité lucrative avec succès au moment de la naissance de sa fille. Elle a continué à exercer cette activité lucrative même après la naissance de celle-ci. Or, sa société de conseil s'est mise graduellement dans un rapport de dépendance avec le groupe de sociétés du recourant. Cette dépendance économique s'est accentuée lorsque le recourant a mis fin à tous les mandats au moment de la séparation. L'intimée n'était pas en mesure de reconstruire son entreprise en même temps qu'elle remplissait ses obligations de mère. Par conséquent, l'Obergericht zurichois a estimé que le mariage a eu un impact notable sur la vie des époux fondant un devoir d'entretien (c. 3.1).

Le recourant estime que l'autorité de recours aurait violé l'art. 125 al. 1 et 2 CC. Il relève que l'intimée a continué à exercer son activité lucrative même après la naissance de l'enfant, et qu'elle n'a cessé de travailler qu'au moment de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Ainsi, elle n'aurait pas renoncé à son indépendance économique ni assumé un rôle de femme au foyer en raison d'un plan de vie commun. Il estime que l'autorité de recours a considéré à juste titre que la naissance de l'enfant n'avait pas eu un impact notable sur la vie des époux. En revanche, l'autorité précédente a estimé que cet impact résultait de la dépendance économique dans laquelle s'est placée l'intimée envers le recourant, ce que celui-ci conteste. Il soutient que l'intimée aurait pu rétablir sa société dans un délai de deux ans au plus tard, soit au moment où leur fille s'est mise à fréquenter le jardin d'enfants, respectivement au moment où elle a été scolarisée. Enfin, le recourant indique que l'intimée aurait facilement pu trouver un emploi en tant qu'économiste (c. 3.2.1). L'intimée reproche à l'autorité de recours d'avoir nié que la naissance de leur enfant ait eu un impact notable sur la vie des époux. La répartition des tâches durant la vie commune, même courte, procédait d'un plan préalable commun. De plus, les parties avaient acheté leur propre maison avant le mariage. Cela avait encouragé

l'intimée à devenir (économiquement) dépendante du groupe d'entreprises du recourant après son mariage. Celle-ci doit donc être prise en compte comme un élément « lebensprägend » de sa vie, au même titre que la cohabitation prénuptiale. Suite à la naissance de la fille et à la rupture de toutes relations d'affaires par le recourant (et non sous l'influence de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale), l'intimée avait cessé de travailler en décembre 2012 au plus tard. Au demeurant, elle avait dû assumer la prise en charge de l'enfant sans aide extérieure, raison pour laquelle elle n'avait pas pu reconstruire son entreprise. En outre, elle n'avait pas le devoir de trouver un emploi avant la scolarisation de sa fille dans la mesure où elle assumait entièrement la prise en charge de cette dernière, conformément à la règle jurisprudentielle des 10/16 ans qui s'appliquait à l'époque, d'autant qu'un tel travail n'était exigé qu'avec l'arrêt du 9 avril 2020, en sorte qu'elle n'a pas cherché d'emploi rémunéré (c. 3.2.2).

Le Tribunal fédéral rappelle que la question de savoir si une contribution d'entretien est due doit être examinée sous l'angle du critère de l'impact notable sur l'autonomie financière des époux (caractère « lebensprägend ») des choix ayant présidé au mariage. Lorsque l'impact notable est constaté, il convient d'en déduire que les époux pouvaient placer leur confiance en la continuation de la vie conjugale. Cette confiance justifie la protection de la répartition des tâches du couple, ce qui entraîne le devoir d'entretien au cas où un des époux n'est pas en mesure de subvenir à ses propres besoins (c. 4.1). Le fait de savoir si le mariage façonne ou non la vie n'a pas la fonction d'un "interrupteur à bascule". Les hypothèses qui ont jusqu'à présent fondé des présomptions d'impact négatif sur l'indépendance économique des choix ayant présidé au mariage (à savoir également l'existence d'enfants communs des époux ; cf. notamment ATF 141 III 465 c. 3.1 ; 137 III 102 c 4.1.2 ; 135 III 59 c. 4.1) doivent être relativisés et ne sont pas absolus. Les aliments après le mariage doivent plutôt être basés sur le catalogue ouvert de critères de l'article 125 al. 2 CC (ATF 147 III 249 c. 3.4.2). Cet impact doit être admis lorsque, sur la base d'un choix de vie commun, un époux 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, alors que l'autre époux a pu se concentrer sur son avancement professionnel compte tenu de la répartition des tâches conjugales (c. 4.2). Le Tribunal fédéral examine cette question de la manière suivante (c. 4.3). Il n'est pas possible de retenir automatiquement que la naissance d'enfants a un impact notable sur la vie des époux, fondant un droit à l'entretien du conjoint, dès lors que seuls sont pertinents les inconvénients résultant de la garde des enfants qui ne sont pas couverts par l'entretien des enfants destiné économiquement au parent qui en assure la garde (ATF 144 III 488 c. 4.8.3 et 144 III 502, c. 6.7). Cela vaut d'autant plus que de tels désavantages dans le cadre de l'entretien post-conjugal (art. 125 al. 2 ch. 6 CC) peuvent également être compensés dans des cas individuels sans présumer d'un mariage déterminant et sans lien avec le niveau de vie conjugal antérieur (cf. ATF 147 III 249 c. 3.4.1). Il n'est donc plus possible de tirer des conclusions sur le caractère « lebensprägend » pour les époux de l'existence d'enfants communs de ces derniers (cf. ATF 147 III 249 c. 3.4.6). (c. 4.3.1). En l'espèce, le mariage des parties n'a pas duré longtemps. En outre, la vie commune a cessé après la naissance de l'enfant. Même si l'intimée fait valoir que les époux auraient opté pour une répartition classique des tâches, ce modèle a été suivi pendant moins d'un an. Auparavant, les époux exerçaient leurs activités lucratives respectives. Ainsi, l'épouse ne pouvait pas encore, sur cette base, fonder sa confiance en la continuation de la vie conjugale. Le concubinage des parties, pendant deux ans avant le mariage, ne saurait modifier cette conclusion dans la mesure où le modèle classique n'a pas été mis en œuvre durant celui-ci (c. 4.3.2). L'intimée ainsi que l'autorité de recours ont estimé que l'impact notable devait être admis en raison de la dépendance économique de l'intimée envers le recourant. Or, le Tribunal fédéral estime que le rapprochement de la société de l'intimée du groupe de sociétés du recourant n'est pas une conséquence directe ou nécessaire du mariage,

mais résulte d'un choix des époux d'entretenir, à côté du mariage, des relations d'affaires étroites. Tout comme celle, unilatérale, de présider à la prise en charge de l'enfant comme bon lui semblait, la décision de l'intimée d'accepter ce rapport de dépendance a peut-être été influencée ou même déclenchée par le mariage. Cependant, la diminution de l'indépendance économique de l'intimée n'est pas due au mariage. Par conséquent, les conséquences de cette décision entrepreneuriale ne sont pas pertinentes pour élucider la question de l'impact notable (c. 4.3.3). L'intimée admet elle-même qu'elle n'a pas essayé de reprendre une activité lucrative afin de consacrer son temps à la prise en charge de sa fille, la reprise de son activité lucrative avant la scolarisation de l'enfant n'étant pas considérée comme raisonnablement exigible par loi. Le Tribunal fédéral estime donc que l'autorité de recours a considéré à tort que le mariage avait un impact notable sur la vie des époux. Par conséquent, le grief de la violation de l'art. 125 CC est fondé (c. 4.4).

Ceci étant exposé, dans la mesure où le mariage n'a pas eu un impact notable sur la vie des époux, ceux-ci doivent être replacés dans la situation qui existait avant le mariage, comme si le mariage n'avait jamais été conclu (ATF 141 III 465 c. 3.1. ; 135 III 59 c. 4.1.). Selon les circonstances, il peut ainsi y avoir une demande d'indemnisation d'une sorte d'intérêt négatif (« dommage résultant du mariage » ; ATF 147 III 249 c. 3.4.1 et 3.4.6) découlant de l'idée de solidarité post-conjugale (c. 5.1.). Considérant le caractère « lebensprägend » du mariage, l'Obergericht a déterminé l'entretien dû à l'intimée par référence au train de vie mené durant la vie commune, sans examiner si, sur la base des relations prénuptiales, une éventuelle demande d'aliments par l'intimée pourrait être envisagée. La tâche de compléter les faits ne revenant ni au Tribunal fédéral (art. 107 al. 2 LTF), ni à l'instance d'appel, ceci devra être pris en compte dans la suite de la procédure cantonale (c. 1.2., 5.2). Le recours est partiellement admis et la cause renvoyée à l'autorité de recours (c. 5.3).

Que retenir de cet arrêt ? Vaut-il les indignations dont la presse s'est fait l'écho ?

L'auteure de ces lignes relève qu'il s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence déjà établie par les ATF 147 III 308 et 147 III 249, et, avant cela, par les ATF 144 III 377, ATF 144 III 481 et 147 III 265.

Puisque la contribution d'entretien a été réglée de manière uniforme par l'ATF 147 III 254, en effet, le seul argument à tirer de l'art. 125 al. 2 ch. 6 ne peut être ancré, à notre sens, que dans des considérations liées à l'empêchement du parent gardien de favoriser sa carrière en dehors des heures de travail, par des activités sociales qui seraient utiles à sa carrière, et il faut prouver leur utilité autant que le coût de baby-sitting nécessaire pendant leur accomplissement, puis chiffrer concrètement le « gain manqué » en raison de leur empêchement lié au devoir de veiller sur l'enfant. Autant dire que la tâche est ardue, à un moment procédural où, pour obtenir la garde de l'enfant, les parents doivent prouver leur disponibilité personnelle pour le prendre en charge. Il n'est donc pas surprenant que le Tribunal fédéral retienne que la seule présence d'un enfant n'est pas un critère déterminant le caractère « lebensprägend » des choix qui ont présidé aux destins communs.

En outre, rien de surprenant non plus à ce que le Tribunal fédéral rappelle que la vie menée par le parent gardien doit s'inscrire dans un plan de vie établi en commun ; à défaut, la seule présence d'un enfant donnerait un « volant de liquidités » supplémentaire (à la contribution de prise en charge) à celui qui, marié, se bat pour sa garde en abusant de son autorité parentale (laquelle, rappelons-le, doit servir le bien de l'enfant, art. 296 CC, et non les intérêts personnels du parent).

Rien d'étonnant, enfin, à ce que les relations d'affaires nouées par les conjoints – auxquelles l'art. 165 al.3 CC fait expressément référence – soient exclues du champ d'investigation du juge du divorce, et ne puissent être prises en compte, par la capillarité du « Durchgriff » plaidé par l'intimée, dans la détermination du caractère « lebensprägend » ou non des choix effectués par les époux lorsqu'ils ont fait destin commun.

Ce qui retient l'attention, en réalité, n'est que le langage adopté au considérant 5.1. de cet arrêt, qui reflète vraiment le changement qu'ont connu les mœurs en vigueur en Suisse.

Il y a sept ans seulement, dans son rapport relatif à la modernisation du droit de la famille rendu le 25 mars 2015, suite au postulat Fehr 12.3607 (ci-après « rapport du Conseil fédéral »), le Conseil fédéral faisait référence à la fin du mariage en n'hésitant pas à évoquer « l'échec de la relation » (p. 17 § 1).

Après l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce en 2000, un temps d'adaptation au clean break a été donné au justiciable par le Tribunal fédéral par l'usage de notions empruntées au droit des contrats et au principe de la confiance (cf. ATF 147 III 308 et 147 III 249 qui reflètent l'évolution de la jurisprudence à ce sujet), et en particulier dans la confiance placée dans la poursuite de l'union : celle-ci devait permettre d'accorder un entretien correspondant à des dommages-intérêts destinés à placer l'époux dans la situation qui aurait été la sienne si le (long) mariage avait continué, par référence au train de vie mené durant la vie commune. Un court mariage, en revanche, devait être compensé par une forme d'intérêt négatif, destiné à replacer le conjoint dans la situation qui aurait été la sienne si le mariage n'avait pas été conclu. Le langage utilisé, cependant, faisait toujours référence au divorce comme événement causal susceptible de fonder un « dommage » à réparer par l'entretien post-divorce. Au considérant 5.1. de l'arrêt commenté, c'est le mariage lui-même qui est conçu comme événement susceptible de causer le dommage.

Autrement dit, quand bien même le mariage, en tant qu'institution, doit être protégé par la loi - ce que relevait le rapport du Conseil fédéral précité (p. 19 § 4) -, comme cette institution ne bénéficie plus d'une protection totale et peut être dissoute sur demande unilatérale, après l'écoulement d'un certain laps de temps, les devoirs de fidélité et d'assistance ont fait leur temps en tant que paramètres déterminants du mariage (rapport du Conseil fédéral, p. 26). Le mariage, conçu désormais comme moralement neutre et à contenu variable (sous réserve de l'ordre public), est ainsi susceptible de causer lui-même un dommage aux époux, et c'est sur la base des relations prénuptiales, c'est-à-dire sur le fondement, finalement, d'une responsabilité précontractuelle des impétrants, que peut devoir s'analyser l'entretien dû, tel un dommage « précontractuel » généré par le mariage.

Les époux disposant d'une totale autonomie pour déterminer le contenu de leurs prestations respectives pour assurer la prospérité de l'union (art. 159 al. 2, 163 CC ; ATF 144 III 481), ils ne passent, en effet, en se mariant, qu'un contrat civil comme un autre, auquel s'appliquent les art. 1ss CO, notamment 18 (cum art. 7 CC). Et si, en outre, ils choisissent de se lier par d'autres contrats (art. 168 CC), ou par des rapports de société (art. 165 al. 3 CC), le praticien qui les conseille a intérêt à sortir des ornières du droit matrimonial pour leur prodiguer des conseils touchant à tous les domaines juridiques concernés par leur situation, afin d'appréhender complètement les accords qui ont présidé à l'union, ab initio.

C'est ainsi que, dans la situation visée par l'arrêt commenté, il eût été utile d'examiner le niveau de rétribution tiré par l'intimée de la collaboration de sa société avec celles de son époux au

stade des mesures protectrices de l'union conjugale et d'envisager aussi sur le plan du droit des contrats quelles conséquences pouvaient être tirées de la résiliation de ces rapports de durée par les sociétés de l'époux (art.165 al. 3 CC), avant de se précipiter sur le droit gouvernant les effets du mariage et de chiffrer, en l'argumentant, l'entretien réclamé en outre, sur le fondement des art. 163 et 125 CC dès que le retour de la vie commune n'était plus envisageable, c'est-à-dire à tout le moins au moment du dépôt de la demande reconventionnelle de divorce de l'intimée, le 9 février 2015.

---

1. Qui avait la teneur suivante : « Après l'expiration du temps fixé pour la séparation ou après trois ans dans le cas de séparation pour un temps indéterminé, le divorce, même demandé par un seul des époux, doit être prononcé, à moins que les faits justificatifs de l'action en soient exclusivement à la charge du demandeur »