

Tribunal fédéral – 5A_849/2020,
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 27 juin 2022 (d)

Newsletter octobre 2022

Mesures protectrices,
entretien, revenu
hypothétique



Résumé et analyse

Proposition de citation :

Michael Saul, Application anticipée de l'art. 125 CC limitée au principe de l'autonomie financière ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_849/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2022

Art. 125 et 163 CC

Application anticipée de l'art. 125 CC limitée au principe de l'autonomie financière

Michael Saul¹

I. Objet de l'arrêt

Le présent arrêt retient que seul le principe de l'autonomie financière – et partant l'imputation d'un éventuel revenu hypothétique – tiré de l'art. 125 CC, peut s'appliquer de manière anticipée à l'entretien entre conjoint-es fondé sur l'art. 163 CC, dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale. Tel n'est pas le cas en revanche du principe de la limitation dans le temps des contributions d'entretien et des critères tirés du caractère *lebensprägend* du mariage ou de sa durée.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les parties, dont le mariage est resté sans enfant, ont mis fin à leur ménage commun au 1^{er} décembre 2017. L'époux travaille à temps plein et l'épouse travaillait par le passé (et peut-être encore à ce jour) à un taux de 60 %.

Par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 mars 2019, le *Kantonsgericht* de Nidwald a, constaté la vie séparée des parties, attribué pour la durée de la séparation l'immeuble sis à U. au mari et l'immeuble sis à V. à l'épouse ainsi que les voitures, motos et le bateau, condamné l'époux au versement d'une contribution d'entretien de Fr. 3'049.80 à compter du 6 avril 2018 jusqu'au mois d'août 2019, et dit qu'aucun entretien n'était dû à partir de septembre 2019.

En appel, l'épouse réclame un entretien de Fr. 3'902.30 à partir de la séparation jusqu'en mars 2020 et de Fr. 3'000.- à compter d'avril 2020. Par décision du 23 janvier 2020, l'*Obergericht*

¹ L'auteur remercie Maître François Bohnet, Professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel, avocat à Neuchâtel et Bâtonnier de l'Ordre des avocats neuchâtelois, pour ses précieux conseils et suggestions.

du canton de Nidwald a alloué à l'épouse une contribution d'entretien de Fr. 3'397.40 à compter du 6 avril 2018 et jusqu'en décembre 2019 et rejeté l'appel pour le surplus.

Par recours au Tribunal fédéral du 13 octobre 2020, l'épouse demande que le mari soit condamné au paiement d'une contribution d'entretien de Fr. 3'397.30 dès le 6 avril 2018 et jusqu'en mars 2020 (vu le contexte et la motivation du recours il faut manifestement comprendre : jusqu'en décembre 2019) et de Fr. 2'404.10 à compter de janvier 2020. Dans sa prise de position du 15 avril 2021, le mari conclut au rejet du recours.

B. Le droit

2.

L'*Obergericht* a retenu des revenus nets de Fr. 2'596.80 (épouse) et de Fr. 9'681.30 (époux) et, pour la première phase, des minima vitaux de Fr. 3'348.80 (épouse) et Fr. 3'638.70 (époux) et explicitement constaté qu'une quote-part d'épargne n'était ni alléguée ni prouvée. Puis, confirmant la décision de première instance, mais prolongeant le délai d'adaptation jusqu'en janvier 2020, l'*Obergericht* a exigé de l'épouse une augmentation de son taux d'activité de 60 % à plein temps, lui a imputé un revenu hypothétique net de Fr. 4'550.- dans le domaine de la vente et retenu, à partir de cette deuxième phase, des minima vitaux de Fr. 3'588.80 (épouse) et Fr. 3'638.70 (époux). L'*Obergericht* a considéré que les arguments avancés par l'épouse quant à sa santé, ainsi que son âge avancé de 53 ans alors, ne limitaient pas sa capacité contributive et a par ailleurs estimé que même si l'épouse n'était pas active dans la vente depuis longtemps et que son taux d'activité chez Coop n'était à l'époque que de 20 %, elle bénéficiait en tout d'une expérience professionnelle de plus de 20 ans dans ce domaine. Sur la base de ces constatations et en application de la méthode en deux étapes avec répartition de l'excédent, l'*Obergericht* a retenu que dans la première phase, l'excédent commun s'élevait à Fr. 5'290.60 (excédent de l'époux Fr. 6'042.60 dont à déduire le déficit de l'épouse de Fr. 752.-) et qu'il devait être partagé par moitié, ce qui conduisait à une contribution d'entretien de Fr. 3'307.30 en faveur de l'épouse. Pour la deuxième phase à partir de janvier 2020, il a considéré qu'avec son revenu hypothétique de Fr. 4'550.-, l'épouse pouvait couvrir elle-même son minimum vital et qu'aucun entretien ne devait dès lors être alloué, raison pour laquelle la limitation de l'entretien prévue par la première instance devait être protégée.

3.

Dans la procédure devant le Tribunal fédéral, l'épouse reconnaît l'exigibilité d'une activité lucrative à temps plein à partir de la deuxième phase. Toutefois, elle se plaint pour celle-ci d'une violation arbitraire de la jurisprudence fédérale claire en lien avec le principe d'égalité de traitement (art. 163 CC) et une violation arbitraire du pouvoir d'appréciation.

4.

Dans sa réponse, l'époux prétend avoir constitué, durant la vie commune des parties, une quote-part d'épargne mensuelle de Fr. 3'494.-. Au niveau du droit, il renvoie à l'art. 125 CC et à la jurisprudence fédérale y relative, selon laquelle (seule) une contribution d'entretien *équitable* est due et que celle-ci doit être limitée dans le temps.

Les griefs de l'époux restent purement appellatoires. Tel est le cas s'agissant des arguments relatifs au train de vie et en particulier à la quote-part d'épargne, qui sont écartés,

essentiellement car ils s'opposent en vain aux constatations de fait de l'*Obergericht* et au fait que ce dernier a retenu qu'une quote-part d'épargne n'avait jamais été alléguée.

Les arguments juridiques de l'époux tombent à faux, car la jurisprudence fédérale invoquée par celui-ci relative au caractère *lebensprägend* du mariage et à la limitation dans le temps porte sur la contribution d'entretien après divorce selon l'art. 125 CC, alors qu'il est question en l'espèce d'entretien matrimonial au sens de l'art. 163 CC. Or, dans ce dernier cas, ce n'est pas la question du caractère *lebensprägend* qui est déterminante, mais le principe d'égalité de traitement [entre les conjoint-es]². La critique selon laquelle la liquidation du régime matrimonial ne doit pas être anticipée dans le cadre de la fixation de l'entretien, concerne la prise en charge d'une quote-part d'épargne dans le cadre de l'entretien matrimonial³, qui n'est justement pas démontrée en l'espèce. Finalement, la critique selon laquelle l'épouse devrait augmenter plus rapidement son taux d'activité professionnelle demeure appellatoire et se heurte à la jurisprudence selon laquelle le délai d'adaptation doit être fixé de manière généreuse en présence de moyens financiers confortables⁴.

5.

Il reste à examiner les griefs d'arbitraire soulevés par l'épouse.

L'« entretien convenable » constitue le point de départ de tout calcul d'entretien et se mesure à l'aune du dernier train de vie commun des conjoints, tant s'agissant de l'entretien pendant le mariage [art. 163 CC] que de l'entretien après le divorce [art. 125 CC]⁵. L'entretien convenable se distingue du minimum vital et, en présence de moyens suffisants, n'est pas limité à celui-ci, ce que les deux instances du canton de Nidwald ont ignoré à tout le moins dans le résultat. Au contraire, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et la pratique de tous les 25 autres cantons qui s'y réfère, chaque conjoint a droit, dans la mesure des moyens disponibles et jusqu'à concurrence de l'ancien train de vie commun établi, au maintien de celui-ci tant que le mariage existe⁶.

En raison de l'absence de motivation, on ne sait pas clairement si l'*Obergericht* a ignoré ces principes consciemment ou si (comme l'époux dans sa réponse) il a transposé sans s'en rendre compte à l'entretien matrimonial selon l'art. 163 CC le principe selon lequel l'entretien après divorce doit en général être limité dans le temps, parce que le mot « équitable »⁷ de l'art. 125

² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2020 du 28 mars 2022, consid. 6.2.

³ *Ibidem*.

⁴ ATF 147 III 308, consid. 5.4 [= JdT 2022 II 143] ; ATF 144 III 481, consid. 4.6 [= JdT 2019 II 179] ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_112/2020 du 28 mars 2022, consid. 5.5 ; 5A_507/2020 du 2 mars 2021, consid. 5.3.1 et 5.3.3 ; 5A_727/2018 du 22 août 2019, consid. 3.2 ; 5A_171/2019 du 17 avril 2019, consid. 3.2.2 ; 5A_373/2018 du 8 avril 2019, consid. 3.1 ; 5A_875/2017 du 6 novembre 2018, consid. 4.2.3.

⁵ En dernier lieu : ATF 147 III 293, consid. 4.4 [= JdT 2022 II 107]. De la jurisprudence publiée antérieure : ATF 141 III 465, consid. 3.1 [= JdT 2015 II 415] ; ATF 137 III 102, consid. 4.2.1.1 ; ATF 134 III 145, consid. 4 [= JdT 2009 I 153] ; ATF 132 III 593, consid. 3.2 [= JdT 2007 I 125].

⁶ En dernier lieu : ATF 147 III 293, consid. 4.4 [= JdT 2022 II 107] ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2020 du 28 mars 2022, consid. 6.2.

⁷ Ndlr : voir le texte de l'art. 125 al. 1 CC : « Si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution **équitable** » ; « *Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen **angemessenen** Beitrag zu leisten* » ; « *Se non si può ragionevolmente pretendere che un coniuge*

al. 1 CC se réfère en particulier à la dimension temporelle⁸. Seul le principe tiré de l'entretien après divorce selon lequel chaque conjoint doit, dans la mesure du possible, pourvoir à son entretien convenable par ses propres moyens (primauté du principe de l'autonomie financière⁹) peut être appliqué par analogie à l'entretien matrimonial dans des constellations particulières. Certes, l'autorité législative n'a mentionné ce principe expressément qu'à l'art. 125 al. 1 CC. Toutefois, de jurisprudence constante, il sied déjà d'examiner la possibilité et l'exigibilité d'une reprise ou augmentation d'une activité lucrative dans le cadre du mariage, lorsqu'il est établi au niveau des faits qu'on ne peut plus raisonnablement compter sur la reprise de la vie commune¹⁰. En revanche, une limitation dans le temps de la contribution d'entretien nécessaire pour que l'entretien convenable soit couvert est étrangère au droit à l'entretien matrimonial. Ainsi, aussi longtemps que subsiste le lien conjugal – et donc en particulier dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale – le principe d'égalité de traitement issu de l'art. 163 CC trouve application¹¹, à savoir, comme déjà indiqué, que les deux conjoints ont, dans la limite des moyens disponibles, droit au maintien du train de vie commun qui a été partagé, dans la même mesure et en principe indépendamment de critères comme le caractère *lebensprägend* du mariage ou sa durée. Dans ce cas, seule une capacité contributive propre, réelle ou hypothétique, peut limiter le devoir d'entretien, comme c'est le cas en l'espèce.

En statuant à l'encontre de ces principes clairs, l'*Obergericht* du canton de Nidwald a versé dans l'arbitraire. L'épouse a, également dans la deuxième phase, droit au maintien du train de vie matrimonial et elle effectue un calcul correct dans le cadre de la méthode en deux étapes applicables, lorsque pour calculer le minimum vital commun de l'époque et l'excédent qui en découle, elle prend en compte les coûts de l'immeuble qui était alors habité en commun ainsi que le montant de base¹² pour un couple marié de Fr. 1'700.-. Dans la première phase après séparation, le niveau de vie commun – et donc l'entretien convenable – sont quelque peu réduits en raison des coûts supplémentaires liés au divorce [sic], mais, dans la phase 2, sont à nouveau atteints en raison de l'augmentation de la capacité contributive globale. L'épouse a ainsi droit à l'entretien convenable complet, mais pas à plus. C'est pourquoi il est logique que, dans la deuxième phase, l'époux, parce que les revenus nets additionnés sont supérieurs aux entretiens convenables additionnés, dispose après versement de la contribution d'entretien, d'un excédent plus élevé que l'épouse.

6.

Le recours est admis.

provveda da sé al proprio debito mantenimento, inclusa un'adeguata previdenza per la vecchiaia, l'altro coniuge gli deve un adeguato contributo di mantenimento ».

⁸ ATF 147 III 249, consid. 3.4.5 [= JdT 2021 II 195].

⁹ En allemand : *Primat der Eigenversorgung*.

¹⁰ ATF 147 III 301, consid. 6.2 [= JdT 2022 II 160] ; ATF 138 III 97, consid. 2.2 [= JdT 2012 II 479] ; ATF 137 III 385, consid. 3.1 ; ATF 130 III 537, consid. 3.2 [= JdT 2005 I 111].

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2020 du 28 mars 2022, consid. 6.2.

¹² Ndla : au sens du droit des poursuites.

III. Analyse

L'arrêt objet de la présente analyse, destiné à la publication, apporte des précisions – à notre avis bienvenues – à la question de l'éventuelle application anticipée de l'art. 125 CC¹³ au stade de la fixation de l'entretien entre conjoint-es (art. 163 CC) dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale.

L'art. 163 CC constitue également le fondement matériel du droit à l'entretien entre conjoint-es dans le cadre des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la procédure de divorce¹⁴. Aux consid. 6 et 6.2 d'un arrêt non-publié **5A_112/2020** du 28 mars 2022¹⁵, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs déjà posé les jalons des principes qu'il affirme dans l'arrêt objet de la présente analyse, dans une affaire relative à l'entretien entre conjoint-es fixé dans le cadre de mesures provisionnelles pour la durée du divorce.

Les principes ici dégagés s'appliquent ainsi à l'entretien entre conjoint-es lorsqu'il est fixé non seulement, comme dans le cas d'espèce, dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 1 ch. 1 CC), mais aussi, dans le cadre de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce (art. 276 CPC).

S'agissant de l'application anticipée de l'art. 125 CC, à l'**ATF 128 III 65**¹⁶, le Tribunal fédéral avait posé le principe selon lequel, lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune des conjoint-es séparé-es, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC) doivent être pris en considération pour évaluer l'entretien dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 1 ch. 1 *cum* art. 163 CC) et, en particulier, la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative de l'une des parties.

Cet arrêt de principe a été (expressément) précisé par l'**ATF 137 III 385**, dont il ressort en substance (consid. 3.1) les éléments suivants :

- Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, ce que le ou la juge du fait doit constater, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des conjoint-es en mesures protectrices de l'union conjugale.
- Pour fixer la contribution d'entretien, selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le tribunal doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les conjoint-es ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources.
- Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC impose à chacun-e des conjoint-es le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée.

¹³ Pour l'utilisation en français de ce terme en lien avec la présente problématique, voir not. : arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg 101 2020 463 du 1^{er} février 2021, consid. 3.4.3 ; EPINEY-COLOMBO EMANUELA, *La donna è mobile...* – Quelques réflexions sur l'application anticipée de l'art. 125 CC avant le divorce, in : FamPra.ch 2003 846.

¹⁴ ATF 145 III 169, consid. 3.6 (= JdT 2021 II 127), et les réf. citées ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2020 du 28 mars 2022, consid. 6.2 ; BSK ZGB I-ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., art. 163 CC, 7^e éd., Bâle 2022, N 3.

¹⁵ Résumé in Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2022.

¹⁶ = JdT 2002 I 459.

Suite à cet examen, le tribunal peut être amené à modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux.

- L'arrêt précise que « [c]'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée dans l'ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC) pour statuer sur la contribution d'entretien et, en particulier, sur la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux ».

Les principes découlant de ces deux arrêts ont été confirmés à plusieurs reprises ultérieurement¹⁷, en particulier, s'agissant de la jurisprudence publiée récemment, à l'ATF 147 III 301, consid. 6.2¹⁸. Pour rappel, ce dernier arrêt pose également le principe selon lequel la méthode concrète en deux étapes avec répartition de l'excédent doit aussi désormais être appliquée uniformément dans toute la Suisse à l'entretien entre conjoint-es¹⁹.

Comme cela ressort de ce qui précède, la jurisprudence a ainsi considéré que « les critères de l'art. 125 CC » pouvaient s'appliquer à l'entretien entre conjoint-es fondé sur l'art. 163 CC, lorsqu'on ne pouvait plus raisonnablement compter sur une reprise de la vie commune.

Certes, la jurisprudence (à tout le moins fédérale) semble avoir fait usage de l'application anticipée de l'art. 125 CC surtout pour examiner s'il se justifiait d'imputer un revenu hypothétique déjà lors du calcul de l'entretien entre conjoint-es²⁰.

Toutefois, on pouvait se demander dans quelle mesure et jusqu'à quel point une application anticipée d'autres principes et critères découlant de l'art. 125 CC, en particulier de son al. 2,

¹⁷ Voir en part. ATF 138 III 97, consid. 2.2 (= JdT 2012 II 479) ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_850/2020 du 4 juillet 2022, consid. 3 et 4.3 ; 5A_407/2021 du 6 mai 2022, consid. 3.1 ; 5A_444/2021 du 9 mars 2022, consid. 3.1 ; 5A_157/2021 du 24 février 2022, consid. 6.3.4.2 ; 5A_15/2021 du 25 novembre 2021, consid. 6.1 ; 5A_7/2021 du 2 septembre 2021, consid. 4.1 ; 5A_754/2020 du 10 août 2021, consid. 4.3.1 ; 5A_262/2019 du 30 septembre 2019, consid. 7.1 ; 5A_24/2018 du 21 septembre 2018, consid. 5.1.1 (si l'on se limite aux dernières années).

¹⁸ = JdT 2022 II 160. Voir ég. ATF 147 III 308, consid. 5.2 (= JdT 2022 II 143) ; ATF 147 III 249, consid. 3.4.4 (= JdT 2021 II 195).

¹⁹ ATF 147 III 301, consid. 4 (= JdT 2022 II 160). S'agissant de l'uniformisation de la méthode de calcul de l'entretien entre (ex-)conjoint-es, voir not. nos précédentes analyses parues dans la Newsletter : 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 ; IDEM, Le nouveau droit quasi prétorien de l'entretien entre (ex-)conjoint-es, analyse des arrêts du Tribunal fédéral 5A_907/2018, 5A_104/2018, 5A_891/2018 et 5A_800/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2021.

²⁰ Voir les arrêts cités à la note de bas de page 17.

était possible²¹, en particulier le principe, tiré de l'art. 125 CC, selon lequel une contribution d'entretien entre ex-conjoint-es est en général limitée dans le temps²².

L'arrêt **5A_849/2020** ici commenté répond à cette question de manière claire et la réponse donnée par le Tribunal fédéral peut être synthétisée de la manière suivante :

- **Dans le cadre de la fixation de l'entretien entre conjoint-es fondé sur l'art. 163 CC, peut-on encore raisonnablement compter sur une reprise de la vie commune ?**
 - o **Si oui** : aucune application anticipée de l'art. 125 CC dans le cadre de l'entretien selon l'art. 163 CC n'est possible. Ainsi, même l'imputation d'un revenu hypothétique est exclue.
 - o **Si non** : seule une application par analogie à l'entretien selon l'art. 163 CC du principe de la primauté du principe de l'autonomie financière – et donc l'examen d'un éventuel revenu hypothétique (et d'un éventuel délai pour s'adapter) – est possible (néanmoins *a priori* pas obligatoire).

En d'autres termes, on ne peut pas appliquer d'autres règles ou critères découlant de l'art. 125 CC (notamment : limitation dans le temps de la contribution d'entretien ; critère du caractère *lebensprägend* du mariage ; critère de la durée du mariage) pour limiter l'entretien entre conjoint-es fondé sur l'art. 163 CC.

Comme le souligne le présent arrêt, cela signifie, en particulier, que le droit au maintien du même train de vie que durant la vie commune, sous réserve des moyens financiers et des éventuels coûts supplémentaires liés à la séparation, perdure tant que dure l'union conjugale. En application de la méthode en deux étapes avec répartition de l'excédent, un éventuel excédent doit ainsi être partagé en conséquence, dans les limites de l'entretien convenable qui aura été fixé, aussi longtemps que le mariage n'a pas été dissous.

Par ailleurs, il sied de relever que le moment où on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune revêt ainsi une importance non négligeable. C'est en effet le moment de bascule à partir duquel un revenu hypothétique peut éventuellement être imputé dans le cadre de l'art. 163 CC.

²¹ Voir *e.g.* EPINEY-COLOMBO, *op. cit.*, p. 852 s., selon laquelle tous les critères énumérés à l'art. 125 CC devraient être pris en compte. Plus récemment, MAIER estimait déjà, en se fondant la jurisprudence du Tribunal fédéral, que le critère de la durée du mariage de même que les expectatives de l'AVS et de la prévoyance professionnelle ou d'une autre prévoyance privée ou étatique, y compris le résultat probable du partage des prestations de sortie, ne devaient pas être pris en compte même lorsque la reprise de la vie commune n'était plus envisageable (MAIER PHILIPP, Berechnung ehelicher und nachehelicher Unterhaltsbeiträge - Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei der konkreten Festsetzung, PJA 2020 1276, p. 1289). Voir ég. arrêt du Tribunal fédéral 5A_953/2021 du 20 avril 2022, consid. 4.2.2, qui refuse l'application anticipée du critère du caractère *lebensprägend* du mariage.

²² Voir, s'agissant de ce principe : ATF 147 III 249, consid. 3.4.5 (= JdT 2021 II 195).

Selon MAIER, dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, ce moment devrait intervenir au plus tôt un an après la séparation²³. Pour cet auteur, il s'agit d'une présomption de fait que le ou la conjoint·e qui s'en prévaut doit rendre vraisemblable²⁴.

Il mentionne notamment les exemples suivants qui peuvent selon lui pencher en faveur d'une telle présomption²⁵ :

- L'un·e des conjoint·es ou les deux ont emménagé avec un nouveau ou une nouvelle partenaire ;
- Un·e des conjoint·es attend un enfant avec son nouveau ou sa nouvelle partenaire ;
- Les deux conjoint·es ont un nouveau ou une nouvelle partenaire (si seul·e l'un·e des deux est concerné·e, d'autres circonstances sont requises) ;
- Un·e conjoint·e a transféré son centre de vie (domicile, lieu de travail) dans un endroit éloigné ;
- Plus de deux ans se sont écoulés depuis la séparation ;
- L'un·e des conjoint·es a introduit une procédure de divorce²⁶.

Comme mandataire, il convient ainsi de veiller, cas échéant, à suffisamment alléguer et rendre vraisemblables les éléments nécessaires pour que la présomption de fait puisse être retenue.

Pour conclure, à l'heure où les conditions d'application de l'art. 125 CC deviennent toujours plus restrictives²⁷, on peut se réjouir que dans cet arrêt **5A_849/2020**, le Tribunal fédéral accorde à l'entretien fondé sur l'art. 163 CC une certaine protection, même si elle est temporaire, s'agissant de la partie pour laquelle la séparation entraîne une fragilisation de sa situation économique. Cette partie devra néanmoins mettre à profit ce temps pour s'adapter et anticiper l'application de l'art. 125 CC dans le cadre du probable divorce à venir²⁸.

²³ MAIER, *op. cit.*, p. 1288.

²⁴ *Ibidem*. Sur la question du degré de preuve limité à la simple vraisemblance, voir arrêt du Tribunal fédéral 5A_622/2020 du 25 novembre 2021, consid. 3.2.1 et les réf. citées. Sur la notion de présomption de fait et ses implications en particulier en droit de la famille, voir not. MAIER, *op. cit.*, p. 1287 et les réf. citées.

²⁵ MAIER, *op. cit.*, p. 1288. Cet auteur y cite également l'exemple – à notre sens surprenant et discutable à tout le moins quant au choix des termes employés – d'un « changement d'orientation sexuelle » de l'un·e des conjoint·es ou de la « communication de ce changement publiquement ».

²⁶ Voir ég. dans ce sens : ATF 137 III 385, consid. 3.1 *i.f.* ; ATF 130 III 537, consid. 3.2 (= JdT 2005 I 111).

²⁷ Voir nos analyses mentionnées à la note de bas de page 19, ainsi que les réf. qui y sont citées.

²⁸ Voir ég. MAIER, *op. cit.*, p. 1288.