



Par M^e Joséphine
TILLAYE-DUVERDIER

Avocate au barreau de Paris, Associée
du Cabinet Familynks



et M^e Noémie
ASSUIED HODARA

Avocate aux barreaux de Paris et de New York,
Cabinet Familynks

→ RJPF 2021-6/1

L'actualité des critères de la prestation compensatoire

- Disparité dans les conditions de vie des époux • Divorce
- Équité • Prestation compensatoire

La prestation compensatoire est destinée à compenser la disparité dans les conditions de vie des époux révélée par la dissolution du lien matrimonial. Si son principe s'est maintenu à travers les réformes de 2000 et 2004⁽¹⁾, le visage de cette prestation a évolué avec l'appréciation de ses critères par les juges du fond⁽²⁾.

Trancher la question de la prestation compensatoire exige de « choisir le sens que l'on donne à la rupture du mariage, et donc au mariage lui-même »⁽³⁾. Ainsi, les évolutions de la famille conduisent à redessiner les contours du dispositif. L'augmentation du taux de divorces, la réduction de la durée du mariage, l'émancipation professionnelle des femmes sont autant de facteurs susceptibles de réduire les hypothèses d'attribution d'une prestation compensatoire, laquelle pourrait tendre à devenir un « solde de tout compte »⁽⁴⁾.

Pourtant, l'impact des séparations conjugales sur la variation du niveau de vie des ex-conjoints demeure et justifie l'intérêt que suscite encore la prestation compensatoire. Le contentieux important dont elle fait l'objet en pratique⁽⁵⁾ motive une analyse renouvelée de ses critères.

Dans l'attente de la mise en œuvre de l'*Open data* des décisions de justice, il nous revient d'en étudier les principaux ressorts à partir des décisions d'ores et déjà à notre disposition. En outre, l'absence d'un barème officiel ou même d'une « table de référence », à l'instar des pensions alimentaires, laisse les praticiens et les juges bien démunis face à l'épreuve du chiffrage. Pour y remédier plusieurs méthodes de calcul existent et portent des analyses différenciées des critères de la prestation compensatoire.

Au regard de ces enjeux, il conviendra d'examiner les critères gouvernant la fixation d'une prestation compensatoire tant dans son principe que dans son *quantum* (I), puis d'envisager les éléments aboutissant à s'en dispenser en dépit de l'existence d'une possible disparité (II) et, enfin, de présenter un état des lieux des méthodes de calcul illustré par les propos d'un notaire-expert sur la question (III).

(1) L. n° 2000-596, 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, JO 1^{er} juill. et L. n° 2004-439, 26 mai 2004 relative au divorce, JO 27 mai.

(2) Voir David S., Le nouveau visage de la prestation compensatoire, AJ famille 2004, p. 218.

(3) Voir Casey J., Prestation compensatoire et disparité : et si l'on en revenait à la causalité ?, Gaz. Pal. 24 juin 2014, p. 15.

(4) Avena-Robardet V., La prestation compensatoire : un solde de tout compte ?, AJ famille 2020, Hors-série, p. 2.

(5) Voir notamment, Mulon E., Prestation compensatoire : quand il faut dire et redire..., Gaz. Pal. 5 janv. 2021, p. 59 et Leroyer A.-M., Faut-il supprimer la prestation compensatoire ?, RTD civ. 2018, p. 369.

I – LES CRITÈRES POUR APPRÉCIER LE PRINCIPE ET LE QUANTUM DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE

La fixation d'une prestation compensatoire suppose d'abord l'existence d'une disparité dans les conditions de vie respectives des époux au moment du divorce (A). Une fois cette question préalable vérifiée, il convient de déterminer le *quantum* de la prestation (B).

→ A – Le critère déterminant le principe de la prestation compensatoire : la disparité

La notion de disparité. – La disparité dans les conditions de vie respectives des époux est le point cardinal de la prestation compensatoire : la prestation compensatoire n'a de sens qu'en raison de l'existence de la *disparité*. Toutefois, l'analyse de cette notion fait l'objet de difficultés persistantes dont plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation témoignent. Parallèlement aux difficultés de droit, il convient de préciser que l'appréciation de la disparité relève du pouvoir souverain des juges du fond⁽⁶⁾.

Le lien entre la disparité et la rupture du mariage. – Conformément à l'alinéa 2 de l'article 270 du Code civil, la disparité doit être créée par la rupture du mariage⁽⁷⁾. Ainsi, toute disparité dans les conditions de vie respectives ne conduit pas nécessairement à l'attribution d'une prestation compensatoire. Se pose en effet la question des causes ou de l'origine de la disparité.

Pour y répondre, des auteurs ont proposé des critères visant à apprécier ce lien entre disparité et rupture du lien matrimonial. Le professeur Jean Hauser⁽⁸⁾ a posé la distinction entre, d'une part, une disparité « *conjoncturelle* » résultant de l'exécution des obligations nées du mariage et susceptible d'être compensée et, d'autre part, une disparité « *structurelle* » dépendant du régime matrimonial choisi ou modifié, ne pouvant être compensée.

Une autre analyse est celle proposée par Maître Jérôme Casey⁽⁹⁾, Avocat, pour qui le critère de la disparité résiderait dans le concept de causalité qui établit le lien entre la disparité dans les conditions de vie et la rupture, la causalité pouvant être *immédiate* (lien entre la vie commune et la situation patrimoniale), *médiate* (lien entre les obligations du mariage et la situation des parties au moment de la rupture) ou les deux. En l'absence de toute causalité, il n'y aurait aucun droit à prestation compensatoire quand bien même il existerait une disparité mais qui trouverait sa cause ailleurs.

La date d'appréciation de la disparité. – En la matière le principe est celui de l'indivisibilité du prononcé du divorce et de la prestation compensatoire. Ainsi, la demande de prestation compensatoire, accessoire à la demande en divorce, doit s'apprécier à la date à laquelle la décision prononçant le divorce a acquis force de chose jugée. La Cour de cassation rappelle régulièrement ce principe et censure certains raisonnements adoptés par les juges du fond.

C'est notamment le cas de deux arrêts récents de 2020⁽¹⁰⁾.

Le premier arrêt⁽¹¹⁾ rappelle que, en cas d'appel général d'un jugement de divorce, le divorce ne devient définitif qu'à la date de l'arrêt d'appel, sauf acquiescement ou désistement au cours de la procédure d'appel. En l'espèce, la cour d'appel de Metz avait retenu que le divorce était devenu définitif au jour de son prononcé, le 21 juin 2016, l'appel n'ayant pas remis en cause le jugement sur ce point. La Cour de cassation casse au visa des articles 270 et 271 du Code civil.

Le second arrêt⁽¹²⁾ rappelle par ailleurs que lorsque l'appel est expressément limité aux conséquences du divorce et en l'absence d'appel incident portant sur le prononcé du divorce, celui-ci devient irrévocable à la date du dépôt des premières conclusions de l'intimé. En l'espèce, la cour d'appel de Chambéry avait, après avoir constaté que l'appel principal était limité à la prestation compensatoire et que l'appel incident ne remettait pas en cause le principe du divorce, déduit que le droit à prestation compensatoire devait s'apprécier au jour où le jugement de divorce était devenu irrévocable, soit au 28 mai 2018, date de sa transcription en marge de l'acte de mariage. La Cour de cassation casse au visa des articles 260 et 270 du Code civil et 550 du Code de procédure civile.

Ces principes demeurent avec l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur la procédure d'appel le 1^{er} septembre 2017, avec la particularité que l'appel général a été supprimé⁽¹³⁾ et que l'appelant doit désormais préciser, à peine de nullité, dans la déclaration d'appel, « *les chefs de jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité* »⁽¹⁴⁾.

→ B – Les critères permettant d'apprécier le quantum

Évaluation du montant de la prestation compensatoire. – Une fois le principe de la prestation compensatoire acquis, il convient d'en évaluer l'ampleur. Cette dernière est fixée par les juges du fond en considération des critères législatifs posés par l'article 271 du Code civil. Des jurisprudences récentes apportent des éclairages utiles sur la question du *quantum* de la prestation.

Les critères législatifs. – Le législateur a posé à l'article 271 du Code civil des critères pour aider le juge à fixer le montant de la presta-

(6) Voir récemment Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-23.384 : « *en l'état de ces appréciations souveraines faisant ressortir l'absence de disparité, (...), dans les conditions de vie respectives des époux, le moyen qui critique des motifs erronés mais surabondants, est inopérant* » et Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.265 : « *Sous le couvert de griefs non fondés de violation des articles 270 et 271 du Code civil et de manque de base légale au regard des mêmes textes, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion, devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui a tenu compte, à bon droit, de la situation des époux au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible et pris en considération, par motifs adoptés, leur patrimoine personnel, pour déduire une disparité dans leurs conditions de vie respectives et fixer la prestation compensatoire (...)* ».

(7) Voir notamment, Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2019, n° 08-16.180, RJPf 2019-3/18.

(8) Hauser J., L'origine de la disparité justifiant une prestation compensatoire, RTD civ. 2013, p. 99.

(9) Voir Casey J., Gaz. Pal. 24 juin 2014, p. 15, précité.

(10) Cass. 1^{re} civ., 2 sept. 2020, n° 19-16.315 et Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2020, n° 19-19.361.

(11) Cass. 1^{re} civ., 2 sept. 2020, n° 19-16.315, précité.

(12) Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2020, n° 19-19.361, précité.

(13) D. n° 2017-892, 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, JO 10 mai.

(14) CPC, art. 901.



tion compensatoire. Les critères législatifs peuvent être classés en deux catégories, les uns financiers et objectifs (leurs qualification et situation professionnelle ; le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ; leurs droits existants et prévisibles ; leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa) et les autres humains et subjectifs (la durée du mariage ; l'âge et l'état de santé des époux ; les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne).

Toutefois la liste proposée par l'article 271 du Code civil, précédée de l'adverbe « *notamment* », n'est pas exhaustive. L'appréciation des juges du fond peut intégrer de nouveaux éléments pour motiver le *quantum* retenu. C'est le cas par exemple de l'incidence sur sa situation de ressources et de charges du concubinage de l'un des époux au moment du prononcé du divorce. Un arrêt récent de la Cour de cassation rappelle ce critère et censure une cour d'appel au motif qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si M. A ne partageait pas son loyer et ses charges avec sa compagne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »⁽¹⁵⁾. Dans la même veine, le versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants doit également être pris en considération dans l'appréciation des charges de l'époux débiteur de la prestation compensatoire⁽¹⁶⁾.

Appréciation souveraine mais nécessaires motivation et vérification des juges du fond. – La Cour de cassation, par un arrêt du 27 janvier 2021, a rappelé qu'en dépit du pouvoir souverain des juges du fond dans la fixation du montant de la prestation compensatoire, ceux-ci doivent motiver leur décision en procédant à « *une évaluation, même sommaire, du patrimoine et des revenus des époux* »⁽¹⁷⁾. En l'espèce, l'épouse sollicitait une prestation compensatoire en justifiant de la procédure de redressement judiciaire de son entreprise et sa liquidation. La cour d'appel accédait à sa demande en se fondant sur les conséquences financières qu'elle jugeait « *incontestables* » pour l'épouse. La censure est encourue en ce qu'une telle analyse ne permettait pas de déduire à elle seule la réalité de la prestation à compenser et ne justifiait pas d'un calcul de son *quantum* en considération des critères posés par l'article 271 du Code civil.

En outre, dans un arrêt récent du 13 janvier 2021⁽¹⁸⁾, la Cour de cassation censure la cour d'appel de Paris qui avait condamné l'époux au versement d'une prestation compensatoire de 600 000 euros en retenant qu'il n'avait pas produit les éléments qui auraient per-

mis de connaître avec certitude sa situation financière et notamment la déclaration de succession de son père décédé. Or, l'époux, qui se pourvoit en cassation, fait remarquer que ladite déclaration de succession était bien mentionnée au bordereau des pièces annexé à ses dernières écritures d'appel. Au visa de l'article 16 du Code de procédure civile selon lequel « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* », la Haute juridiction casse l'arrêt d'appel aux motifs qu'« *en statuant ainsi, sans avoir invité les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier de la déclaration de succession du père de l'intéressé, qui figurait au numéro 49 du bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions de M. W et dont la communication n'avait pas été contestée, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Illustration d'actualité : supériorité des revenus au moment du divorce contre avenir prévisible et droits à la retraite. – La multiplicité des critères et la diversité des situations en pratique appellent certains auteurs à remarquer que la détermination du *quantum* de la prestation compensatoire est un exercice quasi divinatoire⁽¹⁹⁾. L'étude de la jurisprudence permet cependant de repérer des points d'éclairage utiles. C'est le cas par exemple d'un autre arrêt récent du 13 janvier 2021 de la Cour de cassation⁽²⁰⁾. Le mari fondait son pourvoi sur le moyen selon lequel, au prononcé du divorce, son épouse disposait de revenus supérieurs aux siens, cette situation objective étant de nature à le délier de toute prestation compensatoire à payer. La cour d'appel procédant à une analyse globale de la situation des parties, notamment quant à son évolution dans un avenir prévisible à l'aide d'une table de mortalité, considérait que la situation en matière de retraite de l'épouse marquait l'existence d'une disparité, et condamnait l'époux au versement d'une prestation compensatoire. La Haute juridiction se range derrière le pouvoir d'appréciation des juges du fond et valide leur raisonnement.

II – LES CRITÈRES « NEUTRALISÉS » ET LA DISPENSE DE PRESTATION COMPENSATOIRE SUR LE FONDEMENT DE L'ÉQUITÉ

L'examen de l'actualité des critères de la prestation compensatoire ne peut se passer, d'une part, d'une analyse des éléments qui ne sont pas retenus pour caractériser la disparité, ou son ampleur (A), et, d'autre part, de l'exception en équité permettant d'écarter, dans certaines situations, tout droit à prestation compensatoire (B).

→ A – Les critères qui ne sont pas pris en compte dans la détermination du droit à prestation compensatoire

Comme évoqué ci-dessus, toute disparité ne peut aboutir à l'attribution d'une prestation compensatoire.

(15) Voir Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2021, n° 20-10.820, jurisprudence déjà affirmée à plusieurs reprises auparavant dont Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2018, n° 17-26.947, RJPF 2019-1/16.

(16) Voir Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-20.281, RJPF 2018-10/25 : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans prendre en considération, comme elle y était invitée, les sommes versées par M. Y au titre de sa contribution à l'entretien et à l'éducation de sa fille, laquelle, constituant des charges, devait venir en déduction de ses ressources, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

(17) Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2021, n° 19-24.010, précité.

(18) Voir Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-15.647.

(19) Piwnica D., L'évaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ?, AJ famille 2013, p. 12.

(20) Sur les droits de retraite, Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.265, rejet sur la base du pouvoir souverain des juges du fond.

Ainsi, la Cour de cassation a – par sa jurisprudence – identifié des éléments qu'on qualifierait de « neutres » dès lors que ces derniers ne peuvent être retenus dans l'analyse de la disparité, ou de son ampleur.

De manière stable, la Haute cour considère par exemple que les critères pris en compte ne peuvent découler que du vif mariage, ou encore que la vocation successorale des parties ne peut pas être prise en compte. D'autres exclusions existent évidemment. Il ne s'agit pas ici de les exposer de manière exhaustive mais de passer en revue les critères « neutres » sur lesquels la Cour de cassation a eu à statuer ces derniers temps.

Neutralité des circonstances antérieures au mariage. – La Haute juridiction sanctionne régulièrement les juges du fond pour s'être fondés sur des critères qui préexistaient au mariage.

Cette règle est plus subtile qu'il n'y paraît. En effet, nombreux sont les praticiens à considérer que la disparité n'a pas nécessairement pour cause la rupture du mariage si elle existait avant celui-ci. Ce n'est pas tout à fait exact et la Haute cour ne manque pas de le rappeler régulièrement. En effet, ignorer une disparité en considérant qu'elle préexistait au mariage reviendrait à neutraliser des années de vie commune au cours desquelles les choix de vie des époux ont pu, par exemple, aggraver la disparité préexistante. La Cour de cassation a donc développé une jurisprudence qui refuse de figer la disparité qui existait à la date du mariage, en considérant qu'elle aurait dû ou pu se résorber au cours de la vie maritale. Comme l'écrit Maître Elodie Mulon : « *cela est encore plus vrai lorsque le mariage a duré longtemps et que le souvenir de ce que l'on était avant l'union est de plus en plus éloigné* »⁽²¹⁾.

Ainsi, si relever qu'une disparité préexistait au mariage peut toujours être utile pour « donner un contexte historique » à l'analyse de la disparité à la date de la rupture du mariage, la situation des parties antérieurement au mariage ne peut pas suffire à elle seule pour écarter tout droit à prestation compensatoire.

Par arrêt du 3 avril 2019⁽²²⁾, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait débouté la demanderesse de sa demande de prestation compensatoire au motif que les époux avaient « *largement mené leur carrière* » au moment du mariage, de sorte que la situation moins rémunératrice invoquée par l'épouse ne pouvait pas être prise en compte.

En censurant cette décision, la Haute cour refusait de tenir compte de la situation patrimoniale des époux antérieure au mariage comme une circonstance de nature à exclure l'existence d'une disparité.

Cette solution a été rappelée le 8 juillet 2020⁽²³⁾, toujours au sujet des situations professionnelles des époux, et partant, de leur différence de revenus : la Haute juridiction censure une cour d'appel qui avait considéré que, ces situations préexistant au mariage, elles ne fondaient pas une disparité à la date du divorce.

Enfin, un nouveau rappel est intervenu le 3 mars 2021⁽²⁴⁾.

En l'espèce, l'épouse avait subi un accident préalablement au mariage, conduisant à son invalidité. Elle sollicitait l'octroi d'une prestation compensatoire lors de l'instance en divorce en justifiant de charges décou-

lant des soins paramédicaux liés à son état de santé. La cour d'appel d'Orléans relevait que ces frais ne découlaient pas de la rupture du mariage mais de circonstances antérieures à celui-ci, c'est-à-dire pour l'espèce, de l'accident en lui-même. La Cour de cassation censure ce raisonnement en ce qu'il se fonde « *sur des circonstances antérieures au prononcé du divorce pour apprécier l'existence du droit de l'un des époux à bénéficier d'une prestation compensatoire* ». La cour d'appel ajoutait ainsi une condition non prévue par l'article 270 du Code civil.

En résumé, si l'accident dont découle l'état de santé de l'épouse était une circonstance antérieure au mariage, les charges médicales exposées par cette dernière étaient bien réelles au moment du prononcé du divorce et devaient donc entrer en considération dans l'examen d'une disparité.

Neutralité des mesures provisoires. – Par arrêt du 30 septembre 2020⁽²⁵⁾, la Haute cour rappelait que les mesures fixées au titre du devoir de secours ayant vocation à prendre fin au moment du prononcé du divorce (la prestation compensatoire prenant le relais de celles-ci), elles ne peuvent pas être prises en compte dans l'appréciation de la situation du demandeur. En l'espèce, la cour d'appel avait retenu que l'épouse occupait à titre gratuit l'ancien domicile conjugal ayant dépendu de la communauté des époux pour fixer et, partant, limiter, le montant de la prestation compensatoire. À la suite du pourvoi de l'épouse, qui revendiquait un montant de prestation compensatoire supérieur à celui qui lui avait été octroyé en appel, la Cour de cassation a rappelé qu'en prenant en compte cet avantage accordé à l'épouse au titre des mesures provisoires pour apprécier la disparité créée par la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux, la cour d'appel avait violé les articles 270 et 271 du Code civil.

Cette solution a été rappelée dans un arrêt du 18 novembre 2020⁽²⁶⁾ dans une espèce identique.

Enfin, par arrêt du 3 mars 2021⁽²⁷⁾, la Cour de cassation rappelle que l'attribution d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours, parce qu'elle cesse elle aussi à la date du divorce, ne peut être prise en compte pour la détermination de la disparité donnant lieu à prestation compensatoire.

Neutralité des droits des époux dans la liquidation d'une communauté matrimoniale. – L'arrêt précité censure la décision d'appel à deux niveaux : à l'exclusion du devoir de secours, la Haute cour ajoute la nécessaire neutralisation des conséquences que pourrait avoir la liquidation du régime matrimonial sur le patrimoine d'époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. À cet égard, la Haute juridiction rappelle que : « *la liquidation du régime matrimonial des époux étant égalitaire, il n'y a pas lieu, en l'absence de circonstances particulières, de tenir compte, pour apprécier la disparité créée par la rupture du lien conjugal, de la part de communauté devant revenir à chacun d'eux* »⁽²⁸⁾. Les circonstances particulières mentionnées par la Cour de cassation visent notamment les éventuelles récompenses dues à l'un ou à l'autre des époux, lesquelles seraient susceptibles d'entraîner un partage inégal de la masse commune.

(21) Voir notamment, Mulon E., Gaz. Pal. 5 janv. 2021, précité.

(22) Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2019, n° 18-13.544, RJPF 2019-6/16.

(23) Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2020, n° 18-26.101.

(24) Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2021, n° 19-24.717 et Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 20-10.695.

(25) Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, n° 19-19.114.

(26) Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2020, n° 19-20.615.

(27) Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2021, n° 20-11.063.

(28) *Ibid.*

Cette solution se veut avant tout pratique : les droits des époux dans le patrimoine commun étant équivalents, les retenir n'aurait aucun intérêt dès lors que, par définition, ils sont insusceptibles de créer une disparité.

Neutralité des loyers afférents à un bien commun ou indivis. – Par ailleurs, la Haute cour rappelle régulièrement que les revenus des biens communs ou indivis étant partagés entre les époux mariés en communauté ou propriétaires indivis, ils sont neutres et ne peuvent être pris en compte dans l'appréciation de la disparité existant entre les époux.

Par arrêt du 10 janvier 2018⁽²⁹⁾, la Haute juridiction a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait retenu au rang des ressources de l'époux les loyers provenant de la location d'un bien indivis. La Cour de cassation rappelait au sujet de ces revenus locatifs qu'ils profitaient à l'indivision et non au seul mari, de sorte qu'ils ne pouvaient constituer un facteur de disparité dans les conditions de vie respectives des parties.

Exclusion de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants des ressources de l'époux qui la perçoit. – Si la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants fait partie des charges à considérer pour les ressources de l'époux débiteur (voir *infra*), elle n'entre pas dans les ressources de l'époux créancier⁽³⁰⁾. À l'instar des prestations sociales destinées à aider les familles à subvenir aux besoins des enfants, la contribution n'est pas destinée à maintenir l'époux dans ses conditions de vie mais à bien entretenir l'enfant à charge.

Si la Haute cour est régulièrement contrainte de rappeler cette solution c'est sans doute du fait d'un raisonnement assez courant des acteurs du droit qui, par analogie avec le régime fiscal de la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant, considèrent que cette dernière s'ajoute aux ressources du parent qui les reçoit. En effet, en matière fiscale, les sommes versées au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant sont imposables⁽³¹⁾ pour le parent créancier bien qu'elles ne lui soient pas destinées.

→ B – Le jeu de l'équité

Les critères à l'œuvre en matière de prestation compensatoire sont en principe déconnectés de la question des torts. Cependant, à l'analyse objective de la disparité, l'alinéa 3 de l'article 270 du Code civil ménage une place à la subjectivité du juge. Ce dernier garde en effet le pouvoir, « *lorsque l'équité le commande* », d'écarter tout droit à prestation compensatoire. Cette dispense, parfois appelée « réserve d'équité », reste exceptionnelle en jurisprudence et la Cour de cassation opère un contrôle strict de sa mise en œuvre par les juges.

Deux hypothèses distinctes⁽³²⁾. – Si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux formulant une demande de prestation compensatoire, le juge peut se fonder sur les circonstances particulières de la rupture pour refuser d'y faire droit.

En revanche, si le divorce est prononcé aux torts partagés des époux, ou sur tout autre fondement, l'équité doit se fonder sur les critères prévus à l'article 271 du Code civil. La première chambre civile l'a rappelé dans un arrêt du 28 février 2018⁽³³⁾. En l'espèce, le divorce était prononcé aux torts partagés des époux et la cour d'appel a refusé d'attribuer une prestation compensatoire à l'épouse en tenant compte de la « *déloyauté* » dont cette dernière avait fait preuve en contractant de multiples prêts au nom de son époux. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au motif que la dispense de prestation compensatoire sur le fondement de l'équité ne pouvait, dans cette espèce, résulter que de l'examen des critères de l'article 271 du Code civil (par exemple lorsque cet examen révèle une attitude particulièrement grave et déloyale d'un époux, destinée à limiter ou à maximiser la disparité⁽³⁴⁾).

Équité, principe du contradictoire et office du juge. – Dans un arrêt du 6 mars 2019⁽³⁵⁾, la Cour de cassation nous rappelle que les juges ne peuvent, en raison du principe du contradictoire, décider d'office d'écarter tout droit à prestation compensatoire sur le fondement de l'article 270, alinéa 3 du Code civil. En effet, les magistrats sont tenus d'inviter préalablement les parties à présenter leurs observations sur ce moyen. En l'espèce le refus d'attribuer une prestation compensatoire en équité, bien que motivé en fait, n'avait pas fait l'objet d'observations par les parties. La Haute juridiction censure l'arrêt sur le fondement de l'article 16 du Code de procédure civile.

Bilan. – À travers l'alinéa 3 de l'article 270, le législateur a donné aux magistrats un pouvoir considérable : celui de neutraliser le mécanisme de la prestation compensatoire au nom de l'équité. Les décisions qui mettent cette disposition en œuvre sont cependant très rares, sans doute parce que les avocats eux-mêmes rechignent à utiliser ce texte dans toutes ses potentialités. Un constat apparaît très nettement à ce jour : si elle reste rare, l'utilisation de la « réserve d'équité » est plus fréquente quand elle porte sur les circonstances de la rupture (en présence d'un divorce aux torts exclusifs d'un des époux), que sur les critères de l'article 271.

III – LA CONFRONTATION DES MÉTHODES CONCURRENTES DE CALCUL DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE ET LE BILAN DE CELLES-CI

Face aux difficultés que peut représenter le chiffrage de la prestation compensatoire, plusieurs méthodes de calcul ont été élaborées au fil du temps pour aider les praticiens et les juges. Un état des lieux de ces méthodes peut être réalisé (A). Il apparaît particulièrement intéressant de confronter cet état des lieux à l'avis d'un expert nommé sur le fondement de l'article 255, 9° du Code civil

(29) Voir Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, n° 16-24.736, RJPf 2018-3/30.

(30) Cass. 1^{re} civ., 11 avr. 2018, n° 17-17.760, RJPf 2018-6/28.

(31) Voir la récente décision du Conseil constitutionnel du 14 mai 2021, selon laquelle l'impossibilité de déduire la pension alimentaire versée par un parent d'enfants mineurs en résidence alternée et pris en compte pour la détermination du quotient familial est conforme à la Constitution (Cons. const. QPC, 14 mai 2021, n° 2021-907).

(32) Garé Th., Prestation compensatoire et équité : un littéralisme trop étroit ?, RJPf 2018-4/17.

(33) Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, n° 17-11.979, RJPf 2018-4/17.

(34) Pour une illustration bien qu'ancienne voir notamment, Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 09-66.186, Bull. civ. I, n° 165, RJPf 2010-11/23.

(35) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2019, n° 18-14.499 ; voir notamment, Torchy Cl., Refus d'attribution d'une prestation compensatoire sur le fondement de l'équité relevé d'office : gare au respect du principe du contradictoire !, Gaz. Pal. 2 juill. 2019, p. 50.

dans le cadre des expertises ordonnées par le magistrat conciliateur sur la prestation compensatoire (B).

→ A – État des lieux des méthodes de calcul existantes

Au fil des années plusieurs méthodes de calcul ont été élaborées pour aider les juristes à lever la « *large voie de mystère* »⁽³⁶⁾ dont est entourée l'évaluation de la disparité donnant lieu à prestation compensatoire. La présente analyse a vocation à rappeler les traits essentiels des principales méthodes prenant en considération une double disparité (celle liée au patrimoine et aux revenus des époux), dont la présentation a fait l'objet de plusieurs publications⁽³⁷⁾. Ne seront pas analysées ici les méthodes dites « empiriques », qui sont insatisfaisantes dès lors qu'elles ne tiennent compte que des ressources des parties, et que la disparité trouve généralement sa cause dans une double analyse des revenus et du patrimoine des époux.

Méthode développée par Maître Axel Depondt⁽³⁸⁾. – Maître Axel Depondt, notaire, propose de calculer la prestation compensatoire en tenant compte de la « capacité d'épargne théorique » des époux⁽³⁹⁾. Il fonde sa méthode sur l'article 275 du Code civil selon lequel à défaut d'un versement au prononcé du divorce, le juge peut étaler le paiement de la prestation compensatoire « *dans la limite de huit années* ». Le législateur aurait ici marqué son intention de limiter la durée du règlement des prestations compensatoires réglées sous la forme d'un capital dans la limite de huit années. Concrètement, le calcul consiste à identifier la « capacité d'épargne théorique des époux » à partir des revenus qu'ils perçoivent, corrigés en fonction de leur nature par des coefficients⁽⁴⁰⁾. Une fois la capacité d'épargne théorique de chaque époux sur une année déterminée, on la multiplie par huit pour parvenir à la période de huit années précitées. On confronte les résultats obtenus pour chacun des époux en calculant le différentiel. On applique enfin des derniers correctifs liés au nombre d'enfants, à la durée du mariage, et à l'âge des époux.

Méthode de Monsieur Martin Saint-Léon⁽⁴¹⁾. – Monsieur Martin Saint-Léon est magistrat. Pour calculer la prestation compensatoire, il cherche à déterminer une unité de mesure mensuelle de la disparité. Il s'agit de prendre en considération l'ensemble des revenus annuels de chaque époux, en valorisant au besoin les éléments patrimoniaux qui n'en produisent pas, et d'y soustraire l'ensemble des charges sur lesquelles les époux n'ont aucune prise. Ensuite, on attribue la moitié du différentiel à l'époux le moins nan-

ti pour restaurer la parité. Ce chiffre finalement obtenu est l'unité de mesure de la prestation compensatoire.

Méthode Stéphane David et la méthode dite « par ajustements »⁽⁴²⁾. – Expert judiciaire près la cour d'appel de Paris et notaire, Maître Stéphane David propose de calculer deux prestations distinctes : celle relative à la disparité en revenus et celle concernant la disparité en patrimoine. Une fois ces formules déterminées, le montant final de la prestation correspond à l'addition des deux. Maître Stéphane David a affiné sa méthode en collaboration avec le cabinet BWG Associés pour aboutir à la naissance de la méthode dite « par ajustements » qui propose une prise compte affinée du patrimoine des époux par l'application d'abattements particuliers en fonction notamment de l'origine et de la nature de chaque bien.

Méthode Pilote PC⁽⁴³⁾. – Élaborée par un groupe de travail dirigé par le magistrat Monsieur Jean-Claude Bardout, cette méthode consiste à calculer une « unité de disparité » en revenus et en capital entre les époux. Des correctifs liés au nombre d'années de vie commune pendant le mariage, à l'âge du créancier de la prestation et aux éventuels sacrifices professionnels (à travers la prise en compte notamment des droits à la retraite) sont appliqués.

Bilan. – Notons que la plupart des méthodes reposent sur le principe selon lequel les biens des époux sont productifs de revenus. Longtemps, cette fiction a été matérialisée par l'application d'un « taux moyen de rendement du marché » de 3,5 %. Au regard des taux d'intérêt actuels, un tel taux de rendement n'est plus adapté et de nombreux praticiens contestent son application.

Si les efforts des praticiens pour appréhender avec toujours plus de justesse le montant de la prestation compensatoire sont louables, l'application de l'ensemble des méthodes à une situation donnée fait souvent ressortir des résultats contrastés.

Dans ce contexte, certains praticiens s'interrogent sur l'opportunité de faire intervenir le législateur afin qu'une pondération des critères de l'article 271 soit définie, ce qui pourrait faire ressortir une méthode plus « juste » que les autres.

→ B – Le point de vue d'un expert judiciaire, Maître Hélène Boidin, notaire régulièrement désignée sur le fondement de l'article 255, 9° du Code civil

Quand la prestation compensatoire est un enjeu important du divorce, et que la disparité s'annonce complexe à appréhender, le juge aux affaires familiales peut à la demande des parties ou d'office « *désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux* »⁽⁴⁴⁾.

L'expertise qui est alors ordonnée vise à déterminer l'existence d'une disparité et, le cas échéant, le montant de la prestation compensatoire.

(36) David S., Calcul de la prestation compensatoire en présence d'un patrimoine professionnel, AJ famille 2020, p. 218.

(37) Voir notamment, Depondt A., Méthode de calcul de la prestation compensatoire, AJ famille 2011, p. 482 et le dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire », AJ famille, oct. 2014.

(38) Voir pour le premier exposé de la méthode par son auteur, Prestation compensatoire : la méthode de calcul d'un notaire expert, AJ famille 2010, p. 365.

(39) Pour Maître Depondt, la capacité d'épargne théorique d'un époux s'élève, à partir d'un revenu annuel de 36 000 euros, à 30 % de son revenu total.

(40) Ainsi on applique aux revenus d'activité d'un époux un coefficient de précarité selon l'emploi. Celui-ci est généralement de 1 pour un fonctionnaire.

(41) Saint-Léon M., Le calcul de la prestation compensatoire, AJ famille 2005, p. 95.

(42) *Ibid.*

(43) Bardout J.-Cl., Nouvelle méthode de calcul de la prestation compensatoire, AJ famille 2013, p. 693.

(44) C. civ., art. 255, 9°.



Précisons que le juge aux affaires familiales n'est pas lié par le rapport de l'expert.

Dans la plupart des cas, l'expert désigné judiciairement est un notaire qui réunira les parties pour un examen de leurs situations respectives en procédant, au besoin, à certaines recherches comme l'interrogation des fichiers FICOPA et/ou FICOVIE.

Maître Hélène Boidin, notaire à Paris (XIV^e arrondissement), a accepté de nous faire part de la place qu'elle accorde aux méthodes de détermination de la prestation compensatoire dans le cadre des expertises qui lui sont confiées.

Selon Maître Boidin, l'utilisation des méthodes par les notaires agissant en qualité d'expert sur le fondement de l'article 255, 9^o du Code civil est très variable. Certains notaires appliquent exclusivement les méthodes pour proposer un montant, en procédant par moyenne ou en privilégiant certaines, tandis que d'autres s'en affranchissent totalement.

La notaire rappelle que, tout comme le juge, le notaire expert n'est pas tenu d'appliquer les méthodes proposées. S'il s'en inspire, il n'a pas non plus d'obligation de mentionner lesquelles ont été utilisées et les raisons de son choix. Généralement le notaire se contente d'indiquer le *quantum* ou la fourchette de prestation compensatoire qui lui paraît opportun sans faire état de l'utilisation, ou non, de méthode(s).

Maître Hélène Boidin reconnaît par ailleurs ce qui ressort de l'analyse des différentes méthodes proposées, à savoir, comme indiqué ci-dessus, que chacune des méthodes visant des critères distincts et des pondérations différentes, elles conduisent à des résultats parfois très éloignés.

À cet égard, Hélène Boidin nous précise que certaines méthodes sont notoirement considérées comme plus favorables au débiteur, et d'autres au créancier. Elle observe d'ailleurs que chaque avocat aura tendance, en fonction de la situation de son client, à privilégier la ou les méthodes qui vont dans le sens de ce dernier.

Par ailleurs, elle confirme que les méthodes empiriques, simples d'utilisation mais basées uniquement sur la disparité de revenu, ne peuvent pas être utilisées lorsque le déséquilibre impacte aussi le patrimoine.

D'un point de vue pratique, elle ajoute qu'il convient d'être vigilant dans l'application des formules : mal retranscrites elles ne refléteront pas la réalité mathématique de la méthode proposée.

Par ailleurs, la notaire nous rappelle que les méthodes ne tiennent pas compte des critères subjectifs, qui doivent pourtant avoir une place dans le cadre de la détermination du montant ou des modalités de versement de la prestation compensatoire.

Pour citer un exemple, Maître Hélène Boidin évoque la situation d'un époux dont les revenus ont plafonné au cours du mariage en raison de déménagements fréquents pour suivre le conjoint. Dans un tel scénario, elle considère que la prestation compensatoire ne devrait pas être évaluée de la même manière que celle pour un époux dont les revenus, pourtant identiques à l'exemple précédent, sont liés à une impossibilité naturelle d'évoluer en raison de son poste qui n'offre aucune perspective.

Enfin, pour conclure, la notaire rappelle que, si les méthodes sont utiles et peuvent permettre d'orienter la solution proposée, elles n'ont pas vocation à être plus qu'un outil parmi d'autres et ne peuvent, en l'état, couvrir toutes les situations, de sorte que leur usage nécessite le recul et l'analyse du professionnel en fonction du cas particulier des époux. ■