



La prestation compensatoire en France

Isabelle Sayn

► To cite this version:

Isabelle Sayn. La prestation compensatoire en France. Actualidad Juridica Iberoamericana, 2016, La pensión compensatoria en las crisis familiares en el Derecho Comparado, 5-2, pp.101-122. halshs-01939068

HAL Id: halshs-01939068

<https://shs.hal.science/halshs-01939068>

Submitted on 29 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PRESTATION COMPENSATOIRE EN FRANCE

FORMAL SPOUSES ALIMONY'S AND "COMPENSATORY ALLOWANCE" (PRESTATION
COMPENSATOIRE) IN FRENCH LEGISLATION

DRA. ISABELLE SAYN
Directrice de recherche au CNRS
CERCRID (UMR 5137)
Université de Lyon
isabelle.sayn@univ-st-etienne.fr

RESUMEN: Depuis 1975, la pension alimentaire entre ex-époux est devenue une prestation compensatoire. Cette prestation est aujourd'hui pour l'essentiel versée sous forme de capital (90%), du mari divorcé à son ex-femme (90%) et elle concerne des mariages relativement longs (15 ans en moyenne). Mais la jurisprudence et la doctrine témoignent des incertitudes qui perdurent sur les justifications possibles du maintien de cette prestation. Ces incertitudes compliquent l'évaluation du montant de cette prestation.

PALABRAS CLAVE: Conséquences économiques du divorce, pension alimentaire entre ex-époux, prestation compensatoire.

ABSTRACT: Since 1975, formal spouses alimony's became "compensatory allowance" (prestation compensatoire). This allowance is usually a lump sum form (90%), given by the divorced husband (90%) and concerning long term marriages (15 years in average). But case-law and academic writings reflect uncertainties: there is no consensus about reasons why for compensatory allowance. Such uncertainties make the appropriate quantification of formal spousal allowance harder to assess.

KEY WORDS: Economic consequences of divorce, formal spouses alimony's, "compensatory allowance" (prestation compensatoire).

FECHA DE ENTREGA: 25/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCTION.- II. LES EVOLUTIONS DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DEPUIS 1975.- III. LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA PRESTATION.- 1. Etablir la disparité dans les conditions de vie respective.- 2. S'attacher aux causes de la disparité?.- IV. LA MESURE DE LA COMPENSATION.- 1. Des critères légaux de mesure de la compensation.- 2 Fixer le montant de la prestation compensatoire.- V. LE REGIME DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE.- 1. Forme et durée de la prestation compensatoire.- A) Une prestation compensatoire sous forme de capital.- B) Une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.- C) La prestation compensatoire et l'accord des parties.- 2. Modifications et extinction de la prestation compensatoire.- 3. Le régime fiscal de la prestation compensatoire.

I. INTRODUCTION.

La prestation compensatoire a été créée en France par la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce. Il s'agissait alors de rompre avec une conception traditionnelle du mariage et d'autoriser le divorce pour des causes autres que la seule faute, en introduisant notamment le divorce par consentement mutuel. Les débats qui ont entouré cette réforme se sont donc pour l'essentiel consacrés aux causes admissibles de divorce.

Les textes ont évolué depuis, sans que soit remise en cause leur philosophie générale. L'essentiel a consisté à élargir plus encore les causes de divorce, en prévoyant par exemple un divorce pour rupture de la vie commune après une séparation de fait de 2 ans plutôt que 6 ans, et à rompre le lien qui existait encore pour partie entre les causes du divorce et ses conséquences pécuniaires. Ainsi et depuis 2004, l'allocation d'une prestation compensatoire est possible quel que soit le cas de divorce retenu, y compris en faveur du conjoint contre lequel est prononcé un divorce pour faute à ses torts exclusifs. Il reste seulement la possibilité pour le juge de refuser une telle prestation si l'équité le commande, "au regard des circonstances particulières de la rupture" (art. 270 C. civ.).

La libéralisation du divorce, qui traduisait l'admission d'un mariage "à temps", a logiquement été accompagnée de la disparition du devoir de secours qui perdurait entre les époux au-delà du divorce. Il prenait la forme d'une "pension alimentaire", jusqu'alors allouée à l'époux "innocent", c'est à dire celui auquel il ne pouvait pas être reproché une faute cause de divorce. Cette pension alimentaire imposait à l'un de subvenir aux besoins de l'autre, sans limitation de durée. Signalons que, d'une façon général, le terme de "pension alimentaire" manifeste une obligation alimentaire qui lie, au terme du code civil, les membres d'une même famille.

La pension alimentaire entre ex-époux a été remplacée par une “prestation compensatoire”¹. Très contestée dans les années 90s, elle a fait l’objet de réformes successives tendant à en limiter les effets, sans pour autant que soient tranchées des questions essentielles : qu’est-ce qui justifie de maintenir le versement d’une somme d’argent entre ex-époux ? quel est l’objectif poursuivi par ce versement ? Ces incertitudes expliquent en partie les difficultés rencontrées par les professionnels de la justice et notamment par les magistrats pour évaluer le montant de cette prestation. Cette présentation de la prestation compensatoire en droit français exposera à grands traits les évolutions de cette prestation depuis 1975. Seront ensuite présentées les conditions d’octroi de la prestation, les difficultés de mesure de son montant et le régime de cette prestation.

II. LES EVOLUTIONS DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DEPUIS 1975.

Considérant les seules relations entre les ex-époux, indépendamment de la présence d’enfants communs, le législateur de 1975 a tenté de faire prévaloir une logique de Clean break : la prestation devait être fixée au moment du divorce, sans pouvoir être réajustée par la suite, de façon à écarter tout contentieux ultérieur relatif à des demandes de révision. Ainsi la loi prévoyait-elle le “caractère forfaitaire” et “non révisable “de la prestation, y compris “en cas de changement imprévu dans les ressources ou besoins des parties” (article 273 du code civil).

Cette logique justifiait également la préférence affirmée par la loi pour la fixation en capital de la prestation (article 274 C. civ.: “lorsque la consistance des biens de l’époux débiteur de la prestation compensatoire le permet, celle-ci prend la forme d’un capital”), plutôt que sous forme de rente, cherchant ainsi à éviter des versements successifs et donc le maintien de relations pécuniaires entre les ex-époux. Ce capital pouvait alors prendre la forme du versement d’une somme d’argent, de l’abandon de biens ou de dépôt de valeurs productives de revenus entre les mains d’un tiers. Il pouvait être versé en trois années au maximum et éventuellement sous forme de versements par mensualités (Cass. Civ. 2^o, 14 octobre 1987, Bull. civ. II, n^o 197), sous réserve de l’impossibilité de modifier l’échéancier initialement prévu.

A défaut de capital ou si celui-ci n’était pas suffisant, la prestation compensatoire pouvait alors prendre la forme d’une rente, fixée “pour une durée égale ou inférieure à la vie de l’époux créancier” (article 276-1), ce qui impliquait des versements périodiques, généralement mensuels, sur le modèle de l’ancienne pension alimentaire et soulevait donc les difficultés propres à ce types de versement : indexation de la

¹ Sauf dans le cas de divorce pour rupture de la vie commune. Le maintien du devoir de secours avait alors été considéré comme une forme de compensation pour l’époux défendeur au divorce.

rente, difficultés d'exécution liées à l'évolution des situations respectives des parties pouvant justifier une demande de révision.

Dans tous les cas cette prestation, fixée une fois pour toute et détachée du modèle alimentaire, se transmettait aux héritiers du débiteur.

La révision était exceptionnelle, y compris en cas de transmission passive, et limitée aux situations dans lesquelles son refus aurait "pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité" (article 273), condition stricte assortie d'une jurisprudence également restrictive de la cour de cassation. La voie était un peu plus large pour les divorces prononcés à la suite d'un consentement mutuel : une nouvelle convention, également soumise à l'homologation du juge du divorce, était possible, et une demande unilatérale en justice était admise dès lors que la convention initiale contenait une clause de révision pour faire face à des changements imprévus dans les ressources et les besoins des ex-époux (article 279 al. 1 et 2).

L'impossibilité de fixer une prestation en capital dans les situations les plus nombreuses, en raison de la situation économique des divorçants, et la prééminence corrélative des rentes (70%)², a placé la question de la révision et celle de la transmissibilité passive de la rente au centre du débat- et a abouti à la réforme de cette prestation, avec les lois du 30 juin 2000 (complétée par la loi du 3 décembre 2001) et du 26 mai 2004.

La loi du 30 juin 2000 s'est donc donné pour objectifs de faciliter l'octroi de prestations compensatoires en capital et de limiter les rentes, tout en permettant plus largement leur révision - mais à la baisse seulement.

Pour encourager la prestation compensatoire en capital, les textes permettent dorénavant, outre les formes précédentes d'abandon des biens, l'abandon de droits d'usage ou l'habitation, en visant implicitement le logement familial.

En outre, le montant en capital de la prestation peut dorénavant être servi sur une période de 8 années au lieu des trois initialement prévues, le juge fixant les modalités de paiement du capital sous forme de versements mensuels ou annuels.

Enfin, si le montant du capital ne peut pas être révisé, ses modalités de paiement peuvent l'être, et aboutir à un délai de versement sur une durée totale supérieure à huit ans en cas de "changement notable de la situation du débiteur". Le juge peut accorder ce délai supplémentaire au débiteur "à titre exceptionnel" et "par décision spéciale et motivée".

² MOREAU, C., MUÑOZ-PEREZ, B., SERVERIN, E.: "Les prestations compensatoires à l'épreuve du temps, Quatre mois de décisions sur les révisions de prestations compensatoires (sept.- déc. 2005)", *Dir. des Affaires Civiles et du Sceau, cellule Etudes et recherche*, sept. 2006, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-prest-compens.pdf

La loi du 3 décembre 2001 a en outre donné aux époux ayant divorcé par consentement mutuel la possibilité de modifier les modalités de règlement de la prestation initialement prévues alors mêmes qu'ils n'avaient pas prévu de clause de révision dans la convention initiale, à condition de conclure une nouvelle convention.

Pour limiter le recours à une rente, la loi a fait disparaître les rentes limitées dans le temps (sauf dans le cadre du divorce par consentement mutuel), rentes qui peuvent être remplacées par un capital dorénavant versé sur une période de huit ans.

Quant aux rentes viagère, elles sont maintenues, mais leur octroi est soumis à des critères plus restrictifs : "A titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, en raison de l'âge ou de l'état de santé du créancier ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère". Ainsi, seuls les époux qui ne sont pas en mesure de se procurer des moyens de subsistances par leur travail ou leur patrimoine peuvent dorénavant prétendre à une telle rente.

Enfin, la révision des rentes est admise, qu'elles aient été fixées sous l'empire de la loi ancienne³ ou sous l'empire de la loi nouvelle. Toutes les prestations compensatoires fixées sous forme de rente (par hypothèse viagère) à partir du 1^{er} juillet 2000 peuvent être révisées, suspendues ou supprimées "en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties" et la révision peut être demandée aussi bien par le débiteur que par ses héritiers. Cependant, la révision ne peut avoir pour effet "de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge". Elle ne peut donc avoir lieu qu'à la baisse

Par ailleurs, le créancier comme le débiteur de la prestation compensatoire ou ses héritiers peuvent à tout moment saisir le juge aux fins de substitution d'un capital à la rente.

En outre, après le décès du débiteur, la loi prévoit la déduction de plein droit de la pension de réversion versée à l'ex-époux survivant du montant de la prestation compensatoire qu'il reçoit⁴.

³ Les mesures transitoires des lois de 2000 et 2001 ont en effet autorisé la remise en cause des rentes attribuées avant leur entrée en vigueur de la loi, en cas de "changement important dans les ressources ou les besoins des parties", et toujours à la baisse seulement ("sans pouvoir porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge"). En outre, la possibilité de demander la substitution d'un capital aux rentes viagères a été prévues (avec échelonnement possible de huit ans notamment) ainsi que la possibilité de demander au juge la déduction des pensions de réversion.

⁴ Les droits à la retraite étant liés à l'activité professionnelle, il est prévu que le conjoint n'ayant pas de droits à la retraite ou bénéficiant de droits insuffisants peut bénéficier, après le décès de son époux ou de son ex-époux, d'une partie des droits à la retraite qu'il recevait de son vivant. Cette

A la suite d'un divorce par consentement mutuel, les demandes en justice de substitution en capital sont également possibles, de même que la possibilité de demander au juge la révision – toujours à la baisse seulement – de la convention homologuée en cas de “changement important” dans les ressources et besoins des parties. En outre, la convention initiale peut toujours prévoir une clause de révision, mais cette fois à compter de la réalisation d'un “changement important” et non plus “imprévu” dans les ressources et besoins des parties.

La loi du 26 mai 2004 a étendu le domaine d'application de la prestation compensatoire, en supprimant les liens encore existants entre les causes du divorce et le droit à prestation⁵, mais a apporté des limites supplémentaires à l'attribution d'une rente et a élargi encore les possibilités de révision – toujours à la baisse seulement.

Afin de favoriser encore les prestations en capital, la loi admet dorénavant le cumul des solutions : cumul d'une prestation en capital et d'une rente viagère, cumul d'un capital versé sur une période de 2 à 8 ans avec les différentes modalités de versement du capital. Quant à la substitution du capital à la rente, elle est facilitée est la publication d'un barème de capitalisation.

Afin de limiter le poids, pour les débiteurs, des rentes prononcées, il est désormais beaucoup plus facile d'en obtenir la révision à la baisse tandis que toute augmentation reste proscrite. Ainsi, si les modifications concernant les prestations en capital sont inchangées (elles ne peuvent porter que sur les modalités de paiement et non sur leur montant, en raison de changements “importants”), la révision des rentes est désormais la règle: toutes les rentes, qu'elles soient conventionnelles ou contentieuses, quelle que soit la date à laquelle elles ont été fixées, peuvent être révisées, suspendues ou supprimées au visa de l'article 276-3 en cas de changement important dans la situation de l'une ou l'autre des parties, que ce soit par convention entre les époux ou par décision de justice⁶. Toutes les rentes peuvent également se voir substituer un capital.

Enfin, après avoir prévu la déduction de plein droit des pensions de réversion (2001), la loi prévoit que la rente ne se transmet plus aux héritiers : qu'elles soient viagères ou temporaires, les rentes se voient substituer automatiquement un capital⁷

pension de réversion est versée sous condition de ressources et elle partagée au prorata des durées respectives de mariage en cas de re-mariage du titulaire de droit.

⁵ La prestation est dorénavant possible quelle que soit la cause du divorce, y compris en cas de divorce pour rupture de la vie commune ou de divorce prononcé aux torts exclusifs de son créancier, sous réserve dans ce dernier cas des “circonstances particulières de la rupture”.

⁶ En outre, toutes les rentes viagères, fixées par le juge ou par convention, avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, peuvent désormais être “révisées, suspendues ou supprimées à la demande du débiteur ou de ses héritiers lorsque leur maintien en l'état procurerait au créancier un avantage manifestement excessif au regard des critères posés à l'article 276 du code civil”.

⁷ Les héritiers peuvent cependant choisir de maintenir des modalités de paiement antérieures “en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation”, cette solution leur permettant de

au décès du débiteur, dont le montant est calculé à partir du barème de capitalisation déjà mentionné – et après déduction de la pension de réversion. Le capital ainsi calculé peut être prélevé seulement dans la limite de l'actif successoral, de sorte que la prestation compensatoire disparaît pour le surplus.

Au terme de ces évolutions, une prestation est fixée dans 19% des divorces, le plus souvent à l'égard de l'ex-épouse (96% des prestations), le plus souvent sous la forme d'un capital (90%), parfois avec un paiement échelonné dans le temps (28% des prestations). La rente viagère est résiduelle (5%) et la rente limitée dans le temps, permise avec l'accord des époux, l'est aussi (6% des prestations)⁸.

Ces évolutions successives sont revenues en grande partie sur les objectifs initiaux de la loi. Les limites importantes apportées à la transmissibilité passive de prestation compensatoire (conversion en capital, limite des forces de la succession, déduction de la pension de réversion) en font à nouveau une dette attachée à la personne, sur le modèle de la pension alimentaire. La possibilité d'obtenir une révision du montant de la rente ou des conditions de versement du capital s'éloignent quant à elle de l'idée initiale du *Clean break* et du modèle d'un montant forfaitaire, strictement indépendant de l'évolution des conditions de vie des ex-époux.

Au-delà de la volonté de diminuer la charge assumée par les débiteurs de la prestation, les choix opérés manifestent selon nous les incertitudes qui perdurent sur les justifications de la prestation compensatoire. Ces incertitudes se manifestent également dans les conditions d'octroi de la prestation et dans les interprétations qui en sont faites tant par la jurisprudence que par la doctrine, de sorte que les objectifs assignés par la loi à la prestation compensatoire sont diversement interprétés.

III. LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA PRESTATION.

La loi de 2004 a rompu les derniers liens existants entre les circonstances du divorce et le droit à une prestation. Dorénavant, une prestation est possible quelle que soit la cause du divorce, y compris en cas de divorce pour rupture de la vie commune⁹ ou de divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur, sous réserve

conserver la possibilité de demander une révision du montant de la prestation pour l'avenir, dans les conditions de droit commun.

⁸ En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital, BEKMOKTAR, Z., MANSUY, J.: "En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital", *Infostat Justice*, n° 144, <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057>.

⁹ Le divorce pour rupture de la vie commune, introduit par la loi de 1975, avait été vivement critiqué comme introduisant un divorce objectif, lié à la seule séparation de fait de 6 ans au moins et permettant d'imposer le divorce à l'époux défendeur. La contrepartie de ce divorce, parfois qualifié de répudiation, avait été le maintien du devoir de secours à l'égard de l'époux divorcé contre son grès. Dorénavant nommé divorce pour altération définitive du lien conjugal, il suppose une

des “circonstances particulières de la rupture”. Malgré cette rupture de principe, certains auteurs considèrent encore que les circonstances qui précèdent et qui entourent le divorce, constitutives d’une faute, pourraient justifier une appréciation plus généreuse de la prestation, celle-ci ayant pour objet non seulement de compenser une disparité, mais aussi et “plus généralement [...] de couvrir tout le préjudice matériel que le divorce peut causer”¹⁰. Il n’est pas impossible que ces circonstances influencent en effet le juge dans son appréciation du montant de la prestation¹¹, mais il n’en reste pas moins que seule la disparité commande, en principe, l’attribution d’une prestation.

Au terme du Code civil en effet, “L’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d’un capital dont le montant est fixé par le juge”. Toutefois, même en cas de disparité constatée, “le juge peut refuser d’accorder une telle prestation si l’équité le commande, soit en considération des critères [d’évaluation du montant de la prestation] prévus à l’article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l’époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture” (article 270 C. civ.)

L’objectif de la loi est donc d’assurer un rééquilibrage entre les situations patrimoniales des deux époux, situation dont la disparité était gommée par la communauté de vie mais qui apparaît au moment de la séparation et s’exprime par une disparité des conditions de vie. La disparité des conditions de vie est donc un préalable et doit être établie. Cependant, malgré une position de principe de la cour de cassation assez nette, des discussions se sont développées autour des causes de la disparité, défendant l’idée que toute disparité n’est pas susceptible de justifier le versement d’une prestation compensatoire. Ce débat montre les incertitudes des justifications de la prestation, entre un droit continué lié à la protection d’ordre public accordée aux époux et une indemnisation des inégalités économiques liée à la répartition des tâches dans le couple. Nous nous attacherons donc à exposer comment s’établit la disparité avant de présenter le débat sur les causes de la disparité.

séparation de fait de deux ans au lieu de six et ne peut plus être écarté au motif qu’il aurait eu des conséquences matérielles ou morales d’une exceptionnelle dureté.

¹⁰ CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, coll. Dalloz Référence, 2015-2016.

¹¹ Les analyses en cours d’un échantillon représentatif de décisions de justice semblent d’ailleurs montrer que le fait que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l’un ou de l’autre des époux serait au final sans incidence sur le montant de la prestation, BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: “Comment font les juges ? Une analyse des montants de prestation compensatoire fixés dans les jugements de divorce”, Communication au colloque *Les conséquences économiques de la rupture, la prestation compensatoire en question*, Paris, 7 octobre 2015. Actes à paraître, Larcier, 2017.

Il faut au préalable préciser que la loi est beaucoup moins directive lorsque les époux sont d'accord sur le principe et sur le montant de la prestation compensatoire, qu'ils agissent dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou qu'ils proposent une solution conventionnelle à l'homologation du juge à l'occasion d'un divorce contentieux. La renonciation à la prestation est admise, et le juge n'a pas à vérifier si les conditions d'octroi de la prestation sont remplies. La mesure de la prestation est également laissée à la libre appréciation des époux divorçants. Le juge doit toutefois refuser l'homologation si elle "fixe inégalement les droits et obligations des époux" (art. 278 al. 2 C. civ.).

1. Etablir la disparité dans les conditions de vie respectives.

Si l'article 270 C. civ. impose la seule condition de la disparité "que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives", en visant une appréciation au moment du divorce, le texte suivant impose au juge de fixer la prestation compensatoire "en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible". L'appréciation de la disparité vise donc la situation actuelle comme la situation prévisible. Par ailleurs l'expression "disparité dans les conditions de vie" est de fait assimilée à une disparité dans les "ressources" des époux divorçants, c'est donc cette disparité qui va être, en principe, appréciée par le juge, au sens des revenus habituels et, de façon plus incertaine, du capital de chacun.

Cette appréciation relève avant tout du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Ceux-ci disposent de pouvoirs d'investigation classiques : au-delà de l'obligation générale faite aux parties d'apporter la preuve de leurs allégations, les juges ont le pouvoir de leur enjoindre de produire des pièces et peuvent tirer les conséquences de leur absence. Les magistrats peuvent également demander des informations à des tiers, débiteurs ou détenteurs de valeurs (art. 259-3 C. civ.), qui ne saurait leur opposer le secret professionnel¹², et ils peuvent enfin chercher à évaluer le sort patrimonial des époux après la liquidation de leur régime matrimonial en nommant un notaire "en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager" (art. 255 10° C. civ.) ou un professionnel qualifié "en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux" (art. 255 9° C. civ.)¹³. En outre, la loi prévoit la production, par chacun des époux, d'une attestation sur l'honneur destinée à mieux informer le juge de la situation patrimoniale de chacun, attestation

¹² Le juge peut en particulier rendre une ordonnance désignant le directeur du Fichier national des comptes bancaires aux fins de lui communiquer la liste des comptes détenus par les époux.

¹³ Le juge peut également nommer des experts au moment du prononcé du divorce, en se prononçant sur le principe de la prestation compensatoire mais en décidant de surseoir à statuer sur son montant. Il peut alors décider d'une prestation provisionnelle.

dont l'utilité est contestée et dont le caractère facultatif a été affirmé en 2005 par la jurisprudence de la cour de cassation.

D'une façon générale, sont pris en considération dans l'évaluation de cette disparité les revenus personnels de toute nature, particulièrement les revenus professionnels ou les revenus de remplacement (allocation chômage, prestations en espèce de l'assurance maladie) ainsi que les revenus du patrimoine. Sont exclues seulement les sommes reçues à destination des enfants, qu'il s'agisse de pensions alimentaires, versées par l'autre parent notamment, ou de prestations familiales, versées en raison de leur présence¹⁴. Peuvent également être pris en considération l'ensemble des biens mobiliers ou immobiliers en tant qu'ils sont productifs de revenus ou qu'ils permettent d'apprécier plus largement la situation patrimoniale des époux. La loi ne dit rien du sort des charges assumées par chacun des époux dans l'évaluation de leurs situations. L'usage des juridictions semble être de les déduire des revenus utiles pour l'appréciation de la disparité, qu'il s'agisse des charges de la vie courante, notamment des charges locatives ou du versement de pensions alimentaires pour enfants, des frais de remboursement de prêts ou encore des charges fiscales. Enfin, la jurisprudence admet qu'il faille tenir compte des conséquences d'un concubinage notoire sur le niveau de vie des divorçants, que ce soit en terme de ressources supplémentaires ou de partage des charges de la vie courante¹⁵.

L'appréciation de l'évolution prévisible de la situation matérielle des époux divorcés concerne pour l'essentiel leur avenir professionnel : il s'agit d'apprécier, dans la mesure du possible, les perspectives de carrière de chacun et leur capacité à obtenir des ressources d'origine professionnelles, compte tenu de leurs carrières passées, de leurs qualifications professionnelles et de leur investissement passé et à avenir (en présence de jeunes enfants) dans l'éducation des enfants. L'appréciation des droits à venir à la retraite est importante dans un pays où ses droits sont directement liés à l'exercice d'une activité professionnelle et aux cotisations qu'elle génère.

S'agissant de l'évolution du capital, la cour de cassation a simplifié l'équation en considérant qu'il ne devait jamais être tenu compte des espérances successorales et que la prestation compensatoire n'avait pas pour objet de compenser le choix initial d'un régime matrimonial, de sorte que le défaut de liquidation du régime matrimonial au moment où la décision de divorce est rendue ne constitue pas une difficulté. Il n'en reste pas moins que le juge peut anticiper, au vu des pièces

¹⁴ La loi avait, en 2005, exclu des ressources utiles pour le calcul de la prestation, les "sommes versées au titre des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap", avec la préoccupation de mieux assurer l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées (loi n°2005-102 du 11 février 2011). Ce texte a été déclaré inconstitutionnel par une décision du Conseil Constitutionnel du 2 juin 2014 (décision n°2014-398, QPC), notamment sur le fondement de l'égalité, les autres revenus de substitution des revenus du travail étant, eux, pris en considération.

¹⁵ Voir par exemple Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n°05-15.706 s'agissant de la situation de concubinage de la créancière de la prestation.

produites par les parties, les conséquences de la liquidation et du partage du régime matrimonial, cette possibilité étant défendue par des auteurs qui considèrent, par exemple, que le juge doit rattraper ce que le régime matrimonial (séparatiste) “a de contraire à la responsabilité objective du mariage”¹⁶.

2. S’attacher aux causes de la disparité?

Quel que soit le mode de vie choisi pendant la vie commune, la disparité dans les conditions de vie respective des ex-époux constitue une condition nécessaire pour que le juge alloue une prestation compensatoire. Le fait notamment que l’un des époux ait renoncé à une activité professionnelle pour s’occuper des enfants ne suffit pas à justifier une demande de prestation compensatoire s’il s’avère que ce parent dispose de ressources personnelles importantes, de sorte qu’il n’est pas établi que la rupture du mariage crée, ici au détriment du mari, une disparité dans les conditions de vie respectives des époux. En revanche, cette disparité étant établie, la question débattue est de savoir si elle justifie dans tous les cas l’allocation d’une prestation ou bien si, au contraire, certaines disparités trouvent leur cause dans des “choix” qui écartent la possibilité d’obtenir une telle prestation. Ce débat porte principalement sinon exclusivement sur le “choix” de ralentir ou de mettre un terme à une activité professionnelle pour consacrer plus de temps à la vie domestique et à l’éducation des enfants ou encore pour suivre son conjoint dans ses déplacements professionnels.

La Cour de cassation est claire sur ce point: le juge doit allouer une prestation en considération de la seule disparité, même si celle-ci préexistait au mariage et en aucun cas au regard des choix de vie opérés par les époux. La cause de la disparité n’est pas un critère légal de décision. Elle est donc sans incidence sur le principe d’allocation d’une prestation.

Pourtant, le débat est assez touffu chez les auteurs. Les défenseurs de la causalité s’appuient sur des décisions de cour d’appel qui utilisent l’argument de la cause de la disparité pour refuser la prestation¹⁷ et produisent une interprétation des arrêts de la cour de cassation favorable à leur point de vue. Ainsi, dans une décision du 24 sept. 2014, la cour de cassation a confirmé le refus d’une prestation dès lors que les époux étaient séparés de fait depuis 20 ans, avaient dès cette époque adopté un régime de séparation et liquidé leur communauté de biens et n’avaient plus eu d’échanges économiques depuis, de sorte que la disparité de conditions de vie constatée au moment du divorce ne résultait pas de ce divorce. Pourtant, et bien que la disparité

¹⁶ BRAZIER, M.: “La prestation compensatoire à l’épreuve de 10 années de pratique”, *Gazette du Palais*, 1985, 2, doc. 630, n° 17.

¹⁷ Sachant en outre que ces affirmations sont fondées sur une partie seulement des décisions des cours d’appel, qui ne sont pas représentatives l’ensemble des décisions rendues par les cours d’appel sur ce point.

constatée ici ne soit pas liée à la fin du mariage, celle-ci étant bien antérieure, on peut lire que cet arrêt constitue “indiscutablement le grand retour de la causalité” de sorte que les juges du fond vont enfin pouvoir “déployer leur pouvoir souverain”, les circonstances propres à chaque espèce pouvant conduire à réduire “sérieusement” la prestation.

Dans le même sens, la cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-23.044) a eu à apprécier une décision d’appel au terme de laquelle la prestation fixée en première instance devait être réduite dès lors que “si Mme fait valoir qu’elle a sacrifié sa carrière pour suivre son mari dans ses affectations successives, il convient de considérer qu’il s’agit de décisions prises dans l’intérêt du ménage et d’un commun accord”. L’arrêt est cassé, le fait pour la cour d’appel de considérer “qu’il s’agit de décisions prises dans l’intérêt du ménage et d’un commun accord” constituant selon la cour de cassation des motifs non recevables. Malgré le caractère très explicite de cet arrêt, les commentateurs jugent que cette situation résulte d’un choix opéré librement par l’épouse. Si la cause de la disparité est bien le sacrifice professionnel et que ce sacrifice résultant d’un accord, on se doit de le respecter, en refusant l’allocation d’une prestation¹⁸, approuvant ainsi la décision d’appel et négligeant l’affirmation de principe de la cour de cassation qui exclue l’argument de la cause de la disparité associé au choix “personnel” ou “commun” des époux¹⁹. Certains auteurs sont plus mesurés et considèrent que si la seule disparité est à prendre en considération sur le principe même de la prestation, ses causes doivent intervenir dans l’appréciation de son montant²⁰.

Cette résistance de la doctrine à la jurisprudence de la Cour de cassation trouve un appui certain dans des arrêts de cours d’appel qui continuent à refuser la prestation compensatoire sur le fondement d’un “choix personnel”, en général assimilé à un choix égoïste ou qui n’aurait pas imposé un sacrifice. On peut citer notamment le fait de quitter son travail “pour poursuivre ses propres intérêts”, sans que cela constitue un quelconque sacrifice pour s’occuper de la famille (Monsieur, Aix en Provence, 18 fév. 2014), pour s’occuper de ses 3 enfants issus d’un premier mariage et de l’enfant commun (Madame, Amiens, 26 juin 2015) ou encore de quitter son pays natal, où elle travaillait, pour suivre son mari en France (Madame, Nîmes, 2 mars 2014).

¹⁸ HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°1/2015, p. 110. L’auteur cite au renfort de son argumentaire GARE, T. (RJPFF 20°14-12/14) selon lequel la solution retenue devrait être différente si ce choix avait été “imposé” à l’épouse.

¹⁹ On peut également citer, dans le même sens, un arrêt de la cour de cassation du 15 avril 2015 par lequel la cour annule un arrêt refusant une prestation au motif que le demandeur, diplômé, aurait pu avoir une activité professionnelle et doit assumer les choix de vie qu’il a fait (Civ. 1^{ère}, 15 avril 2015, n°14-15.721, HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n° 3/2015, p. 595).

²⁰ CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, préc.

Donner une place à la cause de la disparité ainsi conçue de manière subjective, en l'associant aux choix d'un époux ou au choix du couple, revient à diminuer le nombre de situations ouvrant droit à la prestation, alors que celle-ci est attribuée presque exclusivement aux femmes qui se conforment à un modèle social encore largement partagé lorsqu'elles se consacrent, plus que leurs époux, aux activités domestiques et à l'éducation des enfants ou qu'elles suivent leur mari dans leur carrière. Doivent-elles assumer seules les conséquences de ce modèle social, au prétexte du choix qu'elles auraient ainsi fait, en se voyant refuser une prestation au moment du divorce ? Plus largement, la protection que constitue la prestation compensatoire doit-elle être soumise au critère libéral du choix d'un époux, ou de l'accord présumé des époux ? Ce serait ignorer que la prestation peut trouver une justification tant dans les droits et obligations du mariage, protection d'ordre public traditionnelle que l'on peut trouver dépassée, que dans l'indemnisation de l'investissement différencié des époux dans des activités domestiques non rémunérées.

Cependant, il faut noter que l'article 270 du Code civil, lorsqu'il indique la disparité comme le critère clef de l'attribution de la prestation compensatoire, ajoute que cette prestation peut cependant être écartée au regard des critères d'appréciation fournis par l'article 270 qui le suit. Ainsi ces critères, présentés dans cet article au titre de la mesure de la compensation, semblent dans le même temps conçus par la loi comme un élément d'appréciation du principe même de l'attribution de la prestation compensatoire. A cette ambiguïté s'ajoute encore les critères de mesure de la prestation compensatoire. Ils illustrent eux aussi l'incertitude de ses justifications et rendent difficile l'évaluation de son montant.

IV. LA MESURE DE LA COMPENSATION.

La loi fournit des critères pour évaluer le montant de la prestation compensatoire. Selon l'article 271 du Code civil, "La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. A cet effet, le juge prend en considération notamment la durée du mariage; l'âge et l'état de santé des époux ; leur qualification et leur situation professionnelles; 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; 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", (soit les conséquences des choix professionnels, dans une système de

protection sociale où les droits à la retraite sont liés à des cotisations assises sur les revenus professionnels).

Ces critères seront présentés au regard des préoccupations principales qu'ils traduisent, démontrant ainsi la diversité des objectifs qu'ils poursuivent avant d'aborder les difficultés d'évaluation du montant de la prestation compensatoire

1. Des critères légaux de mesure de la compensation.

Le juge doit avant tout s'assurer de la disparité elle-même, "en tenant compte de la situation au moment du divorce, de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible", et notamment du "patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial". Celle-ci constitue donc à la fois le déclencheur du droit à prestation et un élément d'appréciation de son montant. Cette appréciation de la disparité requiert une information suffisante du juge (cf. supra) et reste délicate concernant les conséquences sur le patrimoine des divorcés de la liquidation du régime matrimonial. En effet, le plus souvent, le régime matrimonial n'est pas liquidé au moment où le divorce est prononcé. Cependant, le juge peut anticiper, notamment lorsque le patrimoine du couple est modeste et se réduit par exemple au logement de la famille. La loi du 26 mai 2004 donne en outre au juge la possibilité, au stade des mesures provisoires, de désigner un notaire "en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager" (article 255 10°) ou encore de désigner tout professionnel qualifié "en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux" (article 255 9°)²¹. L'appréciation de la disparité prévisible des niveaux de vie des époux est également délicate s'agissant des ressources liées à leur activité professionnelle à venir, spécialement lorsque l'un des époux doit retrouver une activité professionnelle ou la développer. Les perspectives de carrière de chacun doivent ainsi être prises en considération, ainsi que les droits à la retraite, évalués en fonction des cotisations versées, elles-mêmes liées au nombre d'années travaillées et aux revenus professionnels sur lesquels elles ont été calculées.

La loi indique également que "la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre". Ce critère a une fonction certaine : rappeler que le débiteur ne peut pas être tenu au-delà de ses capacités contributives, ce qui est la règle dès lors que cette prestation se situe sur le terrain des solidarités familiales²². Mais ce critère renvoie aussi aux "besoins" du créancier

²¹ S'agissant de l'évaluation du capital prévisible des époux, la cour de cassation considère que les espérances successorales ne sont pas des droits prévisibles et qu'elles ne doivent donc pas être intégrées au raisonnement.

²² La question du développement d' "assurance divorce" avait cependant été évoquée dès la loi de 1975, ce type d'assurance permettant, par la mise en place d'une solidarité collective, de dépasser cette limite inhérente

et utilise une expression propre au droit des obligations alimentaires, semblant ainsi rapprocher la prestation compensatoire d'une obligation alimentaire traditionnelle, alors même que la loi de 1975 avait justement pour ambition de rompre avec le droit antérieur en supprimant l'obligation alimentaire entre ex-époux. Le recours à cette expression brouille les objectifs poursuivis par la prestation compensatoire et laisse penser qu'elle aurait pour objectif de répondre aux seuls "besoins" du créancier, entendu au sens du droit des obligations alimentaires. Il s'agirait alors simplement d'assurer au conjoint démuné un revenu minimal lui permettant de subvenir à ses besoins vitaux.

La loi indique encore que le montant de la prestation compensatoire doit être apprécié au regard des "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". Cause de disparité dans les niveaux de vie, le fait pour un époux d'avoir sacrifié ou ralenti sa carrière, d'avoir renoncé à ses propres ambitions professionnelles pour rester au foyer alors que son conjoint se consacrait à son travail et continuait à évoluer dans le monde du travail est dont l'un des éléments d'appréciation du montant de la prestation. La responsabilité principale des enfants dans les années qui suivent le divorce doit également être prise en considération²³. Le critère de la qualification et de la situation professionnelle des époux ainsi que le critère de leurs droits existants et prévisibles, en particulier en matière de pensions de retraite relèvent également de considérations liées à la capacité d'obtenir des ressources par une activité professionnelle, que cette capacité ait été ou non diminuée par un investissement domestique antérieur ou à venir.

De même, les critères de l'âge et de l'état de santé des époux renvoient à la capacité d'obtenir des ressources par une activité professionnelle, que cette capacité ait été ou non diminuée par un investissement domestique. Ce n'est plus le cas du critère de la durée du mariage, sauf à considérer qu'une durée longue est plus susceptible d'obérer les capacités de gain d'un époux dès lors qu'il s'est plus longtemps éloigné du secteur marchand. Cette explication se fonde sur l'idée que la prestation constitue une forme d'indemnisation des inégalités économiques liée à la répartition des tâches dans le couple. Si l'on préfère retenir que la prestation constitue plutôt un droit continué lié à la protection d'ordre public accordée aux époux, il est également logique que le droit soit d'autant plus important que le mariage a été long, cette fois indépendamment de l'investissement différencié dans la sphère domestique. C'est cette logique que semble suivre la cour de cassation lorsqu'elle refuse la prise en considération des années d'union libre qui auraient précédé le mariage. Dernière explication plausible : l'âge, l'état de santé de l'époux, voire la durée longue du

aux solidarités familiales. Ces assurances ne se sont finalement pas développées, mais la question reste d'actualité. Voir sur ce point, BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: "Comment font les juges", cit.

²³ L'art. 271 fournit comme critère de mesure "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*".

mariage sont autant d'indices de l'incapacité actuelle et prévisible du créancier de subvenir à ses besoins, la prestation s'expliquant alors par la nécessité de répondre à ses besoins alimentaires.

Comme on le voit, ces critères légaux poursuivent plusieurs objectifs et les praticiens, notamment les avocats qui souhaiteraient pouvoir informer leurs clients des solutions attendues, font valoir que ces critères nombreux sont pourtant insuffisants pour permettre une prévisibilité des décisions rendues.

Cette incertitude est liée au fait que ces critères renvoient à des logiques différentes et ne permettent pas de préciser quel est l'objectif attendu de la prestation compensatoire, au-delà de l'obligation de "compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives". Cette obligation peut en effet être entendue comme l'obligation d'assurer un minimum de revenu à un ex-époux sans ressources ou sans capacité de s'en procurer, de lui assurer le maintien éventuellement provisoire du niveau de vie atteint pendant le mariage ou encore de niveler les niveaux des vies des deux ex-époux. D'autres analyses peuvent être proposées, comme fournir à l'époux défavorisé des moyens le temps d'acquérir une nouvelle indépendance économique, ou encore compenser le manque à gagner subi du fait de l'investissement passé ou même à venir dans les soins donnés aux enfants et plus largement dans les activités domestiques.

2. Fixer le montant de la prestation compensatoire.

L'absence de justification à la fois unique et explicite de la prestation compensatoire ne permet pas de choisir une méthode de calcul de la prestation qui permettrait d'y répondre, par exemple en liant ce montant aux besoins vitaux du créancier, au maintien même provisoire d'un niveau de vie ou encore au préjudice né du retrait total ou partiel du secteur marchand. La seule indication est l'obligation faite au juge de compenser la disparité, en tenant compte des critères proposés par la loi, sans que soit précisé jusqu'à quelle hauteur il y a lieu de la compenser. Il est donc difficile d'aller au-delà de l'affirmation que la prestation constitue un outil provisoire de rééquilibrage des niveaux de vie, au moment du divorce et dans un avenir prévisible.

Pour le reste, la Cour de cassation renvoie au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, seuls aptes à fixer ce montant, sous réserve du contrôle de leur motivation. Cet exercice est considéré par beaucoup de praticiens comme impliquant un exercice divinatoire²⁴ et un résultat aléatoire²⁵ et a suscité la création

²⁴ PIWNICA, D.: "Evaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? Dossier prestation compensatoire", *Actualité Juridique Famille*, janvier 2013.

²⁵ Une comparaison des montants est difficile. L'équipe de recherche *Compres* avance sur ce terrain, à partir de l'analyse de plus de 5000 décisions de justice. Mais la comparaison doit être menée

de multiples méthodes chiffrées de calcul, créées par des praticiens à destination des praticiens, magistrats et avocats.

Ces méthodes, aujourd'hui largement diffusées, proposent des règles de calcul plus ou moins précises, plus ou moins éloignées du cadre légal dans lequel elles s'insèrent, et aboutissent à des résultats parfois très différents pour une même situation. Elles font depuis quelques temps l'objet de publications dans des revues spécialisées²⁶ et peuvent donc être analysées et comparées²⁷.

Certains avocats utilisent l'ensemble de ces méthodes et en extraient une moyenne, qui va leur fournir un montant de base qu'ils pourront ensuite faire évoluer en fonction du cas d'espèce et de leur place dans la procédure. Les magistrats également utilisent ces méthodes, sans qu'il soit possible de mesurer l'ampleur de ces pratiques, les décisions rendues ne faisant pas expressément référence à ces outils.

V LE REGIME DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE.

1. Forme et durée de la prestation compensatoire.

A) Une prestation compensatoire sous forme de capital.

Dès l'origine, la prestation compensatoire devait être constituée d'une somme forfaitaire, fixée définitivement au moment du divorce et versée si possible en une seule fois. Cette solution s'accorde avec une prestation compensatoire fixée en capital, même si la loi autorise encore et sous des conditions strictes de fixer une prestation sous forme de rente viagère. La loi autorise également des prestations sous forme de rente temporaire, mais seulement dans le cas des divorces par consentement mutuel, et des prestations mixtes, qui articulent les différentes solutions possibles. Si le capital est le principe, la loi autorise de façon subsidiaire, lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser immédiatement la somme fixée, que celle-ci soit versée de façon échelonnée, sur une période maximale de huit années. Le juge devra alors préciser la périodicité des versements. Par ailleurs, il est toujours possible à l'époux débiteur de se libérer à tout moment en versant le solde

“toutes choses égales par ailleurs” et suppose de disposer d'informations suffisantes dans les décisions de justice analysées. Ces analyses, en cours, n'ont pas encore fait l'objet de publications.

²⁶ La revue *Actualités Juridiques Famille* (Dalloz) a produit plusieurs dossiers successifs sur cette question, le premier dès 2005.

²⁷ Voir en particulier CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, préc. Voir également SAYN, I.: “Compenser les inégalités économiques des époux après divorce ? Des critères légaux aux outils d'aide à la décision *in* Les transferts économiques entre ex-époux à la suite du divorce : logiques alimentaire, compensatoire, indemnitaire?”, Dossier, *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société*, 31(2), <http://dx.doi.org/10.1017/cls.2016.20>

du capital versé sous forme de rente. Le montant du capital étant fixé, il peut être versé sous la forme d'une somme d'argent mais également sous la forme d'un abandon de bien, que ce soit en pleine propriété, en usufruit ou sous forme de droit d'usage et d'habitation²⁸. Le juge a alors l'obligation de préciser la valeur des biens attribués et le transfert de propriété sera réalisé par le jugement lui-même, qui fera l'objet d'une publicité foncière. Il est également possible de combiner un capital versé immédiatement et un capital versé de façon échelonnée, toujours sur une période maximale de huit années.

B) Une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.

Si l'âge ou l'état de santé du créancier qui ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, et sous réserve d'une motivation spéciale du juge, il est encore possible de prévoir une rente viagère (art. 276 C. civ.). Cette rente viagère peut être combinée avec un capital. La décision peut prévoir que le montant de cette rente variera dans le temps, pour tenir compte de l'évolution probable des ressources et des besoins du créancier, dès lors qu'il précise à compter de quel événement et fixe le montant du pour chaque période. Cette rente est obligatoirement indexée, en général sur l'indice mensuel des prix à la consommation.

C) La prestation compensatoire et l'accord des parties.

L'accord des parties sur la question de la prestation compensatoire concerne à la fois le divorce par consentement mutuel et l'homologation d'un accord partiel des époux dans le cadre d'un divorce contentieux.

Sous réserve d'un contrôle formel du juge, les époux disposent alors d'une grande liberté. Les époux peuvent prévoir non seulement le montant qu'ils souhaitent mais également les modalités de paiements qu'ils entendent : rente viagère, rente à temps, capital, dont capital versé sur une période supérieure à huit ans.

Le contrôle du juge est alors particulièrement léger, y compris en cas de renonciation tacite à une prestation compensatoire dans une situation susceptible d'y ouvrir droit. C'est alors souvent le moyen de trouver des solutions en lien avec le règlement du

²⁸ Le conseil Constitutionnel a affirmé que le texte permettant une attribution forcée de biens, dès lors qu'elle était subsidiaire au versement sous forme d'une somme d'argent et qu'elle répondait à un but d'intérêt général, ne pouvait pas être considéré comme contraire à l'article 2 de la constitution protégeant le droit de propriété, Cons. Const. 13 juillet 2011, n°2011-151 QPC.

régime matrimonial²⁹.

2. Modifications et extinction de la prestation compensatoire.

Au terme de la loi de 1975, le montant de la prestation fixé au moment du divorce ne pouvait pas faire l'objet de révision, sauf en cas de "conséquences d'une exceptionnelle gravité" pour l'un des conjoints. Cette exception était entendue de façon étroite par la cour de cassation. De plus, la dette de prestation était transmise à la succession. La solution a nettement évolué depuis, en faveur du débiteur et de ses successibles.

Lorsque la prestation a été décidée par le juge, le montant de la prestation fixée sous forme de somme d'argent ne peut pas être modifié. Seules les modalités de paiement peuvent être révisées, à la seule initiative du débiteur, dès lors qu'il justifie d'un changement important dans sa situation. Cette procédure peut aboutir à un rééchelonnement du versement sur une période totale supérieure à huit ans.

Il n'en est pas de même pour la prestation fixée sous forme de rente viagère : celle-ci peut être diminuée, voire supprimée, ou faire l'objet d'une substitution en capital. En cas de changement important dans les ressources de l'un ou les besoins de l'autre (on pense notamment aux situations de remariage ou concubinage notoire, à une période de chômage), une demande peut être faite de diminution du montant de la prestation, la révision ne pouvant jamais avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur (art. 276-3 alinéa 2). La diminution accordée, le créancier pourra par la suite demander un rétablissement de la rente initiale, lorsque le débiteur sera revenu à meilleure fortune. Parallèlement, les parties peuvent à tout moment demander la substitution d'un capital à la rente: le débiteur doit justifier que l'âge ou l'état de santé du créancier ne fait pas obstacle à une telle substitution, le créancier doit établir qu'une modification de la situation du débiteur la permet. Cette substitution se fait à partir d'une table de capitalisation, publiée en annexe au décret d'application de la loi de 2004³⁰.

Lorsque la prestation est prévue dans une convention, celle-ci peut toujours prévoir que chacun des ex-époux pourra demander au juge de réviser le montant de la prestation dès lors que sera allégué un "changement important dans les ressources et les besoins de l'une ou de l'autre des parties". Cette modification peut alors avoir lieu à la hausse ou comme à la baisse, en raison de changements concernant l'un ou l'autre des époux et pas obligatoirement prévisibles au jour du divorce. Lorsque la convention homologuée ne comporte pas une telle clause, l'un ou l'autre peut saisir

²⁹ FAVIER, Y., BOTTET, A.: "Prestation compensatoire et liquidation-partage : des liaisons dangereuses?", *JCP, La semaine juridique, Edition notariale et immobilière*, 2015, p. 1129.

³⁰ Décret du 29 octobre 2004 qui permet d'évaluer le capital substitué à partir d'une table de capitalisation qui intègre les probabilités de décès du créancier, selon son âge et son sexe, établies par les tables de mortalité.

le juge d'une demande de révision dans les conditions de droit commun. En outre, les ex-époux peuvent toujours soumettre une nouvelle convention à l'homologation du juge.

Au décès du débiteur de la prestation, celle-ci reste en principe transmissible à ses héritiers. Mais d'une part, la loi prévoit que les pensions de réversion versées du chef du conjoint décédé sont dorénavant déduites de plein droit du montant de la prestation, d'autre part les réformes successives ont écarté le droit commun initialement applicable et organisent un solde de tout compte au moment du règlement de la succession. Le capital fixé comme le solde du capital en cas de versement différé doit être versé immédiatement, de même que la rente à laquelle est alors substitué un capital. Cette somme est alors prélevée sur la succession, d'abord sur l'ensemble des héritiers, dans la limite de l'actif successoral, ensuite et en cas d'insuffisance, sur tous les légataires particuliers, proportionnellement à leurs droits dans la succession. La prestation disparaît pour le surplus (article 280 C. civ.). Seuls les héritiers peuvent décider (art. 280-1 C. civ.) de maintenir les conditions initiales de versement de la prestation, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation (art. 280-1 C. civ.) et au moyen d'un acte notarié constant leur accord. Ils conservent le droit de demander la révision de la prestation compensatoire dans les mêmes conditions que le débiteur décédé et acquiert celui de se libérer à tout moment du solde du capital lorsque la prestation a été fixée sous forme de versements périodiques.

3. Le régime fiscal de la prestation compensatoire.

Cherchant à favoriser les prestations en capital et un règlement rapide, le droit fiscal fait dépendre leur taxation de leur forme et de leur mode de règlement. Lorsque la prestation est fixée sous forme de capital et que le versement a lieu en une seule fois ou par versements successifs mais sur une période inférieure à 12 mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le débiteur bénéficie d'une réduction d'impôt sur le revenu. Cette réduction, qui s'applique directement sur le montant de l'impôt, est équivalente à 25 % du montant de la prestation, dans la limite d'un plafond fixé à 7 625 € (revenus perçus en 2015). Du côté du créancier, cette prestation ne constitue pas un revenu imposable. Lorsque la prestation est fixée sous forme de rente ou que le versement du capital est effectué par versements successifs sur une période supérieure à 12 mois, le débiteur de la prestation peut déduire ces sommes de ses revenus imposable, tandis qu'elles sont intégrées aux revenus imposable du créancier au titre l'impôt sur le revenu.

BIBLIOGRAPHIE

BARDOUT, J.C.: “Prestation compensatoire. Comment évaluer la disparité causée au moment du divorce par l’absence de cotisation retraite pendant le mariage?”, *Actualités Juridiques Famille*, n° 9, Septembre 2015.

BEKMOKTAR, Z., MANSUY, J.: “En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital”, *Infostat Justice*, n° 144, <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057>

BOURREAU-DUBOIS, C., DORIAT-DUBAN, M.: “Le divorce, un risque assurable?”, *Assurances et gestion du risques*, mars-juin 2015, Vol. 82 (1-2).

BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: “Comment font les juges ? Une analyse des montants de prestation compensatoire fixés dans les jugements de divorce”, Communication au colloque *Les conséquences économiques de la rupture, la prestation compensatoire en question*, Paris, 7 octobre 2015. Actes à paraître, Larcier, 2017.

BRAZIER, M.: “La prestation compensatoire à l’épreuve de 10 années de pratique”, *Gazette du Palais*, 1985, 2, doc. 630, n° 17.

CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, coll. Dalloz Référence, 2015-2016.

FAVIER, Y., BOTTET, A.: “Prestation compensatoire et liquidation-partage : des liaisons dangereuses?”, *JCP, La semaine juridique, Edition notariale et immobilière*, 2015, 1129.

GARE, T.: “Chronique Droit du divorce”, *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 12/2014.

HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°1/2015, p. 110 et n°3/2015.

MOREAU, C.: MUÑOZ-PEREZ, B., SERVERIN, E.: “Les prestations compensatoires à l’épreuve du temps, Quatre mois de décisions sur les révisions de prestations compensatoires (sept.- déc. 2005)”, *Dir. des Affaires Civiles et du Sceau, cellule Etudes et recherche*, sept. 2006, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-prest-compens.pdf

PIWNICA, D.: “Evaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? Dossier prestation compensatoire”, *Actualité Juridique Famille*, janvier 2013.

SAYN, I.: “Compenser les inégalités économiques des époux après divorce ? Des critères légaux aux outils d’aide à la décision *in* Les transferts économiques entre ex-époux à la suite du divorce : logiques alimentaire, compensatoire, indemnitaire?”,

Dossier, *Canadian Journal of Law and Society* / *La Revue Canadienne Droit et Société*, 31(2),
<http://dx.doi.org/10.1017/cls.2016.20>

