

# ÉVALUATION DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE : UN EXERCICE DIVINATOIRE ?

par Dominique Piwnica

Avocat au barreau de Paris, Ancien membre du conseil de l'Ordre, membre du CNB

Conséquence financière principale du divorce, la prestation compensatoire constitue souvent l'enjeu majeur de la procédure. Dès la séparation, tant le créancier que le débiteur éventuels de la prestation compensatoire sont avides de déterminer leur avenir matériel.

Au-delà du désarroi généré par la rupture, les époux doivent faire des projets en s'assurant qu'ils pourront chacun maintenir « le gîte et le couvert ».

L'objet de cette étude constitue une tentative de définition du « juste prix » de la rupture, à partir des critères fixés par le législateur et la jurisprudence (1<sup>re</sup> partie), tout en respectant les principes de loyauté et de transparence (2<sup>e</sup> partie).

## ■ Critères légaux et jurisprudentiels de l'évaluation

La prestation compensatoire constitue souvent l'enjeu majeur de la procédure

Selon l'art. 271, al. 1<sup>er</sup>, c. civ. « 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 ».

Au-delà de ces indications sommaires et classiques en matière d'obligation alimentaire, le législateur a défini à l'alinéa suivant de l'art. 271 les critères à prendre en considération.

Ces critères sont pour partie purement financiers, c'est-à-dire objectifs, et pour partie humains, c'est-à-dire subjectifs :

« 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 ».

Tous ces critères doivent être pris en compte et observés à l'aune de la disparité justifiant l'allocation de la prestation compensatoire. Le juge du divorce examinera la situation respective des époux pour déterminer l'existence de cette disparité.

Si tel est le cas, après avoir chiffré de manière aussi objective que possible la situation respective des époux, il devra analyser les facteurs humains susceptibles d'affiner la valorisation de cette prestation.

Le « juste prix » de la rupture pourra alors être déterminé au regard de cette disparité.

## Établissement d'un audit patrimonial

### Revenus et patrimoine doivent être pris en compte -

Les critères financiers fixés par l'art. 271 c. civ. permettent d'apprécier la situation patrimoniale respective des époux au moment du divorce et d'envisager l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. Il doit être tenu compte des revenus ainsi que du patrimoine estimé ou prévisible des époux. Rappelons à titre liminaire que la disparité doit découler du mariage et des choix des époux durant la vie commune. Le juge ne peut se fonder sur des circonstances antérieures au mariage pour allouer une prestation compensatoire. La Cour de cassation l'a récemment confirmé en refusant le droit au bénéfice d'une prestation compensatoire au motif que la différence de revenus « préexistait au mariage, et qu'en aucune façon elle ne résulte des choix opérés en commun par les conjoints »<sup>1</sup>.

**Revenus liés à un accident ou handicap** - Le code civil donne des indications lapidaires sur la définition des revenus devant être pris en compte. Le législateur indique à l'art. 272, al. 2, c. civ. que le juge ne doit pas prendre en considération « les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap ».

La Cour de cassation apporte des précisions sur cette disposition. La première Chambre civile a jugé que l'allocation adulte handicapé, laquelle est « destinée à garantir un minimum de revenus à l'allocataire et non à compenser son handicap »<sup>2</sup>, la pension militaire d'invalidité, qui « comprend l'indemnisation de pertes de gains professionnels et des incidences professionnelles de l'incapacité »<sup>3</sup>, ou encore le montant du revenu minimum d'insertion<sup>4</sup> (cette solution est transposable au RSA) sont des revenus dont le juge doit tenir compte.

En revanche, il a été jugé que la rente accident du travail<sup>5</sup> doit être appréhendée comme un revenu indem-

(1) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2011, n° 10-17.445, D. 2011. 2019, note E. Buat-Ménard; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot; AJ fam. 2011. 372, obs. S. David; *ibid.* 429; RTD civ. 2011. 520, obs. J. Hauser; *ibid.* 521, obs. J. Hauser; 12 janv. 2011, n° 09-72.248, RTD civ. 2011. 332, obs. J. Hauser.

(2) Civ. 1<sup>re</sup>, n° 08-17.609, D. 2009. 2744, obs. V. Egéa; *ibid.* 2010. 522, chron. N. Auroy et C. Creton; *ibid.* 1243, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri; AJ fam. 2010. 39, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2010. 91, obs. J. Hauser.

(3) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2011, n° 10-15.381, D. 2011. 2867; AJ fam. 2011. 606, obs. S. David; RTD civ. 2012. 103, obs. J. Hauser; 26 sept. 2012, n° 10-10.781, D. 2012. 2308; AJ fam. 2012. 552, obs. G. Raoul-Cormeil; 24 oct. 2012, n° 11-26.711.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2011, n° 10-11.053, D. 2011. 877; *ibid.* 2140, chron. B. Vassallo et C. Creton; AJ fam. 2011. 209, obs. S. David; RTD civ. 2011. 332, obs. J. Hauser.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2009, n° 08-17.609, D. 2009. 2744, obs. V. Egéa; *ibid.* 2010. 522, chron. N. Auroy et C. Creton; *ibid.* 1243, obs. G. Serra et

nisant strictement l'époux victime d'un accident du travail et, à ce titre, exclue de l'évaluation de la disparité. **Autres sources de revenus** - La Cour de cassation s'est prononcée sur les autres sources de revenus des époux.

Elle a rappelé que, destinées aux enfants, les **prestations familiales** ne sont pas des revenus bénéficiant à un époux<sup>6</sup>, comme la contribution à l'entretien des enfants<sup>7</sup>.

Récemment, et à plusieurs reprises, elle a affirmé que le **devoir de secours**, quelle que soit sa forme, ne doit pas être retenu dans l'évaluation de la disparité, eu égard à son « caractère provisoire »<sup>8</sup>.

Enfin, la Cour de cassation a également considéré que les revenus locatifs procurés par les biens dépendant de la communauté<sup>9</sup> ou par les biens indivis<sup>10</sup> ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation de la disparité.

L'art. 271, al. 2, c. civ. dispose encore que le juge doit prendre en considération « le patrimoine estimé ou prévisible des époux tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ». La Cour de cassation a eu l'occasion de définir les éléments pertinents du patrimoine estimé ou prévisible des époux<sup>11</sup>, parmi lesquels les **valeurs mobilières** figurant sur les comptes bancaires des époux<sup>12</sup>.

La **nue-propiété** d'un bien constitue un actif patrimonial dont il doit être tenu compte pour l'évaluation de la prestation compensatoire. Par arrêt du 14 juin 1989, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a jugé, au visa de l'art. 270 c. civ., « qu'il devait être tenu compte de la nue-propiété de ce patri-

moine immobilier dans l'appréciation de la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux »<sup>13</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée le 28 févr. 2006 par la première Chambre civile de la Cour de cassation<sup>14</sup>, qui a opéré une distinction entre la nue-propiété et les droits successoraux. Par arrêt du 6 oct. 2010<sup>15</sup>, la Cour de cassation a jugé que, en présence de biens en nue-propiété, il convient de prendre les biens tels qu'ils sont, c'est-à-dire pour la valeur des biens en nue-propiété et non pour celle qu'ils ont vocation à prendre lors de l'extinction de l'usufruit. Cet arrêt confirme que la nue-propiété ne peut se confondre avec la vocation successorale d'un époux.

Le devoir de secours ne doit pas être retenu dans l'évaluation de la disparité

**Droits des époux dans la liquidation du régime matrimonial** - S'agissant des droits des époux dans la liquidation du régime matrimonial, la Cour de cassation a apporté plusieurs précisions. En premier lieu, les donations consenties entre époux doivent être prises en compte pour estimer les patrimoines respectifs des époux. Il a, en effet, été jugé qu'un époux n'est pas fondé à engager une instance en révocation d'une donation alors qu'il avait soutenu antérieurement dans la procédure de divorce que son épouse bénéficiait de cette donation<sup>16</sup>, intégrée dans son patrimoine. En deuxième lieu, pour fixer le montant de la prestation compensatoire, le juge du divorce détermine directement les droits de chacun dans la liquidation du régime matrimonial et l'existence éventuelle de créances entre époux<sup>17</sup>.

En troisième lieu, il ne faut pas confondre la disparité créée par la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux, que tend à compenser la prestation compensatoire, et la disparité résultant de la liquidation du régime matrimonial.

**Exemple** - Par arrêt du 31 mars 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi qui tendait à démontrer que le partage de la communauté permettait à l'épouse de bénéficier de droits supérieurs à ceux de son mari et ne justifiait donc pas l'attribution d'une prestation compensatoire. Ce pourvoi a été rejeté au motif qu'il ne tendait « qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond » alors qu'en l'espèce l'existence d'une disparité avait été caractérisée par la cour d'appel<sup>18</sup>.

**Droits prévisibles** - S'agissant, enfin, des droits prévisibles des époux, la jurisprudence exclut de manière constante la vocation successorale des époux<sup>19</sup> ainsi que les perspectives de versement d'une pension de réversion en cas de prédécès du mari<sup>20</sup>.

L'existence d'une disparité, avérée sur le fondement de critères financiers, ne suffit pas à justifier l'allocation d'une prestation compensatoire. Les facteurs humains peuvent renforcer ou contrebalancer l'existence d'une disparité objective.

## Critères humains : élaboration d'un « audit compensatoire »<sup>21</sup>

Quatre des sept critères d'évaluation de la prestation compensatoire, énumérés par l'art. 271, al. 2, c. civ., sont des critères humains.

S'il est impossible de déduire de cette liste non exhaustive un quelconque prédominance des critères humains, c'est parfois un moyen pour le juge de faire prévaloir l'aspect indemnitaire de la prestation compensatoire et, le cas échéant, de privilégier l'époux « innocent ».

Ces critères humains tentent de faire état du vécu du couple et permettent d'apprécier la disparité liée aux choix de vie effectués en

L. Williatte-Pellitteri; AJ fam. 2010. 39, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2010. 91, obs. J. Hauser. — *Contra*: Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 2007, n° 07-10.517, D. 2007. 3012, obs. F. Luxembourg; AJ fam. 2008. 34, obs. S. David.

(6) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, n° 09-12.718, D. 2010. 2431; AJ fam. 2010. 493; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser; 15 févr. 2012, n° 11-11.000, D. 2012. 552; AJ fam. 2012. 225, obs. S. David; RTD civ. 2012. 301, obs. J. Hauser; 6 juin 2012, n° 11-15.410; 10 oct. 2012, n° 11-25.610.

(7) Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012, n° 11-25.610, préc.

(8) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 2012 n° 11-13.547; 15 févr. 2012, n° 11-14.187, D. 2012. 552; AJ fam. 2012. 225; RTD civ. 2012. 301, obs. J. Hauser (loyer perçu au titre du devoir de secours); 29 févr. 2012, n° 11-14.872, RTD civ. 2012. 301, obs. J. Hauser et 28 mars 2012, n° 11-16.828 (jouissance gratuite du domicile conjugal au titre du devoir de secours).

(9) Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 2012, n° 10-20.018, D. 2012. 552; AJ fam. 2012. 225; RTD civ. 2012. 301, obs. J. Hauser.

(10) Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012, n° 10-27.293.

(11) Exemples récents: Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2012, n° 12-17.394, D. 2012. 2661; AJ fam. 2012. 607, Pratique E. Buat-Ménard (patrimoine immobilier des époux); Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012, n° 11-20.929 (patrimoine propre des époux).

(12) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 févr. 2012, n° 11-14.244.

(13) Civ. 2<sup>e</sup>, 14 juin 1989, n° 88-13.257.

(14) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, n° 04-18.427.

(15) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, D. 2010. 2431; AJ fam. 2010. 493; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser.

(16) Civ. 1<sup>re</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-25.078, D. 2011. 2728; RTD civ. 2012. 102, obs. J. Hauser.

(17) Civ. 2<sup>e</sup>, 3 nov. 1988, n° 87-11.018 et 87-11.394; 14 juin 1989, n° 89-13.257, JCP 1989, IV. 303. — V. égal. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2012, n° 11-13.914.

(18) Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2010, n° 09-13.811, D. 2010. 963; *ibid.* 2392, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel; AJ fam. 2010. 231, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2010. 312, obs. J. Hauser; *ibid.* 535, obs. J. Hauser; 11 mai 2012, n° 11-10.558.

(19) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, n° 09-10.989, D. 2010. 2431; AJ fam. 2010. 493; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser.

(20) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, n° 09-15.346, D. 2010. 2431, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser.

(21) Stéphane David, Calcul de la prestation compensatoire: proposition d'un expert, AJ fam. 2010. 350.

commun par les époux. Ils doivent être pris en compte dans l'évaluation de la prestation compensatoire et peuvent justifier, si l'équité le commande, l'exclusion de toute prestation compensatoire.

**Durée du mariage** - Plus la durée du mariage est longue, plus les époux seront liés économiquement et plus la disparité sera causée par la rupture et justifiera, en conséquence, l'octroi d'une prestation compensatoire.

Ce critère, qui paraît objectif, a dû être précisé par la Cour de cassation qui a ajouté une notion de « vie commune pendant le mariage ». Dans un premier arrêt du 16 avr. 2008<sup>22</sup>, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel ayant jugé qu'il y avait lieu de considérer uniquement la durée de vie commune postérieure au mariage pour évaluer la prestation compensatoire dans une espèce où les époux étaient séparés depuis six ans. Dans un second arrêt rendu le même jour, elle a estimé que les juges n'avaient pas à retenir la durée de vie commune antérieure au mariage pour déterminer les besoins et les ressources des époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire<sup>23</sup>. Cette solution a été confirmée à de nombreuses reprises, et notamment par un arrêt du 6 oct. 2010<sup>24</sup> dans lequel la Cour a refusé de tenir compte du concubinage antérieur au mariage qui avait duré plus de vingt ans.

Seule est décomptée la durée du « vif mariage », soit celle pendant laquelle les époux répondent à l'adage « boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble » (Loysel).

**Sacrifice professionnel d'un des époux, résultat d'un choix de vie commun** - La prestation compensatoire rééquilibre les conséquences des choix opérés en commun par les époux, inhérents à la vie de couple. La balance de la prestation compensatoire penche alors vers celui des époux qui a sacrifié sa vie professionnelle, ou a tout le moins ralenti sa carrière, celui qui a suivi son conjoint au gré de ses mutations, ou encore celui qui a renoncé à ses ambitions pour rester au foyer auprès des enfants, alors que son conjoint se consacrait à son travail et continuait à évoluer professionnellement.

Comment évaluer ces sacrifices ? Dans une hypothèse où l'un des époux a cessé toute activité, l'absence totale de cotisations retraite peut être mise en exergue. En revanche, si l'un des époux a freiné sa carrière au profit de sa famille (congé maternité, congé parental, absences répétées ou horaires réduits au profit des enfants), il est périlleux voire impossible de chiffrer ce sacrifice autrement que par la perte d'une chance.

La prestation peut également compenser le fait pour un époux d'avoir collaboré sans rémunération à l'activité professionnelle de son conjoint, permettant à ce dernier d'acquérir un statut social, dont il ne profitera plus.

*A contrario*, la disparité résultant des choix de vie personnels d'un époux ne saurait donner lieu à compensation.

**Exemples** - La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait débouté le mari de sa demande de prestation compensatoire en constatant, d'une part, « que son style de vie ne correspondait pas à ses revenus officiels » et, d'autre part, « qu'il s'était volontairement orienté vers une vie professionnelle peu active »<sup>25</sup>. Elle a également retenu que la situation d'un époux qui travaillait à temps partiel résultait d'un choix personnel indépendant de son état de santé et approuvé la cour d'appel qui avait accordé à l'épouse une prestation compensatoire<sup>26</sup>.

**Concubinage d'un des époux au moment du prononcé du divorce** - La situation de concubinage de l'un des époux, lors du prononcé du divorce, doit être ajoutée aux critères de l'art. 271 c. civ. dans l'appréciation du montant de la prestation compensatoire<sup>27</sup> en ce qu'elle implique un partage des charges et partant une augmentation potentielle des ressources disponibles.

**Équité** - Les facteurs humains que nous venons d'énumérer per-

mettent d'ajuster le curseur de la balance de la prestation compensatoire au point d'équilibre du « juste prix » de la rupture. Reste que la prestation compensatoire peut encore être refusée. L'art. 270, al. 3, c. civ. dispose que « le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'art. 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 ».

Le refus de la prestation compensatoire en considération des critères de l'art. 271 n'appelle pas d'observation particulière. Le juge du divorce apprécie souverainement que les critères subjectifs prévalent sur une disparité objective entre les époux.

**Exemple** - La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel qui a rejeté la demande de prestation compensatoire en dépit de l'analyse mathématique des situations respectives des époux, aux motifs que l'épouse n'avait fait aucun effort pour trouver un emploi, et qu'elle avait cessé très tôt de s'occuper des quatre enfants, entièrement assumés par le père, pour lesquels elle ne versait aucune contribution et auxquels elle ne rendait que de rares visites<sup>28</sup>.

La prise en considération des torts exclusifs de l'époux, qui demande le bénéfice de la prestation compensatoire, mérite en revanche davantage d'intérêt. Le juge dispose de la possibilité de refuser l'allocation d'une prestation compensatoire en appréciant souverainement, en équité, au regard des circonstances particulières de la rupture, si l'époux mérite ou non d'en bénéficier. L'examen des torts, éliminé par le législateur de 2004, est expressément réintroduit dans l'appréciation du principe même de la prestation compensatoire par le juge aux affaires familiales.

**Exemples** - Une cour d'appel a ainsi pu retenir que les circonstances particulières de la rupture, nées de l'attitude incompréhensible de l'épouse qui rejette son mari et ses enfants pour une vie exclusivement spirituelle sous

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2008, n° 07-17.652, D. 2008. 1271, obs. V. Avena-Robardet; *ibid.* 2009. 773, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 832, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri; AJ fam. 2008. 249, obs. F. Chénéde; *ibid.* 295, obs. S. David; RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser; *ibid.* 472, obs. J. Hauser; Defrénois 2008. 1833, obs. Massip.

(23) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2008, n° 07-12.814, D. 2008. 1271, obs. V. Avena-Robardet; AJ fam. 2008. 251, obs. S. David; RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser; Defrénois 2008. 1833, obs. Massip. — Confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-18.147, D. 2010. 1243, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri; AJ fam. 2009. 491, obs. S. David; RTD civ. 2009. 706, obs. J. Hauser.

(24) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, n° 09-12.718, D. 2010. 2431; AJ fam. 2010. 493; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser Dr. fam. 2010, n° 178, note Larribau-Terneyre.

(25) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2007, n° 06-11.364, AJ fam. 2007. 353, obs. S. David; RTD civ. 2007. 553, obs. J. Hauser.

(26) Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, n° 08-12.945.

(27) Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avr. 2006, n° 05-15.706, D. 2006. 1401; AJ fam. 2006. 246, obs. S. David; RTD civ. 2006. 545, obs. J. Hauser; 6 oct. 2010, n° 09-69.448; 26 oct. 2011, n° 10-26.003.

(28) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-66.186, D. 2010. 2952, note L. Mauger-Vielpeau; AJ fam. 2010. 492, obs. C. Siffrein-Blanc; RTD civ. 2010. 770, obs. J. Hauser; Dr. fam. 2010 n° 161, note Douris.

l'emprise d'un « guide », justifient de ne pas lui accorder de prestation compensatoire<sup>29</sup>, non-obstant les critères de l'art. 271 c. civ.

En revanche, une femme ayant accouché pendant le mariage d'un enfant issu d'un adultère n'a pas été privée de prestation compensatoire, la cour d'appel ayant souverainement estimé que l'enfant étant métis l'époux ne pouvait ignorer qu'il n'en était pas le père, et l'a néanmoins élevé comme son fils. Les circonstances de la rupture, quoique fautives, n'empêchaient donc pas l'octroi à l'épouse d'une prestation compensatoire<sup>30</sup>.

## ■ Outils juridiques d'une évaluation juste et sincère

Une fois les critères identifiés, il convient de former une demande chiffrée de prestation compensatoire auprès du juge aux affaires familiales. Quels sont les outils qui permettent de fonder cette demande chiffrée sur une évaluation sincère et juste ?

### Outils d'une évaluation sincère

Les obligations de transparence et de loyauté des époux entre eux, et à l'égard du juge, qui découlent de l'obligation générale de renseignements consacrée par le législateur<sup>31</sup>, permettent de garantir une évaluation sincère de la prestation compensatoire. Le législateur oblige les époux à la transparence et à la loyauté, assurant une parfaite information du juge sur leurs revenus et leur patrimoine.

**Désignation d'un notaire ou d'un professionnel qualifié par le juge conciliateur** - Au stade des mesures provisoires, le juge peut désigner, en vertu de l'art. 255, 9°, c. civ. « tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux », et/ou 10° « un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager ».

Dans ce cadre, la transparence s'impose aux parties qui doivent, en vertu de l'art. 259-3, al. 1<sup>er</sup>, c. civ., « se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts et autres personnes désignés par lui en application des 9° et 10° de l'art. 255 tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial », et s'impose aux tiers qui, en vertu du second alinéa du même article, peuvent être tenus de communiquer des pièces sans que le secret professionnel puisse leur être opposé. Il appartient au notaire désigné en vertu de l'art. 255, 10°, c. civ., de déterminer le régime matrimonial des époux, d'effectuer des opérations d'inventaire et d'évaluation des biens et de déterminer récompenses, créances et compte d'administration, afin d'établir un projet d'état liquidatif.

Sur le fondement de l'art. 255, 9°, c. civ., le professionnel qualifié (qui peut être notaire, expert-comptable, expert immobilier, gestionnaire de patrimoine, ou avocat) est chargé d'éclairer le juge sur l'existence d'une éventuelle disparité lui permettant de statuer sur le montant et les modalités de la prestation compensatoire. Dans l'exercice de cette mission, le professionnel qualifié dresse un état des avoirs financiers des époux, identifie les sociétés dans lesquelles les époux ont des intérêts, évalue les biens immobiliers, ou encore dresse un inventaire des biens propres des époux, notamment en régime de séparation des biens, en vue de connaître la consistance de leur patrimoine pour déterminer le montant de la prestation compensatoire.

Pour ne pas limiter la mission de l'expert à la seule liquidation du régime matrimonial, il est essentiel, pour fonder une demande de prestation compensatoire, de solliciter, au moment de l'audience de conciliation, une expertise sur le fondement de l'art. 255, 9°, c. civ.

Il est essentiel, pour fonder une demande de prestation compensatoire, de solliciter, au moment de l'audience de conciliation, une expertise sur le fondement de l'art. 255, 9°, c. civ.

Ces expertises sont déterminantes pour l'évaluation de la prestation compensatoire et fondent, en tout état de cause, une demande judiciaire de prestation compensatoire sur des chiffres débattus contradictoirement.

**Proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux** - En vertu de l'art. 257-2 c. civ., l'assignation en divorce doit comporter, à peine d'irrecevabilité, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux<sup>32</sup>. L'époux qui prend l'initiative de la séparation doit faire part de ses projets dans la liquidation et le partage, étant précisé que les opérations d'expertise décidées par le juge conciliateur permettront d'établir une proposition la plus juste possible au regard du patrimoine respectif des époux. Cette proposition permet au juge d'évaluer la situation prévisible des époux au moment de la liquidation du régime matrimonial.

**Déclaration sur l'honneur** - En vertu de l'art. 272, al. 1<sup>er</sup>, c. civ., en présence d'une demande de prestation compensatoire, « les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie ».

Les intentions du législateur étaient certes louables. Cependant, la déclaration sur l'honneur n'a pas eu les répercussions espérées car ni le défaut de production<sup>33</sup> ni la déclaration insincère<sup>34</sup> ne sont sanctionnés. Certains ont tenté d'obtenir une sanction pénale auprès de la Chambre criminelle qui, par arrêt du 7 mars 2012<sup>35</sup>, a sonné le glas de la déclaration sur l'honneur : elle ne constitue ni une attestation ni un certificat au sens de l'art. 441-7 c. pén., qui réprime « le fait d'établir un certificat ou une attestation faisant état de faits matériellement inexacts ». La Cour de cassation a décidé qu'en condamnant la prévenue qui avait produit, au soutien de sa demande de prestation compensatoire, une déclaration sur l'hon-

(29) Montpellier, 5 févr. 2008, AJ fam. 2008, 395, obs. David.

(30) Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 2011, n° 10-17.153.

(31) Alice Tisserand-Martin, *Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant, Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz Litec 2006, 207.

(32) Cette proposition contient, en vertu de l'art. 1115 c. pr. civ., « un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens ».

(33) Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, n° 05-17.533, D. 2006, 1562; *ibid.* 2007, 608, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri: l'examen de la demande tendant au rejet d'une demande de prestation compensatoire n'est pas subordonné à la production d'une déclaration sur l'honneur; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2005, n° 03-18.038, D. 2005, 2176; AJ fam., 2005, 404, obs. S. David; RTD civ., 2005, 765, obs. J. Hauser: les juges du fond n'ont pas à faire spécialement mention dans leur décision de la déclaration sur l'honneur.

(34) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 2007, n° 05-21.448: peu importe que les informations chiffrées figurant dans la déclaration sur l'honneur ne correspondent pas aux justificatifs versés; les juges du fond en apprécient souverainement la valeur probante.

(35) Crim., 7 mars 2012, n° 11-82.153, D. 2012, 815; *ibid.* 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin; AJ fam. 2012, 405, obs. C. Elkouby Salomon; AJ pénal 2012, 287, obs. J. Gallois.

neur ne mentionnant pas la donation en avancement d'hoirie consentie par sa mère, la cour d'appel a violé le sens et la portée de l'art. 441-7.

La déclaration sur l'honneur s'analyse donc en une simple déclaration soumise à discussion, dont l'inexactitude n'est pas directement sanctionnée.

En revanche, les comportements déloyaux et frauduleux des époux, consistant à dissimuler une partie de leur patrimoine, sont sanctionnés sévèrement par la jurisprudence.

**Sanctions pendant l'instance en divorce** - La jurisprudence sanctionne les comportements déloyaux des époux en se fondant sur des principes de procédure civile.

La Cour de cassation a réaffirmé l'exigence de respect du contradictoire s'agissant de l'échange de pièces relatives aux conditions de vie actuelles et prévisibles des époux<sup>36</sup>. Mais surtout, elle reconnaît l'intérêt à interjeter appel en cas de dissimulation révélée.

**Exemple** - Elle a jugé, par arrêt du 23 nov. 2011<sup>37</sup>, que l'épouse justifiait d'un intérêt pécuniaire à interjeter appel bien qu'elle ait obtenu, en première instance, le bénéfice de l'ensemble de ses demandes et notamment l'octroi de la prestation compensatoire sollicitée, dès lors que, postérieurement aux débats, des éléments ont révélé que son époux percevait des revenus supérieurs à ceux qu'il avait indiqués dans sa déclaration sur l'honneur. L'époux avait soutenu percevoir un revenu mensuel de 2700 € en qualité de gérant d'une société, alors que la publication des comptes de la société, trois mois après les débats, avait révélé qu'il percevait en réalité 5000 € par mois.

La Cour de cassation se fonde sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond pour sanctionner le défaut de transparence des époux.

**Exemple** - La Cour a validé, par arrêt du 1<sup>er</sup> février 2012<sup>38</sup>, le raisonnement d'une cour d'appel qui a apprécié l'existence d'une disparité au regard des critères de l'art. 271 c. civ. et a retenu notamment que « M. X..., qui ne peut ériger sa propre carence en grief, s'était abstenu d'indiquer ses droits prévisibles à la retraite ». En invoquant l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation défend le respect de l'obligation de transparence des époux, qui doivent fournir au juge toute information utile sur leur situation.

À cet égard, il a été jugé qu'un défaut de transparence patrimoniale des époux constitue une faute justifiant l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de l'art. 1382 c. civ.<sup>39</sup>

Enfin, la Cour d'appel de Lyon a, par arrêt du 19 déc. 2011, sanctionné la mauvaise foi d'un époux sur sa situation réelle<sup>40</sup>, en constatant que la quasi-égalité des salaires des époux relevait d'un procédé artificieux et ne pouvait, en conséquence, être retenue pour déterminer le principe du droit à prestation compensatoire, alors que « l'époux, qui fixe lui-même le montant de sa rémunération, sera en mesure de relever le montant de sa rémunération quand il lui plaira et autant qu'il le voudra ».

**Sanctions postérieures au prononcé du divorce** - L'époux fraudeur s'expose à des sanctions civiles dans le cadre du divorce contentieux, notamment le recours en révision, prévu à l'art. 593 c. pr. civ. en cas de fraude, mensonge ou tromperie<sup>41</sup>.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, du fait du caractère indivisible du prononcé du divorce et du règlement de ses conséquences, le recours en révision est exclu.

D'autres sanctions peuvent être envisagées, telles que les sanctions du recel civil, du partage complémentaire et du recouvrement de créance, qui sont admises aussi bien dans les divorces contentieux que dans les divorces par consentement mutuel.

Enfin, l'époux qui omet volontairement un bien dans l'état liquida-

tif engage sa responsabilité<sup>42</sup>.

Des sanctions pénales peuvent également être encourues dans l'hypothèse où la déloyauté révélerait la commission d'une infraction, telle que le faux et usage de faux<sup>43</sup>, l'escroquerie au jugement<sup>44</sup>, ou encore l'organisation frauduleuse d'insolvabilité<sup>45</sup>.

## Méthodes de calcul : outils d'une évaluation juste ?

Les critères légaux et prétoriens ne permettent pas de chiffrer avec exactitude le montant de la prestation compensatoire, dont les uns considèrent qu'elle constitue le prix de la liberté et les autres l'assurance de ne pas sombrer dans le dénuement. Si les praticiens du droit de la famille tentent de déterminer, pour chaque espèce, une « fourchette » correspondant au montant de la prestation compensatoire, cette évaluation empirique est difficilement compréhensible pour le justiciable, qui, en présence d'un aléa, aura tendance à se considérer comme la victime d'une décision arbitraire. Cette situation peut être très inquiétante pour les époux qui sont « en suspens » pendant la procédure de divorce, incapables de se projeter dans l'avenir.

Différentes méthodes de calcul ont été élaborées pour que les justiciables aient le sentiment que l'évaluation de la prestation compensatoire correspond à des données égales pour tous, leur assurant un minimum de prévisibilité (sur l'utilisation faite par les juges, V. l'interview d'Anne Bérard, *infra* p. 17 et pour un exemple de cas pratique, V. Stéphane David, *infra* p. 41).

L'objet de cette étude n'est pas de présenter ces méthodes, qui ont été amplement exposées et discutées par ailleurs<sup>46</sup>.

Bien qu'imparfaites, ces méthodes de calcul ont un avantage didactique et pédagogique. Les époux acceptent mieux un chiffre qui leur est soumis à la suite de calculs sophistiqués, même si les postulats sont arbitraires, qu'un chiffre qui leur est soumis sans explication.

(36) Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2008, n° 07-12.676, D. 2008. 697; *ibid.* 2009. 53, obs. M. Douchy-Oudot; RTD civ. 2008. 354, obs. R. Perrot.

(37) Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2011, n° 10-19.839, D. 2011. 2943; *ibid.* 2012. 244, obs. N. Fricero; *ibid.* 635, chron. B. Vassallo et C. Creton; *ibid.* 1033, obs. M. Douchy-Oudot; RTD civ. 2012. 101, obs. J. Hauser; *ibid.* 151, obs. R. Perrot.

(38) Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 11-12.131.

(39) Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2010, n° 09-11.511: la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel doit indemniser le préjudice sur le fondement de l'art. 1382 c. civ. dès lors qu'elle a constaté « le refus du mari de produire les pièces financières demandées par l'expert dont résultait l'échec de la mesure, comportement caractérisant l'existence du préjudice distinct de la rupture du lien conjugal invoqué par l'épouse ».

(40) Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 19 déc. 2011, RG n° 10/04399.

(41) Par ex., l'omission d'un bien immobilier dans la déclaration sur l'honneur ou la dissimulation d'un emploi constitue une fraude ouvrant droit au recours en révision.

(42) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, n° 98-15.168, D. 2001. 1074, et les obs.; RTD civ. 2001. 342, obs. J. Hauser; JCP 2001. II. 10582, note Massip.

(43) C. pén., art. 441-1 à 441-12.

(44) C. pén., art. 313-1 et 313-2. - Cette infraction peut être invoquée lorsqu'un plaideur use de manœuvres frauduleuses (production d'un faux document, par exemple) pour tromper la religion du tribunal.

(45) C. pén., art. 314-7 à 314-9.

(46) V. dossier *AJ famille* du mois de septembre 2010 et actualisation de l'article d'Axel Depondt, *AJ fam.* 2011. 482 s.

En outre, l'existence de ces méthodes a le mérite de permettre aux praticiens de déterminer de façon peut-être plus objective le calcul de la prestation compensatoire.

Cette objectivation permet de lutter, dans une certaine mesure, contre l'hétérogénéité des résultats obtenus selon les tribunaux, à situation identique, et de proposer une meilleure prévisibilité aux justiciables.

Cependant, le nombre de méthodes et leurs différences sont susceptibles d'entraîner la même insécurité juridique que celle que l'on tente d'éradiquer. Seule l'adoption d'une méthode de calcul unique permettrait, le cas échéant, d'harmoniser la fixation de la prestation compensatoire, à l'instar du barème de pensions alimentaires établi par le ministère de la justice. Mais cette automaticité de calcul, par l'instauration d'une méthode unique, est-elle réellement souhaitable en matière de prestation compensatoire, dont le montant ne peut résulter, selon la jurispru-

dence et le code civil, que d'une alchimie de critères ?

Il paraît impossible de réduire le calcul de la prestation compensatoire à une méthode mathématique qui n'engloberait pas la spécificité de chaque cas d'espèce, que seul l'avocat peut et doit exposer au juge pour lui permettre d'évaluer la singularité de chaque situation.

\* \* \*

Au-delà de ces principes, on voit bien que les clés de l'évaluation de la prestation compensatoire ne sont livrées ni par le législateur ni par la pratique jurisprudentielle. Elles résultent de la combinaison du pouvoir d'appréciation des juges et des critères d'évaluation légaux et prétoriens.

Pour aboutir à une situation aussi équitable que possible, il appartient au justiciable et à son avocat de respecter les principes de transparence et de loyauté, sans lesquels les tribunaux ne pourront fixer le « juste prix » de la rupture du couple marié.

Faisons donc comme Alice au pays des Merveilles, allons voir de l'autre côté du miroir.



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

#### Barème, que se passe-t-il du côté du ministère de la justice ?

Ça et là, on entend que le ministère de la justice élaborerait un référentiel de calcul de la prestation compensatoire comme il l'a fait en 2010 pour la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant par voie de circulaire (circulaire CIV/06/10 du 12 avr. 2010). Interrogé par *l'AJ famille*, François Ancel, sous-directeur du droit civil à la direction des affaires civiles et du sceau, répond que « pour l'heure, il n'est pas prévu d'élaborer un tel référentiel ».