

tissements pour simplifier l'évaluation des patrimoines. Par ailleurs, les techniques liquidatives du nouveau régime optionnel sont innovantes. La prise en compte du seul prix de cession des biens immobiliers évite les affres de la preuve du remploi du prix et la complexité des calculs. A cet égard, le nouveau régime paraît plus simple à liquider que le régime de la communauté réduite aux acquêts.

En pratique

Il est opportun d'étendre dans le contrat la prise en compte du seul prix de cession aux ventes d'entreprise, fonds de commerce, parts de sociétés professionnelles. Ce système est à exclure pour les portefeuilles de valeurs mobilières compte tenu du nombre d'opérations susceptibles d'intervenir au sein du portefeuille.

C'est un bouleversement culturel pour le droit français où la dette de valeur est un dogme (581). Le régime optionnel remplit le but de tout entrepreneur : assurer l'autonomie de gestion, la protection du conjoint en cas de procédure collective et le juste partage des richesses dans le couple. Le tout sans risquer un appauvrissement excessif en cas de séparation.

La liquidation du régime effectuée, l'équilibre recherché peut être bousculé par des aléas judiciaires.

TITRE II

Les techniques indemnitaires pour faire face à l'avenir

La rupture n'est pas une fin, c'est le commencement d'une nouvelle histoire. Des techniques sont mises en œuvre pour favoriser ce rebond. Pour les couples mariés, la prestation compensatoire sert à éviter une chute trop rude du niveau de vie (Chapitre I). Les autres voies laissent plus de place au ressentiment. Ceux qui se sont aimés vont se déchirer au travers de procédures judiciaires (Chapitre II). **1316**

CHAPITRE I La prestation compensatoire

La prestation compensatoire est un prolongement du partage des richesses dans le couple. Lorsque les revenus des époux sont très différents, la prestation compensatoire rapproche les niveaux de vie des anciens époux. Or, le chef d'entreprise jouit souvent de **1317**

(581) Ph. Simler, JCP N 2013, n° 238.

revenus beaucoup plus importants que ceux de son conjoint. En outre, il est parfois propriétaire en propre de l'entreprise dont la valeur peut être importante. La détermination de la prestation compensatoire devient alors un enjeu fondamental du divorce. Le chef d'entreprise doit trouver les ressources nécessaires pour financer l'éventuelle soulte de partage, la prestation compensatoire et les frais du divorce. La vente de l'entreprise constitue parfois la seule solution.

Le régime de la prestation compensatoire a évolué rapidement ces dernières années (Section I). La loi a précisé les critères de calcul de cette prestation. Toutefois, l'étude des méthodes retenues démontre une grande incohérence dans la fixation de la prestation compensatoire, source d'imprévisibilité pour les époux (Section II). Un regard sur les pratiques de pays voisins amène à s'interroger sur les aménagements contractuels possibles (Section III).

Section I L'historique de l'institution

1318 A l'origine, la prestation compensatoire se voulait une juste compensation des niveaux de vie, mais son règlement rencontrait de nombreuses difficultés d'exécution (§ I), ce qui a obligé le législateur à l'aménager (§ II).

§ I *Une juste compensation difficile à exécuter*

1319 Avant la loi du 11 juillet 1975 (582), seule était prévue l'attribution d'une pension alimentaire en cas de divorce pour faute (583), survivance du devoir de secours. Elle était accordée à l'époux « *innocent* », et mise à la charge de l'époux fautif. Le législateur de 1975 a créé le principe de la prestation compensatoire. Elle devait permettre au conjoint de bénéficier d'un versement définitif et forfaitaire, s'appliquant même en cas de divorce aux torts partagés. Elle a été conçue comme une réparation des disparités créées par la rupture, du fait des conditions de vie respectives de chacun des époux.

La prestation devait principalement prendre la forme d'un capital versé en une seule fois. Quant aux rentes elles étaient difficilement révisables. Contrairement aux prévisions du législateur, le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente demeurait majoritaire. Les tribunaux ont favorisé ce règlement en rente du fait de l'inexistence fréquente d'épargne. L'ancien article 276 du Code civil prévoyait en effet qu'à défaut de capital, ou si celui-ci était insuffisant, la prestation compensatoire pouvait être réglée sous forme de rente.

La fiscalité d'alors a également pénalisé le versement en capital et favorisé la rente en la rendant déductible des revenus du débiteur.

Les conséquences d'une exceptionnelle gravité permettant la révision de la prestation compensatoire étaient interprétées restrictivement par la Cour de cassation. Lorsque le débiteur rencontrait des difficultés financières liées au chômage ou à la maladie, le

(582) L. n° 75-617, 11 juill. 1975.

(583) C. civ., ancien art. 301 al. 1^{er} : « *Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage matrimonial, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne peut excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension est révocable dans les cas où elle cesse d'être nécessaire* ».

versement de la rente perdurait. Peu importait que le créancier ait atteint par la suite un niveau de vie plus confortable.

La transmissibilité aux héritiers de la charge de la prestation compensatoire (584), exception française, faisait l'objet de critiques particulièrement virulentes (585).

§ II Les évolutions législatives

A/ La loi du 30 juin 2000

Le législateur a souhaité remédier à ces difficultés par la loi du 30 juin 2000 (586), en **1320** remaniant profondément le régime de la prestation compensatoire. Le principe du versement forfaitaire et indemnitaire a été réaffirmé.

Les modes d'exécution de la prestation ont été fortement encadrés. Le juge pouvait choisir uniquement entre trois modalités et sous un ordre de préférence établi par le législateur.

La loi a assoupli les modalités de révision de la rente, tout en ouvrant la révision aux héritiers (587). La révision est possible en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties, sans pouvoir augmenter le montant initial de la rente. En outre, le débiteur peut demander la conversion de la rente en capital. Les parties disposent, dans le cadre du divorce sur demande conjointe, d'une totale liberté quant à la détermination de la forme de la prestation ou à la possibilité de prévoir un terme extinctif de plein droit au versement de la rente.

La rente est désormais déductible du revenu imposable du débiteur et imposée dans les revenus du créancier, sans considération de la nature contentieuse ou amiable du divorce. Une petite avancée est également intervenue concernant les règlements en capital. Le droit de partage est substitué aux droits de mutation à titre gratuit lors de l'attribution de biens communs, ou acquis en indivision pendant le mariage par les époux séparés de biens. Pour les biens propres attribués à titre de paiement de la prestation compensatoire, les droits de mutation à titre gratuit restent applicables.

Une circulaire (588) a mis en lumière les difficultés liées à l'application de la loi nouvelle. Elle a reproché aux tribunaux de combiner abandon d'un bien et paiement du solde en numéraire, modalité pourtant exclue par la Cour de cassation (589). Elle a également relevé les divergences d'appréciation par les tribunaux de la notion « *d'existence d'un changement important dans les ressources ou les besoins des parties* ».

B/ Les aménagements de la loi du 26 mai 2004

La loi du 26 mai 2004 (590) a apporté de nouveaux aménagements, suite à de nombreuses critiques des magistrats et de la doctrine. Le législateur a entendu dissocier les **1321** conséquences du divorce de la réparation des torts.

(584) C. civ., ancien art. 276-2.

(585) Les associations de débiteurs de prestations compensatoires dénonçaient notamment les cas où les secondes épouses et leurs enfants étaient tenus de continuer à verser une rente viagère à la première épouse, alors même que leurs ressources étaient inférieures aux siennes.

(586) L. n° 2000-596, 30 juin 2000.

(587) C. civ., ancien art. 276-3.

(588) Circ., civ 2002-11 c1, 25 nov. 2002, *Bilan d'application de la loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire. Difficultés techniques.*

(589) Cass. 2^e civ., 21 déc. 2000, n° 99-13.615 et 28 mars 2002, n° 00-10.790.

(590) L. n° 2004-439, 26 mai 2004.

Quatre points essentiels se dégagent :

Le principe du versement en capital a été à nouveau réaffirmé. Les magistrats peuvent désormais prévoir des prestations compensatoires mixtes, et les modes de calcul pour la substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire ont été précisés.

La reconnaissance du consensualisme pour la fixation de la prestation compensatoire. Avancée plus importante, le nouvel article 279-1 du Code civil permet aux époux de s'entendre sur les modalités de la prestation compensatoire. Le juge a toutefois le dernier mot.

Le caractère universel du droit à prestation compensatoire. La prestation compensatoire est désormais généralisée à l'ensemble des modalités de divorce, et peut être accordée à tous les conjoints.

L'arrêt de la transmission automatique de la charge de la prestation compensatoire. La transmissibilité passive de la prestation a été corrigée pour en limiter les effets et organiser son régime. La prestation compensatoire est désormais prélevée sur la succession dans la limite de l'actif successoral. Les héritiers ne sont plus tenus au-delà des forces de la succession. Lorsque la prestation compensatoire est versée sous forme d'un capital échelonné, le capital restant dû devient immédiatement exigible. Si la prestation compensatoire est réglée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible (591).

La loi a été accompagnée de mesures fiscales de nature à améliorer la prise en compte du versement de la prestation compensatoire.

Section II Le régime actuel de la prestation compensatoire

1322 Désormais, la prestation compensatoire est un droit et les modalités de sa détermination sont primordiales (§ I). Aucune inégalité de traitement ne devrait exister selon les juridictions. La fiscalité de la prestation compensatoire découle des modalités retenues pour son règlement (§ II).

§ I *La détermination de la prestation compensatoire*

1323 Tout conjoint divorcé, quelle que soit la cause de divorce ou la répartition des torts, a droit à une prestation compensatoire s'il remplit les conditions posées par la loi.

Le droit à une prestation compensatoire dépend uniquement de considérations économiques. La prestation compensatoire assure un rééquilibrage du niveau de vie des époux après la liquidation de leur régime matrimonial. Cet ascenseur social post-mariage se substitue au devoir de secours, disparu avec le divorce (592). L'équivalence des niveaux de vie n'est pas assurée pour l'avenir. Il l'est temporairement pour éviter une descente aux enfers. Un équilibre des conditions de vie, et non des fortunes, est recherché. La

(591) Les héritiers peuvent toutefois d'un commun accord convenir du maintien des formes et modalités de règlement de la prestation. En ce cas les héritiers peuvent être tenus au-delà des forces de la succession. Ce choix nécessite l'accord unanime des héritiers. Leur consentement doit être constaté par acte authentique notifié à l'ex-époux créancier.

(592) C. civ., art. 270 al. 1^{er}.

prestation compensatoire revêt également un caractère indemnitaire. Elle peut combler les disparités nées de la collaboration non rémunérée. Les revenus de l'entreprise exploitée en commun sont souvent les seuls du couple. Le divorce entraîne la cessation de la collaboration *ipso facto* (593). La prestation accordée permet en théorie au conjoint de compenser le travail sans statut social ou la perte de tout statut du fait de la fin de sa collaboration à l'entreprise.

Par le biais de la prestation compensatoire, le juge ne peut aller jusqu'à gommer le régime matrimonial librement choisi par les époux. Il peut seulement réparer les injustices créées par ce régime. C'est l'abus du régime matrimonial qui est sanctionné, notamment lorsqu'un époux a profité de la collaboration bénévole de son conjoint au sein de son entreprise propre.

Cependant, les magistrats doivent veiller à l'esprit de la loi. La prestation ne doit pas perpétuer le niveau de vie du mariage indéfiniment. Ce doit être un tremplin vers un nouveau départ.

Le juge peut refuser une prestation compensatoire dans seulement deux hypothèses (594). Pour fonder le rejet d'une demande de prestation compensatoire, les juges retiendront notamment la durée particulièrement courte du mariage, les faillites successives d'un conjoint dans ses entreprises professionnelles, mais aussi la fortune détenue par chacun dès avant le mariage. Les critères légaux d'attribution permettent tant de rechercher l'existence d'une disparité que d'en justifier le rejet. La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant rejeté la demande de prestation compensatoire en dépit de la disparité mathématique des situations respectives des époux. L'épouse n'avait fait aucun effort pour retrouver une activité professionnelle et la charge des enfants était exclusivement assumée par le père depuis longtemps (595).

Il eut sans doute été plus aisé de prévoir le rejet de la prestation compensatoire sans référence à l'équité. Le rôle du juge est particulièrement important et l'interprétation des textes laisse un champ important au contentieux entre les ex-époux. Alain Bénabent avait d'ailleurs, lors de son audition par la commission des lois, « *estimé qu'il était plus grave de retirer un droit en statuant en équité que de pouvoir en accorder un* » (596).

Sous certaines conditions, l'époux dont la faute a été la seule cause de la rupture est privé du droit à une prestation compensatoire. Avant de refuser la prestation compensatoire, le juge vérifie si la faute à l'origine du divorce s'accompagne de circonstances particulières. Il pourra s'agir par exemple de violences ou d'actes délictueux. Selon la jurisprudence, l'attitude répréhensible d'un conjoint durant l'union sera insuffisante pour caractériser les circonstances particulières. Ces circonstances doivent être liées à la rupture et à la manière de rompre.

La logique de la loi est de détacher les effets du divorce des causes de son prononcé. Mais si la faute commise par un conjoint est d'une exceptionnelle violence, voire d'une

(593) CA Angers, 20 oct. 2008, n° 07/02105, a octroyé une prestation compensatoire à l'épouse dans une espèce où les époux avaient exploité ensemble et successivement deux fonds de commerce pendant vingt-sept ans.

(594) C. civ., art. 270, al. 3 : « *Toutefois, 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* ».

(595) Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 09-66186, *Dr. fam.* 2010, n° 161, note Douris.

(596) Audition du 10 déc. 2003 dans le cadre de la mise en place de la réforme du 26 mai 2004.

cruauté particulière, le juge retirera à l'époux fautif le droit à une éventuelle prestation compensatoire.

A/ Les éléments déterminants de la prestation compensatoire

- 1324** L'article 271 du Code civil énonce les critères à prendre en considération pour déterminer la prestation compensatoire. Pour la jurisprudence (597), cette liste est indicative et non limitative.

L'analyse de ces éléments aboutit à un véritable audit comparatif, afin de déceler la disparité des conditions de vie des époux. Des critères communs permettent de fixer le montant de la prestation compensatoire (I). D'autres plus spécifiques prennent en compte la participation bénévole du conjoint à l'entreprise de son époux entrepreneur (II).

I/ Les critères communs

- 1325** L'article 271 du Code civil retient le « *patrimoine estimé ou prévisible des époux tant en capital qu'en revenus après la liquidation du régime matrimonial* ». Les revenus sont les rémunérations et bénéfices professionnels, auxquels s'ajoutent toutes les primes, indemnités et avantages en nature quelconques. Les prestations sociales telles qu'allocations adulte handicapé, chômage, pension d'invalidité, de retraite sont également prises en considération. Les sommes perçues au titre de réparation d'accidents du travail ou de compensation d'un handicap ne sont pas prises en compte car elles sont destinées à réparer un préjudice personnel (598). De la même manière les allocations familiales et les pensions reçues du conjoint pour sa contribution à l'éducation et l'entretien des enfants ne sont pas comprises dans les revenus de l'époux en raison de leur finalité.

Les revenus prévisibles des époux sont également pris en compte. Il s'agit principalement des droits à une pension de retraite. Un relevé de carrière offre une vision complète des parcours professionnels de chacun. Les périodes d'inactivité pendant le mariage sont ainsi mises en lumière.

Le patrimoine comprend l'ensemble des biens meubles, mobilier, fonds, placements et immeubles. Sont ainsi intégrés à l'actif les biens détenus à titre de plein propriétaire, usufruitier, nu-propriétaire et à titre d'indivisaire. Ce patrimoine est d'autant mieux connu que la liquidation du régime matrimonial a été effectuée au préalable. Le notaire nommé en qualité d'expert (599) va décrire dans son rapport les éléments permettant la détermination de la prestation compensatoire. Plus son rapport sera étayé, plus l'examen de la prestation compensatoire par le juge sera facilité. Les observations du rapport éclairent la situation objective des époux, les causes et raisons des éventuelles disparités.

Il est surprenant qu'une jurisprudence constante (600) décide, en contradiction avec les textes, de ne pas prendre en considération la part de communauté revenant à chaque époux. Le législateur a souhaité encourager les accords entre ex-conjoints. C'est la

(597) Cass. 2^e civ., 10 déc. 1986, Bull. civ. 1986, II, n° 182 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} avr. 1987, Bull. civ., II, n° 77.

(598) Exemples : la prestation compensatoire handicapé qui finance les besoins liés à la perte d'autonomie de la personne handicapée ; les indemnités versées à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle qui indemnisent les séquelles ou diminutions de capacités physiques ou mentales du salarié ; les sommes perçues en réparation d'un dommage personnel...

(599) C. civ., art. 255-9.

(600) Cass. 2^e civ., 17 juin 1998, n° 96-18.648 ; Cass. 2^e civ., 7 mai 2002, n° 01-01.338, *Dr. famille*. 2002, n° 87, note Lecuyer ; Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004, n° 03-18.158, *RTD civ.* 2005, 791, obs. Hauser ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-18.486, *AJF* 2009, p. 400, obs. David.

raison pour laquelle l'introduction d'instance doit être accompagnée d'une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux. Aux termes de l'article 271 du Code civil, 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* ». Les nouvelles règles applicables en matière de divorce permettent au juge, dans le cadre des articles 255-9 et 255-10 du Code civil, d'obtenir en cours d'instance un projet de liquidation comportant un inventaire complet du patrimoine des époux. Désormais, les opérations de liquidation du régime matrimonial et de fixation de la prestation compensatoire doivent être liées.

La Haute juridiction considère sans doute le partage comme toujours égalitaire. La majorité de la doctrine critique cette jurisprudence (601). L'équilibre du partage peut être remis en cause par l'application d'une clause de partage inégalitaire, du fait de la mise en commun de biens propres sans reprise des apports en cas de divorce, par l'existence d'avantages matrimoniaux, ou même par le simple jeu des reprises et récompenses (602). Un juge, après avoir constaté une disparité de revenus au jour du divorce, constate dans le partage l'attribution d'un bien frugifère gommant la disparité. Il rejette logiquement la demande de prestation compensatoire. Cette décision a été cassée, car le juge ne devait pas tenir compte de la part de communauté revenant aux époux pour apprécier la disparité causée par la rupture (603). Une prestation compensatoire a donc été attribuée. La logique et le souci d'une bonne justice imposent pourtant de lier la prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial dont elle est le préalable.

Il convient aussi d'examiner :

- les charges de la vie courante : loyers, prêts, impôts, éducation des enfants ;
- les charges liées à la santé : hospitalisations, mutuelle, frais pharmaceutiques ;
- les charges prévisibles en retenant notamment les frais relatifs à la couverture sociale et à la mutuelle qui n'étaient pas nécessaires pendant le mariage ;
- et celles liées à un concubinage ou à des charges familiales d'une précédente ou nouvelle union.

Les conditions de vie actuelles des époux sont examinées, pour l'appréciation de la disparité. Ainsi une ex-épouse vivant confortablement du fait de son concubinage avec un homme fortuné ne bénéficie pas d'une prestation compensatoire aussi importante que si elle se trouvait seule (604). Seul le concubinage répondant à la définition légale (605) est pris en compte.

Les espérances successorales ne sont pas prises en considération. Pour la Cour de cassation, « *la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible* » (606). Cette position est en adéquation avec le principe selon lequel la prestation compensatoire n'est pas destinée à établir une égalité de fortune entre les époux.

(601) V. notamment B. Vareille, RTD civ. 1999, p. 172.

(602) « *Soit, hors communauté, des actifs de 10 et 100, c'est-à-dire une forte disparité; après partage d'une communauté de 1 200, ce rapport passe de 610 à 700 et la disparité s'évanouit* » : A. Bénabent, *Assainir l'après divorce. De quelques réflexions propres à ...*, in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994, p. 19, spéc. p. 23.

(603) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-18.486, précité.

(604) Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008, n° 07-20818, JurisData n° 2008-046133.

(605) C. civ., art. 515-8.

(606) Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2006, n° 04-20601, inédit.

II/ Le cas particulier de la vie professionnelle

1326 Les choix professionnels sont déterminants (607). Le conjoint renonçant à son activité pour assister son époux dans la gestion de l'exploitation agricole, du commerce ou de l'entreprise se voit récompensé par une prestation. Les juges du fond ont confirmé l'attribution à l'épouse d'une prestation compensatoire dans une espèce où le mariage avait duré trente-trois ans au cours desquels les époux avaient exploité ensemble deux fonds de commerce pendant une durée totale de vingt-sept ans. Dans le premier commerce, l'épouse a été salariée pendant deux ans ; dans le second commerce, elle a bénéficié du statut de conjoint collaborateur pendant trois ans (608).

La participation bénévole offre au conjoint, sous certaines conditions (609), la reconnaissance d'une compétence par la validation des acquis de l'expérience. Cet élément positif est pris en considération pour tempérer la prestation compensatoire à la baisse.

Le temps restant à consacrer aux enfants constitue pour le conjoint qui en a la garde de la disponibilité en moins pour retrouver un nouvel emploi. Ces éléments sont retenus de manière à fixer une prestation compensatoire la plus objective possible. La reprise des qualifications de chacun des époux et l'évolution de leurs carrières professionnelles font apparaître d'éventuelles difficultés de réinsertion professionnelle après une longue période sans emploi, le niveau de rémunération future, la projection de la future pension de retraite.

Les résultats objectifs ainsi mis à jour doivent être corrigés des choix délibérés des époux. La jurisprudence a mis en place une véritable présomption simple de décision commune relative à l'inactivité d'un conjoint (610). Elle intègre dans ses calculs l'arrêt d'activité du conjoint d'un professionnel indépendant. Lorsqu'un époux consacre la plus grande partie de son temps au développement de son activité en laissant à son conjoint le soin de s'occuper du foyer, il s'agit d'une organisation décidée d'un commun accord.

Les perspectives d'évolution positives ou négatives sont également prises en considération. Ainsi, on retiendra la possibilité de trouver facilement un emploi, ou à l'inverse les difficultés de l'entreprise où travaille l'un des conjoints, les risques de licenciement et les difficultés probables de reclassement.

L'analyse détaillée des patrimoines et revenus de chaque époux effectuée, il convient de calculer le montant de la prestation compensatoire.

B/ Méthodes de calcul de la prestation compensatoire

1327 A défaut de calcul de la prestation compensatoire imposé par les textes, la doctrine et les tribunaux ont élaboré plusieurs méthodes. Ces méthodes peuvent être classées en trois catégories.

La première s'appuie sur la pension alimentaire attribuée durant la procédure de divorce. On trouve à ce titre la capitalisation de la pension alimentaire sur huit années ou sur le nombre d'années qu'a duré le mariage, ou encore la conversion pure et simple de la pension alimentaire en une rente sur huit années. Cette méthode, peu usitée, ne

(607) C. civ., art. 271 al. 2 : « *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 du conjoint au détriment de la sienne* ».

(608) CA Angers, 20 oct. 2008, n° 07/02105, préc.

(609) *Supra* n° 1133.

(610) CA Paris, 15 mai 2008, n° 06/21869 ; Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, AJF 2007, p. 353, obs. David.

mérite pas de développement particulier. La seconde méthode utilise la différence de revenus (I) et la troisième intègre, en plus de la disparité de revenus, une disparité en capital (II).

I/ Les méthodes par différence de revenus

Les méthodes utilisant la différence de revenus sont prises en compte par les tribunaux. Elles atténuent la baisse de niveau de vie du conjoint. La différence des revenus annuels est multipliée par le nombre d'années permettant au créancier d'atteindre l'âge de la retraite. La différence de revenus mensuels peut aussi être corrélée au nombre d'années de mariage. Celui-ci devient le coefficient multiplicateur. Enfin la méthode consiste parfois à retenir la différence de revenus nets annuels moyennée sur huit ans, divisée par deux et multipliée par le nombre d'années de mariage. **1328**

Des méthodes particulières sont retenues par les tribunaux lorsque le créancier n'a jamais perçu de revenus. Ils leur substituent alors une somme forfaitaire ou une année de revenus nets annuels du débiteur.

Ces méthodes empiriques ne sont pas satisfaisantes. Pour être accepté par chaque époux, le calcul doit s'appuyer sur des hypothèses objectives. L'examen des méthodes doctrinales révèle une prise en compte plus humaine, mais toujours très comptable.

II/ Les méthodes de disparité de revenus et de capital

Certaines méthodes de calcul de la prestation compensatoire combinent différence de revenus et disparité de patrimoine. La complexité de ces méthodes varie car elles tiennent plus ou moins compte du facteur humain. Elles sont connues sous le nom de leur auteur. **1329**

a) Méthode Dominique Martin-Saint-Léon

Un premier auteur (611) s'est ému des incertitudes liées à la fixation de la prestation compensatoire. Il a constaté des incertitudes de moins en moins tolérées par les justiciables. Il propose de déterminer les conditions de vie des époux pour procéder à un rééquilibrage. Ce rééquilibrage purement comptable repose sur une unité de valeur de conditions de vie. **1330**

La méthode est ensuite affinée en tenant compte de l'âge des époux et de la durée du mariage. Pour que la prestation compensatoire puisse utiliser des éléments plus subjectifs, il a mis en place des tableaux récapitulatifs des points obtenus où chaque point vaut trois mois de compensation. Les calculs mettent en exergue la différence de condition de vie de chaque époux (612). La disparité s'apprécie au jour du divorce, mais en retenant les espoirs futurs et prévisibles de chaque époux. La méthode prend en compte les droits à retraite des conjoints si la disparité de revenus n'est pas importante au jour du divorce.

Dans le cadre d'une expertise, c'est l'ensemble des revenus et des charges qui est pris en compte. L'auteur calcule la prestation compensatoire sur la disparité existante entre les revenus et les charges contraintes de chaque époux. Le différentiel correspond à la capacité d'épargne pouvant être dédiée au paiement de la prestation compensatoire.

(611) D. Martin-Saint-Léon, ancien conseiller à la cour d'appel de Chambéry, magistrat délégué à la formation, président du tribunal de grande instance de Besançon, méthode présentée dans AJF 2005, p. 95.

(612) L'auteur ne compense que les différences de revenus de plus du quart.

b) Méthode Axel Depondt (613)

1331 La prestation compensatoire constitue le dédommagement du préjudice financier de la rupture par le plus aisé au profit du plus faible. La prestation compensatoire tient sa cause de la disparition des effets du mariage et notamment du devoir de secours. L'existence de la prestation compensatoire et son importance sont le signe de l'attachement de notre société à l'institution du mariage.

En se fondant sur l'alinéa premier de l'article 275 du Code civil (614), un époux ne peut être condamné à payer plus de huit fois ses revenus annuels nets d'impôts et de dépenses personnelles au titre de la prestation compensatoire. La privation ne peut excéder la capacité d'épargne de l'époux débiteur pendant une durée de huit ans. La capacité d'épargne est fixée par les banques à un tiers du revenu net. Elle est déterminée en tenant compte de l'ensemble des revenus, qu'ils soient issus du travail ou du capital. Les revenus du capital sont évalués en retenant un taux de rendement uniforme dont le taux est légèrement en deçà de celui des emprunts d'Etat à long terme (615).

Les revenus à provenir des biens détenus en nue-propriété sont pris en compte en appliquant la table de mortalité de l'INSEE. Ainsi, les revenus du capital s'ajoutent à compter de la date prévisionnelle du décès de l'usufruitier et jusqu'à la date prévisible du décès du débiteur de la prestation compensatoire. Si le rendement était appliqué immédiatement aux biens détenus en nue-propriété sans prendre en compte l'âge de l'usufruitier, la solution reviendrait à augmenter de manière illusoire la capacité d'épargne du débiteur de la prestation compensatoire. A l'inverse, il ne serait pas logique d'exclure totalement les biens en nue-propriété du calcul, surtout lorsque l'usufruitier est âgé. Un calcul plus affiné permet de ne prendre en compte le bien qu'après le décès prévisible de l'usufruitier.

Concernant les biens professionnels, il est proposé d'effectuer une distinction entre les revenus du travail et les revenus du capital. Tant que l'entrepreneur est en activité, on retient tous ses revenus professionnels. A partir de la date prévisionnelle de départ en retraite de l'entrepreneur, on calcule un revenu théorique sur le rendement de la valeur de l'entreprise, nette d'impôt de plus-value. Aux revenus professionnels proprement dits est ajouté le rendement théorique du capital sur la valeur future de l'entreprise. Ce calcul est empirique. Lorsque l'entreprise est exploitée en société, le dirigeant associé majoritaire adapte librement sa rémunération. En outre, évaluer l'entreprise à l'âge prévisionnel de la retraite de l'entrepreneur se rapproche d'un exercice divinatoire. Calculer les revenus du capital de l'entreprise sur une valeur hypothétique de cession doit être écarté. Cette méthode devrait être corrigée en prenant en compte les revenus de l'entreprise du jour de la dissolution à celle de la retraite. A compter de cette date, seuls les revenus liés à l'assurance-retraite sont comptabilisés.

L'auteur établit un tableau pour la détermination des capacités d'épargne en fonction des revenus bruts déclarés. Toutes les charges sont déduites en tenant compte de leur date d'extinction. Si un époux doit supporter la charge du remboursement d'un emprunt, on tient compte de la durée restant à courir pour déterminer une moyenne de ses revenus nets. Cela représente une faiblesse du raisonnement, car la durée d'emprunt va influencer sur

(613) Axel Depondt, notaire, AJF 2010, p. 365 et AJF 2011, p. 482.

(614) C. civ., art. 275, al. 1^{er} : « Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'art. 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires ».

(615) En févr. 2013 le taux moyen des emprunts d'Etat est de 2,29 % ; un rendement de 2 % est retenu.

le calcul de la prestation compensatoire. Il serait plus juste de déduire le capital restant dû des emprunts du patrimoine brut avant de déterminer forfaitairement le revenu du capital. Les revenus sont reconstitués si possible jusqu'à la retraite, avec l'application d'un coefficient de précarité affecté à l'emploi.

Le revenu net annuel déterminé sur le nombre d'années d'espérance de vie du débiteur est multiplié par la moyenne de capacité d'épargne (616), puis par les huit années maximum de privation de la capacité d'épargne pour arriver au montant maximum de la prestation compensatoire théorique de chaque époux. Le montant maximum de la prestation compensatoire s'obtient en déduisant la plus faible des deux sommes de la plus élevée.

Les calculs prennent en considération la durée du mariage, le nombre d'enfants et l'âge des époux. Le nombre d'enfants permet la prise en compte du « sacrifice » professionnel opéré par l'un des conjoints. Si les époux optent pour une garde partagée, il n'est pas tenu compte du nombre d'enfants. L'âge est retenu au « coup par coup », tout en observant que plus le créancier est âgé, plus il est dépendant du débiteur.

Axel Depondt a ensuite affiné ses calculs pour mieux prendre en compte la durée du mariage (617). S'appuyant sur les statistiques (618), il définit la prestation compensatoire maximum comme s'appliquant à un mariage de vingt-huit années. Elle varie à la hausse ou à la baisse de 3,57 % par année d'écart avec cette durée. On aboutit à zéro si le mariage a duré moins d'une année.

Cette méthode présente l'avantage d'un calcul identique de la prestation compensatoire selon que le débiteur est riche en revenus ou en capital. Si l'épargne existe au jour du divorce, le débiteur aura huit années pour la reconstituer, si le débiteur n'a aucune épargne, il doit alors affecter sa capacité d'épargne pendant huit années au règlement de la prestation compensatoire.

Cette méthode opère un gommage de la disparité sur une durée de huit ans après le mariage.

c) Méthode Stéphane David

Stéphane David (619) préconise d'effectuer une comparaison en trois temps avant de déterminer le montant de la prestation compensatoire. En préalable il opère une analyse de la disparité et de ses causes. 1332

Tout d'abord, une analyse mathématique des patrimoines et des revenus permet d'apprécier l'existence d'une disparité entre les époux au moment du divorce. Les ressources nettes actuelles sont appréciées sur la moyenne des trois dernières années ou des cinq dernières années si un époux est entrepreneur. Les revenus différés sont calculés à partir de la communication des futurs droits à la retraite ou à défaut du relevé de carrière.

La disparité en capital à la suite de la liquidation du régime matrimonial est le préalable à tout calcul de prestation compensatoire. La liquidation du régime matrimonial permet de mettre en lumière l'éventuelle disparité en capital entre les époux. Une épouse sans revenus n'a pas la même prestation compensatoire selon que sa part de communauté est

(616) 25 %.

(617) AJF 2011, p. 482.

(618) 35 % des unions ne durent pas plus de 20 ans et 42 % des unions ne durent pas plus de 29 ans. En 2000, la durée médiane d'un mariage avant divorce est de 23 ans. Un mariage est considéré comme long à partir de 28 ans.

(619) AJF 2007, p. 108 ; AJF 2011, p. 350.

de 10 000 ou 1 000 000 d'euros. Les juges doivent s'interroger sur la part revenant à chaque époux à la suite de la liquidation du régime matrimonial, quitte à ne pas en tirer de conséquences.

Première étape : la différence de revenus et de patrimoine permet de déterminer la fourchette haute ou basse de la prestation compensatoire.

Deuxième étape : les causes du déséquilibre sont étudiées en analysant l'activité professionnelle des époux pendant la vie commune. Le ralentissement, voire la mise entre parenthèse, d'une carrière professionnelle alors que le conjoint se consacre à son travail amène à une augmentation de la prestation. Si la différence ne provient pas des choix effectués par l'un au profit de l'autre, la prestation est minorée.

Troisième étape : il est procédé à l'analyse des ressources et des besoins des époux. Le créancier de la prestation compensatoire doit avoir un cadre de vie convenable et pouvoir faire face à ses charges mensuelles.

La consistance du patrimoine du débiteur est analysée afin de déterminer s'il est ou non disponible. Il convient de ne pas mettre en péril le patrimoine du débiteur. Il faut éviter l'aliénation d'un bien, notamment de l'entreprise, ou limiter la souscription d'un emprunt pour payer la prestation.

Les éventuelles espérances successorales du créancier sont retenues uniquement si elles exercent une influence sur ses conditions de vie actuelles. Il est nécessaire de savoir si le créancier est logé gratuitement par sa famille ou si son train de vie est confortable, malgré la séparation.

L'auteur préconise de retenir les méthodes dites empiriques dans les hypothèses de disparité en revenus seulement, et de retenir un pourcentage du capital dans le cas de disparité en capital seulement. Les besoins du créancier sont mis en avant.

d) Méthode Pilotepc

1333 Un groupe constitué de deux magistrats et deux avocats (620) a analysé l'ensemble des méthodes de calcul de la prestation compensatoire. Partant des différences de résultats obtenus, ils ont conçu une nouvelle méthode synthétisant les éléments les plus appropriés de chacune des méthodes existantes. Ils ont ainsi retenu :

- de la méthode Martin Saint-Léon, l'approche multicritères, l'unité de mesure de la disparité et l'évaluation du patrimoine non productif,
- de la méthode Depondt, la limitation à la capacité maximum d'épargne et sa méthode de calcul,
- de la méthode David, la réflexion sur la disparité causée en ne considérant que les années d'absence de cotisations retraite pour éducation des enfants du couple.

Le groupe de travail a rejeté les éléments non visés par l'article 271 du Code civil, notamment le montant de la pension alimentaire due au titre du devoir de secours et le nombre d'enfants du couple. Souhaitant mettre en œuvre une méthode simple d'utilisation, il a créé un tableur reprenant les données correspondant aux critères légaux : revenus actuels, contribution ou charge d'enfants, revenus prévisibles ou potentiels du patrimoine, durée du mariage, âge du créancier, nombre d'années sans cotisation à un régime de retraite, santé, expérience professionnelle... Ces critères font l'objet d'une pondération effectuée autoritairement par le groupe et prise en compte par le

(620) J-C. Bardout, S. Truche, magistrats et N. Dupont, I. Lorthios, avocats.

tableur (621). Les biens détenus en nue-propiété et le train de vie n'ont pas été pris en compte pour l'établissement de la méthode, qui doit être affinée par les praticiens en fonction des éléments de fait. Le tableur a été créé comme un véritable outil pour les professionnels.

Les différentes méthodes préconisées peuvent donner des résultats très différents, comme l'illustrent les exemples suivants :

Premier exemple

1334

Aimable Castanet et Aurélie ont l'un et l'autre 47 ans. Ils se sont mariés en 1990 sous le régime de la séparation de biens. Ils ont un enfant. Leur mariage a duré 24 ans.

Aimable est avocat. Ses revenus sont de 260 000 € par an.

Aurélié est salariée à temps partiel dans une association. Ses revenus sont de 11 000 € par an.

Leur patrimoine se compose comme suit :

	Aimable	Aurélié
Appartement Paris en indivision	720 000,00 €	310 000,00 €
Placements financiers	116 000,00 €	38 500,00 €
Parts de la SCP d'avocat	430 000,00 €	
Prêts	210 000,00 €	
Actif net	1 056 000,00 €	348 500,00 €
Revenus annuels du travail	260 000,00 €	11 000,00 €
Revenus annuels du patrimoine	20 900,00 €	8 712,50 €
Charges annuelles	119 700,00 €	
Revenus annuels nets	161 200,00 €	19 712,50 €
Revenus mensuels nets	13 433,33 €	1 642,71 €

Aimable verse une pension alimentaire à Aurélié de 2 000 € par mois.

Le différentiel de revenus mensuel est de 11 790,63 €.

Aimable doit travailler encore 20 ans pour prétendre à une retraite.

Aurélié doit travailler encore 17 ans pour atteindre l'âge de la retraite.

Calcul de la prestation compensatoire selon les diverses méthodes :

1^o) Méthode liée à la capitalisation de la pension alimentaire :

$$2\,000 \times 12 \times 8 = \mathbf{192\,000\,€}$$

2^o) Méthode alliant la capitalisation de la pension alimentaire et la durée du mariage :

$$[(2\,000 \times 12 \times 5) + (2\,000 \times 6 \times 24)] = \mathbf{408\,000\,€}$$

3^o) Méthode liée au différentiel de revenus compensé jusqu'à l'âge de la retraite :

$$11\,790,63 \times 17 = \mathbf{200\,440\,€}$$

4^o) Méthode liée au différentiel de revenus en tenant compte de la durée du mariage :

$$11\,790,63 \times 24 = \mathbf{282\,975\,€}$$

(621) <http://pilotepc.free.fr> mot de passe : pilotepctoulouse.

5°) Méthode basée sur la différence de revenus nets annuels divisée par deux en tenant compte de la durée du mariage :

$$(161\,200 - 19\,712,50)/2 \times 24 = 1\,697\,850 \text{ €}$$

6°) Méthode Martin-Saint-Léon

	Aimable	Aurélié
Salaire moyen mensuel	21 666,67 €	916,67 €
Patrimoine	1 056 000,00 €	348 500,00 €
Revenus annuels du capital	20 900,00 €	8 712,50 €
Revenus mensuels du capital	1 741,67 €	726,04 €
Revenu global brut	23 408,33 €	1 642,71 €
Taux d'épargne = 28 % (M.) – 10 % (M ^{mec})	6 554,33 €	164,27 €
Charges	9 975,00 €	
Conditions de vie effectives	6 879,00 €	1 478,44 €
Différentiel de conditions de vie	5 400,56 €	
Unité de mesure (différentiel ÷ 2)	2 700,28 €	2 700,28 €
Barème = âge du créancier	5	
Barème = durée du mariage	15	
Nombre total de points	30	
Total barème (nb de points × 3)	90	
Prestation compensatoire	243 025,31 €	

7°) Première méthode Axel Depondt :

	Aimable	Aurélié
Revenus professionnels annuels net	140 300,00 €	11 000,00 €
Coefficient de précarité		0,8
Revenu annuel corrigé	140 300,00 €	8 800,00 €
Patrimoine net	1 056 000,00 €	348 500,00 €
Patrimoine net corrigé (sans parts SCP)	626 000,00 €	
Revenus du capital (2,5 %)	15 650,00 €	8 712,50 €
Revenu total théorique	155 950,00 €	17 512,50 €
Capacité d'épargne	28 %	10 %
Soit	43 666,00 €	1 751,25 €

	Aimable	Aurélie
Disparité et capacité d'épargne (capacité d'épargne × 8)	349 328,00 €	14 010,00 €
Prestation compensatoire théorique	335 318,00 €	
Coefficient âge du créancier	2 %	
Coefficient nombre d'enfants	- 16 %	
Coefficient durée du mariage	20 %	
Majoration totale	6 %	
Total correctif	20 119,08 €	
Prestation compensatoire	355 437,08 €	

8°) Seconde méthode Axel Depondt :

	Aimable	Aurélie
Revenus professionnels annuels net	140 300,00 €	11 000,00 €
Coefficient de précarité		0,8
Revenu annuel corrigé	140 300,00 €	8 800,00 €
Patrimoine net	1 056 000,00 €	348 500,00 €
Patrimoine net corrigé (sans parts SCP)	626 000,00 €	
Revenus du capital (2,5 %)	15 650,00 €	8 712,50 €
Revenu total théorique	155 950,00 €	17 512,50 €
Capacité d'épargne	28 %	10 %
Soit	43 666,00 €	1 751,25 €
Disparité et capacité d'épargne (capacité d'épargne × 8)	349 328,00 €	14 010,00 €
Prestation compensatoire théorique	335 318,00 €	
Coefficient âge du créancier	2 %	
Coefficient nombre d'enfants	0 %	
Coefficient durée du mariage : $3,57 \times (28 - \text{durée du mariage effective})$	14 %	
Majoration totale	16 %	
Total correctif	54 589,77 €	
Prestation compensatoire	389 907,77 €	

9^o) Méthode Stéphane David

a) Calcul de la capitalisation de la pension alimentaire :

$$2\,000 \times 12 \times 8 = \mathbf{192\,000\ €}$$

b) Prise en compte de 20 % de la différence mensuelle de revenus :

$$11\,790,63 \times 20\% \times 12 \times 8 = \mathbf{226\,380\ €}$$

c) 20 % de la différence mensuelle de revenus à laquelle est appliqué le coefficient de substitution d'un capital à une rente (622) :

$$11\,790,63 \times 20\% \times 12 \times 6,817 = \mathbf{192\,904\ €}$$

La prestation compensatoire liée spécifiquement à la différence de revenus est donc de :
 $(192\,000 + 226\,380 + 192\,904) / 3 = \mathbf{203\,761\ €}$

Il convient maintenant de calculer la prestation compensatoire sur la base du différentiel en capital et de la durée du mariage (1 % par an) :

$$(1\,056\,000 - 348\,500) \times (24 \times 1\%) = \mathbf{169\,800\ €}$$

La prestation compensatoire totale est l'addition de la prestation compensatoire liée à la différence de revenus et de la prestation compensatoire liée à la différence de capital, soit :

$$203\,761,35 + 169\,800,00 = \mathbf{373\,561\ €}$$

10^o) Méthode pilotepc

Le logiciel mis à disposition donne les résultats suivants :

Différence mensuelle moyenne de revenus entre les époux : 19 975 €

Unité de mesure de la disparité actuelle et prévisible : 9 987 €

Disparité corrélée à la durée du mariage : 239 688 €

Coefficient multiplicateur selon l'âge du créancier : 1,29

Disparité corrélée à l'âge : 309 197 €

Nombre d'années sans cotisations retraite pendant le mariage : 4 années

Revenu mensuel avant la cessation d'activité : 1 500 €

Réparation forfaitaire pour la disparité des droits à la retraite : 6 000 €

Estimation du montant de la prestation compensatoire : **315 197 €**

Capacité maximale d'épargne du débiteur en capital : 623 980 €

Montant des mensualités sur huit années : 3 283 €

Capacité mensuelle maximale d'épargne du débiteur : 6 499 €

Selon les méthodes utilisées, le montant de la prestation compensatoire oscille entre 192 000 € et 1 697 850 € pour les méthodes empiriques, et entre 243 025 € et 389 907 € pour les méthodes doctrinales, plus uniformes.

1335

Deuxième exemple

Louis-Irénée et Lucie PELUQUE sont mariés sous le régime de la communauté légale de biens depuis 46 ans. Ils sont âgés respectivement de 68 et 67 ans. Ils ont eu cinq enfants pour lesquels Lucie a suspendu son activité professionnelle pendant 20 années. Le dernier salaire perçu par Lucie avant la cessation de son activité était de 1 600 €. Louis-Irénée est architecte, ses revenus annuels s'élèvent à 270 000 €. Il envisage de prendre sa retraite en mai 2016 et ses revenus mensuels seront de 8 000 €. Lucie n'a que peu travaillé, sa retraite est de 850 € par mois.

Il a été alloué à Lucie une pension alimentaire de 5 000 € par mois.

(622) D. n° 2004-1157, 29 oct. 2004.

	Communauté	
Appartement	1 050 000,00 €	
Placement locatif	320 000,00 €	
Placements financiers	400 000,00 €	
Cabinet d'architecte	700 000,00 €	
Actif net	2 150 000,00 €	
	Louis-Irénée	Lucie
Revenus annuels du travail	270 000,00 €	10 200,00 €
Revenus annuels du patrimoine	22 125,00 €	22 125,00 €
Charges annuelles communes : 190 000 €	175 000,00 €	15 000,00 €
Revenus annuels nets	117 125,00 €	17 325,00 €
Revenus mensuels nets	9 760,42 €	1 443,75 €
Différence de revenus	8 316,67 €	

Louis-Irénée doit travailler encore deux ans pour prétendre à une retraite.

Calculons maintenant la prestation compensatoire selon les diverses méthodes :

1°) Méthode liée à la capitalisation de la pension alimentaire :

$$5\,000 \times 12 \times 8 = \mathbf{480\,000\,€}$$

2°) Méthode alliant la capitalisation de la pension alimentaire et la durée du mariage :

$$(5\,000 \times 12 \times 5) + (5\,000 \times 6 \times 46) = \mathbf{1\,680\,000\,€}$$

3°) Méthode liée au différentiel de revenus en tenant compte de la durée du mariage :

$$8\,316,67 \times 46 = \mathbf{382\,566,67\,€}$$

4°) Méthode basée sur la différence de revenus nets annuels divisée par deux en tenant compte de la durée du mariage :

$$(117\,125 - 17\,325)/2 \times 46 = \mathbf{2\,295\,400\,€}$$

5°) Méthode Martin-Saint-Léon

	Louis-Irénée	Lucie
Salaire moyen mensuel	22 500,00 €	850,00 €
Patrimoine	1 075 000,00 €	1 075 000,00 €
Revenus annuels du capital	22 125,00 €	22 125,00 €
Revenus mensuels du capital	1 843,75 €	1 843,75 €
Revenu global brut	24 343,75 €	2 693,75 €
Taux d'épargne = 28 % (M.) - 10 % (M ^{mec})	6 816,25 €	269,38 €
Charges	14 583,33 €	1 250,00 €
Conditions de vie effectives	2 944,17 €	1 174,38 €

La mort du couple

	Louis-Irénée	Lucie
Différentiel de conditions de vie	1 769,79 €	
Unité de mesure (différentiel ÷ 2)	884,90 €	884,90 €
Barème = âge du créancier	8	
Barème = durée du mariage	30	
Nombre total de points	38	
Total barème (nb de points × 3)	114	
Prestation compensatoire	100 878,13 €	

6°) Première méthode Axel Depondt

	Louis-Irénée	Lucie
Revenus professionnels annuels net	95 000,00 €	- 4 800,00 €
Coefficient de précarité		0,8
Revenu annuel corrigé	95 000,00 €	- 3 840,00 €
Patrimoine net	1 075 000,00 €	1 075 000,00 €
Patrimoine net corrigé (sans parts SCP)	375 000,00 €	
Revenus du capital (2,5 %)	9 375,00 €	26 875,00 €
Revenu total théorique	104 375,00 €	23 035,00 €
Capacité d'épargne	28 %	10 %
Soit	29 225,00 €	2 303,50 €
Disparité et capacité d'épargne (capacité d'épargne × 8)	233 800,00 €	18 428,00 €
Prestation compensatoire théorique	215 372,00 €	
Coefficient âge du créancier	22 %	
Coefficient nombre d'enfants	48 %	
Coefficient durée du mariage	26 %	
Majoration totale	96 %	
Total correctif	206 757,12 €	
Prestation compensatoire	422 129,12 €	

7°) Seconde méthode Axel Depondt

	Louis-Irénée	Lucie
Revenus professionnels annuels net	95 000,00 €	- 4 800,00 €
Coefficient de précarité		0,8
Revenu annuel corrigé	95 000,00 €	- 6 840,00 €
Patrimoine net	1 075 000,00 €	1 075 000,00 €
Patrimoine net corrigé (sans parts SCP)	375 000,00 €	
Revenus du capital (2,5 %)	9 375,00 €	26 875,00 €
Revenu total théorique	104 375,00 €	20 035,00 €
Capacité d'épargne	28 %	10 %
Soit	29 225,00 €	2 003,50 €
Disparité et capacité d'épargne (capacité d'épargne × 8)	233 800,00 €	16 028,00 €
Prestation compensatoire théorique	217 772,00 €	
Coefficient âge du créancier	5 %	
Coefficient nombre d'enfants	48 %	
Coefficient durée du mariage : $3,57 \times (28 - \text{durée du mariage effective})$	61 %	
Majoration totale	104 %	
Total correctif	225 590,01 €	
Prestation compensatoire	443 362,01 €	

8°) Méthode Stéphane David

a) Calcul de la capitalisation de la pension alimentaire :

$$5\,000 \times 12 \times 8 = 480\,000 \text{ €}$$

b) Prise en compte de 20 % de la différence mensuelle de revenus :

$$8\,316,67 \times 20\% \times 12 \times 8 = 159\,680 \text{ €}$$

c) 20 % de la différence mensuelle de revenus à laquelle est appliqué le coefficient de substitution d'un capital à une rente (623) :

$$8\,316,67 \times 20\% \times 12 \times 6,602 = 131\,775 \text{ €}$$

La prestation compensatoire liée spécifiquement à la différence de revenus est donc de : $(480\,000 + 159\,680 + 131\,775,92) / 3 = 151\,161 \text{ €}$

Louis-Irénée et Lucie Peluque n'ont aucun patrimoine propre, étant mariés sous le régime de la communauté légale de biens, ils n'ont aucune disparité en capital.

La prestation compensatoire totale est donc celle déterminée ci-dessus, soit :

151 161 €

9°) Méthode pilotepc

Le logiciel renvoie les résultats suivants :

Différence mensuelle moyenne de revenus entre les époux : 10 630 €

Unité de mesure de la disparité actuelle et prévisible : 5 315 €
Disparité corrélée à la durée du mariage : 244 490 €
Coefficient multiplicateur selon l'âge du créancier : 1,39
Disparité corrélée à l'âge : 339 841 €
Nombre d'années sans cotisations retraite pendant le mariage : 20 années
Revenu mensuel avant la cessation d'activité : 1 600 €
Réparation forfaitaire pour la disparité des droits à la retraite : 32 000 €
Estimation du montant de la prestation compensatoire : **371 841 €**
Capacité maximale d'épargne du débiteur en capital : 330 624 €
Montant des mensualités sur huit années : 3 813€
Capacité mensuelle maximale d'épargne du débiteur : 3 444 €

Selon les méthodes utilisées, le montant de la prestation compensatoire oscille entre 480 000 € et 2 295 400 € pour les méthodes empiriques, et entre 100 878 € et 443 362 € pour les méthodes doctrinales.

§ II *Les modalités de règlement de la prestation compensatoire et leurs conséquences fiscales*

1336 Les différentes modalités de règlement de la prestation compensatoire (A) déterminent la fiscalité applicable (B)

A/ Les différentes modalités de règlement de la prestation compensatoire

1337 Le montant de la prestation compensatoire a été déterminé. A défaut d'accord entre les parties (II), le juge fixe le mode de règlement de la prestation compensatoire (I).

I/ La prestation compensatoire judiciaire

1338 Lorsque le juge octroie une prestation compensatoire, son versement doit par principe intervenir sous forme de capital (a) et exceptionnellement sous forme de rente (b), complétée ou non d'un versement en capital.

a) L'attribution d'un capital

1339 Le versement de la prestation compensatoire sous forme d'un capital constitue le principe. Cette attribution a un caractère définitif. Le juge peut décider d'un versement en argent ou en nature.

Le versement en numéraire

1340 La prestation compensatoire sous forme d'un capital en numéraire doit être réglée immédiatement, sauf si le débiteur ne dispose pas de la trésorerie suffisante. Le juge peut alors échelonner le versement (624) dans la limite de huit années. Ces versements échelonnés peuvent être mensuels, trimestriels ou annuels. Ils sont indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires. Le juge n'a pas à motiver spécialement sa décision d'échelon-

(624) C. civ., art. 275.

nement (625). Pour certains auteurs (626) il convient de parler d'une rente temporaire. Toutefois, à la différence d'une rente, il s'agit d'un paiement à terme, rendant la créance transmissible aux héritiers du créancier et la dette à la charge des héritiers du débiteur. En outre, la révision du montant des versements est impossible.

L'attribution d'un capital en nature

Le versement de la prestation compensatoire peut s'effectuer au moyen de l'abandon d'un bien (627). Cette disposition permet à la famille de conserver son cadre de vie ou au débiteur propriétaire d'un patrimoine important, mais disposant de peu de revenus, de régler sa dette sans avoir besoin de se procurer des disponibilités. L'abandon du bien peut se faire en pleine propriété, en usufruit ou par le biais d'un droit d'usage et d'habitation. 1341

Le jugement de divorce doit préciser la valeur des biens attribués à titre de prestation compensatoire (628). Cette disposition permet aux juges comme aux parties de prendre la mesure de l'abandon consenti pour le règlement de la prestation compensatoire. La question de l'évaluation est simple pour l'abandon de bien en pleine propriété. Elle est plus compliquée en matière d'abandon en usufruit ou par le biais d'un droit d'usage et d'habitation. Les barèmes fiscaux (629) pour l'usufruit viager ou temporaire serviront de base de perception des droits, même si le juge utilise une méthode économique.

L'attribution d'un bien en pleine propriété

La loi permet d'attribuer à titre de prestation compensatoire la pleine propriété de biens propres comme de biens communs (630). Il s'agit d'une dation en paiement, mutation à titre onéreux, pour laquelle il convient de respecter toutes les formalités habituelles d'une vente, notamment la purge des droits de préemption. 1342

S'il s'agit d'un bien reçu à titre gratuit, le débiteur doit donner son consentement (631). L'attribution d'un bien commun ou indivis aux époux par le jugement devenu définitif s'impose au débiteur. Ce transfert s'analyse en une opération de partage. Dans tous les cas, si l'attribution comporte des biens immobiliers, le jugement doit contenir tous les éléments nécessaires à la publicité foncière et être publié rapidement.

L'attribution de l'usufruit d'un bien

Le juge peut également décider d'attribuer l'usufruit d'un bien au créancier de la prestation compensatoire. Les biens sur lesquels portent l'usufruit peuvent être propres ou communs ou en indivision. L'usufruit peut ainsi porter sur le logement de la famille, ou sur un bien frugifère destiné à procurer des revenus à l'époux créancier. 1343

Le juge peut limiter l'usufruit dans le temps. Cependant, à défaut d'indication dans le jugement, l'usufruit est réputé viager. Sauf convention contraire ou stipulation expresse dans le jugement, l'époux créancier est tenu des charges liées à l'entretien des biens, et

(625) Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, n° 02-18.648, AJF 2005, p. 233, obs. David. Le juge a implicitement estimé que le débiteur n'était pas en mesure de verser le capital immédiatement.

(626) H. Lécuyer, *La loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Etude de droit civil, Dr. fam.* 2000, p. 7 ; J. Massip, *Divorce : La réforme des prestations compensatoires*, Defrénois 2000, 37267, n° 9.

(627) C. civ., art. 274.

(628) CPC, art. 1080, al. 1^{er} : « Lorsque des biens ou des droits sont attribués à titre de prestation compensatoire en application du 2° de l'art. 274 du Code civil, la convention homologuée ou la décision qui prononce le divorce précise leur valeur.

(629) CGI, art. 669-I et 669-II.

(630) C. civ., art. 274, 2°.

(631) C. civ., art. 274, 2°.

l'époux débiteur est lui tenu des grosses réparations. L'attributaire de l'usufruit ne peut pas contraindre le nu-proprétaire à réaliser les gros travaux. Seule une convention prévoyant une répartition détaillée des obligations de l'usufruitier et du nu-proprétaire, et les conditions de mise en œuvre des obligations, donne la possibilité d'agir efficacement en justice.

Les juges ont tendance à faciliter ce mode d'exécution de la prestation compensatoire lorsque l'un des époux est handicapé ou gravement malade, ou bien réside avec les enfants dans le bien attribué. Ont-ils alors conscience du lien qui va perdurer entre les époux pour la répartition des charges ? Cette relation risque d'engendrer de nouveaux conflits. En outre, si le débiteur n'est plus en mesure de régler les grosses réparations, il ne peut pas demander la modification de la prestation. Il ne peut non plus vendre le bien sans l'accord de son ex-conjoint, dont on comprend qu'il sera difficile à obtenir.

Le prédécès du débiteur nu-proprétaire transfère la charge à ses héritiers. Cette situation peut être difficilement ressentie, notamment lorsque les enfants du débiteur sont issus d'une précédente union.

L'attribution d'un droit d'usage et d'habitation

1344 Le juge peut attribuer une prestation compensatoire sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation, temporaire ou viager.

Le créancier a moins de pouvoirs qu'un usufruitier. Il ne peut notamment mettre le bien en location, ni céder son droit. Si le bien immobilier devient inadapté à ses besoins, il devra le quitter sans indemnisation. Rien n'empêche les juges ou la convention des parties d'autoriser la location du bien à l'effet de dégager des ressources nécessaires à la location d'un nouvel appartement (632). Le créancier du droit d'usage et d'habitation ne peut pas s'opposer à la vente du bien, quoiqu'il puisse être difficile de trouver un acquéreur. Il ne peut non plus demander la conversion de son droit en rente viagère.

La situation du débiteur est ici plus avantageuse, mais il devra toujours continuer à régler les grosses réparations. A défaut de convention, le créancier doit effectuer les réparations d'entretien comme l'usufruitier (633). De plus la possibilité de faire tomber le droit d'usage et d'habitation pour inoccupation ou pour sous-location est difficile à mettre en œuvre.

La situation financière du débiteur et les besoins du créancier amènent parfois le juge à combiner les modalités de versement de la prestation compensatoire (634). La prestation compensatoire peut comprendre l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien et le versement d'un capital échelonné sur huit ans. Ces mélanges permettent un large éventail de solutions pour répondre aux diverses situations nées d'une séparation.

Exemple

Aimable Castanet transmet à Aurélie, son épouse, à titre de prestation compensatoire, l'usufruit de la maison du couple jusqu'à ce que le cadet de leurs enfants atteigne l'âge de vingt-quatre ans pour lui permettre de finir ses études, et un capital de 100 000 € dont le versement sera échelonné sur huit ans. Aurélie bénéficie d'un logement gratuit jusqu'à la fin des études de ses enfants, ce qui lui permet d'économiser un loyer. Le capital alloué constitue alors un apport en vue de l'acquisition future d'un bien immobilier.

(632) Comp. pour le droit viager au logement : C. civ., art. 764, dernier al.

(633) C. civ., art. 635.

(634) C. civ., art. 275-1 : « Les modalités de versement prévues au premier alinéa de l'art. 275 ne sont pas exclusives du versement d'une partie du capital dans les formes prévues par l'art. 274 ».

b) *Le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente*

Le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente est destiné à rester exceptionnel. La rente a pour but de s'adapter à l'absence de ressources du créancier et à son incapacité à pouvoir s'en procurer, compte tenu de son âge et de son état de santé. La situation du débiteur est indifférente. C'est notamment le cas lorsque l'invalidité et l'inexpérience du créancier peuvent aboutir à la disparition du capital attribué. En matière judiciaire la rente est viagère. Le juge ne peut prévoir aucune condition suspensive ou résolutoire. Un créancier d'âge moyen, en bon état de santé n'est légalement pas éligible au bénéfice d'une rente viagère (635). La jurisprudence entend toutefois protéger les conjoints dans l'incapacité de s'insérer professionnellement. Les juges considèrent alors qu'aucune amélioration de la situation financière du créancier n'est possible, même en allouant un capital étalé sur huit années. Cette absence de possibilité de rebond professionnel n'a pas été retenue par le législateur de 2004, comme étant trop subjective. La jurisprudence interprète donc largement les dispositions de l'article 276 du Code civil en admettant que l'absence d'activité professionnelle, une qualification obsolète et une retraite insignifiante motivent l'octroi d'une rente viagère (636).

Exemple

Aurélië divorce d'Aimable Castanet. Elle est âgée de 53 ans. Leur mariage a duré 30 ans. Elle n'a jamais travaillé, mais a élevé leurs enfants et possède comme seul diplôme son baccalauréat. Le juge peut la faire bénéficier d'une rente viagère compte tenu de la quasi-impossibilité pour elle de trouver un emploi et de l'absence totale de droits à la retraite.

L'octroi de la rente viagère étant exceptionnel, le juge doit motiver spécialement sa décision. Il n'est pas utile de calculer préalablement le montant en capital de la prestation compensatoire. En revanche, si le juge refuse d'octroyer une rente, il n'a pas à s'expliquer.

L'indexation de la rente est obligatoire, sans possibilité de modulation. En revanche, le tribunal est libre de l'indice. Communément l'indexation s'effectue, à la manière des pensions alimentaires, sur l'indice des prix à la consommation. Toutefois, à la différence d'une pension alimentaire, le créancier d'une prestation compensatoire sous forme de rente doit demander la revalorisation à son débiteur. La rente est due dès le jugement devenu définitif. La première revalorisation intervient à la première variation de l'indice suivant le divorce. Il est possible de prévoir une variation de la rente à une échéance donnée. Dans cette hypothèse le juge doit décider les nouveaux montants et viser un événement certain. C'est le cas notamment lorsqu'on prévoit une variation du tiers à compter du 62^e anniversaire du débiteur. Ce mécanisme évite une demande de révision contentieuse.

Les décisions du tribunal s'imposent aux parties et peuvent parfois leur paraître inappropriées. C'est pourquoi nombreux sont ceux qui préfèrent bénéficier de la liberté conventionnelle octroyée par la loi.

(635) C. civ., art. 276.

(636) CA Nîmes, 23 mai 2007, JurisData 2007-338332 ; Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, JurisData 2013-013244 ; Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, JurisData 2011-011785.

II/ La prestation compensatoire conventionnelle

1346 Dans le cadre des divorces par consentement mutuel les époux jouissent d'une grande liberté, certes surveillée, pour fixer la prestation compensatoire et ses modalités d'exécution (637). Les époux doivent se prononcer sur la prestation compensatoire, quitte éventuellement à l'écartier. Dans un souci de pacification de la procédure, les époux engagés dans une procédure contentieuse peuvent désormais également passer un accord sur la prestation compensatoire. Dans tous les cas, une convention doit être soumise à l'homologation du juge. Cette convention peut être contenue dans l'acte portant liquidation du régime matrimonial.

L'acte est soumis à la double condition du prononcé du divorce et de l'homologation de la convention. Toute modification ultérieure requiert une nouvelle homologation par le juge. La convention relative au divorce par consentement mutuel vise non seulement la liquidation du régime matrimonial, mais encore le montant et les modalités de règlement de la prestation compensatoire. Le juge aux affaires familiales prononce directement le divorce et homologue les conventions après avoir vérifié la réalité du consentement des époux. Il peut aussi demander des modifications et les actes rectificatifs doivent lui être remis dans un délai de six mois. Avec l'accord des parties et en présence de leurs conseils, le juge aux affaires familiales a la possibilité de procéder directement à des modifications mineures de la convention et de prononcer immédiatement le divorce.

Les époux peuvent prévoir une rente viagère sans justifier de circonstances exceptionnelles, ni de l'âge ou de l'état de santé du créancier. La rente peut être constituée pour une durée déterminée (638). Le versement de la prestation compensatoire en capital peut être échelonné sur une période supérieure à huit années.

Conseil pratique

Les clauses relatives au versement de la prestation compensatoire éclairent les parties sur les conséquences futures liées au choix d'une rente à durée limitée ou d'un capital à versement échelonné. Dans le premier cas le service de la rente n'est pas transmissible aux héritiers et peut être révisé, dans le second cas le versement du solde du capital est transmis aux héritiers et n'est pas révisable.

La prestation compensatoire peut être assortie, pour son règlement, d'un terme incertain ou d'une condition comme le mariage, le concubinage, le chômage, ou la retraite. Cette possibilité est ouverte tant pour le versement d'une rente que pour le versement échelonné d'un capital. Seule la prestation fixée conventionnellement permet aux époux de bénéficier de cette souplesse, souvent très utile pour s'adapter aux circonstances particulières.

Exemple

Aimable Castenet et son épouse Aurélie sont convenus d'une prestation compensatoire en capital dont le règlement est échelonné sur douze ans. En cas de prédécès d'Aimable, débiteur de la prestation compensatoire, ils ont prévu que ses héritiers ne seront pas tenus du règlement du solde restant dû en capital, la dette étant éteinte par le décès de son débiteur.

(637) C. civ., art. 278.

(638) C. civ., art. 278 al. 1^{er} : « La prestation peut prendre la forme d'une rente attribuée pour une durée limitée ».

La prestation compensatoire sous forme de rente peut être stipulée révisable en fonction de la modification annuelle des revenus du débiteur. Pour un chef d'entreprise, on pourra retenir une indexation sur le chiffre d'affaires, avec une révision automatique en fin d'activité. La prestation compensatoire peut revêtir la forme de la souscription d'un contrat retraite au profit du créancier permettant de compenser les années sans cotisation. Elle peut également être arrêtée à un pourcentage du prix de vente d'un bien immobilier non réalisé au jour de la liquidation. L'énumération est sans fin, la créativité des rédacteurs est ici sans limite.

Conseil pratique

Attention aux compensations entre les loyers ou les remboursements d'emprunt et les versements de prestation compensatoire. Dans cette hypothèse, le conjoint créancier peut perdre le bénéfice des aides personnalisées au logement. L'époux-débiteur doit régler directement la prestation compensatoire au créancier, lequel s'acquitte ensuite lui-même de son loyer ou de ses remboursements d'emprunt.

La convention comprenant le règlement de la prestation compensatoire est particulièrement étudiée par le juge. Le rédacteur peut conserver la preuve de son devoir de conseil en annexant à l'acte les déclarations sur l'honneur des époux, la justification des choix pour le règlement de la prestation compensatoire, la proposition de garanties pour l'exécution du versement.

Le rédacteur doit également éclairer les parties sur les conséquences fiscales de leurs choix.

B/ La fiscalité de la prestation compensatoire

La loi du 26 mai 2004 a entraîné un bouleversement de la fiscalité de la prestation compensatoire. L'attention des parties doit être attirée sur les conséquences de la prestation compensatoire en matière d'impôt sur le revenu (I), de plus-values (II) et de droits d'enregistrement (III). **1347**

I/ L'impôt sur le revenu et la prestation compensatoire

Deux articles du Code général des impôts régissent la fiscalité de la prestation compensatoire : l'article 199 octodécies pour les prestations compensatoires en capital réglées en moins d'un an (I) et l'article 80 relatif aux rentes et versements en capital sur plus de douze mois (II). **1348**

a) La prestation compensatoire payée en capital dans un délai inférieur à douze mois

Le versement d'un capital en une seule fois ou échelonné sur une période inférieure à un an, l'attribution d'un bien ou la compensation effectuée entre le montant de la prestation compensatoire et une soulte ouvrent droit à une réduction d'impôt sur le revenu. Cette réduction est égale au quart du montant des versements effectués ou de la valeur des biens attribués, dans la limite de 30 500 €. Le montant de la réduction ne peut donc être supérieur à 7 625 €. Le bénéficiaire n'est pas imposé, la prestation compensatoire versée en capital ne constituant pas un revenu. **1349**

Si le versement, bien qu'effectué dans l'année, s'étale sur deux années civiles, la réduction doit être répartie sur les deux années au prorata des versements effectivement réalisés.

Exemple

Aimable Castanet a été condamné à verser une prestation compensatoire de 20 000 euros. Il verse 15 000 euros la première année et 5 000 euros la seconde année. La réduction d'impôt à laquelle il a droit au titre de la première année est de $15\,000 \times 25\% = 3\,750$ euros, et celle relative à la seconde année est de $5\,000 \times 25\% = 1\,250$ euros.

Une instruction fiscale (639) a prévu le cas des versements effectués à titre de provision sur la prestation compensatoire. Ceux-ci sont déductibles car effectués, par hypothèse, avant l'expiration d'un an suivant le prononcé du divorce. Cependant, si le versement de ces sommes n'est pas intervenu dans l'année du jugement, il convient de demander à bénéficier de la réduction d'impôt par voie de réclamation contentieuse ou dégrèvement d'office.

La prestation compensatoire attribuée sous forme d'un usufruit temporaire de cinq années peut faire l'objet d'une réduction d'impôt (640). Afin de bénéficier de cette réduction, il faut constater l'attribution du droit d'usufruit temporaire dans le délai de douze mois du prononcé du jugement définitif (641). Par analogie, le paiement de la prestation compensatoire par attribution d'un bien en propriété ne donne lieu à réduction d'impôt qu'à la condition d'avoir constaté le transfert de propriété dans les douze mois du jugement devenu définitif.

La dernière hypothèse permettant de bénéficier de la réduction d'impôt est celle de la conversion, **par jugement uniquement**, de la rente viagère en un capital. Le versement doit alors être effectué dans les douze mois du prononcé de la conversion. Mais l'avantage fiscal est réduit pour tenir compte des rentes déjà payées et déduites des revenus du débiteur.

En pratique

Afin de faciliter le calcul de la déduction d'impôt acquise lors de la conversion d'une rente en capital, l'administration fiscale a édité une fiche pratique (642).

La conversion de la rente en capital décidée amiablement entre les parties n'ouvre droit à aucune réduction d'impôt.

Depuis le 4 avril 2012 (643) les versements tardifs du capital dû au titre de la prestation compensatoire ne donnent plus lieu à réduction d'impôt.

Exemple

Aimable Castanet a été condamné à verser une prestation compensatoire de 25 000 € en vertu d'un jugement rendu le 30 avril 2012. Il n'a versé depuis le 1^{er} mai 2012 que 1 500 € par mois. Au 30 avril 2013, il doit encore 7 000 € qui ne peuvent donner lieu à aucune réduction ou déduction d'impôts.

(639) BOFIP BOI-IR-RICI-160-20-20120912, § 10.

(640) BOFIP BOI-IR-RICI-160-20-20120912, § 130.

(641) BOFIP BOI-IR-RICI-160-20-20120912, § 130 précité.

(642) BOI-ANNN-000039-20120912.

(643) Inst. 5-B-15-12, BOI 4 avr. 2012.

b) La prestation compensatoire versée sous forme de rente ou d'un capital dû au-delà d'un an

La prestation compensatoire sous forme de rente ou d'un capital à verser sur plus d'un an est traitée fiscalement comme une pension alimentaire. Elle est déductible du revenu imposable du débit-rentier et imposable au nom du crédit-rentier. **1350**

Le débiteur de la prestation compensatoire a la faculté de se libérer par anticipation (644). Les sommes versées à ce titre restent déductibles du revenu global du débiteur et imposables entre les mains du créancier. Pour éviter de trop lourdes conséquences fiscales pour le créancier, l'administration fiscale a permis d'assimiler ce versement à un revenu exceptionnel en autorisant le créancier à bénéficier du régime du quotient (645). Le créancier peut également demander à bénéficier du quotient lorsque la prestation compensatoire en capital est payée en une seule fois au-delà d'un an. Le quotient est égal au nombre d'années écoulées entre le jugement prononçant le divorce et le versement, dans la limite de quatre années.

Une prestation compensatoire mixte, par le versement d'un capital et d'une rente viagère, entraîne la déductibilité au titre de la rente, mais pas au titre du capital (646).

En pratique

Le rappel des conséquences fiscales est utilement effectué dans l'acte. Le juge valide plus facilement la convention si les parties ont été éclairées sur l'ensemble des conséquences de leur choix.

II/ La prestation compensatoire et le régime des plus-values

L'attribution d'un bien propre de l'époux débiteur en paiement de la prestation compensatoire constitue une cession à titre onéreux. Elle entraîne donc l'exigibilité de l'impôt sur la plus-value (647). L'administration fiscale justifie sa position sur le principe de l'égalité entre les contribuables. Les débiteurs de prestations compensatoires vendent parfois un bien avant le versement du capital en numéraire et supportent donc l'impôt sur la plus-value. Cependant, les deux situations sont économiquement différentes. Dans le cas de la vente d'un bien, le vendeur dispose de liquidités pour régler l'impôt, alors qu'en cas d'attribution en nature, le contribuable ne retire aucune liquidité de l'opération. En outre, ce transfert de propriété peut lui avoir été imposé par le juge. **1351**

Si le bien attribué est indivis ou commun, la remise de bien au titre de la prestation compensatoire est alors assimilée à un partage, n'entraînant pas l'exigibilité de l'impôt sur les plus-values. Cette différence de traitement est souvent mal ressentie.

III/ La prestation compensatoire et les droits d'enregistrement

La prestation compensatoire n'est plus assujettie aux droits de mutation à titre gratuit depuis la loi de finances pour 2008. Désormais, son régime est codifié à l'article 1133-ter du Code général des impôts. **1352**

(644) C. civ., art. 275, al. 3.

(645) CGI, art. 163-0A ; Inst. 5-B-21-06, 51 et 52.

(646) Instr. 5-B-21-06, 20 et 21.

(647) BOI RFPI-PVI-10-30-20121119, 19 nov. 2012, 20.

a) La prestation compensatoire est payée au moyen de biens propres

- 1353** La prestation compensatoire réglée au moyen de fonds propres, de titres de sociétés, de valeurs mobilières, de mobilier ou d'un fonds de commerce entraîne la perception du droit fixe de 125 €.

Lorsque la prestation compensatoire est réglée au moyen d'un bien immobilier, transmis en pleine propriété, en usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation, seule la taxe de publicité foncière de 0,715 % et la contribution de sécurité immobilière de 0,1 % sont exigibles sur la valeur exprimée du bien ou du droit.

b) La prestation compensatoire est réglée au moyen de biens indivis ou communs

- 1354** L'attribution au titre de la prestation compensatoire d'un bien indivis entre les ex-époux est soumise au droit de partage. Le droit de partage est applicable aux biens acquis avant ou pendant le mariage, et quel que soit le régime matrimonial auquel les époux étaient soumis (648).

L'objectif du législateur est de concentrer le règlement des effets du divorce lors du prononcé afin de limiter le contentieux post-divorce. La prestation compensatoire repose sur les conséquences de la séparation et non sur les causes. La liberté des époux de prévoir, dans le divorce par consentement mutuel, et dans les autres cas de divorce, le règlement de leurs intérêts pécuniaires a été accrue. Cette liberté demeure encadrée, car l'octroi de la prestation compensatoire constitue une mesure d'ordre public (649).

La disparité des méthodes de calcul et des décisions judiciaires induit une grande imprévisibilité pour les époux. Même les époux divorçant par consentement mutuel risquent un refus d'homologation, si le juge trouve la prestation compensatoire insuffisante. Pourtant, chacun pourrait s'organiser s'il connaissait les conséquences potentielles d'un divorce. La détermination préalable des indemnités versées en cas de séparation existe dans certains pays. Cette prévisibilité pourrait-elle s'appliquer en France ?

Section III Des solutions pour la prévisibilité de la prestation compensatoire

- 1355** Dans une société où le nombre de divorces se maintient à plus de 130 000 par an (650), apaiser la séparation est important. Prévoir les règles de détermination de la prestation compensatoire dans le contrat de mariage serait rassurant pour les époux. L'époux professionnel pourrait prendre des dispositions pour la pérennité de son entreprise. Son conjoint connaîtrait à l'avance ses droits et reprendrait sa liberté en connaissance de cause. Certains pays connaissent ces règles de « *démariage* » appliquées en cas de séparation (§ I). Le droit français peut-il s'en inspirer ? Pour le chef d'entreprise, la prévisibilité peut aussi passer par un mode classique de prévoyance : l'assurance (§ II). Les droits futurs à une retraite sont déterminants dans le calcul de la prestation compensatoire. Les droits à réversion sont pris en compte. Cependant, les choix de vie future peuvent remettre en cause les possibilités de droit à réversion. Cette instabilité future

(648) CGI, art. 748.

(649) Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-28.259, 112.

(650) *Statistiques et études sur les divorces*, Ministère de la Justice – SG – SDSE du 15 oct. 2012.

n'est pas admissible alors que cet élément a été pris en compte dans le calcul de la prestation compensatoire. Un aménagement des droits à la retraite peut permettre de régler cette difficulté (§ III).

§ I Les contrats de « démariage » en droit comparé

Un seul motif de divorce existe en Allemagne : l'échec du mariage (651). Cet échec résulte de la disparition irrémédiable de la communauté de vie. L'échec est présumé si la séparation a duré un an et si les époux demandent tous deux le divorce. Cette présomption devient irréfragable après une séparation de trois ans. **1356**

Le divorce est moins conflictuel qu'en France, du moins en apparence. C'est sans doute la raison pour laquelle les Allemands peuvent prévoir les conséquences financières du divorce dans leur contrat de mariage. Cette prévisibilité a des effets sur l'exercice professionnel des notaires allemands (A), elle concerne principalement la créance de péréquation (B), mais également la pension alimentaire (C).

A/ Les obligations des notaires allemands

La prévisibilité de la rupture est une obligation pour les notaires allemands. Ces derniers engagent leur responsabilité professionnelle en l'absence de conseils à ce sujet. Si les époux n'entendent pas prévoir de clause relative aux conséquences financières de la rupture, les notaires allemands doivent se ménager la preuve du conseil apporté et du refus opposé par les futurs époux. Le contrat de mariage ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs ou totalement inéquitable. Les clauses insérées doivent être efficaces, à défaut le notaire engage sa responsabilité. Si les clauses sont annulées par le juge, ce dernier demande aux époux de modifier leurs accords. Mais c'est au pire moment, celui de la rupture. Pour assurer une sécurité juridique accrue, le notaire doit prévoir, en cas d'invalidation d'une clause par le juge, son remplacement par une autre clause permise : la plus proche possible de la volonté des parties. Un avenant au contrat de mariage est alors signé. Si le contrat de mariage est suffisamment explicite, le juge interprète en fonction de la volonté spécifiquement exprimée des époux. **1357**

La rédaction du contrat de mariage nécessite des réunions préparatoires entre le notaire et les futurs époux. A la suite de ces réunions, un projet d'acte est transmis aux futurs époux. Le notaire indique dans l'acte les dates des réunions préparatoires et les dates d'envoi du projet aux futurs époux.

L'acte précise la situation professionnelle des futurs époux au moment du mariage. Il contient la précision du patrimoine de chacun tant en Allemagne qu'à l'étranger. Le notaire demande aux époux de stipuler leurs volontés futures quant à la poursuite ou non de leur activité professionnelle. Généralement les époux précisent qu'ils souhaitent continuer leur activité tant qu'ils n'ont pas d'enfant.

B/ La modification de la créance de péréquation (652)

Les époux peuvent moduler la créance de péréquation née du régime de la communauté des augmentés (653). Au lieu d'être partagée par moitié, la créance peut être répartie dans d'autres proportions, par exemple trois quarts pour l'un et un quart pour l'autre. Les futurs époux peuvent même supprimer la créance de péréquation en cas de divorce. **1358**

(651) BGB (Bürgerli-chesgestsbuch), art. 1566.

(652) BGB, art. 1378 al. 3.

(653) Typischer deutscher Ehevertrag, Beck'sches Formularbuch Zivil, Wirtschafts- und Unternehmensrecht.

La créance de péréquation peut être modulée lorsque l'un des époux a réduit ou arrêté son activité professionnelle pour se consacrer aux enfants communs. Le contrat prévoit le rétablissement du droit à la créance de péréquation si la réduction de l'activité professionnelle est de plus du quart pendant une durée minimum de deux ans. Le rétablissement peut être total sur la durée du mariage ou correspondre à la période d'inactivité du conjoint. En ce cas la créance de péréquation est calculée, divisée par le nombre d'années de mariage et multipliée par le nombre d'années où l'activité a cessé ou a été réduite.

Exemple

La créance de péréquation due par Monsieur Frantz Schanelec à Angela son ex-épouse s'élève à 75 000 €. Le contrat de mariage a prévu la suppression de la créance de péréquation en cas de divorce, mais son rétablissement pendant la période où un conjoint aura cessé son activité professionnelle. Le mariage a duré vingt-cinq ans. L'épouse a suspendu son emploi pendant quinze ans. Le montant de la créance de péréquation à laquelle elle aura droit sera de :
 $75\,000/25 \times 15 = 45\,000 \text{ €}$.

C/ L'aménagement de la pension alimentaire (654)

1359 Le principe allemand est proche du régime français. Dès le prononcé du divorce les époux redeviennent autonomes financièrement. Mais si l'un des ex-époux est dans l'incapacité de subvenir à ses propres besoins, il peut bénéficier d'une pension alimentaire. Le droit à pension alimentaire existe dans différentes hypothèses (655) et notamment si un conjoint continue de s'occuper de l'enfant commun.

La loi (656) permet aux époux de s'accorder sur la pension alimentaire. Par contrat de mariage les époux peuvent renoncer par anticipation à toute pension alimentaire. Ce droit futur à pension alimentaire est souvent aménagé afin de prendre en compte l'inactivité d'un époux s'occupant des enfants communs. Le contrat prévoit que la pension correspond uniquement au manque à gagner du conjoint pendant cette période.

Les contrats allemands peuvent stipuler, par exemple la clause suivante (657) :

« Pension alimentaire en cas de divorce : Dans l'hypothèse où l'un des conjoints ne s'est pas personnellement occupé de l'enfant commun ou n'a pas arrêté ou diminué son activité professionnelle en cours d'union, les parties renoncent à toute demande de pension alimentaire en cas de divorce. Les parties déclarent avoir été parfaitement informées par le notaire des conséquences de cette renonciation. Les parties ont conscience qu'en cas de divorce elles devront chacune pourvoir personnellement à leur besoins par tout emploi salarié ou autre procurant des revenus. Aucune aide ne sera apportée en cas de maladie, chômage ou vieillesse. »

Les Etats-Unis organisent le divorce afin de le pacifier. C'est le principe du « *clean break* » (658) mis en place au sein du « *prenuptial agreement* » ou « *prenup* ». Cependant cette liberté n'est pas infinie. Une convention favorisant le divorce est contraire à l'ordre

(654) BGB, art. 1408 al. 2.

(655) BGB, art. 1569 et s.

(656) BGB, art. 1585.

(657) Typischer deutscher Ehevertrag, Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht.

(658) K. Stewart, *Clean break : how to divorce with dignity and move on with your life*, pub. Wiley and sons, Canada, 2008.

public. De même, les clauses antidivorce ou celles prévoyant une clause pénale en cas d'adultère ou de violence ont une validité discutée. Afin que les stipulations prévues au contrat ne soient pas remises en cause, il est nécessaire que plusieurs semaines, voire plusieurs mois, s'écoulent entre la signature du contrat et le mariage. Le document comporte une information des futurs époux sur leur patrimoine respectif et chaque cocontractant doit avoir bénéficié d'un conseil indépendant. Les clauses sur la maintenance après divorce doivent apparaître au juge justes et raisonnables à la conclusion du contrat et pas déraisonnable au jour du divorce. Tous changements importants rendant l'accord déloyal ou inéquitable lors du divorce permettent la remise en cause (659). Si, à la conclusion du contrat ou au divorce, l'un des époux procède à une sous-évaluation de son patrimoine ou à des omissions, les conventions ne sont plus appliquées (660). Le contrat peut prévoir une maintenance en cas de divorce égale à une somme fixe multipliée par le nombre d'années de mariage. La durée du mariage est calculée de la date de célébration du mariage à celle de la demande en divorce. Le contrat prévoit usuellement un montant minimum et un montant maximum. Le *prenup* peut prévoir une renonciation (661) totale au droit à maintenance en cas de divorce. Cependant les cours américaines ne prennent pas toujours en compte cette stipulation. Un ex-époux a l'obligation de pourvoir aux besoins de son ex-conjoint si à défaut il devenait à charge de la collectivité (662). L'Etat de New York permet un aménagement du montant et de la durée de la pension alimentaire (663). L'aménagement du contrat ne doit pas être contraire aux dispositions des articles 5 à 311 de la Loi générale sur les obligations. A défaut de contrat, le Domestic Relations Law définit les onze points pris en compte pour l'établissement de la pension alimentaire. Ces points sont très proches de ceux retenus en France en matière de pension alimentaire.

L'ordre public français interdit d'insérer de telles clauses dans les contrats de mariage. Ces clauses ont toutefois un intérêt à double titre :

- les procédures sur les effets du divorce sont limitées aux éventuelles demandes en interprétation des clauses. Les contentieux diminuent ;
- les époux connaissent dès le mariage leurs droits futurs et décident ensemble des règles applicables en matière de divorce.

La prestation compensatoire n'est pas une sanction ni un prolongement du devoir de secours. Si les époux, dans leur contrat de mariage, en dehors de tout contentieux, adoptent les principes nécessaires à la détermination de la prestation compensatoire, l'ordre public est-il atteint ? S'ils décident d'écarter certains éléments pour sa détermination en toute connaissance de cause, l'ordre public est-il là aussi atteint ? En maintenant

(659) *Button v. Button*, 131 Wis., 2d 84, 388 NW 2d 546 (1986).

(660) *Schumacher v. Schumacher*, 131 Wis., 2nd 232, 388 NW, 2d 912 (1986).

(661) *Waiver*.

(662) *Welfare case*.

(663) Domestic Relations Law 236-B (6) : « Pour déterminer le montant et la durée de l'entretien le tribunal tient compte : (1) des revenus et biens des parties, y compris les biens matrimoniaux distribués conformément à la subdivision cinq de cette partie ; (2) de la durée, l'âge et la santé des deux parties ; (3) de la capacité de la partie demandant l'entretien à devenir autonome et, le cas échéant, la durée et les formations nécessaires à cet effet ; (5) des réductions ou abandon de carrière de la partie demandant l'entretien résultant de l'abandon des études, d'absence de formation ou d'emploi ou les possibilités de carrière pendant le mariage ; (6) de la prise en charge des enfants issus du mariage par chaque partie ; (7) des conséquences fiscales pour chacune des parties ; (8) des contributions et services apportés par le demandeur à l'entretien en tant que conjoint, parent, salarié et femme au foyer et à la carrière de l'autre ; (9) de la dissipation, le gaspillage des biens matrimoniaux par l'un des époux ; (10) de tout transfert de bien ou d'une charge matrimoniale sans juste contrepartie ; (11) et de tout autre facteur que le tribunal trouvera juste et approprié ».

la rigidité des règles du mariage, la loi pousse les couples à préférer le Pacs, privant ainsi le conjoint le plus faible de toute protection.

A défaut de pouvoir dès à présent aménager contractuellement les conséquences du divorce, la souscription d'une assurance particulière pourrait constituer une solution.

§ II *La prévisibilité de la prestation compensatoire pour le chef d'entreprise :
opportunité de la souscription d'une assurance spécifique ?*

1360 Les assureurs se sont intéressés à la prestation compensatoire. Cependant cet intérêt s'est arrêté à la garantie du versement des sommes dues par le débiteur en cas de décès, invalidité ou chômage. Ce contrat peut être souscrit à la demande du juge.

Un entrepreneur souhaitant anticiper les divers risques de la vie est en droit de souscrire un contrat d'assurance en cas de divorce. Une option pourrait lui être ouverte : la souscription d'un contrat d'assurance-risque (A) ou la souscription d'un contrat d'assurance capitalisation en cas de divorce (B).

A/ Le contrat d'assurance-risque divorce

1361 L'assurance contre les risques est apparue depuis le début des échanges commerciaux. Si elle s'est intéressée à ces échanges, l'évolution naturelle l'a poussée vers l'assurance des personnes. Le principe est que l'assureur et l'assuré signent un contrat aux termes duquel l'assuré s'oblige au versement de primes, et l'assureur s'oblige, lors de la survenance du risque, au versement d'une indemnité.

Le contrat le plus adapté pour anticiper le divorce de l'entrepreneur est le contrat d'assurance à fonds perdus. C'est un contrat d'assurance pur garantissant un risque. Il peut être souscrit pour une durée précise ou pour la vie entière. Le contrat est souscrit dès le début de l'union par l'entrepreneur. Il prévoit le versement au profit de son futur ex-conjoint d'un capital en cas de divorce.

Le contrat doit contenir quatre éléments fondamentaux :

- l'évènement assuré déclencheur du paiement de l'indemnité ;
- le montant garanti : c'est le capital versé en cas de survenance du risque, souvent supérieur aux primes versées ;
- le bénéficiaire : la personne percevant l'indemnité lors de la survenance du risque ;
- la durée du contrat : la période durant laquelle l'évènement doit survenir pour déclencher le paiement de l'indemnité.

L'élément le plus difficile pour la compagnie d'assurance est la probabilité attachée au risque assuré. L'aléa impose un évènement incertain dont dépend le contrat. Cet évènement ne doit pas être à la disposition de l'une d'elles (664). Le droit des assurances met particulièrement en exergue cette règle selon laquelle la réalisation de l'évènement ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties. L'assurance ne joue pas quand le dommage est volontairement provoqué. Avec un taux de divorce de 44,7 % en 2011 (665), le risque est-il encore improbable ? Tous les mariages ne se terminent pas par un divorce. Les compagnies d'assurances acceptent d'assurer le risque de décès (666), même si celui-ci arrive inéluctablement à un moment donné. La souscription en tout début d'union lèverait l'obstacle de la préparation d'un divorce déjà certain. L'écoule-

(664) A. Benabent, *Contrats aléatoires, Généralités*, JCl. Civil Code, art. 1964.

(665) Statistiques Planétoscope.

(666) Même le suicide si la souscription du contrat est antérieure à deux années.

ment d'un délai minimum depuis la date de souscription du contrat permettrait également au souscripteur de bénéficier de l'assurance.

La détermination du montant garanti peut poser problème. Dans tout contrat d'assurance il doit y avoir une cohérence entre la prestation et l'intérêt assurable. A défaut, le risque de fraude est trop élevé. L'intérêt assurable est un facteur important dans la détermination de l'indemnité et des capacités financières des souscripteurs. Compte tenu d'un nouveau « marché » ainsi ouvert aux compagnies d'assurances, le montant des primes pourrait être plus élevé lors des premiers contrats, avec un ajustement en fonction de la concurrence entre les différents acteurs.

Pour remporter l'adhésion d'une majorité de couples, il est possible de prévoir une fin alternative : soit le versement d'une prestation en cas de divorce, soit le versement d'une prestation en cas de décès du souscripteur. Ce contrat mixte permet aux époux mariés de pouvoir le souscrire sans évoquer uniquement le risque de divorce. Le versement de la prestation ne sera pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit ni à l'impôt sur le revenu.

B/ La souscription d'une assurance capitalisation-divorce

La prévoyance passe aussi par l'épargne, et l'assurance-vie est l'un des placements favoris des Français. Le chef d'entreprise aurait-il la possibilité de souscrire un tel contrat pour anticiper un divorce ? **1362**

Au cours de l'union, un des époux souscrit un contrat d'assurance-vie pour lequel il verse des primes, constituant un capital destiné à être versé à son conjoint en cas de divorce. Si les époux ne divorcent pas, à la fin de l'activité du chef d'entreprise le capital revient au souscripteur. Si les époux divorcent, le capital est versé au conjoint de l'entrepreneur et le montant du capital ainsi versé vient en diminution du montant de la prestation compensatoire qui lui serait allouée. Les règles de détermination de la prestation compensatoire devraient être adaptées pour autoriser cette compensation.

Afin de ne pas bouleverser les règles de liquidation du régime matrimonial, ni le contrat, ni le capital versé ne doivent se trouver dans l'actif de communauté ou donner lieu à récompense. Ce contrat doit également être exclu du patrimoine retenu pour le calcul de la prestation compensatoire.

Compte tenu de la déjudiciarisation attendue, un régime fiscal favorable serait bienvenu pour accompagner le développement de ce type de contrats.

Un autre aspect de la prévoyance influe également sur le calcul de la prestation compensatoire, il s'agit des droits futurs à la retraite.

§ III Vers un nouvel aménagement des droits à retraite

La détermination de la prestation compensatoire s'appuie notamment sur les droits futurs à une retraite. Il est déjà complexe de déterminer les droits individuels de chaque époux. Il est encore plus difficile d'anticiper la possible réversion de retraite au profit du survivant. Le système de réversion de retraites mérite attention (a) avant de proposer d'aménager le système de retraite pour améliorer et automatiser le partage des droits entre les conjoints (b). **1363**

A/ Rappel sur les réversions de retraite

Le 98^e congrès de Cannes en 2002 avait déjà procédé à l'étude de l'attribution d'une pension de réversion. Peu de changements sont intervenus dans la détermination de cette attribution. Un tableau récapitulatif dresse les droits à réversion dans les différentes hypothèses. **1364**

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
Régime général	55 ans (51 si décès avant 2009)	Néant	2080 SMIC (19 614,40 €) ou $1,6 \times$ SMIC si mariage Pacs ou concubinage pour les revenus globaux du couple (31 383,04 €). Variation à la hausse ou à la baisse en cas de modification des ressources.	Les biens issus de la communauté suite au décès sont exclus du calcul. Sont à déclarer les salaires, gains assimilés et revenus professionnels non salariaux (à partir de 55 ans, abatement de 30 %) ; les revenus de remplacement ; les retraites de réversion et retraites de réversion complémentaires ; les pensions, retraites, rentes et retraites complémentaires personnelles tous régimes, les prestations diverses ; les allocations ; les autres revenus ; les biens immobiliers dont le demandeur et/ou son conjoint actuel ont l'usufruit ou ont fait donation, à l'exclusion de la résidence principale et des bâtiments d'exploitation agricole ; indication des fonds de commerces ou artisans, des biens mobiliers dont le demandeur et/ou son conjoint actuel (ou concubin ou partenaire Pacs) sont propriétaires ou ont l'usufruit ou ont fait donation.	54 % de la retraite du conjoint sans les majorations	11,1 % si au moins 65 ans et si ressources (toutes retraites et réversions confondues) sont inférieures à 2 557,18 € par trimestre depuis le 1 ^{er} avril 2013.	Néant sauf modification des conditions de ressources	La réversion de la retraite de base de salarié est partagée entre les ex-époux, en fonction de la durée de chaque mariage. Si l'un d'eux ne remplit pas les conditions nécessaires pour la percevoir, sa part de réversion n'est pas répartie entre les autres. Le décès de l'un des bénéficiaires entraîne le partage de sa part entre les autres.
Avocats		Le mariage doit avoir duré 5 ans sauf si un enfant est issu du mariage	néant		50 % de la retraite de base et 60 % de la retraite complémentaire		Remariage	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage. Le décès d'un bénéficiaire accroît la part des autres.

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
Professions libérales (base)	55 ans (51 si décès avant 2009 ou si disparition avant 2008)	Néant	2080 SMIC (19 614,40 €) ou $1,6 \times$ SMIC si remariage, Pacs ou concubinage pour les revenus globaux du couple (31 383,04 €).	Revenus professionnels, retraites, les pensions et patrimoine du conjoint survivant ainsi que ceux de son éventuel nouveau conjoint, partenaire Pacs ou concubin. L'examen se fait sur les 3 derniers mois. En cas de rejet, l'examen est effectué sur l'année.	54 % de la retraite du conjoint.	11,1 % à la triple condition d'avoir atteint l'âge de la retraite à taux plein, ne pas disposer de droits à retraite de base et compléments supérieurs à 824,15 €/mois au 1 ^{er} avril 2012, et avoir liquidé l'ensemble de ses droits à retraite.	Néant	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage
Professions libérales (complémentaires)	60 ans	sans pour la complémentaire en répartition, être marié pour la complémentaire capitalisation, et justifier de deux ans de mariage ou d'un enfant né avant ou pendant le mariage pour l'AVS	sans conditions de ressources	Néant	60 % pour la complémentaire en répartition, de 50 à 100 % pour la complémentaire capitalisation, et 50 % pour l'AVS	pour enfants	Suspension en cas de remariage au titre des complémentaires et ASV	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
AGIRC (comptable des cadres du régime général)	60 ans, abattements si 55 ans. Mais réduction à 55 ans et même moins si invalidité ou enfants à charge de moins de 25 ans	Néant	sans conditions de ressources	Néant	60 % de la retraite du conjoint, majoration comprise. Mais minoration si réversion entre 55 et 60 ans.	pour enfants	Remariage. Renait sous conditions en cas de divorce ou veuvage	En présence d'un conjoint survivant : Si décès avant le 1 ^{er} juillet 1980, le conjoint survivant reçoit l'intégralité de la réversion et l'ex-époux non remarié n'a droit à rien. Autres cas, réversions partagées en fonction de la durée de chaque mariage par rapport à la durée totale des mariages. Le fait qu'une part de réversion ne soit plus attribuée (par exemple, en cas de décès d'un bénéficiaire) n'augmente pas la part des autres. En absence de conjoint survivant : Chaque ex-conjoint a droit à une part de la réversion calculée en fonction de la durée du mariage par rapport au nombre de trimestres validés par l'ex-conjoint dans les régimes de retraite de base

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
ARCCO (complémentaire du régime général)	55 ans	Néant	sans conditions de ressources	Néant	60 % de la retraite du conjoint	pour enfants	Remariage. Renaît sous conditions en cas de divorce ou veuvage	<p>En présence d'un conjoint survivant : Si décès avant le 1^{er} juillet 1980, le conjoint survivant reçoit l'intégralité de la réversion et l'ex-époux non remarié n'a droit à rien. Autres cas, réversions partagées en fonction de la durée de chaque mariage par rapport à la durée totale des mariages. Le fait qu'une part de réversion ne soit plus attribuée (par exemple, en cas de décès d'un bénéficiaire) n'augmente pas la part des autres. En absence de conjoint survivant : Chaque ex-conjoint a droit à une part de la réversion calculée en fonction de la durée du mariage par rapport au nombre de trimestres validés par l'ex-conjoint dans les régimes de retraite de base</p>

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
Exploitants agricoles (Base)	55 ans	2 ans de mariage minimum	2080 SMIC (19 614,40 €) ou $1,6 \times \text{SMIC}$ si remariage, Pacs ou concubinage pour les revenus globaux du couple (31 383,04 €).	Les biens issus de la communauté suite au décès sont exclus du calcul. Sont à déclarer : les salaires, gains assimilés et revenus professionnels non salariaux (à partir de 55 ans, abattement de 30 %) ; les revenus de remplacement ; retraites de réversion et retraites de réversion complémentaires, pensions, retraites, rentes et retraites complémentaires personnelles tous régimes ; les allocations diverses ; les allocations ; les autres revenus ; les biens immobiliers dont le demandeur et/ou son conjoint actuel (ou concubin ou partenaire Pacs) sont propriétaires ou ont l'usufruit ou ont fait donation, à l'exclusion de la résidence principale et des bâtiments exploitation agricole ; indication des fonds de commerces ou artisans ; des biens immobiliers dont le demandeur et/ou son conjoint actuel (ou concubin ou partenaire Pacs) sont propriétaires ou ont l'usufruit ou ont fait donation.	54 % de la retraite du conjoint sans les majorations	11,1 % à la triple condition d'avoir atteint l'âge de la retraite à taux plein, avoir liquidé l'ensemble de ses droits à retraite et ne pas dépasser un certain plafond de ressources. 10 % si trois enfants au moins. Majoration forfaitaire par la suite	Néant	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage.

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
Exploitants agricoles (complémentaire)	55ans sauf si l'exploitant est décédé en activité	2 ans de mariage minimum	Néant	Néant	54 % du nombre de points gratuits et cotisés acquis par le chef d'exploitation s'il est décédé après avoir fait liquider sa retraite complémentaire ; 54 % du nombre de points uniquement cotisés si le chef d'exploitation est décédé en activité (avant d'avoir fait liquider sa retraite complémentaire).		Néant	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage.
Commerçants et artisans (régime unique depuis le 1 ^{er} janvier 2013) Base	55 ans depuis le 1 ^{er} janvier 2009	Néant	Les ressources ne doivent pas dépasser 74 064 € en 2013 (ressources personnelles et celles du couple si remariage, Pacs ou concubinage)	Sont exclus les biens de la communauté. Sont pris en compte : revenus professionnels ; allocations chômage, indemnités journalières, maladie ou accidents du travail ; retraites personnelles de base et pensions d'invalidité ; retraites complémentaires personnelles ; revenus des biens personnels mobiliers ou immobiliers (3 % de la valeur) ; biens donnés aux descendants moins de 10 ans avant le décès du conjoint (3 % ou 1,5 % de leur valeur selon l'ancienneté de la donation)	54 % de la pension du conjoint sans majoration. Si cotisation avant le 31 décembre 2004 au « régime des conjoints », la pension de réversion de base peut être portée à 75 % aux 65 ans du bénéficiaire de la réversion (ou 60 ans en cas d'incapacité au travail).	Néant	Néant	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage.

Régime	Age minimum pour réversion	Durée minimum du mariage	Conditions de ressources	Ressources prises en compte	Montant de la réversion	Majorations	Cas de suppression	Partage entre les ex-conjoints
Commerçants et artisans (régime unique depuis le 1 ^{er} janvier 2013) Complémentaire	55 ans depuis le 1 ^{er} janvier 2009	Néant	Les ressources ne doivent pas dépasser 74 064 € en 2013 (ressources personnelles et celles du couple si remariage, Pacs ou concubinage)	Sont exclus les biens de la communauté. Sont pris en compte : revenus professionnels ; allocations chômage, indemnités journalières, maladie ou accidents du travail ; retraites personnelles de base et pensions d'invalidité ; retraites complémentaires personnelles ; revenus des biens personnels mobiliers ou immobiliers (3 % de la valeur) ; biens donnés aux descendants moins de 10 ans avant le décès du conjoint (3 % ou 1,5 % de leur valeur selon l'ancienneté de la donation)	60 % de la retraite du conjoint.		Néant	Partage entre les ex-conjoints au prorata de la durée du mariage.
Fonctionnaires	55 ans	Durée du mariage de deux ans avant le départ à la retraite ou quatre ans avant le décès. Cette condition n'est pas exigée si un enfant ensemble ou si le défunt avait obtenu une pension d'invalidité (le mariage doit être antérieur à l'événement qui a causé l'invalidité), ou s'il est décédé en activité.	Néant	Néant	50 % de la retraite du conjoint. Revenu minimal de 9 447,21 € par an depuis le 1 ^{er} avril 2013, à défaut majoration	50 % de la majoration pour enfant, 50 % de la rente invalidité du défunt	Remariage, Pacs ou concubinage. Mais renait après séparation.	Au prorata de la durée du mariage. Pas d'augmentation en cas de décès ou de suppression de la pension de l'un des ayants droit

A la lecture de ce tableau, plusieurs constats :

- alors que le statut de partenaire ou concubin n'ouvre pas droit à une future réversion, les ressources et le patrimoine du partenaire ou concubin sont pris en compte pour déterminer les droits à réversion tirés d'une précédente union ;
- une disparité naît entre les différents régimes matrimoniaux. Un conjoint marié sous le régime de la communauté avec un patrimoine commun important bénéficiera de la pension de réversion. Un conjoint marié sous le régime de la séparation de biens possédant la même vocation patrimoniale, ne bénéficie pas du droit à réversion ;
- beaucoup de retraités vivent en concubinage et aucun système ne permet la vérification concrète de leur statut. Les retraités officialisant leur union par un mariage souffrent donc d'une forme de discrimination.

Les personnes veuves décident souvent de ne pas se remarier pour continuer à bénéficier de la pension de réversion de leur ex-conjoint. Elles hésitent pour cette même raison à conclure un Pacs. Néanmoins, il leur faudrait comparer le gain capitalisé du bénéfice de la pension de réversion avec les droits de mutation à titre gratuit à acquitter au décès du survivant (667).

Le système des pensions de réversion sous condition de ressources est amené à disparaître à terme du fait de l'augmentation de l'activité professionnelle au sein des couples. Une réflexion sur les aménagements possibles en cours d'union assurant un droit différé aux deux membres du couple apparaît nécessaire.

B/ L'aménagement des droits à retraite en droit comparé

Dans les pays européens on observe une diminution, voire une suppression, des droits à réversion. La tendance est à l'extinction des droits à réversion pour les conjoints survivants n'ayant pas atteint un âge proche de la retraite (668) et au durcissement des conditions d'octroi pour les autres. 1365

Les Allemands sont précurseurs en matière de retraite. Le chancelier Bismark a créé en 1899 un système d'assurance retraite obligatoire par répartition. Le principe de la réversion de retraite de base en Allemagne se présente comme suit. Durant les trois mois suivant le décès, le survivant marié ou membre d'un partenariat enregistré perçoit 100 % de la pension de retraite du défunt (669). Ensuite la pension de réversion s'établit à 55 % (670) du montant perçu initialement par le défunt.

Les couples allemands bénéficient depuis 2002 (671) d'une option particulière : le partage des droits à pension (672). Les droits acquis pendant le mariage sont considérés comme appartenant aux deux conjoints et partagés lorsque le plus jeune prend sa retraite ou lorsque l'un des deux décède. Le conjoint survivant perçoit une pension correspondant à la totalité de ses droits acquis hors mariage et à la moitié des droits communs acquis pendant le mariage. Les droits à pension issus de cette option ne dépendent

(667) Entre étrangers les droits de mutation à titre gratuit sont de 60 %.

(668) Sauf si le conjoint survivant a des enfants à charge auquel cas des pensions temporaires peuvent être mises en œuvre.

(669) Sénat, rapport d'information n° 314 (2006-2007) de Cl. Domeizel et D. Leclerc, au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales déposé le 22 mai 2007 ; Conseil d'orientation des retraites, séance plénière 27 juin 2007, *Niveau de vie, veuvage et divorce*, document n° 03.

(670) Pour la *groBe* *witwenrente* et 25 % pour la *kleine* *witwenrente*.

(671) Réforme « *Riester* », loi du 26 juin 2001 sur la formation d'un patrimoine vieillesse.

(672) *Rentensplitting*.

d'aucune condition de ressources et restent acquis en cas de remariage. Le contrat de mariage doit préciser l'éventuelle option des futurs époux sur le partage des droits à pension. L'acte prévoit soit la renonciation au partage, soit les règles du partage. Si le contrat prévoit la renonciation, le notaire avertit les parties de la nécessité de pourvoir individuellement à la constitution de droits à la retraite, et des conséquences préjudiciables pour elles en cas de diminution de leur capacité financière.

En cas de divorce, une modulation de la renonciation à l'ajustement des droits à pension de retraite intervient lorsque l'un des époux a réduit ou arrêté son activité pour élever les enfants communs. L'option pour le partage des droits à pension est rétablie pour la période où l'activité du conjoint a été mise en sommeil. Des conjoints avec une très grande différence de revenus peuvent prévoir le partage des droits à pension dans des proportions correspondant à ce différentiel en cas de divorce.

Exemple

Exemple de clause en droit allemand : Ajustement des droits à retraite

Les parties déclarent être actuellement salariées et envisagent de maintenir leur activité professionnelle au cours de l'union. Elles décident en conséquence d'exclure l'ajustement des droits à retraite en cas de divorce et dans ce cas uniquement.

Cependant, si un conjoint a été contraint de réduire son activité professionnelle de plus d'un trimestre pendant au moins deux ans pour élever l'enfant commun, ils conviennent de procéder à l'ajustement des droits à pension. L'ajustement s'appliquera uniquement à la période durant laquelle l'activité professionnelle a été réduite.

Le notaire rappelle aux parties :

- que l'exclusion de l'ajustement des droits à pension n'a pas vocation à s'appliquer si une demande en divorce est effectuée dans l'année suivant la rédaction des présentes ;
- qu'en conséquence de leur choix, chaque conjoint est personnellement responsable à l'effet de se constituer des droits à pension de vieillesse, même en cas de diminution future de revenus ou d'incapacité.

Ce partage des droits à retraite a été exporté en Suisse, au Liechtenstein et au Royaume-Uni avec le « *splitting* ». Il est obligatoire en cas de divorce. Si les modalités sont différentes, le principe est toujours de faire masse des droits à la retraite acquis par le couple en cours d'union et de les partager. Ce dispositif est supposé remédier à la faiblesse des droits propres des femmes et à leur dépendance vis-à-vis de l'époux. Lorsque le partage s'effectue à égalité, il ne crée pas de droit supplémentaire, contrairement à la réversion. Il s'agit simplement de rééquilibrer les droits à la retraite acquis pendant l'union.

Ce système pourrait être aménagé en France, sans entraîner de surcoût pour les caisses de retraite (673). Le partage des droits à retraite serait de droit dans le cadre du régime légal, et les proportions de répartition pourraient être aménagées dans le cadre d'un contrat de mariage séparatiste ou de participation aux acquêts. Le législateur irait-il jusqu'à le rendre optionnel pour les couples soumis à un Pacte civil de solidarité ? Pour le moment cela ne semble pas une priorité, les partenaires du Pacs ne bénéficiant d'aucun droit à réversion.

(673) Les droits différés à réversion entraînent une dépense supplémentaire pour les caisses de retraite. Le partage des droits rétablit une égalité de traitement entre les personnes célibataires et mariées, aucun nouveau droit n'est créé, seuls les droits existants sont partagés. Il n'y a aucun problème de conditions de ressources, pas de perte de droits en cas de remariage.

Ainsi, chaque époux bénéficierait jusqu'à la fin de sa vie de la moitié de sa retraite et de la moitié de celle de son conjoint. Les droits de chacun sont égaux et connus dès l'origine. Les époux connaissent leurs revenus en cas de décès de leur conjoint et peuvent anticiper leurs besoins. En outre, en cas de divorce, le juge n'a plus à se préoccuper des droits futurs à la retraite pour fixer la prestation compensatoire, chacun ayant acquis rigoureusement les mêmes droits pendant le mariage.

CHAPITRE II Les risques judiciaires de la séparation

Les tensions liées à la séparation s'accroissent avec la prise de conscience des difficultés à vivre seul et à faire face aux difficultés financières. Dès lors une indemnisation va être recherchée judiciairement. Les procédures sont intentées en vue de faire reconnaître et indemniser le préjudice subi. Les causes d'indemnisations peuvent être regroupées en deux groupes. Celles liées spécifiquement à la vie de couple (Section I) et celles liées à la collaboration professionnelle (Section II). **1366**

Section I L'indemnisation liée à la vie de couple

Le mode de conjugalité ou le régime adopté commandent le choix de la procédure. Les époux soumis à un régime communautaire disposent d'une arme redoutable après liquidation : le recel (§ I). Les autres bénéficient uniquement de demandes en indemnisation (§ II). **1367**

§ I Le recel

La dissimulation de biens ou de valeurs est tentante, particulièrement en présence d'une entreprise, car l'exploitant est souvent le seul au courant de l'organisation de ses affaires. Il est nécessaire d'informer les époux des conséquences du recel (B). Un rappel de sa définition (A) est un préalable. **1368**

A/ La définition du recel

Le recel sanctionne l'époux qui a tenté de s'approprier des biens communs, en totalité ou en partie (674). Depuis 2004 (675), le législateur sanctionne également l'époux dissimulateur de dettes communes. Les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de l'existence ou non du recel. L'époux doit utiliser des manœuvres dolosives, ou frauder sciemment en vue de rompre l'égalité du partage. L'application du recel dépend du régime matrimonial (I) et nécessite un acte matériel et intentionnel (II) **1369**

(674) C. civ., art. 1477 : « Celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. De même, celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence de dettes communes doit l'assumer définitivement ».

(675) L. n° 2004-439, 26 mai 2004.