

Recueil Dalloz 2008 p. 1271

Du nouveau dans la fixation de la prestation compensatoire et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants

Valérie Avena-Robardet

Grande préoccupation des avocats et de leur client, la fixation du montant de la prestation compensatoire cristallise les intérêts contradictoires des époux. Et on le comprend aisément. Le créancier espère obtenir le maximum, tandis que le débiteur rusera pour payer le minimum. Fort heureusement, le législateur a facilité le travail du juge en lui fournissant une liste d'éléments à prendre en considération, dont la « durée du mariage » depuis la loi du 30 juin 2000. Ceci étant, les critères énumérés à l'ancien article 272 du code civil (désormais art. 271) n'ont rien de limitatifs (Civ. 2, 1 avr. 2007, Bull. civ. II, n° 77 ; 19 nov. 1997, Dr. fam. 1998, n° 9, obs. Lécuyer ; Civ. 1, 14 mars 2006, Bull. civ. I, n° 155 ; AJ fam. 2006. 377, obs. S. David  ; RTD civ. 2006. 544, obs. Hauser  ; Defrénois 2006. 1057, obs. Massip). L'emploi de l'adverbe « notamment » est, en effet, de nature à lever tout doute à ce sujet. Pour autant, le juge peut-il ajouter aux années de mariage, la période de concubinage qui a précédé ? Faisant valoir l'énumération non limitative de l'article 272, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative en 2006 (Civ. 1, 14 mars 2006, préc.). Après tout pourquoi pas, la prise en compte de la durée de la vie commune dans son ensemble pouvant, dans certains cas, participer d'une certaine justice. Seulement, au plan juridique, la solution suscite davantage la critique. La rupture d'un concubinage ne saurait justifier le versement d'une prestation compensatoire, dès lors que les concubins, contrairement aux époux, ne s'engagent jamais à partager leur condition sociale (V. S. David, *op. cit.*). Si bien que la période de concubinage, fût-elle suivie d'un mariage, ne devrait pas pouvoir être prise en compte pour la fixation d'une prestation compensatoire. Toutefois la Cour de cassation en ayant décidé autrement, on peut désormais lire, ça et là, qu'il peut être ajouté à la durée du mariage celle du concubinage antérieur pour la détermination des besoins et ressources en vue de la fixation de la prestation compensatoire (V., notamment, Dalloz Action, Droit de la famille, 2008/2009, 134.116).

L'arrêt n° 453 du 16 avril 2008 relance le débat. En affirmant, que « les juges du fond n'ont pas à tenir compte de la vie commune antérieure au mariage pour déterminer les besoins et les ressources des époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire », les hauts magistrats précisent leur position. Il ne faut sans doute pas y voir un revirement de jurisprudence, l'expression « n'ont pas à tenir compte » laissant au contraire penser que les juges du fond peuvent prendre en compte l'existence d'une vie commune antérieure au mariage, mais qu'il n'est pas question de les y contraindre. S'ils sont tenus de prendre en considération tous les critères expressément prévus par l'ancien article 272, dont celui de la « durée du mariage », il n'en est pas de même de ceux qui n'y figurent pas. L'arrêt du même jour (n° 454 ) est d'ailleurs en ce sens, puisqu'il admet que les juges puissent, et non pas doivent, s'appuyer sur « la durée de la vie commune postérieure à la célébration du mariage » et, *a contrario*, celle de la séparation pendant le mariage. Comme l'écrit le professeur Hauser, « quand [les époux] vivent séparés, les avantages qu'ils tirent du mariage étant moins importants, la disparité qui résultera de la disparition de celui-ci sera également moins importante » (*op. cit.* - V. égal. J. Massip, *op. cit.*). En résumé, et cela vaut dans le cadre du nouvel article 271, les juges peuvent toujours tenir compte de la durée commune du mariage qu'elle soit antérieure ou postérieure au mariage, mais n'en ont pas l'obligation.

L'arrêt n° 454 tranche également la question de savoir si, pour la fixation, cette fois, de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, le juge doit prendre en compte la nouvelle situation familiale du débiteur, et spécialement la naissance d'un nouvel enfant. En l'occurrence, semble-t-il, l'époux débiteur était le père des trois enfants issus du mariage et d'un quatrième né de relations adultères. Or les juges d'appel avait augmenté le montant de

la contribution fixée par les premiers juges refusant, ce faisant, de prendre en considération les nouvelles charges contractées par l'appelant, « dès lors qu'il appartenait à celui-ci de ne décider de nouveaux engagements qu'en fonction de sa capacité à les honorer après s'être acquitté de ses obligations envers ses enfants issus de son mariage et qu'il lui incombait de faire son affaire personnelle des obligations qu'il avait contractées envers l'enfant [adultérin] né en 2004 conçu au mépris de l'obligation de fidélité entre époux et dont les droits ne sauraient préjudicier à ceux des enfants légitimes ». Ce qui provoqua la censure de la Cour de cassation pour violation des articles 310 et 371-2 du code civil. Aussi faut-il en déduire que la survenance d'un nouvel enfant, légitime ou non, ne peut être écartée lors de l'évaluation des charges du débiteur. D'une décision, toutefois non publiée et pas très précise, on aurait pu conclure à la solution inverse : la décision de la cour d'appel est approuvée alors qu'elle avait relevé que « ne saurait préjudicier aux intérêts de cet enfant la naissance d'un autre enfant [apparemment enfant naturel] » (13 déc. 2001, inédit, 99-21.557). Mais, il est vrai, c'était avant que la loi du 4 mars 2002 n'interdise toute distinction entre enfants légitimes et enfants naturels. Du reste, dans un autre arrêt du 7 mai 2002, la Cour de cassation laissait au contraire entendre que le juge dans son appréciation ne pouvait faire fi de la nouvelle progéniture (Civ. 1, 7 mai 2002, inédit, 00-20.814 : on ne sait toutefois pas si le nouvel enfant était un enfant légitime ou un enfant naturel). En réalité, et le visa de l'article 310 du code civil est éloquent, il n'est pas concevable de favoriser les enfants légitimes au préjudice d'enfants adultérins, du moins si leur filiation est légalement établie, pas plus qu'il n'est de façon générale acceptable de favoriser les enfants d'un premier lit au détriment de ceux du second lit. Question d'égalité...

Nous passerons rapidement sur le second moyen de l'arrêt n° 453 qui rappelle que, lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'une attribution de biens en pleine propriété, le juge doit préciser *dans le dispositif* de sa décision tant le montant de la prestation compensatoire que la *valeur* et la *quotité* des droits attribués à ce titre (cf. Civ. 1, 14 nov. 2006, AJ fam. 2007. 93, obs. S. D.  ; 14 nov. 2006, n° 06-11.224, inédit ; 28 juin 2005, AJ fam. 2005. 359, obs. David  ; D. 2005. IR. 2036 ). Solution qui, rendue au visa des anciens article 274 et 275 du code civil, demeure valable dans le cadre de la loi nouvelle.

Mots clés :

DIVORCE * Effet * Epoux * Prestation compensatoire * Fixation * Critère
ALIMENT * Pension alimentaire * Contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants *
Fixation * Charges nouvelles * Enfant adultérin