

Tribunal fédéral – 5A_816/2019
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 25 juin 2021 (d)

Newsletter novembre 2021

Résumé et analyse

Couple non marié,
entretien ; charge fiscale
relative à l'entretien
convenable de l'enfant

Proposition de citation :

Thierry Bornick, Jérôme Saint-Phor,
Détermination de la charge fiscale liée à
l'entretien de l'enfant ; analyse de l'arrêt du
Tribunal fédéral 5A_816/2019, Newsletter
DroitMatrimonial.ch novembre 2021

**Art. 276, 285 CC ; 3 LHID ;
36 al. 2^{bis} LIFD**

Détermination de la charge fiscale liée à l'entretien de l'enfant

Thierry Bornick* et Jérôme Saint-Phor**

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se penche sur la question de la prise en compte de la charge fiscale liée à la contribution d'entretien pour enfant dans le calcul de la situation financière des parties et sur la manière de déterminer cette charge au regard du droit fiscal. À cet égard, la Haute Cour propose une méthode de calcul, qui semble être, selon elle, la plus adaptée tenant compte des difficultés de la pratique et des récents développements jurisprudentiels.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les enfants A, né en 2012, et B, né en 2014, sont issus de l'union de D et C (ci-après : le père/la mère), qui ne sont pas mariés. La séparation a eu lieu en 2015 et les enfants vivent avec leur mère depuis lors.

Le 24 août 2016, suite à une requête de mesures provisionnelles en entretien du 10 juin 2016, les enfants ont introduit une demande d'aliments auprès du tribunal de district de See-Gaster. Dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires, les parties ont convenu des contributions d'entretien des enfants à verser pour la durée de la procédure.

Par décision du 7 juillet 2017, le tribunal de district a notamment attribué l'autorité parentale conjointe sur A et attribué la garde à la mère (ce qui était déjà prévu pour B) et a mis les pensions alimentaires pour enfants à la charge du père.

* Dr en droit, collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel.

** Assistant-doctorant, MLaw, collaborateur au sein de l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel (IDS).

Le père a fait appel de cette décision devant le Tribunal cantonal de St-Gall, demandant son annulation partielle, notamment en ce qui concerne les contributions d'entretien, subsidiairement le renvoi devant le tribunal de district pour une nouvelle évaluation. Alternativement, en présentant divers documents, il conclut au paiement d'une contribution mensuelle de CHF 1'150.00 par enfant jusqu'à six ans et de CHF 950.00 après six ans jusqu'à l'achèvement d'une formation initiale appropriée. A et B ont conclu au rejet de l'appel.

Par décision du 10 septembre 2019, la cour cantonale a annulé les dispositifs relatifs à la contribution d'entretien des enfants et a fixé les nouvelles mensualités à verser par le père à partir du 1^{er} janvier 2017, en constatant par ailleurs qu'il n'avait pas à payer de pension pour la période antérieure dès lors qu'il avait déjà payé le nécessaire.

Par pourvoi en matière civile du 14 octobre 2019, A et B ont fait recours auprès de la Cour suprême fédérale, demandant l'annulation de l'arrêt cantonal et le renvoi de l'affaire au Tribunal cantonal pour réévaluation, afin que le père soit condamné à payer des contributions d'entretien plus élevées que dans la décision attaquée.

B. Le droit

Déposé en temps utile, selon la forme et la procédure, le recours est recevable, malgré de simples conclusions en renvoi, qui peuvent dans ce cas être exceptionnellement jugées recevables (consid. 1 à 1.2.3), d'autant qu'elles sont suffisamment motivées et étant rappelé que le Tribunal fédéral est lié par les faits établis en instance précédente (consid. 2).

Sur le fond, le Tribunal fédéral commence par un rappel des principes entourant le calcul de la contribution d'entretien pour enfants. En l'occurrence, le montant de la pension à verser est contesté ; étant litigieux le calcul des besoins et le montant de la part excédentaire (consid. 3).

Ainsi le Tribunal fédéral rappelle-t-il, en substance, que l'entretien de l'enfant est assuré par les soins, l'éducation et le versement d'une somme d'argent et que l'entretien convenable de l'enfant concerne aussi bien l'entretien en espèces que celui en nature (art. 276 CC). L'étendue de l'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant, d'une part, et à la situation et capacité de paiement des parents, d'autre part. Il s'agit donc d'une variable dynamique dépendant des moyens concrets. Le principe d'après lequel les deux parents contribuent chacun selon leurs facultés s'applique également à l'entretien monétaire dont l'étendue est déterminée selon l'art. 285 CC. Si l'enfant est confié à la garde exclusive d'un seul parent, qu'il vit dans son foyer et qu'il ne voit l'autre parent que dans le cadre d'un droit de visite et de vacances, on retient que le parent gardien contribue seul à l'entretien de l'enfant. Dans ce cas, selon un principe d'équivalence de l'entretien en argent et en nature, l'entretien en argent devra en principe être entièrement à la charge de l'autre parent (consid. 3.1). Lorsqu'elle se prononce sur les questions d'entretien, l'autorité du fond dispose d'un large pouvoir d'appréciation¹. Le Tribunal fédéral ne contrôle les décisions discrétionnaires qu'avec retenue² (consid. 3.2).

¹ Art. 4 CC ; cf. sur l'entretien des enfants : arrêts du TF 5A_20/2017 du 29 novembre 2017, consid. 4.2, in : FamPra.ch 2018 p. 595 ; 5A_90/2017 du 24 août 2017, consid. 3.3 et les références.

² ATF 142 III 617, consid. 3.2.5 ; 141 III 97, consid. 11.2 ; chacun avec les références.

En ce qui concerne l'exposé des besoins, les plaignants (A et B) estiment, d'une part, que les frais de hobby retenus par le Tribunal cantonal sont trop bas et, d'autre part, que la charge fiscale aurait dû être incluse dans le calcul de leur entretien (consid. 4).

S'agissant du premier grief, qui n'a pas été tranché par le Tribunal, nous exposons brièvement comme suit, étant donné que la question revêt un certain intérêt :

Les plaignants affirment qu'ils avaient déjà réclamé au stade de la première instance divers frais pour leurs loisirs (éducation précoce (*Frühförderung*), natation, équitation, escalade, visites au zoo, etc.) pour un montant mensuel de CHF 200.00 chacun. Appuyés par divers reçus, les loisirs des enfants ont été allégués (pour A : cours de natation, patinage, ski, équitation, ballet ; et pour B : cours de natation, patinage, ski, musées, etc.). La première instance n'avait pas pris en compte les frais liés aux loisirs, alors qu'elle avait doublé le montant de base ; tandis que la cour cantonale avait réduit les frais de loisirs aux frais reconnus par l'intimé (à savoir : CHF 20.00 jusqu'à l'âge de 6 ans, CHF 50.00 jusqu'à l'âge de 12 ans et CHF 100.00 ensuite). Les plaignants s'opposent au raisonnement du Tribunal cantonal, selon lequel les hobbies (du moins pour des montants aussi élevés) ne font pas partie des besoins fondamentaux au sens du minimum vital du droit des familles, mais qu'ils sont en partie couverts par le montant de base, les coûts supplémentaires devant être couverts par l'éventuelle part excédentaire du parent débirentier. Le Tribunal cantonal a toutefois reconnu que les enfants devaient bénéficier de très bonnes conditions financières dans ce cas, cependant les montants réclamés ne seraient pas adaptés à une situation financière moyenne (sachant que les seuls cours d'équitation coûtent rapidement plusieurs centaines de francs par mois) (consid. 4.1.1). Le défendeur soutient quant à lui que les contributions d'entretien accordées par la juridiction inférieure sont largement suffisantes pour couvrir les frais de loisirs et de vacances (consid. 4.1.2). Le Tribunal fédéral estime que la question de savoir si la cour cantonale a pris en compte les frais de hobby conformément au droit fédéral n'a pas à être tranchée ici, dès lors que l'arrêt attaqué doit être annulé pour les raisons exposées ci-dessous (non prise en considération de la part fiscale dans l'entretien des enfants) et que la cause doit être renvoyée à la cour cantonale pour nouveau calcul des contributions d'entretien. Ce faisant, elle devra appliquer les principes énoncés dans la jurisprudence³ et, dans ce contexte, les coûts des hobbies des enfants ne devront pas être inclus dans les coûts directs des enfants, mais devront être financés par la part d'excédent (consid. 4.1.3).

Dans leur second grief, les plaignants soulignent que le tribunal de première instance avait pris en compte une composante fiscale (ou une part fiscale : « *Steueranteil* »), mais que le Tribunal cantonal a supprimé cet élément du calcul de l'entretien convenable, considérant qu'un montant mensuel de CHF 100.00 était approprié (consid. 4.2). Le Tribunal fédéral relève d'emblée qu'il n'y a aucune justification au fait que le Tribunal cantonal n'ait pas inclus de part fiscale dans les besoins des enfants (consid. 4.2.1.1). Le défendeur ne contredit pas les plaignants sur la prise en compte d'une part fiscale, mais considère un montant maximum de CHF 50.00 par enfant (consid. 4.2.1.2).

Le raisonnement juridique du Tribunal fédéral est le suivant (consid. 4.2.2.1) : si la situation financière des parties permet d'aller au-delà du minimum vital selon le droit des poursuites

³ Le TF cite l'arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020, consid. 6 et 7.

et des faillites lors du calcul de la contribution d'entretien de l'enfant, une charge fiscale doit être prise en compte dans le minimum vital de l'enfant – comme c'est le cas pour les parents⁴. En matière fiscale, le revenu de l'enfant, à savoir les contributions d'entretien en sa faveur (mais pas son revenu professionnel), est ajouté au revenu imposable du père ou de la mère (assujetti-e au regard de l'art. 3 al. 1 LHID) qui a la garde de l'enfant ou qui reçoit la prestation, selon l'art. 289 al. 1 CC. Le débiteur fiscal (« *Steuerschuldner* ») est le parent bénéficiaire. Dans la mesure où l'ajout des contributions d'entretien pour enfants entraîne une augmentation des impôts, il ne semble pas justifié de faire supporter ces impôts au seul parent bénéficiaire. Inversement, la part d'impôt imputable à la contribution d'entretien ne peut pas être comptabilisée dans le minimum vital au sens strict, car il faut veiller à ce que l'enfant ne se retrouve pas avec un solde inférieur à ce dont il a besoin pour couvrir son entretien convenable⁵.

Au moins dans le résultat, la doctrine est également unanime pour dire que, après la couverture intégrale du minimum du droit des poursuites, une part d'impôt dans le calcul de la situation des enfants doit être prise en compte⁶.

En l'occurrence, les contributions d'entretien accordées dans la décision de l'instance inférieure dépassent le minimum vital prévu par le droit des poursuites. Il aurait donc fallu examiner si et dans quelle mesure les charges fiscales doivent être prises en compte dans les coûts directs des enfants. La cour cantonale n'a pas établi les faits à cet égard, ni motivé la raison pour laquelle aucune part d'impôt ne devrait être retenue en l'espèce. Par conséquent, la décision attaquée doit être annulée et renvoyée au Tribunal cantonal pour une nouvelle appréciation (consid. 4.2.2.2).

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la question de savoir comment déterminer la part fiscale à inclure dans le calcul de l'entretien convenable des enfants (consid. 4.2.3). L'addition du revenu de l'enfant au revenu imposable de la partie créditière tend à entraîner des impôts plus élevés (en particulier dans un système d'imposition progressive tel que les systèmes fédéral et cantonal). En revanche, la partie créditière peut effectuer à la fois des déductions générales et spéciales pour enfant, notamment pour les frais de prise en charge par des tiers inclus dans la contribution d'entretien de l'enfant. En outre, la Confédération (art. 36 al. 2^{bis} LIFD) et la plupart des cantons ont aménagé un tarif fiscal distinct (taux d'imposition réduit) pour les familles monoparentales. Par conséquent, il s'agit de prendre en considération les circonstances spécifiques, étant donné qu'il n'est pas toujours certain qu'il y ait une augmentation d'impôts (consid. 4.2.3.1).

⁴ Cf. ATF 140 III 337, consid. 4.2.3.

⁵ TF 5A_926/2019 du 30 juin 2020, consid. 4.4.3 et réf. citées ; TF 5A_311/2012 du 15 mai 2013, consid. 7.2 et réf. citées.

⁶ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, Berechnung des Kindesunterhalts – Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019, FamPra.ch 2021 p. 261 ss ; ARNDT/BADER, Steuer- und Familienrecht – wenn verfllossene Liebe Steuern kostet (ci-après : verfllossene Liebe), FamPra.ch 2020 p. 644 ; dieselben, Steuern im Familienrecht : Praktische Hinweise zur Scheidung (ci-après : Praktische Hinweise), Anwaltsrevue 8/2020 p. 315 ; JUNGO/ARNDT, Barunterhalt der Kinder : Bedeutung von Obhut und Betreuung der Eltern, FamPra.ch 2019 p. 758 ; SCHWIZER, Entscheidbesprechungen, AJP 2021 p. 234 ss.

Ensuite, le Tribunal fédéral développe les différentes méthodes de calcul proposées dans la doctrine pour déterminer la part d'impôt que le père ou la mère bénéficiaire devra payer en raison de la contribution à l'entretien de l'enfant (consid. 4.2.3.2) :

- La méthode comparative consiste à déterminer la proportion de l'impôt que le parent bénéficiaire doit payer en plus en raison de la contribution d'entretien et de l'inclure dans le revenu de l'enfant. Il s'agit de la différence entre les impôts que le parent devrait payer s'il ne s'occupait pas de l'enfant et les impôts dus compte tenu des contributions d'entretien⁷ (consid. 4.2.3.2.1).
- Une autre méthode (« méthode proportionnelle » ; « *proportionale Methode* ») propose que les impôts dus par le parent bénéficiaire soient calculés au *prorata* du rapport entre la contribution d'entretien (en espèces) et le taux d'imposition du revenu imposable du parent bénéficiaire. Dans un premier temps, on retient le pourcentage auquel le revenu imposable du parent qui reçoit les contributions est imposé et, dans un second temps, on calcule la contribution d'entretien en espèces de l'enfant de telle sorte que, après déduction de la charge fiscale (déterminée d'après le même pourcentage), il reste le montant afférent de l'impôt (« *der ursprüngliche ermittelte Barunterhalt resultiert* »). La formule de calcul pour la deuxième étape est la suivante : entretien en espèces sans impôts / (1- pourcentage de la charge fiscale).

Exemple de calcul : entretien sans impôts = CHF 2'000.00 ; pourcentage de la charge fiscale = 13%. Calcul : $2'000 / (1 - 0.13) = 2'299$. Nouveau calcul : 13% de CHF 2'299.00 = CHF 299.00⁸ (consid. 4.2.3.2.2).

- Une troisième méthode consiste en une répartition proportionnelle des impôts dus en fonction des revenus, y compris contributions d'entretien, du parent bénéficiaire et de ceux des enfants mineur-es⁹ (consid. 4.2.3.2.3).

Dans tous les cas, les auteurs s'accordent à dire que la charge fiscale (présumée) de la partie créditière doit être déterminée sur la base des circonstances concrètes. À cet égard, les simulateurs fiscaux de la Confédération¹⁰ ou des cantons¹¹, mais aussi les simulateurs de calculs d'entretien proposés par le secteur privé¹², peuvent être utiles. Les auteurs sont également d'accord sur le fait que la charge fiscale doit toujours être calculée sur la seule contribution d'entretien pécuniaire, à l'exclusion donc de la contribution de prise en charge. En effet, la contribution de prise en charge correspond à la différence entre le minimum vital (selon le droit des familles) du parent qui assume la garde principale et sa capacité à subvenir à ses propres besoins¹³. Or, le minimum vital en droit des familles comprend déjà la

⁷ Cf. SCHWIZER, *op. cit.*, p. 242 ; méthode comparative (« *Vergleichsmethode* »).

⁸ ARNDT/BADER, *verflossene Liebe*, *op. cit.*, p. 665 ; dieselben, *Praktische Hinweise*, *op. cit.*, p. 315.

⁹ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, *op. cit.*, p. 262 ss ; aussi SCHWIZER, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰ <https://swisstaxcalculator.estv.admin.ch>.

¹¹ Par exemple (Neuchâtel) : https://www.ne.ch/autorites/DFS/SCCO/impot-pp/Pages/calcullette_pp.aspx.

¹² Par exemple : <https://berechnungsblaetter.ch>.

¹³ ATF 144 III 377, consid. 7.1.2.1.

composante fiscale¹⁴. Par conséquent, le calcul de la charge fiscale ne peut comprendre que la charge qui est liée à la contribution d'entretien pécuniaire¹⁵ pour l'enfant (consid. 4.2.3.3).

Selon le Tribunal fédéral, la méthode comparative nécessite deux calculs distincts, ce qui ne permet pas de savoir dès le départ avec quels paramètres l'alternative à calculer doit être comparée. SCHWIZER rejette aussi cette méthode parce que tout effet de progression de l'augmentation de l'impôt sur le revenu serait entièrement reflété sur la charge fiscale liée à l'entretien des enfants¹⁶. S'agissant de la méthode proportionnelle, selon AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, cette méthode n'est pas adaptée lorsque le barème fiscal est proportionnel (« *flach* ») et que l'absence de progressivité est compensée par des déductions élevées pour les enfants¹⁷. SCHWIZER s'oppose également à cette méthode pour des raisons de systématique fiscale en soutenant que, en pratique, cette méthode pourrait permettre, dans certaines circonstances, de déduire des frais d'acquisition du revenu qui excéderaient le revenu acquis¹⁸ (consid. 4.2.3.4).

En somme, le Tribunal fédéral estime qu'une répartition mathématique tenant compte de tous les aspects n'est pas possible ou du moins difficilement applicable en pratique, car toutes les déductions et les effets qui en résultent sur la progression et la réduction tarifaire (« *Tarifermässigung* ») ne sont pas pris en compte¹⁹. La méthode qui propose une répartition proportionnelle des impôts en fonction des revenus²⁰, tenant compte des contributions d'entretien du parent gardien et de ceux des enfants, apparaît selon lui la plus adaptée en pratique.

En effet, dans le cadre de la méthode concrète en deux étapes²¹, les revenus et la charge fiscale de la partie créditière et de la partie débitorière, ainsi que les autres postes de dépenses pertinents pour la détermination du minimum vital en droit des familles, sont ou doivent être connus. L'autorité judiciaire dispose ainsi de toutes les informations pour déterminer la charge fiscale (ou plutôt la proportion de l'impôt) à inclure dans les besoins pécuniaires de l'enfant. Lors de la détermination des besoins élargis de l'enfant, il s'agit de prendre en compte la contribution d'entretien de l'enfant (revenu de l'enfant) imposée dans le chef de la partie créditière²² (art. 3 al. 3 LHID et 285 al. 2 CC) par rapport au revenu total imposable et la part de l'obligation fiscale totale de la partie créditière qui en découle. Si, par exemple, le revenu attribuable à l'enfant représente 20% du revenu du foyer fiscal, la

¹⁴ ATF 140 III 337, consid. 4.2.3.

¹⁵ Basée sur les coûts directs (notre ajout).

¹⁶ Texte original : « Sodann verwirft SCHWIZER diese Methode, weil sich der durch die Erhöhung des steuerbaren Einkommens allenfalls ausgelöste Progressionseffekt vollständig im auf den Kindesunterhalt anfallenden Steueranteil niederschlägt » ; Cf. SCHWIZER, *op. cit.*, p. 242.

¹⁷ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, *op. cit.*, p. 262.

¹⁸ SCHWIZER, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, *op. cit.*, p. 262.

²⁰ Méthode que nous appellerons « méthode proportionnelle en fonction des revenus ». Approche adoptée par SCHWIZER et AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, voir consid. 4.2.3.2.3.

²¹ Méthode de calcul de l'entretien désormais obligatoire dans toute la Suisse ; cf. TF 3A_311/2019, consid. 6.6.

²² Ce qui signifie les revenus attribuables à l'enfant, mais imposables au parent (à savoir, la contribution d'entretien en espèces, les allocations familiales, les rentes d'assurance sociale et les autres revenus similaires ; les prestations destinées à l'entretien de l'enfant, les revenus des biens de l'enfant), mais pas les revenus mêmes de l'enfant (par ex. apprentissage) ou le revenu formellement dû à l'enfant, auquel l'enfant a formellement droit (art. 285 al. 2 CC), mais qui est matériellement destiné au parent gardien.

même proportion de la dette fiscale totale de la partie crédière doit être incluse dans les besoins de l'enfant. Par conséquent, seule la différence²³ doit être incluse dans les besoins de la partie crédière (consid. 4.2.3.5).

Enfin, les plaignants contestent le montant de la part excédentaire, réparti à raison de CHF 200.00 mensuellement chacun (consid. 5). Le Tribunal cantonal a précisé que la répartition de l'excédent a été effectuée en tenant compte des circonstances financières et personnelles des parties. En principe, l'excédent de revenu de la partie débitrice devait être réparti entre le père et les enfants, selon le principe « des grandes et des petites têtes »²⁴. En cas de très bonne situation financière, la part d'excédent, ainsi que les revenus propres de l'ayant droit, peuvent être utilisés. Dans ce cas, la part de l'excédent doit être plafonnée, mais attribuer une part fixe peut être rigide. En l'espèce, le doublement du montant de base effectué par la première instance (soit l'ajout de CHF 200.00 par enfant au montant de base) semblait approprié (consid. 5.1). Le Tribunal fédéral rejoint les considérations de l'instance précédente en précisant que le montant des parts excédentaires pourrait être limité ou réduit en fonction du niveau de vie antérieur à la séparation, du moins dans la mesure où la capacité contributive de la partie débitrice d'aliments est restée inchangée depuis la séparation – comme dans le cas présent. Les plaignants ne le contestent pas, mais affirment au contraire que le maintien des contributions d'entretien tel que retenu ne permet pas d'atteindre le niveau de vie qu'ils avaient avant de vivre séparément. Ils se plaignent également – à juste titre – que la cour cantonale n'a pas fait de constatation sur le niveau de vie antérieur. Il manque dès lors la base factuelle permettant de fonder la conformité de la décision attaquée avec le droit fédéral. Par conséquent, la décision entreprise doit être annulée sur ce point également et l'affaire doit être renvoyée auprès du Tribunal cantonal pour compléter les faits et rendre une nouvelle décision. Pour ce faire, le Tribunal cantonal devra tenir compte des directives sur le calcul du minimum vital selon le droit des poursuites²⁵ et des lignes directrices de la jurisprudence²⁶.

III. Analyse

A. Premiers constats

Dans cet arrêt très technique et important pour les praticiens en droit des familles, le Tribunal fédéral rappelle l'importance de tenir compte des aspects fiscaux lors de la fixation des contributions d'entretien. Or, du point de vue du parent crédière, l'impact fiscal des contributions d'entretien n'est pas évident à calculer précisément. En particulier, on doit garder à l'esprit que, s'il est certes imposé sur les contributions d'entretien qu'il reçoit, il

²³ En l'occurrence, les 80% de la charge fiscale restante (notre ajout).

²⁴ Notre ajout : la méthode de calcul de l'entretien dite « concrète en deux étapes » implique en effet de répartir l'éventuel excédent du parent débiteur selon un ordre de priorité (couverture des coûts directs de l'enfant, puis contribution de prise en charge, puis éventuel entretien entre (ex-)conjoint-es, et finalement entretien de l'enfant majeur-e ; cf. TF 5A_3011/2019 du 11 novembre 2020, destiné à la publication ; pour une analyse détaillée, voir : SABRINA BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues ; une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_311/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021. Sur l'ordre de priorité, voir aussi le récent arrêt du TF 5A_1072/2020 (d) du 25 août 2021, consid. 8.4, résumé dans la newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2021.

²⁵ Dernière publication : BISchK 2009 p. 193 ss

²⁶ Cf. TF 5A_311/2019, consid. 7.2.

bénéficie aussi, dans tous les cas, de dégrèvements fiscaux relatifs à l'entretien de l'enfant. On pense en particulier, sous l'angle de l'IFD, à la déduction sociale pour enfant, aux déductions générales permettant notamment – dans une certaine mesure – la déduction des frais de garde des enfants par des tiers et des primes d'assurance-maladie, ou encore au dégrèvement induit par l'application du barème parental.

La fixation des contributions d'entretien doit autant que possible tenir compte de la réalité fiscale. Il ne suffit pas, par exemple, d'augmenter simplement les contributions d'entretien de l'impôt correspondant, au risque de favoriser le parent crédientier qui obtient des dégrèvements fiscaux par ailleurs. Inversement, il va de soi qu'une prise en compte de tous les mécanismes fiscaux applicables par des praticiens – souvent civilistes – peut s'avérer inopportune et peut conduire à préférer une solution schématique.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral tient compte du nouveau droit de l'entretien des enfants et des dernières précisions jurisprudentielles²⁷, notamment relatives à la méthode concrète en deux étapes. Selon cette méthode, le calcul de l'entretien se fait d'après les charges effectives sur la base du minimum vital du droit des familles (donc élargi et incluant la charge fiscale) si la situation financière le permet. En cas d'éventuel excédent, celui-ci est réparti par « grandes et petites têtes », en couvrant en premier lieu les besoins des enfants mineur-es (coûts directs, contribution de prise en charge), puis en second lieu les besoins des (ex-)conjoint-es et des enfants mineur-es, conformément à l'ordre de priorité légale (art. 276a CC). Encore restait-il à savoir si la charge fiscale relative à la contribution d'entretien des enfants (soit la prise en compte de l'éventuelle augmentation d'impôts du parent bénéficiaire en raison de la contribution d'entretien) devait être introduite dans les charges du parent ou dans celles des enfants, voire dans les deux selon une clé de répartition définie. Par cet arrêt commenté, le Tribunal fédéral donne une réponse claire à cette question, malgré les défis pratiques soulevés du point de vue fiscal.

B. Bref rappel des principes applicables en matière fiscale

Pour imposer les parents conformément à leur capacité contributive, il est nécessaire de tenir compte des dépenses que ceux-ci engagent pour l'entretien de leurs enfants. Tant au niveau fédéral que cantonal, divers dégrèvements fiscaux permettent d'alléger la charge fiscale des parents, dont en particulier :

- Une déduction sociale pour enfant qui s'élève à CHF 6'500.00 pour l'IFD (art. 36 LIFD) et à des montants très variables pour les impôts cantonaux le cas échéant ; étant rappelé que ceux-ci ne sont aucunement liés par la LHID pour les déductions sociales (art. 9 al. 4 LHID).
- Une déduction générale pour les primes d'assurance-maladie jusqu'à concurrence de CHF 1'700.00 par enfant pour l'IFD (art. 33 al. 1 let. g ch. 2 LIFD) et d'un montant variable pour les impôts cantonaux (art. 9 al. 2 let. g LHID).
- Une déduction générale pour frais de garde des enfants par des tiers jusqu'à concurrence de CHF 10'100.00 pour l'IFD et d'un montant variable pour les impôts cantonaux (art. 9 al. 2 let. m LHID).

²⁷ Pour une vue d'ensemble, voir MICHAËL SAUL, Le nouveau droit quasi prétorien de l'entretien entre (ex-) conjoint-e-s, analyse des arrêts du Tribunal fédéral 5A_907/2018, 5A_104/2018, 5A_891/2018 et 5A_800/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2021.

- Un taux d'imposition réduit par l'application du barème parental pour l'IFD (art. 36 al. 2^{bis} LIFD) et par l'application du modèle d'imposition retenu par le droit cantonal – double barème, splitting, etc. – pour les ICC.

Par ailleurs, le revenu et la fortune des enfants sous autorité parentale sont, en droit fédéral comme en droit cantonal, ajoutés au revenu et à la fortune du détenteur de ladite autorité²⁸. Il s'agit d'un cas de substitution fiscale²⁹. Les revenus sujets au mécanisme de la substitution fiscale concernent en premier lieu le rendement de la fortune, mais également les éventuelles rentes d'orphelin qui sont touchées par l'enfant et qui doivent être déclarées par le parent survivant³⁰. Sont au contraire imposés auprès de l'enfant mineur tous les revenus provenant d'une activité lucrative et les revenus acquis en remplacement d'une telle activité (tels que les indemnités de l'assurance-chômage, de l'assurance-maladie, de l'assurance-accident ou de l'assurance-invalidité)³¹. Les contributions d'entretien, bien que formellement destinées aux enfants, sont néanmoins imposées auprès du parent bénéficiaire.

C. Clarifications sur la méthode « proportionnelle en fonction des revenus »

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a jugé qu'il convenait d'appliquer la méthode dite « proportionnelle », qui consiste à répartir la charge fiscale totale du parent crédientier en fonction des revenus relatifs à l'enfant entretenu par rapport à l'ensemble de ses revenus. Le Tribunal fédéral considère que cette méthode est praticable, notamment en raison du fait que les autorités judiciaires disposent de toutes les informations relatives aux revenus et à la charge fiscale du parent crédientier, respectivement de toutes les données permettant de déterminer la part fiscale correspondant à l'enfant.

Selon la méthode proportionnelle, la charge fiscale relative aux revenus de l'enfant qui sont imposés auprès du parent crédientier est prise en compte lors de la fixation des contributions d'entretien. Cela concerne, d'une part, les revenus de l'enfant qui sont imposés auprès du parent crédientier par le jeu de la substitution fiscale (en particulier les allocations familiales, les éventuelles rentes d'assurances sociales qui ne sont pas acquises en remplacement d'un revenu du travail et les revenus de la fortune de l'enfant) et, d'autre part, les contributions d'entretien relatives aux coûts directs de l'enfant (« *Barunterhaltsbeitrag* »). A titre d'illustration, si les revenus susmentionnés s'élèvent à 15 % du revenu imposable du parent crédientier, la même proportion de la charge fiscale totale de ce parent doit être intégrée dans les charges de l'enfant lors de la fixation des contributions d'entretien.

L'exemple suivant permet d'illustrer ce qui précède :

- Madame a obtenu la garde exclusive de l'enfant et Monsieur est débiteur d'une contribution d'entretien.

²⁸ Art. 9 al. 2 LIFD et 3 al. 3 LHID.

²⁹ GLADYS LAFFELY MAILLARD, Le divorce et ses effets accessoires sous l'angle fiscal, in : Patrimoine de la famille : Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, FOUNTOLAKIS/RUMO-JUNGO (édit.), Genève, 2016, p. 181 s. ; XAVIER OBERSON, Droit fiscal suisse, 4^e éd., Bâle, 2012, N 49 ad § 6.

³⁰ ATF 134 V 15, consid. 2.3.3, p. 16 s. ; CHRISTINE JAKES, in : Impôt fédéral direct : commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, NOËL Yves/AUBRY GIRARDIN Florence (édit.), 2^e éd., Bâle, 2017, N 29 ad art. 9 ; THIERRY OBRIST, Annexe III, Aspects fiscaux, in : Commentaire pratique, Droit matrimonial, fond et procédure, BOHNET/GUILLOD (édit.), Bâle, 2016 (ci-après : CPra Matrimonial-OBRIST), N 33.

³¹ Circulaire AFC 30/2010, ch. 3 p. 7 s. ; CPra Matrimonial-OBRIST, *op. cit.*, Aspects fiscaux, N 33.

- Outre sa contribution de prise en charge de l'enfant selon l'art. 285 al. 2 CC (qui n'entre pas en ligne de compte ici), Monsieur verse CHF 15'000.00 de contribution aux coûts directs auxquels s'ajoutent CHF 5'000.00 d'allocations familiales.
- Madame obtient des revenus imposables à hauteur de CHF 80'000.00 au total (incluant la contribution d'entretien et les allocations familiales).
- Les revenus « attribués » à l'enfant (CHF 20'000.00) représentent 25% de l'ensemble des revenus imposables de Madame (CHF 80'000.00).
- On détermine l'impôt de Madame devrait s'élever à CHF 5'000.00 au total pour l'IFD et les ICC. Monsieur doit donc supporter 25% de cette charge fiscale, soit CHF 1'250.00 par année, respectivement environ CHF 104.00 mensuellement³².

D. Commentaires en guise de conclusion

Si la méthode préconisée par le Tribunal fédéral est relativement simple en apparence, il n'en demeure pas moins qu'elle conduira inévitablement les praticiens et les tribunaux à appliquer rigoureusement la législation fiscale fédérale et cantonale en vue de déterminer la charge fiscale du parent crédientier. Ainsi, pour déterminer ladite charge fiscale, il est nécessaire :

- de déterminer le revenu imposable en défalquant :
 - les *déductions organiques* permettant la déduction des frais professionnels (tels que les frais de déplacement ; cf. art. 26 ss LIFD) ;
 - les *déductions générales* (telles que la déduction des primes d'assurance-maladie et celle des frais de garde des enfants par des tiers ; cf. art. 33 al. 1 let. g et al. 3 LIFD) ;
 - les *déductions sociales* (notamment la déduction pour enfant de l'art. 35 al. 1 let. a LIFD et de son équivalent en droit cantonal) ; et
- de déterminer l'impôt total relatif au revenu imposable déterminé lors de la première étape ; souvent par le biais d'un calculateur mis à disposition par les autorités fiscales cantonales³³.

En somme, la méthode n'est pas si évidente à appliquer. Elle requiert d'abord que soient établis de nombreux éléments factuels (par exemple, la distance entre le domicile et le lieu du travail en vue de déduire les frais de déplacements professionnels). Il est aussi nécessaire de connaître la portée concrète et les conditions d'exigibilité de chaque déduction (on pense notamment à l'ingénieuse déduction vaudoise pour le logement³⁴).

Malgré les défis qu'elle induit pour les praticiens (qui sont ici davantage des civilistes que des fiscalistes), on pourrait regretter que cette méthode ne permette pas de cibler plus précisément la part de la charge fiscale relative à l'entretien de l'enfant. Aussi, en marge de la

³² Pour d'autres exemples chiffrés, voir en particulier TANJA IVANOVIC, Der Steueranteil im Barunterhalt des Kindes – Erläuterung und Würdigung des Bundesgerichtsentscheids 5A_816/2019 vom 25. Juni 2021, in jusletter 15. November 2021, p. 5 ss.

³³ Pour rappel (exemple neuchâtelois) : https://www.ne.ch/autorites/DFS/SCCO/impot-pp/Pages/calcullette_pp.aspx.

³⁴ Art. 39 de la loi sur les impôts directs cantonaux du 4 juillet 2000 (RS/VD 642.11).

grande attention qui est portée à l'égard du montant de l'impôt et de sa répartition, il n'est guère tenu compte :

- de la progressivité de l'impôt, respectivement de l'augmentation du taux d'imposition moyen consécutif au versement de la contribution d'entretien ;
- des déductions générales et sociales qui sont induites par la présence d'un enfant dans le ménage, respectivement des avantages fiscaux – variables – retirés par le parent crédientier ; et
- de l'ampleur de l'allègement fiscal découlant de l'application du barème parental pour le parent crédientier ;
- de l'effet qu'induit la prise en compte de la part d'impôt dans l'entretien de l'enfant sur l'impôt global. En effet, une part d'impôt qui s'ajoute aux coûts directs de l'enfant entraîne une augmentation de la contribution d'entretien de l'enfant, qui aura à son tour un effet sur le calcul de l'impôt (on pourrait parler d'un effet « boule de neige »). Cet effet non désirable semble toutefois provenir de toutes les méthodes examinées par le Tribunal fédéral.

Le caractère très forfaitaire de la méthode proportionnelle peut surprendre lorsque l'on sait, par exemple, que la déduction sociale pour enfant peut varier presque du simple au triple d'un canton à un autre³⁵. Son application concrète est, selon nous, susceptible de faire supporter au parent débirentier une part de la charge fiscale de l'autre parent qui n'est pourtant pas liée aux revenus de l'enfant. Inversement, la part supportée par le parent débirentier pourrait ne pas couvrir intégralement l'augmentation de la charge fiscale relative à l'enfant (du point de vue du parent recevant la contribution d'entretien).

Incontestablement, les précisions jurisprudentielles doivent être saluées dans le sens où elles apportent une certaine prévisibilité juridique et qu'elles permettent d'harmoniser les pratiques. En l'état, nous ne comprenons néanmoins pas précisément les raisons qui ont dissuadé le Tribunal fédéral d'opter pour une méthode qui tienne plus compte des avantages fiscaux que retire le parent crédientier de l'entretien de l'enfant. Une méthode davantage comparative, consistant i) à calculer d'abord l'impôt que paierait le parent débirentier en l'absence de l'enfant (c'est-à-dire sans les revenus imposables et les déductions liés à l'enfant et en appliquant le barème ordinaire), ii) puis à comparer le résultat avec l'impôt compte tenu de l'entretien de l'enfant (en tenant compte des contributions d'entretien et autres allocations familiales imposées, mais aussi en appliquant les déductions relatives à l'enfant et le barème parental, respectivement le dégrèvement cantonal correspondant), aurait pu être opportune dans cette optique. Paradoxalement peut-être, une telle méthode n'est pas sensiblement plus compliquée que la méthode proportionnelle retenue par le Tribunal fédéral : il s'agit, dans les deux cas, d'isoler les revenus imposables relatifs à l'enfant et d'appliquer ensuite l'ensemble des mécanismes fiscaux permettant de déterminer la charge fiscale du parent crédientier.

³⁵ Cf. THIERRY BORNICK, Impôts directs et familles : État des lieux et perspectives législatives, Bâle/Neuchâtel 2021, p. 208 ss.

Quoi qu'il en soit, avant de trop penser à l'opportunité d'un éventuel revirement de jurisprudence, laissons aujourd'hui aux praticiens le temps de « digérer » cette importante jurisprudence et gageons que la pratique judiciaire permettra d'en affiner progressivement les principes.