

FISCALITE DANS LE DIVORCE

*Cette brochure a été mise à jour avec la collaboration
de Rémi BARTHELEMY et de Christophe BONHOMME - BG2A*

Edition mars 2013

JURISDEFI
Réseau des professionnels du droit
www.jurisdefi.com

Votre contact

21 rue Godot de Mauroy
75009 PARIS
Tél : 0811 46 08 50
Fax : 0811 46 08 52
(prix d'un appel local depuis un fixe)

www.jurisdefi.com

Le réseau JURIS DEFI c'est :

Des professionnels du droit à votre écoute :

Avocats - Notaires - Administrateurs et
Mandataires judiciaires

LA FISCALITE DANS LE DIVORCE

La loi du 29 décembre 2010 a sensiblement modifié la fiscalité du divorce à compter de l'imposition des revenus de 2011.

Les questions fiscales soulevées par le divorce sont nombreuses car elles touchent aussi bien à l'impôt sur le revenu qu'aux droits d'enregistrement. Le divorce n'est pas non plus sans conséquences sur d'autres aspects qui ne sont pas neutres fiscalement.

Afin de distinguer aussi nettement que possible toutes les questions fiscales induites par la séparation des époux et le paiement d'une prestation compensatoire nous allons examiner successivement :

I - L'impôt sur le revenu

- A) Conséquences de la fin de la vie commune
- B) L'influence fiscale des enfants sur le quotient familial
- C) La fin de la solidarité fiscale
- D) Revenu imposable et charges déductibles
- E) Réduction d'impôt

II - Les droits d'enregistrement et la taxe de publicité foncière

- A) Les versements qui relèvent de la fiscalité des capitaux
- B) Le droit fixe de 125 €
- C) Un droit de partage de 2,5 % sur la prestation compensatoire
- D) La taxe de publicité foncière
- E) Paiement des droits d'enregistrement après le jugement
- F) Droit fiscal transitoire

III - Autres implications fiscales du divorce

- A) L'ISF
- B) Les plus-values
- C) La TVA
- D) Les donations et avantages matrimoniaux dans le divorce
- E) Prestations compensatoires négatives
- F) Transmission active et passive de la prestation compensatoire
- G) Les non résidents

I - L'IMPOT SUR LE REVENU

Les points à envisager sont notamment les suivants :

- les conséquences de la fin de la vie commune (A)
- les modifications du quotient familial (B)
- la solidarité fiscale entre les époux (C)
- la déductibilité de certains versements des revenus du débiteur et à leur imposition corrélative entre les mains du créancier (D)
- la réduction d'impôt de l'article 199 octodécies, c'est-à-dire ce qu'on pourrait appeler l'incitation fiscale aux prestations compensatoires en capital (E).

A) Conséquences de la fin de la vie commune

- Le passage à deux déclarations distinctes à l'occasion de la séparation
- La définition des revenus personnels et des revenus communs
- La répartition des charges déductibles
- Le quotient-familial
- Les charges de famille
- Les réductions et crédits d'impôts
- Le sort des déficits constatés en cours d'année
- Le sort des déficits antérieurs.

a) Le passage à deux déclarations distinctes l'année de la séparation

Article 6, 4b du CGI : la fin de l'imposition commune débute à la date où les époux sont autorisés à avoir des résidences séparées.

1) Dans le divorce par consentement mutuel :

Faute d'une autre date convenue entre les époux, ce sera la *date du jugement d'homologation* prononçant le divorce.

Les époux peuvent néanmoins fixer une autre date à choisir dans le courant de l'année du divorce (cf. ci-après).

2) Dans les autres cas de divorce :

La date à prendre en considération sera la *date de l'ordonnance de non conciliation*. On ne peut pas déroger à cette règle sauf si on se trouve dans un des autres cas légaux de déclaration de revenus séparée.

Ce sera le cas si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens et s'ils ne vivent pas sous le même toit.

Ce sera le cas également si mariés sous le régime de la communauté, un des époux a abandonné le domicile conjugal et si les deux époux disposent de revenus distincts.

3) Les deux déclarations de revenus :

Il n'y a plus, pour les revenus de l'année du divorce ou plutôt de l'ordonnance de non conciliation, que deux déclarations de revenus à faire au début de l'année suivante.

En effet, chaque époux est imposé distinctement sur les revenus dont il a disposé pendant l'année ainsi que sur la quote-part justifiée des revenus communs lui revenant ou, à défaut de justification de cette quote-part, sur la moitié des revenus communs.

Ces règles sont applicables en cas de divorce au cours de l'année d'imposition, sauf, bien entendu, si la séparation des époux a déjà entraîné leur imposition séparée à compter d'une date antérieure au divorce (cf. supra).

b) La définition des revenus personnels et des revenus communs

Les revenus personnels s'entendent des traitements et salaires, pensions et rentes viagères, rémunérations allouées aux gérants et associés de certaines sociétés, bénéfiques non commerciaux, bénéfiques industrielles et commerciaux et bénéfiques agricoles.

Les revenus ou profits, autres que ceux mentionnés ci-dessus, sont réputés communs, sauf justification de la propriété exclusive de l'époux ou du partenaire sur les biens ou sommes à l'origine de ces revenus ou profits.

Les revenus communs s'entendent des revenus fonciers, des revenus de capitaux mobiliers et des gains de cessions de valeurs mobilières dont le couple a disposé au cours de l'année du divorce.

Justification de la nature et de la répartition des revenus ou profits

Les revenus et profits communs sont réputés partagés en deux parts égales, sauf si l'un des époux ou des partenaires justifie d'une répartition différente de ces revenus et profits.

La justification de la propriété exclusive ou la répartition réelle des revenus et profits est apportée par tout document de nature à établir l'origine de propriété des biens ou sommes dont sont tirés les revenus.

Sont considérés comme tels :

- l'acte authentique mentionnant l'origine de propriété, et, selon les cas, la répartition dans l'indivision ou le démembrement ;
- tout justificatif établi par les établissements payeurs, les prestataires de services d'investissement, les établissements de crédit ou organismes habilités à détenir et à négocier des valeurs mobilières pour le compte de particuliers au nom du ou des bénéficiaires des revenus ou produits, attestant du montant de ces revenus ou produits ainsi que de leur date de mise à disposition ;
- tout justificatif attestant de l'origine de propriété des droits sociaux ou valeurs mobilières ainsi que de la date de réalisation et du montant des gains correspondants en cas de cession de ces droits sociaux ou valeurs mobilières pendant l'année d'imposition.

Revenus tirés d'un bien immobilier : pour la répartition des revenus, il convient de retenir les actes authentiques justifiant de la propriété ou, en cas d'indivision, de la répartition des droits revenant à chaque indivisaire.

Revenus et profits tirés de capitaux mobiliers : sauf preuve contraire, les sommes versées sur un compte bancaire sont réputées produire des revenus personnels qui reviennent au titulaire du compte, tandis que les sommes versées sur un compte joint ou indivis sont réputées produire des revenus communs.

L'identification du titulaire du compte peut être apportée par les déclarations récapitulatives annuelles n° 2561, dénommées imprimé fiscal unique (IFU) et mentionnées à l'article 242 ter du CGI, pour les revenus de capitaux mobiliers et les opérations sur valeurs mobilières.

c) La répartition des charges déductibles

Chaque époux ou chaque partenaire peut déduire de son revenu global les charges qu'il a effectivement supportées au titre de l'année du divorce. Les plafonds de charges déductibles s'apprécient au niveau de chaque époux.

Lorsque ces charges ont été supportées par les deux époux, elles sont réparties par moitié entre ces derniers. Il n'est dérogé à cette règle que si l'un des époux apporte, par tous moyens, la preuve que les charges en cause ont été effectivement supportées dans une autre proportion par chacun des époux.

d) Le quotient-familial

En cas de divorce en cours d'année, il est tenu compte de la situation de famille au 31 décembre de l'année d'imposition.

Les contribuables sont donc considérés comme divorcés pour l'ensemble de l'année. Il en est ainsi pour l'appréciation du nombre de parts à retenir pour le calcul de l'impôt sur le revenu.

Chaque contribuable soumis à imposition distincte peut bénéficier, toutes conditions étant par ailleurs remplies, des demi-parts supplémentaires de quotient familial attribuées aux contribuables divorcés dont les enfants sont imposés séparément et aux contribuables divorcés ayant des enfants à charge.

Il est toutefois rappelé que pour le bénéfice de certaines majorations, les contribuables doivent notamment ne pas vivre en concubinage. Le point de savoir si des contribuables cohabitent ou vivent en concubinage relève des circonstances de fait qui, dans le cadre du pouvoir de contrôle de l'administration, peuvent faire l'objet d'une demande de renseignements. Cette condition s'apprécie au 1er janvier de l'année d'imposition.

e) Les charges de famille

Conformément à l'article 194, I du CGI, en présence de parents divorcés, l'enfant mineur ou infirme est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme étant à la charge du parent chez lequel il réside à titre principal.

En cas de divorce, le juge désigne, à défaut d'accord amiable des parents, le lieu où les enfants ont leur résidence principale. Les enfants sont alors pris en compte pour la détermination du quotient familial du parent auprès duquel ils vivent.

Lorsque la résidence habituelle des enfants n'a pas été fixée par le juge, il appartient normalement aux parents de désigner d'un commun accord, lors de la déclaration des revenus, le lieu de la résidence principale des enfants et celui d'entre eux qui doit bénéficier de la majoration du quotient familial.

En cas de désaccord, la majoration de quotient familial est attribuée au parent qui a les revenus les plus élevés. C'est lui qui, conformément aux dispositions des articles 205 à 211 du Code civil, est tenu de contribuer de manière prépondérante à l'entretien des enfants.

Dans ces conditions, ce parent bénéficie d'une majoration de quotient familial pour personne rattachée. L'autre parent peut alors déduire de ses revenus la pension alimentaire qu'il verse pour l'entretien de son enfant, toute autre condition étant par ailleurs remplie.

Lorsque l'enfant réside alternativement au domicile respectif de chacun de ses parents, ceux-ci sont présumés participer de manière égale à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Dans ces conditions, la majoration de quotient familial est partagée de manière égale entre les parents. Cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un d'entre eux assume la charge principale des enfants.

Dans ce dernier cas, aucune déduction de pension alimentaire n'est possible au titre des versements effectués pour un enfant dont la charge est partagée entre les parents et qui ouvre droit de ce fait à un avantage de quotient familial à chacun des deux parents.

Conformément aux dispositions de l'article 6, 3 du CGI, les enfants majeurs célibataires âgés de moins de 21 ans, ou de moins de 25 ans lorsqu'ils poursuivent leurs études, ne peuvent demander le rattachement qu'à un seul des époux divorcés.

L'année où l'enfant atteint sa majorité, il ne peut demander son rattachement qu'au seul parent qui le compte à charge comme enfant mineur au 1er janvier de l'année d'imposition.

f) Les réductions ou crédits d'impôt

Les avantages fiscaux s'appliquent dans les conditions de droit commun, au titre des dépenses supportées ou des investissements réalisés par l'époux qui a procédé au paiement de la dépense ou a réalisé l'investissement.

La situation de famille à retenir, notamment pour la détermination des plafonds de dépenses, est celle d'une personne célibataire ou assimilé.

Lorsque les dépenses ont été supportées par les deux époux, la base de la réduction ou du crédit d'impôt est également répartie entre ces derniers.

Il n'est dérogé à cette règle que si l'un des époux apporte, par tous moyens, la preuve que les dépenses en cause ont été effectivement supportées dans une autre proportion par chacun des époux.

Les plafonds de dépenses à retenir sont ceux applicables aux personnes célibataires.

g) Le sort des déficits constatés au cours de l'année

Chaque époux ou chaque partenaire peut déduire de son revenu imposable les déficits provenant de la gestion de ses biens propres ou de son activité professionnelle, et la moitié des déficits afférents aux revenus communs, sauf justification d'une répartition différente.

En pratique, les cas de constatation d'un déficit foncier dans le cadre d'une indivision seront les principales hypothèses de répartition d'un déficit imputable entre les deux membres du couple.

h) Le sort des déficits antérieurs

Les déficits globaux, constatés au titre des années antérieures au divorce et dont une fraction est reportable, sont répartis par moitié entre les deux époux ou partenaires.

Les déficits catégoriels, constatés au titre des années antérieures au divorce et dont une fraction est reportable (exemples : déficits excédant la limite d'imputation, déficits tirés d'une activité exercée à titre non professionnel, etc.) sont répartis par moitié entre les deux époux ou partenaires, sauf à justifier d'une quote-part différente.

Toutefois, lorsqu'un déficit catégoriel reportable a été exclusivement constaté par l'un des époux ou partenaires au titre de la gestion de ses biens propres, de son entreprise ou de son activité personnelle, ce déficit est reportable en totalité par cet époux ou partenaire.

Exemple : M. et Mme Martin se sont séparés en N et sont soumis à des impositions séparées au titre de l'année entière. En N - 1, ils ont constaté un déficit foncier reportable en N à hauteur de 5 000 € issu de la gestion d'un immeuble commun et un déficit agricole reportable en N, à hauteur de 4 000 €, issu de l'activité exercée par M. Martin.

Pour l'établissement de leurs impositions en N, Mme Martin peut faire état de la moitié du déficit foncier, soit 2 500 €, tandis que M. Martin peut faire état de l'autre moitié de ce déficit foncier (2 500 €) et de l'intégralité du déficit agricole (4 000 €).

B) L'influence des enfants sur le quotient familial

- Majorations du quotient familial
- Répartition du quotient familial entre les parents
- Combinaison du quotient familial avec les pensions alimentaires

a) Majorations du quotient familial

Notion d'enfant à charge : Article 193 ter du CGI : "*A défaut de dispositions spécifiques, les enfants ou les personnes à charge s'entendent ceux dont le contribuable assume la charge d'entretien à titre exclusif ou principal nonobstant le versement ou la perception d'une pension alimentaire pour l'entretien desdits enfants*".

Et Article 194 I : "*l'enfant est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme étant à la charge du parent chez lequel il réside à titre principal*".

Au cas où il est impossible de dire chez lequel des parents l'enfant réside à titre principal (et en l'absence de garde alternée), l'administration procède par indices : modalités d'attribution des prestations familiales, lieu de réception des documents administratifs, distance de l'établissement scolaire, modalités de la garde, etc....)

b) Répartition du quotient familial entre les époux

1) Le quotient familial en cas de garde exclusive à un des parents

Principe :

La part entière attachée au premier enfant dont le parent peut être regardé comme parent isolé¹ (c'est-à-dire ne vivant pas en couple) et la demi part pour les autres enfants profitent à celui des parents chez qui les enfants ont leur résidence principale.

Ex : une femme qui est en instance de divorce et vit seule avec un enfant pour lequel elle perçoit une pension a droit à deux parts de quotient familial. (Si elle vit en couple avec son concubin, elle n'a droit qu'à une part et demi).

Si elle a deux enfants (et vit seule), elle a droit à deux parts et demi.

Mais pour le troisième enfant, elle a droit à une part entière et ainsi de suite pour chaque enfant supplémentaire. Donc si elle vit seule et a trois enfants à charge, elle aura droit à $1+1+0,5+1 = 3,5$

Alors que si elle vit en concubinage : $1+0,5+0,5+1 = 3$

Mais il faut savoir que le profit fiscal tiré du quotient familial est plafonné pour chaque demi-part supplémentaire au-delà de 1.

Pour les revenus de l'année 2012, le plafonnement de l'avantage tiré du quotient familial est de 2 000 € pour chaque demi-part supplémentaire et de 1 000 € pour chaque quart de part.

Dans notre exemple, l'avantage que tirera la femme en instance de divorce sera plafonné à $2,5 \times 2\,000 = 5\,000$ €.

En cas de changement de résidence de l'enfant en cours d'année :

Il y aura majoration du quotient familial du parent chez qui l'enfant va vivre (puisque l'on peut apprécier la situation au 31 décembre).

Selon le Conseil d'Etat, la prise en compte de l'enfant dans le quotient familial de l'autre parent reste possible pour cette année-là (CE 22 juin 2011, n° 330709), et également

¹ Sur la notion de "vivre seul", voir l'instruction BOI-IR-LIQ-10-20-10-20120912 du 12 septembre 2012. Le couple peut bien sûr procéder d'un simple concubinage (même homosexuel) mais il faut qu'il y ait vie commune de couple stable et continue. Une déclaration sur l'honneur des intéressés fait foi jusqu'à preuve du contraire par l'administration. Il résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 17 novembre 2000, n° 210953, RJF 2/01 n° 136, que la situation de parent isolé s'apprécie au 1er janvier de l'année d'imposition... Tant qu'à prendre compagne ou compagnon, autant attendre le 2 janvier...

pour l'administration fiscale (instruction BOI-IR-LIQ-10-10-10-10-20130204 du 4 février 2013).

Si les enfants sont partagés² entre les deux parents : chacun d'entre eux va bénéficier de la part entière attachée au "premier enfant".

Bien entendu, la pension qui est payée par le parent qui n'a pas la garde de l'enfant est déductible de ses revenus (tant que l'enfant est mineur).

Survenance de la majorité :

C'est obligatoirement le parent qui bénéficiait du quotient familial au jour des 18 ans qui bénéficie du rattachement de l'enfant majeur.

Rappel : le rattachement d'un enfant majeur est possible si l'enfant le demande jusqu'à ses 21 ans s'il ne poursuit pas ses études, et jusqu'à 25 ans s'il les poursuit.

La volonté des parties ?

Les règles qui précèdent, relatives à l'attribution du quotient familial, ne sont pas des règles supplétives de volonté des époux ou de la décision du juge. Elles sont obligatoires et s'imposent nonobstant la volonté exprimée par les parties ou même la décision du juge.

Cela dit, il n'est pas interdit du tout de désigner dans le jugement ou dans la convention homologuée qui sera attributaire du quotient familial. Mais si la situation de fait est différente de ce qui est écrit (jugé ou convenu), l'administration peut fort bien rétablir la réalité en la prouvant.

(Nous allons voir que la volonté des parties ne peut déroger aux règles de répartition du quotient familial qu'en cas de garde alternée).

2) Majoration du quotient familial en cas de résidence alternée (article 194 I 3^{ème} alinéa)

Principe :

En principe : partage par moitié des avantages résultant du quotient familial : chaque parent a droit à une majoration du quotient familial égale à :

- 0,25 part pour chacun des deux premiers enfants et 0,5 part à partir du troisième lorsque par ailleurs le contribuable n'assume la charge exclusive ou principale d'aucun enfant.
- 0,25 part pour le premier enfant et 0,5 part à compter du 2^{ème} lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'un enfant.
- 0,5 part pour chacun des enfants lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'au moins deux enfants.

Si l'un des parents ou les deux vivent seuls, le premier enfant donne droit à 0,25 part supplémentaire : au lieu d'être de 0,25, le quotient pour le premier enfant est alors de 0,5.

Exemples :

1) Une femme en instance de divorce **vivant en couple** a trois enfants en garde alternée :

² Il ne s'agit pas ici de garde alternée mais les parents se sont partagés les enfants, ce qui n'est pas la même chose.

Pour elle ----- 1
pour le 1er enfant ----- 0,25
le 2ème ----- 0,25
le troisième ----- 0,50
soit au total ----- 2 parts dont la seconde est plafonnée.

2) Une femme en instance de divorce vivant **en couple** a trois enfants dont deux en garde alternée et un en garde exclusive :

Pour elle ----- 1
1^{er} enfant à charge exclusive ----- 0,5
2^{ème} enfant en garde alternée ----- 0,25
3^{ème} enfant en garde alternée ----- 0,5
Soit au total ----- 2,25

3) Une femme en instance de divorce et trois enfants dont un seul en garde alternée et deux à sa charge exclusive :

Pour elle ----- 1
1^{er} enfant à charge exclusive ----- 0,5
2^{ème} enfant à charge exclusive ----- 0,5
3^{ème} enfant en garde alternée ----- 0,5
Soit au total ----- 2,5

Dans ces trois cas de figure, si elle vit seule, elle va avoir un quotient familial plus élevé ;

Dans l'hypothèse 1 : ----- $1+0,5+0,5+0,5 = 2,5$

Dans l'hypothèse 2 : ----- $1+1+0,25+0,5 = 2,75$

Dans l'hypothèse 3 : ----- $1+1+0,5+0,5 = 3$

L'exception : l'accord des époux :

Les dispositions qui prévoient qu'en cas de résidence alternée les majorations du quotient familial se partagent par moitié ne sont pas d'ordre public, à la différence de ce qui se passe en cas de garde exclusive. L'accord des époux (en dehors de toute convention homologuée), la convention homologuée, et enfin le jugement peuvent fixer une répartition différente, voire attribuer le quotient familial à un seul des époux.

En l'absence de disposition spéciale dans la convention ou dans le jugement, et si un époux supporte seul la charge de l'entretien d'un enfant et le prouve, il pourra demander à bénéficier seul du quotient familial malgré la décision de résidence alternée.

c) Combinaison entre quotient familial et pensions alimentaires

Quelle que soit la règle de partage du quotient familial, celui qui en profite (si peu que ce soit) ne peut pas déduire les pensions qu'il paie pour le ou les enfants. Il est en effet *impossible de cumuler le quotient familial et la déductibilité des pensions*.

Mais il faut apprécier la situation enfant par enfant.

On peut fort bien imaginer qu'un enfant réside chez sa mère et l'autre chez son père. Ce dernier aura une demi part (s'il ne vit pas en couple) et la faculté de déduire la pension payée pour l'enfant résidant chez la mère... Quant à celle-ci, elle aura (toujours si elle ne vit pas en couple) droit à une demi part pour l'enfant dont elle a la garde et elle ajoutera la pension qu'elle perçoit pour l'autre à ses revenus personnels.

C) La fin de la solidarité fiscale

Les époux qui font l'objet d'une imposition distincte à l'impôt sur le revenu ne sont pas tenus solidairement responsables pour le paiement de l'impôt sur le revenu afférent aux revenus dont leur conjoint a disposé au titre de l'année du divorce.

D) Revenu imposable et charges déductibles

a) Sont imposables à l'impôt sur le revenu

- contribution aux charges du mariage
- pensions aux enfants
- prestation compensatoire sous forme de rente viagère
- prestation compensatoire sous forme de capital renté
- rente provenant de la conversion d'un capital initial.

1) La contribution aux charges du mariage.

Elle est déductible du revenu imposable de l'époux qui la verse et corrélativement imposable entre les mains de l'époux créancier à condition qu'elle ait été prononcée par décision de justice et que les époux fassent une déclaration de revenus séparée.

Pour que cette seconde condition soit remplie, il faut que les époux fassent l'objet d'une imposition distincte, c'est-à-dire :

- soit qu'ils soient séparés de biens et qu'ils aient un domicile distinct,
- soit qu'ils aient des ressources distinctes et que l'un des époux ait abandonné le domicile conjugal.

Si ces conditions ne sont pas remplies, la contribution aux charges du mariage n'est ni imposable et ni déductible des revenus de celui qui la paie (BOI-IR-BASE-20-30-20-30-20120912 du 12 septembre 2012).

2) Toutes les pensions payées aux enfants et au conjoint, qu'elles soient provisoires ou définitives.

En fait depuis la disparition du divorce "répudiation", le devoir de secours ayant disparu, il n'y a plus de pension alimentaire que dans la séparation de corps.

3) Prestations compensatoires payées sous forme de rente viagère.

Les rentes viagères devraient n'être qu'exceptionnelles (article 276 Code civil) dans les divorces contentieux. Elles ne sont pas interdites dans le divorce par consentement mutuel.

4) Prestations compensatoires payées sous forme de capital renté.

Il s'agit de celles qui, fixées en capital, sont étalées sur huit ans au maximum.

Les capitaux payés sur plus d'un an

Le capital renté peut (au sens fiscal) à l'extrême ne se composer que *d'un seul versement pourvu qu'il intervienne plus d'un an après que le divorce soit devenu définitif.*

Il en résulte que si un mari paie à sa femme un capital l'année du divorce puis un capital renté sur les sept années suivantes, on est, au plan fiscal, en présence d'une pension alimentaire pour le tout.

Le texte civil (article 275 du Code Civil) paraît impliquer une pluralité de versements : *"Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 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".*

On aurait donc pu soutenir que chaque fois qu'il n'y a qu'un seul versement, on est en présence d'un capital et non d'une rente (au sens fiscal). Mais cela aurait été allé au-delà du texte clair de l'article 80 quater du CGI.

C'est pourquoi l'instruction fiscale BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012 dit explicitement : *"Toutefois afin d'éviter que cette imposition s'avère trop pénalisante pour le créancier lorsque la prestation compensatoire est acquittée en un seul versement de somme d'argent au delà de la période de douze mois... il est admis que ce versement soit assimilé à un revenu exceptionnel..."*³

Autres exemples :

- Échéances égales dont la dernière intervient plus d'un an après que le jugement soit devenu définitif.
- Deux échéances inégales : une l'année du divorce et l'autre plus tard (même si elle est nettement plus faible...).

Le cas du non respect par les parties du délai de paiement prévu par le jugement

³ La fiscalité des revenus exceptionnels est la suivante : Article 163-0-A du CGI. En cas de revenu exceptionnel (supérieur à la moyenne des revenus nets des trois dernières années) l'intéressé peut demander à ce que l'impôt correspondant à ce revenu exceptionnel soit calculé en ajoutant le quart dudit revenu au revenu de l'année de perception et en multipliant par quatre le montant du supplément d'impôt ainsi calculé.

Il peut arriver qu'un débiteur ne s'acquitte pas du capital dû dans le délai et dépasse le délai fatidique d'un an.

Dans ce cas, l'instruction fiscale BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012, reprenant une solution dégagée par le tribunal administratif de Rennes, vient contredire sa précédente doctrine exprimée dans son instruction 5 B-21-06 du 17 juillet 2006.

Le tribunal administratif de Rennes avait jugé (jugement du 10 mars 2011, n° 0804637), que, lorsque le jugement ou la convention homologuée par le juge prévoyait, sur le fondement de l'article 274 du code civil, que le versement devait intervenir intégralement dans un délai de douze mois, la circonstance que le débiteur ait libéré le capital, en tout ou partie, au-delà de ce délai n'avait pas eu pour effet de faire entrer les versements dans le champ de l'article 275 de ce même code. Dès lors, le régime des pensions alimentaires mentionné à l'article 80 quater du CGI applicable aux versements effectués en application de l'article 275 du code civil, ne leur était pas applicable.

Ainsi, lorsque le débiteur libère le capital, en tout ou partie, au-delà du délai de douze mois alors que le jugement ou la convention homologuée par le juge prévoyait, sur le fondement de l'article 274 du code civil, que le versement devait intervenir intégralement dans un délai de douze mois, les versements ne peuvent, pour autant, être considérés comme effectués conformément aux dispositions de l'article 275 du même code. Les modalités de versement mentionnées à l'article 275 doivent en effet être prévues dans un jugement et tel n'est pas le cas lorsque les versements tardifs procèdent de la seule initiative d'une ou des parties.

En conséquence, le régime des pensions alimentaires prévu à l'article 80 quater du CGI auquel sont soumis les versements mentionnés à l'article 275 du code civil, n'est pas applicable aux versements relevant du champ de l'article 274 mais effectués dans un délai supérieur à douze mois. Ces versements ne sont dès lors pas déductibles du revenu imposable du débiteur (y compris pour les versements partiels intervenus dans le délai de douze mois), et ne sont pas imposables au nom du créancier.

En outre, le débiteur ne peut, en application de l'article 199 octodécies du CGI bénéficier de la réduction d'impôt prévue à cet article.

Ces dispositions s'appliquent aux versements effectués à compter du 4 avril 2012 quelle que soit la date du jugement ou de l'homologation de la convention.

Compensation d'une prestation compensatoire et d'une soulte

Il n'est pas rare que la prestation compensatoire prenne la forme d'un abandon de soulte par celui qui en serait créancier. Dans son instruction BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012, l'administration fiscale admet de considérer que, dans ce cas, la prestation compensatoire est payée en numéraire (en se fondant sur un arrêt de la Cour de Cassation l'affirmant : Cass. Civ. 1^{ère}, 2 février 1971, voir § 160 de l'instruction).

En réalité, l'abandon de soulte à titre de prestation compensatoire s'apparente plutôt à un partage inégal en nature et donc à un paiement en nature.

Mais cette distinction devient sans portée depuis que, pour ce qui concerne la réduction d'impôt (voir ci-après) le mode de paiement de la prestation compensatoire importe peu (en numéraire ou en nature).

Il est donc bien clair que, dans ce cas, la prestation compensatoire ne saurait être assujettie à l'impôt sur le revenu.

Par définition, elle est logiquement payée dans l'année du divorce puisque cet abandon de soulte ne peut guère que résulter d'un partage homologué dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.

L'inconvénient de cette doctrine fiscale :

En assimilant l'abandon de soulte à une prestation compensatoire en argent, l'administration fiscale rend un mauvais service au créancier de la prestation compensatoire (le plus souvent l'épouse) car pour peu que le débiteur soit aussi débiteur d'un complément de prestation compensatoire sous forme de capital renté, on va nécessairement être dans la situation où la prestation compensatoire est payée en numéraire sur plus d'un an. Toutes les "sommés" ainsi payées par le débiteur à la créancière vont donc se trouver imposées à l'impôt sur le revenu entre les mains de cette dernière et, corrélativement, déductibles des revenus du débiteur.

A moins que les parties ne soient d'accord sur les conséquences de cette présentation de leurs accords, il vaut mieux procéder autrement et faire en sorte que la prestation compensatoire apparaisse comme ayant été payée partie en nature (par abandon de tout ou partie des droits du débiteur dans l'indivision conjugale ou la communauté) et partie en numéraire (sous forme de capital renté ou sous forme de rente viagère).

Exemple :

Les époux sont propriétaires de divers biens dont la valeur totale est de 500 000 €. Parmi eux, il existe une maison dont la valeur est de 400 000 €. Il est convenu que l'épouse gardera celle-ci et que le mari paiera une prestation compensatoire de 1 000 € par mois pendant quatre ans à partir du divorce.

On peut convenir que les droits des époux dans la communauté sont de 250 000 € et que, contre l'attribution de la maison à l'épouse, celle-ci serait redevable d'une soulte de 150 000 € à son époux, et enfin que ce dernier lui ferait remise de cette soulte à titre de prestation compensatoire.

Mais ce faisant, on exposerait clairement les époux aux conséquences fiscales décrites plus haut.

Il faut donc écrire qu'à titre de prestation compensatoire, le mari consent à ce que les droits de l'épouse dans la communauté ne soient pas de moitié, mais de 4/5èmes de l'actif net et que pour la remplir de ses droits, la maison lui est attribuée...

Cette façon de procéder permet d'acquitter la prestation compensatoire en nature puisque des droits indivis dans une masse de biens, ce sont aussi des biens...

Le cas du panachage (capital et rente)

- *Capital immédiat + capital renté*

On se souvient que le panachage était interdit par la Cour de Cassation. Mais l'article 275-1 nouveau du Code Civil le permet dorénavant.

Il est en effet expressément possible de combiner un versement en capital (en numéraire ou en nature) et un capital renté.

Le Code Civil n'envisage le panachage qu'entre un capital et une rente de huit ans maximum.

En pareille hypothèse, il est certain que (sauf négligence toujours possible !) l'administration traitera le tout comme une prestation compensatoire payée sur plus d'un an.

A notre avis, la loi ne lui permet pas la moindre complaisance car les deux textes en cause (80 quater et 156 II 2°) sont parfaitement explicites. Tout versement fait sur plus d'un an entraîne application du régime des pensions pour le tout.

- *Capital immédiat + rente viagère*

Ce qui n'est pas possible pour le capital renté l'est-il pour la rente viagère ?

L'instruction BOI-IR-RICI-160-20-20120912 du 12 septembre 2012 semble bien refuser toute ventilation ou tout panachage. En effet, selon l'administration, même au cas où la prestation compensatoire se compose d'un capital immédiat et d'une rente (temporaire ou viagère), toutes les sommes payées sur plus de douze mois suivent le sort des revenus (déductibles / imposables).

Prestation compensatoire versée sous forme d'un droit d'usage et d'habitation à titre viager

De façon fort orthodoxe, le droit d'usage et d'habitation étant classé dans la catégorie des droits réels immobiliers, le Conseil d'Etat a jugé (CE 10^{ème} et 9^{ème} sous sections, 14 mai 2007, n° 278499 Linguanotto, Jurisdata n° 2007081144 Rev. Dr Fiscal n° 39 du 27 septembre 2007 n° 860 page 20) que la valeur "annuelle" de ce droit n'était pas déductible des revenus du constituant et non imposable entre les mains de celui ou celle qui en jouit. Il est possible qu'il n'en eut pas été de même si le droit n'avait pas été qualifié de droit d'usage et d'habitation (article 625 du Code Civil) mais de simple prêt à usage, encore que cette qualification ne soit guère compatible avec le principe même d'une prestation compensatoire car le caractère précaire et révocable discrétionnairement du prêt à usage s'accommode mal du caractère définitif et forfaitaire de la prestation compensatoire.

5) La conversion d'un capital (ou d'un capital renté) en rente viagère

Cette hypothèse est assez rare en fait car on imagine mal que les parties conviennent qu'un capital qui devait être payé à une échéance donnée soit converti en rente. Mais pourquoi pas.

L'opération en elle-même ne déclenche aucune autre imposition que le droit fixe des actes innomés (125 €).

La rente est une rente viagère à titre onéreux et par conséquent elle est imposable entre les mains du créancier sur une assiette qui dépend de son âge. Elle n'est pas déductible des revenus du débiteur.

Pour que la rente viagère obéisse au régime des rentes viagères constituées à titre gratuit, il faudrait, à notre sens, que la conversion soit décidée par le juge sur le fondement de l'article 276 du Code Civil. Mais le juge ne se reconnaît pas compétent car ce texte ne vise que l'instant de divorce et non une instance modificative... Il faudrait que le juge se montre complaisant envers les parties qui voudraient faire entériner leur accord pour tenter de le rendre opposable au fisc...

b) Modalités d'imposition

Les règles d'imposition sont relativement simples : tout ce qui est imposable entre les mains du créancier est déductible des revenus du débiteur.

1) Pour ce qui est du créancier (article 80 quater du CGI) :

Toutes les sommes perçues rentrent dans le revenu imposable au taux progressif de l'impôt (article 80 quater du CGI) :

*"Sont soumis au même régime fiscal que les pensions alimentaires les versements de sommes d'argent mentionnés à l'article 275 du Code Civil lorsqu'ils sont effectués sur **une période supérieure à douze mois** à compter de la date à laquelle le jugement de divorce, que celui-ci résulte ou non d'une demande conjointe, est passé en force de chose jugée, et les rentes versées en application des articles 276 (rente viagère exceptionnelle), 278 (rentes versées dans les divorces par consentement mutuel) ou 279-1 (conventions de l'article 268, c'est-à-dire celles qui interviennent pendant une instance contentieuse), la rente prévue à l'article 373-2-3 (rente versée à un enfant grâce à un capital constitué à cet effet) dans la limite de 2 700 €, ainsi que la contribution aux charges du ménage définie à l'article 214 du Code Civil lorsque son versement résulte d'une décision de justice et que les époux font l'objet d'une imposition distincte".*

Abattements :

10 % avec un minimum de 374 € par pensionné et un maximum de 3 660 € par foyer fiscal à compter des revenus de 2011.

2) Pour ce qui est du débiteur

Article 156 II 2° du CGI : sont déductibles du revenu global :

*"Les **versements de sommes d'argent mentionnés à l'article 275 du Code Civil lorsqu'ils sont effectués sur une période de plus de douze mois** à compter de la date à laquelle le jugement de divorce, que celui-ci résulte ou non d'une demande conjointe, est passé en force de chose jugée, **et les rentes versées en application des articles 276, 278, ou 279-1 du même Code en cas de séparation de corps ou de divorce lorsque le conjoint fait l'objet d'une imposition séparée, les pensions alimentaires versées en vertu d'une décision de justice et en cas de révision amiable de ces pensions, le montant effectivement versé***

dans les conditions fixées par les articles 208 et 371-2 du Code Civil ; contribution aux charges du mariage définie à l'article 214 du Code Civil lorsque son versement résulte d'une décision de justice et à condition que les époux fassent l'objet d'une imposition séparée ; dans la limite de 2 700 € et dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, les versements destinés à constituer le capital de la rente prévue à l'article 373-2-3 du Code Civil...".

En vertu de l'article 158, 7-3° du CGI, le montant des pensions alimentaires versées en vertu d'une décision de justice devenue définitive avant le 1^{er} janvier 2006 est, pour le calcul de l'impôt, majoré de 25 %. Cette mesure est destinée à assurer la neutralité de la suppression de l'ancien abattement de 20 %, intégré dans le barème de l'impôt sur le revenu.

E) Réduction d'impôt (article 199 octodécies CGI)

a) La règle et son application

Le législateur du 30 juin 2000 a voulu encourager les prestations compensatoires en capital et a donc fait un geste en faveur de ceux qui les paieront. Ceux-ci pourront diminuer leur impôt de l'année suivant de 25 % du montant de la prestation compensatoire en capital dans la limite de 7 625 € (pour la réduction d'impôt).

A l'origine, seules les prestations compensatoires en numéraire bénéficiaient de cette réduction d'impôt. Depuis la loi du 26 mai 2004, **toutes les prestations compensatoires y compris celles en nature y ouvrent droit.**

Pour que le débiteur de la prestation compensatoire en nature puisse avoir droit à la réduction d'impôt, il faut que la valeur du bien abandonné ait été fixée par le juge (ou dans la convention homologuée) ou, à défaut, par le notaire chargé de le faire par le jugement (on suppose qu'un notaire serait chargé de constater la mutation ordonnée par le jugement. Voir sur ce point instruction BOI-IR-RICI-160-20-20120912 du 12 septembre 2012 n° 140).

Par prestations compensatoires en capital, il faut entendre celles qui sont payées pendant l'année qui suit le divorce.

Toutes les prestations compensatoires en nature sont, à cet égard, traitées comme des prestations compensatoires en capital.

Même celles qui prennent la forme de l'abandon d'un usufruit (ou d'un droit d'usage et d'habitation).

Cela ne manque pas d'étonner (mais qui s'en plaindrait ?) puisque l'abandon d'un bien en usufruit est un excellent moyen de verser une prestation compensatoire sous forme de rente qui, selon la durée de l'usufruit, peut être temporaire ou viagère (même dans un divorce contentieux : article 274 du Code Civil).

On voit que par ce moyen détourné on peut cumuler les avantages d'un capital renté avec la réduction d'impôt..

Dans le cas où la prestation compensatoire est payée à cheval sur deux exercices civils mais dans l'année du divorce, l'administration a indiqué la façon de répartir la réduction d'impôt sur les deux exercices (article 199 octodécies, dernier alinéa).

b) En cas de panachage entre un capital payé l'année du divorce et une rente payée au delà

L'administration n'admet pas (instruction BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012 n° 190) que le débiteur de la prestation compensatoire puisse bénéficier de la réduction d'impôt.

c) Cas où les modalités et délais de versement de la prestation compensatoire ne sont pas précisés (dans le jugement ou la convention)

Dans ce cas, l'administration appliquera la fiscalité selon la façon dont la prestation aura été effectivement payée : sur plus de douze mois : rente, sur moins de douze mois : capital (instruction BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012 n° 210).

d) En cas de rachat de rente

1) Conversion judiciaire de rente en capital

En cas de conversion judiciaire en capital de la rente initiale, il est dorénavant possible de bénéficier de la réduction d'impôt. Mais l'avantage fiscal est réduit pour tenir compte de ce que la rente a été payée pendant un certain temps et déduite des revenus du débiteur.

Pour déterminer le montant de la réduction d'impôt, il faut procéder ainsi :

Le capital dû à la date de la conversion est majoré de la somme des rentes déjà versées, revalorisées en fonction de l'indice moyen annuel de prix à la consommation entre l'année du versement et celle de la conversion.

L'assiette de la réduction d'impôt est égale au capital reconstitué ainsi obtenu, retenu dans la limite de 30 500 €, auquel est appliqué le rapport existant entre le capital dû et le capital reconstitué.

Exemple :

- La rente est convertie en un capital de 30 000 € alors que 5 000 € de rente (après revalorisation) ont déjà été payés et déduits.

Le capital total reconstitué est donc de ----- $30\,000 + 5\,000 = 35\,000$ €

Assiette de la réduction d'impôt : ----- $30\,500 \text{ €} \times 30\,000/35\,000 = 26\,143$ €.

Montant de la réduction d'impôt : ----- $26\,143 \text{ €} \times 25\% = 6\,536$ €.

De fait, il va souvent s'avérer que la conversion sera moins avantageuse pour le débiteur que la déduction. Dans ce cas, il vaudrait mieux lui conseiller de se libérer sur plus de 12 mois... En contrepartie, le créancier devra payer l'impôt sur le revenu...

Pour pouvoir bénéficier de la réduction d'impôt, le capital convenu doit être payé dans les douze mois de la décision définitive de conversion.

Mais de même que pour les autres cas de prestation compensatoire en capital, le capital remplaçant la rente peut être payé en nature par l'abandon de biens en propriété ou en usufruit (ou encore en droit d'usage et d'habitation).

2) Conversion amiable (article 275 du Code Civil)

L'administration fiscale n'admet pas, dans ce cas, que les parties profitent de la réduction d'impôt. (voir instruction BOI-IR-RICI-160-10-20120912 du 12 septembre 2012 n° 230). La ou les sommes alors payées sont déductibles du revenu du débiteur et imposables entre les mains du créancier.

Il faut donc faire extrêmement attention à ceci car un accord entre époux mal informés pourrait avoir des conséquences dramatiques pour le créancier, ou plutôt la créancière.

De plus l'administration, qui considère que ce rachat n'est pas une conversion mais un paiement anticipé du capital restant dû, refuse la réduction de l'article 199 octodécies, ce qui est d'une particulière mesquinerie.

Les parties désireuses de convertir la rente (temporaire ou viagère) en capital auront donc tout intérêt à saisir le Juge !

II - LES DROITS D'ENREGISTREMENT ET LA TAXE DE PUBLICITE FONCIERE

Les points à envisager sont notamment les suivants :

- versements qui relèvent de la fiscalité des capitaux
- le droit fixe de 125 €
- le droit de partage de 2,5 %
- la taxation des mutations immobilières à titre de prestation compensatoire
- le paiement des droits
- droit transitoire

A) Les versements qui relèvent de la fiscalité des capitaux

Enumérons tout d'abord les versements qui relèvent du régime des capitaux et non des revenus:

Relèvent du droit de partage, de la taxe de publicité foncière ou du droit fixe (et non pas de l'impôt sur le revenu) tous les versements ci-après énumérés.

a) La prestation compensatoire payée en argent ou en nature dans l'année du divorce, en une ou plusieurs fois.

On rappelle que sous l'empire des dispositions issues de la loi du 30 juin 2000, c'était déjà le cas. Pour ce qui était des droits d'enregistrement, on ne distinguait pas entre les prestations compensatoires en numéraire ou en nature.

b) L'abandon de biens en propriété, en usufruit ou en droit d'usage et d'habitation, en une ou plusieurs fois, n'importe quand, même sur plus d'un an.

Il n'y a que les *sommes d'argent* payées sur plus d'un an qui sont assimilées à des rentes. Les abandons de biens en nature sur plus d'un an ne deviennent pas des rentes. Ils restent des prestations compensatoires en capital.

Par exemple, un mari et une femme conviennent d'une prestation compensatoire payée sous forme d'abandons successifs d'actions d'une société non cotée.

Ces abandons successifs ne seront en aucun cas considérés comme le paiement d'une rente ou d'une pension. Par conséquent le mari ne pourra pas déduire de ses revenus la valeur de ces actions et l'épouse ne sera pas imposée sur leur valeur.

Seuls les droits d'enregistrement seront dus. Nous verrons s'il y a lieu à paiement de l'impôt de plus value et pour quelle valeur ces actions arrivent dans le patrimoine de l'épouse.

c) La conversion d'une rente ou d'un capital renté en un capital

1) La conversion judiciaire

Il résulte des articles 276-4 et 280 du Code Civil (et 303 pour la séparation de corps) que le débiteur de la prestation compensatoire sous forme de rente peut demander au juge la conversion de celle-ci en un capital.

Cette opération procède d'une demande judiciaire. Elle prendra donc la forme d'un jugement.

La question se pose de savoir quel sera le régime fiscal de cette conversion judiciaire qui peut prévoir un paiement en nature.

En principe le paiement en nature d'une dette d'argent est regardé comme une dation en paiement redevable du droit de mutation à titre onéreux.

Mais il ne devrait pas en aller de même en cas de conversion judiciaire de la rente en capital payé par abandon d'un bien en nature.

En effet, l'article 1133 ter du CGI (qui institue la taxe de 125 €) renvoie à l'article 276-4 du Code civil ainsi qu'à l'article 280 du même Code, or l'article 276-4 renvoie lui-même à l'article 274 qui permet le paiement en nature de la prestation compensatoire.

Il y a donc un lien légal entre la conversion et le mode de paiement en nature.

Le droit de 125 € sera donc exclusif du droit de mutation à titre onéreux qui serait dû en cas de dation en paiement, même en cas de paiement du prix de la conversion avec un bien propre ou personnel.

Bien sûr, en cas de paiement au moyen d'un partage inégal d'un bien commun ou indivis, seul le droit de partage sera dû. Mais cela supposerait, bien entendu, que le partage ne soit pas encore intervenu à la date de la conversion.

2) La conversion volontaire et conventionnelle

On peut espérer qu'en cas de conversion volontaire et conventionnelle, non soumise au juge, ce sera la même fiscalité qui s'appliquera.

Si la conversion se fait au moyen d'un partage inégal de biens communs ou indivis, seul le droit de 2,5 % sera dû puisque les soultes ne sont pas taxables dans ces partages et que la plus-value de lot ou de part (procédant ici de la conversion) est traitée comme une soulte.

Mais cela suppose que le partage n'ait pas encore eu lieu au moment du divorce, ce qui sera le plus souvent le cas dans les divorces contentieux.

Si la conversion se fait au moyen d'une somme d'argent, elle sera taxée au droit fixe de 125 € des actes innomés ou (dans le pire des cas) au droit de 125 € prévu à l'article 1133 ter du CGI.

Si enfin la conversion se fait au moyen d'un bien en nature provenant du patrimoine propre du débiteur, il n'est pas du tout certain que ce sera la taxe de l'article 1133 ter du CGI qui sera exigible. En effet, nous ne sommes plus ici en présence d'une prestation compensatoire fixée par le juge ni convertie par le juge... Il n'est pas exclu que l'administration prétende percevoir le droit de mutation à titre onéreux des datations en paiement (quand il est dû).

Pour prévenir ce genre de tentation, il serait sans doute sage (et en cas de paiement en nature du prix de la conversion) de demander au juge d'homologuer la convention des parties.

d) Les dommages intérêts de l'article 266.

L'époux qui a "gagné" le divorce ou le défendeur dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal (lorsqu'il n'a pas formé de demande reconventionnelle) peut se voir allouer des dommages intérêts pour réparer les conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage. Ces dommages intérêts ne sont pas visés par la loi fiscale. On peut supposer que, nécessairement prononcés par le juge, ils ne peuvent prendre que la forme d'une somme d'argent.

On peut supposer également qu'ils sont une dette personnelle du débiteur et qu'ils seront nécessairement prélevés sur les droits du débiteur dans la masse à partager.

Si leur paiement se traduit par un partage inégal, seul le droit de partage sera dû, bien qu'ils ne constituent pas une prestation compensatoire puisque les soultes ne sont pas taxables au droit de mutation à titre onéreux quand le partage porte sur des biens communs ou indivis entre époux séparés de biens. Or une plus value de lot ou de part, quelle qu'en soit la cause, suit le même régime fiscal que les soultes.

En revanche si les dommages intérêts sont payés avec des biens propres ou personnels du débiteur, le droit de mutation à titre onéreux sera perçu (puisque l'opération réalise une dation en paiement).

On rappelle que le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner le paiement de dommages intérêts en nature, à la différence de ce qu'il peut faire pour la prestation compensatoire.

B) Droit fixe de 125 € (article 1133 ter CGI)

a) Ce droit fixe remplace les droits de mutation à titre gratuit quand ils étaient exigibles.

Nous allons voir à propos du droit de partage quand et comment on sait si un bien est propre ou personnel car ce qui paraît évident ne l'est pas tant que cela. La difficulté s'est posée à l'administration à propos de l'enregistrement des jugements de divorce.

Posons donc, avant d'approfondir, qu'il s'agit prestations compensatoires et les autres paiements en capital payés **avec des biens propres** (dans le régime de la communauté) ou **personnels** (dans les régimes séparatistes).

b) Nature juridique du droit de 125 €.

Ce droit fixe n'est pas un droit de donation mais sans doute le droit fixe des actes innomés.

Etant donné que l'article 281 du Code Civil exclut expressément le caractère gratuit de la prestation compensatoire, on est bien obligé d'en déduire, à première vue, que c'est un acte à titre onéreux.

Il n'était donc pas exclu que l'administration en profite pour prétendre que les transferts et abandons en nature ainsi réalisés à l'occasion du divorce sont des mutations qui entraînent la taxation des plus-values (plus-values immobilières ou plus-values mobilières).

Nous aurons l'occasion de voir (infra à propos de la taxation des plus values révélées par le divorce) que l'administration n'a pas su résister au plaisir de faire une mauvaise

manière aux maris qui sont disposés à acquitter une prestation compensatoire en nature, puisque pour elle il s'agit bel et bien d'une cession (sic).

Il aurait été préférable que la prestation compensatoire soit regardée comme un acte neutre, intercalaire, ne constituant pas un fait générateur de l'impôt de plus value, ni ne réalisant une consolidation des plus values latentes. En d'autres termes, l'époux qui aurait reçu le bien aurait été réputé, en cas de cession ultérieure, le détenir depuis son acquisition par son conjoint et pour le prix ou la valeur pour lesquels celui-ci en serait devenu propriétaire (sur ce point voir Delory : "Le nouveau droit au divorce : une neutralité fiscale absolue" in JCP. N. n° 52 53 2004 n° 1612 page 1951).

C) Droit de partage de 2,5 % sur la prestation compensatoire

a) Les cas d'exigibilité

Le droit de partage sera dû chaque fois que les biens abandonnés seront des biens communs ou des biens indivis acquis en commun par des époux séparés de biens pendant le mariage.

Pour savoir si une prestation compensatoire est payée avec des biens propres ou communs, il faut, en toute logique, procéder d'abord à la liquidation de la communauté ou de l'indivision. Si celle-ci est déficitaire, il se peut que la prestation compensatoire soit plus importante que la part de communauté ou d'indivision revenant au débiteur de la prestation compensatoire. L'excédent de prestation compensatoire sur les droits du débiteur dans l'actif net commun ou indivis sera forcément soumis au droit fixe.

Si le partage de la communauté ou de l'indivision est inégal, cette inégalité procédant d'une prestation compensatoire, seul le droit de partage sera dû dès lors qu'il n'y a pas injection de fonds propres.

b) Exemples.

Actif : 100. Passif : 20. Actif net : 80. La femme prend tout et supporte le passif. En fait la prestation compensatoire est de 40 (moitié de l'actif net de communauté). Mais il est clair qu'elle est payée avec des biens communs car la part du mari dans l'actif net est de 40.

Actif : 100. Passif : 20. Actif net : 80. Droits du mari : 40. Le mari est d'accord pour payer le passif et abandonner tout l'actif à la femme. La femme reçoit donc 100 or elle n'a droit qu'à 40. La prestation compensatoire est donc de 60. Elle est payée avec des biens communs à hauteur de 40 et avec des biens propres à hauteur de 20.

Le droit de 2.5 % sera dû uniquement sur 80, c'est-à-dire sur l'actif net. Il ne sera dû que 125 € sur les 20 de surplus.

Actif : 100. Passif : 150. La communauté est déficitaire. Il n'y a donc rien de commun pour payer la prestation compensatoire quelle qu'elle soit. S'il en existe une, elle sera donc taxée à 125 €.

On ne peut payer la prestation compensatoire qu'avec de l'actif net et non avec de l'actif brut.

En effet, en cas de liquidation du régime matrimonial, les époux ne peuvent se partager que de l'actif net, c'est-à-dire après avoir désintéressé les créanciers de la communauté. Quand on dit que la prestation compensatoire va ou peut être payée avec des biens communs, on veut dire que son paiement procède d'un partage inégal de la communauté. Il ne faudrait pas soutenir l'opinion selon laquelle seule la nature propre ou commune du bien serait à prendre en considération pour déterminer si c'est le droit de 2,5 % qui s'applique ou le droit de 125 €. Cela risquerait en effet d'aboutir à une surtaxation de la prestation compensatoire.

Exemple. Actif : 100. Passif : 20. La femme prend le bien qui vaut 100 et le mari paie le passif. Le droit de partage serait donc assis sur 100 au lieu de l'être sur 80. Ce n'est pas ainsi qu'il faut raisonner.

Avant la loi du 26 mai 2004, on pouvait être tenté de le faire car il valait mieux payer 1,1 % que les droits de mutation à titre gratuit. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

En conclusion sur ce point :

Toute prestation compensatoire qui dépasse les droits du débiteur dans l'actif net, commun ou indivis, doit être taxée au droit fixe à hauteur de ce dépassement.

c) La question du panachage entre rente et capital.

Nous savons que la question est apparemment réglée par les deux textes fiscaux (80 quater et 156 II 2°) applicables à l'impôt sur le revenu : dès lors que la prestation compensatoire est payée sur plus d'un an, l'ensemble relève du régime des rentes.

Il semble cependant qu'il existe des errements fiscaux et que dans bien des cas le capital soit taxé comme tel et que la rente obéisse au régime des revenus.

d) Les règles fiscales du partage.

1) Partages éligibles au droit de 2,5 % sans taxation des soultes.

Les partages de communauté et d'indivision entre époux séparés de biens sont taxés au taux de 2,5 % sur l'actif net quelles que soient les soultes.

En revanche les partages de biens indivis acquis avant le mariage ne bénéficiaient pas du régime de faveur en cas de soulte. S'il en existait une, la soulte était taxée aux droits de mutation à titre onéreux (5,09 % à partir du 1^{er} janvier 2005, quand la soulte s'applique à un immeuble).

L'incidence de l'instruction BOI-ENR-PTG-10-20-20120912 du 12 septembre 2012.

L'administration a assoupli sa doctrine et tolère que les partages entre personnes qui n'étaient pas encore mariées au moment de l'achat du bien licite ou partagé soient regardés comme déclaratifs malgré la présence d'une soulte.

« L'article 748 du CGI prévoit que les partages qui portent sur les biens dépendant d'une communauté conjugale et qui interviennent uniquement entre les membres originaires

de l'indivision, leur conjoint, des ascendants, des descendants ou des ayants droit à titre universel de l'un ou de plusieurs d'entre eux ne sont pas considérés comme translatifs de propriété dans la mesure des soultes ou plus-values. Il en est de même des partages portant sur des biens indivis acquis par des partenaires ayant conclu un PACS ou par des époux, avant ou pendant le pacte ou le mariage.

En ce qui les concerne, l'imposition est liquidée sur la valeur nette de l'actif partagé déterminé sans déduction des soultes ou plus-values.

L'application du régime spécial défini à l'article 748 du CGI est soumise à deux conditions relatives l'une à l'origine de l'indivision et l'autre à la qualité des attributaires. Ces deux conditions doivent être remplies simultanément.

Le partage doit porter, en premier lieu, sur :

- ou des biens acquis indivisément par des époux avant ou pendant le mariage et ce, quel que soit leur régime matrimonial ;

- ou des biens acquis par des partenaires liés par un PACS avant la conclusion du pacte ou pendant le pacte ;

Bénéficient notamment de ce régime :

- Les partages de communauté conjugale, quelle que soit la cause de la dissolution de cette dernière (décès, divorce, absence, séparation de corps ou de biens, changement de régime matrimonial : cf. article 1441 du code civil) ;

En second lieu, pour bénéficier du régime spécial, le partage doit intervenir entre les membres originaires de l'indivision, leur conjoint, des ascendants, des descendants ou des ayants droit à titre universel de l'un ou de plusieurs d'entre eux.

Le partage doit donc intervenir uniquement entre les personnes énumérées par la loi. La participation d'un tiers au partage, par exemple un cessionnaire de droits successifs ne figurant pas au nombre des personnes énumérées ci-dessus, met obstacle à l'application du régime de faveur et le partage est taxé selon les règles de droit commun.

Les partages qui remplissent les conditions énumérées [ci-dessus] sont soumis à un seul droit ou taxe au taux fixé par l'article 746 du CGI, à l'exclusion de tout droit ou taxe de mutation à titre onéreux sur les soultes ou plus-values. En revanche, ces soultes ou plus-values ne sont pas déduites de l'actif net partagé pour la perception, au profit de l'État, de l'impôt de partage.

Ce régime fiscal s'applique aussi bien aux partages qui portent sur des immeubles qu'à ceux qui ont pour objet des meubles ou à la fois des meubles et des immeubles ».

2) Pour ce qui concerne les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts.

Les partages d'indivisions constituées pendant le mariage sont soumis à l'article 748 du CGI (pas de taxation des soultes).

Nous pensons que la créance de participation ne devrait pas supporter le droit de partage car son paiement n'est pas une opération de partage quand il intervient en numéraire.

Mais l'article 1576 alinéa 3 du Code Civil sème le trouble.

En effet, il affirme que lorsque la créance de participation est payée en nature, l'opération est considérée comme une opération de partage quand le bien abandonné en paiement est un acquêt du débiteur.

On ne saurait cependant déduire de cette analogie voulue par le législateur de 1965 pour soustraire cette dation en paiement aux droits de mutation à titre onéreux, que le paiement de la créance de participation en numéraire est une opération de partage, ce qui n'est d'ailleurs dit à aucun moment dans le Code Civil⁴⁹.

e) La "super rétroactivité" du divorce entre les époux.

Il résulte de l'article 262-1 alinéa 4 du Code Civil que les effets du divorce peuvent rétroagir à une date antérieure à l'ordonnance de non conciliation. Cette date est celle à laquelle toute cohabitation et toute collaboration ont cessé entre les époux. Cette super rétroactivité est facultative pour le juge mais, grande innovation de la loi du 26 mai 2004, elle peut être ordonnée quels que soient les torts des époux.

Il est évident que cela va entraîner la disqualification du caractère commun de certains biens ou de certaines dettes (ce sera souvent le but de cette demande). Le partage ne portera que sur les biens composant la communauté à la date fixée par le juge. Seuls ces biens seront partagés et seuls ces biens supporteront le droit de partage.

Pour ce qui concerne les immeubles acquis par un époux postérieurement à cette date, le jugement devrait être publié pour l'information des usagers même si l'achat a été fait au nom d'un seul des époux.

Cette publication ne devrait pas entraîner de perception de la taxe de publicité foncière bien que le bien après avoir été commun devienne propre. En effet, la rétroactivité du report de la date de dissolution implique que le bien n'a jamais été commun.

A notre avis, seul le salaire du conservateur des hypothèques devrait être dû au taux de 0,10 % ainsi que le droit fixe de formalité.

Si le bien reconnu comme propre sert à payer une prestation compensatoire, il ne sera dû que le droit fixe de 125 € et non le droit de 2,5 %⁵.¹⁰

Dans les divorces par consentement mutuel, les époux ont la même faculté. Dans la mesure où leur accord est homologué par le juge, on peut penser que l'administration fiscale ne pourra rien trouver à redire à cette rétroactivité... bien qu'il soit parfaitement envisageable qu'elle recouvre en réalité une libéralité notamment si l'absence de cohabitation et de collaboration n'est pas clairement établie.

D) La taxation des mutations immobilières à titre de prestation compensatoire. La taxe de publicité foncière.

En cas de prestation compensatoire en nature au moyen de droits immobiliers (en pleine propriété, en usufruit ou en droit d'usage et d'habitation) l'article 1133 ter du CGI

⁴ Certes l'article 1575 cc alinéa 2 dispose que : "S'il y a des acquêts nets de part et d'autre ils doivent d'abord être compensés. Seul l'excédent se partage ; l'époux dont le gain a été moindre est créancier de son conjoint pour la moitié de cet excédent". Il est évident que ce texte règle un mode de calcul d'une créance et que le terme de partage doit être pris au sens de fixation d'une part. (voir Brazier et Depondt "la fiscalité dans le divorce" Litec 1992 n° 271).

⁵ On devine la manœuvre : celui qui veut s'acquitter d'une prestation compensatoire avec un bien récemment acquis peut avoir intérêt à faire rétroagir la date des effets du divorce.

(instituant la taxe de 125 €) renvoie expressément à l'article 1020 du CGI qui institue la taxe de publicité foncière de 0,715 %.

Il faudra en outre payer le salaire du conservateur des hypothèques de 0,10 %.

E) Le paiement des droits d'enregistrement après le jugement

L'instruction BOI-ENR-DMTG-20-10-20-20-20120912 du 12 septembre 2012 apporte un certain nombre d'informations sur le point de vue de l'administration pour ce qui concerne les droits d'enregistrement et la façon de les percevoir.

L'administration pose fort clairement que le droit de partage est dû sur les prestations compensatoires payées avec des biens de communauté pour la raison simple que le paiement de la prestation compensatoire procède d'un partage inégal de la communauté. Il est donc dû en réalité non pas sur le seul montant de la prestation compensatoire mais sur l'actif net de communauté, quels que soient en définitive les droits des parties dans cette communauté.

Le même raisonnement est applicable mutatis mutandis aux indivisions entre époux séparés de biens dès lors que la prestation compensatoire prend la forme d'un partage inégal de cette indivision.

a) Le fait générateur du droit (droit de l'article 1133 ter, taxe de publicité foncière ou droit de partage) est le jugement prononçant le divorce.

En effet, si le jugement homologue la convention de divorce valant partage, c'est bien le jugement qui constitue le fait générateur du droit puisque c'est lui qui le rend définitif.

Si la convention de divorce homologuée prévoit une prestation compensatoire payable avec des biens propres ou personnels, c'est, là encore, le jugement qui constitue le fait générateur de la taxe.

Mais le jugement (dans un divorce contentieux par exemple) se contentera de fixer le montant et la nature de la prestation compensatoire. Outre qu'il ne prononcera pas le partage de la communauté (sauf le cas -exceptionnel- où il lui serait demandé d'homologuer un état liquidatif préparé par le notaire) il arrivera souvent que le juge n'indique pas la provenance du bien ou de la somme allouée.

Cette hypothèse embarrasse l'administration qui procède donc de la façon suivante :

b) Prestations compensatoires en nature.

1) Le juge indique que la prestation compensatoire est payée avec des biens communs ou indivis.

Le droit de partage sera dû sur la seule valeur de la prestation compensatoire (puisque l'administration n'a pas la moindre idée de la consistance de l'actif commun). La somme payée constituera un acompte sur le montant définitif du droit dû qui sera calculé le jour où le partage interviendra (quel que soit le délai qui s'écoulera d'ici là).

2) Le jugement n'indique pas la provenance du ou des biens qui forment la prestation compensatoire.

Il constitue néanmoins un titre qui permet à son créancier de se faire payer ou délivrer la somme ou le bien prévus. Si c'est un bien indivis, le droit de partage sera dû puisque on est bien en présence d'une opération de partage (au plan civil). Mais si c'est un bien indivis appartenant au débiteur de la prestation compensatoire, il n'est pas possible de percevoir le droit de partage.

Cependant, étant donné que les biens des époux séparés de biens dont on ne peut pas prouver la propriété privative sont réputés indivis, l'administration pose que, dans le silence du jugement et si les parties sont incapables d'indiquer la nature personnelle du bien ou droit donné en prestation compensatoire, ce bien sera réputé indivis et le droit de partage sera dû.

Si cette preuve contraire est apportée, seul le droit de 125 € sera dû ou, le cas échéant, la taxe de publicité foncière au taux de 0,715 %. Les parties disposeront d'un délai d'un mois pour apporter cette preuve.

c) Prestations compensatoires en argent (sur une période inférieure à 12 mois).

1) Le jugement ou la convention ne précisent pas l'origine de la somme.

Dans ce cas le jugement ne peut pas s'exécuter par lui-même puisque selon qu'elle sera prélevée sur la communauté avant tout partage ou prélevée sur la part du débiteur après le partage, son montant réel variera du simple au double. (ex : actif : 100 ; prestation compensatoire : 20 ; actif net : 80, droits des parties : 40, le créancier de la prestation compensatoire reçoit 60 au lieu de 50, soit une prestation compensatoire de 10. Si la prestation compensatoire est prélevée sur la part du débiteur, elle est bien de 20 et le créancier reçoit bien 50 plus 20, soit 70 et l'autre 30 (50 - 20).

Dans cette hypothèse, l'administration reconnaît que le jugement ne forme pas le titre complet d'une opération justifiant soit la perception du droit de partage, soit celle du droit de 125 €.

Dans cette hypothèse, la taxation de la prestation compensatoire ne pourra intervenir que le jour où le partage interviendra ou le jour où la somme sera effectivement payée si elle provient de deniers propres.

Autant il est probable que le droit de partage sera perçu un jour puisque tôt ou tard les parties finiront par liquider leurs droits et partager les biens communs ou indivis, autant on peut penser que, dans cette hypothèse où le jugement est muet sur l'origine des fonds, le droit de 125 € n'est pas près d'être perçu... (l'instruction BOI-ENR-DG-20-30-30-40-20130311 du 11 mars 2013 fait preuve d'une certaine résignation en indiquant : "*Le droit fixe prévu à l'article 1133 ter ne sera exigé que lors de la présentation à la formalité de l'enregistrement de l'acte ultérieur prévoyant le versement des sommes d'argent au moyen de deniers propres...*").

Evidemment, la même solution s'imposera quand la prestation compensatoire aura été ainsi fixée dans une convention homologuée.

Remarque : En réalité le juge, quand il fixe une prestation compensatoire en argent, entend bien que cette dette pèse en totalité sur le débiteur. Mais en revanche il ne sait pas du tout, ou mal, quels sont les droits du débiteur dans la communauté ni comment le débiteur s'acquittera de sa dette. Il ne sait pas si cette prestation compensatoire sera ou non supérieure aux droits du débiteur dans la communauté. Il est donc impossible de taxer distinctement et immédiatement cette prestation compensatoire.

2) Le jugement ou la convention précisent l'origine de la somme :

Dans ce cas, le jugement est un fait générateur de l'impôt.

Supposons que les époux soient mariés sous le régime de la communauté, de deux choses l'une alors :

Si le jugement dit "*Condamne le mari à payer une prestation compensatoire de X euros avant tout partage*", cela signifie que le droit de partage est dû puisqu'on est en présence d'un prélèvement sur la communauté.

Mais s'il dit "*Condamner le mari à payer la somme de X euros par prélèvement sur ses droits dans la communauté (ou après partage)*", rien ne devrait être dû à ce moment là puisque, comme précédemment, le juge ne sait pas à combien s'élèvent les droits du débiteur dans la communauté.

Cette doctrine administration va mettre un terme à des errements antérieurs car le plus souvent le droit de partage était perçu ou non selon que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime de la séparation de biens, sans que l'on se préoccupe de savoir si la somme était due avant ou après partage, par prélèvement sur la masse commune ou sur la part du débiteur.

L'administration indique que ce qui précède s'applique aussi bien en cas de convention homologuée, mais il faut admettre que dès lors que le régime matrimonial devra avoir été liquidé et l'actif net partagé, il sera tout à fait exceptionnel que l'on ait encore des doutes sur l'importance réelle de la prestation compensatoire.

Enfin, il faut remarquer que si les juges nomment presque systématiquement un notaire sur le fondement de l'article 255 10° pour faire un projet de partages, ils sauront, par définition, à combien s'élèveront les droits des parties dans la communauté, et s'ils ont aussi désigné le même notaire pour inventorier les biens personnels des époux, ils seront en mesure de fixer à coup sûr la prestation compensatoire et dire sur quelle masse elle est prélevée.

d) L'exigibilité des droits.

Le fait générateur d'un droit ou d'un impôt ne coïncide pas nécessairement avec son exigibilité.

Si le jugement constitue un fait générateur d'impôts (1133 ter, droit de partage, taxe de publicité foncière), il doit être enregistré dans le mois de sa date. Il n'est pas nécessaire que le jugement soit exécutoire. Il peut donc être frappé d'appel sans que cela dispense les parties de s'acquitter des droits dus.

e) Assiette du droit de partage ou de la taxe de publicité foncière.

1) Attribution en pleine propriété

La convention homologuée ou le jugement doivent comporter indication de la valeur du bien ou du droit abandonné à titre de prestation compensatoire. On ne sait pas bien ce qui se passera si le jugement est muet sur la valeur du bien... En cas de désaccord (probable) des parties, comment le juge appréciera-t-il la valeur du bien ou du droit qu'il veut attribuer ?

Il faut ici rappeler que l'article 274 du Code Civil paraît bien faire obligation aux juges d'évaluer les biens attribués en paiement de la prestation compensatoire : "Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes : somme d'argent... attribution en nature...".

2) Attribution en usufruit ou au moyen d'un droit d'usage et d'habitation.

Lorsque la prestation compensatoire sera servie au moyen d'un droit d'usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation, il faudra, selon l'administration fiscale, procéder à l'évaluation préalable du bien en toute propriété puis appliquer, s'agissant d'un usufruit, le barème de l'article 669 du CGI. S'agissant d'un droit d'usage et d'habitation, on pourra ("à titre de règle pratique") procéder à un abattement de 20 % sur la valeur d'un usufruit.

Remarque : **Le droit d'usage et d'habitation** que le juge pourrait attribuer à un des conjoints est celui prévu à l'article 625 du Code Civil pour lequel la loi fiscale ne donne aucune règle d'évaluation et qu'il est en effet d'usage d'évaluer un peu moins qu'un usufruit (20 ou 30 % de moins selon les cas...). On pourrait aussi, encore que ni l'administration ni les textes n'y invitent, se référer au droit d'habitation et d'usage de l'article 764 du Code Civil (droit légal du conjoint survivant) lequel est obligatoirement évalué par la loi fiscale (article 762 bis du CGI) à 60 % de la valeur d'un usufruit.

Ceci rappelé, signalons que dès lors que la loi ne donne pas de règle d'évaluation d'un bien ou d'un droit, les parties sont libres d'y procéder elles-mêmes. C'est le cas du droit d'usage et d'habitation de l'article 625 du Code Civil qui ne devrait pas être estimé que par référence à sa valeur vénale (article 666 du CGI). Or cette valeur est inapplicable au cas d'espèce puisque ce droit est essentiellement incessible ! Or la valeur d'un droit d'usage et d'habitation est nécessairement inférieure à celle d'un usufruit (ce que ne conteste pas l'administration), laquelle n'est légalement fixée que lorsque c'est un usufruit qui est transmis. En d'autres termes, quand l'objet du transfert est un droit d'usage et d'habitation, les parties sont complètement libres de l'estimer sans qu'il soit nécessaire de se référer à l'article 699 du CGI. Encore faut-il que cette estimation corresponde à une réalité économique objective. La valeur de ce droit n'est autre que la valeur actualisée des sommes représentatives de la valeur locative du bien pendant toute la durée du démembrement, sur la base du taux de rendement du bien ainsi démembrement.

f) Le contrôle de l'assiette des droits.

Ce ne sera pas au moment de l'enregistrement du jugement que ce contrôle sera fait, mais ultérieurement pendant le délai de reprise de l'administration (jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant l'enregistrement du jugement).

g) Le paiement des droits et la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

L'article 862 du CGI fait interdiction aux notaires, huissiers, greffiers, avoués, avocats et autorités administratives (dont les officiers d'état civil) de faire ou rédiger des actes en conséquence d'actes ou décisions judiciaires soumis obligatoirement à enregistrement et qui n'auraient pas été préalablement enregistrés.

Or les jugements de divorce doivent être obligatoirement enregistrés et ils ne peuvent l'être que si les droits sont acquittés.

L'article 27 de la loi du 26 mai 2004 supprime l'application de l'article 862 pour tous les divorces (selon l'administration, alors que le texte donnait à penser qu'il ne s'appliquait qu'aux divorces par consentement mutuel).

Les greffiers seront dorénavant autorisés à délivrer une copie exécutoire de tous les jugements de divorce de sorte que :

- Le divorce pourra être transcrit sur les registres de l'état civil sans aucun délai.
- Le notaire pourra déposer au rang de ses minutes la copie exécutoire du jugement et payer les droits y afférents à sa recette des impôts si cela n'a pas déjà été fait au moment de l'enregistrement du jugement.

En cas d'enregistrement du jugement, tous les droits éventuellement dus seront exigés dans la mesure où le jugement constitue un fait générateur de l'impôt. Mais si, compte tenu de l'absence de mentions sur l'origine des fonds ayant servi à payer la prestation compensatoire, le jugement ne peut pas constituer un fait générateur de l'impôt, ce sera au moment de la rédaction de l'acte notarié de partage que le droit de 2,5 % sera dû. Dans cette hypothèse, la recette renvoie sans délai le jugement au greffe en précisant qu'il est dispensé de la formalité.

Etant donné que lorsque le jugement constitue le fait générateur de l'impôt celui-ci est perçu, il est clair qu'au moment de la publicité foncière (nécessaire en cas de prestation compensatoire "immobilière" ou de partage homologué comportant un immeuble) aucun autre droit (hormis le salaire du conservateur) ne sera exigible.

h) L'aide juridictionnelle.

Il résulte de l'instruction administrative BOI-ENr-DG-20-30-30-40-20130311 du 11 mars 2013 que lorsque l'un des parties au jugement bénéficie de l'aide juridictionnelle, les actes prévoyant le versement de prestations compensatoires (redevables du droit de 125 €, du droit de partage de 1,1 % ou de la taxe de publicité foncière de 0,715 %) sont

exonérés de droit (articles 1090 A et 1090 B) quelle que soit leur forme (jugement ou partage ultérieur). Les jugements rendus dans ces affaires seront d'ailleurs dispensés de la formalité de l'enregistrement. La publication de ces jugements ne donnera ouverture qu'au salaire du conservateur.

F) Droit transitoire.

Toutes les procédures dans lesquelles la demande en divorce ou en séparation de corps est antérieure au 1^{er} janvier 2005 demeurent soumises à l'ancienne législation civile et fiscale.

On devrait donc en déduire que tout ce qui est redevable de la taxe de 125 € aujourd'hui demeure taxé comme une donation pour le passé.

Mais ce n'est pas évident car les deux dernières phrases de l'article 757 A du CGI qui prévoyaient cette taxation aux droits de mutation à titre gratuit (ou au droit de partage) ont été abrogés purement et simplement du CGI.

Il n'est donc plus possible de taxer aux droits de mutation à titre gratuit une prestation compensatoire prononcée sous le régime du droit civil ancien.

Nous pensons donc que sur ce point il n'y a, en définitive, aucune survie du droit fiscal ancien et que, par conséquent, même dans un divorce commencé sous l'empire de l'ancienne loi, la prestation compensatoire payée avec des biens propres ou personnels sera redevable de la taxe de 125 € de l'article 1133 du CGI^{6, 11}

L'administration, en commentant la loi nouvelle, conforte cette interprétation en indiquant : *"il a été décidé d'appliquer ces dispositions (celles relatives au droit de 125 € et au droit de partage) aux décisions qui prévoient le versement d'une prestation compensatoire prononcées à partir du 1^{er} janvier 2005, quelle que soit la date d'introduction de l'instance. Il s'agit des jugements de divorce prononcés par le tribunal de grande instance à compter du 1^{er} janvier 2005 et prévoyant le versement d'une prestation compensatoire. En appel, il s'agit des arrêts prononcés à compter du 1^{er} janvier 2005, si toutefois aucune prestation compensatoire n'a été fixée au préalable par le tribunal de grande instance"* (instruction du 20 décembre 2005 examinée ci-dessus, n° 48).

Cette dernière précision n'est pas bien venue car on ne voit pas bien l'intérêt de soumettre à l'ancienne fiscalité des prestations compensatoires prononcées par la Cour au prétexte que le tribunal avait déjà eu à en connaître, alors que, pour les procédures déjà pendantes le 1^{er} janvier 2005, l'administration admet d'appliquer la nouvelle fiscalité aux prestations compensatoires fixées par les juges du premier degré.

⁶ Voir sur ce point l'opinion conforme de M. Delory supra

III - LES AUTRES INCIDENCES FISCALES DU DIVORCE (AU REGARD DE LA FISCALITE DU PATRIMOINE)

Les points à envisager sont notamment les suivants :

- l'ISF (A)
- les plus-values (B)
- la TVA (C)
- les donations et avantages matrimoniaux dans le divorce (D)
- les prestations compensatoires négatives (E)
- la transmission active et passive de la prestation compensatoire (F)
- les non résidents (G)

A) L'ISF

a) Prestation compensatoire en capital.

Le débiteur soustrait le capital payé de l'assiette de son ISF et corrélativement le créancier (s'il est soumis à cet impôt) doit ajouter le capital reçu à l'assiette du sien.

b) Quand la prestation compensatoire prend la forme d'une rente temporaire.

On est en présence d'un capital payé sous forme d'échéances périodiques. Cela ne devrait rien changer au raisonnement.

c) Quand on est en présence d'une rente viagère.

La Cour de Cassation⁷ estime que la valeur de la rente n'est pas assujettie à l'ISF entre les mains du créancier. Corrélativement, elle ne devrait donc pas pouvoir être déduite de l'actif du débiteur. Mais cela n'a pas été jugé.

Le raisonnement de la Cour de Cassation est que cette rente a un fondement majoritairement alimentaire, qu'elle est incessible et en grande partie insaisissable. Elle n'a donc aucune valeur patrimoniale pour son créancier.

Il n'en va pas de même pour un capital renté car lui a une valeur patrimoniale.

En effet, il est parfaitement cessible et totalement saisissable.

L'instruction fiscale BOI-PAT-ISF-30-20-10-20120912 du 12 septembre 2012 reprend la jurisprudence de la Cour de cassation en précisant que « *la prestation compensatoire versée en cas de divorce sous forme de rente viagère est privée de valeur patrimoniale. Sa valeur de capitalisation n'entre donc pas dans l'assiette du patrimoine taxable à l'impôt de solidarité sur la fortune du créancier.*

La faculté de déduction par le débirentier de la valeur de capitalisation de la prestation compensatoire qu'il verse sous la forme de rente n'est toutefois pas remise en cause ».

⁷ Cass. com. 19 avril 2005. Pourvoi n° 03-11 750 arrêt n° 665 FS+P+B, Juris data : 2005 - 028187, Defrénois 15 sept. 2005 page 1339 note Frédéric Douet. JCP. N.2005 n° 22 act 257)

B) Les plus-values

Deux questions se posent en matière d'imposition des plus values. L'une classique qui est de savoir jusqu'à quand la résidence commune des époux qui va être vendue à l'occasion du divorce peut être regardée comme la résidence principale et bénéficier de ce fait de l'exonération des plus values, l'autre nouvelle et plus complexe tient à la position de l'administration quant aux prestations compensatoires en capital payées en nature.

a) Vente de la résidence principale pendant l'instance.

L'administration admet pour les époux qui divorcent comme, depuis peu, pour les concubins et les partenaires qui se séparent, de considérer que le domicile qui fut commun peut bénéficier de l'exonération des plus values de cession de la résidence principale pendant les délais normaux de vente fixés à titre indicatif à un an au maximum (dans la majorité des cas). Le délai d'un an de mise en vente s'ajoute à la période pendant laquelle l'un des époux (partenaires ou concubins) a joui privativement du bien en question.

De sorte qu'en fait, et pourvu que l'ONC attribue la jouissance privative du bien à l'un des époux, la vente de ce bien entraîne l'exonération des plus values latente, à condition que la vente intervienne moins d'un an après que cet époux l'ait quitté pour le mettre en vente.

De fait, l'imposition des plus values est exceptionnelle.

(Voir sur ce point l'instruction BOI-RFPI-PVI-10-40-10-20120912 du 12 septembre 2012).

b) L'imposition des prestations compensatoires payées en nature.

Nous avons évoqué cette question.

Les biens reçus par partage de communauté ou d'indivision conjugale entre époux séparés de biens sont redevables du droit de 2,5 % nonobstant l'existence d'une soulte et même si le partage, par suite d'une prestation compensatoire, est inégal.

L'instruction fiscale BOI-RFPI-PVI-10-40-100-20120912 du 12 septembre 2012 prévoit que les plus-values éventuellement révélées par les partages avec soulte entre époux ayant acquis le bien partagé ou licite avant le mariage, alors qu'ils n'étaient que concubins ou partenaires, sont exonérées d'impôt de plus value puisque ces partages sont regardés comme déclaratifs.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ces partages interviennent entre époux. La bienveillance de l'administration joue aussi en cas de partage entre concubins et entre partenaires, même s'ils ne se sont jamais mariés.

Par conséquent, les biens attribués à chaque époux sont, par l'effet déclaratif du partage, réputés leur appartenir depuis leur acquisition et la durée de détention est décomptée depuis cette date, de même que le prix de revient.

La question est nettement plus délicate quant le bien abandonné est redevable de la taxe de 125 €. Si c'est une mutation à titre gratuit imposée au droit fixe, elle n'est pas soumise à la fiscalité des plus values.

Si c'est une mutation à titre onéreux, elle est soumise à l'impôt de plus value.
Si enfin c'est une opération intercalaire, elle est neutre comme le partage.
Or il est clair que ce n'est pas une opération de partage car il n'y pas d'indivision pour ce bien là.
Ce n'est pas une libéralité car il y manque l'intention libérale et de plus la loi civile l'exclut expressément.
L'article 281 du Code Civil dit que ces transferts et abandons participent du régime matrimonial.
Ce sont donc des transferts à titre onéreux qui ne sont pas des cessions (tout comme les avantages matrimoniaux qui eux aussi participent du régime matrimonial).
Nous pensons donc que l'impôt de plus value n'est pas dû et que la date de détention doit être celle de l'acquisition initiale par l'époux débiteur.

Mais l'administration ne le voit, hélas, pas ainsi.

En effet, l'instruction fiscale BOI-RFPI-PVI-10-30-20130211 du 11 février 2013 reprend dans son corps une réponse ministérielle du 29 août 2006 (RM Economie, n° 83591, JOAN 29 08 2006 p. 9083) qui prévoit que l'attribution d'un bien propre (ou personnel) à titre de prestation compensatoire, doit être regardée conformément à l'article 281 du Code civil comme une cession à titre onéreux, laquelle constitue le fait générateur de la plus value immobilière... Il s'en suit que la plus value immobilière réalisée lors de la cession ultérieure du bien reçu par l'attributaire est déterminée en retenant la valeur vénale du bien au jour de l'attribution. Le point de départ à retenir pour le calcul de l'abattement pour durée de détention est la date de l'attribution de ce bien au cédant.

Cette doctrine est doublement navrante.

D'abord au plan juridique, elle assimile l'abandon sans contrepartie à une cession, ce qui est éminemment discutable.

La cession implique un prix ou une contrepartie. Ici il n'y a rien de tel. L'impôt de plus value frappe un enrichissement et non un appauvrissement !

La meilleure preuve, c'est qu'en cas de cession de valeurs mobilières, il eut été plus difficile à l'administration d'écrire une pareille énormité : pour ce qui est des plus values mobilières (articles 150 OA et suivants), l'impôt ne peut frapper qu'un "gain net" !

Ce n'est pas parce qu'en matière immobilière le texte (article 150 UA) parle de "plus values réalisées lors de cessions à titre onéreux..." qu'il faut, par une douteuse analogie entre abandon et cession⁸, traiter la plus value comme un gain alors qu'il n'en existe aucun !

Ensuite au plan de l'efficacité des lois, elle condamne presque irrémédiablement le paiement de prestations compensatoires en nature car quel juge prendra le risque d'ordonner une telle dépossession si elle se traduit pour le débiteur de la prestation compensatoire par un impôt qui peut être important ?

Je rappelle en effet que le juge peut exproprier un époux d'un bien personnel ou propre, à moins qu'il ne s'agisse d'un bien reçu par succession ou par donation, et dans ce cas que

⁸ Cornu "dictionnaire juridique" v° Abandon : acte juridique par lequel un propriétaire d'un bien renonce sur ce bien à son droit de propriété au profit d'une personne déterminée... afin de s'affranchir d'une charge. On voit bien que l'abandon n'est ni une cession ni une libéralité.

l'attribution au conjoint soit envisagée en propriété : l'attribution en usufruit est libre (article 274 2°).

C) La TVA

La TVA est une taxe sur les mutations à titre onéreux. On pourrait imaginer qu'elle soit due sur une prestation compensatoire acquittée en nature avec un bien qui serait dans le champ de la TVA. Les seuls biens qui sont concernés sont les immeubles achevés depuis moins de cinq ans et qui n'ont fait l'objet d'aucune autre mutation depuis leur achèvement.

Si l'administration considère que la prestation compensatoire en nature redevable de la taxe de 125 € est une mutation à titre onéreux, elle serait en droit de réclamer la taxe au débiteur de la prestation compensatoire, ce qui serait excessivement fâcheux.

D) Les donations et avantages matrimoniaux dans le divorce

Les donations entre époux sont dorénavant irrévocables quant elles ont pour objet des biens présents.

Ne profiteront de cette irrévocabilité que les donations consenties après le 1^{er} janvier 2005.

Si malgré tout les époux entendent les révoquer à l'occasion du divorce, ils ont la possibilité de le faire en qualifiant la révocation de prestation compensatoire. Il n'en coûtera que 125 €.

Mais il y a des cas où la révocation à titre de prestation compensatoire est inconcevable. Ce sera en effet le cas quand l'épouse qui devrait restituer un bien serait dans la position de recevoir une prestation compensatoire.

On peut, en revanche, imaginer qu'une femme consente à restituer un bien (des actions de société par exemple) à son mari en contrepartie d'une prestation compensatoire plus importante.

Il serait absurde de révoquer la donation car cela serait considéré comme une donation en sens inverse (ce ne serait avantageux que si les titres restitués ne valent pas trop chers et si les droits de donation sont faibles, car outre que la mutation ne serait pas lourdement taxée, elle aurait le mérite de gommer les plus values latentes).

On pourrait envisager plutôt une cession moyennant un prix et en outre une prestation compensatoire en numéraire ou au moyen d'un autre bien. On pourrait aussi envisager un échange... mais encore faut-il qu'un second bien ne soit pas trop porteur de plus values imposables...

E) Les prestations compensatoires négatives

Quand c'est l'époux qui, en raison de sa situation de fortune, devrait être redevable d'une prestation compensatoire qui se charge en outre du passif, il n'y a aucun inconvénient à

ce qu'il se charge en outre de ces dettes dont il n'est pas redevable. Cela peut aisément être qualifié de complément de prestation compensatoire.

En revanche c'est parfois (et plus souvent qu'on ne croit) le contraire qui arrive : l'épouse ou l'époux accepte une charge alors qu'il serait en droit de prétendre à une prestation compensatoire.

Tant que cette charge ne fait que diminuer l'éventuelle prestation compensatoire, il n'y a pas trop de problème car il n'y a pas de barème des prestations compensatoires.

Mais si le passif excède la prestation compensatoire ou bien s'il n'y a pas de prestation compensatoire, alors comment expliquer cette espèce de prestation compensatoire négative ? Comment expliquer que ce soit l'époux qui devrait y prétendre qui, de fait, en acquitte une ?

Les règles d'attribution de la prestation compensatoire sont-elles d'ordre public ? Il semble bien que oui. En effet, les articles 270 et suivants du Code Civil s'appliquent à tous les cas de divorce. Simplement l'article 278 ouvre la faculté aux parties, dans le divorce par consentement mutuel, de lui donner des modalités différentes de celles prévues par les articles précédents. En d'autres termes, il ne saurait y avoir prestation compensatoire quand les conditions de son attribution ne sont pas réunies. S'il existait quand même une prestation, elle ne serait plus compensatoire, ce serait autre chose, peut être une libéralité avec toutes les conséquences tant civiles que fiscales de cette qualification (à moins, à la rigueur, qu'on puisse la qualifier de donation rémunératoire), peut être des dommages intérêts. Mais qui dit dommages intérêts dit préjudice donc faute. Or le divorce par consentement mutuel est, en principe, un divorce sans faute exprimée. Est-il possible, pour causer ces dommages intérêts, d'énoncer la faute ou de dire qu'il y en eu une mais qu'on se dispense de la décrire ? Il est très probablement possible de causer l'allocation de dommages intérêts par une faute puisque la loi ne l'interdit pas expressément (il n'y a que dans les divorces pour fautes que l'énoncé des griefs ne doit pas figurer dans la requête initiale, article 251 du Code Civil). En revanche il ne nous paraît pas possible de dire qu'il y a eu une faute sans l'énoncer car l'administration fiscale serait en droit de considérer cette assertion comme fantaisiste et seulement causée par l'intention de se soustraire à l'impôt de donation.

Enfin, il faut signaler que l'allocation de dommages intérêts (prestation compensatoire négative), si elle prend la forme d'un partage inégal ou d'un abandon de biens, peut ouvrir à la fiscalité des donations en paiement.

F) La transmission active et passive de la prestation compensatoire

a) Le capital et le capital renté.

Le décès du débiteur

Le débiteur doit s'acquitter d'une dette dont le montant a été définitivement fixé par le jugement de divorce. S'il décède, ce qui reste dû est un passif de sa succession (c'est clairement ce qui résulte de l'article 280 du Code Civil qui décide que la prestation compensatoire est prélevée sur la succession).

Cette règle civile a son pendant fiscal : l'administration (instruction fiscale BOI-IR-RICI-160-20-20120912 du 12 septembre 2012) convient de faire figurer le montant des sommes restant à payer au passif de la succession. Si le défunt était débiteur d'une rente, la valeur en capital de celle-ci (fixée par application du barème du décret d'octobre 2004) est déduite de l'actif taxable (article 768 du CGI).

Dans la mesure où les sommes dues vont figurer au passif de la succession et où il est possible sinon probable qu'elles vont être payées à la créancière sous forme d'abandon de biens en nature, l'administration, qui pense décidément à tout, rappelle (en tant que de besoin !) que la dation en paiement peut ouvrir droit à l'exigibilité de droits de mutation à titre onéreux. On ajoutera alors que si ces biens sont pris sur la succession, il n'y aura pas d'impôt de plus value à acquitter puisque ces biens auront été transmis par le décès et imposés aux droits de mutation à titre gratuit, ce qui exclut a priori toute plus value taxable. Il n'en irait pas de même en cas de dation en paiement de biens appartenant en propre aux héritiers.

Enfin l'administration estime que le paiement immédiat des sommes restant dues par prélèvement sur l'actif successoral ne s'apparente pas à une conversion et que, par conséquent, les héritiers n'auront droit à aucune réduction d'impôt au titre de l'article 199 octodécies... Ils n'auront pas davantage droit à la déduction de cette somme de leur revenu global (instruction fiscale BOI-IR-RICI-160-20-20120912 du 12 septembre 2012).

En revanche si, comme ils en ont la faculté, les héritiers décident de continuer le paiement des échéances du capital rente ou de la rente viagère qui incombaient au défunt, celui ou ceux qui supporteront effectivement ces paiements pourront les déduire de leurs revenus globaux. En contrepartie la créancière continuera de faire figurer ces sommes en revenus...

Le décès du créancier

Si c'est le créancier qui décède, ce qu'il lui restait à percevoir est un actif de sa succession. La Code Civil est muet sur ce point. Il autorise les parties à convenir que la rente (temporaire) cessera d'être due en cas de décès du créancier, mais ce n'est pas obligatoire (article 278 du Code Civil).

Mais si les parties au divorce n'ont rien prévu, il nous semble que le décès du créancier ne décharge pas le débiteur.

Il reste que celui-ci pourra toujours demander au juge, sur le fondement de l'article 276-3, de supprimer la rente car il y a bien eu un *changement important* dans les besoins du créancier... puisqu'il est mort. Etant donné que l'article 276-3 n'impose pas du tout de recourir au juge, il nous paraît possible que cet effacement soit convenu entre le débiteur et les héritiers du créancier. On imagine que ce sera difficile en cas de remariage du créancier (qui n'aurait pas eu d'enfant de son premier conjoint).

Quoiqu'il en soit cet actif, s'il existe, sera taxable pour sa valeur. Si la rente est maintenue, elle sera en outre taxée à l'impôt sur le revenu entre les mains de l'héritier (ou du légataire) du créancier. L'administration ne traite pas de ce sujet.

b) La rente viagère

Ici il est évident que la rente cesserait d'être due en cas de décès du créancier puisqu'il s'agirait d'une rente viagère.

En revanche en cas de décès du débiteur, la valeur de la rente est un passif de la succession de celui-ci (cf. supra).

c) La volonté des parties

1) *Au moment du divorce :*

Au moment du divorce, tout est possible dans le divorce par consentement mutuel. Il est donc parfaitement possible de convenir que toute dette cessera d'être due en cas de décès du créancier, de même que toute créance cessera d'être due en cas de décès du débiteur.

En revanche dans un divorce contentieux, le juge ne peut pas prévoir une telle disparition de la créance du défunt ni de la dette du débiteur. L'article 280 s'y oppose implicitement mais nécessairement.

2) *Ultérieurement au divorce mais avant le décès de l'une des parties*

Le fait pour les époux de convenir (cela ne pourrait procéder que d'une convention) que la prestation compensatoire cessera d'être due en cas de décès de l'un ou de l'autre des époux constitue de la part du créancier une sorte de remise de dette éventuelle (en cas de décès de sa part) et une renonciation à poursuivre les héritiers du débiteur au cas où celui-ci décèderait en premier.

Il ne semble pas qu'il s'agisse de pactes sur succession future, même dans le second cas.

La remise de dette constitue une donation indirecte, certes, mais son caractère éventuel fait qu'elle ne serait pas taxable au moment de l'accord des époux.

En revanche la taxation pourrait vraisemblablement être exigée au moment du décès du débiteur. En effet, ses héritiers profiteraient de cette convention dans la mesure où la succession ne serait pas amputée du solde de la prestation compensatoire. En cas de décès du créancier, la succession de celui-ci serait moins importante que prévue et l'enrichissement corrélatif du débiteur pourrait être taxé aux droits de mutation à titre gratuit.

3) *Après le décès de l'une des parties*

La convention serait passée entre les héritiers du défunt et le survivant.

Le décès du créancier.

Le créancier du capital ou du capital renté (par hypothèse l'épouse) décède en laissant à l'actif de sa succession une créance que le jugement de divorce n'a pas prévu d'éteindre dans ce cas. Ses héritiers renoncent à exiger cette créance du débiteur. Il s'agit, à n'en pas douter, d'une acceptation suivie d'une remise de dette. L'opération est lourdement taxable car les héritiers du créancier vont devoir subir les droits de succession sur le reliquat de prestation compensatoire restant à payer. Puis le débiteur devra payer les

droits de mutation à titre gratuit sur la même somme (si toutefois, compte tenu de son importance et du lien de parenté avec les enfants du créancier, des droits sont dus).

Le décès du débiteur.

Normalement on doit trouver dans sa succession la dette du reliquat de prestation compensatoire. Si le créancier en fait la remise, cela va constituer un actif taxable entre les mains des héritiers du débiteur car la loi traite ce reliquat comme une dette de la succession. Sa disparition augmente donc l'actif. On pourrait aussi, ce qui serait sans doute plus avantageux, déduire ce reliquat de la succession du défunt puis faire consentir une remise de dette à titre gratuit par la créancière à ses enfants (ce sera le plus souvent plus avantageux pour eux s'ils sont bien les enfants de la créancière).

G) Les non résidents

Il est parfaitement possible que des non résidents divorcent en France. Il suffit en effet qu'ils soient tous deux de nationalité française par exemple (article 310 alinéa 2 du Code Civil).

Dans ce cas, c'est la loi civile française qui s'applique.

C'est aussi, pour autant qu'une convention fiscale ne s'applique pas, la loi fiscale française.

Pour ce qui est des revenus, il est clair que si les deux époux ne sont pas résidents en France, ce n'est pas la loi française qui s'appliquera.

En revanche si un des époux réside en France, il aura droit à tous les avantages (déductibilité, réduction d'impôt) s'il est le débiteur, et à tous les inconvénients s'il est le créancier (le tout sous réserve de l'application des conventions fiscales éventuelles).

Pour ce qui est des droits d'enregistrement :

Le droit de partage est un droit d'acte perçu sur tous les actifs compris dans le partage, même si certains biens sont situés à l'étranger.

Quant à la taxe de 125 €, elle est assez faible pour que l'on ne s'en inquiète pas (lorsque les droits de donation étaient dus, la question était nettement plus délicate).

Les informations contenues dans cette brochure, sont fournies à titre indicatif et ne peuvent être exploitées et/ou mises en œuvre par le lecteur sans consultation préalable d'un conseil pour en apprécier la pertinence et l'adaptation à sa situation personnelle.

N'hésitez pas à vous rapprocher de Juris Défi, pour toute information complémentaire.

