



Comment optimiser le coût fiscal du divorce

Parfois, dans un couple, « La belle histoire » devient « Si c'était à refaire » puis « Tout ça pour ça »... Alors arrive le divorce et, avec lui, l'heure de faire les comptes et là c'est plutôt... « A nous deux » ! A côté de ces calculs entre époux, qui sont loin d'être aussi romantiques que ces films de Claude Lelouch, existe un autre aspect financier non négligeable, souvent ignoré ou, au contraire, surestimé : le coût fiscal du divorce.

Brigitte Roman, docteur en droit, notaire, étude Michelez Paris

Toute personne qui divorce entendra de la part de ses amis l'un de ces deux discours : « Cela m'a coûté une fortune, il/elle m'a presque tout pris et tout ce qu'il a été nécessaire d'acquitter pour les (fameux) frais de notaires a fait le reste ». Ou, plus rarement : « Va voir mon avocat et mon notaire, ils se sont tellement bien débrouillés que cela ne m'a presque rien coûté ». Si ce n'est pas totalement vrai, ce n'est pas nécessairement faux pour autant !



Selon l'administration fiscale, même si le bien ne constitue plus la résidence principale de l'ex-conjoint lors de la vente, ce dernier bénéficie de l'exonération de plus-value



Le fait pour des époux de se répartir en amont leurs avoirs est totalement dépourvu d'effet

En effet, si certains droits et frais sont incontournables, même si l'on peut parfois lire le contraire, le coût fiscal d'un divorce peut être sensiblement optimisé. Pour autant, il convient de ne pas négliger certains points qui, pour être discrets, n'en sont pas moins présents et doivent être pris en compte.

Le redoutable droit de partage

Tous les régimes matrimoniaux ne sont pas en pratique assujettis aux mêmes règles en matière de droit d'enregistre-

ment. C'est ce que constatent avec amertume les époux mariés en communauté lorsqu'ils découvrent qu'un compte bancaire au seul nom de l'un d'eux sera assujéti au coûteux droit de partage (au taux de 2,5 % en l'état actuel en attendant le passage prévu au 1er janvier 2021 à 1,8 %, puis 1,10 % au 1er janvier 2022).

En effet, la nature du régime matrimonial influe sur son champ d'application. En séparation de biens, seuls sont assujettis au droit de partage les actifs indivis, c'est-à-dire les biens achetés ensemble (donc, notamment, pas les comptes au nom d'un seul époux et pas les parts d'une SCI, même si chacun des époux est associé de celle-ci car chaque époux est seul titulaire de ses parts, qui se trouvent donc être totalement « divisées »). A l'inverse, en communauté, tout ce qui est commun

doit être partagé, à l'exclusion donc des biens propres des époux (acquis avant le mariage ou reçus en cours d'union par succession ou donation). Or, en communauté, un bien acquis en cours d'union (sauf avec des fonds propres) est par essence un bien commun tout comme un compte bancaire alimenté de fonds (non propres) perçus en cours d'union, même si un seul des deux époux en est titulaire. Dès lors, il doit être partagé et donc supporter le droit de partage.

Le partage verbal, la solution ?

La note fiscale devient rapidement très lourde et c'est là que surgit la tentation du « partage verbal ». En effet, le droit de partage est fiscalement qualifié de « droit d'acte ». Il n'est dû qu'en présence d'un acte, notarié ou pas... Pas d'acte, pas de droit

de partage. La formule magique semble donc trouvée ! Si les époux se partagent en dehors de tout acte les avoirs, mais aussi le prix de vente d'un bien immobilier commun vendu avant le divorce, à défaut d'acte le droit de partage n'est pas exigible. Il est vrai que le Bofip lui-même admet l'existence du partage verbal et qu'une réponse ministérielle récente (réponse ministérielle n°10159, JOAN 1^{er} septembre 2020, p. 575) vient d'énoncer que « le partage verbal entre époux du produit de la vente d'un immeuble commun qui intervient avant un divorce par consentement mutuel tel qu'issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle n'est pas soumis au droit de partage ».

Pourtant, cette possibilité fiscale se heurte à une impossibilité pratique liée aux règles civiles des régimes matrimoniaux. En effet, il ne peut être procédé au partage, même partiel, de la communauté avant la dissolution de celle-ci. Par conséquent, le fait pour des époux de se répartir en amont directement leurs avoirs bancaires et autre prix de

vente d'un bien immobilier est totalement dépourvu d'effet. Peu importe le titulaire, les biens sont restés dans la communauté et seront donc à partager au moment du divorce soit dans un acte notarié (si dans la consistance de la communauté il figure encore un ou plusieurs biens immobiliers), soit dans la convention de divorce (s'il n'y a pas ou plus de bien immobilier), mais dans tous les cas aux termes d'un acte, qui suscite donc le droit de partage.

La situation est rendue encore plus complexe par le fait que la règle (on hésite à utiliser ce terme tant la confusion règne) est radicalement différente en matière de séparation de biens.

Par principe, pourtant, les règles qui gouvernent l'application du droit de partage sont les mêmes. Néanmoins, se référant à une réponse ministérielle déjà ancienne, le Bofip énonce que, dans le cadre d'une vente d'un bien indivis (entre époux séparés de biens donc), « par mesure de tempérament » selon la formule même de l'administration fiscale, le droit de partage ne sera pas exigé si l'acte de vente – qui

est pourtant bien un acte donc relevant par essence... du droit de partage – contient une clause de... partage du prix entre les indivisaires, à hauteur de leurs droits respectifs, quand bien même une convention ou un jugement de divorce en ferait ultérieurement état.



On ne peut que déconseiller la mise en location du bien « le temps de voir »

C'est une bonne chose pour les époux séparés de biens même si cette solution n'a pas de fondement en droit. Cette tolérance n'est d'ailleurs envisageable qu'en cas de partage conforme aux quotités de propriété du bien vendu : une répartition entre les époux effectuée sur des montants différents, notamment fondée sur l'existence d'une prestation compensatoire ou d'une créance entre époux ne peut donc être effectuée par ce biais. Ces éventuels flux financiers entre les époux doivent donc être opérés à côté de la vente.

Le droit de partage est devenu l'illustration même de l'oxymore et il faut bien reconnaître que dans l'obscurité dont il se trouve en l'état actuel entouré, on cherche désespérément à s'y retrouver. Une chose est néanmoins sûre : pour les époux mariés sous un régime de communauté, quels que soient les accords passés antérieurement par les époux avant la dissolution, le droit de partage sera dû.

À côté du droit de partage et des méandres de sa complexité, il convient de ne pas ignorer certains risques, qui ne se situent pas nécessairement là où on pourrait le croire.

Un danger qui n'en est pas un !

Bien souvent, lors du divorce, la question du sort de la résidence principale (vente à un tiers, reprise par un des époux) n'est pas encore aboutie, notamment pour des raisons familiales : scolarité des enfants, situation professionnelle et écono- >>>

Et la prestation compensatoire ?

Une fois qu'elle a été quantifiée – ce qui n'est pas chose aisée – par le juge ou dans le cadre d'un divorce conventionnel par les parties, la prestation compensatoire sera soumise, selon sa nature, à une fiscalité différenciée. Pour que l'équilibre de l'accord soit total, il faut que la réflexion autour de cette fiscalité et de ses conséquences pratiques ait été anticipée dans le cadre de la négociation du divorce.

La fiscalité de la prestation compensatoire concerne deux points :

1. Le plus connu, l'impôt sur le revenu

Une prestation compensatoire versée en capital sous forme de sommes d'argent dans les douze mois du divorce n'est pas assujettie à l'impôt sur le revenu pour celui qui la perçoit, et permet à l'époux débiteur de bénéficier d'une réduction d'impôts égale à 25 % de la prestation, dans la limite de 30 500 €. Si elle est versée au-delà de ce délai, elle sera soumise au même régime qu'une pension alimentaire (imposition pour le créancier et déduction pour le débiteur).

2. Les plus méconnus, le droit d'enregistrement et la plus-value

Si le paiement de la prestation compensatoire se fait en capital, mais par attribution d'un bien commun ou indivis, le droit de partage de 2,5 % sera applicable. Si la prestation est acquittée au moyen d'un bien propre ou personnel du débiteur, celle-ci sera assujettie au droit d'enregistrement de 125 €, mais aussi, pour un bien immobilier, à la taxe de publicité foncière (0,715 %) ... sans oublier dans cette hypothèse, et contrairement à ce qu'il en est en matière de bien commun ou indivis (sans qu'on comprenne là encore la cause de la différence), la taxation au titre de la plus-value immobilière ou mobilière, selon la nature des biens... Encore un dernier loup à lever avec les conseils des professionnels !

» mique des époux floue ou susceptible d'évolutions, incertitude quant aux souhaits respectifs... Dans ce type de situation, il est important d'appuyer sur la touche « pause » et de laisser pour une durée déterminée (ne pouvant selon la loi excéder cinq ans, sauf à être renouvelée) le bien en indivision en fixant les règles de celle-ci dans le cadre d'une convention d'indivision.

Les époux ont fréquemment à l'esprit ce qui leur apparaît comme un risque d'importance : la plus-value qui serait à acquitter par celui n'occupant plus les lieux. Pour y échapper, certains sont prêts à se lancer dans une périlleuse cohabitation ou des calculs à rebours des plus incertains pour intégrer indirectement, et contrairement aux règles en la matière, la fiscalité latente dans l'accord global. Il n'y a pourtant aucun danger car la plupart du temps, l'un des deux va continuer d'occuper le bien. Le Bofip prévoit expressément que même si le bien ne constitue plus la résidence principale du cédant lors de la vente, ce dernier bénéficie de l'exonération de plus-value et ce sans condition de délai entre la date de séparation et la vente.

Tout est simple donc dès lors qu'un des deux reste sur place jusqu'à la vente. En revanche, on ne peut que déconseiller la mise en location du bien « le temps de voir » car l'administration fiscale exige pour que l'exonération de plus-value soit applicable que l'un des époux (ou ex-époux) ait occupé le bien jusqu'à la mise en vente. Celle-ci doit en outre intervenir dans un délai normal (soit un an au maximum, selon les règles fiscales).

Attention aux faux amis !

❶ Prenez garde aux conséquences de l'indemnité d'occupation sur l'impôt sur le revenu !

Dans la plupart des cas, lorsque la résidence principale (ou tout autre bien immobilier d'ailleurs) demeure en indivision entre les ex-époux, l'un d'entre eux l'occupe. Or, pour être entre ex-époux, cette indivision n'en est pas moins assujettie aux règles en la matière et l'indivisaire qui jouit privativement du bien indivis a vocation à indemniser l'indivision.

De convention entre les ex-époux, deux situations sont susceptibles de se rencontrer :

● soit l'occupant verse une indemnité d'occupation (calculée de manière usuelle sur la valeur locative décotée de 20 %) à l'indi-



vision, c'est-à-dire concrètement qu'il verse à son ex-conjoint une indemnité pour la quote-part dont ce dernier est propriétaire. Dans ce cas, le créancier de l'indemnité d'occupation doit intégrer celle-ci dans ses revenus taxables.



Les époux ne doivent pas oublier que la date d'effet acte la séparation des patrimoines

● soit l'occupant ne verse aucune indemnité d'occupation (ce qui bien souvent dans le cadre de l'accord global est considéré comme le paiement de tout ou partie de la prestation compensatoire). L'opération n'est pas pour autant neutre comme ont tendance à le croire les époux. L'occupant doit en effet déclarer dans ses revenus le gain dont il bénéficie, calculé de manière identique à la situation où une indemnité d'occupation est versée.

❷ Prenez garde aussi à la date d'effet effective du divorce.

Essentielle pour la procédure et pour acter concrètement le divorce, la date de cette séparation (du jugement, donc dans le cadre d'un divorce judiciaire et du dépôt

de la convention de divorce au rang des minutes du notaire dans le cadre d'un divorce extra-judiciaire) n'est pourtant pas la plus importante pour l'aspect patrimonial.

La date cardinale en la matière est la date d'effet, c'est-à-dire la date à laquelle dans les rapports entre époux le divorce produit effet en ce qui concerne les biens. De manière générale, dans le cadre d'un divorce judiciaire, cette date est celle de l'ordonnance de non-conciliation (la date de demande en divorce à partir du 1er janvier 2021, avec l'entrée en vigueur de la réforme de la justice issue de la loi 2019-222) et dans le cadre d'un divorce extra-conventionnel celle de l'acte de dépôt, sauf à ce que conventionnellement les époux retiennent une date antérieure.

Dans la plupart des cas est retenue la date de séparation de fait des époux. Cela permet à chacun d'eux de devenir seul maître de son patrimoine à partir de cette date et s'inscrit dans la cohérence de la fin effective du couple. Pour autant, les époux ne doivent pas oublier que la date d'effet acte la séparation des patrimoines et qu'à partir de cette date ils doivent faire des déclarations d'impôt sur le revenu séparées. Le gain ne pourra être double : maîtrise exclusive de son patrimoine pour chacun et maintien d'une imposition commune, souvent plus avantageuse. De manière symétrique, lorsque les époux seront restés longtemps dans une « zone grise » avant d'entamer la procédure de divorce, il ne pourra être retenu comme date d'effet une date à laquelle les époux déclaraient ensemble leurs revenus. ■