

PANORAMA FISCAL ET CIVIL DU PARTAGE VERBAL PRÉALABLE AU DIVORCE

Les règles du divorce ne permettent pas, sans risque et en dépit d'une réponse fiscale favorable, le partage verbal du prix de vente d'un immeuble.

Au regard d'une pression fiscale accrue, notamment sur les partages intervenant dans la liquidation des régimes matrimoniaux dont l'imposition a été substantiellement augmentée depuis le 1^{er} janvier 2012, une pratique consistant pour des époux à vendre leur bien immobilier et à se répartir amiablement le prix sans mentionner cette opération dans la convention de divorce par consentement mutuel s'est développée afin d'échapper à la fiscalité.

La question de la licéité fiscale de ce partage s'est donc posée et a été soumise le 13 novembre 2012 par un député au ministre de l'Économie et des Finances.

Il a été répondu qu'« en l'absence d'acte, un partage verbal n'est pas soumis au droit de partage. Par suite, le partage verbal entre époux du produit de la vente d'un immeuble commun qui intervient avant un divorce par consentement mutuel n'est pas soumis au droit de partage » (1).

Si sur le plan fiscal cette opération semble licite, des interrogations demeurent concernant sa validité et ses conséquences sur le plan civil.

I. En droit fiscal : une solution attrayante de portée incertaine

A. Une solution attrayante

Le ministre rappelle que tout acte de partage doit faire l'objet d'un enregistrement dans un délai d'un mois (2) et que le droit de partage (3) n'est exigible que si quatre conditions cumulatives sont réunies : existence d'un acte, d'une véritable opération de partage, d'une indivision et de sa justification (4).

Il en déduit qu'en cas de partage verbal, à défaut d'acte, ce droit n'est pas dû. Plus intéressant, il indique qu'en conséquence le partage verbal du prix de vente du bien immobilier appartenant à des époux mariés sous le régime légal qui a lieu avant un divorce par consentement mutuel y échappe.

Bien que la réponse ministérielle ne le précise pas, rien ne permet de penser que cette solution n'est pas applicable à des époux mariés sous le régime de la séparation de biens qui se répartiraient verbalement le produit de la vente d'un immeuble indivis, partage de l'indivision à laquelle le ministre fait d'ailleurs référence mais uniquement en citant les règles de l'article 835 du Code civil.

C'était déjà le sens de la réponse ministérielle du 18 mai 1960 publiée au Bulletin Officiel des Finances Publiques - Impôts (5).

S'ils procèdent à un partage verbal, les époux doivent toutefois être vigilants car toute déclaration dans un acte faisant état d'un partage intervenu antérieurement au divorce entraînera un redressement, l'acte étant considéré comme le titre de la convention verbale (6).

Le partage verbal n'est pas non plus sans risque à l'égard des tiers : à défaut d'acte, les formalités de publicité foncière (7) ne pourront être accomplies et, bien que cela ne rende pas le partage nul ou inopposable aux tiers (8), toute personne intéressée ayant publié son propre droit qui prouverait que le défaut de publication lui aurait causé un préjudice pourrait réclamer aux époux des dommages et intérêts (9).

B. Une portée incertaine

Une réponse ministérielle publiée au Journal officiel n'a aucune valeur normative et ne lie pas le juge (10). Elle fait partie de la doctrine administrative et constitue une source d'interprétation formelle de la loi fiscale dont les contribuables peuvent se prévaloir à l'égard de l'Administration en vertu de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales (11).

Mais l'instruction n° 13 A-2-12 du 7 septembre 2012 est venue préciser qu'à compter du 12 septembre 2012 seuls les commentaires publiés dans la base « Bofip - impôts » sont opposables à l'administration fiscale, ce qu'a récemment confirmé le Conseil d'État à propos d'une instruction antérieure non reprise dans cette base (12).

(1) Rép. min. Valter, JOAN 22 janv. 2013, p. 825, question n° 9548.

(2) CGI, art. 635, 1-7°.

(3) CGI, art. 746 et 748.

(4) BOI-ENR-PTG-10-10-20130301.

(5) BOI-ENR-PTG-10-10-20130128, n° 65.

(6) BOI-ENR-PTG-10-10-20130301 n° 90 : exemple d'une attestation notariée faisant état du partage.

(7) D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, 4° e).

(8) Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1967 : Bull. civ. I, n° 17 - Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1981, n° 79-15038 - Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 1981, n° 79-14044.

(9) D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 30, al. 4.

(10) Rép. min. Mathieu, JO Sénat, 28 août 1997, p. 2198, question n° 00441.

(11) BOI-SJ-RES-10-10-10-20120912, n° 200 : sous réserve qu'elles se rapportent à la détermination de la base imposable ou de l'assiette de l'impôt et qu'elles émanent de l'autorité compétente.

(12) CE, 27 févr. 2013, n° 357537.

Concernant le contenu de la réponse ministérielle du 22 janvier 2013, les règles générales d'exigibilité du droit de partage énoncées figurent d'ores et déjà dans cette base de documentation (13) et sont donc opposables à l'Administration.

En revanche, l'importante précision apportée concernant la licéité fiscale du partage verbal intervenant avant un divorce par consentement mutuel n'y a pas encore été intégrée. Il n'est donc pas certain que cette solution soit opposable à l'administration fiscale.

II. En droit civil : l'ombre d'une validité très incertaine

A. Validité du partage verbal

1. Au regard du droit commun

En droit commun, une convention de partage verbal est valable en la forme dès lors qu'en dehors des cas prévus par la loi, un écrit n'est pas requis *ad validitatem* et ne fait pas partie de l'une des conditions visées à l'article 1108 du Code civil qui constitueraient d'éventuels motifs de nullité.

2. Validité du partage verbal entre époux séparés de biens en dehors du divorce

Il a été reconnu aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens le droit de procéder au partage de leurs biens indivis, en application de l'article 815, alinéa 1 du Code civil, à tout moment et sans attendre la dissolution du mariage (14).

Toutefois, en cas de divorce par consentement mutuel, la jurisprudence considère que, quel que soit le régime matrimonial des époux, les conventions intéressant le règlement des effets du divorce doivent, pour être valables, être soumises à l'homologation du juge (15).

Dès lors, et à défaut d'homologation, des époux séparés de biens qui décident de procéder au partage verbal du prix de vente de l'immeuble indivis en vue de divorcer par consentement mutuel prennent le risque que l'un d'eux soulève la nullité du partage.

Pour y échapper, l'autre époux pourrait démontrer que le partage verbal ne s'inscrivait pas dans le cadre du divorce et viser l'arrêt du 24 octobre 2012 de la Cour de cassation jugeant que la forme notariée prévue en cas de partage d'un bien indivis soumis à publicité foncière (16) n'est pas requise *ad validitatem*, reconnaissant ainsi

la validité d'un partage sous seing privé et implicitement celle d'un partage verbal (17).

Le partage verbal du prix de vente d'un bien immobilier intervenant entre des époux séparés de biens semble donc être valable, uniquement s'il n'intervient pas en prévision d'un divorce par consentement mutuel.

3. Nullité du partage verbal entre époux communs en biens

Si les époux sont mariés sous le régime légal, la jurisprudence considère qu'en vertu du principe de l'immutabilité du régime matrimonial, les conventions de liquidation anticipée de communauté conclues en dehors d'une instance en divorce sont prohibées et frappées de nullité absolue tant que la communauté n'est pas dissoute (18).

Ainsi, toute convention portant sur la liquidation du régime matrimonial, telle qu'une convention de partage verbal du prix de vente de l'immeuble commun, est nulle à défaut d'homologation (19).

4. Nullité du partage verbal après l'introduction d'une instance en divorce

Quels que soient le régime matrimonial et le cas de divorce envisagé, une fois l'instance en divorce introduite, il ressort de l'article 265-2 du Code civil que « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial » mais que « lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié ».

Si les époux décident de divorcer par consentement mutuel après avoir introduit une instance en divorce sur un autre fondement, l'article 1091 du Code de procédure civile précise, dans la continuité de l'article 265-2 du Code civil, que lorsque la liquidation porte sur un bien immobilier, un état liquidatif doit être établi en la forme authentique.

De plus, et comme il a déjà été dit, en cas de divorce par consentement mutuel, les conventions des parties qui portent règlement des effets du divorce ne sont valables que si elles sont soumises à homologation (20).

Après l'introduction d'une instance en divorce, il n'est donc pas licite de partager verbalement le prix de vente d'un immeuble puis de divorcer par consentement mutuel.

(13) BOI-ENR-PTG-10-10-20130301.

(14) Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2000, n° 98-22936.

(15) Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, n° 95-19692 – Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2007, n° 05-20039.

(16) C. civ., art. 835.

(17) Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n° 11-19855 : RLDC 2012, n° 99.

(18) Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1962 : Bull. civ. I, n° 273 – Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1982, n° 80-17149 – Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, n° 95-12956 – réaffirmé par Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 07-15945 pour des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts.

(19) Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, n° 95-19692 – Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2007, n° 05-20039.

(20) Op. cit.

B. Conséquences et risques du partage verbal

1. Avant l'homologation de la convention de divorce

Le prix de vente de l'immeuble, s'il figure sur les comptes bancaires des époux, continue d'être le gage des créanciers.

Il existe donc un risque d'appauvrissement du conjoint qui, le cas échéant, aura une influence sur la détermination et la négociation d'une éventuelle prestation compensatoire prévue dans la convention de divorce.

2. Au moment de l'homologation de la convention de divorce

L'article 1091 du Code de procédure civile impose que lorsque les époux divorcent par consentement mutuel et que la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, un état liquidatif soit établi par acte notarié et annexé à la convention de divorce.

Si les époux vendent leur bien immobilier et se partagent verbalement le prix de vente avant de divorcer, ils n'établiront pas d'état liquidatif par acte notarié, sauf s'ils possèdent d'autres biens immobiliers.

Pour des époux séparés de biens, les sommes perçues à l'issue du partage verbal qui n'ont pas été consommées ou réutilisées seront qualifiées de biens propres dans les déclarations sur l'honneur.

Le juge qui homologuera la convention de divorce ne pourra donc pas vérifier que chacun des époux a bien reçu la part lui revenant dans le partage.

Cette technique pourrait également être utilisée par des époux communs en biens mais s'apparenterait à une fraude si le produit de la

vente de l'immeuble est commun. En effet, les sommes communes devraient figurer dans un état liquidatif (21) et ainsi être soumises, malgré le partage verbal, au droit de partage auquel les époux ont tenté d'échapper.

3. Après l'homologation de la convention de divorce

Une fois le partage verbal effectué et la convention de divorce homologuée, l'un des époux pourrait invoquer qu'il n'a pas reçu la part qui devait lui revenir, même s'il lui sera difficile de prouver qu'il n'a pas consenti à un partage verbal inégal (22).

Il pourrait ainsi envisager une action en partage complémentaire (23), demander des dommages et intérêts en raison de la faute commise par son ex-conjoint lors de l'élaboration de la convention de divorce (24) ou invoquer un recel si la somme était commune (25).

La convention de divorce homologuée ne pourra toutefois pas faire l'objet d'une action en nullité pour vice du consentement (26), celui-ci ne pouvant être invoqué qu'au moment de l'audience devant le juge aux affaires familiales, et elle n'est pas rescindable pour lésion (27).

En conséquence, si le partage verbal du prix de vente d'un bien immobilier est techniquement une faculté fiscale attractive, la protection des époux recherchée par le juge du divorce le rend difficilement envisageable.

Guillaume BARBE
Avocat au barreau de Paris

(21) CPC, art. 1091.

(22) En l'absence d'écrit, la preuve du partage verbal se fera selon les règles du droit commun de la preuve.

(23) Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 : D. 1997, 164 – Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, n° 98-14678 – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-15168 – Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2005, n° 02-13745.

(24) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, préc. – Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2008, n° 06-22017.

(25) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, préc. – Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10526.

(26) Cass. 2^e civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840.

(27) Cass. 2^e civ., 6 mai 1987, n° 86-10107 – Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823 – Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n°s 08-12395 et 08-70214. Cette jurisprudence semble s'appliquer aux articles 889 à 892 du Code civil : en ce sens, C. Watine-Drouin, J.-Cl. Cas de divorce, fasc. 50, n° 103 ; E. Fortis, Dalloz, Rép. de droit civil, Divorce, n° 332.