

# Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

FAMILLE

## Incidences civiles et fiscales lors de la mise en œuvre d'une clause de préciput

Inf. 8

### LA QUESTION

Quelles sont, au regard de l'actualité jurisprudentielle, les conséquences civiles et fiscales de l'exercice d'un préciput ?

### LA RÉPONSE

L'examen de la jurisprudence récente montre que l'administration fiscale entend de plus en plus soumettre l'exercice du préciput à la fiscalité du partage. Pourtant, l'exercice de ce prélèvement ne saurait constituer une opération taxable sur le fondement des articles 746 du CGI ou 750 et suivants du CGI.

### Le contexte

1. Deux décisions récentes de juridictions de première instance illustrent le contentieux existant entre les contribuables et l'administration fiscale relativement à l'exercice du préciput. Elles démontrent que la qualification fiscale de ce prélèvement eu égard à la notion de partage ne semble pas si évidente.

Par une décision du 20 avril 2021, le tribunal judiciaire de Rennes retient que le préciput « fonctionne comme une clause d'attribution préférentielle » et implique le « transfert de propriété d'un bien qui ne composait



**Louis-Guillaume Lefèvre,**

notaire associé à Paris, Acteon Notaires



**Anne-Sophie Pham,**

collaboratrice au sein de l'office Acteon Notaires, doctorante (droit privé) Cnam de Paris

pas le patrimoine du bénéficiaire et qui ne lui est dévolu qu'en raison du décès ouvrant les opérations de partage» (*TJ Rennes 20-4-2021 n° 19/03432*). L'ouverture des opérations de partage semble ici justifier l'exigibilité de la taxation.

Dans un sens opposé, le tribunal judiciaire de Niort retient que la faculté de prélèvement s'exerce avant tout partage de telle sorte que les biens prélevés sont rétroactivement intégrés au patrimoine du

survivant des époux (*TJ Niort 1<sup>er</sup> civ. 24-1-2022 n° 20/01453 : SNH 17/22 inf. 5*). On peut lire aux termes de cette décision : « S'agissant

de l'existence d'une véritable opération de partage par des attributions privatives, le préciput a pour objet de permettre au conjoint survivant de prélever des biens communs avant tout partage, biens qui sont réputés lui avoir appartenu dès la dissolution de la communauté, et ce, sans que cette attribution ne s'impute sur ses droits dans le cadre d'un éventuel partage ultérieur. Les biens ainsi prélevés ne feront plus partie de la masse successorale à partager. L'exercice de la clause de préciput n'a donc qu'une fonction de prélèvement par le seul conjoint survivant et non d'allotissement entre plusieurs copartageants (...). Cette position semble plus conforme à la nature même du préciput, lequel s'oppose à l'existence d'une indivision entre le conjoint et les héritiers de l'époux décédé ainsi que nous le soulignerons. Dès lors, les biens prélevés ne peuvent faire partie de l'indivision successorale et le droit de partage ne saurait être exigible. Le tribunal judiciaire de Lille adopte d'ailleurs la même position (*TJ Lille 4-4-2022 n° 20/03477*).

Les décisions récentes relatives à ces clauses bien connues de la pratique notariale nous invitent à les (re)découvrir, en particulier s'agissant de leur implication civile et fiscale lors de leur mise en œuvre.

### Notion et intérêt civil de la clause de préciput

2. La clause de préciput ouvre au survivant des époux, ou à l'un d'eux s'il survit, la faculté de prélever avant tout partage et à titre gratuit, un ou plusieurs biens de communauté (*C. civ. art. 1515 à 1519*). Cet aménagement conventionnel du régime de communauté – pouvant également jouer en présence d'une société d'acquêts – offre une alternative aux libéralités entre époux susceptibles d'être limitées à la réserve héréditaire. Il confère à l'époux survivant une protection d'autant plus large que les biens recueillis par celui-ci par le jeu du préciput ne s'imputent pas sur ses droits héréditaires. Par ailleurs, l'avantage conféré par la clause de préciput, optionnelle et dont l'étendue peut être modulée, apporte également plus de souplesse dans son application que l'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant. Celle-ci, plus rigide, ne laisse à ce dernier aucune faculté d'arbitrage au jour de la dissolution du régime matrimonial. Cette souplesse maximale n'est toutefois offerte qu'en présence d'enfants communs à l'époux prédécédé et à son conjoint survivant. Dans le cas contraire, la souplesse permise par le préciput est en effet limitée par l'action en retranchement dont disposent les enfants non communs afin de voir leur réserve sauvegardée.

### Approche fiscale du préciput

3. La nature de prélèvement avant tout partage du préciput l'a traditionnellement tenu hors du champ d'application du droit de partage. Classiquement, et au même titre que la clause d'attribution intégrale de la communauté, l'application du droit de partage était écartée puisqu'il était entendu qu'aucun de ces avantages matrimoniaux ne réalisait une telle opération. Cette position, longtemps demeurée incontestée, se trouve aujourd'hui remise en cause par l'administration fiscale.

### Prétentions récentes de l'administration fiscale

4. La hausse du taux du droit de partage, aujourd'hui fixé à 2,5 % – sauf pour les partages des intérêts patrimoniaux consécutifs à une séparation de corps, à un divorce ou à une rupture d'un pacte civil de solidarité – semble désormais aiguïser l'appétit de l'administration fiscale à le réclamer en cas de mise en œuvre d'une convention préciputaire. Celle-ci semble adopter deux approches, pour prétendre à l'exigibilité du droit de partage :

– La première approche repose sur les dispositions de l'article 746 du CGI et consiste à démontrer que le préciput constitue un partage en ce qu'il met fin à une indivision, qu'elle soit conjugale ou successorale.

– La seconde approche consiste à démontrer que la mise en œuvre de la convention préciputaire constituerait, sinon un partage, a minima une opération de partage, taxable sur le fondement des articles 750 et suivants du CGI.

Ces prétentions récentes de l'administration fiscale se trouvent-elles fondées ? Plusieurs objections nous semblent pouvoir être avancées.

### Critique de l'assimilation du préciput à un partage

5. **Civilement.** Afin d'asseoir le droit de partage prévu par l'article 746 du CGI, l'administration fiscale estime que la mise en œuvre de la clause de préciput permet de mettre fin à une indivision – successorale ou conjugale – et constituerait donc un partage. Pour caractériser l'existence d'une indivision à laquelle il serait mis fin par le jeu du préciput, l'administration retient – aux vises des articles 1515 et 1520 et suivants du Code civil – que l'exercice de la clause de préciput constitue un partage de communauté, mettant ainsi fin à une situation d'indivision entre les époux. Toutefois, il semble ici évident que la lettre de l'article 1515 du Code civil s'y oppose. Ces dispositions prévoient en effet que le jeu du préciput permet au survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit, de « prélever sur la communauté, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens ». Le prélèvement intervient ainsi avant tout partage de la communauté. Le débat ouvert par l'administration sur ce point semble devoir être immédiatement refermé et tenu en l'état par les dispositions du Code civil.

L'administration avance également l'argument selon lequel – au visa de l'article 883 du Code civil – que le prélèvement opérerait comme un partage successoral, mettant fin à l'indivision post-communautaire entre le conjoint survivant et les héritiers du de cujus. Là encore, cet argumentaire ne semble pouvoir prospérer. La première raison résulte à nouveau de la lettre du texte de l'article 1515 du Code civil. Le prélèvement joue avant tout partage. Si l'on admet qu'il joue avant tout partage de communauté, il convient d'admettre à plus forte raison qu'il ne peut nécessairement pas jouer pour mettre fin à une indivision successorale. Par ailleurs, l'on pourrait encore ajouter que le préciput s'exerce sans contrepartie (à la différence par exemple de la clause de prélèvement moyennant indemnité),



*La qualification fiscale de ce prélèvement eu égard à la notion de partage ne semble pas si évidente*



le prélèvement a lieu sans que l'attribution ne s'impute sur les droits du conjoint bénéficiaire. Pour cette raison, il ne pourrait être assimilé à une attribution dans le cadre d'un partage successoral.

**6. Fiscalement.** Les conditions requises pour que le droit de partage prévu par l'article 746 du CGI soit exigible sont détaillées par la doctrine administrative (*BOI-ENR-PTG-10-10 n°s 90 à 150*). Quatre conditions cumulatives sont nécessaires :

- l'existence d'une indivision entre les copartageants,
- la justification de l'existence de cette indivision,
- l'existence d'une opération de partage,
- l'existence d'un acte au sens d'instrumentum.

Ces conditions ne semblent en aucun cas pouvoir être réunies en cas de mise en œuvre d'une convention précipitaire.

Comment prétendre qu'une indivision existe entre le conjoint actionnant la clause de préciput et les héritiers? La lettre du Code civil semble fermement s'y opposer.

En outre, comment cette indivision pourrait-elle être justifiée? Conventionnelle, elle supposerait l'accord du conjoint et des héritiers, ce qui n'est justement pas le cas. Judiciaire, elle impliquerait une décision ou l'intervention d'un juge.

Comment pourrait-elle encore constituer une opération de partage, c'est-à-dire une opération transformant «le droit abstrait et général de chaque copartageant sur la masse commune en un droit de propriété exclusif sur les biens mis dans son lot» (*BOI-ENR-PTG-10-10 n° 150*). Ceci supposerait que cette opération entraîne un allotissement de chacun du conjoint et des héritiers («chaque copartageant (!)»). Or en aucun cas le préciput ne conduira à un allotissement du conjoint de ses droits dans la masse à partager, le préciput s'exerçant pour lui sans contrepartie. Il n'a par ailleurs aucune contrepartie pour les héritiers et n'entraîne pour eux aucune attribution ou aucun allotissement à leur profit. Le droit de partage ne saurait donc être exigé tant il est impossible que les conditions fiscales du partage soient réunies.

### Critique de l'assimilation du préciput à une opération de partage

**7.** L'autre voie permettant à l'administration fiscale d'appliquer un droit de partage consiste à démontrer sur le fondement des articles 750 et suivants du CGI que la mise en œuvre du préciput constitue sinon un partage, une opération de partage, taxable

à ce titre au droit de partage. Cette voie semble à nouveau devoir être condamnée.

**8. Civilement.** Il ne fait à nouveau aucun doute que la mise en œuvre d'une convention précipitaire ne saurait être assimilée à une licitation de bien dépendant d'une succession ou d'une communauté conjugale, ou à une cession de droits successifs. À ce titre, il convient - pour tenter de comprendre la position de l'administration fiscale et donc comprendre en quoi la convention précipitaire pourrait être assimilée à une opération de partage - de revenir à la lettre des dispositions du Code civil. Sur ce point, l'article 1516 du Code civil nous éclaire en précisant que : «Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés». Au regard de cette

définition, la mise en œuvre d'une convention précipitaire peut-elle constituer une opération de partage? Nous ne le pensons pas. Il convient en effet ici de constater que le Code civil définit le préciput comme une convention de mariage entre associés. Cette définition, propre à l'avantage matrimonial, permet de faire échec, civilement et fiscalement, à l'existence d'une libéralité au profit du conjoint. Il est par ailleurs évident que le préciput ne saurait constituer une opération à titre onéreux. Quelle serait alors la contrepartie «payée» par le conjoint? Aucune. Celui-ci ne constituant en aucun cas une opération à titre onéreux, pourquoi devrait-il alors être cette troisième voie que constituerait une opération de partage? Aucun argu-

ment décisif ne semble pouvoir conduire ici à cette conclusion et à l'assimilation à une opération de partage ou à une licitation.

**9. Fiscalement.** Les conditions d'exigibilité du droit de partage ne semblent tout simplement pas remplies. En effet, si le CGI assimile expressément certaines opérations à des partages, telles que certaines licitations, le préciput n'entre dans aucune des prévisions des articles 750 et suivants du CGI, ni même dans la doctrine fiscale. L'argument semble ici lapidaire, car comment asseoir un droit sur une opération qui n'est visée par aucune disposition légale, ni même par aucune prévision de la doctrine fiscale? Là encore, cette voie n'est pas envisageable fiscalement, sauf à tenter de contorsionner les textes et leurs modalités d'application...ce que cherche précisément à faire l'administration fiscale. Ce procédé ne reposant sur aucun fondement légal, il doit être condamné.



*Il apparaît prudent de rappeler systématiquement à son client le risque de taxation*



**Le conseil :** À la lumière des dernières décisions et alors même que la position de l'administration fiscale est très critiquable, il apparaît prudent pour le notaire de rappeler systématiquement à son client le risque de taxation auquel pourrait être soumis l'exercice du préciput. Une position claire de la Haute Juridiction serait la bienvenue.