



HAL
open science

Divorce : à la recherche de l'équité fiscale#

Lise Chatain

► **To cite this version:**

Lise Chatain. Divorce : à la recherche de l'équité fiscale#. Ingénierie patrimoniale, 2020. hal-03295423

HAL Id: hal-03295423

<https://hal.science/hal-03295423>

Submitted on 22 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

#Revue: IP, 4-2020, Octobre 2020

#Typeart: Article dossier

#Date: 15 sept. 2020

#Rubrique, ss-rubrique: Patrimoine des personnes protégées et du couple, Patrimoine du couple

#Mots-clés: Régime matrimonial, divorce, pension alimentaire, prestation compensatoire, solidarité fiscale, décharge, impôt sur le revenu

#Article du CGI/LPF: 6, 79, 156, 193 ter, 199 octodécies, 1691 bis

#Num art: 03.XX

Divorce : à la recherche de l'équité fiscale#

Auteur: Lise CHATAIN

Qualités: Maître de conférences (HDR) à la faculté de droit de Montpellier

Le droit civil semble aujourd'hui aveugle à la sociologie réelle du divorce : les différences de revenus et de patrimoine entre hommes et femmes perdurent, et le divorce ne fait qu'aggraver la situation. Le droit fiscal ne permet pas de remédier à cette difficulté. Le traitement fiscal actuel du divorce balance entre équité apparente et iniquité avérée.

La taxation séparée des époux pendant la procédure de divorce est tout à fait appropriée (n° 19). En revanche, le régime fiscal en matière de pension alimentaire pose question (n° 27). La déduction de la pension alimentaire par le débiteur apparaît comme une faveur fiscale doublement discutable : au regard des époux mariés pour lesquels la déduction des frais d'entretien des enfants est impossible ; au regard de l'épouse qui est taxée sur une pension qui ne constitue pas un réel enrichissement. La répartition du quotient familial entre les deux parents peut également engendrer des difficultés auxquelles il faut être attentif (n° 42).

Par ailleurs, deux mécanismes fiscaux semblent particulièrement inéquitables à l'occasion du divorce du couple. D'une part, le traitement de la prestation compensatoire sous forme de capital présente des dangers dont l'épouse bénéficiaire doit être avertie (n° 64). En effet, le traitement fiscal de la prestation compensatoire versée sur une période supérieure à 12 mois offre au débiteur un outil de défiscalisation facile et sans risque. D'autre part, le mécanisme de décharge de solidarité tel qu'il ressort de la jurisprudence actuelle n'assure pas la protection du conjoint le plus faible (n° 85). Ainsi, l'impôt se transforme pour

l'épouse démunie en une peine de longue durée.

Introduction

1. Même s'il peut apparaître aujourd'hui comme un événement relativement banal, le divorce reste une épreuve douloureuse pour beaucoup : choc amoureux, sentiment de perte, sensation d'échec, voire blessure d'amour propre, etc. À cette épreuve intime s'ajoute souvent le désarroi des enfants, la peur de l'avenir, la détresse face à des injonctions religieuses ou morales. Cette tempête affective s'accompagne généralement d'un cataclysme financier : tout un équilibre de vie se trouve déstabilisé par la rupture, sans compter la perte sèche que représente un divorce. Il s'agit en effet de trouver un nouveau logement (au moins pour un des ex-conjoints), d'organiser l'éducation des enfants et de supporter seul des charges qui étaient communes. C'est une évidence que le coup sera plus rude pour l'ex-conjoint aux revenus les plus faibles, *a fortiori* lorsqu'il le subit.

2. Les règles du droit de la famille s'évertuent à résoudre au mieux cette difficile équation¹ : comment respecter la liberté de chacun (et notamment celle de rompre²) avec la protection du plus faible ? Diverses mesures sont ainsi mises en œuvre, tant pendant la procédure de divorce qu'après son prononcé, pour organiser au mieux la vie de la famille désunie : attribution du logement familial, garde des enfants, pension alimentaire, prestation compensatoire, etc.

3. Les règles du droit fiscal se superposent ensuite avec leur logique propre, tout en s'efforçant de renforcer la politique familiale du législateur³ : tout l'enjeu est alors de trouver un traitement fiscal équitable pour cette cellule familiale éclatée.

¹ Comme l'écrit A. Bénabent sur la question du divorce : « *La règle de droit, ici comme ailleurs, et peut-être plus encore qu'ailleurs, n'est pas une règle autonome qui porte sa fin en soi, mais n'est que la consécration pratique et technique de choix d'ordre politique, religieux ou moral.* » : Droit de la famille : LGDJ, 4^e éd., 2018, p. 193, n° 246.

² Le Conseil constitutionnel met désormais sur le même plan « *la liberté pour chacun de se marier autant que de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle* » (CC, 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC : Dr. fam. 2016, 194, note J.-R. Binet).

³ F. Douet, Les aspects fiscaux de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce : D. 2004, p. 2318, n° 1 ; L'aménagement du régime de la prestation compensatoire en cas de divorce sur demande conjointe : D. 2002, p. 1774, n° 26.

4. Nous envisageons d'apprécier l'**équité** de ce traitement fiscal plutôt que le respect du principe d'**égalité**. En effet, le principe égalitaire en matière fiscale revêt une signification particulière : l'impôt relève d'un régime légal et réglementaire purement objectif⁴. Le contribuable est ainsi placé dans une situation statutaire dont le contenu est fixé d'une manière générale et impersonnelle qui est donc identique pour tous les redevables appartenant à une catégorie déterminée. Le droit fiscal exclut toute mesure qui aurait pour effet de déroger aux lois ou règlements fiscaux. Ainsi le principe de légalité en matière fiscale assure aussi l'égalité juridique de tous les citoyens devant l'impôt : l'égalité fiscale est étroitement liée à la légalité de l'impôt. Par suite, tous les contribuables qui se trouvent dans la même situation définie par le texte fiscal doivent être soumis au régime fixé par cette règle. Le Conseil d'État refuse d'entrer dans des considérations économiques ou sociales pour rechercher si le principe d'égalité devant l'impôt a été respecté et applique rigoureusement une conception juridique du principe égalitaire⁵. Il s'interdit ainsi de comparer deux systèmes d'imposition pour apprécier si les charges qui pèsent sur les contribuables sont également réparties. Parfois, l'application individuelle de la loi fiscale peut se révéler inégalitaire : les inégalités apparaissent souvent dans l'appréciation des faits qui conditionnent l'application de la règle et notamment lorsque l'administration dispose d'une marge d'appréciation de caractère subjectif pour la mise en œuvre d'un dispositif. Ces inégalités de fait semblent irrémédiables⁶. Tout d'abord, le caractère statutaire de la situation du contribuable implique qu'il est placé dans une catégorie générale et impersonnelle qui est identique pour tous les contribuables dans la même situation définie par la loi. Ensuite, le juge est lié par le principe d'égalité et il s'interdit de faire prévaloir des considérations de justice sociale ou d'équité fiscale. L'administration, enfin, est dans une situation de compétence liée qui lui impose d'appliquer strictement la loi sans y déroger, même dans un but d'efficacité ou d'équité. *« C'est paradoxalement la nécessité de garantir une stricte égalité de tous les citoyens devant l'impôt qui exclut la possibilité pour l'administration de déroger à la loi même pour tenir compte des cas particuliers, dans le but de régler la situation de contribuables d'une manière qui paraîtrait plus conforme aux exigences découlant d'une application concrète du principe*

⁴ J. Lamarque, O. Négrin et L. Ayrault, Droit fiscal général : LexisNexis, 4^e éd., 2016, p. 430, n° 688.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 432 n° 694.

*même d'égalité »*⁷.

5. Au contraire de l'égalité de l'impôt, l'équité fiscale impose une approche concrète de la situation des individus, à l'image de la conception aristotélicienne, l'équité comme correctif de la justice légale, ou à celle du christianisme et de la tradition humaniste où l'équité est un moyen de moraliser le droit. Aujourd'hui, l'équité est définie comme une « *notion qui confère la faculté de modérer ou de suppléer le droit en vigueur en raison de considérations liées à un cas particulier* »⁸. Pour approcher l'équité fiscale du divorce, il faut donc s'interroger sur les mesures fiscales susceptibles de s'appliquer aux couples qui se séparent, mais avec un prisme délibéré : le divorce concerne très majoritairement la séparation d'un homme et d'une femme, et souvent, la séparation d'un homme aux forts revenus et d'une femme aux faibles revenus. En effet, on ne peut ignorer cette réalité sociologique : F. Héritier a démontré combien la « *valence différentielle des sexes* »⁹ est une réalité immuable. E. Badinter explique également que la division sexuelle du travail semble être une constante des sociétés humaines : « *Mais il suffit d'un minimum d'observation pour constater que, dans toute collectivité humaine, ont toujours existé des tâches réservées à un sexe et interdites à l'autre* »¹⁰. La Commission européenne a publié en 2019 un rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes au sein de l'Union européenne, qui démontre qu'aujourd'hui encore la situation économique des femmes est plus précaire que celle des hommes. Dans les pays développés, il existe par exemple une différence substantielle au regard des heures supplémentaires rémunérées : les hommes effectuent deux fois plus d'heures supplémentaires que les femmes¹¹. En France, la part des femmes qui travaillent à temps partiel est de 30 % (contre 8 % des hommes)¹². L'écart de revenus entre hommes et femmes perdure. L'une des causes majeures est la plus faible proportion de femmes dans les professions bien rémunérées essentiellement masculines : autour de 30 % de l'écart des salaires s'explique par la surreprésentation des femmes dans des secteurs sous-rémunérés comme ceux des soins et de l'éducation¹³. Il est par ailleurs surprenant de noter que l'écart de

⁷ *Idem.*

⁸ Dictionnaire du vocabulaire juridique, ss dir. R. Cabrillac : LexisNexis, 10^e éd., 2019.

⁹ F. Héritier, *Masculin/Féminin*, t. I, La pensée de la différence : O. Jacob 2012, p. 15 et s.

¹⁰ E. Badinter, *La ressemblance des sexes - L'un et l'autre* : Le livre de poche, 2012, p. 359.

¹¹ European Commission, 2019 Report on the equality between women and men in the UE, p. 9.

¹² *Ibidem*, p. 10.

¹³ *Ibid.*, p. 18.

rémunération dans l'Union européenne est le plus élevé pour les postes de direction où il atteint 23 % (alors qu'il est de 8 % pour les salaires les plus bas comme les emplois de bureau, de vente ou de service)¹⁴. Le poids du travail effectué dans la sphère domestique privée (le travail non-rémunéré) repose encore largement sur les femmes¹⁵. Au total, 78 % des conjoints dont le salaire constitue le revenu d'appoint du foyer sont des femmes. L'écart femmes-hommes en termes de revenu global atteint presque 40 % dans l'Union européenne. Pour finir, l'écart de revenus entre femmes et hommes s'aggrave avec l'âge : par exemple, la différence en termes de pension de retraite est de 35,7 % en 2017. Les femmes font ainsi face à un risque accru de pauvreté quand elles sont âgées¹⁶. Il ressort de ce triste constat que l'écart de salaire entre les femmes et les hommes se transforme en une peine perpétuelle. Dans ces conditions, l'équité impose de poser la question du divorce en termes clairs : l'époux qui divorce bénéficie dans la grande majorité des cas d'un revenu global qui est largement supérieur à celui de son épouse. Il importe de considérer la fiscalité du divorce au regard de cette réalité.

6. Nous choisissons donc délibérément d'utiliser le genre comme un concept d'analyse juridique. Des travaux sur la loi et le genre ont démontré que si parfois le droit évolue pour favoriser l'égalité de genre, il participe d'autres fois au contraire à la « *construction d'inégalités de genre : soit qu'il les entérine, soit qu'il les aggrave, soit qu'il les légitime* »¹⁷. Ces recherches tendent à démontrer comment des normes juridiques apparemment (car sémantiquement) neutres, participent, en raison des modalités de leur application, à la perpétuation de représentations sociales différenciant féminin et masculin. La réflexion sur le genre conduit aussi à s'interroger sur le rapport du droit aux faits et à la réalité statistique, qu'il faut souvent mobiliser pour révéler les effets sociaux des normes. Cette réflexion amène enfin à questionner la prétention universaliste de la règle de droit : la norme universelle doit-elle être indifférente au genre ou faut-il, au nom de la nécessaire protection des plus vulnérables (plus particulièrement ici les femmes), admettre une norme sexo-spécifique ? Notre propos n'est pas d'apporter une réponse définitive à cette délicate question mais plutôt de

¹⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵ L'écart femmes-hommes entre les heures de travail domestique non payées est encore important en Europe et varie entre 6 à 8 heures dans les pays du nord et plus de 15 heures dans les pays du sud (*Ibid.*, p. 9).

¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹⁷ S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français* : CNRS éditions, 2014, p. 13 et s.

souligner l'iniquité du droit fiscal actuel au regard de la problématique spécifique du divorce¹⁸, alors même que des travaux n'utilisant pas le genre comme angle de vue auraient, au contraire, tendance à souligner le fait que les règles de droit sont parvenues à créer une égalité, en droit civil, entre homme et femme.

7. Depuis le « *mariage pour tous* » issu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, le divorce peut concerner un couple du même sexe. La problématique de l'inégalité des revenus et des patrimoines n'est ici plus genrée, mais elle peut se retrouver également. Si des enfants sont nés pendant l'union, il est fort possible que l'un des conjoints ait fait le choix de réduire son activité professionnelle pour se charger de leur éducation. Dans ces hypothèses, la recherche d'une équité fiscale soulève les mêmes difficultés que pour les couples homme-femme.

8. Par conséquent, l'observation de ces situations par le prisme de l'équité implique de considérer ces situations de manière non neutre. Les règles du droit de la famille, du droit patrimonial de la famille, mais également du droit fiscal, n'ont de sens réel qu'en présence de situations patrimoniales solides : l'effet de contraste qui résulte d'un divorce n'en est que plus saisissant, quel que soit le type de divorce, quelle que soit la situation des divorcés, mais tout spécialement dans le cas type déjà signalé, celui du divorce entre une femme aux faibles revenus et un homme aux forts revenus et/ou patrimoine.

9. Nous focaliserons notre étude sur l'impôt sur le revenu frappant les couples, même si des problématiques pertinentes auraient pu être développées notamment en matière de droits d'enregistrement, de taxe d'habitation ou encore d'impôt sur la fortune immobilière. Au regard de ce dernier impôt par exemple, nous aurions pu nous interroger sur l'équité de certaines règles fiscales : est-il juste par exemple de prévoir une solidarité des conjoints pour le paiement de l'impôt sur la fortune immobilière, quel que soit leur régime matrimonial, solidarité qui subsiste après le divorce pour les impôts nés avant le divorce¹⁹ ?

10. En matière d'impôt sur le revenu, la réflexion sur une fiscalité équitable en matière de divorce nous amène à distinguer les mesures qui participent d'une

¹⁸ Pour une réflexion plus générale sur la fiscalité et le genre : M. Marteau-Lamarche, *Fiscalité et genre : le droit fiscal est-il sexiste ?*, in *Bioéthique et genre*, ss dir. A.-F. Zattara-Gros : LGDJ, 2013, p. 289.

¹⁹ CGI, art. 1723 ter-00 B.

équité apparente (I) et celles qui témoignent au contraire d'une iniquité avérée (II).

I. Une équité fiscale apparente

11. En matière d'impôt sur le revenu, l'équité fiscale semble manifeste au regard de la situation des époux en instance de divorce qui sont taxés séparément (A) et au regard du traitement de la pension alimentaire (B).

A. La taxation distincte des époux en instance de divorce

12. Les époux font normalement l'objet d'une taxation commune lorsqu'ils vivent ensemble (1°). En revanche pendant la procédure de divorce, les époux font l'objet d'une imposition séparée (2°).

1° La conjugalisation de l'impôt pendant le mariage

13. En vertu de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.* » Ainsi l'impôt est-il une contribution de l'ensemble de la communauté nationale qui doit financer les charges publiques de l'État. Cette contribution commune doit tenir compte de la richesse particulière des contribuables sous tous ses aspects (capital, revenus ou dépenses), ce qui fonde le concept de capacité contributive. Cette contribution commune doit être par ailleurs équitablement établie entre les contribuables. L'impôt optimal doit donc respecter ce qu'on appelle l'équité verticale et l'équité horizontale²⁰, ce qui est équivalent au principe de non-discrimination dans ses dimensions positive et négative. Selon un principe d'**équité verticale**, ceux qui perçoivent des revenus inégaux disposent d'une capacité contributive inégale et doivent donc être inégalement taxés. Selon celui d'**équité horizontale**, les contribuables ayant une capacité contributive égale doivent acquitter un impôt égal. Des revenus égaux ne signifient toutefois pas nécessairement une capacité

²⁰ G. Gilbert, La théorie économique de l'impôt optimal : une introduction : RFFP 1996, n° 55, p. 103.

contributive égale : les différences de situation doivent effectivement être prises en compte.

14. Le respect de ces deux logiques d'équité fiscale impose dès lors de définir une unité d'imposition : soit l'impôt frappe l'individu séparément sans considération de son cadre juridique, social, ou économique ; soit l'impôt frappe un groupe social (la famille, plus précisément) en fonction de sa capacité contributive.

15. La France a fait le choix de l'imposition par foyer. Il ressort en effet de l'article 6 du code général des impôts que les époux font normalement l'objet d'une imposition commune à l'impôt sur le revenu²¹. La conjugualisation de l'impôt est ancienne et ancrée dans une conception traditionnelle de la famille et du couple : le foyer fiscal apparaît à cet égard comme un parti pris français²². À l'opposé de la majorité des pays membres de l'OCDE, la France a choisi de contraindre les couples à une imposition commune²³. L'imposition par foyer considère la famille comme une unité économique et sociale au sein de laquelle les ressources sont réunies et partagées. Ainsi la capacité contributive est-elle saisie en globalisant les revenus des membres du foyer. Dans cette optique, seule l'imposition par foyer permet de dégager la capacité contributive réelle dès lors que, quel que soit le mode de conjugalité choisi, le couple a recours à une organisation communautaire²⁴.

16. La double équité horizontale et verticale est mise en œuvre grâce au quotient familial qui consiste à diviser le revenu global en plusieurs fractions dont le nombre dépend des membres de la famille avant d'appliquer le barème progressif de l'impôt. Le quotient familial regroupe en fait deux mécanismes : le quotient conjugal renvoie à la conception traditionnelle du couple (les revenus des deux conjoints mariés sont globalisés puis cette somme est divisée par les deux parts attribuées au foyer) alors que le quotient familial comptabilise le nombre d'enfants du foyer (les deux premiers enfants représentent une demi-

²¹ Cette conjugualisation s'applique également en matière d'impôt sur la fortune immobilière et de taxe d'habitation.

²² L. Chatain, Le PAS : une affaire de famille : AJ famille nov. 2018, p. 599.

²³ L. Ayrault, Le couple et l'impôt, *in* Refonder l'impôt sur le revenu ? : L'Harmattan 2013, p. 189. Pour une étude comparée sur la situation fiscale des couples, v. le dossier Imposition de la famille : la difficile recherche de l'équilibre : REIDF 2018, n° 2, p. 169 et s.

²⁴ C. Cavalier, L'organisation du patrimoine du couple à l'épreuve du droit fiscal, Thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, ss dir. F. Deboissy, p. 39 n° 30.

part et chaque enfant à partir du troisième représente une part pleine²⁵).

17. Le quotient conjugal développe cependant certains effets pervers. Il complique le calcul de l'impôt : après avoir globalisé les revenus du couple, il faut déterminer le nombre de parts du quotient, puis calculer l'impôt par part et enfin liquider l'impôt global. Il apparaît également que le quotient conjugal n'est pas neutre économiquement : les deux parts accordées au couple marié ne sont pas représentatives de la réalité économique car, eu égard aux économies d'échelle réalisées dans le cadre de la vie en commun, les besoins de deux personnes vivant ensemble ne croissent pas en stricte proportion. Pour comparer le niveau de vie des ménages, l'OCDE considère ainsi que dans une unité de consommation le premier adulte du ménage vaut une unité alors que le second vaut une demi-unité²⁶. En somme, il faudrait donc considérer qu'un couple représente une part et demi de quotient familial et non deux parts. Surtout, le quotient conjugal tend à renforcer les inégalités professionnelles entre les hommes et les femmes²⁷ : le travail féminin n'est en fait considéré que comme un revenu d'appoint. Lorsque les membres d'un couple perçoivent des rémunérations comparables, le système du quotient familial n'apporte aucune réduction d'impôt car la division par deux du revenu globalisé conduit à l'application du même taux effectif d'IR que si chacun avait été imposé séparément. Mais si les revenus sont inégalitaires, la globalisation puis la division par deux permet de réduire le taux d'imposition du couple²⁸. En revanche, le quotient conjugal entraîne une surimposition des revenus du conjoint qui a les revenus les plus faibles. En effet, le salaire du conjoint le moins rémunéré subit le taux marginal du conjoint le mieux rémunéré. En vertu de l'article 204 H du CGI, le taux de prélèvement est le taux propre au foyer fiscal tel que déterminé par l'administration fiscale. Le taux d'imposition de

²⁵ CGI, art. 194.

²⁶ A. Trindade Marinho et L. Vapaille, La fiscalité des particuliers au prisme du genre, *in* La loi et le genre, Etudes critiques de droit français : CNRS éditions, 2014, p. 451.

²⁷ Sur l'individualisation de l'impôt envisagée comme une mesure permettant de lever un frein à l'emploi des femmes : Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la question des femmes et du système fiscal, Mme C. Coutelle, AN n° 1875.

²⁸ C. Landais, T. Piketty et E. Saez écrivent à cet égard : « *Par définition, plus le couple est inégalitaire, plus la réduction d'impôt est importante : le quotient conjugal fonctionne de facto comme une machine à subventionner les couples inégaux ! Voici un bien étrange objectif de politique publique. Et le plus pervers est que ce système incite les couples inégaux à le rester.* » : Pour une révolution fiscale : Le Seuil, 2011, p. 66. - A. Trindade Marinho et L. Vapaille, La fiscalité des particuliers au prisme du genre, *in* La loi et le genre, Etudes critiques de droit français : CNRS éditions, 2014, p. 453.

chaque conjoint prend donc en compte les revenus de l'autre : grâce aux mécanismes du quotient familial et du barème progressif, celui qui dispose des revenus les plus élevés bénéficie d'un taux inférieur à celui qu'il aurait subi s'il avait été imposé séparément et celui qui perçoit les revenus les plus faibles est taxé à un taux supérieur au taux applicable s'il avait été imposé séparément²⁹.

18. La conjugalisation de l'impôt apparaît dès lors comme une disposition fiscale particulièrement inéquitable au regard du conjoint le plus faible³⁰.

2° L'imposition séparée pendant la procédure de divorce

19. Pendant une procédure de divorce, la conjugalisation de l'impôt dont on vient de démontrer la réalité de l'inéquité est parfaitement inadaptée : le mythe du foyer conçu comme une unité au sein de laquelle les ressources sont partagées devient alors invraisemblable. Fort heureusement, le droit fiscal français permet une imposition séparée des époux en instance de divorce. L'article 6, 4 du code général des impôts dispose à cet effet que : « *Les époux font l'objet d'impositions distinctes : [...] b. Lorsqu'étant en instance de séparation de corps ou de divorce,*

²⁹ Certes, l'article 204 M du CGI permet aux contribuables soumis à une imposition commune d'opter pour l'individualisation de leur taux de prélèvement. Le taux individualisé permet au conjoint ayant les revenus les plus faibles de disposer d'un taux égal à celui qui aurait été le sien s'il avait été imposé séparément. Mais les calculs pour déterminer le taux individualisé sont passablement complexes et l'option pour un tel taux suppose un accord ou à tout le moins une discussion au sein du couple (ce qui peut se révéler difficile dans l'hypothèse d'une grosse disparité de revenus). Un auteur considère donc que le taux individualisé, s'il paraît séduisant, présente plus d'inconvénients que d'avantages notamment au vu du risque de tension possible si l'époux dont le revenu est le moins élevé, choisissant le taux individualisé, allège sa contribution de façon significative à un niveau qui peut être notablement plus faible que celui sur lequel le couple s'était jusqu'alors entendu (J.-Y. Mercier, *Le prélèvement à la source rend l'impôt indolore*, in *Les intoxic fiscales* : Éd. Francis Lefebvre, 2019, p. 45). En d'autres termes, pour préserver la paix de famille, cet auteur conseille à l'épouse, avec un certain mépris, de continuer à payer plus que sa part de l'impôt du foyer.

³⁰ L. Chatain, *Le prélèvement à la source : coup de vent sur la paix des familles ?* : D. 2018, p. 2244. On pourrait soutenir que cette iniquité fiscale peut être compensée dans le calcul plus global de la contribution de chacun aux charges du ménage. Mais l'article 214 du Code civil prévoit expressément que les époux contribuent aux charges du ménage « *à proportion de leurs facultés respectives* » : le droit civil prévoit donc que la contribution de chacun est proportionnelle à ses revenus, ce qui devrait s'appliquer également en matière d'IR.

ils ont été autorisés à avoir des résidences séparées ; [...] ». Cette imposition séparée est obligatoire dès lors que les conditions prévues par le texte sont remplies³¹. Ainsi les époux qui continuent à résider ensemble alors qu'ils ont été autorisés à résider séparément au cours d'une instance en divorce doivent-ils faire l'objet d'impositions distinctes³². Il en est de même quand les époux ont continué à signer conjointement leurs déclaration de revenus et que l'un d'eux n'a pas formulé de demande d'imposition séparée lors d'un contrôle fiscal dont ils ont fait l'objet³³.

20. Il faut ici indiquer que depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, le juge conciliateur « n'autorise » plus les époux à résider séparément mais statue seulement sur les modalités de la résidence séparée³⁴. Ce n'est plus, désormais, que dans le cas des mesures urgentes que le juge peut autoriser les époux à résider séparément³⁵. Il y a donc un *hiatus* entre le code général des impôts et le code civil dû à l'absence de « toilettage » du premier à l'occasion de la réforme du divorce du 26 mai 2004³⁶. Pour éviter de rendre l'article 6, 4, b du CGI quasiment lettre morte, le juge de l'impôt déroge en pratique à la règle de l'interprétation littérale du texte fiscal pour lui donner une portée utile. Ainsi, la

³¹ CE, 12 mars 2010, n° 311121, Gerschel : Dr. fisc. 2010, n° 23, ét. 358, F. Dieu ; RJF 6/2010, n° 558 ; BDCF 6/2010, n° 61, concl. E. Geffray ; Dr. famille 2010, n° 5, comm. 93, note F. Douet. Pour des époux séparés de biens et ne vivant pas sous le même toit : CE, 15 avr. 2011, n° 318865, Camus : Dr. fisc. 2012, n° 23, comm. 380 ; RJF 7/2011, n° 772 ; Dr. famille 2011, n° 10, comm. 163.

³² TA Nantes, 8 déc. 2000, n° 98-443, Paluel-Marmont, épouse Briand. - TA Nantes, 8 déc. 2000, n° 95-2690, Briand : RJF 7/2001, n° 896. - TA Pau, 4 mars 2003, n° 01139, Cocq : RJF 6/2003, n° 669 : cette décision souligne fort opportunément qu'aucune disposition législative n'autorise des époux séparés en vertu d'une décision de justice à modifier volontairement leur situation fiscale au gré des séparations et des reprises de la vie commune, en l'absence d'une nouvelle décision de justice. Dès lors, des époux faisant l'objet d'une imposition distincte par suite d'une décision judiciaire les autorisant à résider séparément ne peuvent prétendre bénéficier d'une imposition commune à compter de la date de la reprise de leur vie commune, à défaut de décision de justice constatant ladite reprise. - TA Paris, 27 mars 2018, n° 1701139 : BF 11/2018, inf. 899. *Contra* : CAA Lyon, 27 sept. 1994, n° 93376, Buffalo : RJF 11/1994 n° 1158.

³³ CE, 27 avr. 2009, n° 300091, Dahan : RJF 7/2009 ; Dr. famille 2009, n° 9, comm. 120, note F. Douet. - CE, 15 avr. 2011, n° 318865, Camus, préc.

³⁴ C. civ., art. 255-3, voire art. 250-2 pour le divorce par consentement mutuel en cas de refus d'homologation de la convention.

³⁵ C. civ., art. 257.

³⁶ F. Douet, Florilège de hiatus entre la fiscalité de la famille et le droit de la famille : Dr. famille 2014, ét. n° 1, p. 1.

jurisprudence fiscale considère que faute de mention dans l'ordonnance de non-conciliation de la date à compter de laquelle les époux ont résidé séparément, seule la date à laquelle le juge aux affaires familiales a rendu l'ordonnance permet de déterminer avec certitude la date de la résidence séparée et doit ainsi s'assimiler à l'autorisation exigée par l'article 6, 4, b du CGI³⁷.

21. On ne peut que se réjouir de l'imposition séparée des époux en instance de divorce : le droit fiscal reconnaît ici que les époux en instance de divorce ont repris chacun le contrôle de leurs revenus et l'imposition commune est (encore plus ?) inadaptée, nonobstant une éventuelle cohabitation.

22. Cette solution rejoint la position du Professeur N. Brooks, qui soutient l'absence de pertinence d'un critère tiré de l'existence ou de la nature des relations conjugales pour déterminer l'imposition des individus³⁸. Il explique que la question de la détermination de la base taxable, à savoir le choix entre l'individu pris isolément ou la famille, oppose deux théories : la théorie du bénéfice et celle du contrôle. Selon la **théorie du bénéfice**, chaque individu doit être taxé en fonction des ressources dont il bénéficie : s'il est installé dans une relation de couple, les ressources fournies par son conjoint doivent ainsi être incluses dans son revenu. Dans cette logique, on présume que les couples partagent toutes leurs ressources économiques et qu'alors, les revenus des deux conjoints doivent être additionnés et, ensuite, divisés également entre eux pour déterminer l'obligation fiscale individuelle de chacun. La théorie du bénéfice implique donc qu'il est juste de taxer un époux sans revenu sur la moitié des revenus de celui qui est rémunéré dans la mesure où il bénéficie de cette ressource et inversement qu'il est juste de taxer celui qui est rémunéré sur la moitié seulement de ses revenus dans la mesure où l'autre moitié est réputée avoir bénéficié à son conjoint. Dans la **théorie du contrôle**, chaque individu doit être taxé sur la base du revenu qu'il contrôle, qu'il partage ou non ce revenu, avec son conjoint par exemple. En effet, le partage des ressources d'un couple est un sujet particulièrement sensible et complexe : supposer qu'il y a de façon générale dans tous les couples une mise en commun des ressources est particulièrement naïf³⁹ et en toute hypothèse une vue abstraite, voire idéologique, déconnectée

³⁷ TA Dijon, 28 déc. 2010, n° 09-2897, Mallet : RJF 6/2011, n° 672.

³⁸ N. Brooks, The irrelevance of conjugal relationships in assessing tax liability, J. G. Head and R. Krever, eds., Tax Units and the Tax Rate Scale, Melbourne : Australian Tax Research Foundation, 1996, 35-80, at 74 , p. 35 et s.

³⁹ *Ibidem*, p. 62.

de la réalité. Un auteur explique que « *La circulation et la redistribution de l'argent entre les conjoints ont en effet été longtemps ignorées puisque les inégalités étaient mesurées entre les ménages et non en leur sein* ». Or il ressort de différentes études que le processus d'allocation se déroule « *comme une négociation dans lequel le pouvoir de chacun dépend en particulier du point de menace, c'est-à-dire de la situation qui serait celle de chacun des conjoints dans l'éventualité de la séparation du couple* »⁴⁰. Il n'est donc pas invraisemblable que des couples à revenus inégaux partagent tout, revenus et patrimoine. Il n'est pas invraisemblable d'envisager l'inverse, ne serait-ce que par la forte incitation à la conclusion d'un contrat de séparation de biens qui emporte, mécaniquement, une division des revenus et du patrimoine.

23. La taxation commune des époux choisie par le législateur français participe donc d'une adhésion à la thèse du bénéfice, tandis que le choix de la taxation séparée, pendant ou après le mariage, ressortit de la théorie du contrôle, bien plus équitable.

B. L'équilibre fiscal en matière de pension alimentaire

24. Pendant la procédure de divorce, le juge peut allouer une pension alimentaire à l'un des époux au titre des mesures provisoires en vertu de l'article 255-6 du code civil.

25. Par ailleurs, l'article 373-2-2 dispose que : « *En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.* » Les modalités de cette pension alimentaire peuvent être notamment fixées par une décision judiciaire, une convention homologuée par le juge, une convention de divorce par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1.

26. Sur le plan fiscal, la pension alimentaire versée à l'époux au titre des mesures provisoires ou pour la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants est déductible du revenu brut global de son débiteur (1°) et imposable entre les mains de son créancier (2°). Ces dispositions semblent contribuer à une taxation

⁴⁰ D. Roy, *Tout ce qui est à toi est à moi ?* : Terrain 2005, n° 45, p. 41 n° 45.

équitable des époux tant pendant la procédure de divorce qu'après son prononcé. En revanche, la répartition du quotient familial entre les deux parents peut engendrer des difficultés auxquelles il faut être attentif (3°).

1° La déduction de la pension alimentaire du revenu du débiteur

Le principe de la déduction de la pension alimentaire

27. En vertu de l'article 13 du CGI, seules les dépenses contractées pour l'acquisition ou la conservation d'un revenu sont déductibles du revenu taxable. Ainsi, en règle générale, les dépenses contractées pour l'acquisition ou la conservation des différents revenus sont retranchées des revenus catégoriels auxquels elles se rattachent : à titre d'exemple, les frais de transport d'un salarié pour se rendre sur son lieu de travail sont déductibles de ses revenus taxés dans la catégorie des traitements et salaires. En revanche, les dépenses d'ordre privé pour entretenir le train de vie du contribuable ou de sa famille constituent un emploi de revenu : elles ne sont pas déductibles de ses revenus taxables, dès lors qu'elles ne contribuent ni à l'acquisition d'un revenu ni à sa conservation⁴¹. Ainsi, les dépenses d'un époux pour des frais liés à l'entretien ou l'éducation des enfants ne constituent pas des dépenses liées à l'acquisition ou la conservation d'un revenu et ne sont donc pas déductibles⁴².

28. À titre de faveur, l'article 156, II, 2° du CGI⁴³ dispose que la pension

⁴¹ P.-Y. Di Malta, JCl. Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1003, Impôt sur le revenu - Revenu global - Déductibilité des charges, n° 70 et s., 11 févr. 2020.

⁴² Les sommes versées par un contribuable pour assurer, pendant ses heures de travail et celles de son épouse, la garde de leurs enfants, ne constituent, quels que soient l'âge des enfants et la solution retenue par les parents pour assurer cette garde, ni une dépense effectuée en vue de l'acquisition ou de la conservation du revenu, ni des frais professionnels inhérents à leur emploi. Ainsi le contribuable n'est pas fondé à demander la déduction de frais exposés pour la garde de ses enfants (CE, 7 juin 1978, n° 98861). Ni l'article 13 du CGI, ni l'article 83 du même code ne comportent de dispositions permettant aux contribuables de déduire de leur revenu imposable les frais de garde de leurs enfants (CE, 30 janv. 1991, n° 69460).

⁴³ CGI, art. 156 : « L'impôt sur le revenu est établi d'après le montant total du revenu net annuel dont dispose chaque foyer fiscal. Ce revenu net est déterminé eu égard aux propriétés et aux capitaux que possèdent les membres du foyer fiscal désignés aux 1 et 3 de l'article 6, aux professions qu'ils exercent, aux traitements, salaires, pensions et rentes viagères dont ils jouissent ainsi qu'aux bénéficiaires de toutes opérations lucratives auxquelles

alimentaire versée par un époux ou ex-époux est déductible de son revenu brut global.

29. Aux termes de ce texte, la déductibilité de la pension suppose que deux conditions cumulatives soient remplies : d'une part la pension doit être versée en exécution d'une décision de justice ou d'une convention de divorce par consentement mutuel ; d'autre part le débiteur ne doit pas prendre en compte les enfants auxquels elle bénéficie pour la détermination de son quotient familial⁴⁴.

ils se livrent, sous déduction : [...] II. - Des charges ci-après lorsqu'elles n'entrent pas en compte pour l'évaluation des revenus des différentes catégories : [...] 2° [...] pensions alimentaires répondant aux conditions fixées par les articles 205 à 211, 367 et 767 du code civil à l'exception de celles versées aux ascendants quand il est fait application des dispositions prévues aux 1 et 2 de l'article 199 sexdecies ; 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 la convention de divorce par consentement mutuel mentionnée à l'article 229-1 du même code a acquis force exécutoire ou 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, ou en cas d'instance en séparation de corps ou en divorce et lorsque le conjoint fait l'objet d'une imposition séparée, les pensions alimentaires versées en vertu d'une convention de divorce mentionnée à l'article 229-1 du même code ou 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 convention de divorce mentionnée à l'article 229-1 du même code ou d'une décision de justice et à condition que les époux fassent l'objet d'une imposition séparée [...].

Le contribuable ne peut opérer aucune déduction pour ses descendants mineurs lorsqu'ils sont pris en compte pour la détermination de son quotient familial. [...]

Un contribuable ne peut, au titre d'une même année et pour un même enfant, bénéficier à la fois de la déduction d'une pension alimentaire et du rattachement. L'année où l'enfant atteint sa majorité, le contribuable ne peut à la fois déduire une pension pour cet enfant et le considérer à charge pour le calcul de l'impôt. »

⁴⁴ Les pensions alimentaires versées au titre des mesures provisoires pendant l'instance en divorce en vertu de l'article 255-6 du code civil sont déductibles si les époux ont été autorisés à résider séparément et s'ils font l'objet d'impositions distinctes (P.-Y. Di Malta, JCl. Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1008, IR- Charges déductibles du revenu global - Pensions alimentaires - Pensions versées entre époux et ex-époux - Contribution aux charges du mariage, 11 mars 2020, n° 104).

30. L'article 156, II du CGI énumère limitativement les charges déductibles du revenu global⁴⁵. Ainsi, le contribuable qui ne compte pas l'enfant à charge au titre de son quotient familial peut déduire la pension alimentaire qu'il est tenu de verser en vertu d'une décision de justice, à l'exclusion des autres dépenses personnelles éventuellement engagées, comme les frais liés à la garde, l'entretien ou à l'éducation de l'enfant⁴⁶ ou celles occasionnées par l'exercice de son droit de visite⁴⁷. Le contribuable ne peut pas non plus déduire en sus de la pension alimentaire les dépenses pour subvenir aux besoins de l'enfant pendant les périodes où il l'héberge⁴⁸. La déduction est également refusée pour les sommes spontanément versées par un contribuable à son ancienne épouse pour couvrir les frais de vacances et de cours particuliers de leur enfant⁴⁹. En dehors de la pension alimentaire dont la déductibilité est strictement prévue par l'article 156, II, 2°, les dépenses liées à l'entretien et à l'éducation de l'enfant sont des emplois de revenu d'ordre privé qui ne sont, par principe, pas déductibles pour le parent qui les supporte.

31. En revanche, un certain nombre de décisions admettent, par souci d'équité, que certains versements spontanés soient déductibles du revenu global de leur débiteur.

32. Ainsi, le Conseil d'État a décidé dans un arrêt du 14 octobre 2009⁵⁰ qu'« *une pension alimentaire versée par un contribuable en vue de pourvoir aux besoins de toute nature de ses enfants mineurs est déductible du revenu imposable à l'impôt* »

⁴⁵ Seules les charges limitativement énumérées par le CGI sont déductibles du revenu global. Les autres dépenses ne peuvent pas être admises en déduction (BOI-IR-BASE-30, 20 sept. 2017, § 1).

⁴⁶ BOI-IR-BASE-30, 20 sept. 2017, § 220. Les frais exposés pour la scolarité des enfants à charge ne sont pas admis en déduction du revenu global (*Ibidem*, § 70) ou encore les dépenses que supportent les parents, afin de permettre la poursuite des études supérieures de leurs enfants (RM Balmigère, n° 2460 : JOAN 15 nov. 1967, p. 4952. - RM Destremau, n° 13674 : JOAN 15 oct. 1970, p. 4293. - RM Poulpiquet, n° 10021 : JOAN 3 juill. 1974, p. 3263. - RM Drian, n° 27695 : JOAN 16 juin 1980, p. 2442. - RM Delenedde, n° 61238 : JOAN 22 févr. 1993, p. 669).

⁴⁷ CE, 13 déc. 1982, n° 34691 : RJF 2/83 n° 157. - RM Chossy, n° 22963 : JOAN 2 mai 1995, p. 2292. - BOI-IR-BASE-20-30-20-30, 1^{er} mars 2019, § 70. Dans le même sens : RM Decocq, n° 66265 : JOAN 24 janv. 2006, p. 710 (non reprise au BOFiP).

⁴⁸ CE, 1^{er} oct. 1980, n° 17963 : RJF 11/80, p. 853.

⁴⁹ CE, 14 oct. 1983, n° 40013 : RJF 12/1983 n° 1463.

⁵⁰ CE, 14 oct. 2009, n° 301709, Brouard : Dr. fisc. 2009, n° 51, comm. 586 ; RJF 1/2010 n° 1 ; BDCF 1/2010 n° 1, concl. E. Geffray ; Dr. famille 2010 n° 2, comm. 34, note F. Douet.

sur le revenu en vertu des dispositions du 2° du II de l'article 156 du CGI ». L'appréciation de cet arrêt est complexe : il élargit la déduction à des dépenses liées à « *des besoins de toute nature* » des enfants mais en vertu « *d'une pension alimentaire* ». L'article 156, II, 2° du CGI qui autorise la déductibilité des pensions alimentaires ne mentionne que les articles 205 à 211 du code civil . Ainsi l'interprétation littérale de l'article 156 du CGI devrait conduire à exclure du champ des dépenses déductibles certains versements spontanés d'un parent en exécution de son obligation d'entretien et d'éducation. Or cet arrêt, élargit la déductibilité à toutes les dépenses, y compris celles de l'article 203 du code civil par exemple. Le code civil opère une distinction entre l'obligation d'entretien des enfants (art. 203) et l'obligation d'aliments (art. 205 à 208) : l'obligation d'entretien est plus large que l'obligation d'aliments dès lors qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les besoins de l'enfant⁵¹. L'arrêt du 14 octobre 2009 est donc très bienveillant quant à la prise en compte de l'article 203 du code civil puisqu'il permet de rattacher à la catégorie des pensions alimentaires les sommes versées en fait au titre d'une obligation d'entretien⁵². Au surplus, cet arrêt est également particulièrement favorable pour le contribuable puisqu'il permet la déduction d'un versement spontané en dehors d'une convention homologuée ou d'une fixation par le juge.

33. Par extension, on pourrait se demander si les cadeaux ou les aides ponctuelles versés par un parent à l'enfant qui n'est pas à sa charge ne constituent pas des dépenses déductibles au titre des aliments ou de l'obligation d'entretien. Or ces cadeaux ne revêtent pas le caractère d'aliments et n'ouvrent

⁵¹ Cass. civ. 2^e, 6 févr. 1985 : Bull. civ. II n° 32.

⁵² En faveur de cette solution de principe, le rapporteur public a relevé qu'en pratique, l'obligation alimentaire et l'obligation d'entretien, distinctes au plan du droit civil, sont largement confondues dès lors qu'elles correspondent dans les deux cas à des versements destinés à assurer la subsistance et l'éducation des enfants (E. Geffray *in* BDCF 1/2010 n° 1). D'autres arrêts l'avaient déjà admis (CE, 18 déc. 1974, n° 93985 : RJF 2/7195 n° 39 ; Dr. fisc. 1975, n° 9, comm. 336. - CE, 4 juin 1980, n° 16444 : Dr. fisc. 1980, n° 41 ; RJF 9/1980 n° 647. - CE, plén., 30 mars 1987, n° 52489, Imbard : Dr. fisc. 1987, n° 38, comm. 1314, concl. P. Martin ; RJF 5/1987, n° 534). En revanche, les juges du fond se sont partagés sur la question des sommes versées en exécution de l'obligation d'entretien. Dans le sens de la non-déductibilité : CAA Paris, 16 juin 1994, n° 92PA01422, Findji : RJF 8-9/1994 n° 874. - TA Lyon, 6 déc. 2005, n° 031263 et 045153, Mariée : RJF 6/2006, n° 706. - CAA Versailles, 30 mai 2006, n° 05VE00700, Lintzer : RJF 11/2006 n° 1308. Dans le sens de la déductibilité : CAA Lyon, 15 juill. 1999, n° 96LY01104, Montchamp : RJF 3/2000 n° 319 ; BDCF 3/2000 n° 27, concl. C. Millet. - CAA Douai, 28 nov. 2000, n° 97DA12636, Renie : RJF 6/2001 n° 744.

dès lors normalement pas droit à déduction du revenu imposable⁵³.

34. Enfin, il arrive que, dans le cadre des mesures provisoires, le juge décide de mettre l'impôt sur le revenu des deux conjoints dû avant leur imposition séparée à la charge exclusive de l'un d'eux. Il ressort d'une réponse ministérielle que cette somme ne représentant ni une pension ni une rente n'est alors pas déductible du revenu global de son débiteur⁵⁴. Si dans un premier regard une telle solution peut paraître inique, elle est en fait tout à fait appropriée. En effet, il fait peu de doutes que le juge fera porter la charge de l'impôt au conjoint dont les revenus sont à l'origine principale (voire exclusive) de l'imposition : il est donc tout à fait équitable que ce soit ce conjoint qui soit tenu au paiement de l'IR. Ensuite, l'impôt sur le revenu n'est jamais une charge déductible de son assiette : il est donc normal qu'il ne constitue pas une dépense déductible pour le contribuable qui l'acquitte. Concomitamment, l'administration considère que la somme correspondant au montant de cet impôt n'est pas imposable au nom de l'autre conjoint.

La revalorisation de la pension alimentaire

35. Il faut également évoquer l'hypothèse d'une revalorisation de la pension. Les pensions alimentaires versées pour l'entretien des enfants en cas de divorce ou en cas d'instance en divorce sont admises en déduction pour leur montant fixé par décision de justice, éventuellement indexé lorsque le juge a prévu une clause de variation. L'article 156, II, 2° du CGI, autorise également la déduction des pensions revalorisées spontanément, sans que les parties aient besoin de recourir au juge pour officialiser leur décision, dans les conditions prévues par les articles 208 et 371-2 du code civil. La déduction des pensions revalorisées spontanément, sans que les parties aient besoin de recourir à une nouvelle décision de justice, suppose donc la réunion de plusieurs conditions : le montant initial de la pension a été fixé par décision judiciaire ; le montant de la revalorisation spontanée demeure compatible avec les besoins du bénéficiaire et les ressources du débiteur ; il correspond à un versement effectif. L'administration fiscale indique que, dans le cadre de la revalorisation, certains versements spontanés ouvrent droit à déduction s'ils revêtent le caractère d'aliments au sens de l'article 208 du code civil et s'intègrent dans la pension alimentaire initialement fixée. Elle admet

⁵³ BOI-IR-BASE-20-30-20-50, 1^{er} mars 2019, § 50 et 60.

⁵⁴ RM Vivien, n° 58745 : JOAN 13 mars 1985, p. 1049 : Dr. fisc. 1985, n° 19, comm. 957. - BOI-IR-BASE-20-30-20-40, 2 mai 2014, § 80.

que les dépenses en nature financées spontanément en complément du paiement de la pension alimentaire fixée initialement ouvrent droit à déduction sous réserve qu'elles correspondent à des aliments au sens de l'article 208 du code civil (prise en charge de frais de cantine, de frais de scolarité ou de dépenses médicales, par exemple) et qu'il soit justifié que la dépense est effectivement assumée pour son montant réel par la personne qui s'en prévaut⁵⁵. Il ressort en outre de la doctrine administrative que les notions de ressources et de besoins s'apprécient en fonction de la situation réelle du débiteur et du bénéficiaire, compte tenu des circonstances de fait propres à chaque cas d'espèce et que toute dépense n'est pas automatiquement déductible. À cet égard, les ressources du débiteur et de l'ex-conjoint s'apprécient en fonction de leur situation réelle compte tenu de l'ensemble de leurs ressources. Il est indiqué que si cette situation ne peut être appréhendée avec précision, le revenu déclaré peut, à titre de règle pratique, être utilisé comme élément de référence. L'appréciation des besoins de l'enfant doit être faite au regard des dispositions combinées des articles 208 et 371-2 du code civil. Ainsi ces besoins dépassent-ils la notion traditionnelle d'aliments, entendue au sens de l'article 208 du code civil comme tout ce qui est nécessaire à la vie (notamment les soins médicaux). Il peut s'agir également de tous les frais occasionnés par l'éducation des enfants selon leur âge (poursuite ou non d'études, scolarité, activités périscolaires, etc.), éléments dont l'administration reconnaît la nature évolutive⁵⁶. L'administration admet également que la pension déductible soit actualisée spontanément en fonction de la variation de l'indice moyen annuel des prix à la consommation⁵⁷.

2° La taxation du créancier de la pension alimentaire

36. Les pensions alimentaires sont taxées entre les mains du créancier dans la catégorie des traitements et salaires⁵⁸.

37. Il n'y a pas de parallélisme de principe entre le traitement fiscal des pensions à la charge de leur débiteur et ce traitement entre les mains du créancier. La circonstance que le débiteur n'ait pas pu (ou pas voulu) déduire les sommes versées de son revenu brut global est sans incidence sur l'imposition de ces

⁵⁵ BOI-IR-BASE-20-30-20-50, 1^{er} mars 2019, § 50.

⁵⁶ *Ibidem*, §° 30 et 40.

⁵⁷ *Ibid.*, § 80.

⁵⁸ CGI, art. 79.

versements entre les mains du créancier⁵⁹.

38. Toutefois, en vertu d'une mesure de tempérament générale en droit de la famille, la doctrine administrative indique : « À titre de règle pratique, sont imposables entre les mains de celui qui les reçoit les pensions alimentaires qui sont déductibles du revenu global de celui qui les verse. Dans le cas contraire, elles ne sont en principe pas imposables. »⁶⁰. En matière de divorce, cette instruction n'a de portée effective que pour la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants versée spontanément, puisque la déductibilité des pensions alimentaires versées en application d'un jugement est de droit. Toutefois, le Conseil d'État admet la déductibilité d'une contribution spontanée : dans ces conditions, la contribution déductible chez le débiteur devient taxable chez le créancier. Nonobstant cette jurisprudence, si une contribution pour l'entretien des enfants n'est pas déductible dans le cadre d'une application stricte de l'article 156, II, 2° du CGI (par exemple en l'absence de fixation par une décision judiciaire), la tolérance administrative trouve application et exclut sa taxation entre les mains du créancier⁶¹.

39. Aux termes de l'article 158, 5, a, al. 1^{er} du CGI, les revenus provenant des pensions sont déterminés d'après les règles prévues pour la taxation des traitements, salaires, pensions et rentes viagères (CGI, art. 79 à 90). Ainsi, les titulaires de pensions ne peuvent retrancher du montant brut de leurs arrérages que les dépenses relatives aux traitements et salaires énumérées par l'article 83 du CGI, ainsi que les dépenses effectuées en vue de l'acquisition ou de la conservation du revenu. Toutefois, si ces règles sont cohérentes pour un revenu d'activité, l'appréciation de ces dépenses est malaisée pour une pension. Par définition, les personnes qui n'ont aucune activité professionnelle n'ont à supporter à titre de charges ni retenues effectuées par l'employeur, ni frais inhérents à l'emploi. Le Conseil d'État a donc décidé que les pensionnés ne sont pas autorisés à pratiquer la déduction forfaitaire de 10 % pour frais professionnels prévue à l'égard des salariés⁶². Pour y remédier, les alinéas 2 et 3 de l'article 158,

⁵⁹ CE, 3 avr. 1991, n° 70652, Wiebringhaus : RJF 5/1991 n° 541. - F. Douet, À la recherche des aliments fiscalement perdus ! : Dr. famille 2014 n° 7-8, ét. 15, n° 6.

⁶⁰ BOI-RSA-PENS-10-30, 12 sept. 2012, § 80.

⁶¹ En pratique, il arrive parfois que le parent qui ne prend pas en compte l'enfant dans son quotient familial considère que ces aides ponctuelles constituent des dépenses déductibles, ce qui entraîne une distorsion entre les montants déduits par celui-ci et les montants taxables entre les mains du parent bénéficiaire de la pension alimentaire.

⁶² CE, 22 déc. 1965, n° 61405 : BOCD 1966-II-3250 ; RO p. 463 ; Dupont 1966 p. 75.

5, a du CGI permettent de pratiquer sur les pensions un abattement de 10 % qui comporte un minimum et un plafond qui s'élèvent en 2020 respectivement à 389 € et 3 812 € (ces montants sont révisés chaque année dans la même proportion que la limite supérieure de la première tranche du barème de l'impôt sur le revenu). Cet abattement s'applique à toutes les pensions imposées au nom du foyer fiscal, quel qu'en soit le titulaire. Le minimum de déduction et le plafond de l'abattement ne donnent lieu à aucune réduction *pro rata temporis* lorsque la perception des pensions commence ou cesse en cours d'année⁶³.

40. Si l'on analyse le régime fiscal de la pension alimentaire dans le cadre du divorce à l'aune du prisme que nous avons choisi, le mécanisme mis en œuvre semble, dans un premier regard, relativement équilibré. Dans la grande majorité des cas, l'époux dont les revenus sont les plus élevés verse une pension alimentaire au titre de l'éducation des enfants à l'épouse dont les revenus sont plus faibles. Le versement de cette pension lui permet de bénéficier d'une diminution de la base taxable, favorable dans la mesure où la déduction s'applique sur son revenu global et non sur ses revenus catégoriels (si les enfants auxquels la pension bénéficie ne sont pas retenus dans le calcul de son quotient familial).

À titre d'exemple, imaginons un époux divorcé vivant seul ayant des revenus salariaux annuels de 120 000 € en 2019 qui verse une pension alimentaire de 2 000 € pour ses 2 enfants dont il n'a pas fiscalement la charge. Son revenu annuel taxable s'élève à : $120\,000 \times 90\% - 2\,000 \times 12 = 84\,000$ €. L'impôt sur le revenu dû en 2020 par l'ex-époux après déduction de la pension s'élève à 20 526,31 €. Si l'époux avait pris en compte les 2 enfants dans le calcul de son quotient familial sans déduire la pension alimentaire, son impôt se serait élevé à 25 665,31 € compte tenu du plafonnement de l'avantage lié à l'application du quotient familial (ici plafonné à 3 demi-parts $\times 1\,567 = 4\,701$ €)⁶⁴. La déduction de la pension alimentaire permet donc à l'ex-époux de réaliser une économie d'impôt sur le revenu d'environ 5 000 €.

Quant à l'épouse dont les revenus sont moindres, elle est taxée sur la pension dont elle bénéficie, comme s'il s'agissait d'un salaire, tout en pouvant bénéficier d'un abattement de 10 %. Il est également possible, si elle ne travaille pas, travaille à temps partiel ou occupe un poste peu rémunéré, qu'elle échappe à l'impôt sur le revenu.

⁶³ BOI-RSA-PENS-30-10-10, 11 déc. 2012, § 190.

⁶⁴ CGI, art. 197.

41. Mais dans un second regard, on peut s'interroger sur l'équilibre général du mécanisme de déduction/taxation des pensions alimentaires. Il faut ainsi d'abord réfléchir sur la déductibilité des pensions versées par l'époux prévue par l'article 156 du CGI. Il s'agit d'un dispositif extrêmement favorable au regard des dispositions générales de l'article 13 qui excluent la déduction des dépenses d'ordre privé ne contribuant ni à la conservation, ni à l'acquisition d'un revenu. En effet, l'époux divorcé débiteur de la pension alimentaire peut, grâce au mécanisme prévu à l'article 156, II, 2°, déduire des frais liés aux besoins de ses enfants qu'il ne pourrait aucunement déduire s'il était toujours marié. Certes, le droit fiscal français prend en compte les coûts liés à l'entretien des enfants par le mécanisme du quotient familial, mais, compte tenu des dernières évolutions législatives qui ont fortement plafonné l'avantage fiscal lié à l'application du quotient, il est bien plus intéressant pour un contribuable aisé de déduire les pensions alimentaires versées que de bénéficier de la réduction d'impôt liée à l'application du quotient familial. Si l'entretien des enfants ne constitue pas une charge déductible pour le contribuable marié, pourquoi ces dépenses seraient-elles déductibles dès lors qu'il est divorcé ?

Par ailleurs, la perception de la pension alimentaire par l'ex-épouse ne contribue pas véritablement à son enrichissement dès lors que cette pension est absorbée par l'entretien des enfants. On pourrait dès lors repenser l'équilibre général du régime fiscal des pensions alimentaires. L'époux débiteur de la pension bénéficiant de revenus plus importants ne pourrait déduire la pension versée pour l'entretien de ses enfants, comme c'est le cas pour les dépenses liées à l'entretien des enfants des époux mariés. Symétriquement, l'épouse ne serait alors pas taxée sur les sommes reçues pour l'entretien des enfants dont elle a la charge⁶⁵. Cette solution ne serait d'ailleurs pas particulièrement originale : un rapport du Haut Conseil la Famille indique que le modèle dominant à l'étranger est celui où la pension alimentaire n'est ni déductible du revenu du débiteur ni imposable pour le créancier⁶⁶.

⁶⁵ Un rapport d'information récent présenté à l'Assemblée Nationale soutient que les pensions alimentaires ne devraient plus être analysées comme un transfert de revenu entre deux foyers fiscaux et devraient donc échapper au barème de l'IR : Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits de femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le régime fiscal des pensions alimentaires, par Mme S. Auconie et M. G. Gouffier-Cha, AN n° 2184.

⁶⁶ HCF, Les ruptures familiales, Etat des lieux et propositions, Rapport du 10 avril 2014, p. 86.

3° La répartition du quotient familial entre les deux parents

42. Lorsque les parents ont des foyers distincts (donc à l'issue de la procédure ou lorsqu'ils résident séparément pendant la procédure de divorce), se pose la question du foyer fiscal auquel les enfants sont rattachés. Généralement, la situation respective des parents est symétrique : celui qui héberge l'enfant bénéficie de la majoration du quotient familial mais déclare les revenus personnels éventuels de l'enfant ainsi que, surtout, la pension alimentaire perçue, tandis que celui qui verse la pension peut la déduire de son revenu s'il ne bénéficie pas de la majoration du quotient familial⁶⁷. En effet, comme nous l'avons vu, la déduction de la pension versée par le débiteur n'est possible qu'à la condition qu'il ne prenne pas en compte les enfants auxquels elle bénéficie pour la détermination de son quotient familial. Or cette situation est devenue complexe depuis que la loi a défini la notion de personne à charge, laquelle est le support du quotient familial.

43. À la suite à un avis *Mouthe* du Conseil d'État du 14 juin 2002⁶⁸, la loi de finances rectificative pour 2002⁶⁹ a modifié l'article 193 ter du CGI qui définit désormais la notion de personne à charge. L'article 193 ter du CGI dispose que « *À défaut de dispositions spécifiques, les enfants ou les personnes à charge s'entendent de 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.* » Si donc l'enfant réside habituellement chez un seul parent, il est à la charge de ce dernier et la majoration du quotient familial lui est en principe accordée. S'il vit seul et

⁶⁷ N. Gonzalez-Gharbi, Les conséquences fiscales du divorce après la loi du 26 mai 2004 : RFP 2004, n° 12, ét. 11, n° 8.

⁶⁸ CE, sect., avis, 14 juin 2002, n° 241036, *Mouthe* : Dr. fisc. 2002, comm. 702, concl. G. Bachelier ; RJF 8-9/2002, n° 893, p. 657. Cet avis énonce : « *Eu égard à l'évolution des dispositions du Code civil relatives au divorce et à l'autorité parentale et, notamment, aux circonstances que, depuis la loi du 22 juillet 1987, l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents et que, depuis la loi du 4 mars 2002, ces dispositions ne font plus référence à la garde juridique des enfants nés de parents séparés, divorcés ou en instance de séparation ou de divorce, il y a lieu, pour l'application des articles 6-4, 193, 194 et 196 du CGI, de retenir que le seul critère d'attribution de la majoration du quotient familial prévue à l'article 194 est celui de la répartition entre deux parents distinctement imposés de la charge effective d'entretien et d'éducation des enfants mineurs nés de leur union, que ces parents soient séparés, divorcés ou en instance de séparation ou de divorce.* »

⁶⁹ L. n° 2002-1576, 31 déc. 2002, art. 30.

supporte effectivement la charge du ou des enfants, il bénéficie d'une part entière de quotient familial au titre de son premier enfant à charge. L'avantage en impôt procuré par cette part entière de quotient familial fait l'objet du plafonnement visé par l'article 197 du CGI qui depuis la loi de finances pour 2020⁷⁰ dispose que : « *La réduction d'impôt résultant de l'application du quotient familial ne peut excéder 1 567 € par demi-part ou la moitié de cette somme par quart de part s'ajoutant à une part pour les contribuables célibataires, divorcés, veufs ou soumis à l'imposition distincte prévue au 4 de l'article 6 et à deux parts pour les contribuables mariés soumis à une imposition commune* ».

44. Il faut cependant souligner que le critère de la résidence habituelle de l'enfant ne constitue qu'une simple présomption que l'enfant est une personne à charge⁷¹. Ainsi, même si la résidence habituelle a été fixée chez la mère, le père, à sa demande, ou l'administration fiscale, suite à un contrôle, peuvent légalement remettre en cause ce rattachement. Si le père apporte la preuve qu'il contribue à titre principal à la charge d'entretien de l'enfant, il bénéficie de la part de quotient qui peut être accordée. Il en sera ainsi notamment lorsque la mère dispose de ressources propres limitées ou inexistantes et que les pensions versées par le père assurent presque seules l'entretien des enfants⁷². La remise en cause du critère de la résidence habituelle a donc des conséquences majeures pour les deux parents : d'une part celui qui bénéficie du quotient familial ne peut déduire la pension qu'il verse et, d'autre part, cette pension qui n'est plus déductible pour le débiteur n'est plus imposable entre les mains de son créancier. Si le père par exemple a des revenus importants, la prise en compte de l'enfant dans son quotient lui est préjudiciable compte tenu du plafonnement de la réduction liée au quotient prévu par la loi : il aurait plutôt intérêt à déduire le montant de la pension de son revenu global. Dès lors, les parents peuvent-ils s'entendre pour que ce soit la mère qui prenne en compte l'enfant dans son quotient ? La réponse

⁷⁰ L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019.

⁷¹ Solution que F. Douet regrette : « *Mais la présomption posée par l'article 194, I, du code général des impôts est une présomption simple. Cela signifie que lorsque les enfants résident à titre principal chez l'un de leurs parents, l'autre a la possibilité de revendiquer la majoration du quotient familial en démontrant a posteriori qu'il a contribué à titre principal à leur entretien. Une telle possibilité risque de donner lieu à une concurrence sordide entre les parents. Sous cet angle, la solution retenue par les rédacteurs de la loi de finances rectificative pour 2002 n'est donc guère satisfaisante.* » : Suite et fin des brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée ; D. 2003, p. 990, n° 7.

⁷² Pour un père naturel : CE, sect., 11 mars 1977, n° 3797 : Dr. fisc. 1977, comm. 896, concl. P. Lobry ; Rec. Lebon, p. 138.

est incertaine. En pratique, la mère n'a aucun intérêt à accepter cette proposition car cela reviendrait à rendre taxable une pension qui, dans le cas inverse, ne l'est pas. Cela pourrait toutefois constituer un élément à prendre en considération dans le cadre d'une négociation éventuelle pour fixer le montant de la prestation compensatoire (ou, à l'inverse, des éléments de fraude dans le cas des couples non mariés ayant des enfants en commun).

45. Si par extraordinaire la résidence de l'enfant n'est pas fixée par le juge ou la convention des parties (homologuée ou non) et à défaut d'accord entre les parents lors de la déclaration des revenus, la majoration de quotient familial est attribuée au parent qui a les revenus les plus élevés⁷³. Cette position de l'administration peut entraîner des conséquences assez défavorables pour le parent le mieux rémunéré. Supposons en effet que des époux en situation très conflictuelle ne parviennent pas à s'entendre sur l'attribution de la majoration du quotient familial, par exemple dans le cadre d'un divorce judiciairisé tendu, l'époux ayant les revenus plus importants sera vraisemblablement tenu de verser une pension à son épouse : en cas de forte disproportion de revenus, l'épouse ne sera pas taxée sur la pension perçue alors que l'époux ne bénéficiera que d'une réduction d'impôt plafonnée si l'enfant est à sa charge. Dans cette hypothèse, l'époux a tout intérêt à négocier avec l'épouse afin qu'elle accepte de prendre en compte l'enfant dans son quotient afin qu'il puisse déduire de son revenu global les pensions versées, sachant que l'épouse qui sera peut-être peu (voire pas) imposée ne trouvera pas un intérêt dirimant à accepter d'être taxée sur les pensions reçues et de rattacher l'enfant à son propre foyer (et que l'hypothèse de départ est celle d'un conflit).

46. En cas de **résidence alternée**⁷⁴, la loi prévoit que le quotient familial est partagé entre les deux parents : un enfant en résidence alternée ouvre donc droit à une majoration de parts de quotient familial égale à la moitié de celle de droit commun⁷⁵. Cette règle ne joue que dans le silence de la convention ou du jugement de divorce sur l'attribution de la majoration du quotient familial. Il

⁷³ BOI-IR-LIQ-10-10-10-10, 7 mai 2014, § 220.

⁷⁴ Sur l'évolution des conséquences fiscales de la garde alternée : F. Douet, Brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée : D. 2002, p. 1211 ; Suite des brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée : D. 2002, p. 3169 ; Suite et fin des brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée, préc.

⁷⁵ CGI, art. 194 A, I.

s'agit également d'une présomption simple qui peut être écartée s'il est justifié que l'un des parents assume la charge principale des enfants. Pour le Professeur F. Douet il semble également possible de prévoir l'attribution définitive de la majoration du quotient familial à l'un des parents, son attribution à tour de rôle ou son attribution partagée (c'est-à-dire la répartition entre les parents des enfants à charge)⁷⁶.

47. Ainsi, le partage du quotient peut avoir des effets majeurs sur la fiscalité des parents. Il prive en effet le parent qui verse la pension alimentaire de sa déduction du revenu global alors que cette pension devient concomitamment non imposable entre les mains de celui qui la reçoit⁷⁷. Le partage du quotient entre les parents équivaut ainsi fiscalement à une attribution totale du quotient : aucune déduction de pension pour le débiteur et aucune taxation du créancier. Dans ces conditions, le partage du quotient peut se révéler particulièrement coûteux fiscalement pour le parent qui verse la pension, compte tenu notamment du plafonnement de la réduction d'impôt résultant de l'application du quotient visé à l'article 197 du CGI. La question se pose donc de savoir dans quelles conditions les époux en procédure de divorce ou divorcés ont intérêt, ou non, au partage ou à l'attribution du quotient familial. S'il jouit de revenus confortables par exemple, le parent qui ne bénéficie pas de la majoration de quotient familial se retrouve dans une situation favorable : dès lors que le caractère alimentaire de la pension versée pour l'entretien des enfants est avéré, il peut déduire son montant de son revenu imposable selon le barème progressif⁷⁸. Cette déduction n'est limitée que par le montant des revenus sur lesquels l'imputation est permise. En cas de disproportion de revenus marquée entre les parents, l'époux le mieux rémunéré a donc tout intérêt à demander (au juge ou lors de la négociation de la convention) de ne pas inclure l'enfant dans le calcul de son quotient. À défaut, cet époux ne bénéficiera que de la moitié de la majoration de part de quotient liée à l'enfant, voire à la majoration totale de part de quotient s'il est démontré qu'il assume la charge principale de l'enfant compte tenu du montant de ses ressources par rapport à celles de l'épouse, sans pouvoir déduire les pensions versées de son revenu global.

⁷⁶ F. Douet, Suite et fin des brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée, préc., n° 10.

⁷⁷ CGI, art. 80 septies.

⁷⁸ Pour la déduction de sommes versées pour l'entretien du conjoint et de ses enfants pendant la durée de l'instance en divorce, v. CE, 30 nov. 2001, n° 21000-1, Mache : RJF 2/2002, n° 132.

48. La question se pose également de la **situation des enfants majeurs**. La pension alimentaire versée par un parent à un enfant majeur est déductible de son revenu global dans la limite de 5 947 €⁷⁹. Par ailleurs, l'enfant majeur peut demander son rattachement au foyer fiscal de l'un ou l'autre de ses parents séparés dans les conditions prévues par l'article 6, 3 du CGI⁸⁰. Ce rattachement doit être accepté par le contribuable auquel il est demandé. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence que l'enfant majeur de parents imposés séparément peut demander son rattachement, pour les années qui suivent celle au cours de laquelle il a atteint sa majorité, à l'un quelconque de ses parents⁸¹. Dans cette situation, le parent ne peut au titre de la même année et pour un même enfant bénéficier à la fois de la déduction d'une pension alimentaire et du rattachement. En d'autres termes, il lui faut choisir entre rattachement et déduction d'une pension alimentaire, ce choix pouvant varier d'une année à l'autre et d'un enfant à l'autre. Ce rattachement peut faire l'enjeu de tensions majeures entre les parents eux-mêmes et/ou leurs enfants. En effet, le rattachement au foyer d'un parent permet à celui-ci de bénéficier d'une réduction d'impôt liée à l'application du quotient (qui est limitée comme nous l'avons vu à 1 567 € par demi-part) mais lui interdit de déduire le montant de la pension de son revenu global. Au contraire, si l'enfant n'est pas rattaché au foyer de ce parent, ce dernier peut déduire la pension alimentaire versée à l'enfant mais le montant déductible est alors limité à la somme de 5 947 €.

⁷⁹ CGI, art. 156, II, 2° et 196 B.

⁸⁰ CGI, art. 6, 3 : « *Toute personne majeure âgée de moins de vingt et un ans, ou de moins de vingt-cinq ans lorsqu'elle poursuit ses études, ou, quel que soit son âge, lorsqu'elle effectue son service militaire ou est atteinte d'une infirmité, peut opter, dans le délai de déclaration et sous réserve des dispositions du quatrième alinéa du 2° du II de l'article 156, entre : 1° L'imposition de ses revenus dans les conditions de droit commun ; 2° Le rattachement au foyer fiscal dont elle faisait partie avant sa majorité, si le contribuable auquel elle se rattache accepte ce rattachement et inclut dans son revenu imposable les revenus perçus pendant l'année entière par cette personne ; le rattachement peut être demandé, au titre des années qui suivent celle au cours de laquelle elle atteint sa majorité, à l'un ou à l'autre des parents lorsque ceux-ci sont imposés séparément. [...]* »

⁸¹ BOI-IR-BASE-40, 26 janv. 2018, § 170 : La faculté pour l'enfant de se rattacher à l'un ou à l'autre de ses parents ne peut pas être exercée au titre de l'année où l'enfant atteint sa majorité. Dès lors, l'année de ses 18 ans, l'enfant ne peut demander son rattachement qu'au seul parent qui le compte à charge comme enfant mineur au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. L'année suivante, le choix est à nouveau offert, comme auparavant, à l'enfant majeur.

49. La répartition du quotient familial entre les parents est donc un exercice périlleux entraînant des conséquences importantes. Pour apprécier l'équité des solutions possibles, il faut prendre en compte notamment la résidence habituelle et la charge de l'enfant, les revenus respectifs des parents, le montant des pensions versées au regard de ces revenus, la déductibilité et la taxation corrélative de ces pensions, etc.

50. En tout état de cause et face à la variété des possibles, **deux hypothèses semblent à nos yeux poser des difficultés particulières** quand il y a une forte disparité entre les revenus des ex-époux. Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse dans laquelle les **pensions versées par le père assurent seules l'entretien de l'enfant** dès lors que la mère dispose de ressources limitées. On considère ici que le père contribue à titre principal à l'entretien des enfants et il bénéficie de la majoration de son quotient familial sans pouvoir déduire les pensions versées (alors que la mère n'est pas taxable sur les pensions reçues). Si le père perçoit des revenus élevés, cette situation lui est généralement préjudiciable : le plafonnement de la réduction d'impôt liée à l'application du quotient est bien moins favorable que la déduction des pensions de son revenu global. Il s'agit ensuite de l'hypothèse de la **garde alternée** : l'époux qui verse la pension bénéficie d'un avantage limité lié à la majoration amputée (voire totale) de son quotient familial sans pouvoir déduire les pensions versées pour l'entretien de l'enfant, alors que l'épouse échappe en toute hypothèse à l'impôt sur les pensions reçues. Ainsi, alors même que la règle proposée semble équilibrée, son application peut paraître inéquitable.

51. Toutefois, dans une seconde analyse, cette **solution nous semble justifiée eu égard à nos précédents propos sur l'équilibre général du mécanisme de déduction/taxation des pensions alimentaires**. En effet, d'une part, le droit fiscal français considère que l'entretien des enfants ne constitue pas une charge déductible pour le contribuable : la règle doit être identique qu'il soit marié ou divorcé. D'autre part, l'ex-épouse ne s'enrichit pas en percevant la pension alimentaire car cette pension est absorbée par l'entretien des enfants. Ainsi il paraît juste que l'époux débiteur de la pension bénéficiant de revenus plus importants ne puisse déduire la pension versée pour l'entretien de ses enfants et que l'épouse ne soit pas taxée sur les sommes reçues pour l'entretien des enfants dont elle s'occupe (ce que permet l'attribution du quotient familial à l'époux le plus aisé qui verse la pension).

II. Une iniquité avérée

52. Deux mécanismes fiscaux nous semblent particulièrement inéquitables à l'occasion du divorce du couple : le traitement de la prestation compensatoire sous forme de capital (A) et la technique de la décharge de solidarité (B).

A. Les dangers de la prestation compensatoire sous forme de capital

53. À la suite d'un divorce, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective. En cas de divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, la prestation compensatoire prend en principe la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. À titre exceptionnel, le juge peut fixer cette prestation sous forme d'une rente viagère lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins⁸². En cas de divorce par consentement mutuel, les époux sont libres de déterminer le montant et les modalités de la prestation compensatoire qui peut prendre la forme d'un capital, d'une rente viagère ou temporaire, ou d'un capital et d'une rente.

54. Si la prestation compensatoire entre époux prend la forme de l'attribution d'un capital, ce dernier peut être constitué par un bien en propriété ou un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. Cette attribution est susceptible de dégager une plus-value imposable entre les mains du débiteur de la prestation compensatoire. Mais le plus souvent, la prestation compensatoire prend la forme du versement d'une somme d'argent. Nous nous pencherons essentiellement sur cette seconde hypothèse. Après avoir évoqué la réalité de la prestation compensatoire versée sous forme de capital en numéraire (1°), nous nous attacherons à son traitement fiscal (2°).

⁸² Dans cette hypothèse, la rente est déductible du revenu global du débiteur et taxable entre les mains du créancier dans la catégorie des traitements et salaires (V. § 36).

1° La réalité de la prestation compensatoire

55. En 1975⁸³, le législateur a voulu créer une « *notion juridique absolument nouvelle* »⁸⁴ : la prestation compensatoire sous forme de capital. L'objectif de la loi de 1975 était double : d'une part détacher les conséquences pécuniaires du divorce de la faute et, d'autre part, remplacer la pension alimentaire censée assurer un minimum de ressources au conjoint créancier par une prestation tendant à compenser la disparité de niveau de vie créée par la séparation⁸⁵. L'idée était alors de protéger le conjoint victime du divorce en lui octroyant une maintenance en capital, un « *maximum vital* »⁸⁶. À cette époque, l'opinion publique était préoccupée par le sort des épouses privées de ressources à l'issue de la procédure de divorce notamment si les pensions alimentaires n'étaient pas payées par le débiteur ou faisaient l'objet d'une révision très défavorable⁸⁷. Le glissement d'une pension alimentaire vers une prestation compensatoire détachée de toute appréciation des torts respectifs des époux était également censée pacifier les conflits⁸⁸. Le législateur a ainsi prévu une prestation fixée par le juge ou fixée par l'accord des parties sous contrôle du juge dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe. Mais cette prestation compensatoire nouvelle n'a pas eu le succès espéré pour de multiples raisons : incapacité financière des débiteurs, réticences des créanciers, réflexes des juges habitués à raisonner en termes alimentaires, traitement fiscal en contradiction avec l'objectif de la loi. Le régime juridique et fiscal de la prestation compensatoire a duré 25 ans avant d'être aménagé à trois reprises en 2000⁸⁹, 2001⁹⁰ et 2004⁹¹. Aujourd'hui, le 2^e alinéa de l'article 270 du code civil dispose : « *L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont*

⁸³ L. n° 75-617, 11 juill. 1975.

⁸⁴ AN, rapport Donneux : JOAN 28 mai 1975, p. 3296.

⁸⁵ H. Fulchiron et R. Daubricourt, La prestation compensatoire, mythes et réalités : D. 2010, p. 2170.

⁸⁶ A. Sériaux, La nature juridique de la prestation compensatoire : RTD civ. 1997, p. 53.

⁸⁷ C. Delory, Le nouveau droit au divorce : une neutralité fiscale absolue (à propos des articles 26 à 28 de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce) : JCPN 2004, n° 52, ét. 1612, n° 1.

⁸⁸ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, Droit civil - La famille : Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 257, n° 289.

⁸⁹ L. n° 2000-596, 30 juin 2000.

⁹⁰ L. n° 2001-1276, 28 déc. 2001.

⁹¹ L. n° 2004-439, 26 mai 2004.

le montant est fixé par le juge. »

56. La doctrine civiliste souligne la nature hybride de cette prestation, à la fois alimentaire et indemnitaire⁹². Un auteur explique ainsi que la prestation relève d'une « *sorte de responsabilité post-contractuelle pour cause objective pesant sur le débiteur du fait de la dissolution du lien conjugal* »⁹³. En revanche, la prestation compensatoire n'a pour objet ni d'assurer la parité des fortunes, ni de gommer le régime matrimonial librement consenti⁹⁴, ni de maintenir indéfiniment le niveau de vie⁹⁵. Aujourd'hui, le fondement protecteur de la prestation est encore très prégnant comme en attestent notamment les commentaires de la réforme du divorce sans juge mise en œuvre par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. De nombreuses voix se sont en effet élevées pour critiquer cette nouvelle procédure au motif qu'elle assure une protection insuffisante du conjoint le plus fragile⁹⁶. L'accueil du divorce sans juge a entraîné une baisse de 94 % des divorces judiciaires par consentement mutuel, or la contractualisation du divorce ne permet pas d'assurer la défense du plus faible⁹⁷. Certes, la loi nouvelle impose que chaque époux soit assisté d'un avocat et que la convention soit déposée chez un notaire, mais la présence des avocats et du notaire n'est pas garante d'un acte juste et équilibré⁹⁸. Le contenu de la convention est l'affaire des parties et échappe à ses rédacteurs. « *Qui imaginerait une seconde qu'un avocat (ou un notaire) pourrait prendre sur lui d'affirmer que "non la PC est trop basse" (ou l'inverse) pour refuser d'instrumenter ?* »⁹⁹. Les avocats et le notaire pourront tout au plus s'assurer de la complète information des époux, de leur consentement libre et éclairé et du respect des règles légales. Il faut cependant

⁹² A. Sériaux, La nature juridique de la prestation compensatoire, préc. - P. Malaurie, La prestation compensatoire : Defrénois 2009, 2385.

⁹³ S. David, La prestation compensatoire, Thèse Paris XII, 2001, n° 169 et s.

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-20.480.

⁹⁵ S. David et P.-J. Claux, Droit et pratique du divorce : Dalloz Référence, 2018/2019, p. 516 n° 213-101.

⁹⁶ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, Droit civil - La famille, préc., p. 257, n° 289.

⁹⁷ À cet égard, J. Casey écrit : *L'intervention du juge « est celle d'un tiers neutre et impartial, représentant du peuple français au nom duquel ses décisions sont prises, et qui est chargé de veiller tout autant à la bonne application du droit qu'à la cohésion sociale et à la préservation de l'intérêt commun, non seulement celui des parties mais aussi celui de la société, sans parler de son rôle de protecteur du plus faible. Aucun contrat ne permet d'atteindre un tel résultat. »* in Le nouveau divorce par consentement mutuel : AJ Famille 2017, p. 14, n° 2.

⁹⁸ D. Fenouillet, Le divorce sans juge : D. 2016, p. 1424.

⁹⁹ J. Casey, Le nouveau divorce par consentement mutuel, préc., n° 39.

souligner qu'il résulte de l'article 278 du code civil que la convention doit, comme pour le divorce par consentement mutuel, préciser le montant de la prestation compensatoire. Un auteur indique que la convention de divorce doit être très précise en termes de prestation compensatoire qui est sous étroite surveillance : les époux doivent utiliser expressément les critères légaux de l'article 271 afin de dire s'il y a lieu ou non à prestation compensatoire¹⁰⁰. Il faut donc que la convention révèle la nature du dossier au regard des critères légaux avant que l'éventuel créancier de la prestation puisse déclarer en conscience y renoncer¹⁰¹. Mais s'agit-il d'une protection suffisante de l'époux le plus faible, surtout quand on connaît le contexte émotionnel de la rupture, les difficultés liées à la garde des enfants et les disparités économiques existant entre les époux ? Comment imaginer une négociation sereine au sujet de la prestation compensatoire dans un contexte si tendu avec des enjeux personnels si importants entre des conjoints qui se déchirent et connaissent parfaitement les failles de l'« adversaire » ? On voit donc ici les limites du « *tout-consentement* »¹⁰² en une matière aussi intime que la séparation : le consentement n'est ici le gage ni de la liberté, ni de l'équilibre ou de l'équité¹⁰³.

57. Le Centre de droit de la famille de Lyon a conduit une enquête dont les résultats ont été publiés en 2010 tendant à analyser, au-delà de son image juridique très discutée, la réalité judiciaire de la prestation compensatoire¹⁰⁴. Les résultats de cette enquête sont édifiants : ils soulignent notamment le petit nombre de prestations demandées et accordées, le contentieux relativement limité, le montant faible des prestations accordées, la difficile appréhension des éléments d'appréciation des juges. Si la réputation de la prestation

¹⁰⁰ *Ibidem*, n° 21.

¹⁰¹ Des praticiens expliquent que, lors de la négociation de la prestation compensatoire dans le cas d'époux séparés de biens, se pose parfois la question du remboursement de la créance d'impôt lorsqu'un des époux a acquitté l'impôt sur le revenu du couple pendant la durée du mariage. Lorsqu'il existe une grande disparité de revenus, la prestation compensatoire se trouve parfois supprimée du fait de la compensation entre cette prestation et la créance d'impôt. En outre, d'importantes difficultés de calcul de cette créance d'impôt surviennent (quel quotient appliquer, comment traiter les revenus fonciers et déficits, etc.) qui ne sont pas résolues par la jurisprudence.

¹⁰² M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté* : PUF, 2018, p. 53 et s.

¹⁰³ Comme le souligne le Pr. D. Fenouillet, contractuel et juste ne riment pas toujours (Le divorce sans juge, préc.).

¹⁰⁴ Enquête réalisée au TGI de Lyon sur l'ensemble de l'année 2007 portant sur 4.209 décisions de divorce (H. Fulchiron et R. Daubricourt, *La prestation compensatoire, mythes et réalités*, préc.).

compensatoire est conflictuelle, la réalité est toute autre : 54,7 % des prestations sont fixées dans une convention homologuée (ce fort taux est lié à la prédominance des divorces par consentement mutuel : 53,3 %). Dès lors au moins 54,7 % des prestations sont fixées d'un commun accord. Si l'on ramène le nombre de prestations conventionnellement déterminées au nombre total des divorces prononcés, le contentieux sur la prestation compensatoire concerne au maximum 7,5 % des divorces. La prestation n'est attribuée que dans l'hypothèse d'une disparité marquée entre les niveaux de vie des époux. Lorsqu'une prestation est accordée, le mariage a duré en moyenne 22 ans. Le montant des prestations compensatoires attribuées par le TGI de Lyon en 2007 s'est situé en 750 et 2 000 000 €, pour une valeur médiane de 30 000 €¹⁰⁵. Au plan national, le montant des prestations versées s'est effondré de 30 % en 8 ans (de 1996 à 2004). Enfin et surtout, la femme est créancière de la prestation dans 98,56 % des cas¹⁰⁶.

58. Le Professeur H. Fulchiron et R. Daubricourt concluent que l'effondrement du montant des prestations, alors que le coût de la vie a augmenté, prouve que le choix du législateur d'exiger le versement en capital au détriment de la rente contribue en pratique à l'effacement de la prestation compensatoire. L'idéal de 1975 tendant à compenser les disparités est oublié voire oblitéré. Paradoxalement, l'effet compensatoire est mieux assuré par l'attribution d'une

¹⁰⁵ « On ne peut qu'être surpris par la relative modicité des montants en jeu, qu'il s'agisse des 30 000 € médians ou des petites sommes qui tirent cette médiane (et non cette moyenne) vers le bas. Les quelques gros capitaux accordés ne sont que l'exception, même s'ils ont de quoi frapper les esprits » (H. Fulchiron et R. Daubricourt, La prestation compensatoire, mythes et réalités, préc.).

¹⁰⁶ Un auteur s'interroge sur la nature humiliante ou source de droits pour les femmes de la prestation compensatoire : « Du fait de la division sexuée du travail et des modalités d'attribution de la garde des enfants, les créanciers de pensions alimentaires et de prestations compensatoires sont essentiellement des femmes. Or cette redistribution de ressources peut faire l'objet d'interprétations diverses. Certes, elle peut être analysée comme "favorable" aux femmes en tant qu'elle facilite une forme d'autonomisation par rapport au lien conjugal (en contribuant à rendre financièrement possible l'existence hors du mariage). Cependant, dans la mesure où cette amélioration de la sécurité économique des femmes prend justement appui sur un partage des ressources de leurs ex-conjoints, ces mesures ne symbolisent-elles pas plutôt un maintien de la dépendance par rapport au lien conjugal, fondement essentiel de la subordination sociale des femmes. » (A. Revillard, Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes, Jurisprudence : Revue critique, 2011, p. 217). Nous ne souscrivons absolument pas à cette analyse dont la mise en œuvre ne ferait que contribuer à compromettre encore la situation des femmes après un divorce.

rente viagère (correspondant à l'ancien modèle de la pension alimentaire) que par celle d'une prestation compensatoire. En somme, la prestation ne permet pas de rétablir une équité : elle sert désormais seulement à l'épouse de « *capital de redémarrage* » pour faire face à la crise de la séparation, une sorte de « *prime individuelle de reconversion* » ; au-delà, il lui appartient dès lors de reconstruire sa vie (seule ou accompagnée)¹⁰⁷. Seul le jeu des régimes matrimoniaux et des présomptions d'indivision peut éventuellement compenser ce déséquilibre.

59. Quand l'époux dispose d'un patrimoine professionnel (titres de sociétés, fonds d'exercice professionnel), la situation de l'épouse est parfois très problématique. Tout d'abord, les conjoints sont alors très fréquemment mariés sous le régime de la séparation de biens. Ensuite, la fixation de la prestation compensatoire impose d'apprécier à la fois les revenus et le patrimoine professionnel de l'époux. La plupart des méthodes proposées par la doctrine prévoient de ne tenir compte de la valeur du patrimoine professionnel que dans l'hypothèse où il ne génère pas de revenus : il ne serait en effet pas réaliste de tenir compte à la fois des revenus professionnels au titre de la disparité de revenus et de la valeur du patrimoine professionnel au titre de la disparité en capital sous peine d'un doublon irrationnel au plan économique¹⁰⁸. Certains proposent alors de procéder à une double évaluation (sur la base des revenus professionnels et sur la base du patrimoine professionnel, en tenant compte éventuellement d'une illiquidité de ce patrimoine) et de dégager ensuite une fourchette entre les deux solutions. Cette approche peut se comprendre sur un plan théorique, mais elle semble inappropriée sur le plan pratique. L'époux qui dispose d'un patrimoine professionnel, qu'il soit entrepreneur individuel ou associé dirigeant d'une société, a le plus souvent la maîtrise tant de ses revenus professionnels que de son patrimoine professionnel. D'une part, il a toute latitude pour limiter ses revenus provenant d'une activité professionnelle et, d'autre part, l'évaluation de son outil professionnel est un exercice particulièrement complexe (notamment pour l'épouse et son conseil qui ne disposeront pas des mêmes informations que le chef d'entreprise). Dans ces conditions, établir le montant d'une prestation compensatoire en s'appuyant sur

¹⁰⁷ Les dernières statistiques publiées par le ministère de la justice corroborent les résultats de l'étude lyonnaise : en 2013, une prestation compensatoire est prévue dans un divorce sur cinq. Le bénéficiaire de la prestation compensatoire est l'ex-épouse dans plus de neuf cas sur dix. Neuf prestations compensatoires sur dix prennent la forme d'un capital dont le montant médian est de 25 000 € (Infostat justice, sept. 2016 n° 144. - V. Avena-Robardet, Prestations compensatoires : statistiques : AJ famille 2016, p. 510).

¹⁰⁸ S. David et P.-J. Claux, Droit et pratique du divorce, préc., p. 578, n° 215.382.

une fourchette entre deux techniques basées, pour l'une, sur un revenu professionnel déterminé par l'époux et, pour l'autre, sur un patrimoine professionnel difficilement évaluable, semble extrêmement périlleux : la moyenne de deux montants erronés ne peut conduire à une valeur juste. Ainsi, le divorce de l'épouse du chef d'entreprise mariée sous le régime de la séparation de biens est doublement périlleux : elle ne peut bénéficier ni d'un partage de biens communs en raison du régime matrimonial, ni d'une prestation compensatoire d'un montant raisonnable.

60. Il faut ajouter à ces conclusions certaines considérations fiscales. Si l'épouse travaille, nous avons déjà indiqué que son salaire constitue, dans une majorité de cas, un revenu d'appoint : son conjoint a donc bénéficié pendant les années de vie commune d'un taux effectif de prélèvement à l'impôt sur le revenu sur ses propres rémunérations minoré par la prise en compte des faibles revenus de son épouse au travers du coefficient conjugal, ce qui lui a permis plus facilement de se constituer un patrimoine. Si l'épouse ne travaille pas, la capacité contributive du foyer sera accrue car les tâches domestiques (garde des enfants, entretien ménager, etc.) sont effectuées gratuitement, sans recours à des dépenses externes qui ne sont pas déductibles fiscalement¹⁰⁹. Ce choix augmente donc le niveau de vie du foyer mais réduit les opportunités futures de l'épouse en cas de divorce¹¹⁰. À cet égard, le Professeur N. Brooks s'inquiète de l'erreur cognitive des femmes qui restent à la maison pour s'occuper de leur foyer : elles minimisent fortement le risque de divorce et en sous-estiment les effets¹¹¹.

61. C'est toute la philosophie du mariage et du divorce qui est ici révélée, au sens photographique, et dont rend compte le droit fiscal. Le mariage n'est plus un projet de vie, une promesse réalisée, mais une opportunité. Une réalité s'impose donc, à nouveau : le droit du divorce a un genre. Alors que, pudiquement, les ouvrages et les auteurs de droit civil invoquent avec une belle neutralité le divorce des « époux », ou encore le « créancier » et le « débiteur » de la prestation, c'est la séparation d'une femme et d'un homme qu'il faut honnêtement envisager. Or, les faits sont têtus : quand la disparité de revenus

¹⁰⁹ Certaines dépenses peuvent ouvrir droit à un crédit d'impôt (CGI, art. 199 sexdecies et 200 quater B).

¹¹⁰ G. Allègre, Individualisation ou conjugalisation de l'impôt : que faire après la décision du Conseil constitutionnel ? : OFCE, Le blog, 8 janv. 2013.

¹¹¹ N. Brooks, The irrelevance of conjugal relationships in assessing tax liability, préc., p. 35 et s.

dans le couple est avérée, c'est la femme qui perd gros lorsque le divorce est prononcé. Dans ces conditions, la fiscalité de la prestation compensatoire est essentielle : le versement de la prestation peut faire l'objet d'une stratégie fiscale favorable à l'époux débiteur, stratégie qui doit être bien comprise et anticipée par son épouse.

2° La fiscalité de la prestation compensatoire

62. Avant 1976, le régime du divorce était centré autour de la pension alimentaire de l'ancien article 301 du code civil datant de 1804¹¹². La loi du 11 juillet 1975 a ensuite prévu le versement par le débiteur d'un capital payable en 3 annuités : fiscalement ce capital n'était ni déductible pour le débiteur, ni imposable pour son bénéficiaire.

63. Aujourd'hui, il résulte de l'article 275 du code civil que lorsque le débiteur d'une prestation compensatoire sous forme de capital n'est pas en mesure de verser immédiatement ce capital, le juge peut l'autoriser à s'en acquitter sous forme de versements périodiques dans la limite de 8 années. Evidemment, les parties sont également libres de fixer les modalités de versement du capital dans la convention de divorce.

64. En matière fiscale, le dispositif tel qu'issu des lois du 30 juin 2000¹¹³, 28 décembre 2001¹¹⁴ et 26 mai 2004¹¹⁵ figure aux articles 156 et 199 octodécies du CGI. Un auteur souligne que ce régime opère une « *distinction cardinale* » entre le capital et la rente et instaure un « *dispositif fiscal de faveur alternatif au profit du débiteur de la prestation en fonction du délai dans lequel les versements sont effectués* »¹¹⁶. Il explique que le régime fiscal contemporain de la prestation compensatoire est « *favorable au contribuable, homogène et généralisé, applicable aux prestations compensatoires obtenues dans tous les types de*

¹¹² AN, rapport n° 2114, A. Vidalies, 26 janv. 2000.

¹¹³ L. n° 2000-596, 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce.

¹¹⁴ L. n° 2001-1276, 28 déc. 2001 de finances rectificative pour 2001.

¹¹⁵ L. n° 2004-439, 26 mai 2004 relative au divorce.

¹¹⁶ P.-Y. Di Malta, JCl. Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1008, IR- Charges déductibles du revenu global - Pensions alimentaires - Pensions versées entre époux et ex-époux - Contribution aux charges du mariage, 11 mars 2020, n° 245.

divorces »¹¹⁷. Là est effectivement bien la question : à qui profite vraiment cette faveur fiscale en matière de prestation compensatoire ? En d'autres termes, ce régime est-il véritablement équitable ?

Prestation compensatoire sous forme de capital versé sur une période maximale de 12 mois

65. En vertu de l'article 199 octodécies du CGI, la prestation compensatoire en capital versée en numéraire ouvre droit à une réduction d'impôt au profit de son débiteur. Pour en bénéficier, la prestation doit être versée en une seule fois ou de façon échelonnée sur une période maximale de 12 mois à partir de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée. Cette réduction d'impôt est égale à 25 % du montant des versements effectués retenus dans la limite de 30 500 € pour l'ensemble de la période de 12 mois (soit une réduction d'impôt maximale de 7 625 €)¹¹⁸.

66. Concomitamment, la prestation compensatoire versée sur une période inférieure à 12 mois n'est pas imposable entre les mains de son créancier.

Prestation compensatoire sous forme de capital versé sur une période supérieure à 12 mois

67. La prestation compensatoire en capital payée en numéraire en application de l'article 275 du code civil est déductible du revenu global de son débiteur lorsque les versements sont effectués sur une période supérieure à 12 mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée. Il en est de même des versements en numéraire opérés pendant plus de 12 mois à compter de la date à laquelle la convention de divorce par consentement mutuel mentionnée à l'article 229-1 du code civil a acquis force exécutoire. Ces sommes sont donc déductibles, mais elles ne peuvent pas constituer un déficit reportable.

68. Comme la pension alimentaire que nous avons évoquée plus haut (V. § 36), la

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Lorsque les versements sont répartis sur deux années civiles, le plafond applicable au titre de la première année s'obtient en multipliant le plafond global de 30.500 € par le rapport entre le montant des versements effectués cette année et le montant total des versements prévus.

prestation compensatoire déduite par le débiteur constitue un revenu imposable pour le bénéficiaire¹¹⁹. Si cette prestation est acquittée en un seul versement au-delà de la période de 12 mois, ce versement est assimilé à un revenu exceptionnel et peut donc bénéficier du système du quotient prévu par l'article 163 A du CGI sur demande du créancier¹²⁰.

69. Lorsque le débiteur ne respecte pas le délai de 12 mois prévu par le jugement ou la convention de divorce pour le versement de la prestation compensatoire se pose la question de l'avantage fiscal auquel il peut prétendre : réduction d'impôt ou déduction de son revenu global¹²¹. Cet avantage dépend-il des conditions de paiement théoriques prévues dans le jugement ou la convention de divorce ou plutôt de la réalité des versements effectués ? Le texte du 2° du II de l'article 156 du CGI ne permet pas de répondre directement à cette question car il vise « *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 la convention de divorce par consentement mutuel mentionnée à l'article 229-1 du même code a acquis force exécutoire ou le jugement de divorce, [...] est passé en force de chose jugée* » et non les versements effectués sur une période supérieure à douze mois « *conformément à la décision ou à la convention de divorce* ». Or la réponse à cette question est essentielle pour le créancier de la prestation compensatoire car elle conditionne la taxation à l'IR entre ses mains de la prestation.

70. Lorsque le capital est versé en tout ou partie au-delà du délai de 12 mois fixé par le jugement ou la convention de divorce, l'administration fiscale admettait que la somme soit déductible pour le débiteur, sauf si le débiteur avait manœuvré de la sorte pour bénéficier d'un régime fiscal favorable. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai du 20 octobre 2011¹²² a décidé qu'il résulte de la combinaison des articles 80 quater du CGI et des articles 274 et 275 du code civil que, quelle que soit la durée fixée par le juge du divorce pour le paiement d'une prestation compensatoire en capital échelonné, les sommes d'argent perçues au titre de cette prestation compensatoire sont imposables chez leur bénéficiaire selon le même régime fiscal que celui des pensions alimentaires et pour

¹¹⁹ CGI, art. 80 quater.

¹²⁰ BOI-IR-RICI-160-10, 12 sept. 2012, § 130.

¹²¹ Sur cette question, v. plus précisément : F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille, LexisNexis, 19^e éd., 2020, p. 472, n° 1505.

¹²² CAA Douai, 20 oct. 2011, n° 10DA00624 : RJF 2/12 n° 121.

l'ensemble du montant de cette prestation compensatoire, dès lors que les versements sont effectués sur une période supérieure à douze mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée. À la suite de cet arrêt, l'administration fiscale a changé sa solution et indique désormais, pour les versements effectués à compter du 4 avril 2012 (quelle que soit la date du jugement ou de l'homologation de la convention), que 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 à l'article 275 du code civil. 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.

71. Cette solution nous semble tout à fait justifiée : le débiteur ne saurait choisir le régime fiscal de la prestation compensatoire tant à son égard qu'à celui de son épouse en jouant sur les modalités de paiement. Il serait parfaitement inique de le laisser bénéficier d'un régime fiscal favorable du fait de l'irrespect des termes du jugement ou de la convention de divorce¹²³.

72. Une autre question se pose si **le jugement de divorce ou la convention ne mentionnent pas les modalités de paiement de la prestation compensatoire**. Dans ce cas, tout dépend selon l'administration fiscale des conditions dans lesquelles le débiteur s'acquitte de son obligation. Ainsi, l'administration fiscale considère que le créancier doit être imposé selon le régime des pensions alimentaires si la prestation est versée au-delà du délai de 12 mois à compter du

¹²³ Une autre technique semble ouverte au débiteur pour transformer la réduction d'impôt en déduction de l'IR : l'appel du jugement sur la prestation compensatoire. Sur ce sujet, v. F. Douet, Voies de recours et fiscalité de la prestation compensatoire : D. 2014, p. 2128.

jugement¹²⁴. Or cette position, très favorable au débiteur qui peut dès lors choisir unilatéralement le traitement fiscal de la prestation compensatoire pour les deux époux, est débattue ; mais en l'absence de décision du Conseil d'État sur cette question, la jurisprudence est divisée¹²⁵.

73. Cette situation n'est pas admissible dès lors qu'elle permet à l'époux de choisir le régime fiscal de la prestation compensatoire : on comprend qu'il optera pour le régime qui lui est favorable, et notamment l'étalement du paiement de la prestation s'il préfère déduire son montant de son revenu global¹²⁶. En miroir, l'épouse sera taxée sur les sommes reçues sans y avoir consenti ou sans qu'un juge l'ait décidé. Or on ne saurait laisser l'époux débiteur arbitrer en faveur du régime fiscal qui lui convient le mieux, sachant que par définition l'épouse qui bénéficie de la prestation se trouve dans une situation financière plus difficile.

Prestation compensatoire mixte

74. Une difficulté peut survenir en outre en cas de prestation compensatoire mixte versée pour partie sous forme de capital et pour partie sous forme de rente¹²⁷. La fraction versée sous forme de rente est déductible du revenu global de son débiteur et soumise à l'IR pour son créancier. Mais il résulte de l'article 199 octodécies, II du CGI que la partie versée sous forme de capital n'ouvre pas droit à la réduction d'impôt et n'est pas non plus déductible du revenu global de son débiteur. Cette règle du non-cumul entre déduction de la rente et réduction

¹²⁴ BOI-IR-RICI-160-10, 12 sept. 2012, § 210.

¹²⁵ En faveur de l'exonération du bénéficiaire : CAA Bordeaux, 14 mai 2013, n° 11BX01831 : Dr. fisc. 2012, n° 12, comm. 195 ; RJF 2/2014 n° 244. - CAA Versailles, 26 févr. 2013, n° 11VE02796 : Dr. fisc. 2013, n° 47, comm. 515. - TA Cergy-Pontoise, 21 nov. 2012, n° 1108443 : RJF 5/2013, n° 493. - CAA Lyon, 26 janv. 2012, n° 11LY00932 : RJF 6/2012 n° 598 ; BDCF 6/2012 n° 75, concl. P. Monnier. - TA Lyon, 5 oct. 2010, n° 082032 : RJF 6/2011, n° 704 ; BDCF 6/2011 n° 71, concl. C. Meillier ; Dr. famille 2011, n° 9, comm. 121, note F. Douet. - TA Caen, 19 mars 2009, 19 mars 2009, n° 0800228 : Dr. famille 2009, n° 7-8, comm. 99, note F. Douet. En faveur de l'imposition du bénéficiaire : TA Montpellier, 9 oct. 2008, n° 074834 : RJF 7/2009, n° 639 ; Dr. famille 2009, n° 9, comm. 121, note F. Douet. - TA Amiens, 10 juill. 2008, n° 0602804 : Dr. famille 2009, n° 1, comm. 10, note F. Douet ; Dr. fisc. 2008, n° 51, comm. 619, concl. G. Truy.

¹²⁶ F. Douet, Florilège de hiatus entre la fiscalité de la famille et le droit de la famille, préc., n° 7.

¹²⁷ Sur cette question, v. plus précisément : F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille, préc., p. 466, n° 1488.

d'impôt énoncée par l'administration et consacrée par la loi de finances rectificative pour 2001 paraît assez contestable. Comme le souligne un auteur : « *La sévérité affichée pour l'octroi du bénéfice de la réduction d'impôt aboutit, en réalité à une conséquence assez paradoxale en permettant la déduction si recherchée du capital* »¹²⁸.

75. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État¹²⁹, le Conseil constitutionnel vient de juger que les dispositions de l'article 199 octodécies, II du CGI dans leur rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 sont contraires à la Constitution, en tant qu'elles privent le débiteur d'une prestation compensatoire du bénéfice de la réduction d'impôt sur les versements en capital intervenus sur une durée inférieure à 12 mois, instituée par le I du même article, au seul motif que ces versements sont complétés d'une rente¹³⁰.

76. Que penser du régime contemporain de la prestation compensatoire ? Le traitement fiscal du capital versé sur une période supérieure à 12 mois qui permet à l'époux débiteur de le déduire de son revenu global est, à nos yeux, particulièrement critiquable. L'équité fiscale ne semble pas atteinte dès lors que la possibilité d'attribuer la prestation sous la forme d'un capital renté permet au conjoint débiteur de défiscaliser le capital comme la rente : l'époux bénéficie alors d'un avantage fiscal confortable au détriment de l'épouse qui peut se retrouver dans une situation critique¹³¹. Il paraît inique de permettre à l'époux aux revenus et/ou au patrimoine les plus importants, donc le mieux armé pour

¹²⁸ N. Gonzalez-Gharbi, Les conséquences fiscales du divorce après la loi du 26 mai 2004, préc., n° 32.

¹²⁹ CE, 15 nov. 2019, n° 434325 : Dr. fisc. 2020, n° 2, comm. 59.

¹³⁰ CC, 31 janv. 2020, n° 2019-824 QPC : IP 2-2020, n° 4, § 20, comm. R. Canalès ; RJF 4/2020, n° 375 : Le Conseil constitutionnel n'abroge pas les dispositions qu'il a déclarées contraires à la Constitution mais qui, dans la rédaction dans laquelle il les a examinées, ne sont plus en vigueur à la date de sa décision. Mais on peut penser que les dispositions aujourd'hui applicables s'exposent aux mêmes motifs de contrariété à la Constitution relevés par le Conseil constitutionnel pour le dispositif en vigueur avant le 1^{er} janvier 2017.

¹³¹ N. Gonzalez-Gharbi écrit : « *Mais force est de constater que la volonté affichée de favoriser fiscalement le paiement en capital a débouché sur un régime offrant le choix de deux modes de défiscalisation au débiteur, souvent au détriment du créancier. En effet, la loi de 2000, tout en réaffirmant la prééminence du capital, a permis d'accorder au débiteur des délais de paiement assortis du bénéfice de la déduction fiscale. Le débiteur, sans plus de contorsions juridiques ni aléas peut enfin défiscaliser le capital dans les mêmes conditions que la rente* », in Les conséquences fiscales du divorce après la loi du 26 mai 2004, préc., n° 25.

envisager sa vie post-divorce, de profiter de la séparation pour réduire le montant de ses impôts au détriment de l'épouse qui va non seulement perdre son niveau de vie, mais également être taxée sur la prestation reçue.

77. Il convient donc que le juge du divorce soit conscient de cet écueil et n'autorise le versement de la prestation au-delà d'un délai de 12 mois que de façon tout à fait exceptionnelle quand la situation patrimoniale du conjoint débiteur l'impose. On peut toutefois douter de la réceptivité des juges à cet égard : nous avons évoqué certaines statistiques connues en matière de divorce qui montrent un quasi-effacement de la prestation compensatoire (V. § 57). En la matière, le code civil propose pourtant une solution équilibrée ménageant l'intérêt du conjoint le plus faible : la difficulté provient donc essentiellement de l'appréciation contemporaine des juges quant à la réalité sociologique du divorce. Les juges ne tentent plus de compenser les disparités entre les époux inéluctables à l'issue de la séparation mais se contentent d'attribuer à l'épouse une simple indemnité de reconversion. L'iniquité du traitement fiscal du capital renté vient alors malheureusement renforcer la tourmente financière pour l'épouse.

78. En ce qui concerne les prestations fixées conventionnellement, le traitement fiscal est évidemment un élément important de la négociation : les épouses doivent absolument comprendre les enjeux fiscaux afin de tenter d'obtenir une prestation susceptible de compenser l'inévitable choc financier que constituera le divorce à court, moyen et long terme.

B. Les limites du mécanisme de décharge de solidarité fiscale

79. En France, la solidarité des couples pour le paiement de l'impôt sur le revenu est un mécanisme ancien qui a été institué par le deuxième alinéa de l'article 28 du décret-loi du 2 mai 1938 (codifié aux articles 1685 et 1685 bis du CGI) aux termes duquel : « *Lorsqu'ils vivent sous le même toit, chacun des conjoints est solidairement responsable des impositions assises au nom de son conjoint au titre de la contribution mobilière et de l'impôt général sur le revenu* ».

80. L'article 9 de la loi de finances pour 2008 a abrogé les articles 1685 et 1685 bis à compter du 1^{er} janvier 2009 et a institué corrélativement à l'article 1691 bis

de nouvelles dispositions relatives à la solidarité fiscale¹³². En vertu de l'article 1691 bis, I du CGI, les époux sont tenus solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune et de la taxe d'habitation lorsqu'ils vivent sous le même toit¹³³. Le régime matrimonial des époux n'a pas d'incidence sur cette solidarité fiscale¹³⁴.

81. Cette solidarité peut en outre être mise en œuvre après le divorce, la séparation ou la rupture du PACS pour les impositions nées auparavant. Ainsi le Trésor public peut-il demander à un ancien conjoint le paiement de la totalité de ces impôts liés à la période de vie commune, nonobstant sa propre situation financière.

82. Pendant l'instance en divorce, l'article 6, 4, b du CGI permet aux époux d'être imposés distinctement dès lors que leur résidence séparée est juridiquement établie. La solidarité résulte de la date de naissance de l'obligation fiscale : pour limiter les effets du principe de la solidarité fiscale, les époux en instance de divorce doivent donc rapidement fixer la date de la résidence séparée en fonction de la date de naissance des obligations fiscales. Ainsi la résidence séparée constatée par le juge au 1^{er} janvier de l'année fait-elle échec à la solidarité des époux à l'impôt sur le revenu dû au titre de cette année.

83. La solidarité fiscale des époux ou partenaires du PaCS peut avoir des effets dévastateurs après la séparation du couple pour celui qui dispose de faibles revenus. Pour la pallier, un mécanisme de décharge de solidarité a été prévu dont le régime a été profondément modifié par la loi de finances pour 2008.

84. Le régime ancien de la décharge de solidarité était codifié aux articles 1685 et 1685 bis du CGI. La décharge de solidarité relevait alors d'une demande gracieuse possible en matière d'impôt sur le revenu ou de taxe d'habitation (mais exclue en matière d'ISF). La demande de décharge adressée au trésorier-payeur général du lieu d'imposition devait être motivée. L'administration statuait en prenant en

¹³² L. Chatain, La solidarité fiscale : une affaire de couple : AJ Famille avr. 2019, p. 194.

¹³³ L'article 1723 ter-00 B du CGI prévoit également que les époux et partenaires liés par un PaCS sont solidaires pour le paiement de l'impôt sur la fortune immobilière (solution identique pour l'ISF aux termes de l'ancien article 1723 ter-00 B).

¹³⁴ CE, 27 nov. 1963, n° 45235. - CE, 24 juill. 1981, n° 15128 et 14974 : RJF 10/1981 n° 936. - CE, 1^{er} juin 1983, n° 22995 : RJF 8-9/1983, n° 1075. - CE, 22 janv. 2007, n° 274146, Anastasiu : RJF 12/2005 n° 1482.

compte la situation financière et familiale du demandeur, sa bonne foi, son passé fiscal, sa participation à l'acquisition des revenus taxés, le profit retiré des revenus du conjoint et éventuellement le maintien de la communauté de vie et d'intérêts. Pour accorder la décharge, l'administration vérifiait essentiellement l'existence d'une disproportion marquée entre le montant des impôts dus et les revenus actuels du demandeur : le Conseil d'État avait notamment jugé que la capacité contributive du débiteur solidaire est essentiellement fonction de son revenu, et que l'épouse délaissée ne devait pas être amenée à aliéner une partie de son patrimoine pour acquitter la dette d'impôt de son ex-mari¹³⁵. La décision d'accorder ou refuser la décharge relevait du pouvoir discrétionnaire de l'administration : sa décision n'avait donc pas à être motivée¹³⁶. Ce régime de décharge de solidarité avait fait l'objet de critiques¹³⁷ : des auteurs regrettaient notamment l'absence de critères précis d'appréciation de la demande en décharge¹³⁸, dont l'appréciation, arbitraire, ne dépendait que du bon vouloir du décideur.

85. Le nouveau régime de la décharge de solidarité est fixé par l'article 1691 bis, II du CGI qui prévoit :

« 1) Les personnes divorcées ou séparées peuvent demander à être déchargées des obligations de paiement prévues au I ainsi qu'à l'article 1723 ter-00 B lorsque, à la date de la demande :

a) Le jugement de divorce ou de séparation de corps a été prononcé ou la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats a été déposée au rang des minutes d'un notaire ;

b) La déclaration conjointe de dissolution du pacte civil de solidarité établie par les partenaires ou la signification de la décision unilatérale de dissolution du pacte civil de solidarité de l'un des partenaires a été enregistrée au greffe du tribunal judiciaire ;

¹³⁵ CE, 3 oct. 1990, n° 98.430 : Dr. fisc. 1991, n. 9, comm. 433 ; RJF 11/1990, n° 1397. - CE, 12 févr. 1992, n° 56956, Engelhard : Dr. fisc. 1992, n° 19-20, comm. 999, concl. J. Arrighi de Casanova.

¹³⁶ CE, 29 juin 1988, n° 58265 et 58400 ; RJF 10/1988, n° 1171.

¹³⁷ F. Douet souligne notamment les conditions très strictes de la décharge avant 2008 (À propos de la solidarité fiscale des époux et partenaires : les demandes gracieuses en décharge de solidarité : AJ Famille 2004, p. 10).

¹³⁸ E. Obadia et M. Sieraczek, La responsabilité solidaire des époux au paiement de l'impôt sur le revenu : la nécessaire refonde d'une disposition obsolète : Dr. fisc. 2006, n° 17-18, ét. 17, n° 18.

- c) *Les intéressés ont été autorisés à avoir des résidences séparées ;*
- d) *L'un ou l'autre des époux ou des partenaires liés par un pacte civil de solidarité a abandonné le domicile conjugal ou la résidence commune.*
- 2) *La décharge de l'obligation de paiement est accordée en cas de disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale et, à la date de la demande, la situation financière et patrimoniale, nette de charges, du demandeur. (...) »*

86. En application de ce texte, les conditions à satisfaire pour bénéficier de la décharge de solidarité sont particulièrement strictes¹³⁹. La décharge est subordonnée à la réalisation de trois conditions cumulatives :

- un comportement fiscal irréprochable du demandeur (et de son conjoint) ;
- la rupture de la vie commune ;
- une disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale et la situation financière et patrimoniale du demandeur.

87. Tout d'abord, le demandeur à la décharge de solidarité doit avoir fait preuve d'un comportement fiscal irréprochable. Il ne doit pas s'être frauduleusement soustrait (ou avoir tenté de le faire) au paiement de l'impôt en organisant son insolvabilité ou en faisant obstacle par diverses manœuvres au paiement de l'impôt¹⁴⁰. Si cette condition semble raisonnable, le Professeur Gutmann s'interroge néanmoins : *« En outre, on peut s'interroger sur l'attitude qu'adoptera l'administration lorsque la demande en décharge sera formée à la suite d'un redressement fiscal portant sur la période d'imposition commune. L'administration acceptera-t-elle la décharge ou sera-t-elle tentée de la refuser en alléguant que l'époux demandeur s'est soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement au paiement de l'impôt ? »*¹⁴¹. En pratique, l'administration exige également un comportement fiscal irréprochable du conjoint du demandeur, ce qui pose les plus grandes difficultés à l'époux « de bonne foi » d'un conjoint fraudeur pour solliciter une décharge.

88. Ensuite, seules les personnes divorcées ou séparées peuvent introduire une demande en décharge de responsabilité solidaire. L'épouse demeurant encore au domicile conjugal avec son conjoint ne peut donc pas solliciter la décharge. Il a

¹³⁹ M. Douay, Responsabilité solidaire des époux et partenaires liés par un PACS, JCl. Procédures fiscales, Fasc. 589, 31 déc. 2015, n° 30 et s.

¹⁴⁰ BOI-CTX-DRS-10, 14 oct. 2015, § 120.

¹⁴¹ D. Gutmann, Vers la fin de la solidarité fiscale pour les couples : Le Monde, 16 août 2008.

été jugé que l'épouse dont le divorce n'est prononcé que postérieurement aux années d'imposition à l'IR en litige et qui ne produit aucun élément attestant d'une rupture de la vie commune au cours de ces années doit être regardée comme responsable solidairement du paiement de l'IR mis à sa charge et à celle de son ex-époux au titre de ces années¹⁴².

89. Enfin, la décharge de solidarité n'est accordée qu'en cas de disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale et la situation patrimoniale¹⁴³ et financière¹⁴⁴ du demandeur¹⁴⁵. Il ressort de la doctrine administrative que la disproportion s'analyse successivement au regard de la situation patrimoniale et de la situation financière, mais que le montant de la dette fiscale se compare à la somme de ces éléments. Lorsque la dette fiscale est inférieure ou égale à la valeur du patrimoine ainsi déterminée, il n'y a pas en principe de disproportion marquée¹⁴⁶. Également, si la situation financière du demandeur permet de procéder à un règlement de la dette fiscale nette de la valeur du patrimoine sur une période n'excédant pas dix ans, la disproportion n'est pas considérée comme marquée¹⁴⁷. Une décision rendue par le Conseil d'État le 16 février 2018 semble toutefois remettre en cause cette pratique administrative. Dans cette affaire, la dette fiscale de l'épouse s'élevait à 77 246 € à la date de la demande en décharge de l'obligation solidaire et elle disposait d'un patrimoine mobilier s'élevant à 44 457 € et d'un revenu annuel net de charges en sa qualité d'auxiliaire de vie de 8 891 €. L'administration fiscale avait refusé la décharge de solidarité en soutenant que, compte tenu de sa situation financière et patrimoniale, l'épouse aurait pu s'acquitter de sa dette fiscale dans un délai inférieur à 5 ans. Devant le Conseil d'État, le rapporteur public a conclu en faveur de la décharge de solidarité au motif que la pratique revendiquée par l'administration qui consiste à tenir compte des revenus sur cinq ans est non seulement dissonante par rapport aux instructions administratives qui préconisent une durée plus longue de dix ans, mais aussi contraire à la lettre de la loi qui impose d'apprécier une situation

¹⁴² CE, 8 oct. 2010, n° 334160 et 334161 : RJF 1/2011 n° 98.

¹⁴³ La situation patrimoniale permet de déterminer les capacités de remboursement par le demandeur de la dette fiscale au regard du patrimoine dont il dispose à cette date (BOI-CTX-DRS-10, 14 oct. 2015, § 150).

¹⁴⁴ La situation financière permet de déterminer les capacités de remboursement par le demandeur de la dette fiscale au regard des ressources dont il dispose à cette date (BOI-CTX-DRS-10, 14 oct. 2015, § 190).

¹⁴⁵ CAA Bordeaux, 15 janv. 2015, n° 14BX01120 et 14BX01449 : RJF 6/2015, n° 535.

¹⁴⁶ BOI-CTX-DRS-10, 14 oct. 2015, § 200.

¹⁴⁷ *Idem*.

financière à la date de la demande, et non en en tenant compte de l'évolution, au demeurant aléatoire, de la situation du contribuable sur les cinq ou dix années à venir¹⁴⁸. Suivant les conclusions du rapporteur public, la haute juridiction a considéré qu'il existait une disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale de l'épouse et sa situation financière et patrimoniale, nette de charges, alors même que la dette de l'épouse était susceptible d'être éteinte dans un délai inférieur à cinq ans après la cession de l'ensemble de son patrimoine mobilier¹⁴⁹.

90. Malgré cette décision, la jurisprudence peut sembler parfois très sévère. Ainsi, dans une décision rendue sous l'ancien régime de la décharge, le Conseil d'État a décidé que le trésorier-payeur général ne commettait pas d'erreur manifeste d'appréciation en refusant la demande tendant à la décharge de sa responsabilité solidaire s'agissant du paiement d'impositions s'élevant à 81 045 € alors que le contribuable disposait de revenus annuels d'un montant de 16 259 € et de revenus fonciers nets d'un montant de 2 229 € et qu'il était propriétaire avec son épouse d'un appartement donné en location¹⁵⁰. Dans cette affaire, la dette fiscale représentait quatre fois et demie les revenus annuels du conjoint recherché en paiement. Dans une autre décision, le Conseil d'État a considéré que le trésorier-payeur général n'avait pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de la situation pécuniaire de l'épouse qui percevait un revenu mensuel de 20 000 F, en refusant de la décharger d'une dette d'impôt de 65 833 F dont il lui avait été accordé de s'acquitter par des versements mensuels de 5 000 F. La circonstance que l'un des époux n'a pas été complice des fraudes de son conjoint et ni personnellement profité des revenus dissimulés par l'autre n'était pas, elle-même, de nature à justifier la décharge de sa responsabilité¹⁵¹. Dans d'autres décisions sont rejetés les moyens tirés de ce que le demandeur était en fait victime des agissements frauduleux de son ex-conjoint¹⁵² ou que les impositions réclamées avaient pour seule base des revenus dissimulés par l'autre conjoint¹⁵³.

91. Ainsi, l'époux solidaire ne doit disposer que de revenus ou d'un patrimoine

¹⁴⁸ R. Victor, concl. ss CE, 16 févr. 2018, n° 409496 : RJF 6/ 2018, n° C 683.

¹⁴⁹ CE, 16 févr. 2018, n° 409496 : RJF 6/2018, n° 683.

¹⁵⁰ CE, 24 avr. 2012, n° 345404, Gelly : Dr. fisc. 2012, n° 38, comm. 447.

¹⁵¹ CE, 31 déc. 1994, n° 132237 : Dr. fisc. 1995, n° 43, comm. 2048.

¹⁵² CAA Paris, 7 nov. 1995, n° 94-2149, Derlon : Dr. fisc. 1996, n° 14, comm. 482 ; RJF 5/1996, n° 664.

¹⁵³ CE, 21 déc. 1994, n° 132 237, Hutin : Dr. fisc. 1995, n° 43, comm. 2048 ; RJF 2/1995, n° 262.

très faibles pour pouvoir bénéficier de la décharge¹⁵⁴. On imagine sans peine la détresse d'un conjoint ayant un faible salaire ou un maigre bien immobilier devant faire face à une demande en paiement d'un impôt lié aux revenus élevés ou au patrimoine important de son « riche » ex-partenaire¹⁵⁵.

92. Le mécanisme de la décharge de solidarité paraît donc particulièrement inique. Comme nous l'avons évoqué, les femmes perçoivent, aujourd'hui encore, des revenus inférieurs à ceux de leur conjoint et sont bénéficiaires de 98 % des prestations compensatoires versées. Du fait de la conjugalisation de l'impôt, le taux de l'impôt sur le revenu prélevé sur leur salaire est généralement supérieur à celui qui serait prélevé si cet impôt était individualisé. Et enfin, après le divorce, l'épouse peut être tenue de payer un impôt sur le revenu de son ex-conjoint né lors de leur période de vie commune. Il faut au surplus rappeler que cette solidarité est indépendante du régime matrimonial des époux : l'épouse séparée de biens peut donc être condamnée à contribuer à l'impôt sur les revenus provenant de biens propres de son ex-conjoint. Alors que le divorce entraîne pour une majorité de femmes une perte sensible de revenus, leur situation financière peut être encore obérée par le paiement d'impositions sur des revenus dont elles n'ont pas bénéficié ou provenant d'un patrimoine qu'elles ne possèdent pas.

93. Le fondement de la solidarité fiscale est la garantie du recouvrement de l'impôt¹⁵⁶ : « *Le Prince usant à son profit de la puissance publique (charité bien ordonnée...), après tout en vue de sauvegarder l'intérêt commun, toute une série de dispositions du code général des impôts édicte la solidarité afin de garantir le paiement au Trésor* »¹⁵⁷. Le mécanisme de la solidarité fiscale met ainsi en lumière le conflit inhérent à la matière fiscale : protection de l'État *versus* protection du contribuable (ici l'ex-conjoint). Pour le Professeur L. Ayrault, la solidarité fiscale du couple constitue une garantie en matière de recouvrement qui est justifiée par la nécessaire protection des intérêts du Trésor¹⁵⁸. Il considère que ce dispositif est satisfaisant, même en cas de rupture du lien juridique de vie commune, grâce à la technique de la décharge de solidarité. Or, nous l'avons vu,

¹⁵⁴ Pour un exemple récent : CAA Bordeaux, 9 juill. 2020, n° 18BX02363.

¹⁵⁵ D. Gutmann, Vers la fin de la solidarité fiscale pour les couples, préc.

¹⁵⁶ H. Lalou, Droit fiscal contre droit civil : DH 1927, chron. p. 9. - D. Grillet-Ponton, L'obligation solidaire des époux à la dette fiscale ou la tunique de Nessus ? : JCPN 2002, ét. 1280, n° 7.

¹⁵⁷ P. Le Tourneau et J. Julien, Solidarité : Rép. civil Dalloz, juin 2018., n° 83.

¹⁵⁸ L. Ayrault, Le couple et l'impôt, *in* Refonder l'impôt sur le revenu ?, ss dir. L. Vapaille : L'Harmattan, 2013, p. 199.

la décharge de solidarité est un mécanisme très insuffisant pour protéger le conjoint en situation de faiblesse. Les conditions nécessaires à l'obtention de la décharge sont en effet si sévères que seule l'épouse avec des revenus minimes et sans quasiment aucun patrimoine peut en bénéficier. Le législateur a donc fait le choix de la protection des finances publiques, mais cet intérêt général peut-il vraiment primer sur la protection de l'épouse qui se trouve objectivement dans une situation de faiblesse à l'occasion du divorce ? Est-il concevable de lui faire supporter l'impôt lié aux revenus de son ex-époux qui, par hypothèse, ne l'a pas payé ou s'est mis en situation, malgré ses revenus ou son patrimoine, de ne pas le payer ? La solidarité fiscale apparaît donc comme un procédé inique que le mécanisme de décharge ne permet pas de réparer.

Conclusion

94. Le droit civil semble aujourd'hui aveugle à la sociologie réelle du divorce. Le discours ambiant sur l'égalité des sexes tendant à supprimer toute référence au genre dans les textes conduit à la négation d'une inégalité réelle qui se perpétue. Les différences de revenus et de patrimoine entre hommes et femmes perdurent, et le divorce ne fait qu'aggraver la situation. Il est regrettable qu'en appliquant les règles civiles du divorce, les juges aient oublié leur objectif essentiel de protection des conditions de vie de l'époux le plus faible.

95. Le droit fiscal ne permet pas de remédier à cette difficulté. Le traitement fiscal actuel du divorce balance entre équité apparente et iniquité avérée¹⁵⁹. Si la taxation séparée des époux pendant la procédure de divorce est tout à fait appropriée, le régime fiscal en matière de pension alimentaire pose question. La déduction de la pension alimentaire par le débiteur apparaît comme une faveur fiscale doublement discutable : au regard des époux mariés pour lesquels la

¹⁵⁹ Des auteures soulignent également le manque de neutralité du système fiscal français qui constitue une double incitation fiscale aux unions officielles et à la dépendance financière de la femme par l'octroi de mesures permettant de réduire l'assiette imposable du foyer fiscal (déduction des pensions alimentaires et prestations compensatoires notamment) ou de réduire le tarif de l'impôt sur le revenu (application du quotient conjugal et familial par exemple). Elles concluent par ce triste constat : « *Dans tous les cas, le message adressé aux femmes par notre système d'imposition paraît clair : soyez en couple, ayez des enfants, travaillez avec modération, et ne vous enrichissez pas !* » (A. Trindade Marinho et L. Vapaille, *La fiscalité des particuliers au prisme du genre*, in *La loi et le genre, Études critiques de droit français* ; CNRS éditions, 2014, p. 464).

déduction des frais d'entretien des enfants est impossible ; au regard de l'épouse qui est taxée sur une pension qui ne constitue pas un réel enrichissement. Par ailleurs, le traitement fiscal de la prestation compensatoire versée sur une période supérieure à 12 mois apparaît particulièrement inique car il offre au débiteur un outil de défiscalisation facile et sans risque. Enfin, le mécanisme de décharge de solidarité tel qu'il ressort de la jurisprudence actuelle est profondément choquant : l'impôt se transforme pour l'épouse démunie en une peine de longue durée. Le droit fiscal ne peut certes pas réparer les défaillances des juges civils, mais on peut espérer, à tout le moins, qu'il ne contribue pas à les exacerber.

L. CHATAIN