

ENREGISTREMENT

Depuis quelque temps, l'administration fiscale prétend de plus en plus souvent appliquer à l'exercice du préciput la fiscalité du partage. Les auteurs de la présente étude qui ont eu à connaître de la question dans le cadre de leur activité libérale ou professionnelle ainsi qu'il est expliqué ci-dessous, ont pensé que les conclusions de leurs réflexions et échanges pourraient intéresser le notariat à l'heure où les notifications de redressements se multiplient : non, l'exercice du préciput ne constitue pas un partage et pas davantage une « opération de partage » taxable sur le fondement de l'article 746 du CGI ou par analogie, contrairement à ce que soutient l'Administration.

1161

Non, le préciput n'est pas soumis aux droits de partage



Étude rédigée par Claude Brenner, Sophie Gonsard et Antoine Bouquemont

Claude Brenner, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II). – Sophie Gonsard, notaire au sein du réseau ALTHÉMIS. – Antoine Bouquemont, notaire à Reims, rapporteur général du 114^e Congrès des notaires de France

1 - **Notion et utilité civile du préciput.** – La clause de préciput, conférant au survivant des époux ou à l'un d'eux s'il survit, la faculté de prélever à titre gratuit un ou plusieurs biens communs déterminés avant tout partage (*C. civ., art. 1515 à 1519*), est un aménagement conventionnel du régime de la communauté aux intérêts civils éminents. Constitutive d'un avantage matrimonial, elle offre une alternative fort utile aux libéralités entre époux dans la mesure où, sauf la présence d'enfant non commun, elle ne se heurte pas à la limitation de la liberté de disposition à titre gratuit résultant de la réserve héréditaire (*C. civ., art. 1527, al. 1^{er}*), ni ne vient en déduction de la vocation successorale légale du conjoint survivant (*C. civ., art. 758-6*). Optionnel et librement modulable dans son extension, l'avantage qu'elle confère présente en même temps un caractère moins radical que la clause d'attribution intégrale de la communauté et une meilleure adaptabilité à la situation familiale et aux besoins

concrets du conjoint survivant que la clause de partage inégal¹ ; une adaptabilité susceptible de la rapprocher avantageusement, de ce point de vue, d'une libéralité à cause de mort susceptible de cantonnement par la volonté de l'époux bénéficiaire (*C. civ.*, art. 1002-1 et 1094-1, al. 2).

2 - Traitement fiscal classique du préciput. – Traditionnellement, les avantages civils du préciput se doublaient en outre d'un traitement fiscal favorable : à l'époque où les libéralités au conjoint survivant étaient assujetties aux droits de mutation à cause de mort, le préciput y échappait, sauf retranchement, au même titre que la clause d'attribution intégrale de la communauté. Car il a toujours été entendu qu'il ne réalise pas une mutation². En même temps, la pratique, en accord avec la nature de prélèvement avant partage du préciput, écartait l'application du droit de partage³.

3 - Nouvelle prétention de l'administration fiscale. – Depuis quelque temps, sur fond d'augmentation des droits de partage et de durcissement de la politique de recouvrement de l'impôt, l'Administration a cependant entrepris de procéder à des redressements en prétendant appliquer à l'exercice des préciputs la fiscalité du partage⁴.

Il semble que les premières notifications de redressement datent d'environ 24 mois et aient essaimé jusqu'à gagner progressivement les grandes métropoles et Paris. Il semble aussi que l'argumentaire avancé soit toujours à peu près le même : le prélèvement à titre de préciput aurait lieu avant le partage de la succession, mais non pas avant celui de la communauté qu'il contribuerait au contraire à réaliser en soustrayant les valeurs prélevées à l'indivision postcommunautaire, de sorte que la taxation s'imposerait.

4 - Appréciation critique. – C'est dans un tel contexte que les signataires de cette étude ont eu à connaître de la question, l'un ayant subi une notification de redressement contre lequel un

contentieux a été engagé, suite au refus de l'Administration d'entendre les arguments qui lui ont été opposés, l'autre ayant été consulté par lui dans ce contentieux et le troisième ayant été amené à connaître de la difficulté à l'occasion de conférences et dans l'exercice de ses fonctions à l'Institut des études juridiques du Conseil supérieur du notariat. Or, leurs recherches et échanges les ont convaincus que la nouvelle prétention à taxation de l'administration fiscale est infondée et que leurs réflexions pourraient être utiles aux notaires qui sont de plus en plus nombreux à être confrontés à cette prétention. Étant rappelé que les droits d'enregistrement sont organisés sur un mode limitatif, nécessitant le soutien d'un texte⁵ et que la fiscalité est en principe tributaire des qualifications du droit civil s'agissant de la nature des actes qui y sont soumis⁶, deux raisons élémentaires excluent selon eux l'exigibilité du droit de partage : d'une part, l'exercice du préciput ne constitue pas un partage (1), d'autre part, il ne saurait être qualifié de façon plus accueillante d'« opération de partage » taxable sur le fondement de l'article 746 du CGI ou par analogie (2).

1. Pourquoi l'exercice du préciput ne constitue pas un partage

5 - Une opération préalable au partage de la communauté. – Le premier argument avancé par l'administration fiscale au soutien de la taxation à laquelle elle prétend se heurter à des objections très évidentes. Pour elle, le prélèvement opéré à l'occasion de l'exercice d'un préciput, s'il est une opération préalable au partage de la succession de l'époux précédé, participerait en revanche du partage de la communauté. Ainsi serait conciliée l'assujettissement du préciput au droit de partage et la qualification de prélèvement avant partage que lui donne l'article 1515 du Code civil.

Il suffit cependant de relire le texte pour constater le contraire. Dans la définition qu'il donne du préciput, l'article 1515 prend en effet soin de préciser que son exercice intervient avant « *tout partage* », non pas seulement avant partage de la succession de l'époux précédé, et sa syntaxe ne laisse aucun doute sur le partage ainsi visé. En énonçant que : « *il peut être convenu, dans le contrat de mariage, que le survivant des époux... sera autorisé à prélever sur la communauté, avant tout partage, [un ou plusieurs biens ou valeurs]* », le texte signifie en effet sans ambiguïté que le partage concerné est celui de la communauté.

Aussi bien, le texte a toujours été ainsi compris par les auteurs, ce qui ressort implicitement ou explicitement de leurs écrits⁷.

1 Pour une étude comparative : A. Bouquemont, *Les clauses du contrat de mariage relatives au partage de la communauté* : Defrénois 2019, n° 149G7.

2 Il ne saurait s'agir d'une mutation à titre gratuit, puisque le Code civil écarte en principe la qualification de donation (aussi bien entre vifs qu'à cause de mort) ; il ne saurait pas davantage s'agir d'une mutation à titre onéreux, puisque, par hypothèse, le préciput ne comporte pas de contrepartie, donc de prix.

3 Les anciens traités de l'enregistrement, qui relevaient que le préciput conventionnel ne donne lieu ni à la perception du droit fixe sur le contrat de mariage, ni à la perception du droit de mutation lors de l'exercice du préciput, ne prenaient même pas la peine d'envisager l'éventualité de sa soumission au droit de partage : par ex. Dublineau, *Traité théorique et pratique de l'enregistrement* : Sirey, 1921, n° 1365. – Maguero, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, t. 2 : 2^e éd., V^o Contrat de mariage, n° 1663.

4 V. *Application du droit de partage aux clauses de préciput, de nouveaux redressements fiscaux à contester, 3 questions à Stéphanie Meignin* : JCP N 2020, n° 29, 1160.

5 Par ex. *Mémento Lefebvre Fiscal 2020*, n° 63550.

6 V. spéc. en matière de partage : J. Molinier, *Le partage en droit fiscal*, Th. multigr. : Bordeaux, 2016, n° 13.

7 V. Par ex. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, t. 9 : 1813, V^o Préciput conventionnel. – Toullier, *Droit civil français*, t. 13 : 3^e éd., 1836, n° 390. – Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. 5 : 7^e éd., 1873, art. 1515, p. 739, III. – Guillaouard, *Traité du contrat de mariage*, t. 3 : 1888,

L'exercice du préciput consiste en un prélèvement de bien commun opéré avant partage de la communauté et cette antériorité exclut, suivant la doctrine même de l'Administration, l'exigibilité du droit de partage

De son côté, la Cour de cassation le postule lorsqu'elle retient que le préciput ne saurait être confondu avec la stipulation de parts inégales, qui est une autre convention matrimoniale⁸. À quoi s'ajoute qu'au temps où il pouvait être renoncé à la communauté, le Code civil permettait l'exercice du préciput par l'époux renonçant, ce qui eût été inconcevable si le préciput avait consisté en une attribution dans le partage de la communauté.

6 - Défaut des conditions d'exigibilité du droit de partage. –

L'exercice du préciput consiste donc en un prélèvement de bien commun opéré avant partage de la communauté et cette antériorité exclut, suivant la doctrine même de l'administration fiscale, l'exigibilité du droit de partage.

Selon le *Bulletin officiel des finances publiques* (BOFiP), quatre conditions cumulatives sont en effet requises pour l'exigibilité du droit de partage⁹ :

- l'existence d'une indivision entre les copartageants à l'époque du partage ;
- la justification de cette indivision ;
- l'existence d'une opération d'allotissement ;
- enfin, l'existence d'un acte constatant le partage.

Or, la réunion de ces conditions fait manifestement défaut lors d'un prélèvement préciputaire par l'époux survivant en application de son contrat de mariage.

7 - Premièrement, il est plus que douteux que l'indivision post-communautaire unisse juridiquement le conjoint survivant et les héritiers du *de cuius*, avant l'exercice du préciput sur les biens en faisant l'objet¹⁰. Car, si le préciput suppose la manifestation de volonté de l'époux bénéficiaire de s'en prévaloir, postérieurement à la dissolution de la communauté, cette faculté de prélèvement lui est conférée par le contrat de mariage à titre de copropriétaire de la communauté et non pas d'indivisaire ayant des droits à faire valoir dans son partage : ce qu'exprime le fait que le préciput réalise un prélèvement avant partage de la com-

munauté¹¹. En somme, le préciput consiste en une option (un droit potestatif) dont les effets remontent à la dissolution de la communauté, au même titre que l'acceptation d'une succession fait remonter les droits de l'héritier à la date de son ouverture, parce qu'il consiste à déclarer un droit de propriété qui est réputé avoir appartenu exclusivement au conjoint survivant bénéficiaire depuis la dissolution de la communauté lorsqu'il s'en pré-

valait¹². Dans l'attente de sa manifestation de volonté de s'en prévaloir, il serait, du reste, inacceptable qu'un héritier de l'époux prédécédé puisse faire vendre un bien objet du préciput pour motif d'urgence sur le fondement de l'article 815-6 du Code civil sous prétexte de sa nature indivise¹³ et bien plus probable qu'au besoin, il puisse seulement agir à titre conservatoire de son droit éventuel à la propriété en s'autorisant du droit commun du référé ou des ordonnances sur requête (*CPC, art. 835 et 845*).

8 - Deuxièmement, le partage revêt soit une nature conventionnelle, soit un caractère judiciaire à défaut d'accord entre les coindivisaires sur la répartition des biens, étant précisé qu'un partage partiel ne peut en principe être imposé à l'indivisaire n'y consentant pas¹⁴. Or, le prélèvement préciputaire manifeste l'exercice d'une faculté unilatérale procédant de la volonté discrétionnaire du conjoint survivant. Il ne requiert ni l'accord des héritiers du prédécédé, ni l'intervention du juge. Sa constitution juridique l'oppose donc radicalement au partage, auquel il ne saurait être ramené pour les seuls besoins de la taxation¹⁵.

9 - Troisièmement et par-dessus tout, la définition même du préciput est exclusive de tout allotissement, c'est-à-dire de l'at-

11 L'hypothèse peut être rapprochée de la reprise en nature de ses apports par un associé avant partage du boni de liquidation d'une société dont l'administration fiscale admet traditionnellement qu'elle soit soustraite à l'exigibilité du droit de partage en vertu de la théorie dite « de la mutation conditionnelle ».

12 Cette analyse a été consacrée par la Cour de cassation au sujet de la clause dite « commerciale » (*C. civ., art. 1390. – Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 1975, n° 73-13.025 : Bull. civ. I, n° 49, JCP G 1975, IV, 95 ; Defrénois 1976, art. 31056, p. 318, note G. Morin*). – Et, semblablement au sujet de la clause de prélèvement d'un bien commun moyennant indemnité : *Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1981, n° 80-11.142 : Bull. civ. I, n° 223 ; JCP N 1982, II, p. 195, note Ph. Rémy ; JCP G 1983, II, 19979, note M. Dagot*.

13 Sur l'existence de cette possibilité, lorsqu'il y a effectivement indivision, V. par ex. : *Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-20.158 : JurisData n° 2013-027900 ; Bull. civ. I, n° 236. – Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 15-10.978 : JurisData n° 2015-026990 ; Bull. civ. I, n° 308*.

14 *V. Rép. civ. Dalloz, V° Partage [1^{er} Notion], par Cl. Brenner, n° 37*.

15 *V. J. Molinier, th. préc. note 6, spéc. n° 208, 227 et 228*.

n° 1622. – *Rodière et Pont, Traité du contrat de mariage, t. 3 : 2^e éd., 1869, n° 1571. – Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. 3, par Julliot de la Morandière : Dalloz, 10^e éd., 1950, n° 543. – Aubry et Rau, Droit civil français, t. 8, par Ponsard : 7^e éd., 1973, n° 342. – Savatier, Cours de droit civil, t. 3 : 1947, n° 247 (préciput). – Flour et Champenois, Les régimes matrimoniaux : Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 710*.

8 *C. civ., art. 1520 à 1525. – V. Cass. req., 20 janv. 1875 : S. 1875, I, 226*.

9 *BOI-ENR-PTG-10-10-20150903, § 80 à 150*.

10 *V. Rép. civ. Dalloz, V° Communauté conventionnelle, par A. Chamoulaud-Trapiers, n° 263*.

tribution de biens ou de valeurs au conjoint bénéficiaire pour le remplir de ses droits dans la masse à partager. L'essence même du préciput est de conférer au conjoint survivant la propriété exclusive d'un ou plusieurs biens communs, en dehors du partage de l'indivision post-communautaire, sans que cette attribution ne s'impute sur ses droits dans la répartition et la distribution ultérieure de la masse indivise¹⁶, le préciput étant par définition exclusif de toute contrepartie.

REMARQUE

→ C'est précisément toute la différence avec la clause de prélèvement moyennant indemnité qu'organisent les articles 1511 à 1514 du Code civil, qui autorise elle aussi un époux à prélever un ou plusieurs biens sur la communauté avant son partage, mais lui impose en contrepartie d'en tenir compte à l'indivision, ce pourquoi elle intègre le partage et encourt consécutivement la taxation, par la contrepartie qu'elle suppose¹⁷. Le préciput étant par définition exclusif d'une telle contrepartie, il est exclu que l'on puisse le traiter comme une attribution dans le partage et le taxer à ce titre.

2. Pourquoi l'exercice du préciput conventionnel ne saurait être qualifié d'opération de partage taxable à ce titre

10 - **Un triple démenti.** – Au soutien de l'assujettissement du préciput aux droits de partage, l'administration fiscale avance encore que son exercice devrait être qualifié à tout le moins d'« opération de partage » et qu'il serait en conséquence taxable par assimilation au partage. Si elle est plus nuancée que la précédente, cette argumentation ne résiste pas davantage à l'analyse. Pour trois raisons :

– d'abord, s'il est exact que le droit civil assimile certaines opérations spécifiques au partage, afin de leur appliquer son régime juridique, une telle assimilation nécessite un texte au plan fiscal. Rien ne saurait en effet justifier que les extensions fonctionnelles des règles du partage, qui sont admises par le Code civil pour de strictes raisons d'égalité, puissent être systématiquement mobilisées par l'administration fiscale dans son intérêt afin de taxation. Or, le préciput n'entre pas dans les opérations que les articles 750 et suivants du CGI soumettent spécialement aux droits de partage par assimilation légale ;

– ensuite, accepterait-on même de passer outre cette nécessité d'une assimilation spéciale du préciput au partage par la loi fiscale que cela ne permettrait pas de rechercher dans le droit civil le fondement d'un tel assujettissement aux droits de partage ; car celui-ci ne regarde pas le préciput comme une opération

de partage, mais comme une convention de mariage et entre associés, ce qui est différent ;

– enfin et au demeurant, la logique même du prélèvement préciputaire est radicalement étrangère à celle des opérations que le droit civil accepte de soumettre aux règles du partage par assimilation fonctionnelle ; ce qui oppose un troisième démenti à la qualification sur laquelle l'administration fiscale voudrait appuyer la taxation à laquelle elle prétend.

A. - Absence d'assimilation au partage par la loi fiscale

11 - Pour la perception des droits d'enregistrement, le CGI assimile expressément certaines opérations au partage. Il s'agit de certaines licitations et cessions de droits successifs, spécialement visées par les textes (CGI, art. 750 à 750 bis). Cette assimilation légale est naturellement de droit strict, se présentant comme une extension spéciale du régime fiscal du partage, lui-même censé être un régime de faveur¹⁸. Ainsi, alors qu'en droit civil, la licitation ou la cession de droits successifs sont assimilées de manière générale au partage lorsqu'elles ont lieu au profit d'un indivisaire, la solution est différente en matière fiscale. Pour l'enregistrement, le principe est l'assujettissement à l'impôt aux taux prévus pour les ventes des mêmes biens (CGI, art. 750, I) ; la taxation au droit de partage ne constitue qu'une exception (CGI, art. 750, II). Le préciput n'entrant pas dans les prévisions des textes, ne saurait donc être taxé à ce titre au droit de partage.

B. - Absence d'assimilation civile au partage

12 - Il n'est pas rare de lire sous la plume de la doctrine civiliste que le préciput serait assimilable à une opération de partage, tant au plan civil que fiscal¹⁹. Cette opinion repose sur le raisonnement suivant : en qualifiant le préciput de convention de mariage et entre associés, l'article 1516 du Code civil exclut que son exercice puisse être analysé en une mutation à titre gratuit ; c'est donc qu'il voit dans le prélèvement sur la communauté que le préciput autorise une opération de partage ; et, puisque les opérations de partage doivent être traitées comme le partage, il y aurait matière à taxation au taux proportionnel de 2,5 %. Un tel raisonnement apparaît cependant erroné qui procède à une déduction inexacte à partir d'une prémisse avérée.

18 V. J. Molinier, *th. préc. note 6, spéc. n° 14*.

19 V. not. Marty et Raynaud, *Les régimes matrimoniaux* : Sirey, 2^e éd., 1986, n° 432. – Fr. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux* : Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2015, n° 758. – Rép. civ. Dalloz, V^o Communauté conventionnelle, n° 281, par A. Chamoulaud-Trapiers. – JCl. Civil Code, Art. 1515 à 1519, fasc. unique, V^o Communauté conventionnelle. Préciput, par A. Lamboley, n° 93 et s. – Ces auteurs reprennent à leur compte la thèse de l'administration fiscale : *Dict. enr.*, n° 2828.

16 V. J. Molinier, *th. préc. note 6, spéc. n° 335*.

17 V. J. Molinier, *th. préc. note 6, spéc. n° 335*.

Cette proximité dans le code de deux expressions distinctes :

« opération de partage » et « convention de mariage et entre associés », atteste qu'elles ne sont nullement interchangeables

13 - **Originalité de l'avantage matrimonial.** – Il est bien vrai en effet que la qualification juridique du préciput a été construite historiquement en réaction à la volonté de l'Administration de le soumettre au régime des mutations à titre gratuit. Mais, lorsque le Code civil énonce que le préciput est une convention de mariage et entre associés, il signifie uniquement

que l'opération ne peut être analysée, ni civilement, ni par conséquent fiscalement, en une donation, parce qu'elle constitue un avantage matrimonial conféré au conjoint survivant par son contrat de mariage²⁰ ; il n'implique nullement que les droits de partage lui soient applicables, question qui n'était du reste même pas débattue traditionnellement, tant les droits de partage sont longtemps demeurés minimes. Supposer, comme le fait l'administration fiscale, que la donation et le partage soient les seules qualifications susceptibles de rendre compte du prélèvement autorisé par le préciput revient à méconnaître l'une des spécificités du droit patrimonial français qui consiste précisément, à organiser sous la qualification d'avantage matrimonial, un mode original d'acquisition de la propriété réservé aux rapports conjugaux. Une analyse approfondie de cette institution a suggéré que l'avantage matrimonial serait une notion extérieure à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux²¹.

REMARQUE

→ Il est certain, en tout cas, que l'avantage matrimonial ne saurait être réduit à une espèce particulière d'opération de partage : ses applications sont beaucoup plus larges et variées qui trouvent leur source, tantôt dans un aménagement de la composition de la communauté, tantôt dans son partage et tantôt encore dans les opérations préalables de liquidation, ainsi qu'il en va précisément avec le préciput qui opère prélèvement avant partage de la communauté.

14 - **Conventions de mariage et entre associés et opérations de partage.** – Une lecture attentive du Code civil montre au demeurant que la mise en œuvre de la « convention de mariage et entre associés » porteuse de préciput ne saurait être assimilée à une opération de partage. Il est très significatif, en effet, que,

20 La lettre de l'article 1516 l'atteste : « Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés ».

21 Fr. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux : th. dactyl. Paris II, 1987, spéc. p. 758.* – L'histoire aussi : on rappelle en effet que la qualification de convention de mariage a été empruntée par le Code civil à Pothier qui l'opposait à la formalité de l'insinuation réservée aux donations : Pothier, *Traité de la communauté*, n° 442, *Traité du contrat de mariage*, n° 549 ; *Traité des donations entre vifs*, n° 224.

nulle part, le Code civil n'utilise d'une telle qualification au sujet du préciput, alors même qu'à quelques articles de distance, il l'applique expressément au prélèvement conventionnel moyennant indemnité²², lequel, comme il a été dit, procède effectivement du partage, dans la mesure où il inscrit dans la masse à répartir la contrepartie économique du prélèvement sur la communauté

que l'époux bénéficiaire est autorisé à pratiquer²³. Cette proximité dans le code de deux expressions distinctes : « opération de partage » et « convention de mariage et entre associés », atteste qu'elles ne sont nullement interchangeables. Ce que confirme un autre emploi de la seconde expression par le Code civil. L'article 1525 de ce code énonce en effet que : « la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées donations, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés ». Or, si la stipulation de parts inégales réalise une opération de partage inégalitaire, la clause d'attribution intégrale écarte quant à elle plus radicalement la nécessité même du partage de la communauté et, par la force des choses, la perception du droit proportionnel de 2,5 % qui s'imposerait s'il avait lieu²⁴. C'est dire incontestablement que « convention de mariage et entre associés » ne signifie pas « opération de partage » mais avantage matrimonial.

15 - **Doctrine.** – Aussi bien, s'il se trouve, on l'a vu, des auteurs de droit civil pour qualifier l'exercice du préciput d'opération de partage, la plupart se gardent de soutenir une telle qualification et une partie notable de la doctrine réfute même expressément la thèse de sa soumission au droit de partage. C'est le cas de Jean-François Pillebout, spécialiste reconnu de droit notarial et d'ingénierie patrimoniale, qui relève très exactement que l'exercice du préciput ne donne lieu à perception d'aucun droit d'enregistrement obligatoire²⁵, conformément à la doctrine

22 C. civ., art. 1514, al. 1^{er} : « Le prélèvement est une opération de partage : les biens prélevés sont imputés sur la part de l'époux bénéficiaire ; si leur valeur excède cette part, il y a lieu au versement d'une soulte. ».

23 *Supra*, n° 9. – On aura remarqué que l'article 1514 du Code civil spécifie cette donnée par sa syntaxe même : c'est parce que « les biens prélevés sont imputés sur la part de l'époux bénéficiaire » que « le prélèvement est une opération de partage ».

24 V. M. Dagot, *La clause d'attribution intégrale de la communauté* : JCP G 1997, I, 3995, n° 5. – V. déjà : Cass. req., 7 avr. 1862 : DP 1862, I, 329.

25 V. JCl. *Enregistrement Traité, V° Contrat de mariage, fasc. 10, par J.-F. Pillebout*, n° 78 : « Aux termes de l'article 1516 du Code civil, le préciput ne constitue pas une donation, mais une simple convention de mariage. Il n'est donc soumis à aucun droit, à la condition qu'il porte sur des biens de communauté (Cass. civ., 30 juill. 1823 : S. 1823, I, p. 427 ; Journ. enr.

ancienne²⁶. C'est le cas, très significativement aussi, du seul auteur contemporain à avoir consacré une recherche universitaire approfondie et d'ensemble à la fiscalité du partage²⁷.

C. - Contrariété à la logique égalitaire du partage

16 - Les arguments qui précèdent ne suffiraient-ils pas à convaincre qu'une ultime raison condamnerait la soumission de l'exercice du préciput au droit proportionnel de 2,5 %. Cette raison tient à ce que l'idée d'égalité est inscrite au cœur même de la notion de partage, dont on a coutume de dire qu'elle en constitue l'âme²⁸. Aussi, les opérations que le droit civil accepte par extension de qualifier d'opérations de partage s'inscrivent dans cette logique égalitaire. Certaines le sont parce qu'elles visent à reconstituer la masse partageable afin de garantir l'égalité à laquelle ont droit les copartageants²⁹ ; d'autres parce qu'elles produisent un effet comparable à un allotissement dans un rapport d'équivalence garanti³⁰. Pour elles, on comprend que, dans le prolongement du droit civil, le droit de partage puisse être éventuellement dû, le cas échéant. Il en va autrement pour les opérations qui, à l'opposé, reposent sur l'attribution d'un avantage à titre gratuit ou sans contrepartie équivalente. Cela coule de source pour la sanction de la lésion qui est exclue par hypothèse, mais c'est vrai aussi pour l'effet déclaratif du partage dont la justification historique est la

garantie du respect de l'égalité entre les copartageants. Et c'est pourquoi, alors que la lettre de l'article 883 du Code civil est, par sa généralité, susceptible d'englober les cessions à titre gratuit de droits indivis, la doctrine dominante, en accord avec la jurisprudence classique³¹, n'admet pas qu'elles soient couvertes par l'effet déclaratif du partage³². Les mêmes raisons excluraient en tout état de cause, si besoin était, que l'exercice d'un préciput, qui consiste dans le prélèvement d'un bien commun, avant partage et sans inscription dans celui-ci d'une contrepartie quelconque afin de restauration de l'égalité, puisse être régi par les règles civiles et, consécutivement, les règles fiscales du partage³³. S'agissant des premières, le résultat de cette application des règles du partage serait au mieux inutile³⁴, au pire contraire au but recherché par le droit³⁵. S'agissant des secondes, il serait radicalement injustifiable, la logique civile sur laquelle il prétendrait s'appuyer faisant totalement défaut.

17 - En définitive, de quelque manière que l'on considère la question, l'application du droit de partage à l'exercice d'un préciput apparaît ainsi injustifiée. ■

7605, 8791 ; Instr. 1256, § 4. – Délib. 26 juin 1827 : Journ. enr. 8780 ; Journ. not., 6301. – V. Doc. adm. 7 G-2122, § 2, 20 déc. 1996) ».

26 V. note ss Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : DP 1891, 1, 417.

27 J. Molinier, th. préc. note 6, spéc., n° 30, 286, 306, 308, 315 et s., 494-1.

28 V. par ex. Cl. Brenner, préc. note 14, n° 2.

29 C'est le cas pour le rapport à succession des libéralités et, dans la mesure de la réserve héréditaire, pour la réduction de celles qui ont été faites en excès.

30 C'est le cas de la conversion de l'usufruit du conjoint survivant en rente viagère (art. 762), de l'attribution de biens en nature pour remplir un époux de sa créance de récompense (art. 1474) ou de participation aux acquêts (art. 1576), ou bien encore de l'abandon de la propriété de la quotité disponible en contrepartie du cantonnement d'un legs en usufruit excédant son assiette (art. 917).

31 V. not. Cass. civ., 5 mai 1841 : DP 1841, 1, p. 238. – Cass req., 22 oct. 1901 : DP 1902, 1, p. 241.

32 Aubry et Rau, Droit civil, t. 10 : 6^e éd., 1954, par Esmein, § 625, p. 202 texte et note 3. – Marty et Raynaud, Droit civil, Les successions et les libéralités : Sirey, 1983, n° 820. – Fr. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions. Les libéralités : Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2014, n° 1160, note 1, p. 1038. – Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit des successions et des libéralités : LGDJ-Lextenso, 8^e éd., 2018, par Ph. Malaurie et Cl. Brenner, n° 994.

33 V. au sujet de la cession à titre gratuit de droits indivis : J. Molinier, th. préc. note 6, spéc. n° 271. – Et la citation de Trib. civ. Sarthe, 2 nov. 1927 : Journ. enr., n° 33266.

34 Ainsi, la remontée des droits du conjoint survivant sur son préciput au jour de la dissolution de la communauté n'a nul besoin de l'effet déclaratif du partage pour s'imposer, ce résultat trouvant une explication suffisante dans la nature propre de la déclaration par laquelle le bénéficiaire du préciput manifeste sa volonté de s'en prévaloir.

35 Tel serait le cas si l'on prétendait soumettre l'éviction que le conjoint survivant subirait du fait d'un tiers dans l'exercice de son préciput à la garantie que se doivent les copartageants, puisque l'égalité du partage s'en trouverait remise en cause par un événement pourtant sans rapport avec son objet.