

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE**  
**L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT

SPÉCIALITÉ DROIT PRIVE

Par Pauline EYSSARTIER

**LA GESTION DE PATRIMOINE PRIVE À L'ÉPREUVE DE  
L'ABUS DE DROIT FISCAL**

Sous la direction de :

Madame le Professeur Florence DEBOISSY

Soutenue le 10 novembre 2014

Membres du jury :

<b>Mme Florence DEBOISSY,</b>	Professeur à l'Université de Bordeaux.	
<b>M. Michel GUICHARD,</b>	Avocat à la Cour, Associé du Cabinet TAJ.	
<b>M. Thierry LAMULLE,</b>	Maître de conférences à l'Université de Caen,	<i>Rapporteur.</i>
<b>Mme Yolande SERANDOUR,</b>	Professeur à l'Université de Rennes I,	<i>Rapporteur.</i>
<b>M. Guillaume WICKER,</b>	Professeur à l'Université de Bordeaux.	

*À mes parents,  
À mes proches.*

# REMERCIEMENTS

Tout d'abord, j'exprime ma profonde gratitude à Madame le Professeur Florence DEBOISSY, ma directrice de thèse, pour tout ce qu'elle m'a transmis, pour la confiance qu'elle m'a accordée, pour son aide précieuse et sa disponibilité tout au long de ces années de thèse.

Mes remerciements vont également à Maître Michel GUICHARD et Maître Hubert BIARD, avocats associés au sein du Cabinet TAJ, pour m'avoir donné l'opportunité d'intégrer l'équipe du bureau de Bordeaux et pour m'avoir fait grandir. C'est également chacun des membres de cette équipe que je souhaite remercier pour ces années de partage, et plus particulièrement l'équipe fiscale, Alexandre LAUMONIER pour sa pédagogie, Sophie SOARES pour sa rigueur et sa gentillesse et Charlène COUTURIER pour son soutien.

Ensuite, je remercie les Professeurs, Docteurs et Doctorants de l'IRDAP, mon centre de recherche, ainsi que Madame POMARES et Elodie CHAGNEAU pour leur aide précieuse. Un merci tout particulier à Alice F. et Suzie B. pour leurs relectures attentives.

Mille mercis à mes proches, amis et famille, juristes et profanes, pour leurs encouragements, à Lucie F. et Marine M. pour être là depuis toutes ces années et pour avoir eu le courage de relire quelques pages de fiscalité, à Léa pour la fraîcheur de ses six ans, et à Elise B. pour sa générosité, sa franchise et son amitié sans faille.

Enfin, et avant tout, le plus grand des mercis va à mes parents pour leur soutien quotidien. Papa, Maman, c'est grâce à vous que j'ai pu traverser tous les obstacles mis en travers de ma route et tenir jusqu'au bout. Merci pour avoir fait de moi celle que je suis aujourd'hui, pour m'écouter, me conseiller, croire en moi et, surtout, merci pour l'immensité de votre amour.

# PRINCIPALES ABREVIATIONS

act.	Actualité
al.	Alinéa
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BF	Bulletin fiscal, Francis Lefebvre
BPAT	Bulletin du patrimoine, Francis Lefebvre
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, (Chambres civiles), Paris
C. civ.	Code civil
C. com.	Code du commerce
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAD	Comité de l'abus de droit fiscal
Cass.	Cour de cassation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CE	Conseil d'Etat
CGI	Code général des impôts
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	en sens contraire
CCRAD	Comité consultatif de répression des abus de droit
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Defrénois	Répertoire Defrénois, Paris
Dr. et patr.	Revue Droit et Patrimoine, Paris
Dr. Fisc.	Revue Droit Fiscal, Paris
Dr. Sociétés	Revue Droit des Sociétés, Paris

Dupont	Recueil Dupont
ét.	Etude
FR	Feuillet rapide fiscal et social, Francis Lefebvre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inf.	Information
<i>infra</i>	Voir ci-dessous
IS	Impôt sur les sociétés
JCP E	La semaine juridique, édition Entreprises et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition Générale
JCP N	La semaine juridique, édition Notariale et immobilière
LPA	Les Petites Affiches, Paris
LPF	Livre des procédures fiscales
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
préc.	précité
RDC	Revue des contrats, Lextenso
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire de Droit civil, Dalloz, Paris
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. Sociétés Dalloz	Répertoire de Droit des sociétés, Dalloz, Paris
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre
RJF	Revue de jurisprudence fiscale, Francis Lefebvre
s.	et suivants
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SCI	Société civile immobilière
somm.	Sommaire
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
TA	Tribunal administratif
th. préc.	Thèse précitée
V.	Voir

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>p. 7</b>
<b>PREMIERE PARTIE : L’OPTIMISATION FISCALE DE LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE PRIVE.....</b>	<b>p. 37</b>
TITRE I. L’OPTIMISATION FISCALE DES PLUS ET MOINS-VALUES.....	p.39
Chapitre I. Les stratégies visant à purger les plus-values.....	p.40
Chapitre II. Les stratégies visant à bénéficier du régime des plus-values.....	p.102
TITRE II. L’OPTIMISATION FISCALE DES DROITS DE MUTATION.....	p.144
Chapitre I. La volonté de réduire l’assiette des droits de mutation.....	p.145
Chapitre II. La volonté d’éluder les droits de mutation à titre gratuit.....	p.187
<b>DEUXIEME PARTIE : L’OPTIMISATION FISCALE DE LA DETENTION DU PATRIMOINE PRIVE.....</b>	<b>p.250</b>
TITRE I. L’OPTIMISATION FISCALE DE L’IMPOT SUR LE REVENU.....	p.252
Chapitre I. Les stratégies internes d’optimisation.....	p.254
Chapitre II. Les stratégies internationales d’optimisation.....	p.277
TITRE II. L’OPTIMISATION FISCALE DE L’IMPOT DE SOLIDARITE SUR LA FORTUNE.....	p.305
Chapitre I. Les intérêts fiscaux du schéma de donation d’usufruit temporaire.....	p.308
Chapitre II. Les risques du schéma de donation d’usufruit temporaire.....	p.315
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>p.326</b>

# INTRODUCTION

« *La gestion fiscale est devenue un art et une science, presque une industrie* »<sup>1</sup>, COZIAN.

1. Qui n'a pas souhaité diminuer son imposition ? Transmettre son patrimoine au moindre coût fiscal, maîtriser la fiscalité de ses revenus, diminuer l'imposition de la détention de ses biens meubles ou immeubles ? Choisir la voie la moins imposée relève ainsi de l'activité de gestionnaire de patrimoine.

Face au poids de l'imposition en France, il est naturel pour le contribuable de chercher à réduire sa charge fiscale ou, à tout le moins, la contrôler. C'est l'objet de la gestion de patrimoine privé qui est devenue une réelle « *industrie* » de masse, voire de mode. Le contribuable, souvent avec l'aide de professionnels avisés, ne cesse de créer de nouveaux schémas lui permettant d'optimiser la gestion de son patrimoine privé. Les techniques d'optimisation fiscale ont un seul but : maîtriser la charge fiscale. Toutes ne sont cependant pas à l'abri de poursuites. Il ne faut pas tomber dans « *l'excès d'habileté* »<sup>2</sup> au risque de se voir sanctionner par l'administration fiscale pour comportement abusif. S'il est vrai que l'abus de droit fiscal prévu à l'article L. 64 du LPF est une arme procédurale relativement peu utilisée par l'administration en raison de sa difficulté de mise en œuvre et que sa portée est principalement dissuasive, le risque pour le contribuable est loin d'être inexistant. Il ne peut pas abuser de l'optimisation fiscale. Il n'est pas maître absolu de la gestion de son patrimoine privé.

L'étude de la gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal permet de mettre en lumière les limites dans lesquelles le contribuable peut exercer cette liberté de gestion.

---

<sup>1</sup> M. COZIAN, *Eloge de l'habileté fiscale*, RFN 2006, n° 1, alerte 1, §5.

<sup>2</sup> *Ibid.*

**2. Notion de gestion.** Dans un sens commun, « *gérer* » est synonyme d'administrer ses affaires « *en défendant, en faisant valoir ses intérêts* »<sup>3</sup>. Juridiquement, la notion de gestion renvoie également à l'idée d'administration du patrimoine et « *désigne les moyens mis en œuvre et les décisions prises afin d'administrer au mieux ses propres affaires et celles d'autrui* »<sup>4</sup>. La décision de gestion est l'expression d'un choix entre deux ou plusieurs solutions envisageables. En effet, « *la possibilité de choisir est consubstantielle à la notion de gestion* »<sup>5</sup>. En gérant son patrimoine, le contribuable choisit l'application d'une situation juridique plutôt que d'autres. Selon le Conseil d'Etat, « *une décision de gestion suppose en effet l'existence d'une faculté juridique d'option* »<sup>6</sup>. La faculté de choix repose donc sur l'exercice d'une option : le contribuable est libre, parmi plusieurs situations juridiques, de se placer sous un régime plutôt qu'un autre.

Les décisions de gestion peuvent être classées en deux catégories : d'une part, les opérations liées à la détention du patrimoine, autrement dit les actes de la gestion courante visant à conserver le bien, l'entretenir, maintenir sa valeur, voire l'augmenter ; d'autre part, les opérations de transmission du bien, que la transmission soit à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Ainsi, l'étude de la gestion du patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal doit être abordée au travers de l'examen des opérations de détention ou de transmission du patrimoine privé.

**3. Notion de patrimoine privé.** Le patrimoine privé est un des sous-ensembles du patrimoine global du contribuable.

Au sens commun, la notion de patrimoine renvoie à la fortune d'un individu. Juridiquement, selon le Vocabulaire juridique de l'association Henry CAPITANT, le patrimoine est « *l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais également ses biens à venir* »<sup>7</sup>. Il se compose de biens mobiliers et immobiliers, présents ou à venir mais également de dettes. Au XIX siècle, AUBRY et RAU<sup>8</sup> ont élaboré la théorie de l'unicité du patrimoine selon laquelle « *le patrimoine puise son unité*

---

<sup>3</sup> V. « *Administrer* », Dictionnaire Le Robert, éd. 2014.

<sup>4</sup> G. DEDEURWAERDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion – Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. Fisc. 2014, n°28, 427, §11.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> CE 25 mars 2013, n° 355035, Sté MERLETT France, RJF 2013, n° 589 ; Dr. fisc. 2013, n° 25, comm. 342, concl. N. ESCAUT.

<sup>7</sup> V. « *Patrimoine* », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>8</sup> C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil français*, t. VI, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 1951.

*et son unicité dans la personne, physique ou morale* »<sup>9</sup>. Ils rattachent la notion de patrimoine à la personnalité en considérant que « *le patrimoine [est] une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle* »<sup>10</sup>. De ce rattachement du patrimoine à la personnalité, les auteurs en déduisent les trois corollaires suivants : seules les personnes physiques ou morales peuvent avoir un patrimoine ; toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien ; une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine<sup>11</sup>. L'unicité du patrimoine justifie l'utilisation de la notion « *d'universalité de droit* », définie comme « *l'ensemble de biens et de dettes formant un tout dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés* »<sup>12</sup>. Ainsi existe-t-il une corrélation entre les éléments d'actif et les éléments de passif d'un même patrimoine, c'est-à-dire que l'ensemble de l'actif répond nécessairement du passif à l'égard des tiers. C'est le principe du droit de gage général permettant à tout créancier, qu'il soit ou non créancier chirographaire<sup>13</sup>, « *de saisir tous biens compris dans le patrimoine de son débiteur au moment des poursuites, afin de les vendre ou de se faire payer sur le prix* »<sup>14</sup>. Le droit de gage général est envisagé par l'article 2284 du Code civil qui dispose que « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents ou à venir* », complété par l'article 2285 du même code prévoyant que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ». Par le biais de l'expression « *universalité de droit* », la notion de patrimoine doit être vue comme un contenant distinct de son contenu, c'est-à-dire des biens ou droits qui le composent<sup>15</sup>. En effet, ces derniers étant appréciables en argent, ils peuvent changer, disparaître, et les dettes peuvent s'accroître ou diminuer. Seule l'obligation de corrélation entre l'actif et le passif demeure.

Bien que les axiomes initiés par AUBRY et RAU souffrent aujourd'hui d'exceptions en droit fiscal (patrimoine d'affectation, fiducie, EIRL), cela n'affecte pas le droit de gage des créanciers, puisqu'il est toujours admis en droit civil français que le patrimoine est un et

---

<sup>9</sup> A. SÉRIAUX, *Patrimoine*, Rép. Civ. Dalloz, janvier 2010, MAJ janvier 2013, §4.

<sup>10</sup> C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil français*, t. VI, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 1951, p. 231.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> V. « *Universalité* », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>13</sup> Le créancier chirographaire est celui qui dispose d'un droit de gage général. A l'inverse, certains créanciers, dits privilégiés, ont un droit de préférence, en sus du droit de gage général, leur permettant d'être prioritaires sur le paiement des dettes du débiteur. Il peut s'agir d'un privilège sur un bien en particulier, voire sur l'ensemble des biens composant le patrimoine du débiteur. Par exemple, le Trésor public dispose d'un privilège portant sur les biens meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables et donnant à l'administration fiscale un droit de préférence qui lui permet de recouvrer l'impôt (CGI, art. 1920, 1923, 1924, 1926 et 1927).

<sup>14</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 1094.

<sup>15</sup> V. en ce sens L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1932, n° 649 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, t. III, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1957, n° 16 ; G. VACHER-LAPOUGE, *Du patrimoine en droit romain et en droit français*, Thèse, Poitiers 1879, p. 43, cité par C. WITZ, *Droit de gage général*, JurisClasseur Civil, LexisNexis, éd. 8 octobre 2009.

indivisible. Alors que, juridiquement, la notion de patrimoine est synonyme de droit de gage des créanciers, fiscalement, elle doit être envisagée comme une masse. Cependant, la matière fiscale n'hésite pas à subdiviser cette masse en deux branches distinctes : la sphère privée ou personnelle et la sphère professionnelle. L'intérêt de cette distinction repose sur la volonté du législateur de favoriser l'outil de travail et ainsi de créer des régimes de faveur applicables uniquement aux biens composant le patrimoine professionnel. En témoigne notamment l'exonération d'impôt de solidarité sur la fortune prévue pour les biens professionnels du redevable<sup>16</sup>. Cependant, il n'existe aucune définition juridique de la notion de patrimoine privé. Elle se définit le plus souvent *a contrario* : tout ce qui ne se rattache pas à la sphère professionnelle relève du patrimoine privé.

**4. Notion de patrimoine professionnel : des définitions variables en fonction de la nature de l'imposition.** Avant de préciser les contours de la notion de patrimoine privé, il est important de définir ce qu'est le patrimoine professionnel. Là encore, le législateur n'a pas posé de définition uniforme. En raison de la « *variété de définitions* » du patrimoine professionnel, il a été proposé d'en « *découvrir une notion commune* »<sup>17</sup>.

La notion de patrimoine professionnel souffre d'une absence de définition légale commune. Les critères varient en fonction de l'impôt en cause. Il convient de rappeler les critères de la délimitation du patrimoine professionnel en matière de bénéfices industriels et commerciaux, de bénéfices non commerciaux et d'impôt de solidarité sur la fortune.

En matière de bénéfices industriels et commerciaux, tout d'abord, l'entrepreneur dispose d'une liberté de choix. Comptablement, en vertu du principe de liberté d'affectation comptable, il peut moduler son patrimoine professionnel à sa guise en décidant d'inscrire un bien à l'actif du bilan ou une dette au passif du bilan de son entreprise, « *indépendamment de la destination réelle* »<sup>18</sup>. L'expression de ce choix constitue une décision de gestion opposable tant à l'administration fiscale qu'à son propre égard. Interdire aux contribuables de revenir sur leurs propres choix permet « *de prémunir contre leur inconstance une administration, qui, assurément, n'aurait pas les moyens de reconsidérer trop souvent leur situation fiscale* »<sup>19</sup>. Ce principe de liberté d'affectation comptable comporte toutefois des exceptions. En effet,

---

<sup>16</sup> CGI, art. 885 N à 885 R.

<sup>17</sup> P. SERLOOTEN, *La notion de biens professionnels : naître ou ne pas naître, voilà la question*, in *Ecrits de fiscalité des entreprises, études à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN*, Litec, 2009, p. 153.

<sup>18</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 77.

<sup>19</sup> G. DEDEURWAERDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion – Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. Fisc. 2014, n°28, 427, §4.

certaines biens affectés par nature à l'exploitation doivent obligatoirement être inscrits au bilan de l'entreprise ; il en est ainsi, notamment, du droit au bail, de la clientèle ou encore des stocks. En cas de non-respect de cette obligation, l'entrepreneur est considéré comme ayant commis une erreur comptable, celle-ci pouvant être rectifiée à sa demande ou à celle de l'administration fiscale. En l'absence de liberté de choix, il est impropre de parler de décision de gestion<sup>20</sup>. Fiscalement, le critère de l'inscription au bilan était un critère déterminant quant à la distinction de la masse privée et de la masse professionnelle. Cependant, la loi de finances rectificatives pour 2010<sup>21</sup> a supprimé la théorie du bilan en matière fiscale à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 alors que celle-ci demeure sur le plan comptable. Ainsi, selon les dispositions de l'article 155-II-1 du CGI<sup>22</sup>, d'un point de vue fiscal le patrimoine professionnel se compose uniquement des éléments affectés à l'exercice de la profession, c'est-à-dire les biens destinés à l'activité professionnelle et utilisables uniquement pour cette activité. En raison « *des multiples interprétations d'un texte rédigé en des termes généraux* »<sup>23</sup>, la suppression de la théorie du bilan sur le plan fiscal a fait l'objet de nombreuses incertitudes quant à son application<sup>24</sup>. Par ailleurs, en sus de dispositions « *imprécises et lacunaires* »<sup>25</sup>, le nouveau dispositif impose des rectifications complexes regrettables. Comme cela a été proposé, « *pourquoi ne pas avoir tout simplement, comme en matière de BNC et d'EIRL, imposé l'inscription au bilan des éléments nécessaires ou utiles à l'activité* »<sup>26</sup> ?

En effet, en matière de bénéfices non commerciaux, la théorie du bilan connaît une application particulière puisque deux critères sont cumulables. Bien que la distinction du patrimoine professionnel et du patrimoine privé dépende de l'inscription au registre des immobilisations, la destination du bien n'en demeure pas moins primordiale. Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>27</sup>, à laquelle s'est ralliée la doctrine administrative<sup>28</sup>, distingue trois catégories de biens :

---

<sup>20</sup> Pour une distinction de l'erreur comptable et de la décision de gestion, V. *infra* n° 11.

<sup>21</sup> Loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010, art. 13.

<sup>22</sup> CGI, art 155-II-1 : « *Le bénéfice net mentionné à l'article 38 est :*

*1° Diminué du montant des produits qui ne proviennent pas de l'activité exercée à titre professionnel, à l'exclusion de ceux pris en compte pour la détermination de la plus-value ou moins-value de cession d'un élément d'actif immobilisé ou pour la détermination des résultats mentionnés au I ;*

*2° Augmenté du montant des charges admises en déduction qui ne sont pas nécessitées par l'exercice de l'activité à titre professionnel, à l'exclusion de celles prises en compte pour la détermination de la plus-value ou moins-value de cession d'un élément d'actif immobilisé ou pour la détermination des résultats mentionnés au I ».*

<sup>23</sup> Y. SERANDOUR, *Quelques réflexions autour de la suppression des effets de la théorie du bilan*, Dr. Fisc. 2012, n° 21, 303.

<sup>24</sup> V. en ce sens, Y. SERANDOUR, *Ibid.* ; M. MICHEL, *Disparition de la théorie du bilan - Conséquences fiscales et prévisibles difficultés d'application d'une réforme marquée par la discrétion*, RFN 2012, n° 3, ét. 3.

<sup>25</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 81.

<sup>26</sup> *Ibid.*, n° 81.

<sup>27</sup> CE 29 avril 1985, n° 43759, RJF 1985, n° 859 ; confirmée par CE 26 juillet 1985, n° 54909, RJF 1985, n° 1435 ; CE 8 août 1990, n° 61843, NAULLEAU, RJF 1990, n° 1346.

<sup>28</sup> BOI-BNC-BASE-10-20, §30.

- les biens par nature affectés à l'exercice de la profession, qui font nécessairement partie du patrimoine professionnel qu'ils soient ou non inscrits au registre des immobilisations. Il s'agit des biens destinés à l'exercice de l'activité professionnelle et qui sont utilisables uniquement pour cette activité ;
- les biens utilisés pour l'exercice de la profession sans y être affectés par nature qui peuvent, au choix du contribuable, être affectés à l'actif par l'inscription au registre des immobilisations, ou maintenues dans le patrimoine privé ;
- les biens non utilisés pour les besoins de l'activité qui ne peuvent en aucun cas faire partie du patrimoine professionnel, même s'ils sont inscrits au registre des immobilisations.

Ainsi, la détermination du patrimoine professionnel en matière de bénéficiaires non commerciaux dépend de deux critères principaux : soit l'élément est affecté par nature à l'activité professionnelle et il compose obligatoirement l'actif professionnel ; soit le bien n'est pas affecté par nature à l'activité professionnelle et l'entrepreneur peut mettre en œuvre sa liberté de gestion. Il opère alors un choix, une décision de gestion, lui permettant d'inscrire le bien au registre des immobilisations et de le faire entrer dans le patrimoine professionnel. A ces deux critères s'ajoute toutefois celui de l'utilisation du bien étant donné qu'un bien non affecté par nature à l'exploitation, c'est-à-dire qui n'est pas indispensable à l'activité professionnelle, mais inscrit au registre des immobilisations ne peut être considéré comme faisant partie de l'actif professionnel que dans la mesure où il est utile à l'exercice de la profession. La même règle a été retenue pour le statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) créé par la loi du 15 juin 2010<sup>29</sup> qui permet aux exploitants individuels qui adoptent le statut de l'EIRL de constituer un patrimoine affecté à leur activité professionnelle, distinct de leur patrimoine personnel, sans création d'une personne morale<sup>30</sup>.

En matière d'impôt de solidarité sur la fortune, le critère d'affectation est un critère réel. En effet, sont considérés comme des biens professionnels exonérés d'impôt de solidarité sur la fortune, les biens nécessaires à l'exercice de la profession<sup>31</sup>. Les biens professionnels doivent s'entendre « *de ceux qui, ayant un lien de causalité directe suffisant avec l'exploitation, sont utilisés effectivement pour les besoins de l'activité professionnelle ou ne*

---

<sup>29</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

<sup>30</sup> C. com., art. L. 526-6.

<sup>31</sup> CGI, art 885 N.

*pourraient être utilisés à un autre usage »<sup>32</sup>.*

**5. Critère de distinction du patrimoine privé et du patrimoine professionnel : l'affectation à l'activité professionnelle.** Malgré les différentes définitions de la notion de patrimoine professionnel susvisées, un critère commun semble se dégager : celui de l'affectation à l'activité professionnelle. Ainsi, les opérations portant sur des biens affectés à l'exercice de l'activité professionnelle sont des opérations de gestion de patrimoine professionnel. *A contrario*, tous les actes ayant pour objet des biens non affectés à l'activité professionnelle participent de la gestion de patrimoine privé.

Dans un premier temps doit exister une activité professionnelle. Ainsi, pour l'entreprise individuelle, « *le patrimoine professionnel suppose une activité imposable dans la catégorie des bénéfiques industriels et commerciaux, des bénéfiques non commerciaux et des bénéfiques agricoles* »<sup>33</sup>. Dès lors qu'un bien est affecté à l'exercice d'une activité économique, il est considéré comme faisant partie de la sphère professionnelle ; dans le cas contraire, il s'agira de la gestion d'un bien composant le patrimoine privé. Pour les sociétés de capitaux, la question ne se pose pas. En effet, elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés dès lors qu'elles exercent une activité commerciale, artisanale, industrielle ou agricole. Les actes qu'elles réalisent participent donc de la gestion du patrimoine professionnel et sont donc exclus du champ de cette étude.

Dans un second temps, il convient de définir ce qu'est l'affectation. La définition du lien d'affectation varie en fonction des impôts mais deux critères alternatifs peuvent être avancés : le critère de l'affectation réelle ou celui de la volonté du contribuable. Cependant, et en dénote la suppression de la théorie du bilan en matière de bénéfiques industriels et commerciaux, « *le critère de l'affectation réelle s'impose objectivement* »<sup>34</sup>. Monsieur le Professeur Patrick SERLOOTEN estime, à propos de la qualification de biens professionnels, que « *laisser une place à la liberté du contribuable, c'est lui permettre de réaliser un abus en détournant le statut de ses objectifs* »<sup>35</sup>. Il convient d'adhérer à cette position est de retenir comme critère de distinction entre le patrimoine privé et professionnel le critère de l'affectation réelle à une activité professionnelle.

---

<sup>32</sup> P. SERLOOTEN, *La notion de biens professionnels : naître ou ne pas naître, voilà la question*, in *Ecrits de fiscalité des entreprises, études à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN*, Litec, 2009, p. 161.

<sup>33</sup> P. SERLOOTEN, *La notion de biens professionnels : naître ou ne pas naître, voilà la question*, in *Ecrits de fiscalité des entreprises, études à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN*, Litec, 2009, p. 165.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>35</sup> *Ibid.*

Ainsi, les éléments affectés matériellement, en raison de l'utilisation du bien au profit de cette activité professionnelle, à une activité économique relevant de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices non commerciaux ou des bénéfices agricoles ne feront pas partie du cadre de cette étude relative à la gestion du patrimoine privé. Il en est de même des éléments relevant de l'impôt sur les sociétés ou de la taxe sur la valeur ajoutée. En revanche, tout ce qui n'intègre pas le patrimoine professionnel ainsi défini relève de la catégorie résiduelle du patrimoine privé du contribuable et donc de la fiscalité des ménages. De ce fait, seront étudiées les opérations concernant les plus et moins-values des particuliers, les droits de mutation, l'impôt de solidarité sur la fortune et l'impôt sur le revenu à raison des catégories non professionnelles, c'est-à-dire les revenus fonciers et les revenus de capitaux mobiliers. La possibilité de mise en œuvre de techniques d'optimisation de ces différentes catégories de la fiscalité des ménages est l'expression du principe de liberté de gestion reconnu au contribuable. Il convient de préciser que le domaine de cette étude concerne la gestion du patrimoine privé que ce dernier soit détenu directement par une personne physique, ou indirectement par le recours à une société de personnes (SCI, etc...).

**6. Principe de liberté de gestion.** Le droit fiscal est empreint d'un certain libéralisme. Le contribuable dispose d'une liberté de gestion lui permettant d'opérer des choix parmi plusieurs régimes fiscaux prévus par le législateur pour une même situation. Ainsi le contribuable est-il autorisé, « *parmi plusieurs voies juridiques possibles, à privilégier celle qui est la moins imposée fiscalement* »<sup>36</sup>. Dès lors qu'une alternative lui est offerte, il ne saurait lui être reproché d'avoir opté pour l'un des régimes plutôt que l'autre. C'est ce qu'il est convenu d'appeler l'optimisation fiscale. Selon ce principe, les situations de droit privé sont opposables à l'administration fiscale, laquelle ne peut pas s'immiscer dans la gestion des contribuables. Il s'agit ici d'un principe général de respect des situations de droit privé. En conséquence de ce principe, les conventions sont réputées sincères, la remise en cause de la sincérité des actes n'étant qu'exceptionnelle. En application du principe de liberté de gestion, la gestion du patrimoine, c'est-à-dire l'administration des biens le composant, doit être réalisée par le contribuable au mieux de ses intérêts et de ceux de sa famille. En bon gestionnaire, il est en droit de choisir la voie fiscale la plus intéressante. « *Optimiser* » dans le langage courant, signifie rendre optimal, autrement dit, obtenir le meilleur d'une chose ou d'une situation. Sur le plan fiscal, il est souvent considéré que « *optimiser, c'est pouvoir faire*

---

<sup>36</sup> F. DEBOISSY, *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, RDC 2007, n° 3, p. 1006, §3.

*des choix et plus précisément le choix de la moindre imposition* »<sup>37</sup>. Le Conseil d'Etat admet d'ailleurs depuis de nombreuses années que « *le choix de la solution la plus avantageuse au plan fiscal ne permet pas de conclure à un abus de droit s'il apparaît que les actes juridiques sur lesquels reposent cette solution sont conformes à la réalité* »<sup>38</sup>. Par conséquent, « *le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profit que les circonstances lui auraient permis de réaliser* »<sup>39</sup>. La liberté de gestion, reconnue également par la doctrine administrative<sup>40</sup> et la jurisprudence européenne<sup>41</sup>, reconnaît au contribuable « *le droit d'opter pour la solution la moins imposée* »<sup>42</sup>. Cependant, le souci d'optimisation ne conduit pas nécessairement à la diminution de l'imposition. Il est tout à fait possible que le contribuable poursuive cet objectif d'optimisation en choisissant un régime d'imposition plutôt qu'un régime d'exonération. Ce choix peut s'expliquer notamment par le principe de la corrélation entre l'actif et le passif. En effet, dès lors qu'un produit est exonéré, la charge correspondante ne pourra pas être déduite. Ainsi, l'option pour l'imposition du produit peut permettre au contribuable de bénéficier de la déduction des charges dans la limite de l'abus de droit<sup>43</sup>.

Les opérations d'optimisation fiscale reposent sur des montages juridiques. Le terme de « *montage* » est péjoratif. Ce vocable « *n'a été consacré en droit fiscal que pour dénoncer l'artifice dont il peut à l'occasion être le vecteur* »<sup>44</sup>. Le Conseil d'Etat utilise cette terminologie dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, comme par exemple dans l'arrêt SAGAL dans lequel le juge a estimé que « *le montage auquel a participé la société anonyme (...), qui a consisté à acquérir une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance dans le seul but d'éluider l'impôt, était constitutif d'un abus de droit* »<sup>45</sup>. Le montage juridique s'entend de « *la combinaison finalisée d'actes ordonnés et interdépendants* ». Il peut ainsi être défini comme un « *ensemble contractuel* » composé de plusieurs actes juridiques indivisibles, mais en apparence distincts, ayant « *une communauté d'objet et de cause* »<sup>46</sup>, mis en œuvre par le contribuable dans le but de diminuer sa charge

---

<sup>37</sup> P.-F. RACINE, *L'optimisation fiscale : un outil de gestion*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, ét. 103, éd. du 25 juillet 2012.

<sup>38</sup> CE 16 juin 1976, n° 95513, RJF 1976, n°399.

<sup>39</sup> CE 7 juillet 1958, n° 35977, Dr. Fisc. 1958, n° 44, comm. 938.

<sup>40</sup> « *En présence de deux techniques juridiques dont la finalité est identique, il est licite d'opérer un choix en fonction de la fiscalité* », Rép. min. n° 10603, JOAN Q 25 avr. 1970, cité par F. DEBOISSY, *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, RDC 2007, n° 3, p. 1006, §3 ; Rép. min. n° 15603, JOAN Q 20 mars 1971, cité par P. SERLOOTEN, *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*. Dr. Fisc. 2007 n° 12 301.

<sup>41</sup> V. en ce sens CJCE 21 février 2006, aff. C-255/02, HALIFAX, RJF 2006, n° 648, concl. L.- M. POIARES MADURO.

<sup>42</sup> P. SERLOOTEN, *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, op. cit., §2.

<sup>43</sup> V. *infra* n° 416 et s.

<sup>44</sup> F. DEBOISSY, *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, op. cit., §1.

<sup>45</sup> CE 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté SAGAL, Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. COLLIN.

<sup>46</sup> F. DEBOISSY, *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, op. cit., §2.

fiscale. Chacun des actes pris isolément est valable mais, appréciée dans son ensemble, l'opération peut être constitutive d'un abus de droit. En revanche, dès lors que le montage est valable, il s'agit d'une opération d'optimisation fiscale. Ainsi, « *la fraude à la loi permet de sanctionner des opérations dont les diverses étapes peuvent en elles-mêmes, et isolément considérées, sembler parfaitement régulières, mais qui, considérées dans leur ensemble, ne se justifient que par la seule préoccupation fiscale, ce qui constitue une application, en droit fiscal, de la théorie civiliste de l'indivisibilité* »<sup>47</sup>. Il apparaît que « *la clef de la distinction entre le montage abusif et le montage d'optimisation fiscale non critiquable réside dans le caractère artificiel ou non du montage, caractère qui dépend lui-même de la substance du montage* »<sup>48</sup>. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu sanctionner une cour administrative d'appel qui a donné une qualification juridique des faits erronée « *en ne se référant qu'à l'apparence créée par l'acte de cession de bail, pris isolément, pour conclure à la réalité de la mutation du droit au bail dans le patrimoine personnel, sans prendre en considération la finalité de l'ensemble des opérations réalisées entre les parties* »<sup>49</sup>. La liberté de gestion n'est donc pas absolue. Comme toute liberté, elle doit être encadrée afin d'éviter les abus. C'est le rôle de l'administration fiscale qui dispose d'un pouvoir de contrôle de la légalité fiscale des actes de droit privé.

**7. Limites de la liberté de gestion.** Malgré le principe d'opposabilité à l'administration fiscale des actes de droit privé et l'interdiction pour elle d'en contrôler l'opportunité, l'administration dispose d'un contrôle de légalité par le biais de la théorie de l'acte anormal de gestion et de la procédure de l'abus de droit fiscal.

**8. Théorie de l'acte anormal de gestion : une procédure applicable au patrimoine professionnel.** La théorie de l'acte anormal de gestion est applicable uniquement à l'imposition du bénéficiaire et donc aux opérations réalisées dans le cadre de la gestion du patrimoine professionnel. Elle doit, par conséquent, être exclue de cette étude qui porte uniquement sur la gestion du patrimoine privé. Cependant, et afin de la distinguer de la procédure de l'abus de droit fiscal, la théorie de l'acte anormal de gestion doit être définie.

La théorie de l'acte anormal de gestion est une théorie prétorienne visant à réintégrer un

---

<sup>47</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur, Janvier-Février 2009

<sup>48</sup> O. FOUQUET, *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, RJF 2006, chron. p. 383.

<sup>49</sup> CE 17 novembre 2010, n°314291, min. c/ SCI RAM, Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 250, note C. de la MARDIERE.

manque à gagner ou une dépense, dans son intégralité ou par sa part excessive, supportée indûment par l'entreprise et ce, en contrariété avec son intérêt. L'administration, qui supporte la charge de la preuve, doit donc démontrer que l'entreprise s'est appauvrie sans contrepartie. En effet, et en application de la jurisprudence susvisée du Conseil d'Etat, un contribuable n'est pas tenu de tirer des activités qu'elle réalise le maximum de profit<sup>50</sup>. En vertu du principe de liberté de gestion, le contribuable peut faire le choix de s'appauvrir. Cependant, ce choix doit résulter de la poursuite d'un intérêt qui lui est propre. Les opérations d'aides intragroupes en sont un bon exemple. Au sein d'un groupe de sociétés, il est fréquent qu'une société mère verse une aide à ses filiales ou que deux filiales s'entraident. L'aide, par définition, est un acte gratuit et ne comporte pas de contrepartie directe. Il existe donc une présomption simple d'anormalité qui peut être renversée par le contribuable dès lors qu'il apporte la preuve que l'opération a été réalisée dans l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire qu'il comporte une contrepartie indirecte suffisante. Cependant, le législateur a introduit, pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, un principe général de non déduction des aides inter-entreprises, à l'exception des aides à caractère commercial<sup>51</sup>. Jusqu'aux exercices clos au 3 juillet 2012, étaient admises en déduction et considérées comme normales, en premier lieu, les aides à caractère commerciale, c'est-à-dire celles qui permettent le maintien d'une relation commerciale entre les deux sociétés, en deuxième lieu, les aides à caractère financier permettant notamment à la société aidante de préserver la valeur de sa participation ou de s'assurer une remontée de dividendes, et en troisième lieu, les aides réalisant une mutualisation des risques. Cette dernière catégorie a été développée par la jurisprudence désormais célèbre des réseaux LECLERC. Le Conseil d'Etat a estimé que l'aide consentie par une société membre du réseau à une autre société membre, malgré l'absence de lien capitalistique et de relation d'affaires entre elles, était consentie dans l'intérêt de la première dès lors que « *les avantages consentis pouvaient être regardés comme la conséquence d'engagements constituant la contrepartie des avantages que l'entreprise retire elle-même directement de son adhésion à une association ou à un groupement et du respect des conditions auxquelles l'appartenance à ce groupement est subordonnée* »<sup>52</sup>. Cette solution, confirmée et étendue à l'échelle internationale<sup>53</sup>, admet la déduction des aides consenties entre sociétés tierces appartenant à un même réseau dès lors que la contrepartie de l'avantage accordé réside dans l'appartenance au réseau. En effet, grâce à l'appartenance au groupement,

---

<sup>50</sup> V. *supra* n° 6, CE 7 juillet 1958, n° 35977, Dr. Fisc. 1958, n° 44, comm. 938.

<sup>51</sup> CGI, art. 39-13.

<sup>52</sup> CE 26 septembre 2001, n° 219825, SA ROCADIS, RJF 2001, n° 1491.

<sup>53</sup> CE 6 mars 2006, n° 281034, Sté DISVALOR, RJF 2006, n° 502 ; CE 21 novembre 2012, n° 348864 et 348865, PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDIT SA, RJF 2013, n° 131.

l'entreprise versante bénéficie d'avantages non négligeables comme le renom de l'enseigne, une clientèle ou encore la formation du personnel. L'aide versée est considérée comme normale en raison de ces diverses contreparties indirectes. Cependant, la loi de finances rectificative pour 2012<sup>54</sup> a créé l'article 39-13 du CGI posant un principe général de non-déduction des aides inter-entreprises, à l'exception des aides à caractère commercial. L'objectif principal de la réforme était d'interdire la déduction des aides versées aux entités étrangères. En effet, le transfert de bénéfice vers l'étranger était déductible en France en application de la jurisprudence susvisée, et non imposable dans certains pays étrangers. C'est ce double avantage fiscal que le législateur de 2012 a souhaité combattre. Mais en vertu du principe de libre circulation des capitaux, il ne pouvait se cantonner à l'interdiction de déduction des aides versées aux seules entités étrangères. L'article 39-13 issu de la réforme de 2012 vise ainsi toutes les aides, mêmes celles versées entre sociétés françaises. Ce principe général de non-déduction des aides autres que commerciales, applicable pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, prévoit toutefois une exception concernant les aides versées aux entreprises en difficulté.

La théorie prétorienne de l'acte anormal de gestion ainsi définie est applicable uniquement à l'imposition du bénéfice, et donc aux opérations réalisées dans le cadre de la gestion du patrimoine professionnel. Elle se différencie de la procédure de l'abus de droit fiscal, d'origine légale, et doit être écartée de la présente étude. De plus, il est nécessaire de rappeler que la gestion anormale n'est pas nécessairement abusive : *« peu importe que l'acte ait eu ou non pour but une diminution du résultat fiscal ; il suffit qu'il ait eu un tel résultat, ce qui constitue une différence avec l'abus de droit par fraude à la loi »*<sup>55</sup>. Alors que l'acte anormal de gestion, pris en contrariété avec l'intérêt social, appauvrit l'entreprise, l'acte abusif *« repose au contraire sur un exercice de prestidigitation juridique réalisant une évaporation fiscale »*, qui *« enrichit l'entreprise au détriment du Trésor »*<sup>56</sup>. Le Conseil d'Etat a précisé que l'administration fiscale n'est pas tenue de se fonder sur la procédure de l'abus de droit fiscal dès lors que *« le redressement est justifié par l'existence d'un acte anormal de gestion »*<sup>57</sup>. Les deux procédures sont distinctes et seule la procédure de l'abus de droit sera abordée dans le cadre des développements qui suivent.

---

<sup>54</sup> Loi n° 2012-958 du 16 août 2012, art. 17.

<sup>55</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2200.

<sup>56</sup> *Ibid.*, n° 2200.

<sup>57</sup> CE 6 octobre 2010, n° 299986, KALPOKDJIAN, RJF 2011, n° 77.

**9. Evolution historique de la notion d'abus de droit fiscal.** La notion d'abus de droit a subi de nombreuses évolutions au cours de l'histoire. Apparue au XIX<sup>ème</sup> siècle grâce à la Cour de cassation qui a posé un principe général de sanction des opérations frauduleuses ou fictives, les fondements de la procédure de l'abus de droit fiscal ont été posés dès l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1925 en matière de droits d'enregistrement. C'est seulement avec la loi du 13 janvier 1941 portant simplification, coordination et renforcement des dispositions du Code des impôts directs que la procédure de répression des abus de droit a été instituée et étendue à l'impôt sur les bénéficiaires (impôt sur le revenu et impôt sur les sociétés). En 1964, la définition légale de l'abus de droit a quitté le Code Général des Impôts (CGI) pour se retrouver dans le Livre des Procédures Fiscales (LPF) à l'article L. 64 en prévoyant une liste limitative d'impôts et en visant uniquement les hypothèses de simulation. La procédure de l'abus de droit fiscal visée par l'article L. 64 du LPF a d'abord été étendue à la TVA, puis à la taxe professionnelle et à l'ISF par la loi de finances rectificative pour 2003, et aux contributions sociales par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008. De plus, l'article L. 64 du LPF ne concernait pas les étapes de liquidation et de paiement de l'impôt. En raison de ce domaine restreint, la question s'est posée de savoir si, en dehors du domaine de l'article L. 64 du LPF, « *les contribuables pouvaient en toute impunité se livrer à des opérations simulées ou à des montages frauduleux pour échapper, totalement ou partiellement, à leurs obligations fiscales* »<sup>58</sup>.

Le rôle de la jurisprudence est primordial dans l'évolution du domaine de la procédure de l'abus de droit fiscal. Le Conseil d'Etat, tout d'abord, dans un arrêt du 10 juin 1981, a élargi le domaine d'application en écartant de son champ d'application les actes sincères dans leur expression mais ne répondant pas à une motivation exclusivement fiscale. Ainsi, pour écarter les actes comme ne lui étant pas opposables, l'administration doit prouver « *qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles* »<sup>59</sup>. Ensuite, dans un arrêt DONIZEL<sup>60</sup>, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence du Conseil d'Etat et l'a étendue aux droits de mutation à titre gratuit. Enfin, l'arrêt majeur dans l'évolution du champ d'application de la procédure de l'abus de droit fiscal est l'arrêt JANFIN<sup>61</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a posé le concept général de fraude à la loi permettant de remettre en cause des montages qui n'étaient,

---

<sup>58</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2179.

<sup>59</sup> CE 10 juin 1981, n° 19079, plén., RJF 1981 n° 787.

<sup>60</sup> Cass. com. 19 avril 1988, n° 86-19079, Donizel, RJF 2/89, n° 250.

<sup>61</sup> CE 27 juin 2006, n° 260050, JANFIN, Dr. fisc. 2006, n° 47, 744, concl. L. OLLEON.

jusqu'à-là, pas visés par le texte légal. Le cinquième considérant de l'arrêt JANFIN mérite d'être rappelé : « *dès lors que le litige n'entre pas dans le champ d'application des dispositions particulières de l'article L. 64 du LPF (...) le service, qui peut toujours écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'il établit que ces actes ont un caractère fictif, peut également se fonder sur le principe sus-rappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles* ». La jurisprudence JANFIN, qui pose un principe général de fraude à la loi, est applicable dès lors que les conditions légales prévues à l'article L. 64 du LPF ne sont pas remplies. Cette solution de la Haute Juridiction est fortement « *inspirée de la jurisprudence communautaire sur la lutte contre les pratiques abusives qui exclut du bénéfice des dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale nationale* »<sup>62</sup>. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est prononcée, en matière de TVA, dans un arrêt HALIFAX très remarqué dans lequel elle a posé les conditions d'une opération abusive. Ainsi, dans ses considérants 74 et 75, la CJCE relève que « *la constatation de l'existence d'une pratique abusive exige, d'une part, que les opérations en cause, (...), aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par [les] dispositions. D'autre part, il doit également résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage fiscal* »<sup>63</sup>. Il se dégage de cet arrêt « *un principe communautaire d'interprétation interdisant de faire un usage abusif du droit communautaire [et qui] va permettre de combattre les pratiques abusives dans les Etats membres dépourvus de règles spécifiques. Lorsqu'elles existent, il faudra les appliquer dans le respect de l'arrêt HALIFAX* »<sup>64</sup>. L'évolution jurisprudentielle a permis de dégager un concept de fraude à la loi s'appliquant aux hypothèses qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 64 du LPF.

Suite à ces différents arrêts, la difficulté se posait de la dualité des régimes. D'un côté, l'administration fiscale pouvait se fonder sur l'article L. 64 du LPF pour engager la procédure de l'abus de droit dans les cas prévus par cet article. Lors de la mise en œuvre de cette

---

<sup>62</sup> F. PERROTIN, *La réforme de l'abus de droit se profile à l'horizon*, LPA 2008, n° 140, p.4.

<sup>63</sup> CJCE 21 février 2006, aff. 255/02, HALIFAX, RJF 2006, n° 648.

<sup>64</sup> Y. SERANDOUR, *L'abus de droit selon la CJCE - A propos de l'arrêt Halifax*, Dr. fisc. 2006, n° 16, 16, §16.

procédure légale, le contribuable bénéficiait de garanties procédurales importantes<sup>65</sup>. La sanction était l'inopposabilité de l'acte abusif ainsi qu'une majoration de 80% et les intérêts de retard<sup>66</sup>. D'un autre côté, lorsque l'administration fiscale se trouvait face à un acte qui n'entrait pas dans la liste limitative de l'article L. 64 du LPF, elle se fondait sur le principe général de fraude à la loi issu de la jurisprudence. Dans cette hypothèse, le contribuable n'avait aucune garantie procédurale particulière et les sanctions de droit commun étaient applicables, ce qui faisait de ce principe général d'origine jurisprudentiel « *un outil dangereux dans les mains de l'administration* »<sup>67</sup>. La dualité de fondement de la répression des actes abusifs a entraîné le développement d'un abus de droit « *à deux vitesses* »<sup>68</sup>. Afin de résoudre cette difficulté, la réforme de l'article L. 64 du LPF apparaissait indispensable. Le projet de réforme, dans un premier temps publié dans le rapport FOUQUET sur la sécurité juridique en matière fiscale, a été repris par la loi de finances rectificative pour 2008<sup>69</sup>. Le but de cette réforme était de clarifier et simplifier le texte définissant l'arme anti-abus en tirant les conséquences de la jurisprudence JANFIN, c'est-à-dire en étendant les garanties procédurales et les sanctions prévues à l'article L. 64 du LPF aux hypothèses de fraude à la loi. Le nouvel article issu de la loi du 30 décembre 2008, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>70</sup>, a élargi le champ d'application de la procédure de l'abus de droit. Désormais, elle s'applique à tous les impôts et concerne toutes les étapes de l'imposition, de son fait générateur à son paiement. Ainsi, l'article L. 64 du LPF prévoit que, « *afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ». La matière fiscale fait de l'abus de droit une application particulière. Il convient donc de définir cette notion en droit commun avant d'étudier les critères de l'article L. 64 du LPF utilisés en droit fiscal.

---

<sup>65</sup> V. *infra* n° 12.

<sup>66</sup> V. *infra* n°13.

<sup>67</sup> F. PERROTIN, *La réforme de l'abus de droit se profile à l'horizon*, LPA 2008, n°140, p.4.

<sup>68</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2181.

<sup>69</sup> Loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 35.

<sup>70</sup> Excepté pour les règles relatives à la composition du comité de l'abus de droit fiscal entrées en vigueur en avril 2009.

**10. Définition de l'abus de droit.** Dans le langage courant, l'« *abus* » est utilisé pour désigner le mauvais emploi, l'usage excessif de quelque chose. Plus précisément l'abus de droit est défini comme « *l'usage excessif d'un droit, d'une fonction par son titulaire* »<sup>71</sup>. Il s'agit en effet de l'exercice d'un droit d'une manière contraire aux usages et dommageable à autrui. En droit privé, l'abus de droit est défini comme une « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* »<sup>72</sup>. Bien que la théorie de l'abus de droit semble n'apparaître en France qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>73</sup>, l'idée de sanctionner l'abus de l'exercice d'un droit existait déjà en droit romain, comme le démontre l'adage « *Malitiis non est indulgendum* »<sup>74</sup>. Le droit civil actuel sanctionne l'abus de droit par le biais de la responsabilité civile prévue aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Ainsi, « *l'abus de droit est une faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil qui engage la responsabilité civile de son auteur envers la victime du dommage* »<sup>75</sup>. Cependant, « *la sanction de l'abus de droit ne consiste pas toujours en des dommages et intérêts : il peut s'agir d'amende, de nullité, d'inopposabilité, de déchéance, ou plus simplement de priver une clause contractuelle de sa force* »<sup>76</sup>. La théorie de l'abus de droit ne renvoie pas nécessairement au domaine de la responsabilité civile délictuelle. En effet, l'abus renvoie à deux démarches : l'abus comme « *faute du comportement* » qui permet de « *juger de l'attitude d'un homme et non de la force de ses droits* » ; l'abus comme « *limite à la force obligatoire d'une clause* » qui permet de « *juger de la force de ses droits et non de son attitude* »<sup>77</sup>.

La matière fiscale fait une application particulière de la théorie de l'abus de droit puisqu'elle confond l'abus et la fraude à la loi. Plus précisément, la fraude à la loi fait partie intégrante de la théorie de l'abus de droit fiscal alors qu'en droit des contrats, la doctrine distingue les deux fondements. En effet, la fraude à la loi est définie en droit privé comme « *une volonté pour le contractant d'écarter, par l'usage formellement régulier de sa liberté contractuelle, l'application d'une règle législative précise* », là où l'abus « *correspond davantage à une violation des valeurs générales de l'ordre social* »<sup>78</sup>. Seul l'abus de droit fiscal est envisagé dans la présente étude et comprend à la fois la fictivité et la fraude à la loi.

<sup>71</sup> V. « *Abus de droit* », Dictionnaire Le petit Larousse, éd. 2013.

<sup>72</sup> V. « *Abus* (-- de droit, a) civ.) », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>73</sup> L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Rousseau, Paris, 1905.

<sup>74</sup> « *Celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui* ».

<sup>75</sup> B. POUILLAIN, *L'abus de droit en fiscalité - La jurisprudence de la Cour de cassation*, Rev. soc. 2002, p. 479, §3.

<sup>76</sup> L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. civ. DALLOZ, avril 2008, §5.

<sup>77</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat - Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, n° 10.

<sup>78</sup> *Ibid.*, n° 4.

En premier lieu, et concernant les actes fictifs, il convient de se reporter à la notion de simulation en droit civil. En langage courant, « *la simulation est l'action de faire paraître comme réel, effectif ce qui ne l'est pas* »<sup>79</sup>. Il s'agit de dissimuler une réalité, de mentir sur une réalité. Dans un sens juridique large, le Vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT définit la simulation comme « *un fait consistant à créer un acte juridique apparent (dit ostensible) qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération* »<sup>80</sup>. La simulation en droit fiscal reprend cette définition<sup>81</sup>. Ainsi, il existe trois hypothèses de simulation, à savoir la fictivité, le déguisement et l'interposition de personnes. Tout d'abord, l'acte fictif est un acte dépourvu de toute substance économique ou juridique. Il s'agit notamment de l'hypothèse d'une société fictive<sup>82</sup>. La société est constituée en respect des règles du Code civil, cependant elle est dépourvue de toute substance, réalité économique ou vie juridique ; c'est une coquille vide. Ensuite, l'acte déguisé est un acte dont la consistance juridique apparente ne correspond pas à la consistance juridique réelle. Autrement dit, la qualification juridique retenue par les parties est différente de la réalité. Afin de reprendre l'idée du mensonge, « *l'acte juridique passé est réel, mais c'est son étiquette qui est mensongère* »<sup>83</sup>. L'exemple le plus connu est celui de la donation déguisée qui consiste à dissimuler une donation sous l'apparence d'un acte d'une autre nature afin d'éviter l'application du régime des droits de mutation à titre gratuit, souvent plus élevés que les droits de mutation à titre onéreux<sup>84</sup>. Enfin, l'interposition de personnes vise l'hypothèse dans laquelle une partie à l'acte est en réalité un tiers. Dans un acte juridique ostensible, les parties font figurer le nom du titulaire apparent d'un droit, alors qu'en vertu de la volonté réelle des parties, le véritable intéressé est une autre personne tenue secrète (dans une contre-lettre le plus souvent). Dans ce cas, « *le mensonge porte sur la personne du contractant* »<sup>85</sup>. Ainsi, les trois hypothèses de simulation correspondent à la « *création volontaire d'une contradiction entre un élément occulte et un élément ostensible en vue d'induire les tiers en erreur* »<sup>86</sup>.

En second lieu, et concernant la fraude à la loi, deux critères doivent être dégagés. En

<sup>79</sup> C. OPHELE, *Simulation*, Rép. civ. Dalloz, février 2000, §1.

<sup>80</sup> V. « *Simulation* », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, PUF, 10<sup>e</sup> éd, 2014.

<sup>81</sup> Pour une étude approfondie de la notion de simulation en matière fiscale, V. F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, Thèse, LGDJ, 1997.

<sup>82</sup> V. notamment *infra* n° 240.

<sup>83</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2187.

<sup>84</sup> V. *infra* les développements en matière de donation déguisée, n° 267 et s.

<sup>85</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit.

<sup>86</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, thèse préc., n° 711 et s.

effet, l'article L. 64 du LPF prévoit que sont constitutifs d'un abus de droit, les actes qui, « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, (...) n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ». Le premier critère se rapporte au but exclusivement fiscal de l'opération. Il doit s'agir d'un acte répondant à des préoccupations exclusivement fiscales, c'est-à-dire n'ayant aucune justification financière, économique, commerciale, patrimoniale ou encore familiale. Selon le second critère, est frauduleux l'acte qui fait une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. La fraude à la loi est établie lorsque la mise en œuvre d'un montage juridique correspond à une application des textes dans un sens contraire à leur esprit dans le seul but d'éviter l'impôt. Plus précisément, il s'agit d'une application littérale des « *textes ou des décisions* ». Or, que regroupent ces terminologies ? Tout d'abord, le terme de « *textes* » renvoie au texte fiscal mais également le texte de droit commun régissant la règle fiscale applicable. Par exemple, en matière de donation, le contribuable peut chercher à contourner l'application la règle fiscale, autrement dit la règle du barème fiscal prévu à l'article 669 du CGI, mais il peut également faire une application littérale de la règle de droit commun, c'est-à-dire celle de l'article 894 du Code civil définissant la donation. C'est ce que semble avoir retenu implicitement la Cour de cassation en jugeant que l'abus est caractérisé par l'utilisation frauduleuse d'une procuration et le détournement de l'objet d'un don manuel<sup>87</sup>. Ensuite, le terme de « *décision* », ajouté à l'article L. 64 du LPF par la loi de finances rectificative pour 2008<sup>88</sup>, pose une problématique intéressante : celle de l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal à la doctrine administrative. Autrement dit, peut-il y avoir un abus de doctrine administrative ? Par principe, et en raison de l'absence de pouvoir réglementaire accordé à l'administration fiscale, la doctrine administrative illégale, c'est-à-dire qui ajoute à la loi ou qui lui est contraire, est inopposable au contribuable dès lors qu'elle lui est défavorable. A l'inverse, une doctrine illégale, mais favorable au contribuable, peut être invoquée par lui et est opposable à l'administration. De cette règle, découle la garantie du contribuable contre les changements de doctrine. En effet, selon l'article L. 80 A du CGI, « *lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou*

---

<sup>87</sup> Cass. com. 31 janvier 2012, n° 11-10934, COLLIN-DUFRESNE, RIF 2012, n° 537.

<sup>88</sup> Loi n° 2008-1143 du 30 décembre 2008, art. 35, Dr. fisc. 2009, n°5, comm.139. Pour la raison de l'ajout de ce terme à la nouvelle rédaction de l'article L. 64 du LPF, V. O. FOUQUET, *L'application littérale de la doctrine administrative peut-elle être constitutive d'un abus de droit ?*, Dr. fisc. 2009, n°42, act. 316.

*circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente* »<sup>89</sup>. Cette garantie est un gage de sécurité juridique pour le contribuable. Ce dernier peut ainsi mettre en œuvre ses montages en se fondant sur la doctrine administrative. Reconnaître l'application de la procédure de l'article L. 64 du LPF à la doctrine administrative revient à estimer qu'il peut y avoir une application littérale de la doctrine administrative à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs. Or, il est difficile de l'admettre, comme a pu l'affirmer Jérôme TUROT, « *la doctrine n'a pas d'esprit* »<sup>90</sup>. Cette approche conforte la position du Conseil d'Etat qui a estimé que « *lorsqu'un contribuable s'est conformé à l'interprétation que l'Administration a donnée d'une loi dans une instruction ou une circulaire, l'Administration ne peut recourir à la procédure de répression des abus de droit pour faire échec à la garantie que le contribuable tient de l'article L. 80 A du LPF au motif qu'en se conformant aux termes mêmes de cette instruction, il aurait outrepassé la portée que l'Administration entendait conférer à la dérogation aux dispositions de la loi fiscale qu'elle autorisait* »<sup>91</sup>. Afin de conserver une certaine sécurité juridique, il convient de faire une application littérale de la doctrine administrative, d'autant plus que « *chacun pourrait attribuer aux rédacteurs de la doctrine n'importe quelle intention puisque, par construction, on ne la connaît pas* »<sup>92</sup> ce qui porterait atteinte au principe d'opposabilité de la doctrine administrative.

**11. Abus de droit et notions voisines.** La notion de l'abus de droit fiscal ne doit pas être confondue avec des notions voisines, telle que l'erreur, l'évasion fiscale ou encore la fraude fiscale.

Tout d'abord, l'erreur procède « *de la méconnaissance involontaire d'une prescription fiscale obligatoire* »<sup>93</sup>. Dès lors qu'elle est involontaire, l'erreur, qui «  *vise le fait de se tromper* »<sup>94</sup>, peut être rectifiée à l'initiative tant du contribuable que de l'administration fiscale. Dans cette dernière hypothèse, le contribuable étant présumé de bonne foi, il n'encourt aucune pénalité fiscale. L'erreur peut constituer une irrégularité de fait ou de droit.

---

<sup>89</sup> S'ajoute à cette garantie contre les changements de doctrine, l'opposabilité des prises de positions de l'administration sur les situations de fait prévue à l'article L. 80 B du LPF (rescrits individuels et rescrits publiés). Pour une étude de cette garantie, V. M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 50 et s.

<sup>90</sup> Cité par O. FOUQUET, *L'application littérale de la doctrine administrative peut-elle être constitutive d'un abus de droit ?*, Dr. fisc. 2009, n°42, act. 316.

<sup>91</sup> CE ass. Avis 8 avril 1998, n° 192539, Sté DISTRIBUTION DE CHALEUR DE MEUDON ET ORLEANS, Dr. fisc. 1998, n° 18, comm. 398, concl. G. GOULARD.

<sup>92</sup> O. FOUQUET, *L'application littérale de la doctrine administrative peut-elle être constitutive d'un abus de droit ?*, op. cit.

<sup>93</sup> G. DEDEURWAERDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion – Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. Fisc. 2014, n°28, 427, §2.

<sup>94</sup> *Ibid.*, §6.

L'erreur de fait concerne l'hypothèse dans laquelle le contribuable s'est fondé sur des faits matériellement inexacts : par exemple, il a omis de déduire une charge ou il s'est trompé en déduisant une charge qui n'existe pas. L'erreur de droit « *procède d'une interprétation erronée de la loi* »<sup>95</sup>. La notion d'erreur doit être distinguée de celle de décision de gestion qui résulte de la mise en œuvre du principe de liberté de gestion. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt fondateur de la théorie générale de la distinction des erreurs et des décisions de gestion<sup>96</sup>, a exposé le triptyque, maintes fois repris par la suite, permettant de distinguer les erreurs comptables, les décisions de gestion opposables à l'administration fiscale et au contribuable, et la décision de gestion irrégulière ou erreur comptable délibérée qui est « *soumise à un régime asymétrique : elle est rectifiable par l'administration quand le contribuable n'est pas fondé à en demander la correction* »<sup>97</sup>. A la différence de l'erreur, la décision de gestion procède d'un choix du contribuable et lui est donc opposable, ainsi qu'à l'administration fiscale. Seule la décision de gestion peut conduire à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit dès lors que l'administration démontre son caractère artificiel ou fictif. Le pouvoir général de requalification dont dispose l'administration fiscale s'exerce dès lors que le service souhaite rectifier une qualification erronée. Contrairement à l'abus de droit, la qualification erronée résulte d'un fait involontaire du contribuable. Cependant, lorsque l'administration fiscale se rend compte d'une erreur de requalification d'un acte avec une éventuelle intention du contribuable d'altérer la qualification de l'acte, elle dispose d'un choix : soit elle se fonde sur la procédure de l'abus de droit fiscal, à la condition qu'elle démontre cette intention, soit elle requalifie l'acte sur le fondement de son pouvoir général de rectification. Peu importe que l'erreur de qualification soit empreinte d'un agissement délibéré du contribuable, l'administration fiscale peut décider de ne pas mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal. Cette position « *se situe dans le strict prolongement de la jurisprudence antérieure selon laquelle l'administration peut requalifier un contrat sans se placer sur le terrain de l'abus de droit, aussi probable l'intention de simulation ou de fraude du contribuable soit-elle* »<sup>98</sup>. Tant le Conseil d'Etat<sup>99</sup> que la Cour de Cassation<sup>100</sup> a pu admettre ce « *choix des armes* »<sup>101</sup> pour l'administration fiscale.

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>96</sup> CE 23 janvier 1961, n° 47543, Sté P., Dr. fisc. 1961, n° 12, doctr., concl. M. POUSSIÈRE.

<sup>97</sup> G. DEDEURWAERDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion – Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. Fisc. 2014, n°28, 427, §2.

<sup>98</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, JCP E 2011, n° 13, 1278 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249.

<sup>99</sup> CE plén., 21 juillet 1989, n° 58871, L. ; RJF 1989, n° 999 ; Dr. fisc. 1990, n°1, comm. 28.

<sup>100</sup> Cass. Com. 16 décembre 2008, n° 08-11.419, F-D, Sté FOROCEAN ; Dr. fisc. 2009, n° 37, comm. 464.

<sup>101</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, op. cit.

Ensuite, la notion d'abus de droit fiscal se distingue de celle d'évasion fiscale. D'un usage courant, la notion d'évasion fiscale n'en est pas moins difficile à cerner. Contrairement à l'optimisation fiscale, il s'agit d'un terme péjoratif, ceci étant vraisemblablement dû à « *une inclusion du terme "évasion" dans celui de "fraude", cette dernière notion n'ayant jamais cessé, depuis, d'avoir des velléités d'expansionnisme vis-à-vis de la première, dans un but répressif* »<sup>102</sup>. L'évasion fiscale se situe entre la fraude fiscale, qui est illégale ou « *contra legem* », et la décision de gestion, qui est légale ou « *intra legem* »<sup>103</sup>. Ainsi, elle peut être définie comme « *une action individuelle, volontaire, non violente et extra-légale d'un contribuable qui, par la mise en œuvre d'une technique juridique de sur-adaptation alternative fondée sur l'existence du principe de liberté de gestion choisit de se placer indirectement dans une situation fiscale déterminée, afin d'obtenir un résultat économique équivalent à celui recherché, tout en étant fiscalement plus favorable* »<sup>104</sup>. De par son caractère volontaire, elle s'oppose à l'erreur, action involontaire du contribuable. De par son caractère extra-légal, elle s'oppose à la fraude fiscale, infraction pénale prévue et réprimée par la loi.

Enfin, la fraude fiscale, en tant qu'infraction pénale, ne doit pas être confondue avec l'abus de droit fiscal. Il s'agit d'une violation délibérée des prescriptions de la loi fiscale sanctionnée pénalement. Comme pour tout délit pénal, le délit général de fraude fiscale est composé d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Quant à l'élément matériel, la doctrine administrative rappelle qu'« *il faut tout d'abord qu'il y ait soustraction ou tentative de soustraction à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés au CGI* »<sup>105</sup>. Quant à l'élément intentionnel, il faut que « *l'auteur de l'infraction ait été animé par une volonté de fraude* »<sup>106</sup>. La preuve du caractère intentionnel incombe aux parties poursuivantes, ministère public et administration. La réalisation de la fraude fiscale peut se faire par plusieurs procédés. Il peut s'agir notamment de l'omission volontaire de déclaration dans les délais prescrits, de la dissimulation volontaire de sommes sujettes à l'impôt ou encore de l'organisation d'insolvabilité, l'article 1741 du CGI ne posant pas de liste limitative en visant également « *tout autre moyen frauduleux* ». La fraude fiscale est punie d'une amende de 500.000 € et d'un emprisonnement de cinq ans<sup>107</sup>. L'amende est portée à 700.000 € si la fraude a été réalisée ou facilitée au moyen d'achats ou de ventes sans facture ou de factures ne

---

<sup>102</sup> C. ROBBEZ-MASSON, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Thèse, LGDJ, 1990, n° 106.

<sup>103</sup> *Ibid.*, n° 109 et s.

<sup>104</sup> *Ibid.*, n° 219.

<sup>105</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n° 10.

<sup>106</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n° 50.

<sup>107</sup> CGI, art. 1741.

se rapportant pas à des opérations réelles, ou si elle a eu pour objet d'obtenir de l'Etat des remboursements injustifiés. Par ailleurs, lorsque la fraude présente un lien avec un Etat non coopératif, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et 1.000.000 € d'amende. Enfin, en cas de dissimulation, ces peines ne sont applicables que si la dissimulation excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 €. Contrairement au délit général de fraude fiscale, l'abus de droit n'est pas en tant que tel pénalement sanctionné.

L'erreur, l'évasion fiscale et la fraude fiscale sont trois notions distinctes de celle de l'abus de droit et seront exclues des développements qui suivent.

**12. Procédure de l'abus de droit fiscal.** La réforme de 2008 a permis d'étendre les garanties procédurales prévues dans le cadre de la procédure de l'abus de droit aux hypothèses de fraude à la loi. Au préalable, il est important de rappeler que la procédure de l'abus de droit fiscal est une procédure de redressement contradictoire et est donc « incompatible avec celle de la taxation d'office »<sup>108</sup>. Les garanties entourant la mise en œuvre de la procédure anti-abus sont au nombre de trois<sup>109</sup>.

Tout d'abord, l'article L. 64 B du LPF permet au contribuable d'interroger l'administration fiscale sur sa situation personnelle avant de mettre en œuvre ces opérations. C'est la technique du rescrit fiscal qui permet « d'obtenir un "feu vert" de l'administration pour se mettre à l'abri d'une éventuelle répression au titre de l'abus de droit »<sup>110</sup>. Le rescrit fiscal est une garantie préventive qui permet au contribuable d'exposer son projet par écrit à l'administration fiscale. Si celle-ci donne une réponse positive ou si elle ne répond pas dans un délai de six mois, elle ne pourra plus remettre en cause l'opération ainsi réalisée sur le fondement de la procédure de l'abus de droit. En cas de réponse négative de la part de l'administration, le contribuable peut toutefois mettre en œuvre son opération. Cependant, cette « assurance anti-abus de droit »<sup>111</sup> risque d'attirer l'attention de l'administration sur la situation fiscale du contribuable, qui n'hésitera pas à engager un examen de la situation fiscale personnelle (ESFP) de ce dernier, d'autant qu'elle pourra opérer un redressement sur un autre fondement, ou sur le fondement de l'article L. 64 du LPF dès lors qu'elle a rendu une

---

<sup>108</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Garanties et domaine de la procédure de répression de l'abus de droit*, RJF 1993, p. 99 ; Cass. com. 15 juillet 1992, n° 1321, RJF 1992, n° 1586.

<sup>109</sup> V. en ce sens, M. COZIAN, *L'aménagement de la procédure de l'abus de droit*, in *L'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, PUF, 1989, p.157.

<sup>110</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Garanties et domaine de la procédure de répression de l'abus de droit*, op. cit.

<sup>111</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2198.

réponse défavorable au contribuable.

Ensuite, la seconde garantie est une garantie formelle. Les propositions de rectification fondées sur la procédure de l'abus de droit doivent comporter le visa d'un agent ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire<sup>112</sup>. Par ailleurs, la notification de redressement doit être motivée. Cette dernière condition n'est pas spécifique à la procédure particulière de l'abus de droit mais s'applique à toutes les procédures de redressement contradictoire de droit commun. La notification de redressement doit comporter des mentions spécifiques telles que la faculté pour le contribuable de se faire assister d'un conseil de son choix pour discuter de la proposition de rectification ou pour y répondre, le délai ouvert au contribuable pour y répondre et la possibilité de saisine du Comité de l'abus de droit fiscal, et ce, sous peine de nullité de la procédure.

Enfin, la troisième garantie accordée au contribuable est donc la possibilité de saisir le Comité de l'abus de droit fiscal. La composition du Comité de l'abus de droit, ancien Comité Consultatif de la répression des abus de droit (CCRAD), et son fonctionnement ont également fait l'objet de la réforme de 2008. Dans un premier temps, et concernant sa composition, l'article 1653 C du CGI prévoit que le Comité « *comprend un conseiller d'Etat, président, un conseiller à la cour de cassation, un avocat ayant une compétence en droit fiscal, un conseiller maître à la Cour des comptes, un notaire, un expert-comptable, un professeur des universités, agrégé de droit ou de sciences économiques* ». Des règles particulières en matière d'incompatibilité et de secret professionnel sont prévues pour les membres du Comité<sup>113</sup> qui ne peuvent, notamment, pas délibérer dans une affaire dans laquelle ils ont ou ont eu un intérêt au cours des deux ans précédant la délibération. Dans un second temps, et concernant son fonctionnement, la saisine du Comité peut se faire sur demande du contribuable ou de l'administration fiscale. Suite à la réception de la proposition de rectification mentionnant la possibilité de saisine du Comité, le contribuable dispose d'un délai de trente jours pour faire connaître ses observations au service dans une réponse à proposition de rectification. Si le contribuable refuse entièrement ou en partie seulement les redressements qui lui ont été notifiées, l'administration lui répond dans une réponse aux observations du contribuable dans laquelle elle peut maintenir entièrement ses redressements initiaux, ou en abandonnés certains. C'est en général à ce stade que le contribuable peut saisir le Comité de l'abus de droit, dans un délai de trente jours, lorsque des désaccords subsistent avec le service. L'avis

---

<sup>112</sup> LPF, art. R. 64-1.

<sup>113</sup> V. CGI, art. 1653 D.

rendu par le Comité est déterminant en cas de contentieux ultérieur quant à la charge de la preuve. En effet, par principe, la charge de la preuve du comportement abusif pèse sur l'administration fiscale en application de la présomption de sincérité des actes de droit privé et de leur opposabilité à l'administration. Dès lors que le Comité rend un avis en faveur du contribuable, la charge de la preuve demeure inchangée. En revanche, si l'avis est rendu en faveur de l'administration fiscale, il opère un renversement de la charge de la preuve. C'est alors au contribuable d'apporter la preuve de l'absence d'abus de droit. Il a été jugé, cependant, « *qu'il incombait au contribuable de démontrer, non pas que l'acte de résiliation litigieux et l'indemnité correspondante se justifiaient exclusivement par un motif autre que fiscal mais seulement qu'ils n'avaient pas poursuivi un but exclusivement fiscal* »<sup>114</sup>. Ainsi, le contribuable n'a pas à apporter la preuve que l'opération est exclusivement justifiée par un motif autre que fiscal mais il doit seulement démontrer qu'il n'a pas poursuivi un but exclusivement fiscal.

**13. Sanction de l'abus de droit : la modulation du montant de la pénalité.** En cas d'opération simulée ou de montage frauduleux, la sanction est celle de l'inopposabilité de l'acte à l'administration fiscale. L'acte est inopposable à l'administration c'est-à-dire qu'il est privé de tous ses effets à son égard. Il s'agit d'une exception au principe de liberté de gestion permettant à l'administration de sanctionner les actes ayant un caractère artificiel ou fictif en opérant une rectification fiscale, voire parfois une requalification si celle-ci s'avère nécessaire. Cette dernière est spécifique à la procédure de l'abus de droit fiscal et doit se distinguer du pouvoir général de requalification dont l'administration dispose habituellement<sup>115</sup>.

En sus de l'inopposabilité de l'acte, l'administration fiscale applique une pénalité de 40% ou 80% si le bénéficiaire est à l'initiative de l'acte ou en est le principal bénéficiaire. La modulation de cette pénalité a été introduite par la loi de finances rectificative pour 2008 afin de tenir compte du caractère répressif des sanctions fiscales en respect du droit européen. En application de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>116</sup>, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré que les sanctions administratives entrent dans

---

<sup>114</sup> CE 28 mars 2013, n° 343265, SARL SOLITEL, inédit, P. MICHAUD, *Miracle fiscal à Lourdes*, 30 mars 2013, <http://www.avocatfiscaliste-paris.fr/archive/2013/03/30/abus-de-droit-miracle-fiscal-a-lourdes-ce-28-mars-2013-aff-s.html>

<sup>115</sup> V. *supra* n° 11.

<sup>116</sup> CEDH, art. 6-1 : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

la notion d' « *accusations en matière pénale* ». Dans un premier temps, la Cour Européenne a posé trois critères de qualification lui permettant de considérer que les sanctions administratives ressortaient bien de sa juridiction<sup>117</sup> : « *le premier critère est la qualification de la mesure en droit national, le second critère est la nature de l'infraction et enfin le troisième critère est le degré de sévérité de la sanction* »<sup>118</sup>. Dans un second temps, la Cour s'est prononcée sur les sanctions fiscales en estimant qu'elles participaient de la matière pénale<sup>119</sup> en ce qu'elles constituaient une accusation en matière pénale, ce que le Conseil d'Etat a confirmé par la suite<sup>120</sup>. Cependant, la question de la possibilité de modulation des sanctions fiscales par le juge de l'impôt restait posée. La Cour de cassation a reconnu le principe de modulation des sanctions fiscales en vertu du principe d'individualisation des peines en estimant que « *l'amende fiscale (...) constitue une sanction ayant le caractère de punition* » et qu'au regard de l'article 6-1 de la CEDH un pouvoir de modulation devait être reconnu au juge<sup>121</sup>. Le Conseil d'Etat, quant à lui, adopte une position inverse. Dans l'avis HOUDMOND, il estime que « *le juge de l'impôt, après avoir exercé son plein contrôle sur la qualification retenue par l'administration, doit appliquer le taux de majoration prévu en ce cas par la loi sans pouvoir le moduler pour tenir compte de la gravité de la faute commise par le contribuable* »<sup>122</sup>. L'intervention du législateur a permis de mettre en conformité la sanction de l'abus de droit avec la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en introduisant une modération de la pénalité ; cependant « *le législateur n'est pas allé jusqu'à accorder au juge de l'impôt le pouvoir de moduler lui-même la sanction* »<sup>123</sup>. La Cour Européenne<sup>124</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>125</sup> adoptent une position semblable à celle du Conseil d'Etat en considérant que la loi proportionnait elle-même les amendes à la gravité du comportement. « *Reste à savoir si la Cour de cassation, dont la position est pour le moins isolée, maintiendra sa jurisprudence* »<sup>126</sup>.

En supplément de cette pénalité de 40% ou 80%, le contribuable devra acquitter des intérêts de retard d'un taux de 0,40% par mois de retard, soit 4,80% l'an. Selon la doctrine administrative, « *la base de calcul des intérêts de retard est constituée par le montant des*

<sup>117</sup> CEDH 8 juin 1976, ENGEL et A. C/ PAYS BAS, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 ; V. J. BURGUBURU, *Modulation des pénalités fiscales : le Conseil d'Etat persiste et signe*, RJF 2008, chron. p. 83.

<sup>118</sup> S. MOSTAFAVI, V. CARPENTIER, *La réforme des pénalités fiscales en matières d'abus de droit*, JCP E 2009, n° 24, 1616.

<sup>119</sup> CEDH 24 février 1994, BENDENOUN, n° 3/1993/398/476, RJF 1994, n° 503.

<sup>120</sup> CE avis 31 mars 1995, Ministre c/ SARL AUTO-INDUSTRIE MERIC, n° 164008, RJF 1995, n° 623.

<sup>121</sup> Cass. com. 29 avril 1997, FERREIRA, n° 95-20.001, RJF 1997, n° 641.

<sup>122</sup> CE avis 5 avril 1996, HOUDMOND, n° 176611, RJF 1996, n° 607.

<sup>123</sup> S. MOSTAFAVI, V. CARPENTIER, *La réforme des pénalités fiscales en matières d'abus de droit*, JCP E 2009, n° 24, 1616.

<sup>124</sup> CEDH, 7 juin 2012, n° 4837/06, SEGAME SA, Dr. fisc. 2012, n° 29, comm. 387, note L. AYRAULT.

<sup>125</sup> Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, n° 2010-104 QPC, n° 2010-105 QPC, Dr. fisc. 2011, n° 27-28, comm. 416, note F. SUBRA et M. LE TACON.

<sup>126</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2130.

*droits en principal qui n'ont pas été acquittés dans les délais* »<sup>127</sup>. En ce qui concerne la procédure de l'abus de droit, il s'agira des droits supplémentaires mis à la charge du contribuable à la suite d'une proposition de rectification. Selon l'article 1727, IV-1 du CGI, « *l'intérêt de retard est calculé à compter du premier jour du mois suivant celui au cours duquel l'impôt devait être acquitté jusqu'au dernier jour du mois du paiement* ». Il existe un principe de cumul de l'intérêt de retard et des autres pénalités fiscales.

**14. Année 2013 : l'abus de droit au cœur de l'actualité législative.** Comme le démontre l'actualité législative, la notion de l'abus de droit est en constante évolution. En effet, des réformes ont tenté de modifier la définition de la notion de l'abus de droit fiscal. Le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a proposé de réformer la définition de l'abus de droit, et plus précisément de la branche relative à la fraude à la loi, en faisant de l'acte abusif un acte à but principalement fiscal et non plus un acte à but exclusivement fiscal. Abandonnée au cours de l'adoption du projet, la réforme de la définition de l'abus de droit est revenue sur le devant de la scène dans le projet de loi de finances pour 2014. Ainsi, il a été proposé que soient considérés comme constitutifs d'un abus de droit par fraude à la loi les actes qui, « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions, ont pour motif principal d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales* »<sup>128</sup>. Ce projet de modification de la définition légale de l'abus de droit a fait l'objet de vives critiques auxquelles il convient d'adhérer tant elles sont justifiées<sup>129</sup>. Deux critiques principales doivent être développées.

En premier lieu, la doctrine s'est opposée au projet de réforme en invoquant le principe de la légalité des délits et des peines, applicable aux sanctions fiscales considérées comme « *des accusations en matière pénale* »<sup>130</sup>, afin de justifier le rejet de l'expression « *motif principal* » en raison de son caractère imprécis. Cet argument est lui-même fondé sur le principe de légalité selon lequel le législateur, qui tire sa compétence de l'article 34 de la Constitution, se doit de l'exercer pleinement en adoptant des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire. Il est en effet difficile et hasardeux

---

<sup>127</sup> BOI-CF-INF-10-10-20, §30.

<sup>128</sup> AN, Rapport d'information n° 1243, enr. le 10 juillet 2013, p.83.

<sup>129</sup> V. en ce sens, O. FOUQUET, *La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ?*, FR 39/13, 27 septembre 2013, p. 23 ; Y. AGUILA, G. FROGER, J. GAYRAL, Y. RUTSCHMANN, *La réforme de l'abus de droit au prisme de la Constitution*, FR 50/13, 29 novembre 2013, p.13 ; J. TUROT, *Demain serons-nous tous des Al Capone ? – A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, Dr. fisc. 2013, n° 36, 394.

<sup>130</sup> V. *supra* n° 13.

de mesurer l'importance relative des différents motifs qui ont pu présider à une opération. L'appréciation du motif principal est un critère subjectif, source d'insécurité juridique.

En second lieu, l'argument de l'harmonisation de la définition de l'abus de droit avec le droit européen avait été avancé par les défenseurs de la réforme de la définition de l'abus de droit fiscal. En effet, l'arrêt HALIFAX<sup>131</sup> rendu par la Cour de justice des Communautés Européennes a fait couler beaucoup d'encre en doctrine, certains auteurs considérant que la jurisprudence européenne exigeait la démonstration d'un but essentiellement fiscal pour retenir l'abus de droit<sup>132</sup>. Cependant, cet argument doit être écarté et le recours au terme « *essentiel* » ne doit pas remettre en cause la jurisprudence de la Cour de justice qui, dès son arrêt fondateur en matière de fraude à la loi<sup>133</sup>, a subordonné l'existence de celle-ci à la démonstration d'un but exclusivement fiscal, ce qu'elle a confirmé par la suite<sup>134</sup>. Par conséquent, « *seul but, but unique, but essentiel : la Cour ne distingue pas entre ces qualificatifs* »<sup>135</sup>. L'argument tenant à la volonté d'harmoniser le droit interne français avec le droit européen ne peut donc pas être retenu en raison de l'équivalence des définitions du but essentiel et du but exclusif.

Les dispositions du projet de loi de finances pour 2014 prévoyant la modification de la définition de l'abus de droit ont été censurées par le Conseil constitutionnel en raison de la méconnaissance de plusieurs principes fondamentaux avancés par la doctrine en critique à cette réforme, au titre desquels le principe de liberté offrant au contribuable le choix de la voie fiscale la moins imposée, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, et le principe de légalité prévu à l'article 34 de la Constitution<sup>136</sup>. Afin de satisfaire à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, « *les dispositions doivent être suffisamment précises et les formules non équivoques* »<sup>137</sup>. Or, le Conseil constitutionnel estime qu'une telle modification de l'acte constitutif d'un abus de droit a pour effet de conférer une marge trop importante d'appréciation à l'administration fiscale. En raison des

---

<sup>131</sup> V. *supra* n° 9.

<sup>132</sup> CJCE 21 février 2006, HALIFAX, aff. 255/02, RJF 2006, n° 648. La CJCE a affirmé que « *la constatation de l'existence d'une pratique abusive exige, d'une part, que les opérations en cause, (...), aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par [les] dispositions. D'autre part, il doit également résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage fiscal* », tout en considérant qu'est abusive l'opération effectuée « *dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal, sans autre objectif économique* ».

<sup>133</sup> CJCE 4 décembre 2000, EMSLAND STARKE, aff. C-110/99, Rec. P. I-11569 ; O. FOUQUET, *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, RJF 2006, chron. p. 383.

<sup>134</sup> CJUE 27 octobre 2011, DANOVE RIADITEL'STVO SLOVENSKEJ REPUBLIKY, aff. 504/10, FR 39/13, *La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ?*, FR F. Lefebvre 39/13, 27 septembre 2013, p. 23, §4, note O. FOUQUET ; CJUE 20 juin 2013, PAUL NEWEY, aff. 653/11, RJF 2013, n° 1102.

<sup>135</sup> J. TUROT, *Demain serons-nous tous des Al Capone ? – A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, Dr. fisc. 2013, n° 36, 394, §2.

<sup>136</sup> Cons. const. 29 décembre 2013 n° 2013-685 DC, RJF 2014, n° 268.

<sup>137</sup> O. FOUQUET, *Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle – A propos de la censure des articles 96 et 100 de la loi de finances pour 2014*, Dr. fisc. 2014, n° 1-2, comm. 3.

sanctions importantes liées à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit, l'utilisation du terme « *principal* » laisse prise à des appréciations subjectives de l'objectif prédominant d'une opération donnée et fait ainsi preuve d'insécurité juridique. La censure du Conseil constitutionnel était attendue et se montre rassurante dans le sens où il fait « *de la sécurité juridique des relations entre l'administration et les contribuables une des lignes de force de sa jurisprudence fiscale* »<sup>138</sup>. Ainsi, la modification de la définition de l'abus de droit visant à substituer au but « *exclusif* » celui du but « *principal* » n'est pas souhaitable, le premier étant plus protecteur pour le contribuable et en respect avec les grands principes gouvernant le droit fiscal<sup>139</sup>.

Dans un même objectif de lutte contre la pratique d'optimisation fiscale agressive, le projet de loi de finances pour 2014 prévoyait, en son article 96, une obligation de déclaration à l'administration de tout schéma d'optimisation fiscale, défini comme la « *combinaison de procédés et instruments juridiques, fiscaux, comptables ou financiers dont l'objet principal est de minorer la charge fiscale d'un contribuable, d'en reporter l'exigibilité ou le paiement ou d'obtenir le remboursement d'impôts, taxes ou contributions* ». Cette obligation était à la charge de toute personne commercialisant ces schémas, les élaborant ou les mettant en œuvre, autrement dit, les professionnels de la gestion de patrimoine. Le défaut de déclaration préalable était sanctionné par une amende égale à 5 % du montant, selon le cas, des revenus perçus au titre de la commercialisation du schéma ou de l'avantage fiscal procuré par sa mise en œuvre. Le Conseil constitutionnel s'est à nouveau fondé sur le principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pour censurer cette disposition. La lutte contre les schémas d'optimisation est à encadrer strictement et ne doit concerner que l'optimisation abusive. Une définition des schémas d'optimisation en termes précis serait bienvenue afin de limiter le risque fiscal et l'insécurité juridique auxquels s'exposent les contribuables.

**15. Plan.** L'optimisation fiscale apparaît comme une expression de la liberté de gestion du contribuable. La nécessité d'encadrer cette liberté est indéniable mais il ne convient pas, pour autant, de l'étouffer. Trouver le juste milieu pour le contribuable n'est pas chose facile. En effet, la procédure de l'abus de droit fiscal est une épreuve pour le contribuable souhaitant optimiser son patrimoine privé. Une épreuve juridique dans la délimitation entre optimisation

---

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> V. en ce sens le rapport visant à l'amélioration de la sécurité juridique dans les rapports entre l'administration et les contribuables dans lequel il avait été déconseillé une réforme de la définition de l'abus de droit : O. FOUQUET, J. BURGUBURU, D. LUBEK, S. GUILLEMAIN, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche. Rapport au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique (juin 2008)*, Dr. fisc. 2008, n° 27, 403, §53.

légale et optimisation abusive. Une épreuve physique dans la durée et le déroulement de la procédure. Une épreuve financière lorsque le schéma d'optimisation est sanctionné par l'administration.

Les intérêts de cette étude sont est à la fois théorique et pratique. D'un point de vue théorique, la gestion de patrimoine privé abordée à travers le prisme de la procédure de l'abus de droit fiscal permet une analyse juridique de la notion d'abus de droit et plus précisément de ces critères légaux et jurisprudentiels. Il s'agit de faire une application de ces critères théoriques aux schémas mis en œuvre par la pratique. D'un point de vue pratique, la difficulté de ce travail réside dans son aspect synthétique. Il s'agit de proposer une grille d'analyse des principaux montages d'optimisation fiscale en matière de gestion de patrimoine privé en évaluant le risque de chacun d'eux au regard de la procédure de l'abus de droit fiscal. En effet, les critères légaux exposés par l'article L. 64 du LPF sont présentés en des termes généraux entraînant une imprécision quant à la notion de l'abus de droit fiscal. Il est donc difficile pour le contribuable et ses conseils de cerner précisément quelles sont les techniques d'optimisation de patrimoine privé qui tombent sous le coup de la procédure de l'abus de droit fiscal. La sécurité juridique est d'autant plus mise en péril que le juge de l'impôt fait une application des critères de l'abus de droit au cas par cas. Une analyse minutieuse de la jurisprudence et des avis du Comité de l'abus de droit est donc indispensable.

Pour cela, à travers les développements qui suivent, il s'agira de recenser les montages mis en œuvre par les contribuables et leurs conseils, de les classer et d'expliquer leur utilité et le risque vis-à-vis de la notion d'abus de droit. Le choix a été fait d'analyser ces schémas d'optimisation en fonction des impôts en cause. En effet, la gestion du patrimoine privé concerne à la fois les actes d'administration que les actes de disposition, les actes de droit interne que les actes de droit international, les impôts taxant l'enrichissement que ceux taxant la richesse. Afin de faciliter cette approche, une dichotomie s'impose. L'étude s'articulera autour de deux évènements importants de la gestion patrimoniale : la transmission du patrimoine privé dans un premier temps ; la détention du patrimoine privé dans un second temps. Plus précisément, ces deux axes permettront de confronter la notion d'abus de droit à la pratique fiscale et ainsi de permettre de connaître le niveau de risque attaché à chaque technique d'optimisation.

En définitive, l'étude de la gestion du patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit repose sur une analyse minutieuse de la pratique qu'il convient d'aborder en s'appuyant sur deux aspects de la gestion patrimoniale : d'une part, l'optimisation fiscale de la transmission

du patrimoine ; d'autre part, l'optimisation de la détention du patrimoine privé.

**Partie 1 – L'optimisation fiscale de la transmission du patrimoine privé**

**Partie 2 – L'optimisation fiscale de la détention du patrimoine privé**

# Partie I. L'OPTIMISATION FISCALE DE LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE PRIVE

**16. Définition de la transmission.** La transmission d'un bien correspond à sa mutation, c'est-à-dire à l'action de faire passer un bien d'une personne à une autre. Fiscalement, la transmission du patrimoine privé entraîne le paiement de certains impôts et notamment des plus-values des particuliers ainsi que des droits de mutation à titre onéreux ou à titre gratuit.

La transmission présente divers intérêts financiers, familiaux, patrimoniaux mais aussi fiscaux. En effet, il s'agit parfois de réaliser une anticipation successorale, d'autres fois de récupérer des liquidités pour pouvoir réinvestir dans un autre bien, mais aussi d'optimiser le coût fiscal de l'opération. En raison du coût élevé des impositions applicables lors d'une transmission patrimoniale, les contribuables mettent en œuvre des montages visant à réduire ces impositions, voire même à les éluder. L'optimisation de la transmission du patrimoine privé est donc la volonté de transmettre à moindre coût fiscal.

**17. Identification des impositions de la transmission du patrimoine.** En matière de transmission, les impositions en cause sont le régime des plus et moins-values des particuliers et les droits de mutation.

L'impôt sur la plus-value de cession d'un bien correspond à un gain en capital taxable pour le contribuable. Cette imposition est à la charge du cédant ou plus largement, du transmettant.

Les règles de paiement des droits de mutation sont particulières puisque toutes les parties ayant figuré à l'acte sont solidaires au paiement des droits d'enregistrement<sup>140</sup>. Cependant, ce paiement est généralement à la charge du cessionnaire ou donataire, bien que le contrat de mutation peut prévoir des clauses organisant une répartition différente du paiement. Toutefois, ces clauses contractuelles ne sont pas opposables à l'administration fiscale. Pour cette dernière, « *la partie présentant l'acte à l'enregistrement est obligée d'acquitter*

---

<sup>140</sup> CGI, art. 1705-5°.

*l'intégralité des droits dès lors que la formalité est indivisible, à charge pour elle de se retourner contre les divers intéressés pour être remboursée de ses frais en sus ». Ainsi, « la clause d'un acte mettant les droits à la charge d'une partie déterminée n'est pas opposable à l'Administration »<sup>141</sup>.*

**18. Plan.** L'optimisation de la transmission du patrimoine privé comporte un risque fiscal dès lors que l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en se fondant sur la fictivité de l'opération et/ou son caractère frauduleux. La frontière entre optimisation et comportement abusif étant très étroite, il est nécessaire d'analyser les montages les plus utilisés par les contribuables et leurs conseils dans la recherche de l'optimisation de la transmission du patrimoine privé. Afin d'étudier le risque fiscal qu'encourent ces opérations, il est nécessaire de scinder les développements en fonction de l'imposition en cause. Il convient dès lors de commencer par analyser les techniques d'optimisation des plus et moins-values avant de s'intéresser aux techniques d'optimisation des droits de mutation.

### **Titre 1 – L'optimisation fiscale des plus et moins-values**

### **Titre 2 – L'optimisation fiscale des droits de mutation**

---

<sup>141</sup> BOI-ENR-DG-50-10-20, §10.

# **TITRE 1. L'optimisation fiscale des plus et moins-values**

**19. Enjeux.** Les techniques d'optimisation fiscale du patrimoine privé du contribuable se sont développées largement en matière de plus et moins-values, et notamment en présence du régime des plus et moins-values de cessions de valeurs mobilières. En effet, les contribuables et leurs conseils ont pu mettre en œuvre des schémas permettant soit de purger les plus-values, soit au contraire, de se placer sous le régime des plus-values.

**20. Eviter le régime des plus et moins-values.** Tout d'abord, le régime fiscal des plus-values de cessions de valeur mobilières peut parfois être fiscalement désavantageux. Pour cette raison, des mécanismes ont été imaginés en interposant une opération avant la cession des valeurs mobilières afin d'éviter l'application de la plus-value de cession. Les schémas principaux sont l'apport-donation et la donation-cession. Afin d'éviter l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal, des critères ont été développés, d'abord par la jurisprudence, puis par le législateur, afin de sécuriser ces deux opérations.

**21. Chercher l'application du régime des plus et moins-values.** Par ailleurs, et à l'inverse, il peut arriver que le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières soit plus intéressant fiscalement que d'autres régimes d'imposition, et notamment que les revenus de capitaux mobiliers ou encore les revenus d'activités. Dans cette hypothèse, les schémas d'optimisation mis en place visent à bénéficier du régime des plus-values. Les principaux mécanismes qui seront développés sont le schéma des sociétés liquides, *l'Owner Buy Out*, ou encore la problématique des *Management Packages*.

**Chapitre 1 – Les stratégies visant à purger les plus-values**

**Chapitre 2 – Les stratégies visant à se placer sous le régime des plus-values**

## Chapitre 1. Les stratégies visant à purger les plus-values

**22. Réforme législative.** Les plus-values réalisées par un contribuable lors de la cession de titres sociaux ont vu leur régime fiscal modifié par la loi de finances pour 2013<sup>142</sup>. En effet, jusqu'à la loi de finances pour 2013, les plus-values réalisées à l'occasion de la cession de titres sociaux étaient taxées à un taux proportionnel à l'impôt sur le revenu de 19% hors prélèvements sociaux, ce taux ayant été porté à 24% pour les plus-values réalisées en 2012. Les plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 sont désormais taxables au barème progressif de l'impôt sur le revenu et ce, après application d'un abattement général sur le montant de la plus-value<sup>143</sup> créé par la loi de finances pour 2014<sup>144</sup>. Cet abattement est de 50% si les titres sociaux sont détenus depuis au moins deux ans et moins de huit ans au jour de la cession ; il est de 65% si les titres sociaux sont détenus depuis au moins huit ans au jour de la cession. Un abattement proportionnel majoré prévu à l'article 150-0 D, 1 quater du CGI a également été créé pour les cessions de titres de PME souscrits ou acquis dans les dix ans de la création de la société, pour les cessions de titres sociaux intrafamiliales et pour les cessions de titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés par les dirigeants partant à la retraite<sup>145</sup>. Cet abattement s'applique aux plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, sauf pour les cessions intrafamiliales et les cessions faites par un dirigeant partant à la retraite pour lesquelles l'abattement ne pourra s'appliquer que sur les plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014.

**23. Intérêt des schémas.** Afin d'éviter cette taxation (forfaitaire ou désormais au barème progressif), les contribuables et leurs conseils ont mis en place divers schémas permettant d'éviter l'application du régime des plus-values, pour le moins onéreux fiscalement. Le principal intérêt de ces mécanismes est de purger la plus-value en interposant une opération particulière peu de temps avant la cession du bien.

---

<sup>142</sup> Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 art. 10.

<sup>143</sup> CGI, Art. 150-0 D, 1 ter.

<sup>144</sup> Loi 2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 17.

<sup>145</sup> L'abattement est de 50% pour les titres détenus depuis au moins 1 an et moins de 4 ans ; il est de 65% pour les titres détenus depuis au moins 4 ans et moins de 8 ans ; il est de 85% pour les titres détenus depuis au moins 8 ans. Il s'applique sous respect de certaines conditions prévues pour chacun des cas.

**24. Annonce des stratégies.** Ainsi, il convient de s'intéresser à deux stratégies couramment utilisées par les praticiens afin d'optimiser la transmission du patrimoine privé de leurs clients : l'apport-cession et la donation-cession. Pour chacun de ces montages, tant le Comité de l'abus de droit fiscal que la jurisprudence ont eu à se prononcer à diverses reprises sur le caractère abusif ou non de ces montages ce qui a entraîné une évolution intéressante des solutions, notamment sur le plan législatif.

**25.** A cet égard, un premier temps sera consacré au schéma de l'apport-cession puis un second temps à celui de la donation-cession.

### **Section 1 – Le schéma de l'apport-cession**

### **Section 2 – Le schéma de la donation avant cession**

## Section 1. Le schéma de l'apport-cession

**26. Présentation du schéma.** L'apport-cession est un mécanisme par lequel un contribuable apporte des titres d'une société à une autre société soumise à l'IS, le tout en sursis d'imposition<sup>146</sup>. La société qui reçoit les titres les revend peu après à un tiers. La plus-value dégagée lors de l'apport des titres ne sera imposable sur la tête du contribuable apporteur des titres que lorsqu'il revendra les titres reçus en contrepartie de l'apport. Le gain net est ainsi calculé à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres remis à l'échange.

**27. Régime antérieur.** Il convient de rappeler que l'imposition des plus-values d'échanges de titres réalisées jusqu'au 31 décembre 1999 a pu être reportée sur le fondement de différentes dispositions. Tout d'abord, l'ancien article 92 B, II du CGI prévoyait un report d'imposition s'il s'agissait de plus-values d'échanges de participations inférieures ou égales à 25 %. De plus, l'ancien article 160, I ter-4 (ou 160, I ter-1 et 2) du même code s'appliquait, quant à lui, pour des plus-values d'échanges de participations supérieures à 25 %. Enfin, l'article 150 A bis du CGI régissait le report d'imposition des plus-values d'échanges de titres de sociétés non cotées à prépondérance immobilière. Ce mécanisme du report d'imposition était applicable sur option du contribuable.

**28. Distinction du report d'imposition et du sursis d'imposition.** Pour les échanges de titres réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>147</sup>, le report d'imposition a été supprimé et remplacé par un sursis d'imposition automatique prévu à l'article 150-0-B du CGI. Alors que pour le report d'imposition, la plus-value est immédiatement constatée mais n'est imposée qu'à la fin du report au nom du propriétaire initial, pour le sursis d'imposition, la plus-value n'est pas imposée dans l'immédiat, ni constatée. La charge est transférée sur la tête du cessionnaire qui devra payer l'impôt lorsque le sursis prend fin, c'est-à-dire lors de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport.

---

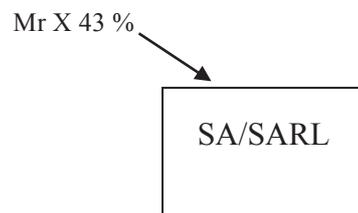
<sup>146</sup> Le sursis d'imposition est entré en vigueur pour les échanges de titres réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000. Antérieurement, le mécanisme applicable était celui du report d'imposition de la plus-value d'apport. La jurisprudence et de nombreux avis du Comité de l'abus de droit concernent des opérations d'apport-cession placées sous le régime du report d'imposition.

<sup>147</sup> Loi n°99-1172 du 30 décembre 1999.

**29. Régime actuellement en vigueur.** La troisième loi de finances rectificative pour 2012<sup>148</sup> a substitué au sursis d'imposition, un report d'imposition automatique applicable lorsque l'apport est réalisé par un apporteur appelé à contrôler la société bénéficiaire de l'apport.

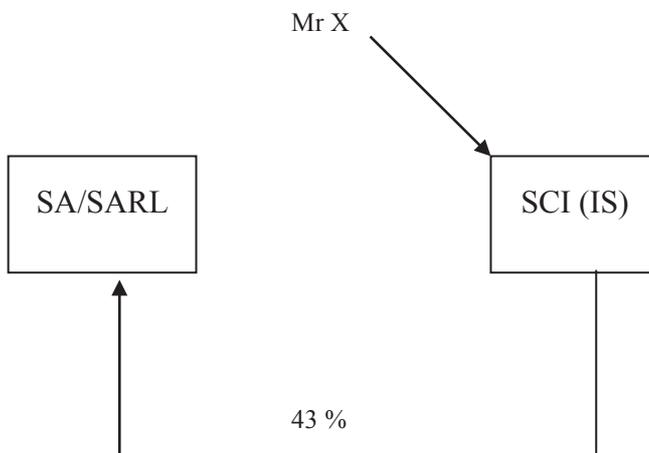
### **30. Schéma du mécanisme d'apport-cession**

#### **Etape 1**



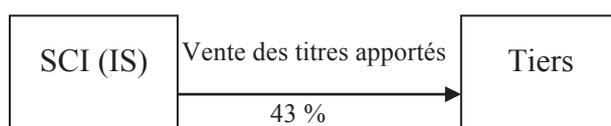
Mr X détient des titres dans une société opérationnelle.

#### **Etape 2**



Mr X apporte les titres qu'il détient dans la SA/SARL à la SCI en sursis / report d'imposition.

#### **Etape 3**



La SCI revend les titres apportés à un tiers.

<sup>148</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012, art. 18, entrée en vigueur pour les apports réalisés à compter du 14 novembre 2012.

**31. Structuration du schéma.** Le schéma de l'apport-cession répond à une structuration particulière<sup>149</sup> qui peut se diviser en deux temps principaux. Le premier temps consiste pour le contribuable à apporter les titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés en se plaçant sous le régime du report d'imposition sur option ou, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et jusqu'aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012, en bénéficiant du sursis d'imposition automatique de la plus-value d'échange. Le second temps consiste, pour la société bénéficiaire de l'apport, à céder les titres à un tiers. Cette cession ne met pas fin au sursis d'imposition de la plus-value constatée lors de l'apport des titres. De plus, la cession, lorsqu'elle est réalisée peu de temps après l'apport, s'opère en général à la valeur d'apport ce qui permet de ne générer aucune plus-value de cession imposable ou une plus-value quasi-nulle. Le sursis d'imposition est maintenu jusqu'à la cession par l'apporteur initial des titres reçus en contrepartie de l'apport.

**32. Risque afférant au schéma.** Le mécanisme de l'apport-cession comporte toutefois le risque d'être remis en cause par l'administration fiscale sur le fondement de l'abus de droit, cette dernière considérant que le contribuable aurait pu lui-même céder directement les titres à un tiers et réinvestir le produit de cette cession sans avoir à intercaler une opération d'apport à une société, cette opération n'ayant pour seul but que d'échapper au paiement immédiat de l'impôt sur la plus-value.

Suite à de nombreux redressements, ce montage a donné lieu à plusieurs avis du Comité de l'abus de droit fiscal et à une jurisprudence abondante. Cependant, la troisième loi de finances rectificative pour 2012 est venue encadrer le mécanisme de l'apport-cession applicable aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012, remplaçant le sursis d'imposition par un report automatique. De nombreuses conditions déjà dégagées par la jurisprudence ont été codifiées par le législateur et définies avec davantage de précision. Il est alors légitime de penser que, pour les schémas d'apport-cession réalisés à compter de cette réforme, le risque d'abus de droit est quasi inexistant. Il faudra toutefois patienter encore quelques années avant de voir fleurir une éventuelle jurisprudence relative aux apports-cessions post-2012.

Il convient de s'intéresser en premier lieu au régime applicable avant la réforme de 2012, avant d'étudier les conditions du nouveau régime légal.

---

<sup>149</sup>Cette structuration de l'opération d'apport-cession a été développée notamment par le Professeur Renaud MORTIER, qui détaille 4 étapes du mécanisme : R. MORTIER, *L'apport-cession à la loupe*, Dr. fisc. 2011, n° 42-43, étude 564, p.24, n° 4.

## **§ 1. L'évolution des solutions jurisprudentielles avant la réforme de l'apport-cession**

**33. Condamnation du schéma par l'administration fiscale.** Le mécanisme de l'apport-cession a connu son heure de gloire mais aussi, et logiquement, de nombreux contrôles et redressements de la part de l'administration fiscale. Celle-ci contestait systématiquement le montage en estimant que le dirigeant se plaçait abusivement sous le régime du report d'imposition.

L'ancien Comité consultatif pour la répression des abus de droit, nommé le Comité de l'abus de droit fiscal depuis 2003, condamnait également ces montages en rendant des avis défavorables aux contribuables, ce qui entraînait un renversement de la charge de la preuve<sup>150</sup>. Avec l'apparition du sursis d'imposition, le Comité a opéré un revirement en estimant, pour des mêmes montages, qu'il n'y avait pas d'abus de droit puisque le sursis était automatique. L'administration fiscale n'a pas pour autant fait évoluer sa position.

**34. Validation du schéma par la jurisprudence.** Malgré la position de l'administration fiscale, les tribunaux de première instance ont estimé que seuls les schémas dépourvus de substance étaient susceptibles d'être remis en cause. Les tribunaux administratifs, suivis des cours administratives d'appel, ont remis en cause les redressements de l'administration fiscale en écartant l'abus de droit. Le Conseil d'Etat, quant à lui, a rendu trois décisions majeures le 8 octobre 2010 concernant le report d'imposition, qui sont des arrêts de principe.

**35.** Il conviendra, dans un premier temps, d'exposer la position des juridictions du fond que sont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel puis, dans un second temps, d'analyser la jurisprudence du Conseil d'Etat.

---

<sup>150</sup> Par principe, les actes de droit privé étant présumés sincères, il appartient à l'administration fiscale de prouver l'application littérale des textes dans un sens contraire à l'intention du législateur et ce dans un but exclusivement fiscal. Suite à une saisine du Comité de l'abus de droit fiscal, si celui-ci rend un avis défavorable au contribuable, la charge de la preuve est renversée et c'est au contribuable d'apporter la preuve de l'existence d'un but autre que fiscal.

## A. La validation de l'apport-cession par les juridictions du fond

**36. Apparition des premiers critères de validation du schéma.** Le schéma de l'apport-cession a souvent été qualifié par l'administration fiscale d'abusif sur le fondement de l'article L.64 du LPF. A maintes reprises, le comité a confirmé la position de l'administration fiscale, notamment lorsque le schéma était placé sous le régime du report d'imposition. Les juridictions du fond ont été les premières à contredire l'administration fiscale en reconnaissant la validité au schéma d'apport-cession, notamment lorsque le contribuable justifiait d'un but autre que fiscal. Les juges du fond (tant les tribunaux administratifs que les cours administratives d'appel) ont été précurseurs en la matière. La jurisprudence des juges du fond, même lorsqu'elle ne valide pas le montage d'apport-cession, a posé les premiers critères essentiels.

### 1. Les décisions des tribunaux administratifs

**37. Affaire ROUYER.** Une des premières décisions des juridictions du fond reconnaissant l'absence d'abus de droit dans l'opération d'apport-cession est un jugement rendu par le tribunal administratif de Versailles le 13 décembre 2005 dans l'affaire ROUYER<sup>151</sup>. En l'espèce, le contribuable qui détenait 35% du capital social d'une SA, a apporté 25% de ses participations à une société civile nouvellement constituée en optant pour le régime du report d'imposition de la plus-value d'apport alors prévu à l'article 160, I ter-4 du CGI. La société civile a cédé, quelques temps après, les titres apportés. A l'occasion d'un redressement fiscal, l'administration fiscale a remis en cause le report d'imposition sur le fondement de l'abus de droit en considérant que « *l'acte d'échange des titres de la SA contre des titres de la société civile avait eu pour unique objet de faire bénéficier Mr Rouyer du report d'imposition* ». Pour le Comité, « *la création d'une société civile par apport des titres n'avait eu d'autre but que de permettre au contribuable de se placer abusivement dans le champ de 160 I ter 4 et ainsi de différer voire d'échapper à l'imposition desdits titres* ». Toutefois, le tribunal administratif a considéré qu'il n'y avait pas de but exclusivement fiscal dès lors que le contribuable, auquel incombe la charge de la preuve<sup>152</sup>, produisait des éléments démontrant la réalité de l'activité de la société civile, laquelle, au moyen de l'apport des titres,

<sup>151</sup> TA Versailles, 13 décembre 2005, n°04-4909, ROUYER, RJF 2006, n°750.

<sup>152</sup> Le contribuable avait la charge de la preuve dans cette affaire puisque le Comité avait rendu un avis défavorable au contribuable qui a été suivi par l'administration fiscale.

a réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux. Les juges du fond ont ainsi rendu des jugements contraires à la position de l'administration fiscale en considérant que seule la réalité des investissements réalisés devait être prise en compte, peu importe que ces investissements soient pour la majorité patrimoniaux. Il est toutefois nécessaire d'opposer les investissements patrimoniaux aux investissements professionnels. Alors que ces derniers correspondent aux réinvestissements effectués dans une activité économique, c'est-à-dire dans une entreprise opérationnelle exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, les réinvestissements patrimoniaux sont ceux effectués au titre de la simple gestion de patrimoine, notamment au capital de sociétés ayant un caractère civil<sup>153</sup>.

Ainsi, le critère du réinvestissement par la société bénéficiaire des apports est déjà mis en avant. En effet, le réinvestissement du produit de la cession doit être de nature professionnelle. Pour apprécier ce critère et le caractère abusif du mécanisme de l'apport-cession, le rapporteur public, dans les conclusions prononcées devant le tribunal administratif de Versailles, a précisé que « *le but exclusivement fiscal ne peut s'analyser que dans le temps* ». En effet, « *il ne s'agit pas d'examiner l'acte pris isolément ; il faut au contraire l'analyser dans son contexte. (...) Cette approche globale a aussi une dimension temporelle* »<sup>154</sup>.

**38. Confirmation de la jurisprudence ROUYER.** Dans la même lignée que le tribunal administratif de Versailles, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rendu une solution identique<sup>155</sup>. Dans cette affaire, le contribuable possédait des actions d'une société anonyme. Il a réalisé un apport de ces titres à une société qu'il contrôlait, en report d'imposition de l'ancien article 160 I ter 4 du CGI. La société bénéficiaire de l'apport a revendu les titres apportés pour leur valeur d'apport. L'administration fiscale a considéré que l'apport de titres à une société qui les cède le jour même est constitutif d'un abus de droit. En effet, pour l'administration fiscale comme pour le Comité, la constitution d'une société holding préalable à l'apport n'a d'autre but que de permettre au contribuable de se placer « abusivement » dans le champ de l'article 160 I ter 4 du CGI et par conséquent de différer, voire d'échapper à l'imposition de la plus-value de cession des titres apportés. Les arguments avancés par le Comité afin de retenir l'abus de droit étaient les suivants : la cession des titres était intervenue

---

<sup>153</sup> V. *infra* n° 49, les développements relatifs à la distinction des investissements purement patrimoniaux et des investissements professionnels.

<sup>154</sup> V. DAUMAS, *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 1/11, Chronique p. 5.

<sup>155</sup> TA Clermont-Ferrand du 27 mars 2007, n° 050887, BDCF 2013, n° 9.

le jour même de leur apport ; le réinvestissement ne représentait que 31% du produit de la cession et était étalé sur 3 ans et demi ; le contribuable n'apportait aucune justification quant au but économique ou professionnel de l'apport. Le tribunal administratif, quant à lui, n'a pas décelé de but exclusivement fiscal et donc d'abus de droit. Il a constaté que le dirigeant restait propriétaire de la totalité des titres de la société holding et ainsi que l'apport ne lui a pas permis d'échapper à la charge fiscale. Les juges du fond ont mis en avant le caractère réel et effectif de l'activité de la holding. Enfin, la société s'est efforcée de réemployer le prix de cession pour financer des investissements professionnels et l'apporteur n'a pas récupéré les sommes de la cession.

L'opération d'apport-cession a très souvent été validée par les juges de première instance. Ce mouvement s'est poursuivi au niveau des cours administratives d'appel (CAA).

## 2. La position des cours administratives d'appel

**39. Exemples d'arrêts significatifs.** Les cours administratives d'appel ont également eu à connaître d'opérations d'apport-cession et à se prononcer sur leur caractère abusif ou non. Là encore, les juges du fond ont souvent reconnu la validité de ces schémas d'optimisation sous certaines conditions. Deux de ces arrêts vont être développés en prenant un exemple de validité de l'opération et un exemple d'abus de droit.

Dans la première affaire, l'affaire BAUCHART<sup>156</sup>, il s'agissait d'époux détenant la totalité du capital d'une SARL qui avaient créé chacun une société civile ayant pour objet les placements et la prise de participation, ayant opté pour l'IS. Les époux ont apporté la moitié de leurs titres à la société nouvellement créée en optant pour le régime du report d'imposition. Un mois après l'apport, la société a revendu à des tiers les actions apportées. L'administration fiscale a contesté le droit au report d'imposition pour abus de droit en invoquant le motif du but exclusivement fiscal, ce qui a été confirmé par le CCRAD qui a donné un avis favorable à l'administration. La cour administrative d'appel de Douai a considéré que « *le fait pour un contribuable de placer et de maintenir sous le régime du report d'imposition prévu par l'article 160, I ter-4 du CGI une plus-value réalisée à l'occasion de l'apport de droits sociaux ne déguise, par lui-même, ni une réalisation, ni un transfert de bénéfices ou de revenus, au sens du b de l'article L.64 LPF* ». La CAA ajoute que « *l'administration n'apporte pas la preuve que le contribuable s'est livré à la construction d'un montage qui n'a pu être inspiré*

---

<sup>156</sup> CAA Douai, 11 décembre 2007, n° 06-1458, 2<sup>e</sup> ch., BAUCHART, RJF 2008, n°490.

*par aucun motif autre que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés, s'ils n'avaient pas passés ces actes, auraient normalement supportées eu égard à leur situation et à leurs activités réelles* ». Cet argument suffit à la cour qui estime qu'il n'est pas utile d'examiner le critère de la recherche par le contribuable de l'application littérale des textes puisque le simple fait que l'administration ne justifie pas que le régime du report d'imposition de la plus-value d'apport puisse être remis en cause sur le fondement de la fraude à la loi est suffisant.

Dans l'affaire BAZIRE<sup>157</sup>, des époux détenant 48% du capital d'une SA ont créé chacun une société civile d'investissement optant pour l'IS. Chacun des époux a apporté une partie des actions de la SA aux sociétés civiles nouvellement créées en optant pour le régime du report d'imposition. Quelques jours plus tard, chacune des sociétés a revendu à des tiers les actions apportées. L'administration fiscale a contesté le droit au report d'imposition pour abus de droit en invoquant le but exclusivement fiscal. Pour la cour administrative d'appel, *« l'administration fiscale ne peut pas faire usage de pouvoirs qu'elle tient des dispositions de l'article L.64 du LPF lorsqu'elle entend contester l'utilisation par un contribuable de sociétés civiles en soutenant que ces sociétés ont été créées dans le seul but de leur apporter des titres pour qu'elles les revendent immédiatement, afin de permettre le report d'imposition des plus-values qui aurait été due si le détenteur des titres les avait vendus directement. Une telle opération ne déguise en effet ni la réalisation, ni le transfert de bénéfices ou de revenus* ». Cependant, bien que le montage n'entre pas dans le champ d'application de l'article L.64 du LPF (dans son ancienne rédaction), la cour reconnaît la possibilité pour l'administration fiscale de se fonder sur la fraude à la loi (application de la jurisprudence JANFIN<sup>158</sup>) qui permet d'écarter *« un acte fictif ou un acte qui, recherchant le bénéfice de l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'a pu être inspiré par aucun autre motif autre que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportés eu égard à sa situation et à ses activités réelles* ». En l'espèce, la cour administrative d'appel de Nantes a condamné le schéma de l'apport-cession en considérant qu'il constituait un montage purement artificiel *« compte tenu du court délai entre l'apport et la revente des actions* » et également *« du fait que le contribuable a appréhendé au cours de la même année via la société familiale qu'il contrôle le produit de la vente des actions* »<sup>159</sup>. Cette décision est une

---

<sup>157</sup> CAA Nantes, 18 décembre 2006, n° 05-486, 1<sup>e</sup> ch., BAZIRE, RJF 2007, n° 598.

<sup>158</sup> CE 27 septembre 2006 n° 260050, Sté JANFIN, RJF 2006, n° 1583.

<sup>159</sup> CAA Nantes, 18 décembre 2006, *op. cit.*

transposition de la jurisprudence JANFIN à l'opération d'apport-cession.

**40. Critères utilisés par les juges du fond.** Les critères mis en avant par la cour administrative d'appel de Nantes sont les mêmes que ceux avancés par les tribunaux administratifs dans les affaires précitées, à savoir le contrôle de la société bénéficiaire de l'apport par l'apporteur lui-même, l'appréhension par l'apporteur du produit de la cession, le délai de revente après l'apport ou encore le réinvestissement du produit de la cession par la société bénéficiaire de l'apport dans une activité professionnelle. Il apparaît que les juges du fond se fondent sur des critères flous qui ne sont posés ni par le texte de loi ni clairement par la jurisprudence. C'est pourquoi il convient à présent d'analyser les décisions rendues par le Conseil d'Etat dans ces deux mêmes affaires, dans lesquelles un considérant de principe commun a été dégagé.

## **B. La position de principe de la Haute Juridiction**

**41. Solution de principe du Conseil d'Etat.** Le 8 octobre 2010, le Conseil d'Etat a rendu trois arrêts majeurs se rapportant à l'opération d'apport-cession sous le régime du report d'imposition<sup>160</sup>. De ces trois arrêts est ressorti un considérant de principe commun, à savoir :

*« Le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres d'une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession des titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange de l'apport ;*

*Il n'a pas en revanche ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de la cession dans une activité économique ».*

Par ce considérant, la Haute Juridiction a encadré le mécanisme de l'apport-cession en permettant d'apprécier le caractère abusif d'une telle opération. Cette jurisprudence a été un pas en avant considérable pour les praticiens auxquels le Conseil d'Etat a donné, par ces

---

<sup>160</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 octobre 2010, n°301934, M. BAZIRE, RJF 2010, n° 1204 ; CE 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 octobre 2010, n°313139, Min. c/ M. et Mme BAUCHART, RJF 2010, n° 1205 ; CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 octobre 2010, n°321361, Min. c/ Cts FOUR, RJF 2010, n° 1206.

arrêts, des indications précieuses pour sécuriser ce schéma d'optimisation. L'application de ce considérant de principe aux trois arrêts susmentionnés s'est traduite par la validation de deux des opérations et la reconnaissance de l'abus de droit pour la troisième.

**42. Transposition de la jurisprudence au sursis d'imposition.** La majorité de la doctrine s'est longtemps interrogée sur le fait de savoir si la jurisprudence développée en matière de report d'imposition applicable lors d'une opération d'apport-cession, notamment celle provenant des trois arrêts de 2010, était transposable au sursis d'imposition automatique, mécanisme remplaçant le report depuis la réforme de 2000. La problématique est la suivante : le sursis étant automatique, le contribuable ne dispose pas du choix entre imposer immédiatement la plus-value ou différer cette imposition comme cela était le cas avec le mécanisme du report optionnel. Ainsi, le contribuable n'a pas à solliciter le bénéfice du différé d'imposition. La plus-value n'est pas fiscalement réalisée. Ce n'est que lors de la revente des titres reçus en contrepartie de l'apport que cette plus-value sera constatée et imposée. Il paraît alors « *difficile de soutenir que le contribuable a dissimulé une quelconque plus-values puisqu'il n'a rien à déclarer* »<sup>161</sup>.

Le Comité de l'abus de droit avait tout d'abord estimé que, le sursis étant automatique et non optionnel comme l'était son prédécesseur, le report d'imposition, le contribuable n'ayant pas eu le choix de se placer sous le mécanisme du sursis d'imposition, l'opération ne pouvait en aucun cas être remise en cause sur le fondement de l'abus de droit fiscal. En effet, le contribuable ne pouvait pas être regardé comme ayant sciemment poursuivi un but exclusivement fiscal<sup>162</sup>. Cependant, la plupart des juges du fond n'ont pas suivi l'avis du Comité et ont estimé que « *les dispositions de l'article L.64 du LPF sont susceptibles de s'appliquer aux actes ayant pour effet de placer les contribuables sous le régime du sursis d'imposition, et ce, alors même que ce régime n'emporte pas exonération définitive de la plus-value réalisée* »<sup>163</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises par les juges du fond<sup>164</sup>. En effet, l'apport réalisé en sursis d'imposition a le même effet que celui réalisé en report d'imposition, c'est-à-dire « *différer l'imposition de la plus-value et par suite*

---

<sup>161</sup> R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E 2011, n° 3, p. 68, §19.

<sup>162</sup> CCRAD, Rapport annuel 2005, Avis n° 2004-63 et 2004-64.

<sup>163</sup> TA Cergy-Pontoise, 4 mai 2009, n°06-2268, 10° ch., NICOLET, RJF 2010, n°394.

<sup>164</sup> TA Cergy-Pontoise, 4 mai 2009, n°06-2271, 10° ch., RONDEST, RJF 2010, n° 394 ; CAA Bordeaux, 17 févr. 2009, n° 07BX00711, BERJOT, RJF 2010, n° 595 ; CAA Paris, 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09PA07171, RJF 2011, n° 1344.

*minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt aurait été normalement dû* »<sup>165</sup>. Enfin, deux arrêts récents de la cour administrative d'appel de Versailles ont confirmé que le caractère automatique du sursis d'imposition d'une plus-value d'échange de titres ne fait pas obstacle à ce que l'administration recoure à la procédure de l'abus de droit fiscal en présence d'une opération d'apport-cession de titres<sup>166</sup>. Suite à cette jurisprudence constante, le Comité de l'abus de droit fiscal a été amené à modifier sa position pour le moins ancienne car notamment antérieure à la jurisprudence JANFIN, mais également à toute la jurisprudence développée en matière d'apport-cession. C'est par deux avis du 2 février 2012<sup>167</sup> que le Comité a transposé au sursis d'imposition la jurisprudence dégagée par le Conseil d'Etat pour le recours abusif au report d'imposition. Ce revirement dans la position du Comité semble bienvenu. En effet, les précédents avis sur ce sujet dataient de 2004, or toute la jurisprudence en matière d'apport-cession s'est construite postérieurement à cette date. De plus, et comme soulever précédemment, l'effet du sursis d'imposition est le même que celui du report, à savoir différer d'imposition et minorer l'assiette de l'impôt. La procédure de l'abus de droit étant applicable au report, il paraissait illogique qu'elle ne le soit pas également pour le sursis d'imposition. Il convient de signaler que le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur l'application de la jurisprudence du report d'imposition au mécanisme du sursis en estimant que *« lorsque l'administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un sursis d'imposition au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L 64 du LPF »*<sup>168</sup>. Désormais, juges du fond, Comité de l'abus de droit et Conseil d'Etat sont sur la même ligne : la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du LPF peut être mise en œuvre en présence d'un sursis d'imposition applicable lors d'une opération d'apport-cession. Cette harmonie des solutions est bienvenue.

Ainsi, et pour répondre à la problématique selon laquelle le contribuable ne peut être poursuivi pour fraude puisque, le sursis étant d'application automatique, il n'y a pas d'élément intentionnel, ce qui est critiquable c'est l'opération d'apport de titres préalablement à la cession à une société soumise à l'impôt sur les sociétés. En effet, *« l'abus de droit n'est pas lié au système juridique retenu pour différer l'imposition de la plus-value, mais résulte de l'utilisation d'un mécanisme permettant de différer l'imposition à des fins étrangères à l'objectif poursuivi par le législateur, qui est de faciliter les restructurations*

---

<sup>165</sup> O. FOUQUET, *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. Fisc. 2012, n° 20, act. 216, §2.

<sup>166</sup> CAA Versailles, 24 janv. 2012, n° 09VE02217 et n° 09VE02218, RJF 2012, n° 497.

<sup>167</sup> CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2011-16 et 2011-17.

<sup>168</sup> CE 27 juil. 2012, n° 327295, Dr. Fisc. 2012, n°36, act. 345.

*économiques* »<sup>169</sup>. La transposition au sursis d'imposition de la jurisprudence de 2010, développée en matière de report d'imposition, est donc tout à fait justifiée.

Avant d'analyser les critères dégagés par le Conseil d'Etat, il convient de 'intéresser aux faits de ces trois espèces.

#### 1. L'analyse des décisions rendues

**43. Arrêt BAZIRE.** Concernant l'affaire BAZIRE<sup>170</sup>, chacun des époux a apporté une partie des actions d'une SA aux sociétés civiles nouvellement créées en optant pour le régime du report d'imposition. Quelques jours plus tard, chacune des sociétés a revendu à des tiers les actions apportées. Pour le Conseil d'Etat, le schéma mis en place a permis un réinvestissement dans des activités économiques sans que le contribuable apporteur n'ait appréhendé le produit de la vente étant donné que, dès la première année, la société civile a pris des participations puis a acquis une SARL la troisième année. En l'absence de but exclusivement fiscal poursuivi par le contribuable, l'opération ne peut pas être qualifiée d'abusives.

**44. Arrêt BAUCHART.** Le Conseil d'Etat est arrivé à la même conclusion dans l'affaire BAUCHART<sup>171</sup>. En l'espèce, la société avait acquis des participations au cours des premières années mais n'avait acheté des biens en remploi du prix de cession qu'au bout de trois ans en raison de plusieurs tentatives infructueuses au cours de la deuxième année. Pour la Haute Juridiction, le réinvestissement a bien été réalisé dans les délais qu'impliquent son importance et le changement d'activité auquel il correspondait. De ce fait, aucun motif exclusivement fiscal n'a été relevé et l'opération n'est donc pas abusive sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le second critère de l'arrêt JANFIN. La mise en œuvre de plusieurs tentatives de réinvestissement démontre la volonté du contribuable de respecter la condition jurisprudentielle.

---

<sup>169</sup> O. FOUQUET, *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. Fisc. 2012, n° 20, act. 216, §2.

<sup>170</sup> V. *supra* n° 39.

<sup>171</sup> V. *supra* n° 39.

**45. Arrêt FOUR.** Dans la troisième et dernière affaire rendue à la même date par le Conseil d'Etat, l'affaire FOUR, il s'agissait d'une opération d'apport-cession d'une entreprise individuelle. En l'espèce, des époux ont apporté un fonds de commerce à une SARL en optant pour le report d'imposition de l'article 151 *octies* du CGI. Trois mois après l'apport, la SARL a fait une réduction de son capital à hauteur du montant de l'apport par voie de remboursement partiel aux associés inscrit à leur compte courant. L'administration fiscale a contesté le droit au report d'imposition pour abus de droit et estimé que l'opération d'apport dissimulait la vente du fonds de commerce à la SARL. Le Comité de l'abus de droit fiscal a donné un avis favorable à l'administration. Contrairement aux deux affaires précédentes, le Conseil d'Etat s'est rangé derrière la position de l'administration fiscale. En application du considérant de principe, identique pour les trois arrêts, il a considéré que les deux critères de l'abus de droit étaient remplis. Tout d'abord, concernant le motif exclusivement fiscal, l'apport du fonds suivi de la réduction de capital dissimule une vente car la réduction de capital permet aux associés de récupérer l'essentiel de la valeur de l'apport. De plus, et au regard du critère du bénéfice de l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'objet de l'article 151 *octies* du CGI est de favoriser la transformation d'une entreprise individuelle en société sans taxation immédiate de la plus-value, dès lors qu'en l'absence de vente le contribuable ne dispose pas des liquidités nécessaires au paiement de l'impôt. Or, en l'espèce, les contribuables ayant disposé des liquidités, ils auraient pu (et dû) acquitter l'impôt sur la plus-value d'apport. Le schéma a donc été invalidé sur le fondement de l'abus de droit.

Il convient désormais d'analyser chacun des critères posés dans ces affaires.

## 2. Les critères dégagés par le Conseil d'Etat à partir de 2010

**46. Grille d'analyse du Conseil d'Etat.** A travers ces trois arrêts de principe, le Conseil d'Etat a « *fixé sa grille d'analyse de l'abus de droit en cas d'opération d'apport-cession* »<sup>172</sup>. Les principaux critères jurisprudentiels dégagés sont le réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique, et ce dans un délai raisonnable, et la non-appréhension des liquidités par le contribuable. Il faut impérativement garder à l'esprit que ces trois critères sont appréciés eu égard à l'esprit du texte, c'est-à-dire aux objectifs poursuivis par les auteurs

---

<sup>172</sup> Actualité Francis Lefebvre, *Le Conseil d'Etat affine sa grille d'analyse de l'abus de droit dans les opérations d'apport-cession*, actualité du 16 septembre 2011, §1.

du texte. Concernant l'ancien report d'imposition et le sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI, l'objectif de ces textes est de « *différer l'imposition de la plus-value et par suite de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt aurait été normalement dû* »<sup>173</sup>. Le report d'imposition (ainsi que le sursis qui a pris sa suite) permet ainsi au contribuable de ne pas être immédiatement redevable de l'impôt sur la plus-value constatée en contrepartie de l'apport. Cet objectif est donc « *d'éviter que le contribuable ne soit taxé en l'absence de liquidités : pas d'argent, pas d'impôt !* »<sup>174</sup>. Ainsi, Laurent OLLEON, dans ses conclusions sous les trois arrêts de 2010, a pu exposer que « *la finalité du mécanisme de report d'imposition est d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur cette plus-value alors qu'elle n'est pas matérialisée, pour lui, par la perception de liquidités qui lui permettraient d'acquitter l'impôt. L'application littérale contraire aux objectifs des auteurs consiste donc à rechercher simultanément le bénéfice du report d'imposition et l'appréhension effective des liquidités* »<sup>175</sup>. Ceci résume parfaitement la teneur des trois critères jurisprudentiels objet de notre étude et notamment celui de la non-appréhension du produit de la cession pour le contribuable. En effet, en appréhendant ces liquidités, l'apporteur se verrait dans la possibilité d'acquitter la plus-value d'apport et le report d'imposition n'aurait plus lieu d'être. Si le contribuable appréhende le produit de la cession, cela démontre clairement qu'il a fait une application littérale des textes (report ou sursis d'imposition) à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs, cet objectif étant d'accorder un report au contribuable tant qu'il n'a pas les liquidités pour acquitter l'impôt sur la plus-value d'apport.

a. Le réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique

**47. Justification du critère.** Le premier critère est celui du nécessaire réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique. Cette obligation était déjà apparue dans les jugements rendus par les juridictions du fond ou les avis du Comité de l'abus de droit fiscal qui visaient l'exercice, par le contribuable, d'une activité professionnelle au sein de la société<sup>176</sup>. Ce critère trouve son origine dans l'intention du législateur. En effet, le sursis

---

<sup>173</sup> O. Fouquet, *Apport-cession de titres et abus de droit, la continuité*, op. cit., §2.

<sup>174</sup> R. MORTIER, *L'apport-cession*, Dr. Fisc. 2012, n°21, comm. 302, §9.

<sup>175</sup> Actualité Francis Lefebvre, *Opérations d'apport-cession et abus de droit : une jurisprudence qui pose question*, actualité du 28 mars 2011, §11.

<sup>176</sup> Il convient de préciser toutefois que l'exercice d'une profession par le contribuable au sein de la société est différent de l'exigence d'un réinvestissement par la société dans une activité économique. Les arrêts BAZIRE, BAUCHART et FOUR n'exigent pas que le contribuable exerce son activité professionnelle dans la société.

d'imposition a pour objectif de faciliter la restructuration des entreprises et favoriser « *le maintien et le développement de l'activité économique* »<sup>177</sup>. Selon le rapport de la commission des finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, le régime de différé d'imposition que représente le sursis d'imposition tend « *à faciliter la nécessaire adaptation des structures des entreprises, que ce soit pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité* »<sup>178</sup>. L'analyse de l'intention du législateur est indispensable afin d'apprécier l'exigence de réinvestissement dans une activité économique. Cette notion s'oppose ainsi au placement à caractère patrimonial. Le Conseil d'Etat a posé clairement ce critère dans ces trois décisions de 2010 avant de le confirmer dans l'affaire CONSEIL par laquelle il a jugé qu'« *une avance en compte courant ne constituait pas un investissement dans une activité économique en l'absence de circonstances particulières de nature à lui retirer son caractère patrimonial* »<sup>179</sup>. A défaut de réinvestissement dans une activité économique, l'opération emporte cessation d'entreprise, le tout en franchise d'impôt. Or, l'objectif du législateur dans la mise en place du sursis d'imposition est précisément d'éviter la cession d'entreprise en franchise totale de plus-value. Le sursis d'imposition permet de favoriser le maintien et le développement de l'activité économique par le biais d'une restructuration.

**48. Absence de définition de la notion d'activité économique.** Le Conseil d'Etat ne définit pas ce qu'est l'activité économique. La plupart des auteurs s'accordent à considérer qu'il s'agit de « *la poursuite d'un but lucratif au travers de toute activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, libérale, financière exercée par la société à l'aide de moyens propres* »<sup>180</sup>. Malgré cette définition, il peut être parfois difficile pour le juge du fond de trancher clairement en faveur de l'activité économique en raison des faits.

La limite entre le montage artificiel et l'optimisation fiscale reste alors assez floue. La définition de l'activité économique est une définition négative, c'est-à-dire qu'elle se fait *a contrario*, par opposition à l'investissement patrimonial. En effet, tant les juges du fond<sup>181</sup> que le Conseil d'Etat rejettent le réinvestissement purement patrimonial. Ceci peut être illustré par

---

<sup>177</sup> J. BOUCHER, *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté*, Concl. sous CE 24 aout 2011, M. Moreau, Mme Girault, n° 314579, Dr. fisc. 2011, n° 42-43, comm. 566.

<sup>178</sup> R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E 2011, n° 3, p. 68, §15.

<sup>179</sup> CE 3 février 2011, min. c/ Mr et Mme Conseil ; Dr. fisc. 2011, n° 27, comm. 417, note J.-L. PIERRE, concl. L. Olléon.

<sup>180</sup> R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droits en cas de réinvestissement dans une activité économique*, op. cit., §7.

<sup>181</sup> CAA Nantes, 18 déc. 2006, n° 05NT00650, SIMMENAUER, RJF 2007, n° 598 ; CAA Bordeaux, 27 avr. 2006, n° 02BX01532, SOCIETE RICHELIEU PLAISANCE, RJF 2006, n° 1584.

l'affaire SIMMENAUER<sup>182</sup> dans laquelle le contribuable arguait que la création de la société (SCI) permettait de concentrer le patrimoine familial et de rendre sa gestion plus aisée. Les juges du fond ont considéré que l'option IS exercée par la société n'était pas cohérente avec l'objectif affiché et qu'aucun investissement économique n'était invoqué, solution qui a été implicitement confirmée par le Conseil d'Etat qui a rejeté le pourvoi en cassation exercé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes. Le Conseil d'Etat a « *approuvé les juges du fond d'avoir jugé qu'un montage où les réinvestissements pratiqués sont d'ordre purement patrimonial est contraire aux objectifs du report d'imposition* »<sup>183</sup>.

**49. Distinction des investissements purement patrimoniaux et des investissements professionnels.** Cette distinction entre gestion patrimoniale et activité économique est appliquée par la jurisprudence concernant d'autres impôts, et notamment en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Selon les articles 256 I et 256 A du CGI, entrent dans le champ d'application de la TVA les opérations de livraisons de biens ou de prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel, dans le cadre de son activité économique. Un concessionnaire automobile qui cède son véhicule personnel n'agit pas en qualité d'assujetti puisqu'il s'agit d'une simple opération de gestion de son patrimoine privé. Toutefois, il y a une différence entre la TVA et les impôts directs. En effet, une opération peut entrer dans le champ d'application de la TVA tout en étant exonérée de TVA. C'est le cas notamment de l'activité de location. Ainsi, la définition d'activité économique retenue en matière de TVA ne peut pas être transposée dans le cadre des impôts directs. La décision MOREAU<sup>184</sup> est une illustration de cette distinction en présence d'une opération d'apport-cession. En effet, l'opération a été ici jugée abusive sur le fondement de l'article L.64 du LPF. Le produit de la cession a été réinvesti dans des sociétés civiles immobilières, sans précision quant à la nature éventuellement meublée des locations effectuées par ces SCI. En accord avec la jurisprudence de la Cour de Cassation qui juge que la location d'immeubles nus constitue la gestion d'un patrimoine privé et non l'exercice d'une profession<sup>185</sup>, le rapporteur public dans la jurisprudence MOREAU a invité le Conseil d'Etat à retenir l'abus de droit considérant que « *l'emploi des fonds a revêtu un caractère exclusivement patrimonial et que la condition de réinvestissement dans une activité économique issue [de la jurisprudence du*

---

<sup>182</sup> CE 20 oct. 2008, n°301744, SIMMENAUER, RJF 2009, n° 58.

<sup>183</sup> R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droits en cas de réinvestissement dans une activité économique*, op. cit., §10.

<sup>184</sup> CE 24 aout 2011, M. MOREAU, Mme GIRAULT, n° 314579, Dr. fisc 2011, n° 42-43, comm. 566, concl. J. BOUCHER, note R. POIRIER.

<sup>185</sup> Cass. Com. 12 décembre 1989, n° 88-14579, M. FAYARD, Dr. fisc. 1990, n° 12, comm. 627.

Conseil d'Etat] *n'était, dès lors, pas remplie* »<sup>186</sup>.

**50. Cas des sociétés holdings purement patrimoniales.** Cependant, il ne semble pas que le rejet du réinvestissement patrimonial soit présent dans l'esprit du texte. Pourquoi n'est-il pas possible que la société ait un objet civil d'organisation de la détention du patrimoine entre membres d'une même famille ? Ici, l'intérêt est civil, il y a donc bien la présence d'un but autre que fiscal qui permettrait d'écarter l'abus de droit. Il est intéressant d'analyser le cas particulier des sociétés holdings purement patrimoniales ayant une simple gestion de participation sans aucune immixtion dans l'activité de leur filiale. Ces holdings, dites « passives », ont une activité civile<sup>187</sup> et relèvent donc de l'hypothèse dans laquelle l'abus de droit pourrait être retenu. Le réinvestissement dans une société ayant un objet civil n'est pas considéré comme étant un réinvestissement dans une activité économique. Par conséquent, dans ce cas, il est possible de considérer qu'il y aurait cessation d'activité économique et donc cessation d'entreprise, et le tout en franchise totale de plus-value, ce qui est contraire à l'objectif du sursis d'imposition (et donc à la volonté du législateur) qui vise, comme précisé précédemment, le maintien et le développement d'une activité économique par le biais d'une restructuration. Il convient toutefois d'opposer aux holdings « passives » les holdings dites « actives » qui ne se cantonnent pas à la détention de participations. En effet, une holding est qualifiée d'active lorsqu'elle rend des services aux sociétés qu'elle détient et oriente leur gestion. Leur activité peut ainsi être qualifiée d'économique et entrer dans le critère jurisprudentiel exigé pour écarter l'abus de droit.

**51. Réinvestissements à éviter.** Le critère n'étant pas précis, la qualification économique de l'activité se fait au cas par cas. L'analyse de la jurisprudence permet d'identifier les réinvestissements qui doivent être écartés. Ainsi par exemple, le réinvestissement du produit de la cession en compte-courant est risqué. En effet, les avances en compte-courant faites aux sociétés acquises doivent être regardées comme présentant un caractère patrimonial et non comme concourant à un réinvestissement dans une activité économique<sup>188</sup>. Cependant, s'il est démontré que ces avances ont été affectées au financement de travaux ou à l'acquisition d'actifs de la société, la nature économique de la société pourra être retenue afin d'écarter

---

<sup>186</sup> CE 24 août 2011, M. MOREAU, Mme GIRAULT, n° 314579, Dr. fisc 2011, n° 42-43, comm. 566, concl. J. BOUCHER, note R. POIRIER, n° 2.

<sup>187</sup> Confirmé par CE 7 août 2008, n°283238, Mr et Mme JOLY, RJF 2008, n° 135.

<sup>188</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 3 févr. 2011, n°329839, min. c/ M. et Mme CONSEIL, RJF 2011, n° 471.

l'abus de droit<sup>189</sup>.

**52. Critère de la substance de la société.** La notion d'activité économique n'ayant pas de contours précis, la jurisprudence a développé un indice tenant à la réalité économique du montage, autrement dit à la substance de la société. En effet, l'existence d'une activité économique est étroitement liée à celle de la réalité économique de la société. Une société vidée de sa substance, n'ayant pas d'activité réelle, ne peut avoir une activité économique et donc le montage apparaît n'être mis en œuvre que dans un but exclusivement fiscal. Ceci est illustré notamment dans les affaires PLEIADE<sup>190</sup> et SAGAL<sup>191</sup> desquelles il résulte que la sincérité d'un montage repose sur une réalité économique. Ce critère a été repris ultérieurement par les juridictions du fond comme développé précédemment<sup>192</sup>.

**53. Réinvestissement d'une part significative du produit de la cession.** Dans une affaire CONSEIL<sup>193</sup>, la Haute Juridiction, outre le rappel de la condition du réinvestissement dans une activité économique, a ajouté l'exigence du réinvestissement d'une part significative du produit de la cession. Aucun seuil n'étant posé, il appartient aux juges du fond d'apprécier cette part significative au cas par cas. A titre d'exemple, dans l'affaire BAZIRE, 67,5% du produit de la cession des titres ont été réinvestis dans une activité économique, ce qui a été validé par le Conseil d'Etat ; à l'inverse, la Haute Juridiction a rejeté un réinvestissement à hauteur de 15% effectué dans l'arrêt CIAVATTA<sup>194</sup>. La jurisprudence ne donne pas davantage de précision sur la notion de « part significative », ce qui entraîne une insécurité juridique pour les contribuables et leurs conseils lorsqu'ils souhaitent mettre en place une opération d'apport-cession. Comment savoir le pourcentage de réinvestissement que le juge acceptera ? D'autant plus qu'à l'époque de ces différentes jurisprudences, le critère du réinvestissement dans une activité économique n'était pas prévu par les textes<sup>195</sup>.

---

<sup>189</sup> CE, 24 août 2011, n° 316928, CIAVATTA, RJF 2011, n° 1186.

<sup>190</sup> CE 18 févr. 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510.

<sup>191</sup> CE 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté SAGAL, Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin.

<sup>192</sup> TA Versailles, 13 décembre 2005, n° 04-4909, ROUYER, RJF 2006, n°750 ; TA Clermont-Ferrand du 27 mars 2007, n° 050887, BDCF 2013, n° 9.

<sup>193</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 3 févr. 2011, n°329839, min. c/ M. et Mme CONSEIL, JCP E 2011, 1363, note H. HOVASSE.

<sup>194</sup> CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 24 août 2011, n°316928, Mme CIAVATTA, Dr. Fisc. 2011, n°42-43, comm. 566, note R. POIRIER.

<sup>195</sup> Le critère du réinvestissement dans une activité économique a été intégré dans le Code général des Impôts par la troisième loi de finances rectificatives pour 2012, à l'article 150-0 B.

**54. Bilan.** Le premier critère posé par la jurisprudence de 2010 relatif au réinvestissement dans une activité économique apparaît donc complexe dans le sens où les contours de la notion « d'activité économique » ne sont pas clairement définis, ce qui est gage d'insécurité juridique. La grille d'analyse du Conseil d'Etat fait également référence au second critère essentiel qu'est celui de la non-appréhension du produit de la cession par le contribuable.

b. La non-appréhension du produit de la cession par le contribuable

**55. Critère essentiel.** Pour certains auteurs, le critère de la non-appréhension du produit de cession par le contribuable apporteur est le critère essentiel pour écarter l'abus de droit<sup>196</sup>. Ceci apparaît d'autant plus primordial lorsque ce dernier contrôle la société bénéficiaire de l'apport. En effet, lorsque celle-ci cède les titres, le produit de la cession peut facilement être appréhendé par celui qui la contrôle et le mécanisme du report d'imposition perd de son intérêt puisque le contribuable dispose des liquidités pour acquitter l'impôt, ce qui est donc contraire aux intentions du législateur, comme développé précédemment. Ce critère complète le précédent puisque, « *dès lors que le produit de la vente des titres avait été réinvesti dans une activité économique, il ne pouvait être reproché aux contribuables d'avoir disposé du produit de la vente* »<sup>197</sup>. Pour un exemple d'appréhension des liquidités par le contribuable, il convient de s'intéresser à l'arrêt FOUR. Dans le cas d'espèce, la réduction de capital ayant suivi l'apport a permis aux associés de récupérer l'essentiel de la valeur de l'apport. Ils ont ainsi disposé du produit de la cession du fonds de commerce par le biais de l'inscription en compte-courant du montant de la réduction de capital. Le Conseil d'Etat a retenu le caractère artificiel du montage pour but exclusivement fiscal dû à l'appréhension des liquidités par les contribuables et donc à l'absence de réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique. Il est en effet « *difficile de prétendre que la finalité du montage d'apport-cession n'est pas exclusivement fiscale lorsque son pivot – la société holding – est immédiatement vidé de sa substance* »<sup>198</sup>. Le Conseil d'Etat va même plus loin puisqu'il considère qu'à partir du moment où le contribuable peut appréhender le produit de la cession sans l'avoir encore effectivement fait, le montage peut être invalidé pour abus de droit<sup>199</sup>. En

---

<sup>196</sup> Actualité Francis Lefebvre, *Le Conseil d'Etat affine sa grille d'analyse de l'abus de droit dans les opérations d'apport-cession*, actualité du 16 septembre 2011, §2.

<sup>197</sup> R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droits en cas de réinvestissement dans une activité économique*, op. cit., à propos des arrêts BAUCHART et BAZIRE.

<sup>198</sup> R. MORTIER, *L'apport-cession*, op. cit., §19.

<sup>199</sup> CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 24 août 2011, n°314579, M. MOREAU, Mme GIRAULT, Dr. Fisc. 2011, n°42-43, comm. 566, note R. POIRIER.

effet, il n'y a aucune exigence à ce que les sommes soient effectivement versées sur le compte du contribuable. Il suffit simplement que ces sommes puissent être appréhendées. Cette appréhension dépend nécessairement du pouvoir que l'apporteur exerce sur la société. Si l'apporteur contrôle la société, il est évident qu'il aura la possibilité d'appréhender ces sommes. Or, « *POUVOIR n'est pas FAIRE* »<sup>200</sup>. Bien que l'appréhension effective des liquidités par le contribuable soit un indice primordial pour qualifier l'opération d'abus, le simple fait de pouvoir les appréhender ne devrait pas être sanctionné. Le fait de pouvoir appréhender, ne signifie pas que le contribuable a l'intention de le faire et qu'il va passer à l'acte. Il s'agit d'une simple possibilité, sans action positive. Or, l'intention est au cœur de la notion d'abus de droit fiscal. Ce que doit démontrer l'administration fiscale pour retenir le caractère abusif d'une opération, c'est l'intention frauduleuse du contribuable. La jurisprudence MOREAU paraît alors critiquable sur ce point. A l'inverse « *en l'absence de contrôle de la société interposée et de toute possibilité d'appréhension des sommes, les contribuables ne pourraient se voir opposer pour ce seul motif un abus de droit* »<sup>201</sup>.

A ces deux principaux critères soulevés par le Conseil d'Etat dans le considérant de principe commun du 8 octobre 2010, il convient d'ajouter la précision quant au délai pour réinvestir.

### c. L'importance du critère temporel

**56. Rapidité nécessaire du réinvestissement.** Certains auteurs ont pu se demander si la vitesse de mise en œuvre de l'opération d'apport-cession constituait un élément essentiel dans l'appréciation de son caractère abusif. Alors que « *la rapidité de l'apport-cession est indifférente et ne permet pas ainsi de caractériser un abus de droit, en revanche la rapidité de la cession-réinvestissement est en principe nécessaire pour éviter ledit abus* »<sup>202</sup>. Il résulte des trois arrêts de 2010 que le réinvestissement dans une activité économique « *peut ne pas être effectué de façon immédiate* »<sup>203</sup>. Bien que le Comité de l'Abus de Droit Fiscal ait précisé que le réinvestissement devait se faire dans un délai raisonnable<sup>204</sup>, l'appréciation se fait au cas par cas en tenant compte de l'importance et du changement d'activité auquel le

<sup>200</sup> R. MORTIER, *L'apport-cession*, op. cit., §21.

<sup>201</sup> Actualité Francis Lefebvre, *Le Conseil d'Etat affine sa grille d'analyse de l'abus de droit dans les opérations d'apport-cession*, actualité du 16 septembre 2011, §2.

<sup>202</sup> R. MORTIER, *L'apport-cession à la loupe*, Dr. fisc. 2011, n° 42-43, étude 564, p.24, n° 40.

<sup>203</sup> F. THIERY et P.- J. SAINT-AMAND, *Apport en sursis d'imposition*, Dr. et patr. 2011, n° 205 p. 51.

<sup>204</sup> CCRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-1, 2003-5, 2003-6 et 2003-13.

réinvestissement correspond.

**57. Appréciation subjective des juges du fond.** L'appréciation du critère temporel est laissée au pouvoir discrétionnaire des juges du fond qui étudient le délai de réinvestissement dans une activité économique au cas par cas. A la lecture de la jurisprudence relative à l'opération d'apport-cession, il est possible d'affirmer qu'un délai de réinvestissement compris entre zéro et trois ans est accepté. Dans l'arrêt BAZIRE, par exemple, l'abus de droit a été écarté par le Conseil d'Etat alors que le produit de la cession a été réinvesti dans l'acquisition d'une SARL la troisième année suivant celle de la cession. Cependant, dès la première année la société a pris des participations dans d'autres sociétés. La solution retenue dans l'arrêt BAUCHART est la même puisque le Conseil d'Etat a écarté l'abus de droit alors que l'achat de biens en emploi du prix de cession n'est intervenu qu'au bout de trois ans à la suite de diverses tentatives restées infructueuses. Le délai pour réinvestir, condition à la validité du schéma d'apport-cession, est apprécié en fonction des faits de l'espèce. Lorsque le réinvestissement est complexe, un délai de réinvestissement de trois ans peut être accepté, notamment si diverses tentatives sont intervenues au cours de ces trois années, sans aboutir. En effet, « *réinvestir judicieusement les sommes obtenues de la cession des titres apportés peut nécessiter du temps* »<sup>205</sup>. La position du Conseil d'Etat admettant un délai raisonnable pour réinvestir le produit de la cession des titres apportés dans une activité économique était déjà celle retenue par la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'arrêt CLAIRET<sup>206</sup>, dans lequel l'abus de droit avait été écarté « *en dépit de l'absence de réinvestissement rapide, compte tenu des démarches effectuées par la société, et eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement* »<sup>207</sup>. Cette position a été confirmée par le Conseil d'Etat dans cette même affaire qui considère que l'importance et la nature de l'investissement envisagé justifiaient le délai de réinvestissement et, de plus, des tentatives, même restées vaines, ont été entreprises pour réinvestir le produit de la cession dans une activité économique. En effet, « *six mois après la vente des titres, la société avait donné mandat à un cabinet, (...) pour l'aider à acquérir une activité industrielle, ce délai de six mois n'étant pas anormal eu égard à l'importance tant de l'investissement que du changement de secteur d'activité qu'envisageaient les contribuables* ». Ce cabinet avait « *effectué des démarches actives en vue*

---

<sup>205</sup> V. DUMAS, *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 1/11, p. 5, n° 8.

<sup>206</sup> CAA Lyon, 27 octobre 2009, n° 072295, min. c/ CLAIRET, V. note R. POIRIER, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E 2011, n° 3, p. 66.

<sup>207</sup> *Ibid.*

*de mener à bien cette acquisition* », « *procédé à une étude de faisabilité* », « *organisé et conduit des négociations* »<sup>208</sup>. L'essentiel est donc de démontrer que le contribuable avait anticipé son réinvestissement, de sorte que son intention frauduleuse ne puisse pas être établie. `

**58. Bilan.** Avec ces différents arrêts, la Haute Juridiction a posé les bases d'un cadre jurisprudentiel à l'opération d'apport-cession permettant aux contribuables et à leurs conseils de suivre une feuille de route qui, bien qu'encore peu claire, permet d'éviter certains écueils qui mèneraient directement à retenir l'abus de droit.

Cependant, ces critères jurisprudentiels demeurent imprécis et manquent à cet égard de sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle le législateur a opéré une réforme du schéma de l'apport-cession s'inspirant fortement des jurisprudences BAZIRE, BAUCHART et FOUR. Ce cadre légal sonnera-t-il la fin des redressements en matière d'apport-cession ?

## **§ 2. De nouveaux critères légaux suite à la réforme de l'apport-cession**

**59. Intervention du législateur.** Suite à la jurisprudence abondante qui s'est développée ces dernières décennies en matière d'opérations d'apport-cession, le législateur a souhaité intervenir pour encadrer avec plus de précision l'opération de l'apport des titres par un contribuable à une société qu'il contrôle. Cette réforme a pour but de sécuriser ce schéma d'optimisation et de prévenir de nouveaux litiges. C'est pourquoi, lors de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, le législateur a soumis les plus-values d'apport de titres à des sociétés contrôlées par l'apporteur à un régime de report d'imposition automatique, régi par le nouvel article 150-0 B ter du CGI. Le précédent régime du sursis d'imposition n'est toutefois pas supprimé. Ce nouveau dispositif, prévu par l'article 18 de la loi 2012-1510 du 29 décembre 2012, s'applique aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012, non seulement pour l'impôt sur le revenu mais également pour les prélèvements sociaux. Il apparaît ainsi que l'intérêt de la jurisprudence précédemment développée se limite aux apports réalisés avant cette date.

---

<sup>208</sup> CE 22 février 2013, n° 335045, min. c/ CLAIRET, RJF 2013, n° 525.

**60. Détermination de deux plus-values distinctes.** Contrairement au sursis d'imposition qui ne permettait au contribuable de constater la plus-value qu'au jour de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport, le report d'imposition implique la constatation de deux plus-values : la plus-value d'apport et la plus-value de cession des titres reçus en contrepartie de l'apport. Cette dernière se détermine au jour de la cession selon les règles de détermination et les taux en vigueur à cette date. Il conviendra ainsi d'appliquer le régime dont dépendra le contribuable à cette date, à savoir, le régime de droit commun prévoyant l'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu (applicable aux plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>209</sup>). De plus, différents abattements ont été créés par la loi de finances pour 2014<sup>210</sup>. Tout d'abord l'abattement général de l'article 150-0 D,1 ter du CGI applicable aux gains réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>211</sup>. De plus, deux abattements dérogatoires à l'abattement général susvisé ont également été créés par la loi de finances pour 2014 :

- l'abattement proportionnel majoré de l'article 150-0 D, 1 quater du CGI applicable, sous certaines conditions, pour les plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 lors de la cession de titres de PME souscrits ou acquis dans les dix ans de la création de la société et pour les plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 lors de la cession de titres au sein d'un groupe familial ou lors de la cession de titres de société soumise à l'IS par un dirigeant partant à la retraite<sup>212</sup> ;

- pour les cessions réalisées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, un abattement fixe de 500.000 euros applicable aux plus-values réalisées lors de la cession de titres de sociétés soumises à l'IS par un dirigeant partant à la retraite. Cet abattement fixe s'impute sur le gain net avant application de l'abattement proportionnel majoré susvisé.

Concernant la plus-value d'apport en revanche, aucune précision n'est donnée quant à ses modalités d'imposition. La question se pose de savoir quel est le régime d'imposition applicable : *« y aura-t-il lieu de retenir le régime d'imposition applicable à cette plus-value en fonction de la situation de l'apporteur au jour de l'apport et non au jour de la cession »*<sup>213</sup>? En effet, le mécanisme du report d'imposition a précisément pour objet de figer la plus-value au jour de l'apport. Elle est donc déterminée selon les règles applicables à cette date et le régime applicable devrait incontestablement être celui en vigueur au jour de

---

<sup>209</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 art. 10.

<sup>210</sup> Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 17.

<sup>211</sup> V. *supra* n° 22.

<sup>212</sup> V. *supra* n° 22.

<sup>213</sup> E. PROST, O. RENAULT, *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions*, Dr. Fisc. 2013, n° 16, act. 213, §8.

l'apport. Concernant le taux applicable à la plus-value d'apport, la jurisprudence s'est accordée à dire (pour d'autres mécanismes de report d'imposition) qu'il convient d'appliquer le taux en vigueur au jour de la cessation du report<sup>214</sup>. Pour résumer, la distinction qui paraît la plus appropriée est la suivante : concernant l'assiette de l'impôt, c'est-à-dire son fait générateur, il convient d'appliquer les règles en vigueur au jour de l'apport. En revanche, concernant la liquidation et donc le taux d'imposition, il convient d'appliquer les règles en vigueur au jour de la cession. Ceci devra toutefois être confirmé par la jurisprudence.

**61.** Le report d'imposition automatique ainsi institué est soumis à diverses conditions d'application qu'il convient de développer, conditions souvent inspirées de la jurisprudence antérieure applicable au report optionnel et au sursis d'imposition. Il s'agira ensuite d'analyser quelles sont les hypothèses mettant fin au report d'imposition.

#### **A. Les conditions d'application du de report d'imposition automatique**

**62.** Les conditions d'application du report d'imposition automatique prévu à l'article 150-0 B ter du CGI sont posées par le paragraphe III de cet article. Il existe des conditions tenant d'une part, à l'apport lui-même et, d'autre part, à l'apporteur.

##### 1. Les conditions tenant à l'apport

**63. Lieu de réalisation de l'apport.** L'apport doit être réalisé en France, dans un Etat membre de l'Union Européenne ou dans un Etat ou Territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

**64. Régime d'imposition de la société bénéficiaire de l'apport.** La société bénéficiaire de l'apport doit être soumise à l'impôt sur les sociétés en France lorsque l'apport est réalisé en France ou à un impôt équivalent dans les autres cas.

---

<sup>214</sup> CE 10 avr. 2002, n° 226886, M. de CHAISEMARTIN, note *Ibid.*, §9.

**65. Cas particulier de l'apport avec soulte.** Il convient enfin de préciser que, dans le cas particulier de l'apport avec soulte, celui-ci demeure immédiatement imposable lorsque le montant de la soulte reçue excède 10% de la valeur nominale des titres reçus.

## 2. Les conditions tenant à l'apporteur

**66. Société bénéficiaire contrôlée par l'apporteur.** Le nouveau régime du report d'imposition automatique ne s'applique qu'aux apports effectués au profit d'une société contrôlée par l'apporteur. Dans le cas contraire, l'apport reste soumis au régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI qui n'a pas été supprimé, comme préalablement indiqué. Pour qu'une société soit considérée comme contrôlée par son apporteur, l'article 150-0 B ter III 2° du CGI a expressément posé les critères alternatifs suivants, à savoir :

- la détention de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux, directement ou indirectement, par le contribuable ou par l'intermédiaire de son cercle familial ;
- le fait de disposer seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société en vertu d'un pacte d'associés ou d'actionnaires ;
- ou lorsque le contribuable exerce en fait le pouvoir de décision.

**67. Présomptions légales.** Le texte légal a créé deux hypothèses de présomptions. Tout d'abord, lorsque le contribuable dispose directement ou indirectement d'au moins 33,33% des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux, sans qu'aucun autre actionnaire ne détienne directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne, il est présumé exercer un contrôle sur la société bénéficiaire de l'apport. D'autre part, lorsque le contribuable détermine en fait les décisions prises en assemblée générale en agissant de concert avec une ou plusieurs autres personnes, il est également présumé exercer un contrôle sur la société. L'action de concert est définie par le Code de Commerce<sup>215</sup>, et suppose « l'existence d'un accord qui a pour objet l'acquisition, la cession ou l'exercice de droits de

---

<sup>215</sup> C. com., art L. 233-10, I: « Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ».

*vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* »<sup>216</sup>. Il apparaît cependant que la doctrine fait une appréciation extensive de la notion de contrôle qui « *pourrait conduire, dans certaines situations, à ce que des opérations d'apport réalisé par un actionnaire minoritaire [et donc ne contrôlant pas la société] puissent se trouver régies par le dispositif du report d'imposition pourtant réservé à l'origine aux apports-cessions, dans la mesure où un contrôle conjoint incluant l'apporteur serait établi* »<sup>52</sup>. Ce critère du contrôle s'apprécie à la date de l'apport, c'est-à-dire en tenant compte des nouveaux droits détenus dans la société à l'issue de cet apport.

Lorsque les conditions sont remplies, le report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI est appliqué de façon automatique et ce, jusqu'à la survenance d'un événement y mettant fin.

## **B. Les hypothèses mettant fin au report d'imposition**

**68. Enumération des hypothèses.** Par principe, le report d'imposition prend fin lorsque les titres reçus en contrepartie de l'apport sont cédés. La plus-value d'apport devient alors immédiatement imposable. Elle est constatée au jour de l'apport mais n'est effectivement imposée qu'au jour de la cession des titres reçus en contrepartie de cet apport. Le report d'imposition ne prend fin qu'à proportion des titres cédés. Il existe d'autres événements mettant fin au report d'imposition, qui ne seront que cités, que sont la cession des parts ou droits dans les sociétés ou groupements interposés, le transfert du domicile fiscal hors de France ou encore en cas d'évènement intervenant sur les titres reçus en échange de titres eux-mêmes soumis au dispositif.

**69. Cession des titres apportés.** Le cinquième et dernier évènement rendant la plus-value d'apport immédiatement imposable et méritant de plus amples développements est la cession, par la société bénéficiaire de l'apport et contrôlée par l'apporteur, des titres apportés. Ceci est la mise en œuvre même du schéma d'apport-cession. Cependant, le législateur a encadré cette cession en posant des conditions à respecter afin de valider le schéma d'optimisation. En effet, le produit de la cession doit être réinvesti dans un certain délai et pour une certaine part

---

<sup>216</sup> E. PROST, O. RENAULT, *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions*, op. cit., §3.

et, de plus, il doit être réinvesti dans une activité économique.

1. L'engagement de réinvestir 50% du produit de la cession dans les deux ans suivant la cession

**70. Engagement de réinvestir.** Il convient de préciser tout d'abord que la cession qui intervient plus de trois ans après l'apport ne sera pas jugée abusive. Concernant les cessions qui interviennent avant le terme de ces trois années, le bénéfice du report d'imposition ne sera maintenu que si la société bénéficiaire de l'apport prend l'engagement d'investir le produit de la cession des titres dans un délai de deux ans à compter de la date de la cession et à hauteur d'au moins 50% du montant de ce produit. Il convient de remarquer la précision du critère qui pose un délai et un pourcentage fixes. Il est toutefois regrettable que ce pourcentage soit si élevé par rapport aux avis du Comité de l'abus de droit fiscal ou à la jurisprudence qui ont pu valider des schémas d'apport-cession dans lesquels la part du réinvestissement était significative mais non majoritaire<sup>217</sup>. Toutefois, la « part significative » exigée par la jurisprudence était difficile à délimiter ce qui pouvait entraîner une « *insécurité juridique, incitant le contribuable à des réinvestissements généreux par précaution* »<sup>218</sup>. Le choix de poser un seuil légal permet d'encadrer ce montage par plus de sécurité juridique et d'éviter de multiplier les contentieux en la matière.

**71. Simple engagement.** Cette nouvelle condition n'est qu'un simple engagement. Au jour de la cession, pour ne pas tomber sous le coup de la procédure de l'abus de droit fiscal, le contribuable s'engage à réinvestir 50% du produit de la cession dans une activité économique et ce dans un délai de deux ans. Si cet engagement est pris au jour de la cession, le montage ne pourra pas être poursuivi comme étant abusif et le report d'imposition ne prendra pas fin. Cependant, si le contribuable ne tient pas son engagement, cela met fin au report d'imposition, la plus-value d'apport deviendra alors imposable au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire, l'intérêt de retard trouvant à s'appliquer à compter de la date de l'apport des titres.

Cet engagement de réinvestissement de 50% du produit de la cession dans les deux ans

---

<sup>217</sup> Par ex., CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2011-17 dans lequel le Comité de l'abus de droit fiscal a validé le schéma de l'apport-cession dans le cas d'un réinvestissement dans une activité économique pour une part de 39% du produit de la cession.

<sup>218</sup> R. MORTIER, *L'apport-cession à la loupe*, op. cit., n° 32.

suivant cette cession doit se faire dans une activité économique.

## 2. Le réinvestissement dans une activité économique

**72. Notion d'activité économique délimitée.** La société bénéficiaire de l'apport doit réinvestir 50% du produit de la cession dans les deux années suivant celle-ci dans une activité économique. Autrement dit, le réinvestissement doit se faire soit dans le financement d'une activité économique, c'est-à-dire commerciale, industrielle, agricole, artisanale, libérale ou financière, soit dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une activité opérationnelle économique et qui a pour effet de lui en conférer le contrôle, soit dans la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs société(s) soumise(s) à l'impôt sur les sociétés exerçant elle(s)-même(s) une activité opérationnelle ou ayant pour objet social exclusif de détenir des participations dans des sociétés exerçant ces mêmes activités<sup>219</sup>. Le législateur s'est ici efforcé de définir ce qu'est une activité économique, définition qui n'avait pas été posée par la jurisprudence ancrée en la matière. Reprenant la position de la jurisprudence, le législateur exclut les investissements purement patrimoniaux<sup>220</sup>.

**73. Conclusion de la section.** Bien que souvent remis en cause par l'administration fiscale à l'occasion de contrôles fiscaux, le schéma de l'apport-cession a été validé par la jurisprudence. Les critères mis en avant par le Conseil d'Etat en 2010 ont été repris et précisés par le législateur lors de la loi de finances pour 2012 ce qui a pour avantage de sécuriser le montage et de limiter la poursuite de ces schémas sur le fondement de l'abus de droit pour l'avenir. En effet, les deux critères de validité de l'opération, que sont la non-appréhension du produit de la cession par le contribuable et le réinvestissement de 50% du produit de la cession dans une activité économique dans les deux ans suivant la cession, permettent de considérer qu'il n'y a pas eu volonté du contribuable d'éluder les plus-values de façon abusive.

La seconde opération permettant de purger les plus-values très surveillée par l'administration fiscale est le schéma de donation avant cession.

---

<sup>219</sup> Cette condition du réinvestissement dans une activité économique a été reprise par le législateur de la jurisprudence constante depuis 2010 en matière d'apport-cession

<sup>220</sup> Voir *supra* n° 46 et s. sur l'analyse des critères jurisprudentiels.

## Section 2. Le schéma de la donation avant cession

**74. Présentation du schéma.** Le contribuable qui envisage de céder une partie de son patrimoine (privé ou entrepreneurial) pourra envisager une anticipation de la transmission de ses biens au profit de ses proches. Ce choix fiscal de la transmission du patrimoine plutôt que de sa cession est particulièrement bien illustré par le schéma de la donation avant cession. La donation-cession est un montage qui consiste en la donation, en pleine propriété ou en nue-propriété, de titres de sociétés ou d'immeubles, suivie de leur cession par le donataire.

**75. Intérêt du schéma.** L'objectif de cette opération est de substituer l'application du régime des droits d'enregistrement à celui des plus-values. En effet, lors de la cession par le donataire du bien qu'il vient de recevoir par le biais de la donation, la valeur retenue est celle fixée dans l'acte de donation. Il n'y a donc aucune plus-value puisque « *la donation purge la plus-value fiscale*<sup>221</sup> ». Il convient de comparer l'hypothèse d'une donation simple de titres suivie de la cession du prix de cession par le donateur avec l'hypothèse de la donation des titres suivie de leur cession par les donataires. Dans la première hypothèse, la cession des titres implique, pour le contribuable, une plus-value de cession imposable. La donation, par ce même contribuable, du prix de cession donne lieu au paiement de droits d'enregistrement par les donataires. Dans la seconde hypothèse, la donation des titres entraîne l'application des droits d'enregistrement dus par les donataires ; cependant, la cession par eux de ces mêmes titres consécutivement à la cession n'entraîne aucune plus-value de cession, la valeur retenue comme prix d'acquisition étant celle inscrite dans l'acte de donation.

**76. Exemple chiffré.** Un couple marié souhaite céder les titres sociaux d'une société soumise à l'IS et effectuer une donation à ses enfants dans le même temps. Le prix de revient des titres s'élève à 500.000 € et le montant de la valorisation de ces mêmes titres au jour de la cession est de 1.000.000 €. Le foyer fiscal est soumis au taux marginal du barème de l'IR, soit 45%.

Dans la première hypothèse, les parents font donation des titres sociaux à leurs enfants qui cèdent, ensuite, les titres. Le montant des droits de donation sur le prix de cession se calcule

---

<sup>221</sup> P.J. SAINT-AMAND, *Donation de titres préalablement à leur cession et abus de droit*, Dr. et Patr. 2011, n°205, p.62.

de la manière suivante : chaque enfant reçoit 500.000 € (soit 250.000 € de chacun des parents). Les donations en ligne directe bénéficient d'un abattement de 100.000 € par parent et par enfant<sup>222</sup>. De ce fait, chaque enfant peut bénéficier d'un abattement de 200.000€ sur la donation qu'il reçoit. L'assiette des droits de donation est de 300.000€ pour chacun des enfants. En application du tarif des droits de donation, les droits de donation pour une donation de 300.000€ s'élèvent à 58.194 €  $[(300.000 \times 0.2) - 1.806€]$ . Le coût total des droits de donation pour les deux enfants s'élève à 116.388 €. Quant au montant de la plus-value de cession, il est nul. En effet, lorsque les enfants cèdent les titres sociaux quelques temps seulement après les avoir reçus, la valeur de cession est égale à la valeur de donation, ce qui ne dégage aucune plus-value. Le coût fiscal de la première hypothèse est de 116.388 €.

Dans la seconde hypothèse, les parents cèdent les titres sociaux et font donation à leurs enfants du prix de cession. L'assiette de la plus-value de cession est de 500.000 € (1.000.000 – 500.000) et le montant de l'impôt sur cette plus-value est de 225.000 € (500.000 x 45%). Le montant des droits de donation sur le prix de cession se calcule de la manière suivante : chaque enfant reçoit 500.000 € (soit 250.000 € de chacun des parents). Les donations en ligne directe bénéficient d'un abattement de 100.000 € par parent et par enfant. De ce fait, chaque enfant peut bénéficier d'un abattement de 200.000€ sur la donation qu'il reçoit. L'assiette des droits de donation est de 300.000€ pour chacun des enfants. En application du tarif des droits de donation, les droits de donation pour une donation de 300.000€ s'élèvent à 58.194 €  $[(300.000 \times 0.2) - 1.806€]$ . Le coût total des droits de donation pour les deux enfants s'élève à 116.388 €. Le coût fiscal de la seconde hypothèse est de 341.388 € (225.000 € + 116.388 €).

**77. Réforme envisagée et avortée.** Dans le projet de loi de finances rectificative pour 2012, une réforme du schéma de la donation-cession a été proposée<sup>223</sup>. La mesure consistait à modifier l'assiette de la plus-value en cas de cession des titres par le donataire moins de dix-huit mois après la donation, sauf en cas d'accidents de la vie. Le prix de revient des titres aurait été, non pas comme actuellement la valeur retenue pour le calcul des droits de mutation, mais le prix d'acquisition par le donateur, augmenté des droits de mutation éventuellement supportés par le donataire. Cependant, cette proposition a été invalidée par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 29 décembre 2012<sup>224</sup> dans laquelle l'ensemble du dispositif a été déclaré contraire à la Constitution. Selon le Conseil Constitutionnel, « *pour*

---

<sup>222</sup> Tarif actuellement en vigueur.

<sup>223</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012, art. 19.

<sup>224</sup> Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, RJF 2013, n° 336.

*assurer le respect du principe d'égalité, il [le législateur] doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* ». Il a considéré que le dispositif proposé faisait peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire sans lien avec leur situation. Le Conseil Constitutionnel a jugé que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfutable que la succession de ces deux opérations répond à la seule fin d'éluider le paiement de l'imposition des plus-values. Ainsi, l'article 19 de la loi de finances rectificatives pour 2012 a été déclaré contraire à la Constitution en ce que « *le législateur n'a donc pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi ; que, par suite, il a méconnu les exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789* ». La décision du Conseil Constitutionnel est bienvenue. En effet, les donataires sont étrangers à l'acquisition initiale des titres par le donateur. Le fait que le prix de cession de cette acquisition initiale vienne gonfler le prix de revient des titres au jour de leur donation pénaliserait les donataires. La réforme de la donation-cession n'a donc pas eu lieu.

**78. Schéma surveillé par l'administration fiscale.** L'administration fiscale remet souvent en cause les opérations de donation avant cession en arguant de motifs parfois contestables alors même que le principe qui prévaut en matière d'optimisation fiscale est celui, déjà bien ancré, de la possibilité pour le contribuable, dans la gestion de son patrimoine, de choisir la voie la moins imposée<sup>225</sup>. « *L'administration fiscale accepte parfois difficilement l'exercice par un contribuable de choix fiscaux, pourtant admis par le Conseil d'Etat comme l'expression d'un grand principe du droit fiscal. L'option en faveur de la voie la moins coûteuse (donation avant cession versus cession avant donation) ne semble pas intégrée par tous ses représentants* »<sup>226</sup>. En effet, à l'image de l'opération d'apport-cession, la stratégie de la donation avant cession est particulièrement surveillée par l'administration fiscale qui estime que l'acte de donation a pour but exclusif d'atténuer la charge fiscale normalement due. Le contribuable aurait pu directement céder les titres lui-même sans interposer un acte de donation qui n'a pour seul objectif que de purger la plus-value de cession. Le critère du but exclusivement fiscal permet aux contribuables de choisir de payer moins d'impôt tout en

---

<sup>225</sup> V. *supra* n° 6.

<sup>226</sup> R. GENTILHOMME, *Donation de titres avant cession et abus de droit : faut-il craindre une résurgence de l'insécurité juridique ?*, BPAT 1/10 n° 2.

ayant un motif autre que fiscal. En effet, « l'opération de donation avant cession peut répondre à trois objectifs patrimoniaux principaux :

- transmettre à titre gratuit une partie de son patrimoine. Sous cet aspect, la « purge » de la plus-value contribue à augmenter l'émolument final des donataires ;
- contrôler la gestion des titres et des fonds par les donataires, notamment en stipulant diverses clauses relatives à l'emploi des fonds en cas de cession des titres. Par-là, ces clauses montrent que l'opération de donation avant cession s'inscrit bien plus dans une perspective de transmission patrimoniale que dans un objectif purement fiscal ;
- continuer à percevoir des revenus, notamment par le biais d'une réserve d'usufruit<sup>227</sup> ».

**79. Critères de l'opération de donation-cession.** Afin d'éviter que l'opération de donation avant cession ne tombe sous le coup de la procédure de l'abus de droit, certaines précautions sont à prendre par les contribuables et leurs conseils. Ces précautions sont déduites de la jurisprudence qui a pu se développer sur le sujet suite à de nombreux contentieux en dégagant deux critères principaux : le critère de la chronologie des opérations et celui de l'absence de dépouillement irrévocable du donateur. En effet, si la donation intervient après que la cession soit parfaite, le redressement pourra être mis en œuvre sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun pour qualification impropre de l'acte. En revanche, si le donateur se réapproprie le prix de cession, il deviendra aisé d'établir que le schéma de la donation avant cession n'a été mis en place par le donateur que dans le but de purger la plus-value de cession et de n'appliquer que les droits d'enregistrement. Le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois sur la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit dans une opération de donation avant cession de titres dans l'affaire MOTTE-SAUVAIGE du 30 décembre 2011<sup>228</sup>. Il a établi un raisonnement logique servant de grille d'analyse aux juges face à un tel schéma. Les développements suivants permettent, dans un premier temps, une analyse des critères de validité de l'opération de donation avant cession dégagés par les juges du fond et le Comité de l'abus de droit fiscal avant d'étudier, dans un second temps, la grille d'analyse retenue par le Conseil d'Etat pour apprécier un tel schéma.

---

<sup>227</sup> Mémento Transmissions d'entreprise, Ed. F. Lefebvre, 2013-2014, n° 93320.

<sup>228</sup> CE 30 décembre 2011, n° 330940, MOTTE-SAUVAIGE, RJF 2012, n° 278.

## **§ 1. Les critères de validité de l'opération de donation avant cession dégagés par les juges du fond et le Comité de l'abus de droit fiscal**

**80. Exposé des critères.** L'opération de donation avant cession est un schéma d'optimisation particulièrement contrôlé par l'administration fiscale qui n'hésite pas à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal pour le remettre en cause. Au fil de la jurisprudence, les juges du fond ont ainsi dégagé deux critères essentiels permettant aux contribuables et à leurs conseils d'anticiper une éventuelle remise en cause de la part de l'administration fiscale de leur stratégie de structuration patrimoniale. Ces critères qui ressortent de la jurisprudence sont celui de la chronologie des opérations d'une part, la donation devant intervenir avant que la cession ne soit parfaite, et celui de la réalité de la dépossession du donataire d'autre part, ce dernier ne devant pas se réapproprier le prix de cession des biens transmis. Ces critères, s'ils sont respectés, permettent d'écarter un redressement fiscal. Concernant le critère de la chronologie des opérations, le redressement est mis en œuvre sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun pour qualification impropre de l'acte lorsque la donation intervient après que la vente soit définitive. Concernant le critère du dessaisissement irrévocable du donateur, s'il est respecté, ce critère permet d'écarter un redressement sur le fondement de l'abus de droit en ce qu'il démontre la bonne foi du contribuable qui n'a pas mis en place cette opération dans l'unique but de purger les plus-values de cession.

### **A. Le critère de la chronologie des opérations**

**81. Procédure de droit commun et procédure de l'abus de droit.** Pour que l'opération de donation avant cession ne soit pas être remise en cause, il est nécessaire que la donation intervienne avant que la cession ne soit définitive. Dans le cas contraire, l'administration fiscale ainsi que le juge considèrent que la plus-value est due par le contribuable et que le fait pour ce dernier de ne pas l'avoir payée constitue une erreur dans sa déclaration de revenus passible des majorations et des intérêts de retard équivalents sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun, mais en aucun cas sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal. De ce fait, la simple probabilité qu'une vente soit conclue ne peut entraîner l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal. De plus, dans l'hypothèse où la vente

serait parfaite avant que la donation n'intervienne, la procédure de l'abus de droit fiscal ne pourra pas être mise en œuvre, laissant place à la procédure contradictoire de droit commun.

1. L'absence d'abus de droit fiscal en cas de vente simplement probable

**82. Problématiques.** Selon cette condition, la donation doit intervenir avant que la cession ne soit parfaite. Deux questions apparaissent alors :

- A quelle date la donation entraîne-t-elle transfert de propriété ?
- A quelle date la vente est-elle définitive ?

**83. Transfert de propriété lors de la donation.** Concernant la première interrogation, la réponse est simple. La transmission intervient au jour de l'acceptation du donataire. Si l'acte de donation est un acte authentique, le transfert de propriété intervient au jour de la signature de l'acte, date à laquelle le bénéficiaire de la donation l'accepte. En l'absence d'acte authentique, la transmission d'actions ne sera effective qu'au jour de l'acceptation par le bénéficiaire qui se traduit par l'inscription des actions au compte de l'acquéreur<sup>229</sup>. Ceci a été précisé par le Comité de l'abus de droit à diverses reprises en retenant l'abus de droit étant donné que « *l'acte de donation postérieur n'a été passé, avant l'officialisation du transfert des titres sur le registre de la société, que pour éluder cet impôt* »<sup>230</sup>. Le tribunal administratif de Rennes a confirmé cette règle en estimant que « *la transmission des actions d'un contribuable à ses enfants est opposable aux tiers à la date du virement dans les comptes de la société émettrice* »<sup>231</sup>. La date du transfert de propriété lors de la donation ne donne pas lieu à débat.

**84. Transfert de propriété lors de la vente.** Concernant la date à laquelle la vente devient parfaite, la réponse est plus complexe. Certes, selon un des grands principes civilistes, la vente n'est parfaite que lorsqu'il y a accord sur la chose et sur le prix<sup>232</sup>. A l'origine, pour l'administration fiscale, si la vente était probable au jour de la donation, cela pouvait entraîner

---

<sup>229</sup> C. com., art L. 228-1.

<sup>230</sup> CRRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-15 et 2002-15 bis.

<sup>231</sup> TA Rennes, 3 février 2005, n° 01-3827 et 02-1100, LORANS, RJF 2005, n° 1033.

<sup>232</sup> C. civ., art. 1583 : « *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

une remise en cause de l'opération sur le fondement de l'abus de droit. Or, il est tout à fait envisageable que les donateurs se soient mis en relation avec d'éventuels acquéreurs, et ce avant que la donation ne soit effective, pour de simples négociations qui n'ont pas encore abouti. La vente est bien probable, mais elle n'est pas définitive. Le Comité a ainsi estimé que la position de l'administration n'était pas souhaitable. En effet, étant donné que la donation était intervenue avant que la vente ne soit parfaite, la seule absence d'intention libérale du donateur pouvait permettre à l'administration fiscale de remettre en cause l'opération sur le fondement de l'abus de droit fiscal<sup>233</sup>. Dans un jugement du tribunal administratif de Nice<sup>234</sup>, les juges du fond ont également considéré que « *l'administration n'établit pas, en se bornant à soutenir que « la chronologie et les circonstances de fait, jointes à la concomitance des actes, font que la donation-partage dissimulait la portée réelle de la promesse de vente », que le contribuable avait comme unique souci d'échapper à l'impôt* ». Cette jurisprudence est constante comme le montre par exemple une décision du tribunal administratif d'Orléans dans laquelle les juges du fond ont estimé que « *l'administration n'établit pas que les requérants n'avaient, en procédant à cette donation, aucune intention libérale envers leurs enfants mais uniquement le but exclusif d'éluider l'imposition de la plus-value immobilière à laquelle ils ont été assujettis et dont ils demandent la décharge ; que, par suite, elle n'apporte pas la preuve qui lui incombe de l'existence de l'abus de droit qu'elle invoque* »<sup>235</sup>.

**85. Existence d'avant-contrats.** Par conséquent, la seule probabilité qu'une vente soit conclue ne suffit pas à déclarer l'opération de donation avant cession comme valide. La donation doit intervenir avant que la cession ne soit parfaite, et le second critère, tenant à la réalité de la dépossession du donateur, doit être respecté pour que l'abus de droit fiscal soit écarté. La cession est parfaite au jour du transfert de propriété, c'est-à-dire au jour de l'accord sur la chose et sur le prix au sens du principe civiliste de l'article 1583 du Code Civil. Cependant, ce principe n'est pas si simple d'utilisation en présence d'avant-contrats<sup>236</sup>. En effet, avant de conclure l'acte définitif de vente, il arrive très fréquemment que les parties signent des promesses de vente, unilatérales ou synallagmatiques.

La promesse unilatérale de vente est « *l'accord de volonté par lequel une personne*

---

<sup>233</sup> CCRAD, Rapport annuel 1994, Avis n° 94-17, « *Le Comité a estimé que l'administration n'apportait pas la preuve de l'absence d'intention libérale des parents lors de la donation, alors que par ailleurs la donation avait été enregistrée et que rien ne laissait supposer que les donateurs avaient conservé le produit de la vente des actions* ».

<sup>234</sup> TA Nice 26 novembre 2002, n° 98-4015, 99-4771 et 99-4772, CHABERT, RJF 2003, n° 473.

<sup>235</sup> TA Orléans, 24 septembre 2002, n° 99-2109, MIRAMONT, RJF 2003, n° 472.

<sup>236</sup> Sur l'hypothèse des avant-contrats, S. QUILICI et F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire - Revue Bimestrielle LEXISNEXIS Jurisclasseur, Janv.-Févr. 2009, p. 36 et s.

*s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle le contrat de vente à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement, investi d'un droit d'option pendant un délai donné, restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé ou de le conclure en levant l'option dans le délai »<sup>237</sup>. Dans ce cas, la vente ne devient parfaite qu'à la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse. De ce fait, la donation peut être consentie jusqu'à cette levée d'option sans que le schéma de donation avant cession ne soit remis en cause sur le fondement de la chronologie des actes.*

La promesse synallagmatique de vente est *« l'accord de volontés par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même »<sup>238</sup>. La promesse synallagmatique de vente peut être conclue avec ou sans condition suspensive. Dans l'hypothèse où la promesse synallagmatique de vente ne comporte pas de condition suspensive, la donation devra être consentie avant la conclusion de la promesse, la vente étant réputée formée à cette date. En revanche, dans l'hypothèse d'une promesse synallagmatique de vente avec condition suspensive, tout dépend du caractère rétroactif ou non de la condition. Si la réalisation de la condition n'est pas rétroactive, la donation peut être faite entre la conclusion de la promesse et la réalisation de la dernière des conditions suspensives. Au contraire, si la réalisation de la condition est rétroactive, la vente est formée à la date de conclusion de la promesse synallagmatique. Pour être valable, la donation devra donc être réalisée avant cette date. Le Comité de l'abus de droit a eu à se prononcer sur la validité de la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit fiscal dans le cas d'une promesse synallagmatique de vente avec condition suspensive. Dans un avis rendu par le Comité, deux associés ont passé un compromis de vente avec trois futurs acquéreurs, relatif à la totalité des parts sociales d'une société. La dernière des conditions suspensives à ce compromis a été levée 3 mois plus tard. Le jour même, les enfants d'un des associés ont cédé aux acquéreurs pressentis dans le compromis des parts de la société qu'ils venaient de recevoir de leurs parents suivant donation-partage deux jours auparavant. Le Comité *« a constaté que la donation des parts a bien été consentie avant que la cession ne devienne parfaite (...) »<sup>239</sup>. Par conséquent, lorsque la donation est réalisée avant que la dernière des conditions suspensives ne se réalise, le redressement de l'administration fiscale pour abus de droit fiscal est infondé.**

---

<sup>237</sup> V. « Promesse », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>238</sup> V. « Promesse », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>239</sup> CCRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-17. V. également les avis n°2002-15 et 2002-15 bis pour des avis dans lesquels le Comité estima que la donation intervient après la réalisation de la dernière des conditions suspensives.

**86. Hypothèse du don manuel.** Le don manuel peut être enregistré ce qui permet de lui donner une date certaine. Cependant, lorsque la donation est réalisée par don manuel non enregistré, il y a absence de date certaine de l'acte. Il est ainsi difficile de prouver que le don manuel a bien eu lieu avant la réalisation de la dernière des conditions suspensives. Dans une telle situation, le Comité de l'abus de droit a pu considérer que le don manuel ne pouvait purger la plus-value et ainsi que « *l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales* »<sup>240</sup>. Dans cette affaire, l'enregistrement du don manuel n'est intervenu qu'après la cession des titres. La précaution à prendre en cas de don manuel est de l'enregistrer fiscalement avant la cession effective des titres<sup>241</sup>. En effet, attendre la cession des titres pour enregistrer le don manuel afin « *de se réserver la possibilité jusqu'au dernier moment de ne pas donner si la vente ne se réalise pas* » est une « *pratique à bannir* »<sup>242</sup>.

La procédure d'abus de droit ne peut être mise en œuvre que lorsque la donation intervient après que la vente soit parfaite, sachant que la simple probabilité d'une vente due à l'existence d'avant-contrats ne vaut pas transfert de propriété. En revanche, lorsque la vente est parfaite antérieurement à la réalisation de la donation, la procédure de l'abus de droit ne peut plus être engagée mais le redressement pourra être fondé sur la procédure contradictoire de droit commun.

2. La mise en œuvre de la procédure contradictoire de droit commun en cas de vente parfaite antérieure à la donation

**87. Qualification impropre de l'acte.** A la lecture des différents avis du Comité de l'abus de droit fiscal, lorsque la cession est parfaite avant la réalisation de la donation, la procédure de l'abus de droit fiscal n'a pas à être mise en œuvre. En effet, si la cession est parfaite, il y a bien une plus-value. Le contribuable la constate mais ne la déclare pas. Le Comité a, à plusieurs reprises, relevé que les contestations fondées sur l'enchaînement des opérations ne pouvaient relever que de la procédure contradictoire de droit commun et non de la procédure d'abus de droit fiscal. En effet, le problème qui se pose ici est un problème de qualification impropre de l'acte retenue par le contribuable. En considérant qu'il s'agissait d'une donation, le contribuable élude la plus-value. L'absence de paiement de l'impôt peut être poursuivie sur

<sup>240</sup> CRRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-16.

<sup>241</sup> CGI, art. 635 A.

<sup>242</sup> P. J. SAINT-AMAND, *Donation de titres préalablement à leur cession et abus de droit*, Dr. et Patr. 2011, n° 205, p. 62 et s.

le fondement de la procédure contradictoire de droit commun avec application des majorations et pénalités y afférents (dont la plus élevée est la majoration pour manquement délibéré de 40%) et non sur le fondement de la procédure d'abus de droit. Le Comité considère que, dès lors que « *la cession des titres était parfaite préalablement à la donation (...), l'administration était fondée à faire usage de la procédure contradictoire de droit commun. S'agissant de l'interprétation d'actes non fictifs auxquels le contribuable donne une qualification impropre, le recours à la procédure de répression des abus de droit n'apparaît pas nécessaire* »<sup>243</sup>. Dans une affaire soumise à l'avis du Comité, un contribuable s'était engagé dans une promesse unilatérale de vente à céder des actions. Quelques années plus tard, le contribuable transmet à ses enfants la nue-propriété de ces actions par un acte de donation-partage. Le Comité estime que la procédure d'abus de droit fiscal ne peut pas être mise en œuvre étant donné que la cession est parfaite avant la réalisation de la donation. L'acte de donation n'était pas fictif, il ne s'agit pas d'un abus de droit mais d'un problème de qualification de l'acte faite par le contribuable. Seule la procédure contradictoire de droit commun peut alors être mise en œuvre par l'administration fiscale<sup>244</sup>.

**88. Bilan.** Concernant le critère de la chronologie des opérations, le débat semble clos. Si la vente est définitive avant la réalisation de la donation, le redressement doit être fait sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun pour qualification impropre de l'acte, et non sur celui de l'abus de droit. Au contraire, si la vente est en cours au jour de la donation mais non définitive, c'est-à-dire que la donation a lieu avant la signature du protocole ou après la signature mais avant la réalisation de toutes les conditions suspensives, il n'y a pas d'abus de droit à la condition toutefois que le second critère, relatif à la réalité de la déposition du donateur, soit bien respecté.

Ainsi, le second critère mis en avant par les avis du Comité de l'abus de droit fiscal et la jurisprudence pour écarter l'abus de droit dans une opération de donation avant cession est celui de l'existence du dépouillement actuel et irrévocable du donateur.

---

<sup>243</sup> CRRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2003-14 et 2003-39 ; CRRAD, Rapport annuel 2005, Avis n° 2004-57.

<sup>244</sup> CRRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2003-14.

## **B. Le critère de la réalité de la dépossession du donateur**

**89. Fictivité de la donation.** Selon l'article 894 du Code Civil, « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ». Le critère essentiel est celui de la dépossession réelle du donateur. En effet, il doit s'agir d'un dépouillement actuel et irrévocable sans contrepartie. « *C'est cette absence de contrepartie qui justifie le fait que les transmissions à titre gratuit se trouvent hors du champ d'application de l'impôt de plus-value* »<sup>245</sup>. En effet, lorsque les donateurs se réapproprient le prix de cession, il n'y a pas de dépouillement irrévocable. La réappropriation du produit de la cession par les donateurs traduit une absence de dépouillement irrévocable et donc une absence d'intention libérale, ce qui rend la donation fictive. La fictivité de l'acte de donation ne permet pas de purger les plus-values. Celles-ci sont dues en cas de mutation à titre onéreux. Autrement dit, il y a abus de droit s'il existe une réappropriation effective du prix de cession par le donateur. La vente est alors réputée réalisée par le pseudo donateur, qui est donc redevable de la plus-value de cession.

**90. Preuve de la réappropriation effective des fonds.** Sauf avis contraires du Comité de l'abus de droit fiscal, l'administration fiscale doit apporter la preuve de la réappropriation effective des fonds par le donateur. Pour cela, ils analysent principalement les clauses et les conditions du contrat de donation avant de s'intéresser au support du réinvestissement. Les difficultés d'appréciation de l'existence d'un dépouillement effectif et irrévocable du donateur résident essentiellement dans les opérations en démembrement de propriété, pour lesquelles le Comité et les juges du fond ont fait évoluer leur position. Il convient d'étudier, dans un premier temps, l'analyse préliminaire des clauses du contrat de donation avant de s'intéresser, dans un second temps, à l'analyse des supports de réinvestissement.

---

<sup>245</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire – Revue Bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur – Janv. Févr. 2009, n° 94.

## 1. L'analyse préliminaire des clauses du contrat de donation

**91. Hypothèse d'une cession avec réserve d'usufruit.** Les opérations de donation-cession en pleine propriété ne sont pas les plus problématiques. Les débats se sont principalement portés sur l'hypothèse d'une donation avant cession avec réserve d'usufruit par le donateur qui contiennent, pour la plupart, des clauses organisant et sécurisant la donation, principalement dans l'intérêt de l'usufruitier. L'administration a pu estimer que ces clauses restreignaient les droits du nu-propriétaire et a remis en cause l'opération en relevant que le donateur s'était réapproprié le produit de la cession. A l'analyse des avis du Comité de l'abus de droit fiscal et de la jurisprudence, certaines clauses apparaissent comme prohibées et d'autres sont désormais validées.

**92. Clauses restreignant les droits du nu-propriétaire.** La position du Comité a évolué au fil des années. Il a d'abord considéré que les clauses restreignant les droits des nus-propriétaires entraînaient nécessairement une remise en cause de l'opération sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal. Dans un avis 2002-19<sup>246</sup>, le Comité a conclu à l'abus de droit dans l'hypothèse d'une donation de la nue-propriété de titres sociaux prévoyant la réversion d'usufruit sur l'épouse survivante ainsi qu'une interdiction d'aliéner. Pour le Comité, le emploi du prix de cession dans la souscription de contrats d'assurance démembrés que seul l'usufruitier pouvait racheter à hauteur des fruits était économiquement assimilable à un prêt sans intérêt. Le contrat de capitalisation ne profitait qu'aux usufruitiers puisque seuls les parents pouvaient le racheter à hauteur des fruits. Les donateurs ont donc conservé le produit de la cession. Dans une autre affaire<sup>247</sup>, il s'agissait d'une donation-partage de la nue-propriété de titres sociaux par un contribuable à ses enfants. L'acte de donation prévoyait diverses charges et conditions particulières, précisant que les donataires copartagés :

- donnent mandat exprès et irrévocable à l'usufruitier, à l'effet de remployer, en cas de cession des valeurs mobilières objets des présentes, le produit de la cession sur un support ou actif financier de son choix, dans les mêmes proportions des attributions en nue-propriété et usufruit. L'usufruitier bénéficiera des revenus ;
- s'engagent irrévocablement à signer les statuts de toute société civile, rédigés par l'usufruitier, servant de support au emploi des cessions éventuelles des titres donnés.

---

<sup>246</sup> CRRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-19.

<sup>247</sup> CRRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-10.

Le Comité de l'abus de droit a retenu l'abus de droit en considérant que « *les conditions, obligations et engagements énoncés dans l'acte de donation-partage devaient être regardés comme restrictifs des droits et prérogatives normalement dévolus au nu-propriétaire* ».

**93. Assouplissement de la position du Comité de l'abus de droit fiscal.** Dans ces avis, le Comité de l'abus de droit considère que les clauses de la donation restreignent les droits du nu-propriétaire en le privant du produit de la cession. L'usufruitier donateur s'étant réapproprié le produit de la cession, il n'y a pas de dépouillement sans contrepartie et la donation est considérée comme fictive. Cependant, le Comité a quelque peu adouci sa position en rejetant le grief de l'abus de droit concernant des donations dans lesquelles les clauses n'ont pas rendu la donation fictive<sup>248</sup>. Plusieurs clauses ont ainsi été validées dans l'avis 2005-8 comme par exemple la clause prévoyant que la donatrice était investie d'un mandat lui permettant de vendre les titres démembrés et de réemployer le prix de cession sur tout support de son choix, ou la réserve du droit de retour en cas de décès du bénéficiaire, ou encore la clause d'annulation de la libéralité en cas de cession des valeurs données. La seule exigence pour pouvoir écarter la fictivité de la donation est de respecter la règle civiliste de l'article 900-1 du Code civil selon laquelle « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime* ». C'est ainsi que le Comité a également écarté la fictivité d'une donation de la nue-propriété de titres sociaux par un contribuable à ses enfants en prévoyant une interdiction d'aliéner sauf au profit de la société cessionnaire<sup>249</sup>. Là encore, l'intérêt sérieux et légitime étant caractérisé, la donation n'est pas fictive en ce qu'elle ne prive pas les donataires du prix de cession.

**94. Bilan.** Pour conclure sur ce point, il est désormais admis que la donation contienne des clauses et conditions permettant d'organiser la cession future des biens transmis ainsi que le emploi du produit de cette cession sans pour autant que le donateur se réapproprie le produit de la cession. La seule exigence est que cela soit fait dans un intérêt sérieux et légitime. La position du Comité de l'abus de droit fiscal a évolué puisqu'il ne retient plus systématiquement le caractère fictif de la donation. En effet, « *la présence de clauses*

---

<sup>248</sup> CRRAD, Rapport annuel 2006, Avis n° 2005-8, 2005-21 et 2005-22.

<sup>249</sup> CRRAD, Rapport annuel 2007, Avis n° 2006-18.

*n'implique pas que le donateur retienne ce qu'il a donné* »<sup>250</sup>. Bien que l'analyse des clauses du contrat de donation soit une étape essentielle dans l'appréciation de l'opération par l'administration fiscale et le Comité ou les juges du fond, ils doivent également prendre soin d'analyser le support de réinvestissement.

## 2. L'analyse nécessaire des supports de réinvestissement

**95. Distinction du « pouvoir » et de l'« avoir ».** Le Comité de l'abus de droit, lorsqu'il conteste l'intention libérale au motif que les donateurs ont grevé les donations de charges et conditions ou, lorsqu'à la suite de la donation, des emplois conjoints sont réalisés en démembrement de propriété, prend soin de distinguer le « pouvoir » de l'« avoir ». En effet, les donateurs peuvent conserver des pouvoirs étendus, notamment en insérant des clauses au contrat de donation limitant les droits des nus-propriétaires, mais sans se réapproprier le prix de cession. Ils ont donc des pouvoirs sur les biens transmis mais ne les possèdent pas. C'est ce qu'illustre par exemple la position du Comité dans l'avis 2004-68<sup>251</sup>. Dans cette affaire, le contribuable avait transmis des titres par donation qui ont été cédés deux mois et demi plus tard. Alors que l'administration fiscale retenait le but exclusivement fiscal, en raison du emploi du prix de cession dans la souscription au capital d'une société civile avec report du démembrement sur les parts de la société, le Comité a rejeté cette argumentation. Il considérait que le caractère irrévocable de la donation ne saurait être remis en cause par le emploi du produit de la cession des actions démembrées dans la souscription au capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées, et dans laquelle les donateurs disposent de tous les pouvoirs. Le réinvestissement du produit de la cession peut être prévu par les donateurs eux-mêmes dans l'acte de donation. Il est simplement exigé que le réinvestissement ne conduise pas à la réappropriation du produit de la cession par les donateurs. Certains supports de réinvestissement ont pu poser des difficultés et ont été critiqués par l'administration fiscale.

---

<sup>250</sup>S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire – Revue Bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur – Janv. Févr. 2009, n° 100.

<sup>251</sup> CRRAD, Rapport annuel 2005, Avis n° 2004-68.

a. Souscription au capital d'une société

**96. Evolution de la position du Comité de l'abus de droit fiscal.** Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le produit de la cession est réinvesti dans la souscription au capital d'une société civile avec un report du démembrement de propriété sur les parts sociales de la société. L'administration fiscale a souvent pu considérer qu'il y avait réappropriation du produit de la cession par les donateurs-usufruitiers dès lors que ces derniers disposent de pouvoirs importants qui restreignent les droits des nus-propriétaires.

Dans un premier temps, le Comité retenait l'abus de droit au motif que les charges imposées dans l'acte de donation (en l'espèce un engagement irrévocable de signer les statuts de toute société civile, rédigés par l'usufruitier, servant de support au remploi des cessions éventuelles des titres donnés) devaient être regardées comme « *restrictives des droits et prérogatives normalement dévolus au nu-propriétaire* »<sup>252</sup>. Dans un second temps, le Comité a admis la présence de clauses prévoyant des pouvoirs aux usufruitiers, voire même tous les pouvoirs, dès lors qu'il n'y a aucune réappropriation de leur part du produit de la cession. Il s'agit d'une application de la distinction entre le « pouvoir » et l'« avoir ». Cette position est illustrée notamment dans l'avis précédemment évoqué 2004-68<sup>253</sup> dans lequel le Comité considère que le caractère irrévocable de la donation ne saurait être remis en cause par le remploi du produit de la cession des actions démembrées dans la souscription au capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées et dans laquelle les donateurs disposent de tous les pouvoirs.

Il convient de rappeler que, au sein de la société, le nu-propriétaire a vocation à devenir à terme plein propriétaire. L'usufruitier, quant à lui, se voit conférer des droits lui permettant « *de gérer la société en toute tranquillité et de s'assurer des revenus auxquels il peut prétendre en vertu de son droit d'usufruit* »<sup>254</sup>. De ce fait, il est tout à fait envisageable que des clauses limitent les droits des nus-propriétaires sans que cela ne leur enlève leur droit essentiel : devenir plein propriétaire à terme. La distinction du « pouvoir » et de l'« avoir » est donc essentielle dans la prise de position du Comité ou des juges du fond. L'usufruitier peut avoir les pleins pouvoirs sans pour autant se réapproprier le produit de la cession.

---

<sup>252</sup> CRRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-10.

<sup>253</sup> CRRAD, Rapport annuel 2005, Avis n° 2004-68.

<sup>254</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire – Revue Bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur – Janv. Févr. 2009, n° 102.

**97. Position de la jurisprudence.** La jurisprudence adopte le même raisonnement que le Comité de l'abus de droit fiscal. Le tribunal administratif d'Orléans a ainsi pu considérer que l'abus de droit n'était pas caractérisé pour une affaire dans laquelle « *à la suite de l'apport du prix de vente de l'immeuble à la société constituée entre les parents et leurs enfants, ces derniers se sont trouvés détenir la quasi-totalité du capital de cette société* »<sup>255</sup>. Cependant, un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai a pu semer le doute dans l'esprit des praticiens et des auteurs<sup>256</sup>. Dans cette affaire, la cour a considéré l'abus de droit établi dans l'opération de donation-cession en estimant notamment que les clauses de l'acte de donation partage restreignaient les droits des nus propriétaires en privant les enfants de toute disposition des titres et de toute perception des dividendes.

b. Souscription sur un support de capitalisation

**98. Intérêt de la souscription.** L'administration fiscale a également pu critiquer le emploi du prix de cession sur un support de capitalisation, qu'il s'agisse d'un contrat d'assurance-vie ou de capitalisation. Dans le schéma classique, la souscription a lieu en démembrement de propriété ce qui présente « *l'intérêt d'optimiser la gestion de capitaux démembrés puisqu'elle permet à l'usufruitier de disposer rapidement de revenus réguliers, et au nu-propriétaire de poursuivre seul le contrat au décès de l'usufruitier* »<sup>257</sup>.

**99. Evolution de la position du Comité de l'abus de droit fiscal.** Comme pour la souscription au capital d'une société civile, le Comité a fait évoluer sa position concernant le emploi du prix de cession dans la souscription sur un support de capitalisation. Dans un premier temps, le Comité a estimé que le emploi du prix de cession dans la souscription de contrats d'assurance-vie démembrés, que seuls les parents donateurs pouvaient, en leur qualité d'usufruitiers, racheter à hauteur des fruits, semblait avoir été assimilé à un prêt sans intérêt et à terme des enfants aux parents<sup>258</sup>.

Dans un second temps, le Comité a adouci sa position en estimant désormais que « *le réinvestissement du prix de vente démembré sur un contrat de capitalisation ne constitue pas un abus de droit dès lors que les conditions générales du contrat ne remettent pas en cause le*

---

<sup>255</sup> TA Orléans, 24 septembre 2002, n° 99-2109, MIRAMONT, RJF 2003, n° 472.

<sup>256</sup> CAA Douai, 16 juin 2009, n°08-548, Min. c/ MOTTE-SAUVAIGE. V. *infra* n° 104 et s.

<sup>257</sup> Mémento Transmission d'entreprise, éd. F. Lefebvre, 2013-2014, n° 93450.

<sup>258</sup> CRRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-19.

*dessaisissement du donateur* »<sup>259</sup>. Dans un avis 2004-40<sup>260</sup>, le Comité a reconnu qu'il y avait bien intention libérale du donateur puisque les conditions générales du contrat de capitalisation ne remettaient pas en cause son dessaisissement. Le contrat prévoyait notamment que le choix des supports appartenait à l'usufruitier (ou à son conjoint ayant bénéficié de la réversion de cet usufruit) ; qu'après le décès de l'usufruitier (ou de son conjoint), le choix des supports serait effectué sous la seule signature du nu-propiétaire ou de ses ayants droit ; que du vivant de l'usufruitier (ou de son conjoint), le nu-propiétaire ne pouvait demander aucun rachat total ou partiel sous sa seule signature ; et que l'usufruitier (ou son conjoint) pouvait demander sous sa seule signature le rachat partiel de son contrat de capitalisation dans la limite de l'excédent de la valeur de rachat total par rapport au montant net investi. Pour le Comité, ces conditions générales ne remettaient pas en cause le dessaisissement du donateur usufruitier et la donation a été validée.

Dans un avis 2006-11, des époux ont procédé à une donation de titres avec réserve d'usufruit à leurs enfants. L'acte de donation comportait une clause de remploi stipulant qu'en cas de cession simultanée de l'usufruit et de la nue-propiété, le démembrement de propriété serait reporté sur le prix de cession, les biens acquis en remploi du prix seraient grevés de l'usufruit des donateurs et appartiendraient en nue-propiété aux enfants et les donateurs auraient la liberté de procéder à tout remploi qu'ils jugeraient opportuns. Après la cession des titres, le produit de la vente a été réinvesti dans un contrat de capitalisation démembré. Pour l'administration fiscale, les clauses de remploi et de rachat précitées permettaient aux donateurs usufruitiers de disposer librement du produit de la cession ainsi réinvesti et de se le réapproprier. Dans cet avis, le Comité met en œuvre la distinction du « pouvoir » et de l'« avoir » en considérant que « *l'extension des pouvoirs n'est pas de nature à remettre en cause l'intention libérale* »<sup>261</sup>. Les clauses de remploi et de rachat n'ont pas restreint les droits des nus-propiétaires au point d'aboutir à une réappropriation par l'usufruitier des biens précédemment transmis. Si la convention de remploi autorisait le rachat partiel ou total des contrats de capitalisation par les donateurs usufruitiers, ces derniers restaient redevables aux termes de ladite convention « *d'une créance de restitution de même montant à l'égard des nus propriétaires donataires* »<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> Mémento Transmission d'entreprise, éd. F. Lefebvre, 2013-2014, n° 93454.

<sup>260</sup> CRRAD, Rapport annuel 2005, Avis n° 2004-40.

<sup>261</sup> P. J. SAINT-AMAND, *Donation de titres préalablement à leur cession et abus de droit*, Dr. et Patr. 2011, n° 205, p. 66.

<sup>262</sup> *Ibid.*

**100. Position de la jurisprudence.** La jurisprudence, qui n'a pas souvent eu l'occasion de se prononcer sur l'hypothèse du réinvestissement du produit de la cession dans la souscription à un contrat de capitalisation, partage la position du Comité en faveur du contribuable. Le tribunal administratif de Versailles a ainsi eu à se prononcer sur l'affaire BELLEMARE<sup>263</sup> préalablement soumise à l'avis du Comité, comme vu précédemment<sup>264</sup>. Les juges du fond ont tout d'abord contesté la position de l'administration quant à la chronologie des opérations en constatant que la donation avait bien eu lieu avant que la vente soit parfaite. Concernant le critère de la réappropriation des fonds par les donateurs, le commissaire du gouvernement a estimé qu'il n'y avait pas de réappropriation étant donné que « *l'usufruit grevant les titres a simplement été reporté sur les sommes placées dans les contrats de capitalisation* ». Les juges du fond ont accordé au contribuable la décharge d'imposition demandée en estimant que la donation-partage de la nue-propiété de titres suivie de leur cession et du emploi du produit de la cession des titres démembrés dans la souscription d'un contrat de capitalisation démembré n'est pas constitutive d'un abus de droit et n'a pas eu pour but exclusif de soustraire la nue-propiété des titres transmis à toute imposition sur les plus-values dès lors que « *les clauses (...) ne peuvent être assimilées à une réappropriation par [les donateurs usufruitiers] des biens précédemment transmis et ne remettent pas en cause le dessaisissement effectif du donateur. De plus, « si la donation a eu pour effet de soustraire la nue-propiété des titres transmis à toute imposition sur les plus-values, [le donateur] fait valoir qu'elle avait également pour objet la transmission d'une partie de son patrimoine à ses trois enfants* ». Cette jurisprudence vient confirmer la position constante des juges du fond sur cette question du réinvestissement du produit de la cession sur un support financier<sup>265</sup>.

c. L'hypothèse particulière du quasi usufruit

**101. Définition du quasi-usufruit.** En présence d'une convention de quasi-usufruit, l'administration fiscale a souvent contesté l'opération de donation avant cession en estimant que le donateur quasi-usufruitier se réappropriait le prix de cession du simple fait de l'existence d'un quasi-usufruit. Le quasi-usufruit est un usufruit particulier portant sur les choses consommables. Il convient de se référer au droit commun et plus particulièrement à l'article 587 du Code civil selon lequel « *si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut*

<sup>263</sup> TA Versailles, 20 novembre 2007, n° 06-3231, BELLEMARE, RJF 2008, n° 1231.

<sup>264</sup> V. *supra* n° 92, CCRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2002-19.

<sup>265</sup> V. notamment TA Besançon 21 novembre 2006, n°04-106, PHEULPIN, RJF 2007, n° 951.

*faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».*

**102. Position du Comité de l'abus de droit fiscal.** Le Comité a statué à plusieurs reprises sur la constitution d'un quasi-usufruit sur le prix de cession. Dans une première affaire, l'acte de donation des titres comportait une clause de remploi obligatoire des produits de cession ainsi qu'une convention de quasi-usufruit. Le Comité a relevé que « *la convention de quasi-usufruit au bénéfice du donateur le laisse redevable d'une créance de restitution de même montant à l'égard des nus-proprétaires donataires* »<sup>266</sup>. Le donateur reste débiteur de la valeur des biens donnés envers le donataire même si le quasi-usufruit lui donne le pouvoir d'en disposer. Ainsi, le caractère irrévocable de la donation ne peut être remis en cause, l'intention libérale du donateur étant réelle. Cette position a été confirmée par le Comité notamment dans un avis 2008-06, dans lequel il considère que la convention de quasi-usufruit « *n'induit pas une réappropriation par la donatrice des sommes données, même lorsque, comme en l'espèce, l'usufruitière est expressément dispensée de fournir une caution* »<sup>267</sup>. En effet, bien qu'il soit prudent de prévoir une garantie (caution) pour le donataire nus-proprétaire du paiement de sa créance de restitution, cette sûreté n'est pas imposée par le Comité. Dès lors que le quasi-usufruit fait naître un droit de restitution pour les donataires nus-proprétaires, il est tout à fait pertinent de considérer qu'il n'y a aucune réappropriation du produit de la cession par le donateur usufruitier. Certes le quasi-usufruitier a le pouvoir de disposer des biens transmis mais il n'en demeure pas moins qu'il n'a aucun pouvoir de révoquer la donation. La restitution à laquelle le quasi-usufruit oblige toujours son titulaire, comme le prévoit l'article 587 du Code civil, exclut qu'un donateur puisse y trouver le moyen de reprendre indirectement ce qu'il a donné. Le donataire est un « *créancier à terme* » qui « *conserve donc le bénéfice économique de la donation* »<sup>268</sup>. Il est important de préciser que l'administration fiscale n'a pas souhaité se ranger derrière ces avis du Comité de l'abus de droit qui lui étaient défavorables. Cette démarche s'inscrit vraisemblablement dans la lignée de la volonté de l'administration fiscale de décourager les contribuables à mettre en place de tels schémas d'optimisation qu'elle considère comme suspects. La jurisprudence, quant à elle,

---

<sup>266</sup> CCRAD, Rapport annuel 2007, Avis n° 2006-18.

<sup>267</sup> CCRAD, Rapport annuel 2008, Avis n° 2008-06.

<sup>268</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire – Revue bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur – Janv. Févr. 2009, n° 110.

n'a pas eu à se prononcer sur l'hypothèse de la constitution d'un quasi-usufruit sur le prix de cession. Il est toutefois raisonnable de penser que les juges du fond confirmeront la position du Comité en application de la jurisprudence constante selon laquelle il n'y a pas de réappropriation du prix de cession par le donateur dès lors que le caractère irrévocable est établi. Là encore, la distinction du « pouvoir » et de l'« avoir » est essentielle : le donateur quasi-usufruitier peut avoir des pouvoirs étendus sur les biens transmis (notamment le pouvoir d'en disposer en vertu de la convention de quasi-usufruit) sans pour autant en être le propriétaire final. La créance de restitution confère au donataire nu-propriétaire la qualité de bénéficiaire à terme. Un arrêt du Conseil d'Etat serait le bienvenu dans cette hypothèse du quasi-usufruit et permettrait ainsi de sécuriser le schéma et de clore définitivement le débat.

**103. Bilan.** A la lecture de ces différents avis du Comité de l'abus de droit fiscal, le critère recherché est celui de l'existence d'une intention libérale réelle. Le Comité opère une nette distinction entre le « pouvoir » et l'« avoir ». Il peut exister une augmentation des pouvoirs des donateurs sans pour autant qu'il y ait réappropriation effective des fonds.

La jurisprudence défend une position constante similaire à celle du Comité. Seul l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai<sup>269</sup> a pu faire penser à un revirement de jurisprudence là où les juges retenaient qu'une donation pouvait être faite dans un but exclusivement fiscal du fait notamment de la restriction des droits des donataires. Cependant, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt majeur dans cette affaire annulant l'arrêt d'appel. Cet arrêt de la Haute Juridiction administrative met un terme à la crainte des praticiens qui s'était développée suite à la décision d'appel et permet la mise en place d'un mode d'emploi que les juges du fond devront respecter en présence d'une opération de donation avant cession de titres ou d'immeubles.

## § 2. La grille d'analyse retenue par le Conseil d'Etat

**104.** Le Conseil d'Etat a rendu sa toute première décision sur les opérations de donation avant cession de titres dans l'affaire MOTTE-SAUVAIGE<sup>270</sup>. Jusque là, les contribuables ne savaient plus où donner de la tête face à des analyses divergentes des juges

---

<sup>269</sup> V. *supra* n° 97.

<sup>270</sup> CE 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 30 décembre 2011, n° 330940, MOTTE SAUVAIGE, RJF 2012, n° 278.

du fond. Mais le Conseil d'Etat a su mettre un terme à toutes ces incertitudes avec un arrêt attendu.

## **A. Des analyses divergentes des juges du fond**

**105. Evolution jurisprudentielle.** Alors que l'administration fiscale considérait la donation faite par les époux à leurs enfants comme abusive, le tribunal administratif les a déchargés des impositions supplémentaires avant que la cour administrative d'appel de Douai ne vienne confirmer la position de l'administration fiscale et valider l'abus de droit.

### **1. Le contexte de l'affaire MOTTE-SAUVAIGE**

**106. Les faits.** Une contribuable apporte des titres à une société holding créée pour l'occasion en vue de regrouper au sein d'une même entité les participations détenues dans l'entreprise par les divers membres de la famille. L'apport a été effectué en report d'imposition. Quelques années plus tard, les parents font donation à leurs enfants des actions précédemment apportées. Deux mois après la donation, les enfants ont cédé ces actions à une société précédemment créée par les parents donateurs, ce qui a eu pour effet de purger la plus-value d'apport. Le prix de cession étant similaire à la valeur déclarée dans l'acte de donation, aucune plus-value de cession n'a été constatée. Les clauses de l'acte de donation étaient les suivantes :

- interdiction pour les donataires de céder, nantir ou disposer des actions pendant la vie des donateurs à peine de nullité de la donation ;
- obligation pour les donataires, à la première demande des donateurs, d'apporter les actions à toute société civile familiale constituée entre les donateurs et leurs enfants;
- en cas de vente des titres autorisée par les donateurs, le produit de la vente sera laissé en dépôt dans une banque choisie par les donateurs jusqu'à ce que les donataires aient atteint l'âge de 25 ans. Aucun retrait en capital n'est possible sans l'accord des donateurs jusqu'à leur décès, les donataires pouvant seulement disposer librement des revenus, coupons et intérêts à compter de leurs 25 ans.

**107. La procédure.** Par une proposition de rectification, l'administration fiscale a notifié un redressement aux époux donateurs sur le fondement de l'abus de droit. En s'appuyant sur les clauses de l'acte de donation qui restreignaient, selon elle, les droits des donataires et sur le court délai entre la donation et la cession, l'administration fiscale a considéré que l'acte de donation-partage revêtait un but exclusivement fiscal.

Le tribunal administratif de Lille <sup>271</sup> a prononcé la décharge des cotisations supplémentaires mises à la charge des contribuables. Suite à un appel formé par le Ministre du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique contre le jugement de première instance, la cour administrative d'appel de Douai a rendu un arrêt en rupture avec la jurisprudence antérieure qui était constante sur ce sujet<sup>272</sup>. Elle a annulé la décision du tribunal administratif de Lille en considérant que les clauses privaient les donataires « *de toute possibilité de disposer [des titres] ni même d'en percevoir les dividendes* ». Les juges d'appel estiment que les contribuables n'ont pas apporté d'élément d'explication « *quant à la rapidité avec laquelle est intervenue la revente des actions par les enfants (...) cinq semaines après la signature de l'acte de donation* ». Par ailleurs, la cour administrative d'appel se fonde implicitement sur la fictivité de la donation en remettant en cause l'intention libérale compte tenu de ce que les donataires n'ont pas eu la libre disposition desdits titres notamment en raison de la clause interdisant le retrait des sommes jusqu'au décès des deux époux. Mais c'est principalement sur le critère du but exclusivement fiscal qu'elle caractérise l'abus de droit en l'espèce. En effet, pour les juges d'appel, l'économie d'impôt réalisée par le foyer fiscal dans cette affaire ainsi que la création de la société à laquelle les actions ont été vendues permettent de considérer que « *la donation-partage suivie de la cession des titres par les enfants reposait sur une construction visant exclusivement à atténuer la charge fiscale* ».

Cette décision surprenante de la cour administrative d'appel de Douai a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine et des praticiens. En effet, cette décision vient contredire la jurisprudence antérieure pourtant bien ancrée et provoque ainsi une insécurité fiscale vis-à-vis des contribuables souhaitant structurer leur patrimoine privé.

---

<sup>271</sup> TA Lille, 4<sup>ème</sup> ch., 6 déc. 2007, n° 0700550, non publié.

<sup>272</sup> CAA Douai, 2<sup>e</sup> ch., 16 juin 2009, n° 08-548, min. c/ MOTTE-SAUVAIGE, RJF 2009, n° 971.

## 2. Une décision d'appel justement critiquée par la doctrine

**108. But exclusivement fiscal retenu par la cour administrative d'appel.** Dans cette décision du 16 juin 2009, la cour administrative d'appel de Douai a caractérisé l'abus de droit dans une opération de donation-partage de titres suivie de leur cession d'une façon inattendue. Il semble en effet qu'elle ne soit pas fondée sur le caractère fictif de la donation mais sur la recherche du but exclusivement fiscal, deuxième critère de l'abus de droit prévu par l'article L.64 du Livre des Procédures Fiscales. En considérant que les clauses privaient les donataires « *de toute possibilité de disposer [des titres] ni même d'en percevoir les dividendes* », les juges d'appel stigmatisent les clauses de la donation sans pour autant soulever expressément la fictivité mais en retenant le but exclusivement fiscal.

**109. Réalité de la dépossession du donateur.** Cependant, à l'analyse des conditions de la donation, il apparaît que leur présence dans l'acte ne permet pas de conclure au but exclusivement fiscal de l'opération. La clause d'interdiction d'aliéner, qui était une des conditions prévue dans l'acte de donation, est une clause autorisée du point de vue du droit commun puisque l'article 900-1 du Code civil la valide à condition qu'elle soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime et qu'elle soit limitée dans le temps. La limitation temporelle est bien respectée dans notre cas d'espèce puisque « *la clause litigieuse interdisait le retrait des capitaux placés en banque jusqu'au décès des donateurs, les donataires bénéficiant des revenus des sommes placées à compter de leur vingt-cinquième anniversaire* »<sup>273</sup>. Quant à l'intérêt sérieux et légitime, il est caractérisé par l'intention des parents qui était de garantir la cohésion familiale « *contre le comportement égoïste de ses membres* »<sup>274</sup>. Le but de l'opération de la donation avant cession se trouve dans la motivation des parents de préparer leur succession en préservant l'unité et la pérennité du patrimoine familial. Ceci démontre une réelle intention libérale qui ne saurait être remise en cause par des clauses, même restrictives des droits des donataires. En effet, et comme le démontrent les nombreux avis du Comité de l'abus de droit fiscal et la jurisprudence, le seul critère est celui du dessaisissement irrévocable du donateur. Le critère de la fictivité est entendu restrictivement et la preuve de l'absence de dessaisissement est difficile à apporter. Il est raisonnable de penser que la cour administrative d'appel de Douai, ne souhaitant pas s'aventurer sur ce terrain, a préféré fonder

---

<sup>273</sup> R. GENTILHOMME, *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?*, JCP N 2009, n° 47, p. 32, §12.

<sup>274</sup> *Ibid.*

son argumentation sur le critère de l'exclusivisme fiscal. Bien que la cour aborde l'absence d'intention libérale, la fictivité de la donation-partage n'est pas clairement abordée. Les juges d'appel, sûrement embarrassés par le fait que les titres avaient bel et bien changé de mains malgré les clauses restrictives, ont remis en cause l'opération sur le seul but exclusivement fiscal, ce qui paraît difficile à justifier puisque une donation non fictive ne semble pas pouvoir être réalisée dans un but exclusivement fiscal. De plus, le fait que la société ayant racheté les actions ait été créée antérieurement aux opérations en cause et qu'elle soit contrôlée par les donateurs importe peu puisque le dessaisissement irrévocable doit porter sur le prix de cession des actions et sur les biens acquis en emploi.

**110. Absence de détournement d'un texte légal.** Par ailleurs, aucun texte légal n'a été détourné par les contribuables. Tant la loi que la doctrine administrative prévoient que le prix de revient pour le donataire équivaut à la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit. Il y a bien une purge des plus-values (et donc une économie d'impôt) prévue légalement et justifiée par le fait qu'il y a un changement de propriétaire. De ce fait, il ne paraît pas opportun de faire supporter au nouveau redevable les conséquences fiscales des opérations réalisées par l'ancien. C'est précisément ce que retient le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 2012<sup>275</sup> dans laquelle il censure la réforme de la donation avant cession par la troisième loi de finances rectificative pour 2012. L'article 19 de cette loi prévoyait que la valeur de référence à retenir pour le calcul de la plus-value de cession de valeurs mobilières n'était plus « *la valeur des titres lors de la mutation à titre gratuit mais la valeur de ces titres lors de leur acquisition ou souscription par le donateur, augmentée des frais afférents à l'acquisition à titre gratuit* »<sup>276</sup>. Le Conseil Constitutionnel a invalidé cette disposition pour atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques en considérant notamment que cela faisait peser sur les donataires de valeurs mobilières « *une imposition supplémentaire sans lien avec leur situation mais liée à l'enrichissement du donateur antérieur* ».

**111. Rapidité des opérations.** Quant au critère de la rapidité des opérations, la cour administrative d'appel le retient comme un élément justifiant le but exclusivement fiscal de l'opération. Cinq semaines se sont écoulées entre la réalisation de la donation-partage et la

---

<sup>275</sup> Cons. Const. 29 décembre 2012, n° 2012-661 DC, RJF 2013, n° 336.

<sup>276</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012, art. 19.

cession des titres par les donataires. Comme a pu le souligner un auteur, « *la concomitance plane sur l'abus de droit comme l'ombre portée d'un vautour sur un cerf agonisant* »<sup>277</sup>. En effet, le délai entre deux opérations ne doit pas être trop long afin de ne pas mettre à mal une telle opération de structuration patrimoniale, notamment en cas de « *mort d'un protagoniste, de versatilité d'un autre ou de l'imprévision née d'une loi changeante* »<sup>278</sup>. Chacun connaît l'expression « faire vite et bien ». Pourquoi ne pourrait-elle pas s'appliquer en matière de donation avant cession sans soulever les suspicions de l'administration fiscale ?

**112. Pourvoi en cassation.** Il est important d'ajouter que cet arrêt, vivement critiqué, ne remet pas en cause la purge des plus-values mobilières privées par une donation de droits sociaux précédant la cession<sup>279</sup>. Les contribuables ont formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 30 décembre 2011, entérine la jurisprudence antérieure des juges du fond en annulant l'arrêt de la cour administrative d'appel. L'arrêt de la Haute Juridiction est un arrêt majeur qui pose le raisonnement logique à suivre en présence d'un schéma de donation avant cession de titres sociaux ou d'immeubles et vient ainsi clarifier le débat sur ce type d'opérations.

## **B. La censure du Conseil d'Etat**

**113. Arrêt sécurisant bienvenu.** La haute juridiction administrative se prononce pour la première fois sur la qualification d'abus de droit à propos d'une donation avant cession de titres purgeant la plus-value d'échange en report d'imposition<sup>280</sup>. Elle relève l'absence d'abus de droit dans une donation-cession de titres sociaux lorsque cette donation n'est pas fictive, bien qu'elle soit assortie de clauses limitant les droits des donataires. Cet « *arrêt sécurisant* »<sup>281</sup> met fin à l'émoi qu'avait suscité la décision de la cour administrative d'appel de Douai chez les praticiens.

---

<sup>277</sup> R. GENTILHOMME, *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?*, JCP N 2009, n° 47, P. 32, §20.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> TA Rennes, 3 février 2005, n° 01-3827 et 02-1100, 2<sup>e</sup> ch., LORANS, RJF 2005, n° 1033 ; TA Besançon, 21 novembre 2006, n° 04-106, 1<sup>ère</sup> ch., PHEULPIN, RJF 2007, n° 951.

<sup>280</sup> Le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé sur l'application de la procédure d'abus de droit pour remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par le report d'imposition d'une plus-value d'échange ; CE 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 octobre 2010, n°313139, Min. c/ M. et Mme BAUCHART, RJF 2010, n° 1205.

<sup>281</sup> A. PANDO, *Donation avant cession de titres : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit*, LPA 8 mars 2012, n° 49, p.4

Selon le Conseil d'Etat, « *alors que la rapidité avec laquelle est intervenue la revente à la société des actions par les donataires est sans incidence par elle-même quant au caractère de cette donation, la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que l'administration devait être regardée comme apportant la preuve de ce que la donation-partage suivie de la cession des titres par les enfants à une société civile familiale était constitutive d'un abus de droit et en déduisant des éléments qu'elle a relevés que les requérants ne s'étaient pas effectivement dessaisis des titres ayant fait l'objet de la donation et que, par suite, ils n'avaient pas agi dans une intention libérale* ». Le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai en considérant que, dès lors qu'il y a une intention libérale des donateurs malgré l'existence de clauses limitant les droits des donataires, la donation n'est pas fictive ce qui conduit à écarter l'abus de droit. Le Conseil a suivi un raisonnement logique : soit la donation est fictive du fait de l'absence d'intention libérale et l'abus de droit est caractérisé, soit la donation n'est pas fictive et la seconde branche de l'abus de droit (la fraude à la loi caractérisée par la cumulation du critère du but exclusivement fiscal de l'opération et celui de l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs) ne peut pas être mise en œuvre. Le critère de la rapidité des opérations soulevé par la cour administrative d'appel a été rapidement balayé par le Conseil d'Etat.

## 1. La justification des clauses de l'acte de donation

**114. Première étape du raisonnement du juge.** La première étape dans le raisonnement de la haute juridiction est d'analyser les clauses du contrat de donation afin de savoir si la donation est ou non fictive. Si lesdites clauses permettent la mise en œuvre d'un dépouillement actuel et irrévocable des donateurs, la donation ne sera pas fictive et l'abus de droit non caractérisé. La donation effectuée dans l'affaire MOTTE-SAUVAIGE était assortie de diverses conditions dont les principales méritent les développements suivants.

**115. Clause d'inaliénabilité.** L'article 900-1 du Code civil considère la clause d'inaliénabilité comme licite lorsqu'elle est temporaire<sup>282</sup> et assortie d'un intérêt sérieux et légitime. Comme démontré précédemment, la volonté pour les donateurs de conserver le patrimoine transmis dans la famille jusqu'à leur décès présente un caractère sérieux et

---

<sup>282</sup> La Cour de cassation a reconnu qu'une clause d'inaliénabilité du vivant du donateur a un caractère temporaire ; Cass. Civ. 8 janvier 1975, Bull. Civ. I, n° 8.

légitime. Cette affirmation a été précisée également par la Cour de cassation<sup>283</sup> et reprise par le Conseil d'Etat dans l'affaire de l'espèce puisqu'il considère que « *la circonstance qu'un acte de disposition soit assorti d'une clause d'inaliénabilité la vie durant du donateur ne lui ôte pas son caractère de donation* ». L'objectif de ces clauses est avant tout de « *protéger les enfants contre eux-mêmes* » et de « *juguler l'effet corrupteur de l'argent* »<sup>284</sup>. De plus, une autre famille était actionnaire à 50/50 dans la société ce qui justifiait la volonté des parents donateurs de contrôler le capital transmis à leurs enfants. La présence d'une clause d'inaliénabilité dans un contrat de donation de titres sociaux est valable et ne rend pas la donation fictive.

**116. Clause d'apport obligatoire des titres à une société familiale.** La cour administrative d'appel a considéré que, par cette clause, les parents donateurs ne s'étaient pas réellement déposséder des biens transmis. L'absence de dépossession réelle des donateurs avait également été soulevée par la cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>285</sup> qui, après avoir relevé l'enchaînement des opérations dans un bref délai et les pouvoirs étendus conservés par les donateurs dans la gestion des actifs donnés et de leur emploi, a surtout souligné que les donateurs usufruitiers avaient effectué des prélèvements pour un montant très supérieur aux seuls bénéficiaires auxquels ils pouvaient prétendre. Il y avait ainsi eu réappropriation d'une partie des capitaux issus de la cession des titres donnés à leurs enfants. Cependant, cette affaire relevait d'un cas d'espèce avec des circonstances très particulières. Cette position des juges d'appel est critiquable, notamment dans l'affaire MOTTE-SAUVAIGE, puisque la clause se justifie dans la volonté des donateurs de préserver un contrôle de la famille sur l'entreprise, d'autant plus que d'autres actionnaires sont présents dans la société. En application de cette clause, la famille pourra ainsi « *parler d'une seule voix aux assemblées générales de la société* »<sup>286</sup>. Ces différentes justifications permettent de reconnaître une validité à la clause d'apport obligatoire des titres et de considérer qu'une donation assortie de ce type de clause n'est pas fictive de ce seul fait.

---

<sup>283</sup> Cass. Civ. 20 novembre 1985, Bull. Civ. I, n° 313 : « *en retenant que la donatrice avait voulu que, de son vivant, l'immeuble qu'elle avait elle-même recueilli dans la succession de sa mère ne puisse quitter le patrimoine de la branche directe de sa famille par une aliénation, une cour d'appel a pu en déduire que la clause d'inaliénabilité imposée dans l'acte de donation était justifiée par un intérêt sérieux et légitime* ».

<sup>284</sup> R. GENTILHOMME, *La donation de droits sociaux avant cession – A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011*, BF 5/12, p. 157, §7.

<sup>285</sup> CAA Bordeaux, 1 novembre 2011, n° 10BX02051, PERES, RJF 2012, n° 53.

<sup>286</sup> R. GENTILHOMME, *La donation de droits sociaux avant cession – A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011*, op. cit.

**117. Clause de vente des titres sous condition de versement du produit de la cession sur des comptes bloqués.** Une nouvelle fois, la cour administrative d'appel de Douai s'est appuyée sur cette clause pour contredire le dépouillement actuel et irrévocable des donateurs. Cependant, et comme l'a souligné le Conseil d'Etat, le fait d'obliger les donataires à verser le produit de la cession des titres transmis sur des comptes bloqués ouverts à leurs noms, et ce jusqu'au décès des donateurs, n'affecte pas le droit de propriété des donataires sur les sommes ainsi versées. Là encore, cette clause se justifie par la volonté des parents de protéger les enfants contre leurs propres agissements. Le jeune âge des donataires peut faire douter les parents de la sagesse de leurs enfants face à l'attrait de l'argent. Cette clause est ainsi justifiée par le projet de transmission successorale des donateurs à des enfants encore jeunes. Aucune réappropriation du produit de la cession par les parents n'est ici effectuée puisque les donataires conservent leur droit de propriété sur le produit de la cession des titres, notamment parce que les comptes bancaires ont été ouverts à leurs noms. Ainsi, un acte de donation comportant une telle clause n'est pas, de ce seul fait, fictif.

Le Conseil d'Etat considère que les clauses sont « *justifiées par l'intérêt légitime qui s'attachait à la volonté des requérants d'organiser leur succession au profit de leurs enfants encore jeunes tout en préservant l'unité et la pérennité du patrimoine familial* ». L'intention libérale n'étant pas remise en cause et le dessaisissement des donateurs étant caractérisé, la fictivité de la donation n'est pas reconnue ce qui permet au Conseil d'Etat d'écarter justement l'abus de droit. Par ailleurs, à travers cet arrêt, il est désormais admis qu'en présence d'une donation non fictive, il n'est pas possible de se fonder sur le but exclusivement fiscal de l'opération pour retenir l'abus de droit.

## 2. L'absence de but exclusivement fiscal faute de fictivité de la donation

**118. Seconde étape du raisonnement du juge.** La haute juridiction administrative applique un raisonnement logique selon lequel « *faute de fictivité, une donation ne saurait poursuivre un but exclusivement fiscal* »<sup>287</sup>. En effet, la cour administrative d'appel de Douai avait retenu le caractère abusif du schéma de donation avant cession des titres en se fondant sur la seconde branche de l'abus de droit qu'est la fraude à la loi. Pour que cette dernière soit caractérisée, deux critères cumulatifs doivent être remplis : l'exclusivisme fiscal d'une part et l'interprétation littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs

---

<sup>287</sup> *Ibid.*, §9.

d'autre part. Concernant ce dernier critère, et comme démontré précédemment, la validité de l'opération de donation avant cession n'est remise en cause par aucun texte légal. De ce fait, il paraît difficile de trouver une volonté des contribuables qui serait contraire à l'intention des auteurs d'un texte qui n'existe pas. De ce fait, un des critères cumulatifs de la fraude à la loi n'étant pas rempli, « aucune fraude à la loi ne peut être stigmatisée »<sup>288</sup>. Il est donc raisonnable de penser que la cour administrative d'appel a fondé l'abus de droit sur le critère de l'exclusivisme fiscal uniquement pour éviter d'établir la fictivité de la donation, ce qui paraît être une vaine démonstration.

En résumé, « ce n'est que lorsque l'acte n'est pas fictif que l'administration peut néanmoins se fonder sur l'abus de droit si elle peut établir à la fois le but exclusivement fiscal de cet acte et le fait qu'il est contraire à l'intention des auteurs de la loi fiscale »<sup>289</sup>.

**119. Confirmation de la jurisprudence MOTTE-SAUVAIGE.** Le Conseil d'Etat s'est récemment prononcé en faveur d'une opération de donation avant cession confirmant ainsi la tendance jurisprudentielle initiée par l'arrêt MOTTE-SAUVAIGE. En l'espèce, des époux sont titulaires d'actions d'une SA exploitant un supermarché et de parts de SCI propriétaire d'un immeuble dans lequel est exploité l'activité de la SA. Les époux décident de transmettre à leurs enfants la pleine propriété d'une partie des actions de la SA ainsi que la nue-propriété des actions restantes et des parts de la SCI. Suite à la donation, la totalité des droits sociaux ont été apportés à neuf sociétés civiles financières constituées à l'occasion. Les titres reçus en contrepartie de l'apport ont fait l'objet d'un démembrement de propriété « calqué sur celui réalisé par les différentes donations »<sup>290</sup>. Quelques jours plus tard, les parts de la SCI ont été acquises par la SA, les actions de cette dernière ayant été cédées à une autre société. Alors que l'administration et les juges du fond retenait le caractère abusif de l'opération par fraude à la loi, le Conseil d'Etat a rappelé la règle de l'arrêt MOTTE-SAUVAIGE selon laquelle « dès lors qu'un acte revêt le caractère d'une donation au sens de l'article 894 du Code civil, l'Administration ne peut le regarder comme n'ayant pu être inspiré par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que son auteur, s'il ne l'avait pas passé, aurait normalement supportées »<sup>291</sup>. Ainsi, lorsque la donation est avérée, l'administration fiscale ne peut pas mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit.

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, §12.

<sup>289</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>290</sup> R. VABRES, *Donation-cession : il n'y a pas d'abus de droit si la donation n'est pas fictive*, Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421.

<sup>291</sup> CE 9 avril 2014, n° 353822, M. et Mme PERES, Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421, concl. C. LEGRAS, note R. VABRES.

**120. Conclusion de la section.** Le schéma de donation avant cession de titres sociaux ou d'immeubles est une opération particulièrement contrôlée par l'administration fiscale. Les deux principaux critères sur lesquels elle se fonde pour valider l'opération sont le critère de la chronologie des opérations, d'une part, et celui de la réappropriation du produit de la cession pour le donateur, d'autre part. Quant au premier critère, la solution est entérinée : lorsque la vente est définitive antérieurement à la réalisation de la donation, la procédure de l'abus de droit fiscal ne peut pas être mise en œuvre, l'administration devant obligatoirement fonder ses redressements sur la procédure contradictoire de droit commun pour qualification impropre de l'acte. Si la donation a lieu avant que la vente ne soit parfaite, il n'y a pas d'abus de droit possible à la condition que le critère relatif à la réalité de la dépossession du donateur soit bien respecté. Quant au second critère, la réappropriation effective par les donateurs du prix de cession entraîne la qualification d'abus de droit étant donné qu'il n'y a pas dépouillement réel et irrévocable du donateur. La distinction du « pouvoir » et de l'« avoir » est primordiale dans le raisonnement du juge. En effet, le donateur peut conserver des pouvoirs étendus sur le bien transmis sans pour autant se le réapproprier. La présence de clauses restrictives des droits des donataires n'entraîne pas *de facto* la qualification d'abus de droit. Dès lors que dessaisissement du donateur est indiscutable, l'abus de droit ne pourra pas être caractérisé.

**121. Conclusion de chapitre.** A l'analyse de ces deux techniques que sont l'apport-cession et la donation avant cession, il est à remarquer que la volonté du contribuable est passée au crible par le juge fiscal. En effet, bien que l'intérêt principal de ces opérations soit la purge des plus-values de cession rendue possible notamment par l'interposition d'une opération supplémentaire avant la cession, l'abus de droit n'est pas caractérisé de façon systématique. Des critères précis ont été posés par la jurisprudence et le législateur validant ces schémas de structuration patrimoniale. Désormais davantage sécurisée, la mise en œuvre de ces opérations doit toutefois respecter des précautions propres à chacune.

Le schéma d'apport-cession semble être légalisé. En effet, depuis la loi de finances pour 2012, le risque de qualification abusive du mécanisme est quasi inexistant à la condition de respecter les critères posés par le législateur. En effet, la précision du pourcentage de réinvestissement, du délai pour réinvestir et de la notion d'activité économique sécurisent le schéma d'apport-cession et apportent un cadre légal au contribuable et à leurs conseils. Il est désormais impossible de remettre en cause cette opération sur le fondement de l'article L.64

du LPF lorsque les critères légaux sont respectés. Cependant, certaines précautions doivent être prises par les contribuables. Concernant le critère du emploi du prix de cession, pour écarter tout risque d'abus de droit, l'opération d'apport-cession ne doit pas avoir pour finalité de permettre à l'apporteur de disposer des liquidités provenant de la cession. Le critère du réinvestissement d'une part significative du produit de la cession dans un délai restreint a été encadré par le législateur et ne pose ainsi plus de question. Il est important de rappeler cependant que le réinvestissement doit être effectué dans une activité économique. Par suite, le emploi dans des actifs ayant pour but de développer un patrimoine privé est à proscrire.

Le schéma de donation avant cession de titres sociaux ou d'immeubles est également une opération particulièrement contrôlée par l'administration fiscale. Afin de sécuriser au mieux l'opération, certaines précautions sont à prendre. Les principales préconisations relèvent de l'hypothèse d'une donation avant cession de titres démembrés avec report du démembrement sur le support de réinvestissement. Tout d'abord, il est préférable de stipuler le report du démembrement de propriété dans un acte ayant date certaine, c'est-à-dire un acte authentique ou un acte sous-seing privé enregistré. Ensuite, en cas de réinvestissement du produit de la cession dans un contrat de capitalisation, il faut éviter d'insérer des clauses conférant à l'usufruitier des pouvoirs lui permettant de se réapproprier le bien donné dans l'annexe au bulletin de souscription. Si le produit de la cession des titres démembrés est réinvesti au capital d'une société civile, il convient de préciser dans l'acte de donation que l'emploi de la quote-part du prix de cession relative à la nue-propriété doit être apporté au capital de la société civile et non pas inscrit en compte courant. Enfin, en présence d'un quasi-usufruit, certaines clauses sont préconisées dans la convention de quasi-usufruit pour conforter l'irrévocabilité de la donation :

- une clause conférant au nu-propiétaire une sûreté (caution par exemple) en garantie du paiement de sa créance de restitution, ce qui facilite la preuve du dessaisissement du donateur et renforce les droits du nu-propiétaire ;
- une clause organisant les informations du nu-propiétaire sur les opérations de gestion ;
- une clause stipulant un intérêt ou une indexation en cas d'absence de emploi du prix par le quasi-usufruitier.

**122.** Les stratégies d'optimisation d'apport-cession et de donation avant cession ont pour objectif de purger les plus-values. Il existe également des cas dans lesquels il est plus avantageux pour le contribuable de bénéficier du régime des plus et moins-values des particuliers plutôt que d'autres régimes d'imposition.

## **Chapitre 2. Les stratégies visant à bénéficier du régime des plus-values**

**123. Evolution législative.** Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, le régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières était favorable d'un point de vue fiscal. En effet, un taux forfaitaire de 19% ou de 24% était applicable alors que les revenus de capitaux mobiliers ou les traitements et salaires, par exemple, étaient soumis au barème progressif par tranches de l'impôt sur le revenu.

Les contribuables et leurs conseils ont alors mis en place divers mécanismes permettant d'éviter l'application de ce barème progressif et de bénéficier du régime d'imposition plus avantageux des plus-values de cession de valeurs mobilières. En effet, le contribuable doit gérer ses affaires au mieux de ses intérêts et il a donc la possibilité de choisir la voie la moins imposée fiscalement dans la limite de l'abus de droit.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières a été réformé. Désormais, elles sont soumises, elles aussi, au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Les stratégies visant à bénéficier du régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières en lieu et place d'autres régimes soumis au barème de l'impôt sur le revenu vont donc disparaître. Cependant, l'intérêt de les étudier est encore d'actualité puisque certaines opérations réalisées avant la réforme peuvent encore être sanctionnées par l'administration fiscale.

Les mécanismes les plus développés sont ceux qui permettent au contribuable d'être soumis au régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières plutôt qu'aux revenus de capitaux mobiliers ou encore aux revenus d'activités.

### **Section 1 – La volonté d'éviter l'application des revenus de capitaux mobiliers**

### **Section 2 – Le risque de sanction fiscale des *management packages***

## **Section 1. La volonté d'éluder l'application des revenus de capitaux mobiliers**

**124. Définition des RCM.** Les revenus de capitaux mobiliers (RCM) comprennent deux catégories principales : d'une part, les produits de placements à revenu variable, et d'autre part, des produits de placements à revenu fixe. Les produits de placement à revenu variable correspondent aux revenus des actions et parts sociales distribués à leurs associés par les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Les produits de placement à revenu fixe sont les revenus des créances, dépôts, cautionnement et comptes courants, les revenus des bons, produits des bons de caisse, les produits des titres de créances négociables et les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation. Par principe, les RCM sont imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

**125. Stratégies développées.** Afin d'éviter cette imposition et de bénéficier de celle plus favorable des plus-values de cession de valeurs mobilières, les contribuables et leurs conseils ont mis en place des stratégies pour lesquelles l'administration fiscale et la jurisprudence se sont interrogées sur leur caractère abusif ou non.

Les principales opérations permettant d'éluder l'application du régime d'imposition des RCM au profit de celui des plus-values de cessions de valeurs mobilières sont la cession des titres d'une société dite liquide et le schéma d'*Owner Buy Out* (OBO).

### **§ 1. La cession des titres d'une « société liquide »**

**126. Présentation du mécanisme.** Le schéma consiste pour un entrepreneur qui cesse son activité à décider, plutôt que de dissoudre et liquider sa société, de procéder, dans un premier temps, à la cession des actifs sociaux. La société devient alors une « société liquide » puisqu'elle n'a désormais à son actif que des liquidités. Dans un second temps, l'entrepreneur procède à la cession des titres de la société dite « liquide » à un tiers.

**127. Délimitation du sujet.** Ce montage a pu être analysé par l'administration fiscale à deux égards, du point de vue du cessionnaire et du point de vue du cédant. Du point de vue du cessionnaire tout d'abord, l'administration fiscale a pu se demander si l'acquisition de sociétés disposant d'importantes liquidités, suite à la cessation de leur activité et à la cession consécutive de leurs actifs, était constitutive d'un abus de droit. Le Conseil d'Etat<sup>292</sup> s'est prononcé pour la première fois sur cette question et a considéré que « *constitue un abus de droit le fait pour une société cessionnaire de faire remonter sous forme de dividendes exonérés, en application du régime mère-fille, le produit de la cession, par la société rachetée, de la vente de ses actifs suite à la cessation de son activité, au motif que ces opérations contreviennent aux objectifs du législateur et poursuivent un but exclusivement fiscal en ce que le gain de trésorerie est négligeable et sans commune mesure avec l'avantage fiscal retiré de ces opérations* »<sup>293</sup>. Cette problématique ne fera pas l'objet des développements qui suivent en ce qu'elle ne concerne pas la gestion de patrimoine privé telle que définie au préalable<sup>294</sup>, mais la gestion du patrimoine professionnel du cessionnaire. Seule la problématique relative au cédant sera développée.

**128. Problématique et intérêt du montage pour le cédant.** Du point de vue du cédant, la problématique est la suivante : la cession des actifs d'une société ayant cessé son activité initiale entraîne-t-elle sa dissolution avec liquidation et donc la taxation d'un boni de liquidation ?

En effet, en cas de dissolution avec liquidation de la société, le contribuable cédant aurait bénéficié d'un boni de liquidation qui est imposable, comme pour une distribution de bénéfice, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, c'est-à-dire soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. A l'inverse, en cédant les titres de la « société liquide », le régime applicable est celui des plus-values de cession de valeurs mobilières. Ce dernier régime d'imposition, qui a beaucoup évolué ces dernières années, est resté longtemps favorable puisque la plus-value de cession était imposable à un taux forfaitaire, beaucoup plus avantageux que l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu. Cependant, le régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières a été modifié à diverses reprises. Depuis le 1er janvier 2013, ces plus-values sont, sauf exceptions, imposables à l'impôt sur le

---

<sup>292</sup> CE 17 juillet 2013, n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding, Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477.

<sup>293</sup> F. DEBOISSY, G. WICKER, *Rachat de société « liquides » et abus de droit : le Conseil d'Etat écarte le motif autre que fiscal présentant un caractère négligeable et précise la finalité du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477.

<sup>294</sup> V. *supra* n° 5.

revenu au barème progressif. Jusqu'en 2012, elles étaient taxées à l'impôt sur le revenu à un taux proportionnel. La loi de finances pour 2014<sup>295</sup> a augmenté les taux de l'abattement général pour durée de détention et deux abattements dérogatoires ont été créés en remplacement de certains régimes de faveur<sup>296</sup>. La question va alors se poser de savoir si le schéma des « sociétés liquides » présente, encore actuellement, un réel avantage fiscal pour le cédant. En effet, depuis la loi de finances pour 2013, ce schéma a perdu de l'intérêt au niveau fiscal. Malgré cela, la jurisprudence s'est prononcée sur la validité de ce schéma au regard de l'abus de droit fiscal. Pour retenir l'abus de droit, il est nécessaire d'établir le caractère artificiel du montage.

#### **A. Le nécessaire établissement du caractère artificiel du schéma pour retenir l'abus de droit**

**129.** « Sociétés liquides » et fraude à la loi. Parmi les deux branches d'abus de droit visées par l'article L. 64 du LPF, la validité du schéma des « sociétés liquides » est appréciée au regard de la fraude à la loi. En effet, pour que la cession des titres d'une « société liquide » soit constitutive d'un abus de droit, il est nécessaire que cette cession soit réalisée dans un but exclusivement fiscal et que le contribuable ait recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. Lorsque le Conseil d'Etat considère que ces deux conditions cumulatives ne sont pas remplies, la cession des titres n'est pas artificielle. Le fait pour le contribuable de choisir la cession des actifs de la société puis la cession des titres de la société devenue liquide, plutôt que la dissolution avec liquidation de la société relève d'une simple décision de gestion en application du principe de liberté de gestion.

##### 1. La mise en œuvre des critères de la fraude à la loi par le Conseil d'Etat

**130.** Pour apprécier le caractère abusif d'une opération de cession de titres d'une « société liquide », le Conseil d'Etat vérifie si les conditions de la fraude à la loi exposées à l'article L. 64 du LPF sont remplies.

---

<sup>295</sup> Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013.

<sup>296</sup> V. *supra* n° 22.

a. Pour un exemple dans lequel le Conseil d'Etat a retenu l'abus de droit

**131. Arrêt HAMET<sup>297</sup>.** Une société holding détenant des sociétés opérationnelles dans le domaine de la grande distribution, était détenue, directement ou indirectement, par quatre familles distinctes. À la suite du décès d'un des leurs, les membres d'une des familles n'ont pas souhaité rester associés aux trois autres qui entendaient, quant à eux, demeurer dans le groupe sans modifier l'équilibre de leurs participations respectives. Les membres de ces trois familles ne disposaient pas des liquidités nécessaires pour racheter les participations de la première famille. De ce fait, elles ont constitué une nouvelle société qui a acquis, auprès de la société holding initiale, l'ensemble des titres des filiales. Les membres des trois familles désireuses de rester associés ont apporté à la société nouvellement créée les titres de la société holding. Par ailleurs, ils ont cédé, ainsi que la société nouvellement créée, tous les titres qu'ils détenaient dans la société holding initiale à un nouvel investisseur. Pour l'administration fiscale, *« ce montage a eu pour but exclusif de leur permettre de substituer à la taxation du barème progressif de l'impôt sur le revenu, qui se serait appliqué en cas de distribution des bénéfiques de la société holding, l'imposition au taux proportionnel des cessions de droits sociaux »*<sup>298</sup>. Les juges du fond ont écarté l'abus de droit au motif que *« les opérations réalisées avaient permis la sortie d'un associé à un prix satisfaisant, que les associés restant n'auraient pas été à même de payer directement, en maintenant un équilibre dans la répartition du capital »*<sup>299</sup>. Pour le Conseil d'Etat cependant, cette opération a été réalisée dans un but exclusivement fiscal, qui consistait en l'appréhension des liquidités ayant la nature irrégulière de revenus avec une application du régime des plus-values qui ne pouvait néanmoins pas s'appliquer. Ainsi, le but exclusivement fiscal de l'opération est retenu ainsi que la recherche de l'application littérale du régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. En effet, les objectifs poursuivis par les contribuables, à savoir éviter les conflits et préserver un équilibre entrepreneurial, auraient pu être atteints autrement, *« sans qu'il soit nécessaire de procéder à la cession, à un tiers, de la totalité des titres »*<sup>300</sup> de la société holding. Cette dernière aurait pu, par exemple, comme a pu le souligner le rapporteur public dans cette affaire, racheter

<sup>297</sup> CE 4 mai 2012, n° 338501, HAMET, RJF 2012, n° 846.

<sup>298</sup> J.-L. PIERRE, *Opération de rachat des titres d'un associé*, Dr. sociétés 2012, comm. 221.

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> E. CORTOT-BOUCHER, *Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE 4 mai 2012, n° 338501, min. c/ HAMET*, BDCF 2012, n° 104

directement les titres des membres désireux de rester associés sans que cela compromette l'équilibre actionnarial qui avait été défini. Ainsi, l'abus de droit est ici caractérisé puisque le contribuable s'est mis artificiellement en situation de céder ses titres sociaux (recherche de l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs) dans le seul but de bénéficier du régime fiscal plus favorable des plus-values (but exclusivement fiscal de l'opération). En effet, « *l'associé a créé une nouvelle société qui procède au rachat de l'ensemble des actifs d'une première société qui, devenue liquide, est cédée tandis que l'associé poursuit son activité initiale dans la nouvelle structure* »<sup>301</sup>. Il s'agit donc bien de l'hypothèse d'une poursuite d'activité initiale et non d'une cessation d'activité.

b. Pour un exemple dans lequel le Conseil d'Etat a rejeté l'abus de droit

**132. Arrêt SOBRIE**<sup>302</sup>. Deux associés ont créé une SARL qui accumulait, à l'actif de son bilan, des liquidités et valeurs mobilières de placement pour des montants importants. Les associés, qui souhaitaient céder leur société, se sont pliés aux conditions posées par le repreneur pour pouvoir procéder à l'opération de cession, ce dernier ne souhaitant pas reprendre l'activité de la SARL mais exercer une simple gestion d'actifs financiers. Ainsi, les deux associés, après avoir transformé la SARL en SA, ont créé une nouvelle SA destinée à reprendre l'activité de l'ancienne société et à laquelle ont été cédés le fonds de commerce, le matériel et les stocks. L'opération a été financée par des apports des deux associés. L'ancienne société ne conservait donc que des liquidités et un important portefeuille de valeurs mobilières de placement. L'intégralité de ses titres a été cédée à une société tierce. L'ancienne SA a par la suite changé de dénomination, d'objet social, correspondant davantage à sa nouvelle activité de gestion d'actifs financiers, et son siège social a été transféré. Les cédants ont, quant à eux, déclaré leur plus-values de cession de valeurs mobilières, imposables au taux forfaitaire de 16% à l'époque des faits. Pour l'administration fiscale, suivie des juges du fond, l'opération était constitutive d'un abus de droit étant donné que la cession de l'activité industrielle puis des titres de l'ancienne société, s'inscrivait dans un montage à but exclusivement fiscal dissimulant la dissolution et la liquidation de cette société puis la création d'un être moral nouveau. Le Conseil d'Etat décide pour sa part que « *le*

---

<sup>301</sup> F. DEBOISSY, G. WICKER, *Rachat de société « liquides » et abus de droit : le Conseil d'Etat écarte le motif autre que fiscal présentant un caractère négligeable et précise la finalité du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477.

<sup>302</sup> CE 7 juillet 2010, n° 309009, M. et Mme SOBRIE, RJF 2010, n° 1069.

*changement profond de l'activité d'une société, s'il conduit à une cessation d'entreprise, n'emporte pas dissolution et liquidation* »<sup>303</sup>. Ainsi, la Haute Juridiction écarte l'abus de droit dès lors que le contribuable n'a pas poursuivi un but exclusivement fiscal. Certes il y a bien une cessation d'entreprise puisque « *la société connaît une transformation importante affectant sa substance même* »<sup>304</sup>, mais celle-ci n'entraîne pas *de facto* une dissolution avec liquidation de la société impliquant l'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu d'un boni de liquidation. Les associés n'ont pas déposé de déclaration de cessation d'entreprise puisque la société n'est pas formellement dissoute. L'activité industrielle a bien été transférée, cependant la société conserve des liquidités et des portefeuilles de valeurs mobilières ; elle a donc un actif financier, en lien avec son nouvel objet social, qui en fait une société de gestion d'actifs financiers, ayant ainsi une activité réelle.

Cette position de la Haute Juridiction marque une évolution importante et bienvenue concernant la cession des titres d'une société constituée principalement de liquidités.

## 2. Appréciation de la position du Conseil d'Etat

**133. Evolution jurisprudentielle antérieure.** L'administration fiscale a longtemps considéré que la cession de titres pouvait entraîner, du point de vue fiscal, la création d'un être moral nouveau notamment lorsque la société connaît une transformation affectant sa substance même : toute modification substantielle du pacte social correspondait à une cessation d'entreprise. Par la suite, la jurisprudence a infirmé cette position. Dans un premier temps, la Cour de cassation<sup>305</sup> a jugé que « *la cession de la totalité des titres d'une société anonyme, suivie de son changement d'activité et de sa transformation en SARL ne dissimulait pas une vente des éléments de l'actif social suivie de leur apport dès lors que la société originelle n'avait jamais cessé d'exister en tant que personne morale* »<sup>306</sup>. Il n'y a donc pas de création d'un être moral nouveau. Le Conseil d'Etat s'est également prononcé en ce sens en jugeant que « *l'entreprise n'avait pas changé d'identité alors même que son capital avait été intégralement transféré à d'autres actionnaires et que sa forme juridique avait été modifiée dès lors que son objet social et son activité étaient demeurés pour l'essentiel les*

---

<sup>303</sup> C. de la MARDIERE, *Abus de droit : la cession d'une société entraînant sa cessation d'activité n'a pas pour but exclusif d'éluider l'imposition d'un boni de liquidation*, Dr. fisc. 2010, n° 37, comm. 482.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> Cass. Com. 7 mars 1984, n° 245, SARL BEAUVALLET, GAJF 2009, Dalloz 5<sup>ème</sup> éd, n° 21. V. également en ce sens : Cass. Com. 7 mars 1984, n° 82-12.432, Sté Civile LE JONCOUR, RJF 6/1984, p.396. Ou encore : Cass. Com. 26 avril 1984, n° 365, SA OTTO LAZAR, Dr. fisc. 1984, n° 42, comm. 1814 à 1818.

<sup>306</sup> J. BURGUBURU, rapporteur public sous l'arrêt CE 7 juillet 2010, n° 309009, M. et Mme SOBRIE, Dr. Fisc. 2010, n° 37, comm. 482.

*mêmes* »<sup>307</sup>.

**134. Cessation d'entreprise sans dissolution ni liquidation automatique.** Selon le Conseil d'Etat dans l'arrêt SOBRIE, un changement d'activité de la société n'implique pas la création d'une personne morale nouvelle entraînant la dissolution et la liquidation de la société. La société vit même avec une modification substantielle de son activité, elle n'est pas dissoute. Cette analyse peut être rapprochée de celle du Conseil d'Etat dans l'arrêt SARL Sophie B<sup>308</sup> dans lequel il considérait que « *rien n'empêche qu'une entreprise soit mise en sommeil, pour repartir ultérieurement, sans que la cessation d'activité implique une dissolution* »<sup>309</sup>.

**135. Absence de preuve d'un abus de droit.** La constitution d'une fraude à la loi suppose la réunion des deux conditions cumulatives suivantes : le but exclusivement fiscal de l'opération et la volonté de détourner l'esprit d'un texte. Par principe, la charge de la preuve de l'abus de droit repose sur l'administration fiscale. Ainsi, si elle n'apporte pas la preuve du but exclusivement fiscal (comme en l'espèce dans l'affaire SOBRIE), la fraude à la loi ne peut être retenue. La seconde branche de l'abus de droit est celle de la simulation, c'est-à-dire la contrariété entre l'acte apparent et la réalité. « *Mais où se trouve la fiction* »<sup>310</sup> ? Dans ce type d'opération, il n'y a aucun acte apparent qui dissimule la réalité mais seulement une cession de titres sociaux par une société à une autre. La fictivité ne pourrait pas non plus être retenue comme fondement de l'abus de droit dans ce type de montage. Par conséquent, si l'administration fiscale ne parvient pas à prouver le but exclusivement fiscal de la cession des actifs d'une société suivie de la cession de ses titres, l'opération ne peut pas être remise en cause sur le fondement de l'article L. 64 du LPF. La différence entre ces deux espèces réside dans la poursuite ou la cessation de l'activité initiale qui devient un élément essentiel dans l'appréciation du caractère abusif de l'opération.

---

<sup>307</sup> J. BURGUBURU, rapporteur public sous l'arrêt CE 7 juillet 2010, n° 309009, M. et Mme SOBRIE, Dr. Fisc. 2010, n° 37, comm. 482 à propos de l'arrêt CE 18 novembre 1985, n° 43321, Sté Ets BEAUVALLET, RJF 1/1986, n° 31.

<sup>308</sup> CE 18 mai 2005, n° 259275, SARL Sophie B, RJF 2005, n° 834.

<sup>309</sup> C. de la MARDIERE, *Abus de droit : la cession d'une société entraînant sa cessation d'activité n'a pas pour but exclusif d'é luder l'imposition d'un boni de liquidation*, Dr. fisc. 2010, n° 37, comm. 482.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 52.

**136. Bilan.** La jurisprudence fait apparaître la solution suivante : la cessation d'entreprise n'entraîne pas *de facto* la dissolution avec liquidation de cette entreprise. Cette solution paraît justifiée tant sur le plan fiscal que juridique. En effet, au regard du droit des sociétés, « *la liquidation des actifs n'équivaut pas à la liquidation du patrimoine social, lequel suppose une dissolution préalable de la société ; or la cessation de l'activité initiale n'emporte pas à elle seule dissolution de la société* »<sup>311</sup>. Cependant, ce schéma a perdu son intérêt fiscal, notamment du point de vue du cédant, depuis la réforme du régime fiscal des plus-values sur valeurs mobilières. Toutefois, il convient de préciser que le régime fiscal des plus-values mobilières en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 dispose d'abattements très favorables<sup>312</sup>.

## **B. Un schéma sécurisé en perte d'intérêt**

**137. Choix de la voie la moins imposée.** Lorsque les deux conditions cumulatives de la fraude à la loi ne sont pas remplies, l'opération n'est pas constitutive d'un abus de droit. Elle est analysée comme le choix du contribuable, parmi plusieurs options, de la voie la moins imposée : c'est l'application du principe de liberté de gestion. Il est à noter toutefois que, depuis la modification du régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières, le choix de la cession des titres d'une « société liquide » plutôt que l'imposition d'un boni de liquidation pour le cédant comporte un intérêt fiscal relativement diminué.

### 1. L'application du principe de liberté de gestion du contribuable

**138. Origine du principe.** Par principe, les actes de droit privé sont opposables à l'administration fiscale comme a pu le rappeler le Conseil d'Etat dans l'arrêt JANFIN : « *un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire* »<sup>313</sup>. Ce principe repose sur une présomption de sincérité et d'exactitude des actes juridiques passés par le

---

<sup>311</sup> F. DEBOISSY, G. WICKER, *Rachat de société « liquides » et abus de droit : le Conseil d'Etat écarte le motif autre que fiscal présentant un caractère négligeable et précise la finalité du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477.

<sup>312</sup> V. *supra* n° 22.

<sup>313</sup> CE 27 septembre 2006, n° 260050, Sté JANFIN, RJF 2006, n° 1583 ; F. DEBOISSY, *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, RDC 2007, p. 1006.

contribuable. Ces derniers ont donc une liberté de gestion de leur entreprise et ainsi une liberté de choix quant à leurs décisions de gestion. En effet, un contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profit que les circonstances lui auraient permis de réaliser<sup>314</sup>. Il peut se trouver face à une variété de choix possibles pour une même situation donnée et il lui est tout à fait possible de choisir la voie la moins imposée fiscalement étant donné qu'il dispose du libre choix des moyens pour réaliser une opération économiquement justifiée. Corrélativement à cette liberté de gestion accordée au chef d'entreprise, il existe pour l'administration fiscale une interdiction de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. L'administration fiscale ne peut pas remettre en cause les décisions de gestion prises par une entreprise ; elle ne peut que réparer les manquements résultant soit d'erreurs, soit de décisions de gestions irrégulières, anormales (sur le fondement de la théorie jurisprudentielle de l'acte anormal de gestion) ou abusives (sur le fondement de l'article L. 64 du LPF). Le contribuable est libre de gérer son entreprise au mieux de ses intérêts mais les décisions de gestion qu'il prend lui sont opposables ainsi qu'à l'administration fiscale. La distinction entre erreurs et décisions de gestion (régulières ou irrégulières) est ancienne. Elle apparaît dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à plusieurs reprises, a repris le considérant de principe suivant : « *considérant que pour apprécier l'existence d'une insuffisance de déclaration et en fixer toutes conséquences dans la liquidation des droits dus et éventuellement des pénalités, il y a lieu, après vérification des résultats de l'ensemble des opérations réellement faites par le contribuable, de rectifier les erreurs commises par celui-ci dans la tenue de sa comptabilité ou l'établissement de sa déclaration, tant en augmentation qu'en diminution ; qu'il y a lieu au contraire de tenir pour acquises les décisions que le contribuable a été amené à prendre au cours de l'entreprise et qui, constatées en écriture, sont définitives à l'égard du contribuable et sont opposables à l'administration dès lors qu'elles ne sont contraires à aucune disposition législative ou réglementaire* »<sup>315</sup>. En résumé, les décisions de gestion régulières sont opposables à la fois au contribuable, qui ne peut plus en demander la modification lorsqu'elles lui apparaissent par la suite comme défavorables, et à l'administration fiscale, qui ne peut les rectifier. Au contraire, les décisions de gestion irrégulières, bien qu'elles soient également opposables au contribuable, peuvent être rectifiées par l'administration fiscale<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> En ce sens, CE 7 juillet 1958, n° 35977, 7e s.-s., Dr. Fisc. 1958, n° 44, comm. 938.

<sup>315</sup> CE 23 janvier 1961, n°47543, Dupont 1961 n° 3 p. 44 ; CE 25 janvier 1961, n° 48210, Dupont 1961 n° 3 p. 545.

<sup>316</sup> V. *supra* n° 11.

**139. Application aux « sociétés liquides ».** Dans l'affaire SOBRIE, et comme développé précédemment, aucune preuve n'est apportée de l'existence d'un motif exclusivement fiscal. De ce fait, l'opération de cession des actifs sociaux suivie de la cession des titres de la société, n'est pas constitutive d'un abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du LPF. Il s'agit de la simple expression d'un choix du contribuable : soit il cède les titres de la société devenue liquide, soit il décide de dissoudre et liquider la société. Cette décision de gestion implique les conséquences fiscales suivantes : soit l'opération relève du régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières (qui bénéficiait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013 d'un taux forfaitaire d'imposition favorable), soit il s'agit d'un boni de liquidation imposable au titre des revenus de capitaux mobiliers au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Autrement dit, le choix opéré par le contribuable dans ce type d'opération est celui de la voie la moins imposée fiscalement. C'est de l'optimisation fiscale non constitutive d'un abus de droit dans la mesure où l'administration fiscale n'apporte ni la preuve d'une fraude à la loi (preuve du but exclusivement fiscal de l'opération), ni celle d'une fictivité.

En l'absence de preuve par l'administration fiscale du but exclusivement fiscal de l'opération, l'opération de cession de titres d'une « société liquide » est alors une simple traduction d'un choix du contribuable en application du principe de liberté de gestion. Il choisit la voie la moins imposée qui est celle des plus-values de cession de valeurs mobilières plutôt que l'imposition d'un boni de liquidation au régime des revenus de capitaux mobiliers soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Cependant, le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières a récemment été réformé. L'opération de cessions des titres d'une « société liquide » a dès lors perdu son intérêt fiscal pour le cédant.

## 2. La perte d'intérêt relative du schéma de cession de titres de « société liquide »

**140. Evolution législative.** Les plus-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux réalisées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012 étaient soumises à l'impôt sur le revenu au taux proportionnel de 19%. Ce taux a été porté, par la loi de finances pour 2013<sup>317</sup>, à 24% pour les gains de cession de valeurs mobilières réalisées en 2012. Depuis cette même loi de finances, les gains nets de cession de valeurs mobilières et droits sociaux réalisés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 sont compris dans le revenu global soumis à l'impôt sur le revenu au barème

---

<sup>317</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 art 10, IV.

progressif. Il n'existe donc plus de taux d'imposition proportionnel. Cependant, la perte d'intérêt fiscal est relative. En effet, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values mobilières se voient appliquer des abattements. Il existe tout d'abord un abattement général de 50% applicable aux cessions de valeurs mobilières détenues depuis au moins deux et moins de huit ans. Cet abattement est élevé à 65% lorsque la cession porte sur des valeurs mobilières détenues depuis plus de huit<sup>318</sup>. Par ailleurs, un abattement proportionnel majoré a également été créé par la loi de finances pour 2014<sup>319</sup>. Ce dernier abattement concerne les cessions de titres de PME souscrits ou acquis dans les dix ans de la création de la société, les cessions de titres sociaux intrafamiliales ainsi que les cessions de titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés par les dirigeants partant à la retraite<sup>320</sup>.

**141. Justification de la perte d'intérêt du schéma pour le cédant.** Le cédant des titres d'une « société liquide » optait pour cette cession plutôt que pour une dissolution avec liquidation de sa société tout en sachant qu'il bénéficiait d'un régime d'imposition favorable. En effet, et comme précisé précédemment, en cas de dissolution avec liquidation d'une société, le contribuable se voit imposer un boni de liquidation, qui est une forme de distribution, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu après application d'un abattement de 40%<sup>321</sup>. Le régime d'imposition des dividendes prévoit, avant l'imposition au barème de l'impôt sur le revenu, l'application d'un prélèvement à la source obligatoire de 21%<sup>322</sup>. Ce prélèvement est un acompte d'impôt sur le revenu et doit être imputé sur le montant de l'impôt dû au titre de l'année suivante, et en cas d'excédent, restitué. Suite à la réforme des plus-values de cession de valeurs mobilières, la cession des titres d'une « société liquide » est également imposable, dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières, au barème progressif de l'impôt sur le revenu. L'intérêt fiscal que présentait une telle opération pour le cédant, en vertu de l'expression de sa liberté de gestion, est aujourd'hui atténué même si des abattements avantageux ont été mis en place en matière de plus-values mobilières<sup>323</sup>. Il est fort à parier que le contentieux lié à ce type d'opération va prendre fin, pour le moins du point de vue du cédant.

---

<sup>318</sup> CGI, art. 150, O-D, 1<sup>er</sup> ter.

<sup>319</sup> Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 17 ; CGI, art. 150-0 D, 1<sup>er</sup> quater.

<sup>320</sup> V. *supra* n° 22.

<sup>321</sup> CGI, art. 158, 3-2° à 4°.

<sup>322</sup> CGI, art. 117 quater.

<sup>323</sup> V. *supra* n° 22.

**142. Bilan.** Au regard de la jurisprudence, un changement d'activité de la société n'implique pas la création d'une personne morale nouvelle entraînant la dissolution et la liquidation de la société. La cessation d'entreprise n'entraîne donc pas de façon automatique la dissolution avec liquidation de cette entreprise. De ce fait, en l'absence de preuve d'un abus de droit par l'administration fiscale, la cession des titres d'une société liquide constitue la simple mise en œuvre de la liberté de gestion du contribuable qui exerce alors un choix tout en ayant la possibilité d'opter pour la voie la moins imposée fiscalement. Le contribuable doit simplement gérer ses affaires au mieux de ses intérêts.

Un autre mécanisme visant à appliquer le régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières plutôt que les RCM attire l'attention de l'administration fiscale : le schéma d'OBO.

## § 2. Le mécanisme d'*Owner Buy out* (OBO)

**143. Présentation du schéma de LBO.** Cette opération est un instrument essentiel de restructuration permettant le rachat d'une entreprise saine financé partiellement par des emprunts. Le schéma de *Leverage Buy Out*, dit LBO, est une opération qui permet à une ou plusieurs personnes d'acquérir une entreprise. Une société holding, créée pour l'occasion, s'endette pour financer la plus grande partie de cette acquisition. L'emprunt est remboursé grâce aux remontées de trésorerie provenant de la société cible. Le but de l'opération est de dégager le maximum de liquidités pour rembourser l'emprunt rapidement afin de revendre la société cible en dégagant un profit. Le LBO engendre un effet de levier qui facilite l'acquisition et l'optimisation fiscale du projet.

**144. Variantes de LBO.** Le LBO est un terme générique. En effet, plusieurs variantes du montage se sont développées au fil des années. Cette « *diversification illustre le fait que ce mécanisme constitue aujourd'hui une opération standard d'ingénierie financière* »<sup>324</sup>. Le *Family Buy Out* (FBO), par exemple, répond à une logique de transmission familiale des titres de la société cible. Ce sont plusieurs membres d'une même famille qui détiennent le capital de la holding. Le schéma de FBO s'articule de la façon suivante : « *la*

---

<sup>324</sup> LBO, Dossiers Pratiques F. Lefebvre, éd. Francis Lefebvre 2012, n° 16.

*donation par le chef d'entreprise d'une partie des titres, l'apport d'une partie des titres donnés à une holding de reprise, enfin la vente par le chef d'entreprise d'une autre partie de ses titres et la vente par certains gratifiés des titres reçus, l'ensemble de ces ventes se faisant au profit de la holding de reprise* »<sup>325</sup>. Lorsque la société cible est acquise par son équipe de direction, il s'agit d'un *Leverage Management Buy Out* (LMBO). Un dernier exemple de variante de LBO couramment utilisé est l'*Owner Buy Out* (OBO). Il s'agit d'une vente à soi-même, fréquente dans les sociétés familiales, permettant de récupérer en liquide une partie du patrimoine professionnel sans passer par une cession de l'entreprise, appelée opération de *cash out*. Dans ce cas de figure, le vendeur est également l'acheteur indirect de l'entreprise, via une société holding de rachat. Plus précisément, l'opération consiste en la cession des titres de la société cible par son dirigeant, à la société holding créée à cet effet qui va s'endetter pour le rachat de ces mêmes titres. Ainsi le dirigeant disparaît du capital de la cible et monte prendre une partie du capital de la société holding de rachat. En vendant une partie de ses titres, il récupère une partie de son patrimoine professionnel, c'est-à-dire la différence entre la valeur de la société cible et le montant de sa participation dans le capital de la holding de rachat. Par conséquent, « *le chef d'entreprise, tout en ayant vendu sa société et en ayant touché le prix de vente, continue à la diriger* »<sup>326</sup>.

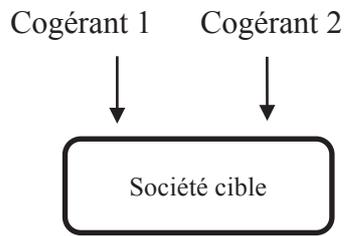
---

<sup>325</sup> H. PICHARD, B. PICHARD, *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E 2008, 1534.

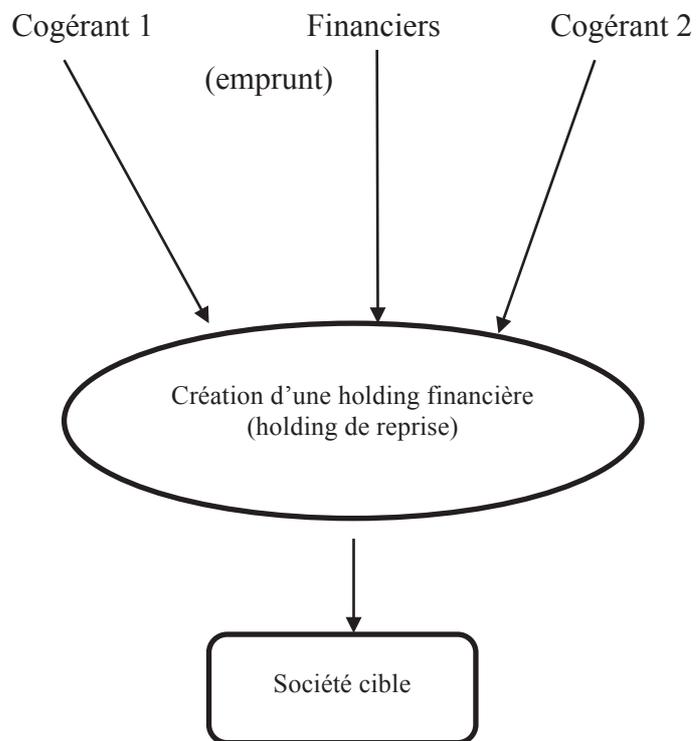
<sup>326</sup> R. BERNARD, *L'OBO ou « la vente à soi-même »*, JCP E 2008, 2298.

**145. Le schéma du LBO**

ETAPE 1 :

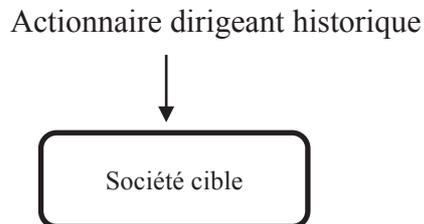


ETAPE 2 :

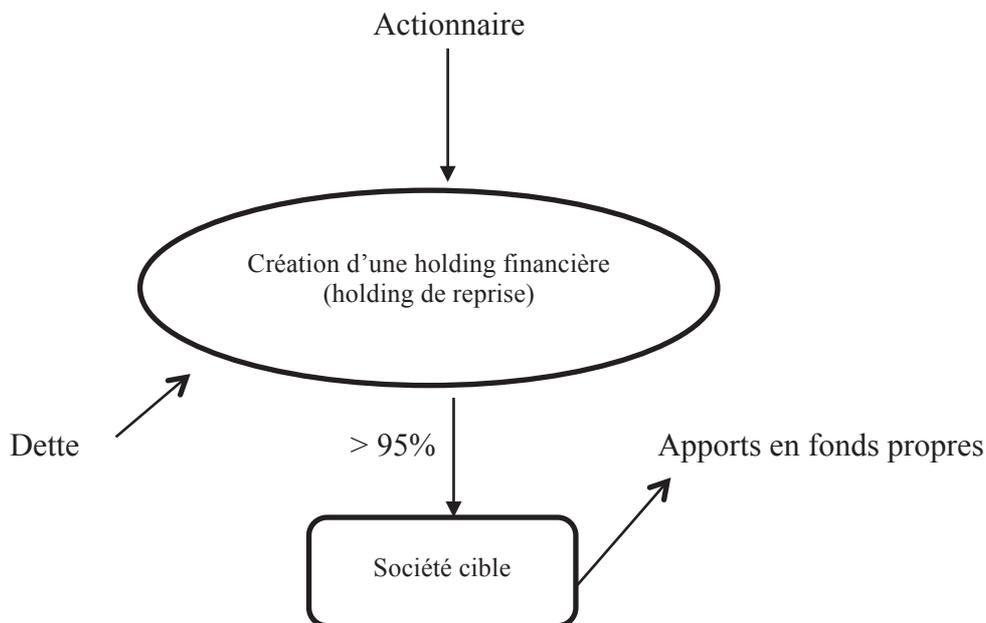


## 146. Le schéma de l'OBO

### ETAPE 1 :



### ETAPE 2 :



**147. OBO et abus de droit.** La technique de l'OBO présente divers intérêts et avantages. En effet, la volonté du contribuable est notamment d'éviter l'application du régime des revenus de capitaux mobiliers normalement applicable en cas de remontée de dividendes et de se placer sous le régime des plus-values mobilières qui se trouvent être plus favorable jusqu'à ce que la fiscalité des plus-values soit soumise au barème progressif de l'impôt sur le revenu, à l'instar des revenus de capitaux mobiliers. Cependant cette opération est susceptible d'être regardée par l'administration fiscale comme constitutive d'un abus de droit fiscal. Cette position est-elle justifiée ? En raison des divers intérêts que présente le

schéma d'OBO, le Conseil d'Etat a pu le valider et écarter l'abus de droit.

## A. Les intérêts du schéma d'OBO

**148.** L'opération de vente à soi-même de son entreprise par le dirigeant présente de nombreux intérêts. Comme le LBO classique dont il est une variante, l'OBO a pour principal attrait les trois effets de levier. De plus, il permet au contribuable de bénéficier de résultats avantageux tant sur le plan fiscal que patrimonial.

### 1. L'exposé des différents leviers

**149. Effet de levier juridique.** Afin de contrôler la société holding, les investisseurs peuvent se limiter à acquérir 50% (plus 1) des parts sociales ou actions de la société. En effet, la majorité simple est suffisante pour contrôler la société et permet ainsi à l'investisseur de limiter son engagement financier. La logique poursuivie est de « *déconnecter le contrôle de la société holding de la participation au capital. En effet, plus la part des repreneurs dans le capital diminue, plus l'effet de levier juridique augmente* »<sup>327</sup>. C'est le pourcentage de détention de titres dans la société holding qui détermine véritablement le pouvoir capitalistique du dirigeant. Ainsi le but est-il de permettre une minimisation de l'apport en fonds propres tout en conservant le pouvoir de contrôle pour les prises de décision.

**150. Effet de levier financier.** Cet effet de levier financier repose sur l'importance de l'endettement de la société holding par rapport aux fonds propres. Il y a effet de levier économique ou financier lorsque « *l'opération est rentable pour le repreneur* »<sup>328</sup>. Or, « *plus la dette est élevée face à un capital réduit au minimum, plus la rentabilité par action sera importante* »<sup>329</sup>. Autrement dit, l'effet de levier financier représente l'incidence favorable que peut exercer le recours à l'endettement auprès d'investisseurs externes sur la rentabilité financière de l'opération.

---

<sup>327</sup> D. PORACCHIA, L. MERLAND, LBO, Rép. Sociétés Dalloz, Janvier 2005, n° 4.

<sup>328</sup> LBO, Dossiers Pratiques F. Lefebvre, éd. 2012, n° 4.

<sup>329</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1939.

**151. Effet de levier fiscal.** Le contribuable personne physique pourrait acquérir directement les titres sociaux de la cible. Cependant, cette acquisition entraînerait pour lui une imposition des dividendes perçus avec le risque de le faire basculer dans une tranche supérieure d'imposition au barème de l'impôt sur le revenu. De plus, en cas d'emprunt contracté pour cette acquisition, il ne pourrait pas déduire les intérêts d'emprunt. Le schéma d'OBO, qui permet de recourir à une société holding pour acquérir la société cible, crée un effet de levier fiscal. C'est la société holding de rachat qui intègre les dividendes dans son résultat, en vertu de l'application du régime fiscal des sociétés mères et filles<sup>330</sup>, et paie de l'impôt sur les sociétés. Par ailleurs, c'est également la société holding qui contracte les emprunts et paie les intérêts d'emprunt grâce aux dividendes perçus. L'effet de levier fiscal se retrouve dans les groupes de sociétés. Pour un groupe fiscalement intégré, les intérêts d'emprunt peuvent s'imputer sur les résultats de la société cible ce qui se traduit par une diminution du montant de l'impôt sur les sociétés dû par la société holding (imposition fiscale unique pour toutes les sociétés du groupe fiscalement intégré). Par ailleurs, le bénéfice après impôt qui revient à la société holding lui permet de rembourser l'emprunt contracté pour l'acquisition de la société cible. Pour le régime des sociétés mères et filiales, il convient de rappeler l'application d'une exonération des dividendes (à l'exception d'une quote-part pour frais et charges) qui accentue l'avantage du schéma de LBO dans cette hypothèse.

L'intérêt principal d'une acquisition dans le cadre d'un OBO réside dans les trois effets de levier qu'elle conjugue en son sein. L'objectif, dans la mise en œuvre de ce schéma, est la recherche de certains avantages qui peuvent être d'ordre fiscal mais également patrimonial.

## 2. La recherche d'objectifs avantageux

**152. Objectif fiscal secondaire.** L'objet de l'opération de LBO ou OBO n'est pas d'assurer personnellement au dirigeant un revenu conséquent mais bien de financer à moindre investissement l'acquisition du contrôle d'une société. La mise en place de ce schéma lui permet de récupérer en liquide une partie de son patrimoine professionnel sans passer par une cession et ainsi de diversifier son patrimoine pour mieux le répartir entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé. L'OBO permet également d'accueillir au sein de la société un investisseur financier dont l'objectif sera, notamment, d'accompagner la société

---

<sup>330</sup> CGI, art. 145 et 216.

afin d'en optimiser la valorisation à terme.

**153. Optimisation de la transmission de l'entreprise.** En matière de transmission d'entreprise, l'OBO permet au chef d'entreprise de préparer sa succession tout en restant aux commandes le temps que la cession ultérieure de l'entreprise à un tiers n'intervienne. En effet, à travers cette opération, la transmission de l'entreprise se fait en deux temps. Tout d'abord, le chef d'entreprise « *sécurise une partie de son patrimoine grâce au prix de vente des titres à la société holding, il peut éventuellement transmettre une partie de ce patrimoine à ses enfants et il demeure aux commandes de l'entreprise tout en y accueillant un tiers investisseur qui va imposer des règles de fonctionnement différentes et permettre de mieux valoriser l'entreprise* »<sup>331</sup>. Ensuite, le chef d'entreprise procède à la vente pure et simple de l'entreprise à un tiers qui va en prendre les commandes, une fois que l'entreprise a été valorisée.

**154. Opération à moindre risque.** L'OBO présente une faible exposition au risque notamment du fait que le dirigeant est maintenu aux commandes de son entreprise. Il s'agit d'une « vente à soi-même » par le chef d'entreprise de son patrimoine entrepreneurial par le biais d'une société holding de rachat qu'il détient. Par ailleurs, cette opération permet également une fidélisation des cadres en les associant au capital de la société.

*« Parce qu'il permet au chef d'entreprise de se vendre sa société à lui-même et d'en toucher le prix de vente, un OBO est-il susceptible d'être regardé par l'Administration fiscale comme constitutif d'un abus de droit »*<sup>332</sup> ? L'administration fiscale a pu considérer que l'abus de droit était caractérisé dès lors que le chef d'entreprise, grâce à cette opération d'OBO, substitue à la fiscalité des revenus de capitaux mobiliers celle des plus-values de cession de droits sociaux, auparavant plus favorable. Selon le Conseil d'Etat, qui s'est prononcé une seule et unique fois sur le caractère éventuellement abusif du schéma d'OBO, « *la création d'une pure holding de participation ne saurait être automatiquement qualifiée de montage purement artificiel* »<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> R. BERNARD, *L'OBO ou « la vente à soi-même »*, JCP E 2008, 2298.

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> Feuillet rapide Francis Lefebvre, *LBO et abus de droit*, FR13/11, n°9.

## B. La validité du schéma d'OBO

**155. Arrêt BOURDON.** Dans un arrêt du 27 janvier 2011<sup>334</sup>, le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois sur une opération d'acquisition de société avec effet de levier et a rejeté le but exclusivement fiscal de l'opération. Dans cette affaire, deux contribuables, associés d'une société opérationnelle, ont créé une société holding dans laquelle ils étaient associés à parité. Après une augmentation de capital de la société opérationnelle et d'une transformation en SA, les deux associés ont cédé les actions de la SA à la société holding. L'opération a été financée par la holding de deux manières : remontée de dividendes de la SA à la société holding et un emprunt. Ceci s'est déroulé en 4 phases distinctes :

- Tout d'abord la société opérationnelle a versé des dividendes à la société holding. Cette remontée de dividende a servi à financer l'opération d'OBO ;
- La holding a reversé une partie des sommes provenant de cette remontée de dividendes aux deux associés en paiement du prix des parts cédées ;
- Ensuite, la société holding a contracté un emprunt ;
- Enfin, grâce à cet emprunt, la société holding a terminé de payer les actions de la société opérationnelle aux deux associés.

Pour l'administration fiscale, cette opération a eu pour but d'éluder l'application du régime des revenus de capitaux mobiliers pour appliquer celui des plus-values imposables au taux de 16% à l'époque des faits. Par un jugement du 23 novembre 2006<sup>335</sup>, le tribunal administratif de Nantes a suivi l'administration fiscale et rejeté la demande du contribuable contestant le redressement d'impôt dont il a fait l'objet<sup>336</sup>. La cour administrative d'appel de Nantes<sup>337</sup>, quant à elle, a maintenu la qualification d'abus de droit tout en donnant partiellement gain de cause au contribuable notamment en réduisant le montant de l'imposition due par le contribuable. En se fondant sur un faisceau d'indices, les juges d'appel ont estimé que la société holding était dépourvue de toute substance économique et « *que sa création ne pouvait être inspirée par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les*

<sup>334</sup> CE 27 janvier 2011, n° 320313, Mr et Mme BOURDON, Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304.

<sup>335</sup> TA Nantes, 23 novembre 2006, n°03-4057 ; J.-L. PIERRE, *Risque de qualification d'abus de droit dans une opération de « owners buy out » (OBO)*, Rev. Dr. des sociétés 2011, n° 6, comm.123.

<sup>336</sup> Il convient de souligner que ce jugement du tribunal administratif de Nantes ne concerne que l'un des deux associés en cause. En effet, pour le second associé de la société holding, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, par un jugement du 25 octobre 2007, rejette l'abus de droit en considérant que l'administration fiscale n'apportait pas la preuve du but exclusivement fiscal de l'opération litigieuse. Cette dernière n'ayant pas fait appel du jugement, il est devenu définitif.

<sup>337</sup> CAA Nantes, 23 juin 2008, n° 07NT00296 ; J.-L. PIERRE, *Risque de qualification d'abus de droit dans une opération de « owners buy out » (OBO)*, op. cit.

*charges fiscales, et était ainsi constitutive d'un abus de droit* »<sup>338</sup>. Le contribuable a formé un pourvoi devant le Conseil d'Etat en mettant en avant les intérêts autre que fiscaux ayant motivé la mise en place de l'opération d'OBO. Le Conseil d'Etat donne raison au contribuable en annulant l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes puis, statuant au fond, il prononce la décharge du rehaussement d'impôt sur le revenu mis à la charge du requérant.

En écartant ainsi l'abus de droit pour ce type d'opération, la Haute Juridiction administrative rend une décision sécurisante pour les praticiens et leurs clients.

#### 1. Le rejet de l'abus de droit par le Conseil d'Etat

**156. Création d'un holding de rachat n'entraînant pas automatiquement la qualification d'abus de droit.** Le Conseil d'Etat s'est appuyé sur les arguments du contribuable pour annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel et écarter le caractère abusif de l'opération d'OBO mise en place. En effet, pour le requérant, la création de la société holding présentait également « *un intérêt d'ordre financier et patrimonial durable, en permettant à cette société qu'ils contrôlaient de dégager une capacité d'emprunt supérieure à celle des associés en obtenant dans de meilleures conditions des financements extérieurs pour le développement de la société* »<sup>339</sup>. L'opération d'OBO a permis au contribuable de rendre entièrement liquides ses parts dans la société opérationnelle tout en gardant le contrôle de celle-ci par le biais de la société holding. C'est ici l'intérêt financier du montage qui doit être mis en avant, avant même toute recherche d'optimisation fiscale.

**157. Substance économique de la société holding.** Les juges d'appel, dans cette affaire, se sont fondés sur un faisceau d'indices pour caractériser l'abus de droit en raison de l'absence de substance économique de la société holding. Parmi ces indices, ils ont pu avancer notamment la similitude des associés dans les deux sociétés, le court laps de temps entre les différentes étapes susvisées ou encore l'absence d'activité économique réelle pour la holding autre que la détention de participations dans la société cible. Cependant, et comme le précise le Conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire que la holding de rachat ait une activité

---

<sup>338</sup> D. LOISEAU, *LBO et abus de droit, une avancée encore incertaine...*, LPA 2011, n° 202, P. 12.

<sup>339</sup> CE 27 janvier 2011, Bourdon ; J.-L. PIERRE, *Risque de qualification d'abus de droit dans une opération de « owners buy out » (OBO)*, Rev. Dr. des sociétés 2011, n° 6, comm.123.

économique dans ce type de montage. Elle se borne à acquérir des titres et porter l'emprunt qui permettra le rachat de la cible. Cet intérêt économique est suffisant pour écarter l'abus de droit. En effet, une holding non animatrice ne signifie pas qu'elle est dépourvue de substance économique. Il semble que la cour administrative d'appel ait donné une mauvaise interprétation à l'arrêt SAGAL<sup>340</sup> sur la notion de substance économique de la holding. Dans cette affaire, il s'agissait d'une société qui avait pris des participations dans des holdings luxembourgeoises, c'est-à-dire dans un Etat dans lequel les dividendes versés ne supportaient aucune imposition. Le Conseil d'Etat a soulevé l'abus de droit en estimant que « *ces sociétés holdings étaient des coquilles vides dont les actifs étaient constitués uniquement de valeurs mobilières et qui ne disposaient d'aucune compétence technique en matière de placements financiers* »<sup>341</sup>. Dans le cadre de l'OBO et de l'affaire BOURDON, bien que la holding soit purement financière, elle n'a pas été constituée dans un but d'évasion fiscale comme c'est le cas dans l'affaire SAGAL, ni dans un but exclusivement fiscal puisque, comme il l'a été démontré précédemment, l'intérêt économique et financier prime dans ce type de montage. Il n'est évidemment pas possible de nier la recherche d'avantages d'un point de vue fiscal, mais la mise en place d'un OBO n'a pas pour objet unique d'échapper à l'impôt. De ce fait, le parallèle fait par les juges d'appel avec la jurisprudence SAGAL est maladroite puisqu'il ne s'agit pas des mêmes faits. Comme l'indiquait le rapporteur public sous l'arrêt BOURDON, « *bien souvent, les investisseurs qui réalisent une opération de LBO ne souhaitent aucunement donner une substance économique propre à la holding qu'ils créent au-delà du contrôle d'une société cible dans laquelle ils ont souhaité prendre des risques du fait du potentiel qu'ils lui ont reconnu ; il n'est pas question pour eux de développer en parallèle une autre activité via cette holding* »<sup>342</sup>. En cassant l'arrêt d'appel, le Conseil d'Etat reconnaît ainsi que la holding de reprise n'était pas dénuée de substance.

**158. Recours à l'emprunt : la clé du schéma d'OBO.** Par ailleurs, l'opération a permis d'emprunter une somme conséquente. En effet, les associés personnes physiques n'auraient pas pu emprunter de telles sommes, tout du moins sans que la banque ne prenne des garanties sur la totalité de leur patrimoine privé et professionnel. Par le biais de la société holding, les sommes empruntées sont plus importantes et aucune garantie n'est prise par la

---

<sup>340</sup> CE 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté SAGAL, Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin.

<sup>341</sup> Feuillet Rapide F. Lefebvre, FR 13/11, n° 9.

<sup>342</sup> C. LEGRAS, *LBO et abus de droit*, Dr. fiscal 2011, n° 15, comm. 304, conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE 27 janvier 2011, BOURDON.

banque sur le patrimoine des associés personnes physiques. Le Conseil d'Etat fait sienne l'argumentation du contribuable en arguant que l'emprunt contracté par la holding de reprise lui permet d'apporter en garantie « *ses actifs propres en préservant ainsi les autres éléments du patrimoine des auteurs de l'opération* »<sup>343</sup>. Comme a pu l'affirmer la doctrine, « *l'emprunt est la clé* »<sup>344</sup> du schéma d'OBO. La holding de rachat est créée pour porter l'emprunt. Son utilité économique n'est donc pas contestable d'autant plus lorsque la banque accepte d'accorder cet emprunt. Si un établissement de crédit « *accepte de prendre un risque* »<sup>345</sup>, cela démontre bien l'intérêt financier de la création de la société holding.

En annulant l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes, le Conseil d'Etat reconnaît une substance économique à la société holding. En jugeant l'affaire au fond et en prononçant la décharge des impositions contestées, il valide l'opération d'OBO en écartant l'abus de droit. Cet arrêt conduit à présumer par principe l'existence de l'intérêt financier d'un LBO. Il s'agira, pour l'administration fiscale, d'apporter la preuve contraire pour qualifier l'abus de droit, c'est-à-dire la preuve du but exclusivement fiscal de l'opération. Il est à penser que l'administration ne se risquera pas à ce genre d'exercice périlleux tant la décision BOURDON sécurise le montage d'OBO et rend la tâche de l'administration fiscale beaucoup plus difficile.

## 2. Une solution sécurisante confirmée

**159. Solution sécurisante.** La décision du Conseil d'Etat du 27 janvier 2011 conduit à présumer l'intérêt financier dans les opérations d'OBO et ainsi à écarter l'abus de droit. Cette décision est la première rendue par le Conseil d'Etat en matière d'OBO et plus largement de LBO. Elle vient sécuriser ce montage et donne une ligne conductrice aux contribuables désireux de le mettre en place et à leurs conseils. Bien que cette décision ne soit pas un arrêt de principe en raison de l'importance des éléments factuels, elle apporte toutefois une réponse attendue malgré la perte d'intérêt probable des opérations d'OBO suite à la réforme du régime des plus ou moins-values de cessions de valeurs mobilières.

---

<sup>343</sup> O. FOUQUET, C. CHARPENTIER, *LBO et abus de droit*, Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304, note §4.

<sup>344</sup> C. LEGRAS, *LBO et abus de droit*, op. cit. ; Feuillet Rapide F. Lefebvre, FR 13/11, n° 11.

<sup>345</sup> *Ibid.*

**160. Solution confirmée par les juges du fond.** Par un jugement du 16 juin 2011<sup>346</sup>, le tribunal administratif de Montreuil s'est prononcé sur un schéma de LBO. Il s'agit de la première décision rendue en la matière, l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 janvier 2011 se rapportant à un schéma d'OBO. Les juges du fond écartent l'abus de droit en se fondant sur les deux branches : la fictivité et le but exclusivement fiscal. Quant au but exclusivement fiscal de l'opération, le tribunal se contente de relever que l'administration fiscale ne prouve pas que la création de la société holding était motivée exclusivement par une volonté d'éluder l'impôt. La branche de la fictivité est plus intéressante. En effet, les juges du fond relèvent que la société n'est pas fictive « *dès lors qu'elle exerce régulièrement une activité de détention de titres et que ses organes sociaux fonctionnent normalement* »<sup>347</sup>. Dès lors que la société a un fonctionnement régulier de ses organes sociaux, elle ne peut être considérée comme étant une société fictive. Les juges du fond ont également pu s'appuyer sur la décision BOURDON en estimant que la création d'une holding de rachat « *n'ayant pas d'autres activités économiques que la détention de participations peut néanmoins répondre à des objectifs autres que fiscaux* »<sup>348</sup>. Une société holding de rachat n'est pas nécessaire dénuée de substance économique. L'intérêt financier et économique du LBO ou de l'OBO est primordial dans ce type de schéma de structuration et permet ainsi d'écarter l'abus de droit.

**161. Position du Comité de l'abus de droit fiscal.** Par deux avis 2013-04 et 2013-09, la Comité a eu à se prononcer sur le point de savoir si, en interposant une société holding belge dans une opération de LBO, le contribuable a procédé à un montage poursuivant un but exclusivement fiscal. La réponse à cette question « *dépend de l'existence ou non d'une véritable substance pour cette société patrimoniale* »<sup>349</sup>. Le Comité relève que la société holding, « *qui n'est pas fictive, a effectivement une substance* ». A cela il ajoute que la holding « *dispose en effet d'un patrimoine propre constitué dans un premier temps des actions de la société opérationnelle, puis du placement en valeurs mobilières des liquidités provenant de la cession des titres de cette société, ayant vocation à terme à être transmis aux enfants du contribuable en raison du démembrement de propriété opéré sur les titres* ». Le Comité conclut à l'absence de but exclusivement fiscal, sans pour autant nier la poursuite d'un objectif fiscal, et rejette la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit.

---

<sup>346</sup> TA Montreuil, 16 juin 2011, n° 0905509 et n° 1007116, STE NORDSTROM EUROPEAN CAPITAL GROUP, RJF 2011, n° 1345.

<sup>347</sup> G. GOULARD, *Un LBO n'est pas un abus de droit*, Option Finance 2011, n°1133, p. 29.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>349</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-04 et 2013-09.

Il est rassurant de constater que les juges du fond et le Comité de l'abus de droit mettent en œuvre la jurisprudence du Conseil d'Etat et ce même pour des schémas de LBO. Il est raisonnable de penser que l'administration fiscale ne s'aventurera pas sur ce chemin sinueux tant la preuve du but exclusivement fiscal est rendue difficile par cette jurisprudence.

**162. Perte d'intérêt fiscal du schéma d'OBO.** La mise en place d'un OBO permettait au contribuable, outre les motifs économiques et financiers, de bénéficier du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières en lieu et place du régime d'imposition des revenus de capitaux mobiliers soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. A l'époque des faits de l'arrêt BOURDON, le taux en vigueur applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières était de 16%. L'économie d'impôt réalisé était non négligeable et rendait le montage fiscalement avantageux. Bien que la première volonté des contribuables dans la mise en œuvre de ce schéma soit le levier financier, c'est-à-dire la mise à disposition de liquidités importantes tout en conservant le contrôle de la société opérationnelle, l'avantage fiscal n'est jamais mis de côté. Quel contribuable souhaiterait restructurer son entreprise tout en cherchant à payer le plus d'impôt possible ? La recherche d'une optimisation fiscale reste dans la ligne de mire de tous les contribuables dans la gestion de leur patrimoine. La seule limite est celle de l'abus de droit : le but fiscal ne doit pas être le seul but recherché. En matière d'OBO et de LBO, il est désormais clair que l'intérêt financier et économique est le but primordial de l'opération.

Cependant, et alors que l'opération d'OBO semble à l'abri de la requalification en abus de droit depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 janvier 2011, elle semble perdre de son intérêt sur le plan fiscal. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>350</sup>, le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières est aligné sur celui des revenus de capitaux mobiliers : les plus-values de cession de valeurs mobilières sont désormais soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le taux proportionnel de 16% qui a été porté à 19% puis 24% pour les plus-values réalisées en 2012 n'est donc plus applicable. Suite à cette réforme, l'attrait fiscal de l'opération d'OBO pour des particuliers est moindre puisque la substitution des plus-values de cession de droits sociaux aux dividendes n'est plus avantageuse, les deux régimes ayant la même imposition : l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu. Cependant, en matière de plus-values mobilières, il existe des abattements avantageux pour le contribuable

---

<sup>350</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, article 10 I, CGI, art. 158, 6 bis.

qui permettent de relativiser la perte d'intérêt fiscal du schéma d'OBO<sup>351</sup>.

**163. Conclusion de la section.** La mise en place d'un *Owner Buy Out*, variante du LBO, présente des intérêts non négligeables. Outre son avantage patrimonial primordial, l'avantage fiscal qui en ressort est intéressant pour le contribuable, pour les montages mis en place avant la réforme des plus-values de cessions de valeurs mobilières. Ce schéma, validé par le Conseil d'Etat au regard de l'abus de droit fiscal, semble aujourd'hui sécurisé.

Il arrive régulièrement que, pour le rachat d'une société dans le cadre d'un LBO ou d'un OBO, les dirigeants soient sollicités pour investir dans cette opération. Cela constitue les *management packages*. Le risque encouru est celui d'une requalification, par l'administration fiscale, du gain retiré lors de la cession des titres acquis dans le cadre du LBO, en revenus d'activités. De plus, dans le cas où les titres ainsi acquis seraient inscrits sur un plan d'épargne en actions (PEA), l'administration fiscale a la possibilité de mettre en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal de l'article L.64 du LPF.

## **Section 2. Le risque de sanction fiscale des *management packages***

**164. Présentation des *management packages*.** Il est fréquent que les sociétés cherchent à impliquer leurs cadres dirigeants en leur ouvrant leur capital, l'outil consacré pour cette catégorie de salariés étant généralement le bon de souscription d'actions (BSA). En général, cette prise de participation se fait dans le cadre d'un LBO, où il est mis en place des plans d'accès au capital d'une holding de reprise par les cadres dirigeants de la société cible et du groupe acquéreur : ce sont les « *management packages* ». Ces mécanismes visent « à organiser le partage d'une plus-value actionnariale entre un (ou plusieurs) associés "actifs", salariés ou dirigeants d'une entreprise, et un ou plusieurs autres associés de cette entreprise »<sup>352</sup>. L'associé « actif » est à la fois associé et salarié ou dirigeant de l'entreprise. Les repreneurs ou investisseurs financiers, dans le schéma de LBO, « exigent des cadres et dirigeants qu'ils investissent non seulement leur temps et leurs compétences, mais également

---

<sup>351</sup> V. *supra* n° 22.

<sup>352</sup> J.-L. MEDUS, *Actualités sur la requalification fiscale des managements packages*, JCP E 2013, n° 43, p. 53.

*tout ou partie de leur épargne dans le groupe dont ils ont la direction opérationnelle* »<sup>353</sup>. C'est cet investissement qui est appelé le *management package*.

**165. Problématique fiscale.** La problématique est celle de savoir si le gain réalisé par le dirigeant/manager au moment de la cession de ses droits sociaux est imposable dans la catégorie des traitements et salaires ou s'il constitue une plus-value sur cession de valeurs mobilières. L'enjeu n'est pas des moindres. En effet, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values sur cession de valeurs mobilières étaient imposables à un taux forfaitaire (19% puis 24% pour l'année 2012) avantageux par rapport à l'imposition des traitements et salaires qui relèvent du barème progressif de l'impôt sur le revenu.

**166. Risque fiscal de requalification de la plus-value.** Ce mécanisme comporte toutefois un risque fiscal. L'administration « *se réserve le droit de requalifier le gain réalisé à cette occasion et de le taxer non pas dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières mais dans celle correspondant effectivement à la nature de l'opération réalisée* »<sup>354</sup>. En effet, la plus-value de cession peut être requalifiée en un revenu d'un autre type soumis à l'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Il convient de préciser également que la requalification n'est pas fondée sur la procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du LPF. Le Comité de l'abus de droit fiscal s'est toutefois prononcée sur des cas de management packages dans le cas particulier où les titres avaient été inscrits sur un Plan d'Épargne en Actions (PEA).

## **§ 1. Un risque fiscal de requalification de la plus-value de cession**

**167.** L'administration fiscale s'est réservée le droit de requalifier en revenus d'activités des gains liés à des instruments de capital. La jurisprudence en matière de requalification a plutôt tendance à poser le principe de l'imposition de ces gains en tant que plus-values de cession sur valeurs mobilières, sauf circonstances particulières. Il conviendra toutefois de rappeler que la requalification n'est pas fondée sur la procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du LPF.

---

<sup>353</sup> C. MELADY, *Les managers confrontés au choc fiscal : comment garder le cap ?*, Capital Finances, décembre 2013, p. 25.

<sup>354</sup> BOI-RSA-ES-20-10-20-50 n° 20.

## A. La distinction entre le pouvoir général de requalification et l'abus de droit fiscal

**168. Pouvoir de requalification de l'administration fiscale.** Un des principes essentiels du droit fiscal est celui de l'opposabilité à l'administration fiscale des situations de droit privé. Cependant, cette présomption de sincérité et d'exactitude des actes juridiques passés par les contribuables, notamment pour ce qui est de leur qualification, n'est pas absolue. L'administration fiscale peut démontrer une simulation ou une fraude à la loi et sanctionner l'acte sur le fondement de l'abus de droit fiscal, ou elle peut requalifier l'acte dont la qualification est erronée sur le fondement de la procédure de rectification de droit commun. L'abus de droit suppose la preuve, par l'administration fiscale, d'un élément intentionnel. En l'absence de cet élément intentionnel, l'administration fiscale se contente de rectifier l'erreur commise par le contribuable dans la qualification de l'acte et le requalifie afin de « *restituer à l'acte son exacte portée juridique* »<sup>355</sup>.

**169. « Choix des armes »<sup>356</sup> de l'administration fiscale.** Selon une jurisprudence constante, l'administration fiscale n'est pas tenue de se placer sur le terrain de l'abus de droit lorsqu'elle requalifie un contrat sans faire valoir qu'il a été conclu de manière fictive ou dans le seul but d'éluder l'impôt. Cette position a été développée notamment dans l'affaire CONCEPT SPORT dans laquelle une société a concédé à une SARL le droit d'utiliser son nom commercial pour commercialiser en gros ses articles moyennant le paiement d'une redevance. La société concessionnaire a par la suite cessé de verser cette redevance sans comptabiliser de dette à l'égard du concédant et sans que ce dernier lui en réclame le paiement, ce qui a conduit l'administration fiscale à requalifier le contrat de concession en cession de fonds de commerce. Pour le contribuable, l'administration avait invoqué implicitement les dispositions de l'article L. 64 du LPF sans que les garanties procédurales de l'abus de droit soient respectées. Pour le Conseil d'Etat, « *l'administration fiscale a fait valoir non que le contrat en cause avait été conclu de manière fictive ou dans le seul but d'éluder l'impôt, mais que la cessation, avec l'accord de la société concédante, du versement des redevances dues en contrepartie de l'exercice de l'activité concédée, l'avait conduite à estimer que ces redevances, comptabilisées en charges, étaient en réalité des éléments du prix d'achat de la clientèle et de la dénomination commerciale ; qu'en se bornant ainsi à requalifier le*

<sup>355</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, JCP E 2011, n° 13, 1278 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249.

<sup>356</sup> *Ibid.*

*contrat en tenant compte de la commune intention des parties, révélée lors de son exécution, l'administration fiscale ne s'est pas placée sur le terrain de l'abus de droit* »<sup>357</sup>. Autrement dit, lorsque l'administration fiscale se rend compte d'une erreur de requalification d'un acte avec une éventuelle intention du contribuable d'altérer la qualification de l'acte, elle a le choix entre se fonder sur la procédure de l'abus de droit fiscal, à la condition qu'elle démontre cette intention, ou requalifier l'acte sur le fondement de son pouvoir général de requalification notamment lorsque la preuve de l'abus de droit est plus délicate. Peu importe que l'erreur de qualification soit empreinte d'un agissement délibéré du contribuable : l'administration fiscale a le choix de ne pas se fonder sur la procédure de l'abus de droit fiscal. Cette position du Conseil d'Etat dans l'arrêt CONCEPT SPORT est ancienne et « *se situe dans le strict prolongement de la jurisprudence antérieure selon laquelle l'administration peut requalifier un contrat sans se placer sur le terrain de l'abus de droit, aussi probable l'intention de simulation ou de fraude du contribuable soit-elle* »<sup>358</sup>. Tant le Conseil d'Etat<sup>359</sup> que la Cour de Cassation<sup>360</sup> a pu admettre ce « *choix des armes* » pour l'administration fiscale.

**170. Exclusion des garanties procédurales de l'abus de droit.** Lorsque l'administration fiscale décide de requalifier un acte sur le fondement de la procédure de rectification de droit commun, malgré l'existence d'un élément intentionnel, elle ne peut pas appliquer au contribuable les sanctions fiscales attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du LPF, ce qui le priverait des garanties attachées à cette procédure et notamment celle de la possibilité qui lui est offerte de saisir le Comité de l'abus de droit fiscal. En effet, « *c'est parce que l'abus de droit débouche en principe sur le prononcé d'une sanction, dont on sait qu'elle constitue une accusation qui relève de la matière pénale au sens de l'article 6, §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, que des garanties procédurales particulières doivent être respectées à peine de nullité des rectifications* »<sup>361</sup>. Ainsi l'administration ne peut pas décider de requalifier un contrat sur le fondement de son pouvoir général de requalification tout en infligeant une pénalité au contribuable pour mauvaise foi ou manquement délibéré. Ces sanctions étant attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal, les garanties procédurales y afférent doivent être respectées sous peine de

<sup>357</sup> CE 17 décembre 2010, n° 318048, min. c/ SARL CONCEPT SPORT ; RJF 2011, n° 355.

<sup>358</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, JCP E 2011, n° 13, 1278 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249.

<sup>359</sup> CE plén., 21 juillet 1989, n° 58871, L. ; RJF 1989, n° 999 ; Dr. fisc. 1990, n°1, comm. 28.

<sup>360</sup> Cass. Com. 16 décembre 2008, n° 08-11.419, F-D, Sté FOROCEAN ; Dr. fisc. 2009, n° 37, comm. 464.

<sup>361</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, Thèse, LGDJ, 1997, n° 711 et s.

sanction de la position de l'administration par les juges<sup>362</sup>.

Le pouvoir général de requalification dont dispose l'administration fiscale est différent de l'abus de droit fiscal : les fondements et les conséquences de ces deux armes de l'administration fiscale divergent. Cette dernière a la possibilité de requalifier en revenus d'activité des gains en capital.

## **B. Une requalification en revenus soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu**

**171. Requalification en revenu distribué.** La plus-value pourra être requalifiée en revenu distribué si l'avantage consenti est occulte, ou résulte d'un acte de gestion anormal de la société, ou a pour effet de porter la rémunération totale du bénéficiaire à un montant exagéré.

**172. Requalification en bénéfices non commerciaux.** L'administration fiscale a également pu requalifier la plus-value de cession en bénéfices non commerciaux lorsque l'avantage retiré a pour contrepartie une activité déployée à titre personnel. Dans un arrêt de principe du 18 janvier 2006, le Conseil d'Etat a écarté la requalification en rappelant que les gains résultant d'une cession de titres relèvent par principe du régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières, « *quand bien même l'actionnaire exerçait également des fonctions dans la société cible* »<sup>363</sup>. Pour la Haute Juridiction, « *l'administration fiscale ne peut pas se contenter d'invoquer le fait que le cédant travaille très activement au développement de l'activité de la société, dont il était par ailleurs directeur général* »<sup>364</sup>. Cet arrêt de principe a plusieurs fois été confirmé et des conditions ont été définies, que l'administration fiscale doit établir pour qu'une requalification en BNC soit possible<sup>365</sup> : l'activité déployée par le vendeur doit être professionnelle, elle ne doit pas être celle qui est normalement la sienne et qui est la source de ses revenus et cette activité doit avoir pour effet

---

<sup>362</sup> V. en ce sens CE, plén. 21 juillet 1989, n° 59970, min. c/ M. BENDJADOR, RJF 1989, n° 998 ; Cass. Com. 9 juin 2004, n° 01-11.964, SA PROMINOX, RJF 2004, n° 1202.

<sup>363</sup> CE 18 janvier 2006, n° 265790, SERFATY, Dr. fisc. 2006, n°41, comm. 649.

<sup>364</sup> J. JEAUSSERAND, T. AUDOUARD, *Fiscalité des management packages : quelle conclusion tirer des arrêts de la cour administrative d'appel de Paris du 28 novembre 2012 ?*, Dr. fisc. 2013, n° 17, p. 4.

<sup>365</sup> Ces trois conditions ont été définies par le Commissaire du gouvernement Laurent OLLEON dans ses conclusions sous l'arrêt FONTANA ; CE 7 novembre 2008, n° 301642, M. FONTANA et Mme DE FRAMOND, Dr. fisc. 2008, n° 52, comm. 646, concl. L. OLLEON.

de représenter une part déterminante dans l'augmentation de la valeur de la société. Ces conditions ont été appliquées par la jurisprudence ultérieure<sup>366</sup>. Par principe donc, le gain de cession est imposable au titre des plus-values, même lorsque le cédant a contribué par son activité à la valorisation des titres cédés. En revanche, lorsque le gain de cession a pour cause la rémunération d'une activité d'entremise, il est imposable dans la catégorie des BNC<sup>367</sup>. Tel est l'apport de l'arrêt BILLON<sup>368</sup> dans lequel le Conseil d'Etat considère que la plus-value réalisée par le contribuable « doit être regardée comme la rémunération d'un acte d'intermédiation auquel s'est livré le cédant au profit du repreneur, nonobstant l'absence de mandat délivré par ce dernier, imposable dans la catégorie des BNC »<sup>369</sup>. Cet arrêt pose une exception au principe dégagée par l'arrêt SERFATY. Lorsque le dirigeant exerce une activité d'intermédiaire, l'administration fiscale peut requalifier le gain réalisé en BNC.

**173. Requalification en traitements et salaires.** L'administration fiscale a également pu requalifier une plus-value de cession de valeurs mobilières en traitements et salaires lorsque la prestation rendue en contrepartie de l'offre des titres peut être rattachée à l'exécution d'un contrat de travail ou à l'exercice de fonctions dirigeantes dont la rémunération est imposable dans la catégorie des traitements et salaires. Cette position a notamment été retenue par les juges du fond dans l'affaire BONNY<sup>370</sup>. Dans cette affaire, une société holding a été constituée par des investisseurs financiers en vue de reprendre un groupe de sociétés. Les investisseurs financiers ont conclu avec le directeur général du groupe (également actionnaire de la holding) deux promesses de vente portant sur les actions de la société holding : la première promesse portait sur un nombre fixe d'actions tandis que la seconde portait sur un nombre d'actions variable en fonction du taux de rendement interne qui serait réalisé sur l'opération. Cette seconde promesse avait été accordée en contrepartie du versement, par le directeur général, d'une indemnité d'immobilisation au profit de l'investisseur financier. Quelques années après le début du LBO, le directeur général a exercé les promesses au prix convenu à l'origine puis à céder, dans le cadre de la sortie du LBO, l'ensemble de ses actions à l'acquéreur du groupe, pour un prix égal à celui versé à l'investisseur financier pour les actions que ce dernier détenait. Le cédant réalise un gain qu'il déclare en plus-value de cession de valeurs mobilières imposable au taux forfaitaire de 16% à

---

<sup>366</sup> CAA Paris, 29 juillet 2011, n° 09PA04569, ATTIA, Dr. sociétés 2012, comm. 36, note J.-L. PIERRE.

<sup>367</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 544.

<sup>368</sup> CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 29 juillet 2009, n°300456, BILLON ; Dr. fisc. 2009, n° 46, comm. 535, Concl. E. Glaser ; RJF 2009, n° 1085.

<sup>369</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit.

<sup>370</sup> CAA Paris 28 novembre 2012, n° 11PA03464, min. c/ M. BONNY, Dr. fisc. 2013, n° 17, p.1.

l'époque des faits. L'administration fiscale a considéré que ce gain était un complément de rémunération imposable à ce titre dans la catégorie des traitements et salaires. La cour administrative d'appel a confirmé la position de l'administration fiscale en considérant que « *la faculté de réaliser une plus-value en procédant à une levée d'options ou d'éviter une perte en renonçant à exercer cette lever trouvait son origine dans l'existence du contrat de travail du dirigeant investisseur, lequel n'a supporté, en raison de la possibilité qu'il avait de renoncer à lever l'option, aucune risque en capital compte tenu du caractère modique, en l'espèce, de l'indemnité d'immobilisation due y compris en l'absence de levée d'option par l'intéressé* »<sup>371</sup>. Cette décision des juges d'appel est critiquable et contraire à la jurisprudence antérieure de l'arrêt SERFATY selon laquelle les gains retirés d'une cession de valeurs mobilières sont par principe soumis au régime des plus-values de cession sur valeurs mobilières « *quand bien même l'actionnaire exerçait également des fonctions dans la société cible* »<sup>372</sup>. Une requalification en salaire ne semble alors possible « *qu'à la condition que l'administration fiscale démontre que l'investissement ou les conditions de réalisation de la plus-value sont anormaux, c'est-à-dire que l'intéressé n'a pas pris de risque capitalistique ou que ses conditions d'investissement sont totalement anormales* »<sup>373</sup>. La requalification du gain retiré de la cession des titres en revenus d'activité est fréquente mais la mise en place de ce schéma est en perte d'intérêt puisque désormais les plus-values de cessions de valeurs mobilières sont soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu, et ce depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

**174. Bilan.** En cas de simple erreur du contribuable, l'administration fiscale requalifie l'acte sur le fondement de la procédure de rectification de droit commun en restituant à l'acte son exacte portée juridique. Cependant, lorsque l'erreur paraît intentionnelle, l'administration fiscale dispose d'un choix : elle peut décider de simplement requalifier l'acte, notamment si elle n'apporte pas la preuve de l'abus de droit, ou elle peut se fonder sur la procédure de l'article L. 64 du LPF lorsque la preuve de l'élément intentionnel est aisée. En présence de *management packages*, l'administration fiscale requalifie en revenus d'activités des gains liés à des instruments de capital sur le fondement de son pouvoir général de requalification. Elle ne met en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal que dans le cas

---

<sup>371</sup> J. JEAUSSERAND, T. AUDOUARD, *Fiscalité des management packages : quelle conclusion tirer des arrêts de la cour administrative d'appel de Paris du 28 novembre 2012 ?*, Dr. fisc. 2013, n° 17, p. 1.

<sup>372</sup> CE 18 janvier 2006, n° 265790, SERFATY, Dr. fisc. 2006, n°41, comm. 649.

<sup>373</sup> J. JEAUSSERAND, T. AUDOUARD, *Fiscalité des management packages : quelle conclusion tirer des arrêts de la cour administrative d'appel de Paris du 28 novembre 2012 ?*, op. cit., p. 6.

particulier de l'inscription des BSA sur un PEA.

## § 2. Un risque d'abus de droit en présence d'un PEA

**175. Cas particulier des PEA.** De nombreux avis du Comité de l'abus de droit fiscal se rapportent à l'hypothèse dans laquelle les BSA acquis dans le cadre d'une opération de LBO sont inscrits sur un PEA et cédés en exonération d'impôt. La problématique est la suivante : en inscrivant sur un PEA des BSA, le dirigeant d'un groupe sous LBO doit-il être regardé comme ayant commis un abus de droit ? Dans ces hypothèses, l'administration fiscale ne met pas en œuvre son pouvoir de requalification mais se fonde sur la procédure de l'abus de droit fiscal. En effet, elle retient tantôt la fictivité, tantôt le but exclusivement fiscal de l'opération. L'enjeu pour le contribuable est l'avantage fiscal retiré de cette opération. En effet, lorsque les BSA sont inscrits sur un PEA, la cession des titres se trouve exonérée de plus-value en vertu de l'article 157-5° bis du CGI selon lequel « *n'entrent pas en compte pour la détermination du revenu net global (...) les produits et plus-values que procurent les placements effectués dans le cadre d'un plan d'épargne en actions* ». Ainsi, la cession des BSA acquis dans le cadre d'une opération de LBO et inscrits sur un PEA sera exonérée de plus-value de cession de valeurs mobilières.

**176. Risque fiscal de l'opération.** Pour l'administration fiscale, cette opération est fictive en ce que le gain retiré par le contribuable lors de cette cession déguise une rémunération imposable dans la catégorie des traitements et salaires soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. L'administration considère également souvent que le prix d'acquisition des titres, fixé à une valeur de convenance, est un prix minoré dans le seul but de bénéficier du régime d'exonération des PEA. Pour le Comité de l'abus de droit fiscal, l'abus de droit sera écarté lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : la prise de risque de la part du cédant et l'existence d'une démarche capitalistique de sa part.

## A. Les motifs de l'administration pour retenir l'abus de droit

**177. Fictivité du schéma.** En présence d'une opération de LBO, il est fréquent d'associer les managers au risque financier de l'opération comme un investisseur : ce sont les *management packages*. Pour l'administration fiscale, le gain réalisé ne relève pas d'un risque capitalistique du manager mais de son activité professionnelle. Plusieurs avis du Comité de l'abus de droit fiscal illustrent la position de l'administration fiscale en présence de *management packages* qui retient la fictivité de l'acte en raison de l'existence d'une rémunération déguisée et de l'utilisation d'un prix de convenance pour l'acquisition des titres.

### 1. L'existence d'une rémunération déguisée

**178. Position de l'administration.** Pour l'administration, le gain retiré de la cession des titres est lié à l'activité professionnelle du cédant en sa qualité de dirigeant de la société et non en sa qualité d'associé. Par conséquent, et toujours selon l'administration, le fait d'inscrire les titres sur un PEA a pour effet de soumettre ce gain non pas à son imposition dans la catégorie des traitements et salaires soumise au barème progressif de l'impôt sur le revenu, mais à celle du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières qui se trouve exonérées en cas d'inscription dans un PEA. Le gain réalisé dissimule en réalité une rémunération. Il s'agit donc d'une contrariété entre l'apparence et la réalité, ce qui traduit une fictivité entraînant la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal.

**179. Illustration de cette position.** Une affaire soumise à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal illustre bien cette position de l'administration fiscale<sup>374</sup>. La question posée au Comité dépasse le simple cas d'espèce en ce qu'elle est une question de principe à caractère général. En l'espèce, un groupe de sociétés spécialisé dans la distribution de chaussures a fait l'objet d'un rachat dans le cadre d'un LBO par une société holding. Le financement de cette opération a été réalisé par un emprunt et par une augmentation de capital de la société holding à laquelle ont souscrit des investisseurs financiers et le président de la société, lequel s'est également vu attribuer des BSA. Ces BSA ont été souscrits par le

---

<sup>374</sup> CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2012-38, BF 4/13, n° 352.

président de la société par l'intermédiaire de son PEA. Quelques années après cette opération, les investisseurs financiers et le président de la société ont cédé leurs titres. Pour le président, les titres acquis par l'intermédiaire du PEA ont fait l'objet d'une exonération de plus-value du fait de leur inscription sur le PEA (application de l'article 157-5° bis du CGI). Pour l'administration fiscale l'opération présentait un caractère fictif. En effet, selon elle, « *sous couvert de la souscription de BSA, le dirigeant avait en réalité bénéficié d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe qui était basé sur l'appréciation de la valeur de la holding de rachat entre sa mise en place et sa cession* ». Elle a ainsi considéré que, « *par le recours à ce montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, le contribuable avait entendu déguiser des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats en tant que dirigeant du groupe, en gains de cessions de titres* ». Ainsi, elle conclut à une simulation en ce que le contrat d'attribution des BSA serait fictif. Cette position a récemment été réitérée dans plusieurs affaires soumises à l'avis du Comité dans lesquelles l'administration fiscale a considéré que « *l'inscription des titres sur un PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur son PEA une rémunération déguisée en plus-value* »<sup>375</sup>.

Outre une rémunération déguisée, l'administration fiscale voit dans cette opération, l'existence d'un prix minoré lors de l'acquisition des titres dans le cadre du LBO.

## 2. L'application d'un prix de convenance pour l'acquisition des titres

**180. Intérêt d'un prix de convenance.** Dans la plupart des litiges portant sur les *management packages*, l'administration fiscale considère que les titres ont été acquis à un prix minoré en application d'une valeur de convenance « *fixée dans le seul but de permettre au contribuable d'apporter ces titres sur son PEA en respectant formellement le plafond maximal de versement* »<sup>376</sup>. Selon elle, la fixation d'un prix de convenance a pour intérêt de contourner les règles de plafonnement du PEA. En effet, selon l'article L. 221-30 du Code Monétaire et Financier, « *le titulaire d'un plan effectue des versements en numéraire dans une limite de 150.000 euros* ». Ainsi, pour que le contribuable puisse inscrire ses titres sur son PEA, leur valeur totale doit être inférieure à 150.000€. C'est pourquoi, selon l'administration,

<sup>375</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-10 et 2013-11, FR F. Lefebvre 38/13, inf. 2 p. 4.

<sup>376</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-10, 2013-11, 2013-14 et 2013-15, FR F. Lefebvre 38/13, inf. 2 p. 4.

les contribuables sont tentés de minorer le prix d'acquisition en appliquant une valeur de convenance afin que l'acquéreur puisse inscrire les titres ainsi acquis sur son PEA et bénéficier du régime d'exonération fiscale en cas de cession. La jurisprudence a notamment retenu que l'inscription de titres non cotés dans un PEA est constitutive d'un abus de droit, dès lors qu'elle n'a pas procédé d'une acquisition réelle et qu'elle a été « *réalisée à un prix minoré visant à contourner les règles de plafonnement régissant cette formule de placement* »<sup>377</sup>.

**181. Relèvement du plafond.** Le plafond du PEA était auparavant de 132.000 €. Il a été relevé à 150.000 € à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 pour une personne seule et à 300.000 € pour les couples<sup>378</sup>. Les personnes titulaires d'un PEA ouvert avant cette date ont la possibilité d'effectuer des versements complémentaires dans la limite de 150.000 € (300.000 € pour les couples) à condition toutefois, pour les plans de plus de 8 ans, qu'aucun retrait ou rachat n'ait été effectué.

La cession de BSA inscrits sur un PEA est caractérisée, par l'administration fiscale, comme abusive tant au regard de la fictivité que du but exclusivement fiscal de l'opération. Des conditions ont été dégagées au fil des avis du Comité de l'abus de droit fiscal et de la jurisprudence pour écarter l'abus de droit.

## **B. Les conditions cumulatives permettant d'écarter l'abus de droit**

**182. Application conditionnelle du régime des plus-values.** A la lecture des avis du Comité de l'abus de droit fiscal, deux conditions cumulatives peuvent être dégagées pour écarter l'abus de droit. Pour que le contribuable, qui espère réaliser une plus-value, puisse justifier de cette qualification juridique et bénéficier du régime d'exonération fiscale, plus favorable que celle des traitements et salaires, l'opération devra résulter d'une démarche capitalistique et faire apparaître un aléa, un risque financier.

---

<sup>377</sup> TA Paris 25 janvier 2012, n° 1022031, RJF 5/12, n° 499.

<sup>378</sup> Loi n° 2013-1278 de Finances pour 2014, art. 70.

## 1. La preuve d'une démarche capitalistique

**183. Gain résultant de la qualité d'actionnaire.** Le gain retiré par le manager lors de la cession des titres inscrits dans son PEA doit résulter de sa qualité d'actionnaire et non de sa qualité de salarié. Cette condition avait déjà été développée dans la jurisprudence qui retenait la requalification en traitements et salaires du gain en capital qui s'analysait « *comme la contrepartie directe d'une activité personnelle déployée par le cédant, exercée à titre professionnel, en vue d'augmenter la valeur des titres cédés* ». Cependant, et comme a pu le préciser le Conseil d'Etat dans l'arrêt SERFATY<sup>379</sup>, « *le seul fait de diriger une entreprise tout en étant associé de celle-ci ne peut suffire à entraîner la requalification en salaires ou en revenus innommés des gains réalisés par le dit dirigeant lors de la cession de ses titres* »<sup>380</sup>.

**184. Mise en œuvre de cette condition par le Comité de l'abus de droit fiscal.** Dans des avis récents favorables à l'administration fiscale, le Comité a relevé que « *le montant de l'investissement proposé aux dirigeants, et le nombre d'actions qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun des dirigeants à la date de réalisation de l'opération relatives à l'émission des ABSA* »<sup>381</sup>. Ainsi, il semble que dans cette affaire les modalités d'investissement ont été déterminées en fonction de la qualité de salarié du dirigeant puisque celle-ci variait en fonction de son niveau de responsabilité. Il n'y a donc ici aucune démarche capitalistique de la part du dirigeant, les BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant.

**185. Précautions.** La précaution à prendre, afin d'éviter que l'administration considère le gain comme provenant de l'activité salariale du dirigeant, est de bannir une clause qui stipulerait que le BSA deviendrait caduque en cas d'arrêt de l'activité du dirigeant ou encore de prévoir des modalités de souscription qui varient en fonction du niveau de responsabilité du dirigeant.

La première condition nécessaire pour écarter l'abus de droit dans une opération de

<sup>379</sup> CE 18 janvier 2006, n° 265790, SERFATY, Dr. fisc. 2006, n°41, comm. 649.

<sup>380</sup> J.-L. MEDUS, *Actualités sur la requalification fiscale des management packages*, JCP E 2013, n° 43, 1592, p. 53.

<sup>381</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-36, 2013-47 à 2013-52.

*management packages* est la preuve d'une démarche capitalistique de la part du dirigeant. Il doit agir en sa qualité d'actionnaire et non de dirigeant. En tant qu'actionnaire, le manager doit prendre tous les risques liés à un investissement financier, ce qui renvoie à la seconde condition.

## 2. La nécessaire prise de risque du manager

**186. Preuve d'un aléa.** Le manager doit être en mesure de prouver l'aléa lié à l'opération, ce qui suppose une prise de risque de sa part. Pour analyser cette « *prise de risque actionnarial* »<sup>382</sup>, l'administration fiscale et les juges du fond se fondent notamment sur l'éventuelle existence de conditions préférentielles pour acquérir ses actions. En effet, et comme l'a précisé l'administration fiscale dans sa doctrine, lorsqu'une personne se voit « *offrir la possibilité d'acheter ou/et de vendre dans des conditions préférentielles des titres d'une société* » l'administration fiscale « *se réserve le droit de requalifier le gain réalisé à cette occasion* »<sup>383</sup> en revenus d'activité. C'est également la position retenue par le tribunal administratif de Strasbourg qui a jugé que « *l'acquisition à un prix préférentiel d'actions de la société qui l'emploie à un salarié constituait un salaire* »<sup>384</sup>. La question à se poser est donc celle de savoir si le manager s'expose à un réel risque de perte, à l'instar d'un associé. La plus-value s'applique sur un gain en capital réalisé par des investisseurs qui ont pris de réels risques. Il y a un aléa quant au succès de l'opération : ils peuvent gagner de l'argent comme ils peuvent en perdre. Rien ne leur est assuré au moment où ils s'engagent.

**187. Application de cette condition par le Comité de l'abus de droit fiscal.** Le Comité a eu à vérifier cette condition à plusieurs reprises, et notamment dans une affaire pour laquelle il a rendu plusieurs avis<sup>385</sup>. Il s'agissait du rachat d'un groupe de sociétés dans le cadre d'une opération de LBO. Un dispositif a été mis en place permettant aux principaux cadres du groupe racheté d'acquérir des actions à bons de souscriptions d'actions (ABSA) de la holding de reprise. Le directeur salarié de la société rachetée a acquis les actions de la société holding et les a inscrites sur son PEA avant de les céder quelques temps après. La

---

<sup>382</sup> J.-L. MEDUS, *Actualités sur la requalification fiscale des management packages*, JCP E 2013, n° 43, 1592, p. 53.

<sup>383</sup> BOI-RSA-ES-20-10-20-50 n° 20.

<sup>384</sup> TA Strasbourg 8 mars 2005, n° 01-3211, WEINGNESSEL, RJF 2006, n° 383 ; J.-L. MEDUS, *Actualités sur la requalification fiscale des management packages*, op. cit., p. 57.

<sup>385</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-10, 2013-11, 2013-14 et 2013-15, FR F. Lefebvre 38/13, inf. 2 p. 4.

plus-value réalisée à l'occasion de cette cession n'a fait l'objet d'aucune taxation en raison du régime d'exonération prévue à l'article 157-5° bis du CGI. Alors que pour l'administration fiscale, cette opération était fictive en raison de l'existence d'une rémunération déguisée et d'un prix d'acquisition minoré, les titres ayant été acquis pour une valeur de convenance, le Comité a considéré que le contribuable, « *en acquérant les actions de la société holding, avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié* »<sup>386</sup>. La reconnaissance d'un aléa économique permet au Comité de considérer l'opération comme purement capitalistique. A l'inverse, le Comité de l'abus de droit a pu récemment émettre des avis favorables à l'administration fiscale en retenant l'abus de droit dans des cas pour lesquels aucun risque capitalistique ne semblait avoir été pris par les contribuables. Il a considéré dans ces cas que le contribuable « *était en réalité assuré, quel que soit le taux de rendement interne réalisé à la date de la cession (...), de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération* ». En l'absence de risque de perte, l'aléa n'est pas caractérisé ce qui permet au Comité de conclure que « *l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par [le cédant] au sein du groupe, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur* »<sup>387</sup>. Ainsi, le Comité s'attache à apprécier l'existence d'un risque, inhérent à tout investissement, ainsi que les caractéristiques de l'investissement afin d'établir un lien entre les modalités de la souscription et le contrat de travail, lorsque le dirigeant est également salarié. Si ce lien est établi et que le risque est absent, l'abus de droit pourra être établi et le gain réalisé sera imposé dans la catégorie des traitements et salaires.

**188. Conclusion de la section.** Lorsque, dans le cadre d'un schéma de LBO ou d'OBO, un dirigeant investit dans le rachat d'une société (cas des *managements packages*), la cession ultérieure des actions acquises lors de cette achat pose problème à l'administration fiscale. En effet, elle use régulièrement de son pouvoir de rectification pour requalifier le gain retiré de cette cession en revenus d'activités comme les traitements et salaires ou encore les BNC. Il convient de rappeler que le pouvoir général de requalification dont dispose

---

<sup>386</sup> V. en ce sens CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-10, FR F. Lefebvre 38/13, inf. 2 p. 4.

<sup>387</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-36, 2013-47 à 2013-52.

l'administration fiscale doit se différencier de la procédure d'abus de droit fiscal. Cette dernière est mise en œuvre, dans le cadre des *managements packages*, lorsque les BSA acquis dans le cadre du LBO ont été inscrits sur un PEA. Alors que l'administration fiscale y voit une rémunération liée à la casquette de dirigeant, le Conseil d'Etat admet l'application du régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières lorsque le dirigeant a adopté une démarche capitalistique, c'est-à-dire qu'il a agi en tant qu'actionnaire et non en tant que salarié, et lorsqu'il a pris un risque actionnarial, comme n'importe quel investisseur. L'abus de droit est écarté lorsque ces deux conditions sont réunies.

Afin d'éviter que l'administration fiscale ne retienne un prix minoré, il est préférable d'avoir recours à un expert indépendant pour estimer la valeur des BSA en fonction du prix du marché. Il est demandé aux managers d'assumer un engagement financier<sup>388</sup> et de justifier que l'outil est bel et bien un revenu de capital, dont le prix de souscription reflète de réels risques d'investisseur.

**189. Conclusion du chapitre.** Les stratégies visant à bénéficier du régime fiscal des plus-values sont mises en œuvre pour éluder l'application d'une autre catégorie de revenus, moins favorable pour le contribuable, comme par exemple les revenus de capitaux mobiliers ou les revenus d'activités, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Ces opérations se sont multipliées ces dernières années et se sont attirées les foudres de l'administration fiscale, qui voit dans ces montages l'existence d'un abus de droit fiscal.

Afin d'éluder les RCM, principalement deux opérations ont été imaginées et mises en œuvre par les contribuables et leurs conseils pour se placer sous le régime fiscal des plus-values de cessions de valeurs mobilières plutôt que sous celui des revenus de capitaux mobiliers. Quant à la cession des titres d'une société devenue « liquide », le Conseil d'Etat a pu juger que cette cessation d'entreprise n'entraîne pas *de facto* une dissolution avec liquidation de la société impliquant l'imposition d'un boni de liquidation. Par suite, en l'absence de preuve de l'administration fiscale du but exclusivement fiscal de l'opération, il ne s'agit que de la simple expression, par le contribuable, d'un choix pour la voie la moins imposée fiscalement. Quant au schéma d'OBO, c'est-à-dire la vente à soi-même d'une entreprise par son dirigeant, la Haute Juridiction administrative a rejeté l'abus de droit en raison des divers avantages retirés de l'opération, avantages autres que fiscaux, avec au

---

<sup>388</sup> F. VIGNALOU, M. MICHEL, *Contrôles fiscaux des entreprises : à quoi s'attendre en 2013 ?*, Option Finance 2013, n° 1208, p. 33.

premier chef un objectif patrimonial.

En présence de management packages, l'administration fiscale n'hésite pas à requalifier le gain retiré de la cession des actions acquises lors d'un LBO ou OBO en revenus d'activités, BNC ou traitements et salaires par exemple, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le risque d'abus de droit se retrouve principalement dans l'hypothèse où les BSA acquis lors d'un LBO sont inscrits dans un PEA. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat pose des conditions à respecter afin d'écarter tout risque fiscal.

**190. Conclusion du titre.** L'optimisation fiscale de la transmission du patrimoine privé trouve un véritable intérêt en matière de plus et moins-values des particuliers. Les contribuables et leurs conseils font preuve d'imagination quand il s'agit d'optimiser les plus-values, qu'il s'agisse de purger la plus-value, ou au contraire, de bénéficier de leur régime d'imposition plutôt que d'un autre. Cependant, et comme pour tout schéma d'optimisation fiscale, le risque d'abus de droit n'est jamais loin.

Les stratégies d'optimisation ayant pour objectif de purger les plus-values de cession n'échappent pas à ce risque fiscal. Les opérations d'apport-cession et de donation avant cession permettent la purge de la plus-value de cession en interposant une opération supplémentaire avant la cession. Tant le législateur que les juges sont intervenus afin d'encadrer ces techniques d'optimisation et des les sécuriser. Dès lors, et bien que certaines précautions s'imposent, lorsque le contribuable respecte les critères de mise œuvre de ces opérations, le risque d'être sanctionné sur le fondement de la procédure de l'abus de droit est limité, voire écarté.

Les stratégies d'optimisation visant à bénéficier du régime des plus et moins-values des particuliers en lieu et place des autres régimes d'imposition soumis au barème de l'impôt sur le revenu sont également surveillées par l'administration fiscale. Cependant, ces opérations sont en perte d'intérêt d'un point de vue fiscal. En effet, depuis la réforme du régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières, applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values sont soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu, comme les revenus de capitaux mobiliers ou encore les revenus d'activités. Ainsi, ces montages, qui servaient précisément à éluder l'application de ces catégories d'imposition et donc le barème de l'impôt sur le revenu, ne trouvent plus réellement d'avantage fiscal. Ils conservent cependant leur intérêt sur tous les autres plans, comme par exemple l'intérêt

patrimonial indéniable du schéma d'OBO. Il convient de préciser, toutefois, que pour les *management packages* dans le cadre du BSA inscrits sur un PEA, l'intérêt fiscal est intact puisque la cession de titres inscrits sur un PEA est exonérée d'impôt sur la plus-value.

**191.** L'optimisation de la transmission du patrimoine privé concerne le régime des plus et moins-values des particuliers mais également le régime des droits de mutation, seconde imposition due en cas de transmission patrimoniale.

## **TITRE 2. L'optimisation fiscale des droits de mutation**

**192. Définition des droits de mutation.** L'expression « droits de mutation » se rapporte aux droits d'enregistrement. Le mot « enregistrement » désigne à la fois la formalité d'enregistrement et l'impôt. L'étude de l'optimisation des droits de mutation se rapporte à l'imposition en elle-même.

Les droits de mutation regroupent à la fois les droits de mutation à titre onéreux en cas de cession d'un bien et les droits de mutation à titre gratuit se rapportant aux libéralités et aux successions. Ces opérations de transmission patrimoniale se distinguent en fonction de leur nature. Comme pour les autres impôts, les droits de mutation sont parfois élevés et des opérations ont été initiées afin de réduire l'assiette de ces droits, voire d'éluider leur application.

**Chapitre 1 – La volonté de réduire l'assiette des droits de mutation**

**Chapitre 2 – La volonté d'éluider les droits de mutation à titre gratuit**

# **Chapitre 1. La volonté de réduire l'assiette des droits de mutation**

**193.** La volonté de réduire l'assiette des droits de mutation est une expression de la liberté de gestion du contribuable, celui-ci cherchant à transmettre son patrimoine privé de la façon la moins imposée. Là encore, cette liberté n'est pas absolue et la limite de l'abus de droit est un risque fiscal à prendre en considération.

En premier lieu, le coût fiscal des droits de mutation à titre onéreux a conduit les contribuables et leurs conseils à créer des techniques permettant de réduire l'imposition, notamment en matière de cession de titres sociaux. En effet, le coût fiscal de ces cessions est très variable selon qu'il s'agit d'une cession de parts sociales ou d'une cession d'actions. C'est pourquoi il a été imaginé un schéma permettant la transformation d'une SARL en société par actions avant d'en céder les titres. L'étude de ce mécanisme permettra d'écarter le risque d'abus de droit pour le contribuable.

Beaucoup de contribuables songent, à un moment donné, à préparer leur succession et ont ainsi la volonté de transmettre gratuitement leur patrimoine de manière anticipée, le plus souvent au profit de leurs enfants. Cependant, cette transmission entre vifs peut parfois représenter un coût fiscal élevé. C'est pourquoi il est intéressant d'envisager la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit grâce à l'opération d'apport-donation qui permet de diminuer le coût des droits de donation, mais qui poursuit également des intérêts autres que fiscaux intéressants.

L'étude de l'optimisation des droits de mutation en matière de transmission du patrimoine privé doit également suivre cette dichotomie des impositions en fonction de la nature des opérations. C'est pourquoi il convient d'analyser, dans un premier temps, la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux, puis, dans un second temps, la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit.

## **Section 1 – La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux**

## **Section 2 – La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit**

## Section 1. La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux

**194. Droits d'enregistrement sur cession de titres sociaux.** Les cessions d'actions, de parts de fondateurs ou de parts bénéficiaires sont soumises à un droit de mutation de 0,1 %<sup>389</sup>. Dans les sociétés par actions cotées, le droit n'est exigible que si les cessions sont constatées par un acte. Dans les sociétés non cotées, en revanche, le droit est exigible même en l'absence d'acte. Les cessions de parts sociales dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions sont soumises à un droit de 3 %, qu'elles soient ou non constatées par un acte<sup>390</sup>. Enfin, les cessions de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière<sup>391</sup> sont soumises à un droit de 5 %, qu'il s'agisse d'actions ou de parts sociales.

**195. L'assiette des droits de mutation à titre onéreux pour cession de titres sociaux.** L'assiette des droits est, en principe, le prix exprimé et le capital des charges qui peuvent s'ajouter au prix, ou l'estimation des parties si la valeur réelle est supérieure au prix augmenté des charges. Pour les cessions de parts autres que celles de sociétés à prépondérance immobilière, l'assiette du droit est réduite d'un abattement égal, pour chaque part sociale, au rapport entre 23 000 € et le nombre total de parts de la société<sup>392</sup>.

**196. Exemple chiffré.** Soit une SARL dont le capital social est divisé en 400 parts sociales de 150 € chacune. En cas de cession de la totalité des parts sociales de la SARL pour un montant de 60.000 €, le calcul des droits d'enregistrement serait le suivant. Il convient tout d'abord d'appliquer l'abattement correspondant au rapport, pour chaque part sociale, entre 23.000 € et le nombre de parts cédées, soit en dans l'exemple de l'espèce  $23.000 \times (400/400)$ , soit un abattement de 23.000 €. Ainsi, les droits de mutation à titre onéreux dus s'élèvent à 1.110 €  $((60.000 - 23.000) \times 3\%)$ . Si la SARL est transformée en SA avant cession des titres sociaux, la cession portera sur des actions. Les droits d'enregistrement s'élèveraient dans cette hypothèse à 60 €  $(60.000 \times 0,1\%)$ . Il est donc préférable, d'un point de vue fiscal, de céder

---

<sup>389</sup> CGI, Art 726, I, 1<sup>o</sup>, applicable pour les cessions réalisées à compter du 1<sup>er</sup> août 2012.

<sup>390</sup> CGI, Art. 726, I, 1<sup>o</sup>bis.

<sup>391</sup> Est considérée comme à prépondérance immobilière la personne morale dont l'actif est, ou a été au cours de l'année précédant les cessions en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales elles-mêmes à prépondérance immobilière. Contrairement à ce qui est prévu pour le régime des plus-values, les immeubles affectés par la société à sa propre exploitation sont pris en compte pour l'appréciation de la prépondérance immobilière.

<sup>392</sup> CGI, Art. 726 III.

des actions plutôt que des parts sociales.

**197. Exposé du schéma.** Ainsi, pour éviter de payer les droits d'enregistrement sur cession de parts sociales, un montage a été mis en place qui consiste en la transformation d'une SARL en société par actions préalablement à la cession des titres sociaux. La cession a pour objet des actions et non des parts sociales, ce qui est plus avantageux fiscalement. Il n'y a que très peu de jurisprudence sur ce type de montage. La plus marquante est sans aucun doute l'arrêt RMC France, seul arrêt rendu par la Cour de cassation en la matière.

**198. Arrêt RMC France.** Dans cette espèce, les associés personnes physiques d'une SARL souhaitaient céder le contrôle de la société. Dans un premier temps, l'assemblée générale extraordinaire des associés a décidé une augmentation de capital ainsi qu'une transformation de la société en société anonyme. Dans un second temps, les associés personnes physiques ont cédé les actions qu'ils détenaient dans la société anonyme. L'administration fiscale a notifié à la société un redressement pour abus de droit considérant que la transformation de la société suivie de la cession des actions était une opération répondant au motif exclusivement fiscal de bénéficier du régime des droits d'enregistrement applicable aux cessions d'actions. Elle a mis en recouvrement les droits d'enregistrement correspondant à une cession de parts sociales. Par un jugement du 22 juin 1994, le tribunal de grande instance d'Albi a rejeté la demande en annulation du redressement, considérant que la décision d'achat des titres sociaux avait eu lieu avant la transformation et ainsi, que le seul but de la transformation était de diminuer le montant des droits. Cependant, la Cour de cassation a conclu à la régularité de l'opération tant au regard du critère de la fictivité qu'au regard de celui du but exclusivement fiscal dans un arrêt du 10 décembre 1996<sup>393</sup>, relativement remarqué.

---

<sup>393</sup> Cass. Com. 10 décembre 1996, n° 94-20070, Sté RMC France, Droit fiscal 1997, n° 17, comm. 471, P. DIBOUT.

## **§ 1. L'absence de fictivité de la transformation d'une SARL en société par actions avant la cession des titres sociaux**

**199.** La Haute Juridiction valide le montage de « transformation-cession » en écartant la fictivité du fait, dans un premier temps, de la régularité de l'opération de transformation avant cession, et dans un second temps, de l'absence de création d'un être moral nouveau.

### **A. La régularité de l'opération de transformation de la société avant cession des titres sociaux**

**200.** Afin de rejeter le grief de l'abus de droit pour simulation, il est nécessaire que la transformation de la société soit régulière et effective. De plus, la Cour de cassation se fonde sur la distinction des deux opérations de transformation et de cession pour écarter la fictivité.

#### **1. Une transformation régulière et effective**

**201. Transformation d'une SARL en sociétés par actions.** La transformation d'une société est l'opération consistant à changer sa forme juridique. Dans l'arrêt RMC France, il s'agissait de la transformation d'une SARL en société anonyme. Les transformations de société donnent ouverture, en principe, à un simple droit fixe d'enregistrement de 125 €. La transformation d'une SARL en SA entraîne, certes, une diminution de la protection des associés, mais permet de poursuivre un objectif d'optimisation fiscale, la cession d'actions étant fiscalement plus favorable que la cession de parts sociales. Cependant, et afin que cet objectif ne tombe pas sous le grief d'abus de droit, la transformation doit être régulièrement effectuée et respecter certaines règles de droit commun.

Le choix de la forme sociétaire se porte aujourd'hui davantage vers la société par actions simplifiées (SAS). En effet, cette dernière est appréciée pour sa flexibilité, là où la société par actions est connue pour sa rigidité, notamment en matière de majorités. La SAS est une forme d'organisation de l'entreprise empreinte d'une grande liberté contractuelle : « *les règles de*

*fonctionnement procèdent de la convention des parties, la réglementation de la SA étant applicable pour le surplus »*<sup>394</sup>. Parmi les principaux avantages reconnus à la SAS, il y a par exemple la possibilité de constituer une société à associé unique (SASU), à l'instar de la SARL, ce qui n'est pas possible en matière de SA. La transformation d'une SARL en SAS sera désormais préférée à une transformation en SA. En effet, l'avantage fiscal recherché est identique : céder des actions plutôt que des parts sociales. Mais la liberté d'organisation en fait une cible prioritaire par rapport à la SA. Cependant, la transformation d'une société en SAS suppose également, à l'instar de la transformation en SA, le respect de certaines règles de droit commun afin d'écartier tout risque de transformation irrégulière.

**202. Majorité et quorum requis pour une transformation en SA.** Selon l'alinéa 2 de l'article L. 223-43 du Code de commerce, « *la transformation en société anonyme est décidée à la majorité requise pour la modification des statuts. Toutefois, elle peut être décidée par des associés représentant la majorité des parts sociales si les capitaux propres figurant au dernier bilan excèdent 750.000 euros* ». La majorité requise pour la modification des statuts d'une SARL est la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés, tout en précisant qu'une majorité plus élevée peut être prévue par les statuts. Par ailleurs, la loi du 2 août 2005 a mis en place un quorum. Dorénavant, pour que l'assemblée générale puisse délibérer valablement sur les modifications statutaires, les associés présents ou représentés doivent posséder un nombre minimal de parts sociales : sur première convocation, un quart des parts sociales ; sur deuxième convocation, un cinquième de celles-ci<sup>395</sup>.

**203. Majorité requise pour une transformation en SAS.** Selon l'article L 227-3 du Code de commerce, « *la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés* ». L'unanimité s'entend nécessairement de la totalité des associés liés par le pacte social et pas seulement de ceux des actionnaires présents ou représentés à l'assemblée. Par ailleurs, il n'existe aucune règle de quorum dans cette hypothèse.

---

<sup>394</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 958.

<sup>395</sup> Ces modalités de calcul des majorités pour les décisions extraordinaires concernent les SARL constituées après la publication de la loi du 2 août 2005 (Loi n° 2005-882 du 2 août 2005). Pour les sociétés constituées avant la publication de cette loi, et contrairement au cas précédent, aucun quorum n'est requis et il n'est pas possible d'aggraver dans les statuts ces conditions de majorité, toute clause exigeant une majorité plus élevée étant réputée non écrite. Les modifications statutaires sont prises par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales (C. Com., art. L 223-30).

**204. Respect des règles propres aux sociétés par actions.** Dans l'hypothèse où la SARL qui se transforme en SA ou SAS n'a pas de commissaire aux comptes, la désignation d'un ou plusieurs commissaires à la transformation chargés d'apprécier la valeur des biens composant l'actif social est obligatoire.

Dans le cas particulier d'une transformation en SA, outre les conditions tenant au rapport sur la situation de la société et à la vérification de la valeur des biens composant l'actif social, la transformation ne peut être réalisée que si les règles particulières à la forme nouvelle adoptée sont respectées. Ainsi, les statuts de la SARL devront être mis en conformité avec les règles relatives aux sociétés anonymes, à savoir un nombre d'associés au moins égal à sept et un capital minimal de 37 000 €. Par ailleurs, l'activité exercée par la SARL ne doit pas être interdite à la SA.

**205.** Dans l'arrêt RMC France, la transformation de la SARL en SA est décidée à la majorité des associés requise pour la modification des statuts. Les règles susvisées sont donc remplies. Par conséquent, la Cour de cassation décide que la transformation est « *régulière et effective* » et « *entraîne des effets multiples* » ce qui a pour effet d'écarter le grief d'abus de droit pour fictivité, d'autant plus que l'opération de transformation est nécessairement distincte de la cession ultérieure des actions.

## 2. L'opération de transformation nécessairement distincte de la cession des actions

**206. Preuve de l'indivisibilité de l'opération de « transformation-cession ».** Pour l'Administration fiscale, la transformation d'une SARL en société par actions suivie de la cession des actions est une opération complexe et indivisible. Cet argument de l'Administration a notamment été mis en avant, notamment, dans l'arrêt KODAK-PATHE. Les faits étaient les suivants : les cogérants d'une SARL envisageaient d'en céder le contrôle à un autre groupe. Par une assemblée générale extraordinaire, il a été décidé de la transformation de la société en SA afin de « *faciliter les mouvements des titres devant intervenir* »<sup>396</sup>. Quelques mois après, la cession des actions est intervenue sans qu'aucun acte

---

<sup>396</sup> M. COZIAN, *Abus de droit – Transformation d'une SARL en SA préalable à une cession massive de droits sociaux – Transformation opérée dans le but exclusif d'éluider l'impôt sur les cessions de parts (non) – preuve de l'indivisibilité de l'opération de « cession-transformation » (non) – Abus de droit (non). Requalification de la cession d'actions en parts sociales*, Dr. Fisc. 1992, n°41, comm. 1882.

ne soit rédigé. Alors que l'Administration invoque l'abus de droit en mettant en avant la mise en œuvre d'une opération complexe et indivisible, le Tribunal de Grande Instance de Paris rejette l'abus de droit au motif que l'Administration n'a pas apporté la preuve du caractère indivisible de l'opération de « transformation-cession » et que l'opération a été motivée notamment, « *par les contraintes d'un marché étroit, la modification du mode de gestion et le développement des affaires de la SARL, les facilités résultant de la transformation en SA pour les mouvements de titres à venir et, enfin, la modification de la stratégie économique de la société favorisée par la transformation réalisée* »<sup>397</sup>. Le tribunal rejette ici la position de l'Administration selon laquelle « *la transformation aurait été la condition de la cession des titres* ».

**207. Principe de la distinction des opérations.** Alors que la jurisprudence antérieure du TGI de Paris estimait nécessaire que la preuve de l'indivisibilité des opérations de transformation et de cession d'actions soit rapportée pour pouvoir alléguer l'abus de droit, la Cour de cassation pose le principe selon lequel ces deux opérations sont nécessairement distinctes. Dès lors que la transformation est régulière et effective, ce qui a été démontré précédemment, les opérations de transformation et de cession des actions ne sont pas indivisibles. En effet, la transformation est une opération décidée par les organes sociaux de la SARL. La cession, quant à elle, est décidée par les associés pris individuellement. De ce fait, « *c'est en des qualités différentes que les associés peuvent participer aux deux opérations dont l'amalgame est juridiquement impossible, quel que soit le délai qui les a séparées* »<sup>398</sup>. Pour la Cour de cassation, le principe est celui de la régularité de ce schéma. Il n'est plus besoin d'apporter la preuve de l'indivisibilité des opérations de transformation et de cession puisque ces opérations sont nécessairement distinctes. Les cédants ne sont pas les transformants. Ainsi, dès lors que la transformation est décidée par les organes sociaux compétents en respect des règles prévues par le droit des sociétés, elle est régulière et ne peut être considérée comme fictive.

---

<sup>397</sup> TGI Paris, 2<sup>ème</sup> chambre, 2<sup>ème</sup> Section, 14 mai 1992, n° 91-13.735, Sté Kodak-Pathé c/ DGI, Dr. Fisc. 1992, n° 41, comm 1882 de M. COZIAN.

<sup>398</sup> P. DIBOUT, *Cession de droits sociaux – Transformation d'une SARL en SA – Cession d'actions par les associés – Transformation ayant pour seul but d'éviter le droit de cession de parts sociales – Abus de droit non démontré en l'absence d'un retour de la SARL à sa forme antérieure*, Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471.

**208.** La Cour de cassation fait « *sentir son attachement aux principes du droit des sociétés* »<sup>399</sup> comme elle avait déjà pu le faire auparavant dans un arrêt LES BANQUETTES ROUGES. Dans cette affaire, la Cour avait notamment décidé que « *la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une société nouvelle, et qu'une cession de parts sociales à un tiers, comme c'est le cas, même si elle porte sur la totalité de ces parts, ne peut être assimilée à la cession du fonds de commerce constituant l'actif de la société concernée* »<sup>400</sup>. Comme le laisse supposer implicitement cet arrêt, la transformation d'une SARL en SA n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle.

## **B. L'absence de création d'être moral nouveau**

**209. Problématique.** « *L'adoption de la forme nouvelle implique-t-elle la création d'un être moral nouveau ?* »<sup>401</sup>. Telle est la problématique qui se pose depuis longtemps face à une transformation de société. La réponse semble être aujourd'hui logiquement établie : la transformation d'une société n'entraîne pas la création d'un être moral nouveau, d'autant plus que le législateur prévoit explicitement que « *la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* »<sup>402</sup>. Avant d'en arriver à cette solution, des courants doctrinaux et de nombreuses jurisprudences se sont développés.

### 1. La justification doctrinale

**210. Exposé des thèses en présence.** Sur la question de savoir si la transformation d'une société en une société d'une autre forme entraîne la disparition de l'être moral et la création d'un être moral nouveau, la thèse de Jacques TREILLARD apporte une réponse négative<sup>403</sup>. L'auteur commence par exposer le système classique selon lequel « *la transformation d'une société ne porte pas atteinte à la pérennité de sa personnalité morale*

<sup>399</sup> P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 573.

<sup>400</sup> Cass. Com. 12 juillet 1993, n° 1383 D, SNC Les Banquettes rouges c/ SCI du 28, rue Monsieur-le-Prince, BJS 1993, §340, note M. BOIZARD.

<sup>401</sup> J. TREILLARD, *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers*, Thèse, Bordeaux, 1951, p. 113.

<sup>402</sup> C. civ., art. 1844-3, créé par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978.

<sup>403</sup> J. TREILLARD, thèse, op. cit.

*lorsque l'éventualité de l'opération a été prévue par un texte de loi ou par les statuts primitifs* »<sup>404</sup>. A l'inverse, et selon WAHL, la transformation emporte dissolution de la société qui se transforme, et création d'une société nouvelle. Il justifie sa position en estimant qu'une « *société qui abandonne sa forme primitive pour en prendre une autre, rentre dans une catégorie légale différente et se dépouille de la personnalité attachée à sa première forme, pour acquérir la personnalité attachée à une forme différente* »<sup>405</sup>. D'autres auteurs<sup>406</sup>, enfin, ont retenu la thèse de la novation. La transformation entraînerait une novation par changement des obligations réciproques des associés et, par conséquent, l'extinction de ces obligations. Selon cette thèse, la transformation de la société crée une société nouvelle.

**211. Thèse retenue.** Jacques TREILLARD critique la thèse de la novation ainsi que celle de WAHL. Concernant la thèse de la novation, il estime qu'il convient de distinguer l'acte créateur de la société et « *l'être moral créé, qui domine le contrat et lui survit lorsque celui-ci est nové* »<sup>407</sup>. La novation se fait au niveau du contrat de société et en affecte la forme, le but, l'organisation, mais elle ne peut pas agir sur la personne morale en tant qu'être abstrait. Pour Jacques TREILLARD, la transformation d'une société en une société d'une autre forme n'est qu'une modification statutaire. Cette thèse mérite d'être retenue. En effet, le simple changement de forme n'entraîne pas la disparition de l'être moral. Les composantes de la personnalité morale, bien que difficiles à définir avec précision, ne sont pas atteintes par un changement de forme social. En effet, la personnalité morale, en tant que sujet de droit autonome, se détermine avant tout par son autonomie patrimoniale. Malgré la forte interdépendance de la personne morale avec ses membres, elle a un intérêt propre et un pouvoir d'agir en justice dans un intérêt distinct de l'intérêt personnel de ses membres. Comme a pu le préciser le Professeur Guillaume WICKER dans un article paru dans les Etudes à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT, « *c'est donc des prérogatives appartenant au groupement que doit se déduire sa personnalité morale* »<sup>408</sup>, et non de sa forme sociale.

Malgré l'existence de thèses contradictoires, il apparaît logique de retenir celle selon laquelle le changement de forme sociale est sans incidence sur l'existence même de l'être

---

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>405</sup> WAHL, *De la transformation des sociétés*, Journal des sociétés, 1910, p. 97.

<sup>406</sup> LACOUR, *Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ?*, Journal des sociétés, 1913, p. 97 ; M. AUGER, *Revue des Sociétés*, 1925, p. 163 et s.

<sup>407</sup> J. TREILLARD, thèse préc., p. 130.

<sup>408</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit*, in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec, 2009, p. 705.

moral. La jurisprudence a pu confirmer cette position doctrinale à diverses reprises.

## 2. La justification jurisprudentielle

**212. Simple changement de forme sociale.** La jurisprudence considère depuis longtemps que la transformation d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'un être moral nouveau dès lors que la transformation n'est pas fictive. En ce sens, l'arrêt RMC France ne fait que confirmer la jurisprudence antérieure qui écartait déjà l'idée de création d'un être moral nouveau en cas d'opération de « transformation-cession ». Cette solution a notamment été retenue dans un arrêt BEAUVALLET<sup>409</sup> dans lequel la chambre commerciale a considéré que « *la cession, en deux étapes, de la totalité des actions d'une société anonyme (ensuite transformée en SARL) n'entraîne pas changement d'être moral* »<sup>410</sup> et a motivé sa cassation par le fait que la société « *n'a jamais cessé d'exister en tant que personne morale* ». La Cour de cassation a confirmé sa position dans plusieurs arrêts ultérieurs et notamment dans l'arrêt précité du 12 juillet 1993 dans lequel elle retenait que la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme ne vaut pas création d'une personne morale nouvelle. En effet, « *la transformation n'est qu'un changement de forme sociale* » qui « *vise exclusivement à modifier la forme et donc à changer le régime juridique de la société* » mais celle-ci conserve son autonomie<sup>411</sup>.

La jurisprudence de la chambre commerciale confirme ainsi les thèses de Monsieur TREILLARD en ce sens où la transformation d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'un être moral nouveau lorsque la transformation est régulière. L'article 1844-3 du Code civil énonce explicitement cette solution ce qui a pour conséquence de rendre le débat sans objet. Il convient donc de défendre la régularité de l'opération de « transformation-cession » au regard de l'abus de droit par fictivité. De plus, la finalité de l'opération la place *de facto* en dehors du champ de L.64 du LPF.

---

<sup>409</sup> Cass. Com. 7 mars 1984, Société Beauvallet, n° 248, Dr. Fisc. 1984, n° 26, comm. 1293.

<sup>410</sup> C. DAVID, O. FOUQUET, B. PLAGNET, P.-F. RACINE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 21, p. 433.

<sup>411</sup> D. LANGE, Transformation, Rép. Sociétés Dalloz, Septembre 2005, MAJ janvier 2012, § 20 et s.

## § 2. L'absence d'exclusivisme fiscal de la transformation d'une SARL en société par actions avant la cession des titres sociaux

**213. Principe de validité du schéma.** Le principe selon lequel « *la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, précédant la cession massive des actions, ne relève pas de l'abus de droit* »<sup>412</sup> a été dégagé par les juges du fond en 1992. Cette première décision rendue dans ce domaine a fait date mais une confirmation de la Cour de cassation était toutefois attendue par la doctrine. C'est chose faite avec l'arrêt RMC France qui reprend le principe susvisé dégagé par le TGI de Paris tout en posant des conditions permettant d'écarter le grief de l'abus de droit. Cet arrêt a également marqué les esprits au regard de la notion d'effets multiples qu'il développe.

### A. Une solution conditionnelle

**214.** La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette l'abus de droit dans le cadre de l'affaire RMC France au motif que le tribunal a considéré l'opération comme un montage entrant dans le champ de l'article L. 64 du LPF, sans constater que la société était revenue à sa forme initiale. Par cette solution, la régularité de l'opération de « transformation-cession » est validée à la condition que la société ne revienne pas à sa forme initiale après la cession des actions.

#### 1. L'absence de retour à la forme initiale

**215. Exception au principe de régularité.** La transformation d'une SARL en société par actions suivie de la cession des actions est une opération régulière à la condition que la société par actions ne redevienne pas une SARL. Dans cette dernière hypothèse, l'abus de droit pour fraude à la loi pourra être retenu. Il est facilement imaginable que la transformation ait eu lieu dans le seul but d'éviter l'application des droits de mutation à titre onéreux applicables en cas de cession de parts sociales. Il s'agira donc ici d'un problème de

---

<sup>412</sup> M. COZIAN, *Abus de droit – Transformation d'une SARL en SA préalable à une cession massive de droits sociaux – Transformation opérée dans le but exclusif d'éviter l'impôt sur les cessions de parts (non) – preuve de l'indivisibilité de l'opération de « cession-transformation » (non) – Abus de droit (non). Requalification de la cession d'actions en parts sociales*, Dr. Fisc. 1992, n°41, comm. 1882.

preuve pour l'administration fiscale qui devra démontrer que la transformation initiale n'a eu lieu que dans le seul but d'éluider les droits de mutation pour cession d'actions, autrement dit que « *les parties utilisent l'instrument juridique de la restructuration comme un produit jetable après en avoir consommé le fruit fiscal* »<sup>413</sup>.

Cependant, même dans l'hypothèse où il y a un retour à la forme initiale, l'abus de droit n'est pas automatique. Il est possible que ce retour en arrière soit justifié par des motifs autres que fiscaux comme par exemple la simplicité liée aux organes sociaux : « *alors que l'organisation d'une SA nécessite la mise en place d'organes internes collégiaux (conseil d'administration ou directoire et conseil de surveillance), il suffit d'un seul gérant (un associé ou un tiers) pour diriger une SARL* »<sup>414</sup>. Les intérêts autres que fiscaux pouvant justifier un retour à la forme initiale de SARL peuvent également être la possibilité laissée aux associés non gérants et aux gérants non majoritaires d'être salariés de la société, ou encore les coûts de fonctionnement moindres notamment en raison de l'absence d'obligation de nommer un commissaire aux comptes et donc de l'absence de rémunération d'un tel contrôleur.

**216. Appréciation *in concreto*.** L'appréciation du caractère frauduleux du retour à la forme initiale doit se faire *in concreto*. Il conviendra de prendre en compte les motivations des protagonistes ou encore le bref délai entre la transformation initiale suivie de la cession, et la transformation pour retour à la forme initiale. En d'autres termes, « *il peut y avoir abus de droit, en réalité, lorsque les effets de la première transformation ont été rapidement neutralisés par la seconde, hormis le régime fiscal applicable à la cession des actions* »<sup>415</sup>. Il n'en reste pas moins qu'une SARL transformée en SA peut revenir à sa forme initiale pour des motifs autres que fiscaux. Ainsi, l'appréciation du caractère abusif ne pourra se faire qu'au cas par cas en tenant compte d'un faisceau d'indices.

La Haute Juridiction pose une condition à la validité du mécanisme de transformation avant cession, ce qui vient appuyer l'idée de sécurisation de cette opération au regard de l'abus de droit.

---

<sup>413</sup> M. COZIAN, *Les risques d'abus de droit dans les opérations de restructuration*, BF 2/97, p. 93.

<sup>414</sup> Mémento Transmissions d'entreprise, Ed. F. Lefebvre, 2013-2014, § 22145.

<sup>415</sup> P. DIBOUT, *Cession de droits sociaux – Transformation d'une SARL en SA – Cession d'actions par les associés – Transformation ayant pour seul but d'éviter le droit de cession de parts sociales – Abus de droit non démontré en l'absence d'un retour de la SARL à sa forme antérieure*, Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471.

## 2. La sécurisation du schéma de « transformation-cession »

**217. Insuffisance du seul retour à la forme initiale.** L'arrêt RMC France se pose en arrêt de principe pour les hypothèses de transformation de SARL en SA avant cession massive des droits sociaux. La Cour de cassation a permis de sécuriser le schéma en le mettant à l'abri du grief de l'abus de droit fiscal « *mis à part le cas, très improbable, où il y aurait un retour à la forme sociale initiale après transformation* »<sup>416</sup>. De ce fait, dès lors que la transformation est régulière et la fictivité écartée, seul le retour à la forme initiale pourrait permettre à l'Administration fiscale de poursuivre le schéma sur le fondement de l'article L. 64 du LPF. Mais encore faut-il que cette seconde transformation ait un but exclusivement fiscal. En effet, le simple retour à la forme initiale est insuffisant à lui seul pour retenir le caractère abusif de l'opération de « transformation-cession ». Il appartiendra à l'Administration de démontrer que les deux transformations ont été réalisées que dans le seul but d'éluder l'application du régime des droits de mutation à titre onéreux pour cessions de parts sociales. Comme précisé précédemment, cette démonstration devra s'appuyer sur un faisceau d'indices comme le délai entre l'opération de « transformation-cession » et la seconde transformation et surtout les motivations des contribuables.

**218. Précautions.** Afin d'éviter ce risque, il est vivement conseillé aux contribuables de se pré-constituer des preuves. Pour cela, il est nécessaire de mettre en avant les motifs autres que fiscaux ayant motivé la (ou les) transformation (s) dans les décisions des associés décidant de la transformation.

Le schéma de transformation avant cession est validé depuis l'arrêt RMC France dans lequel la Cour de cassation a posé la régularité conditionnelle de l'opération allant vers une plus grande sécurité juridique pour les contribuables. Cet arrêt a également développé la notion d'effets multiples.

---

<sup>416</sup> F. NOQUE, *Transformation d'une SARL en SA préalable à une cession massive de droits sociaux (suite et fin...)*, JCP E 1997, n° 24, sommaire 1.

## B. La mise en œuvre de la notion d'effets multiples

**219.** La notion d'effets multiples a été dégagée par l'arrêt RMC France précité<sup>417</sup> dans l'hypothèse d'une transformation de SARL en société par actions avant cession massive des droits sociaux. Après en avoir donné la définition, il conviendra de noter que cette notion innovante reste toutefois critiquée.

### 1. La définition de la notion d'effets multiples

**220. Décision de principe.** La notion d'effets multiples a été mise en avant pour la première fois dans l'arrêt RMC FRANCE rendu par la Cour de cassation le 10 décembre 1996<sup>418</sup>. Selon la haute juridiction, « *la transformation régulière et effective d'une SARL en SA décidée par les associés à la majorité requise pour la modification des statuts, entraîne des effets multiples et est une opération nécessairement distincte de la cession ultérieure des actions par les associés individuellement* »<sup>419</sup>.

**221. Explication de la notion.** Pour rappel, l'abus de droit comporte deux branches : la fictivité de l'opération et son but exclusivement fiscal. En cas d'absence de fictivité, les juges du fond ne pourront caractériser l'abus de droit qu'en constatant l'absence de motifs autres que fiscaux ainsi que le détournement de l'intention du législateur. Or, selon la notion d'effets multiples dégagée par la jurisprudence susvisée, « *lorsque, par sa nature même, l'opération critiquée par l'Administration, qui est régulière et effective, produit des effets multiples* », la complexité de cette opération qui produit diverses conséquences autres que fiscales fait obstacle à l'affirmation du but exclusivement fiscal.

**222. Lien avec la notion de substance.** La notion de montage dépourvu de toute substance justifiant la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit a été dégagée par les

---

<sup>417</sup> V. *supra* n° 198.

<sup>418</sup> Cass. Com. 10 décembre 1996, n° 94-20.070, Sté RMC France ; Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471, note de P. DIBOUT.

<sup>419</sup> P. DIBOUT, *Cession de droits sociaux – Transformation d'une SARL en SA – Cession d'actions par les associés – Transformation ayant pour seul but d'éviter le droit de cession de parts sociales – Abus de droit non démontré en l'absence d'un retour de la SARL à sa forme antérieure*, Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471.

arrêts PLEIADE et SAGAL<sup>420</sup>. Les sociétés PLEIADE et SAGAL détenaient des participations dans une société holding luxembourgeoise. La société holding ne pouvait pas être déclarée comme fictive en raison du fonctionnement réel de ses organes sociaux et des placements financiers qu'elle effectuait. Cependant, les deux sociétés objets du litige ne participaient réellement ni à la gestion de la société ni à la vie sociale et n'avaient par conséquent aucun intérêt économique à participer à la société holding. Selon le Conseil d'Etat, la société holding aurait pu exercer son activité en France et sa localisation au Luxembourg ne procédait que d'une volonté d'éviter l'impôt. La participation des sociétés incriminées « *ne revêt aucune justification économique* » et la société luxembourgeoise « *est dépourvue de toute substance* »<sup>421</sup>. Par conséquent, bien que la société ne soit pas fictive, si le montage ne recouvre aucune réalité économique, financière ou juridique, le grief d'abus de droit est retenu étant donné que le seul motif de la création de la société résulte dans l'avantage fiscal qu'elle a pu en retirer. A l'inverse, à partir du moment où « *la situation de l'auteur du montage est substantiellement changée, que ce soit au plan juridique, économique et/ou financier, les actes juridiques et le montage ne sont pas dépourvus de substance* », et « *l'abus de droit doit être écarté* »<sup>422</sup>. Il semble que les deux notions d'effets multiples et de substance soient liées. En effet, un montage dépourvu de substance économique ou juridique au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat ne peut pas produire d'effets multiples au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. A l'inverse, « *les effets multiples de nature juridique* » produits par une opération complexe, comme celle de l'apport-donation<sup>423</sup>, attestent « *de la substance et donc de l'absence de caractère purement artificiel, tant des sociétés mises en place que du montage lui-même, d'où l'absence d'abus de droit* »<sup>424</sup>.

En mettant en avant la notion d'effets multiples, la Cour de cassation dans l'arrêt RMC France écarte l'abus de droit dès lors qu'une opération complexe produit des effets juridiques, économiques et/ou financiers, ces effets multiples étant des motifs extra-fiscaux permettant de justifier l'absence de but exclusivement fiscal. Est-ce à dire qu'à chaque fois qu'un montage met en œuvre des opérations complexes et qu'il produit, de ce simple fait, des conséquences multiples autres que fiscales, l'abus de droit devra être écarté automatiquement ? La réponse n'est pas aussi évidente.

---

<sup>420</sup> CE 18 février 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510 ; CE 18 mai 2005, n° 267087, min. c. Sté SAGAL, RJF 2005, n° 910.

<sup>421</sup> CE 18 février 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510.

<sup>422</sup> P. FERNOUX, *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, Dr. Fisc. 2008, n° 25, §3.

<sup>423</sup> V. en ce sens à propos de l'arrêt BOTHEREL, P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. Fisc. 2007, n° 12, 302, § 22 et s.

<sup>424</sup> P. FERNOUX, *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, op. cit., §8.

## 2. Le champ d'application limité de la notion d'effets multiples

**223. Application bienvenue aux opérations de « transformation-cession ».** La notion d'effets multiples dégagée par l'arrêt RMC France a été créée pour une hypothèse de transformation de SARL en SA avant cession des titres sociaux. Or, en l'absence de fictivité et de retour à la forme initiale, la Cour de cassation écarte automatiquement l'abus de droit en considérant que l'opération n'a pas été réalisée dans un but exclusivement fiscal. En effet, la transformation de la SARL en SA comporte d'autres motifs que le simple but d'éviter l'application du régime de cession des parts sociales. Ce sont donc les effets multiples de l'opération qui justifient la régularité du schéma.

**224. Application controversée aux autres opérations d'optimisation fiscale.** A l'inverse, et comme précisé précédemment<sup>425</sup>, il n'apparaît pas opportun d'étendre cette notion d'effets multiples à toutes les opérations. En effet, la plupart des opérations sont considérées comme complexes dans la mesure où il est rare qu'une opération produise des effets uniquement sur le plan fiscal. En appliquant l'arrêt RMC France de façon automatique à ces opérations, cela reviendrait à limiter l'abus de droit à la seule branche de la simulation, comme c'était le cas auparavant, et à nier l'existence de la seconde branche qu'est la fraude à la loi et la recherche du but exclusivement fiscal. Il n'est donc pas souhaitable que la notion d'effets multiples soit étendue à d'autres montages d'autant que la Cour de cassation n'a jamais réutilisé cette notion par la suite.

**225. Conclusion de la section.** La transformation de SARL en SA avant la cession massive des titres sociaux est validée par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui écarte automatiquement tout risque d'abus de droit dès lors que la transformation est régulière et dans l'hypothèse où il n'y a pas eu de retour à la forme sociétaire initiale. La notion d'effets multiples s'applique à ce mécanisme d'optimisation mais son extension à d'autres opérations, telle que celle de l'apport-donation, n'est pas souhaitable.

---

<sup>425</sup> V. *supra* n° 258 et s.

## Section 2. La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit

**226. Objectif de l'apport-donation.** Parmi une multitude de techniques de transmission du patrimoine, le démembrement de propriété permet de transmettre, tout en conservant le pouvoir de gestion des biens ainsi que les revenus. Le contribuable a donc le choix. Son premier choix peut se porter sur la donation du bien à ses enfants tout en se réservant l'usufruit. Cette libéralité de la nue-propriété d'un bien avec réserve d'usufruit comporte cependant des inconvénients dont, en premier lieu, celui du poids fiscal d'une telle opération. En effet, la donation de la nue-propriété d'un bien immobilier est soumise aux droits de mutation à titre gratuit, la valeur de la nue-propriété ou de l'usufruit étant déterminée selon le barème légal de l'article 669 du CGI (précédemment article 762 du CGI), qui dépend de l'âge de l'usufruitier. Cependant, le barème de l'article 762 du CGI datait de 1901 et reposait sur les tables de mortalité du XIX<sup>ème</sup> siècle. De nombreux auteurs ont critiqué l'application de ce barème en « *dénonçant avec vigueur cette anomalie qui conduisait à déterminer la valeur d'un usufruit constitué au profit d'une personne physique, par exemple en 1990, en fonction de l'espérance de vie qui aurait été la sienne... dans les années 1900* »<sup>426</sup>. Bien qu'il ait été mis à jour par la Loi de Finances pour 2004<sup>427</sup>, ce barème est toujours désavantageux puisqu'il s'agit d'un barème forfaitaire, par tranches de dix ans, ce qui « *conduit à des effets de seuil traitant par exemple de la même façon l'usufruitier qui a 82 ans et celui qui en a 91* »<sup>428</sup>. De plus, le barème légal ne prend pas en compte les données factuelles, comme par exemple l'état de santé de l'usufruitier. Il ignore également la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes ainsi que les nouvelles statistiques en matière d'espérance de vie. Les données de ce barème sont donc obsolètes et, malgré sa réactualisation, la différence de valorisation du droit démembrement est importante selon que l'on se réfère à la méthode économique ou au barème de l'article 669 CGI. Etant donné le caractère manifeste de ces insuffisances, les contribuables et leurs conseils ont alors cherché des solutions pour contourner l'application de ce barème légal. L'idée de l'interposition d'une société a donc été trouvée par le biais du montage qu'est l'apport-donation, le second choix possible du contribuable.

---

<sup>426</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. fisc. 2007, n°12, 302, §5.

<sup>427</sup> Loi fin. 2004, 30 décembre 2003, n° 2003-1311, créant l'article 669 actuel du CGI ; Dr. fisc. 2004, n°1-2, comm.1.

<sup>428</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes patrimoniaux et Ingénierie sociétaire, Rev. Bimestrielle LEXIS-NEXIS, Janv.-Févr. 2009, n°57.

**227. Définition de l'apport-donation.** L'apport-donation est un schéma en deux étapes. Dans un premier temps, l'opération consiste, pour un ascendant en général, à apporter à une société souvent constituée pour l'occasion la nue-propiété d'un ou de plusieurs biens dont l'apporteur se réserve l'usufruit. Dans un second temps, l'apporteur fait donation à ses enfants des droits sociaux correspondants. En effet, ce sont les titres reçus en contrepartie de l'apport qui constituent l'objet de la donation. Quant à la valeur de l'apport de la nue-propiété, elle est évaluée en fonction de la valeur économique du bien et non en fonction du barème de l'article 669 CGI, ce qui permet de réduire l'assiette des droits de mutation à titre gratuit. Selon l'administration fiscale, « *les parties demeurent libres de fixer le prix de l'usufruit et de la nue-propiété comme elles l'entendent. Dès lors, l'évaluation de la nue-propiété d'un bien apporté à une société peut être fixée sans utiliser le barème de l'article 669 du CGI* »<sup>429</sup>.

**228. Intérêt de l'interposition d'une SCI pour la transmission d'un immeuble.** La création d'une société civile bénéficiaire de l'apport présente plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permet d'éviter une indivision sur le bien transmis entre les donataires. En effet, en cas de donation de la nue-propiété d'un bien, chacun des donataires est indivisaire sur cette nue-propiété et, au jour de la réunion de la nue-propiété et de l'usufruit, l'indivision portera sur la pleine propriété du bien. Par ailleurs, la SCI permet de faire échapper les associés aux aléas de l'action en partage dont dispose chaque indivisaire<sup>430</sup>. De plus, la SCI permet une organisation des pouvoirs des associés dans les statuts. En effet, les SCI ont une « *souplesse* » et une « *simplicité de fonctionnement* » qui en font un « *outil privilégié de détention et de transmission, au moindre coût fiscal, d'un patrimoine immobilier* »<sup>431</sup>. L'interposition d'une société civile permet de réduire l'assiette des droits de donation puisque les droits sont assis sur la valeur des parts de la SCI qui dépend du montant de l'actif net de la société. Ce dernier est égal à la valeur de la nue-propiété de l'immeuble (valeur économique) à laquelle il convient de déduire le passif social de la SCI. A l'inverse, dans le cas de la donation de la nue-propiété de l'immeuble, les droits de mutation à titre gratuit sont assis sur le barème fiscal de l'article 669 du CGI et les dettes ne sont déductibles que dans les limites posées par l'article 776 bis du CGI. En d'autres termes, l'opération d'apport-donation permet

---

<sup>429</sup> Rép. Min. Eco., Fin. et Ind. n° 55175 à Mme GROSSKOST : JOAN Q, 28 juin 2005, p. 6466 ; Dr. fisc. 2005, n° 30-35, act. 171.

<sup>430</sup> C. civ., Art. 816: « *le partage peut être demandé, même quand l'un des indivisaires a joui séparément de tout ou partie des biens indivis, s'il n'y a pas eu d'acte de partage ou une possession suffisante pour acquérir la prescription* ».

<sup>431</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes patrimoniaux et Ingénierie sociétaire, Rev. Bimestrielle LEXIS-NEXIS, Janv.-Févr. 2009, p. 20.

de réaliser une transmission en bénéficiant, d'une part, « *des avantages offerts en termes d'organisation patrimoniale par le biais de la société civile et, d'autre part, de la minoration des droits de donation résultant de l'écart encore significatif entre la valeur économique et la valeur fiscale de la nue-propriété* »<sup>432</sup>.

**229. Apport-donation et abus de droit.** L'intérêt fiscal du schéma d'apport-donation a conduit l'administration à s'interroger sur le risque qu'un tel montage peut présenter au regard du grief de l'abus de droit. L'administration fiscale et le comité de l'abus de droit ont retenu quasi systématiquement l'abus de droit, que ce soit sur le fondement du but exclusivement fiscal de l'opération ou sur celui de la fictivité de la société interposée. Le comité de l'abus de droit a considéré que le montage dissimule une donation directe de la nue-propriété du bien en cause afin d'éviter l'application du barème fiscal de l'article 669 du CGI<sup>433</sup>. Il se fonde sur la concomitance des opérations en constatant que la création de la SCI était concomitante à l'acte d'apport et à la donation des parts. Dans certains de ces avis, le comité remarque que la SCI ne dispose d'aucun revenu et qu'elle ne répond à aucune nécessité économique<sup>434</sup> ou encore que son fonctionnement est purement formel<sup>435</sup>. Dans d'autres avis, il relève même l'absence de fonctionnement réel de la société<sup>436</sup> ou encore la privation, pour les associés nus-propriétaires, de toutes leurs prérogatives<sup>437</sup>. Le comité de l'abus de droit fait ainsi une appréciation extensive de l'abus de droit. Pour lui, comme pour l'administration fiscale, les motifs justifiant de retenir le grief de l'abus de droit en présence d'un schéma d'apport-donation sont les suivants : la création de la société est concomitante à la réalisation des apports ; la donation a lieu le même jour que la constitution de la société ; et la société n'a pas de fonctionnement réel dans la mesure où elle ne dispose pas de revenus<sup>438</sup>. Les contre-arguments ont été développés, à la fois, par la doctrine<sup>439</sup>, et par la jurisprudence.

<sup>432</sup> Mémento Patrimoine, F. Lefebvre, éd. 2013-2014, n° 3780.

<sup>433</sup> V. en ce sens CCRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-20, 2003-23, 2003-31 et 2003-32, Dr. fisc. 2004, n° 38, 34 ; CRRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2004-9, 2004-16, 2004-20, 2004-22, 2004-25, Dr. fisc. 2005, n° 21, 18.

<sup>434</sup> CRRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2004-9 et 2004-16.

<sup>435</sup> CRRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2004-20, 2004-25 et 2003-20.

<sup>436</sup> CCRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-23.

<sup>437</sup> CCRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-32.

<sup>438</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. fisc. 2007, n° 12, 302, §7.

<sup>439</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété, Contribuables, résistez !*, Dr. et Patr. 1998, n° 60, p. 76 ; *SCI et démembrement de propriété : contribuables ... poursuivez la résistance*, Dr. et patr. 2001, n° 92 ; *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, JCP N 2001, n° 22-23, p. 978 ; *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts, c'est possible !*, JCP E 2002, n° 49 ; *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. fisc. 2007, n° 12, 302.

**230.** La position de la jurisprudence a évolué en écartant le plus souvent l'abus de droit tant au regard du but exclusivement fiscal qu'au regard de la fictivité de l'opération. Désormais, il existe une jurisprudence parfaitement établie validant le schéma d'apport-donation sous respect de certaines conditions.

## **§ 1. L'évolution jurisprudentielle au regard du fondement de l'abus de droit**

**231. Evolution jurisprudentielle.** Quant au critère du but exclusivement fiscal, la mise en œuvre du mécanisme d'apport-donation n'a pas pour seul et unique but une économie d'impôt. La donation de la nue-propriété de l'immeuble présente divers inconvénients juridiques ou patrimoniaux : les parents perdent une partie de leurs pouvoirs de gestion ; ils abandonnent une partie de leur pouvoir de disposition, la cession de l'immeuble n'étant pas possible sans l'accord des nus-propriétaires ; la réunion de la nue-propriété et de l'usufruit fait naître une indivision entre les parents et les enfants. Ces inconvénients ont conduit les contribuables et leurs conseils à choisir une voie juridiquement différente, même si cette voie est moins imposée fiscalement que la précédente. Quant au caractère fictif de l'opération d'apport-donation, la jurisprudence retient l'abus de droit dans les cas où la société civile est dépourvue de toute substance. Il convient toutefois de noter que but exclusivement fiscal et fictivité sont étroitement liés. En effet, des sociétés ont été jugées fictives parce que, « *poursuivant un but exclusivement fiscal, elles étaient totalement artificielles, autrement dit dépourvues de toute substance* »<sup>440</sup>.

### **A. L'apport-donation et le critère du but exclusivement fiscal**

**232. Frontière entre optimisation fiscale et abus de droit.** Le droit fiscal, empreint d'un certain libéralisme, permet au contribuable qui se trouve face à plusieurs solutions, de choisir la voie la moins imposée fiscalement. En effet, la diversité des montages juridiques influe sur les choix fiscaux, qui pourront être de bons choix ou de mauvais choix.

---

<sup>440</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes patrimoniaux et Ingénierie sociétaire, Rev. Bimestrielle LEXIS-NEXIS, Janv.-Févr. 2009, p. 20, n° 76.

Ainsi, « vouloir payer le plus d'impôts possible, pour certains, c'est peut-être de la sainteté ou de l'héroïsme ; on serait plutôt tenté d'y voir un dérangement de l'esprit (ça se soigne) ; ce ne serait certainement pas le modèle du bon père de famille du Code civil qui doit gérer son patrimoine au mieux de ses intérêts »<sup>441</sup>. La recherche de la voie la moins imposée est communément appelée l'optimisation fiscale. Or, la frontière entre l'optimisation fiscale et l'abus de droit est très étroite. En effet, et comme a pu le clamer le même auteur, « Hélas, si l'habileté fiscale est une vertu, l'excès d'habileté devient un péché ! »<sup>442</sup>. C'est en cela que l'abus de droit peut vite devenir le « châtement des surdoués de la fiscalité »<sup>443</sup>. Dans la mise en place du schéma d'apport-donation, les contribuables recherchent, outre la réalisation d'une économie d'impôt en évinçant l'application du barème légal de l'article 669 du CGI, des objectifs juridiques et notamment patrimoniaux. L'apport de la nue-propriété d'un immeuble à une SCI suivi de la donation des titres reçus en contrepartie de l'apport se place certes sur le terrain de l'optimisation fiscale. Les juges du fond ont rapidement écarté le grief d'abus de droit relativement au critère de la fraude à la loi. En effet, le schéma d'apport-donation met en avant différents motifs autres que fiscaux qui permettent de rejeter la recherche d'un but exclusivement fiscal au profit de la recherche d'une simple optimisation.

#### 1. L'existence de motifs autres que fiscaux

**233. Intérêt patrimonial.** Les juges du fond ont mis en avant les objectifs patrimoniaux de l'opération afin d'écarter le caractère fictif de la SCI et, ainsi, le grief d'abus de droit. Dans une décision du TGI de Créteil<sup>444</sup>, par exemple, un contribuable a créé une SCI avec sa sœur et ses trois filles. Lui et sa sœur ont ensuite fait apport à la société nouvellement créée de la nue-propriété d'un immeuble dont ils étaient propriétaires indivis. Les trois filles ont, quant à elle, réalisé un apport en numéraire. Six jours après la création de la société, le contribuable et sa sœur ont procédé à la donation de leurs parts sociales aux trois filles/nièces. Pour l'administration fiscale, l'abus de droit est caractérisé à la fois sur le fondement de la fictivité et sur celui du but exclusivement fiscal de l'opération. Elle considère que « la création de cette SCI est une opération fictive ; qu'il s'agit en réalité de dissimuler une donation directe de la nue-propriété d'un immeuble afin d'écarter le barème ». Elle ajoute

---

<sup>441</sup> M. COZIAN, *Eloge de l'habileté fiscale*, RFN 2006, n° 1 alerte 1.

<sup>442</sup> *Ibid.*

<sup>443</sup> M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, p. 22.

<sup>444</sup> TGI Créteil 20 juin 2000, n° 00446, DESPOUY, Dr. et Patr. 2001, n° 92.

que « *l'objet social de la SCI est inexistant, qu'il n'y a aucun fonctionnement de cette dernière, qu'elle n'a aucune activité* » et que la construction juridique mise en place ne garantit pas la conservation du bien dans le patrimoine familial. Selon le TGI de Créteil au contraire, « *la SCI en litige n'est pas une structure fictive* », étant donné que le montage d'apport de la nue-propiété de l'immeuble suivie de la donation-partage des parts sociales « *présente un intérêt patrimonial au sens de la conservation du bien dans le patrimoine familial* ». De plus, « *durant la vie des usufruitiers, ceux-ci bénéficient des revenus de l'immeuble, dont la société deviendra toute propriétaire à leur décès, ce qui place alors le bien dans un cadre juridique précis et organisé, ce qui permet d'éviter les indivisions successorales complexes* ». En outre, « *les apporteurs ont pu légitimement rechercher ce but dès lors que l'un d'entre eux n'a pas de descendance et que l'immeuble étant de rapport locatif, les intéressés ne se privent pas, à leur âge, de revenus et qu'ils préparent de leur vivant le sort de leur patrimoine après leur décès* »<sup>445</sup>. Cette position a été confirmée par le cour d'appel de Paris selon laquelle le montage présentait « *un intérêt patrimonial au sens de la conservation du bien dans le patrimoine familial, comme cela était d'ailleurs expressément prévu dans les statuts de la SCI ; qu'ainsi la société deviendra propriétaire de l'immeuble au décès des usufruitiers, (...) ce qui évite les inconvénients résultant des aléas de l'indivision ; (...) l'opération litigieuse ne présentait pas un objectif exclusivement fiscal et qu'en conséquence l'abus de droit allégué par le directeur des services fiscaux n'est pas constitué* »<sup>446</sup>. L'intérêt patrimonial apparaît donc comme une motivation essentielle du schéma d'apport-donation.

**234. Indifférence de la concomitance des opérations.** En présence d'un schéma d'apport-cession, l'administration fiscale et le comité de l'abus de droit ont tendance à mettre en avant la concomitance des opérations de création de la SCI, d'apport de la nue-propiété et de donation pour retenir le grief d'abus de droit<sup>447</sup>. Les juges du fond, au même titre que la doctrine, considèrent que cet argument est infondé, et ce pour des raisons relevant du droit commun. En effet, l'existence des parts sociales « *n'est pas liée à l'immatriculation de la société mais à la réalisation des apports* »<sup>448</sup>. Les droits sociaux naissent dès la création de la société. Les associés reçoivent des titres sociaux en contrepartie de leur apport et peuvent en

<sup>445</sup> TGI Créteil 20 juin 2000, n° 00446, DESPOUYS, RJF 2001, n° 721.

<sup>446</sup> CA Paris 7 mars 2002, n° 00-19154, DESPOUYS, RJF 2003, n°116 ; V. P. FERNOUX et J.-M. MATEU, *Transmettre la nue-propiété d'un immeuble par apport à une SCI suivie d'une donation des parts : c'est possible !*, JCP N 2002, n° 31, 1467.

<sup>447</sup> V. notamment CCRAD, Rapport annuel 1996, Avis n° 96-12, 96-13 et 96-14, JCP N 1997, n° 16, 4016.

<sup>448</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, JCP N 2001, n° 22-23, 978.

disposer librement dès cet instant. De ce fait, ces droits sociaux peuvent être transmis le jour même de la création de la société sans que cette concomitance des opérations génère un cas d'abus de droit. Cette position a été retenue notamment par la cour d'appel de Bourges qui a jugé que « *la concomitance de la création des deux SCI et de la donation-partage ne constitue nullement une présomption d'abus de droit, une telle pratique étant d'usage courant lors de la création d'opérations juridiques complexes ; (...) L'opération ne poursuivait pas un but exclusivement fiscal* »<sup>449</sup>. Le critère de la concomitance des opérations n'est pas en lui seul un critère permettant de fonder l'abus de droit. En effet, comme a pu l'écrire un auteur, « *de même que l'impatience ne conduit pas nécessairement à la fictivité, la précipitation n'est pas forcément synonyme de préméditation* »<sup>450</sup>.

**235. Eviter l'indivision.** L'indivision est définie par le dictionnaire Vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT comme « *la situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition)* »<sup>451</sup>. Lorsqu'un contribuable fait donation de la nue-propriété d'un immeuble à ses enfants, ceux-ci se retrouvent titulaires de parts indivises sur la nue-propriété de ce bien et, au décès du donataire, sur la pleine propriété de celui-ci. L'indivision comporte de nombreux inconvénients dont le principal est le droit au partage. En effet, tout indivisaire peut demander le partage à chaque instant. La mise en place du schéma d'apport-donation a pour objectif principal d'éviter les aléas de l'indivision, argument régulièrement avancé par les contribuables en cas de litige avec l'administration fiscale. En effet, le recours à la SCI paraît plus avantageux que l'indivision, notamment en ce qu'il « *permet de partager de façon plus équilibrée le patrimoine entre les donataires tout en préservant sa stabilité* »<sup>452</sup>. L'argument visant à éviter les aléas de l'indivision a notamment été mis en avant dans la jurisprudence DESPOUYS précitée dans laquelle la cour administrative de Paris a estimé que « *l'apport de la nue-propriété d'un immeuble à une SCI puis la donation-partage des parts sociales*

<sup>449</sup> CA Bourges 12 mars 2001, n° 99-0045, LUMET, V. P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, op. cit.

<sup>450</sup> R. GENTILHOMME, *Apports en nue-propriété, transmission et abus de droit*, JCP N 1998, n° 3, p.62, n° 19.

<sup>451</sup> V. « Indivision », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, PUF, 10<sup>e</sup> éd, 2014.

<sup>452</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes patrimoniaux et Ingénierie sociétaire, Rev. Bimestrielle LEXIS-NEXIS, Janv.-Févr. 2009, p. 20, n° 61 et s.

*présentait, comme l'a justement relevé le tribunal, un intérêt patrimonial au sens de la conservation du bien dans le patrimoine familial comme cela était d'ailleurs expressément prévu dans les statuts de la SCI ; qu'ainsi cette société deviendra propriétaire de l'immeuble au décès des usufruitiers, ce qui place le bien dans un cadre juridique précis et organisé et évite les inconvénients des aléas de l'indivision ».* Cette position a par la suite été confirmée par la cour d'appel de Bourges<sup>453</sup>, suivie en cela par la cour d'appel de Reims<sup>454</sup>.

**236. Maîtrise de la gestion du bien par les parents donateurs.** Une des motivations mises en avant par les contribuables pour permettre de justifier la validité du mécanisme d'apport-donation au regard de la procédure de l'article L. 64 du LPF est la conservation de la maîtrise de la gestion du bien par les parents malgré la donation. L'affaire TABOURDEAU en est une parfaite illustration. Dans cette espèce, les parents ont fait apport, chacun pour moitié, de la nue-propriété d'un immeuble constituant leur résidence principale à une SCI constituée à cet effet. Ils ont ensuite fait donation des parts reçues en contrepartie de l'apport à leur fils unique. Pour l'administration fiscale et le comité de l'abus de droit, le montage juridique ne reposait sur aucune nécessité économique et était exclusivement destiné à diminuer l'impôt réellement dû. La chambre commerciale de la Cour de cassation considère au contraire que, *« au regard des principes applicables en cas de démembrement de la propriété d'un immeuble, il existait un intérêt pour le père, plutôt que de donner directement cette nue-propriété, d'en faire apport à une SCI dont il était devenu le gérant, dans la mesure où sa double qualité d'usufruitier et de gérant lui donnait des pouvoirs renforcés lui permettant de vaincre l'éventuel refus du nu-propriétaire d'assumer ses obligations légales ; la création de la SCI permettait aux parents donateurs de conserver un véritable pouvoir de décision sur la gestion du bien transmis, de sorte que l'opération litigieuse présentait des intérêts distincts de la préoccupation fiscale »*<sup>455</sup>. Les usufruitiers donateurs ont la possibilité d'aménager la rédaction des statuts lors de la création de la SCI en s'instituant gérants. En effet, le nu-propriétaire ayant la charge des grosses réparations, les parents, en s'instituant gérants, peuvent préciser les pouvoirs dévolus à la gérance et peuvent notamment être habilités par les statuts à prendre la décision d'effectuer les travaux. De ce fait, cela oblige le nu-propriétaire, c'est-à-dire la SCI, à respecter ses obligations légales, à savoir la prise en charge des grosses réparations. Cela évite ainsi aux usufruitiers de réaliser eux-mêmes les

<sup>453</sup> CA Bourges 12 mars 2001, n° 99-0045, LUMET, V. P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, op. cit.

<sup>454</sup> CA Reims 3 novembre 2003, n°02-2805, ANTONEL, Ind. enr. 2003, n°18338.

<sup>455</sup> Cass. com. 20 mai 2008, n°07-18.397, DGI c/ TABOURDEAU, RJF 2008 n°1136.

travaux en cas de refus du nu-propiétaire. Ce motif autre que fiscal à la réalisation du schéma d'apport-cession permet d'écarter le grief de l'abus de droit. Faire un renvoi sur la situation du NP qui n'est pas tenu d'effectuer des travaux de grosses réparations. + NP personne morale, une société que les donateurs contrôlent : cela leur confère des pouvoirs qu'en principe un usufruitier n'a pas (opérer un renvoi infra).

**237.** Au regard de la branche de l'exclusivisme fiscal, la jurisprudence s'est efforcée de mettre en avant les motifs autres que fiscaux justifiant la validité du mécanisme de l'apport-donation. Outre la recherche d'une optimisation fiscale, qui n'est en rien synonyme de fraude, ce sont des objectifs d'autres patrimoniaux et familiaux que le contribuable cherche à atteindre par le biais de ce schéma. La solution de principe en matière d'apport-donation a été rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt BOTHEREL.

## 2. L'arrêt de principe : l'affaire BOTHEREL

**238. Exposé de l'affaire BOTHEREL<sup>456</sup>.** Suite au long combat mené par la jurisprudence et la doctrine afin de faire reconnaître la validité du montage et ainsi écarter l'application de l'abus de droit, l'arrêt BOTHEREL semble mettre fin aux doutes quant à la validité de ce mécanisme d'optimisation. Dans cette affaire, des époux avaient constitué une société civile avec un de leurs enfants à laquelle ils ont apporté la nue-propiété d'une somme en numéraire, de parts de SCI et d'un immeuble indivis. Ils ont ensuite fait une donation-partage pour répartir entre leurs enfants les parts reçues en contrepartie de leur apport. La Cour de cassation valide l'arrêt de la cour d'appel de Rennes en ce qu'il écartait l'abus de droit en posant un attendu de principe très clair, méritant d'être rappelé :

*« Attendu que l'arrêt retient, d'une part, que l'opération critiquée permettait aux époux Bothereel, tous deux gérants de cette société et disposant d'une minorité de blocage, de transmettre à leurs enfants une partie des biens dont ils conservaient les revenus, d'autre part que la transmission des parts permettait un partage équitable entre les descendants, les difficultés inhérentes à un partage en trois lots équivalents de biens de nature différente et d'entité distincte se trouvant évitées ; qu'en l'état de ces constatations,*

---

<sup>456</sup> Cass. com. 3 octobre 2006, n°04-14272, BOTHEREL, RJF 2007 n°102 ; Dr. fisc. 2007, n°12, 302, étude P. FERNOUX.

*desquelles il résulte que l'opération litigieuse ne présentait pas une finalité exclusivement fiscale, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ».*

Suite à cet arrêt, le principe est désormais posé : la stratégie de l'apport-donation présente « *des intérêts substantiels au plan civil qui s'opposent à toute idée d'abus de droit* »<sup>457</sup>. Les avantages du montage mis en avant dans l'arrêt sont la conservation, grâce à la société, de la maîtrise des biens démembrés par l'usufruitier, et l'optimisation des rapports entre les enfants<sup>458</sup>.

**239. Confirmation de la jurisprudence BOTHEREL.** La position de la Cour de cassation dans l'arrêt BOTHEREL a été reprise et confirmée à diverses reprises. Dans l'affaire CERE, par exemple, un père de famille avait constitué des sociétés civiles avec ses deux enfants, chacun ayant fait un apport en numéraire symbolique et le père, en sus, ayant apporté la nue-propriété d'immeubles dont il se réservait l'usufruit. La nue-propriété de l'immeuble a été évaluée à sa valeur économique en fonction des tables de mortalité. Quelques temps après, le père a fait une donation-partage en pleine propriété de ses titres reçus en contrepartie de l'apport à ses enfants. Pour l'administration fiscale, l'apport-donation dissimulait une donation directe des immeubles en fraude au barème légal de l'article 762 du CGI (article en vigueur à l'époque des faits) en raison de la concomitance des opérations d'apport et de donation et de l'absence de fonctionnement réel de la SCI. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en écartant l'abus de droit au motif que « *la constitution des SCI par le père lui avait permis d'organiser les statuts de la manière qu'il estimait la plus appropriée, conservant le contrôle des SCI et celui des immeubles ainsi que la possibilité de les céder ; lui avait permis d'assurer après son décès la cohésion du patrimoine familial en mutualisant entre ses enfants les aléas locatifs et les écarts de rentabilité susceptibles d'apparaître entre les différents immeubles et en permettant de mettre en place une procédure d'agrément de nouveaux associés tout en évitant que le créancier d'un indivisaire puisse déclencher le partage judiciaire des biens familiaux et cela dans un cadre juridique présentant une stabilité beaucoup plus grande qu'une indivision. (...) L'opération litigieuse ne présentait pas une finalité exclusivement fiscale* »<sup>459</sup>. L'arrêt CERE conforte l'analyse de la Cour de cassation dans l'arrêt BOTHEREL en retenant des motifs extra-fiscaux à l'opération d'apport-donation tels que la conservation de la gestion des biens par l'usufruitier donateur et

<sup>457</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. fisc. 2007, n° 12, 302, §16.

<sup>458</sup> V. *infra* n° 251 et s.

<sup>459</sup> Cass. com. 26 mars 2008, n° 06-21.944, CERE, Dr. fisc. 2008, n°16, comm. 283 (1<sup>ère</sup> espèce).

le maintien d'une cohésion familiale entre ses enfants après son décès. Par ailleurs, la Cour de cassation ajoute deux éléments nouveaux sur le terrain de la fictivité puisqu'elle met en avant la substance juridique et économique de la SCI lui permettant d'écarter l'abus de droit. Dans un autre arrêt, confirmant la position de l'arrêt BOTHEREL, la Cour de cassation a écarté le grief de l'abus de droit en précisant que le montage permettait d'éviter les aléas de l'indivision, de partager équitablement le patrimoine entre les enfants, et de mettre les usufruitiers donateurs « à l'abri du besoin leur vie durant en conservant les revenus de ces immeubles, ce qu'excluait toute finalité fiscale de l'opération »<sup>460</sup>. Cette position a été reprise à diverses reprises, notamment au cours de l'année 2008<sup>461</sup>, permettant de conforter l'arrêt BOTHEREL. Ainsi, il est possible de conclure que la mise en œuvre du schéma d'apport-donation présente des motifs autres que fiscaux permettant d'écarter l'abus de droit sur le fondement du but exclusivement fiscal.

L'évolution jurisprudentielle en matière d'apport-donation quant au critère de l'exclusivisme fiscal conduit à une sécurisation de ce mécanisme depuis l'affaire BOTHEREL. La conclusion est cependant moins nette concernant le critère de la fictivité de la société interposée.

## **B. L'apport-donation et le critère de la fictivité**

**240. Définition de la société fictive.** La jurisprudence valide de façon moins systématique le schéma d'apport-donation au regard du critère de la simulation. En effet, l'interposition d'une société civile éveille les soupçons en raison du risque de fictivité de ces sociétés pour cause d'absence d'objet ou de création de sociétés dites « coquilles vides ». L'acte fictif est défini comme « l'opération imaginaire dont l'apparence ne recouvre rien »<sup>462</sup>. La société est fictive lorsqu'elle n'existe qu'en apparence « en ce qu'elle ne correspond, dans la réalité, à aucune activité sociale propre ». Il s'agit d'une société de « façade » dont une seule personne est le maître de l'affaire, les autres « associés » n'étant que des prête-noms. La notion d'*affectio societatis* fait donc défaut. La définition de la société est à rechercher dans le droit civil, et plus précisément à l'article 1832 du Code civil. En effet, le droit fiscal ne fait que tirer les conséquences de situations régies par d'autres droits, ce qui

<sup>460</sup> Cass. com. 23 septembre 2008, n° 07-15.210, LAMARQUE, RFN 2009, n° 2, étude 2 de R. MORTIER.

<sup>461</sup> V. en ce sens Cass. com. 21 octobre 2008, 07-18.770, THURIN ; Cass. Com. 21 octobre 2008, n° 07-16.835, HENRIOT ; Cass. Com. 4 novembre 2008, n° 07-19.870, DGI c/ BENETEAU ; RFN 2009, n° 2, étude 2 de R. MORTIER.

<sup>462</sup> V. « Fictif, ive », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

démontre les limites de l'autonomie du droit fiscal. Afin d'appréhender la notion de contrat de sociétés, il convient donc de se référer à l'article 1832 du Code Civil selon lequel « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...)* ». Tant l'administration fiscale que le comité de l'abus de droit ont tendance à retenir la fictivité de la société civile bénéficiaire de l'apport en ce qu'elle n'exerce aucune activité, elle ne dispose d'aucune ressource financière et l'*affectio societatis* fait défaut<sup>463</sup>. La Cour de cassation a suivi le pas. Il convient avant tout de préciser qu'une société fictive est frappée de nullité qui s'opère toutefois sans rétroactivité<sup>464</sup>.

Avant d'étudier le cas particulier des sociétés civiles fictives, il paraissait nécessaire de se pencher sur un arrêt majeur en matière d'apport-donation, qui a longtemps fait débat en raison du fait qu'il se poserait en revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt BOTHEREL précité : l'arrêt SAUNIER.

**241. Cas particulier de l'arrêt SAUNIER.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt qui a inquiété la doctrine, dont les faits sont les suivants. Une contribuable a constitué avec ses deux enfants une société civile à laquelle elle apporte la nue-propriété d'obligations assimilables du Trésor (OAT). Les deux enfants avaient, quant à eux, fait des apports en numéraire. Quelques mois après, la mère a fait donation à ses deux enfants de la pleine propriété des parts sociales reçues en contrepartie de son apport. Selon l'administration fiscale et le Comité de l'abus de droit, cette opération dissimulait une donation directe de la nue-propriété des valeurs mobilières afin d'éviter l'application du barème légal. La chambre commerciale de la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel en retenant la fictivité de la SCI en raison « *non seulement [du] défaut de fonctionnement de la société, aucun acte de gestion relatif à l'achat ou à la vente de valeurs mobilières n'ayant été effectué entre le moment de la constitution de la société et l'acte de donation-partage litigieux mais aussi [de] l'absence d'autonomie financière de celle-ci ; [elle] retient également l'absence d'apport réel [des enfants] et le défaut d'une véritable volonté de s'associer reconnu par les enfants eux-mêmes (...)* »<sup>465</sup>. Elle se fonde sur les

---

<sup>463</sup> V. en ce sens CCRAD, Rapport annuel 2003, Avis n° 2003-20 et 2003-23, Dr. fisc. 2004, n°38, 34 ; CCRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2004-20 et 2004-22, Dr. fisc. 2005, n° 21,18.

<sup>464</sup> V. notamment Cass. com. 16 juin 1192, n° 1144 P, M. le directeur général des impôts c/ LUMALE ET AUTRES, RJDA 1993, 27.

<sup>465</sup> Cass. com. 15 mai 2007, n° 06-14262, SAUNIER STRECK ; R. MORTIER, *Notion de société fictive*, Dr. des sociétés 2007, n° 10, comm. 174 ; M. COZIAN, *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?*, JCP G 2007, I 180 ; P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, in *Ecrits de fiscalité des*

critères de l'article 1832 du Code civil pour considérer la société comme fictive et conclure au but exclusivement fiscal de l'opération d'apport-donation. Cette position de la Cour de cassation retenant la fictivité d'une société civile a été reprise dans l'arrêt WURSTEMBERGER dans lequel la Cour a estimé que « *la SCI n'avait pour objet, ni la recherche de profits, ni la réalisation d'économies, dès lors que les grosses réparations restaient à la charge du nu propriétaire ; son actif était uniquement constitué d'un actif en nu propriété et elle ne disposait d'aucun moyen financier pour assurer la gestion de son patrimoine, l'apport en numéraire étant insuffisant pour lui permettre de remplir son objet social et de fonctionner réellement* »<sup>466</sup>. L'arrêt SAUNIER, vivement critiqué par la doctrine qui a pu y voir parfois un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt BOTHEREL, pose les critères essentiels pour écarter le grief de la fictivité de la société dans l'opération d'apport-donation.

#### 1. L'exigence d'une activité réelle de la SCI

**242.      Activité réelle d'une société de détention de patrimoine.** Outre la nécessité d'un fonctionnement formel de la société, en veillant notamment à la réalité des apports, à la tenue des assemblées générales ou encore à la tenue d'une comptabilité, la société civile bénéficiaire de l'apport de la nue-propriété d'un bien doit avoir une activité réelle. En effet, la Cour de cassation dans l'arrêt SAUNIER relève l'absence d'exercice d'une activité réelle par la SCI. Cependant, la gestion de patrimoine est une activité réelle et la simple détention de la nue-propriété d'un immeuble est un objet possible pour une société. L'exercice d'une activité économique au sens d'activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale, ne doit pas être exigé. La jurisprudence a valablement écarté l'abus de droit en cas d'apport-donation à une SCI en estimant que « *la société, régulièrement immatriculée, a une activité effective conforme à son objet social, pour avoir notamment financé le coût de la surélévation du [bien]* »<sup>467</sup>. C'est également la solution retenue par la cour administrative de Bourges dans les circonstances suivantes<sup>468</sup>. Dans cette affaire, une contribuable avait, avec l'un de ses fils, constitué deux SCI. Elle détenait avec ce dernier des droits indivis sur deux immeubles dont

---

entreprises, étude à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN Litec 2009, p. 229.

<sup>466</sup> Cass. com. 13 janvier 2009, n° 07-20.097, WURSTEMBERGER ; C. DUCCELLIER, *Vers une remise en cause des SCI nues-propriétaires ?*, Dr. et patr. 2011, n° 201, p. 36.

<sup>467</sup> CA Chambéry 17 février 2003, n° 01-1161, 1<sup>er</sup> ch. civ., DGI c/ GEORGES, RJF 2003, n° 928.

<sup>468</sup> CA Bourges, 12 mars 2001, n° 99-00456, LUMET, JCP N 2001, n°22-23, note P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, p. 978.

l'un constituait sa résidence principale. Elle a fait apport à chacune des SCI de la nue-propriété des trois-quarts des droits qu'elle détenait sur chacun des immeubles, son fils apportant la pleine propriété du quart restant. Par un acte de donation-partage, la contribuable gratifia un de ses fils de la pleine propriété des parts des deux SCI alors que le second reçut les actions d'une SA. Le problème qui se posait à la cour d'appel était celui de la détention, par une société civile, de la seule nue-propriété d'une habitation principale. A ce titre, la société nue-propriétaire ne percevait aucun revenu. Cependant, peut-on en déduire qu'elle est fictive ? La réponse est négative : « *la société civile peut ne pas encaisser de recettes sans pour autant être considérée comme fictive* »<sup>469</sup>. Les sociétés dites « patrimoniales », c'est-à-dire ayant pour objet une pure activité de détention de patrimoine, sont donc tout à fait licites bien que leur objet social soit nécessairement réduit. En effet, en tant que nue-propriétaire, la SCI « *faute d'avoir l'usage et la jouissance des biens, n'est pas compétente pour les gérer, seules pouvant lui être reconnues les prérogatives qui tiennent à la substance de la chose* »<sup>470</sup>. C'est en ce sens que le financement du coût de surélévation d'un immeuble détenu en nue-propriété par une SCI entre dans l'exercice de l'objet social de la SCI<sup>471</sup>. Comme a pu le souligner le Professeur Maurice COZIAN à propos des sociétés patrimoniales dont le seul objet est de porter juridiquement la nue-propriété d'un bien, « *ce modèle n'est en rien contraire à la définition du contrat de société donnée à l'article 1832 du Code civil* »<sup>472</sup>.

**243. Nécessaire corrélation de l'objet statutaire avec l'activité exercée.** Dans l'arrêt SAUNIER, la chambre commerciale a pourtant retenu la fictivité de la société patrimoniale. Cependant, à la différence des autres espèces évoquées, il s'agissait d'une SCI dont l'objet social statutaire ne coïncidait pas avec l'activité réelle exercée par la société. En effet, l'objet social statutaire était la gestion des biens apportés. Or, en sa qualité de nue-propriétaire, la SCI n'a pas de pouvoirs de gestion sur le bien mais seulement l'*abusus*. Elle ne peut donc pas remplir son objet social. Cette problématique s'est également posée dans l'arrêt WURSTEMBERGER dans lequel la Cour de cassation a également retenu la fictivité de la société pour absence de revenu. Il conviendra donc de prendre la précaution de faire figurer dans les statuts un objet social correspondant aux sociétés patrimoniales nues-propriétaires et non la seule gestion du bien apporté. La fictivité des SCI relevée dans les

<sup>469</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, op. cit., p. 981.

<sup>470</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle LexisNexis, Janv.-Févr. 2009, n° 71 et 72.

<sup>471</sup> V. CA Chambéry 17 février 2003 n° 01-1161, 1<sup>e</sup> ch. civ., DGI c/ GEORGES, RJF 2003, n° 928.

<sup>472</sup> M. COZIAN, *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?*, JCP G 2007, I 180, §35.

arrêts SAUNIER et WURSTEMBERGER paraît donc justifiée sur ce point. Par ailleurs, dans l'arrêt SAUNIER, il s'agissait de l'apport de la nue-propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières. Or, et depuis un arrêt BAYLET, l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières a des pouvoirs de gestion très étendus limitant ceux du nu-propiétaire. En effet, selon la première chambre civile, « *si l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance et de le rendre, la circonstance que l'usufruitier ait été dispensé de donner caution étant indifférente à cet égard* »<sup>473</sup>. De ce fait, dans l'arrêt SAUNIER, la Cour de cassation semble considérer que la société est fictive en ce qu'elle est privée de la gestion du bien apporté, l'usufruit n'étant pas détenu par la société mais par la mère. Une autre précaution se dégage ainsi : il est conseillé d'apporter, outre la nue-propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières, un autre bien comme par exemple un immeuble (ou la nue-propriété de celui-ci) afin de donner une substance à la société et ainsi d'éviter la qualification d'abus de droit.

Une société peut avoir pour objet la détention de la seule nue-propriété d'un immeuble. Cependant, de par sa qualité de nue-propiétaire, la société a une activité limitée. Or, pour exercer cette activité limitée, il n'est pas nécessaire de disposer de moyens conséquents. C'est donc l'adéquation entre l'activité exercée et les moyens affectés qui doit être vérifiée afin de valider l'opération.

## 2. L'exigence d'autonomie patrimoniale de la SCI

**244. Recherche d'un profit ou d'une économie.** Une SCI nue-propiétaire n'exerce pas d'activité économique productive de revenus. Pour autant, l'article 1832 du Code civil pose comme critère à la définition de contrat de société le partage de bénéfice ou le profit d'une économie. Est-ce à dire qu'une société civile détenant la seule nue-propriété d'un bien est par là-même fictive ? La réponse est là encore négative. Certes, en tant que nue-propiétaire, elle n'a que la disposition du bien sans en avoir la jouissance et l'usage. Cependant, le fait qu'elle n'ait pas de revenus propres ne signifie pas qu'elle doit être automatiquement déclarée fictive. C'est notamment la solution retenue dans l'arrêt

---

<sup>473</sup> Cass. civ 1ère, 12 novembre 1998, n° 96-18.041, BAYLET, Dr. sociétés 1999, comm. 17, note H. HOVASSE.

BOTHEREL. Alors que l'administration soutenait la fictivité de la société étant donné que, en tant que nue-proprétaire de l'immeuble, elle ne pouvait percevoir de revenus et « *n'avait qu'une apparence de fonctionnement, de surcroît non conforme à la réalité des faits comme à ses dispositions statutaires* »<sup>474</sup>, la Cour de cassation a écarté l'abus de droit pour absence de fictivité.

**245. Nécessité de moyens suffisants.** L'absence d'autonomie patrimoniale de la SCI n'apparaît pas comme une condition de la fictivité de la société. En effet, la seule exigence posée par le Code civil réside dans la disposition de « *moyens nécessaires à l'accomplissement de l'objet social* »<sup>475</sup>. L'article 1832 du Code civil n'affirme en aucun cas, « *ni explicitement, ni implicitement* »<sup>476</sup>, que la société doit avoir une autonomie patrimoniale. Bien qu'elle ne gère pas le bien, la SCI n'en a pas moins pour objet social la recherche d'une économie, seule exigence posée par les règles légales. Or, l'intérêt même du démembrement de propriété réside dans la réunion, à terme, de la pleine propriété sur le bien. En effet, la SCI deviendra, au terme du démembrement de propriété, plein propriétaire du bien apporté. De ce fait, elle s'enrichit au fur et à mesure de l'avancée du temps. Il suffit donc, pour écarter le grief d'abus de droit sur le fondement de la fictivité, que la SCI nue-proprétaire dispose de moyens suffisants pour réaliser son objet social relevant de l'exercice des prérogatives du nu-proprétaire. Cet objet social correspond notamment au financement des dépenses de grosses réparations comme le retient la cour d'appel de Chambéry dans l'arrêt GEORGES<sup>477</sup> selon laquelle « *la société, régulièrement immatriculée, a une activité effective conforme à son objet social, pour avoir notamment financé le coût de la surélévation du chalet* ». Seule est exigée une adéquation entre l'étendue de l'activité exercée, dans cette hypothèse nécessairement réduite du fait de la qualité de nue-proprétaire de la société, et les moyens y afférents.

Par ailleurs, de nombreuses sociétés sont dénuées d'autonomie patrimoniale et ne sont pas pour autant fictives<sup>478</sup>. Il peut s'agir par exemple des sociétés civiles immobilières mettant gratuitement à la disposition de leur associé l'immeuble qu'elle détienne et ce, sans percevoir de revenus (absence de loyers) ou encore les sociétés de construction. Dans cette dernière hypothèse, il est prévu que « *le représentant légal ou statutaire de la société ne peut exiger ou*

<sup>474</sup> Cass. com. 3 octobre 2006, n° 04-14.272, DGI c/ M. BOTHEREL, Dr. fisc. 2007, n° 12, 302, V. décision en annexe.

<sup>475</sup> S. QUILICI, F. DEBOISSY, *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle LexisNexis, Janv.-Févr. 2009, n° 73.

<sup>476</sup> R. MORTIER, *Notion de société fictive*, Dr. des sociétés 2007, n° 10, comm. 174.

<sup>477</sup> CA Chambéry 17 février 2003, n° 01-1161, 1<sup>er</sup> ch. civ., DGI c/ GEORGES, RJF 2003, n° 928.

<sup>478</sup> V. en ce sens R. MORTIER, *Notion de société fictive*, op. cit.

*accepter des associés aucun versement de fonds, sous quelque forme que ce soit, avant la conclusion du contrat de promotion immobilière, ou l'approbation de l'écrit qui en tient lieu* »<sup>479</sup>. Autrement dit, les sociétés civiles de construction ne disposent pas d'une autonomie financière ; elles procèdent par appel de fonds auprès des associés au fur et à mesure de l'évolution de la construction. Et pourtant, la fictivité de telles sociétés pour absence d'autonomie financière n'a jamais été retenue.

### 3. La nécessité d'un affectio societatis

**246. Définition de l'affectio societatis.** L'affectio societatis n'est pas un critère de l'article 1832 du Code civil mais la « *tradition en fait cependant une composante du contrat de société* »<sup>480</sup>. L'affectio societatis correspond à la volonté réelle de l'associé de participer au pacte social. Il s'agit de l'intérêt non frauduleux de s'associer.

**247. Valeur des participations.** Aucune règle n'impose un seuil minimum de participation dans le capital social pour que la volonté de s'associer soit caractérisée. Or, la Cour de cassation dans l'arrêt SAUNIER retient « *l'absence d'apports réels* » des enfants étant donné que leur apport ne représente que 0,0041% de la valeur de l'apport de leur mère et l'arrêt de conclure au « *défaut d'une véritable volonté de s'associer* » de la part des enfants. A la lecture de cet arrêt, il semblerait que la caractérisation de l'affectio societatis soit liée au montant de la participation dans le capital social. Cependant, et comme ont pu le préciser les auteurs d'un manuel de droit des sociétés, « *il ne faut pas pêcher par excès de prudence juridique et crier à la fictivité dès qu'une personne possède l'essentiel du capital d'une société et apparaît comme en étant le véritable maître. A ce compte, on pourrait annuler comme fictives les très nombreuses sociétés dont le capital appartient à plus de 99% à une même personne, qu'elle soit physique ou morale* »<sup>481</sup>.

**248. Obtention de la qualité d'associé.** Cependant, dès lors qu'une personne fait un apport en société, elle reçoit en contrepartie des actions ou parts sociales. Peu importe le nombre de ces dernières, la qualité d'associé est acquise dès la réalisation de l'apport.

---

<sup>479</sup> CCH, art. L 212-10, al. 4.

<sup>480</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 152.

<sup>481</sup> *Ibid.*, n° 163.

La jurisprudence BOTHEREL semblait marquer la fin de toutes les incertitudes face au schéma d'apport-donation. Seulement, c'était sans compter sur l'excès de prudence de la Cour de cassation dans l'arrêt SAUNIER qui a jeté le trouble dans l'esprit de la doctrine. L'arrêt SAUNIER constitue-t-il un revirement de jurisprudence ? Cet arrêt est-il « *en dehors des clous* »<sup>482</sup> ?

**249. Arrêt SAUNIER : une absence de revirement jurisprudentiel.** Une chose est sûre, cet arrêt est critiquable. En effet, et bien qu'*a priori* il constitue un revirement par rapport à l'arrêt BOTHEREL, la fictivité retenue pour la Cour de cassation n'est pas avérée. Comme précisé précédemment, les sociétés patrimoniales, quoique n'étant pas opérationnelles, ont toutefois une activité réelle et l'*affectio societatis* ne doit pas être automatiquement remis en cause. Par principe, la société nue-propriétaire s'enrichit puisqu'elle deviendra à terme pleine propriétaire. Il existe bien une substance juridique et économique de la société patrimoniale permettant d'écarter sa fictivité.

Il semblerait que la jurisprudence SAUNIER soit une condamnation de précaution mais en aucun cas un revirement par rapport à la jurisprudence BOTHEREL. La Cour de cassation conclut, dans l'arrêt SAUNIER, que les critères dégagés précédemment dans la jurisprudence BOTHEREL ne sont pas remplis et pose l'arrêt SAUNIER en « *contre-exemple* »<sup>483</sup> de la jurisprudence BOTHEREL. En effet, le montage d'apport-donation de la nue-propriété d'un bien n'est pas automatiquement sanctionné. Il ne l'est que lorsque l'abus est caractérisé, comme l'a retenu la Cour de cassation dans cette espèce<sup>484</sup>.

Certes, la Haute Juridiction tire le « *signal d'alarme* »<sup>485</sup> en se montrant très prudente, ce qui est critiquable, mais la mise en œuvre du mécanisme d'apport-donation n'est en aucun cas remise en cause. La jurisprudence BOTHEREL sera d'ailleurs maintes fois confirmée par la suite par des arrêts se posant en exemple d'application des critères ainsi dégagés<sup>486</sup>, là où les arrêts SAUNIER et WURSTENBERGER sont des exemples de ce qui est sanctionnable.

---

<sup>482</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, in *Ecrits de fiscalité des entreprises*, étude à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN, Litec, 2009, p. 231.

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> Pour un commentaire approuvant l'arrêt SAUNIER, V. O. DEBAT, *Pour une conception unitaire de l'abus de droit. A propos de l'arrêt Saunier*. RFN 2007, n° 9, comm. 126.

<sup>485</sup> M. COZIAN, *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?*, JCP G 2007, I 180, §37.

<sup>486</sup> Cass. com. 26 mars 2008, n° 06-21.944, CERE, RJF 06/08 n° 1136 ; Dr. fisc. 2008, n°16, comm. 283 (1<sup>ère</sup> espèce). V. également Cass. com. 21 octobre 2008, 07-18.770, THURIN ; Cass. Com. 21 octobre 2008, n° 07-16.835, HENRIOT ; Cass. Com. 4 novembre 2008, n° 07-19.870, DGI c/ BENETEAU ; RFN 2009, n° 2, étude 2 de R. MORTIER.

## § 2. Les enseignements tirés de la jurisprudence actuelle

**250. Liens étroits des deux branches de l'abus de droit.** Dans l'arrêt SAUNIER, la Cour de cassation se fonde sur la fictivité de la société au regard du droit privé pour conclure que le seul but de la création de cette société était d'éluider l'impôt. En démontrant la fictivité de la société pour conclure au but exclusivement fiscal de l'opération, elle semble opérer ici un « *mélange des genres* »<sup>487</sup>. Cependant, la frontière entre les deux concepts de l'abus de droit est étroite, les deux notions étant de toute évidence liées.

La jurisprudence BOTHEREL a le mérite d'avoir posé les critères nécessaires pour écarter le grief d'abus de droit dans le schéma d'apport-donation. L'essentiel semble résider dans l'existence d'effets multiples ainsi que dans la substance de la société. Il convient toutefois de s'interroger sur l'application de la notion d'effets multiples à l'opération d'apport-donation.

### A. Les critères permettant d'écarter l'abus de droit

**251. Mouvement jurisprudentiel de sécurisation du schéma.** Anticiper la transmission, oui mais pas à n'importe quel prix. En effet, les parents donateurs doivent conserver des revenus pour vivre. Deux motifs ont été invoqués par les parties dans l'affaire BOTHEREL : la maîtrise de la perception des revenus et de la gestion des biens par les parents donateurs et l'équilibre des lots accordés aux enfants. Ces deux motifs ont été appliqués par la Cour de cassation pour écarter l'abus de droit et confirmés à diverses reprises dans les décisions ultérieures. Cet arrêt de principe a permis de sécuriser le schéma de l'apport-donation, à condition que la société ne soit pas considérée comme fictive. Les arrêts ultérieurs ont précisé le second critère nécessaire à la validité du schéma d'apport-donation de la nue-propiété d'un bien en mettant en avant la cohésion du patrimoine familial.

---

<sup>487</sup> R. MORTIER, *Notion de société fictive*, Dr. soc. 2007, n° 10, comm. 174.

## 1. La conservation de la maîtrise des biens

**252. Répartition des pouvoirs entre nu-proprétaire et usufruitier.** Selon l'article 605 du Code civil, « *l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire (...)* ». Le refus du nu-proprétaire d'en assumer la charge ne permet pas à l'usufruitier de l'y contraindre. En cas de donation de la nue-proprété d'un immeuble des parents à leurs enfants, ce sera donc aux parents d'assumer les dépenses de grosses réparations en cas de refus des enfants donataires. Dans le schéma d'apport-donation, les parents donateurs sont usufruitiers et c'est la SCI, bénéficiaire de l'apport, qui est la nue-proprétaire du bien apporté. C'est donc à la SCI que revient le soin d'assurer les dépenses de grosses réparations du bien. Cependant, grâce à l'interposition de la société, les parents usufruitiers peuvent conserver la maîtrise financière et politique des droits démembrés. En effet, ils peuvent être nommés gérants de la société et ainsi prendre les décisions de gestion du bien comme celle afférente aux dépenses de grosses réparations visées par l'article 605 susvisé.

**253. Exemples de jurisprudence.** Ce critère a été dégagé dans l'affaire BOTHEREL dans laquelle l'abus de droit a été écarté par la Cour de cassation en ce que l'opération permettait notamment aux époux, « *tous deux gérants de cette société et disposant d'une minorité de blocage, de transmettre à leurs enfants une partie des biens dont ils conservaient les revenus* »<sup>488</sup>. En retenant le motif soulevé par les parties, la chambre commerciale a posé le premier critère de validité du schéma d'apport-donation, repris par les jurisprudences ultérieures. Dans l'affaire CERE par exemple, la Cour de cassation a également écarté l'abus de droit au motif notamment que, grâce à la SCI, le donateur a pu « *organiser les statuts de la manière qu'il estimait la plus appropriée, conservant le contrôle des SCI et celui des immeubles, ainsi que la possibilité de les céder* »<sup>489</sup>. La conservation des pouvoirs de gestion du bien pour l'usufruitier donateur a également été mise en avant dans l'arrêt TABOURDEAU 2<sup>490</sup> ou encore dans l'affaire THURIN<sup>491</sup> dans laquelle la Cour de cassation a validé le schéma d'apport-donation en admettant que l'opération permettait au donateur de « *préparer au mieux la transmission de son patrimoine à ses enfants dans un*

<sup>488</sup> Cass. com. 3 octobre 2006, n° 04-14.272, DGI c/ BOTHEREL, Dr. Fisc. 2007, n° 12, 302, note P. FERNOUX.

<sup>489</sup> Cass. com. 26 mars 2008, n° 06-21944, CERE, Dr. Fisc. 2008, n° 16, comm. 283.

<sup>490</sup> Cass. com. 20 mai 2008, n° 2008-044076, DGI c/ TABOURDEAU (2<sup>ème</sup> espèce), JCP N 2008, n° 28, 1239, note de R. MORTIER.

<sup>491</sup> Cass. com. 21 octobre 2008, n° 07-18.770, THURIN, RFN 2009, n° 2, étude de R. MORTIER.

*cadre juridique précis et organisé, tout en conservant la maîtrise de la gestion de ses biens immobiliers afin d'assurer sa sécurité matérielle* » en ce qu'il pouvait décider de la cession de l'immeuble ou encore de procéder aux grosses réparations. La même année, la Cour de cassation a une nouvelle fois utilisé ce critère en considérant l'abus de droit écarté pour une opération d'apport-donation dans laquelle les usufruitiers, gérants de la SCI et associé majoritaire pour l'un d'entre eux, conservaient la maîtrise de gestion sur l'entière propriété du bien apporté<sup>492</sup>.

**254.** L'interposition d'une SCI avant la donation permet aux parents usufruitiers de conserver un pouvoir de gestion sur le bien apporté en se nommant gérants de la société et ainsi de garder une maîtrise sur les décisions de grosses réparations du bien ou encore de cession. Le second critère dégagé par la jurisprudence BOTHEREL est celui de l'optimisation des rapports entre les enfants donataires.

## 2. La cohésion du patrimoine familial

**255. Définition du critère.** Selon la Cour de cassation dans l'arrêt BOTHEREL, « *la transmission des parts permettait un partage équitable entre les descendants, les difficultés inhérentes à un partage en trois lots équivalents de biens de nature différente et d'entité distincte se trouvant évitées* »<sup>493</sup>. Une fois de plus, l'interposition d'une SCI trouve un avantage non négligeable qui repose ici sur un partage facilité entre les descendants. En effet, autant « *il est difficile d'équilibrer les lots transmis si la donation porte sur la nue-propriété de biens de nature différente, voire d'un bien unique, autant il est simple d'y parvenir si la transmission porte sur les parts de la SCI* »<sup>494</sup>. La donation de parts de société plutôt que de lots relatifs à des biens de nature différente a le mérite de simplifier les relations entre les enfants, chacun étant propriétaire des parts sociales qui lui ont été transmises sans aucune indivision ni partage éventuel, et de permettre une transmission du patrimoine familial dans une plus grande équité. Ce critère a été précisé par la suite et entendu plus largement comme le critère de la stabilité et de la pérennité du patrimoine familial.

<sup>492</sup> Cass. com. 4 novembre 2008, n° 07-19.870, DGI c/ BENETEAU, RFN 2008, n° 12, comm. 139, note de D. FAUCHER.

<sup>493</sup> Cass. com. 3 octobre 2006, n° 04-14.272, DGI c/ BOTHEREL, Dr. Fisc. 2007, n° 12, 302, note P. FERNOUX.

<sup>494</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. Fisc. 2007, n° 12, 302, §18.

**256. Mise en œuvre du critère.** L'arrêt CERE est une parfaite illustration de la mise en œuvre de ce critère par la Cour de cassation. Cette dernière a validé l'apport-donation en retenant que l'opération « *avait permis à M. CERE d'assurer après son décès la cohésion du patrimoine familial en mutualisant entre ses enfants les aléas locatifs et les écarts de rentabilité susceptibles d'apparaître entre les différents immeubles et en permettant de mettre en place une procédure d'agrément de nouveaux associés tout en évitant que le créancier d'un indivisaire puisse déclencher le partage judiciaire des biens familiaux et cela dans un cadre juridique présentant une stabilité beaucoup plus grande qu'une indivision* »<sup>495</sup>. Comme pour le critère précédent, la Cour de cassation a également écarté l'abus de droit en se fondant sur la cohésion du patrimoine familial dans l'affaire BENETEAU<sup>496</sup> en relevant que « *la gestion complète du patrimoine par la société dans laquelle les successibles ultimes sont associés, ce qui leur permet de participer à la définition des choix essentiels, est plus apte à en garantir la pérennité* ». Cette même année 2008, riche en décisions validant le schéma d'apport-donation, la chambre commerciale a également retenu que cela permettait d'améliorer le fonctionnement de la société en rendant plus difficile le départ des associés et en maintenant un chiffre constant d'actionnaires et de porteurs de parts<sup>497</sup>. Enfin, l'arrêt LAMARQUE<sup>498</sup> rendu la même année sanctionne la cour d'appel qui n'a pas recherché si la constitution de la SCI n'avait pas pour but de partager équitablement le patrimoine familial entre les descendants. Le partage équitable du patrimoine, la validation de l'entrée de nouveaux associés, la pérennité du patrimoine familial sont autant d'éléments nécessaires pour permettre d'assurer la cohésion de ce patrimoine.

**257. Bilan.** Toutes ces décisions viennent confirmer et préciser le critère dégagé dans l'arrêt BOTHEREL relatif à l'optimisation des rapports entre les enfants et donc la cohésion et pérennité du patrimoine familial. Ce critère, ainsi que celui de la conservation des pouvoirs de gestion par les usufruitiers, une fois démontrés, permettent d'écarter le grief de l'abus de droit en ce qu'ils constituent des motifs autres que fiscaux à la réalisation de l'apport-donation, et ce uniquement si la société n'est pas considérée comme fictive. Il faudra prendre la précaution d'activer la société. Pour certains auteurs, le schéma d'apport-donation, de par les actes juridiques le composant et les critères précédemment développés qui s'en

---

<sup>495</sup> Cass. com. 26 mars 2008, n° 06-21944, CERE, Dr. Fisc. 2008, n°16, comm. 283.

<sup>496</sup> Cass. com. 4 novembre 2008, n° 07-19.870, DGI c/ BENETEAU, RFN 2008, n° 12, comm. 139, note de D. FAUCHER.

<sup>497</sup> Cass. com. 21 octobre 2008, n° 07-16.835, HENRIOT, RFN 2008, n° 12, comm. 139, note de D. FAUCHER.

<sup>498</sup> Cass. com. 23 septembre 2008, n° 07-15.210, LAMARQUE c/ Direction des services fiscaux des Pyrénées Atlantiques, RFN 2008, n° 12, comm. 139, note de D. FAUCHER.

dégagent, présente des intérêts réels sur le plan civil et produit donc des effets multiples permettant, par conséquent, d'écarter l'abus de droit. Cette notion d'effets multiples mérite toutefois d'être discutée.

## **B. L'application non souhaitée de la notion d'effets multiples au schéma d'apport-donation**

**258.** La notion d'effets multiples a été dégagée par le Cour de cassation dans une hypothèse de transformation de SARL en SA avant cession massive des titres sociaux<sup>499</sup>. Il convient de s'interroger sur l'influence de cette notion sur le mécanisme de l'apport-donation après en avoir brièvement rappelé la définition.

### 1. Le rappel de la notion d'effets multiples

**259. Notion d'effets multiples.** Comme a pu le rappeler la Conseil d'Etat<sup>500</sup>, il est tout à fait licite de poursuivre un but fiscal parmi d'autres motifs de nature différente (financier, patrimonial, économique). De ce fait, en l'absence de fictivité, seule la preuve de la but exclusivement fiscal dans une application littérale des textes peut permettre la mise en œuvre de la procédure de l'article L. 64 du LPF. Avec l'arrêt RMC France, la Cour de cassation permet, aux travers de la notion d'effets multiples, d'écarter l'abus de droit en présence d'une opération complexe. En effet, une telle opération produit nécessairement des effets juridiques, économiques et/ou financiers, ces effets multiples étant des motifs autres que fiscaux permettant de justifier l'absence de but exclusivement fiscal.

La notion d'effets multiples ainsi définie semble s'appliquer à l'opération de transformation avant cession mais son extension à d'autres opérations d'optimisation n'est pas souhaitée. Qu'en est-il du schéma d'apport-donation ?

---

<sup>499</sup> V. *supra* n° 219 et s.

<sup>500</sup> CE, Plén., 10 juin 1981, req. n° 19079, Dr. Fisc. 1981, n° 48-49, comm. 2187, concl. P. LOBRYJ.

## 2. La notion d'effets multiples : la clé du schéma d'apport-donation ?

**260. Critique du fondement.** En se fondant sur l'arrêt RMC FRANCE, la plupart de la doctrine a justifié la validité du mécanisme de l'apport-donation par la mise en œuvre de la notion d'effets multiples. Dès lors que le montage d'apport-donation, de par sa complexité, produit des effets « *extra-fiscaux* », cela « *interdirait par principe à l'administration d'invoquer l'abus de droit* »<sup>501</sup>. Est-ce aussi simple ? Certes la mise en œuvre d'un montage, comme celui de la transformation régulière d'une société, entraîne des effets juridiques, économiques et/ou financiers. Ceci ne doit pas être nié. Cependant, l'application automatique de cette notion aux opérations de gestion de patrimoine privé n'est pas la bienvenue.

**261. Justification de la critique.** Tout d'abord, le Conseil d'Etat n'a jamais étendu sa jurisprudence RMC FRANCE à d'autres montages. Comme a pu le dire le Professeur Maurice COZIAN, « *cette étrange motivation* » n'a jamais été reprise par la suite et la Cour de cassation « *n'a jamais écarté le grief de la fraude à la loi en se fondant sur un tel truisme* »<sup>502</sup>. De plus, cette approche de la Cour de cassation est critiquable en ce qu'elle assimile les deux branches de l'abus de droit que sont la fictivité et l'exclusivisme fiscal. Dès lors que la société n'est pas fictive, elle va produire des effets multiples sur le plan civil et ainsi permettre d'écartier l'abus de droit. L'abus de droit ne pourrait être caractérisé que dans l'hypothèse d'une opération qui ne comporterait qu'un motif unique d'ordre fiscal, ce qui est purement théorique. Par conséquent, et dans la pratique, l'extension de la notion d'effets multiples aux autres montages ramènerait « *le critère du but exclusivement fiscal à un rôle complémentaire et indissociable de celui de la simulation, c'est-à-dire de la fictivité de l'opération, pour caractériser l'abus de droit en matière fiscale* »<sup>503</sup>.

**262. Rejet de l'application automatique du principe d'effets multiples.** Il convient donc de rejeter une application systématique du principe posé par l'arrêt RMC FRANCE, c'est-à-dire « *une application qui ignorerait les conditions entourant la mise en*

---

<sup>501</sup> M. COZIAN, *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?*, JCP G 2007, n° 36, I 180, §42.

<sup>502</sup> *Ibid.*

<sup>503</sup> P. DIBOUT, *Cession de droits sociaux – Transformation d'une SARL en SA – Cession d'actions par les associés – Transformation ayant pour seul but d'éviter le droit de cession de parts sociales – Abus de droit non démontré en l'absence d'un retour de la SARL à sa forme antérieure*, Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471.

*place des actes juridiques* ». En effet, « *un acte juridique ne produit pas nécessairement, à lui seul, des effets multiples propres à écarter l'abus de droit* »<sup>504</sup>. Une telle jurisprudence ne mérite pas d'être généralisée à l'ensemble des montages. En effet, elle restreint le champ d'application de la procédure de l'article L. 64 du LPF à la seule hypothèse de la fictivité. Or, comme certains auteurs ont pu le souligner, « *la simulation ne constitue en matière de restructuration qu'une hypothèse d'école. Restreindre l'abus de droit à la simulation revient donc à écarter cette sanction pour la plupart des opérations de restructuration* »<sup>505</sup>.

**263. Conclusion de la section.** La mise en œuvre du schéma d'apport-donation nécessite, pour les contribuables et leurs conseils, de prendre certaines précautions afin d'écarter tout risque de poursuites sur le fondement de l'abus de droit. La première précaution à prendre dans la mise en place d'un schéma d'apport de la nue-propriété d'un bien à une société, suivie de la donation des titres reçus en contrepartie de l'apport, est de s'assurer de la réalité de la société. Pour ne pas être déclarée fictive, celle-ci doit avoir un fonctionnement réel de ses organes sociaux et respecter toutes les conditions de l'article 1832 du Code civil ainsi que l'existence d'un *affectio societatis*. La société devra par ailleurs effectuer des actes en conformité avec son objet social même si, en ne détenant que la nue-propriété des biens, ces actes sont nécessairement réduits.

Malgré l'absence de fictivité, le montage pourra être sanctionné sur le fondement de la poursuite d'un but exclusivement fiscal de l'opération. Afin d'éviter ce grief, le contribuable et ses conseils devront prendre certaines précautions. En premier lieu, il est conseillé, en cas d'apports de la nue-propriété de valeurs mobilières, d'apporter d'autres biens à la société nouvellement créée et ce afin de lui donner une substance. A défaut, il pourra être considéré que la société n'a été créée que dans le seul but de profiter d'un avantage d'impôt, celui d'éviter le barème fiscal de l'article 669 du CGI. En second lieu, il pourrait être intéressant de se pré-constituer la preuve des motifs autres que fiscaux en les mentionnant, notamment, dans les statuts de la société interposée. Comme vu précédemment, les deux critères autres que fiscaux sont la conservation de la maîtrise des biens par les usufruitiers donateurs et la cohésion du patrimoine familial. Dans la pratique, la société doit « *crier sa raison d'être* » en mentionnant dans la clause statutaire relative à son objet social qu'elle a été constituée pour

---

<sup>504</sup> P. FERNOUX, *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, in *Ecrits de fiscalité des entreprises*, étude à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN Litec 2009, p. 231.

<sup>505</sup> P. SERLOOTEN, *La modernisation progressive du droit fiscal des affaires - Le desserrement des entraves aux restructurations d'entreprises*, Dr. Fisc. 1998, n° 14, 100145, §36.

« permettre la transmission du patrimoine à son actif, dont elle deviendra à terme pleine propriétaire, qu'elle constitue une alternative à l'indivision », ou encore « qu'elle permet de garantir la stabilité la stabilité des relations entre associés par le recours aux clauses d'agrément »<sup>506</sup>. En dernier lieu, il est recommandé d'éviter l'apport avant donation à un enfant unique, l'argument de l'indivision pouvant difficilement être mis en avant pour justifier la validité du montage.

Par ailleurs, la simple présence d'une opération complexe créant des effets multiples ne suffit pas à mettre à l'abri le contribuable de la poursuite de cette opération sur le fondement de l'abus de droit. Le principe des effets multiples, provenant de la jurisprudence RMC FRANCE, ne s'applique qu'à l'hypothèse de la transformation d'une société ayant pour effet de réduire l'assiette des droits de mutation à titre onéreux en cas de cession des titres de la société.

**264. Conclusion du chapitre.** Concernant la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux, l'arrêt de référence en matière de transformation de SARL en SA avant la cession massive des titres sociaux valide l'opération d'optimisation. Dès lors que la transformation est régulière, l'abus de droit est automatiquement écarté dans l'hypothèse où il n'y a pas eu de retour à la forme sociétaire initiale, ce qui semble être un cas très rare. La notion d'effets multiples trouve ici à s'appliquer mais son extension à d'autres opérations, telle que celle de l'apport-donation, n'est pas souhaitable. Concernant la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit, le schéma d'apport-donation en est le parfait exemple. Depuis l'arrêt BOTHEREL, le grief de l'abus de droit semble être écarté lorsque l'opération est mise en place dans le but de conserver la maîtrise des biens par les donateurs et de favoriser la cohésion du patrimoine familial. L'opération d'apport-cession est aujourd'hui sécurisée mais des précautions sont toutefois à prendre afin d'éviter tout risque d'abus de droit que ce soit sur le fondement de la fictivité (réalité de la société) ou sur celui de la fraude à la loi.

La volonté de réduire l'assiette des droits de mutation n'est pas la seule technique mise en œuvre par les contribuables pour optimiser la transmission de leur patrimoine au regard des droits de mutation. Ils cherchent également à éluder l'application des droits de mutation à titre gratuit au profit d'autres impôts, dont les taux sont beaucoup moins élevés.

---

<sup>506</sup> R. MORTIER, *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, Dr. Fisc. 2009, n° 2, étude 2.

## Chapitre 2. La volonté d'éluider les droits de mutation à titre gratuit

**265. Identification des droits de mutation à titre gratuit.** Les droits de mutation à titre gratuit sont une catégorie générale regroupant à la fois les droits de donation en cas de transmission entre vifs, et les droits de succession visant l'hypothèse d'une transmission à cause de mort. La succession est « *un mode d'acquisition à cause de mort et à titre gratuit de la propriété* ». Il s'agit de la « *transmission, légale ou testamentaire à une ou plusieurs personnes, du patrimoine laissé par une personne décédée* »<sup>507</sup>. La donation « *est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* »<sup>508</sup>. Dans les deux hypothèses, il s'agit de libéralités visant à transmettre gratuitement le patrimoine privé d'une personne à une autre, dans le premier cas pour cause de mort, dans le second cas entre vifs.

**266. Caractère prohibitif des droits de mutation à titre gratuit.** Les tarifs élevés des droits de mutation à titre gratuit poussent les contribuables à user de techniques leur permettant d'éluider l'application de ce régime « prohibitif ». Souhaiter transmettre son patrimoine privé à ses proches en quasi franchise d'impôt peut être compréhensible. En effet, le contribuable qui transmet une partie de ses biens a déjà acquitté un impôt sur les revenus récoltés tout au long de sa vie, et dans certains cas sur ces mêmes revenus transformés en patrimoine (Impôt de solidarité sur la Fortune). Il peut paraître difficile, pour certains contribuables, de concevoir à nouveau une taxation au moment de la transmission de ce patrimoine à ses proches, taxation pouvant être perçue comme une atteinte au droit de propriété. En comparaison à d'autres droits internes européens, la fiscalité française en matière de droits de mutation à titre gratuit est souvent décrite comme lourde et peu attractive. En effet, « *les héritiers français [sont] surtaxés* »<sup>509</sup>. Alors que depuis la loi TEPA<sup>510</sup>, la fiscalité française était devenue attractive en matière de droits de mutation à titre gratuit, les diverses réformes ultérieures ont contribué à sa perte d'attractivité. Il y a eu tout d'abord une

---

<sup>507</sup> V. « Succession », *Vocabulaire juridique*, Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>508</sup> C. civ., art. 894.

<sup>509</sup> N. CHEYSSON-KAPLAN, *Droits de succession : les héritiers français surtaxés*, Journal Les Echos, mis en ligne le 12 mars 2013 : <http://patrimoine.lesechos.fr/patrimoine/impots/0202637297232-droits-de-succession-les-heritiers-francais-surtaxes-546224.php>

<sup>510</sup> Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : Journal Officiel du 22 août 2007, p. 13945.

augmentation des deux dernières tranches du barème des droits de mutation à titre gratuit applicables aux successions et donations en ligne directe ainsi qu'aux donations entre époux et partenaires liés par un pacte civil de solidarité. Par la suite, l'abattement applicable aux successions et donations en ligne directe a été ramené de 159.325 € à 100.000 € et le délai au-delà duquel le rappel fiscal n'est plus applicable aux donations antérieures a été porté à 15 ans. Toutes ces dispositions rendent les droits de mutation à titre gratuit défavorables, voire même prohibitifs. Beaucoup d'autres pays européens sont considérés comme ayant une fiscalité privilégiée dans cette matière. En Italie par exemple, il existe un abattement de un million d'euros au profit du conjoint et de chacun des descendants ce qui aboutit à une « *quasi-exonération* »<sup>511</sup> des droits de successions. En matière de donation en ligne directe, le taux s'élève à 4% après application de ce même abattement. En Autriche ou encore en Suède, les droits de donation ont été totalement supprimés. Au Royaume-Uni, il existe un taux marginal de 40% applicable, sans distinction de lien de parenté à la différence de la France, après un abattement de 375.000 €<sup>512</sup>.

Ces différentes comparaisons démontrent que le système fiscal français applicable en matière de droit de mutation à titre gratuit est très défavorable aux contribuables. C'est la raison pour laquelle des mécanismes ont été utilisés afin d'éluder de manière volontaire les droits de donation d'une part, et les droits de succession d'autre part.

### **Section 1 – La volonté d'éluder les droits de donation**

### **Section 2 – La volonté d'éluder les droits de succession**

---

<sup>511</sup> B. SAVOURE, G. MICOLAU, *Fiscalité successorale : la France est-elle attractive ?*, RFN 2010, n° 2, ét. 2, §24.

<sup>512</sup> Pour des études comparatives des différents systèmes européens, V. A. FERRE, F. LE MENTEC, *Où partir pour mieux donner ?*, RFN 2013, n°2, ét. 6 ; B. SAVOURE, G. MICOLAU, *Fiscalité successorale : la France est-elle attractive ?*, op. cit. ; Rapport d'information du Sénat n° 65 (2002-2003) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 20 novembre 2002, <http://www.senat.fr/rap/r02-065/r02-065.html>.

## Section 1. La volonté d'éluder les droits de donation

**267. Définition de la donation déguisée.** Il est largement admis que les droits de mutation à titre gratuit sont, dans la majorité des cas, nettement plus lourds que les droits de mutation à titre onéreux<sup>513</sup>. Le coût fiscal incite les contribuables à envisager des opérations permettant d'évincer les droits de mutation à titre gratuit au profit des droits de mutation à titre onéreux. La donation déguisée en est un parfait exemple.

La donation déguisée entre dans la catégorie des actes par simulation, c'est-à-dire « *la création volontaire d'une apparence trompeuse* »<sup>514</sup>. La donation déguisée est ni plus ni moins qu'une libéralité réalisée sous la forme d'un acte non gratuit, que ce soit un acte à titre onéreux ou un acte neutre, c'est-à-dire pouvant être soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. L'opération est une simulation par déguisement. Il s'agit de réaliser un acte apparent, à la vue de tous, dissimulant un acte réel, la libéralité.

**268. Historique du schéma.** Le débat quant à la validité des donations déguisées n'est pas récent. En effet, il apparaissait déjà au début du XIX<sup>ème</sup> siècle avec une division au sein de la Cour de cassation. Comme l'a parfaitement décrit MEAU-LAUTOUR<sup>515</sup>, la querelle portait sur la nullité ou la validité de la donation déguisée en droit civil : « *on affirme que la nullité avait la faveur de la chambre des requêtes au contraire de la chambre civile qui penchait pour la validité* »<sup>516</sup>. Les deux chambres ont alimenté cette divergence jusqu'en 1813 en rendant des solutions opposées à quelques jours d'intervalle seulement. Depuis un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 31 mai 1813, il semble que la validité des donations déguisées soit désormais acquise pour la jurisprudence civiliste et approuvée par la doctrine<sup>517</sup>. La nullité intervient lorsque l'acte apparent ne respecte pas les conditions de forme de la catégorie à laquelle il appartient. Tout est donc question de preuve quant aux critères de la donation.

---

<sup>513</sup> V. en ce sens, C. DAVID, O. FOUQUET, B. PLAGNET, P.-F. RACINE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 23-1.

<sup>514</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, thèse, LGDJ, tome 276, 1997.

<sup>515</sup> H. MEAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, Thèse, LGDJ, 1985, tome 184, n° 11 et s.

<sup>516</sup> *Ibid.*, n° 12.

<sup>517</sup> V. en ce sens Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les successions – Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, n°410.

**269. Validité des donations déguisées en droit civil.** Selon l'article 931 du Code civil, « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ». La forme authentique est donc la règle en matière de donation, sous peine de nullité de l'acte. Bien que la donation authentique soit le seul mode expressément organisé par le Code civil, la jurisprudence valide les donations non notariées que sont le don manuel, la donation indirecte et la donation déguisée. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que la donation déguisée était valide à la condition qu'elle respecte les formalités imposées à l'acte support<sup>518</sup>, et ce depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>519</sup>. En effet, « *la libéralité occulte ne devant rien révéler de sa nature gratuite, il importe que les éléments catégoriques de l'acte support soient observés en apparence* »<sup>520</sup>. C'est ce qui est communément appelé le formalisme de substitution. Il convient de « *donner corps à la fiction* » c'est-à-dire « *couler la donation entre vifs dans un autre acte juridique* »<sup>521</sup>. Ainsi, pour être valable, la donation déguisée doit respecter les conditions de forme de l'acte ostensible dont elle emprunte le moule et les conditions de fond d'une donation<sup>522</sup>. Pour une donation déguisée en vente, « *lorsque toutes les conditions de la vente sont réunies, le mensonge est parfait, de sorte qu'en la forme, il n'y a rien à redire* »<sup>523</sup>. La Cour de cassation a pu relever que « *dans un cas où un propriétaire a vendu à sa compagne la nue-propriété d'un bien lui appartenant en propre, quelques jours avant de subir une opération chirurgicale, puis lui a remis un chèque d'un montant correspondant au prix de vente, une cour d'appel, ayant souverainement estimé que le prix de vente n'était pas dérisoire au sens de l'article 1591 du Code civil, a pu en déduire que la vente constituait une donation déguisée* ». De plus, la Cour a estimé que « *ayant souverainement retenu que l'objet de la donation effectuée par le donataire n'était pas de léser sa famille mais de léguer un bien à sa compagne dans la limite de la quotité disponible tout en essayant de la soustraire à l'imposition fiscale, une cour d'appel en déduit exactement que cette donation déguisée est valable sauf à faire l'objet d'une action en réduction devant la juridiction compétente* »<sup>524</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation admet également la validité de la donation déguisée sous couvert d'une vente apparente dont le prix stipulé à l'acte apparent est dérisoire<sup>525</sup>. En résumé, en

<sup>518</sup> V. en ce sens Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 1980, Bull. civ. I, n° 164, RTD Civ. 1981, 442, obs. J. PATARIN.

<sup>519</sup> V. par ex. Civ. 31 mai 1813, S. 1813, p. 1362, GAJC, t. 1, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 129.

<sup>520</sup> M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Doctorat et Notariat, Collection de thèses, 2000/01, §346.

<sup>521</sup> *Ibid.*, §414 et 415.

<sup>522</sup> V. en ce sens Civ. 22 avril 1913, DP 1914.1.193 ; Civ 1<sup>ère</sup> 22 octobre 1975, JCP G 1975, IV, 364.

<sup>523</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 562 ; V. Civ. 6 juil. 1948, Bull. civ. N° 210, p. 703.

<sup>524</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 novembre 2005, n° 1226 F-D, VOIRET C/ MUSSARD, RJDA 2006, n° 403.

<sup>525</sup> J. PATARIN, *Validité de la donation déguisée sous forme de vente malgré le caractère dérisoire du prix stipulé*, RTD Civ. 1996, p. 218 au sujet de Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 300, p. 206.

droit civil, la validité des donations déguisées n'est plus contestée depuis de nombreuses années. Par conséquent, le donateur ne peut pas prétendre obtenir la nullité de la libéralité consentie. Ainsi, la Cour de cassation, après avoir rappelé le principe classique selon lequel « *les libéralités faites sous couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles propres aux actes à titres gratuits* »<sup>526</sup>, a pu valablement rejeter le moyen tendant à obtenir la nullité de l'acte en estimant qu'il était infondé au motif que la donation déguisée était valable<sup>527</sup>.

C'est donc un mouvement de désolennisation des libéralités qui s'est instauré. En ce sens, Monsieur MONTREDON a pu écrire que « *les particuliers, comme les magistrats, ont dissout le formalisme légal dans le champ élargi de l'autonomie des volontés* »<sup>528</sup>. La donation déguisée, bien qu'elle ne respecte pas la condition de forme imposée par l'article 931 du Code civil, n'en demeure pas moins valable dès lors qu'elle respecte le formalisme de l'acte de support ainsi que les conditions de fond des donations. Il existe cependant des exceptions. En effet, les donations déguisées au profit d'un incapable<sup>529</sup> sont nulles, de même que la donation déguisée frauduleuse. Dans cette dernière hypothèse, il a été jugé « *qu'il ne peut y avoir donation déguisée sanctionnée par la nullité de l'article 1099 alinéa 2 du Code civil que dans la mesure où l'acte de vente dont procéderait cette libéralité, consentie en deniers, contiendrait des affirmations mensongères sur l'origine des fonds* »<sup>530</sup>. La formulation utilisée par la Haute Juridiction dénote qu'il s'agit bien là d'une exception. Dès lors, par principe la donation déguisée est valable sauf à démontrer qu'il s'agit d'un comportement frauduleux. L'ancien alinéa 2 de l'article 1099 prévoyait la nullité des donations déguisées entre époux. Bien que cet alinéa ait été abrogé, la jurisprudence a pu considérer qu'il restait applicable aux libéralités consenties avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>531</sup>.

**270. Intérêt du schéma.** L'opération de donation déguisée est très utilisée par les contribuables français dans le but de diminuer le coût fiscal de la transmission d'une partie du patrimoine. En effet, les tarifs prohibitifs des droits de mutation à titre gratuit (hormis ceux

<sup>526</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 1980, D. 1981, p. 273, note I. NAJJAR ; RTD Civ. 1981, 442, obs. J. PATARIN.

<sup>527</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 novembre 2013, n° 12-23363, Dr. de la famille, 2014, n°3, comm. 42, note M. NICOD.

<sup>528</sup> J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Thèse, LGDJ, 1989, n° 3.

<sup>529</sup> C. civ., art. 911, al. 1.

<sup>530</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1992, n° 1495 P., Consorts Tayrac et autres c/ Villa et autres, RJDA 1993, n° 395. V. dans le même sens Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 1989, Bull. civ. I p. 46 n° 71.

<sup>531</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, n° 08-20570, RTD Civ. 2009, p. 764, note M. GRIMALDI.

entre époux) incitent à la simulation. L'article 777 du CGI prévoit les tarifs suivants en fonction de la qualité des parties<sup>532</sup> :

**271. Tarif des droits applicables en ligne directe :**

FRACTION DE PART NETTE TAXABLE	TARIF applicable (%)
N'excédant pas 8 072 €	5
Comprise entre 8 072 € et 12 109 €	10
Comprise entre 12 109 € et 15 932 €	15
Comprise entre 15 932 € et 552 324 €	20
Comprise entre 552 324 € et 902 838 €	30
Comprise entre 902 838 € et 1 805 677 €	40
Au-delà de 1 805 677 €	45

**272. Tarif des droits applicables en ligne collatérale et entre non-parents :**

FRACTION DE PART NETTE TAXABLE	TARIF applicable (%)
Entre frères et sœurs vivants ou représentés :	
N'excédant pas 24 430 €	35
Supérieure à 24 430 €	45
Entre parents jusqu'au 4e degré inclusivement	55
Entre parents au-delà du 4e degré et entre personnes non-parentes	60

<sup>532</sup> Tarif actuellement en vigueur. CGI, Art. 777, modifié par la loi n° 2012-958 du 16 août 2012, art. 5.

**273. Tarif des droits applicables entre époux et entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité :**

FRACTION DE PART NETTE TAXABLE	TARIF applicable (%)
N'excédant pas 8 072 €	5
Comprise entre 8 072 € et 15 932 €	10
Comprise entre 15 932 € et 31 865 €	15
Comprise entre 31 865 € et 552 324 €	20
Comprise entre 552 324 € et 902 838 €	30
Comprise entre 902 838 € et 1 805 677 €	40
Au-delà de 1 805 677 €	45

Ainsi, pour l'exemple d'un contribuable souhaitant transmettre un immeuble de 300.000 € à un tiers, les droits de mutation à titre onéreux attachés à une vente de l'immeuble s'élèveraient à 15.270 €<sup>533</sup>, contre 180.000 €<sup>534</sup> de droits de donation.

**274.** Afin de mesurer l'intérêt de ce schéma d'optimisation fiscale, il conviendra dans un premier temps de délimiter les contours de la notion de donation déguisée avant d'en examiner le régime fiscal.

---

<sup>533</sup> Le taux des droits de mutation à titre onéreux en cas de cession d'immeuble s'élève à 5,09%, soit une taxe départementale au taux de 3,80%, une taxe communale au taux de 1,20% et une taxe nationale au profit de l'Etat égale à 2,37% du montant du droit départemental. Toutefois, pour les cessions réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014, une majorité de conseils généraux a porté la taxe départementale à 4,5% jusqu'au 29 février 2016. Cette modification transitoire porte ainsi le taux global à 5,8%.

<sup>534</sup> Les droits de mutation à titre gratuit en cas de libéralité au profit d'un tiers s'élèvent à 60% ; v. *supra* n° 272.

## § 1. La notion de donation déguisée

275. La donation déguisée est une donation réalisée sous l'apparence d'un acte d'une autre nature. Afin de cerner la notion de donation déguisée, il ne suffit pas d'en donner une définition, encore faut-il en définir les contours. Pour cela, il convient de s'intéresser aux éléments composants la donation déguisée et cette dernière suppose la réunion de deux opérations concomitantes : un déguisement volontaire et une donation réelle.

### A. Un déguisement volontaire

276. **Définition générale du déguisement.** Le terme de « déguisement » est défini, au sens commun, par « *l'action de déguiser* »<sup>535</sup>. Or, « déguiser » signifie « *modifier pour tromper, contrefaire* »<sup>536</sup>. Il s'agit ainsi d'une action mise en œuvre pour tromper les tiers, travestir la réalité. Les termes synonymes de « déguisement » qui reviennent le plus souvent sont altérer, cacher, changer, contrefaire, dénaturer, dissimuler, enrober, feindre, habiller, masquer, travestir, tromper. Le déguisement est donc le travestissement de la réalité consistant à l'habiller, la masquer, en vue de tromper les tiers.

277. **Définition juridique du déguisement.** Le déguisement correspond à l'opération par laquelle un acte apparent dissimule un acte réel. C'est un « *travestissement de la réalité : l'acte ostensible maquille son objet véritable en s'affichant sous un costume différent* »<sup>537</sup>. Le déguisement est varié et les contribuables ne manquent pas d'imagination. Il convient de rappeler que le déguisement appartient à la catégorie plus large de la simulation et qu'il découle de la création volontaire d'un artifice.

---

<sup>535</sup> V. « *Déguisement* », Dictionnaire Le petit Larousse, Compact 2003.

<sup>536</sup> V. « *Déguiser* », Dictionnaire Le petit Larousse, Compact 2003.

<sup>537</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, thèse op. cit., n° 373.

## 1. L'existence d'une simulation

**278. Définition de la simulation en droit fiscal.** La notion de simulation a déjà été étudiée<sup>538</sup>. Elle peut toutefois être résumée ainsi : il s'agit de la « *création volontaire d'une contradiction entre un élément occulte et un élément ostensible en vue d'induire les tiers en erreur* »<sup>539</sup>. De cette définition se dégagent clairement les deux composantes de la simulation, que sont l'acte apparent et l'acte occulte. Cependant, ces deux composantes sont interdépendantes : l'une découle de l'autre. En effet, c'est par l'identification de l'acte occulte que l'administration fiscale peut déterminer le caractère mensonger de l'acte apparent. L'interdépendance des deux actes permet ainsi de qualifier la donation déguisée en tant que simulation et de la distinguer des notions voisines.

### a. Les composantes de la simulation

**279. Un élément apparent.** L'acte apparent est l'acte ostensible destiné à tromper les tiers et à cacher un acte réel. Il induit un aspect psychologique qui permet d'écarter du domaine de la simulation les fictions juridiques<sup>540</sup>. Ces dernières se distinguent de la simulation ; en effet, « *alors que la première résulte d'une opposition de la réalité juridique établie par la règle et de celle issue de la construction juridique, la seconde correspond à une fausse application de la règle* »<sup>541</sup>. Pour la simulation, l'acte ostensible est créé par la volonté des parties. Il s'agit de l'acte qu'elles souhaitent mettre à la vue de tous.

**280. Un élément caché.** L'élément caché correspond à l'acte occulte, celui que les parties ont choisi de ne pas dévoiler au grand jour. Il est couramment appelé la contre-lettre définie par le Vocabulaire juridique Cornu comme « *l'acte secret porteur de la volonté réelle des parties qui prévaut, entre parties, sur l'acte ostensible différent qu'elles dont apparaître mais qui, en raison de son caractère occulte, n'a point d'effet contre les tiers* »<sup>542</sup>. L'existence d'un acte instrumentaire, l'*instrumentum*, n'est pas exigée comme condition de validité de la

---

<sup>538</sup> *Ibid.*

<sup>539</sup> *Ibid.*, n° 107.

<sup>540</sup> Pour un exemple de fiction juridique, V. G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Tome 253, 1997, n° 243 et s.

<sup>541</sup> *Ibid.*, n° 3-1.

<sup>542</sup> V. « Contre-lettre », *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association H. CAPITANT, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

contre-lettre. Cependant, il est conseillé sur le terrain probatoire. La particularité de la contre-lettre réside dans son caractère secret qui ne disparaît pas en cas d'enregistrement de l'acte<sup>543</sup>.

**281.** La simulation se constitue donc de ces deux éléments que sont l'acte apparent et l'acte occulte. Cependant, il ne suffit pas de préciser l'existence de ces deux éléments, encore faut-il qu'ils coexistent. En effet, « *la simulation résulte de la confrontation de la contre-lettre et de l'acte simulé* »<sup>544</sup> qui, bien que contradictoires, doivent être simultanés. Cette définition de la simulation permet de distinguer la donation déguisée des notions qui lui sont proches.

#### b. La distinction de la donation déguisée et des notions voisines

**282. Objet de la distinction.** Il est nécessaire de délimiter le sujet en posant la distinction de la donation déguisée et des notions voisines. En effet, la donation déguisée est souvent confondue avec d'autres notions, et notamment le don manuel et la donation indirecte, opérations pour lesquelles les critères susvisés relatifs à la simulation ne sont pas caractérisés. L'enjeu de cette distinction n'est pas négligeable en ce qu'il permet de trancher pour une qualification lorsque, pour une même hypothèse, plusieurs analyses peuvent être retenues. A titre liminaire, il convient de rappeler que ces trois actes sont des actes non notariés et font ainsi exception à la règle de l'article 931 du Code civil selon laquelle les donations doivent être réalisées sous la forme authentique, sous peine de nullité. Cependant, leur validité n'est plus discutée sur le plan civil<sup>545</sup>.

**283. Donation déguisée et don manuel.** Le don manuel est une donation faite par simple tradition sans être soutenue par un acte juridique. Il découle d'un simple mais nécessaire transfert matériel. Sur le plan civil, la donation déguisée et le don manuel présentent des similitudes. Dans les deux hypothèses, ce sont des libéralités entraînant un transfert matériel. Cependant, à la différence de la donation déguisée, le don manuel n'est pas supporté par un acte juridique et ne repose pas sur un mensonge. D'un point de vue fiscal, le

---

<sup>543</sup> V. en ce sens, F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, Thèse, op. cit., n° 71.

<sup>544</sup> *Ibid.*, n° 74 et s.

<sup>545</sup> V. *supra* n° 269.

don manuel n'entraîne, par principe, aucune exigibilité de droits (à la condition qu'il ne soit pas constaté dans un acte)<sup>546</sup>. Il fait preuve d'une grande simplicité. En effet, « *on ne saurait rêver régime plus simple (aucune formalité juridique à respecter), ni plus favorable (aucun droit à payer)* »<sup>547</sup>.

**284. Donation déguisée et donation indirecte.** La donation indirecte est un avantage résultant, en l'absence de tout déguisement, d'un acte autre qu'une donation telle que la renonciation à un droit. Sur le plan civil, la donation déguisée et la donation indirecte sont toutes deux considérées comme des libéralités. Cependant, pour la donation indirecte, l'acte est bien réel mais l'intention libérale n'est pas exprimée contrairement à la donation déguisée qui induit l'existence, bien que cachée, d'une intention libérale. Pour résumer, « *la donation indirecte, à la différence de la donation déguisée, n'entraîne aucune coexistence contradictoire entre apparence et réalité* »<sup>548</sup> et « *l'acte indirect n'implique aucune volonté de créer une apparence différente de la réalité* »<sup>549</sup>. D'un point de vue fiscal, la donation indirecte est une libéralité soumise à la règle du rappel fiscal. Dans la donation indirecte, l'administration fiscale ne remet pas en cause l'intention libérale du donateur, elle ne fait qu'interpréter l'acte réalisé pour constater que celui-ci conduit à gratifier un tiers et, de ce fait, constitue une libéralité imposable. A l'inverse, en cas de donation déguisée, l'administration fiscale a un pouvoir de requalification de l'acte. L'enjeu de la distinction repose également sur les garanties procédurales attachées à l'action de l'administration fiscale qui ne sont pas les mêmes selon qu'elle se fonde sur son pouvoir de rectification (procédure contradictoire de droit commun) ou sur la procédure de l'article L.64 du LPF<sup>550</sup>. En effet, « *la donation indirecte ne constitue pas comme l'abus de droit une requalification du ou des actes faits par le contribuable. Elle constitue juste la constatation du fait que l'acte produit les mêmes effets qu'une libéralité et que de ce fait, il doit en suivre le régime fiscal* »<sup>551</sup>.

Le déguisement est un genre de simulation dont la délimitation des contours a permis de distinguer l'opération de donation déguisée des opérations qui lui sont proches, comme le don

---

<sup>546</sup> Il existe des exceptions à la non-imposition des dons manuels. Lorsqu'il est fait au profit d'un successible, la règle du rapport des libéralités oblige à déclarer le don manuel antérieur qui sera alors taxé par le biais de la règle du rappel fiscal. Lorsque le don manuel est réalisé au profit d'un tiers, l'imposition devient obligatoire dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 757 du CGI, comme par exemple lorsque le tiers bénéficiaire de la donation décide de déclarer le don manuel dans un acte soumis à l'enregistrement.

<sup>547</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1697.

<sup>548</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, op. cit., n° 139.

<sup>549</sup> *Ibid.*, n° 143.

<sup>550</sup> *V. supra* n° 12.

<sup>551</sup> G. LOUSTALET, *Distinction entre donation indirecte et abus de droit : n'est-ce qu'une question de motivation ?*, RFN 2012, n° 1, comm. 8.

manuel et la donation indirecte. Le déguisement comporte également un versant psychologique : le mensonge.

## 2. La création volontaire d'un artifice

**285. Objet du mensonge.** La donation déguisée repose sur un mensonge des parties. Plus précisément, il s'agit d'un « *mensonge sur la forme* »<sup>552</sup> fondé sur une contradiction entre un élément réel, la donation, et un élément apparent, l'acte à titre onéreux. La distorsion se situe entre la cause de l'acte apparent et l'intention libérale du donateur. Pour rétablir la qualification de donation, l'administration fiscale doit opérer une disqualification juridique en écartant l'acte apparent mensonger.

**286. Rôle primordial de la volonté des parties.** La création de cet artifice est volontaire. D'ailleurs, le terme de mensonge renvoie au caractère intentionnel ainsi qu'à l'idée de tromperie et donc de fraude. Les parties à l'acte mettent en œuvre des mécanismes pour tromper intentionnellement les tiers. Le rôle de la volonté des parties est donc primordial en matière de donation déguisée. C'est notamment sur ce point qu'elle se distingue de la donation indirecte où il n'y a aucune volonté des parties de déguiser une donation sous l'apparence d'un autre acte.

**287. Exemples de déguisement.** La donation déguisée peut prendre différentes formes tant l'imagination du contribuable ne manque pas. La donation peut être déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux comme un contrat de vente, un contrat de rente viagère un bail à nourriture ou encore un achat pour autrui, mais également sous l'apparence d'un acte non onéreux comme par exemple la reconnaissance de dette.

Par exemple, dans l'hypothèse d'une donation déguisée en vente, le déguisement résulte de l'absence de contrepartie ou d'une contrepartie insuffisante. L'acte apparent est un contrat de vente dans lequel les parties ont stipulé un prix mais ont décidé par ailleurs que ce prix ne serait jamais acquitté<sup>553</sup>. Ce procédé est le plus classique est porte le plus souvent sur un

---

<sup>552</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les successions - Les libéralités*, Defrénois 2012, 5<sup>ème</sup> éd., n° 410.

<sup>553</sup> Pour une étude des modalités de non acquittement du prix de vente, V. *infra* n° 309.

immeuble, parfois sur un fonds de commerce ou des titres de société. La présence de ces biens dans les cas de donations déguisées s'explique par le fait que leur transmission ne peut pas être faite par don manuel. La donation déguisée est donc le seul moyen d'éviter l'application des droits de mutation à titre gratuit, ces derniers pouvant être prohibitifs en fonction de la qualité des parties et de leur lien de parenté<sup>554</sup>.

Dans d'autres hypothèses, le déguisement peut porter sur un contrat de rente viagère ou de bail à nourriture. La cession du bien est consentie moyennant paiement d'une rente ou obligation de soins pour l'acquéreur. Il s'agit d'un contrat aléatoire qui dépend de la durée de vie du crédientier. Cependant, il est des cas dans lesquels la rente n'est jamais versée ou l'obligation de soins effectuée que peu de temps en raison de la mise en maison de retraite du crédientier, ou encore de son décès rapide<sup>555</sup>.

**288. Bilan.** La donation déguisée appartient à la catégorie des simulations entraînant la création d'une apparence trompeuse pour masquer la réalité. La volonté des parties occupe une place centrale dans la mise en place de ce mensonge pour tromper les tiers. Bien que le déguisement soit un élément indispensable à la constitution de la donation déguisée, il n'est pas suffisant. En effet, pour pouvoir caractériser la tromperie, l'existence d'une situation juridique réelle contraire à la situation apparente est nécessaire. C'est donc la caractérisation d'une donation réelle qui démontre le caractère artificiel de l'acte apparent. Ainsi en témoigne le régime de la preuve puisque l'administration fiscale doit démontrer l'existence d'une donation occulte pour écarter l'acte apparent<sup>556</sup>.

## **B. Une donation réelle**

**289. Définition de la donation.** La donation déguisée est un montage qui met en œuvre une tromperie des contribuables, visant à cacher un acte apparent qu'ils ne veulent pas voir soumis aux droits de mutation à titre gratuit : la donation. La donation est un acte de disposition à titre gratuit entrant dans le champ des libéralités. Selon l'article 894 du Code civil, « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». La donation

<sup>554</sup> V. *supra* n° 271, 272 et 273.

<sup>555</sup> Pour une étude des hypothèses de déguisement en contrat de rente viagère, V. *infra* n° 309.

<sup>556</sup> V. *infra*, n° 307 et s.

comporte donc deux éléments : un élément matériel et un élément intentionnel. Ces deux éléments doivent se vérifier pour que l'administration fiscale puisse requalifier l'acte en donation déguisée par le biais de la procédure de l'abus de droit fiscal et ainsi appliquer le régime fiscal des droits de mutation à titre gratuit.

**290.** Avant d'étudier les deux composantes de la donation, il convient de s'intéresser au critère de distinction de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit. En effet, la donation déguisée est avant tout une libéralité, bien que l'acte apparent soit trompeur en ce qu'il met en avant un acte à titre onéreux. Ainsi, et afin de caractériser la donation déguisée, il est indispensable de vérifier la gratuité de l'acte, de prouver que l'acte occulte est un acte à titre gratuit. Pour cela, l'étude du critère de distinction entre l'onérosité et la gratuité est indispensable avant de conclure à la gratuité de l'acte occulte.

#### 1. Le critère de distinction de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit

**291. Critère de distinction entre onérosité et gratuité : la cause.** Distinguer les actes à titre onéreux des actes à titre gratuit revient à rechercher le critère de qualification des contrats. La notion de cause apparaît comme étant l'élément déterminant dans cette qualification puisque c'est elle qui va permettre de délimiter ce qui relève de la gratuité de ce qui relève de l'onérosité. Au premier abord, alors que la cause de l'acte à titre onéreux semble être la contrepartie, la cause de l'acte à titre gratuit serait, *a contrario*, l'absence de contrepartie. Mais cette dichotomie est une vision restrictive de la notion de cause. En effet, cette dernière étant une notion « pluridimensionnelle »<sup>557</sup>, la distinction de l'onérosité et de la gratuité n'est pas si simple. Il est donc indispensable de faire un rappel des différentes théories de la notion de cause<sup>558</sup> avant de voir les limites du critère retenu.

---

<sup>557</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, Thèse, PUF Aix-Marseille, 2004, n° 565.

<sup>558</sup> Cet examen n'a en aucun cas pour objectif d'être exhaustif.

a. L'exposé du critère

**292. Evolution de la notion de cause.** « *Le nombre considérable d'études consacrées à la théorie de la cause a abouti à une multiplicité de conceptions, qui trouble quelque peu la perception que l'on peut en avoir* »<sup>559</sup>. M. PIETTE énonce ainsi parfaitement la complexité de la notion de cause ainsi que la difficulté d'en résumer les différentes théories. En effet, de DOMAT à MM. MAZEAUD en passant par CARBONNIER, MM. CAPITANT, SIMLER, MAURY, WICKER, la notion de cause a été maintes fois étudiée et repose sur des théories diverses, souvent opposées. Celui qui se vante de pouvoir définir précisément la cause est sûrement celui qui n'en a pas compris la notion. Néanmoins, pour avancer dans les développements, il convient de choisir la théorie de la notion de cause la plus appropriée.

La théorie classique, défendue notamment par DOMAT<sup>560</sup> dans l'Ancien Droit, considère la cause comme « *le but immédiat que poursuivent les parties en contractant* »<sup>561</sup> et l'oppose ainsi aux mobiles. Ainsi, alors que dans un contrat à titre onéreux, l'obligation de chaque partie réside dans la cause de l'obligation de l'autre, dans les contrats à titre gratuit, la cause repose sur la volonté du disposant de s'engager sans contrepartie. Cependant, la théorie classique a fait face à diverses critiques et notamment concernant les contrats à titre gratuit. En effet, « *assimiler la cause à l'intention libérale (...) revient à confondre cause et consentement* »<sup>562</sup>. De ce fait, si l'intention libérale n'est pas présente, ce n'est pas l'absence de cause qui sera soulevée mais le vice du consentement. Les limites de la théorie classique ont conduit les auteurs à développer d'autres conceptions doctrinales de la cause.

Les théories modernes de la cause se divisent en deux courants : objectiviste et subjectiviste.

Le premier courant reconnaît dans la cause un enrichissement économique, « *une réalité matérielle et patrimoniale et non une représentation psychologique. Elle est le fondement objectif et quantitatif du débiteur* »<sup>563</sup>. Ainsi, pour M. LOUIS-LUCAS, la cause se définit comme « *la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation*

<sup>559</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 496.

<sup>560</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cité par G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 500.

<sup>561</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 500.

<sup>562</sup> *Ibid.*, n° 503.

<sup>563</sup> P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, cité par G. PIETTE, *ibid.*, n° 507.

dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri »<sup>564</sup>. L'auteur fait reposer la notion de cause sur une idée de compensation économique et l'oppose à la volonté. Cependant, la conception objective de la théorie moderne de la cause présente elle aussi des limites. Comme a pu le démontrer M. PIETTE, en retenant une conception purement économique et mathématique de la cause, les domaines de l'illicéité et de l'immoralité de la cause n'ont plus lieu d'être. L'immoralité se rapporte au psychologique et non pas au caractère économique du contrat. Réduire la notion de cause à une conception purement économique n'est donc pas souhaitable. Par ailleurs, et pour en revenir aux contrats à titre gratuit, la théorie objective montre là encore ses limites puisque l'idée de compensation économique est exclue des libéralités. Cela reviendrait-il à en conclure qu'il n'y a pas de cause dans les contrats à titre gratuit ? Certains ont pu le soutenir<sup>565</sup>.

Le second courant, le courant subjectiviste, fait de la cause le but poursuivi par celui qui s'engage. Cette théorie, développée par CAPITANT<sup>566</sup>, intègre la cause à la volonté. La cause serait ainsi « *la représentation psychologique de la contrepartie* »<sup>567</sup> et le consentement serait de ce fait « *subordonné à la cause* »<sup>568</sup>. Alors que la théorie de CAPITANT était teintée d'objectivisme, d'autres auteurs ont développé des conceptions purement subjectives. Pour JOSSERAND<sup>569</sup>, par exemple, la cause est une composante de l'intention<sup>570</sup>. L'auteur distingue trois catégories de mobiles dont le « *mobile organique, encore qualifié intrinsèque ou intentionnel, qui constitue la cause de l'obligation* »<sup>571</sup>. Les théories subjectives de la cause ont pour défaut la prise en considération exclusive des mobiles.

Il est désormais admis que la cause n'est ni purement subjective, ni purement objective. C'est pour cela qu'une autre théorie, dite mixte, a été développée. Selon cette conception mixte, la notion de cause est composée de deux éléments, un objectif et un subjectif. Cette théorie a été minutieusement détaillée par M. MAURY qui a mis en avant la notion d'équivalence<sup>572</sup>. Pour l'auteur, cette notion d'équivalence est mixte en ce qu'elle dépend à la fois de phénomènes objectifs et subjectifs. Il défend donc le caractère unitaire de la notion de cause tout en précisant que « *le concept est protéiforme* »<sup>573</sup>. Ainsi, en appliquant la théorie de

---

<sup>564</sup> P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, thèse Dijon, Librairie de la société du recueil Sirey, 1918, p. 155.

<sup>565</sup> E. GAUDEMONT, *Théorie générale des obligations*, par H. DESBOIS et J. GAUDEMONT, cité par G. PIETTE, *op. cit.*, n° 515.

<sup>566</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 1924.

<sup>567</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, *op. cit.*, n° 517.

<sup>568</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, p.27.

<sup>569</sup> L. JOSSERAND, *Essai de téléologie juridique. Tome 2 : Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Librairie Dalloz, 1928.

<sup>570</sup> V. également en ce sens, Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1969.

<sup>571</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, *op. cit.*, n° 524.

<sup>572</sup> J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1920.

<sup>573</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, *op. cit.*, n° 534.

MAURY aux différents types de contrats, il convient de considérer que la cause du contrat à titre onéreux est l'équivalent voulu, alors que celle des donations est l'absence voulue d'équivalent économique.

La théorie mixte précitée doit se différencier de la théorie dualiste, majoritairement retenue par la doctrine. Selon cette théorie, notamment étudiée par MM. MAZEAUD, il y a deux notions de cause : la cause de l'obligation, qui est une cause dite objective permettant d'apprécier son existence, et la cause du contrat, dite subjective et permettant d'apprécier sa licéité et sa moralité<sup>574</sup>. Cette conception dualiste de la cause a été vivement critiquée<sup>575</sup> et doit être écartée au profit d'une théorie fondée sur la nature de la cause.

**293. Critère retenu : la cause-intérêt.** M. PIETTE se fonde sur les développements de M. MAURY pour énoncer que la cause se justifie par le déplacement de valeur d'un patrimoine à l'autre, en justifiant l'engagement contractuel. Il est désormais admis par la doctrine et la jurisprudence que la cause correspond à l'intérêt<sup>576</sup>. En effet, « *c'est bien l'intérêt exprimé dans l'acte qui détermine l'engagement du sujet* »<sup>577</sup>. M. WICKER a développé l'idée selon laquelle, à l'instar de la notion de cause, l'intérêt est une notion unitaire comportant deux conceptions qui se combinent : « *l'une, subjective et dynamique, identifie l'intérêt au besoin que l'acte tend à satisfaire, c'est-à-dire au but poursuivi par le moyen de l'acte ; elle répond à l'idée que l'acte doit être l'expression d'une finalité individuelle. L'autre, objective et statique, définit l'intérêt « comme une modification de la condition juridique » ; il correspond alors « à la ou aux situations juridiques engendrées par cet acte, elles-mêmes déterminées par rapport à son objet* »<sup>578</sup>.

La cause est donc le « *pourquoi de l'engagement* »<sup>579</sup>. CARBONNIER<sup>580</sup> distinguait deux intérêts dans la cause : l'intérêt patrimonial et l'intérêt moral. Ainsi, alors que l'existence d'un intérêt patrimonial permettrait de qualifier un acte d'onéreux, l'intérêt psychologique permettrait de déterminer la gratuité d'un l'acte. L'intérêt patrimonial est un intérêt économique, estimable, chiffrable. Il permet de caractériser les contrats à titre onéreux en

<sup>574</sup> H.,L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale, Tome II, Premier volume*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 253 et s.

<sup>575</sup> V. en ce sens, G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 546 et s.

<sup>576</sup> L'intérêt est défini par le vocabulaire juridique CORNU comme « *ce que chacun poursuit dans une opération et que chacun doit respecter chez l'autre* ». Il est même fait un renvoi à la notion de « cause ». V. « Intérêt – des parties, des tiers », *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association H. CAPITANT, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>577</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Tome 253, 1997, n° 108.

<sup>578</sup> *Ibid.*, n° 108, par référence à G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965, n°222 et R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Montpellier, LGDJ, 1990, n°87.

<sup>579</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 554.

<sup>580</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, Tome II*, Quadriège, PUF, 2004, n° 979, p. 2029.

présence d'une contrepartie objective. Il y a donc une compensation corrélative entre l'enrichissement de l'une des parties et l'appauvrissement de l'autre. En revanche, en présence d'une donation, c'est l'intérêt psychologique qui prévaut, autrement dit la volonté de donner sans attendre de contrepartie. La cause doit être distinguée de la volonté. En effet, « *l'intérêt psychologique, associé à l'intérêt patrimonial, détermine la volonté qui, elle-même, déclenche le consentement* »<sup>581</sup>. L'intérêt psychologique apparaît donc avant la volonté, qui se trouve elle-même en amont du consentement. Ce dernier n'est que l'expression de la volonté.

Cependant, dire que l'intérêt patrimonial caractérise les actes à titre onéreux et l'intérêt psychologique les actes à titre gratuit revient à adopter une vision restreinte de la notion de cause. Il peut tout à fait exister un intérêt psychologique dans un acte onéreux et inversement, un intérêt patrimonial dans une donation. Le critère avancé n'est donc pas absolu.

#### b. Les limites du critère de la cause-intérêt

**294. Prépondérance de l'intérêt psychologique.** La notion de cause-intérêt mérite d'être retenue. Cependant, la dichotomie existant entre l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit en fonction de la nature de l'intérêt en présence, patrimonial ou psychologique, n'est pas un critère déterminant. La notion de cause est unitaire mais a une nature duale. Pour chaque type d'actes, il existe une « *combinaison interactive* »<sup>582</sup> de l'intérêt patrimonial et de l'intérêt psychologique. Les deux cohabitent mais, selon l'acte en présence, l'un prend le dessus sur l'autre. M. PIETTE a mis en avant l'idée de curseur. En effet, la qualification de l'acte dépend de la position du curseur<sup>583</sup> : lorsque le curseur est positionné sur l'intérêt patrimonial, c'est le caractère onéreux du contrat qui se dégage ; à l'inverse, lorsque le curseur est sur l'intérêt psychologique, c'est le caractère gratuit de l'acte qui l'emporte. Ainsi, les deux intérêts coexistent. C'est la prépondérance de l'un sur l'autre qui permettra de déterminer l'onérosité ou la gratuité de l'acte. Dans les contrats commutatifs, l'intérêt patrimonial est prépondérant par rapport à l'intérêt psychologique. Dans les actes purement gratuits, c'est l'intérêt psychologique qui prédomine, parfois même jusqu'à « *réduire l'intérêt patrimonial à néant* »<sup>584</sup>. Il est donc restreint d'affirmer que la cause des actes à titres onéreux se trouve dans l'intérêt patrimonial alors que celle des actes à titre gratuit réside dans l'intérêt

<sup>581</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 578.

<sup>582</sup> *Ibid.*, n° 571.

<sup>583</sup> *Ibid.*

<sup>584</sup> *Ibid.*

psychologique. Ces deux types d'intérêt coexistent dans chaque type de contrats avec la prépondérance de l'un sur l'autre. Il existe des donations dans lesquelles l'intérêt patrimonial, sans passer avant l'intérêt psychologique, occupe une place importante, comme dans l'hypothèse des donations avec charges ou encore lorsque les parties à la donation ont à l'esprit la recherche d'un intérêt fiscal.

**295. Exemple des donations avec charges.** Les donations avec charges sont des libéralités imposant au donataire des charges au profit du donateur ou d'un tiers. En matière civile, il est admis que, lorsqu'une charge est stipulée en faveur du donateur, la qualification de libéralité est écartée si la charge est équivalente ou supérieure au montant du bien donné ; à l'inverse, si la charge est inférieure à ce montant, l'acte conserve son caractère gratuit. Lorsque la charge est imposée en faveur d'un tiers, certains auteurs proposent une double qualification à laquelle il convient d'adhérer : « *dans les rapports entre le disposant et le bénéficiaire (principal) de la disposition, il y a libéralité, (...); dans les rapports entre le disposant et le tiers, autre bénéficiaire de l'opération, il y a une libéralité, qui est indirecte* »<sup>585</sup>.

**296.** Le fait qu'une charge soit exigée ne remet pas en cause la gratuité de l'acte. L'acte dans son ensemble demeure soumis aux droits de mutation à titre gratuit. Selon l'administration fiscale, « *la stipulation de charges n'a pas pour effet de scinder le contrat en deux parties distinctes : l'une correspondant aux charges imposées et constituant une disposition à titre onéreux susceptible d'être taxée en tant que telle ; l'autre, opérant une véritable libéralité sans charges et soumise aux droits de mutation à titre gratuit* »<sup>586</sup>. La donation avec charges est considérée pour le tout comme une libéralité soumise aux droits de donation. La seule exigence est la valeur de la charge. En effet, si celle-ci est égale ou supérieure à la valeur du bien transmis, il s'agit d'une contrepartie équivalente (ou supérieure) et donc d'un contrat commutatif pour le tout. Autrement dit, soit la charge est inférieure au bien reçu en donation, et le contrat est à titre gratuit pour le tout, soit la charge est supérieure ou égale au bien reçu en donation, et le contrat est à titre onéreux. Il n'y a pas de juste milieu. La jurisprudence opère une appréciation d'ensemble du contrat qui sera qualifié pour le tout de libéralité ou d'acte commutatif.

---

<sup>585</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 349.

<sup>586</sup> BOI-ENR-DMTG-20-10-10-20120912, §30.

Dans un arrêt du 30 mai 1989, la chambre commerciale de la Cour de cassation fait une application de ce principe. En l'espèce, des parents font donation d'un fonds de commerce en avancement d'hoirie à leur fils, à charge pour lui de verser une somme égale aux trois quarts du bien donné, étant précisé que cette donation était assortie d'un droit de retour conventionnel. L'administration, puis le TGI, ont analysé cet acte comme une donation à hauteur de la somme rapportable et comme un contrat à titre onéreux à hauteur de la charge, en raison notamment de l'importance de celle-ci, de sa liquidité et du bref délai laissé au donataire pour s'en acquitter. Pour la Haute juridiction au contraire, « *une donation constitue une libéralité pour le tout lorsque la charge stipulée par le donateur a une valeur inférieure à la valeur du bien transmis* »<sup>587</sup>.

**297. Recherche d'un intérêt fiscal.** Comme a pu le relever M. PIETTE, une donation pure et simple peut également trouver un intérêt patrimonial dans la recherche, par le donateur, « *d'un intérêt fiscal à la donation* »<sup>588</sup>. Cet intérêt fiscal a notamment été mis en avant dans un arrêt de la Cour de cassation dans lequel une donation-partage de la nue-propriété d'un ensemble immobilier a été consentie par des contribuables à leurs enfants en vue de profiter d'avantages fiscaux. Cependant, peu de temps après la conclusion de l'acte, une loi de finances rectificative a supprimé lesdits avantages. La Haute juridiction a validé les propos de la Cour d'appel qui a déclaré « *nulle pour absence de cause une donation-partage, acte purement privé intervenu entre personnes privées parce que l'application rétroactive d'une loi de finances promulguée postérieurement à l'acte avait eu pour conséquence que celui-ci ne se trouvait plus justifié par le mobile qui avait incité les parties à y recourir* »<sup>589</sup>. La suppression des avantages fiscaux fait disparaître la cause à l'acte de donation, qui devient ainsi nul pour absence de cause. Il est donc possible d'en conclure que la cause de cette donation-partage, outre l'intérêt psychologique inhérent à toute libéralité, était un intérêt patrimonial : la poursuite d'un avantage fiscal. La Cour de cassation confirme ici la nature duale de la notion unitaire de cause.

---

<sup>587</sup> Cass. com. 30 mai 1989, n° 816 P, MAUCHAUFFEE, RJF 8-9/89, n° 1053.

<sup>588</sup> G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., n° 572.

<sup>589</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 11 février 1986, RTD Civ. 1987, 586, obs. J. PATARIN.

**298.** La cause, entendue comme l'intérêt à la fois patrimonial et psychologique des contractants, est le critère de délimitation entre l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit. La qualification de gratuité ou d'onérosité dépendra de l'intérêt qui prévaut, patrimonial ou psychologique. Pour les contrats de donation, la cause réside dans l'intérêt psychologique, moral, bien qu'un intérêt patrimonial puisse coexister sans toutefois être prépondérant. Le critère de distinction des contrats à titre onéreux et à titre gratuit ainsi établi permet de qualifier la donation déguisée de contrat à titre gratuit malgré l'apparente onérosité. L'étude des composantes de la donation par le prisme de la notion de cause peut désormais être envisagée.

## 2. L'application du critère de la cause-intérêt à la donation déguisée

**299. Composantes de l'acte de donation.** Selon le vocabulaire juridique CORNU, la donation est le « *contrat par lequel une personne, le donateur, se dépouille actuellement et irrévocablement sans contrepartie et dans une intention libérale d'un bien présent lui appartenant en faveur d'une autre personne, le donataire, qui l'accepte* »<sup>590</sup>. De cette définition, qui reprend l'article 894 du Code civil précité, deux éléments composant l'acte de donation se dégagent. Le dépouillement actuel et irrévocable sans contrepartie du donateur correspond à l'élément matériel de la donation. A côté de cet élément matériel se trouve l'élément intentionnel : l'intention libérale.

### a. L'élément matériel de la donation : l'absence voulue de contrepartie équivalente

**300. Enrichissement du donataire et appauvrissement du donateur.** « *Un avantage matériel objectivement établi doit être procuré au donataire* »<sup>591</sup>. Comme vu précédemment, la gratuité du contrat réside dans l'absence d'équivalence souhaitée par le donateur<sup>592</sup>. Ainsi, l'appauvrissement du donateur se caractérise par cette absence voulue de contrepartie équivalente. Le patrimoine du disposant se trouve diminué, contrairement à celui du bénéficiaire qui augmente. De ce fait, c'est le déséquilibre des prestations qui caractérise

---

<sup>590</sup> V. « Donation », *Vocabulaire juridique* G. CORNU, Association H. CAPITANT, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>591</sup> I. NAJJARV, *Donation*, Rép. Civil Dalloz, Janv. 2008, MAJ janv. 2014, n° 12.

<sup>592</sup> V. *supra* n° 292 in fine.

l'élément matériel des donations. Le bénéficiaire reçoit « *un avantage l'enrichissant positivement sans en procurer d'équivalent au disposant* »<sup>593</sup>. Il existe une corrélation de l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire. C'est parce que le disposant s'appauvrit, que le bénéficiaire s'enrichit.

Pour reprendre l'exemple d'une donation avec charges, si le donataire est tenu d'une charge correspondant à la valeur des biens objet de la donation, la gratuité ne pourra pas être caractérisée et l'acte sera à titre onéreux. Toutefois, en présence d'un équivalent purement moral, la gratuité est reconnue, contrairement à l'existence d'une équivalence économique. En présence d'un déséquilibre des prestations convenues entre les parties, « *l'appauvrissement qui caractérise l'élément matériel de la libéralité est à coup sûr caractérisé* »<sup>594</sup>.

**301. Dessaisissement réel et irrévocable du donateur.** La règle de l'irrévocabilité spéciale des donations est une application de la règle « donner et retenir ne vaut »<sup>595</sup>. Ce principe découle de l'article 894 du Code civil qui définit les donations comme « *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement* ». Le dépouillement fait référence à l'appauvrissement du donateur précité. Mais encore faut-il que ce dépouillement soit irrévocable. Aucun retour en arrière n'est envisageable : une fois la donation réalisée, le donateur ne peut pas revenir sur l'avantage consenti. Ce principe se déduit de la force obligatoire du contrat prévue par l'article 1134 du Code civil, selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». L'irrévocabilité de la donation revêt également une autre facette spécifique aux libéralités. Elle interdit « *d'introduire dans la donation toute clause par laquelle le donateur se réserverait un moyen, direct ou indirect, de reprendre ce qu'il a donné* »<sup>596</sup>. Contrairement aux contrats à titre onéreux dans lesquels les clauses de dédit sont admises, dans les donations, les clauses visant à réserver au donateur une faculté de révocation ou de repentir sont prohibées.

L'irrévocabilité est une condition de validité du contrat de donation. En cas de non respect de cette condition, la sanction est la nullité absolue du contrat. Par principe, toutes les donations sont soumises à la règle de l'irrévocabilité sauf deux exceptions. Les donations de biens à venir, entre époux, au cours du mariage, sont librement et unilatéralement

---

<sup>593</sup> I. NAJJARV, *Donation*, op. cit., n° 49.

<sup>594</sup> M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz-Action, 4<sup>ème</sup> éd., 2011-2012, n° 313.22.

<sup>595</sup> Maxime coutumière.

<sup>596</sup> M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n° 314.11.

révocables<sup>597</sup>. De plus, les donations incluses dans un contrat de mariage sont révoquées automatiquement à la survenance du divorce<sup>598</sup>.

**302.** La donation, et plus largement l'acte à titre gratuit, supposent l'existence d'un élément matériel qu'est la corrélation entre l'enrichissement du bénéficiaire et l'appauvrissement du disposant. Cet élément découle du critère du dépouillement réel et irrévocable du donateur. L'élément matériel, nécessaire à la caractérisation de la donation, n'est cependant pas suffisant pour la qualifier. Encore faut-il démontrer l'existence d'un critère intentionnel.

b. L'élément intentionnel de la donation : l'intérêt psychologique

**303. Existence d'une intention libérale.** L'intention libérale, ou *animus donandi*, est le second critère de qualification d'une donation. Ce critère permet de déterminer l'esprit des parties lors de la donation, c'est l'intérêt psychologique défini précédemment. Le donateur doit avoir la volonté d'avantager la personne gratifiée sans en attendre un équivalent. L'intention de gratifier repose donc sur une absence souhaitée de contrepartie équivalente de la part du disposant. C'est l'essence du contrat à titre gratuit.

**304. Conceptions de l'intention libérale.** Deux conceptions ont défini la notion d'intention libérale. La première conception, dite « affective », rapidement critiquée, analyse l'intention libérale « *en un sentiment de pure bienveillance, une pensée entièrement altruiste et désintéressée* »<sup>599</sup>. C'est la qualité altruiste du disposant qui prévaut. Le moindre trait d'égoïsme fait perdre à l'acte son caractère gratuit<sup>600</sup>. Cette conception est critiquable. En effet, bien que la donation implique la présence d'affectif, de générosité, ce côté ne peut pas être exclusif. Il existe toujours un motif intéressé de la part du disposant : une anticipation successorale, une organisation patrimoniale, etc. La seconde conception, dite « abstraite », correspond à l'intérêt psychologique, à la cause de la donation. C'est la volonté du donateur

---

<sup>597</sup> C. civ., art. 1096, al.1.

<sup>598</sup> C. civ., art. 265, al.2.

<sup>599</sup> R. LE GUIDEC, *Donations et testaments - Notion de libéralité – Définition et caractères*, sous article 894, JurisClasseur Code civil, LexisNexis, 1er Septembre 2003, mise à jour 15 Novembre 2006.

<sup>600</sup> V. en ce sens J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités. Etude de la jurisprudence et recherche d'une définition*, Thèse Paris, 1920.

de donner sans recevoir de contrepartie équivalente. C'est bien cette conception qui doit être retenue.

**305. Complémentarité des deux composantes de la donation.** La démonstration de l'intention libérale ne suffit pas à établir la donation. L'élément matériel est nécessaire pour établir la libéralité et la Cour de cassation veille à l'application de cette exigence en censurant les décisions qui ne l'ont pas respectée<sup>601</sup>. A l'inverse, la seule preuve de l'absence d'équivalent ne suffit pas à caractériser la donation. Encore faut-il que cette absence d'équivalent soit voulue par le disposant. Il doit avoir souhaité se désavantager au profit d'autrui. Seule la preuve de ces deux éléments, matériel et intentionnel, permet de retenir l'existence d'une donation, bien que l'intention libérale soit, le plus souvent, déduite de l'existence de l'élément matériel.

En droit civil, la donation déguisée est valable à la condition qu'elle respecte les conditions de forme liées au formalisme de substitution ainsi que les conditions de fond attachées à la donation. Il s'agit donc d'une donation. C'est pourquoi en matière fiscale, il convient d'appliquer le régime fiscal des donations. Dès lors que l'administration fiscale démontre qu'une libéralité est volontairement masquée par un acte d'une autre forme, elle a le pouvoir de requalifier l'acte en donation en appliquant la procédure de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF.

## § 2. Le régime fiscal de la donation déguisée

**306. Actions de l'administration fiscale.** « *La fiscalité offre à la donation déguisée un terreau particulièrement fécond* »<sup>602</sup>. C'est pour lutter contre cette pratique répandue que l'administration fiscale se doit d'être très vigilante quant à ce type d'opérations et d'en vérifier la réalité. En effet, certains indices permettent de reconnaître l'existence d'une donation déguisée. Afin de retenir le déguisement, il lui est toutefois nécessaire de démontrer la présence des éléments matériel et intentionnel susvisés<sup>603</sup>, composant la donation. La preuve la plus difficile à rapporter reste sans nul doute celle de l'intention libérale du

---

<sup>601</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1984, JCP G 1986, II 20571, note DAGOT.

<sup>602</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, Thèse, LGDJ, 1997, n° 378.

<sup>603</sup> V. *supra* n° 299 et s.

disposant, puisqu'une analyse de sa psychologie est incontournable. Une fois la donation déguisée établie, l'administration fiscale peut appliquer les sanctions liées à la procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du LPF.

## A. La preuve de l'existence d'une donation déguisée

**307. Charge de la preuve.** « *L'intention libérale ne se présume pas en principe* »<sup>604</sup> tout comme le déguisement<sup>605</sup>. Il faut donc les prouver. Par principe, la charge de la preuve repose sur l'administration fiscale. Lorsque cette dernière invoque l'existence d'une donation déguisée, elle doit démontrer l'*animus donandi* du disposant en analysant la psychologie du donateur.

Ainsi, la Cour de cassation a pu censurer un arrêt d'appel au motif que, « *pour dire que les ventes ont un caractère fictif et constituent des donations déguisées, l'arrêt se borne à relever que l'absence de réclamation d'un quelconque paiement par les vendeurs démontre que ces derniers n'avaient pas entendu procéder à titre onéreux mais bien consentir une libéralité (...)* ; *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les vendeurs avaient ou non agi dans une intention libérale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* »<sup>606</sup>.

La preuve se fait par tout moyen mais l'administration ou les juges du fond se fondent sur l'existence d'un faisceau d'indices. Toutefois, en cas d'avis du Comité de l'abus de droit fiscal favorable à l'administration fiscale, la charge de la preuve est renversée et repose cette fois sur le contribuable qui devra démontrer l'absence d'intention libérale et la prédominance d'un intérêt patrimonial ainsi que la recherche d'une équivalence économique.

**308.** La donation déguisée met en avant une « *onérosité apparente* » pour masquer « *une gratuité réelle* »<sup>607</sup>. Afin d'étudier le mécanisme de la preuve de cette opération par l'administration fiscale, il convient de s'interroger, dans un premier temps, sur l'objet de la preuve avant d'analyser, dans un second temps, les moyens de la preuve. L'intention libérale

---

<sup>604</sup> I. NAJJARV, *Donation*, Rép. Civil Dalloz, Janv. 2008, MAJ janv. 2014, n° 33.

<sup>605</sup> V. en ce sens Civ 1<sup>ère</sup> 11 mars 2009, RTD Civ. 2009, 339, obs. P.-Y. GAUTIER sur un cas de paiement hors de la vue du notaire. La Cour de cassation décide que le déguisement ne se présume pas ; ainsi, l'absence de paiement effectif doit être démontré par celui qui l'allègue.

<sup>606</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.795, Jean BRUNI, BPAT 3/14, Inf. 130.

<sup>607</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, op. cit., n° 378 et s.

suppose de scruter la psychologie des parties. Ainsi, pour faciliter cette démonstration, l'administration fiscale cherche tout d'abord à établir l'existence d'un élément matériel duquel découlera l'intention libérale.

#### 1. L'objet de la preuve de la donation déguisée

**309. Absence souhaitée de contrepartie.** La gratuité d'un acte résulte de sa cause : un intérêt psychologique prépondérant<sup>608</sup>. La recherche de la psychologie des parties étant difficile, il est possible de raisonner *a contrario*, et ainsi de démontrer l'absence d'intérêt patrimonial prépondérant. L'intérêt patrimonial correspond à l'équivalent économique. C'est la contrepartie, en argent ou en nature, que le contribuable reçoit en échange de ce qu'il a transmis. Ainsi, c'est de l'existence de l'élément matériel que se déduit l'intention libérale.

En matière de vente, la contrepartie résulte du versement du prix. Ainsi, lorsque le prix n'est pas versé malgré le quittancement figurant dans l'acte de vente, la donation déguisée en vente est avérée. Parfois, le déguisement peut être plus subtil. En effet, il est tout à fait possible que le prix soit versé mais que le paiement ne soit qu'apparent. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il y a « *fourniture des moyens de paiements par le vendeur à l'acquéreur* »<sup>609</sup> ou bien encore « *restitution des moyens de paiement par le vendeur à l'acquéreur* »<sup>610</sup>. Le vendeur met des fonds à la disposition de l'acquéreur. Cela peut prendre la forme d'un prêt non remboursé consenti par le vendeur à l'acquéreur<sup>611</sup> ou encore d'un don manuel précédent<sup>612</sup> ou suivant<sup>613</sup> immédiatement la vente. Lorsque ces deux opérations, don manuel et vente, sont indivisiblement liées dans l'intention des parties, il s'agit d'un indice de déguisement du prix de vente. Toutefois, l'administration doit démontrer que l'opération dans son ensemble, don manuel doublé d'une vente, est constitutive d'une donation déguisée. Pour cela, elle doit analyser l'intention des parties, en se fondant sur des indices comme la simultanéité des opérations, les transitions de fonds entre les parties, etc. Dans un avis 2013-24, le Comité de l'abus de droit a émis un avis favorable à l'administration fiscale en retenant l'abus de droit pour donation déguisée dans une espèce où les enfants donataires n'avaient aucune ressource et une donation leur avait permis d'acquitter le pris de vente. Ainsi,

---

<sup>608</sup> V. *supra* n° 294.

<sup>609</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, op. cit., n° 385.

<sup>610</sup> *Ibid.*, n° 385.

<sup>611</sup> Cass. com. 17 octobre 1995, n° 1754 D, GRAPPE, RJF 1996.1.69, n° 137.

<sup>612</sup> Cass. com. 17 décembre 1973, Bull. civ. IV, n° 365.

<sup>613</sup> Cass. com. 4 décembre 1990, n° 1440 P, FLOURET, RJF 1991.4.309, n° 533.

l'intention libérale peut être déduite de l'établissement de l'élément matériel et il est possible de retenir le but exclusivement fiscal de l'opération<sup>614</sup>.

En matière de bail à nourriture ou de contrat de rente viagère, la contrepartie repose sur le versement d'une rente ou sur une obligation de soins fournie par l'acquéreur au vendeur. A l'instar de la vente, l'absence de contrepartie peut provenir de l'accord des parties. Malgré ce qui est stipulé dans l'acte, elles peuvent s'accorder pour que la rente ne soit jamais versée ou l'obligation de soins jamais exécutée. C'est le cas notamment lorsque l'acquéreur verse les arrérages, postérieurement au décès du vendeur, et notamment lorsque la procédure de contrôle de l'administration fiscale est déjà entamée. De ce fait, « *la présentation au paiement, ensemble le même jour, et après le décès, de trois chèques représentant les premiers termes de la rente viagère, accredit le caractère fictif du prix* »<sup>615</sup>.

**310. Absence souhaitée de contrepartie suffisante.** Lors d'un contrat de vente ou de rente viagère, les parties peuvent décider du versement d'un prix, mais d'un prix modique. La distinction de la donation déguisée et de la donation indirecte prend ici tout son sens<sup>616</sup>. En effet, la modicité du prix traduit-elle la qualification de libéralité ? Tout dépend du second élément essentiel de caractérisation d'une donation : l'intention libérale. Soit la modicité résulte de la volonté des parties qui n'ont aucune intention de payer le prix juste, et ainsi le déguisement est avéré ; soit l'insuffisance de prix n'est pas due à l'intention des parties et la libéralité sera qualifiée de donation indirecte. Là encore, l'administration doit scruter la psychologie des contractants afin de déterminer l'existence ou non d'une intention libérale. Seule l'absence souhaitée de contrepartie suffisante, traduisant la notion « *d'équivalent voulu* »<sup>617</sup>, peut entraîner la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal. Cependant, cette absence d'« *équivalent voulu* » ne peut se déduire, encore une fois, que de l'élément matériel selon les indices suivants.

Le contrat de rente viagère et le bail à nourriture sont des contrats aléatoires. En effet, seul l'existence d'un aléa justifie la qualification de contrat à titre onéreux. A défaut d'aléa, il n'y a pas d'équivalent et la gratuité doit être retenue. La démarche de l'administration fiscale est similaire à celle qu'elle adopte en matière de contrat de vente. Dans un premier temps, elle vérifie que l'aléa est bien présent à l'acte pour savoir si l'onérosité est bien réelle ou si elle

---

<sup>614</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-24.

<sup>615</sup> Cass. com. 21 octobre 2008, n° 07-19.345, LACOMBE, RJF 2009, n° 171.

<sup>616</sup> V. *supra* n° 283.

<sup>617</sup> J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1920.

n'est qu'apparente. Cependant, la démonstration de l'absence d'aléa ne suffit pas à appliquer les droits de mutation à titre gratuit. A l'instar de la vente, encore faut-il que le défaut d'aléa soit dû à l'intention libérale du disposant. Pour établir cette preuve, l'administration fiscale doit démontrer que les parties savaient, au moment de la conclusion du contrat, qu'elles n'auraient pas à verser la rente ou à remplir leur obligation de soins. C'est le cas lorsque « *il apparaît que le service doit établir un élément objectif, à savoir que le décès du vendeur résulte d'une maladie dont il souffrait au moment de l'acte, et un élément subjectif, à savoir la connaissance par le cessionnaire de la maladie du cédant et de son caractère inéluctable* »<sup>618</sup>.

**311.** Afin de démontrer l'existence d'une donation déguisée, l'administration fiscale peut utiliser tout moyen de preuve. Le service démontre la présence d'un élément matériel en utilisant la méthode du faisceau d'indices. C'est de cet élément matériel que découle l'intention libérale.

## 2. Les moyens de la preuve de la donation déguisée

**312. Admission de la preuve par un faisceau de présomptions.** La preuve du caractère gratuit de l'acte, c'est-à-dire l'intérêt psychologique du disposant, ne se présume pas et se fait donc par tout moyen. La preuve de l'intention libérale demandant une analyse de la psychologie du donateur, l'administration fiscale se fonde sur un faisceau de présomptions qui facilite le travail du service. L'établissement « *d'indices précis et concordants* »<sup>619</sup> permet l'établissement du déguisement et ainsi de l'abus de droit. Tant le Comité de l'Abus de Droit que la jurisprudence ont utilisé la méthode du faisceau d'indices pour caractériser la donation déguisée. Il est intéressant de systématiser la grille d'analyse utilisée par le Comité et la jurisprudence. C'est principalement la recherche d'un aléa qui est centrale à cette analyse. Pour cela, de nombreux indices permettent de retenir ou non la qualification de donation.

---

<sup>618</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, op. cit., n° 404.

<sup>619</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n°11-10960, CANTIN c/ CANTIN, RJF 2013/104.

**313. Age et état de santé du donateur.** Dans un arrêt LACOMBE précité<sup>620</sup>, une contribuable a vendu à son neveu la maison d'habitation constituant sa résidence principale, avec réserve d'habitation sa vie durant, pour un prix converti en rente viagère. La venderesse est décédée quelques mois plus tard et l'administration a considéré que l'acte constituait une donation déguisée en vente et a mis en œuvre la procédure de l'article L. 64 du LPF. La Cour de cassation retient que la cour d'appel s'est fondée sur « *l'âge de la venderesse, la relative importance de son patrimoine, son brusque décès après la vente, les liens de parentés existant entre les parties, et sur le défaut de perception immédiate des échéances de la rente* » pour caractériser le but exclusivement fiscal de l'opération visant à éluder l'application des droits de mutation à titre gratuit.

**314. Importance des liens d'affection entre les parties.** Dans une autre espèce<sup>621</sup>, ce sont les liens d'affection et l'impossibilité pour le donataire d'assumer l'obligation de soins mentionnée à l'acte qui ont conduit la Cour de cassation à retenir l'abus de droit. La Cour d'appel de Nîmes a également pu requalifier en donation déguisée une ouverture de crédit accordée par une mère à son fils en raison du lien de parenté, de l'absence de stipulation d'intérêts ou encore de l'absence de toute garantie prise pour le recouvrement de la créance<sup>622</sup>.

**315. Fonds mis à la disposition de l'acquéreur par le vendeur.** Dans une affaire 2013-34<sup>623</sup>, le Comité a retenu la donation déguisée notamment en raison du fait que les fonds avaient été mis à la disposition de l'acquéreur par le vendeur. Il s'agissait en l'espèce d'une cession d'immeuble par une tante à son neveu. Certes, le prix de vente avait bien été acquitté par la comptabilité du notaire, cependant la tante avait au préalable crédité un compte courant de son neveu. Pour l'administration fiscale, la donation déguisée était avérée, ce qu'a confirmé le comité en estimant que le prix de cession avait été rétrocédé par la tante au neveu, ce qui a conduit à une absence de contrepartie réelle.

---

<sup>620</sup> V. *supra* n° 309 ; Cass. com. 21 octobre 2008, n° 07-19.345, LACOMBE, RJF 2009, n° 171.

<sup>621</sup> Cass. com. 22 février 2000, n° 97-20611, TERRIER, RJF 2000, n° 723.

<sup>622</sup> CA Nîmes, 12 septembre 2013, n° 12/02882, BPAT 6/13, inf. 235.

<sup>623</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-34, Dr. Fisc. 2014, n° 25, 386.

**316. Importance du patrimoine de l'acquéreur.** A l'inverse, le Comité a rejeté l'abus de droit dans une affaire 2013-33<sup>624</sup> dans laquelle un contribuable a cédé un immeuble à un cousin avec un prix converti en rente viagère. Le cédant est décédé 3 mois plus tard et l'administration fiscale a considéré que l'acte constitué une donation déguisée en rente viagère. Pour le Comité de l'Abus de Droit fiscal, l'acquéreur disposait d'un patrimoine suffisant pour acquitter la rente et il avait même déjà acquitté une mensualité. De plus, le décès n'était pas prévisible. L'aléa étant démontré, le comité a estimé que l'administration fiscale n'avait pas prouvé l'absence d'aléa et donc l'intention libérale du cédant. La preuve de l'intention libérale apparaît comme l'élément indispensable pour déclencher la procédure de l'abus de droit fiscal. Ainsi, dans une affaire 2012-26, le Comité a rejeté l'abus de droit pour défaut de preuve de l'intention libérale au motif que « *l'ampleur des soins prodigués, excédant la charge normale découlant de l'obligation de soins et d'entretien, a compensé le défaut partiel de paiement de la rente* »<sup>625</sup>.

**317. Bilan.** Afin de qualifier un acte de donation déguisée, l'administration fiscale doit établir l'existence des éléments matériel et intentionnel constituant la donation. Or, la preuve de l'intention libérale supposant une analyse de la psychologie du donateur, le service se fonde sur des indices concordants l'aidant à démontrer *l'animus donandi*. Les présomptions les plus utilisées sont les liens d'affection, même en l'absence de lien de parenté, l'absence d'intérêt financier du disposant qui a des ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins ou encore l'incapacité pour l'acquéreur d'assumer l'obligation de soins prévue au contrat. Ainsi, le service démontre avant tout l'élément matériel. C'est de cette démonstration que découlera logiquement l'intention libérale.

La preuve apparaît donc comme un élément central dans le mécanisme de la donation déguisée. La preuve du caractère gratuit de l'acte entraîne sa requalification et les sanctions propres à l'abus de droit fiscal.

---

<sup>624</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-33, Dr. Fisc. 2014, n° 13, 240.

<sup>625</sup> CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2012-26.

## **B. La sanction de la donation déguisée**

**318. Sanctions vis à vis des parties à l'acte.** La donation déguisée est l'opération par laquelle le contribuable dissimule une donation derrière un acte à titre onéreux dans le seul but d'éviter l'application des droits de mutation à titre gratuit. Il s'agit d'un abus de droit pour fraude supposant une requalification de l'acte apparent en donation ainsi que l'application des sanctions propres à la procédure de l'article L. 64 du LPF.

**319. Lien entre simulation et fraude à la loi.** Il est difficile de départager ici les deux branches de l'abus de droit. Comme précisé précédemment, la donation déguisée repose sur une simulation par déguisement : « *l'acte passé est réel, mais c'est son étiquette qui est mensongère* »<sup>626</sup>. L'idée de mensonge est centrale dans l'opération de donation déguisée et implique donc une simulation. Cependant, il n'est pas possible de nier le but exclusivement fiscal recherché par le contribuable : éviter l'application du régime des droits de mutation à titre gratuit, au profit de celui des droits de mutation à titre onéreux, plus favorable. Le caractère frauduleux du mécanisme de la donation déguisée ne peut pas être niée. C'est justement la recherche de ce but exclusivement fiscal qui pousse le contribuable à utiliser une simulation pour y parvenir. La fin, le but exclusivement fiscal, justifie en quelques sortes les moyens, la mise en œuvre du déguisement.

**320.** Les sanctions de la donation déguisée peuvent concerner les parties à l'acte mais également le notaire.

### 1. Les sanctions vis à vis des parties à l'acte de donation

**321. Rehaussement des impositions.** L'acte simulé est inopposable à l'administration fiscale. Dans l'hypothèse d'une donation déguisée en vente, elle ne tire aucune conséquence de l'acte de vente apparent qu'elle va écarter. De plus, pour le calcul des droits de mutation dus, le service se fonde non pas sur l'acte apparent mais sur la réalité de l'opération. Il applique ainsi les droits de mutation à titre gratuit sur la donation, acte réel, et

---

<sup>626</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2187.

non les droits de mutation à titre onéreux qu'il calculerait sur la vente, acte apparent. Le donataire (acquéreur simulé) a déjà acquitté des droits de mutation à titre onéreux sur la vente apparente. Cependant, il aurait du acquitter les droits de mutation à titre gratuit, plus élevés. Il convient donc de rehausser son imposition en calculant la différence entre ce qu'il a déjà acquitté, et ce qu'il aurait du acquitter.

**322. Majoration modulable.** Sur ce rehaussement des droits, l'administration fiscale calcule une majoration qui varie en fonction de l'implication du bénéficiaire de l'avantage fiscal. Elle est de 40% en principe, sauf si l'administration établit que le contribuable a été l'initiateur principal ou le principal bénéficiaire de l'opération. Dans ce dernier cas, la pénalité s'élève à 80% du montant du rehaussement. Là encore, la preuve repose sur l'administration fiscale. Il arrive que le Comité, dans ses avis, précise si la pénalité de 80% est applicable à son sens. C'est le cas notamment dans l'affaire 2012-28<sup>627</sup> dans laquelle le CAD « estime que [le contribuable] était le principal bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions ». La sanction est à la charge du bénéficiaire de la donation qui n'a pas acquitté les droits de mutation à titre gratuit.

Dans l'hypothèse particulière d'une donation déguisée sous l'apparence d'une vente faisant simultanément l'objet d'un rehaussement pour insuffisance de prix, c'est à dire lorsque les propositions de rectification sont notifiées à la même date, les droits de donation sont assis, non sur le prix exprimé, mais sur la valeur réelle du bien<sup>628</sup>. En conséquence, l'assiette de la majoration de 80 % prévue à l'article 1729 du CGI est constituée par les droits de donation liquidés sur la valeur vénale réelle du bien et non sur le prix exprimé dans l'acte. Cela étant, il est désormais admis, lorsque le rehaussement de la valeur réelle a précédé la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal, que l'assiette de la majoration de 80 % soit limitée aux droits de donation liquidés sur le prix mentionné dans l'acte. Par ailleurs, l'intérêt de retard et la majoration de 80 % exigibles du chef de la dissimulation doivent être calculés après déduction non seulement du montant des droits de mutation à titre onéreux perçus sur l'acte de vente mais aussi du montant des droits de même nature et des pénalités effectivement

---

<sup>627</sup> CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2012-28.

<sup>628</sup> CGI, art. 666 et 761.

payés au titre des insuffisances de prix relevées antérieurement<sup>629</sup>.

**323. Intérêts de retard.** Selon l'article 1727, I du CGI, « *toute créance de nature fiscale, dont l'établissement ou le recouvrement incombe aux administrations fiscales, qui n'a pas été acquittée dans le délai légal donne lieu au versement d'un intérêt de retard* ». Le taux de l'intérêt de retard s'élève à 0,40% par mois, soit un taux annuel de 4,80%. L'intérêt de retard court à compter du premier jour du mois suivant celui où la somme aurait dû être acquittée. Selon la jurisprudence, l'intérêt de retard a une fonction réparatrice et ne constitue pas une sanction fiscale. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que « l'intérêt de retard, qui a pour objet la réparation du préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance, distinct d'autres préjudices qui peuvent être éprouvés par celui-ci ou par les contribuables à raison de circonstances différentes, et qui, compte tenu de sa finalité réparatrice, ne vise pas à punir même s'il peut être dissuasif, ne constitue pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme »<sup>630</sup>. Le Conseil d'Etat a également été saisi de la question de la nature, indemnitaire ou répressive, de l'intérêt de retard. La reconnaissance du caractère de simple réparation du préjudice du Trésor est affirmée depuis longtemps par la Haute juridiction<sup>631</sup>, qui confirme ainsi la position de la Cour de cassation mais également celle du Conseil constitutionnel<sup>632</sup>.

**324. Solidarité des parties à l'acte.** Selon l'article 1754, V, 1 du CGI, « *en cas d'abus de droit ou de dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat, toutes les parties à l'acte ou à la convention sont tenues solidairement, avec le redevable de la cotisation d'impôt ou de la restitution d'une créance indue, au paiement de l'intérêt de retard et de la majoration prévue à l'article 1729* ». Ainsi, bien que le contribuable contrôlé soit redevable des pénalités, dont la majoration pour abus de droit, toutes les parties à l'acte sont solidairement tenues du paiement de ces pénalités. Depuis une instruction du 9 septembre 2010, la doctrine administrative considère qu'il importe peu « *que le contribuable contrôlé soit ou non partie aux actes que l'administration écarte dans le cadre de la démonstration*

---

<sup>629</sup> BOI-CF-INF-10-20-20 n° 80.

<sup>630</sup> Cass. com., 27 septembre 2005, n° 1321 FS-PBIR, Sté OCTOGONE IMMOBILIER, RJF 2006, n° 103.

<sup>631</sup> Plén., 9 nov. 1988, n° 68 965, M. GRISONI, Dr. fisc. 1989, n° 27, comm. 1360, concl. B. MARTIN LAPRADE ; CE, Ass., Avis, 12 avr. 2002, n° 239 693, SA FINANCIERE LABEYRIE, Dr. fisc. 2002, n°26, comm. 555, concl. F. SENERS, note B. BOUTEMY, E. MEIER.

<sup>632</sup> Déc. n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, Dr. fisc. 1983, n° 2-3, comm. 47 ; Rec. Cons. const., p. 88.

*d'un abus de droit* »<sup>633</sup>. Ainsi, les parties à l'acte sont solidairement tenues, avec le contribuable contrôlé, du paiement de la majorité et des intérêts de retard.

**325. Exemple chiffré.** Un contribuable de 95 ans cède un immeuble à un tiers pour 100.000 €, le 3 mars 2011. Le prix est converti en rente viagère. Le vendeur décède deux mois après la vente des suites d'une longue maladie. Les mensualités de la rente n'ont jamais été versées. Les droits de mutation à titre onéreux s'élèvent à 5,09%, soit en l'espèce 5.090 €. Cependant, l'administration fiscale, en se fondant sur un faisceau d'indices, met en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en requalifiant la vente en donation déguisée sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, par une notification en date du 30 juin 2013. Ainsi, elle écarte l'acte apparent et applique les droits de mutation à titre gratuit normalement dus. Pour une libéralité entre un contribuable et un tiers, le tarif des droits s'élève à 60%, soit dans l'exemple donné, 60.000 €. Des droits de mutation à titre onéreux ayant déjà été acquittés à hauteur de 5.090 €, il reste au bénéficiaire de la donation à acquitter un montant de rehaussement de 54.910 €. En sus de ce rehaussement, il convient d'ajouter les majorations de 40% ou 80%. Lorsque le contribuable est le principal bénéficiaire de l'acte, comme en l'espèce, il doit acquitter une majoration de 80% du montant du rehaussement, soit en l'espèce, 43.928 €. De plus, les intérêts de retard sont dus à compter du premier jour du mois suivant celui où la somme aurait dû être acquittée. En l'espèce, la donation ayant eu lieu le 3 mars 2011, les intérêts de retard commencent à courir au 1<sup>er</sup> avril 2011 jusqu'au jour de la notification, soit un total de 27 mois, pour un taux global de 10,8%. Le montant des intérêts de retard s'élève à 5.930 €. Ainsi, le montant total des pénalités dues par le bénéficiaire de la donation s'élève à 104.768 €.

**326.** Au final, l'addition est très élevée, notamment si la majoration de 80% est appliquée. Néanmoins, et au vu du caractère prohibitif des tarifs des droits de mutation à titre gratuit, certains contribuables considèrent que le risque est à prendre, souvent conseillés par leur notaire. Ce dernier peut également se voir appliquer certaines sanctions lorsque sa responsabilité est mise en œuvre.

---

<sup>633</sup> BOI-CF-INF-30-30 n° 90.

## 2. Les sanctions vis à vis du notaire

**327. Responsabilité du notaire.** Il convient de préciser que la responsabilité du notaire peut être engagée en présence d'une donation déguisée. En effet, il est redevable d'une obligation de conseil et, à cet égard, doit avertir les contribuables des risques pris. Lorsque le notaire est au courant de la situation des parties, de leur lien de parenté ou encore, par exemple, de la maladie du cédant, il se doit d'attirer l'attention des parties sur le risque encouru de requalification de l'acte de vente en donation et de l'application des sanctions pour abus de droit. En effet, « *le devoir de conseil comprend d'abord celui de déconseiller et de proposer des solutions de rechange* »<sup>634</sup>.

La Cour de cassation sanctionne régulièrement le manquement au devoir de conseil du notaire, comme par exemple dans l'espèce suivante. Le notaire a procédé au partage des biens et à la déclaration d'une succession et, sans que cela soit mentionné dans l'acte de partage, la veuve a pris en charge et réglé par l'intermédiaire du notaire l'intégralité des droits de succession grâce à la vente d'actions qui lui avaient été transmises en pleine propriété. L'administration fiscale a estimé que le paiement de ces droits de succession constituait une libéralité déguisée au profit de ses enfants. La Cour ajoute qu'« *en n'informant pas la veuve des solutions fiscales régulières au regard de son intention libérale, dont il n'était pas contesté qu'elles existaient, le notaire, qui a concouru à la donation déguisée en méconnaissance des dispositions fiscales, a ainsi exposé les héritières de la donatrice au paiement du redressement et des intérêts de retard, lequel constitue, non une perte de chance, mais un préjudice entièrement consommé dont l'évaluation commande de prendre en compte l'incidence financière des solutions fiscales licitement envisageables* »<sup>635</sup>. A l'inverse, la Cour d'appel d'Orléans a pu écarter la responsabilité du notaire dans une affaire dont les faits étaient les suivants. Un contribuable de 85 ans vend à celui qu'il avait institué légataire universel en 2002 et qui a été désigné comme son curateur en mai 2005 une maison d'habitation (en se réservant le droit d'usage du rez-de-chaussée). Le prix est payable pour moitié au moyen d'une rente annuelle viagère, le surplus étant converti en une obligation de soins. Au décès du vendeur en 2006, l'administration considère que cette vente dissimulait une donation déguisée pour les motifs suivants :

- l'acquéreur avait obtenu du vendeur des sommes d'argent importantes supérieures à la

---

<sup>634</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 2188.

<sup>635</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2010, n°09-16531, RJF 2011, n° 719.

rente prévue ;

- depuis 1995 le vendeur entretenait des relations amicales avec l'acquéreur qui lui apportait une aide quotidienne, en sorte que l'obligation de soins prévue au contrat n'avait aucun intérêt pour lui ;
- la rente annuelle n'aurait couvert la moitié du prix de vente que si le vendeur avait atteint 95 ans. Or, il était diabétique.

La cour d'appel d'Orléans a validé la procédure de l'abus de droit fiscal et a appliqué la pénalité de 80% qui sanctionne le contribuable qui est à l'origine des actes constitutifs d'abus ou qui en est le principal bénéficiaire. Pour éviter l'application de cette pénalité, « *le contribuable prétendait avoir fait confiance au notaire, lequel ne l'avait pas informé des risques fiscaux de l'opération et lui avait même par courrier, ce dont la cour d'appel s'étonne, confirmé que la vente en viager était une bonne solution pour lui transmettre le patrimoine du vendeur. Cependant, la cour confirme la pénalité de 80 % en relevant que l'acquéreur avait caché au notaire la mesure de curatelle prononcée à l'encontre du vendeur. Ainsi, lorsque les faits sont cachés au notaire, celui-ci n'est pas en pleine mesure d'exercer son devoir de conseil ou, pour le moins, de conseiller de ne pas réaliser l'opération puisque pour lui, la donation déguisée n'a pas lieu d'être* »<sup>636</sup>. Ainsi, le notaire peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il manque à son devoir de conseil en laissant des contribuables réaliser une donation déguisée sans les avertir des risques encourus.

**328. Conclusion de la section.** « *Cherchez l'impôt ... et vous trouverez la simulation* »<sup>637</sup>. Les tarifs élevés des droits de mutation à titre gratuit, notamment entre des personnes autres que conjoints ou descendants en ligne direct, conduisent le contribuable à opter pour des schémas visant à éluder l'application de ces taux prohibitifs. Ils prennent un risque, souvent peu mesuré, et espèrent échapper aux poursuites de l'administration fiscale. Mais c'est sans compter sur la ténacité de cette dernière qui veille au grain et qui connaît les situations douteuses méritant d'être surveillées. Cependant, c'est à l'administration que revient le soin de prouver la donation déguisée, c'est-à-dire l'existence d'un déguisement et d'une donation. Alors que pour la première notion, l'idée de mensonge est primordiale, dans la notion de donation, c'est l'intérêt psychologique, comme cause du contrat de donation, qui doit être démontré, ou du moins sa prépondérance. Les éléments classiques de la donation que

<sup>636</sup> CA Orléans, 4 mars 2013, n° 12/01176, BPAT 3/13, inf. 105.

<sup>637</sup> F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, op. cit., n° 378.

sont l'élément matériel, ou dessaisissement réel et irrévocable sans contrepartie du donateur, et l'élément intentionnel, l'intention libérale du disposant, doivent être rapportés. L'analyse de la psychologie du disposant par l'administration fiscale n'étant pas évidente, elle se fonde sur des indices réels et concordants lui permettant de considérer la gratuité de l'acte. Il s'agit, par exemple, de l'âge du donateur, de son état de santé, de ses liens de parenté avec le donataire, de l'absence de moyens financiers du donataire pour acquérir le bien au prix convenu. Un seul de ces indices n'est pas suffisant à lui seul pour caractériser l'abus de droit. C'est une appréciation globale qui doit être faite par l'administration fiscale en prenant en compte ce faisceau d'indices. C'est donc de la preuve de l'élément matériel par la méthode du faisceau d'indices que peut être démontré l'élément intentionnel. La caractérisation de la donation déguisée entraîne l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal et des sanctions correspondantes.

Afin d'écarter les soupçons de l'administration, il convient de mettre en avant l'absence d'intérêt psychologique et la prédominance d'un intérêt patrimonial. Pour cela, il est conseillé d'éviter tout transfert de fonds du cédant vers le cessionnaire immédiatement avant ou après la cession. En effet, un don manuel suivi ou précédé d'une vente éveille les soupçons de l'administration bien que ces deux opérations soient légales. L'administration fiscale va apprécier les deux opérations dans un schéma d'ensemble pour retenir ou non la simulation par déguisement. Pour cela, elle doit prouver l'indivisibilité des opérations dans l'intention des parties. Il est donc conseillé au contribuable de mettre en avant dans l'acte de cession tous les mobiles l'ayant poussé à céder. L'intérêt patrimonial doit prévaloir sur l'intérêt psychologique, si ce dernier existe. A défaut, l'intention libérale pourra plus facilement être démontrée par l'administration fiscale et par là, la gratuité de l'acte.

Une autre précaution concerne la réalité du paiement du prix. Il ne suffit pas que le versement du prix soit stipulé dans le contrat de vente, encore faut-il qu'il soit réellement acquitté, sans retour dans le patrimoine de l'acquéreur (hypothèse de la restitution des fonds par le cédant au cessionnaire). Dans cette même idée, la stipulation du prix payé comptant hors de la vue du notaire n'est pas une bonne initiative. Cela attire les foudres de l'administration fiscale. Le notaire est en effet une bonne garantie lorsque le prix est acquitté par sa comptabilité. De plus, si le notaire est au fait de la situation des parties et de l'existence d'une intention libérale, il se doit de les décourager à agir et de leur proposer un schéma plus adapté, faute de quoi il verrait sa responsabilité engagée.

**329.** Les tarifs des droits de mutation à titre gratuit sont similaires que ce soit une transmission entre vifs ou à cause de mort. Il n'est donc pas étonnant que des mécanismes permettant d'éviter l'application des droits de succession se soient également développés.

## **Section 2. La volonté d'éviter les droits de succession**

**330. Similitude des droits de donation et de succession.** Comme les droits de donation, les droits de succession sont parfois très élevés et incitent les contribuables à envisager des solutions de repli pour payer moins d'impôt. En effet, droits de donation et droits de succession bénéficient des mêmes tarifs de l'article 777 du CGI<sup>638</sup>. Seuls certains abattements diffèrent, comme par exemple l'abattement de 80.724 € pour les donations entre époux<sup>639</sup> ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité<sup>640</sup>. Cependant, cet abattement ne s'applique pas en cas de succession alors que l'abattement en ligne directe de 100.000 € pour les transmissions consenties aux ascendants et aux enfants existe à la fois en cas de donation et de succession<sup>641</sup>.

**331. « Choix des armes » de l'administration fiscale.** Les droits de succession étant parfois très élevés, à l'instar des droits de donation, les contribuables usent de mécanismes leur permettant d'éviter l'application de ces tarifs. Ainsi, ils cherchent à bénéficier de régimes fiscaux avantageux, comme celui applicable en matière de contrats d'assurance-vie. Mais c'est sans compter sur l'administration fiscale qui n'hésite pas à sanctionner cette démarche sur le fondement de l'abus de droit ou par le biais d'une requalification juridique. Lorsque le service est face à une simple erreur du contribuable, seule la procédure de rectification de droit commun peut être mise en œuvre. En effet, la procédure spécifique de l'abus de droit ne peut être utilisée qu'en présence d'une intention du contribuable d'altérer la qualification du contrat. Dans ce dernier cas cependant, la procédure de l'abus de droit n'est pas automatique. L'administration fiscale dispose d'une option lui permettant, soit de requalifier le contrat sur le fondement de la procédure de l'abus de droit et ainsi d'en appliquer les sanctions, soit d'user de la procédure de requalification de droit

---

<sup>638</sup> V. *supra* n° 271, 272 et 273.

<sup>639</sup> CGI, art. 790 E.

<sup>640</sup> CGI, art. 790 F.

<sup>641</sup> CGI, art 779 I dans un paragraphe c) du CGI intitulé « Dispositions communes aux successions et aux donations ».

commun lorsque la preuve de l'intention est difficile à établir. Toutefois, lorsque « *l'Administration prétend requalifier un contrat dans le cadre de son pouvoir général de rectification, donc sans respecter les garanties procédurales de l'abus de droit, tout en infligeant une pénalité au contribuable pour mauvaise foi ou manquement délibéré, il existe une contradiction entre le fondement de la rectification (pouvoir général de rectifier une simple erreur de qualification) et ses conséquences (prononcé d'une sanction fiscale supposant la démonstration d'un élément intentionnel)* »<sup>642</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse de l'assurance-vie, l'administration fiscale devra opter pour l'une ou l'autre des procédures. La solution de la renonciation à succession a également pu être utilisée pour éviter l'application des droits de succession et transmettre son patrimoine de façon optimisée. C'est sur le terrain de l'abus de droit, cette fois, que le service a poursuivi ces schémas.

## § 1. Le recours à l'assurance-vie

**332. Définition de l'assurance-vie.** L'assurance-vie est une forme de placement génératrice de revenus à terme. Il s'agit d'un instrument de prévoyance, définie par le Vocabulaire juridique de l'association CAPITANT comme étant une « *assurance (de personne) par laquelle, en échange de prime (unique, périodique ou viagère), l'assureur s'engage à verser au souscripteur ou au tiers par lui désigné une somme déterminée (capital ou rente) en cas de mort de la personne assurée ou de sa survie à une date déterminée* ». L'assurance peut être, en cas de décès « *lorsque le seul risque couvert est la mort de l'assurée* » ou en cas de vie « *lorsque le seul risque couvert est sa survie* »<sup>643</sup>. En revanche, il est des cas dans lesquels l'assurance couvre à la fois le décès et la survie du bénéficiaire. L'assurance-vie est alors dite mixte et le capital est versé soit à l'assurée en cas de survie à la date fixée, soit, s'il meurt avant cette date, au bénéficiaire qu'il aura désigné.

L'assurance sur la vie au profit d'un tiers bénéficiaire repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, définie comme « *un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire* »<sup>644</sup>. Ici, le souscripteur du contrat d'assurance-vie demande à l'assureur de s'engager à verser le capital au bénéficiaire désigné dans le contrat

<sup>642</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249.

<sup>643</sup> V. « Assurance », *Vocabulaire juridique*, Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>644</sup> C. LARROUMET, D. MONDOLONI, *Stipulation pour autrui*, Rép. Civ. Dalloz, avril 2008 MAJ mars 2010, §1.

au décès du souscripteur. Or, la stipulation pour autrui est un acte neutre, « *tant susceptible de prospérer aussi aisément à titre gratuit qu'onéreux* »<sup>645</sup>. De ce fait, la requalification éventuelle du contrat d'assurance-vie en donation indirecte ne porte pas atteinte à cette qualification de stipulation pour autrui.

**333. Régime fiscal de l'assurance-vie.** Souvent désigné comme le mode de placement préféré des français, l'assurance-vie connaît un succès particulier en raison, principalement, du régime fiscal qui lui est propre. En effet, en matière de droits de mutation à titre gratuit, le contrat d'assurance-vie bénéficie d'exonérations partielles en fonction de certains critères tenant à l'âge du souscripteur ou encore au montant du capital reçu par le bénéficiaire.

Lorsque le souscripteur verse les primes avant l'âge de soixante-dix ans<sup>646</sup>, le bénéficiaire, et ce peu importe les liens familiaux qu'il peut entretenir avec le souscripteur, bénéficie d'une exonération à concurrence de 152.500 €. Au delà, l'imposition est forfaitaire : jusqu'à la somme de 700.000 €, l'imposition ne sera que de 20 %, contre 31,25 % pour un capital perçu supérieur à 700.000 €<sup>647</sup>.

Cependant, pour les primes versées par le souscripteur après l'âge de soixante-dix ans, le bénéficiaire du capital bénéficie d'une exonération de droits de mutation à titre gratuit limitée à 30.500 €<sup>648</sup>. Au-delà de cette somme, le capital perçu sera soumis au droit commun des successions<sup>649</sup> et notamment la règle prévoyant l'exonération de droits de succession pour le conjoint ou le partenaire survivant<sup>650</sup>.

**334. Intérêt fiscal de l'assurance-vie.** L'étude du régime fiscal du contrat d'assurance-vie au regard des droits de mutation à titre gratuit permet de mettre en lumière son attrait fiscal non négligeable. En effet, cela permet au contribuable de transmettre une partie de son patrimoine privé à moindre coût fiscal. Le régime fiscal susvisé est plus avantageux que les droits de mutation à titre gratuit dans bon nombre d'hypothèses, et ce

---

<sup>645</sup> Ph. PIERRE et R. GENTILHOMME, *Assurance-vie : la donation entre vifs à l'épreuve de la mort du souscripteur – A propos de Cass. Ch. mixte, 21 déc. 2007*, JCP N 2008, n° 24, 1222.

<sup>646</sup> CGI, art. 990 I.

<sup>647</sup> Montant des prélèvements en vigueur pour les contrats dénoués par décès intervenus à compter du 1er juillet 2014. Avant cette date, le seuil de 700.000 € s'élevait à 902.838 € et le prélèvement de 31,25 % était de 25 %. V. Loi n° 2013-1279 du 29 décembre 2013, art. 9.

<sup>648</sup> CGI, art. 757 B.

<sup>649</sup> CGI, art. 777. V. *supra* n° 270 et s.

<sup>650</sup> Cette exonération a été créée par l'article 8 de la loi TEPA n° 2007-1223 du 21 août 2007 (CGI, art. 796-0 bis) et ne concerne pas les droits de donation.

malgré la loi de finances pour 2014 qui a réduit les seuils et augmenté le pourcentage des prélèvements<sup>651</sup>. Le mécanisme de l'assurance-vie est notamment privilégié pour des hypothèses dans lesquelles le droit des successions s'avère lourd.

Ainsi, pour un exemple chiffré, lorsque un contribuable souhaite transmettre son capital de 1.000.000 d'euros à un cousin germain (parents du 4<sup>ème</sup> degré), le tarif des droits de succession s'élève à 55%, soit des droits de succession d'un montant de 550.000 €. A l'inverse, si le capital est transmis par le biais d'un contrat d'assurance vie, les droits de succession sont de 186.094 €<sup>652</sup> si les primes ont été versées par le souscripteur avant l'âge de soixante-dix ans, et de 533.500 €<sup>653</sup> si les primes sont versées après soixante-dix ans. Bien que la première hypothèse visant le cas des primes versées avant l'âge de soixante-dix ans soit plus avantageuse, il n'en demeure pas moins que le contrat d'assurance-vie, dans les deux cas, permet de diminuer le montant des droits de succession à acquitter.

Pour un autre exemple, il s'agit d'un contribuable qui souhaite transmettre son patrimoine à son enfant unique. Par la voie classique du droit commun des successions, il existe un abattement de 100.000€ applicable par parent, par enfant. Ainsi, pour un capital de 500.000 €, l'assiette restant à imposer est de 400.000 €, soit un montant de droits de succession de 78.197 €<sup>654</sup>. En optant pour la voie de l'assurance-vie, les droits de succession sont nettement diminués. En effet, dans l'hypothèse où les primes sont versées avant l'âge de soixante-dix ans, le montant des droits est de 69.500 €<sup>655</sup>, contre 72.155 €<sup>656</sup> lorsque les primes sont versées au-delà de soixante-dix ans. Là encore, le mécanisme de l'assurance-vie se montre persuasif. Il est à noter toutefois, que l'écart est beaucoup moins élevé lorsque le souscripteur verse les primes au-delà de ses soixante-dix ans, et ce afin de lutter contre les souscriptions à la veille de la mort, souscriptions plus suspicieuses en raison du risque lié à l'absence d'aléa.

---

<sup>651</sup> V. *supra* n° 333.

<sup>652</sup> Pour un capital de 1.000.000 €, il convient d'appliquer une exonération de 152.500 €, soit un capital restant à imposer de 847.500 €. Sur ce montant, les 700.000 premiers euros sont imposables au forfait de 20%, soit 140.000 € et les 147.500 € restants sont imposables au taux de 31,25%, soit 46.094 €. Le total des droits de succession s'élève donc à 186.094 €.

<sup>653</sup> Pour un capital de 1.000.000 €, il convient d'appliquer une exonération de 30.000 €, soit un capital restant à imposer de 970.000 €. Pour ce montant, il convient d'appliquer le droit commun des successions et donc le tarif de 55% applicable entre parents jusqu'au 4<sup>o</sup> degré inclusivement. Le total des droits de succession s'élève donc à 533.500 €.

<sup>654</sup> En application des tarifs prévus à l'article 777 du CGI. V. *supra* n° 270 et s.

<sup>655</sup> Pour un capital de 500.000 €, il convient d'appliquer une exonération de 152.500 €, soit un capital restant à imposer de 347.500 €. Sur ce montant, il convient d'appliquer le forfait de 20%. Le total des droits de succession s'élève donc à 69.500 €.

<sup>656</sup> Pour un capital de 500.000 €, il convient d'appliquer une exonération de 30.000 €, soit un capital restant à imposer de 470.000 €. Pour ce montant, il convient d'appliquer le droit commun des successions et donc l'abattement de 100.000 € prévu en cas de transmission en ligne directe, suivie du barème de l'article 777 du CGI. Le total des droits de succession s'élève donc à 72.155 €.

**335. Risque encouru par le bénéficiaire d'un contrat assurance-vie.** « *L'assurance-vie côtoie trop la mort pour ne pas rencontrer le droit des successions* »<sup>657</sup>. C'est également l'avis de l'administration fiscale qui surveille ce mécanisme et n'hésite pas à user des pouvoirs qui lui sont propres pour traquer les éventuelles fraudes. L'administration dispose de deux recours possibles : un premier recours via son pouvoir de requalification ou le recours de la procédure de l'abus de droit. Or, l'une des procédures évince nécessairement l'autre. De ce fait, l'administration doit obligatoirement faire le « *choix des armes* »<sup>658</sup>. De deux choses l'une : soit elle utilise son pouvoir de requalification pour requalifier l'assurance-vie en donation indirecte, soit elle a recours à la procédure de l'abus de droit.

#### **A. La requalification du contrat d'assurance-vie en donation indirecte**

**336.** L'administration fiscale se tourne volontiers vers la procédure de droit commun et utilise son pouvoir de rectification pour requalifier le contrat d'assurance-vie en donation indirecte. En effet, cette procédure est beaucoup plus aisée à mettre en œuvre que la procédure de l'article L. 64 du LPF, plus complexe et plus longue. Afin d'aboutir à cette requalification, le service doit démontrer l'existence des éléments constitutifs de la donation en s'appuyant sur un faisceau d'indices.

##### **1. L'objet de la démonstration : les éléments constitutifs de la donation**

**337. Démarche similaire à la démonstration d'une donation déguisée.** Comme pour la donation déguisée, lorsque l'administration souhaite requalifier un contrat d'assurance-vie en une donation indirecte, elle doit prouver la coexistence des éléments constitutifs de la donation que sont le dessaisissement réel et irrévocable du donateur ainsi que son intention libérale. En effet, une donation, même indirecte, reste une donation. La charge de cette démonstration pèse sur l'administration qui utilise cette voie pour obtenir l'assujettissement des sommes versées par le biais d'un contrat d'assurance-vie aux droits de succession.

---

<sup>657</sup> H. LECUYER, *Assurance vie, libéralités et droit des successions*, Ingénierie patrimoniale, Nov.-Déc. 1998, p.5.

<sup>658</sup> V. *supra* n° 331.

**338. Éléments matériel et intentionnel caractérisant la donation.** Le Conseil d'Etat se fonde sur l'article 894 du Code civil pour justifier la requalification en donation indirecte opérée par l'administration fiscale, et apprécier si la preuve de l'intention libérale et du dessaisissement est effectivement rapportée. En effet, pour la Haute Juridiction, un contrat d'assurance-vie n'a pas, en lui-même, le caractère d'une donation. De ce fait, le contrat d'assurance-vie pourra être requalifié en donation indirecte lorsque « *les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable* »<sup>659</sup>.

Concernant le principe du dépouillement, il est nécessaire de prendre en compte l'état des relations entre le souscripteur et le bénéficiaire avant le dénouement du contrat. Ainsi, tant que la faculté de rachat dont dispose l'assuré persiste, la donation indirecte ne peut pas être retenue, faute de dessaisissement irrévocable. C'est en ce sens qu'a pu se prononcer la Cour de cassation « *en écartant la thèse d'une donation indirecte entre deux souscripteurs conjoints, la faculté de rachat dont continuait de bénéficier chacun d'eux pendant la durée du contrat excluant "qu'il se soit dépouillé irrévocablement au sens de l'article 894 du Code civil"* »<sup>660</sup>. Ainsi, l'existence de la faculté de rachat pour le souscripteur permet aux juges d'écarter la requalification en libéralité. Si l'assuré dispose d'une faculté de rachat, c'est que son éventuel dépouillement n'est pas irrévocable. Cependant, il peut être reproché à cette solution d'être trop objective, comme a pu le défendre M. LECUYER. Selon lui, et son raisonnement doit être adopté, « *c'est une irrévocabilité subjective qui doit être vérifiée, car elle seule fait la donation : cela revient à éprouver l'intention libérale (...) elle est la conscience et la volonté de réaliser un transfert patrimonial définitif* »<sup>661</sup>. Certes, le mécanisme de l'assurance-vie offre une faculté de rachat au souscripteur. Cependant, il n'est pas juste d'affirmer que cette faculté de rachat supprime tout dessaisissement irrévocable. Il convient de s'interroger sur la volonté du souscripteur : a-t-il souhaité se dépouiller irrévocablement en sachant à l'avance que les liquidités seraient transférées de son patrimoine vers celui du donataire, et ainsi décider, à l'avance, de ne pas user de sa faculté de rachat ? C'est donc la psychologie du souscripteur qui doit être analysée pour conclure au caractère irrévocable du dépouillement. Pour cela, à l'instar de la démonstration faite en matière de donation déguisée, l'administration fiscale doit prouver l'absence d'aléa.

<sup>659</sup> Cass. ch. mixte 21 décembre 2007, n° 06-12769, RJF 3/08, n° 370.

<sup>660</sup> Cass. com. 28 juin 2005, n° 03-18397, JCP N 2005, n° 49, 1493, note D. FAUCHER.

<sup>661</sup> H. LECUYER, *Assurance vie, libéralités et droit des successions*, Ingénierie patrimoniale, Nov.-Déc. 1998, p.84.

**339. Preuve nécessaire de l'absence d'aléa.** Le contrat d'assurance-vie est un contrat aléatoire. Pour les contrats d'assurance-vie classique « *l'assureur s'engage à payer le capital assuré si, et seulement si, le risque, de décès ou de survie, se réalise* »<sup>662</sup>. Pour les contrats d'assurance-vie placement, l'aléa repose sur la qualité du bénéficiaire du capital à terme : soit le souscripteur est encore en vie, et c'est à lui que revient le capital, soit il est décédé, et le capital sera payé au bénéficiaire désigné. L'aléa est donc le risque de décès du souscripteur. C'est l'existence de ce risque non prévisible, et donc de cet aléa qui est l'essence même du contrat et qui, par là même, justifie l'application du régime fiscal de faveur qui lui est attaché. A défaut d'aléa, autrement dit lorsque le risque était prévisible, par exemple lorsque le souscripteur savait qu'il était en fin de vie, la requalification en donation indirecte est susceptible d'être recherchée. Attention toutefois, il est important de préciser que la proximité du décès du souscripteur n'est pas une preuve en soi. Il s'agit d'un simple indice qui devra être recoupé avec d'autres indices afin de jauger l'intention libérale de l'assuré. La démonstration des éléments constitutifs de la donation suppose donc l'utilisation d'un faisceau d'indices comme fondement de la requalification en donation indirecte, retenue par l'administration fiscale.

## 2. Les moyens de la démonstration : l'utilisation d'un faisceau d'indices

**340. Technique du faisceau d'indices.** L'administration fiscale se fonde sur un faisceau d'indices pour démontrer l'existence d'une libéralité dans un contrat d'assurance-vie. Il s'agit d'un ensemble d'indices qui, pris isolément, ne suffisent pas à apporter cette démonstration. Pour que la preuve soit rapportée, il est nécessaire de cumuler plusieurs indices allant dans le même sens.

**341. Souscription d'un contrat d'assurance-vie à l'article de la mort.** La souscription d'un contrat d'assurance-vie par une personne qui décède peu de temps après est suspecte. Dans ces hypothèses, l'administration n'hésite pas à contrôler l'existence d'un aléa et, à défaut d'aléa, à requalifier le contrat d'assurance-vie en donation déguisée.

Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un contribuable atteint d'un cancer souscrit quelques

---

<sup>662</sup> M. GRIMALDI, *La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements*, RTD Civ. 2005, p. 434.

mois après que sa maladie lui soit révélée trois contrats d'assurance-vie dans lesquels l'héritière est désignée comme bénéficiaire. Le souscripteur, qui avait cessé ses activités professionnelles avant la souscription des contrats en raison de son état de santé, est décédé quelques mois après. La Cour de cassation retient « *l'absence d'aléa au moment de la souscription des contrats ainsi que le caractère illusoire de la faculté de rachat et la volonté actuelle et irrévocable du souscripteur de se dépouiller au profit de l'héritière* »<sup>663</sup>. La requalification en donation indirecte est ainsi validée.

La souscription la veille de la mort ne suffit pas à prouver l'existence d'une libéralité. Il ne s'agit que d'un indice permettant d'aiguiller l'administration fiscale. Cette dernière ne peut démontrer de façon certaine l'intention libérale qu'en se fondant sur plusieurs indices, qui, pris ensemble, constitueront la preuve.

**342. Nécessité d'une faculté de rachat rendue théorique par les circonstances de fait.** Selon la Cour de cassation, « *un contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable* »<sup>664</sup>. Ce sont les circonstances de fait qui, analysées par l'administration fiscale, lui permettent d'opérer la requalification du contrat d'assurance-vie en donation indirecte. Bien que la proximité du décès soit un indice marquant, il n'est pas suffisant pour démontrer la libéralité. Les autres indices, circonstances, mis en avant dans la jurisprudence sont l'âge avancé du souscripteur, son état de santé et le fait qu'il soit connu par lui et ses proches, le montant des primes versées ou encore la qualité du bénéficiaire. L'appréciation du bien-fondé de la requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte est donc une appréciation *in concreto* des juges du fond. En effet, « *tout est affaire d'espèce* »<sup>665</sup>.

L'existence ou l'absence d'aléa est le critère central dans la requalification du contrat d'assurance-vie en donation indirecte. Dès lors que les circonstances de l'espèce permettent aux juges, ou en aval, à l'administration fiscale, de démontrer l'absence d'aléa, la requalification est inévitable. Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu relever que la preuve de l'intention libérale n'était pas rapportée dans l'espèce suivante. Une personne de 62 ans, mais gravement malade, avait souscrit un contrat d'assurance-vie dix-huit jours avant son décès.

<sup>663</sup> Cass. com. 26 octobre 2010, n° 90.70927, RJF 2/11, n° 245.

<sup>664</sup> Cass. ch. mixte 21 décembre 2007, n° 06-12769, RJF 3/08, n° 370 ; Dr. Fisc. 2008, n° 11, 217, note F. DEBOISSY.

<sup>665</sup> F. DEBOISSY, *Requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte*, Dr. Fisc. 2008, n° 11, 217, § 7.

Alors que l'administration fiscale a usé de son pouvoir de requalification en donation indirecte, la Cour d'appel estime que « *le contrat avait pour objet d'améliorer les revenus de la souscriptrice* », sur les conseils de son gestionnaire de patrimoine, et que « *le décès aussi rapide [de l'assuré] n'était pas probable au moment de la souscription* »<sup>666</sup>. Ainsi, et dès lors que le souscripteur n'a pas connaissance de l'imminence de son décès, l'aléa subsiste en principe et la requalification du contrat en donation indirecte n'est pas justifiée. Dans une autre espèce, c'est notamment le montant élevé des primes qui a justifié la requalification puisque le Conseil d'Etat a estimé que « *l'intention libérale est établie lorsque le souscripteur du contrat, eu égard à son espérance de vie et à l'importance des primes versées par rapport à son patrimoine, doit être regardé, en réalité, comme s'étant dépouillé de manière à la fois actuelle et irrévocable au profit du bénéficiaire à raison du droit de créance détenu sur l'assureur* »<sup>667</sup>. Ce n'est pas uniquement la souscription d'un contrat d'assurance-vie « sur le lit de mort » qui permet de justifier une requalification en donation indirecte mais plutôt « *un raisonnement basé sur un calcul de probabilité visant à déterminer si le capital du contrat avait une chance raisonnable d'être utilisé par le souscripteur* »<sup>668</sup>.

La chambre mixte de la Cour de cassation a suscité de vives critiques suite à quatre arrêts rendus le 23 novembre 2004 dans lesquels elle a affirmé que « *le contrat d'assurance-vie dont les effets dépendent de la durée de vie humaine comporte un aléa (...) et constitue un contrat d'assurance sur la vie* »<sup>669</sup>. En reconnaissant de façon automatique l'existence d'un aléa aux contrats d'assurance-vie de placement, ces arrêts très remarquables ont déclenché un débat doctrinal<sup>670</sup>. Il est évident que cette solution doit être écartée. Cela reviendrait à évincer « *toute discussion sur la réalité de l'aléa dans les contrats d'assurance placement et, par voie de conséquence, toute mise à l'écart de la qualification de contrat aléatoire (...)* »<sup>671</sup>. L'aléa n'est pas automatique. L'administration peut toujours requalifier le contrats d'assurance-vie en donation indirecte à la condition de démontrer l'absence d'aléa.

---

<sup>666</sup> CA Paris 8 avril 2004, n° 02-16239, 1<sup>ère</sup> ch. B, RJF 3/05, n° 278.

<sup>667</sup> CE 6 février 2006, n° 262312, LASSERRE, RJPF 2006 6/46, note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE.

<sup>668</sup> S. GONSARD et P.-J. SAINT-AMAND, *Assurance-vie placement et abus de droit*, Dr. et patr. 2011, n° 205, p. 87.

<sup>669</sup> Cass. ch. mixte 23 novembre 2004 (4 arrêts), n° 01-13592, n° 02-11352, n° 02-17507, n° 03-13673, RTD Civ. 2005, p. 434, note M. GRIMALDI.

<sup>670</sup> V. notamment J. GHESTIN, *La Cour de cassation s'est prononcée contre la qualification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation*, JCP G 2005, I, n° 111 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Assurance-vie et chambre mixte : alea jacta est !*, RJPF 2005, n° 2/47 ; H. LECUYER, *Chronique de droit patrimonial de la famille, Novembre 2004-juin 2005 : entre souplesse et opportunisme*, Dr. et patr. 2005, n° 141, p. 79.

<sup>671</sup> Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, 2005 : *entre stipulation et donation*, Dr. et patr. 2006, n° 148, p. 104.

**343.** Bien que le contrat d'assurance-vie soit le plus souvent requalifié en donation indirecte sur le fondement du pouvoir de requalification de l'administration fiscale, la procédure de l'abus de droit ne doit pas être écartée pour autant. En effet, une donation indirecte peut tout à fait être réalisée dans un but exclusivement fiscal justifiant la mise en œuvre de l'article L. 64 du LPF. Par ailleurs, pourquoi ne serait-il pas envisageable de soulever la fictivité du contrat d'assurance vie pour simulation par déguisement, l'acte apparent (le contrat d'assurance-vie) dissimulant un acte réel (une libéralité) ?

## **B. Le recours à la procédure de l'abus de droit fiscal**

**344. Caractérisation de l'abus de droit.** La procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF est reconnue comme étant une procédure longue et complexe<sup>672</sup>. En effet, « *le fait de pouvoir librement choisir de ne pas recourir à cette procédure permet aux services fiscaux de s'affranchir du carcan procédural inhérent à celle-ci et des lenteurs qui en découlent* »<sup>673</sup>. C'est la raison pour laquelle l'administration fiscale préférera attaquer le contrat d'assurance-vie sur le terrain de la donation indirecte ce qui est confirmé par le nombre relativement faible des avis du Comité de l'abus de droit fiscal en matière d'assurance-vie, alors que la jurisprudence visant la requalification du contrat en donation indirecte est abondante.

Toutefois, le recours à la procédure de l'abus de droit reste possible. Il peut se faire sur le fondement des deux branches de l'abus de droit que sont la simulation et la fraude à la loi. La plus couramment utilisée reste la voie de la démonstration du but exclusivement fiscal de l'opération. Cependant, et alors que certains auteurs défendent l'idée selon laquelle seule cette voie peut être mise en œuvre pour attaquer les contrats d'assurance-vie, ne serait-il pas possible d'envisager le recours à la procédure de l'abus de droit ?

---

<sup>672</sup> V. *supra* n° 12.

<sup>673</sup> F. DOUET, *Précis de fiscalité des assurances et des indemnités*, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 467.

## 1. La recherche d'un but exclusivement fiscal

**345. Similitudes avec le pouvoir de requalification.** A l'instar du pouvoir de requalification, c'est à l'aide d'un faisceau d'indices que l'administration peut poursuivre un contrat d'assurance-vie sur le fondement de l'abus de droit. Elle doit démontrer la recherche exclusive d'un avantage fiscal et ainsi analyser les motifs du contribuable, sa psychologie. Comme pour la donation déguisée, il est difficile d'opérer cette analyse. C'est pourquoi la démonstration par faisceau d'indices est utile. Le service doit ainsi démontrer que la réunion de certains indices retire à l'acte son caractère aléatoire et implique qu'il a pour seule vocation d'éluder les droits de succession. Le Comité de l'abus de droit fiscal et la jurisprudence se sont efforcés d'analyser ces indices avant de conclure au caractère abusif ou non du mécanisme.

**346. Exemples d'avis du Comité de l'abus de droit fiscal.** Les derniers rapports annuels du Comité ne font pas référence à des avis rendus en matière de contrats d'assurance-vie. Cette absence démontre la rareté de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit par l'administration fiscale face à un contrat d'assurance-vie. En effet, il faut remonter au rapport de l'année 2007 pour trouver le dernier avis du Comité sur ce sujet. Il s'agissait d'une souscription d'un contrat d'assurance-vie avec un décès du souscripteur un mois et demi plus tard. Le Comité a estimé que, « *en dépit de l'état de santé du souscripteur, le décès n'était pas prévisible lors de la conclusion du contrat litigieux* »<sup>674</sup>. Dès lors que le décès n'est pas prévisible pour le souscripteur, l'intention libérale et l'absence d'aléa ne sont pas démontrés<sup>675</sup>. A l'inverse, le Comité a pu confirmer la position de l'administration fiscale lorsque le contrat a été souscrit avec la participation du bénéficiaire. C'est notamment le cas dans un avis 97-16<sup>676</sup> où, à la veille du décès d'une personne placée sous tutelle, son frère qui était également son administrateur légal avait souscrit pour son compte trois contrats d'assurance-vie au profit de lui-même, et ce par le biais de versements représentant la quasi-totalité du patrimoine du défunt. La participation du bénéficiaire est donc un nouvel indice pour retenir l'abus de droit. Il en est de même du pourcentage de patrimoine investi dans le

---

<sup>674</sup> CCRAD, Rapport annuel 2007, Avis n° 2006-06.

<sup>675</sup> V. en ce sens également CCRAD, Rapport annuel 2001, Avis n° 2001-9, Dr. fisc. 2002, n° 12, 11 ; CCRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2000-30.

<sup>676</sup> CCRAD, Avis n° 97-16, V. S. GONSARD et P.-J. SAINT-AMAND, *Assurance-vie placement et abus de droit*, Dr. et patr. 2011, n° 205, p. 90.

contrat<sup>677</sup> ou encore de l'état de santé du souscripteur. Dans ce dernier cas par exemple, la Comité a retenu le caractère abusif d'une souscription réalisée quinze jours après l'hospitalisation du souscripteur, avant d'être de nouveau hospitalisé deux mois après et de décéder le jour de son hospitalisation<sup>678</sup>.

**347. Exemples de jurisprudence.** La jurisprudence retient la même démarche que l'administration fiscale et le Comité de l'abus de droit. Elle se fonde sur les « circonstances de fait » pour vérifier que le service a bien rapporté la preuve du but exclusivement fiscal de l'opération. L'importance de la fraction du patrimoine placée en assurance-vie ainsi que la participation active du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie à l'opération sont là encore des indices permettant de démontrer le caractère abusif du mécanisme. Ainsi, la cour d'appel de Douai a estimé que le but exclusivement fiscal de la souscription du contrat d'assurance-vie était établi étant donné que la souscription était intervenue « *au lendemain de l'hospitalisation de la souscriptrice, très peu de temps avant son décès* », que l'imminence de ce décès « *était connu de toute la famille* » et enfin que « *le montant de la souscription a représenté 77,5% de ses actifs* »<sup>679</sup>. Dans l'arrêt LAURENT, la cour d'appel de Reims a également retenu l'abus de droit et le motif exclusivement fiscal d'une souscription à un contrat d'assurance-vie réalisée quelques jours après l'hospitalisation de la souscriptrice, âgée de 85 ans, et qui devait décéder moins d'un mois plus tard<sup>680</sup>. Ainsi la jurisprudence, à l'instar du Comité de l'abus de droit, se fonde-t-elle sur le caractère prévisible du décès et donc sur l'absence d'aléa pour justifier la recherche d'un but exclusivement fiscal à la souscription d'un contrat d'assurance-vie. Dès lors que le caractère prévisible du décès n'est pas avéré, le but exclusivement fiscal de l'opération n'est pas démontré. C'est le cas par exemple dans une espèce où un contribuable de 56 ans gravement malade avait souscrit au profit de son épouse un contrat d'assurance-vie. Le souscripteur étant décédé dix jours plus tard, l'administration estimait que l'opération constituait une donation déguisée du montant de la prime. Cependant, la cour d'appel de Paris a annulé le redressement au motif que l'administration n'apportait pas la preuve du but exclusivement fiscal de l'opération. Les juges ont estimé que « *les éléments médicaux ne permettent pas de considérer que le décès à bref délai du souscripteur était prévisible* »<sup>681</sup> et partant que le contrat était dépourvu de tout aléa. De plus, il n'était pas établi que le

<sup>677</sup> CCRAD, Rapport annuel 1997, Avis n° 97-16 ; CCRAD, Rapport annuel 2001, Avis n° 99-18.

<sup>678</sup> CCRAD, Rapport annuel 2002, Avis n° 2000-10.

<sup>679</sup> CA Douai 29 septembre 2003, n° 02-2277, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., GRUSON, RJF 2004, n° 813.

<sup>680</sup> CA Reims 26 janvier 2006, n° 04-2478, ch. civ., 2<sup>ème</sup> sect., RJF 2006, n° 951.

<sup>681</sup> CA Paris 19 septembre 2008, n°06-13320, 1<sup>ère</sup> ch. B, RONGIER, RJF 2009, n° 296.

souscripteur pensait ne jamais pouvoir exercer sa faculté de rachat. La Cour d'appel de Paris a conclu à la validité de l'opération et a considéré qu'elle avait été mise en œuvre dans un objectif d'organisation de la retraite du contribuable, motif autre que fiscal.

**348.** Les avis du Comité de l'abus de droit fiscal relatifs à la souscription d'un contrat d'assurance-vie dans un but exclusivement fiscal sont certes rares mais existent. Il en est de même pour les arrêts de jurisprudence. Au contraire, les redressements visant ce type de contrat ne sont jamais fondés sur la simulation de l'acte. Or, la recherche d'une simulation dans la souscription d'un contrat d'assurance-vie « sur un lit de mort » n'est pas dénuée de tout intérêt.

## 2. La recherche d'une simulation dans la souscription d'un contrat d'assurance-vie

**349. Recherche possible d'un déguisement.** Pour certains auteurs, « *le contrat d'assurance-vie ne dissimule, ni sa nature, ni ses effets* »<sup>682</sup>. Or, cette affirmation est inexacte. S'il est possible d'admettre que la fictivité du contrat d'assurance-vie n'est pas envisageable, le fondement de la simulation par déguisement ne doit pas être si facilement exclue. Comme a pu le soulever l'administration dans la réponse ministérielle CHARASSE<sup>683</sup>, « *l'administration fiscale est également fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit dans les cas où la souscription d'un contrat d'assurance-vie peut s'analyser comme une simulation ou une fraude à la loi* ». Bien qu'il soit précisé que ces situations demeurent « *très isolées* », il n'en reste pas moins qu'elles ne sont pas exclues. Il est donc tout à fait envisageable de poursuivre la souscription d'un contrat d'assurance-vie sur le terrain procédural de l'abus de droit, par la voie du déguisement.

**350. Recherche d'une simulation par déguisement.** Comme cela a pu être développé pour la donation déguisée<sup>684</sup>, c'est la simulation par déguisement qui est ici à démontrer. En effet, et comme a pu le souligner Madame DEBOISSY, « *il s'agit bel et bien d'écarter la qualification apparente retenue par les parties – celle d'assurance-vie – pour lui*

<sup>682</sup> V. en ce sens *L'assurance-vie et l'abus de droit*, Dossier assurance-vie, Francis Lefebvre.

<sup>683</sup> Rép. Min. CHARASSE, QE n° 9967, JO Sénat Q. 6 octobre 2003, p. 7651.

<sup>684</sup> V. *supra* n° 275 et s.

*substituer la qualification correspondant à l'économie réelle de l'opération – celle de donation* »<sup>685</sup>. La démonstration, par l'administration fiscale, de la simulation se décomposerait en deux étapes : la preuve d'un déguisement d'une part ; la preuve d'une donation d'autre part.

Concernant la preuve de la donation, il s'agit du même travail de démonstration que celui détaillé en matière de requalification du contrat d'assurance-vie en donation indirecte<sup>686</sup>. Le service devra apporter la preuve de l'intention libérale du souscripteur et de son dépouillement réel et irrévocable au profit du bénéficiaire du capital de l'assurance-vie. Pour cela, la méthode du faisceau d'indices précédemment utilisée sera nécessaire.

Il existe une corrélation entre l'acte déguisé et l'acte apparent. C'est parce que le souscripteur a souhaité transmettre à autrui en l'absence voulue de contrepartie équivalente<sup>687</sup> qu'il a usé d'un déguisement. C'est donc la caractérisation d'une donation réelle qui démontre le caractère artificiel de l'acte apparent, comme en atteste la nécessaire démonstration, par l'administration fiscale, des composantes de la donation, pour pouvoir écarter le contrat d'assurance-vie, acte apparent. Le contribuable souhaite ici tromper les tiers en mettant en apparence un contrat d'assurance-vie pour dissimuler une libéralité réelle, le régime fiscal du contrat d'assurance-vie étant plus avantageux que celui des droits de mutation à titre gratuit<sup>688</sup>.

**351. Bilan.** Le mécanisme de la souscription d'un contrat d'assurance-vie, notamment à la veille de la mort du souscripteur, est reconnu par tous comme étant un acte suspect. Cependant, le choix de l'administration fiscale se porte plus volontiers sur l'« arme » de la requalification en donation indirecte plutôt que sur l'« arme » de l'abus de droit. Ceci est regrettable d'autant plus que le choix de la donation indirecte peut se justifier par la volonté exclusive d'éluder l'application des tarifs prohibitifs des droits de succession au profit du régime fiscal avantageux en matière de contrats d'assurance-vie. Par ailleurs, et alors que certains auteurs excluent automatiquement la simulation, la qualification de donation déguisée peut être plus juste que celle de donation indirecte, étant précisé qu'elle s'exclut l'une de l'autre. Cependant, pour l'administration fiscale, la mise en œuvre de son pouvoir général de rectification est plus aisée que la démonstration d'une intention du contribuable. C'est

---

<sup>685</sup> F. DEBOISSY, *Requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte*, Dr. Fisc. 2008, n°11, 217, §9.

<sup>686</sup> V. *supra* n° 336 et s.

<sup>687</sup> V. *supra* n° 292. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1920.

<sup>688</sup> V. *supra* n° 333 et 334.

pourquoi, son choix se porte sur une requalification de l'acte en donation indirecte plutôt qu'en donation déguisée.

Le mécanisme de l'assurance-vie permet, dans certains cas, d'éviter l'application des droits de mutation à titre gratuit au profit d'un régime fiscal privilégié propre aux contrats d'assurance-vie, au risque d'être requalifié en donation indirecte ou d'être remis en cause sur le fondement de l'abus de droit, dans des hypothèses plus rares. La renonciation à succession suivie de la donation de la part successorale par le bénéficiaire au renonçant a également pour effet d'éviter l'application des droits de succession dans la dévolution classique et de diminuer le coût fiscal, notamment en multipliant les abattements.

## § 2. L'hypothèse de la renonciation à succession

**352. Définition de la renonciation à succession.** La renonciation est un acte de disposition unilatéral par lequel une personne, « *abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine, éteint ce droit ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action* »<sup>689</sup>. En matière de succession, la renonciation est « *un acte par lequel un héritier se rend rétroactivement étranger à la succession, à laquelle il avait été appelé, la part du renonçant étant alors acquise à ses cohéritiers ou dévolue au degré subséquent* »<sup>690</sup>. Il s'agit donc de l'expression de la volonté d'un héritier d'abandonner ses droits dans la succession.

**353. Renonciation à succession et abus de droit.** Bien que le principe de la renonciation soit un droit, il est des cas dans lesquels la renonciation peut être frauduleuse, notamment à raison d'actes postérieurs. Ainsi, lorsque la donation est suivie d'une donation permettant à l'héritier de recouvrer la propriété des biens auxquels il avait renoncé, l'administration fiscale soulève l'inutilité des opérations et par là, l'abus de droit sur le fondement de la recherche un but exclusivement fiscal. En effet, en devenant propriétaire des biens auxquels il a renoncé, il est difficile de comprendre l'utilité des opérations de renonciation et donation tant l'acceptation de la succession aurait eu les mêmes conséquences. De ce fait, c'est bien le motif exclusivement fiscal du montage qui est mis en avant.

---

<sup>689</sup> V. « Renonciation », *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>690</sup> V. « Renonciation – à succession », *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

Toutefois, et au contraire du mécanisme de l'assurance-vie, la transmission par le biais de la renonciation à succession n'a pas pour but d'éviter complètement l'application des droits de succession. Il s'agit simplement d'éviter l'application des droits de succession a priori applicable afin de bénéficier d'un cumul d'abattement, et donc plus précisément d'en diminuer l'assiette. Les tarifs des droits de succession prévus entre le *de cujus* et les bénéficiaires de la renonciation demeurent applicables. Seulement, le coût fiscal des droits se trouvera réduit.

**354.** La renonciation à succession est devenue, depuis la réforme du droit des successions et libéralités opérée par la loi du 23 juin 2006, un mode d'optimisation de transmission de patrimoine privé intergénérationnelle. Sur le plan fiscal, le régime de la renonciation à succession est avantageux hormis le cas dans lequel la renonciation suivie de la donation de la part successorale par les bénéficiaires au renonçant est constitutive d'un abus de droit.

#### **A. La renonciation à succession, une technique de transmission optimisée du patrimoine**

**355.** « Renoncer c'est transmettre »<sup>691</sup>. La réforme du droit des successions et des libéralités de 2006<sup>692</sup> a eu pour but de favoriser les transmissions anticipées intergénérationnelles. La représentation fiscale a ainsi été étendue aux héritiers renonçant d'une succession dévolue en ligne directe descendante ou en ligne collatérale par la modification de l'article 754 du Code civil. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, « *la part du renonçant échoit à ses représentants ; à défaut, elle accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent* »<sup>693</sup>. L'héritier-renonçant a une volonté de transmettre la part successorale lui revenant à ses propres héritiers. Il semblerait que le renonçant soit ainsi animé d'une intention libérale. Cependant, admettre cette conception reviendrait à considérer qu'il s'agit, sur le plan civil, d'une donation indirecte dont le droit fiscal tirerait toutes les

---

<sup>691</sup> J.-M. MATHIEU, « Je renonce donc... je transmets » – *La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission*, JCP N 2012, n° 49, 1391, §64.

<sup>692</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

<sup>693</sup> BOI-ENR-DMTG-10-50-80 § 260. La doctrine administrative reprend ici l'article 805 du Code civil.

conséquences. Etant admis depuis longtemps que la renonciation n'est pas assimilée à une donation taxable<sup>694</sup>, cette analyse doit être écartée.

**356.** « **Nul n'est tenu d'accepter une succession** »<sup>695</sup>. La renonciation est, par principe, un droit dont la conséquence, sur le plan civil, est la transmission anticipée du patrimoine. En effet, il s'agit d'une option successorale s'offrant à l'héritier. Le successible dispose de trois possibilités : soit il choisit d'accepter purement et simplement la succession, soit il l'accepte à concurrence de l'actif net, soit il y renonce. La renonciation est donc un choix offert au contribuable parmi plusieurs hypothèses légales, choix pour lequel il n'est pas tenu de se justifier. A travers ce choix, l'héritier opère une transmission anticipée de la part successorale à laquelle il renonce au profit de ses propres héritiers. Il permet ainsi un « *saut de génération* »<sup>696</sup>.

**357. Conséquences civiles de la renonciation.** Comme le précise l'article 805 du Code civil, « *l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier* ». La renonciation à succession crée une rétroactivité : le renonçant est désormais considéré comme n'ayant jamais eu de droits dans la succession.

Lorsque la renonciation est pure et simple, ce sont les dispositions de l'article 805 du Code civil qui sont applicables. Autrement dit, « *la part du renonçant échoit à ses représentants ; à défaut, elle accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent* ». A l'inverse, en présence d'une renonciation translatrice, c'est-à-dire lorsque la renonciation est faite au profit d'une personne déterminée qui l'accepte, l'opération s'analyse comme une double mutation. Cette dernière aura des conséquences sur le plan fiscal<sup>697</sup>. Toutefois, il existe une exception permettant d'assimiler cette renonciation translatrice à une renonciation pure et simple lorsqu'elle ne modifie pas les règles de la dévolution successorale.

**358.** La renonciation à succession s'analyse, sur le plan civil, comme un acte unilatéral de transmission optimisée du patrimoine ayant pour effet de faire comme si le renonçant n'avait jamais été héritier. La renonciation est un droit. Cependant, et par

---

<sup>694</sup> V. en ce sens Fr. SAUVAGE, Du droit d'accroissement des colégataires, JCP N 2001, n° 23, 1195 ; J.-M. MATHIEU, « *Je renonce donc... je transmets* » – *La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission*, JCP N 2012, n° 49, 1391.

<sup>695</sup> *Ibid.*, §27.

<sup>696</sup> *Ibid.*

<sup>697</sup> V. *infra* n° 359.

exception, l'administration fiscale peut déceler une fraude à raison des actes postérieurs à la renonciation. Pour cela, il est nécessaire d'étudier le régime fiscal de la renonciation.

## B. Le régime fiscal de la renonciation à succession

**359. Régime fiscal avantageux de la renonciation à succession.** La renonciation à succession pure et simple entraîne, pour les bénéficiaires de la renonciation, une taxation sur l'ensemble des biens qu'ils reçoivent selon les règles du droit commun des successions, en fonction de leur lien de parenté avec le défunt. Le renonçant, quant à lui, n'a aucun droit à payer. Fiscalement, tout se passe comme si la succession avait lieu directement entre le *de cuius* et le bénéficiaire de la renonciation, en occultant le renonçant<sup>698</sup>. Il y a en matière fiscale, comme sur le plan civil, un « *saut de génération* »<sup>699</sup>. Ainsi, « *les droits dus par les représentants, c'est-à-dire les descendants du renonçant, sont calculés comme si ces derniers avaient été les bénéficiaires directs de la succession* »<sup>700</sup>. Il suffit d'appliquer le tarif résultant du lien de parenté entre le *de cuius* et le bénéficiaire de la renonciation.

Toutefois, et pour reprendre la distinction opérée sur le plan civil entre la renonciation pure et simple et la renonciation translatrice, dans ce dernier cas, l'opération est analysée comme une double mutation<sup>701</sup>. D'un point de vue fiscal, la double mutation induit une double taxation : l'héritier renonçant devra acquitter les droits de succession dans les conditions de droit commun en fonction du lien de parenté qu'il a avec le défunt ; les bénéficiaires de la renonciation devront acquitter les droits de donation sur la libéralité consentie par le renonçant à leur profit. Cette double taxation ne s'applique pas dans l'hypothèse d'une renonciation translatrice ne modifiant par la dévolution successorale puisqu'en ce cas, elle est assimilée à une renonciation pure et simple, mutation unique, taxée une seule fois<sup>702</sup>.

Des avantages fiscaux plus importants ont été trouvés par les contribuables ne manquant pas d'imagination visant à bénéficier cumulativement de plusieurs abattements. Cependant, ces montages n'ont pas manqué d'être poursuivis par l'administration fiscale, à raison, sur le terrain procédural de l'article L.64 du LPF. Il s'agit de l'hypothèse de la renonciation à

<sup>698</sup> C'est une application de la règle civile de la rétroactivité de l'article 805 du Code civil : le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier.

<sup>699</sup> V. *supra* n° 356.

<sup>700</sup> J.-M. MATHIEU, « *Je renonce donc... je transmets* » – *La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission*, op. cit., § 33.

<sup>701</sup> V. *supra* n° 357.

<sup>702</sup> BOI-ENR-DMTG-10-50-80 § 300.

succession suivie de la donation de la part successorale par le bénéficiaire au renonçant.

1. Un risque d'abus de droit en cas de renonciation suivie de donation

**360. Explication du schéma de renonciation suivie de donation.** Le schéma de la « renonciation-donation » s'opère en deux temps. Dans un premier temps, une personne renonce à une succession au profit de ses propres héritiers. Jusqu'ici, cela ne pose aucun problème d'un point de vue fiscal dès lors que la renonciation est pure et simple, comme développé précédemment<sup>703</sup>. Cependant, l'opération litigieuse ne s'arrête pas là. En effet, dans un second temps, le bénéficiaire de la renonciation effectue une libéralité de la part successorale au renonçant. Le renonçant, qui est censé n'avoir jamais eu de droits dans la succession, recouvre la propriété des biens auxquels il avait renoncé. Les conséquences civiles de ce montage sont identiques à celles qui se seraient produites si l'héritier avait accepté purement et simplement la succession. Ainsi, pourquoi y avoir renoncé au profit d'autres bénéficiaires ? Sur le plan civil, il n'y a aucun motif justifiant la mise en œuvre de ce montage. Bien évidemment, les raisons sont purement fiscales.

**361. Illustration du schéma.** L'administration fiscale considère que ce montage est abusif au sens de l'article L. 64 du LPF. C'est par la voie du rescrit qu'elle s'est prononcée en faveur de l'abus de droit par fraude à la loi en présence de telles opérations. Ainsi, dans un rescrit du 22 juillet 2008<sup>704</sup>, l'administration a été interrogée sur « *la possibilité pour la sœur d'une personne décédée sans descendance de renoncer en son nom propre et pour ses enfants mineurs à la succession au profit de sa mère, seule autre héritière, de façon que cette dernière, alors attributaire de la totalité de l'actif successoral, consent immédiatement après, au profit de ses petits-enfants, la donation d'une somme correspondant aux droits que ces derniers auraient eus dans la succession de leur oncle du fait de la renonciation de leur mère* ». A cela, l'administration a conclu au caractère abusif du schéma, celui-ci n'étant doté que d'un intérêt purement fiscal. En effet, l'intérêt résultait ici du montant des abattements et des tarifs applicables aux deux opérations permettant d'alléger de manière considérable le coût fiscal du montage. L'administration se fonde sur le but exclusivement fiscal du montage

---

<sup>703</sup> V. *supra* n° 359.

<sup>704</sup> Décision de rescrit n° 2008/17 du 22 juillet 2008, BOI-ENR-DMTG-10-50-80 § 290, BPAT 5/08, n° 173.

en précisant qu'il ne présente aucun intérêt économique ou patrimonial, le seul but de ces opérations étant un but fiscal. Ainsi, « *la part successorale des renonçants successifs (la sœur et les neveux du défunt) revenant à la mère du défunt n'est taxée que sur la fraction excédant 151.950 €<sup>705</sup> et au tarif applicable aux mutations en ligne directe (barème progressif par tranches variant de 5% à 40%)<sup>706</sup> ; la part ensuite reçue par chacun des petits-enfants (les neveux renonçants du défunt) du fait de la donation consentie par leur grand-mère (la mère du défunt) n'est soumise aux droits de donation qu'au-delà de 30.390 €<sup>707</sup> et aux tarifs applicables aux mutations en ligne directe* »<sup>708</sup>. A l'inverse, et en l'absence de renonciation à succession suivie d'une donation réalisée par le bénéficiaire au profit du renonçant, les neveux n'auraient pu bénéficier que du seul abattement de 15 932 €<sup>709</sup> de leur auteur renonçant, la sœur du défunt dans le cas d'espèce, auraient du acquitter les droits de succession au tarif élevé de 55%.

Par un rescrit du 14 avril 2009<sup>710</sup>, l'administration fiscale a de nouveau qualifié une renonciation à succession d'abusives. Elle a été interrogée sur la validité d'une renonciation par des petits-enfants à un legs de sommes d'argent, suivie de la donation à leur profit par leurs parents héritiers de sommes d'argent de même montant. Là encore, c'est le but exclusivement fiscal de l'opération qui est retenu. Par principe, il est possible de renoncer à un legs. Le renonçant n'a alors aucun droit à payer et l'héritier dont la part successorale est augmentée, en l'espèce les parents, est taxé sur les biens concernés selon les règles de droit commun résultant de son lien de parenté avec le défunt. Cependant, dans l'hypothèse de cette renonciation suivie de la donation, deux abattements sont applicables : celui entre le défunt et les enfants de 156.359 € à l'époque des faits, et le même abattement entre les enfants et les petits-enfants<sup>711</sup>. De plus, l'abattement pour dons familiaux de sommes d'argent peut se cumuler avec l'abattement en ligne directe. Ainsi, l'administration conclut au but exclusivement fiscal du montage étant donné les montants cumulés des abattements qui n'auraient pas pu s'appliquer en cas de simple acceptation du legs.

Cette position de l'administration exprimée au travers des rescrits se fonde sur certains

---

<sup>705</sup> Actuellement, l'abattement applicable en cas de transmission en ligne directe est de 100.000 € ; CGI, art. 779 I.

<sup>706</sup> Actuellement, le tarif maximal applicable en cas de transmission en ligne directe est de 45 %. V. *supra* n° 271.

<sup>707</sup> Le montant de l'abattement actuellement en vigueur s'élève à 31.865 € ; CGI, art. 790 G : « *Les dons de sommes d'argent consentis en pleine propriété au profit d'un enfant, d'un petit-enfant, d'un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, d'un neveu ou d'une nièce ou par représentation, d'un petit-neveu ou d'une petite-nièce sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit dans la limite de 31.865 € tous les quinze ans* ».

<sup>708</sup> BPAT 5/08, n° 173.

<sup>709</sup> CGI, art. 779 IV. A l'époque des faits de l'espèce, l'abattement applicable en cas de succession sur la part de chacun des frères ou sœurs vivants ou représentés par suite de prédécès ou de renonciation s'élevait à 15 932 €.

<sup>710</sup> Décision de rescrit n° 2009/24 du 14 avril 2009, BPAT 3/09, n° 125, non reprise dans la base BOFIP.

<sup>711</sup> Actuellement, l'abattement applicable en cas de transmission en ligne directe est de 100.000 € ; CGI, art. 779 I.

critères pour retenir l'abus de droit.

## 2. Les critères d'une renonciation abusive

**362.** « **Aspect caricatural des faits** »<sup>712</sup>. L'administration fiscale a posé une solution ferme dans les rescrits de 2008 et 2009. Sa position découle notamment des faits proposés qui mettent en avant une démarche volontaire du contribuable d'effectuer une mutation au profit de ses propres héritiers, suivie d'une donation lui permettant de se réappropriier les biens. Ce montage présente un intérêt fiscal évident dû au caractère cumulatif des abattements<sup>713</sup>. Cependant, aucun intérêt économique ou patrimonial n'apparaît. Les conséquences civiles du montage sont identiques à celles qui se seraient produites si le renonçant avait purement et simplement accepté la succession. Alors pourquoi avoir renoncé si ce n'est dans un objectif exclusivement fiscal ?

**363. Réappropriation des biens issus de la succession par le renonçant.** Le critère permettant à l'administration de mettre en doute la validité de l'opération est l'acte de donation qui suit la renonciation. En effet, par cette double mutation, le renonçant recouvre la propriété des biens à laquelle il avait renoncé. Les deux opérations présentent ainsi une inutilité économique et patrimoniale puisque tout se passe comme si la succession avait été acceptée. C'est donc cette « réappropriation des biens » par le renonçant qui permet de conclure au but exclusivement fiscal du montage et par là même, à l'abus de droit. La position de l'administration fiscale doit être approuvée.

Un parallèle peut être opéré avec le schéma de la donation avant cession. Comme vu précédemment<sup>714</sup>, lorsque le donateur se réapproprie le prix de cession, il n'est pas considéré comme s'étant dépouillé de manière réelle et irrévocable. En effet, la réappropriation du produit de la cession par les donateurs traduit une absence de dépouillement irrévocable et donc une absence d'intention libérale, ce qui rend la donation fictive. Dans l'hypothèse d'une « renonciation-donation », la problématique est identique. Par l'opération de renonciation, le renonçant transmet le patrimoine qui aurait dû lui revenir à ses propres héritiers. L'action est teintée d'intention libérale. Par cette action, il est censé ne jamais avoir eu de droits dans la

<sup>712</sup> D. FAUCHER, *Renonciation, optimisation et abus de droit : la porte reste ouverte...*, RFN 2009, n°6, quest./rép. 1.

<sup>713</sup> V. *supra* n° 361.

<sup>714</sup> V. *supra* n° 89 et s.

succession. Le fait de se réapproprier les biens issus de cette succession à laquelle il a renoncé annule toute cette démarche. Le souhait d'opérer une transmission de patrimoine au profit de ses héritiers n'est plus si évident. Le seul intérêt que l'on puisse trouver à ce montage étant la possibilité de cumuler les abattements fiscaux et ainsi de réduire le coût des droits de mutation à titre gratuit.

**364. Conclusion du chapitre.** En raison du caractère prohibitif des droits de mutation à titre gratuit, les contribuables sont incités à imaginer des opérations leur permettant de les éluder, que ce soit pour les droits de donation avec la donation déguisée, ou pour les droits de succession avec la souscription d'un contrat d'assurance-vie à la veille de sa mort ou la renonciation à succession suivie d'une donation par les bénéficiaires de la renonciation au profit du renonçant. Dans chacune de ces hypothèses, l'administration fiscale veille. Elle n'hésite pas à sortir son arme procédurale de l'abus de droit pour sanctionner ces comportements abusifs. Parfois trop complexe à mettre en œuvre, et lorsqu'elle le peut, l'administration préférera user de son pouvoir de requalification comme en matière de contrat d'assurance-vie. Dans ce cas, la sanction pour le contribuable est moins forte que celles appliquées en cas d'abus de droit. Cependant, alors que la souscription d'un contrat d'assurance-vie sur son lit de mort risque d'être requalifié en donation indirecte, la sanction de cette opération sur le fondement de l'abus de droit ne doit pas être négligé. Quant à l'opération de renonciation à succession, sa validité n'est plus à démontrer, hormis le cas dans lequel elle est immédiatement suivie d'une donation permettant au renonçant de recouvrer la propriété des biens issus de la succession.

**365. Conclusion du titre.** L'optimisation fiscale des droits de mutation est recherchée tant pour réduire l'assiette de ces droits, que pour l'éluder. La cause de ces comportements est le tarif élevé des droits de mutation. En effet, les contribuables ne peuvent pas transmettre librement leur patrimoine sans être lourdement taxé. Certes, certains abattements sont favorables, comme les abattements en ligne direct, mais ils ne font que diminuer au fil des réformes. Ces taxations freinent les transmissions de patrimoine. Pour pousser la démonstration à son paroxysme, ce régime fiscal ne conduirait-il pas à terme à décourager les contribuables de se construire un patrimoine, de le conserver, le faire fructifier avant de le transmettre ? En effet, les coûts fiscaux de la transmission entament déjà la valeur de ce patrimoine comme dans le cas où celui-ci est transmis à un tiers après

application d'un taux de 60%. Seuls 40% du patrimoine parviennent réellement à la personne désignée. Finalement, c'est une transmission de patrimoine au profit de l'Etat qui est opérée. Certes, il n'est pas possible de nier l'importance des taxes et des impôts dans un Etat. Cependant, il serait opportun de trouver un juste milieu qui permettrait, également, de réduire les comportements frauduleux.

## Conclusion de la Partie I

**366.** L'optimisation fiscale de la transmission du patrimoine est un phénomène en plein essor. Ce phénomène est dû à l'existence de régimes fiscaux de plus en plus défavorables aux contribuables, en raison notamment de taux élevés en matière de plus-values ou de droits de mutation. Ainsi, il n'est pas attractif pour le contribuable de transmettre une partie de son patrimoine à ses proches en subissant de fortes taxations. Ceci peut être perçu par les contribuables comme une atteinte à leur droit de propriété : on leur prend ce qu'ils ont mis une vie à construire. Afin de pallier à cette impression de spoliation, des mécanismes ont été imaginés pour réduire le coût fiscal de la transmission du patrimoine privé, que ce soit en matière de plus et moins-values ou en matière de droits de mutation. Cependant, la mise en œuvre de ces montages peut se heurter à la procédure de l'abus de droit sur le fondement de la fictivité, ou sur celui de la fraude à la loi lorsque la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes, à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'a pu être inspirée que par un motif exclusivement fiscal. L'administration est très active dans cette surveillance mais les juges du fond ainsi que les hautes juridictions n'ont pas hésité à poser des critères permettant la validation de certains schémas.

En premier lieu, et en matière de plus et moins-values, des stratégies ont été mises en œuvre afin, tout d'abord, d'éluder l'application du régime des plus-values. Bien que l'intérêt principal de ces opérations soit la purge des plus-values de cession rendue possible notamment par l'interposition d'une opération supplémentaire avant la cession, l'abus de droit n'est pas caractérisé de façon systématique. Des critères précis ont été posés par la jurisprudence et le législateur validant ces schémas de structuration patrimoniale. Désormais davantage sécurisée, la mise en œuvre de ces opérations doit toutefois respecter des précautions propres à chacune. Des stratégies visant, ensuite, à bénéficier du régime fiscal des plus-values ont été mises en œuvre pour éluder l'application d'une autre catégorie de revenus, moins favorable pour le contribuable, comme par exemple les revenus de capitaux mobiliers ou les revenus d'activités, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Ainsi, dès lors que la fraude à la loi n'est pas avérée, l'abus de droit est écarté, soit pour absence de but exclusivement fiscal de l'opération, comme pour le schéma d'OBO, c'est-à-dire la vente à soi-même d'une entreprise par son dirigeant, soit pour absence de preuve du caractère frauduleux

de l'opération, comme pour la cession des titres d'une société devenue « liquide » qui est dès lors considérée par le Conseil d'Etat comme la simple expression, par le contribuable, d'un choix pour la voie la moins imposée fiscalement. Dans le cadre des *managements packages*, et alors que l'administration fiscale y voit une rémunération liée à la casquette de dirigeant, le Conseil d'Etat admet l'application du régime des plus-values de cessions de valeurs mobilières lorsque le dirigeant a adopté une démarche capitalistique, c'est-à-dire qu'il a agi en tant qu'actionnaire et non en tant que salarié, et lorsqu'il a pris un risque actionnarial, comme n'importe quel investisseur. Cependant, depuis la réforme du régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières, applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values sont soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu, à l'instar des RCM ou des revenus d'activités. Ainsi, ces montages, qui servaient précisément à éluder l'application de ces catégories d'imposition et donc du barème de l'impôt sur le revenu, ne trouvent plus d'avantage fiscal. Ils conservent cependant leur intérêt sur tous les autres plans, comme par exemple l'intérêt patrimonial indéniable du schéma d'OBO. Il convient de préciser, toutefois, que pour les *management packages* dans le cadre du BSA inscrits sur un PEA, l'intérêt fiscal est intact puisque la cession de titres inscrits sur un PEA est exonérée d'impôt sur la plus-value.

En second lieu, et en matière de droits de mutation, les contribuables n'hésitent pas à user de techniques leur permettant, d'une part, de réduire l'assiette des droits de mutation, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit, et d'autre part, d'éluder l'application des droits de mutation à titre gratuit au profit d'autres impôts dont les taux sont moins élevés. Tout d'abord, et en présence du schéma de « transformation-cession », dès lors que la transformation est régulière, l'abus de droit est automatiquement écarté dans l'hypothèse où il n'y a pas eu de retour à la forme sociétaire initiale, ce qui semble être un cas très rare. Des critères ont également été développés par la jurisprudence dans le cas de l'apport-donation. Ainsi, le grief d'abus de droit semble écarté lorsque l'opération est mise en place dans le but de conserver la maîtrise des biens par les donateurs et de favoriser la cohésion du patrimoine familial. Ensuite, des opérations ont été mises en place afin d'éluder l'application des droits de donation au profit des droits de mutation à titre onéreux comme dans l'hypothèse de la donation déguisée. Dans ce dernier exemple, l'administration fiscale doit démontrer l'existence d'un déguisement ayant entraîné la dissimulation d'une donation afin de retenir la simulation et donc l'abus de droit. Enfin, la volonté d'éluder les droits de succession a suscité la création d'opérations parfois litigieuses, comme par exemple la souscription d'un contrat

d'assurance-vie sur le lit de mort ou encore une renonciation à succession suivie de la donation des biens issus de la succession par le bénéficiaire de la renonciation au renonçant.

**367.** La transmission n'est pas la seule étape pour laquelle l'optimisation fiscale est recherchée. Elle se développe également, certes à un moindre niveau, lors de la détention du patrimoine privé. Les impôts taxant la détention du patrimoine qui seront ici développés sont l'impôt sur le revenu et l'impôt de solidarité sur la fortune.

## Partie II. L'optimisation fiscale de la détention du patrimoine privé

**368. Définition de la détention.** La détention du patrimoine privé englobe toutes les opérations de gestion courante des biens. La détention patrimoniale correspond à la perception des revenus, qu'il s'agisse de revenus de source français ou étrangère, mais également à la fortune du contribuable, la composition de son patrimoine. En raison du coût élevé des impositions applicables en matière de gestion courante du patrimoine, les contribuables mettent en œuvre des montages visant à réduire ces impositions, voire même à les éluder. L'optimisation de la détention du patrimoine privé est donc la volonté de gérer ses revenus et son patrimoine au moindre coût fiscal.

**369. Identification des impositions de la détention du patrimoine.** Bien que la détention de patrimoine n'entraîne pas de mutation, elle est imposable à deux égards : l'imposition de l'enrichissement à travers l'impôt sur le revenu et l'imposition de la richesse à travers l'impôt de solidarité sur la fortune.

L'impôt sur le revenu frappe les revenus perçus par les personnes physiques. Selon l'article 1 A du CGI, « *le revenu net global est constitué par le total des revenus nets des catégories suivantes : les revenus fonciers ; les bénéfices industriels et commerciaux ; les rémunérations (...) ; les bénéfices de l'exploitation agricole ; les traitements, salaires, indemnités, émoluments, pensions et rentes viagères ; les bénéfices des professions non commerciales et revenus y assimilés ; les revenus de capitaux mobiliers ; les plus-values de cession à titre onéreux de biens ou de droits de toute nature, (...)* ». L'optimisation de l'impôt sur le revenu ne concerne que l'étude des revenus du patrimoine privé tel que défini précédemment<sup>715</sup>. Il s'agira donc de développer les techniques d'optimisation des catégories de revenus se rattachant à la détention du patrimoine privé.

L'impôt de solidarité sur la fortune est « *un impôt sur le patrimoine net des personnes physiques, dont certains biens bénéficient d'une exonération soit totale soit partielle. C'est un*

---

<sup>715</sup> V. *supra* n° 5.

*impôt déclaratif, progressif, payable annuellement et pouvant faire l'objet de réductions* »<sup>716</sup>. Impôt souvent conçu comme étant confiscatoire, l'impôt de solidarité sur la fortune est souvent l'objet de vives critiques. Supprimé ou inexistant dans beaucoup d'autres pays européens, cette imposition française est perçue comme entraînant les contribuables français ayant des patrimoines importants à quitter la France. L'optimisation de l'impôt sur la fortune n'est donc pas négligeable et mérite d'être analysée.

**370. Plan.** L'optimisation de la détention du patrimoine privé, à l'instar de l'optimisation de la transmission du patrimoine privé, comporte un risque fiscal dès lors que l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en se fondement sur la fictivité de l'opération et/ou son caractère frauduleux. Une démarche similaire à celle adoptée en matière de transmission patrimoniale s'impose. Il convient donc d'analyser les montages les plus utilisés par les contribuables et leurs conseils afin d'évaluer le risque fiscal. Pour cela, il est nécessaire de scinder les développements en fonction de l'imposition en cause. Il convient dès lors de commencer par analyser les techniques d'optimisation de l'impôt sur le revenu avant de s'intéresser aux techniques d'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune.

## **Titre 1 – L'optimisation fiscale de l'impôt sur le revenu**

## **Titre 2 – L'optimisation fiscale de l'impôt de solidarité sur la fortune**

---

<sup>716</sup> BOI-PAT-ISF, §10.

# TITRE 1. L'optimisation fiscale de l'impôt sur le revenu

**371. Caractéristiques de l'impôt sur le revenu.** L'impôt sur le revenu est un impôt qui frappe le revenu global du contribuable. Il s'agit des revenus mondiaux dont il a disposé pendant l'année civile, c'est à dire du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre. Le revenu global ainsi imposé est un revenu net, disponible, annuel et déterminé par foyer fiscal. L'impôt sur le revenu est calculé selon un barème progressif dont les taux s'élèvent par paliers successifs correspondant chacun à une « tranche » de revenu. Actuellement, les tranches du barème progressif par tranches vont de 0% à 45%<sup>717</sup>. Les taux applicables à l'impôt de l'année 2014 sur les revenus 2013 sont les suivants :

- Jusqu'à 6.011 € : 0% ;
- De 6.011 € à 11.991 € : 5,5% ;
- De 11.991 € à 26.631 € : 14% ;
- De 26.631 € à 71.397 € : 30% ;
- De 71.397 € à 151.200 € : 41% ;
- Plus de 151.200 € : 45%.

Le système du quotient familial permet d'aménager la progressivité de l'impôt en fonction de la situation et des charges de famille de chaque contribuable. L'objet du quotient familial « *est de proportionner le montant de l'impôt aux facultés contributives de chaque foyer* »<sup>718</sup>. Cependant, les effets du quotient familial sont plafonnés, dans certains cas, « *dans un souci de justice fiscale* »<sup>719</sup>.

L'imposition des contribuables sur leurs revenus mondiaux peut s'avérer parfois très lourde et incite certains à mettre en œuvre des stratégies leur permettant d'optimiser leur impôt sur le revenu. L'optimisation fiscale n'est pas prohibée à la condition qu'elle ne constitue pas un acte fictif ou frauduleux. Tout d'abord, des stratégies ont été imaginées à

---

<sup>717</sup> Le Premier Ministre vient d'annoncer la suppression de la tranche du barème de l'impôt sur le revenu correspondant au taux de 5,5 %, à compter de l'imposition des revenus de 2014. Mais la tranche à 14 % s'appliquerait dès 9 690 € de revenu par part (au lieu de 11 991 €). Cette mesure devrait être inscrite dans le projet de loi de finances pour 2015 ; Act. F. Lefebvre, 18 septembre 2014.

<sup>718</sup> Mémento Fiscal, F. Lefebvre, 2014, n° 1700.

<sup>719</sup> BOI-IR-LIQ-20-20-20.

l'échelle internationale visant à soumettre le contribuable à une imposition étrangère privilégiée. En effet, le régime fiscal français de l'impôt sur le revenu conduit de plus en plus de contribuables à quitter la France pour des horizons fiscalement plus avantageux. La délocalisation du domicile fiscal ou l'investissement à l'étranger sont des procédés à la mode et surveillés de près par l'administration fiscale qui peut recourir à la procédure de l'article L. 64 du LPF pour sanctionner les comportements abusifs. L'impôt sur le revenu est également optimisé par le biais de stratégies de droit interne. Ainsi, des schémas comme le bail fictif ou la cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale font l'objet d'une attention toute particulière de la part de l'administration fiscale.

Ainsi, afin d'étudier l'optimisation de l'impôt sur le revenu, il convient de voir, dans un premier temps, les stratégies internationales d'optimisation, avant d'aborder, dans un second temps, les stratégies internes d'optimisation.

### **Chapitre 1 – Les stratégies internationales d'optimisation de l'impôt sur le revenu**

### **Chapitre 2 – Les stratégies internes d'optimisation de l'impôt sur le revenu**

## **Chapitre 1. Les stratégies internationales d'optimisation de l'impôt sur le revenu**

**372.** Les personnes physiques fiscalement domiciliées en France sont imposables à l'impôt sur le revenu en France à raison de leurs revenus de source française et étrangère. Afin d'éluider cette imposition, certains contribuables décident de se domicilier à l'étranger afin de bénéficier d'une fiscalité privilégiée. En effet, les non résidents français ne sont imposables en France qu'à raison de leurs revenus de source française. Cependant, bien que la délocalisation soit possible en application du principe de liberté de gestion, encore faut-il que cette délocalisation ne soit pas motivée par des considérations exclusivement fiscales. Afin d'en juger, l'administration fiscale utilise le critère de l'effectivité de la délocalisation.

En premier lieu, il convient de s'intéresser à la délocalisation effective du contribuable, simple expression de sa liberté de gestion. Dès lors que la délocalisation du domicile fiscal est réelle, l'abus de droit est écarté. En second lieu, il est nécessaire d'analyser l'hypothèse de la délocalisation fictive du domicile fiscal du contribuable. Dans ce cas, l'administration fiscale pourra mettre en œuvre la procédure de l'article L. 64 du LPF afin de sanctionner le caractère fictif et/ou frauduleux de la délocalisation.

### **Section 1 – La délocalisation effective du domicile fiscal du contribuable**

### **Section 2 – La délocalisation fictive du domicile fiscal du contribuable**

## Section 1. La délocalisation effective du domicile fiscal du contribuable

373. La délocalisation dans des pays à fiscalité privilégiée est de plus en plus recherchée par les contribuables. En effet, la lourdeur de la fiscalité française incite à la délocalisation. Cette possibilité n'est pas répréhensible à condition qu'elle soit effective et régulière. Toutefois, quel est le rôle des conseils dans cette délocalisation ? Un notaire ou un avocat fiscaliste peut-il pousser son client à quitter la France ? Maître Michel GIRAY a proposé un critère de délimitation, le même que celui de la procédure de l'abus de droit : l'exclusivisme fiscal<sup>720</sup>. Il est tout à fait possible de conseiller à un client de délocaliser son domicile fiscal à l'étranger à condition que ce ne soit pas pour un motif exclusivement fiscal, celui d'éviter l'application de l'impôt sur le revenu en France. Il peut notamment être envisagé de quitter la France pour des raisons professionnelles, familiales ou encore économiques. Ces différents motifs devront être mis en avant lors d'une délocalisation afin d'éviter une sanction sur le fondement de l'abus de droit. Pour le professionnel, sa responsabilité risque également d'être engagée.

374. Afin d'optimiser l'impôt sur le revenu, des stratégies internationales sont fréquemment utilisées et notamment celle de la création d'une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée afin de bénéficier d'un régime d'imposition des dividendes, intérêts ou redevances plus avantageux que le régime français. La technique de la constitution d'une société holding à l'étranger doit être étudiée avant de pouvoir en apprécier les intérêts fiscaux.

### § 1. La technique de la création d'une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée

375. **Définition de la société holding.** Selon le Vocabulaire juridique Gérard CORNU, le terme de société holding, mot anglais signifiant « société de soutien », désigne « une société purement financière par son activité et son actif qui a précisément pour objet de prendre des participations et (à la différence des sociétés d'investissement, simples sociétés

---

<sup>720</sup> M. GIRAY, *Le notaire et l'optimisation fiscale*, JCP N 2014, n°7, 1095, §46.

de placement) d'assurer le contrôle et la direction des sociétés dont elle détient une partie des actions »<sup>721</sup>. La holding est avant tout « conçue comme un instrument de gestion des titres de participation »<sup>722</sup>. Les sociétés holding peuvent être actives ou passives. Alors que dans la seconde hypothèse, la holding se contente de détenir des participations dans une société opérationnelle, dans la première hypothèse, outre cette détention de participations, elle rend des services aux sociétés qu'elle détient et oriente leur gestion.

**376. Société holding : un outil d'optimisation fiscale.** L'intérêt de la création d'une holding n'est plus à démontrer, notamment dans le cadre d'une structuration du patrimoine privé d'un dirigeant d'entreprise. En effet, la création d'une société holding peut être pour lui un instrument d'investissement dans le cadre de la reprise d'une entreprise, ou encore une technique de gestion patrimoniale visant notamment à optimiser de la cession de l'entreprise.

Dans l'hypothèse de la création d'une holding de reprise, le schéma de LBO, ou OBO précédemment développé trouve à s'appliquer. La société holding de reprise est constituée afin de racheter une société cible opérationnelle en recourant à l'emprunt, lorsque le dirigeant ne dispose pas de fonds propres suffisants pour acquérir la société en direct. Les effets de levier juridiques, financiers et fiscaux sont des avantages non négligeables permettant, de plus, de faire supporter l'emprunt à la société nouvellement créée<sup>723</sup>.

En tant qu'outil de gestion patrimoniale, la société holding peut être constituée dans le but d'optimiser la cession d'une entreprise. Alors que la cession de titres de société par une personne physique peut être fiscalement onéreuse en raison de l'imposition d'une plus-value privée au barème de l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux, l'interposition d'une société holding peut se révéler très avantageuse fiscalement. En effet, « la plus-value générée par la cession opérée via une holding détentrice des titres en question, à l'exception de ceux de sociétés à prépondérance immobilière, fait l'objet d'une quasi exonération d'impôt sur les sociétés, lesdits titres bénéficiant du régime d'exonération, sous réserve de l'imposition au taux de l'IS de droit commun d'une quote-part de frais et charges »<sup>724</sup> dont le taux est fixé à 12% du montant de la plus-value brute, en application de l'article 219-I, a) *quinquies* du CGI. Selon cet article, les plus-values sur cession de titres de participations réalisées par les

<sup>721</sup> V. « Holding », *Vocabulaire Juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>722</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 1534.

<sup>723</sup> V. *supra* n° 143 et s.

<sup>724</sup> INFOREG, *L'intérêt de la holding dans le cadre d'une structuration patrimoniale du dirigeant*, RFN 2014, n° 4, 4.

personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés sont exonérées de cet impôt. Seule une quote-part pour frais et charges de 12% est soumise à imposition. A l'inverse, les plus-values de cession de valeurs mobilières réalisées dans le cadre de la gestion du patrimoine privé sont imposées au barème progressif de l'impôt sur le revenu après application d'un abattement pour durée de détention<sup>725</sup>. L'interposition d'une société holding permet parfois une imposition moins lourde puisque seulement 12% de la plus-value seront imposables à l'impôt sur les sociétés.

La société holding est un outil de gestion patrimoniale efficace pour les contribuables souhaitant optimiser leur impôt sur le revenu. Les intérêts fiscaux de la constitution d'une telle société sont également importants dès lors que la société est implantée dans un pays à fiscalité privilégiée.

## **§ 2. Les avantages fiscaux de la création d'une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée**

**377. Exemple de la création d'une société holding luxembourgeoise.** Outre l'exemple franco-français de la création d'une société holding comme outil d'optimisation fiscale, l'intérêt fiscal de la création d'une holding se retrouve également sur le plan international. L'exemple du Luxembourg est assez parlant. Soit un immeuble français détenu par une société civile française, elle-même détenue par des associés personnes physiques domiciliés en France. Le coût fiscal de ce schéma peut être très lourd, que ce soit en matière de distributions de dividendes, de détention du patrimoine immobilier ou encore de transmission d'entreprise. Ce mécanisme connaît des avantages fiscaux non négligeables bien que certains points d'attention ne doivent pas échapper à la vigilance des contribuables et de leurs conseils. En effet, l'interposition d'une société dans un pays à fiscalité privilégiée entraîne divers avantages fiscaux notamment en matière de revenus de capitaux mobiliers. Ainsi, la constitution d'une telle société peut avoir pour intérêt d'éluder l'application du régime des revenus de capitaux mobiliers français. Le rappel des règles d'imposition des revenus mobiliers français s'impose avant de pouvoir analyser les intérêts d'une création de société holding à l'étranger.

---

<sup>725</sup> V. *supra* n° 22.

## A. Le régime d'imposition des revenus mobiliers en droit interne

**378. Régime d'imposition des dividendes et des intérêts en France.** Qu'ils soient de source française ou étrangère, tous les revenus mobiliers perçus par les personnes physiques domiciliées en France doivent être compris dans le revenu global soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Les dividendes sont des revenus de titres sociaux alors que les intérêts correspondent à la rémunération de placements financiers.

Les dividendes perçus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 sont soumis à un prélèvement à la source non libératoire de 21% applicable sur le montant brut des dividendes perçus, c'est-à-dire avant application de l'abattement de 40%. Institué par l'article 9 de la loi du 29 décembre 2012 à l'article 117 quater du CGI, ce prélèvement s'applique aux revenus distribués de source française ou de source étrangère, et tant aux distributions régulières qu'aux revenus réputés distribués. Il existe toutefois une dispense de prélèvement qui peut être demandée par certains contribuables sous des conditions particulières. En effet, les personnes physiques appartenant à un foyer fiscal dont le revenu fiscal de référence<sup>726</sup> de l'avant-dernière année est inférieur à 50.000 € pour les contribuables célibataires, divorcés ou veufs et à 75.000 € pour les contribuables soumis à une imposition commune peuvent demander à être dispensés du prélèvement. Les dividendes sont imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu après l'application d'un abattement de 40%. Quant au montant du prélèvement forfaitaire effectué à la source, il est imputable sur l'impôt ainsi calculé et, en cas d'excédent, restituable. L'abattement proportionnel prévu à l'article 158, 3-2° du CGI est pratiqué sur le montant brut des dividendes distribués par les sociétés françaises ou étrangères soumises à l'impôt sur les sociétés. Il est réservé aux personnes physiques domiciliées en France. Les dividendes sont également assujettis aux prélèvements sociaux au taux de 15,5%<sup>727</sup>.

Les intérêts perçus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 sont, quant à eux, soumis à un prélèvement forfaitaire non libératoire de l'impôt sur le revenu de 24%. La dispense susvisée applicable en matière de dividendes existe également pour les intérêts. Ces derniers sont ensuite imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu. A la différence des dividendes, aucun abattement n'est applicable. Le prélèvement à la source de 24% constitue donc un acompte d'impôt sur le revenu dont le montant sera imputable sur l'impôt ainsi

---

<sup>726</sup> Le revenu fiscal de référence s'entend du montant net des revenus et plus-values retenus pour l'établissement de l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédant celle de l'imposition à la taxe ; CGI, art. 1417, IV-1°.

<sup>727</sup> Taux actuellement en vigueur.

calculé et, en cas d'excédent, restituable. Comme pour les dividendes, les intérêts sont également soumis aux prélèvements sociaux au taux de 15,5%.

**379. Exemple chiffré d'imposition des dividendes en France.** Ainsi, une société française verse 100.000 € de dividendes à son associé personne physique fiscalement domicilié en France. Dans un premier temps, le prélèvement forfaitaire non libératoire de 21% est appliqué à la source, soit un prélèvement s'élevant à 21.000 €. Dans un second temps, le contribuable français est imposable à l'impôt sur le revenu à raison de ses revenus de source française et étrangère perçus au titre de l'année précédente, dont les dividendes. Soit un montant de revenu global, hors dividendes, s'élevant à 50.000 € et un taux moyen d'imposition de 30%. Sur le montant des dividendes perçus, il convient d'appliquer un abattement de 40%. Ainsi, seuls 60.000 € seront soumis à l'impôt sur le revenu. La base d'imposition du contribuable s'élève alors à 110.000 € (50.000 € + 60.000 €). Après application du taux moyen d'imposition de 30%, l'impôt dû s'élève à 33.000 €. Le montant de son impôt étant supérieur à 21.000 € (montant du prélèvement à la source), le contribuable devra acquitter la somme restante, soit 12.000 €. Dans l'hypothèse où le montant de l'imposition aurait été inférieur à 21.000 €, le contribuable se serait vu restituer la différence entre le montant du prélèvement et le montant de son impôt.

**380.** Le régime français d'imposition des revenus mobiliers ainsi exposé, il convient de s'intéresser à la volonté des contribuables d'éluder ce régime assez lourd fiscalement en interposant une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée. L'exemple du Luxembourg sera abordé.

## **B. La volonté d'éluder le régime d'imposition français des revenus de capitaux mobiliers via la création d'une holding luxembourgeoise**

**381. Intérêt de la création d'une société holding au Luxembourg.** Le schéma est le suivant : une société opérationnelle de droit français est détenue par une holding luxembourgeoise. Les associés personnes physiques de la holding sont domiciliés en France. L'avantage principal de ce montage repose sur l'avantage du régime mère-filles. En effet, la

remontée de dividendes entre la société opérationnelle et la société holding luxembourgeoise bénéficie du régime de faveur des sociétés mère-filles. En droit luxembourgeois, la perception de dividendes par une société mère est totalement exonérée, contrairement au régime français. En effet, dans le cas du régime mère-filles en droit interne français, les dividendes sont exonérés à hauteur de 95%. Une quote-part pour frais et charges de 5% demeure imposable à l'impôt sur les sociétés. Certes, il ne s'agit que de 5%, mais sur des montants de dividendes conséquents, le choix de la holding luxembourgeoise permettant une exonération totale des dividendes peut aisément se comprendre. Bien entendu, encore faut-il, pour écarter tout risque d'abus de droit, que la société holding ne soit pas fictive. De plus, la constitution de cette société ne doit pas avoir une motivation exclusivement fiscale. Il convient de mettre en avant les intérêts financiers ou patrimoniaux de la détention d'une société opérationnelle par le biais d'une holding luxembourgeoise, et notamment l'existence de charges sociales faibles, la stabilité politique et économique du pays, ou encore l'importance du système bancaire luxembourgeois. Tous ces intérêts qui représentent un attrait considérable pour les sociétés et leur dirigeant.

Du point de vue de l'associé personne physique domicilié en France, la doctrine administrative prévoit que la règle est identique. Ils sont soumis au prélèvement forfaitaire non libératoire. Cependant, les bénéficiaires de ces revenus de source étrangère appartenant à un foyer fiscal dont le revenu fiscal de référence est inférieur à 50.000 € pour les contribuables célibataires, divorcés ou veuf et à 75.000 € pour les contribuables soumis à imposition commune ne sont pas soumis à l'acompte d'impôt sur le revenu prélevé à la source. Ces contribuables n'ont donc pas à demander à être dispensés du prélèvement, la dispense s'appliquant de façon automatique dans ce cas de figure. En résumé, les revenus distribués sont donc systématiquement soumis à l'acompte d'impôt sur le revenu prélevé à la source lorsqu'ils sont perçus par des personnes physiques fiscalement domiciliées en France dont le revenu fiscal de référence est égal ou supérieur à 50.000 € pour les contribuables célibataires, divorcés ou veuf et à 75.000 € pour les contribuables soumis à imposition commune. L'avantage de la création d'une société holding pour des associés personnes physiques domiciliés en France est donc principalement pour les contribuables ayant un faible revenu qui n'auront pas à être soumis au prélèvement libératoire à la source. Cela ne signifie pas pour autant que leurs revenus de capitaux mobiliers seront exonérés d'impôt sur le revenu. En effet, ils demeurent imposables au barème progressif, comme les revenus de source française. Toutefois, les conventions fiscales internationales prévoient en général que les bénéficiaires,

domiciliés en France, de dividendes versés par des sociétés étrangères puissent imputer sur l'impôt français exigible à raison de ces revenus un crédit d'impôt correspondant à l'impôt étranger perçu dans l'Etat de la source. Pour le Luxembourg, les dividendes sont soumis à une retenue à la source de 15%. Ainsi, la convention conclue entre la France et le Luxembourg prévoit que « *la France accordera aux personnes qui ont leur domicile fiscal en France et qui bénéficient [de dividendes], un crédit d'impôt correspondant au montant de l'impôt luxembourgeois, imputable sur les impôts français dans les bases desquels ces revenus se trouvent compris et dans la limite de ces impôts* »<sup>728</sup>. L'intérêt fiscal de la holding luxembourgeoise devient non négligeable lorsque les associés personnes physiques délocalisent leur domicile fiscal à l'étranger, et en l'espèce au Luxembourg.

**382. Avantage supplémentaire en cas de délocalisation de la résidence fiscale du contribuable.** Le schéma est le suivant : une société opérationnelle est détenue par une société holding luxembourgeoise. Cependant, les actionnaires de la holding sont des personnes physiques fiscalement domiciliées au Luxembourg. Comme vu précédemment, seuls sont soumis à l'impôt sur le revenu en France les revenus, de source française et étrangère, perçus par des personnes physiques fiscalement domiciliées en France. En cas de délocalisation de la résidence fiscale à l'étranger, les revenus perçus ne seront plus soumis à l'impôt en France. Or, en droit luxembourgeois, les dividendes perçus par des personnes physiques résidentes fiscales du Luxembourg sont soumis à l'impôt sur le revenu au Luxembourg selon un barème progressif après abattement de 50%. Concernant le barème de l'impôt sur le revenu, les contribuables luxembourgeois sont imposables à compter de 11.265 €<sup>729</sup> contrairement à la première tranche de l'impôt sur le revenu français qui débute dès 6.011 €<sup>730</sup>. L'abattement applicable au Luxembourg rend le régime fiscal plus favorable qu'en droit interne français où l'abattement n'est que de 40%<sup>731</sup>.

**383. Conclusion de la section.** L'interposition d'une société holding luxembourgeoise présente des avantages au niveau du patrimoine professionnel du contribuable étant donné que le régime mère-filles est plus intéressant que celui applicable en

---

<sup>728</sup> Convention entre la France et le Grand-Duché de Luxembourg tendant à éviter les doubles impositions, du 1<sup>er</sup> avril 1958, modifiée par l'avenant du 24 novembre 2006, art 19, 3-b.

<sup>729</sup> Tarif applicable à compter de 2013 ; [http://www.impotsdirects.public.lu/az/t/tarif\\_pers/](http://www.impotsdirects.public.lu/az/t/tarif_pers/)

<sup>730</sup> Barème applicable à l'imposition des revenus 2013 ; CGI, art. 197, I-1<sup>o</sup>.

<sup>731</sup> V. *supra* n<sup>o</sup> 378.

droit interne français. Du point de vue de la personne physique, la perception de dividendes versés par une holding luxembourgeoise ne présente pas de réel intérêt, les dividendes étant soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu qu'ils soient de source française ou étrangère. L'intérêt fiscal apparaît lorsque la société holding luxembourgeoise verse des dividendes à ses associés eux-mêmes fiscalement domiciliés en Luxembourg.

Toutefois, bien que la délocalisation de la résidence fiscale du contribuable soit fiscalement intéressante, notamment quant à la perception de revenus mobiliers provenant d'une holding luxembourgeoise, encore faut-il que la délocalisation ne soit pas fictive et/ou frauduleuse.

## **Section 2. La délocalisation fictive du domicile fiscal du contribuable**

**384. Délocalisation du domicile fiscal de la personne morale.** L'administration fiscale contrôle la régularité de la constitution d'une société holding créée à l'étranger et notamment sa substance. En effet, en l'absence de substance, la société est considérée comme fictive sur le fondement de l'abus de droit. Cette position a été défendue par la jurisprudence dans un arrêt SAGAL du Conseil d'Etat<sup>732</sup>. En l'espèce, la société SAGAL ainsi que d'autres sociétés françaises se sont associées avec une banque luxembourgeoise au sein d'une holding elle-même luxembourgeoise<sup>733</sup>. Les gains réalisés au Luxembourg échappaient à toute imposition et la distribution de dividendes en France était également exonérée en application du régime mère-filles prévu aux articles 145 et 216 du CGI. Le Conseil d'Etat a considéré que l'abus de droit était caractérisé tant par fictivité que par fraude à la loi. En effet, la création de la société holding luxembourgeoise par les sociétés françaises constituait un montage purement artificiel étant donné que « *la holding fonctionne comme une coquille vide sans aucune substance économique* »<sup>734</sup>. De plus, la mise en œuvre de ce montage purement artificiel résulte de motivations exclusivement fiscales, à savoir l'exonération des bénéfices et des plus-values. Afin d'éviter la caractérisation d'un abus de droit, la constitution d'une société holding à l'étranger doit répondre aux conditions formelles nécessaires à toute constitution de société prévues à l'article 1832 du Code civil<sup>735</sup>. De plus, la société doit avoir

---

<sup>732</sup> CE 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté SAGAL, Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin.

<sup>733</sup> V. *supra* n° 157 et 222.

<sup>734</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1169.

<sup>735</sup> V. *supra* n° 240.

une activité réelle.

Dès lors que la société holding nouvellement créée à l'étranger n'est pas dépourvue de toute substance, le fondement de l'abus de droit par fictivité peut être écarté. Ainsi, les montages imaginés sont à l'abri de la procédure de l'abus de droit à la condition qu'ils ne soient pas réalisés dans un but exclusivement fiscal.

**385. Délocalisation du domicile fiscal de la personne physique.** Afin de déterminer le lieu de domiciliation fiscale du contribuable personne physique, l'administration procède en deux étapes. Tout d'abord, elle applique les critères alternatifs du droit interne français, prévus à l'article 4-B du CGI. Ensuite, et si nécessaire, elle se réfère aux critères conventionnels, si ils existent. Dès lors que les critères susvisés lui permettent de déterminer un domicile fiscal différent de celui déclaré par le contribuable, elle peut poursuivre le comportement abusif de celui-ci, à la condition de démontrer la fictivité de la délocalisation ou son caractère frauduleux. Toutefois, il convient de préciser que la délocalisation fictive est généralement effectuée dans le seul but d'éluider l'imposition française. Ainsi, fictivité et fraude à la loi sont indissociables.

**386.** Afin de déterminer le lieu du domicile fiscal du contribuable, l'administration fiscale doit appliquer les critères de domiciliation fiscale. Dès lors que la délocalisation fiscale est fictive ou frauduleuse, le service sanctionne le comportement abusif sur le fondement de la procédure de l'article L. 64 du LPF.

## **§ 1. L'application des critères de domiciliation fiscale**

**387. Détermination de l'imposition d'une personne physique.** Afin de déterminer les règles d'imposition d'un contribuable, il convient de rechercher le lieu de son domicile fiscal. Pour cela, il est nécessaire d'analyser, dans un premier temps, la régularité de l'imposition au regard du droit interne français en appliquant les critères de l'article 4-B du CGI. Dès lors que l'un des ces critères est rempli, l'intéressé est considéré comme fiscalement domicilié en France. Ce n'est que dans un second temps, en cas de double imposition du contribuable dans deux pays différents, que l'administration fiscale pourra faire application

des critères de la convention internationale, s'il en existe une. Il existe donc un principe de subsidiarité, « *une convention ne pouvant servir directement de base à une imposition* »<sup>736</sup>. Ainsi, comme a pu l'affirmer le Conseil d'Etat au sujet de la convention franco-belge<sup>737</sup>, « *le juge doit d'abord rechercher si l'imposition a été correctement établie au regard du droit interne, sans chercher à déterminer l'Etat de résidence directement par application des critères conventionnels* »<sup>738</sup>.

En raison de ce principe de subsidiarité, il convient d'étudier les critères internes français de domiciliation fiscale avant d'envisager quels sont les critères conventionnels de domiciliation fiscale.

### **A. Les critères internes français de domiciliation fiscale**

**388.** Selon l'article 4-A du CGI, « *les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt français sur le revenu à raison de l'ensemble de leurs revenus* », qu'ils soient de source française ou étrangère. La définition du domicile fiscal est donnée par l'article 4-B du même code. Ainsi, pour qu'un contribuable soit fiscalement domicilié en France, il doit remplir l'un des critères légaux suivants : sont considérées comme fiscalement domiciliées en France, les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal, celles qui exercent en France une activité professionnelle ou celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques. Ces trois critères sont alternatifs et « *ne sont pas hiérarchisés* ». Autrement dit, « *l'administration peut utiliser, à sa guise, l'un ou l'autre de ceux-ci, sans que le contribuable soit admis à contester cette approche en se fondant sur l'absence de respect de l'ordre dans lequel ils sont énoncés* »<sup>739</sup>.

---

<sup>736</sup> P. FERNOUX, *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe Revue Fiduciaire, 18<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 2315.

<sup>737</sup> CE 11 avril 2008, n° 185583, M. CHEYNEL, Dr. fisc. 2008, n° 24, comm. 377.

<sup>738</sup> P. FERNOUX, *Gestion fiscale du patrimoine*, op. cit., n° 2315.

<sup>739</sup> *Ibid.*, n° 2316.

## 1. Les critères d'ordre personnel

**389. Définition du foyer.** Selon la jurisprudence, le foyer s'entend « *du lieu où le contribuable habite normalement et a le centre de ses intérêts familiaux, sans qu'il soit tenu compte des séjours effectués temporairement ailleurs en raison des nécessités de la profession ou de circonstances exceptionnelles* »<sup>740</sup>. Il s'agit ainsi du lieu de résidence habituelle, à condition qu'elle soit permanente. Les périodes durant lesquelles le contribuable séjourne à l'étranger ne permettent pas de lui faire perdre la domiciliation fiscale française dès lors que des éléments d'appréciation relatifs à la personne sont suffisants pour le domicilier en France. Ainsi par exemple, la doctrine administrative considère que « *les salariés détachés provisoirement à l'étranger par leur entreprise sont normalement considérés comme fiscalement domiciliés en France s'ils ont laissé leur famille dans notre pays* »<sup>741</sup>.

**390. Appréciation du critère du foyer.** Dès lors, bien qu'un contribuable séjourne à l'étranger, notamment pour des raisons professionnelles, le fait qu'il ait sa famille en France ou que ses enfants soient scolarisés en France permet de conclure à sa domiciliation fiscale en France. Il en est ainsi d'un avocat syrien qui a pris en location pour une durée de vingt ans un appartement en France, dans lequel résident habituellement et effectivement sa femme et ses trois enfants, scolarisés en France, alors même qu'il dispose également d'un appartement en Syrie où il exerce son activité professionnelle et quelle qu'ait été la durée de ses séjours dans ce pays<sup>742</sup>. Cependant, le critère du foyer peut poser des difficultés dans certaines circonstances et notamment lorsque le contribuable est célibataire. En effet, dans cette hypothèse, « *que faut-il entendre par centre des intérêts familiaux* »<sup>743</sup> ? Selon le Conseil d'Etat, « *le foyer d'un contribuable célibataire, sans charge de famille, s'entend du lieu où il habite normalement et a le centre de sa vie personnelle* »<sup>744</sup>. Il n'est pas possible pour le contribuable d'invoquer la présence d'autres parents proches pour être résident fiscal français. Le centre des intérêts personnel est notamment caractérisé lorsque la personne a un appartement en France, des comptes bancaires ouverts en France, un véhicule dont la carte grise est à son nom en France, ou encore une déclaration de revenus à l'adresse française<sup>745</sup>.

<sup>740</sup> CE 3 novembre 1995, n° 126513, LARCHER, RJF 1995, n°1332 ; Dr. fisc. 1996, n° 5, comm. 121.

<sup>741</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n° 110.

<sup>742</sup> CE 23 juin 2000, n° 196143, AL KALLAS, RJF 2000 n° 1041.

<sup>743</sup> P. FERNOUX, *Gestion fiscale du patrimoine*, op. cit., n° 2316.

<sup>744</sup> CE 7 mars 2010, n° 299770, M. BLANC, RJF 2010, n° 555.

<sup>745</sup> V. par ex. CE 17 décembre 2010 n° 306174, LEOSTIC, RJF 2011 n° 264.

Tous ces indices permettent d'établir le domicile fiscal en France.

**391. Définition du lieu de séjour habituel.** En règle générale, doivent être considérés comme ayant en France le lieu de leur séjour principal les contribuables qui y séjournent personnellement et effectivement pendant plus de six mois au cours d'une année donnée. Pour ce critère subsidiaire, il n'est pas nécessaire de vérifier le lieu de séjour de leur famille. Par ailleurs, peu importe que le contribuable séjourne dans un appartement qu'il a loué, à l'hôtel ou encore dans un logement mis gratuitement à sa disposition.

**392. Application du critère du lieu de séjour habituel.** Ainsi par exemple, un contribuable qui, au cours de l'année considérée, a résidé pendant 302 jours dans une chambre d'hôtel en France doit être regardé comme y ayant le lieu de son séjour principal<sup>746</sup>. Cependant, ce critère n'est pas absolu. En effet, l'administration fiscale peut décider que le domicile fiscal se trouve en France malgré un séjour sur le territoire d'une durée supérieure à six mois, en raisons de circonstances exceptionnelles. Elle a pu ainsi décider qu'une personne installée au Paraguay depuis 1979, qui s'y est mariée et dont la vie commune avec un non-résident, suite au décès de son mari, est établie dans ce pays, est regardée comme ayant eu en 1993 et 1994 son foyer au Paraguay, alors même que la durée de son séjour en France a été d'au moins 161 jours en 1993 en raison de circonstances exceptionnelles tenant à la maladie de son père qui est décédé en 1994. Par conséquent, cette personne n'a pas eu son domicile fiscal en France au sens de l'article 4-A du CGI, au cours des années 1993 et 1994<sup>747</sup>.

**393.** Si l'administration fiscale ne parvient pas à établir le domicile fiscal en France en raison des critères d'ordre personnel, elle doit vérifier l'existence du critère d'ordre professionnel.

---

<sup>746</sup> CE 5 juillet 1961, n° 37182 ; BOI-IR-CHAMP-10 n° 130.

<sup>747</sup> CAA Marseille, 14 mars 2003 n° 99-1934 et 99-2215, GUERIN, RJF 2003 n° 526.

## 2. Le critère d'ordre professionnel

**394. Définition du critère d'ordre professionnel.** Selon ce critère, est considéré comme ayant son domicile fiscal en France le contribuable qui exerce à titre principal une activité professionnelle en France. Il peut s'agir d'une activité salariée ou non dès lors qu'elle est exercée effectivement et régulièrement par le contribuable<sup>748</sup>. L'activité professionnelle ne doit pas être exercée de façon accessoire. Selon la doctrine administrative, « *l'activité principale s'entend de celle à laquelle le contribuable consacre le plus de temps effectif, même si elle ne dégage pas l'essentiel de ses revenus* »<sup>749</sup>. A défaut, et lorsque le critère de la majorité du temps effectif ne peut pas être déterminé, l'activité principale est celle qui procure à l'intéressé la plus grande part de ses revenus mondiaux.

**395. Appréciation du critère d'ordre professionnel.** Le critère tenant à la nature de l'activité professionnelle principale du contribuable ne pose pas de réelles difficultés. Ainsi par exemple, un contribuable qui est associé de deux sociétés civiles immobilières et de trois sociétés de capitaux ayant leur siège en France et dans lesquelles il exerce des fonctions de dirigeant « *doit être regardé comme exerçant en France une activité professionnelle non accessoire au sens de l'article 4 B, 1-b du CGI* »<sup>750</sup>. Dans une autre espèce, il s'agissait de travailleurs salariés saisonniers de nationalité britannique ayant pour seule source de revenus les salaires qui leur sont versés en France pendant une période d'activité de cinq mois. Le Conseil d'Etat a jugé que ces saisonniers « *doivent être considérés comme exerçant une activité professionnelle non accessoire en France, et donc comme ayant leur domicile fiscal dans ce pays au sens de l'article 4 B, 1-b du CGI, même s'ils ont déclaré résider en Angleterre et y disposer d'un foyer permanent* »<sup>751</sup>.

Par ailleurs, et s'agissant des mandataires sociaux, la doctrine administrative précise que « *pour les mandataires sociaux d'une société dont le siège social ou le siège de direction effective est situé en France, cette situation implique, en principe, l'exercice en France du mandat social* »<sup>752</sup>.

---

<sup>748</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n° 170 et 180.

<sup>749</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n° 220.

<sup>750</sup> CAA Bordeaux 9 mars 2004, n° 99-1361, min. c/ GHERARDI, RJF 2004 n° 1069.

<sup>751</sup> CE 13 juillet 2007, n° 290266, min. c/ STE PACIFIC ESPACE, RJF 2007 n° 1302.

<sup>752</sup> BOI-IR-CHAMP-10, §180.

**396.** Lorsque le domicile fiscal de l'intéressé ne peut pas être déterminé en application des critères d'ordre personnel ou d'ordre professionnel, l'administration fiscale se fonde sur le critère d'ordre économique.

### 3. Le critère d'ordre économique

**397. Définition du critère d'ordre économique.** Selon l'article 4-B du CGI, sont domiciliées fiscalement en France les personnes qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques. Selon la doctrine administrative, « *il s'agit du lieu où le contribuable a effectué ses principaux investissements, où il possède le siège de ses affaires, d'où il administre ses biens. Ce peut être également le lieu où le contribuable a le centre de ses activités professionnelles, ou d'où il tire la majeure partie de ses revenus* »<sup>753</sup>. Selon le Conseil d'Etat, « *la notion de centre des intérêts économiques s'apprécie avant tout au regard des revenus de la personne* »<sup>754</sup>. Dès lors qu'un contribuable dispose de revenus provenant majoritairement de source française, il peut être considéré comme fiscalement domicilié en France.

**398. Appréciation du critère d'ordre économique.** En application de la définition susvisée, la Conseil d'Etat a considéré qu'un contribuable, qui dispose en France d'un patrimoine immobilier, composé de plusieurs immeubles, détient des participations dans diverses sociétés et a perçu divers revenus, n'a pas le centre de ses intérêts économiques en France « *dès lors qu'il dispose dans un pays étranger d'importants revenus tirés de son activité professionnelle sans commune mesure avec les revenus obtenus en France à raison de ce patrimoine ou de ses autres activités* »<sup>755</sup>. Dans cette espèce, la Haute Juridiction met en avant l'importance des revenus, peu importe que le contribuable ait fait des investissements en France. C'est donc l'importance des revenus qui prime sur le lieu de l'investissement patrimonial comme en atteste une espèce du 27 janvier 2010 dans laquelle une personne, qui percevait d'importants revenus professionnels en Grèce alors qu'elle ne disposait en France que d'un patrimoine, constitué de biens immobiliers et d'avoirs en compte courant dans des sociétés de golf, non productifs de revenus, a été considéré comme n'ayant pas en France le

---

<sup>753</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n°230.

<sup>754</sup> CE 27 janvier 2000, n° 294784, M. CAPORAL, Dr. fisc. 2010, n° 23, comm. 365, note T. LAMULLE.

<sup>755</sup> CE 17 mars 2010, n° 299770 et 300090, min. c/ BLANC ; RJF 2010 n° 555.

centre de ses intérêts économiques<sup>756</sup>. Le Conseil d'Etat fait une application de « *sa jurisprudence traditionnelle sur la notion de centre des intérêts économiques : ce n'est pas tant l'importance du patrimoine que sa capacité à générer des revenus qui prime* »<sup>757</sup>.

**399.** En vertu du principe de subsidiarité des conventions internationales, l'administration fiscale doit, dans un premier temps, vérifier si les critères de droit interne susvisés sont remplis pour déterminer si le contribuable est fiscalement domicilié en France. Ainsi, « *il suffit que le contribuable réponde à l'un de ces critères pour être considéré comme domicilié fiscalement en France et être imposé sur son revenu mondial, sous réserve de l'application des conventions bilatérales* »<sup>758</sup>. Cependant, chacun des pays ayant ses propres critères de droit interne de domiciliation fiscale, il se peut qu'il y ait une situation de double imposition pour un même intéressé. Lorsque une personne est domiciliée en France au regard des critères de l'article 4-B du CGI et dans un autre pays en raison du droit interne de ce pays, il convient d'appliquer les conventions internationales visant à éviter les doubles impositions, lorsqu'elles existent.

## **B. Les critères conventionnels de domiciliation fiscale**

**400.** Les conventions internationales visant à éviter les doubles impositions conclues par la France sont généralement des conventions du modèle OCDE. Les critères conventionnels de définition du domicile fiscal sont identiques dans ce type de conventions, qui sont majoritaires. Lorsqu'un contribuable est domicilié dans deux Etats au sens du droit interne de chacun de ces Etats, ce sont les critères prévus par les conventions internationales qui permettent de trancher. Ces critères sont hiérarchisés. L'administration ne peut examiner les critères suivants que lorsque le premier n'est pas rempli, et ainsi de suite.

---

<sup>756</sup> CE 27 janvier 2010, n° 294784, M. CAPORAL, RJF 2010 n° 311.

<sup>757</sup> T. LAMULLE, *Domicile fiscal : le critère du centre des intérêts économiques s'apprécie au regard des revenus et non de la seule existence du patrimoine*, Dr. fisc. 2010, n° 23, comm. 365.

<sup>758</sup> *Ibid.*

## 1. Le critère du foyer d'habitation permanent

**401. Absence de définition conventionnelle.** Le foyer d'habitation permanent n'est pas défini par les conventions. Il s'agit de toute forme d'habitation, que l'intéressé soit propriétaire ou locataire, à condition qu'elle ait un caractère permanent, c'est-à-dire qu'elle soit aménagée et réservée à l'usage de l'intéressé d'une manière durable. Toute forme d'habitation peut être prise en considération que le contribuable soit propriétaire ou locataire. L'élément essentiel est la permanence de l'habitation. L'intéressé doit faire le nécessaire pour avoir le logement à sa disposition tout le temps, d'une manière continue et pas occasionnellement. Il ne s'agit pas d'un séjour de courte durée.

Dès lors que le contribuable possède un foyer d'habitation permanent dans les deux Etats contractants, les conventions internationales définissent le domicile fiscal comme celui de l'Etat avec lequel avec lequel les liens personnels et économiques sont les plus étroits.

## 2. Le critère du centre des intérêts vitaux

**402. Définition du critère du centre des intérêts vitaux.** Le critère du centre des intérêts vitaux renvoie au pays avec lequel l'intéressé a les liens personnels et économiques les plus étroits. Il s'agit de prendre en considération « *non seulement les relations familiales et sociales, les occupations, les activités politiques, culturelles ou autres de la personne concernée, mais également le siège de ses affaires et le lieu d'où elle administre ses biens* »<sup>759</sup>. Il est tout à fait envisageable qu'une personne ait ce type de liens avec deux Etats différents. Dans cette hypothèse, l'administration fiscale devra mesurer l'importance de ces liens dans les deux Etats afin d'en déduire une prépondérance. Le domicile fiscal sera établi dans l'Etat avec lequel le contribuable a les liens les plus importants.

S'il est impossible de déterminer une prépondérance entre les deux Etats ou si le contribuable ne possède de foyer d'habitation permanente dans aucun des Etats, les conventions internationales renvoient au lieu de séjour habituel.

---

<sup>759</sup> Mémento Patrimoine, éd. F. Lefebvre, 2013-2014, n° 35061.

### 3. Le critère du séjour habituel

**403. Définition du critère du lieu de séjour habituel.** Il s'agit de l'Etat dans lequel l'intéressé se trouve effectivement de façon majoritaire. L'administration fiscale procède en comparant la durée de séjour en France avec la durée de séjour dans d'autres pays. Dès lors que le contribuable a séjourné plus longtemps dans l'un des Etats, il sera considéré comme domicilié dans cet Etat. L'administration procède donc à un décompte des jours. En pratique, en cas de contrôle fiscal, il est vivement conseillé de conserver toutes les preuves permettant de déterminer l'Etat du domicile fiscal, comme les différents billets d'avion, les titres de transport, les tickets de carte bleue, les notes d'hôtel, les agendas, etc. Le service utilise chacun des indices en sa possession pour retracer le parcours du contribuable lors des années en litige et refaire son emploi du temps, jour après jour. Ce travail minutieux lui permet de déterminer les jours de présence sur le territoire français et de le comparer aux nombres de jours sur le territoire de l'autre Etat contractant de la convention internationale. Le pays dans lequel le contribuable a séjourné le plus longtemps sera considéré comme le pays de son domicile fiscal.

Enfin, si les critères précédents n'ont pas permis de déterminer un lieu de résidence, il est fait application de la nationalité du contribuable.

### 4. Le critère de la nationalité

**404. Critère subsidiaire.** Lorsque les trois premiers critères ne permettent pas de déterminer le lieu de résidence du contribuable, les conventions fiscales considèrent qu'il est domicilié dans l'Etat duquel il tient sa nationalité. Cependant, il se peut que l'intéressé ait la nationalité des deux Etats contractants. Dans cette hypothèse, et dès lors que les critères précédents ne permettent pas de déterminer une résidence unique, les autorités compétentes des deux Etats devront conclure un accord dans le cadre de la procédure amiable conventionnelle.

**405. Bilan.** La détermination du domicile fiscal est primordiale afin de connaître les règles d'imposition applicables au contribuable. L'administration fiscale doit, dans un premier

temps, vérifier les critères internes français de domiciliation que son le foyer ou le lieu de séjour principal, le lieu d'exercice de l'activité professionnelle ou le centre des intérêts économiques. En vertu du principe de subsidiarité, ce n'est que lorsqu'il surgit une double imposition que les critères conventionnels posés par les conventions internationales visant à éviter les doubles impositions doivent être vérifiés, selon un ordre hiérarchisé. Les critères conventionnels sont les suivants : le foyer d'habitation permanent, le centre des intérêts vitaux, le lieu de séjour habituel et la nationalité. Ainsi, lorsque l'administration fiscale, en application de ces différents critères, détermine un lieu de domicile fiscal différent de celui déclaré par le contribuable, elle peut se fonder sur la procédure de l'abus de droit fiscal afin de sanctionner une délocalisation fictive de la résidence fiscale de la personne physique.

## **§ 2. La sanction d'une délocalisation fictive et/ou frauduleuse**

**406. Eluder l'application de l'impôt sur le revenu français.** Il est des situations dans lesquelles, afin d'éluider l'application du régime de l'impôt sur le revenu français, des contribuables déclarent être fiscalement domiciliés à l'étranger. La délocalisation du domicile fiscal est tout à fait possible à condition de ne pas être abusive. En effet, en cas de fictivité, la sanction encourue est celle de l'abus de droit. Afin de caractériser la fictivité, l'administration fiscale se fonde sur le critère de la réalité de la délocalisation. Dans la majeure partie des cas, la délocalisation fictive est également frauduleuse en ce qu'elle a été réalisée dans le seul but de réaliser une économie d'impôt.

### **A. La vérification de l'effectivité du changement de domicile**

**407. Régularité du changement de domiciliation.** Peu importe sa nationalité, un contribuable peut choisir d'établir son foyer dans le pays de son choix. Encore faut-il que cet établissement soit réel et effectif. En effet, il ne suffit pas de déclarer aux services des impôts que la résidence fiscale se situe à l'étranger. L'administration fiscale vérifie que, dans les faits, le contribuable réside effectivement à l'étranger. Pour cela, et à l'instar de la démarche adoptée afin de vérifier les critères internes français de domiciliation, les services fiscaux s'intéressent aux liens familiaux et affectifs (résidence du conjoint, lieu de scolarisation des

enfants, abonnements d'électricité, de téléphone, carte grise du véhicule, comptes bancaires), à l'activité professionnelle du contribuable, à ses intérêts économiques. Il s'agit d'une appréciation d'ensemble de tous ces indices permettant à l'administration de vérifier si le domicile fiscal n'est pas situé en France. Dès lors qu'elle l'établit en France, contrairement aux dires du contribuable, il convient de se demander s'il s'agit d'une erreur de sa part ou d'une volonté de tromper le service des impôts.

**408. Recherche d'un artifice volontaire.** Afin de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal, l'administration fiscale doit rechercher l'intention du contribuable. En effet, la fictivité s'associe à un mensonge, une volonté de tromper les tiers dans un but précis. La procédure de l'article L. 64 du LPF peut être mise en œuvre uniquement si l'administration fiscale démontre la volonté du contribuable de déclarer un domicile fictif à l'étranger. Cette démonstration s'appuie sur les indices précités. En cas de délocalisation fictive et/ou frauduleuse, le contribuable se verra appliquer les sanctions de la procédure de l'abus de droit et il sera soumis à l'obligation illimitée prévue en matière d'impôt sur le revenu en droit interne français.

**409.** La délocalisation fictive du domicile fiscal d'un contribuable permet à l'administration de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit. La branche de la fictivité, dans cette hypothèse, est indissociable de celle de la fraude à la loi. En effet, si le contribuable délocalise fictivement son domicile, c'est avant tout pour éluder l'application de l'impôt sur le revenu français.

## **B. Le caractère frauduleux de la délocalisation fictive**

**410. Se soustraire à l'obligation fiscale illimitée.** Dès lors qu'une personne physique est fiscalement domiciliée en France en application des critères internes français de l'article 4-B du CGI, elle est tenue à une obligation fiscale illimitée. Cela signifie qu'elle est imposée sur ses revenus mondiaux, qu'ils soient de source française ou étrangère. A l'inverse, et comme le prévoit le second alinéa de l'article 4-A du CGI, les personnes « *dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de*

*source française* ». C'est la raison pour laquelle certaines personnes physiques délocalisent leur domicile fiscal à l'étranger afin de diminuer leur base imposable à l'impôt sur le revenu en France. Elles souhaitent donc échapper à cette obligation fiscale illimitée à laquelle les résidents fiscaux étrangers ne sont pas soumis. Comme vu précédemment, cette délocalisation doit être effective et régulière<sup>760</sup>. Par ailleurs, elle ne doit pas être réalisée dans le seul but d'éluider l'impôt français.

**411. Présomptions de fraude.** Au-delà de la procédure de l'abus de droit, le législateur, dans sa lutte contre l'évasion fiscale internationale en matière d'impôt sur le revenu, a créé des présomptions de fraude. Il s'agit de mécanismes fiscaux applicables dès lors qu'une opération implique un Etat ou territoire non coopératif (ETNC)<sup>761</sup>. Selon l'article 238-0 A du CGI, « *sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1er janvier 2010, les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'Organisation de coopération et de développements économiques et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention* ». La liste des États et territoires non coopératifs est mise à jour au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année. Cette mise à jour consiste à retirer ou ajouter le nom d'un ou plusieurs États ou territoires, après examen de leur situation en matière de coopération administrative avec la France. Au 1<sup>er</sup> janvier 2014, la liste comportait les Etats de Nauru, Guatemala, Brunei, les Iles Marshall, Montserrat, Botswana, Nioue et les Iles Vierges Britanniques.

Une présomption de fraude a été créée en matière d'avoirs fiscaux détenus à l'étranger, prévoyant un délai de reprise de l'administration fiscale allongé de 3 à 10 ans sous certaines conditions. Une autre présomption concerne les revenus de capitaux mobiliers à des non ressortissants communautaires pour lesquels la retenue à la source est exceptionnellement portée à 75% par l'article 187-2 du CGI. Il existe également une présomption simple de fraude en matière de sommes, autres que les salaires, versées à raison d'une prestation artistique. Dans cette hypothèse, l'article 182 A bis du CGI prévoit que la retenue à la source de 15% passe à 75% dès lors que « *les sommes sont versées par un débiteur exerçant une*

---

<sup>760</sup> V. *supra* n° 407 et s.

<sup>761</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 2014-2015, 38<sup>ème</sup> éd., n° 690 et s.

*activité en France, à raison d'une activité déployée ou utilisée en France, à des personnes ou des sociétés qui n'ont pas en France d'installation professionnelle permanente, chaque fois que ces personnes sont domiciliées ou établies dans un Etat ou territoire non coopératif*»<sup>762</sup>.

Un des principaux dispositifs anti-abus relatifs aux personnes physiques est celui édicté à l'article 123 bis du CGI. Ce dernier prévoit l'imposition en France des revenus acquis au titre des droits financiers ou droits de vote représentant au moins 10 % sur les bénéfices non distribués par des entités établies dans un territoire à régime fiscal privilégié. Les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré « *si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies* »<sup>763</sup>. Le législateur a renforcé cette mesure anti-évasion des personnes physiques en créant une présomption de détention minimale de 10 % déclenchant l'application du dispositif en cas de transfert de biens ou de droits dans un ETNC.

Toutes ces présomptions prévues dans les dispositifs anti-abus démontrent la suspicion du législateur français dès lors qu'une opération met en scène un Etat ou territoire non coopératif. Ces présomptions légales, « *qui visent en principe des situations où une évasion fiscale est possible, mais non avérée sont également caractérisées par des mécanismes de charge de la preuve exorbitants du droit commun* »<sup>764</sup>. C'est en effet sur le contribuable, lorsque la présomption peut être renversée, que pèse la charge de la preuve. Il est en quelques sortes présumé coupable de fraude à moins qu'il ne démontre le contraire.

**412. Conclusion de la section.** Le contribuable peut choisir d'établir son domicile fiscal dans le pays de son choix. Cependant, sa délocalisation ne doit pas être fictive. L'administration fiscale met en œuvre le critère de l'effectivité du changement de domicile fiscal. Pour cela, elle se fonde sur divers indices lui permettant de conclure à la fictivité de la délocalisation. Fictivité et fraude à la loi sont ici indissociables. En effet, la délocalisation fictive est réalisée dans l'unique but d'éluder l'application de l'impôt sur le revenu français.

---

<sup>762</sup> *Ibid.*, n° 691.

<sup>763</sup> CGI, art. 238 A, al. 2.

<sup>764</sup> T. PONS, *Les mesures contre l'évasion fiscale internationale et la Constitution*, BF 01/12, étude.

**413. Conclusion du chapitre.** L'évasion fiscale et la lutte contre la fraude fiscale font partie des priorités de la France. En effet, un contribuable qui délocalise fiscalement son domicile hors de France dans le seul but de diminuer la base imposable de l'impôt sur le revenu, voire d'éviter l'application de l'impôt sur le revenu en France, pourra être sanctionné sur le fondement de l'abus de droit. A côté de cela, il existe des présomptions légales de fraude à la loi, parfois irréfragables, qui augmentent l'imposition de certains revenus dès lors que l'opération est conclue avec un Etat ou territoire non coopératif. Le législateur a donc créé des mesures dissuasives qui permettront, sans doute, de réduire la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit. La délocalisation des personnes physiques reste bien évidemment possible et ne semble pas diminuer en raison de la lourdeur de la fiscalité française. Cependant, un contribuable qui ne souhaite plus acquitter ses impôts en France, devra effectivement ne plus y résider sous peine de lourdes sanctions fiscales, cumulables à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit.

**414.** La recherche d'une optimisation de l'impôt sur le revenu se fait notamment sur le plan international en tentant de bénéficier de régimes fiscaux étrangers plus favorables. Cette optimisation est aussi d'actualité en droit interne français. Ainsi, des schémas internes d'optimisation de l'impôt sur le revenu ont été développés par les contribuables et leurs conseils.

## **Chapitre 2. Les stratégies internes d'optimisation de l'impôt sur le revenu**

**415.** L'impôt sur le revenu résulte de l'application d'un barème progressif qui peut être parfois lourd pour les contribuables. Ainsi, et à l'instar des autres impôts, des mécanismes ont été imaginés par les contribuables et leurs conseils afin d'optimiser l'impôt sur le revenu, et notamment d'en diminuer la base imposable qui sera soumise au barème progressif par tranches. Ces développements n'ont pas pour objectif d'être exhaustifs mais de donner des exemples de schémas d'optimisation de l'impôt sur le revenu en droit interne français.

En matière de revenus fonciers, par exemple, un mécanisme d'optimisation a régulièrement été utilisé afin de réduire la base imposable des revenus fonciers en déduisant des déficits normalement interdits de déduction. Il s'agit de la conclusion d'un bail fictif par un propriétaire, alors que ce dernier conserve la jouissance du bien. Ce schéma a pour objectif de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI prévoyant une exonération des revenus dont le propriétaire se réserve la jouissance. Il est remis en cause par l'administration fiscale, suivie de la jurisprudence, sur le fondement de l'abus de droit à la fois pour fictivité et pour fraude à la loi.

Le schéma de la cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale a également été développé en vue d'optimiser l'impôt sur le revenu. Le Comité de l'abus de droit fiscal considère que ce mécanisme n'est pas abusif étant donné qu'il poursuit des intérêts autres que fiscaux. Il permet une réduction de la base imposable à l'impôt sur le revenu en toute légalité. Cependant, le législateur est intervenu afin de contourner l'inapplicabilité de la procédure de l'abus de droit à cette stratégie d'optimisation. En remaniant le régime d'imposition de ces cessions d'usufruit temporaire, le législateur a supprimé l'intérêt de ce schéma au regard de l'optimisation de l'impôt sur le revenu.

### **Section 1 – La volonté de réduire la base imposable des revenus fonciers**

### **Section 2 – La cession d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale**

## **Section 1. La volonté de réduire la base imposable des revenus fonciers**

**416. Régime d'imposition des revenus fonciers.** Les revenus fonciers correspondent aux loyers et revenus accessoires que les propriétaires immobiliers perçoivent. Le revenu foncier imposable est un revenu net. L'article 31-I du CGI prévoit une liste des charges déductibles des revenus imposables comme notamment les dépenses d'entretien et de réparation supportées par le propriétaire, les primes d'assurance, les intérêts d'emprunt, la taxe foncière afférente au logement loué ou encore les frais de gestion. Les déficits fonciers autres que les intérêts d'emprunt s'imputent sur le revenu global du contribuable dans la limite annuelle de 10.700 €<sup>765</sup>. La fraction du déficit supérieure à cette limite ainsi que celle correspondant aux intérêts d'emprunt ne sont imputables que sur les revenus fonciers des dix années suivantes. Lorsque le revenu global du contribuable est insuffisant pour absorber le déficit foncier imputable, l'excédent du déficit est imputable dans les conditions de droit commun sur les revenus globaux des six années suivantes et ce afin « *de ne pas pénaliser les propriétaires qui engagent d'importants travaux de rénovation* »<sup>766</sup>.

L'article 15-II du CGI prévoit une exception au principe de l'imposition du revenu foncier. En effet, pour le propriétaire qui se réserve la jouissance d'un immeuble à usage d'habitation, les revenus de ce logement sont exonérés d'impôt sur le revenu. Cependant, cette exonération entraîne un revers moins attrayant pour les contribuables. Etant donné que les revenus fonciers d'un immeuble d'habitation dont le propriétaire se réserve la jouissance sont exonérés d'impôt sur le revenu, les charges liées à ce même immeuble ne sont pas déductibles. Cette interdiction de déduction a conduit les contribuables et leurs conseils à imaginer un schéma d'optimisation afin de contourner l'article 15-II du CI et ainsi de bénéficier de la déduction des déficits fonciers.

**417. Schéma du bail fictif.** En vertu du principe de corrélation des produits et des charges, il ne peut pas y avoir de charges déductibles là où il n'y a pas de produits imposables. Ainsi, en conséquence de l'exonération de l'article 15-II du CGI, les charges afférentes à un immeuble d'habitation dont le propriétaire se réserve la jouissance ne sont pas

---

<sup>765</sup> CGI art. 156, I-3° ; BOI-RFPI-BASE-30-20-10 n° 1 et s.

<sup>766</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 558.

déductibles des revenus fonciers. Afin de contourner cette règle et de pouvoir déduire les frais afférents à ces immeubles, certains contribuables ont mis en place des baux fictifs. Dans la plupart des situations, la location de l'immeuble est réalisée au profit d'un membre de la famille du propriétaire, pour un loyer modique, et le propriétaire conserve, dans les faits, la jouissance du logement.

L'administration fiscale remet en cause ces baux en invoquant leur caractère fictif et refuse l'application du régime des revenus fonciers au prétendu bailleur qui avait déduit des déficits provenant de ces locations de son revenu global ou catégoriel. L'administration considère que le propriétaire s'étant réservé la jouissance du bien, il ne peut pas déduire les charges correspondantes. Ce contentieux n'est pas récent. En effet, il semblerait que ce schéma soit de moins en moins mis en œuvre en raison de son caractère abusif indiscutable. Parallèlement à la branche de l'abus de droit, une jurisprudence s'est développée concernant les hypothèses de loyers anormalement bas pour lesquelles l'administration rectifie la base imposable sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun.

**418.** Les deux fondements susvisés diffèrent notamment par leurs domaines respectifs. Les deux courants jurisprudentiels coexistent mais ne se confondent pas. Ainsi, la distinction repose sur un critère particulier développé par la jurisprudence et repris par la doctrine administrative : la conservation ou non, par le propriétaire, de la jouissance du bien. Alors que dans la première hypothèse, le bail sera remis en cause sur le fondement de la fictivité, dans la seconde hypothèse, il s'agira d'une simple rectification de la base imposable aux revenus fonciers.

## **§ 1. La remise en cause des locations fictives sur le fondement de l'abus de droit**

**419.** L'article 15-II du CGI exonère d'impôt sur le revenu les loyers provenant d'un immeuble dont le propriétaire se réserve la jouissance, et corrélativement, interdit la déduction des charges correspondantes à ce logement. Afin de remettre en cause ces baux sur le fondement de la fictivité, l'administration fiscale et la jurisprudence utilisent la méthode du faisceau de présomptions. La fictivité du contrat de bail induit, le plus souvent, la recherche

d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur dans le seul but d'éluder l'impôt sur le revenu.

#### A. La preuve de la fictivité du bail par la méthode du faisceau de présomptions

**420. Preuve de la conservation par le propriétaire de la jouissance du bien.** Le critère permettant à l'administration de qualifier un bail de fictif est celui de la conservation de la jouissance du bien par le propriétaire. En effet, dans cette hypothèse, le contribuable prétendu bailleur cherche à contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI afin de bénéficier de la déduction des déficits fonciers afférents à ce logement. Bien entendu, cette conservation de la jouissance du bien fait obstacle à la réalité du contrat de bail. Si un propriétaire souhaite mettre un bien immobilier en location, il ne doit pas en conserver la jouissance. Afin de démontrer l'existence de ce critère et ainsi de retenir la fictivité du bail, l'administration, suivie par la jurisprudence, utilise la méthode du faisceau de présomptions, comme dans de nombreuses autres hypothèses<sup>767</sup>.

**421. Mise à disposition gratuite d'un bien immobilier.** L'un des indices le plus utilisé est celui de la mise à disposition du logement à un tiers sans contrepartie. Bien évidemment, il est tout à fait possible de loger gratuitement un tiers. La prohibition porte sur la déduction des déficits fonciers afférents à ce bien en vertu de l'article 15-II. En effet, là où il n'y a pas de produit imposable, il n'y a pas de charge déductible. En application de ce principe de corrélation des produits et des charges, l'absence de loyer due à la mise à disposition gratuite du bien immobilier entraîne l'impossibilité, pour le contribuable, de déduire les charges et frais correspondants à ce bien. Ainsi, « *le propriétaire qui met un logement lui appartenant à la disposition d'un tiers, sans exiger de loyer en contrepartie, doit être regardé comme conservant la jouissance de ce logement* »<sup>768</sup>. Le plus souvent, le loyer existe bien mais il est dérisoire. Dans un arrêt du Conseil d'Etat de 1978, il s'agissait du propriétaire d'un château l'ayant donné en location à sa mère moyennant un loyer « *très inférieur à la valeur locative du château* »<sup>769</sup>. Certes, ce seul indice n'aurait pas suffi à

---

<sup>767</sup> V. *supra* n° 157 dans l'hypothèse du schéma d'OBO ; n° 312 dans l'hypothèse de la donation déguisée ; n° 340 dans l'hypothèse de l'assurance-vie.

<sup>768</sup> J.-F. VERNY, *Revenus fonciers. Location fictive ou location moyennant un loyer anormal*, RJF 3/80, Chron. p. 92.

<sup>769</sup> CE 11 octobre 1978, n° 6744, RJF 1978, n° 475.

caractériser la fictivité du loyer. L'administration aurait pu se contenter de rehausser la base imposable en réintégrant la fraction du loyer non déclarée. Cependant, d'autres indices lui ont permis de retenir la fictivité du bail. Un seul indice n'est pas suffisant à lui seul à mettre en œuvre l'abus de droit.

**422. Intérêts étroits entre les parties à l'acte.** L'un des indices, ajouté à celui de la modicité du loyer, mis en avant par l'administration fiscale dans l'arrêt de 1978 pour retenir la fictivité du contrat de bail est celui du lien étroit entre les parties. En l'espèce, la location avait été faite au profit de la mère du prétendu bailleur. En effet, le lien de parenté, ou plus largement les liens étroits entre les parties, sont des présomptions permettant de considérer la location comme étant abusive. Dans une espèce de 1992, le Conseil d'Etat a retenu le caractère fictif de la location d'un immeuble dont le propriétaire s'était réservé la jouissance en raison notamment de la qualité du preneur. En effet, le prétendu bailleur a consenti la location, « moyennant un loyer anormalement faible à son fils qui était fiscalement à sa charge »<sup>770</sup>. A l'inverse, le caractère fictif d'une location n'est pas retenu, bien qu'elle ait été consentie au profit du fils des usufruitiers du logement, étant donné que le locataire « a effectivement habité pendant des années en litige l'appartement pour lequel il a contracté une assurance habitation, qu'il été abonné à EDF dont il a acquitté les factures, qu'il a payé ne taxe d'habitation et qu'il a acquitté en lieu et place des bailleurs, ses parents, incombant (...) ; il a effectivement acquitté les loyers »<sup>771</sup>. Cette espèce démontre bien l'importance de la méthode du faisceau de présomptions. C'est grâce à tous ces indices (le paiement des factures, les abonnements d'électricité, l'habitation effective du logement par le preneur) que la réalité de la location a pu être établie.

**423. Occupation des locaux par le propriétaire pendant la période de location.** Lorsque le propriétaire continue à utiliser les locaux pour son usage personnel ou pour d'autres raisons, comme par exemple des réceptions personnelles<sup>772</sup>, l'administration peut en conclure qu'il s'est réservé la jouissance du bien et donc interdire la déduction des charges locatives correspondantes au logement. Il en est de même lorsque le bailleur prend en charge le paiement des différentes taxes afférentes au logement objet du bail comme la taxe

<sup>770</sup> CE 31 août 1992, n° 73334, LACHERETZ, RJF 1992, n° 1511.

<sup>771</sup> CAA Nantes 6 juillet 1999, n° 96-1899, TRANSON, RJF 1999, n° 1379.

<sup>772</sup> CE 3 novembre 1978, n°3421, Dr. fisc. 1979, n° 26, comm. 1344.

d'habitation ou encore les dépenses de réparation et d'assurance<sup>773</sup>. La reprise, par le propriétaire, de l'immeuble donné en location peu de temps après l'achèvement des travaux fait également parti des critères incitant l'administration fiscale à faire une demande d'éclaircissements et de justifications auprès du contribuable sur la nature et l'importance des travaux entrepris ou encore sur l'identité des locataires. En effet, il est alors logique de soupçonner le propriétaire d'avoir conclu un bail fictif afin de pouvoir déduire les travaux des revenus fonciers alors qu'il a en réalité conservé la jouissance de l'immeuble.

**424.** Lorsque les présomptions recueillies par l'administration sont suffisantes pour reconnaître la fictivité du bail, l'administration fiscale est en droit de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal. Cette dernière reste toutefois exceptionnelle. Cependant, l'administration n'hésitera pas à se fonder sur l'abus de droit lorsque le bail fictif a été conclu dans le seul but de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI. Fictivité et fraude à loi sont ici indissociables.

## **B. Le caractère frauduleux du schéma du bail fictif**

**425. Volonté de diminuer l'assiette des revenus fonciers.** La conclusion d'un bail fictif a souvent pour objectif de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI. Autrement dit, le propriétaire souhaite pouvoir déduire les déficits fonciers de l'immeuble dont il se réserve la jouissance. Le bail fictif résulte ainsi de manœuvres frauduleuses de la part du contribuable dans le seul but d'éluder l'application de l'impôt sur le revenu, ou pour le moins, de réduire l'assiette des revenus fonciers soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu retenir que « *la déduction d'un déficit foncier sous couvert d'une location fictive, est constitutive de manœuvres frauduleuses* » pour une espèce dans laquelle une villa, utilisée par la famille du contribuable à titre de résidence secondaire, faisait l'objet d'une location au profit d'un tiers, la location ayant un caractère fictif<sup>774</sup>. Dans une autre affaire, la Haute Juridiction a conclu au caractère fictif du bail sur le fondement de l'abus de droit en considérant que le contribuable, qui n'avait pas cessé d'occuper l'immeuble, « *doit être regardé comme ayant passé un contrat fictif en vue de faire échapper*

---

<sup>773</sup> *Ibid.*

<sup>774</sup> CE 18 novembre 1985, n° 36281, RJF 1986, n° 38.

à l'impôt la partie de son revenu imposable correspondant au montant des dépenses exécutées sur l'immeuble et portées par lui en déduction »<sup>775</sup>. Il apparaît dans ces jurisprudences que les deux branches de l'abus de droit, que sont la fictivité et la fraude à la loi, sont indissociables.

**426. Hypothèse de l'interposition d'une société civile immobilière.** Il est des cas dans lesquels le contribuable interpose une société civile immobilière entre lui et l'immeuble. Ainsi, le schéma est généralement le suivant : des contribuables détiennent la totalité des parts d'une SCI soumise à l'impôt sur le revenu. La SCI est elle-même propriétaire d'un immeuble qu'elle donne en location à ses associés et dans lequel elle effectue des travaux. Le déficit foncier en résultant est imputable sur les autres revenus fonciers de la société. Cependant, comme a pu le relever le Comité de l'abus de droit, ce montage permet au contribuable, par l'intermédiaire d'un bail fictif, voire même de la constitution fictive de la société, de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI. Le Comité se fonde sur des indices pour relever le caractère abusif du schéma. Dans une affaire 2010-01, le Comité relève l'importance du montant des frais engagés, le fait que la SCI ne pouvait ignorer le montant et l'importance des travaux devant être réalisés, ou encore la disproportion manifeste entre le montant des charges et celui des recettes escomptées pour considérer que *« l'opération à laquelle la société s'est livrée est structurellement déficitaire et ne trouve sa justification que par l'intérêt fiscal pour ses associés de pouvoir imputer le déficit foncier sur les revenus fonciers qu'ils réalisaient par ailleurs »*<sup>776</sup>. Dans une avis rendu l'année précédente, les indices retenus par le Comité concernaient notamment le fait que les contribuables détenaient le contrôle exclusif de la SCI propriétaire de l'immeuble qu'ils ont pris à bail, l'immeuble constituait le seul actif de la société, les époux avaient supporté les intérêts des emprunts ayant financé les travaux, aucune démarche n'avait été entreprise par les contribuables en vue de la location de cet immeuble à un tiers. Toutes ces présomptions ont permis au Comité d'estimer que *« la constitution de la SCI et la conclusion d'un contrat de bail avec les associés avaient pour seul objectif de faire échec aux dispositions du II de l'article 15 du CGI en permettant l'imputation et le report des déficits fonciers sur leurs autres revenus relevant de la catégorie des revenus fonciers »*<sup>777</sup>. L'interposition d'une société civile immobilière permettant au contribuable de déduire les travaux liés à l'immeuble dont il se réserve la

<sup>775</sup> CE 11 octobre 1978, n° 6744, RJF 1978, n° 475.

<sup>776</sup> CAD, Rapport annuel 2010, Avis n° 2010-01.

<sup>777</sup> CAD, Rapport annuel 2009, Avis n° 2009-09.

jouissance, par le biais de cette société, est un mécanisme remis en cause par l'administration fiscale et le Comité de l'abus de droit sur le fondement de l'abus de droit, tant au regard de la fictivité de la constitution de la société et du contrat de bail, qu'au regard de la fraude à la loi.

**427.** La fictivité du bail est sanctionnée par l'administration fiscale qui s'appuie sur un faisceau de présomptions lui permettant de démontrer cette fictivité. Le fondement de l'abus de droit est utilisé lorsque le bail fictif a été conclu dans le seul but d'échapper aux dispositions de l'article 15-II du CGI et ainsi de pouvoir déduire des déficits fonciers liés à un immeuble dont le propriétaire se réserve la jouissance. Lorsqu'elle ne met pas en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal, l'administration fiscale utilise son pouvoir général de requalification en présence d'un bail dont le loyer est anormalement bas.

## **§ 2. La réintégration des loyers anormalement bas sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun**

**428.** Lorsque le loyer stipulé dans un bail est anormalement bas, cela n'implique pas nécessairement la fictivité du contrat de bail. L'administration fiscale ne peut donc pas remettre en cause le mécanisme sur le fondement de l'abus de droit en l'absence de preuve du caractère fictif du contrat. C'est donc par le biais de son pouvoir de requalification que le service rectifie le revenu déclaré en majorant le prix du loyer. Par exception, des circonstances de fait peuvent justifier la conclusion d'un bail avec un loyer anormalement bas. Dans cette dernière hypothèse, il ne peut pas y avoir de rectification.

### **A. Le principe de la rectification de la base imposable**

**429. Loyer notoirement inférieur à la valeur locative de l'immeuble.** Il est de jurisprudence ancienne et constante que, lorsqu'un loyer convenu ou perçu est manifestement inférieur à la valeur locative de l'immeuble, le propriétaire doit être regardé comme ayant réalisé une libéralité au profit du locataire de la somme qu'il aurait dû lui demander<sup>778</sup>. Ainsi

---

<sup>778</sup> V. en ce sens CE 30 janvier 1939, n° 57630 et 57631, RO 19<sup>ème</sup> vol. p. 59 ; CE 23 novembre 1977, n° 98227, RJF 1/78, p. 24.

par exemple, « lorsqu'un père donne un logement à bail à sa fille moyennant un loyer anormalement bas, l'administration est en droit de calculer les revenus fonciers du père en réintégrant dans ses bases d'imposition la différence entre la valeur locative normale du logement et le loyer effectivement perçu »<sup>779</sup>. La différence entre la valeur locative de l'immeuble et le loyer effectivement perçu correspondant à une libéralité du propriétaire consentie au locataire. L'administration est alors en droit de déterminer le revenu de l'immeuble par voie de comparaison avec les loyers de biens similaires et d'augmenter le montant du loyer prévu dans le bail du montant de la libéralité que le contribuable a entendu faire au locataire, qui est souvent un proche<sup>780</sup>.

En présence d'un loyer anormalement bas, l'administration fiscale met en œuvre la procédure contradictoire de droit commun et rectifie la base imposable. Il ne s'agit en aucun cas d'une hypothèse d'abus de droit, le critère permettant de distinguer ces deux procédures étant celui de la conservation par le propriétaire de la jouissance de l'immeuble<sup>781</sup>. Ainsi, lorsque le loyer est anormalement bas en l'absence de conservation par le propriétaire de la jouissance du bien, le régime des revenus fonciers est applicable que ce soit pour l'imposition du revenu correspondant à la valeur locative ou la déductibilité des charges.

**430.** Afin que l'administration fiscale puisse rectifier le revenu déclaré en majorant le prix du loyer du montant de la libéralité que le propriétaire a consentie à son locataire, la doctrine administrative prévoit la réunion de deux conditions cumulatives : le montant du loyer doit être nettement inférieur à la valeur locative normale de l'immeuble loué et le propriétaire ne doit pas être en mesure d'établir que des circonstances indépendantes de sa volonté font obstacle à la location de l'immeuble à son prix normal<sup>782</sup>. A défaut, aucune rectification ne pourra être opérée.

## **B. L'exception à la rectification de la base imposable**

**431. Circonstances de nature à faire obstacle à la stipulation d'un loyer normal.** Selon la doctrine administrative, qui reprend la position constante de la

<sup>779</sup> J.-F. VERNY, *Revenus fonciers. Location fictive ou location moyennant un loyer anormal*, RJF 3/80, Chron. p. 92 à propos de CE 13 février 1980, n° 16937.

<sup>780</sup> V. en ce sens CE 24 mai 1963, n° 58427, Dupont 1963, p. 511.

<sup>781</sup> V. *supra* n° 418.

<sup>782</sup> BOI-RFPI-BASE-10-10 n° 430.

jurisprudence, la base imposable du contribuable doit être augmentée de la différence entre la valeur locative normale de l'immeuble et le loyer réellement perçu dès lors que le propriétaire ne peut pas justifier de circonstances indépendantes de sa volonté de nature à faire obstacle à la location des immeubles pour un prix normal. Ainsi par exemple, le PDG d'une société anonyme louait à cette dernière, pour un loyer de 2.000 F, des terrains et des locaux industriels. Le Conseil d'Etat a jugé que l'administration n'avait pas fait une évaluation exagérée du montant normal du loyer (12.000 F). Par conséquent « *et dans la mesure où le propriétaire ne se prévaut pas de l'existence de circonstances indépendantes de sa volonté faisant obstacle à ce qu'il retire un loyer normal e la location, l'administration était en droit de procéder au redressement, à due concurrence, des bases d'imposition du contribuable dans la catégorie des revenus fonciers* »<sup>783</sup>.

Les circonstances indépendantes de la volonté du propriétaire peuvent notamment résulter de la loi. C'est notamment le cas lorsque des loyers ou des fermages sont règlementés. L'administration ne peut pas retenir, dans ces hypothèses, une évaluation supérieure aux plafonds autorisés<sup>784</sup>. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu juger que « *si l'administration était en droit de réévaluer les fermages qu'aurait dû recevoir un propriétaire de ses deux fils, elle ne pouvait pas faire valoir, pour fixer un chiffre supérieur au maximum prévu, que, dans la pratique, ce maximum aurait été communément dépassé et qu'en particulier le contribuable ne l'observait pas dans ses relations avec d'autres fermiers* »<sup>785</sup>. Les seuils légaux et réglementaires justifient donc la faiblesse du loyer stipulé.

**432. Conclusion de section.** Le contrat de bail peut être soumis au contrôle de l'administration notamment sur le fondement de la procédure de l'abus de droit lorsqu'il est fictif et qu'il a été conclu dans le seul but de diminuer l'assiette des revenus fonciers et donc la base imposable à l'impôt sur le revenu du contribuable. Afin de retenir la fictivité, l'administration fiscale utilise la méthode du faisceau de présomptions, qui, appréciée dans son ensemble, lui permet de conclure au caractère abusif du mécanisme. Dans cette hypothèse, fictivité et fraude à la loi sont indissociables. Il est cependant des cas dans lesquels le propriétaire consent une location à un proche pour un loyer anormalement bas. Dès lors que la sous-évaluation du loyer n'est pas due à des circonstances indépendantes de la volonté du propriétaire, l'administration fiscale se fonde sur la procédure contradictoire de droit commun

<sup>783</sup> CE 29 mars 1985, n° 40475, RJF 6/85, n° 875.

<sup>784</sup> BOI-RFPI-BASE-10-10 n° 430.

<sup>785</sup> CE 28 mai 1980, n° 17326, RJF 7/80, n° 597.

pour rectifier la base imposable. Un autre mécanisme visant à optimiser l'impôt sur le revenu en diminuant sa base d'imposition mérite d'être développée : la cession d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale.

## **Section 2. La cession d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale**

**433. Exposé de la stratégie d'optimisation.** La cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire est le droit, consenti pour une durée fixe, d'utiliser un bien et d'en percevoir les fruits. Par principe, un usufruit consenti à une personne morale est temporaire ou viager. Alors que l'usufruit temporaire est consenti pour une durée fixe, étant précisé que la cession d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale ne peut être supérieure à 30 ans<sup>786</sup>, l'usufruit viager ne comporte aucune durée déterminée. Il prend fin au décès de la personne physique au profit de laquelle il a été consenti.

Le schéma d'optimisation consiste pour un propriétaire d'un bien dans la cession de l'usufruit temporaire au profit d'une société soumise à l'IS contrôlée par le contribuable cédant. Il est également possible que le cédant soit une SCI soumise à l'IR. Dans cette dernière hypothèse, le prix de cession est directement reversé aux associés de la SCI.

**434. Intérêt de la stratégie d'optimisation.** Pour les cessions réalisées jusqu'au 13 novembre 2012<sup>787</sup>, le prix de cession de l'usufruit temporaire était soumis au régime des plus ou moins-values. Ainsi, les abattements et exonérations spécifiques à ce régime étaient applicables. Lorsque une SCI cédait l'usufruit temporaire d'un immeuble qu'elle détenait depuis plus de 30 ans, les associés de la SCI bénéficiaient d'une exonération de l'impôt sur la plus-value ainsi réalisée. De plus, les loyers n'étaient pas des produits imposables pour la société cessionnaire soumise à l'IS. La cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale était donc, antérieurement à la réforme, une stratégie d'optimisation de l'impôt sur le revenu. Comme pour la plupart des schémas d'optimisation, l'administration fiscale n'hésite pas à mettre en œuvre l'arme procédurale de l'abus de droit lorsque le mécanisme a été mis en

---

<sup>786</sup> C. civ., art. 619.

<sup>787</sup> Réforme de l'imposition des cessions d'usufruit temporaire par la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 (art. 15). Ce dispositif est entré en vigueur pour les cessions intervenues à compter du 14 novembre 2012.

place en contournant l'esprit des auteurs du texte dans un objectif uniquement fiscal. Cependant, depuis les cessions réalisées à compter du 14 novembre 2012, la remise en cause de ce schéma d'optimisation peut être fondé sur l'article 13-5 du CGI prévoyant l'imposition du produit de la cession dans la catégorie de revenu correspondant au bien cédé au barème progressif de l'impôt sur le revenu. L'abus de droit ne semble plus avoir sa place depuis la création de cet article. Cependant, la procédure de l'article L.64 du LPF peut toujours être mise en œuvre par l'administration fiscale pour remettre en cause les schémas d'optimisation antérieure au 14 novembre 2012. En effet, dans cette dernière hypothèse, le produit de cession n'étant pas considéré comme un revenu mais comme une plus-value, le schéma constituait un mécanisme d'optimisation puisqu'il permettait de diminuer la base imposable de l'impôt sur le revenu pour le cédant.

Il convient de voir en premier lieu la remise en cause du schéma d'optimisation sur le fondement de l'article 13-5 du CGI avant de s'interroger, dans un second lieu, sur le risque que présente cette technique d'optimisation au regard de la procédure de l'abus de droit fiscal.

## **§ 1. La remise en cause du schéma d'optimisation sur le fondement de l'article 13-5 du CGI**

**435. Présentation de la réforme.** Par la troisième loi de finances rectificative pour 2012, le législateur a souhaité lutter contre les schémas d'optimisation comme l'apport-donation<sup>788</sup>, la donation-cession<sup>789</sup> ou encore la cession d'usufruit temporaire. Cette dernière opération a été dotée d'un nouveau régime fiscal par l'article 15 de la loi de finances rectificative pour 2012 qui a modifié l'article 13 du CGI. Dorénavant, « *le produit résultant de la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire ou, si elle est supérieure, la valeur vénale de cet usufruit temporaire est imposable au nom du cédant, personne physique ou société ou groupement qui relève des articles 8 à 8 ter, dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession, le bénéfice ou revenu procuré ou susceptible d'être procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé* »<sup>790</sup>. Le prix de cession d'un usufruit temporaire est taxé en tant que revenu

---

<sup>788</sup> V. *supra* n° 59.

<sup>789</sup> V. *supra* n° 77.

<sup>790</sup> CGI, art. 13-5°.

dans la catégorie de revenus correspondante et non plus comme une plus-value. Ainsi, le prix de cession de l'usufruit temporaire d'un immeuble sera imposable dans la catégorie des revenus fonciers. Le prix de cession est ainsi considéré comme un revenu anticipé.

**436.** Avant de s'intéresser au contenu de la réforme de l'article 13 du CGI, il convient d'analyser les motifs de cette intervention législative.

#### **A. La raison d'être de la réforme**

**437.** Le « pourquoi » de cette réforme est à rechercher dans la volonté du législateur qui a souhaité soumettre le produit de la cession d'un usufruit temporaire au barème progressif de l'impôt sur le revenu en considérant ce produit comme un revenu anticipé. Avant d'analyser la volonté du législateur, il est nécessaire d'étudier le régime de la cession d'usufruit temporaire applicable avant l'entrée en vigueur de cette réforme.

1. Le régime d'imposition des cessions d'usufruit temporaire antérieur à l'intervention du législateur

**438. Imposition du produit de la cession au régime des plus-values des particuliers.** La stratégie consiste en la cession de l'usufruit temporaire d'un bien, par son propriétaire, à une société soumise à l'IS. Le plus souvent, la société bénéficiaire acquitte le prix de cession par une inscription en compte courant ou par un emprunt. Du point de vue de la société, *« les résultats taxables (...) sont modestes à raison de l'amortissement de l'usufruit et éventuellement de l'imputation des intérêts d'emprunt : ils sont taxés pour une partie au taux de 15% et pour une autre partie au taux de 33,1/3% »*<sup>791</sup>. Quant au cédant, jusqu'à l'entrée en vigueur de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, il n'était pas imposable à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux sur le produit de la cession. L'intérêt de la cession de l'usufruit temporaire n'était pas négligeable. En effet, le propriétaire acquiert généralement son immeuble par le biais d'un emprunt. Dans l'hypothèse classique d'une détention de l'immeuble en pleine propriété, les loyers perçus permettent au

---

<sup>791</sup> H. HOVASSE, *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, RFN 2013, n°3, ét. 9, § 2.

propriétaire de rembourser l'emprunt contracté. Or, ces revenus fonciers étant taxés au barème progressif de l'impôt sur le revenu, le propriétaire se retrouve à devoir rembourser un emprunt avec des revenus non appréhendés. La majorité de ces revenus fonciers sert à acquitter l'imposition et non à rembourser l'emprunt. Afin d'éviter cette conséquence, la seule issue possible est donc la cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble à une personne morale. En effet, « *comment sortir de cet enfer, sans perdre le bénéfice du régime des plus-values immobilières des particuliers, sinon en cédant l'usufruit temporaire des immeubles à une société soumise à l'IS, moyennant un prix payé par la prise en charge de l'emprunt* »<sup>792</sup> ?

**439. Régime fiscal favorable des plus-values immobilières.** L'avantage principal de cette stratégie d'optimisation réside dans la conservation du bénéfice du régime des plus-values immobilières des particuliers. En effet, bien que le taux d'imposition des plus-values immobilières paraisse élevé, l'existence d'abattement pour durée de détention permet de réduire considérablement l'imposition de la plus-value de cession. Selon l'article 150 VC du CGI, la plus-value pour cession d'un immeuble détenue depuis plus de 22 ans est totalement exonérée d'impôt sur le revenu<sup>793</sup>. Pour les cessions réalisées avant le 1<sup>er</sup> septembre 2013 et à compter du 1<sup>er</sup> février 2012, l'abattement pour durée de détention était le suivant :

- 2 % pour chaque année de détention au-delà de la cinquième ;
- 4 % pour chaque année de détention au-delà de la dix-septième ;
- 8 % pour chaque année de détention au-delà de la vingt-quatrième.

L'exonération totale de la plus-value de cession intervenait au bout de trente années de détention de l'immeuble<sup>794</sup>. Ce régime d'exonération était beaucoup moins favorable que celui en vigueur précédemment qui prévoyait un abattement de 10% par année de détention au-delà de la cinquième année, portant l'exonération totale à quinze années de détention<sup>795</sup>. En raison de ce bénéfice de faveur, les contribuables n'hésitent pas à céder l'usufruit temporaire d'un bien immobilier plutôt que de céder la pleine propriété du bien puisqu'ils ne perdent pas le bénéfice de l'abattement pour durée de détention.

---

<sup>792</sup> *Ibid.*

<sup>793</sup> CGI, art. 150 VC, modifié par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013. Pour les cessions intervenant à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2013, la plus-value brute est réduite d'un abattement de 6% par année de détention au-delà de la cinquième année, et de 4% pour la vingt-deuxième année de détention. L'exonération totale est donc acquise à la vingt-deuxième année de détention.

<sup>794</sup> CGI, art. 150 VC ancien, issu du Décret n° 2012-653 du 4 mai 2012, art. 1.

<sup>795</sup> CGI, art. 150 VC ancien, issu du Décret n° 2010-421 du 27 avril 2010, art. 1, en vigueur jusqu'aux cessions réalisées au 31 janvier 2012.

**440.** Cet avantage accordé aux contribuables a été remis en cause par le législateur qui a engagé une réforme du régime d'imposition des cessions d'usufruit temporaire dans une volonté affichée de lutter contre les schémas d'optimisation.

## 2. La volonté du législateur de taxer un revenu anticipé

**441. Dissuader de recourir à des stratégies d'optimisation.** A travers cette réforme, le législateur a souhaité éviter que ce type de montage échappe à toute imposition, notamment par le biais des abattements prévus en matière de plus-values immobilières. En effet, taxer en une fois la plus-value de cession de l'usufruit est plus avantageux, du point de vue du contribuable, que taxer les flux de revenus qui auraient été procurés par le bien pendant une durée équivalente à celle de l'usufruit. Pour le législateur, le prix de cession de l'usufruit temporaire n'est rien d'autre que la perception, en une seule fois, des revenus de l'usufruit. Il s'agit non pas de la cession d'un droit immobilier taxable au régime des plus-values des particuliers mais de la perception d'un revenu anticipé. L'exposé des motifs du projet de loi était révélateur de cette volonté : *« la disposition proposée vise à rétablir la réalité économique de ces opérations et à permettre l'imposition du revenu cédé sous forme d'usufruit temporaire, en tant que revenu (et non plus comme une plus-value), selon les modalités propres à chaque catégorie de revenu »*<sup>796</sup>. De plus, en mettant en œuvre cette stratégie, *« les contribuables peuvent percevoir en une seule fois et sans imposition sur le revenu ni contributions sociales, ou avec une imposition très réduite, l'équivalent des revenus que produira le bien en question sur toute la durée sur laquelle porte la cession de l'usufruit »*<sup>797</sup>. La volonté du législateur est affirmée : supprimer l'optimisation d'impôt sur le revenu par le biais de la cession d'un usufruit temporaire.

**442. Validation du Conseil constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel a été saisi afin de se prononcer sur la validité de cette disposition au regard de la Constitution, et notamment au regard du principe d'égalité devant la loi prévu à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens de 1789<sup>798</sup>. Les requérants considéraient que la

---

<sup>796</sup> Rapport AN n° 465 de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 - mis en ligne le 30 novembre 2012.

<sup>797</sup> Exposé des motifs du projet de loi de finances rectificative pour 2012, cité par P. FERNOUX, *Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise : clap de fin ?*, Dr. fisc. 2013, n° 26, 352, § 2.

<sup>798</sup> DDHC, art. 6 : La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

disposition incriminée conduisait à traiter différemment les cessions en usufruit et les cessions en pleine propriété. Pour le Conseil Constitutionnel, « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre des cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>799</sup>. En effet, la seule exigence posée par le principe d'égalité devant la loi est de traiter de façon similaire des personnes placées dans une situation identique. Or, les requérants soulevaient le grief du principe d'égalité pour deux situations distinctes, à savoir la cession d'un usufruit et celle de la pleine propriété. Ainsi, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 15 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 conforme à la Constitution en écartant le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi.

**443.** Les raisons ayant conduit le législateur à réformer le régime fiscal des cessions à titre onéreux d'un usufruit temporaire étant exposées, il convient désormais de s'intéresser aux conditions d'application de ce nouveau cadre légal.

## **B. L'exposé du nouveau cadre légal des cessions d'usufruit temporaire**

**444.** Le nouveau régime fiscal des cessions à titre onéreux d'un usufruit temporaire est prévu à l'article 13-5 du CGI. Cet article fixe les conditions permettant d'établir le champ d'application du schéma d'optimisation ainsi que ces modalités d'imposition.

### **1. Le champ d'application de l'article 13-5 du CGI**

**445. Conditions relatives à la personne du cédant.** Selon l'article 13-5 du CGI, le cédant doit être une personne physique ou une société soumise aux articles 8 à 8 *ter* du CGI. Ce sont des sociétés ou des groupements soumis à l'IR, comme le sont les personnes physiques. En effet, « *puisque le prix de cession a vocation à être imposé à l'IRPP, il importe que le cédant soit assujéti à une telle imposition* »<sup>800</sup>.

---

<sup>799</sup> Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, n° 12, RJF 2013, n° 336.

<sup>800</sup> H. HOVASSE, *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, RFN 2013, n°3, ét. 9, § 6.

Quant au cessionnaire, sa qualité importe peu, seul le cédant étant taxé. Cette indifférence du législateur à l'égard du cessionnaire est critiquable. En effet, une principale difficulté surgit en cas de cession à une société ou un groupement non soumis à l'IS. Dans cette hypothèse, une personne physique apporte l'usufruit d'un immeuble à une SCI pour une durée de dix ans. A l'occasion de cet apport et en vertu du nouvel article 13-5 du CGI, la personne physique est taxée sur les loyers procurés par l'immeuble pendant toute la durée de l'usufruit, soit dix années. Par ailleurs, l'apporteur personne physique devra également acquitter l'impôt sur le revenu sur les loyers perçus par la société du fait de son usufruit, la société étant transparente. Ainsi, « *la même personne paiera deux fois l'impôt sur les mêmes revenus* ». Il est regrettable que cette hypothèse particulière, qui ne paraît toutefois pas être majoritaire en pratique, n'ait pas été prévue par le législateur. Cependant, certains auteurs ont avancé l'idée selon laquelle la jurisprudence aurait à régler ce vide législatif en se fondant sur la jurisprudence QUEMENER<sup>801</sup>. Cette dernière mérite quelques explications. Il s'agissait d'une hypothèse de plus-value de cessions de parts d'une société de personne. En effet, dans cette hypothèse, il y a un risque de double imposition puisque l'associé de la société transparente est imposé, d'une part, sur la quote-part de bénéfice de la société de personnes alors que cette dernière n'a pas réparti le bénéfice intégralement et, d'autre part, sur la plus-value de cession concernant des bénéfices non distribués. Afin d'éviter cette double imposition et d'« *assurer la neutralité de l'application du régime des plus-values de cessions de parts par rapport au régime de transparence fiscale des sociétés de personnes* »<sup>802</sup>, le Conseil d'Etat a créé un dispositif d'ajustement du prix de revient fiscal des parts ainsi cédées. Pour cela, la Haute Juridiction précise que le prix de revient correspond au prix d'acquisition des parts « *majorée en premier lieu, d'une part de la quote-part des bénéfices de cette société ou de ce groupement revenant à l'associé qui a été ajoutée aux résultats imposés de celui-ci, antérieurement à la cession et pendant la période d'application du régime visé ci-dessus, et d'autre part des pertes afférentes à des entreprises exploitées par la société ou le groupement en France et ayant donné lieu de la part de l'associé à un versement en vue de les combler, puis minorée en second lieu, d'une part, des déficits que l'associé a déduits pendant cette même période, à l'exclusion de ceux qui trouvent leur origine dans une disposition par laquelle le législateur a entendu conférer aux contribuables un avantage fiscal définitif, et, d'autre part, des bénéfices afférents à des entreprises exploitées en France par la société ou*

---

<sup>801</sup> CE 16 février 2000, req. n° 133296, SA Ets QUEMENER, RJF 2000, n° 334.

<sup>802</sup> J. TUROT, *Imposition des membres de sociétés de personnes – Pour le calcul de la plus-value de cession des parts détenues à titre professionnel par un associé, le prix de revient fiscal des parts correspond à la valeur d'acquisition majorée des bénéfices imposés et des pertes comblées et minorée des déficits déduits et des bénéfices répartis*, Dr. fisc. 2000, n° 14, comm. 283.

*le groupement et ayant donné lieu à répartition au profit de l'associé* »<sup>803</sup>. Autrement dit, la suppression de la double imposition consiste à déterminer le prix de revient des parts en le majorant du montant des bénéfices taxés chez l'associé qui n'ont pas donné lieu à répartition et en le minorant des déficits que l'associé a déduit sans les prendre en charge financièrement. Pour en revenir à la cession d'un usufruit temporaire, l'application de la jurisprudence pourrait permettre d'éviter la double imposition d'une personne physique associé d'une société de personnes, elle-même cessionnaire de l'usufruit temporaire. En effet, « *la règle non bis in idem devrait alors permettre à la jurisprudence, comme en matière de cession de parts de sociétés de personnes, de retrancher les futurs loyers en cause du bénéfice taxable remonté sur la tête de l'apporteur* »<sup>804</sup>. Il faut donc attendre que la jurisprudence se positionne sur cette hypothèse particulière, en espérant qu'elle s'inspire pour cela de la jurisprudence QUEMENER.

**446. Conditions relatives à la cession.** Le dispositif est applicable au « *produit résultant de la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire* ». Tout d'abord, la cession doit être à titre onéreux. Il peut ainsi s'agir d'une vente, d'un échange, d'une dation en paiement ou encore d'une opération d'apport. Concernant ce dernier type de cession, la position de l'administration fiscale qui considère que « *l'apport en société constitue une cession à titre onéreux* »<sup>805</sup> doit être approuvée.

Ensuite, la taxation ne s'applique qu'à « *la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire* », les cessions antérieures intervenues à titre gratuit n'étant pas prises en compte. Il convient de rappeler que ce dispositif a pour but de taxer en une seule fois les revenus générés par l'usufruit cédé. En cas de première cession, la taxation à l'impôt sur le revenu intervient. En cas de cession ultérieure, l'application de l'imposition reviendrait à taxer des mêmes revenus à deux reprises. Comme le précise le Professeur Henri HOVASSE, « *encore faut-il qu'il s'agisse d'un même usufruit* »<sup>806</sup>. L'auteur cite l'exemple d'un usufruit successif consenti au profit d'un conjoint survivant. Dans un premier temps, le contribuable cède son usufruit à une société : le prix de cession est imposable à l'impôt sur le revenu en vertu de l'article 13-5.1 du CGI. Dans un second temps, après le décès du contribuable, son conjoint peut céder à son tour l'usufruit qui s'est ouvert au décès. Là encore, l'imposition du

---

<sup>803</sup> CE 16 février 2000, req. n° 133296, SA Ets QUEMENER, RJF 2000, n° 334.

<sup>804</sup> R. MORTIER, J.-F. DESBUQUOIS, L. GUILMOIS, *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n° 9, 168, §9.

<sup>805</sup> BOI-RFPI-PVI-10-30 § 100.

<sup>806</sup> H. HOVASSE, *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, RFN 2013, n°3, ét. 9, § 13.

prix de cession à l'impôt sur le revenu sera applicable. En effet, « *les deux usufruits se distinguent par leur titulaire* »<sup>807</sup>.

Enfin, l'objet de la cession doit porter sur un « *usufruit temporaire* ». L'usufruit est par essence temporaire. Cependant, alors que l'usufruit au profit des personnes physiques peut être un usufruit viager, c'est-à-dire consenti pour la durée de vie de la personne, l'usufruit consenti au profit d'une personne morale est nécessairement limité à trente ans comme le prévoit l'article 619 du Code civil. Ainsi, la cession doit porter sur un usufruit consenti pour une durée fixe. Par ailleurs, lorsque la cession de l'usufruit temporaire conduit au dessaisissement définitif du cédant, c'est-à-dire lorsqu'il cède l'usufruit temporaire à un premier cessionnaire et la nue-propriété du même bien à un second cessionnaire, la doctrine administrative considère que, « *même si dans cette situation l'usufruit n'a pas vocation à faire retour au cédant, la cession, qui porte sur un usufruit temporaire, entre dans le champ d'application* » de l'article 13-5 du CGI, précité<sup>808</sup>. Cette position de l'administration est condamnable en ce qu'elle tranche en faveur de cessions distinctes, bien que concomitantes, de l'usufruit du bien et de sa nue-propriété.

**447.** Lorsque toutes ces conditions sont remplies, la cession de l'usufruit temporaire entre dans le champ d'application de l'article 13-5 du CGI prévoyant des modalités d'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu ainsi qu'aux prélèvements sociaux.

## 2. Les modalités d'imposition de la cession d'un usufruit temporaire

**448. Détermination de la catégorie de rattachement du revenu.** Le produit de la cession d'un usufruit temporaire est imposé au barème progressif de l'impôt sur le revenu, dans la catégorie à laquelle se rattachent les revenus procurés, ou susceptibles d'être procurés par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé. La détermination de la catégorie de rattachement se fait au jour de la cession. Ainsi, si la cession porte sur l'usufruit temporaire d'un immeuble de rapport, le produit de la cession est imposable dans la catégorie des revenus fonciers. Si la cession porte sur l'usufruit de titres de société procurant des

---

<sup>807</sup> *Ibid.*, § 13.

<sup>808</sup> Rép. min. n° 15540 à M. Jérôme LAMBERT, JOAN Q 2 juillet 2013, p. 6919.

dividendes, le produit de la cession est rattaché à la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Le législateur a donc modifié « *la qualification de l'assiette de l'impôt* »<sup>809</sup>. Par conséquent, les exonérations d'IR ou les abattements prévus pour certaines catégories d'impôt sont applicables au produit de la cession d'un usufruit temporaire. Cependant, le législateur n'a pas souhaité étendre l'exonération prévue pour les résidences occupées par leur propriétaire<sup>810</sup> aux produits de cession d'un usufruit temporaire alors même que ce produit relève de la catégorie des revenus fonciers<sup>811</sup>. Comme a pu le relever Monsieur le Professeur HOVASSE, « *cette solution est malaisée à justifier dans le cas de la résidence principale : céder la pleine propriété de la résidence principale ne donne lieu à aucune taxation tandis que la cession de l'usufruit temporaire du même bien engendre la taxation du prix à l'IRPP. Ni la logique ni aucune considération d'opportunité ne légitime cette différence de traitement* »<sup>812</sup>. Le recours à la cession de l'usufruit temporaire n'a donc aucune utilité dans ce cas de figure. Par ailleurs, le produit de la cession d'un usufruit temporaire est également soumis aux prélèvements sociaux au taux global de 15,5%<sup>813</sup>.

**449. Hypothèse d'une pluralité de catégories de revenus.** Lorsque le produit de la cession d'usufruit temporaire relève de plusieurs catégories de revenus, la détermination de la catégorie de rattachement se fait en application de la règle du prorata<sup>814</sup>. Le produit de la cession d'un usufruit temporaire portant sur un bien ou un droit relevant de différentes catégories de revenus est donc imposable dans chacune des catégories correspondantes à proportion du rapport entre, d'une part, la valeur vénale des biens ou droits dont les revenus se rattachent à la même catégorie et, d'autre part, la valeur vénale totale des biens ou droits sur lesquels portent l'usufruit temporaire objet de la cession. Un exemple très explicite est celui de la cession d'un usufruit temporaire portant sur les parts d'une société civile immobilière soumise à l'IR dont l'actif est composé à hauteur de 90% par des immeubles donnés en location nue et 10% par un immeuble donné en location meublée. La ventilation du produit de la cession se fait donc comme suit : 90% du prix de cession sont imposables dans la catégorie des revenus fonciers et les 10% restants sont imposables dans la catégorie des

---

<sup>809</sup> H. HOVASSE, *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, op. cit., § 23.

<sup>810</sup> CGI, art. 15 II : « *les revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu* ».

<sup>811</sup> CGI, art. 13, 5.2, a.

<sup>812</sup> H. HOVASSE, *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, op. cit., § 25.

<sup>813</sup> Taux actuellement en vigueur comprenant le taux de la CSG sur les revenus du patrimoine et les produits de placement de 8,2 %, la CRDS au taux de 0,5 %, le taux de 4,5 % pour le prélèvement social et 0,3 % pour sa contribution additionnelle et enfin le taux du prélèvement de solidarité de 2 %.

<sup>814</sup> CGI, art. 13, 5.1 al.2.

bénéfices industriels et commerciaux<sup>815</sup>.

**450. Présomptions légales de rattachement à un revenu catégoriel.** Le législateur a envisagé l'hypothèse dans laquelle il serait impossible de déterminer une catégorie de rattachement au jour de la cession. Ainsi, l'article 13, 5.2 du CGI prévoit trois présomptions légales de détermination de la catégorie de rattachement du produit de la cession d'un usufruit temporaire. Tout d'abord, le produit de la cession de l'usufruit temporaire est présumé relever de la catégorie des revenus fonciers lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à un bien immobilier ou à des parts de sociétés, groupements ou organismes, quelle qu'en soit la forme, non soumis à l'impôt sur les sociétés et à prépondérance immobilière. Il convient de rappeler que l'exonération prévue en cas de cession de la résidence principale n'est pas applicable à la cession de l'usufruit temporaire<sup>816</sup>.

Ensuite, lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à des valeurs mobilières, droits sociaux, titres ou droits s'y rapportant, le produit de cession de cet usufruit est présumé être imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Enfin, dans tous les autres cas, la loi prévoit une imposition dans la catégorie des bénéfices non commerciaux. La catégorie des bénéfices non commerciaux joue, comme souvent<sup>817</sup>, son rôle de catégorie résiduelle.

**451.** La réforme du régime fiscal de la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire a eu pour objectif de remettre en cause ce schéma d'optimisation qui visait à optimiser l'impôt sur le revenu du cédant. En effet, le mécanisme permettait au cédant de diminuer l'assiette de son impôt sur le revenu, en faisant sortir les revenus attachés à ce bien de son patrimoine, le produit de cession de l'usufruit temporaire n'étant pas considéré jusqu'à présent comme un revenu mais comme une plus-value de cession. Cependant, l'intervention du législateur a conduit à la diminution de l'intérêt de ce schéma d'optimisation. Désormais, le produit de la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire est considéré comme un revenu anticipé imposable au barème de l'impôt sur le revenu. « *La cession de l'usufruit temporaire d'un bien immobilier reste toujours possible, mais à quel prix !* »<sup>818</sup>. Il n'y a plus

---

<sup>815</sup> Exemple cité dans la documentation experte des éditions F. Lefebvre ; IRPP – VII – 33840.

<sup>816</sup> V. *supra* n° 448.

<sup>817</sup> Selon l'article 92-1 du CGI, relèvent notamment des BNC les bénéfices « *de toutes occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus* ».

<sup>818</sup> P. FERNOUX, *Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise : clap de fin ?*, Dr. fisc. 2013, n° 26, 352, § 1.

d'optimisation de l'impôt sur le revenu possible pour le cédant. Mais qu'en est-il des schémas de cession d'un usufruit temporaire mis en œuvre avant le 14 novembre 2012 ? Existe-t-il un risque de remise en cause de ces montages sur le fondement de l'abus de droit fiscal ?

## **§ 2. Le risque de remise en cause du schéma d'optimisation sur le fondement de l'abus de droit**

**452.** Le schéma d'optimisation de la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire a fait l'objet d'un contentieux très faible. Aucune jurisprudence du Conseil d'Etat n'est connue et concernant le Comité de l'abus de droit fiscal, seuls deux avis ont été rendus sur ce schéma ces dernières années. Cependant, la question de sa remise en cause sur le fondement de l'abus de droit se pose toujours. En effet, l'administration fiscale n'hésite pas à mettre en œuvre la procédure de l'article L 64 du LPF contre les schémas mis en œuvre à la veille de la réforme. Il est également intéressant de se demander quels sont les nouveaux schémas que les contribuables et leurs conseils vont imaginer afin d'échapper à l'application de l'article 13-5 du CGI et l'application qui leur sera faite de la procédure de l'abus de droit fiscal.

### **A. L'absence d'abus de droit pour les cessions d'usufruit temporaire antérieures à la réforme**

**453.** Les avis rendus par le Comité de l'abus de droit fiscal sont très rares sur ce type de schémas d'optimisation. Dans deux avis récents, le Comité a écarté l'abus de droit. Quant à l'Administration fiscale, elle adopte une position surprenante puisqu'elle semble vouloir lutter contre le schéma de la cession d'usufruit temporaire tout en se rangeant derrière l'avis du Comité, favorable au contribuable.

## 1. La position constante du Comité de l'abus de droit fiscal

**454. Absence d'abus de droit pour le Comité de l'abus de droit fiscal.** Le Comité de l'abus de droit s'est récemment prononcé à deux reprises sur des opérations de cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire.

Dans une affaire 2012-53 il s'agissait d'une SCI propriétaire de parcelles de terres qui, par le biais d'une convention de fortage, avait confié l'exploitation de ces carrières à une SA. Les deux sociétés étaient détenues par les deux mêmes associés. La SCI a finalement cédé à la SA l'usufruit temporaire des parcelles en cause, pour une durée de neuf ans. Cette cession a été réalisée en franchise d'impôt sur le revenu, la plus value de cession d'un bien immobilier était, à l'époque des faits, exonérée au-delà de quinze années de détention, ce qui était le cas en l'espèce. Pour l'administration fiscale, la cession de l'usufruit temporaire était constitutive d'un abus de droit au motif qu'elle permettait à la SCI et à ses associés personnes physiques d'éviter l'impôt sur le revenu dû au titre des revenus fonciers à raison des redevances qui, sans ces opérations, auraient été normalement versées et imposées. Le Comité a estimé que la cession d'usufruit temporaire avait « *produit des effets juridiques et économiques distincts de la signature d'une convention de fortage* »<sup>819</sup>. Le contrat n'étant pas fictif, il produit des obligations entre les parties et notamment il a permis à la SCI de recevoir « *immédiatement un prix de cession ferme et définitif et non des redevances de fortages échelonnées sur une période de neuf ans, susceptibles d'être révisées dans leur montant, voire interrompues en cas de force majeure mettant un terme à l'exploitation* »<sup>820</sup>. Le Comité a considéré que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

Dans la seconde affaire 2013-16, il s'agissait d'une SCI propriétaire d'un ensemble immobilier qui était loué à une SAS. La SCI a finalement décidé de céder l'usufruit de cet ensemble immobilier, pour une durée de quinze ans. Les deux sociétés étaient contrôlées par le même groupe familial et le prix de cession avait immédiatement été reversé aux associés personnes physiques. Là encore, la cession a été réalisée en franchise d'impôt sur le revenu, la plus-value de cession étant exonérée au bout de quinze années de détention à l'époque des faits de l'espèce. Considérant que « *la cession d'usufruit temporaire dissimulait en réalité le versement anticipé de quinze ans de loyers dans le but exclusif pour les associés d'éviter*

---

<sup>819</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2012-53 ; RFN 2014, n°2, ét. 6 de J.-J. LUBIN.

<sup>820</sup> *Ibid.*

*l'impôt sur le revenu et les prélèvements obligatoires* »<sup>821</sup>, l'administration avait mis en œuvre la procédure de l'abus de droit ce que le Comité de l'abus de droit a écarté. Comme dans l'affaire précédente, il a considéré que « *la cession d'usufruit temporaire a produit des effets économiques et juridiques distincts de la signature ou la poursuite d'un contrat de bail* ». En effet, il constate que la SCI « *a reçu immédiatement un prix de cession ferme et définitif, et non des loyers échelonnés sur une période de 15 ans, susceptibles d'être interrompus en cas de cessation d'activité, et qu'elle l'a immédiatement partagé entre ses associés* »<sup>822</sup>.

**455.** Pour le Comité de l'abus de droit, la cession à titre onéreux de l'usufruit temporaire d'un bien n'est pas constitutive d'un abus de droit. Qu'en est-il de la position de l'administration fiscale ?

## 2. La position bienvenue de l'administration fiscale

**456. Absence de recours contentieux.** Dans les deux avis précités du Comité de l'abus de droit, il est indiqué en nota que l'administration s'est rangé derrière l'avis du Comité pourtant favorable au contribuable. Cette position peut paraître surprenante à l'heure où le législateur lutte précisément contre le schéma de la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire, et plus largement contre les schémas d'optimisation. Cependant, comme vu précédemment, lorsque l'avis du Comité est en faveur du contribuable, la preuve de l'abus de droit reste à la charge de l'administration. Ainsi, il est possible de penser que « *l'administration fiscale, peu assurée d'enlever l'affaire en contentieux, a manifestement préféré se ranger à l'avis du Comité* »<sup>823</sup>. En effet, la preuve de l'abus de droit, et plus précisément celle de la recherche d'une application littérale du texte à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur dans le seul but de réaliser une économie d'impôt sur le revenu, n'est pas aisée à rapporter pour l'administration. Cette dernière préfère, semble-t-il, éviter le contentieux au détriment de l'objectif poursuivi par le législateur de lutter contre les schémas d'optimisation. Il convient de rappeler toutefois que optimisation n'est pas automatiquement synonyme d'abus de droit.

---

<sup>821</sup> J.-J. LUBIN, *Actualité fiscale de la transmission d'usufruit*, RFN 2014, n°2, ét. 6, §1.

<sup>822</sup> CAD, Rapport annuel 2013, Avis n° 2013-16, RFN 2014, n°2, ét. 6 de J.-J. LUBIN.

<sup>823</sup> J.-J. LUBIN, *Actualité fiscale de la transmission d'usufruit*, RFN 2014, n°2, ét. 6, §1.

**457.** Les cessions à titre onéreux d'usufruit temporaire relèvent désormais du barème progressif de l'impôt sur le revenu puisque le produit de la cession est appréhendé comme un revenu anticipé, et donc taxé comme tel. La procédure de l'abus de droit n'a plus vocation à s'appliquer à ce schéma d'optimisation désormais régi par la loi. Mais d'autres schémas peuvent-ils être développés par les contribuables afin d'éviter l'application de ce nouveau régime ?

## **B. Des nouveaux schémas à éviter pour échapper à l'abus de droit**

**458. Absence d'abus de droit en cas de cession de la nue-propiété d'un immeuble inscrit au bilan.** La cession de la nue-propiété d'un immeuble inscrit à l'actif du bilan d'une entreprise individuelle est à l'abri de tout risque d'abus de droit. En effet, dès lors que la cession est régulière, le schéma ne peut pas être considéré comme abusif à la condition que « *les buts poursuivis ne [soient] pas exclusivement fiscaux* »<sup>824</sup>. En effet, l'entrepreneur individuel poursuit des objectifs autres que fiscaux à la réalisation de la cession de la nue-propiété de l'immeuble inscrit à l'actif du bilan. Tout d'abord, il existe un intérêt financier pour l'entreprise : « *la cession de la nue-propiété lui permet en effet de se refinancer, ne serait-ce par exemple, que pour se libérer d'une partie de l'emprunt contracté initialement pour l'acquisition de l'immeuble dont la nue-propiété est cédée ou pour solder par anticipation tout autre emprunt encore en cours* »<sup>825</sup>. Le produit de la cession peut également servir à réinvestir pour l'entreprise. Cet intérêt financier indiscutable permet d'écarter tout but d'abus de droit pour cette opération, d'autant plus que son coût fiscal est « *incontournable* »<sup>826</sup> puisque l'entreprise sera imposée sur la plus-value professionnelle réalisée au titre de la cession de la nue-propiété de l'immeuble. La recherche d'une application littérale du texte à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur dans un but exclusivement fiscal doit donc être écarté.

**459. Risque élevé d'abus de droit.** Il est évident que le nouvel article 13-5 va inciter certains contribuables à contourner l'esprit de ce texte dans le seul but de réaliser une économie d'impôt. Ainsi, certains schémas qualifiés de dangereux, ne pourront pas échapper

---

<sup>824</sup> P. FRNOUX, *Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise : clap de fin ?*, Dr. Fisc. 2013, n°26, 352, §13.

<sup>825</sup> *Ibid.*

<sup>826</sup> *Ibid.*

à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit par l'administration fiscale. Monsieur Pierre FERNOUX met en garde les contribuables contre deux schémas risqués. Dans un premier schéma, il s'agit de la cession, par le dirigeant, de la pleine propriété de l'immeuble à l'entreprise. Le prix est porté en compte courant au nom du dirigeant. L'entreprise revend immédiatement la nue-propriété de cet immeuble au dirigeant. Celui-ci vend la pleine propriété d'un immeuble pour en récupérer immédiatement la nue-propriété. Au final, tout se passe comme s'il avait cédé l'usufruit de l'immeuble mais sans être soumis au régime fiscal de l'article 13-5 du CGI. En effet, « *quel est l'objectif poursuivi par ce schéma autre que celui de contourner abusivement le nouveau texte ? Quelle est sa substance juridique, économique, financière* »<sup>827</sup> ? Il est fort à parier que ce montage, dépourvu de toute substance, sera sanctionné sur le fondement de l'abus de droit au motif que le chef d'entreprise recherche l'application littérale de l'article 13-5 du CGI à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs dans le seul but d'éluder l'application du barème de l'impôt sur le revenu.

Dans un second schéma imaginé par Monsieur Pierre FERNOUX, il s'agit de l'apport de l'usufruit des parts d'une SCI à une société soumise à l'IS. Cet apport est placé sous le régime de l'article 150-0 B du CGI. Cet article prévoit l'application d'un sursis d'imposition en cas d'apport à une société soumise à l'IS. La question se pose de savoir si cette opération permettrait d'échapper aux dispositions de l'article 13-5 du CGI qui s'appliquent « *par dérogation aux dispositions (...) relatives à l'imposition des plus-values* ». En effet, dans une telle hypothèse, aucune plus-value n'est constatée au moment de l'apport. Le sursis d'imposition implique que la plus-value ne sera constatée et imposée qu'au moment de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport<sup>828</sup>. Cependant, supposer que le sursis d'imposition, qui diffère le fait générateur de la plus-value, permet d'évincer l'application de l'article 13-5 du CGI en raison de l'absence de constatation d'une plus-value est critiquable, et risqué pour le contribuable qui s'y aventurerait. En effet, le sursis d'imposition n'a pas « *vocation à exclure du régime des plus-values immobilières les plus-values d'apport de titres d'une société à prépondérance immobilière à une société soumise à l'impôt sur les sociétés* », mais seulement à « *en différer le fait générateur* ». L'opération est bien soumise au régime des plus-values immobilières. De ce fait, l'application de l'article 13-5 du CGI est évidente. Cependant, l'abus de droit n'est pas loin. En effet, et à l'instar du schéma d'apport-cession<sup>829</sup>, le schéma d'apport des titres en sursis d'imposition a pour objet de « *différer l'imposition de*

---

<sup>827</sup> *Ibid.*, §15.

<sup>828</sup> *V. supra* n° 28.

<sup>829</sup> *V. supra* n° 42.

*la plus-value et par suite minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt aurait été normalement dû* »<sup>830</sup>. Etant donné qu'une plus-value immobilière existe au moment de l'apport, les dispositions de l'article 13-5 du CGI sont applicables en « *dérogation aux dispositions (...) relatives à l'imposition des plus-values* ». Ainsi, la volonté d'échapper à ce régime fiscal dans un but exclusivement fiscal et en contrariété avec l'esprit du texte pourra être sanctionnée sur le fondement de la procédure de l'abus de droit.

**460. Conclusion de la section.** Antérieurement au 14 novembre 2012, les cessions d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale permettaient de dégager une plus-value, pouvant bénéficier d'abattements divers, entraînant donc une réduction de la base imposable à l'impôt sur le revenu pour le contribuable. Le Comité pour l'abus de droit fiscal a conclu à plusieurs reprises à l'absence d'abus de droit en présence d'une cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale en raison de l'existence de buts autres que fiscaux et notamment de la création d'effets juridiques et économiques distincts de ceux qu'auraient procuré un simple contrat de bail de l'immeuble par exemple. Depuis la réforme et la création de l'article 13-5 du CGI, le produit de la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire est considéré comme un revenu anticipé imposable au barème progressif de l'impôt sur le revenu dans la catégorie de revenu correspondant au bien dont l'usufruit est cédé.

**461. Conclusion du chapitre.** En matière d'optimisation des revenus fonciers, la conclusion d'un bail fictif, permettant au propriétaire de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI et ainsi de pouvoir déduire les déficits fonciers d'un immeuble dont il se réserve la jouissance, est poursuivie par l'administration sur le fondement de l'article L.64 du LPF. En effet, le propriétaire décide de conclure un bail fictif dans le seul but de contourner les dispositions de l'article 15-II et donc de diminuer son impôt sur le revenu. Les deux branches de l'abus de droit sont indissociables. Il existe néanmoins des hypothèses dans lesquelles le loyer stipulé est anormalement bas mais le bail conclu n'en est pas moins régulier. En l'absence de fictivité, l'administration ne peut mettre en œuvre que son pouvoir de rectification de la base imposable, en réintégrant la différence entre la valeur locative normale de l'immeuble et le loyer effectivement perçu, à l'exclusion de la procédure de l'abus de droit fiscal.

---

<sup>830</sup> O. FOUQUET, *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. Fisc. 2012, n° 20, act. 216, §2.

Quant au schéma de la cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale, il n'est plus réellement considéré comme un schéma d'optimisation de l'impôt sur le revenu depuis la réforme opérée par la loi du 29 décembre 2012. Ce schéma d'optimisation n'a plus de réel intérêt. Cependant, le risque d'abus de droit est maintenu pour des nouveaux schémas qui seront sans aucun doute développer par les contribuables et leurs conseils afin d'é luder l'application du nouvel article 13-5 du CGI.

**462. Conclusion du titre.** Les mécanismes d'optimisation de l'impôt sur le revenu sont variés et se développent aussi bien en droit international qu'en droit interne. Là encore, le risque de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit permet de dissuader les contribuables d'agir de manière frauduleuse. L'optimisation reste possible mais de façon régulière. Le législateur facilite le travail de preuve de l'administration fiscale en créant des présomptions simples ou irréfragables de fraude à la loi ou bien en encadrant certains schémas d'optimisation, comme la cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale qui perd alors tout intérêt fiscal. Il convient toutefois de préciser que le mécanisme de la cession d'usufruit temporaire, et plus précisément de la donation d'usufruit temporaire tant au profit d'un personne morale qu'au profit d'une personne physique, conserve des avantages en matière d'impôt de solidarité sur la fortune.

## TITRE 2. L'optimisation fiscale de l'impôt de solidarité sur la fortune

**463. Présentation de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF).** L'impôt de solidarité sur la fortune, anciennement impôt sur les grandes fortunes (IGF), est un impôt frappant le patrimoine du contribuable. Il s'agit d'un impôt annuel dû par les personnes physiques dont le patrimoine, apprécié au niveau du foyer fiscal le 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition, excède un certain seuil. Ce seuil était fixé, pour la déclaration d'ISF 2014 à 1.300.000 €<sup>831</sup>. Il existe toutefois un mécanisme de plafonnement de l'ISF. Le dispositif du plafonnement avait été supprimé à compter de 2012<sup>832</sup>, mais il a été rétabli dès 2013 par la loi de finances pour 2013<sup>833</sup>. Ce mécanisme prévoit, à l'article 885-V bis du CGI, que l'ISF du redevable est réduit de la différence entre d'une part, le total de cet impôt et des impôts dus en France et à l'étranger au titre des revenus et produits de l'année précédente, et d'autre part, 75 % du total des revenus et produits mondiaux de l'année précédente.

**464. Inconvénients de l'ISF.** L'impôt de solidarité sur la fortune est censé toucher les personnes les plus riches. Contrairement à la plupart des pays européens qui ont supprimé l'ISF, la France a souhaité le conserver malgré de nombreuses critiques. En effet, il présente de nombreux « *effets pervers* »<sup>834</sup>. Parmi ces effets, se trouvent par exemple, l'augmentation du coût de l'immobilier ayant emporté l'assujettissement de nombreux contribuables, notamment du fait de la détention de leur résidence principale, à des taux confiscatoires fixés à une époque où le rendement des actifs était plus élevé et des modalités déclaratives complexes et mal acceptées par les contribuables. Il est d'ailleurs vivement conseillé aux personnes physiques ayant un patrimoine complexe de se faire assister par un fiscaliste pour l'établissement de sa déclaration d'ISF tant les régimes particuliers sont nombreux et compliqués. Le barème de l'ISF, bien qu'allégé ces dernières années, n'en demeure pas moins lourd pour certains contribuables. C'est la raison pour laquelle cet impôt n'échappe pas à la mise en œuvre de schémas d'optimisation visant à en limiter le montant, voire à l'éluider

---

<sup>831</sup> CGI, art. 885-A.

<sup>832</sup> Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>833</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, art. 13.

<sup>834</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1706.

totalement.

**465. ISF et grands principes européens.** Certains contribuables se sont insurgés contre l'ISF en raison de son caractère confiscatoire. En effet, le principe même de l'ISF a été contesté sur le fondement du droit de propriété tel que garanti par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Or, selon les requérants, l'ISF est un impôt confiscatoire puisque, en raison de son barème élevé, il oblige certaines personnes physiques à céder une fraction de leur patrimoine privé afin d'acquitter cet impôt. Cependant, la Cour de cassation a reconnu la validité de l'ISF au regard du droit de propriété en relevant que « *les demandes tirées du caractère confiscatoire de l'impôt de solidarité sur la fortune au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne des droits de l'Homme ne peuvent être accueillies, la loi, notamment avec le système de plafonnement, maintenant un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits de l'Homme* »<sup>835</sup>. Au niveau européen et dans la même affaire, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a estimé que le paiement de l'ISF ne portait pas atteinte aux droits du contribuable au respect de ses biens<sup>836</sup>. En effet, la poursuite d'un intérêt général justifie l'existence de l'ISF. Ces décisions ont été rendues à une période où le plafonnement était encore en vigueur. La question serait de nouveau d'actualité si le plafonnement venait à nouveau à disparaître, d'autant plus si le barème appliqué est élevé. En effet, le conseil Constitutionnel a pu juger la suppression du plafonnement de l'ISF conforme à la Constitution « *en raison de la forte baisse concomitante des taux de cet impôt* ». Le Conseil a ajouté que « *le législateur ne saurait établir un barème de l'impôt de solidarité sur la fortune tel que celui qui était en vigueur avant l'année 2012 sans l'assortir d'un dispositif de plafonnement ou produisant des effets équivalents destiné à éviter une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »<sup>837</sup>.

**466. Optimisation de l'ISF.** L'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune consiste à réduire au maximum la base imposable de cet impôt, voire à éluder l'imposition. Pour cela, le mécanisme de la cession d'usufruit temporaire, développé précédemment<sup>838</sup>, est souvent utilisé et plus particulièrement celui de la donation d'un usufruit temporaire. Ce

---

<sup>835</sup> Cass. com. 25 janvier 2005, n° 03-10.068, IMBERT DE TREMIOLLES, RJF 2005, n° 405.

<sup>836</sup> CEDH, 3<sup>ème</sup> sect., 4 janvier 2008, RJF 2008, n° 615.

<sup>837</sup> Cons. Const. 9 août 2012, n° 2012-654 DC.

<sup>838</sup> V. *supra* n° 433 et s.

schéma présente divers avantages méritant d'être développés en précisant le risque de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit. Ainsi, il convient de voir dans un premier temps quels sont les intérêts fiscaux du schéma de donation d'usufruit temporaire, avant d'étudier les risques de ce schéma au regard de la procédure de l'abus de droit fiscal.

**Chapitre 1 – Les intérêts fiscaux du schéma de donation d'usufruit temporaire**

**Chapitre 2 – Les risques du schéma de donation d'usufruit temporaire liés à l'abus de droit**

## Chapitre 1. Les intérêts fiscaux du schéma de donation d'usufruit temporaire

**467. Exposé du schéma.** L'opération de donation d'usufruit temporaire est un schéma d'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune en ce qu'il permet au donateur d'exclure le bien de son patrimoine taxable pour une durée déterminée. Ce mécanisme permet de faire profiter le donataire de revenus procurés par le bien dans des conditions fiscales avantageuses.

L'opération de donation d'usufruit temporaire consiste pour le donateur à se dessaisir de l'usufruit qu'il détient sur un bien procurant des revenus, au profit du donataire, et ce pour un temps déterminé. Les donations en démembrement de propriété sont courantes et admises par la jurisprudence depuis de nombreuses années<sup>839</sup>. Cependant, les donations d'usufruit temporaire n'ont pas fait l'objet de nombreux contentieux, ni de beaucoup d'écrits doctrinaux. Pourtant, ce mécanisme est un excellent outil de gestion patrimoniale en ce qu'il permet au donateur de faire profiter un tiers des revenus procurés par un bien, tout en conservant la nue-propriété de ce bien et en récupérant la pleine propriété au terme de l'usufruit temporaire.

**468. Intérêts civils de la donation d'usufruit temporaire.** D'un point de vue civil, divers aspects ne doivent pas être négligés en présence d'une donation d'usufruit temporaire notamment quant aux règles de la réduction pour atteinte à la réserve ou encore celles du rapport civil. Concernant les règles de la réduction pour atteinte à la réserve, dès lors que le nu-propriétaire décède avant le terme de l'usufruit temporaire, « *le bien démembre doit alors figurer parmi les biens existants pour sa valeur en pleine propriété, l'usufruit temporaire s'imputant, à concurrence d'un montant dépendant de sa durée restant à courir, soit sur le disponible (libéralité faite à un non réservataire ou libéralité non rapportable faite à un réservataire), soit sur la part de réserve du donataire et l'excédent sur le disponible (libéralité rapportable faite à un réservataire)* »<sup>840</sup>. Concernant les règles du rapport civil des donations, aucune disposition particulière ne traite l'hypothèse d'une donation d'usufruit

---

<sup>839</sup> V. notamment Cass. civ. 16 décembre 1940, JCP 1941, II, 1655, obs. P. VOIRIN.

<sup>840</sup> F. DOUET, *Aspects civiles et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2014, n° 14, 1077, § 6.

temporaire. Ainsi l'article 843 du Code civil demeure-t-il applicable en ce qu'il prévoit le rapport civil des donations, sauf volonté contraire du contribuable<sup>841</sup>.

**469.** Afin d'étudier les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit temporaire, il est intéressant de se placer du point de vue des deux protagonistes. C'est pourquoi, il convient de voir dans un premier temps les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit temporaire pour le donataire, avant de voir ceux procurés au donateur.

## **Section 1. Les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit temporaire pour le donataire**

**470.** L'impôt de solidarité sur la fortune est une imposition due par les personnes physiques. Ainsi, les intérêts fiscaux se distinguent en fonction de la qualité du donataire. Il convient d'analyser, dans un premier temps, les intérêts fiscaux pour le donataire personne physique avant de voir, dans un second temps, l'absence d'intérêt pour le donataire personne morale.

### **§ 1. Les intérêts fiscaux pour le donataire personne physique**

**471. Règles d'imposition de l'usufruit à l'ISF.** Selon les dispositions de l'article 885 G du CGI, « *les biens ou droits grevés d'un usufruit, d'un droit d'habitation ou d'un droit d'usage accordé à titre personnel sont compris dans le patrimoine de l'usufruitier ou du titulaire du droit pour leur valeur en pleine propriété* ». Ainsi, dans l'hypothèse d'une donation temporaire d'usufruit, la valeur de la pleine propriété du bien donné est comprise dans le patrimoine du donataire pour les déclarations d'ISF couvrant la durée de la donation temporaire. Le bien sort alors du patrimoine du donateur.

---

<sup>841</sup> V. sur les aspects civils de la donation d'usufruit temporaire, *Ibid.*, § 4 à 18.

**472. Neutralité de la règle.** Il est des hypothèses fréquentes dans lesquelles les dispositions de l'article 885 G du CGI sont neutres. C'est d'ailleurs majoritairement dans ces cas que la donation d'usufruit temporaire est mise en œuvre. Pour rappel, le seuil d'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune est de 1.300.000 € de patrimoine au 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>842</sup>. Les personnes ne disposant pas d'un patrimoine atteignant ce seuil sont dispensées de déclaration et de paiement de l'ISF. Dans le cas d'un jeune majeur par exemple : il est fréquent que les jeunes majeurs qui débudent dans la vie active, et qui ne sont pas rattachés au foyer fiscal de leur parent, n'ait pas un patrimoine conséquent. Le choix de la donation d'usufruit temporaire à leur égard, par leurs ascendants, s'avère alors fiscalement intéressant étant donné que le bien sort du patrimoine du donateur, et son entrée dans celui du donataire n'a aucune conséquence en matière d'ISF dès lors que le seuil d'imposition n'est pas franchi. De ce fait, l'application des dispositions de l'article 885 G précité est totalement neutre fiscalement pour le donataire.

**473. Bilan.** L'intérêt de la donation d'usufruit temporaire pour le donataire personne physique n'est réel que si ce dernier n'est pas soumis à l'ISF en raison de la valeur de son patrimoine inférieure à 1.300.000 €. Il peut ainsi disposer des fruits procurés par le bien sans avoir à déclarer la valeur de la pleine propriété de ce bien à l'ISF. Il en va autrement lorsque la donation d'usufruit temporaire est consentie au profit d'une personne morale.

## § 2. L'absence d'intérêts fiscaux pour le donataire personne morale

**474. Personnes morales non imposables.** Le champ d'application de l'impôt de solidarité sur la fortune se cantonne aux personnes physiques. En effet, le patrimoine des personnes morales n'est pas soumis à imposition au regard de l'ISF. La raison d'être de cette exemption est due au risque « *de double imposition au niveau de la personne morale et au niveau de ses membres* »<sup>843</sup>. Les associés sont imposables à l'ISF, lorsque les seuils sont atteints, à raison des titres sociaux qu'ils détiennent. Imposer également la personne morale reviendrait à imposer deux fois la valeur de ces titres. L'exclusion des personnes morales du champ d'application de l'impôt de solidarité sur la fortune est donc indispensable.

---

<sup>842</sup> CGI, art. 885 A.

<sup>843</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1708.

De ce fait, la donation d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale n'a aucun intérêt sur le plan de l'impôt de solidarité sur la fortune pour le donataire, contrairement au donateur. En effet, en matière d'ISF, le redevable est l'usufruitier. Or, si ce dernier est une personne morale, il est exempt d'ISF. La donation d'usufruit temporaire n'a donc aucune incidence pour lui.

**475. Conclusion de la section.** La donation d'usufruit temporaire présente des intérêts fiscaux pour le donataire lorsque la donation est consentie à une personne physique. En effet, lorsque cette dernière n'est pas soumise à l'ISF, l'usufruit lui permet de recevoir des fruits sans aucune conséquence sur le plan de l'impôt de solidarité sur la fortune. Lorsque le donataire est une personne morale, par principe non redevable de l'ISF, la donation de l'usufruit temporaire à son profit n'a aucun impact sur le plan de cette imposition. L'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune résultant d'une donation d'usufruit temporaire est nettement plus marquée du point de vue du donateur.

## **Section 2. Les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit pour le donateur**

**476. Rappel de la règle d'imposition de l'usufruit à l'ISF.** Par principe, l'usufruitier est imposable à l'ISF sur la valeur de la pleine propriété du bien transmis. Cette règle a été créée afin d'éviter des montages supplémentaires permettant aux contribuables d'éviter l'imposition. En effet, si l'usufruitier et le nu-propiétaire avaient été imposés à l'ISF, chacun pour la valeur respective de leurs droits, les parents fortunés « *auraient été tentés de faire donation à leurs enfants de la nue-propriété de certains biens tout en s'en réservant l'usufruit* »<sup>844</sup>. Les enfants, en raison de la faible valeur de leur patrimoine, ne sont pas soumis à l'ISF. Cette technique aurait donc permis de sortir de la base imposable de cet impôt la valeur de la nue-propriété de certains biens, et donc de diminuer l'imposition tout en conservant les fruits procurés par ce bien. La règle d'imposition en vigueur permet d'éviter ces montages abusifs.

---

<sup>844</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 1714.

**477. Réduction de la base imposable de l'ISF pour le donateur.** Outre les avantages liés à l'impôt sur le revenu<sup>845</sup>, la donation de l'usufruit temporaire permet au donateur d'exclure le bien dont l'usufruit est temporairement donné de l'assiette de son impôt de solidarité sur la fortune. L'optimisation d'ISF est le principal intérêt de ce mécanisme de plus en plus utilisée. En effet, l'application des dispositions de l'article 885 G du CGI permet au donateur, pour un temps donné (la durée de la donation) de réduire sa base imposable à l'ISF voire d'éviter l'application de cette imposition en diminuant la valeur de son patrimoine à un montant inférieur à celui du seuil de déclenchement de l'imposition. Ainsi, le donateur réalise « *une économie d'ISF au titre de la période au cours de laquelle la donation d'usufruit temporaire est consentie* »<sup>846</sup>.

**478. Cas particuliers des donations d'usufruit temporaire consenties aux enfants.** Certaines opérations de donation d'un usufruit temporaire sont consenties par des parents, à leurs enfants, mineurs ou majeurs. Comme développé précédemment, l'intérêt au regard de l'ISF est non négligeable pour les parents qui voient leur assiette de l'ISF diminuer alors que, dans la majorité des cas, les enfants donataires ne sont pas soumis à l'ISF, la donation d'usufruit temporaire n'ayant aucun impact sur cette imposition. Outre l'ISF, la donation d'usufruit temporaire au profit des enfants du donateur recouvre des avantages en matière d'impôt sur le revenu qu'il convient de citer.

En principe, les enfants majeurs ne sont plus rattachés au foyer fiscal de leurs parents à l'âge de dix-huit ans mais il existe des exceptions. Les enfants âgés de moins de vingt-et-un ans ou celles âgés de moins de vingt-cinq ans et poursuivant leurs études peuvent opter pour le rattachement au foyer fiscal de leurs parents. Cependant, il est conseillé de faire des simulations d'impôt sur le revenu en envisageant l'hypothèse du rattachement du jeune majeur et celle d'un foyer fiscal indépendant avant d'opter pour l'une ou l'autre des solutions. En effet, l'article 197-I-2° du CGI plafonnent les effets du quotient familial et il peut s'avérer parfois « *plus judicieux qu'une jeune majeur étudiant constitue un foyer fiscal distinct de celui auquel il appartient au moment de sa majorité* »<sup>847</sup>. Si l'enfant majeur décide de constituer son propre foyer fiscal, les parents ont la possibilité de déduire une partie de leur contribution à l'entretien et l'éducation de cet enfant. En effet, même majeur, il est parfois

---

<sup>845</sup> En cas de donation de l'usufruit temporaire d'un bien, le donateur ne perçoit plus les revenus procurés par ce bien dont il a cédé l'usufruit. Il n'est plus imposé sur les revenus ainsi perçus dans la catégorie de revenus correspondante (revenus fonciers, revenus de capitaux mobiliers). Les fruits sont perçus par le donataire qui devra les déclarer et payer l'impôt sur le revenu en conséquence.

<sup>846</sup> F. DOUET, *Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2014, n° 14, 1077, § 23.

<sup>847</sup> *Ibid.*, § 32.

nécessaire de bénéficier de l'aide de ses parents afin de financer les études, le logement, etc. En contrepartie, le montant versé au titre de cette contribution à l'entretien et l'éducation est déductible du revenu global des parents<sup>848</sup>. Cependant, cette déduction est limitée à 5.698 € par enfant pour l'imposition des revenus 2013. La voie de la donation d'usufruit temporaire paraît donc plus avantageuse. En effet, les parents peuvent faire le choix de donner temporairement un bien à leur enfant majeur afin qu'il bénéficie des fruits procurés par ce bien. Il est possible, dans ce cas, de faire bénéficier à l'enfant de fruits d'une valeur supérieure à la limite de déduction susvisée. Ce mécanisme « *permet indirectement de contourner le plafond au-dessus duquel la contribution à l'entretien et l'éducation d'un jeune majeur n'est pas déductible du revenu global de son débiteur* »<sup>849</sup>. A l'instar de l'ISF, l'impact pour le donataire en matière d'impôt sur le revenu et de prélèvements sociaux est limité dans la mesure où un jeune majeur ne perçoit pas encore de revenus importants lui permettant de se situer dans les faibles tranches du barème de l'impôt sur le revenu, voire d'y échapper.

**479. Cas particulier d'une donation d'usufruit consentie à une personne morale.** Seules les personnes physiques étant redevables de l'ISF, la donation d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale comprend un intérêt fiscal non négligeable pour le donateur. En effet, celui-ci exclut la valeur du bien dont l'usufruit a été transmis de l'assiette de l'ISF sans pour autant que ce bien soit imposable pour le donataire.

**480. Conclusion de la section.** Les intérêts du schéma de donation d'usufruit temporaire sont nombreux tant sur le plan civil qu'en matière fiscale. L'étude des avantages fiscaux démontre que ce mécanisme permet une économie d'ISF au profit du donateur tout en étant le plus souvent neutre pour le donataire, notamment lorsque celui-ci ne dispose pas d'un patrimoine important lui permettant d'échapper à l'ISF ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale par principe exempte d'ISF.

**481. Conclusion du chapitre.** Le mécanisme de la donation de l'usufruit temporaire d'un bien est incontestablement un schéma d'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune. Outre cette économie d'impôt, cette opération est également perçue comme un

---

<sup>848</sup> CGI, art. 156-II-2° et 196 B.

<sup>849</sup> F. DOUET, *Aspects civiles et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, op. cit., § 34.

outil de gestion patrimoniale. En effet, elle permet au donateur de faire bénéficier au donataire des revenus procurés par le bien ainsi transmis mais également de ne pas se dépouiller irrévocablement de ce bien puisqu'il redevient plein propriétaire au terme de la donation d'usufruit temporaire. Ce schéma se pose en solution face à l'allongement de la durée de vie et permet de remplacer les donations pures et simples, notamment pour les donateurs qui souhaitent aider financièrement leurs descendants alors qu'ils sont encore en activité professionnelle et qu'ils doivent anticiper leur retraite.

Bien que cet objectif de gestion patrimoniale soit présent, il est des cas dans lesquels le schéma de donation d'usufruit temporaire est réalisé dans un but exclusivement fiscal. Il est donc nécessaire de veiller à la validité de l'opération afin d'anticiper les risques liés à la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit.

## **Chapitre 2. Les risques du schéma de donation d'usufruit temporaire liés à l'abus de droit**

**482.** La donation d'usufruit temporaire permet au donateur de réaliser une économie d'impôt de solidarité sur la fortune. Cependant, encore faut-il qu'il ne soit pas poursuivi sur le fondement de l'abus de droit. Afin d'éviter cela, l'administration fiscale a posé des conditions permettant d'écarter définitivement l'abus de droit en présence d'une donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale. Dès lors que ces conditions sont respectées, le risque d'abus de droit est anéanti. En revanche, lorsque la donation est consentie à une personne physique, le risque d'abus de droit est réel et des précautions doivent être prises par les contribuables.

### **Section 1. Un risque limité en présence d'une donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale**

**483.** Face à l'engouement des contribuables pour la donation d'usufruit temporaire, la doctrine administrative s'est positionnée afin de sécuriser le mécanisme d'optimisation dès lors que certaines conditions sont respectées dans l'hypothèse d'une donation d'usufruit temporaire consenties à des organismes d'intérêt général. Cependant, dès lors que la donation est réalisée au profit d'une personne morale ne respectant pas les conditions posées par l'administration fiscale, le risque d'abus de droit subsiste.

#### **§ 1. L'exclusion de l'abus de droit pour les donations d'usufruit temporaire consenties au profit d'un organisme d'intérêt général**

**484. Position de l'administration fiscale.** L'administration fiscale a encadré la technique de la donation d'usufruit temporaire dès lors qu'elle est consentie à un organisme d'intérêt général. Ainsi, bien que « *le caractère abusif ou non d'une transmission temporaire*

*d'usufruit peut (...) être recherché selon les modalités prévues par l'article L. 64 du LPF », « toutefois, une telle opération n'est, en tout état de cause, pas susceptible de donner lieu à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit lorsqu'elle satisfait » aux conditions cumulatives posées par la doctrine administrative<sup>850</sup>.*

**485. Enoncé des conditions cumulatives.** La donation d'usufruit temporaire doit répondre aux conditions cumulatives suivantes pour échapper à la procédure de l'abus de droit :

- prendre la forme d'une donation par acte notarié ;
- être réalisée au profit d'un organisme d'intérêt général, c'est-à-dire exerçant une activité non lucrative, avec une gestion désintéressée et ne réalisant pas de profit, habilité à recevoir des donations (fondations ou associations reconnues d'utilité publique, associations culturelles ou de bienfaisance autorisées à recevoir des dons et legs ou établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle, établissements d'enseignement supérieur ou artistique à but non lucratif agréés) ;
- être effectuée pour une durée au moins égale à trois ans, la prorogation pouvant concerner une période plus courte. Il est toutefois important de rappeler que la transmission d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale ;
- porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire ;
- préserver les droits de l'usufruitier.

**486. Explication des conditions cumulatives.** En premier lieu, la donation d'usufruit temporaire doit être réalisée par acte notarié. Cette forme est imposée en présence d'un immeuble. Cependant, elle est vivement recommandée quel que soit le bien objet de la donation. La forme notariée permet de faciliter la charge de la preuve et est exigée sous peine de nullité de l'acte.

En deuxième lieu, la donation d'usufruit temporaire doit être consentie à un organisme d'intérêt général. Il s'agit des établissements habilités à recevoir des legs et donations « *c'est-à-dire principalement une fondation reconnue d'utilité publique ou une association reconnue d'utilité publique ou tout organisme à but non lucratif œuvrant pour l'intérêt général*

---

<sup>850</sup> BOI-PAT-ISF-30-20-20 § 200.

(recherche, enseignement, assistance, action humanitaire...) »<sup>851</sup>. Le critère de lucrativité s'apprécie au regard de la règle dite des quatre « P » (produit, public, prix, publicité)<sup>852</sup>. La doctrine administrative a « systématisé la démarche permettant de déterminer si une association se livre à des opérations lucratives »<sup>853</sup>. Afin de retenir le caractère non lucratif de l'activité d'un organisme, il convient tout d'abord que la gestion soit désintéressée. Pour cela, la doctrine administrative a posé trois sous-critères : l'organisme doit être géré ou administré à titre bénévole par des personnes n'ayant aucun direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ; l'organisme ne doit procéder à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices ; les membres de l'organisme ne peuvent être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif<sup>854</sup>. Ensuite, l'organisme ne doit pas concurrencer le secteur commercial. De ce fait, le produit proposé et le public visé doivent être représentatifs de l'utilité sociale de l'activité ; les prix pratiqués doivent être inférieurs à ceux du marché lucratif ; il ne doit pas y avoir de publicité commerciale similaire à celle du secteur lucratif. Enfin, l'organisme ne doit pas avoir de relations privilégiées avec les entreprises. Dès lors que ces critères sont réunis, l'organisme est considéré comme étant à but non lucratif et entre dans le domaine de la doctrine administrative relative à la sécurisation du schéma de donation d'usufruit temporaire.

En troisième lieu, la donation temporaire d'usufruit doit être effectuée pour une durée au moins égale à trois ans. Cette durée est un minimum prorogeable, sans toutefois ne jamais dépasser 30 ans, comme le prévoit l'article 619 du Code civil selon lequel « *l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ».

En quatrième lieu, la donation d'usufruit temporaire doit porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire, « *c'est-à-dire qu'un revenu significatif doit en être tiré, que la contribution soit financière (usufruit de titres de société : l'organisme sans but lucratif doit avoir pu être en mesure de s'assurer un rendement), ou qu'elle soit matérielle (mise à disposition d'immeuble)* »<sup>855</sup>. Il est indispensable que le bien procure des revenus pour que l'abus de droit soit écarté. En effet, si le bien ne procure aucun revenu, quel est l'intérêt de réaliser une telle donation ?

En cinquième lieu, la donation d'usufruit temporaire doit préserver les droits de l'usufruitier. En effet, « *l'usufruitier doit pouvoir exercer ses prérogatives sans restriction de*

---

<sup>851</sup> F. GROSJEAN, S. HERVOIS, *Donation temporaire d'usufruit – Levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30, 1201, §11.

<sup>852</sup> BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, § 570 et s.

<sup>853</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015, n° 738.

<sup>854</sup> BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, §60.

<sup>855</sup> F. GROSJEAN, S. HERVOIS, *Donation temporaire d'usufruit – Levier fiscal et philanthropique*, op. cit.

*la part du nu-proprétaire ; les biens concernés ne doivent pas faire l'objet d'une réserve générale d'administration* »<sup>856</sup>. Une restriction des droits de l'usufruitier a pour conséquence de se demander si la donation a un réel intérêt et si l'intention libérale est bien réelle. Pourquoi donner si le donataire ne peut pas user des pouvoirs attachés à un usufruitier ?

**487. Absence de valeur juridique de la doctrine administrative.** En vertu de l'article 34 de la Constitution, la doctrine administrative n'a aucune portée juridique. En effet, seul le législateur est compétent pour édicter la norme fiscale. En raison de cette absence de valeur juridique, l'administration fiscale ne peut pas opposer aux contribuables une doctrine illégale, c'est-à-dire qui ajoute à la loi ou qui la contredit. De même, « *un contribuable ne saurait se prévaloir d'une doctrine administrative qui prévoit des conditions plus restrictives que la loi fiscale elle-même* »<sup>857</sup>. Cependant, il existe une garantie d'opposabilité de la doctrine favorable prévue à l'article L. 80 A du CGI<sup>858</sup>. Les contribuables peuvent opposer à l'administration fiscale sa doctrine lorsqu'elle est plus favorable que la loi fiscale. Toutefois, il s'agit d'une simple possibilité et ils « *conservent toujours la faculté de renoncer au bénéfice de celle-ci* »<sup>859</sup>.

**488.** La doctrine administrative est venue encadrer la mise en œuvre de la donation d'usufruit temporaire au profit d'un organisme d'intérêt général. Les conditions ainsi posées par la doctrine écarte tout risque d'abus de droit dès lors que les opérations respectent les critères exposés. La procédure de l'abus de droit peut toutefois être engagée lorsque l'une des conditions susvisées n'est pas remplie. Il convient d'examiner les hypothèses dans lesquelles la donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale peut être remise en cause sur le fondement de l'abus de droit.

---

<sup>856</sup> F. GROSJEAN, S. HERVOIS, *Donation temporaire d'usufruit – Levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30, 1201, §11.

<sup>857</sup> F. DOUET, *Le notariat et la doctrine administrative*, JCP N 2013, n° 47, 1276, §11.

<sup>858</sup> V. *supra* n° 12.

<sup>859</sup> F. DOUET, *Le notariat et la doctrine administrative*, op. cit.

## § 2. Les hypothèses de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal en cas de donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale

**489. Non-respect des conditions cumulatives.** Dès lors que toutes les conditions susvisées ne sont pas cumulativement respectées, la procédure de l'abus de droit peut être mise en œuvre par l'administration fiscale dans la mesure où elle en rapporte la preuve. Dans l'hypothèse où le bien transmis ne procure aucun revenu, il est possible de se demander l'intérêt de cette transmission. En effet, la donation d'usufruit temporaire d'un bien au profit d'une personne morale permet, en général, de faire bénéficier le donataire des revenus procurés par ce bien, que ce soit des revenus fonciers lorsqu'il s'agit d'un immeuble, ou de dividendes lorsqu'il s'agit de titres sociaux. Or, si le bien ne procure aucun revenu, quel est l'intérêt pour l'organisme donataire d'en détenir l'usufruit ? L'intérêt ne résiderait-il pas exclusivement dans l'économie d'ISF réalisée par le donateur ?

**490. Position de la Cour de cassation.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a pu retenir l'abus de droit dans une opération de transmission d'usufruit temporaire de titres sociaux au profit d'une société étrangère<sup>860</sup>. Les conditions de l'instruction susvisée n'étaient pas remplies étant donné que la société basée à Jersey n'était pas un organisme d'intérêt général. La mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit était donc tout à fait envisageable. L'opération ne concernant pas une donation mais une cession d'usufruit temporaire, les développements seront brefs mais les faits et la solution méritent d'être énoncés. Il s'agissait de la cession d'usufruit temporaire de titres sociaux par des époux au profit d'une société établie à Jersey, société dont ils étaient associés. Par la suite, les époux ont placé dans un trust relevant également du droit de Jersey la totalité des titres de la société cessionnaire. L'affaire a été soumise à l'avis du Comité de l'abus de droit. Ce dernier observe que le prétendu prix de cession payé aux époux par la société « *a été, dans les faits, financé par [eux] au moyen d'un emprunt* »<sup>861</sup>. Cette somme a été, en effet, apportée par les époux à la société pour le règlement de la prime d'émission avant de leur être reversée au titre du paiement de l'usufruit transféré. Le Comité considère donc que la vente de l'usufruit

---

<sup>860</sup> Cass. Com. 9 juillet 2013, n° 12-14591, inédite, RFN 2014, n° 2, ét. 6, § 2, note J.-J. LUBIN.

<sup>861</sup> CCRAD, Rapport annuel 2006, Avis n° 2006-13, JCP E 2007, n° 16, act. 190.

temporaire des titres doit être regardée comme fictive et ne peut être opposée à l'administration. La Cour de cassation a confirmé la fictivité de l'opération en retenant l'absence de dépossession irrévocable des époux couple en raison de la possibilité pour eux « *d'emprunter 80 % des avoirs du trust avec l'accord du trustee et relève l'absence d'obligation de remboursement du vivant des demandeurs* »<sup>862</sup>.

Cet arrêt démontre que la transmission d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale n'est pas à l'abri de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit dès lors que l'opération ne remplit pas les conditions posées par l'instruction de 2003.

**491. Conclusion de la section.** La donation d'usufruit temporaire consentie au profit d'une personne morale n'est pas à l'abri de tout risque de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit. Certes, dès lors que les conditions cumulatives posées par l'instruction du 16 novembre 2003 sont respectées, la transmission de l'usufruit temporaire ne peut pas être abusive. Les conditions posées par l'administration fiscale permettent une présomption irréfragable d'absence d'abus de droit du schéma. Toutefois, cela ne signifie pas que l'abus de droit est systématique lorsqu'une des conditions n'est pas respectée. Dans cette dernière hypothèse, la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit emprunte la voie classique : seule la preuve d'un fictivité ou d'une fraude à la loi pourra permettre à l'administration fiscale d'engager cette procédure.

Le risque de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit en présence d'une donation temporaire d'usufruit consentie au profit d'une personne morale est donc limité. En revanche, ce risque devient réel lorsque la donation d'usufruit temporaire est consentie au profit d'une personne physique.

---

<sup>862</sup> Cass. Com. 9 juillet 2013, n° 12-14591, inédite, RFN 2014, n° 2, ét. 6, § 2, note J.-J. LUBIN.

## **Section 2. Un risque réel en présence d'une donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne physique**

**492. Etude des avis du Comité de l'abus de droit fiscal.** La jurisprudence n'a eu que très rarement à se prononcer sur des faits de donation d'usufruit temporaire au regard de la procédure de l'abus de droit fiscal. En effet, le seul arrêt récent concerne la cession de l'usufruit temporaire de titres sociaux au profit d'une société sise à Jersey<sup>863</sup>. Concernant la donation d'usufruit temporaire au profit des personnes physiques, il convient de se reporter aux avis du Comité de l'abus de droit. En effet, et contrairement aux donations d'usufruit temporaire consenties aux organismes d'intérêt général, aucune instruction ne vient sécuriser le montage au regard de l'abus de droit. De ce fait, le risque de mise en œuvre de la procédure de l'article L. 64 du LPF est réel et certaines précautions doivent être prises par les contribuables qui souhaitent utiliser ce mécanisme d'optimisation. La plupart des avis du Comité soulèvent l'abus de droit de l'opération. Il est important de souligner que les avis du Comité rendus en matière d'ISF sont rares<sup>864</sup> et que, parmi eux, un très faible pourcentage vise l'opération de donation d'usufruit temporaire. Les indices permettant à l'administration de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit reposent principalement sur la qualité des donataires et l'absence d'intention libérale des donateurs. En effet, l'opération de donation d'usufruit temporaire est souvent réalisée au profit des ascendants<sup>865</sup> ou descendants<sup>866</sup> du donateur, ce qui éveille les suspicions de l'administration fiscale quant au caractère fictif l'acte.

**493. Exemples d'avis du Comité de l'abus de droit fiscal.** Dans un avis récent, le Comité de l'abus de droit a confirmé la position de l'administration fiscale qui avait mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal au motif que la donation de l'usufruit temporaire n'avait été inspirée que par des préoccupations fiscales visant à atténuer leur impôt de solidarité sur la fortune. En l'espèce, il s'agissait d'époux qui ont donné à leurs cinq enfants l'usufruit temporaire pour 5 ans de parts sociales leur appartenant. Le Comité observe en

---

<sup>863</sup> V. *supra* n° 489.

<sup>864</sup> Sur les dix dernières années, le Comité de l'abus de droit a traité 317 affaires. Parmi celles-ci, seuls 6 avis ont été rendus en matière d'Impôt de solidarité sur la fortune dont 4 relatifs à la donation d'usufruit temporaire. V. les rapports annuels du Comité de l'abus de droit pour les années 2004 à 2013.

<sup>865</sup> CCRAD, Rapport annuel 2004, Avis n° 2004-42, JCP N 2005, n° 21, 1285.

<sup>866</sup> CAD, Rapport annuel 2012, avis n° 2012-27.

premier lieu que la société a été constamment déficitaire sur plusieurs exercices et que les acquisitions immobilières réalisées immédiatement après la donation litigieuse ont aggravé cette situation. Il relève ensuite que les donataires ont peu ou pas participé à la vie de la société dont la gestion et la conduite de la politique d'investissement demeuraient entre les mains de son gérant, par ailleurs donateur des titres. Il considère également que l'absence de toute perspective de bénéfices de la société sur la période d'exercice de l'usufruit temporaire était, eu égard aux conditions d'exploitation et à l'état du marché, connue des nuspropriétaires qui, par ailleurs, n'ont procédé à aucune restructuration du capital par absorption du report à nouveau afin de permettre la distribution de dividendes. Alors que l'administration fiscale relevait la fictivité de l'opération, le Comité a estimé que la circonstance que l'usufruit temporaire ainsi constitué n'a pas été de nature à produire des fruits sur la période considérée n'établit pas à elle seule la fictivité du démembrement. En revanche, l'ensemble des faits susvisés permet au Comité de conclure que le mécanisme mis en œuvre n'a pu être inspiré par aucun autre motif que celui d'atténuer l'imposition au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune que les époux, si cet acte n'avait pas été passé, aurait normalement dû supporter eu égard à leur situation réelle. Cette solution paraît d'autant plus justifiée que la donation a été réalisée 3 jours avant l'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi de finances pour 2006 ayant réduit de dix à six ans le délai de rapport fiscal des donations antérieures prévu à l'article 784 du code général des impôts, ce qui aurait fait bénéficier les donataires d'un régime fiscal plus avantageux pour la liquidation des droits de donation. Comme le relève le Comité, le choix d'une telle date a permis au démembrement de produire immédiatement ses effets pour la taxation au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune de l'année 2006 des époux. Les époux ont cherché à se placer artificiellement dans le champ d'application des dispositions de l'article 885 G du CGI, *« cette exception légale étant justifiée par le fait que seul l'usufruit est susceptible de procurer des revenus et de conférer ainsi une capacité contributive à son détenteur »*. Le Comité estime ainsi *« qu'en faisant échapper les titres de la société Z au principe de taxation de l'article 885 E pour les placer artificiellement dans le champ de l'exception prévue à l'article 885 G du CGI en les sachant insusceptibles de produire tout revenu sur la période, les conjoints C ont poursuivi un but exclusivement fiscal en recherchant le bénéfice d'une application littérale de ce dernier texte à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, de sorte que l'administration était fondée à mettre en œuvre, au cas d'espèce, la procédure de l'abus de droit fiscal »*<sup>867</sup>.

---

<sup>867</sup> CAD, Rapport annuel 2012, Avis n° 2012-27.

Dans un autre avis plus ancien, le Comité a retenu l'absence d'intention libérale du donateur dans une opération de donation d'usufruit temporaire. Un contribuable a consenti une donation de l'usufruit temporaire de parts sociales au profit de ses parents. L'acte de donation stipulait que les donataires « *auront la jouissance des parts à eux données à compter de ce jour, par la perception des dividendes, intérêts ou arrérages dont elles sont productives* »<sup>868</sup>. Le Comité a relevé la concomitance des opérations, quatre jours séparant la constitution de la société et la donation de l'usufruit temporaire de ses parts. Par ailleurs, les usufruitiers ont perçu des produits financiers d'une valeur inférieure à la charge fiscale générée par cette donation, à savoir l'impôt de solidarité sur la fortune et l'impôt sur le revenu. Le Comité a conclu de ce qui précède que « *l'acte de donation ne procédait pas d'une réelle intention libérale dans la mesure où il crée plus de charges que de produits pour les donataires obligeant même la société à effectuer des versements compensatoires* ». La mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit était donc justifiée, l'opération n'ayant été réalisée que dans le seul but de réduire la base imposable de l'ISF du contribuable.

**494. Conclusion du chapitre.** Comme tout schéma d'optimisation, le mécanisme de donation d'usufruit temporaire est surveillé par l'administration fiscale. En effet, les intérêts fiscaux de l'opération peuvent inciter les contribuables à la mettre en œuvre dans un but exclusivement fiscal, celui d'optimiser leur impôt de solidarité sur la fortune. Alors que la donation d'usufruit temporaire consentie au profit d'une personne morale semble encadrée, dès lors toutefois qu'elle est réalisée au profit d'un organisme d'intérêt général et qu'elle respecte les conditions posées par la doctrine administrative, le risque de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit est réel dans l'hypothèse d'une donation d'usufruit temporaire consentie à une personne physique.

**495. Conclusion du titre.** L'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune semble moins traitée par les tribunaux et le Comité de l'abus de droit fiscal. En effet, un des seuls schémas d'optimisation relatif à l'ISF est celui de la donation d'usufruit temporaire. Or, cet outil d'optimisation de l'ISF résulte d'une mise en œuvre simple et encadrée par une instruction afin d'éviter la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit par l'administration fiscale. Cependant, cette instruction ne vise qu'une hypothèse particulière :

---

<sup>868</sup> CCRAD, Rapport annuel 20004, Avis n° 2004-42, JCP N 2005, n° 21, 1285.

celle de la donation au profit d'un organisme d'intérêt général dans le respect de certaines conditions. En dehors de ce cas, la procédure de l'abus de droit est un risque réel pour les contribuables. En effet, et comme le démontrent les rares avis du Comité de l'abus de droit en la matière, l'administration fiscale sur fonde sur différents indices pour retenir le caractère frauduleux de la donation et notamment l'absence d'intention libérale. Il est donc vivement conseillé aux contribuables désireux d'utiliser cet outil de gestion patrimoniale de réaliser une opération régulière et de mettre en avant les motifs autres que fiscaux et notamment celui de la possibilité de transmettre à ses descendants de façon temporaire, afin de recouvrer ultérieurement la pleine propriété du bien pour assumer financièrement sa retraite.

## Conclusion de la Partie II

**496.** La multiplication des schémas d'optimisation fiscale de la détention du patrimoine privé est due à l'existence de régimes fiscaux de plus en plus défavorables aux contribuables, en raison notamment du barème de l'impôt sur le revenu dont les tranches sont élevées et au caractère confiscatoire de l'impôt de solidarité sur la fortune. Afin de diminuer les impositions d'impôt sur le revenu et d'ISF, des mécanismes ont été imaginés par les contribuables et leurs conseils. Cependant, l'optimisation est possible mais ne doit pas être abusive.

En premier lieu, et en matière d'impôt sur le revenu, des stratégies ont été mises en œuvre tant sur le plan international que sur le plan interne. Sur le plan international, tout d'abord, la délocalisation du domicile fiscal ne doit pas être fictive. En effet, l'administration fiscale vérifie que le changement de domicile est bien effectif et qu'il n'a pas été réalisé dans le seul but d'éluider l'application de l'impôt sur le revenu français. En matière de stratégies internes d'optimisation de l'impôt sur le revenu, le bail fictif est un montage particulièrement risqué. Concernant la cession d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale, le législateur est venu poser un cadre légal écartant tout risque d'abus de droit. Cependant, il ne fait aucun doute que de nouveaux schémas feront leur apparition afin de contourner l'application du nouveau régime.

En second lieu, et en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, le montage le plus utilisé est celui de la donation d'usufruit temporaire. Ce mécanisme présente des avantages fiscaux non négligeables pour le donateur. Le risque fiscal est écarté dès lors que la donation est consentie à un organisme d'intérêt général. Cependant, le montage reste risqué lorsque le donataire est une personne physique ou une personne morale autre qu'un organisme d'intérêt général.

## CONCLUSION GENERALE

**497. Bilan.** La procédure de l'abus de droit fiscal est une réelle épreuve pour le contribuable souhaitant gérer son patrimoine privé. En effet, la frontière entre l'optimisation fiscale et le comportement abusif est très mince et mal définie. La liberté de gestion du contribuable est limitée par la procédure de l'article L. 64 du LPF mais le manque de précisions des critères de définition de la notion d'abus de droit entraîne une insécurité juridique indéniable. L'étude a donc été consacrée à l'analyse des principales techniques d'optimisation du patrimoine privé en fonction du type de gestion en cause. La dichotomie choisie repose sur les montages mis en œuvre dans la gestion du patrimoine privé, puis dans la détention de ce patrimoine.

A travers ces deux étapes de la gestion patrimoniale que sont la transmission et la détention, l'analyse des opérations d'optimisation a été faite en fonction des impôts visés. Cependant, et afin de résumer au mieux les développements précédents, il est intéressant d'opérer un classement de ces différents montages en fonction du risque encouru au regard de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal.

**498. Classification des techniques d'optimisation en fonction du risque d'abus de droit.** Les montages d'optimisation de la gestion du patrimoine privé doivent être mis en œuvre dans la limite de la procédure de l'abus de droit. Cependant, toutes les opérations ne comportent pas un risque de remise en cause identique. Certaines présentent un risque élevé d'être sanctionnées sur le fondement de l'abus de droit, d'autres un risque limité en raison de critères légaux ou jurisprudentiels venant les encadrer, et d'autres encore sont considérées comme faiblement risquées.

Tout d'abord, les montages présentant un risque élevé de remise en cause sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal sont fortement déconseillés. Il s'agit, en premier lieu, de l'opération de donation déguisée visant à éluder l'application des droits de mutation à titre gratuit au profit des droits de mutation à titre onéreux. Ce schéma est à haut risque en raison de son caractère indéniablement fictif et frauduleux. La souscription d'un contrat d'assurance-vie sur son lit de mort et la renonciation à succession avant donation sont

également des schémas pour lesquels le recours à la procédure de l'abus de droit fiscal n'est pas rare. En second lieu, concernant l'optimisation de l'impôt sur le revenu, plusieurs techniques doivent être classées parmi les opérations ayant un risque élevé d'abus de droit, telles que la délocalisation fictive, la cession d'usufruit temporaire et le bail fictif. En dernier lieu, en matière d'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune, le schéma de donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne physique présente également un risque conséquent. Tous ces montages, en raison du risque fiscal élevé qu'ils représentent, doivent être évités par les contribuables soucieux de ne pas se voir sanctionner sur le terrain de l'abus de droit fiscal.

Ensuite, d'autres montages présentent un risque limité de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal. Il s'agit des opérations pour lesquelles le législateur ou la jurisprudence ont élaboré des critères précis permettant d'encadrer ces schémas d'optimisation. Dès lors que les contribuables et leurs conseils respectent ces critères, ils peuvent utiliser ces techniques d'optimisation sans risque réel de sanctions fiscales. En premier lieu, il s'agit des opérations visant à optimiser les plus-values des particuliers, et plus précisément l'apport-cession et la donation avant cession. En matière de plus-values, il existe également un risque d'abus de droit limité pour les *managements packages* réalisés en présence d'un PEA. Dans cette hypothèse particulière, des critères ont été élaborés tant par l'administration fiscale que par la jurisprudence pour écarter l'abus de droit. En deuxième lieu, et concernant la réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit, l'opération d'apport-donation est également encadrée par la jurisprudence qui a posé des conditions qui, lorsqu'elles sont respectées, permettent aux contribuables d'être à l'abri de la procédure de l'abus de droit fiscal. Ces opérations de transmission patrimoniale ont été sécurisées par le législateur qui a élaboré un cadre légal pour l'application de ces montages. Les contribuables qui ne respectent pas les critères légaux peuvent être sanctionnés par l'administration fiscale sur le terrain de l'abus de droit. La charge de la preuve, qui pèse sur le service, est ainsi facilitée.

Enfin, certaines techniques d'optimisation sont totalement sécurisées et comportent un risque très faible de remise en cause sur le fondement de l'abus de droit fiscal. Il en est ainsi, en premier lieu, pour les opérations visant à éluder les revenus de capitaux mobiliers afin de bénéficier du régime des plus et moins-values des particuliers, tels que les cessions de titres de « sociétés liquides » et le mécanisme d'*Owner Buy Out*. Ces schémas sont sécurisés par la jurisprudence qui écarte l'abus de droit dans de telles hypothèses et considère qu'il s'agit de

simples mises en œuvre de la liberté de gestion du contribuable. En second lieu, la transformation d'une SARL en société par actions avant la cession des titres sociaux est une opération considérée comme régulière par la jurisprudence constante qui écarte l'abus de droit par fictivité. En dernier lieu, la donation d'usufruit temporaire au profit d'un organisme d'intérêt général échappe également à l'abus de droit du fait d'une instruction encadrant précisément sa mise en œuvre. Le risque de remise en cause de ces opérations est en principe inexistant.

Cette classification permet une vision d'ensemble des techniques d'optimisation fiscale de la gestion du patrimoine privé en fonction du risque encouru. Cependant, un montage à risque limité peut tout à fait être remis en cause sur le fondement de la procédure de l'article L. 64 du LPF. Les frontières ne sont pas étanches et l'insécurité juridique persiste.

**499. Nécessité d'une précision des critères légaux de l'abus de droit.** Malgré l'existence d'une définition légale de l'abus de droit, cette notion n'est pas suffisamment délimitée. Il s'agit d'un concept mou, comme le sont la bonne foi ou les bonnes mœurs. Chacun peut en percevoir le sens, mais peine à en donner une définition précise. Tout est question de casuistique. En effet, l'appréciation du caractère abusif d'un montage dépend principalement du contexte dans lequel il a été réalisé et des circonstances de l'espèce. Ceci explique le rôle primordial de la jurisprudence dans la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal. Ce flou juridique et l'importance de la jurisprudence sont sources d'insécurité juridique pour les contribuables. Par ailleurs, et en vertu de la définition actuelle, il existe une opposition entre deux éléments indispensables de la procédure de l'article L. 64 du LPF : d'un côté l'appréciation objective de l'acte par l'administration fiscale et les juridictions du fond ; d'un autre côté, l'intention subjective de l'auteur de l'acte. Ces deux critères indispensables compliquent l'appréciation du comportement abusif. Il serait plus prudent et sécurisant de consacrer des critères généraux de l'abus de droit suffisamment précis pouvant s'appliquer à tout type de montage. Cependant, et en raison de la place importante de l'intention du contribuable dans la mise en œuvre des techniques d'optimisation, cette approche semble délicate. Comment est-il possible de poser des critères permettant de définir l'intention légale de l'intention abusive ? En effet, il ne s'agit pas de confondre optimisation fiscale et abus de droit et de priver le contribuable de rechercher la voie la moins onéreuse fiscalement. La procédure de l'abus de droit fiscal demeure donc un frein à la liberté de gestion et un risque souvent non négligeable pour le contribuable d'être

sanctionné sur le fondement de cette procédure. La citation de Maurice COZIAN permet de résumer parfaitement l'idée générale de cette étude :

*« La procédure de l'abus de droit constitue une "épée de Damoclès", suspendue au-dessus de la tête des contribuables trop habiles ; s'ils dépassent certaines bornes, l'épée se détache et c'est le cataclysme fiscal »<sup>869</sup>.*

---

<sup>869</sup> M. COZIAN, *L'aménagement de la procédure de l'abus de droit*, in *L'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, PUF, 1989, p.157.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Traité et ouvrages généraux

### AUBRY (C.) et RAU (C.)

- *Droit civil français*, t. VI, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 1951.

### CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Les biens, Les obligations, Tome II*, Quadriga, PUF, 2004.

### COZIAN (M.)

- *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

### COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)

- *Précis de Fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38<sup>ème</sup> éd., 2014-2015.

### COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)

- *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27<sup>ème</sup> éd., 2014.

### DAVID (C.), FOUQUET (O.), PLAGNET (B.) et RACINE (P.-F.)

- *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2009.

### DOUET (F.)

- *Précis de fiscalité des assurances et des indemnités*, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.

### FERNOUX (P.)

- *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe Revue Fiduciaire, 18<sup>ème</sup> éd., 2013.

### GRIMALDI (M.)

- *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz-Action, 4<sup>ème</sup> éd., 2011-2012.

### **JOSSERAND (L.)**

- *De l'abus des droits*, Rousseau, Paris, 1905.
- *Essai de téléologie juridique. Tome 2 : Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Librairie Dalloz, 1928.

### **LE CANNU (P.), et DONDERO (B.)**

- *Droit des sociétés*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2013.

### **MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)**

- *Les successions – Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.

### **MAZEAUD (H., L., J.) et CHABAS (F.)**

- *Obligations, théorie générale, Tome II, Premier volume*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 1998.

### **TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.)**

- *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2013.

### **TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)**

- *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013.

## **II. Thèses**

### **CABRILLAC (R.)**

- *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Thèse, Paris, Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., 1990.

### **CAPITANT (H.)**

- *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 1924.

### **DEBOISSY (F.)**

- *La simulation en droit fiscal*, Thèse, LGDJ, 1997.

**DUPEYROUX (Ph.)**

- *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Thèse, LGDJ, 1955.

**HAMEL (J.)**

- *La notion de cause dans les libéralités. Etude de la jurisprudence et recherche d'une définition*, Thèse Paris, 1920.

**LOUIS-LUCAS (P.)**

- *Volonté et cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse Dijon, Librairie de la société du recueil Sirey, 1918.

**MAURY (J.)**

- *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920.

**MEAU-LAUTOUR (H.)**

- *La donation déguisée en droit civil français*, Thèse, LGDJ, 1985.

**MONTREDON (J.-F.)**

- *La désolennisation des libéralités*, Thèse, LGDJ, 1989.

**NICOD (M.)**

- *Le formalisme en droit des libéralités*, Doctorat et Notariat, Collection de thèses, 2000/01.

**OPPETIT (B.)**

- *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963.

**PIETTE (G.)**

- *La correction du contrat*, Thèse, PUF Aix-Marseille, 2004.

**ROUHETTE (G.)**

- *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965.

### **SIMLER (Ph.)**

- *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1969.

### **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

- *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000.

### **TREILLARD (J.)**

- *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers*, Thèse, Bordeaux, 1951.

### **WICKER (G.)**

- *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, 1997.

## **III. Articles**

### **AGUILA (Y.), FROGER (G.), GAYRAL (J.) et RUTSCHMANN (Y.)**

- *La réforme de l'abus de droit au prisme de la Constitution*, FR 50/13, 29 novembre 2013, p.13.

### **BERNARD (R.)**

- *L'OBO ou « la vente à soi-même »*, JCP E 2008, 2298.

### **BOUCHER (J.)**

- *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté*, Concl. sous CE 24 août 2011, M. Moreau, Mme Girault, n° 314579, Dr. fisc. 2011, n° 42-43, comm. 566.

### **BURGUBURU (J.)**

- *Modulation des pénalités fiscales : le Conseil d'Etat persiste et signe*, RJF 2008, chron. p. 83.

### **COZIAN (M.)**

- *L'aménagement de la procédure de l'abus de droit*, in *L'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, PUF, 1989.
- *Abus de droit – Transformation d'une SARL en SA préalable à une cession massive de droits sociaux – Transformation opérée dans le but exclusif d'éviter l'impôt sur les cessions de parts (non) – preuve de l'indivisibilité de l'opération de « cession-transformation » (non) – Abus de droit (non). Requalification de la cession d'actions en parts sociales*, Dr. Fisc. 1992, n°41, comm. 1882.
- *Les risques d'abus de droit dans les opérations de restructuration*, BF Lefebvre 2/97, p. 93.
- *Eloge de l'habileté fiscale*, RFN 2006, n° 1 alerte 1.
- *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?*, JCP G 2007, I 180.

### **COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)**

- *Garanties et domaine de la procédure de répression de l'abus de droit*, RJF 1993, p. 99.

### **DAUMAS (V.)**

- *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 1/11, Chronique p. 5.

### **DEBAT (O.)**

- *Pour une conception unitaire de l'abus de droit. A propos de l'arrêt Saunier*. RFN 2007, n° 9, comm. 126.

### **DEBOISSY (F.)**

- *L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels*, RDC 2007, p. 1006.
- *Requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte*, Dr. fisc. 2008, n°11, 217.
- *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, JCP E 2011, n° 13, 1278 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249.

### **DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)**

- *Rachat de société « liquides » et abus de droit : le Conseil d'Etat écarte le motif autre que fiscal présentant un caractère négligeable et précise la finalité du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477.

### **DEDEURWAERDER (G.)**

- *La distinction des erreurs et des décisions de gestion – Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. fisc. 2014, n° 28, 427.

### **DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)**

- *Assurance-vie et chambre mixte : alea jacta est !*, RJPF 2005, n° 2/47.
- *2005 : entre stipulation et donation*, Dr. et patr. 2006, n° 148, p. 104.

### **DIBOUT (P.)**

- *Cession de droits sociaux – Transformation d'une SARL en SA – Cession d'actions par les associés – Transformation ayant pour seul but d'éviter le droit de cession de parts sociales – Abus de droit non démontré en l'absence d'un retour de la SARL à sa forme antérieure*, Dr. Fisc. 1997, n° 17, comm. 471.

### **DOUET (F.)**

- *Le notariat et la doctrine administrative*, JCP N 2013, n° 47, 1276.
- *Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2014, n° 14, 1077.

### **DUCELLIER (C.)**

- *Vers une remise en cause des SCI nues-propriétaires ?*, Dr. et patr. 2011, n° 201, p. 36.

### **DUMAT (V.)**

- *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 2011, p.5, n°8.

### **FAUCHER (D.)**

- *Renonciation, optimisation et abus de droit : la porte reste ouverte...*, RFN 2009, n°6, quest./rép. 1.

### **FERNOUX (P.)**

- *SCI et démembrement de propriété, Contribuables, résistez !*, Dr. et Patr. 1998, n° 60, p. 76.
- *SCI et démembrement de propriété : contribuables ... poursuivez la résistance*, Dr. et patr. 2001, n° 92.
- *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, JCP N 2001, n° 22-23, p. 978.
- *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts, c'est possible !*, JCP E 2002, n° 49.
- *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, Dr. fisc. 2007, n° 12, 302.
- *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, Dr. Fisc. 2008, n° 25, §3.
- *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, Etude à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN, in *Ecrits de fiscalité des entreprises*, Litec 2009, p. 229.
- *Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise : clap de fin ?*, Dr. fisc. 2013, n° 26, 352.

### **FERNOUX (F.) et MATEU (J.-M.)**

- *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivie d'une donation des parts : c'est possible !*, JCP N 2002, n° 31, 1467.

### **FERRE (A.) et LE MENTEC (F.)**

- *Où partir pour mieux donner ?*, RFN 2013, n°2, ét. 6.

### **FOUQUET (O.)**

- *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, RJF 2006, chron. p. 383.
- *L'application littérale de la doctrine administrative peut-elle être constitutive d'un abus de droit ?*, Dr. fisc. 2009, n°42, act. 316.
- *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. Fisc. 2012, n° 20, act. 216.
- *La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ?*, FR 39/13, 27 septembre 2013, p. 23.
- *Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle – A propos de la censure des articles 96 et 100 de la loi de finances pour 2014*, Dr. fisc. 2014, n° 1-2, comm. 3.

### **FOUQUET (O.), BURGUBURU (J.), LUBEK (D.) et GUILLEMAIN (S.)**

- *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche. Rapport au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique (juin 2008)*, Dr. fisc. 2008, n° 27, 403.

### **FOUQUET (O.) et CHARPENTIER (C.)**

- *LBO et abus de droit*, Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304.

### **GENTILHOMME (R.)**

- *Apports en nue-propriété, transmission et abus de droit*, JCP N 1998, n° 3, p.62.
- *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?*, JCP N 2009, n° 47, p. 32.
- *Donation de titres avant cession et abus de droit : faut-il craindre une résurgence de l'insécurité juridique ?*, BPAT 1/10 n° 2.
- *La donation de droits sociaux avant cession – A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011*, BIM 5/12, p. 157.

### **GHESTIN (J.)**

- *La Cour de cassation s'est prononcée contre la qualification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation*, JCP G 2005, I, n° 111.

### **GIRAY (M.)**

- *Le notaire et l'optimisation fiscale*, JCP N 2014, n°7, 1095.

### **GONSARD (S.) et SAINT-AMAND (P.-J.)**

- *Assurance-vie placement et abus de droit*, Dr. et patr. 2011, n° 205, p. 87.

### **GOULARD (G.)**

- *Un LBO n'est pas un abus de droit*, Option Finance 2011, n°1133, p. 29.

### **GRIMALDI (M.)**

- *La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements*, RTD Civ. 2005, p. 434.

### **GROSJEAN (F.) et HERVOIS (S.)**

- *Donation temporaire d'usufruit – Levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30, 1201.

### **HOVASSE (H.)**

- *Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire*, RFN 2013, n°3, ét. 9.

### **JEAUSSERAND (J.) et AUDOUARD (T.)**

- *Fiscalité des management packages : quelle conclusion tirer des arrêts de la cour administrative d'appel de Paris du 28 novembre 2012 ?*, Dr. fisc. 2013, n° 17, p. 4.

## **LACOUR**

- *Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ?*, Journal des sociétés, 1913, p. 97

## **LAMULLE (T.)**

- *Domicile fiscal : le critère du centre des intérêts économiques s'apprécie au regard des revenus et non de la seule existence du patrimoine*, Dr. fisc. 2010, n° 23, comm. 365.

## **LECUYER (H.)**

- *Assurance vie, libéralités et droit des successions*, Ingénierie patrimoniale, Nov.-Déc. 1998.
- *Chronique de droit patrimonial de la famille, Novembre 2004-juin 2005 : entre souplesse et opportunisme*, Dr. et patr. 2005, n° 141, p. 79.

## **LEGRAS (C.)**

- *LBO et abus de droit*, Dr. fiscal 2011, n° 15, comm. 304.

## **LOISEAU (D.)**

- *LBO et abus de droit, une avancée encore incertaine...*, Petites affiches 2011, n° 202, p. 12.

## **LOUSTALET (G.)**

- *Distinction entre donation indirecte et abus de droit : n'est-ce qu'une question de motivation ?*, RFN 2012, n° 1, comm. 8.

## **LUBIN (J.-J.)**

- *Actualité fiscale de la transmission d'usufruit*, RFN 2014, n°2, ét. 6.

## **MARDIERE (C. de la)**

- *Abus de droit : la cession d'une société entraînant sa cessation d'activité n'a pas pour but exclusif d'éviter l'imposition d'un boni de liquidation*, Dr. fisc. 2010, n° 37, comm. 482.

## **MATHIEU (J.-M.)**

- *« Je renonce donc... je transmets » – La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission*, JCP N 2012, n° 49, 1391.

### **MEDUS (J.-L.)**

- *Actualités sur la requalification fiscale des managements packages*, JCP E 2013, n° 43, p. 53.

### **MELADY (C.)**

- *Les managers confrontés au choc fiscal : comment garder le cap ?*, Capital Finances décembre 2013, p. 25.

### **MICHEL (M.)**

- *Disparition de la théorie du bilan - Conséquences fiscales et prévisibles difficultés d'application d'une réforme marquée par la discrétion*, RFN 2012, n° 3, ét. 3.

### **MORTIER (R.)**

- *Notion de société fictive*, Dr. des sociétés 2007, n° 10, comm. 174.
- *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, Dr. Fisc. 2009, n° 2, étude 2.
- *L'apport-cession à la loupe*, Dr. fisc. 2011, n° 42-43, étude 564, p.24.
- *L'apport-cession*, Dr. Fisc. 2012, n°21, comm. 302.

### **MORTIER (R.), DESBUQUOIS (J.-F.) et GUILMOIS (L.)**

- *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n° 9, 168.

### **MOSTAFAVI (S.) et CARPENTIER (V.)**

- *La réforme des pénalités fiscales en matières d'abus de droit*, JCP E 2009, n° 24, 1616.

### **NICOD (M.)**

- *Validité des donations déguisées*, Dr. de la famille, 2014, n°3, comm. 42.

### **NOQUE (F.)**

- *Transformation d'une SARL en SA préalable à une cession massive de droits sociaux (suite et fin...)*, JCP E 1997, n° 24, sommaire 1.

### **PANDO (A.)**

- *Donation avant cession de titres : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit*, Petites Affiches, 8 mars 2012, n° 49, p.4.

### **PATARIN (J.)**

- *Validité de la donation déguisée sous forme de vente malgré le caractère dérisoire du prix stipulé*, RTD Civ. 1996, p. 218.

### **PERROTIN (F.)**

- *La réforme de l'abus de droit se profile à l'horizon*, LPA 2008, n°140, p.4.

### **PICHARD (H.) et PICHARD (B.)**

- *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E 2008, 1534.

### **PIERRE (J.-L.)**

- *Risque de qualification d'abus de droit dans une opération de « owners buy out » (OBO)*, Rev. Dr. des sociétés 2011, n° 6, comm.123.
- *Opération de rachat des titres d'un associé*, Dr. sociétés 2012, comm. 221.

### **PIERRE (Ph.) et GENTILHOMME (R.)**

- *Assurance-vie : la donation entre vifs à l'épreuve de la mort du souscripteur – A propos de Cass. Ch. mixte, 21 déc. 2007*, JCP N 2008, n° 24, 1222.

### **POIRIER (R.)**

- *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E 2011, n° 3, p. 68

### **PONS (T.)**

- *Les mesures contre l'évasion fiscale internationale et la Constitution*, BF 01/12, étude.

### **POULLAIN (B.)**

- *L'abus de droit en fiscalité - La jurisprudence de la Cour de cassation*, Rev. soc. 2002, p. 479.

### **PROST (E.) et RENAULT (O.)**

- *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions*, Dr. Fisc. 2013, n° 16, act. 213.

### **QUILICI (S.) et DEBOISSY (F.)**

- *SCI et optimisation fiscale*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire - Revue Bimestrielle LEXISNEXIS Jurisclasseur, Janv.-Févr. 2009, p. 36 et s.

### **RACINE (P.-F.)**

- *L'optimisation fiscale : un outil de gestion*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, ét. 103, éd. du 25 juillet 2012.

### **ROBBEZ-MASSON (C.)**

- *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Thèse, LGDJ, 1990.

### **SAINT-AMAND (P.-J.)**

- *Donation de titres préalablement à leur cession et abus de droit*, Dr. et Patr. 2011, n°205, p.62.

### **SAUVAGE (Fr.)**

- *Du droit d'accroissement des colégataires*, JCP N 2001, n° 23, 1195.

### **SAVOURE (B.) et MICOLAU (G.)**

- *Fiscalité successorale : la France est-elle attractive ?*, RFN 2010, n° 2, ét. 2.

### **SERANDOUR (Y.)**

- *L'abus de droit selon la CJCE - A propos de l'arrêt Halifax*, Dr. fisc. 2006, n° 16, 16.
- *Quelques réflexions autour de la suppression des effets de la théorie du bilan*, Dr. fisc. 2012, n° 21, 303.

### **SERLOOTEN (P.)**

- *La modernisation progressive du droit fiscal des affaires - Le desserrement des entraves aux restructurations d'entreprises*, Dr. Fisc. 1998, n° 14, 100145.
- *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, Dr. Fisc. 2007, n° 12, 301.
- *La notion de biens professionnels : naître ou ne pas naître, voilà la question*, in Ecrits de fiscalité des entreprises, études à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN, Litec, 2009.

### **THIERY (F.) et SAINT-AMAND (P.- J.)**

- *Apport en sursis d'imposition*, Dr. et patr. 2011, n° 205 p. 51.

## **TUROT (J.)**

- *Imposition des membres de sociétés de personnes – Pour le calcul de la plus-value de cession des parts détenues à titre professionnel par un associé, le prix de revient fiscal des parts correspond à la valeur d'acquisition majorée des bénéfices imposés et des pertes comblées et minorée des déficits déduits et des bénéfices répartis*, Dr. fisc. 2000, n° 14, comm. 283.
- *Demain serons-nous tous des Al Capone ? – A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, Dr. fisc. 2013, n° 36, 394.

## **VABRES (R.)**

- *Donation-cession : il n'y a pas d'abus de droit si la donation n'est pas fictive*, Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421.

## **VERNY (J.-F.)**

- *Revenus fonciers. Location fictive ou location moyennant un loyer anormal*, RJF 3/80, Chron. p. 92.

## **VIGNALOU (F.) et MICHEL (M.)**

- *Contrôles fiscaux des entreprises : à quoi s'attendre en 2013 ?*, Option Finance 2013, n° 1208, p. 33.

## **WAHL**

- *De la transformation des sociétés*, Journal des sociétés, 1910.

## **WICKER (G.)**

- *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit*, in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec, 2009, p. 705.

# INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

## A

**Abus : 10**

**Abus de droit fiscal :**

- Définition : 10
- Garanties procédurales : 12, 170 (managements packages)
- Historique : 9
- Rescrit de l'\_\_\_ : 12
- Sanctions fiscale : V. Sanctions

**Acte anormal de gestion : 8**

**Activité économique :**

- Définition légale : 48, 72
- Réinvestissement dans une \_\_\_ : V. Réinvestissement

**Aides inter-entreprises : 8**

**Affectation :**

- Liberté d'affectation comptable : 4
- Affectation à l'activité professionnelle : 5

**Aléa :**

- Assurance-vie : 339
- Management packages : 186

**Apport-cession :**

- Critères jurisprudentiels : 41 et s.
- Critères légaux : 59 et s.
- Définition : 26 et s.
- Schéma : 30

**Apport-donation : 226 et s.**

**Assurance-vie :**

- Définition : 332
- Régime fiscal : 333

**Avant-contrats : 85**

## **B**

**Bail :**

- \_\_\_\_ fictif : 417 et s.
- Loyers anormalement bas : 428 et s.

## **C**

**Cause :**

- Cause-intérêt : 293
- Critère de distinction entre gratuité et onérosité : 291
- Evolution de la notion : 292

**Cessation d'entreprise : 134**

**Clause :**

- \_\_\_\_ d'inaliénabilité : 115
- \_\_\_\_ d'apport obligatoire de titres à une société familiale : 116
- \_\_\_\_ de vente de titres sous condition de versement du produit de la cession sur des comptes bloqués : 117

**Comité de l'abus de droit fiscal : 12**

## D

**Décision de gestion : 11**

**Déguisement :**

- Assurance-vie : 349
- Définition : 10
- Donation déguisée : 276, 277, 287
- Rémunération déguisée : 178

**Délocalisation :**

- Définition : 373 et s.
- \_\_\_ des personnes morales : 384
- \_\_\_ des personnes physiques : 385 et s.

**Démembrement de propriété :**

- Répartition des pouvoirs : 252
- ISF : 471, 476

**Dessaisissement du donateur :**

- Assurance-vie : 338
- Donation : 301
- Donation-cession : 89 et s.

**Détention : 368**

**Doctrine administrative :**

- Absence de valeur juridique : 487
- Abus de \_\_\_ : 10
- Opposabilité de la \_\_\_ : 10

**Domicile fiscal : 387 et s.**

**Don manuel :**

- Distinction du \_\_\_ avec la donation déguisée : 283
- Donation-cession : 86

**Donation :**

- Définition : 289
- Droits de \_\_\_ : 267 et s.
- \_\_\_ déguisée : 267 et s.
- \_\_\_ avec charges : 295
- \_\_\_ indirecte : 284
- Tarifs des droits de donation en ligne directe : 271
- Tarifs des droits de donation en ligne collatérale ou entre personnes non parentes : 272
- Tarifs des droits de donation entre époux ou pacsés : 273

**Donation-cession :**

- Définition : 74 et s.
- Critères : 80 et s.

**Droits de mutation :**

- Définition : 192 et s.
- \_\_\_ à titre gratuit : 226 et s., 265 et s.
- \_\_\_ à titre onéreux : 194 (cession de titres sociaux)

**E****Effets multiples :**

- Application aux « transformations-cessions » : 223 et s.
- Non application à l'apport-donation : 258 et s.
- Notion d'\_\_\_ : 219 et s.

**Emprunt : 158****Erreur : 11****Evasion fiscale : 11****F****Fictivité :**

- Définition : 10
- Simulation : 10, 278 et s.
- Société fictive : V. Société

**Foyer fiscal** : 389, 390

**Fraude à la loi** : 10

**Fraude fiscale** : 11

## G

**Gestion** :

- Définition : 2
- Liberté de gestion : 6 et s., 138

## H

**Holding** :

- Définition : 375
- \_\_\_\_ de rachat : 156
- \_\_\_\_ patrimoniales : 50, 376

## I

**Impôt sur le revenu** : 369, 371 et s.

**Intention libérale** : 303, 304

**Intérêt** :

- Cause-intérêt : V. Cause
- \_\_\_\_ fiscal : 297
- \_\_\_\_ psychologique : 294

**Intérêt de retard** : V. Sanctions

**Interposition de personnes** : 10

**Investissements (distinction entre \_\_\_ patrimoniaux et \_\_\_ professionnels) : 49**

**ISF (Impôt de solidarité sur la fortune) : 369, 463 et s.**

## **L**

**LBO (Leverage Buy Out) :**

- Définition : 143
- Schéma : 145

**Leviers (effets de \_\_\_) :**

- \_\_\_ juridique : 149
- \_\_\_ financier : 150
- \_\_\_ fiscal : 151

**Liberté de gestion : V. Gestion**

## **M**

**Management packages : 164 et s.**

**Montages : 6**

## **O**

**Obligation fiscale illimitée : 410**

**OBO (Owner Buy Out) :**

- Définition : 143 et s.
- Schéma : 146

**Optimisation : 6**

## P

### **Patrimoine :**

- Définition : 3 et s.
- \_\_\_ privé : 5
- \_\_\_ professionnel : 4

### **PEA (Plan d'épargne en actions) : 175 et s.**

### **Plus et moins-values des particuliers :**

- Apport-cession : 60
- Définition : 19 et s.
- Régime fiscal : 22, 123, 140

### **Présomptions :**

- Faisceaux de \_\_\_ : 312 (donation déguisée), 340 (assurance-vie)
- \_\_\_ de fraude : 411

### **Preuve :**

- Charge de la \_\_\_ : 12
- Donation déguisée : 307

### **Prix de convenance : 180**

### **Promesse :**

- Synallagmatique : 85
- Unilatérale : 85

## Q

### **Quasi-usufruit :**

- définition : 101
- Donation-cession : 101 et s.

## R

### **Réappropriation :**

- Apport-cession : 53 et s.
- Donation-cession : 90
- Renonciation à succession suivie d'une donation : 363

**Réinvestissement dans une activité économique :** 47 et s., 70

**Rémunération déguisée :** V. déguisement

**Renonciation :** V. Succession

**Report d'imposition :** 28

### **Requalification (pouvoir général de \_\_\_) :**

- Distinction avec la procédure de l'abus de droit : 81, 168,
- Droits de succession : 331
- Managements packages : 168, 169

### **Revenus de capitaux mobiliers :**

- Définition : 124 et s.
- Dividendes : 378, 379
- Intérêts : 378

**Revenus fonciers :** 416 et s.

## S

### **Sanctions fiscales :**

- \_\_\_ de la donation déguisée : 318 et s.
- Intérêts de retard : 13, 323
- Modulation des \_\_\_ : 13, 322
- Solidarité : 13, 324

**SCI :**

- Activité réelle : 242
- Affectio societatis : 246 et s.
- Autonomie patrimoniale : 244 et s.
- Interposition d'une \_\_\_ (revenus fonciers) : 426

**Simulation : V. fictivité****Société :**

- \_\_\_ fictive :
- \_\_\_ liquide : 126 et s.
- \_\_\_ patrimoniale : 242

**Solidarité : V. Sanctions fiscales****Subsidiarité (principe de \_\_) : 387****Substance : 52, 157 (OBO)****Succession :**

- Droits de \_\_\_ : 330 et s.
- Renonciation à \_\_\_ : 352 et s.

**Support de capitalisation : 98 et s.****Sursis d'imposition :**

- Définition : 28
- Apport-cession : 42

**T****Transformation de SARL :**

- \_\_\_ en SA : 202
- \_\_\_ en SAS : 203
- \_\_\_ en sociétés par actions : 199 et s.

**Transmission : 16**

## U

### **Universalité de droit : 3**

#### **Usufruit temporaire :**

- Cession d'\_\_\_\_ :
  - Définition : 433 et s.
  - Régime fiscal : 437 et s.
  
- Donation d'\_\_\_\_ :
  - Intérêts fiscaux : 467 et s.
  - \_\_\_\_ au profit d'une personne morale : 483
  - \_\_\_\_ au profit d'une personne physique : 492 et s.

# TABLE DES MATIERES

(Les numéros renvoient aux pages)

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>3</b>
<b>PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>7</b>
<b>PARTIE I. L'OPTIMISATION FISCALE DE LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE PRIVE</b> .....	<b>37</b>
<b>TITRE 1. L'OPTIMISATION FISCALE DES PLUS ET MOINS-VALUES</b> .....	<b>39</b>
<i>Chapitre 1. Les stratégies visant à purger les plus-values</i> .....	<b>40</b>
Section 1. Le schéma de l'apport-cession.....	42
§ 1. L'évolution des solutions jurisprudentielles avant la réforme de l'apport-cession.....	45
A. La validation de l'apport-cession par les juridictions du fond .....	46
1. Les décisions des tribunaux administratifs .....	46
2. La position des cours administratives d'appel.....	48
B. La position de principe de la Haute Juridiction.....	50
1. L'analyse des décisions rendues.....	53
2. Les critères dégagés par le Conseil d'Etat à partir de 2010.....	54
a. Le réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique .....	55
b. La non-appréhension du produit de la cession par le contribuable.....	60
c. L'importance du critère temporel.....	61
§ 2. De nouveaux critères légaux suite à la réforme de l'apport-cession.....	63
A. Les conditions d'application du de report d'imposition automatique.....	65
1. Les conditions tenant à l'apport .....	65
2. Les conditions tenant à l'apporteur .....	66
B. Les hypothèses mettant fin au report d'imposition .....	67
1. L'engagement de réinvestir 50% du produit de la cession dans les deux ans suivant la cession.....	68
2. Le réinvestissement dans une activité économique .....	69
Section 2. Le schéma de la donation avant cession .....	70
§ 1. Les critères de validité de l'opération de donation avant cession dégagés par les juges du fond et le Comité de l'abus de droit fiscal .....	74
A. Le critère de la chronologie des opérations .....	74
1. L'absence d'abus de droit fiscal en cas de vente simplement probable.....	75
2. La mise en œuvre de la procédure contradictoire de droit commun en cas de vente parfaite antérieure à la donation .....	78
B. Le critère de la réalité de la dépossession du donateur .....	80
1. L'analyse préliminaire des clauses du contrat de donation .....	81
2. L'analyse nécessaire des supports de réinvestissement.....	83
a. Souscription au capital d'une société.....	84
b. Souscription sur un support de capitalisation .....	85
c. L'hypothèse particulière du quasi usufruit.....	87
§ 2. La grille d'analyse retenue par le Conseil d'Etat .....	89
A. Des analyses divergentes des juges du fond.....	90
1. Le contexte de l'affaire MOTTE-SAUVAIGE .....	90
2. Une décision d'appel justement critiquée par la doctrine.....	92
B. La censure du Conseil d'Etat.....	94
1. La justification des clauses de l'acte de donation .....	95
2. L'absence de but exclusivement fiscal faute de fictivité de la donation.....	97

<i>Chapitre 2. Les stratégies visant à bénéficier du régime des plus-values</i> .....	102
Section 1. La volonté d'éluider l'application des revenus de capitaux mobiliers .....	103
§ 1. La cession des titres d'une « société liquide ».....	103
A. Le nécessaire établissement du caractère artificiel du schéma pour retenir l'abus de droit .....	105
1. La mise en œuvre des critères de la fraude à la loi par le Conseil d'Etat.....	105
a. Pour un exemple dans lequel le Conseil d'Etat a retenu l'abus de droit.....	106
b. Pour un exemple dans lequel le Conseil d'Etat a rejeté l'abus de droit.....	107
2. Appréciation de la position du Conseil d'Etat.....	108
B. Un schéma sécurisé en perte d'intérêt.....	110
1. L'application du principe de liberté de gestion du contribuable .....	110
2. La perte d'intérêt relative du schéma de cession de titres de « société liquide » .....	112
§ 2. Le mécanisme d' <i>Owner Buy out</i> (OBO).....	114
A. Les intérêts du schéma d'OBO .....	118
1. L'exposé des différents leviers .....	118
2. La recherche d'objectifs avantageux.....	119
B. La validité du schéma d'OBO.....	121
1. Le rejet de l'abus de droit par le Conseil d'Etat.....	122
2. Une solution sécurisante confirmée .....	124
Section 2. Le risque de sanction fiscale des <i>management packages</i> .....	127
§ 1. Un risque fiscal de requalification de la plus-value de cession .....	128
A. La distinction entre le pouvoir général de requalification et l'abus de droit fiscal.....	129
B. Une requalification en revenus soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu.....	131
§ 2. Un risque d'abus de droit en présence d'un PEA.....	134
A. Les motifs de l'administration pour retenir l'abus de droit .....	135
1. L'existence d'une rémunération déguisée.....	135
2. L'application d'un prix de convenance pour l'acquisition des titres .....	136
B. Les conditions cumulatives permettant d'écarter l'abus de droit .....	137
1. La preuve d'une démarche capitalistique .....	138
2. La nécessaire prise de risque du manager .....	139
<b>TITRE 2. L'OPTIMISATION FISCALE DES DROITS DE MUTATION</b> .....	144
<i>Chapitre 1. La volonté de réduire l'assiette des droits de mutation</i> .....	145
Section 1. La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux .....	146
§ 1. L'absence de fictivité de la transformation d'une SARL en société par actions avant la cession des titres sociaux .....	148
A. La régularité de l'opération de transformation de la société avant cession des titres sociaux.....	148
1. Une transformation régulière et effective.....	148
2. L'opération de transformation nécessairement distincte de la cession des actions .....	150
B. L'absence de création d'être moral nouveau .....	152
1. La justification doctrinale.....	152
2. La justification jurisprudentielle.....	154
§ 2. L'absence d'exclusivisme fiscal de la transformation d'une SARL en société par actions avant la cession des titres sociaux.....	155
A. Une solution conditionnelle.....	155
1. L'absence de retour à la forme initiale .....	155
2. La sécurisation du schéma de « transformation-cession » .....	157
B. La mise en œuvre de la notion d'effets multiples.....	158
1. La définition de la notion d'effets multiples.....	158
2. Le champ d'application limité de la notion d'effets multiples.....	160
Section 2. La réduction de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit .....	161
§ 1. L'évolution jurisprudentielle au regard du fondement de l'abus de droit .....	164
A. L'apport-donation et le critère du but exclusivement fiscal.....	164
1. L'existence de motifs autres que fiscaux.....	165
2. L'arrêt de principe : l'affaire BOTHEREL .....	169
B. L'apport-donation et le critère de la fictivité .....	171
1. L'exigence d'une activité réelle de la SCI .....	173
2. L'exigence d'autonomie patrimoniale de la SCI .....	175
3. La nécessité d'un affectio societatis .....	177
§ 2. Les enseignements tirés de la jurisprudence actuelle.....	179
A. Les critères permettant d'écarter l'abus de droit.....	179
1. La conservation de la maîtrise des biens.....	180
2. La cohésion du patrimoine familial.....	181
B. L'application non souhaitée de la notion d'effets multiples au schéma d'apport-donation.....	183
1. Le rappel de la notion d'effets multiples.....	183
2. La notion d'effets multiples : la clé du schéma d'apport-donation ? .....	184

<b>Chapitre 2. La volonté d'éluider les droits de mutation à titre gratuit.....</b>	<b>187</b>
Section 1. La volonté d'éluider les droits de donation.....	189
§ 1. La notion de donation déguisée.....	194
A. Un déguisement volontaire.....	194
1. L'existence d'une simulation.....	195
a. Les composantes de la simulation.....	195
b. La distinction de la donation déguisée et des notions voisines.....	196
2. La création volontaire d'un artifice.....	198
B. Une donation réelle.....	199
1. Le critère de distinction de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit.....	200
a. L'exposé du critère.....	201
b. Les limites du critère de la cause-intérêt.....	204
2. L'application du critère de la cause-intérêt à la donation déguisée.....	207
a. L'élément matériel de la donation : l'absence voulue de contrepartie équivalente.....	207
b. L'élément intentionnel de la donation : l'intérêt psychologique.....	209
§ 2. Le régime fiscal de la donation déguisée.....	210
A. La preuve de l'existence d'une donation déguisée.....	211
1. L'objet de la preuve de la donation déguisée.....	212
2. Les moyens de la preuve de la donation déguisée.....	214
B. La sanction de la donation déguisée.....	217
1. Les sanctions vis à vis des parties à l'acte de donation.....	217
2. Les sanctions vis à vis du notaire.....	221
Section 2. La volonté d'éluider les droits de succession.....	224
§ 1. Le recours à l'assurance-vie.....	225
A. La requalification du contrat d'assurance-vie en donation indirecte.....	228
1. L'objet de la démonstration : les éléments constitutifs de la donation.....	228
2. Les moyens de la démonstration : l'utilisation d'un faisceau d'indices.....	230
B. Le recours à la procédure de l'abus de droit fiscal.....	233
1. La recherche d'un but exclusivement fiscal.....	234
2. La recherche d'une simulation dans la souscription d'un contrat d'assurance-vie.....	236
§ 2. L'hypothèse de la renonciation à succession.....	238
A. La renonciation à succession, une technique de transmission optimisée du patrimoine.....	239
B. Le régime fiscal de la renonciation à succession.....	241
1. Un risque d'abus de droit en cas de renonciation suivie de donation.....	242
2. Les critères d'une renonciation abusive.....	244

## **CONCLUSION DE LA PARTIE I .....247**

## **PARTIE II. L'OPTIMISATION FISCALE DE LA DETENTION DU PATRIMOINE PRIVE.....250**

### **TITRE 1. L'OPTIMISATION FISCALE DE L'IMPOT SUR LE REVENU .....252**

#### **Chapitre 1. Les stratégies internationales d'optimisation de l'impôt sur le revenu ..... 254**

##### **Section 1. La délocalisation effective du domicile fiscal du contribuable..... 255**

###### **§ 1. La technique de la création d'une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée ..... 255**

###### **§ 2. Les avantages fiscaux de la création d'une société holding dans un pays à fiscalité privilégiée ..... 257**

###### **A. Le régime d'imposition des revenus mobiliers en droit interne ..... 258**

###### **B. La volonté d'éluider le régime d'imposition français des revenus de capitaux mobiliers via la création d'une holding luxembourgeoise..... 259**

##### **Section 2. La délocalisation fictive du domicile fiscal du contribuable.....262**

###### **§ 1. L'application des critères de domiciliation fiscale.....263**

###### **A. Les critères internes français de domiciliation fiscale.....264**

###### **1. Les critères d'ordre personnel.....265**

###### **2. Le critère d'ordre professionnel.....267**

###### **3. Le critère d'ordre économique.....268**

###### **B. Les critères conventionnels de domiciliation fiscale.....269**

###### **1. Le critère du foyer d'habitation permanent.....270**

###### **2. Le critère du centre des intérêts vitaux.....270**

###### **3. Le critère du séjour habituel.....271**

###### **4. Le critère de la nationalité .....271**

###### **§ 2. La sanction d'une délocalisation fictive et/ou frauduleuse .....272**

###### **A. La vérification de l'effectivité du changement de domicile.....272**

###### **B. Le caractère frauduleux de la délocalisation fictive.....273**

<i>Chapitre 2. Les stratégies internes d'optimisation de l'impôt sur le revenu</i> .....	277
Section 1. La volonté de réduire la base imposable des revenus fonciers.....	278
§ 1. La remise en cause des locations fictives sur le fondement de l'abus de droit.....	279
A. La preuve de la fictivité du bail par la méthode du faisceau de présomptions .....	280
B. Le caractère frauduleux du schéma du bail fictif.....	282
§ 2. La réintégration des loyers anormalement bas sur le fondement de la procédure contradictoire de droit commun .....	284
A. Le principe de la rectification de la base imposable .....	284
B. L'exception à la rectification de la base imposable .....	285
Section 2. La cession d'un usufruit temporaire au profit d'une personne morale.....	287
§ 1. La remise en cause du schéma d'optimisation sur le fondement de l'article 13-5 du CGI.....	288
A. La raison d'être de la réforme.....	289
1. Le régime d'imposition des cessions d'usufruit temporaire antérieur à l'intervention du législateur .....	289
2. La volonté du législateur de taxer un revenu anticipé.....	291
B. L'exposé du nouveau cadre légal des cessions d'usufruit temporaire .....	292
1. Le champ d'application de l'article 13-5 du CGI .....	292
2. Les modalités d'imposition de la cession d'un usufruit temporaire.....	295
§ 2. Le risque de remise en cause du schéma d'optimisation sur le fondement de l'abus de droit.....	298
A. L'absence d'abus de droit pour les cessions d'usufruit temporaire antérieures à la réforme .....	298
1. La position constante du Comité de l'abus de droit fiscal .....	299
2. La position bienvenue de l'administration fiscale.....	300
B. Des nouveaux schémas à éviter pour échapper à l'abus de droit.....	301
<b>TITRE 2. L'OPTIMISATION FISCALE DE L'IMPOT DE SOLIDARITE SUR LA FORTUNE</b> .....	<b>305</b>
<i>Chapitre 1. Les intérêts fiscaux du schéma de donation d'usufruit temporaire</i> .....	<i>308</i>
Section 1. Les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit temporaire pour le donataire .....	309
§ 1. Les intérêts fiscaux pour le donataire personne physique.....	309
§ 2. L'absence d'intérêts fiscaux pour le donataire personne morale.....	310
Section 2. Les intérêts fiscaux de la donation d'usufruit pour le donateur .....	311
<i>Chapitre 2. Les risques du schéma de donation d'usufruit temporaire liés à l'abus de droit</i> .....	<i>315</i>
Section 1. Un risque limité en présence d'une donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale.....	315
§ 1. L'exclusion de l'abus de droit pour les donations d'usufruit temporaire consenties au profit d'un organisme d'intérêt général .....	315
§ 2. Les hypothèses de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal en cas de donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne morale.....	319
Section 2. Un risque réel en présence d'une donation d'usufruit temporaire au profit d'une personne physique.....	321
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE II</b> .....	<b>325</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>326</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>330</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....	<b>343</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>353</b>

## La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal

La procédure de l'abus de droit fiscal est une « *épée de Damoclès* » pour tout contribuable un peu trop imaginaire dans la gestion de son patrimoine privé. Optimiser, oui! Mais sans excès. L'administration fiscale veille au grain. Dès lors qu'un montage lui paraît artificiel, elle met en œuvre son arme procédurale pour laquelle elle supporte la charge de la preuve, et peut sanctionner les opérations fictives ou frauduleuses.

L'étude de l'optimisation fiscale du patrimoine privé peut concerner tant la transmission que la détention du patrimoine privé. S'agissant de la transmission de leur patrimoine, les contribuables cherchent à optimiser la fiscalité des plus-values (pour éluder leur régime ou, au contraire, en bénéficier), comme les droits de mutation (pour éluder leur application ou pour bénéficier des droits de mutation à titre onéreux en lieu et place des droits de mutation à titre gratuit). S'agissant de la détention du patrimoine, c'est l'imposition des revenus (tant en droit interne qu'en droit international) comme l'impôt de solidarité sur la fortune qui font l'objet d'une recherche d'optimisation fiscale.

Quelle que soit l'imposition en cause, la volonté de maîtriser sa charge fiscale n'est pas sans risque pour le contribuable. Ce dernier doit prendre des précautions et respecter les critères légaux et jurisprudentiels afin d'éviter la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit. La citation de Maurice COZIAN résume parfaitement ce risque fiscal : « *la procédure de l'abus de droit constitue une "épée de Damoclès" suspendue au-dessus de la tête des contribuables trop habiles ; s'ils dépassent certaines bornes, l'épée se détache et c'est le cataclysme fiscal* ».

**Mots clés :** Abus de droit, Gestion, Patrimoine, Optimisation

---

## The management of personal property at the challenge of tax law abuse

The procedure of tax law abuse is a « *sword of Damoclès* » for any taxpayer too imaginative in the management of his personal property. Optimization, Yes ! But without excess. Tax authorities keep a weather eye open. From the moment a financing process seems artificial, they implement their procedural weapon for which they bear the burden of proof, and can punish fictitious or fraudulent transactions.

The study of the personal property tax optimization can cover both the transmission and the holding of personal property. Regarding the transmission of their private assets, taxpayers seek to optimize the taxation of capital gains (to elude their tax regime or, conversely, to benefit from it), such as transfer taxes (to elude their implementation or to take advantage of the transfer taxes subject to payment rather than those free of charge). As for the holding of assets, it is the taxation of income (both national or international law), as well as the wealth tax that are being sought to optimize taxation.

Whatever the taxation, the wish to control one's tax burden is not without risks for the taxpayer. He must take precautions and comply with legal and jurisprudential criteria to avoid the implementation of the procedure of law abuse. Maurice COZIAN's quotation perfectly sums up this tax risk : « *the procedure of tax law abuse is a « sword of Damoclès » hanging over the heads of all too cunning taxpayers ; if they go too far, the sword breaks off, and it ends up in the tax cataclysm* ».

**Keywords :** Tax law abuse, Management of personal property, Assets, Optimisation.

---

## Unité de recherche

Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP) - EA 4191