



THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON

Université Jean Monnet Saint-Etienne

École Doctorale N° 492

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Thèse sur travaux

Soutenue publiquement le 4 juillet 2018 par

Philippe Rebattet

**Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune :
planification successorale et structuration du patrimoine**

Devant le jury composé de :

Yann Favier (dir.), Professeur à l'université Jean Monnet
Christophe Vernières (rapp.), Professeur à l'université Grenoble-Alpes
Frédéric Douet (rapp.), Professeur à l'université de Rouen
Hubert Bosse-Platière, Professeur à l'université de Bourgogne
Georges Cavalier, Maître de conférences HDR à l'université Lyon 3
Odile Chanut, Professeur à l'université Jean Monnet
Me Sophie Dieu-Lemaire, Notaire

La gestion fiscale est devenue un art et une science, presque une industrie¹, Maurice COZIAN

¹ M. Cozian, « Éloge de l'habileté fiscale », *RFN* 2006, n°1, alerte 1, § 5

Sommaire

Introduction

Titre I – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte interne

Chapitre I – Les instruments juridiques pour l'ingénierie fiscale de la gestion de fortune

Chapitre II – La planification successorale en gestion de fortune

Chapitre III – La nécessaire structuration pré-transmissive de la gestion de fortune

Chapitre IV – L'optimisation de l'impôt sur la fortune pour la gestion de fortune en France

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internes

Titre II – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte international

Chapitre I – La planification successorale internationale avec les instruments ordinaires

Chapitre II – La planification successorale avec les outils hors du droit commun

Chapitre III – Les investissements immobiliers par des étrangers en France

Chapitre IV – L'optimisation fiscale de l'impôt sur la fortune en gestion de fortune internationale

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internationales

INTRODUCTION

1. **Conseil fiscal notarial des patrimoines privés.** Appliquée aux patrimoines privés, la gestion fiscale est loin de relever d'une quelconque industrie. Elle ne le sera d'ailleurs jamais malgré les menaces du digital. Les personnes les plus fortunées sont trop peu nombreuses pour les englober dans un processus industriel. En outre, la gestion fiscale les concernant est suffisamment complexe pour qu'elle ne concerne un jour l'industrie juridique ou financière. La gestion fiscale des fortunes est l'application d'une multitude de sciences juridico-fiscales et financières de manière académique mais aussi parfois novatrice. Un montage fiscal pour une fortune peut s'apparenter parfois à une œuvre d'art dans sa force créatrice.

Notre recherche est fondée sur des travaux qui interrogent le rôle des professionnels du droit et parmi ceux-ci du notaire, chargés de la gestion de patrimoine par des clientèles fortunées qui demandent une optimisation fiscale de la gestion patrimoniale. Le notaire titulaire d'un monopole pour certains actes immobiliers ou de la famille est un passage obligé pour la formalisation des montages d'optimisation fiscale. Souvent il est le dernier maillon de la chaîne et ne fait que recevoir les actes concourant à la construction juridique des schémas établis par d'autres. Parfois, il est au cœur du processus d'élaboration en participant directement à la construction du montage d'optimisation fiscale. Sa participation pouvant aller bien au-delà de la simple détention de la plume. Acteur à part-entière, il intervient alors pleinement dans le conseil fiscal de ses clients soucieux de gestion de leur patrimoine privé par des techniques de planification.

2. **Notion de planification en gestion patrimoine : la question de la transmission.** Le cœur du conseil notarial en gestion du patrimoine est la planification successorale. La planification trouve son origine dans la pratique du droit patrimonial international². Dans sa dimension successorale, sa conception usuelle en Common Law, elle correspond à l'*Estate planning*. Elle est également couramment utilisée dans les pays francophones telle que la Suisse³, la Belgique et le Canada (Québec). Son emploi s'est ensuite généralisé par les praticiens français de l'ingénierie patrimoniale tels que les notaires⁴, les avocats spécialisés en fiscalité patrimoniale, les ingénieurs patrimoniaux et les conseillers en gestion du patrimoine indépendant. La pratique du droit international privé constitue un élément important de la planification successorale notamment par le choix de la loi applicable, largement favorisé par les règlements européens en matière de successions et bientôt de régimes matrimoniaux.

3. **Définition de la planification.** La planification ne fait l'objet d'aucune définition juridique ou fiscale.

Elle consiste en l'organisation juridique, fiscale et financière, dans le temps, de la transmission de son patrimoine dans un but d'optimisation civile et fiscale selon des objectifs définis et propres à une situation individuelle et familiale⁵. Elle correspond à un schéma stratégique dont

² Philippe REBATTET, *La fiscalité du patrimoine international*, LexisNexis, 2016 ; Bertrand Savouré, « La planification confrontée à la mobilité des personnes : le rapport des donations dans un contexte international », JCP N 2014, 1181

³ Philippe REBATTET, « La nouvelle convention Franco-Suisse », *Actes Pratiques et Ingénierie immobilière*, Trimestriel n°2, Avril-Mai-Juin, 2013.

⁴ Jean-Michel Mathieu, « L'anticipation et la planification successorale : développement du savoir-faire notarial », *Journées notariales de la personne et des familles, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°18, 6 mai 2016, 1136 ; Philippe REBATTET, *La fiscalité du patrimoine international*, LexisNexis, 2016

⁵ Philippe REBATTET, *La fiscalité du patrimoine international*, LexisNexis, 2016

une variable importante consiste dans son coût fiscal⁶. La stratégie fiscale appliquée à la transmission du patrimoine s'insère dans un ensemble juridiquement complexe. La planification successorale est ainsi à la croisée des chemins des matières du droit (régimes matrimoniaux, droit des successions et des libéralités, droit des incapacités, droit du divorce, droit des sociétés, droit international privé et droit comparé), de la fiscalité (fiscalité des personnes, fiscalités des sociétés, fiscalité internationale), de la comptabilité et de la finance (au travers des divers instruments financiers associés). Les travaux présentés montrent, au travers du conseil fiscal, l'intérêt à la fois théorique et pratique de croiser les analyses en partant du conseil fiscal, omniprésent dans les consultations patrimoniales, tout spécialement dans le cas de transmissions d'entreprise.

4. **L'impact de la fiscalité sur le patrimoine privé.** Thomas Piketty, dans son ouvrage « Le capital au XXI^{ème} siècle »⁷ qui a relancé le débat public et académique sur l'accumulation des richesses et la croissance des inégalités dans la constitution du patrimoine, a précisé notamment que 10% des ménages les plus riches possèdent la moitié environ de la masse totale du patrimoine brut, dont 38% du patrimoine immobilier. Entre 1998 et 2010, la masse de patrimoine immobilier détenue par les ménages français a crû de 156%⁸. Si le patrimoine moyen des français est de 229.300 €, la moitié des français possèdent plus de 93% du patrimoine. L'analyse des données économiques du patrimoine des français démontre que si leur patrimoine augmente, cette tendance profite aux plus riches d'entre eux. Dès lors, il n'y a pas lieu de faire de grand développement pour comprendre que les questions autour de la transmission du patrimoine vont concerner seulement ceux qui en ont un. En raison de la progressivité de l'impôt, plus le patrimoine concerné sera important, plus la planification successorale présentera un enjeu. Elle a un donc un intérêt majeur pour les français les plus aisés. Plus la transmission patrimoniale sera optimisée et plus le patrimoine transmis sera préservé. Les cycles de la vie et sa fin irrémédiable pourrait conduire à penser qu'il s'agit d'un exercice naturel alimenté par des valeurs humaines et familiales. La réalité est tout autre puisque les considérations fiscales imprègnent totalement les sujets de la planification successorale pour en faire trop souvent le fil conducteur.

5. **Évolutions et tendances.** La France qui connaît un taux de prélèvements obligatoires souvent dénoncé comme excessif⁹ a une fiscalité parfois jugée pénalisante tant pour les revenus que pour le capital. S'agissant de l'immobilier qui est la composante première du patrimoine des français, les revenus fonciers subissent une taxation écrasante à cause non seulement de la base taxable qui est large mais aussi d'un taux d'imposition qui peut atteindre jusqu'à 66,2% pour les contribuables à très haut revenus¹⁰. Parfois, la conjugaison de la taxation au titre des revenus fonciers et de l'impôt sur la fortune peut générer une imposition globale annuelle supérieure aux revenus nets. Cette multiple taxation pénalise non pas seulement les hauts contribuables mais aussi parfois des patrimoines plus modestes avec parfois des faibles revenus. Certains d'entre eux sont parfois contraints de se départir de leurs actifs en raison de la pression fiscale qu'ils n'arrivent pas à assumer.

A cette taxation des revenus s'ajoute une forte pression fiscale sur le patrimoine avec l'impôt sur la fortune immobilière qui d'une part porte atteinte de manière considérable au taux de

⁶ Philippe REBATTET, *La fiscalité du patrimoine international*, LexisNexis, 2016 ; Philippe REBATTET, *Précis Fiscal de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition ; Philippe REBATTET, *Précis Fiscal du démembrement de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2013, 2^{ème} édition,

⁷ Thomas Piketty *Le capital au 21^e siècle*, Éditions du Seuil, 2013.

⁸ Pierre Lamarche, Laurianne Salembier, « Les déterminants du patrimoine : facteurs personnels et conjoncturels », INSEE 2010.

⁹ Les prélèvements obligatoires représentent 45,2% du PIB selon le rapport OCDE « statistiques des recettes publiques 2015 »

¹⁰ Philippe REBATTET, *Précis Fiscal de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition

rendement de l'investissement immobilier et d'autre part se révèle être injuste pour certains propriétaires fonciers. En outre, le patrimoine est soumis aux droits de mutation à titre gratuit (droits de donation et droits de succession) à l'assiette très large mais également un taux élevé puisque la tranche marginale d'imposition maximale est de 45%. Les impératifs de justice sociale et l'intérêt de la redistribution des richesses, doivent être confrontés à l'objectif individuel de créer un patrimoine productif de revenus en vue de la transmettre à sa famille.

6. Le conseil fiscal dans le contexte des transmissions : portée et problématique. Face aux difficultés posés par une fiscalité patrimoniale lourde et complexe, les différents conseillers patrimoniaux sont invités à dessiner des solutions en utilisant prioritairement l'outil de fiscalité. Pour autant, le piège consiste à traiter la planification dans un environnement limité à la fiscalité successorale et patrimoniale¹¹. Utiliser les différentes techniques du droit patrimonial pour asseoir les montages d'optimisation¹² fait courir non seulement un risque fiscal mais surtout est de nature à empêcher la structuration efficace de la transmission. La fiscalité qui a en principe son autonomie par rapport au droit patrimonial est un ingrédient comme les autres pour la réussite de la transmission. La fiscalité n'a pas de légitimité particulière pour être mis en avant par rapport aux autres matières juridiques et financières. Elle ne doit pas être érigé comme un but à atteindre autour duquel les outils du droit civil ne servent que de faire-valoir. L'art du conseiller fiscal doit consister à marier l'optimisation économique du patrimoine avec les objectifs civils de la transmission¹³. Ainsi en matière successorale, avant de construire la structuration fiscale, il convient par exemple de définir les droits du conjoint survivant, étudier les contrats d'assurance-vie et leurs clauses bénéficiaires, définir la stratégie civile de la transmission aux héritiers. La fiscalité est un élément de la chaîne de la planification successorale qui doit faire l'objet d'une interaction avec toutes les autres questions relatives à la transmission. La planification successorale ne peut être envisagée uniquement sous l'angle civil, pas plus qu'elle ne peut l'être uniquement sur celui fiscal. Faire de la fiscalité l'enjeu de la planification successorale génère des risques pour le client qui peuvent être extrêmement considérables¹⁴.

¹¹ En ce sens, 108^{ème} Congrès des Notaires de France, La Transmission, Montpellier 2012, 4^{ème} commission, p. 843-844.

¹² Philippe REBATTET, La fiscalité du patrimoine international, LexisNexis, 2016 ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal du démembrement de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2013, 2^{ème} édition,

¹³ Philippe REBATTET, La fiscalité du patrimoine international, LexisNexis, 2016 ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal du démembrement de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2013, 2^{ème} édition,

¹⁴ Philippe REBATTET, La fiscalité du patrimoine international, LexisNexis, 2016 ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition ; Philippe REBATTET, Précis Fiscal du démembrement de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2013, 2^{ème} édition,

Les montages en matière de transmission du patrimoine doivent éviter les fourches caudines de l'acte anormal de gestion, de l'abus de droit fiscal et d'autres dispositifs particuliers « anti-abus ». Les sanctions pénales au titre notamment de l'abus de biens social doivent également être évitées au client, mais aussi au conseil imprudent¹⁵. Toutefois, le contribuable est libre de choisir l'option fiscale la moins pénalisante pour lui. Mais, il doit faire ses choix avec une certaine mesure qui s'apprécie le plus souvent au moyen de l'exclusivisme fiscal. Cette exclusivité fiscale doit être au cœur de la réflexion du montage pour en être totalement rejeté dans sa concrétisation à travers les actes. Le montage devra être au final moins une solution destinée à l'optimisation fiscale des flux et du capital qu'un schéma conçu pour l'intérêt du contribuable et de sa famille. Cet intérêt peut généralement, sans exhaustivité, être celui du conjoint survivant, de la transmission aux enfants, de la protection du patrimoine, de l'intérêt social de l'entreprise ou encore l'accroissement du patrimoine familial. La complexité des transformations de la famille et la multiplicité des schémas de vie commune offrent d'innombrables justifications aux montages fiscaux.

7. Patrimoines privés, fortunes privées et gestion patrimoniale. A quel niveau de patrimoine et / ou de revenus un client peut rentrer dans la catégorie de la gestion de fortune ? Si toutes les personnes éligibles à la gestion de fortune sont fortunées, toutes les personnes fortunées ne peuvent pas relever de la gestion de fortune. Avant de répondre à cette question il convient de s'interroger sur le point de savoir, sur ce qu'est un client ayant une fortune privée à gérer.

La richesse doit s'apprécier selon nous à deux niveaux qui souvent se rejoignent, mais pas nécessairement. La richesse s'entend au premier lieu au niveau du patrimoine. Elle s'appréhende également avec le niveau des revenus des personnes. Généralement, les personnes ayant un patrimoine important ont des revenus de même grandeur. Toutefois, il peut arriver que ces personnes ayant un patrimoine important dispose de revenus faibles ou inexistant pour des raisons involontaires ou au contraire, créées artificiellement pour des motifs d'optimisation fiscale.

Pour certaines personnes dont le patrimoine est en cours de construction, les revenus importants précède souvent un patrimoine lui-même important. La richesse par les revenus précède la richesse par le patrimoine. Selon un récent sondage réalisé¹⁶ en 2015 par Odoxa pour les Échos, Radio Classique et FTI Consulting, les français considéraient que pour être riche il fallait gagner 5.000 € de revenu médian par mois. En 2011, ce chiffre était de 6.000 € par mois. Seulement 27% des français interrogés considéraient que le niveau de richesse se situait à 10.000 € par mois.

En ce qui concerne le patrimoine, il fallait selon les personnes interrogées détenir un patrimoine de 500.000 € en 2015 contre un patrimoine de 1.000.000 € en 2011 pour être riche. Seuls 16% des personnes interrogées ont répondu qu'une personne est riche avec un patrimoine supérieur ou égal à 1.000.000 €. Les chiffres de 2015 étaient redescendus à ceux de 2006. M. Gaël Sliman, Président d'ODOXA nous enseignait alors que pour le Français, « le riche est celui qui gagne deux à trois fois plus que lui ».

Aussi intéressant soit-il, ce sondage qui nous livre l'impression de la population par rapport à la notion de richesse, ne nous permet pas à lui seul de définir le niveau de richesse en France. La difficulté réside dans le fait que ce niveau est apprécié par les différentes institutions gouvernementales (Ministère de l'économie et des finances, Insee, Observatoire des inégalités), les cabinets d'audits et les autres organismes privés avec des définitions différentes.

Les classements des grandes fortunes de Challenges ou de Forbes laissent à penser que les entrepreneurs sont plus présents que les héritiers. Il s'agit d'une présentation simpliste. En effet, la fortune des entrepreneurs est facilement déterminable. En revanche, leurs héritiers une fois qu'ils auront cédé leurs participations sortiront aisément des radars journalistiques. La fortune qu'ils se seront substitués à travers des actifs immobiliers ou d'autres actifs financiers sera impossible à reconstituée et sortira des classements alors qu'elle pourrait parfaitement y figurer.

8. **Richesse par le patrimoine.** Selon le rapport 2015 de l'INSEE (V. annexe 1)¹⁷, la moitié des ménages vivant en France déclarent un patrimoine brut supérieur à 158.000 € alors que les 10% des ménages les plus riches possèdent un patrimoine brut de 595.700 €. Il convient de noter dans le tableau ci-dessous que le patrimoine médian brut comme le patrimoine médian net s'accroissent jusqu'à 70 ans avant de décroître après cet âge. En revanche, pour les 10% des ménages les plus riches le patrimoine brut s'accroît jusqu'à 60 ans et décroît ensuite. S'agissant du patrimoine net, ils suivent la même tendance que le patrimoine médian avec un accroissement jusqu'à 70 ans.

Les 10% des ménages les mieux dotés détiennent 47% de la masse du patrimoine brut de l'ensemble des ménages.

Les 5% des ménages les mieux dotés détiennent 33% de cette masse du patrimoine alors que les 1% des plus riches en possèdent 16%.

V. annexe 2

Le patrimoine brut des ménages est constitué majoritairement de biens immobiliers à concurrence de 61%.

Pour la moitié des ménages en détenant, l'immobilier représente 80% de leur patrimoine brut total. Il convient de noter que la résidence principale est la composante principale de ce patrimoine immobilier. En effet, la résidence principale représente à elle seule 85% du patrimoine immobilier brut des ménages détenteurs. Les propriétaires de leurs résidences principales ont un patrimoine brut avec un montant moyen 7,5 fois supérieur à des ménages locataires ou logés gratuitement.

La composition moyenne du montant du patrimoine privé brut des ménages est restée stable entre 2010 et 2015 avec un quart d'actifs financiers et trois quarts d'actifs immobiliers. Le poids de l'endettement immobilier est maximal dans les ménages les plus jeunes puis décroît progressivement avec l'âge. Jusqu'à 50 ans il est lié à l'acquisition de la résidence principale puis concerne l'acquisition d'autres biens immobiliers.

15% des ménages détiennent un patrimoine professionnel (entreprise, terres, bâtiments, fonds de commerce, exploité par le ménage ou non dans le cadre d'une activité professionnelle).

¹⁵ Comme en témoigne la célèbre affaire Ricci à l'issue de laquelle le conseil de l'héritière des parfums Nina Ricci, suite à la fuite à des fichiers de la banque suisse HSBC a été reconnu coupable par le tribunal correctionnel de Paris de complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité et condamné à un an de prison avec sursis et 10.000 euros d'amende (T. corr. Paris, 13 avr. 2015, aff. Ricci).

¹⁶ Les Échos, 23 juin 2015, Stéphane DUPONT, A partir de quel salaire est-on riche ? La réponse des Français

¹⁷ Entre 2010 et 2015, les inégalités de patrimoine se réduisent légèrement, Aline Ferrante, David Guillas, Rosalinda Solotareff, division Revenus et patrimoine des ménages, Insee, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496232>

V. Annexe 3

Après les livrets d'épargne, l'assurance-vie constitue le placement financier de référence des ménages. En effet, 36,5% d'entre eux détiennent au moins un contrat d'assurance-vie. Deux tiers de ces contrats constituent des « mono-supports » alors que 54% des contrats « multi-supports » disposent de fonds euros garantis. Plus l'âge avance et plus le taux de détention d'assurance-vie augmente dans les ménages. Parmi les moins de 30 ans le taux de détention est de 21% contre 42% chez les ménages dont la personne de référence a plus de 60 ans.

Selon l'enquête annuel réalisé par Capgemini¹⁸ sur le « Global HNWI Population », le nombre de millionnaire en France (hors résidence principale) était de 523.000 en 2015 contre 494.000 en 2014 soit une augmentation de 6%. La France est selon ce cabinet le sixième pays où l'on recense de plus de ménages fortunés dans le monde. Pour un autre cabinet d'audit, le Boston Consulting Group (BCG)¹⁹, son étude révèle que la France dénombre 230.300 millionnaires en 2014, soit 5.000 de plus qu'en 2013. D'après ce cabinet, le nombre des millionnaires (hors immobilier et parts détenus dans une entreprise) devrait augmenter de 60% en France d'ici 2019 pour atteindre le chiffre de 370.000.

Pour le Crédit Suisse²⁰, le nombre de millionnaires diffère mais il s'accorde avec le cabinet Boston Consulting Group sur l'augmentation prévisionnelle du nombre de millionnaires en France. La différence du nombre de millionnaires s'explique par le fait que le Crédit Suisse comprend l'immobilier. Selon la Banque, il y avait 2,44 millions de millionnaires en France en 2013 et leur chiffre devrait atteindre en 2019, 4,16 millions, soit une augmentation de 70%. L'impôt sur la fortune est un indicateur de la richesse patrimoniale du foyer. En 2015, le nombre de foyers français redevables de l'impôt sur la fortune étaient de 342.942 contre 330.000 l'année précédente²¹. L'Administration ne délivre pas d'informations statistiques concernant l'impôt sur la fortune. Contrairement à l'impôt sur le revenu, l'Administration ne publie pas des tabulations annuelles précisant les nombres de contribuables par tranches de patrimoines imposables.

Au sommet de la pyramide, il y a les milliardaires. Selon le classement du magazine Forbes, le nombre de milliardaires en France était de 39 en 2017 et 29 d'entre eux ont vu leur fortune augmentée par rapport à l'année précédente.

¹⁸ <https://www.worldwealthreport.com/Global-HNWI-Population-and-Wealth-Expanded>

¹⁹ <http://bfmbusiness.bfmtv.com/monde/le-nombre-de-millionnaires-francais-va-exploser-d-ici-a-cinq-ans-894868.html#content/contribution/edit>

²⁰ *Global Wealth Report 2016* : <https://www.credit-suisse.com/corporate/fr/articles/news-and-expertise/the-global-wealth-report-2016-201611.html>

²¹ *Le Monde*, En 2015, l'ISF a rapport 5,224 milliards d'euros, Patrick Roger, 9 juin 2016

9. **Richesse par les revenus.** En ce qui concerne les revenus, il résulte de la fiche thématique de l'Insee sur les revenus du 28 juin 2016 que le revenu disponible annuel médian est de 29.540 €. Le revenu annuel moyen disponible par ménage selon la tranche de revenu en 2013 était de 94.920 € pour le dernier décile (D9). Les revenus du patrimoine représentent 26% du revenu disponible pour les ménages du dernier décile. Ils représentent entre 7% et 10% du 7^{ème} décile jusqu'au 9^{ème} décile et 6% au 6^{ème} décile.

Selon le rapport 2014 de la fiscalité des ménages du ministère des finances le dernier décile est constitué par 3.642.875 contribuables qui ont une borne inférieure de revenu imposable de 47.030 €. Le dernier centile de revenu dans cette catégorie a une borne inférieure de revenu de 118.491 € représentant 364.288 contribuables soit 25% du revenu imposable de la catégorie et totalisant 37% de l'impôt sur le revenu et de la CSG.

En 2015, au-delà de 100.000 € de revenus, il avait été dénombré 702.665 foyers fiscaux sur 17.000.000 de foyers imposés à l'impôt sur le revenu. Leur décomposition par tranche de revenus de présente ainsi :

| Entre | Nb de contribuables |
|---------------------------|---------------------|
| 100 000 € à 200 000 € | 565 584 |
| 200 000 € à 300 000 € | 82 509 |
| 300 000 € à 400 000 € | 25 368 |
| 400 000 € à 500 000 € | 10 980 |
| 500 000 € à 600 000 € | 5 701 |
| 600 000 € à 700 000 € | 3 329 |
| 700 000 € à 800 000 € | 2 108 |
| 800 000 € à 900 000 € | 1 406 |
| 900 000 € à 1 000 000 € | 1 050 |
| 1 000 000 € à 2 000 000 € | 3 351 |
| 2 000 000 € à 3 000 000 € | 631 |
| 3 000 000 € à 4 000 000 € | 259 |
| 4 000 000 € à 5 000 000 € | 135 |
| 5 000 000 € à 6 000 000 € | 65 |
| 6 000 000 € à 7 000 000 € | 47 |
| 7 000 000 € à 8 000 000 € | 27 |
| 8 000 000 € à 9 000 000 € | 22 |
| Plus de 9 000 000 € | 93 |
| TOTAL | 702 665 |

Le nombre de contribuables qui déclarent plus de 200.000 € avait augmenté entre 2012 et 2015 de 0,6% et étaient passés de 141.164 à 142.146 foyers. En 2014, les contribuables dont le revenu de référence est supérieur à 200.000 € avait baissé de 8% pour passer à 137.081 foyers fiscaux au lieu de 148.268 l'année précédente. Dans toutes les catégories de contribuables au-delà de 200.000 €, le nombre de foyers a baissé. Entre 400.000 € et 500.000 € ils avaient baissé de 15% et au-delà de 9.000.000 € ils avaient chuté de 35%.

Entre 2014 et 2015, le nombre de contribuables ayant déclaré des revenus supérieurs à 1.000.000 € ont augmenté de 11%. Ils étaient 4.630 en 2014 alors qu'ils étaient 5.148 en 2015.

Selon l'Observatoire des inégalités le seuil de richesse est le double du revenu médian soit 3.045 € pour une personne seule, 5.940 € pour un couple et 7.797 € pour une famille avec deux enfants²². L'observatoire tempère lui-même sa notion de richesse en indiquant que « nos catégories aisées rassemblent des ménages aux revenus très inégaux, des cadres supérieurs aux PDG de multinationales ».

L'observatoire des inégalités a indiqué dernièrement que 2.700.000 personnes gagnent plus de 61.000 € par an en France. Ils représentent 10% des plus riches et reçoivent « une masse de revenus 1,4 fois plus importante que les 50% du bas de la pyramide »²³.

L'observatoire considère que pour faire partie du club des 1% des français les plus riches il faut avoir un revenu annuel de 162.400 €. Les ultras-riches soit 27.000 personnes perçoivent un revenu de 536.000 €. Enfin, 267 personnes auraient de revenus de 19.000.000 € environ.

L'observatoire souligne le caractère très hétérogène des riches. Il reconnaît qu'avec 60.000 € de revenus annuels, la vie n'est pas comparable avec le reste des riches. Il ajoute « qu'avec au moins 500.000 € par an, on poursuit d'autres stratégies financières : on protège ses descendants pour des générations entières et l'argent perçu sert à la fois à mener un standing de vie extrêmement luxueux et à accumuler un patrimoine diversifié (immobilier, entreprises, œuvres d'art, ect...) »²⁴.

10. La classification des riches par la place financière. Le monde financier et bancaire a divisé les profils de riches en deux sous-ensembles les High Net Worth Individuals (HNWI) et les Ultra - High Net Worth Individuals (UHNWI).

Les High Net Worth Individuals dont la traduction pourrait être « personne de haute valeur » sont celles qui disposent d'un patrimoine d'au moins un million de dollars.

Les Ultra - High Net Worth Individuals (UHNWI) sont les personnes qui possèdent un patrimoine d'au moins 30 millions de dollars en excluant la résidence principale, les biens de consommations et les biens de collections.

Dans sa quatrième édition le rapport Wealth-X 2015-2016 de la banque UBS, indique qu'il y a 212.615 UHNW dans le monde et qu'ils sont en augmentation de 0,8%. La France a suivi ce rythme de croissance puisque le nombre de UHNWI avait cru de presque 6%. Elle comptait 4.750 personnes ultra-riches avec une fortune cumulée de 565 milliards de dollars, soit en moyenne 110 millions de dollars par personne selon le rapport Wealth-X. La France est dans le top 10 des pays comptant le plus d'ultra-riches.

Le rapport annuel établi par le cabinet New World Wealth pour la société britannique de services immobiliers Knight Frank dénombre quant à lui 3.300 personnes.

²² http://inegalites.fr/spip.php?article1432&id_rubrique=171&id_groupe=9&id_mot=130

11. **Classification des riches.** La synthèse des approches statistiques, fiscales et des pratiques financières, conduit à nous essayer à une synthèse et à proposer une classification. Nous pourrions considérer qu'une personne est fortunée lorsqu'elle dépasse les montants de revenus et / ou de patrimoine ci-après :

Les riches : Ils disposent de 100.000 € au minimum de revenus annuels et / ou sont propriétaires d'un patrimoine net de 1.300.000 € ;

Les ultra-riches : Ils ont plus de 300.000 € de revenus annuels et / ou sont propriétaires de 5.000.000 € de patrimoine net ;

Les supra-riches : Ce sont les milliardaires français.

12. **Définition de la gestion de fortune.** Il n'existe pas de définition légale ou réglementaire de la gestion de fortune. La gestion de fortune est un concept touchant tant à l'univers financier que juridique. Objet de fantasmes de la part du grand public et des novices il est difficile d'en définir les contours compte tenu de la multitude des sujets qu'elle recouvre et des différents acteurs qui y exercent leur activité professionnelle.

La gestion de fortune se distingue de la gestion du patrimoine et aussi du family-office. La gestion du patrimoine est souvent confondue avec la gestion de fortune. Le site d'information grand public « finance de marché » donne la définition suivante de la gestion de fortune :

« Appelée aussi Gestion de patrimoine, la Gestion de fortune fait référence à l'ensemble des prestations et placements offerts à des individus fortunés, de façon personnalisée, de la part de banques ou de structures indépendantes. Ces services recoupent différentes aires, allant des simples placements financiers aux conseils en bourse, en passant par l'optimisation fiscale, les conseils légaux et l'investissement immobilier. Ils sont offerts à des personnes au patrimoine conséquent ». Cette confusion de la gestion de fortune avec la gestion du patrimoine est reprise par de nombreux sites grands publics (ooreka) ou plus spécialisés (gestiondepatrioine.org).

Le *family-office* est une notion totalement distincte tant de la gestion du patrimoine que de la gestion de fortune.

Certaines banques privées propose des services de family-office qui sont des services de gestion de fortune proposés non pas à une personne mais une famille.

Le multi family-office concerne quant à lui non pas seulement une famille mais un groupe familial au sens large.

13. **Pression fiscale en France.** La France est l'un des pays les plus taxés au monde²⁵. Les recettes fiscales ont atteint 45,5% du PIB ce qui fait de la France la vice-championne du monde des prélèvements obligatoires derrière le Danemark (45,6%), sachant que la moyenne des pays riches est de 34,3%²⁶. Au-delà de l'impact psychologique du chiffre il convient de constater que son importance résulte moins du poids de la fiscalité que celui des cotisations sociales. En effet, les cotisations sociales représentent 40% des recettes fiscales, ce qui est largement supérieur à la moyenne de l'OCDE de 26,10%. Les recettes de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés ne sont que de 24,2% en France contre 33,7% de la moyenne de l'OCDE.

Le poids de l'impôt sur le revenu est de 10,7% en France contre 11,6% pour la moyenne de l'OCDE.

²³http://inegalites.fr/spip.php?page=article&id_article=2261&id_groupe=9&id_mot=164&id_rubrique=171

²⁴http://inegalites.fr/spip.php?page=article&id_article=2261&id_groupe=9&id_mot=164&id_rubrique=171

²⁵ Le Figaro, La France, vice-championne du monde des taxes, Anne Cheyvialle, 3 décembre 2015

²⁶ OCDE, Statistiques des recettes publiques 2016

Celui de la fiscalité sur le patrimoine est de 8,4% alors que la moyenne se situe aux alentours de 6% et que cinq pays dont les États-Unis ont des taux supérieurs à 10%.

Ce tempérament au poids de la fiscalité en France n'en fait franchement pas un pays à fiscalité attractive et laisse notre pays dans le peloton de tête des pays les plus fiscalisés au monde même après correction du coût social. Pour s'en conforter, il suffit d'étudier le rapport établi en 2017 par l'OCDE²⁷ qui révèle que la France se situe au quatrième rang mondial du coût fiscal du salarié moyen en 2016 avec un taux supérieur à 45%. L'imposition dont il s'agit comprend les charges sociales de l'employeur et du salarié ainsi que l'impôt sur le revenu y afférant. La France est même championne du monde des prélèvements sur les revenus du travail pour un couple marié avec deux enfants et ne disposant que d'un seul salaire moyen. 45,6% seulement des foyers fiscaux soit 17,1 millions ont payé l'impôt sur le revenu en 2015 sur un total de 37,4 millions. Les 10% de contribuables les plus fortunés (702.665 foyers), c'est-à-dire ceux gagnant plus de 100.000 € par an, concentrent 70% des recettes de l'impôt sur le revenu²⁸.

Les 342.942 foyers redevables de l'impôt sur la fortune en 2015 sont souvent ceux qui font partie du dernier décile de l'impôt sur le revenu. Titulaires d'un patrimoine ils seront également redevable des droits de successions. Ces français les plus riches ont l'impression de supporter un poids de l'impôt trop important par rapport au reste des français. Les chiffres démontrent de manière indiscutable que l'impôt sur le revenu et l'impôt sur le patrimoine repose majoritairement sur ces français les plus fortunés.

Ce déséquilibre est la source de la fracture fiscale qui s'opère en France. Non seulement le poids de l'impôt pèse lourdement sur les français les plus fortunés mais en plus ils subissent des taux élevés. Leurs revenus sont parfois frappés à des taux d'imposition qui peuvent être largement supérieurs à la moitié des revenus nets. En outre, ils doivent supporter une imposition sur le patrimoine également à des taux très forts.

A l'impôt sur le revenu, le barème est certes progressif mais on atteint rapidement la tranche à 30%. Celle-ci est atteignable dès 26.818 €. Ensuite, dès 71.898 € la tranche applicable est celle de 41%. Enfin, au-delà de 152.260 €, la tranche d'imposition maximale est de 45%. Il n'y a que cinq tranches d'impositions en comprenant celle à 0%.

De plus, les personnes qui bénéficient de hauts revenus se voient frappées de la contribution exceptionnelle sur hauts revenus. Elle est due dès lors que le foyer fiscal est passible de l'impôt sur le revenu et si le revenu fiscal de référence dépasse les montants suivants :

- 250.000 € pour un célibataire, veuf, séparé ou divorcé ;
- 500.000 € pour un couple, marié ou pacsé, soumis à imposition commune.

Cette contribution est de 3% lorsque les revenus du célibataire, veuf, séparé ou divorcé est compris entre 250.001 € et 500.000 €, puis 4% à partir de 500.001 €.

Pour un couple, marié ou pacsé, soumis à imposition commune, le taux de la contribution est de 3% lorsque le revenu fiscal de référence excède 500.001 €. Elle est de 4% au-delà de 1.000.000 €.

En 2014, il y avait 24.773 contribuables soumis à cette contribution, contre 29.683 en 2012. Cette contribution n'avait rapporté que 369 millions cette année-là, ce qui marque un net recul par rapport aux années 2013 (522 millions d'euros) et 2012 (630 millions d'euros)²⁹.

²⁷ *Taxing Waves 2017, OECD*

²⁸ *Le Figaro, Impôt sur le revenu : 10% des foyers fiscaux concentrent 70% des recettes, Pauline Château, 3 août 2017*

²⁹ *Le Figaro, De moins en moins de riches payent la « surtaxe Sarkozy », 22 septembre 2015*

Pour les très hauts revenus, le taux marginal d'imposition maximal de l'impôt sur le revenu est de 45%, auquel on peut donc rajouter jusqu'à 4% de contribution exceptionnelle sur hauts revenus, soit un taux global maximal de 49%. Si l'on ajoute le fait que certains revenus du patrimoine (revenus fonciers par exemple) sont frappés par les contributions sociales qui sont aujourd'hui de 17,2%, le taux d'imposition total sera de 66,2%. Le taux de l'imposition globale peut franchement apparaître confiscatoire.

Les français les plus fortunés sont redevables l'impôt sur la fortune immobilière. La France est l'un des rares pays au monde à disposer d'un impôt sur le patrimoine. Seuls des pays comme la Suisse, la Norvège, le Liechtenstein, l'Inde et les Pays-Bas possèdent un impôt de même nature. Le Luxembourg a quant à lui un impôt sur la fortune sur certaines sociétés.

Il s'agit d'un impôt emblématique en France dont le poids politique est inversement proportionnel à sa dimension dans les ressources budgétaires de l'État. Cet impôt n'a rapporté à l'État que 5,224 milliards d'euros en 2015 (sur un budget en 2015 de 370 milliards). L'impôt sur la fortune dans le budget 2017 ne devrait rapporter que 5,4 milliards d'euros³⁰ et l'impôt sur la fortune immobilière devrait représenter moins d'un milliard de rentrées budgétaires.

Quoiqu'il en soit l'impôt sur la fortune moyen était de 15.233 € en 2015. Tout particulier rentre dans le champ d'application de l'impôt sur la fortune dès lors que son patrimoine net est supérieur à 1.300.000 € au 1^{er} janvier.

La Cour des comptes dans son rapport publié en 2009 sur la fiscalité du patrimoine avait considéré que l'impôt sur la fortune avait des bases étroites, des exonérations croissantes qui le dénaturent et des taux élevés qui rendent cet impôt mal supporté, alors même que son rendement est marginal³¹. La Cour des comptes a parfaitement raison de souligner les taux élevés de cet impôt. Le barème est progressif et débute avec un taux à 0,5% pour la fraction de la valeur nette du patrimoine entre 800.001 € et 1.300.000 €. Il est de 1% à compter de 2.570.000 € jusqu'à 5.000.000 € et le taux marginal d'imposition maximal est de 1,5% à compter de 10.000.000 €.

L'impôt sur la fortune a un impact négatif extrêmement élevé sur les redevables. Il ne fait que souligner la trait de la surfiscalisation des fortunes. Ce sentiment résulte du fait que le patrimoine est taxé à l'impôt sur la fortune alors qu'il a été acquis au moyen de revenus également lourdement frappé chez les plus riches. Si le patrimoine a été acquis par la voie de l'héritage, là encore il est prétexté qu'il a déjà fait l'objet d'une imposition au titre des droits de succession.

En outre, même parmi les riches, l'injustice fiscale existe à plein avec l'impôt sur la fortune. L'impôt sur la fortune est en effet souvent critiqué sur le fait qu'il s'agit plus d'un impôt pour les millionnaires que pour les milliardaires³². Pire, certains millionnaires éligibles à l'impôt sur la fortune se sont retrouvés par le passé avec un montant à payer pour l'impôt sur la fortune supérieur à leurs faibles revenus. Les médiatiques paysans de l'île de Ré constituent le parfait exemple³³. L'instauration de l'impôt sur la fortune immobilière en 2018 vient diviser les richesses immobilières et celles financières où seules les premières sont frappées par l'impôt. On a connu mieux en matière d'équité devant l'impôt.

Le mille-feuille de la fiscalité patrimoniale des plus fortunés après une première couche d'impôt sur le revenu, une deuxième couche d'impôt sur la fortune, se termine par celle des droits de successions. Les droits de succession rapportent 9 milliards d'euros à l'État et les droits de donations 1 milliard d'euros. Les droits de successions se caractérisent eux aussi par une assiette

³⁰ *Projet de loi de finances pour 2017 : le budget de 2017 et son contexte économique et financier, rapport législatif, 24 novembre 2016, Sénat*

³¹ *Cour des Comptes, Conseil des prélèvements obligatoires, Le patrimoine des ménages, mars 2009*

³² *Bettencourt, Arnault ...comment les milliardaires échappent à l'impôt sur la fortune, L'Obs, 8 juin 2016*

³³ *Les « riches malgré eux » de l'île de Ré et l'impôt sur la fortune, Sud Ouest, Pierre-Marie Lemaire, 29 novembre 2010.*

extrêmement très large puisque les biens exonérés sont rares et des taux extrêmement élevés. Là encore le barème d'imposition est progressif. Comme d'habitude la France est en pole position par rapport à nos partenaires européens s'agissant de l'imposition des successions.

A titre d'exemple, les droits de succession dans les pays ci-après sont les suivants :

- Allemagne : de 7% à 30%
- Belgique : de 3% à 30%
- Italie : 4% au-delà de 1.000.000 €
- Luxembourg : Pas de droits de succession en ligne directe

Dans notre pays, le conjoint ou le partenaire pacsé bénéficie d'une exonération générale et totale des droits de succession.

S'agissant des autres héritiers ou légataires, ils disposent d'abattements sur leurs parts d'héritage, dépendant du lien de parenté avec le défunt. Cet abattement est de :

- 100.000 € pour chaque enfant depuis le 17 août 2012 (alors qu'il était de 159.325 € auparavant) ;
- 100.000 € pour chaque ascendant (parents, grands-parents) depuis le 17 août 2012 (alors qu'il était de 159.325 € auparavant) ;
- 1.594 € pour chaque petits-enfants et pour chaque arrière-petits-enfants ;
- 15.932 € entre frère et sœur ;
- 7.967 € entre neveu ou nièce ;
- 1.594 € dans toutes les autres situations.

Force est de constater que les abattements apparaissent relativement faibles pour les plus fortunés. Une fois appliqué l'abattement, les droits de successions vont être calculés en utilisant un barème dépendant du lien de parenté avec le de cujus. En ce qui concerne, les droits de succession en ligne directe, il convient de souligner que la tranche au taux de 20% est atteinte extrêmement rapidement puisqu'elle est applicable dès lors que la part taxable est de 15.932 €. De surcroît, elle est large car elle va jusqu'à 552.324 €. Après la tranche à 20%, s'applique le taux de 30% pour fraction de 552.324 € à 902.838 €. Ensuite on trouve, la tranche de 40% de 902.838 € à 1.805.677€. Enfin, la tranche marginale d'imposition maximale de 45% s'applique au-delà de 1.805.677 €.

Entre frères et sœurs, le tarif est de 35% pour la part taxable inférieure à 24.430 € et 45% au-dessus. Pour les successions entre parents jusqu'au 4^{ème} degré inclus, le tarif est de 55% jusqu'au 4^{ème} degré inclus alors que les pour les successions entre parents au-delà du 4^{ème} degré ou entre personnes non parents le tarif est de 60%.

Nous constatons que le taux d'imposition des riches sera au minimum de 20% dans le cadre d'une succession en ligne directe. Pour les plus fortunés le taux d'imposition sera de 45% ce qui est colossal. Face à cette fiscalisation importante de la succession, les fortunes se tournent naturellement vers une transmission anticipée de leur patrimoine au moyen des donations.

D'une manière générale, on ne peut pas dire que le législateur moderne ait eu la volonté de favoriser la transmission anticipée des patrimoines. En effet, dans les grandes lignes la fiscalité des donations est identique à celle des successions. Il n'existe plus de réduction sur les droits de donation, sauf pour certaines donations réalisées dans le cadre du dispositif du pacte Dutreil, dont on peut douter de sa pérennité à court ou moyen terme.

Il existe néanmoins un dispositif codifié à l'article 790 G du CGI exonérant les donations exceptionnelles de sommes d'argent pour un montant maximal de 31.865 € au profit de son enfant, petit-enfant ou arrière-petit-enfant dès lors que le donateur a moins de 80 ans. L'exonération est renouvelable tous les 15 ans.

L'intérêt fiscal de la donation réside dans la détermination de l'assiette taxable lorsqu'elle pour objet la nue-propriété comme nous le verrons au chapitre 2 du titre I.

Souvent, la réalisation des donations par les plus fortunés ne permet pas d'échapper au taux de 45%. Elle réduit néanmoins considérablement l'assiette taxable lorsque la donation est faite en nue-propriété et par voie de conséquence la note fiscale.

L'analyse sommaire des mécanismes d'imposition des plus fortunés à l'impôt sur le revenu, à l'impôt sur la fortune et enfin aux droits de mutations à titre gratuit démontrent la lourde fiscalisation dans chaque catégorie d'impôt. Si l'on empile les fiscalisations de ses trois impôts, nous pourrions considérer que les riches sont surfiscalisés en France. Pour les ultra-riches, la surfiscalisation est même sans commune mesure.

En synthèse une personne très fortunée percevant un revenu net de 1.000 € subit une taxation patrimoniale globale qui pourrait s'illustrer ainsi :

- Stade 1 : à l'impôt sur le revenu (hors contributions sociales) : $1.000 \text{ €} \times 45\% = 450 \text{ €}$, soit 550 € net ;
- Stade 2 : contribution exceptionnelle sur les hauts revenus : $1.000 \text{ €} \times 4\% = 40 \text{ €}$, soit 590 € net ;
- Stade 3 : impôt sur la fortune à 1,5% : $590 \text{ €} \times 1,5\% = 9 \text{ €}$ pour une année, soit par exemple sur 20 ans : 180 €, soit net 410 € ;
- Stade 4 : droits de succession : $410 \text{ €} \times 45\% = 185 \text{ €}$, soit un net disponible final de 225 € ;

Dès lors, à euro courant, dans notre exemple, le taux d'imposition patrimonial est de 77,5% pour les plus fortunés.

Cette taxation des fortunes les conduit à mettre en place des techniques de contournements de l'impôt. Ils doivent alors prendre attache avec des spécialistes en gestion de fortune pour optimiser leur situation fiscale. Les acteurs sont nombreux et hétérogènes, mais le Notaire est un interlocuteur privilégié.

Les stratégies d'évitement de l'impôt conduit les plus riches à envisager de se délocaliser hors de France pour optimiser la gestion fiscale de leur patrimoine. On parle alors d'expatriation fiscale.

14. **Expatriation fiscale.** L'expatriation fiscale consiste pour une personne physique à changer de résidence fiscale afin de se trouver dans une situation fiscale favorable. Le terme d'exil fiscal est également utilisé pour l'expatriation fiscale.

La France est après la Chine et l'Inde le 3^{ème} pays faisant fuir ses millionnaires selon un classement établi par un cabinet de conseil sud-africain, New World Wealth. Selon ce cabinet c'est près de 42.000 millionnaires français qui auraient quittés la France entre 2000 et 2014³⁴. Selon ce cabinet, 25% des « High-net-worth » auraient quittés le pays sur cette période.

L'expatriation fiscale concerne les personnes les plus fortunés. Le battage médiatique a régulièrement mis sur le devant de la scène des grands patrons³⁵ (M. Chris Viehbacher, M. Bernard Arnault, M. François-Henri Pinault, Patrick Drahi), des sportifs de haut niveau (Yannick Noah) ou des artistes (Charles Aznavour, Johnny Halliday, Gérard Depardieu, David Guetta, etc...). Le phénomène est en réalité plus large et bien ancré chez les fortunes françaises et leurs conseils. L'expatriation fiscale concerne aujourd'hui des entrepreneurs d'ETI, de professionnels libéraux, des salariés cadres dirigeants de grandes entreprises et même des retraités. En pratique, les professionnels de la place constatent que le seuil à compter duquel les fortunes réfléchissent à une délocalisation s'est considérablement réduit depuis 10 ans. A compter de 5 millions d'euros, les fortunes entament cette réflexion avec leurs conseils. L'enquête du cabinet de conseil sud-africain, New World Wealth, confirme d'ailleurs cette tendance, puisque selon lui 40% des français disposant d'un patrimoine net moyen de 3,5 millions d'euros ont envie de quitter la France.

Quels sont les pays de prédilections de ces exilés fiscaux français ?

Au sein de l'Union européenne, la Belgique, le Luxembourg, le Royaume-Uni, la Suisse, l'Italie, l'Espagne et le Portugal sont les pays les plus prisés par les français quittant le territoire pour des raisons fiscales.

En dehors de l'Union-européenne, le Canada et les États-Unis sont des destinations fréquentes bien que la fiscalité ne soit pas dans ces cas-là le premier élément mis en avant dans ce choix. Contrairement à l'imaginaire collectif, la principauté de Monaco n'est pas un choix à privilégier dans le cadre d'un exil fiscal, sauf à changer de nationalité ce qui complexifie sa réalisation.

Le nombre d'expatriés fiscaux est difficile à établir. L'Administration ne communique pas de données sur cette question épineuse politiquement pour les gouvernements. Il faut reconnaître à sa décharge que la motivation principale d'un départ à l'étranger est souvent difficile à établir. D'ailleurs, selon une enquête de la direction des Français de l'étranger de l'étranger et de l'administration consulaire réalisée en 2012, l'expatriation qui concerne 6% des français répond en premier lieu à des motivations familiales, professionnelles ou personnelles³⁶.

Quand bien même serait-elle fiscale, le contribuable quittant la France envoie rarement un faire-part fiscale à l'Administration, sauf pour des personnalités particulières telles que M. Gérard Depardieu.

Le profil des exilés fiscaux est relativement jeune, dynamique et fortuné. La moyenne d'âge de ces exilés est de 54 ans alors que la moyenne d'âge des contribuables à l'impôt sur la fortune est de 66 ans. Les exilés sont majoritairement actifs puisqu'il s'agit des dirigeants pour 33% et des cadres pour 31%³⁷.

³⁴ *Quels sont les pays qui font fuir leurs millionnaires ? Le Figaro économie, Raphaëlle André, 30 juillet 2015 ; Cabinet New World Wealth (NWW), «la migration des millionnaires en 2015 ».*

³⁵ *Faut-il s'alarmer de « l'exode » des patrons du CAC 40 ? , L'express, 4 juin 2014*

En 2016, l'Administration a transmis son rapport annuel au président des Républicains de la commission des finances de l'Assemblée Nationale, M. Gilles Carrez³⁶, dans lequel il était indiqué que le nombre de départs à l'étranger des foyers dont le revenu fiscal de référence est supérieur à 100.000 € ont continuellement augmenté de 2007 jusqu'en 2014, dernière année de disponibilités des données. Cette année-là, il y a eu 4.100 départs chez ces ménages en hausse de 10% par rapport à l'année 2013. Ils représentaient 1% des contribuables de cette catégorie. En 2010, les départs n'étaient que de 1.330.

En revanche pour les contribuables les plus fortunés qui avaient plus de 300.000 € de revenu fiscal de références, le nombre de départ en 2014 était de 589 contre 659 en 2013. Ils représentaient 0,6% des contribuables de cette catégorie. La tendance de l'expatriation pour les plus fortunés suit celle des fortunés sur la période étudiée.

En 2014, la France a perdu 75 ultra-riches classés dans la catégorie des revenus supérieurs à 1.000.000 d'euros.

Si l'on étudie le phénomène de l'expatriation au regard de l'impôt sur la fortune nous retrouvons bien évidemment la même évolution. En 2014, c'est 784 contribuables de l'impôt sur la fortune qui se sont délocalisés à l'étranger contre 815 en 2013. Depuis 2011, ces contribuables partant de France avaient augmenté entre 10% et 20% par an.

Un des autres indicateurs de l'expatriation fiscale est le nombre de déclaration *d'exit-tax*. En 2014, il y a eu 400 déclarations seulement. De 2012 à 2014, c'est 1.400 contribuables qui ont établi une déclaration d'exit-tax. 70% d'entre eux avaient un revenu fiscal de référence supérieur à 100.000 €.

15. **Acteurs financiers de la gestion de fortune.** Toutes les grandes banques disposent des pôles de banques privée soit par création, soit par acquisition d'un établissement pré-existant. Selon les banques le minimum d'actifs financiers liquides détenus dans leur établissement permettant d'obtenir les services de banque privée sont compris entre 250.000 € (BNP Paribas) et 1.000.000 € (Société Générale). Une banque privée propose des services plus ou moins nombreux selon son histoire ou sa spécialisation. La banque privée va au-delà de la gestion financière en architecture ouverte. La banque privée offre obligatoirement des services de gestion des avoirs financier et du portefeuille. Elle intègre également souvent des services globaux à la gestion du patrimoine permettant de traiter les questions matrimoniales, fiscales et juridiques. L'offre de ces services peut être plus ou moins large.

En général un banquier privé ne s'occupe que de 80 à 100 familles possédant plus de 1.000.000 € de patrimoine. En principe le conseiller patrimonial en gestion de fortune gère entre 30 et 70 clients seulement.

Certaines banques privées n'offrent que des services de gestion de fortune. Il en va ainsi par exemple d'Edmond de Rothschild qui est accessible à partir d'un million d'avoirs financiers et de Lombard Odier ou d'HSBC private banking qui sont accessibles à compter de trois millions d'avoir.

D'autres établissements financiers ont segmenté leurs offres entre la banque privée et la gestion de fortune.

³⁶ Pourquoi les contribuables aisés quittent de plus en plus la France, Hayat Gazzane, *Le Figaro*, 24 novembre 2016

³⁷ Exil Fiscal ; La France per des actifs, Cécile Couzel, 11 janvier 2013

³⁸ Exil fiscal : les départs à l'étranger des contribuables aisés ne faiblissent pas, Ingrid Feuerstein, *Les Échos*, 23 novembre 2016

Généralement les services de gestion de fortune sont encore plus complets que les services proposés en banque privée. Ils sont encore plus personnalisés eu égard au fait que les conseillers patrimoniaux ont un portefeuille de clients encore plus réduits. Chez BNP Paribas le client qui détient 250.000 € d'avoirs financiers peut être géré par la banque privée alors que s'il détient 5.000.000 € d'avoirs il peut dépendre de la gestion de fortune. À la Société Générale Private Banking, un conseiller ne gère que 20 familles détenant plus de 20.000.000 € de patrimoine.

De manière générale, la segmentation au niveau du secteur bancaire peut se faire de la manière suivante en fonction du montant confié :

Entre 150.000 € et 1.000.000 €, on parle de gestion patrimoniale ;

Entre 1.000.000 € et 5.000.000 €, on parle de gestion privée ;

Au-delà de 5.000.000 €, on parle de gestion de fortune.

Les services bancaires en gestion de fortune consistent comme en banque privée traditionnelle à accompagner le client dans ses placements financiers. La relation commerciale avec les clients est donc plus personnalisée. Il y a un reporting consolidé personnalisé du portefeuille financier. En outre, des envois d'informations patrimoniales sont réalisés régulièrement (actualités juridiques et fiscales, lettres d'informations, conférences, ect...).

Les banques ne sont pas les seuls intervenants du secteur financier pour la clientèle relevant de la gestion de fortune. A côté des banques, le principal intervenant est le conseiller en gestion du patrimoine indépendant. Il s'agit d'un professionnel indépendant spécialisé en gestion du patrimoine des particuliers. La profession de conseiller en gestion du patrimoine indépendant n'est pas une profession réglementée comme peut l'être par exemple celle du Notariat. Il n'y a donc pas de définition légale ou réglementaire de la profession. Le conseiller en gestion du patrimoine indépendant a principalement une activité de conseil. La dimension de ce conseil est plus ou moins large selon l'expérience du conseiller ou de la taille du cabinet. Son activité première est le conseil financier et bancaire consistant à proposer des placements financiers offrant une grande diversité. Il peut également assister ses clients au niveau social (prévoyance, retraite), immobilier (conseil, transaction), juridique et fiscal (conseils). Après analyse, ils conseillent, en toute indépendance, la mise en œuvre de stratégies adaptées. Ils offrent un service à haute valeur ajoutée permettant l'optimisation de leur patrimoine. Leurs interventions peuvent être rémunérées sous forme d'honoraires ou par rémunération liées aux investissements.

16. Acteurs juridiques de la gestion de fortune. Les acteurs juridiques en gestion de fortune sont principalement les avocats et accessoirement les Notaires. Les avocats intervenant sur la partie ingénierie alors que les Notaires régularisent les actes relevant de leur monopole. L'activité notariale spécialisée en gestion de fortune est en réalité peu développée en France. L'offre de conseil en droit patrimonial est très diffuse entre les cabinets d'Avocats, conseillers en gestion du patrimoine indépendant, les banques privées et quelques Offices notariaux spécialisés.

Parmi les cabinets d'avocats l'offre variée et large. Elle passe de cabinets de niches aux grands cabinets d'avocats d'affaires parmi lesquels on peut citer FIDAL ou CMS Francis LEFEBVRE qui ont des départements en droit du patrimoine.

Au niveau du Notariat, certains notaires spécialisés en droit patrimonial ont une activité importante sur la gamme de clientèle relevant de la gestion de fortune. Ils sont toutefois en nombre réduits à quelques unités à Paris (Groupes Althémis et Monassier par exemple), Lyon, Rennes (Lexonot), Nice ou le Genevois. Chaque année le magazine Décideurs établit un classement des meilleurs études notariales en gestion du patrimoine dont on peut douter de sa pertinence puisque pour en faire partie il faut payer³⁹.

Parallèlement, la masse des notaires traditionnels intervient également de manière sporadique et diffuse sur ce type de clientèle.

Le Notaire est parfaitement bien placé pour aider dans l'organisation, la gestion et la transmission afin d'optimiser le patrimoine de ses clients. Il s'agit d'un interlocuteur privilégié puisqu'il peut intervenir tout au long de la vie : mariage, pacs, divorce, acquisition immobilière, vente immobilière, donation, succession, etc....

Le Notaire dispose d'une aptitude naturelle à conseiller ses clients en matière patrimoniale. Il peut établir un bilan patrimonial ou intervenir sur certaines questions spécifiques en fonction des objectifs recherchés.

17. La mission du conseil du Notaire. Le règlement national des Notaires approuvé par le Garde des Sceaux en date du 22 juillet 2014 définit le rôle du Notaire dans l'article I. Cet article dispose que : « *Le notaire est l'officier public établi pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des copies exécutoires et copies authentiques (cf. l'Ordonnance n°45-2590 du 2 novembre 1945, art. 1er).*

Il est le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé et de droit public, le rédacteur impartial de leur volonté. Il leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédige leurs engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique assorti, le cas échéant, de la force exécutoire ».

Le rôle de conseil du Notaire est une composante intrinsèque de sa mission.

Le Conseil Supérieur du Notariat a établi la charte du notaire conseil patrimonial. Il ressort du préambule de cette charte que le Notaire s'est imposé dans l'esprit de chacun comme un professionnel compétent « à raison de la complexité du sujet et des conséquences importants des choix qui doivent être faits ». Il poursuit en précisant que « le notaire, par sa formation, sa culture, son expérience, son éthique, sa compétence, peut apporter une réponse spécifique et originale à ces besoins ». Cette charte qui est dédiée au conseil patrimonial ne définit malheureusement pas cette notion ce que l'on peut regretter. Dans les principes généraux, il est indiqué que le notaire est traditionnellement le généraliste des patrimoines. Ensuite dans le paragraphe dédié aux modalités d'exercice de l'activité du notaire conseil patrimoniale, il est seulement précisé que le notaire doit établir un bilan patrimonial. Cette charte est extrêmement réductrice du rôle du notaire conseil patrimonial mais elle a le mérite d'exister en fournissant un cadre institutionnel à l'intervention opérationnel du notaire conseil patrimonial. La charte se fonde sur une approche globale de l'intervention du notaire qui de surcroît est présenté comme un généraliste du patrimoine. Dans le domaine du patrimoine, le notariat a aujourd'hui deux composantes. La première est composée de l'armée des notaires traditionnels qui œuvrent effectivement comme des généralistes non seulement du patrimoine, mais aussi du droit

³⁹ <http://www.magazine-decideurs.com/classements/classement-2015-notaires-france-gestion-de-patrimoine>

immobilier et du droit de la famille. La seconde comprend une poignée de notaires spécialisés en gestion du patrimoine. Le notaire spécialisé en gestion du patrimoine ou en gestion de fortune doit posséder des compétences techniques et professionnelles particulières. La gestion de la clientèle de fortune suppose une attitude comportementale particulière. On ne gère pas une clientèle fortunée comme on traite la clientèle traditionnelle notariale.

Un peu comme dans le domaine bancaire, le Notaire spécialisé en gestion de fortune gère au quotidien moins de dossier qu'un notaire traditionnel. Le séquençage des dossiers notariaux de gestion de fortune sont particuliers dans le Notariat. Ils nécessitent de très nombreux rendez-vous préparatoires avant la signature des actes. D'ailleurs, dans certains dossiers, il n'y a que des conseils juridiques et / ou fiscaux qui ne s'ont pas finaliser par des actes.

Sur le plan technique, le notaire qui est amené à travailler sur des dossiers de gestion de fortune doit apporter bien évidemment la compétence de base qui appartient à chaque Notaire de France. Mais il doit aller au-delà. Conseiller une personne fortunée ne consiste pas seulement à établir un acte authentique relevant de la sphère de compétence notariale. Le Notaire doit obligatoirement être capable de travailler en équipe qui n'est d'ailleurs pas nécessairement la sienne. Il doit s'insérer dans le collectif de conseils de son client. Il s'agit le plus souvent du banquier, du conseiller en gestion du patrimoine, de l'expert-comptable et des différents avocats.

Le Notaire doit pouvoir comprendre la totalité de l'écosystème tant familial, que patrimonial et entrepreneurial de cette personne. Les patrimoines des fortunes sont larges et complexes. La recomposition des familles modernes ajoute à la difficulté. Les nouveaux modes de vies et les nouvelles tendances qui traversent notre société et donc la famille, incite à l'ingéniosité permanente ainsi qu'à l'innovation juridique et fiscale.

Le Notaire spécialiste en gestion de patrimoine et encore plus en gestion de fortune doit être force de proposition permanente et agitateur d'idées.

La complexité première des dossiers de gestion de fortune provient de leur technicité. Ces dossiers sont traversés par des sujets tant juridiques, que fiscaux, comptables et financiers. Le Notaire qui n'est pas un spécialiste de toutes ces matières doit toutefois disposer beaucoup plus que d'une culture générale dans ces domaines. Il doit avoir d'une solide formation en droit notarial bien évidemment et en particulier en droit de la famille et des successions, mais surtout en fiscalité tant patrimonial que d'entreprises. Il doit également avoir un excellent niveau en comptabilité général. Il lui faut également avoir une connaissance parfaite du droit des sociétés et du droit des obligations.

Une formation en grande école de commerce permet au Notaire spécialisé en gestion de fortune de mieux traiter les dossiers des entrepreneurs. Elle facilite la compréhension des enjeux patrimoniaux spécifiques à l'entreprise. Surtout, dans le cadre des dossiers de planification successorale d'une entreprise familiale, le Notaire pourra plus facilement procéder à la structuration de la transmission.

Pour les notaires qui pratiquent la gestion de fortune dans un contexte international, il leur appartiendra d'avoir une connaissance parfaite du droit international privé, du droit fiscal international du patrimoine et du droit comparé dans les principaux pays avec lesquels les fortunes de France ont leurs habitudes. Des pratiques de travail à l'international sont alors obligatoires avec une bonne maîtrise de l'anglais.

18. **Montage fiscal.** L'optimisation de la situation fiscale est souvent résumée par la terminologie « montage fiscal ». Un montage fiscal consiste à rechercher l'optimisation de l'imposition des revenus ou du patrimoine en réduisant la charge fiscale du redevable au moyen de la construction d'une situation juridique, fiscale et financière. L'optimisation fiscale et le montage fiscal se confondent. Le montage fiscal étant l'application matérielle de l'optimisation fiscale.

L'optimisation fiscale ou le montage fiscal se distingue de l'évasion fiscale et de la fraude. La frontière entre les trois notions est souvent difficile à établir.

L'évasion fiscale « consiste à contourner volontairement la législation fiscale »⁴⁰. Elle relève tant de l'optimisation que de la fraude. Le coût de l'évasion fiscale est de l'ordre de 60 à 80 milliards par an.

Selon le Conseil des prélèvements obligatoires, il s'agit de « l'ensemble des comportements du contribuable qui visent à réduire le montant des prélèvements dont il doit normalement s'acquitter. S'il a recours à des moyens légaux, l'évasion entre alors dans la catégorie de l'optimisation. À l'inverse, si elle s'appuie sur de techniques illégales ou dissimule la portée véritable de ses acteurs, l'évasion s'apparente à la fraude »⁴¹.

L'optimisation fiscale ou le montage fiscal est « utilisé dans le but d'échapper à l'impôt par différents moyens légaux »⁴². La structuration mise en place permettra de réduire au maximum les charges de l'impôt tout en se servant des avantages de la loi et sans commettre des infractions au regard de la loi fiscale applicable.

La fraude fiscale est illégale contrairement à l'optimisation fiscale, sauf dans des conditions particulières (abus de droit par exemple).

Le montage fiscal fait appel à des professionnels : avocats, experts-comptables, auditeurs, conseiller en gestion de patrimoine, conseiller en gestion de fortune, notaires.

Le montage fiscal et l'optimisation fiscale y associé consiste à établir un diagnostic approfondi de la situation juridique et fiscale puis à construire la solution pour réduire l'imposition en mesurant les impacts financiers, comptables et fiscaux. Il convient d'évaluer les risques et de faire un audit des avantages et inconvénients. Tout en exploitant les avantages fiscaux offerts par la législation il y aura lieu de respecter toutes les règles fiscales en vigueur.

⁴⁰ *facil'éco, mieux comprendre l'économie, le portail de l'Économie, des finances, de l'Action et des Comptes publics,*

⁴¹ *Conseil des prélèvements obligatoires, La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle, mars 2007*

⁴² *facil'éco, mieux comprendre l'économie, le portail de l'Économie, des finances, de l'Action et des Comptes publics,*

19. **Les risques pour le professionnel.** Le Conseil constitutionnel⁴³ avait sanctionné l'article 79 de la loi de finances pour 2015 qui visait à réprimer la personne ayant, par son aide, facilité l'évasion et la fraude fiscales. Cet article prévoyait une amende fiscale pour les conseils apportant leur concours à des montages d'évasion fiscale. Cet article 79 prévoyait d'instaurer l'article 1740 C du CGI ainsi codifié : « Toute personne qui, avec l'intention de faire échapper autrui à l'impôt, s'est entremise, a apporté son aide ou son assistance ou s'est sciemment livrée à des agissements, manœuvres ou dissimulations conduisant directement à la réalisation d'insuffisances, d'inexactitudes, d'omissions ou de dissimulations ayant conduit à des rappels ou rehaussements assortis de la majoration prévue au *b* de l'article 1729 est redevable d'une amende égale à 5 % du chiffre d'affaires ou des recettes brutes qu'elle a réalisés à raison des faits sanctionnés au titre du présent article. L'amende ne peut pas être inférieure à 10 000 € ». Le Conseil constitutionnel avait considéré que la rédaction retenue ne permettait pas de déterminer si l'infraction fiscale ainsi créée était constituée en raison de l'existence d'un abus de droit commis par le contribuable conseillé ou si l'infraction était constituée par le seul fait qu'une majoration pour abus de droit était prononcée. La rédaction de l'article 79 ne permettait pas non plus de savoir si le taux de 5 % devait être appliqué au chiffre d'affaires ou aux recettes brutes que la personne poursuivie a permis au contribuable de réaliser ou que la personne poursuivie a elle-même réalisé. Le Conseil a donc considéré que le principe de légalité des délits et des peines, qui oblige à définir les infractions et les peines encourues en termes suffisamment clairs et précis, était méconnu.

La Commission européenne a proposé d'instaurer de nouvelles règles de transparence pour les intermédiaires en matière de planification fiscale le 21 juin 2017⁴⁴. Cette proposition prend la forme d'une modification de la directive sur la coopération administrative qui sera soumise au Parlement européen pour consultation et au Conseil pour adoption. Elle permettra d'avoir une approche harmonisée de l'Union pour la mise en œuvre des dispositions sur la communication obligatoire d'informations, recommandées dans le cadre du projet concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice (BEPS) de l'OCDE tel qu'approuvé par le G20. Dans le communiqué de presse sont visés les experts-comptables, les comptables, les banques et les avocats seulement. Seront concernés les professionnels qui conçoivent et font la promotion des dispositifs de planification fiscale pour leurs clients.

L'objectif de la Commission européenne est de lutter contre la planification fiscale agressive en intensifiant le contrôle exercé autour des activités inédites de planification fiscale et de conseils fiscaux. Les dispositifs transfrontières de planification fiscale qui comportent certaines caractéristiques (appelées « marqueurs ») et qui sont à l'origine de pertes potentielles de recettes pour les pouvoirs publics devront désormais faire automatiquement l'objet d'une déclaration aux autorités fiscales avant qu'ils ne soient utilisés. La Commission a recensé les principaux marqueurs, y compris l'utilisation des pertes pour réduire la charge fiscale, le recours à des régimes fiscaux spéciaux favorables ou à des dispositifs mis en œuvre par l'intermédiaire de pays qui ne répondent pas aux normes internationales de bonne comptent un paiement transfrontière en faveur d'un bénéficiaire résidant dans un pays à fiscalité nulle :

- concernent une juridiction disposant d'une législation sur la lutte contre le blanchiment de capitaux mal ou peu appliquée ;
- sont créés pour éviter de devoir déclarer des revenus en application des règles de transparence de l'Union ;
- contournent les obligations de l'Union en matière d'échange d'informations sur les décisions fiscales ;

⁴³ Conseil constitutionnel, décision du 29 décembre 2014 n°2014-707 DC

⁴⁴ Guillaume Poingt, *Bruxelles s'attaque aux professionnels de l'optimisation fiscale*, *Le Figaro*, 21 juin 2017

- établissent un lien direct entre les honoraires facturés par l'intermédiaire et les économies réalisées par le contribuable grâce à l'évasion fiscale ;
- font en sorte que les mêmes actifs bénéficient des règles d'amortissement dans plusieurs pays ;
- permettent aux mêmes revenus de bénéficier d'une réduction d'impôt dans plusieurs juridictions ;
- ne respectent pas les principes internationaux et de l'Union en matière de prix de transfert.

L'obligation de déclarer un dispositif transfrontière comportant un ou plusieurs de ces marqueurs incombera :

- A l'intermédiaire qui a fourni le dispositif transfrontalier pour qu'il soit mis en œuvre et utilisé par une entreprise ou un particulier ;
- Au particulier ou à l'entreprise destinataire du conseil, quand l'intermédiaire fournissant le dispositif transfrontalier n'est pas établi dans l'Union ou lorsque l'intermédiaire est tenu au secret professionnel ;
- Au particulier ou à l'entreprise mettant en œuvre le dispositif transfrontalier lorsqu'il est mis au point par des avocats ou des conseillers fiscaux en interne.

Même si les nouvelles règles ne fixent pas de seuil minimal pour la divulgation d'informations, les marqueurs donnant lieu à une déclaration permettent généralement de déterminer les situations à haut risque qui font intervenir des dispositifs élaborés. Les petites entreprises et les particuliers (sauf les individus particulièrement fortunés) ne disposeraient normalement pas des ressources nécessaires pour solliciter des conseils fiscaux sophistiqués. Ainsi, par effet, on peut supposer que l'obligation de déclaration concernerait essentiellement, en cas de transfert de la responsabilité, les grandes entreprises ou les particuliers les plus fortunés.

Outre les sanctions nationales, les intermédiaires qui ne respectent pas les obligations de déclaration courraient également le risque d'entacher leur réputation. Les obligations de déclaration proposées auront aussi un effet dissuasif en ce qui concerne la conception et la commercialisation de dispositifs de planification fiscale à caractère agressif, puisque ceux-ci pourront rapidement être neutralisés par les autorités.

20. **Plan.** Le Notaire est un professionnel incontournable, d'une manière ou d'une autre, dans les montages patrimoniaux d'optimisations fiscales. S'il est spécialisé en gestion du patrimoine il peut avoir un rôle prédominant en matière de conseil civil et fiscal pour les dossiers de gestion de fortune.

Le spectre de son intervention peut être extrêmement large dans le cadre d'un montage d'optimisation fiscale. En gestion de fortune, il est impossible de faire l'économie du conseil notarial lors de la structuration d'un montage d'optimisation fiscale. En gestion de fortune, chaque investissement porte en lui le germe d'un actif à transmettre. Le Notaire exercera pleinement son devoir de conseil tant au niveau civil que fiscal.

L'ingénierie patrimoniale appliquée à la gestion de fortune implique de réussir le mariage du droit patrimonial avec la fiscalité patrimoniale. Cette association parfaite est d'autant plus nécessaire dans la mise en place d'un montage d'optimisation fiscale. La réussite de l'optimisation fiscale suppose la construction d'un schéma juridique parfait avec l'emploi de techniques juridiques particulières appropriées à la gestion de fortune.

Le Notaire a une compétence pour instrumenter qui est limitée au territoire français. Toutefois, les spécificités de la clientèle fortunée française ou de celle étrangère le conduit à évoluer dans un contexte international. Nous avons vu précédemment que les français fortunés sont très actifs en matière d'expatriation. Le Notaire accompagne ce mouvement nécessairement au niveau patrimonial. Parallèlement, il est amené à traiter des dossiers d'optimisations fiscales par des étrangers concernant des investissements réalisés en France.

L'étude du conseil notarial dans ces montages appliqués aux fortunes, nécessitera de déterminer la typologie de dossiers où il a vocation à s'exprimer en pratique. L'objectif n'étant pas de faire une liste à la Prévert de tous les montages existant en gestion de fortune. L'exercice sortirait du cadre de notre analyse et ne présenterait pas d'intérêt particulier pour notre étude.

Le conseil notarial appliqué aux montages fiscaux des personnes les plus fortunées, concerne tout naturellement la planification successorale qui est le domaine naturel d'intervention pour le Notaire.

En gestion de fortune, l'optimisation fiscale est partout. Elle ne se limite pas seulement à économiser les droits de mutation à titre gratuit. Elle est présente pour chaque investissement immobilier ou mobilier. Il s'agit de mettre en place des schémas qui permettront de faire des économies sur les impôts sur le patrimoine (droits de mutation à titre gratuit, impôt sur la fortune) et sur les revenus.

L'optimisation fiscale n'est toutefois pas sans limite. Les abus sont diversement sanctionnés. Ils le sont parfois dans des proportions importantes. Le notaire qui participe à un montage d'optimisation fiscale doit être capable de faire naviguer son client en dehors des différents dispositifs sanctionnant les montages abusifs.

L'étude du conseil notarial dans les montages d'optimisation fiscale en gestion fortune implique de l'aborder dans deux dimensions : d'une part, le conseil notarial dans les montages d'optimisation fiscale avec un environnement strictement français ; d'autre part, le conseil notarial dans les montages d'optimisation fiscale présentant des éléments internationaux.

Titre I - Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte interne

Titre II – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte international

Titre I – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte interne

21. **Plan.** Les personnes fortunées ont un taux d'imposition patrimonial extrêmement fort. Elles sont encerclées par l'impôt : droits de succession, droits de donations, impôt sur le revenu, impôt sur la fortune, etc.

Pour éviter l'impôt patrimonial, ils se placent sous la protection des schémas patrimoniaux construits avec l'aide de leurs conseils, dont leur notaire.

Dans le cadre des montages d'optimisation fiscale, le notaire intervient généralement dans un contexte strictement français.

Les montages concernant la gestion de fortune font appel à des outils juridiques que le notaire doit avoir dans sa boîte à outils et les maîtriser parfaitement. Ces instruments juridiques seront employés pour la planification successorale mais également pour la structuration des investissements patrimoniaux.

L'impôt sur la fortune immobilière tient toujours une place à part entière dans les réflexions relatives aux montages fiscaux.

Cette organisation fiscale et juridique doit être mise en place à l'écart des dispositifs anti-abus. Le notaire doit construire une frontière entre les montages fiscaux exempts de tous reproches et ceux qui sont susceptibles de subir les foudres de la sanction qu'il doit proscrire.

Chapitre I – Les instruments juridiques pour l'ingénierie fiscale de la gestion de fortune

Chapitre II – La planification successorale en gestion de fortune

Chapitre III – La nécessaire structuration pré-transmissive de la gestion de fortune

Chapitre IV – L'optimisation de l'impôt sur la fortune pour la gestion de fortune en France

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internes

Chapitre I – Les instruments juridiques pour l’ingénierie fiscale de la gestion de fortune

22. **Plan.** La gestion de fortune utilise couramment des techniques juridiques traditionnelles pour structurer des montages d’optimisation fiscale. Il en va ainsi du démembrement et de la société civile. Toutefois, le démembrement comme la société civile doivent être maniées d’une manière très particulière lorsqu’ils touchent à la gestion de fortune. Non seulement, le notaire doit les utiliser avec une précision chirurgicale. Plus encore, il faut avoir à l’esprit que l’un et l’autre sont au service l’optimisation fiscale dont ils sont le support.

Nous ne pouvons pas parler de démocratisation pour ce qui concerne de l’application de la société civile et du démembrement dans les montages fiscaux des plus fortunés. Ils sont en effet trop peu nombreux d’une part et ces instruments sont en réalité utilisés également en gestion du patrimoine. Toutefois, ils sont absolument nécessaires à la construction du montage fiscal. Encore faut-il savoir les utiliser à bon escient.

La complexité des dossiers en gestion de fortune et le degré d’ingéniosité qu’il nécessite, amènent le professionnel à s’aventurer dans des schémas utilisant des techniques moins courantes telles que la Fiducie ou la tontine.

Section I – La technique du démembrement appliquée à l’optimisation fiscale en gestion de fortune

Section II – De la bonne utilisation de la société civile en gestion de fortune

Section III – La fiducie et la tontine : d’autres outils en gestion de fortune

Section I – La technique du démembrement appliquée à l’optimisation fiscale en gestion de fortune

23. **Pleine propriété.** L’article 544 du Code civil définit le droit de propriété comme étant « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Il s’agit donc d’un droit absolu, perpétuel et exclusif.

L’article 543 du Code civil dispose qu’ « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

Le droit de propriété est constitué par l’addition :

- du droit de jouir du bien qui se compose du droit d’en user (*usus*) et d’en percevoir les revenus (*fructus*) ;
- et du droit d’en disposer (*abusus*), c’est-à-dire de l’apporter, de le céder à titre gratuit ou onéreux, de l’échanger ou de le détruire.

24. **Nue-propriété.** Le nu-propriétaire conserve le droit de disposer du bien, en respectant les droits de l’usufruitier. En conséquence, il détient seulement le droit de disposer de la nue-propriété. Il ne peut donc disposer seul du bien.

Le contenu de ce droit se définit de manière résiduelle par rapport au droit d’usufruit. Le nu-propriétaire dispose des droits que l’usufruitier ne détient pas.

25. **Usufruit.** La définition de l’usufruit nous est donnée par l’article 578 du Code civil. Cet article dispose que « l’usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d’en conserver la substance ».

L’usufruit est par essence un droit temporaire, ce qui n’est pas précisé par l’article 578 du Code civil.

L’usufruitier dispose du droit d’usage (*usus*) et bénéficie des fruits (*fructus*).

L’usufruitier a droit à la jouissance et aux revenus du bien (C. civ. art. 582). En revanche, le droit d’usufruit ne donne pas droit aux produits du bien. Ces derniers se distinguent des fruits en ce qu’ils ne présentent pas de caractère périodique et que leur perception altère directement la substance du bien. Les produits sont un capital alors que les fruits constituent un revenu.

La distinction entre les fruits et les produits est parfois difficile. Tel est notamment le cas de la capitalisation des bénéfices ou de la distribution des réserves attachées à des valeurs mobilières. Sauf en cas de quasi-usufruit, l’usufruitier n’a pas le droit de vendre la chose (C. civ., art. 587).

26. **Ingénierie patrimoniale.** Le démembrement est incontournable dans les montages d’optimisation fiscale en matière de gestion de fortune. Il est utilisé de manière automatique et instinctive par la pratique notariale pour la planification successorale simplifiée.

Plus rarement, il est également appliqué dans le cadre de montage plus complexe. Ces montages peuvent concerner des schémas de planifications complexes (par exemple, apport-donation avec simple voire double démembrement). Le démembrement est également utilisé pour la structuration d’optimisation fiscale du patrimoine immobilier.

27. **Plan.** Le démembrement présente des intérêts juridiques et fiscaux considérables, ce qui explique son succès dans la gestion de fortune, notamment (§1).

Il présente toutefois des difficultés dans sa valorisation que le Notaire devra résoudre. Une évaluation mal maîtrisée des droits démembrés peut être source de difficulté tant au niveau familial que bien évidemment fiscal (§2).

Le démembrement voit peu à peu apparaître des outils concurrents sur le marché de l’ingénierie patrimonial (§3).

§ 1 – Les intérêts du démembrement

28. **Intérêts fiscaux.** L'utilisation du démembrement en matière de planification successorale est un outil essentiel pour le conseil en planification successorale. Il sert aussi bien à réaliser une transmission simple que de support pour des schémas extrêmement complexes. Il permet d'organiser juridiquement la transmission et son optimisation fiscale.

Il sert de vecteur de la transmission à travers le droit du patrimoine, le droit comptable, le droit des sociétés et le droit fiscal. Dans un cadre complexe, il n'est pas possible de limiter les effets du démembrement à une matière en particulier. Il doit au contraire être mis en œuvre en coordination des matières concernées pour que l'harmonie des objectifs des usufruitiers et nu-proprétaire soit assurée.

Pourquoi le démembrement de propriété est-il la clé de voute du schéma de transmission ?

La méthode du calcul des droits de mutation à titre gratuit explique pour beaucoup le vif succès de la transmission via la nue-proprété.

Les droits de donation et de succession sont en effet acquittés sur la valeur de la nue-proprété objet de la transmission. L'usufruit réservé par le donateur n'est pas assujéti aux droits de donation. Lors de son extinction au profit du nu-proprétaire il n'est pas non plus soumis aux droits de successions. Il résulte de l'article 1133 du CGI que l'extinction de l'usufruit par l'effet du temps ne donne lieu à aucune imposition à quelque titre que ce soit.

Sur un plan strictement économique, la valeur de l'usufruit des biens objet de la donation échappent in fine aux droits de mutation à titre gratuit. Le gain est important et il sera d'autant plus que la transmission est initiée le plus tôt possible dans l'âge de l'usufruitier. Il est en effet préférable par exemple de transmettre la nue-proprété d'un bien à 50 ans lorsque la valeur de l'usufruit est de 60% plutôt que d'attendre ses 75 ans où la même nue-proprété sur le même bien sera de 30%. Pour le même bien transmis et sur une valeur constante c'est 40% du bien qui aura été assujéti aux droits de donations contre 60% dans l'autre hypothèse.

29. **Intérêts juridiques.** Au-delà de l'intérêt fiscal, n'existe-t-il pas d'autres raisons justifiant l'emploi du démembrement pour la planification successorale ?

En réalité, le démembrement répond aussi bien à une volonté d'optimiser fiscalement sa transmission que de conserver le contrôle de son patrimoine. D'ailleurs, il est fort à parier que bon nombre des parents donateurs ne s'intéresseraient même pas à l'intérêt fiscal de la transmission s'ils n'avaient pas la sécurité que procure le démembrement à travers le maintien du pouvoir sur la gestion des actifs transmis. Grâce à une transmission organisée à travers le démembrement, l'ascendant a le sentiment d'avoir transmis son patrimoine sans pour autant s'en être départi.

Pour certains donateurs, la conservation de l'usufruit permet de conserver l'usage, la jouissance d'une résidence principale ou secondaire, ou d'un bien frugifère (immobilier locatif, nécessaire au maintien d'un certain niveau de vie. Pour d'autres, le démembrement est avant tout un moyen pour ne pas transmettre trop tôt l'entier patrimoine à des descendants. Surtout le démembrement permet de conserver les pouvoirs de gestion sur les biens. Cette conservation est plus ou moins importante selon qu'il porte en direct sur les biens ou indirectement à travers une société (société civile en particulier). Ainsi que nous le verrons plus amplement ci-après l'organisation des règles de l'usufruit et de la nue-proprété dans une société civile (immobilière ou de portefeuille) permet de construire avec une extrême précision la transmission. Les parents donateurs pourront dessiner sur mesure leurs droits. Ils pourront placer librement le curseur de leur pouvoir de contrôle et de la transmission économique des fruits et du capital au profit de leurs descendants.

§ 2 – La difficile évaluation de l’usufruit et de la nue-propriété

30. **Méthodologie.** La question de la valorisation des droits d’usufruit et de nue-propriété est essentielle dans la conception pratique des dossiers en démembrement de propriété. Il existe deux méthodes d’évaluation : celle fiscale fondée sur l’article 669 du Code général des impôts et celle dite « économique ».

A – La méthode fiscale

31. **Méthode fiscale.** La méthode fiscale d’évaluation trouve sa source dans l’article 669 du Code général des impôts.

La nature et l’étendue du droit d’usufruit déterminent la valeur fiscale de l’usufruit et par voie de conséquence de la nue-propriété.

L’article 669 – I du CGI évalue l’usufruit viager en fonction de l’âge de l’usufruitier de la manière suivante :

| Âge de l’usufruitier | Valeur de l’usufruit | Valeur de la nue-propriété |
|------------------------|----------------------|----------------------------|
| Moins de 21 ans | 90 % | 10 % |
| Entre 21 ans et 31 ans | 80 % | 20 % |
| Entre 31 ans et 41 ans | 70 % | 30 % |
| Entre 41 ans et 51 ans | 60 % | 40 % |
| Entre 51 ans et 61 ans | 50 % | 50 % |
| Entre 61 ans et 71 ans | 40 % | 60 % |
| Entre 71 ans et 81 ans | 30 % | 70 % |
| Entre 81 ans et 91 ans | 20 % | 80 % |
| Plus de 91 ans | 10 % | 90 % |

En ce qui concerne l’usufruit temporaire, l’article 669, II du CGI prévoit qu’il est égal à 23% de la valeur de la pleine propriété pour chaque période de 10 ans. L’application de l’article 669-II du Code général des impôts ne doit pas avoir pour effet de donner à l’usufruit une valeur supérieure à la valeur de l’usufruit viager.

Il faut rappeler qu’en vertu de l’article 619 du Code civil, l’usufruit ouvert au profit d’une personne morale ne peut avoir une durée supérieure à 30 ans.

32. **Limites.** Cette méthode fiscale d’évaluation a un champ d’application réduit, puisqu’elle n’a vocation à être utilisée que dans le cadre de la liquidation des droits d’enregistrement et de la taxe de publicité foncière.

Le barème de l’article 669 ne peut être retenu comme méthode de valorisation économique. Il utilise certes la méthode des *cash-flow* actualisés, mais avec des paramètres imprécis. La méthode fiscale est totalement inappropriée au niveau financier et comptable, dans la mesure où elle ne traduit pas la réalité économique. En effet, même si ce barème fiscal a été réévalué au 1^{er} janvier 2004 et fondé sur les tables de mortalité de l’INSEE 1996/1998, il repose sur un taux d’actualisation de 3 %. En outre, ce barème ne tient pas compte du sexe de l’usufruitier, ce qui n’est pas sans conséquence sur son espérance de vie de ce dernier. La valeur de l’usufruit est déterminée en fonction de tranche d’âge par dizaine. Le rendement retenu est de 3 % quelle que soit la nature du bien.

Il peut donc présenter un écart significatif par rapport à la valorisation économique du droit de l’usufruit.

Le barème fiscal ne permet donc pas de déterminer la valeur vénale des actifs.

B – La méthode économique

33. **Méthode économique.** En ce qui concerne la méthode économique elle ne fait l'objet d'aucune réglementation. Selon la Cour de cassation, la valeur des droits démembés est constituée par leur valeur vénale⁴⁵.

L'évaluation économique de l'usufruit est un exercice complexe.

La valorisation économique des droits démembés repose sur l'analyse juridique selon laquelle la pleine propriété (PP) est égale à l'usufruit (US) ajouté à la nue-propriété (NP).

La valorisation des droits démembés suppose l'utilisation de quatre facteurs :

- la durée du démembrement de propriété ;
- la valeur du bien ;
- les flux de revenus futurs ;
- le taux de rendement.

La valeur de l'usufruit est égale à l'actualisation du flux des revenus futurs nets de charges usufruitaires susceptibles d'être produits par le bien pour toute la durée de l'usufruit.

La valeur de l'usufruit sera d'autant plus forte que sa durée est longue et que son rendement est important.

Pour la détermination de la valeur de l'usufruit, on utilise la formule suivante rendue célèbre par le professeur Jean Aulagnier :

Les droits de l'usufruitier sont constitués des revenus nets de R_1 à R_n :

$[R_1, R_2, \dots, R_n]$ où n = l'espérance de vie de l'usufruitier ou la durée de l'usufruit temporaire, le temps pendant lequel les revenus futurs seront perçus.

Actualisation de ces revenus nets de charges générés par le bien pendant la durée de vie de l'usufruitier estimée à n années :

$$\frac{R_1}{(1+i)^1} + \frac{R_2}{(1+i)^2} + \dots + \frac{R_n}{(1+i)^n}$$

L'usufruitier percevra seul l'intégralité des revenus, il en aura la pleine propriété.

Pour la détermination de la valeur de l'usufruit, on utilise la formule suivante :

$$\sum_{t=1}^n \frac{R_t}{(1+i)^t}$$

- R = le montant du flux de revenus futurs au cours d'une année ;
- n = le temps pendant lequel les revenus futurs seront perçus ;
- i = le rendement du bien sur lequel s'exerce cet usufruit (taux de rentabilité).

45 Cass. civ., 28 mars 1866, Bernard de Bonnières-Petit : S. 1866, 1, 396. – Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 76.

34. **Flux.** Les flux dont il s'agit sont les revenus du bien.

En cas de démembrement en direct sur le bien immobilier, il y aura lieu de déterminer la valeur locative de l'immeuble. Cette valeur locative correspond aux loyers susceptibles d'être dégagés en cas de location en fonction du marché à la date de l'opération. Il faudra prendre en compte des valeurs comparatives locales, mais également, le cas échéant, les spécificités du bien objet du démembrement.

Les modalités de paiement du loyer doivent être intégrées dans le calcul (paiement d'avance ou à terme échu, mensuellement ou trimestriellement).

Lorsqu'un bien a un rendement nul, il faut prendre comme référence le rendement que procure un bien de même nature donné en location. Dans un tel cas, la jurisprudence a admis l'application de la méthode fiscale dans une affaire concernant un immeuble dont l'état ne permettait pas une location ou une occupation par l'usufruitier⁴⁶.

35. **Revenus nets.** Les revenus (R) et le taux de rendement du bien sont nets de charges usufruituaires incombant effectivement à l'usufruitier, y compris celles étant mises à sa charge par convention.

À défaut de convention, les charges usufruituaires sont celles définies par le Code civil (charges de copropriété, charges d'entretien, impôts fonciers, assurances, etc.). Avec une convention, il conviendra d'appliquer les règles qu'elle contient. La définition des charges usufruituaires est déterminante dans le taux de rendement du bien.

Il peut être également appliqué un abattement pour risques afin de prendre en compte des risques de vacances, d'impayés, etc.

L'impôt direct des personnes ne constituant pas une charge usufruituaire, n'est pas pris en considération. La taxe foncière, qui est une charge réelle, est quant à elle prise en compte.

36. **Revenus actualisés.** Une fois déterminés les flux de revenus nets, il convient de retenir le taux d'actualisation.

Le taux d'actualisation est égal « au rendement attendu ou espéré d'un investissement réalisé à un niveau de risque équivalent ».

Le taux d'actualisation généralement retenu est le taux de rendement interne.

Le taux de rendement interne est le taux d'actualisation pour lequel la valeur actuelle est nulle.

Le taux de rendement interne permet de prendre en compte :

- la valeur initiale ;
- la durée ;
- les *cash-flows* annuels ;
- la valeur à terme.

46 CA Paris, 2^e ch., sect. B, 3 mai 1984 : *JurisData* n° 1984-022513.

37. **La durée.** Pour une personne physique, l'usufruit sera constitué sur sa tête et sera généralement viager ou par exception temporaire.

Dans le cadre d'une société, il convient de se référer à l'article 619 du Code civil, lequel dispose : « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans ».

La durée est une variable qui va dépendre du taux de rendement net de charges usufruitaires et du mode d'acquisition de l'usufruit.

Dans les montages patrimoniaux, il est conseillé de fixer une durée de l'usufruit supérieure à celle d'un bail commercial. La société d'exploitation ou la société holding titulaire du droit d'usufruit se trouve alors titulaire d'un droit supérieur à celui résultant du bail commercial. Le démembrement de propriété vient alors renforcer la sécurité juridique de l'occupant.

Dans la même philosophie, il est recommandé de différencier la durée de l'usufruit temporaire de celle du prêt. Celle de l'usufruit doit être supérieure à celle du financement. Les années vierges de financement renforcent l'intérêt économique et financier de l'opération pour la société usufruitière.

Enfin, une durée d'au moins dix ans permet de justifier le caractère amortissable du droit d'usufruit en tant qu'immobilisation incorporelle.

38. **Imprévision.** Il est recommandé de prévoir une clause d'imprévision afin de maintenir l'équilibre conventionnel. Elle permet une régularisation éventuelle des valeurs.

En cas de variation des éléments du calcul repris au terme du démembrement, il pourra être généré une dette ou un profit égal au montant de la variation positive ou négative.

39. **Nue-propriété.** La nue-propriété est égale à la valeur actualisée de la pleine propriété future, reçue lors de l'extinction de l'usufruit.

40.

La valeur de la nue-propriété est déterminée au moyen des éléments suivants :

- la valeur de la pleine propriété (PP) ;
- la durée de l'usufruit ou des usufruits successifs (n) ;
- le taux de rendement du bien (i).

Soit, l'équation suivante :

$$NP = PP / (1 + i)^n$$

41. **Pratique notariale.** La méthode la plus usitée par la pratique notariale est la méthode fiscale. Toutefois, il faut admettre que cette utilisation massive n'est pas nécessairement fondée en droit. Le champ d'application de l'article 669, I du CGI est en effet limitée. Il ne doit être utilisé que dans le cadre de la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière. En dehors de ce contexte l'article 669, I du CGI n'a pas d'utilité.

L'utilisation de la méthode économique doit être recommandée car c'est elle qui retranscrit la réalité économique des droits d'usufruit et de la nue-propriété. Elle peut être source d'injustice pour l'une ou l'autre partie eu égard au fait que le barème ne distingue pas selon la nature mobilière ou immobilière de son support et qu'il repose sur une table de mortalité aujourd'hui largement obsolète.

Nous utilisons pour ce qui nous concerne la méthode économique partout où la méthode fiscale n'est pas rendue obligatoire. Nous lui accordons donc un champ d'application relativement vaste. En particulier, elle nous sert de loi entre les parties pour la détermination de la valeur des droits d'usufruit et de nue-propriété.

Il est vrai que la méthode économique est a priori plus difficile d'accès dans son utilisation pratique. Elle suppose de déterminer la valeur de la pleine propriété, la valeur de rendement et la durée de l'usufruit. Les parties usufruitières et nu-proprétaires doivent s'entendre sur l'ensemble de ces paramètres. L'entente ne pose pas de difficultés lorsque nous sommes dans le cadre d'un dossier de montage de planification successorale ou de structuration du patrimoine immobilier. En revanche, l'accord peut être plus difficile à trouver pour certains dossiers, notamment de partages successoraux.

§ 3 – Les alternatives au démembrement

42. **Plan.** En ingénierie patrimoniale, il existe deux alternatives :
- Les titres de préférences (A) ;
 - Les droits réels conventionnels de jouissance (B).

A - Titres des Préférences

43. **Présentation.** La golden share est une part sociale ou une action de préférence qui concentre des avantages en droit à dividendes et / ou en droits de vote.

La forme de la société doit admettre une liberté statutaire telle qu'elle puisse accueillir une golden share. Dans les statuts, il peut être insérée une clause de répartition inégale de bénéfices au profit d'une part sociale ou d'une action.

Les statuts de la société peuvent limiter dans le temps les avantages en droit à dividendes ou en droit de vote : à l'issue du délai fixé, celle-ci devient une action ordinaire.

44. **Droits aux bénéfices.** La répartition des bénéfices relève de la liberté, sauf à ne pas franchir la limite de la prohibition des clauses léonines (article 1844-1 Code civil).

45. **Droit de vote.** Au niveau du droit de vote on ne peut doper le pouvoir conféré par une part sociale ou une action que si l'on peut lui attribuer un droit de vote plural. Cette faculté n'est admise que dans la société civile ou la société par actions simplifiée. Mais elle ne comporte pas de limite.

B – Droit réel conventionnel de jouissance

46. **Création droit réel conventionnel de jouissance.** La Cour de cassation⁴⁷ a consacré récemment dans le célèbre arrêt « Maison de la poésie » du 31 octobre 2012, la liberté la création de droits réels, tout spécialement de jouissance. La Cour condamne la thèse de *numerus clausus* des droits réels, selon laquelle il est impossible de créer un droit réel en dehors de ceux prévus expressément par la loi.

Cette décision rend possible la création sur mesure d'un droit réel de jouissance conventionnel, dont le régime original échappe aux règles de l'usufruit.

⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012 n°1285, *Maison de la Poésie* D. 2013. 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel ; JCP G 2012. 2352 note F.-X. Testu ; RDI 2013. 80, note J.-L. Bergel ; RLDC 1er févr. 2013. 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; LPA 16 janv. 2013, note F.-X. Agostini ; Defrénois, 2013. 12, note L. Tranchant

Le droit réel conventionnel de jouissance a été confirmé dans une décision du 28 janvier 2015⁴⁸. L'espèce concernait un droit d'usage sur un lot composé d'un transformateur de distribution publique d'électricité, consenti à EDF par un syndicat de copropriétaires.

La cour d'appel de Caen, reprenant implicitement la jurisprudence de la 3^{ème} chambre civile du 31 octobre 2012 ayant considéré que la constitution du droit d'usage avait été acceptée moyennant le paiement d'un prix et que ni le règlement de copropriété ni l'acte constitutif ne fixant de durée au droit d'usage, les actes avaient donc institué un droit réel de jouissance spéciale exclusif et perpétuel en faveur d'un tiers. Sa décision a été pourtant cassée par la 3^{ème} chambre qui précise que « lorsque le propriétaire consent un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil ».

La Cour de cassation, énonce clairement que le droit de jouissance spécial ne peut être perpétuel, même par la volonté expresse des parties.

Les parties peuvent limiter dans le temps le droit réel conféré. Les bornes de cette limitation ne sont pas indiquées par la Cour de cassation.

Faute de délai fixé par les parties, les articles 619 et 625 du Code civil s'appliqueront. Le droit réel de jouissance spécial tout comme l'usufruit, sera donc limité à 30 ans.

La solution est moins claire concernant le droit de jouissance profitant aux personnes physiques. Faut-il en déduire que la durée de 30 ans s'appliquerait ou faut-il considéré que le droit réel conventionnel de jouissance serait viager ?

47. Application en droit des sociétés. Les droits sociaux, actions ou parts sociales, semblent pouvoir être grevés d'un droit réel conventionnel de jouissance.

Il est possible de créer les droits de jouissance sur les droits sociaux. Tout d'abord nous pourrions imaginer d'avoir des droits réels conventionnels de jouissance portant sur des droits sociaux au profit d'une société calqué sur la durée de vie de cette dernière et réservant au titulaire des droits sociaux la faculté de remplacer unilatéralement l'objet de ce droit de jouissance, qui ne serait plus les droits sociaux initiaux mais par exemple les titres d'une holding issus de l'apport à cette dernière des droits sociaux concernés. Nous pourrions également constituer des droits réels conventionnels de jouissance portant sur des droits sociaux au profit d'une personne quelconque (physique ou morale) et réservant au titulaire des droits sociaux en question l'attribution de certains fruits.

Normalement l'usufruitier a droit à tous les fruits et le nu-propiétaire à aucun. La variante pourrait consister en la réservation pour le titulaire d'un droit réel conventionnel de jouissance sur les droits sociaux à la moitié des dividendes par exemple.

⁴⁸ Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, n°14-10013, Bull. civ. 2015, III, n° 13, RD imm. avr. 2015, n° 4, p. 175 ; AJDI déc. 2015, n° 12, Étude, p. 823.

48. **Droit de vote.** L'originalité pourrait également venir du droit de vote. Le droit de vote peut être réparti librement par les statuts.

De quels droits de vote le titulaire du droit réel conventionnel de jouissance peut-il être privé ? Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, l'usufruitier ne peut être privé de droit de vote pour l'affectation du bénéfice.

Il semble peu probable que ce principe puisse être étendu au droit réel conventionnel de jouissance. Rien ne paraît interdire de priver totalement de droit vote le titulaire d'un droit réel conventionnel de jouissance à défaut de règle légale comme elle existe pour l'usufruit à l'article 1844 alinéa 1 du Code civil. Il convient toutefois de noter que le priver du droit de participer aux décisions collectives pourrait remettre en cause sa qualité d'associé.

Quels droits de vote peut-on attribuer au titulaire du droit réel de jouissance conventionnel ?

Il est possible d'attribuer au titulaire tel ou tel droit de vote, jusqu'à lui conférer tous les droits de vote, sauf ceux réservés à l'associé.

En l'absence de règles légales, la liberté contractuelle s'applique (article 1134 code civil), à l'exception des limites résultant de la qualité de l'associé.

Le titulaire des droits sociaux ne peut être privé de son droit de vote au profit du titulaire du droit de jouissance pour les décisions ne pouvant être prise qu'à l'unanimité (L.225-19 par exemple) ou sans l'accord d'un associé (augmentation du capital par exemple).

Le titulaire des droits sociaux ne peut être privé de son droit de participer aux assemblées (article 1844 al. 1^{er} Code civil).

Peut-on attribuer conjointement le droit de vote au titulaire des droits sociaux et au titulaire du droit réel de jouissance conventionnel ?

Rien ne paraît l'interdire.

L'attribution conjointe du droit de vote n'implique pas la division du titre.

La Cour de Cassation (3^{ème} civ., 2 mars 1994) a déjà admis le vote conjoint de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

La seule limite semble correspondre aux décisions attribuées exclusivement par la loi ou par la jurisprudence à l'usufruitier ou au nu-propiétaire.

Section II – De la bonne utilisation de la société civile en gestion de fortune

49. **Intérêts.** Sa simplicité d'utilisation et sa souplesse contractuelle en fait l'outil juridique idéal pour la construction des schémas d'optimisation fiscale en matière de gestion de fortune. Il est impossible d'imaginer une structuration civile et fiscale du patrimoine sans société civile. La planification successorale en gestion de fortune se construit aujourd'hui au moyen de sociétés civiles.

Il est dénombré près de 1.000.000 de sociétés civiles en France dont 20% à Paris et Île de France. Elles représentent 1/3 des sociétés en France. C'est dire le succès que connaissent les sociétés civiles en matière de gestion du patrimoine. Il ne semble pas se tarir si l'on en juge les 50.000 créations annuelles. Ces sociétés civiles sont essentiellement des sociétés civiles immobilières. Cet engouement des français pour la société civile immobilière ne doit pas faire oublier que la société civile peut également avoir un support à caractère mobilier. Nous utilisons pour ce qui nous concerne tant la société civile immobilière que la société civile « mobilière » communément dénommée société civile de portefeuille. La société civile est aussi un excellent véhicule de structuration pour les valeurs mobilières et les contrats de capitalisation.

En matière de gestion patrimoniale et de gestion de fortune tous les avantages de la société civile sont valables quel que soit la nature de ses actifs (immobilier, valeurs mobilières, contrat de capitalisation, outil professionnel).

Le droit successoral français contient de très nombreuses limites qui restreignent la liberté pour la transmission de son patrimoine. La France ne connaît malheureusement pas le trust qui est pourtant une institution courante dans les pays de Common Law. Nous pouvons certes utiliser le trust dans un contexte de droit patrimonial international, mais même dans le cadre de ces dossiers il faut reconnaître que son mariage forcé avec le droit patrimonial français est complexe. La récente affaire du chanteur Johnny Halliday est en une parfaite illustration.

L'organisation nécessairement individualisée de la planification successorale répondant aux objectifs à la fois juridiques et fiscaux, passe par la société civile. La société civile est en réalité le véritable trust à la Française. Sa maîtrise par les praticiens peut permettre d'éclater totalement la propriété et le contrôle politique et financier. Nous lisons souvent que la société civile permet de dissocier l'avoir et le pouvoir. La grande liberté contractuelle qu'offre la société en fait le choix de prédilection pour l'organisation de la planification successorale.

Cet exercice est toutefois compliqué tant les chausse-trapes sont nombreux. La société civile, n'est pas seulement la société régie par les articles 1845 à 1870-1 du Code civil dont le corpus de règles est a priori simple. La société civile appliquée à la planification successorale de la gestion de fortune suppose surtout une maîtrise du droit comptable, du droit des sociétés, du droit des biens, du droit des régimes matrimoniaux, du droit des libéralités, du droit successoral, du droit fiscal patrimonial et du droit fiscal des sociétés. La planification successorale de la gestion de fortune à travers la société civile immobilière est donc une entreprise ardue dont la conception s'apparente souvent à un génie créateur tel un auteur-compositeur face à sa page blanche.

50. **Avantages.** Les avantages de la société civile sont nombreux. La société civile est une structure incontournable pour organiser l'optimisation fiscale de la structuration de son patrimoine et sa planification successorale en gestion de fortune. Sans société civile il sera difficile voire quasi impossible de réaliser une optimisation fiscale de la transmission patrimoniale avec un tel degré de sophistication et d'efficacité.

Le principal avantage juridique de la transmission est celui d'éviter l'indivision. L'indivision est inéluctable dans le cadre d'une transmission impréparée. Or, dans l'indivision tout le monde est responsable de tout et personne de rien. En outre, même si les règles de fonctionnement ont été adoucies pour les actes conservatoires et d'administration par la loi du 23 mars 2006 ayant porté réforme du droit des successions et des libéralités, les actes de disposition supposent l'unanimité. Surtout, l'indivision est source d'instabilité puisque nul n'est censé resté dans l'indivision et que le partage peut être demandé à tout moment. Il est plus aisé de structurer une planification successorale au moyen de parts sociales que l'on peut d'ailleurs transmettre en franchise de droits de donation à concurrence de 100.000 € par parent et par enfant tous les 15 ans, plutôt qu'avec la transmission de quote-part indivises.

La société civile permet non seulement d'assurer pleinement la transmission du patrimoine à ses descendants dans un schéma de contrôle par l'ascendant plus ou moins fort. Elle assure également une protection du conjoint survivant. Là encore le degré de protection de celui-ci sera plus ou moins élevé en fonction du contexte (famille recomposée ou non) et la volonté de l'initiateur de la transmission.

La société civile, grâce à la dissociation du pouvoir et de l'avoir, facilite la transmission anticipée du patrimoine. En effet, une rédaction appropriée des statuts de la société civile, permettra aux parents de conserver le pouvoir de gestion mais aussi de disposition de l'actif social détenu par celle-ci, alors même qu'ils auront transmis une fraction (même substantielle) des parts au profit de leurs enfants, sans l'intervention des enfants et / ou des petits enfants, dès lors que les statuts l'auront prévue. La société civile est un véritable espace de liberté et de souplesse.

La société civile est également une société adaptée pour la détention de l'outil professionnel. En ce qui concerne le choix de la forme sociale pour la société holding il s'effectue entre la société civile et la société par actions simplifiée. Le conseil fiscal et le droit patrimonial sont intrinsèquement liés en matière de transmission de l'entreprise. Des régimes de faveur existent pour les sociétés holdings animatrices aux niveaux de l'impôt sur la fortune et pour les droits de mutations à titre gratuit⁴⁹ (pacte Dutreil). La recherche de la qualification d'animateur du holding nécessite une réflexion approfondie au niveau opérationnel mais également en matière de gouvernance. La société civile apporte des solutions intéressantes qui lui permet d'être souvent choisie notamment dans les groupes familiaux qui préparent une transmission intrafamiliale.

⁴⁹ Philippe REBATTET *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2ème édition, p. 577, n°2035

51. **Plan.** Les montages en gestion de fortune ont recours de manière quasi systématique à la création d'une société civile (§1) sur laquelle on vient greffer la technique du démembrement (§2). Le plus souvent nous empilons sur une société civile qui est une société holding patrimoniale une ou plusieurs autres sociétés. Les stratégies d'optimisations fiscales en gestion de fortune nécessitent la construction d'une ingénierie précise tant au niveau juridique (§3) que comptable (§4).

§ 1 – La construction d'une société civile holding patrimoniale

52. **Contenu.** Dans le domaine de la gestion de fortune, les statuts doivent être parfaitement adaptés aux enjeux globaux du patrimoine et plus précisément répondre à toutes les questions relatives à la gestion juridique, comptable et fiscale des actifs qu'elle recouvre.

En particulier, le notaire qui est amené structurer un schéma fiscal d'optimisation au moyen d'une société civile doit au regard des questions prédéfinies, mettre en cohérence les paragraphes suivants des statuts :

- Objet social (A) ;
- Montant du capital social (B) ;
- Le choix de la gérance (C) ;
- La présence d'enfants mineurs (D) ;
- L'organisation du contrôle du capital (E).

A – Comment rédiger l'objet social d'une société civile patrimoniale ?

53. **Objet social.** Avant toute chose, il est important de bien définir l'objet de la société civile. La pratique de l'ingénierie patrimoniale démontre que le droit fiscal se heurte parfois avec l'activité de la société. L'article 206-2 du CGI est un danger significatif⁵⁰ qui justifie de s'arrêter sur l'activité de la société et donc son objet social. En matière immobilière, il n'existe que deux activités à caractère civil. Il y a tout d'abord l'activité d'acquisition en vue de revente après construction. Cette activité a d'ailleurs donné lieu à une société civile de type particulier, savoir la société civile de construction vente. Surtout, il résulte de l'article L. 110-1 du Code de commerce que l'activité de locations d'immeubles présente un caractère civil. Il n'y a pas lieu de distinguer en droit selon que la location porte sur un immeuble nu ou sur un immeuble meublé. Tel n'est pas le cas en droit fiscal où il faut distinguer la location nue qui relève des revenus fonciers et la location meublée qui relève des bénéfices industriels et commerciaux. Il peut donc avoir une dissymétrie dans la définition civile ou commerciale des activités de location de location.

⁵⁰ Philippe REBATTET *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2ème édition, p.248, n°825 et suivants

54. **Société civile immobilière.** La société civile immobilière doit avoir pour objet de base : « l'acquisition, la construction, la détention, la propriété, l'administration et la gestion, par tous moyens directs ou indirects, de tous droits et biens immobiliers ». Nous ne recommandons pas d'ajouter dans l'objet social d'une société civile patrimoniale de famille la possibilité de céder les actifs sociaux de crainte d'attirer le spectre de la commercialité sur l'activité de la société et de la qualification fiscale de marchands de biens. Le fait de l'indiquer permettrait toutefois au gérant de procéder à la cession de ces actifs sans passer par une assemblée générale. Cette stipulation peut renforcer le pouvoir de contrôle et la liberté de gestion de l'associé gérant organisant sa transmission. Pour la raison évoquée précédemment nous organisons différemment ce pouvoir en utilisant non pas les pouvoirs de direction du gérant mais en renforçant les pouvoirs politiques de l'associé ascendant donateur (soit par des actions de préférences, soit par l'attribution d'un pouvoir de vote large au profit de l'usufruitier). Il convient de prévoir également dans l'objet des statuts « la régularisation de tous emprunts auprès de toute banque, ainsi que de toutes garanties notamment hypothécaires sur les biens et droits mobiliers et immobiliers de la Société ».

Si la société civile immobilière est amenée à se porter caution hypothécaire, il faudra également le prévoir dans l'objet social. Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence en matière de cautionnement donnée par une société civile immobilière, nous ne recommandons pas de prévoir dans les statuts constitutifs cette possibilité de cautionnement. Ce cautionnement hypothécaire qui doit être porté dans l'objet social et conforme à l'intérêt social, ne doit être utilisé que dans des cas particuliers. L'intérêt social est difficile à démontrer lorsque la société civile immobilière a vocation à se porter caution hypothécaire d'un engagement personnel d'un associé gérant ou non. Souvent utilisé de cette manière en pratique, le cautionnement hypothécaire d'une société civile immobilière doit aujourd'hui être employé avec une extrême précaution. Cela sera d'autant plus vrai que la société civile immobilière comprendra un seul bien immobilier dans son actif. L'usage du cautionnement hypothécaire nous semble circonscrit aux opérations intra-groupe que ce soit dans un groupe patrimonial ou d'entreprises.

55. **Société civile de portefeuille.** La société civile de portefeuille doit avoir pour objet : « l'acquisition, la détention, la propriété, l'administration et la gestion, par tous moyens directs ou indirects, de tous droits et biens mobiliers ». Comme pour les sociétés civiles immobilières, il sera possible de prévoir la possibilité de régulariser des emprunts. Le nantissement des avoirs mobiliers constituant l'actif social de la société civile de portefeuille, nous semble souffrir des mêmes limites que le cautionnement hypothécaire pour les sociétés civiles immobilières.

56. **Pluralité de sociétés.** Faut-il créer une ou plusieurs sociétés civiles ?

Il s'agit d'une question habituelle des clients. La réponse varie d'un dossier à l'autre bien évidemment. Tous les montages complexes nécessitent la création de plusieurs sociétés civiles immobilières⁵¹.

La question se pose essentiellement pour les montages plus simples. Le propriétaire foncier multipliant les acquisitions doit légitimement se poser cette question. Nous pouvons voir dans les situations extrêmes un investisseur réalisant toutes ses opérations dans une même société civile immobilière ou à l'inverse chacune d'entre elle dans des sociétés différentes.

⁵¹ Philippe REBATTET *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise*, LexisNexis, 2ème édition, p. 631 et suivants

Aucune de ces solutions nous agrée. Nous préférons pour notre part raisonner par catégorie d'actifs. Les investissements immobiliers obéissent à des règles économiques différentes (durée d'investissement, taux de rendement, qualité du support, risque, volatilité, etc.). Dès lors, nous recommandons de les classer par nature de l'immobilier : immobilier d'investissement locatif d'habitation, immobilier d'investissement locatif professionnel ou commercial, résidence principale, résidence(s) secondaire(s), etc...

Pour chaque classe d'actifs nous conseillons de constituer une société civile immobilière. Ainsi sera préservé une certaine homogénéité des actifs sociaux et une liberté d'organisation de la planification successorale. Les arbitrages en matière de transmission sur l'une ou l'autre des classes d'actifs et donc par voie de conséquence sur l'une ou l'autre de la société civile immobilière concernée.

B – Le capital social : petit ou gros ?

57. **Capital social.** Lors de la constitution de la société civile il convient de fixer le capital social. Le montant du capital social a répondu à un phénomène de mode. Pendant longtemps, nous entendions dans les cercles de professionnels patrimoniaux qu'il fallait faire un « gros capital ». Quel en était la justification ? Jusqu'à un passé récent le calcul de la plus-value sur les titres sociaux était effectué en prenant en compte pour la valeur d'acquisition, la valeur d'apport. Il a fallu attendre l'an 2000 avec l'arrêt Quemener⁵² en ce qui concerne les plus-values professionnelles puis l'arrêt Baradé⁵³ concernant les plus-values immobilières des particuliers⁵⁴, pour que le prix d'acquisition puisse faire l'objet de retraitement.

Avant cette jurisprudence, il était logique d'enseigner que la constitution d'une société civile avec un « gros capital » était préférable. Elle offrait en effet, un choix sur les opportunités de cessions de l'immobilier. Soit, la société civile immobilière procédait à la cession de l'immeuble, soit l'associé personne physique cédait ses parts sociales. Selon la durée de détention et la valeur d'acquisition de l'immeuble et des parts sociales, il pouvait avoir un intérêt à céder soit l'immeuble soit les parts sociales. Le choix du « gros capital » offrait cette opportunité de choix contrairement au « petit capital ».

Qu'en est-il aujourd'hui ?

En matière d'ingénierie patrimoniale nous continuons à réfléchir sur un double choix stratégique en matière de cession des actifs immobiliers. Comme auparavant, nous envisageons systématiquement la cession de l'immeuble par la société civile immobilière ou celle de la participation de l'associé personne physique dans ladite société. Nous procédons à une analyse comparative des plus-values taxables dans l'une et l'autre des solutions et du net disponible au profit de l'associé personne physique.

Depuis les arrêts Quemener et Baradé, l'intérêt de constituer une société civile immobilière avec un « gros capital » est moindre. Il résulte en effet des nouvelles méthodes d'évaluation du prix d'acquisition des titres sociaux, qu'il n'existe plus de différence fondamentale entre la plus-value taxable sur l'immeuble ou sur les parts sociales. La question de petit ou gros capital social n'a plus la prégnance qu'elle a pu avoir dans les années 1990.

⁵² Conseil d'Etat, 8/3 SSR, du 16 février 2000 (SA Ets Quemener), 133296, RJF 3/2000, n° 334, concl. G. Bachelier, p. 203 ; Dr. fisc. 2000, n° 283, avec concl., Leb. p. 52. V. aussi : Obs. de J. Turot, Dr. fisc. 2000, n° 283 ; Ph. Durand, Rev. adm. 2000, n° 314 p.154 ; J. Maïa, RJF 11/2000, p. 766 ; Ph. Derouin, Bull. Joly 2000 n° 5, p. 535

⁵³ Conseil d'Etat 9 mars 2005, n°248825, 8^{ème} et 3^{ème} s.-s. min. c/ Baradé ; RM Biancheri, JOAN 31 janvier 2006, p.985, n°66494, Dr. fisc., 2006, n° 10, comm. 223, concl. Collin.

⁵⁴ Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2^{ème} édition, p.551, n°1949

Le « gros capital social » dans une société civile immobilière présentait un intérêt non négligeable en matière d'impôt sur la fortune. En effet, l'Administration admettait qu'un immeuble puisse bénéficier sous certaines conditions⁵⁵ de l'exonération au titre de l'outil de travail. L'immeuble bénéficiant de l'exonération pouvait être détenu directement par le contribuable ou par l'intermédiaire d'une société civile immobilière dans laquelle il est associé. Il convient de rappeler que les comptes courants d'associés étaient imposables à l'impôt sur la fortune et ne bénéficiaient d'aucune exonération particulière quand bien même son titulaire est exonéré sur les titres sociaux en tant qu'outil de travail.

Avec l'arrivée de l'impôt sur la fortune immobilière, cet intérêt du gros capital a disparu.

Pour revenir à la question du « petit » ou « gros » capital, que convient-il de conseiller ici ?

Il nous faut donner ici quelques précisions sur le fonctionnement comptable. A supposer que la solution de petit capital soit retenue. Au fil du temps, une fois le prêt bancaire remboursé par la société civile immobilière, les résultats bénéficiaires revenant aux associés seront portés au compte courant d'associé.

Au niveau de l'impôt sur la fortune immobilière, ces comptes courants d'associés ne sont pas taxés. En revanche, pour les droits de successions, ils constituent un actif taxable.

Si au contraire, le « gros capital » est choisi, la situation comptable de la société civile immobilière se révélera être très différente. Ici, les mêmes bénéfices qui seront constatés serviront dans un premier temps à libérer le capital social. Les comptes courants d'associés n'auront vocation à s'accroître que dans une seconde phase. Avec cette stratégie, les montants des comptes courants d'associés tendront vers zéro par comparaison avec la méthode du « petit capital ».

Il n'y a toujours pas d'impact au titre de l'impôt sur la fortune immobilière. Par contre s'agissant des droits de successions, les comptes courants d'associés ayant vocation disparaître, ne seront pas taxés. Parallèlement, la valeur des titres sociaux s'accroît d'autant.

C – La gérance

58. **Conservation du pouvoir.** Les parents souhaitent généralement transmettre tout en conservant le contrôle des actifs objet de la transmission ainsi que nous l'avons déjà expliqué. Conformément à cet esprit nous constituons les sociétés patrimoniales en mettant le père et / ou la mère en tant que gérant(s).

Il n'y a pas d'obligation à mettre l'un et l'autre comme gérant de la société. Tout dépendra de chaque cas d'espèce et de la situation familiale.

La volonté pour les parents de conserver le contrôle de la société civile immobilière implique d'être attentif sur les conditions de nomination et de révocation de la gérance. Il ne faudrait pas en effet que le(s) parent(s) soit(ent) révoqué(s) par leurs propres enfants et que ceux-ci s'emparent du pouvoir de la société contre leur volonté.

Pour éviter un putsch de la génération précédente, nous avons tendance à conseiller de désigner l'un des parents gérants ou les deux parents co-gérants dans les statuts constitutifs. Nous prévoyons que la révocation de la gérance ne pourra intervenir qu'à l'unanimité des associés. Dans le cadre de la réalisation de la transmission des parts sociales, nous prévoyons que chaque parent conservera une part sociale en pleine propriété. En outre, comme nous le verrons ci-après nous avons tendance à conférer un droit de vote élargi au profit des parents usufruitiers. Ainsi, le pouvoir exécutif (le gérant) est intrinsèquement lié au pouvoir parlementaire

⁵⁵ *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2ème édition, p.360, n°1248*

(l'assemblée générale) qu'il exerce lui-même. Les pouvoirs se confondent entre les mêmes mains pour un parfait autocontrôle.

Au niveau des pouvoirs de la gérance, il est possible de prévoir dans les statuts que le gérant aura le droit de céder les actifs sociaux.

59. **Gérance successive.** Lorsque les parents ne choisissent pas le principe de la cogérance, ils optent parfois la formule de la gérance successive. Dans cette hypothèse, il s'agit souvent du conjoint non gérant qui est désigné comme gérant successif. Il a alors vocation à devenir gérant au décès du chef de famille qui est le gérant initial.

La gérance successive agit en quelle que sorte comme une disposition de dernières volontés de la part du gérant titulaire. La gérance successive n'a pas la même efficacité que la cogérance. En effet, elle n'a pas d'effet contraignant sur l'assemblée des associés qui ont tout loisir de confirmer la gérance successive ou non après le décès du gérant actuel. Le risque de non-confirmation est réduit à néant lorsque le droit de vote est entre les mains du gérant successif.

D – De la minorité des associés de la société civile

60. **Mineur sous administration légale.** Un mineur non émancipé peut selon nous être associé d'une société civile (alors même que les membres de la société civile sont tenus indéfiniment des dettes sociales).

La conclusion du contrat de société civile doit être considérée comme un acte de disposition nécessitant, qu'il s'agisse d'apport en numéraire ou en nature :

- l'accord des parents, et pour les apports d'immeubles, l'autorisation du juge des tutelles en cas d'administration légale pure et simple (article 389-5 alinéas 1 & 3 Code civil) ;
- l'autorisation du juge des tutelles en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire (article 389-6 alinéa 1)

61. **Souscription d'un emprunt.** L'autorisation du juge des tutelles n'est pas nécessaire lorsqu'un emprunt est contracté par une société civile immobilière dont l'associé majoritaire est un mineur ; en effet, la capacité à s'engager d'une société civile, personne distincte de celle des associés, ne dépend pas de la capacité de ceux-ci⁵⁶.

Commet une faute le banquier qui consent un prêt à la société civile immobilière, comprenant des associés mineurs sans s'être assuré que ceux-ci, qui encouraient un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs, bénéficiait de la protection qui leur était due⁵⁷.

Une société constituée uniquement d'associés mineurs peut susciter une méfiance légitime de la part des tiers.

Ainsi, une personne qui s'était engagée à acheter un bien immobilier à une telle société n'a pas été jugée fautive pour ne pas avoir signé l'acte de vente notarié car elle attendait d'être rassurée sur l'efficacité de la vente avant de rechercher un financement ; une telle crainte avait été alimentée par le notaire qui avait demandé à la société d'obtenir une autorisation du juge des tutelles pour consentir à la vente⁵⁸.

⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ. 14-6-2000 n°1083

⁵⁷ Cass. 3^{ème} civ, 28 septembre 2005

⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ. 30-3-2011 n°10-15.914

E – L'organisation du contrôle du capital

62. **Stratégie.** La société civile familiale peut être conçue comme une société ouverte ou à l'inverse fermée. L'agrément dans les sociétés familiales est une question essentielle. Dans la vie pratique, nous faisons face à de nombreux litiges parce que les clauses d'agrément n'avaient pas été rédigées conformément à la volonté du défunt et à la situation de la famille.

Chaque famille étant unique, il n'est pas possible de construire un dossier sur une conception théorique. Au contraire, il convient ici de bien interroger en particulier le chef de famille pour établir l'étendue plus ou moins large d'entrée dans la société que ce soit pour les enfants communs, les enfants issus de précédentes unions, le conjoint survivant, les petits-enfants et le beaux-enfants.

63. **Principes.** Les principes relatifs à l'agrément dans la société civile, figurent à l'article 1861 du Code civil.

L'alinéa 1 de l'article 1861 du Code civil dispose que « les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés ». L'alinéa 2 prévoit que les cessions ne sont pas soumises à agrément lorsqu'elles sont consenties à des ascendants ou descendants du cédant.

Les cessions soumises à agrément dont il s'agit sont tant les mutations à titre onéreux que les mutations à titre gratuit (succession et donation).

Les statuts peuvent déroger librement à ces règles de principes. Sur un plan des extrêmes, ils pourront permettre librement la cession au profit des descendants, ascendants, associés et des tiers. A l'inverse, ils pourront prévoir que toutes les cessions à des descendants, ascendants, associés et des tiers seront soumises agrément. Entre ces deux extrémités, il est possible de naviguer au gré des objectifs des parents et de la famille.

Les règles de majorités pour statuer sur l'agrément sont également libres. L'alinéa 1 de l'article 1861 du Code civil nécessite à l'agrément unanime. Toutefois l'article 1861 alinéa 2 du Code civil autorise une organisation différente. D'une part, les statuts peuvent prévoir une règle de majorité différente et d'autre part ils peuvent conférer le pouvoir de décision directement à la gérance. Dans les sociétés civiles avec un fort degré de contrôle de la part des parents donateurs, cette dernière solution nous paraît répondre parfaitement à cet objectif.

La décision d'agréer peut appartenir à l'assemblée générale ou à la gérance.

64. **Avantage matrimonial.** La jurisprudence s'est positionnée récemment sur le jeu de la clause d'agrément par rapport à un avantage matrimonial. La Cour d'Appel de Colmar⁵⁹ a considéré que l'acquisition de parts sociales par un époux en vertu d'un avantage matrimonial n'est pas soumis à agrément lorsque la clause qui le prévoit ne vise que la transmission des parts par suite d'une liquidation de communauté.

Pour prévenir toutes difficultés, il importera à présent d'étendre les clauses d'agrément aux transmissions en vertu d'une clause d'attribution intégrale ou de préciput ou, de façon plus générale, en vertu d'un avantage matrimonial.

⁵⁹ CA Colmar, 1^{ère} Ch. Civ. Sect. A, 8 octobre 2014, n°12/04756, Metz épouse Girondel c/ Hartge

65. **Agrément tacite.** L'agrément doit être exprès. Il ne peut être donc être tacite comme vient de le rappeler la Cour de cassation⁶⁰. Dans cette affaire une société civile immobilière avait été créée par différents particuliers qui sont successivement gérants de la société jusqu'à leur décès. Après le décès de l'un d'eux, l'assemblée générale de la société civile immobilière, convoquée par son administrateur provisoire, nomme en 2009, l'héritier en qualité de gérant de la société. L'un des associés historiques assigne la société en nullité de cette assemblée générale. La Cour d'Appel (C.A Colmar, 2 octobre 2013), accueille cette demande. La Cour de Cassation rejette le pourvoi. Il résulte de l'article 1844 du Code civil que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société. La Cour de cassation a considéré que la Cour d'Appel avait relevé que les héritiers qui n'avaient pas obtenu d'agrément dans les conditions prévues dans les statuts, ne pouvaient se prévaloir d'un agrément tacite et n'étaient pas associés de la société civile immobilière, avaient cependant pris part à l'assemblée générale et à l'élection des gérants. Dès lors, la Cour d'appel en avait exactement déduit que l'assemblée générale qui s'étaient tenue irrégulièrement devait être déclarée nulle, comme la désignation du gérant.

66. **Démembrement.** L'article 1861 du Code civil ne vise pas la cession des droits démembres d'usufruit ou de nue-propiété. La cession du droit d'usufruit ou de nue-propiété est-elle soumise à agrément ?

Apporter une réponse à cette question nous conduit à rentrer dans le débat de la qualité d'associé du nu-propiétaire et de l'usufruitier qui fera l'objet d'une étude approfondie ci-après.

Le nu-propiétaire étant traditionnellement considéré comme un associé, nous pouvons donc admettre que toutes cessions de la nue-propiété (à titre onéreux ou à titre gratuit) seront soumises à agrément.

En revanche, en ce qui concerne la cession de l'usufruit des parts sociales, si nous prenons en considération la doctrine majoritaire qui dénie à l'usufruitier la qualité d'associé, elle devrait ne pas être soumise à agrément. Cette absence d'agrément pourrait être gênante dans le cas, par exemple, d'une famille recomposée ou le conjoint survivant recueille l'usufruit des parts sociales d'une société civile où les enfants nu-propiétaires sont plus jeunes que leur belle-mère. Pour ce qui nous concerne, nous conseillons de stipuler dans les statuts une clause d'agrément pour toutes les cessions d'usufruit qu'elles soient à titre onéreux ou à titre gratuit.

§ 2 – La société civile et le démembrement : l'organisation du mariage à trois

67. **Démembrement des parts sociales.** Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, le démembrement est une technique juridique fréquemment utilisée dans la pratique pour assurer la transmission patrimoniale. En matière d'ingénierie patrimoniale elle est généralement utilisée en complément d'une société. Cette complémentarité peut être volontaire (transmission par donation ou à titre onéreux) ou forcée (transmission par cause de décès).

Bien que fréquent, le démembrement sur les titres sociaux n'est pas toujours maîtrisé par les praticiens. Il est vrai que la gestion juridique et fiscale du démembrement sur les titres sociaux est complexe⁶¹. Le silence des textes⁶² n'est pas de nature à simplifier l'organisation du démembrement sur les titres sociaux. Cette complication trouve tout d'abord son origine dans

⁶⁰ Cass. 3^{ème} Civ, 8 juillet 2015, n°13-27.248, FS-P+B

⁶¹ *Le démembrement de l'immobilier d'entreprise*, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2013, p.81 et s. ; *Me Xavier BOUCHE, Démembrement des titres sociaux : gestion juridique et fiscale*, Francis Lefebvre, n°2

⁶² *Le démembrement de l'immobilier d'entreprise*, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2013, p.81, n°273 ; *Me Xavier BOUCHE, Démembrement des titres sociaux : gestion juridique et fiscale*, Francis Lefebvre, n°2

l'imbrication du droit des biens dans le droit des sociétés. Elle est également liée au fait que la technique comptable et le droit fiscal doivent être aussi appréhendés avec les matières juridiques.

68. **Plan.** Avant de définir les droits et obligations de l'usufruitier (B) et du nu-propiétaire (C) tant au niveau politique que pécuniaire, il faut s'interroger sur le point de savoir lequel des deux a la qualité d'associé (A).

A – La qualité d'associé

69. **La qualité d'associé.** La qualification d'associé de l'usufruitier ou du nu-propiétaire a son intérêt tant au niveau théorique que pour la détermination des conséquences pratiques⁶³. Selon les partisans de la thèse moniste, seul le nu-propiétaire a qualité d'associé. Il s'agit de la doctrine majoritaire.

D'autres auteurs, estiment que l'usufruitier pourrait également être associé. Considérer l'usufruitier comme associé n'exclut pas pour autant la qualité d'associé pour le nu-propiétaire.

70. **Théorie moniste.** MM. Mercadal et Janin ont été les premiers à s'intéresser à cette question dans le premier mémento Francis Lefebvre sur les sociétés commerciales. Selon cette théorie, la qualité d'associé appartient à la personne qui réunit en elle-même les trois éléments caractéristiques du contrat de société, c'est à dire qui a fait un apport et qui, pour cette raison participe aux bénéfices (ou aux économies) et aux pertes et qui a la volonté de s'associer (*affectio societatis*). En se basant sur l'article 1832 du Code civil, cette partie de la doctrine considère que le nu-propiétaire est le seul à remplir les trois conditions nécessaires pour avoir la qualité d'associés, savoir : apport, participations aux bénéfices et aux pertes et affection *societatis*. L'apport est fait par le propriétaire et par celui qui continue sa personne, le nu-propiétaire. L'apporteur est donc le nu-propiétaire et non l'usufruitier. En cas de démembrement d'origine successoral, l'usufruitier acquiert son droit sans rien avoir apporté.

Au niveau du droit des biens, l'article 578 du Code civil serait le fondement de la conception moniste. « L'usufruitier n'est qu'un simple détenteur de droits sociaux pour le compte du nu-propiétaire »⁶⁴.

En droit des sociétés, plusieurs textes justifieraient que seul le nu-propiétaire aurait la qualité d'associé. Tout d'abord, l'article 1844-5 du Code civil dispose que « l'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société ». A contrario, la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul nu-propiétaire donnerait droit de demander la dissolution de la société. Cet article démontre bien que la société ayant plusieurs nu-propiétaires continuant d'avoir plusieurs associés quand bien même un seul usufruitier détiendrait la totalité des parts.

L'article 1844 alinéa 3 du Code civil prévoit que « si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». Le droit de vote serait ici affecté par priorité au nu-propiétaire.

⁶³ *Le démembrement de l'immobilier d'entreprise*, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2013, p.81, n°273 à 277 ; Xavier BOUCHE, *Démembrement des titres sociaux : gestion juridique et fiscale*, Francis Lefebvre, n°37

⁶⁴ M. Lecène, « Les parts ou actions d'une société commerciale qui appartiennent à une autre personne », *Thèse Bordeaux I*, 1992, n°371, spéc. p. 339.

L'article 225-140 du Code de Commerce attribue le droit préférentiel de souscription au nu-proprétaire.

L'article 228-5 du Code de commerce a consacré le principe d'indivisibilité des titres sociaux.

Dans sa décision du 4 janvier 1994⁶⁵, la Cour de cassation a reconnu la qualité d'associé au nu-proprétaire. Cet arrêt semble asseoir incontestablement le fait que le nu-proprétaire avait la qualité d'associé. La doctrine déniait la qualité d'associé à l'usufruitier pourrait trouver dans cet arrêt la consécration leur thèse. Selon nous, il ne convient pas de donner à cette décision une interprétation qui ne correspond pas à la portée de la question qui lui avait été posée. Si l'on discute de la qualité d'associé de l'usufruitier, tel n'est pas le cas de celle du nu-proprétaire. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation se prononce en faveur de la reconnaissance de la qualité d'associé du nu-proprétaire.

Le Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés⁶⁶ a considéré que le nu-proprétaire qui était le seul à avoir la qualité d'associé devait en conséquence figurer au RCS contrairement à l'usufruitier.

71. **Thèse dualiste.** Ce qui caractérise la qualité d'associé ce n'est pas l'apport mais la contrepartie de celui-ci, savoir les parts ou actions. Lorsque les parts sont démembrées, la qualité d'associé pourrait appartenir selon le cas soit à l'usufruit soit au nu-proprétaire⁶⁷. Le nu-proprétaire est parfois présenté comme un « associé insolite »⁶⁸ titulaire d'une propriété nue. Les « titres dont il tire, officiellement, sa qualité ne lui servent à rien et ne lui rapportent rien »⁶⁹. Il n'y aurait pas de raison de refuser la qualité d'associé à l'usufruitier⁷⁰.

72. **Jurisprudence.** Deux décisions des Tribunaux de commerce n'ont pas reconnu à l'usufruitier la qualité d'associé⁷¹. La Cour d'appel administrative de Nancy du 6 juillet 1995 a refusé la qualité d'associé à l'usufruit, sans développer d'argumentation⁷².

⁶⁵ Cass. com., 4 janvier 1994, n°31 P, RJDA 5/94, n°526.

⁶⁶ Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés, Avis 05-27

⁶⁷ M. Cozian, « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?, » JCP éd. E, 1994, 1, n°374 ; J. Derrupé, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts », Defrénois, 1994, art. 35894, p.1137 ; Petites affiches, n°83, 13 juillet 1994, p. 15 ; C. Regnaut-Moutier, « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales ? », Bull. Joly sociétés 1994, p.1155 ; Y. Paclot, « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », JCP, éd. E, 1997, I, n°674

⁶⁸ Laurent Godon, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », Rev. Sociétés, 2010, p.143

⁶⁹ Paul Didier et Philippe Didier Les sociétés commerciales, Economica, 2011, n°243, p.209

⁷⁰ H. Hovasse et R. Mortier, L'usufruitier de droits sociaux, Actes pratiques, mai-juin 2009, p.5

⁷¹ Tribunal de commerce de Lyon, 27 septembre 1993, 9^{ème} chambre, Droits de sociétés, décembre 1993, n°217, p.3, obs. Th. Bonneau ; Tribunal de commerce de Roanne, 13 septembre 1991, n°91-R0063, RTD com. 1992, p.201, n°5, obs. Y. Reinhard.

⁷² Cour d'appel administrative de Nancy du 6 juillet 1995, n°94-957, 2^{ème} ch.

B – L'organisation des droits politiques

73. **Plan.** Organiser les droits politiques consiste dans le bon paramétrage des droits de vote (1°) et la détermination au droit de participer à l'assemblée (2°).

1°) Droit de vote

a) Principes généraux

74. **Code Civil.** L'article 1844 alinéa 3 du Code civil prévoit que « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ».

75. **Code de Commerce.** L'article L.225-110 du Code de commerce applicable aux sociétés par actions précise que « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires ». Le critère de répartition est ici la nature de l'assemblée alors que pour l'article 1844 alinéa 3 il est constitué par l'objet de l'assemblée.

76. **Caractère supplétif.** Ces dispositions sont supplétives de la volonté des parties. En effet, l'article 1844 alinéa 4 du Code civil et l'article L.225-110 alinéa 4 du Code de commerce prévoient que les associés peuvent y déroger statutairement.

b) Aménagements conventionnels

77. **Liberté contractuelle.** Il existe une liberté importante pour organiser le droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

Les dérogations aux principes légaux édictés par les article 1844 alinéa 2 du Code civil et L.225-110 du Code de commerce ne peuvent être apportées qu'au sein des statuts. La jurisprudence assimile une pratique constante à une règle statutaire⁷³.

Ces aménagements ne peuvent être effectués dans un pacte extrastatutaire.

78. **Renforcement du droit de vote du nu-propiétaire.** Le droit de vote complet peut être attribuée au nu-propiétaire. Ce choix peut s'inscrire dans une stratégie du renforcement de leurs prérogatives face à un éventuel usufruitier qui pourrait être le conjoint survivant par exemple.

79. **Accroissement du droit de vote de l'usufruitier.** En pratique, il est plus courant d'accroître les prérogatives politiques de l'usufruitier. Les transmissions à titre gratuit ont généralement pour première et principale motivation non pas l'intention libérale au profit de ses descendants, mais l'économie fiscale. Les parents donateurs souhaitent alors conserver le contrôle de la société et des actifs sociaux. Il est donc fréquent de conférer un droit de vote très large au profit de l'usufruitier et de limiter la prérogative politique du nu-propiétaire à la simple participation aux assemblées générales.

⁷³ Cour de cassation, 2^{ème} civ. 2 mars 1994, n°428 D, Dr. Sociétés, mai 1994, n°85 obs. Th. Bonneau

Les prérogatives politiques étendus à l'usufruitier soulèvent souvent des difficultés pratiques au profit du parent donateur lorsque la transmission a pour objet des titres sociaux dans le cadre du pacte Dutreil. En effet, il résulte des conditions d'application du régime de faveur qu'en cas de donation de la nue-propriété seulement des titres, les droits de vote de l'usufruitier doivent être limités aux seules décisions concernant l'affectation des résultats (article 787 B du CGI)⁷⁴.

Le donateur usufruitier n'est pourtant pas dépourvu de solutions pour parvenir à son objectif de contrôle. En présence d'une société par actions comme pour les autres sociétés il sera possible de créer des titres de préférence ou de constituer des droits réels conventionnels de jouissance sur ceux-ci.

80. **Droit de vote cumulatif.** Plutôt que de répartir le droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, il serait possible d'imaginer un droit de vote qui serait distribué cumulativement à l'un et à l'autre. Pour une partie de la doctrine, la décision de la Cour de cassation du 2 mars 1994⁷⁵, semblerait admettre cette solution. « *On pourrait par exemple imaginer un droit de vote double accordé à l'usufruitier et un droit simple accordé au nu-propriétaire. Mais on se heurterait assez rapidement à un problème de calcul de majorité et de dilution du droit de vote des associés dont les droits sociaux ne sont pas démembrés* »⁷⁶.

Une autre partie de la doctrine⁷⁷ considère que cette répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire serait sanctionnée au titre de l'article 1844-10 du Code civil pour objet illicite. Elle contreviendrait en effet aux prérogatives essentielles de l'usufruitier et du nu-propriétaire telles qu'elles résultent du droit des biens. Ce droit de vote cumulatif serait de nature à nier l'existence même du démembrement sur les titres sociaux puisque l'usufruit et le nu-propriétaire n'auraient pas de droits différents et individualisés. Ces arguments nous paraissent discutables. Si l'on reconnaît que l'usufruitier et le nu-propriétaire puissent avoir l'un et l'autre de manière individualisé le droit de vote sur les titres sociaux, il nous semble qu'ils puissent exercer ce droit de vote de manière cumulative sur les mêmes titres sociaux. Les prérogatives de l'un comme de l'autre ne nous semblent pas moins définies dans le cadre d'une méthodologie cumulative que celle alternative. Cette application cumulative du droit de vote n'emporte ni confusion des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire ni ne génère une indivision.

81. **Représentation.** En ce qui concerne les sociétés par actions, l'article L. 225-106 du Code de commerce prévoit qu'un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire ou par son conjoint ou partenaire de Pacte civil de solidarité, sans que les statuts ne puissent apporter une dérogation à ce principe.

S'agissant des sociétés à responsabilité limitée, l'article L.223-28 du Code de commerce permet la représentation d'un associé par son conjoint, un autre associé ou un tiers dès lors que les statuts l'autorisent.

Pour les autres sociétés, il n'existe aucun dispositif particulier prévu par la loi. Sauf disposition contraire prévu dans les statuts, le mandat ne peut être donné qu'au profit d'un autre associé. La représentation de l'usufruitier est admise y compris par la partie de la doctrine qui ne lui reconnaît pas la qualité d'associé⁷⁸.

⁷⁴ *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2ème édition, Philippe Rebattet, p.572, n°1967*

⁷⁵ *Cass. 2ème civ. 2 mars 1994, n°428 D, Dr. Sociétés, mai 1994, n°85 obs. Th. Bonneau.*

⁷⁶ *X. Bouche, Démembrement des titres sociaux, gestion juridique et fiscale, n°10.*

⁷⁷ *P. Didier, obs. Revue sociétés, 1995, p.41 ; Th. Bonneau, obs. Dr. Sociétés, mai 1994, n°85.*

⁷⁸ *Memento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2016, n°46920.*

Qu'en est-il de la représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier ?

Dans les sociétés par actions non cotées un tel mandat ne serait pas admis par l'article L.225-106 du Code de commerce⁷⁹. La solution consiste en ce que l'usufruitier soit plein propriétaire d'une action au minimum.

Dans les sociétés à responsabilité limitée et les autres sociétés, l'usufruitier peut représenter le nu-proprétaire lorsqu'ils stipulent que la représentation peut être faite par un tiers. S'ils prévoient que la représentation est uniquement réservée à un autre associé, il faudra que l'usufruitier soit propriétaire d'une part sociale.

La représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier ne doit pas le priver du droit de participer aux décisions collectives⁸⁰.

Il a été jugé que lorsqu'il existe un conflit d'intérêts et une mésintelligence grave entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, la clause de représentation générale du nu-proprétaire par l'usufruitier peut être écartée⁸¹.

c) Les limites

82. **Suppression du droit de vote de l'usufruitier.** La Cour de cassation a considéré comme violant l'article 578 du Code civil, la clause prévoyant l'attribution de la totalité du droit de vote dans les assemblées au nu-proprétaire⁸². Cette clause est de nature à priver l'usufruit de sa substance. Selon le Professeur Hovasse,⁸³ « chacun est titulaire d'un droit réel distinct et entend exercer les attributs. Précisément c'est au seul législateur qu'il appartient d'énumérer les droits réels dont les biens peuvent être l'objet et d'en déterminer les prérogatives. (...) Les statuts d'une société ne peuvent répartir les prérogatives de vote de telle sorte que seraient altérés dans leurs éléments essentiels les droits réels de nue-proprété et d'usufruit. La liberté statutaire, reconnue par l'article 1844 du Code civil, et l'article 163 alinéa 4 de la loi du 24 janvier 1966 ne peut prospérer que dans cette limite. Aménager sans dénaturer ».

83. **Suppression du droit de vote du nu-proprétaire.** La Cour de cassation a décidé sur le visa de l'article 1844 du Code civil que le nu-proprétaire peut être privé du droit de vote, dès lors qu'il ne soit pas porté atteinte à son droit de participation aux décisions⁸⁴.

Afin de contester les décisions prises par l'usufruitier, il dispose de l'abus de droit. L'exercice abusif de l'abus de droit par l'usufruitier est caractérisé s'il a exercé son droit de vote de manière contraire à l'intérêt de la société⁸⁵. Il est toutefois indifférent que l'usufruitier n'ait pas pris en considération l'opposition du nu-proprétaire et que la délibération a provoqué la perte d'une prérogative essentielle sur la société par le nu-proprétaire.

⁷⁹ *Memento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2016, n°46927*

⁸⁰ *Cass. 2ème civ. 13 juillet 2005, n°1252 FS-PB*

⁸¹ *C.A Paris, 22 janvier 1971, 14^{ème} ch.*

⁸² *Cass. Com. 31 mars 2004, n°624 FS-P-B*

⁸³ *H. Hovasse, Le démembrement des droits sociaux : Dr. Sociétés Actes pratiques 1994, n°23 § 154*

⁸⁴ *Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185 F-D*

⁸⁵ *Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185 F-D*

Cette décision nous paraît critiquable. En effet, l'usufruitier pourrait ainsi voter des décisions qui affectent la substance des droits sociaux portant atteinte aux droits du nu-proprétaire (par exemple la décision de transformation d'une société à responsabilité limitée en société en nom collectif). Dans ce cas, le nu-proprétaire pourrait alors exercer une action pour abus de droit en démontrant que le vote est contraire à l'intérêt de la société. L'entreprise est toutefois complexe et incertaine comme le démontre l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 23 février 2013⁸⁶. Dans cette affaire la Cour d'appel n'a pas reconnu l'abus dans le cadre d'une transformation d'une société anonyme en société en commandite par actions où le droit de vote avait été exercé par l'usufruitier.

2°) Droit de participer aux décisions collectives

84. **Pour le nu-proprétaire.** Il résulte du célèbre arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1994⁸⁷ qu'il y a lieu de distinguer le droit de vote, du droit de participer aux assemblées. Sur le fondement de l'article 1844 du Code civil, la Cour de cassation avait décidé qu'il n'était pas possible de déroger au premier alinéa aux termes duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Le nu-proprétaire qui est associé ne peut donc être privé de son droit de participer aux décisions collectives⁸⁸.

Le droit de participer aux décisions collectives a été également reconnu en cas d'indivision entre nu-proprétaires. Dans ce cas, la désignation d'un mandataire ne peut pas empêcher les indivisaires de participer aux assemblées⁸⁹.

85. **Pour l'usufruitier.** Si l'on considère que l'usufruitier a la qualité d'associé, les règles décrites ci-dessus devraient lui être appliquées. Dès lors, il doit avoir le droit de participer aux décisions collectives toutes les fois où il ne disposerait pas du droit de vote. A l'inverse, si l'on considère que l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé, le droit de participer aux décisions collectives ne lui est pas reconnu d'office.

86. **Notion de participation.** Que faut-il entendre par la participation aux décisions collectives ?

La participation aux assemblées signifie toute d'abord que le nu-proprétaire (ou l'usufruitier) doit être convoqué. Il lui sera adressé tous les documents d'information au même titre que les associés en pleine propriété.

Le droit de participer est impératif pour le nu-proprétaire ainsi qu'il a été dit ci-dessus. Conformément à l'article 1844-10, alinéa 2 du Code civil dernier alinéa (pour les sociétés civiles) et à l'article L.235-1 du Code de commerce (pour les sociétés commerciales), l'associé pourra demander la nullité des délibérations des assemblées auxquelles il n'a pas été convoqué.

⁸⁶ C.A Douai 13 février 2013, n°11/05224, ch. 1 sect. 2.

⁸⁷ Cass. Com. 4 janvier 1994, n°31 P, RJDA 5/94 n°526.

⁸⁸ Cass. Com. 22 février 2005, n°261, F-D ; Cass. 2ème civ. 13 juillet 2005, n°1252, FS-PB ; Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185 F-D/

⁸⁹ Cass. Com. 21 janvier 2014, n°13-10.151 : RJDA 5/14 n°443.

C – L'organisation des droits financiers

87. **Plan.** L'article 582 du Code civil permet à l'usufruitier de jouir des fruits produits par l'objet sur lequel il porte. Cette notion de fruit est sujet est sujet à discussion lorsqu'il s'agit de l'usufruit appliqué aux titres sociaux.

Tant le Code civil que le Code de commerce sont silencieux sur la question de la répartition des droits financiers de l'usufruitier (1°) et du nu-proprétaire (2°).

1°) Le droit de l'usufruitier sur les bénéfices distribués

a) Détermination du résultat distribuable

88. **Notion de bénéfice.** Selon l'article 582 du Code civil, l'usufruitier a droit aux fruits naissant de la chose. C'est le résultat de l'exercice qui a la nature de fruit civil. Reste à savoir quelles sortes de bénéfices ont la qualité de fruits.

C'est l'usufruitier qui a vocation à appréhender le résultat courant de l'exercice. Il n'y a pas ici de discussion possible. Faute de définition comptable du résultat courant et exceptionnel, la traduction civile de ces résultats n'est pas aisée en cas de démembrement.

Nous considérons avec d'autres auteurs⁹⁰ que l'usufruitier est titulaire d'un droit total en pleine propriété sur les sommes distribuées quelle que soit l'origine du résultat (courant ou exceptionnel).

Le droit de l'usufruitier porte sur le bénéfice distribué et non sur le bénéfice distribuable. Le bénéfice peut provenir non seulement du résultat d'exploitation, mais également du résultat exceptionnel résultant d'opérations exceptionnelles (plus-value de cessions d'immobilisations par exemple). La personnalité morale de la société ne permet pas une distinction en fonction de la source des revenus. Une juridiction du fond a toutefois admis que le profit exceptionnel était taxable au nom du nu-proprétaire d'une société civile agricole⁹¹.

Les dividendes sont donc des fruits, et plus précisément des fruits civils. C'est ce que rappelle une grande majorité de la doctrine⁹². Cependant, certaines juridictions du fond continuent à contester cette qualification en raison de l'absence de périodicité des dividendes⁹³.

Les statuts devront le cas échéant prévoir le sort du résultat courant et en particulier du résultat exceptionnel. Le résultat exceptionnel devrait par principe selon nous revenir à l'usufruitier. Toutefois, il pourra être prévu dans les statuts que le résultat exceptionnel aura vocation à revenir au nu-proprétaire sous réserve des droits de l'usufruitier, ou encore de faire l'objet d'un partage entre l'usufruitier et le nu-proprétaire selon une règle de calcul déterminé ou déterminable.

90 R. Gentilhomme, *Démembrement de propriété et sociétés*, EFE, p. 188, n° 288.

91 CAA Nancy, 6 juillet 1995, n°94-957, 2^{ème} ch., RJF 10/95 n°1148

92 *Doctrine classique et ancienne*, v. par ex. : E. Thaller et J. Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 382. ; P. Pic, *Des sociétés commerciales*, 2^e éd., t. II, n° 1179.

93 CA Paris, 15 nov. 1976 : JCP 1979, II, 19129, obs. Evesque. – CA Versailles, 23 févr. 1990 : Bull. Joly Sociétés 1990, p. 553. – CA Montpellier, 22 mai 1997, Benoit c/ Sté Privatel, inédit.

b) Affectation des bénéfices

89. **Date d'acquisition des dividendes à l'usufruitier.** L'usufruitier a-t-il droit aux bénéfices distribués ou aux bénéfices distribuables ?

A l'origine la jurisprudence ne prenait pas en considération la personnalité morale de la société et considérait que l'usufruitier pouvait prélever le bénéfice au jour le jour en le prélevant à la source⁹⁴.

C'est la décision de l'assemblée de distribuer, qui fait qu'un bénéfice distribuable devient un fruit. Le fruit du dividende est acquis à sa naissance par l'usufruitier à concurrence de ses droits dans les résultats sociaux. Le résultat ne devient un fruit que du jour de la décision de l'assemblée générale. L'usufruitier ne devient alors créancier que du jour de la décision de la distribution⁹⁵.

La distribution du résultat systématique par l'usufruitier ne constitue pas, par principe, un abus répréhensible au titre de l'article 618 du Code civil, dès lors que les résultats de la société sont bénéficiaires.

2°) Les droits du nu-propiétaire

90. **Plan.** Le nu-propiétaire de titres sociaux a vocation à recevoir les produits financiers provenant du capital (b). Quid s'agissant des réserves (a) ?

a) Sur les réserves

✓ **Les bénéfices mis en réserve**

91. **Bénéfice en instance d'affectation et mise en réserve.** L'usufruitier n'a de droit que sur le bénéfice distribué. Tant que les réserves demeurent inscrites au bilan, elles appartiennent toujours à la société.

Par conséquent, l'usufruitier n'a aucun droit sur les bénéfices en instance d'affectation et ceux mis en réserve.

C'est le nu-propiétaire qui dispose de droits sur ces sommes qui ont vocation à accroître le capital. Les droits du nu-propiétaire s'exercent tant sur la réserve légale que sur les réserves statutaires et facultatives.

Si par ailleurs, de nouvelles actions sont émises par incorporation des réserves, elles appartiennent au nu-propiétaire sous réserve des droits de l'usufruitier⁹⁶.

⁹⁴ Cass. Civ. 11 octobre 1931, D. 1933, p.100, note Cordonnier, S. 1933, p.137, note Battifol ; Cass. Civ. 1941, D.A 1941, p.370

⁹⁵ Cass. com., 5 oct. 1999, n° 1443 : RJDA 1/100, n° 34 – Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : RJDA 2/2007, n° 152. – Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21806 : RJF 5/2009, n° 514. – Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-14.053 : RJF 7/2009, n° 698.

⁹⁶ C. com., ancien art. L. 225-149, réécrit par l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, qui n'en demeure pas moins valable.

Une partie de la doctrine considère que le report à nouveau, composé de bénéfices antérieurement reportés, appartient à l'usufruitier. Tel n'est pas le cas selon nous, puisque l'usufruitier ne voit son droit naître qu'à compter de la distribution.

D'autres considèrent à l'inverse que le report à nouveau revient au nu-proprétaire. Le report à nouveau n'a pas naturellement vocation à accroître le capital. Il est donc selon nous difficile d'admettre que le report à nouveau appartient au nu-proprétaire.

Compte tenu du fait que la question reste pour le moins discutable, il faudra dans les statuts stipuler qui de l'usufruitier ou du nu-proprétaire a des droits sur le report à nouveau.

✓ La distribution des réserves

92. **Doctrine.** Dès lors qu'il est envisagé de procéder à la distribution de tout ou partie des réserves disponibles, il convient de se poser la question de savoir s'il revient à l'usufruitier ou au nu-proprétaire de les appréhender. Les réserves et les sommes assimilées représentent-elles un fruit ou du capital ?

La distribution est réalisée par une assemblée générale ordinaire pour ce qui concerne les réserves libres et par une assemblée générale extraordinaire pour les réserves statutaires. Deux conceptions traditionnelles s'affrontent.

Pour une partie de la doctrine, l'affectation d'une partie des bénéfices en réserve le transforme de fruit en capital. Me Rémi Gentilhomme considère que « l'assimilation des réserves à un quasi-capital place le débat juridique, qui accompagne leur distribution non plus sur le terrain des fruits, mais sur celui des produits (...). Parce qu'une distribution de réserves diminue les capitaux propres de la société, elle en altère forcément la substance. En conséquence, c'est bien au nu-proprétaire, et non à l'usufruitier, qu'il convient de servir le dividende correspondant »⁹⁷. L'autre partie de la doctrine qui se fonde sur l'autonomie de la personne morale, considère que les réserves sont un fruit ayant vocation à revenir à l'usufruitier. Pour H. Hovasse, « peu importe que le dividende soit prélevé sur le bénéfice de l'exercice ou sur les réserves, sur un bénéfice courant ou exceptionnel. Il est fruit et reçoit cette qualification par la décision de l'assemblée »⁹⁸.

Un autre courant de la doctrine considère que le nu-proprétaire doit assurer à l'usufruitier la jouissance de ces sommes⁹⁹. Ainsi, si la distribution a pour objet une somme en numéraire, l'usufruitier sera titulaire, à défaut de convention contraire dans les statuts, d'un quasi-usufruit. Il devra alors employer ou fournir caution conformément aux articles 601 et 602 du Code civil. La situation du nu-proprétaire était ici différente par rapport à la thèse précédente où les réserves sont perçues exclusivement par l'usufruitier. En effet, contrairement à cette situation, le nu-proprétaire bénéficie d'une créance de restitution.

⁹⁷ R. Gentilhomme, « La société civile gestion de valeurs mobilières », *Defrénois* 1995, art. 36163 ; J. Prieur, « Vulnérabilité des démembrements sur les titres », *Colloque au Sénat, Dr. Et patrimoine, hors-série* 1995, p.39

⁹⁸ H. Hovasse, « Le démembrement des droits sociaux », *Dr. Sociétés Actes pratiques* 1994, n°23 § 18 ; U. Paclot, « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCPE* 1997, n°30 ; F. Zénati, *Usufruit de droits sociaux, Rép. Dalloz* 2003, n°361 et s. ; R. Mortier et Y. Kerambrun, « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul » : *JCPN* 2009, n°37

⁹⁹ Prieur, *Dr. et patrimoine janv. 1995, hors série*, p. 39.

Il existe d'autres propositions doctrinales qui nous paraissent moins pertinentes et plus marginales. Certains distinguent en fonction de la nature de la réserve. Les réserves légale et statutaires seraient des produits. En revanche les réserves facultatives, qui peuvent faire l'objet d'une distribution par une assemblée générale ordinaire, seraient des fruits¹⁰⁰. Les réserves distribuées ayant pour objet de compléter un dividende ordinaire en raison de l'insuffisance des bénéfices annuels, reviendraient à l'usufruitier. Elles perdraient ainsi leur caractère de capital par la volonté des associés¹⁰¹.

93. **Jurisprudence.** La Chambre commerciale de la Cour de cassation a pour la première fois dans sa décision du 27 mai 2015¹⁰² défini le principe applicable concernant le bénéficiaire de la distribution de dividendes provenant de réserves en cas de démembrement des titres sociaux. La Cour d'appel avait considéré « *le droit de quasi-usufruit constitué (...) sur les dividendes des parts sociales démembrées résulte d'un accord de volontés entre tous les titulaires de parts sociales lors de l'assemblée des associés* », d'où une dette de restitution qui « *n'était pas déductible sauf pour les héritiers, si la dette avait été consentie par acte authentique ou par acte sous seing privé ayant date certaine avant l'ouverture de la succession autrement que par décès, à prouver la sincérité de cette dette et son existence au jour de l'ouverture de la succession* ».

La Cour de cassation ne voit là, en revanche, qu'un quasi-usufruit légal avec les conséquences induites : « *dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-proprétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application de l'article 587 du Code civil, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit et qui, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'actif successoral lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier* ».

La décision nous paraissait satisfaisante. Elle distingue le choix de l'assemblée générale d'un simple accord entre usufruitier et nus propriétaires. Il nous apparaît néanmoins prudent de faire enregistrer la dette de restitution.

Que doit-on entendre par « convention contraire » ? La chambre commerciale consacre la possibilité de déroger conventionnellement à la règle du quasi-usufruit. Cette dérogation ne peut résulter de la résolution d'une assemblée générale, laquelle est un acte juridique unilatérale. Elle devrait sans doute résulter des statuts. Peut-elle provenir d'un pacte extrastatutaire ? d'une convention de démembrement ? Rien ne paraît l'empêcher.

¹⁰⁰ I. Robert-Cadet, *L'usufruit des droits sociaux*, Petites Affiches 19 mai 2000, n°100, p.54, n°20 et s.

¹⁰¹ I. Robert-Cadet, *L'usufruit des droits sociaux*, précité ; P. Bletterie, *La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux*, JCPN 2008, art. 1229, p.30

¹⁰² Cass. Com. 27 mai 2015, n°14-16.246

La 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision le 22 juin 2016¹⁰³ qui se révèle aller dans une direction différente par rapport à la solution retenue par la Chambre commerciale.

La solution de cet arrêt : « *Si l'usufruitier a droit aux bénéfices, il n'a aucun droit sur les bénéfices qui ont été mis en réserve, lesquels constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel(s) au nu-proprétaire* ».

Cette solution peut faire l'objet de plusieurs critiques. Elle a pour fondement l'absence de droit de l'usufruitier sur les bénéfices mis en réserve. Mais il n'est pas possible d'en déduire a contrario qu'elles appartiennent au nu-proprétaire. Les réserves appartiennent à la société comme l'a justement déjà précisé la chambre commerciale dans la célèbre décision « Cadiou » du 10 février 2009 que nous analyserons plus loin.

Usufruitier et nu-proprétaire de droits sociaux dans une société elle-même propriétaire de biens, sont dans une situation différente de celle d'un usufruitier et d'un nu-proprétaire qui exerceraient leurs droits directement sur ces biens. Le montant du bilan, des capitaux propres, sont inchangés après la mise en réserve des bénéfices. Où se situe l'accroissement de l'actif social ?

La 1^{ère} chambre civile n'évoque pas le possible report de l'usufruit des droits sociaux sur les dividendes prélevés sur les réserves et attribués au nu-proprétaire.

Elle n'envisage pas non plus, l'hypothèse où le prélèvement sur les réserves interviendrait pour assurer la continuité du dividende compromise par une insuffisance de résultats.

Elle ne suggère pas non plus de correctif à sa solution.

94. **Pratique notariale.** Compte-tenu de la multiplicité des solutions en la matière, nous recommandons de définir avec précision le périmètre des droits de l'usufruitier et du nu-proprétaire sur la réserve.

Parmi tous ces choix les statuts devront définir avec précision les règles applicables en la matière. Ils sont libres d'organiser ce nouveau démembrement.

Il est donc possible :

- De prévoir une attribution au nu-proprétaire, sous réserve de l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit sur les biens objet de la distribution ;
- D'attribuer les droits à la réserve exclusivement au nu-proprétaire ;
- D'envisager une distribution partagée du dividende entre usufruitier et nu-proprétaire. Chacun d'entre eux, recevant alors une quote-part en pleine propriété dont les montants respectifs sont déterminés en fonction de l'âge de l'usufruitier et du taux d'intérêt de placement de la somme.
- Que les sommes distribuées au nu-proprétaire et à l'usufruitier puissent faire l'objet d'un emploi avec un report du démembrement.

95. **Conséquences fiscales.** Les solutions exposées ci-dessus engendrent des situations parfois complexes et illogiques eu égard au caractère parfois asymétrique de la taxation par rapport à la distribution.

En particulier, dans les sociétés translucides, le bénéfice est taxé chez l'usufruitier alors même qu'il est mis en réserve et accroît ainsi la base économique des droits du nu-proprétaire.

¹⁰³ Cass. 1^{ère} Civ., 22 juin 2016, n°15-19.471, 15-19.516, F-P+B : JurisData n°2016-012090

✓ Stratégies

96. **Régimes matrimoniaux.** La décision du 27 mai 2015 n'est pas sans impact sur la composition des masses dans le cadre du régime de la communauté réduites aux acquêts. La Cour de cassation considérant que les réserves sont des produits, les réserves distribuées du chef de parts sociales ou actions propres seront-elles-mêmes des biens propres pour le nu-proprétaire.

Supposons, qu'un époux marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts détienne des titres sociaux en propre et fait voter la distribution, les dividendes tombent alors dans la communauté en tant qu'acquêts (article 1401 du code civil).

A l'inverse, si l'époux décide de mettre ces bénéfices dans un premier temps en réserve pour les distribuer plus tard, les dividendes sont propres en leur qualité de produit.

97. **Optimisation la transmission.** Le schéma classique de la transmission a pour base une donation simple ou partage en nue-proprété faite par les parents à leurs enfants. Bien évidemment, les parents donateurs sont animés par une intention libérale qui se révèle plus ou moins forte selon la physionomie de l'opération. Mais, ils ont généralement pour volonté de continuer à percevoir des revenus du bien objet de la donation et d'en conserver le contrôle. Lorsque la transmission démembrée porte sur des titres sociaux, l'organisation des droits des parents usufruitier passent par une déconnexion entre l'avoir et le pouvoir. L'articulation de leurs droits tant au niveau politique que financier conduit à contourner l'adage « donner et retenir ne vaut ».

Un usage habile des réserves permet d'entrer dans la ligne d'une transmission contemporaine laissant au donateur usufruitier des perspectives de revenus tout en assurant une transmission supplémentaire entièrement défiscalisée au profit des enfants donataires.

Les comptes courants d'associés de la société constituent un actif successoral taxable au titre des droits de succession. Il existe plusieurs méthodes pour les diminuer ou les supprimer. Tout d'abord, il est possible de procéder à des amortissements comptables, ce qui permet de réduire mécaniquement le résultat et par voie de conséquence les comptes courants d'associés. L'autre méthode consiste à mettre en réserves. Les mises en réserves permettent également lorsque les prêts sont remboursés d'effacer progressivement les comptes courants d'associés en utilisant la trésorerie disponible¹⁰⁴. En pratiquant une affectation en réserves, l'avantage est double au niveau de l'optimisation fiscale. D'une part les comptes courants d'associés ne s'en trouve pas accrus et n'augmentent pas de fait l'actif successoral taxable. D'autre part, au moyen d'une rédaction appropriée des statuts, les bénéfices affectés en réserve seront transmis aux donataires nu-proprétaires en franchise de droits de donations ou de successions. Lorsque les donateurs usufruitiers n'ont pas besoin de revenus, les résultats mis en réserve ne sont pas distribués et ont vocation à revenir aux nus propriétaires au décès de l'usufruitier.

L'affectation en réserve des bénéfices engendre-t-il un risque fiscal particulier lorsqu'elle profite au nu-proprétaire ? Il semblerait en effet que la qualification au titre de la donation indirecte rode autour d'une affectation massive ou systématique. L'administration considère qu'elle peut « dans l'hypothèse où de tels actes ou conventions (de répartition du résultat) entraînent une mutation de propriété, (...) en tirer les conséquences en matière de droits de mutation à titre gratuit »¹⁰⁵.

¹⁰⁴ J.-P. Garçon, *La comptabilité des sociétés civiles immobilières de gestion*, JCPN 1996, p.1707, n°36

¹⁰⁵ BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20 n°190

Nous trouvons les réponses à cette question dans le célèbre arrêt « Cadiou » de la Cour de cassation, chambre commerciale du 31 mars 2009¹⁰⁶. Dans cette affaire, le capital social de la société civile immobilière était réparti en 1.200 parts sociales entre la mère et ses trois enfants. La mère avait fait donation en 1990 à ses enfants de la nue-propriété de 1.197 parts sociales. Chaque enfant détenant par ailleurs 1 part sociale en pleine propriété. Dans le cadre des assemblées générales de 1996, 1997, 1999, 2000 à 2001, il avait été décidé de l'affectation des bénéfices à un compte de réserves.

L'administration avait considéré que ces décisions répétées constituaient une donation indirecte faite par l'usufruitier aux nu-propriétaires. Elles avaient provoqué un dessaisissement de l'usufruitier au profit des enfants nus propriétaires.

La cour administrative d'appel de Lyon¹⁰⁷ avait considéré qu'il n'y avait pas donation indirecte. Elle avait pourtant admis que l'administration avait pu faire abstraction de la personnalité morale de la société et considérer que la mise en réserves caractérisait une renonciation de l'usufruitière, animée d'une intention libérale envers ses enfants. Toutefois, il n'y avait pas selon elle irrévocabilité du dessaisissement de l'usufruitier compte tenu du fait que l'assemblée générale peut toujours décider ultérieurement d'une distribution des résultats mis en réserve.

La Cour de cassation se prononçant sur le pourvoi de l'Administration, a considéré qu'il n'y avait pas dépouillement de l'usufruitier au profit du nu-propriétaire au motif qu'« avant distribution de dividendes, l'usufruitier des parts sociales n'a pas de droits sur les bénéfices et qu'en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve, il ne consent aucune donation au nu-propriétaire ».

La mise en réserve augmente le capital dans l'intérêt exclusif des enfants nu-propriétaires, mais l'intention libérale est insuffisante pour réaliser la donation. En admettant l'enrichissement du nu-propriétaire, il manque l'appauvrissement de l'usufruitier. L'usufruitier décidant l'affectation de bénéfices à un compte de réserves ne consent aucune donation au nu-propriétaire, car les bénéfices ne sont pas entrés dans le patrimoine de l'usufruitier. En l'absence de dépouillement de l'usufruitier, il ne peut pas avoir de donation indirecte. La personnalité morale de la société fait écran entre celle des associés.

Par souci de précaution, nous recommandons de causer dans le procès-verbal concerné, la mise en réserve des bénéfices. Par exemple, en présence de trésorerie, la justification de la mise en réserve pourra être un souci de bonne gestion, en vue de constituer des provisions sur les futurs travaux d'entretien de l'immeuble. En l'absence de trésorerie, ce sont des raisons juridiques qui peuvent justifier la mise en réserves. Par exemple, en cas de donation avec stipulation d'usufruit successif, lorsque l'usufruitier actuel craint que l'usufruitier successif ne demande le remboursement du résultat affecté en compte courant d'associés lors de l'ouverture de son droit.

98. **Revenus pour l'usufruitier.** L'affectation en réserve peut le cas échéant permettre à l'usufruitier de percevoir des revenus complémentaires. Même après le remboursement complet du compte courant d'associés, s'il est prévu dans les statuts un quasi-usufruit sur les dividendes issues de la distribution de réserves, l'usufruitier pourra en jouir dans la limite des règles de ce quasi-usufruit¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cass. Com. 31 mars 2009, n°08-14.053, RJF 7/09, n°698

¹⁰⁷ C.A.A Lyon 16 octobre 2007 n°06-3323, 1^{ère} ch. Civ. B., RJF 8-9/08 n°1021, JCPE 2008, n°1647 p.33, Hovasse, Dr. fisc. 19-20/08 c. 319, note R. Gentilhomme.

¹⁰⁸ J.-P Ferret, « Démembrement, utilisation du quasi-usufruit-montages » : Colloque au Sénat, Dr. et patrimoine 1999, n°76, p.76.

b) Sur le capital

99. **Droit de céder.** Le nu-proprétaire peut en principe céder son droit réel. Toutefois, en pratique il le détient le plus souvent aux termes d'un acte de donation qui contient généralement une clause d'interdiction d'aliéner.

100. **Droit préférentiel de souscription.** Lorsque l'augmentation de capital est réalisée au moyen d'apports nouveaux, le droit préférentiel de souscription appartient au nu-proprétaire en vertu de l'article L.225-140 du Code de commerce, à défaut de convention contraire entre les parties. Ce même article prévoit aussi, toujours dans son premier alinéa, qu'en cas de vente de ces droits de souscriptions : « les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes, sont soumis à l'usufruit ».

Si le nu-proprétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux titres nouveaux ou pour vendre les droits. La négligence du nu-proprétaire est caractérisée lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions nouvelles ni vendu les droits de souscription, huit jours avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires. En cas de vente des droits, le nu-proprétaire peut exiger le emploi des sommes provenant de la cession, les biens acquis étant soumis à l'usufruit.

Les titres nouveaux seront démembrés entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Cependant, dans le cas où le nu-proprétaire ou l'usufruitier verse des fonds afin de parfaire, ou de réaliser la souscription, les titres nouveaux n'appartiennent au nu-proprétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits de souscription, le surplus des titres nouveaux appartenant en pleine propriété à celui qui a versé les fonds.

En cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves et attribution de nouvelles actions, le droit d'attribution appartient au nu-proprétaire, sous réserve des droits de l'usufruitier. Les règles applicables sont identiques à celles définies pour le droit préférentiel de souscription.

101. **Comptes courant d'associés.** Les comptes courants d'associés sont alimentés par les bénéfices de la société. En principe, ils appartiennent donc aux parents donateurs usufruitiers, sauf stipulations particulières contraires dans les statuts au regard des droits aux bénéfices. Les statuts peuvent par exemple prévoir que les droits à bénéfice sur les résultats exceptionnels reviendront au nu-proprétaire. Dans cette hypothèse, leur affectation en compte courant d'associé nécessitera de mouvementer le compte courant d'associés du nu-proprétaire.

3°) L'imposition des bénéfices en cas de démembrement des titres sociaux

102. **Principes.** L'article 8 du CGI dispose qu'« *en cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'I.R pour la quote-part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-propiétaire n'est pas soumis à l'I.R à raison du résultat imposée au nom de l'usufruitier* ».

A défaut de convention entre les parties, l'usufruitier est imposable au titre des bénéfices courants (y compris les plus-values de cession de valeurs mobilières de placement). Le nu-propiétaire est imposable au titre des profits exceptionnels, comprenant les plus-values de cession d'éléments de l'actif immobilisé¹⁰⁹.

103. **Conventions.** L'Administration prévoit la possibilité pour l'usufruitier et le nu-propiétaire de convenir d'une répartition différente des bénéfices sociaux.

Idéalement cette convention serait incluse dans les statuts. A défaut elle pourra résulter d'une convention extrastatutaire, qui, pour être opposable à l'Administration, devra avoir été conclue antérieurement à la clôture de l'exercice.

La preuve de la date de conclusion de la convention peut être rapportée par tous moyens.

104. Les montages de la planification successorale et démembrement. - Le montage traditionnel associant la société civile et le démembrement consiste, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, à procéder à une donation de la nue-propiété des parts sociales.

Il existe d'autres montages qui peuvent être encore plus optimisant. Prenons notamment l'exemple d'un projet d'acquisition par la famille d'un bien immobilier composée de deux parents de moins de 70 ans avec une espérance de vie de 27 ans avec trois enfants. Ils peuvent transmettre en franchise de droits de donation 131.865 € par parent et par enfant. Nous ajoutons ici l'abattement de droit commun de 100.000 € et l'abattement exceptionnel de sommes d'argent de 31.865 € (article 790 G). Au total, il est possible de transmettre de 791.190 € sans payer de droits de donations.

En utilisant le barème économique sur la base d'un bien immobilier dont la valeur en pleine propriété est de 2.953.500 € et un taux de rendement de 5%, la valeur de la nue-propiété économique est égale à 791.090 €.

Dès lors, nous pourrions conseiller aux parents de faire une donation de sommes d'argent en utilisant totalement les abattements ci-dessus, pour un montant de 791.190 €. Les enfants emploieront cette somme en l'apportant à une société civile patrimoniale où les parents ne seront pas en principe associés. En contrepartie de leur apport les enfants recevront des parts sociales en pleine propriété. Il n'y a pas ici de démembrement sur les parts sociales de cette société civile immobilière. Ladite société civile immobilière achètera ensuite la nue-propiété de l'immeuble pour un montant de 791.090 € alors que les parents réaliseront l'acquisition de l'usufruit pour la valeur de 2.162.410 €. En l'espèce, le bien immobilier dont la valeur en pleine propriété est de 2.953.500 € aura été transmise en franchise de droits de mutation à titre gratuit. Si la transmission du même bien avait été structurée de manière traditionnelle au moyen d'une acquisition par les parents de l'entier immeuble avant de le transmettre, il n'aurait pas été possible de réaliser la transmission familiale en franchise de droits de droits de mutation à titre gratuit. Dans cette hypothèse, la valeur fiscale de la nue-propiété de l'immeuble aurait été de 40%, soit 1.181.400 €. Compte tenu du montant de l'abattement de 100.000 € par parent et par enfant, le montant taxable de la nue-propiété transmise aurait été de 581.400 €.

¹⁰⁹ BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20 n°100 et s.

§ 3 – La société patrimoniale et le couple

105. **Plan.** Face aux faibles inconvénients (A), les multiples avantages de la société patrimoniale familiale en font un instrument indispensable de l'ingénierie patrimoniale en gestion de fortune (B).

A – Les arguments en défaveur de la société civile immobilière

1°) Les arguments traditionnels en défaveur de la société civile immobilière

106. **Arguments juridiques.** La mise en société de la résidence principale, a pour conséquence lors du décès de priver le survivant de ses droits légaux sur le logement. Le conjoint survivant ne pourra prétendre ni au droit temporaire au logement (sauf si les époux étaient locataires de la société civile immobilière), ni aux droits viagers d'habitation et d'usage sur le mobilier ensuite.

La mise en société civile immobilière du logement ne permettra pas non plus de bénéficier de la protection de la déclaration d'insaisissabilité.

Force est de constater que les arguments juridiques en défaveur de la société civile ne sont pas majeurs et sont bien faibles par rapport à tous les avantages de la société civile. D'autant, qu'il est aisé de rendre les parts de la société civile insaisissable ou de conférer indirectement un droit de jouissance gratuit sur l'actif social via le démembrement sur les parts de la société civile.

107. **Coût.** Les coûts juridiques (constitution, secrétariat juridique) et comptables (bilans annuels) sont parfois présentés comme des éléments négatifs. Ces coûts sont en réalité très faibles dans le cadre des dossiers patrimoniaux. Ils sont en fait, sans enjeu lorsqu'ils sont mis en perspective par rapports aux gains liés aux schémas d'optimisations.

2°) Une société civile immobilière pour la résidence principale ?

108. Intérêts limités. Dans les dossiers de gestion de fortune, nous ne recommandons généralement pas la constitution d'une société civile immobilière pour la résidence principale. Nous considérons en effet que la protection du conjoint survivant doit être privilégié sur cet actif qui est le cœur du couple, avant d'être le centre du foyer familial. Cela est d'autant plus vrai pour les familles recomposées. En outre, lorsque le patrimoine est conséquent, sa surface autorise de commencer la transmission sur tous les actifs autres que la résidence principale. Sauf cas exceptionnel, nous conseillons dans ce type de dossier de réaliser la protection du conjoint survivant sur la résidence principale au moyen du contrat de mariage et non par la société civile immobilière.

109. Plan. La donation de la nue-propriété de la résidence principale aux descendants qui est couramment pratiquée par le notariat traditionnel intervient sur des patrimoines qui ne justifient pas la création d'une société civile immobilière. Lorsque les patrimoines sont limités et les revenus trop faibles, la société civile immobilière ne présente pas d'intérêt particulier.

110. Logement de la famille. L'article 215 alinéa 3 du Code civil prévoit qu'un époux ne peut pas disposer, sans le concours de son conjoint, des droits par lesquels est assuré le logement de la famille.

Si le logement de la famille est compris dans une société civile immobilière détenue par un seul des époux ou majoritairement par lui, l'article 215 alinéa 3 du Code civil a vocation à s'appliquer alors même que le bien immobilier appartient à une personne tierce, savoir la société. Il a été jugé¹¹⁰ en effet que ce texte était applicable au cas où le logement de la famille appartenait à une société représentée par le mari. La société civile immobilière n'est donc pas un outil permettant de contourner la cogestion du logement familial pour sa disposition.

B – L'association de la société civile avec les régimes matrimoniaux : instruments indispensables de la planification successorale

111. Stratégie de contournement. Les règles du régime matrimonial sont a priori souples eu égard à la liberté contractuelle qui prédomine en la matière. Elles se heurtent malgré tout aux contraintes du droit successoral et à la rigidité formelle de l'aménagement du régime matrimonial ou du changement du régime matrimonial.

Nous utilisons parfois la société civile pour contourner l'immutabilité du régime matrimonial. Lorsqu'il est impossible d'envisager d'assurer la protection du conjoint survivant par un aménagement du régime matrimonial ou un changement du régime matrimonial, nous intercalons une société civile immobilière où le conjoint-survivant se verra généralement octroyer des droits en usufruit sur les parts sociales avec des prérogatives politiques et financières renforcées.

¹¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1986, Bull. civ. 1986, I, n°62

112. **Stratégie de renforcement.** L'optimisation fiscale de la transmission patrimoniale nécessite de bien maîtriser les règles de composition et de liquidation des régimes matrimoniaux. Nous les utilisons en effet pour renforcer l'économie fiscale de la transmission. La société civile est aussi un instrument pour compléter la stratégie que les époux ont mis en place à travers un aménagement du régime matrimonial ou un changement du régime matrimonial.

La société civile permet parfois de conserver le régime matrimonial initial des époux tout en rétablissant des déséquilibres ou à l'inverse en renforçant les droits économiques ou politiques de l'un des époux en cas de prédécès.

1°) De la planification successorale avec le régime de séparation de biens

a) En régime de séparation de biens pure et simple

113. **Partage de l'enrichissement.** Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, la société civile peut permettre d'établir une solution de rééquilibrage sur les actifs sociaux. Grâce à la société civile, l'époux dont les revenus et / ou le patrimoine sont le moins importants va pouvoir participer aux plus-values potentielles d'un bien immobilier qui sera acquis indirectement en commun.

A titre d'illustration nous prendrons comme exemple, une société civile immobilière au capital faible de 2.000 € où chacun des époux participe au capital social pour 50% au moyen d'un apport en numéraire de 1.000 €. La société civile achète ensuite un bien immobilier d'une valeur de 600.000 € financé exclusivement par l'époux à travers son compte courant d'associé. A supposer que lors de la vente dudit bien la valorisation de celui-ci est de 1.000.000 € et que le compte courant d'associés de l'époux soit de 600.000 €, le solde net restant à distribuer et à partager entre les deux époux associés est de 400.000 € pour l'ensemble. Ainsi, l'épouse qui n'a pas participé au financement de l'acquisition du bien immobilier aura pu s'enrichir à concurrence de la moitié du solde net de l'actif brut déduit des comptes courants d'associés revenant à l'époux.

L'enrichissement de l'époux non financeur est encore plus significatif lorsque la société civile procède à l'acquisition d'un bien immobilier locatif. Dans cette situation les comptes courants d'associés de l'époux qui participe au financement à vocation à ne pas s'accroître du montant des loyers permettant le remboursement du prêt.

114. **Protection de l'époux financeur.** La constitution d'une société civile pour un couple marié sous le régime de la séparation de biens permet de créer une bulle de communauté de fait, hors périmètre des régimes matrimoniaux. Cette communautarisation a pour avantage d'être réduite à une partie des actifs du couple. En outre, elle échappe aux règles contraignantes du régime matrimonial de la communauté ou de la séparation de biens avec société d'acquêts. Surtout, elle assure à l'époux financeur la sécurité de pouvoir récupérer les fonds qu'il aura utilisés pour le financement du bien. Il dispose en effet avec le compte courant d'associés à son nom personnel, d'une créance à l'encontre de la société. Les flux du financement obéissent aux règles du droit des sociétés et de la comptabilité et non pas à celles du régime matrimonial.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la sécurisation de la créance de l'époux financeur nécessite la mise en œuvre d'une ingénierie juridique appropriée. A cet effet, que les parts sociales soient propres ou communes il est nécessaire que les fonds apportés à la société civile par le biais du compte courant d'associés soient des fonds propres. Chaque année dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes il devra être constaté le montant du compte courant d'associés des époux et il sera déclaré l'origine des fonds ainsi que le caractère propre de la créance.

115. Outil contre la contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation a jugé récemment¹¹¹ que l'époux marié sous le régime de la séparation de biens qui revendique le bénéfice d'une créance pour avoir financé seul un bien indivis doit prouver, pour pouvoir en être déclaré bénéficiaire, que ce financement a dépassé les limites de son obligation de contribution aux charges du mariage.

Cette décision s'inscrit dans la lignée des décisions rendues par la Cour de cassation aux termes desquelles :

- les époux étant présumés avoir participé aux charges matrimoniales à proportion de leurs facultés respectives, il incombe à l'époux qui invoque le bénéfice d'une créance envers l'indivision de démontrer qu'il s'est appauvri plus fortement que ne l'exigeaient ses obligations matrimoniales alors que son conjoint ou l'indivision entre époux se sont enrichis corrélativement¹¹² ;
- le paiement par le mari d'un emprunt ayant financé partiellement l'acquisition par l'épouse du logement de la famille participe de son obligation de contribuer aux charges du mariage¹¹³ ;
- le fait qu'un des époux finance seul le logement de la famille, ou encore que ce logement soit financé de manière inégalitaire entre les conjoints, n'est pas, à lui seul, de nature à faire naître une créance au profit du contributeur principal ; sous le régime de la séparation de biens, le financement, par un époux, d'un immeuble indivis dans lequel la famille a son logement ne peut donner lieu à créance contre l'indivision que si cette contribution excède ce qui est dû au titre de l'obligation de contribuer aux charges du mariage¹¹⁴.

¹¹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, 13-21.005, Bulletin 2014, I, n° 152.

¹¹² Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janv. 1979, n° 77-12.99.

¹¹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, n° 05-15.980.

¹¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 11-26.748.

116. Protection du conjoint-survivant. Au niveau de la planification successorale, la société civile va favoriser la dissociation de l'avoir et le pouvoir y compris au niveau matrimonial. Autrement dit, nous pourrions imaginer que le conjoint survivant détienne grâce à l'usufruit viager sur les parts sociales de la société civile immobilière des droits politiques et / ou financiers élargis. Cette structuration est particulièrement utile et recommandée dans l'hypothèse d'un couple ayant la volonté de protéger le conjoint-survivant, en particulier sur la résidence principale ou la résidence secondaire, en présence d'enfants non communs.

b) En régime de séparation de biens avec société d'acquêts

117. Utilisation alternative ou cumulative. Certains experts de l'ingénierie patrimoniale allient régulièrement la société civile immobilière avec la société d'acquêts. Il y a lieu de ne pas confondre les deux notions. La société civile immobilière relève du droit des sociétés alors que la société d'acquêts relève des régimes matrimoniaux. Elles ne se confondent pas mais ont vocation à se compléter. Elles peuvent être utilisées de manière alternative puisque certains objectifs telle que la protection du conjoint survivant en particulier, peuvent être réalisés au moyen de la société civile immobilière ou de la société d'acquêts. Souvent nous les utilisons de manière cumulative.

118. Illustration. Monsieur X. actuellement marié sous le régime de la séparation de biens pure et simple envisage l'acquisition d'un chalet à Megève d'une valeur significative qu'il entend financer essentiellement avec des fonds propres. Parallèlement, il a pour objectif d'assurer la protection de son conjoint survivant en cas de prédécès.

La première solution qui peut se présenter réside dans la constitution d'une société civile immobilière qui procèdera à l'acquisition dudit chalet. Dans le cadre d'un testament ou d'une donation entre époux, chaque époux attribuera l'usufruit des titres au conjoint-survivant.

Il peut être envisagé d'associer les deux époux à concurrence de la moitié chacun. Les avantages sont ici nombreux. Tout d'abord, Madame X. est directement intéressé à la plus-value sur l'immeuble à dû concurrence de sa participation dans la société. Le conjoint sera protégé selon une géométrie variable, en capital et/ou en revenus grâce à la détention de son usufruit sur les parts de la société civile immobilière et à la rédaction appropriée dans les statuts. Cette structuration s'effectue sans donation et évite les problèmes du rapport ou de transmission indirecte du patrimoine de l'époux vers l'épouse et des descendants de celle-ci. Le financement de la société pourra être réalisé par un prêt ou au moyen des fonds propres de l'époux générant des comptes courants d'associés qu'il conviendra de gérer dans le cadre de la transmission.

119. Une autre solution consiste dans une structuration par le régime matrimonial et non pas au moyen d'une société. Elle repose sur un aménagement de régime matrimonial préalable à l'acquisition de l'immeuble. Les époux conserveront le régime de la séparation de biens et lui adjoindront une société d'acquêts. L'immeuble sera ainsi acheté par les deux époux et tombera dans la société d'acquêts de telle manière qu'il sera communautarisé entièrement. Dans l'acte constatant l'aménagement du régime matrimonial il sera inséré une clause de préciput au profit du conjoint survivant lui permettant de se faire attribuer tout ou partie des actifs composant la société d'acquêts en pleine propriété ou en usufruit.

Le financement du bien va générer des récompenses au profit de l'époux financeur. Il faudra régler leur sort dans le contrat d'aménagement du régime matrimonial. Leur suppression ou leur limitation constitue un avantage matrimonial. Cette solution permet tout autant que la précédente d'assurer efficacement la protection du conjoint survivant. Elle a pour inconvénient majeur de pouvoir faire l'objet d'une action en retranchement des enfants non communs. En outre, l'aménagement du régime matrimonial est soumis à un formalisme qui peut conduire à l'opposition des enfants et entraîner une ouverture d'homologation judiciaire.

Parfois, les caractéristiques familiales nécessitent d'organiser la détention des actifs immobiliers à travers une société civile immobilière dont les parts sont elles-mêmes logées dans la société d'acquêts. Les époux bénéficient alors des avantages non seulement de la société civile immobilière mais aussi des régimes matrimoniaux et de la société d'acquêts. Le conjoint survivant aura la faculté de faire jouer ou non la clause de préciput. Le cumul de la société civile et de la société d'acquêts offre une sécurité plus large au profit du conjoint survivant et aussi une liberté totale sur l'utilisation des instruments juridiques.

120. De la société civile à la société d'acquêts. Le passage de la société civile à la société d'acquêts ou de la société d'acquêts à la société civile est aisé.

Un époux peut apporter dans le cadre d'un aménagement du régime matrimonial ou d'un changement du régime matrimonial des parts de la société civile, qui lui sont personnelles, à la société d'acquêts.

De même il peut apporter à la communauté des parts sociales qui lui sont propres. Il est ainsi procédé à la communautarisation desdites parts sociales. L'objectif de l'époux apporteur peut être seulement juridique en assurant la protection du conjoint survivant et en renforçant ses droits. L'objectif peut également consister en l'optimisation des droits de mutation à titre gratuit. Ces deux objectifs juridiques et fiscaux peuvent se superposer et ne sont donc pas exclusifs l'un de l'autre.

Sur le plan fiscal, la communautarisation des parts de la société civile est un préalable à une donation. En procédant ainsi, au lieu que la donation soit réalisée uniquement par l'un des époux qui détenait initialement en propre ou personnellement les parts sociales, elle sera effectuée par les deux membres du couple devenus propriétaires communs. Les conséquences fiscales sont particulièrement intéressantes pour le débiteur des droits de mutation à titre gratuit. En effet, au lieu d'appliquer une seule fois l'abattement unique d'un seul parent donateur et les premières tranches d'imposition du barème, les droits de donations vont être calculés après application des abattements des père et mère. En outre, les premières tranches d'impositions vont être utilisés d'une part pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit pour le père et d'autre part pour celui de la mère.

Cette dépersonnalisation des titres sociaux à des fins fiscales ne présente pas d'inconvénient majeur pour l'époux apporteur. Dès lors que l'aménagement du régime matrimonial ou le changement du régime matrimonial sera bien rédigé il comprendra une clause des reprise des apports. Ainsi, en cas de séparation du vivant des époux, il pourra reprendre les parts sociales objet de l'apport. Encore, faudra-t-il que le notaire n'oublie pas cette clause, ce qui malheureusement n'est pas une hypothèse d'école.

121. **De la société d'acquêts à la société civile.** Il est possible de cumuler les avantages de la société civile immobilière avec la société d'acquêts quand bien même les époux seraient déjà mariés sous ce régime, mais que l'immeuble serait détenu directement par eux ou l'un d'entre eux. Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de faire de modification au régime matrimonial. Il convient alors d'apporter l'immeuble par le ou les époux propriétaires à une société civile immobilière. En cas d'apport conjoints par les époux, le capital social est réparti proportionnellement à la valeur de leurs droits respectifs dans l'immeuble. Cette opération a un inconvénient fiscal non négligeable. Elle génère en effet une plus-value immobilière des particuliers compte tenu du fait que l'apport constitue une mutation à titre onéreux rentrant dans le champ d'application des plus-values immobilières. Cet apport n'engendre toutefois pas d'impôt sur la plus-value immobilière lorsque le bien immobilier est détenu depuis plus de 22 ans ou s'il s'agit de la résidence principale. L'exonération au titre des prélèvements sociaux est acquise au bout de 30 ans de détention

2°) De la planification successorale en régime de communauté

a) Les stratégies matrimoniales

✓ Le renversement du principe pour les revenus des propres

122. **Revenus des propres.** Les fruits et revenus des biens propres constituent des biens communs en vertu de l'article 1401 du Code civil. Pour certains époux cette communautarisation légale des revenus des biens propres peut ne pas correspondre à leur volonté. Deux solutions se présentent alors. La première, qui est la plus simple, consiste à prévoir dans un contrat de mariage que ces revenus resteront propres. C'est celle qui est généralement choisie lorsque cette question est abordée avant le mariage lors de l'établissement du contrat de mariage. Si la réflexion survient pendant le mariage il est parfois difficile de procéder à un aménagement du régime matrimonial ou un changement du régime matrimonial en raison de la situation du couple ou de la famille.

La seconde solution réside dans la constitution d'une société civile immobilière où le bien immobilier initialement propre lui sera apporté. La caractérisation de propre d'un bien nouvellement acquis peut passer par l'apport de fonds propres à la société civile. Dans ces deux cas de figure et sous réserve d'avoir bien respecté les formalités d'emploi ou de remploi, les parts sociales demeureront propres. Par suite, il suffit de capitaliser les bénéfices de la société civile en son sein. S'il est procédé à une distribution, comme en l'absence de société civile immobilière, ceux-ci tomberont dans la communauté. A l'inverse, si les bénéfices sont conservés dans la société civile au moyen d'une affectation en réserve ou en report à nouveau, ils ne sont plus alors transformés en fruits et revenus de biens propres. Ils conservent alors le caractère propre des parts.

✓ **De la cogestion**

123. **Article 1424 du Code civil – Aliénation de certains biens.** L'article 1424 du Code civil dispose que « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté ainsi que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité.*

Ils ne peuvent, sans leur conjoint percevoir les capitaux provenant de telles opérations. De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de communauté dans un patrimoine fiduciaire » .

Il résulte de l'article 1424 du Code civil, qu'un époux ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner ou grever de droits réels certains biens qui, en raison de leur nature sont présumés par la loi être de grande valeur. Les biens dont il s'agit sont les suivants :

- les immeubles,
- les fonds de commerce,
- les exploitations (agricoles, artisanales, etc....),
- les droits sociaux non négociables,
- enfin les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité.

124. **Aménagement de la cogestion.** Sous un régime de communauté et alors même que les époux entendent conserver le caractère commun des biens, il peut être souhaité de renforcer des pouvoirs de l'un d'entre eux. En matière d'administration de la communauté, le principe est la cogestion pour l'aliénation à titre onéreux ou la constitution de droits réels sur des immeubles et la cession de parts non négociables en vertu de l'article 1424 du Code civil. Cette cogestion peut s'avérer pesante pour l'un des époux.

La société civile peut lui permettre d'avoir des pouvoirs renforcés en matière de gestion des actifs sociaux, sans pour autant porter atteinte au caractère commun des parts sociales. Observation étant ici faite que la mise en société du logement de la famille ne permettra pas d'accroître les pouvoirs de l'une des époux pour ce qui concerne sa disposition.

125. **Perception des capitaux.** L'article 1424 du Code civil exige encore le consentement de l'époux pour la perception du prix. Cette exigence ne concerne que les opérations visées à l'article 1424 du Code civil. Il a été jugé (par exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n°03-19630) qu'un époux peut encaisser seul le remboursement d'un prêt antérieurement consenti à un tiers par son conjoint avec des fonds de communs, ces opérations entrant dans le cadre de la gestion concurrente.

La société civile peut être un parfait outil permettant de contourner cette obligation de cogestion pour la perception des capitaux.

b) La protection du conjoint pour les biens propres

126. **Protection du conjoint-survivant.** Comme pour les biens personnels en régime de séparation de biens, la société civile pour des époux mariés sous le régime de la communauté a un intérêt pour les biens propres lorsqu'il s'agit d'assurer la protection du conjoint survivant non propriétaire dudit bien. Au décès, il est procédé à une dissociation de l'avoir et du pouvoir. Le conjoint-survivant disposant alors du pouvoir sur les parts sociales historiquement propres au conjoint prédécédé, alors que les enfants détiennent l'avoir au moyen de la nue-propriété voire partiellement de la pleine propriété.

c) Les apports en société

1. Apports de biens communs

127. **Apports de biens communs.** Chaque époux peut, en principe apporter à la société des biens de communauté, sous la réserve de l'article 1424 du Code civil, selon lequel les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner les immeubles dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables.

Quid de la qualification des parts sociales souscrites avant le mariage mais libérées après ? Sont-elles propres en considération de leur date de souscription (avant le mariage), ou communes du fait de leur date de libération (pendant le mariage) ? Faut-il faire prévaloir la date d'immatriculation de la société ?

La Cour de cassation nous a éclairé récemment sur ces questions¹¹⁵ dans une affaire qui méritent de s'arrêter à la chronologie du processus de constitution de la société. Les faits concernent la société civile immobilière du Jeu de Paume pour laquelle l'époux avait signé les statuts le 22 août 1979. Le 1^{er} septembre 1979 le mariage est célébré. Le 3 septembre 1979 il avait été procédé à la libération des apports. Le 4 septembre 1979, les statuts ont été enregistrés et le 3 décembre 1979 la société a été immatriculée.

Nous constatons donc que la société était en voie de constitution lors du mariage. Lorsque les parts sociales, constituent des biens de la communauté, l'époux titulaire ne peut pas les vendre sans le consentement de son conjoint, même si celui-ci n'a pas revendiqué la qualité d'associé lors de l'achat ou de la souscription des parts (article 1424 du Code civil).

L'époux soutenait que l'engagement à l'égard de la société était antérieur au mariage et qu'en conséquence les parts sociales étaient propres. La Cour de cassation a censuré cette analyse en considérant que « *dans les rapports entre époux, la valeur des parts d'une société civile présente un caractère commun en cas d'acquisition au moyen de fonds commun ou un caractère propre à l'aide de fonds propres en présence d'un accord d'emploi ou de remplacement* ». En conséquence, la présomption de communauté a fonctionné à partir du mariage. La Cour de Cassation qualifie les parts sociales d'acquêts, donc de biens acquis pendant le mariage.

Il est probable qu'elle se réfère à la date de libération des apports (paiement) et non à la date de l'immatriculation car dans la partie critique de son attendu elle n'évoque pas la formalité de l'immatriculation mais les « fonds » ayant permis « l'acquisition », c'est à dire la libération des parts.

¹¹⁵ Cass. 1^{ère} civ. 8 octobre 2014 n°13-21.879

2. Apports de biens propres

128. **Emploi.** Moyennant certaines formalités, un bien acquis à titre onéreux au cours du mariage est propre si le prix a été payé à l'aide de deniers propres (emploi) ou grâce au prix tiré de l'aliénation d'un bien propre (remploi).

129. **Apports en société : l'emploi et le remploi.** La Cour de cassation fait une distinction entre l'apport en nature et l'apport en numéraire. Lorsqu'il y a apport en nature de biens propres, la subrogation étant automatique les parts attribuées en contrepartie sont directement propres. En revanche, en cas d'apport en numéraire, la déclaration d'emploi ou de remploi est requise, même s'il s'agit de fonds provenant de la vente préalable de biens propres.

130. **Remploi.** Pour effectuer un remploi, il n'est pas exigé que les deniers versés, qui représentent le prix ou la valeur d'un bien propre de l'époux soient exactement ceux provenant de l'aliénation.

Il n'est donc pas nécessaire d'isoler sur un compte spécial le prix perçu lors de l'aliénation du bien propre, pourvu qu'on puisse établir que le compte d'où est tiré le prix d'acquisition du bien nouveau a reçu les fonds provenant de l'aliénation.

Les formalités légales du remploi consistent en une double déclaration dans l'acte d'acquisition du bien. La première déclaration a pour objet les fonds qui doivent provenir de deniers propres ou de l'aliénation d'un propre. La seconde déclaration porte sur la volonté de faire l'acquisition à titre d'emploi ou de remploi. Même si cette déclaration d'emploi ou de remploi est un acte unilatéral, il est recommandé de recueillir le consentement du conjoint.

Le patrimonialiste doit veiller au respect de ces formalités. Les dernières décisions étudiées ci-après illustrent l'impérieuse vigilance qu'il est nécessaire d'avoir à cet égard. Nous rencontrons régulièrement des clients mariés sous le régime de la communauté croyant être l'unique propriétaire des titres de leurs sociétés parce qu'ils avaient la qualité de seul associé dans les statuts. Souvent certains d'entre eux avaient pourtant apportés des fonds qui étaient des propres. Inutile d'insister sur leur désarroi lorsque nous leur expliquons que faute d'avoir accompli les formalités décrites ci-dessus, les titres sociaux ne sont pas propres mais communs. La décision récente du 8 octobre 2014, illustre magnifiquement cette difficulté. Dans cette affaire, l'époux qui s'était marié en 1978, sans contrat, a vendu le 7 novembre 1986 un immeuble lui appartenant en propre dont le prix a servi à constituer son apport à la constitution de la S.C.I La Roucoulaire. Après le divorce prononcé le 25 janvier 1999 une contestation a opposé les ex-époux sur la nature des parts sociales. Il a été considéré que faute pour le mari d'avoir réalisé la formalité du remploi, les parts sociales ne pouvaient que tomber dans la communauté. Il importe donc que soit apportée la preuve de ce que les parts sociales ou actions ont été souscrites à l'aide de fonds propres.

d) De la qualité d'associé dans le couple

131. **Devoir d'information.** En pratique, la première formalité à respecter scrupuleusement est celle visée à l'article 1832-2 alinéa 1^{er} du Code civil. Selon ce dispositif, l'époux qui envisage de procéder à l'apport en société civile de biens de communauté doit en tout état de cause en informer son conjoint et justifier de cette information dans l'acte d'apport. Le défaut d'information du conjoint entraîne, sauf ratification par ce dernier, la nullité de l'apport.

132. **Titre et finance.** Il résulte de l'article 1832-2 alinéas 2 et 3 du Code civil que l'époux qui apporte le bien a en principe seul la qualité d'associé, mais la valeur pécuniaire des parts reste un bien commun.

Il y a lieu de distinguer le titre qui correspond à la qualité d'associé, de la finance c'est à dire la valeur patrimoniale du bien.

Depuis l'arrêt du 4 juillet 2012¹¹⁶ la Cour de cassation applique aux parts sociales la distinction du titre et de la finance. Elle a depuis constamment réaffirmé ce principe.

À la dissolution de la communauté, la Cour de cassation¹¹⁷ a précisé que la qualité d'associée attachée à des parts sociales qui dépendent de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que la valeur, de sorte que le conjoint associé peut donner son titre sans recueillir l'accord de ses coïndivisaires.

Cette solution a été réitérée pour valider la vente des titres dans une affaire où la Cour de cassation¹¹⁸ a jugé qu'un époux qui avait acquis seul des parts sociales durant son mariage avait pu les vendre sans l'accord de son ex-conjoint pendant l'indivision post communautaire.

Dans une autre décision, la Cour de cassation¹¹⁹ a considéré que l'époux commun en biens a seul la qualité pour percevoir les dividendes auxquels les parts sociales qu'il a acquises durant le mariage avec des fonds communs lui donnent droit. Dès lors, le versement effectué entre les mains de son conjoint ne libère pas la société.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n°11-13.384, FS-P+B+I, Ruyer c/ Rozier : JurisData n°2012-01491.

¹¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309, FS-P+B+I, Merlin c/ Vignal .

¹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 2014, n°12-29.265, FS-P+B+I.

¹¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 2014, n°13-25.820, F-P+B : JurisData n°2014-026465.

e) Les aspects liquidatifs : les récompenses

133. **Principes.** Après l'exercice des reprises des biens propres, il est établi pour chaque époux un compte de récompense.

Les récompenses sont régies par les articles 1468 et 1469 du Code civil. Les récompenses proviennent des flux entre les patrimoines propres et la communauté.

Les récompenses sont en réalité complexes à établir et bien souvent les notaires ne les prennent pas en compte dans les liquidations. En outre, elles sont source de conflits comme le démontre l'abondant contentieux en la matière.

L'évaluation des récompenses s'effectue conformément à l'article 1469 du Code civil alinéa 1 en vertu duquel, la récompense ne peut être inférieure à la plus faible des deux sommes entre la dépense et le profit subsistant.

Par exception, elle ne peut être inférieure au montant de la dépense lorsqu'elle s'est révélée nécessaire (article 1469 alinéa 2 du Code civil). De même, elle ne peut être inférieure au profit subsistant dès lors que la dépense a servi à l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien. Enfin, en cas de dépense mixte nécessaire et d'investissement, la récompense est égale à la plus forte des deux sommes.

L'ingénierie patrimoniale sur les investissements immobiliers implique la mise en place de prêts. En matière de remboursement d'emprunt en cours au moment de la liquidation de la communauté, lorsque celle-ci bénéficie de la jouissance du bien pendant le temps de son application, les intérêts sont à la charge de la communauté en contrepartie de la jouissance. Dans cette hypothèse, seul le capital emprunté et remboursé devait être considéré pour l'évaluation, les intérêts inhérents au remboursement n'étant pas comptabilisés au titre de la valeur fournie.

134. **Stratégies.** La société civile immobilière peut être un moyen efficace pour échapper aux règles contraignantes des récompenses et des créances entre époux.

L'appréhension des flux inter-masses est plus facile à réaliser avec les comptes courants d'associés de la société civile immobilière. En effet, en droit comptable, les versements au moyen de deniers propres de chaque époux vers la société civile font l'objet d'un compte courant d'associés ouvert à chacun de leurs noms. Parallèlement, s'ils ont apporté des fonds communs, le compte courant d'associé devra être établi aux noms des deux époux. L'évaluation des flux est rendue plus aisée puisqu'elle résultera des règles comptables. Elle sera facile à appréhender par le notaire liquidateur à travers la lecture du bilan de la société.

Pour éviter que les comptes courants d'associés au nom de chaque époux ne se fasse rattraper en cas de contentieux par la présomption de la communauté, il nous paraît utile de respecter les formalités d'emploi ou de remploi à la fin de l'exercice dans le cadre d'un acte déclaratif d'une part et d'en faire également la constatation lors de l'approbation des comptes annuels d'autre part.

La décision du 8 octobre 2014 susvisé, est également intéressante sur la question relative à l'évaluation des récompenses et créances. Elle semble a priori contredire notre analyse. Dans cette affaire, la société civile immobilière Bella Vista, société civile d'attribution constituée en 1994, entre deux associés qui n'étaient pas mariés entre eux. Lors de la souscription, Monsieur qui était marié avait indiqué qu'il s'agissait d'un remploi. La société civile immobilière a acquis un terrain en vue de construire deux maisons. Chaque associé de la société civile s'est vu attribué une maison. Monsieur a emprunté seul pour financer la construction et les fonds empruntés sont fournis à la société civile par l'intermédiaire de son compte courant d'associés. Les emprunts sont remboursés partiellement pendant le mariage tant par des fonds communs que des fonds propres de l'épouse. Suite à la dissolution de la société civile immobilière en 2006, l'un des immeubles est attribué à Monsieur qui procède par la suite à sa vente alors que la communauté n'est toujours pas liquidée. Les époux s'opposent sur l'évaluation des récompenses et des créances entre époux. Selon Monsieur, il convient de retenir le montant nominal, alors que pour Madame, l'évaluation doit être faite par rapport au profit subsistant pour le patrimoine de son mari.

Madame obtient gain de cause tant devant la Cour d'Appel qu'auprès de la Cour de Cassation qui rejette le pourvoi. Selon la Cour de cassation « (...) la société civile immobilière avait réalisé une opération immobilière financée par des emprunts contractés à titre personnel par Monsieur X et remboursés en partie par des fonds communs et des fonds propres de Mme, que Monsieur s'était vu attribuer un immeuble à la suite de la dissolution de la société, puis l'avait revendu, la communauté n'étant pas liquidée, c'est par l'exacte application de l'article 1469 du Code civil que la Cour d'Appel a déclaré M. Thierry X redevable une récompense et d'une créance calculées selon les règles du profit subsistant en fonction du prix de revente de l'immeuble ».

Il ne faut pas prêter à cette décision une portée qu'elle n'a pas. L'analyse des faits démontre que la société civile était dissoute et liquidée lors de la liquidation du régime matrimonial. La décision ne peut donc pas surprendre à aucun égard puisque l'écran social a disparu. Il n'y a pas de prévalence des règles d'évaluation des récompenses sur celles des comptes courants d'associés, puisqu'en l'espèce il n'y avait plus de société. Les récompenses comme les comptes courants d'associés conservent leur autonomie pour leur évaluation respective.

Lorsque la communauté est liquidée alors que la société n'est pas dissoute, et que l'époux associé en propre a apporté des fonds communs à la société, la récompense ne pourra pas être évaluée en fonction des règles de l'article 1469 alinéas 2 et 3 du Code civil par rapport à la valeur de l'actif immobilier de la société. Les fonds ne servent techniquement qu'à générer un compte courant d'associés, lequel est une dette de la société vis à vis de la communauté. Dès lors, l'évaluation de la récompense est donc limitée à celle du compte courant d'associés et lui sera toujours égale. Elle ne pourra ni lui être supérieure ni inférieure.

Lorsque les deux membres du couple ne sont pas associés dans la société civile immobilière il arrive d'ouvrir un compte courant d'associés au nom des deux époux communs en biens. Il s'agit d'une précaution utile mais qui ne paraît pas satisfaisante eu égard au fait que l'un des époux n'est justement pas associé et qu'il paraît difficile d'ouvrir un compte courant d'associés en partie à son nom. Dans ce cas de figure, il nous paraîtrait juridiquement plus approprié de faire consentir un prêt par les époux communs en biens à la société. Comme précédemment, on échapperait en cas de liquidation de la communauté aux règles des récompenses. Nous serons ici en présence d'un actif de communauté constitué par le capital restant dû par la société à la date de la liquidation.

Nous pouvons également admettre qu'un compte courant d'associé soit ouvert au nom du seul époux associé commun en biens. Le compte courant d'associés appartiendra bien à la communauté dès lors qu'il aura été alimenté par des fonds communs. Il sera alors utile de le libeller dans le bilan le compte courant d'associés de telle manière que son caractère commun soit incontestable. Sur le plan pratique, nous recommandons de mettre les mots « Biens communs » ou « communauté » entre parenthèses aux côtés du compte courant d'associés de l'époux associé. Le cas échéant, nous faisons ouvrir deux comptes courants d'associés : l'un rassemblant les fonds propres et l'autre ceux communs.

3°) PACS et concubinage

135. **Stratégie.** En matière de PACS et de concubinage, la société civile immobilière est un outil de planification successorale utile pour protéger le partenaire. Il permet d'éviter l'indivision successorale entre le partenaire pacsé ou le concubin survivant et les enfants. Grâce à l'enveloppe structurée de la société civile le survivant peut bénéficier d'une protection importante grâce à une rédaction appropriée des statuts (droits politiques et droits financiers élargis).

Parfois, il arrive d'adjoindre à la société civile un pacte tontinier. Cette structuration doit toutefois être utilisée avec précaution. Outre le fait qu'elle présente un intérêt fiscal nul, elle est source de contentieux sur le plan civil.

§ 4 – La comptabilité des sociétés civiles mise au service de l’optimisation fiscale en gestion de fortune

136. **Stratégies comptables.** La souplesse de la société civile se caractérise non seulement au niveau juridique, mais également sur le plan fiscal et comptable. Il y a en particulier trois questions comptables qui offrent des perspectives de renforcement des stratégies d’optimisation fiscale en gestion du patrimoine et en gestion de fortune :

- Faut-il ou non distribuer les bénéfices (A) ?
- Faut-il amortir l’immeuble (B) ?
- Quelles stratégies mettre en place avec les comptes courants d’associés (C) ?

A – Les enjeux de la distribution du résultat bénéficiaire

137. **Distribution du bénéfice.** Au niveau de la stratégie patrimoniale, il y a une question essentielle à laquelle il convient de répondre : faut-il distribuer ou non le résultat bénéficiaire de la société ?

Cette question peut s’inscrire au long terme sur la durée de vie du montage de planification successorale. Elle peut également survenir de manière exceptionnelle en amont de la structuration de la planification.

La distribution ou la non-distribution des bénéfices a un impact sérieux sur l’optimisation de la planification successorale.

Schématiquement, l’absence de distribution augmente la valeur de la société et des parts sociales. Elle n’influe en aucune manière sur le compte courant d’associés.

En cas de distribution, à l’inverse la valeur de la société et des parts sociales décroît. Le compte courant d’associés augmente du montant de la distribution.

Au regard de l’impôt sur la fortune, il était plus avantageux de ne pas distribuer le résultat dégagé par la société civile si l’associé bénéficie de l’exonération au titre de l’outil de travail. En effet, la distribution générerait un compte courant d’associés qui est taxable. Aujourd’hui, avec l’impôt sur la fortune immobilière, la question ne se pose plus.

Au regard des droits de mutation à titre gratuit, la distribution engendre l’augmentation du compte courant d’associé. Ainsi le passif de la société s’accroît d’autant, ce qui influe à la baisse la valeur de la société. L’assiette des droits de donations ou de successions en cas de transmission des titres sociaux se trouvent réduite et donc optimisée après une distribution.

C – Le compte courant d’associés : pépite fiscale de la planification successorale structurée ?

138. **Comptes courants d’associés.** Dans le cadre de la planification successorale, les comptes courants d’associés sont des outils indispensables pour réaliser les objectifs juridiques et fiscaux des parents donateurs.

Le compte courant d’associés dans les sociétés civiles offre une liberté de gestion financière et comptable remarquable. Ils peuvent permettre tout d’abord aux parents de tirer des revenus complémentaires sur une période prédéterminée. Ils pourront procéder à des prélèvements non fiscalisés ponctuellement ou régulièrement jusqu’à épuisement le cas échéant du compte courant d’associés.

Les comptes courants d'associés participent au mouvement d'éclatement de la propriété avec la jouissance des actifs sociaux et de leurs fruits. Les parents donateurs transmettant la nue-propriété voire parfois la pleine propriété tout en se réservant les droits sur le compte courant d'associés.

Nous rappellerons que la transmission des titres sociaux par les parents aux enfants entraîne une taxation au titre des droits de donations, uniquement sur la valeur de ces titres. Les comptes courants d'associés ne sont pas assujettis aux droits de donations lorsque seules les titres sociaux sont l'objet de la transmission.

La transmission des parts sociales de la société civile est indépendante de celle du solde des comptes courants d'associés. La cession parallèle des comptes courants d'associés, aux parts sociales suppose une stipulation expresse dans l'acte de donation. A défaut, la transmission des parts sociales n'a aucun effet sur celle des comptes courants d'associés.

En donnant en pleine propriété ou en nue-propriété des parts sociales à leurs enfants, les parents soumettent à taxation la valeur des parts sociales diminuées des comptes courants d'associés. Au(x) décès du(es) parent(s) donateur(s), les comptes courants d'associés qui seront encore présents seront assujettis aux droits de succession. Dès lors, tous les comptes courants d'associés qui auront été effacés par prélèvement du vivant du(es) parent(s) échapperont aux droits de succession. L'optimisation fiscale sera donc maximisée dans ce cas de figure puisque les parts sociales auront été données sur une valeur de parts sociales nette des comptes courants d'associés. Puis, au(x) décès du(es) donateur(s) les enfants seront pleins propriétaires des parts sociales vierges de compte courant d'associés. L'optimisation fiscale au titre des droits de mutation à titre gratuit sera d'autant plus performante que le numéraire reçu en contrepartie du remboursement du compte courant d'associés n'aura pas été épargné par les parents donateurs, mais consommé par eux ou mieux transmis indirectement aux donataires.

Nous avons pu constater en pratique que certains praticiens oublièrent de déclarer les comptes courants d'associés dans le cadre de la déclaration de succession. Il s'agit d'une optimisation fiscale radicale mais qui ne correspond pas à la législation en vigueur. Nous ne pouvons que condamner cette méthode, car le risque de redressement sera d'autant plus fort que la donation aura été faite dans un laps de temps réduit par rapport au(x) décès.

139. **Dons manuels.** Les comptes courants d'associés peuvent servir à compléter la transmission initiale des parts sociales. En effet, les parents ont tout loisir dans un deuxième temps de faire des présents d'usage (pour les événements importants dans la vie courante de leurs enfants nu-propriétaires ou plein propriétaires associés dans la société) sur des comptes courants d'associés. Il existe une technique d'optimisation fiscale particulièrement intéressante. Par exemple, pour un patrimoine de 20.000.000 €, il est parfaitement possible de conseiller un présent d'usage de 5.000 € par an (Noël et anniversaire) par parent et par enfant. En présence d'une famille de 3 enfants, pour 2 parents et sur une période de 10 ans, il aura été permis de transmettre en franchise de droits de donations une somme totale de 300.000 €. A une tranche marginale d'imposition de 45%, le gain fiscal pour cette famille sera de 135.000 €. L'économie fiscale reste symbolique au regard de l'ensemble des droits de mutation à titre gratuit qu'il conviendra d'acquitter sur l'ensemble du patrimoine, mais elle est somme toute significative. A titre de précaution, nous recommandons de constater le présent d'usage du compte courant d'associé au moyen d'une part de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation de compte et d'autre part dans le bilan de l'exercice au cours duquel le don manuel a été réalisé. Ce formalise nous paraît recommandé tant pour des raisons fiscales que civiles (paix de la famille).

Nous optimiserons la transmission au moyen des présents d'usage et également avec les dons manuels exceptionnels de sommes d'argent prévus à l'article 790 G du CGI¹²⁰. Dans ce cas, après avoir donné les parts sociales de la société civile, les parents pourront recouvrer en tout ou partie les comptes courants d'associés au moyen de la trésorerie disponible dans la société. Une fois le numéraire encaissé, les parents donateurs des parts sociales pourront alors compléter la donation première par une nouvelle donation du numéraire issu des comptes courants d'associés. La donation dont il s'agit sera réalisée dans le cadre du régime de faveur de l'article 790 G afin de bénéficier de l'abattement exceptionnel de 31.865 € par donateur et bénéficiaire. Le remboursement du compte courant d'associés suivi du don exceptionnel de somme d'argent nous permet de supprimer à dû concurrence un actif taxable.

140. Rémunération du compte courant. Les avances en comptes courants d'associés sont-elles nécessairement rémunérées ? Il n'y a rien d'obligatoire et d'automatique. Il résulte de l'article 1905 du Code civil qu'un prêt ne produit intérêt que pour autant que ceux-ci aient été stipulés.

La rémunération du compte courant d'associé devra donc être expressément prévu. Dans ce cas, il faudra définir le taux et le taux effectif global.

Sur un plan stratégique, la rémunération du compte courant d'associés pourrait être a priori érigé en principe de base sur le plan des principes économiques. L'associé faisant une avance à la société il paraîtrait anormal qu'il ne puisse pas être rémunéré en contrepartie de son placement. De même, l'associé qui fait l'effort de participer au financement de la société par l'intermédiaire du compte courant d'associé, doit pouvoir être récompensé par rapport à ceux qui ne participent au même effort. Lorsque le parent donateur souhaitera être rémunéré pour son avance, il conviendra de prévoir une rémunération. À défaut, nous ne recommanderons pas une telle rémunération, qui encore une fois précisons-le, n'est pas obligatoire. L'absence de rémunération ne pourrait pas être considérée selon nous comme une donation indirecte. Quand bien même l'intention libérale existerait-elle, l'enrichissement du donataire est certes évident, mais l'appauvrissement du donateur fait défaut. Le donateur ne renonce pas un droit acquis et de surcroît n'a pas encaissé les intérêts.

La rémunération du compte courant d'associé présente un premier inconvénient pour le parent donateur consistant en la taxation au titre des revenus de capitaux mobiliers¹²¹. Dès lors qu'il sera soumis à l'impôt sur le revenu à une tranche marginale imposition élevée, la génération d'une nouvelle source de taxation ne nous paraît pas opportune. Deuxièmement, le compte courant d'associé étant assujéti aux droits de successions, sa rémunération aura tendance à augmenter la masse taxable.

¹²⁰ *Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise, Philippe REBATTET, LexisNexis, 2ème édition, p. 600, n°2135*

¹²¹ *Philippe REBATTET, Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise, LexisNexis, 2ème édition, p. 323, n°1119.*

141. **Convention réglementée.** Une dernière question relative aux comptes courants d'associés dans une société civile nous paraît avoir un intérêt au regard de l'ingénierie patrimoniale dans le cadre d'un dossier de planification successorale. Il s'agit de l'application des règles de contrôle des conventions réglementées. Le Code civil n'a établi aucune réglementation tendant à contrôler les conventions passées entre une société civile immobilière et ses dirigeants ou associés. En revanche, au regard de l'article L.621-5 du Code de commerce, si une société civile immobilière a une activité économique, les avances du compte courant d'associé qui lui sont consenties sont susceptibles de relever du contrôle des conventions réglementées. Dès lors, qu'il est admis que cette procédure est applicable, le contrôle se fera a posteriori par l'assemblée générale. Elle se prononcera sur un rapport spécial du gérant ou, s'il en existe un, du commissaire aux comptes. La procédure est applicable lorsque la convention est conclue directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants.

L'application de la procédure d'approbation est exclue pour les opérations courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties. La normalité dépend de la comparaison avec les financements bancaires de la société. Les opérations courantes sont celles qui ne présentent rien d'inusuel (activité ordinaire, pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire) ou qui relèvent de l'objet statutaire et habituellement réalisées par la société à l'intérieur de cet objet.

Compte tenu du réel débat existant sur l'application de la procédure de contrôle aux comptes courants d'associés, nous conseillons pour notre part de l'appliquer. Son application ne nous paraît pas créer de préjudice à quiconque. Qui pourrait reprocher au gérant de l'avoir mise en place ? A l'inverse, son défaut d'application pourrait dans certains dossiers faire l'objet de reproches de la part de certains associés ou de leurs ayants-droits et de l'Administration. En pratique, il est aisé de faire approuver par l'assemblée générale les comptes courants d'associés dans le cadre de l'approbation annuelle des comptes. De même, le rapport spécial du gérant nous paraît être une formalité simple à remplir dans le cadre d'une société civile immobilière ou d'une société civile de portefeuille.

142. **Remboursement des avances.** A défaut de clause statutaire ou de stipulation conventionnelle contraire, un associé peut demander le remboursement des sommes avancées à tout moment.

Cependant, l'associé peut être tenu pour fautif si sa demande de remboursement est faite abusivement.

La société ne peut pas opposer une compensation entre le solde du compte et les pertes sociales non constatées. Elle ne peut pas non plus limiter le remboursement à la somme que peut supporter sa trésorerie dès lors qu'aucune clause n'autorise cette limitation.

Une décision collective ne peut pas imposer le blocage des sommes déposées en compte courant. Une telle décision entraînant une augmentation des engagements des associés, laquelle nécessite l'accord unanime des intéressés.

Une clause des statuts de la société prévoyant que les conditions de retrait des avances en compte courant sont fixées par le gérant, doit être réputée non écrite dès lors qu'elle fait dépendre le remboursement de la seule volonté de la gérance.

Une clause des statuts peut valablement soumettre le remboursement du compte à certaines conditions pourvu que celles-ci ne soient pas purement potestatives, c'est à dire qu'elles ne fassent pas dépendre le remboursement exclusivement d'une décision de la société.

Ont été jugées valables la clause soumettant le remboursement à la condition que la trésorerie de la société le permette.

Section III – La fiducie et la tontine : d’autres outils en gestion de fortune

143. **Plan.** Deux autres outils exorbitants du droit commun peuvent être utilisés dans le cadre de la gestion de fortune. Bien que peu utilisés en pratique, la fiducie (§1) et la tontine (§2) sont des instruments que l’ingénieur patrimonial doit savoir manier et proposer en gestion de fortune.

§ 1 - La fiducie en gestion de fortune : en pratique inutilisée ?

144. **Définition.** Le régime de la fiducie s’inspire du *trust*. « La fiducie est l’opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent la propriété des biens, de droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d’un ou plusieurs bénéficiaires » (C. civ., art. 2011). Le contrat de fiducie crée un patrimoine d’affectation dont la gestion est confiée au fiduciaire. La fiducie peut permettre tout d’abord de garantir une créance (fiducie-sûreté). Elle peut être également utilisée pour transmettre un patrimoine à titre onéreux (fiducie-transmission). En revanche, la fiducie ne peut servir à la transmission d’un patrimoine à titre gratuit (fiducie-libéralité).

La fiducie prend fin par le décès du ou des constituants, soit lors de la résiliation ou de l’annulation du contrat de fiducie, soit à son terme.

145. **Origine du statut fiscal de la fiducie.** Il a fallu attendre la loi du 19 février 2007¹²² afin de voir réintroduire dans notre droit un régime général de la fiducie. Cette loi, qui a eu le mérite d’exister, comportait de nombreuses imperfections. Ainsi, le dispositif relatif à la fiducie a été rapidement élargi par l’article 18 de la loi de modernisation de l’économie¹²³. Prise sur le fondement de l’article 18, V de la loi LME¹²⁴, l’ordonnance n° 2009-112¹²⁵ éclairée par le rapport au Président de la République a prévu des dispositions générales et des mesures relatives à la fiducie constituée à titre de garantie. Le législateur a transposé à la fiducie les dispositifs existants pour les entités transparentes. Les mesures les plus importantes de cette ordonnance sont celles concernant la fiscalité. Cette ordonnance du 30 janvier 2009 n’a créé aucun nouveau principe fondamental. Elle établit un régime fiscal pour la fiducie avec les principes traditionnels de la fiscalité. Le principe général étant la neutralité fiscale de la fiducie¹²⁶.

122 L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 : JO 21 févr. 2007.

123 L. n° 2008-776, 4 août 2008.

124 JCP E 28 août 2008, n° 35, act. 385. – F. Barrière, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l’économie » JCP E 13 févr. 2009, aperçu rapide. – A. Prüm, « L’arrivée annoncée de la fiducie » : RD bancaire et fin. janv.-févr. 2007, p. 1 et s. – J.-Ph. Dom, La fiducie gestion et le contrat de société, éléments de comparaison : Rev. sociétés 2007, p. 481 et s.

125 Ord. n° 2009-112, 30 janv. 2009 : JO 31 janv. 2009 ; Ph. Rebattet, « La fiducie », Dr. et patrimoine, avril 2009, n°180, p.24. – M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670. – B. Saintourens, Fl. Deboissy et G. Wicker, « La fiducie dans le courant des réformes » : Actes prat. ing. sociétaire 2008, n° 102, p. 93.

126 A. de Bussy, « Aspects fiscaux de la fiducie », loi du 19 février 2007 : JCP E 2007, 1516.

146. **Formation du contrat de fiducie.** La fiducie est établie par la loi ou par contrat (C. civ., art. 2012).

À peine de nullité, certaines mentions doivent figurer dans le contrat de fiducie (C. civ., art. 2018). Il doit comporter en effet la désignation des biens, droits ou sûretés transférés, la durée du transfert de propriété, l'identité du ou des constituant(s), du fiduciaire ainsi que le(s) bénéficiaire(s) ou, à défaut, les règles permettant sa désignation, la mission du fiduciaire et ses pouvoirs d'administration et de disposition.

147. **Champ d'application.** La fiducie-sûreté ou la fiducie-transmission est ouverte non seulement aux particuliers, mais aussi aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ou non.

Les biens et droits d'un mineur, comme ceux d'un majeur sous tutelle, ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 408-1 et 509-5°). En revanche, la personne sous curatelle peut, avec l'assistance du curateur, conclure un contrat de fiducie (C. civ., art. 468).

En gestion de fortune comme en droit patrimonial la fiducie-sûreté ou la fiducie-gestion peuvent être utilisés. En revanche, nous pouvons regretter que la fiducie ne puisse être utilisée dans le cadre d'une transmission. Le fait qu'il soit impossible de transmettre un patrimoine à titre gratuit dans le cadre de la fiducie, rend l'institution quasiment inutilisable pour l'organisation de planification successorale. En pratique, nous la proposons que dans des hypothèses extrêmement spécifiques. Les cas dont il s'agit concerne l'organisation de la transmission dans des familles avec des enfants vulnérables ou des familles recomposées avec des schémas très particuliers où nous intercalons des sociétés civiles.

Cette utilisation dans des situations très particulières nous conduit à présenter son cadre fiscal au niveau de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés (A), des droits d'enregistrement et de l'impôt sur la fortune (B), de la taxe sur la valeur ajoutée (C) et enfin des impôts locaux (D).

A – Impôt sur le revenu et impôt sur les sociétés

148. **Définition du constituant.** L'article 238 quater A du Code général des impôts définit le constituant comme la personne titulaire des droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire.

1°) Constituant exerçant une activité professionnelle

149. **Fiducie professionnelle.** La fiducie professionnelle concerne les constituants exerçant une activité professionnelle appartenant à la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices non commerciaux, ou des bénéfices agricoles (CGI, art. 238 quater B). Elle vise également les activités civiles dès lors qu'elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés.

De plus, le constituant ne doit pas relever d'un régime d'imposition forfaitaire (microentreprise des bénéfices agricoles ou bénéfices non commerciaux par exemple), lorsque les biens transférés au fiduciaire doivent figurer dans une comptabilité ou un document comptable.

a) Principe de la neutralité

150. **Champ d'application.** L'opération fiduciaire reste transparente fiscalement, que le constituant soit une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés ou une personne physique soumise à l'impôt sur le revenu.

Le transfert de l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une entreprise individuelle dans un patrimoine fiduciaire peut bénéficier du régime de neutralité de l'article 238 quater B du Code général des impôts. Il en va également de même du transfert de parts de sociétés de personnes détenues par des associés exerçant en leur sein une activité professionnelle au sens de l'article 151 nonies du même code.

b) Constitution de la fiducie

151. **Biens « apportés ».** Peuvent être « apportés » à la fiducie :

- des éléments du patrimoine professionnel ;
- des parts professionnelles au sens de l'article 151 nonies du Code général des impôts ;
- l'ensemble des éléments actifs et passifs de l'entreprise individuelle.

Le régime de l'article 151 septies du Code général des impôts n'a pas vocation à s'appliquer en cas de transfert à la fiducie.

152. **Conditions d'application du régime spécial.** Par le mécanisme de sursis, la fiducie est traitée comme une opération intercalaire. Le régime spécial des fusions a vocation à s'appliquer aux plus-values constatées lors du transfert des actifs dans le patrimoine du fiduciaire, sous réserve du respect des conditions suivantes :

- le constituant exerce une activité industrielle, commerciale, ou artisanale, sans distinguer selon qu'elle est exercée à titre professionnelle ou non, une activité agricole, une activité professionnelle non commerciale ou une activité civile soumise à l'impôt sur les sociétés ;
- les biens ou droits transférés en fiducie doivent être inscrits à l'actif du bilan du constituant ou au registre des immobilisations ;
- le constituant est désigné comme le ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ;
- le fiduciaire doit respecter plusieurs engagements qui doivent figurer dans le contrat de fiducie afin d'être opposable à l'administration.

153. **Portée du régime spécial.** Dès lors que les conditions d'application du régime sont remplies, le constituant est exonéré, pour ce qui concerne les plus-values ou profits afférents aux éléments d'actif transférés au sein de la fiducie.

Si le transfert génère une moins-value nette ou une partie nette, elle ne figure pas dans le résultat taxable du constituant.

Lorsque le constituant conserve le contrôle de la fiducie, les actifs transférés sont inscrits dans les comptes de la fiducie à leurs valeurs comptables. À défaut, ils doivent figurer à leurs valeurs réelles.

Aucune plus-value n'est réintégrée dans les comptes de la fiducie lorsque le transfert des actifs est transcrit à la valeur comptable. Les biens et droits transférés sont inscrits dans les comptes de la fiducie pour la valeur qu'ils avaient dans les comptes du constituant ainsi que les amortissements et provisions pour dépréciation constatés par lui.

Si les actifs sont transcrits à leur valeur réelle, les plus-values constatées sur les éléments d'actif amortissables sont réintégrées par le fiduciaire au résultat imposable au taux plein de la fiducie selon des modalités similaires à celles existant pour le régime des fusions. Le fiduciaire peut alors calculer les amortissements et les plus-values ultérieures sur des valeurs réévaluées.

Les provisions relatives aux actifs transférés ayant conservé leur objet à la date du transfert de la fiducie doivent être reprises au passif du bilan de la fiducie.

La plus-value résultant de la cession des éléments d'actifs immobilisés non amortissables sera calculée par le bénéficiaire sur la base de la valeur fiscale de ces biens au bilan du constituant.

c) Déroulement de la fiducie

154. **Redevable.** Le fiduciaire n'a pas, en matière d'impôt direct, la qualité de redevable. Le constituant est dans tous les cas le redevable de l'impôt.

Le fiduciaire est imposable sur le montant de la rémunération que lui donne le constituant en contrepartie de ses services de gestion.

Les sommes que les avocats perçoivent en leur qualité de fiduciaire sont qualifiées de revenus non commerciaux.

155. **Comptabilité.** Le fiduciaire doit tenir une comptabilité distincte pour chaque patrimoine fiduciaire. Il doit respecter les règles de la comptabilité commerciale (C. com., art. L. 123-12 à L. 123-15).

Un commissaire aux comptes doit être nommé afin qu'il procède au contrôle des comptes fiduciaires.

156. **Déclarations.** À partir du résultat comptable sera déterminé le résultat fiscal de la fiducie. Le résultat est déterminé pour chaque année.

Le fiduciaire est tenu de déposer les déclarations de résultat (CGI, art. 238 quater M).

157. **Modalités d'imposition.** Il résulte de l'article 238 quater F du Code général des impôts que les résultats seront déterminés selon les modalités applicables aux sociétés de personnes, comme dans le cadre de l'article 238 bis K I du même code. Les résultats sont ensuite imposés au nom du ou des constituants de la fiducie.

Lorsque les droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire sont inscrits à son bilan, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au constituant (BIC, BNC, BA, impôt sur les sociétés).

Le constituant demeure personnellement soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés pour la part de bénéfice correspondant à ses droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, proportionnellement à la valeur réelle de ces biens ou droits mis à la date du transfert dans le patrimoine fiduciaire (CGI, art. 238 quater O). En cas de cession par un constituant de ses droits à un tiers, ce dernier conserve la même quote-part du résultat du patrimoine.

En outre, le changement de régime fiscal du constituant ne constitue pas une cause de cessation du contrat de fiducie.

158. **Perte.** En cas de perte de la valeur des actifs transférés en fiducie, les droits correspondants inscrits à l'actif du bilan du constituant ne peuvent pas faire l'objet d'une provision (CGI, art. 238 quater G).

d) Fin de la fiducie

159. **Imposition.** La fin du contrat de fiducie (cessation d'activité, décès du constituant, résiliation, annulation du contrat de fiducie, arrivée de son terme contractuel) emporte la cessation fiscale de l'entreprise et l'imposition au nom du constituant des résultats déterminés à la date de la cessation dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants du Code général des impôts.

L'ensemble des bénéfices non encore taxés, en ce compris les plus-values constatées lors de la cessation de la fiducie et les provisions non encore réintégrées, est imposé immédiatement.

En cas de cessation ou de dissolution du constituant, le patrimoine fiduciaire doit également être fiscalement liquidé. Il en va de même en cas de cession des droits détenus autres du contrat de fiducie.

160. **Régime de neutralité.** Toutefois, lors du retour des biens dans le patrimoine du constituant, le régime de faveur calqué sur celui de la transmission universelle de patrimoine d'une personne morale est applicable (CGI, art. 238 quater K et 238 quater Q). L'extinction de la fiducie est alors considérée comme une opération intercalaire.

Le régime de neutralité s'applique si les conditions suivantes sont réunies :

- le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine ;
- le constituant respecte un certain nombre d'engagements qui sont identiques à ceux exigés pour l'application de la neutralité lors du transfert des actifs en fiducie.

Les valeurs de transcription des actifs devant être retenues lors de la cessation du contrat de fiducie sont celles retenues lors de l'entrée des biens dans le patrimoine du bénéficiaire.

161. **Formalité.** Une déclaration de résultats doit être déposée par le bénéficiaire dans le délai de soixante jours courant à partir de l'événement mettant fin au contrat de fiducie.

2°) Constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé

a) Constitution

162. **Régime de neutralité.** L'article 238 quater N du Code général des impôts fixe les conditions d'application de la neutralité fiscale lors du transfert de biens ou droits en fiducie. Il est en effet instauré un sursis d'imposition afin de traiter la mise en fiducie comme une opération intercalaire qui, au titre de l'année où cette opération a lieu, ne serait pas retenue pour l'établissement de l'impôt sur le revenu. En principe, le transfert de biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire ne constitue pas un fait générateur d'imposition pour les personnes physiques non professionnelles agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé.

Les conditions d'application du régime de neutralité sont les suivantes :

- un contrat de fiducie doit être signé au sens de l'article 2011 du Code civil ;
- le constituant doit être désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie ;
- le fiduciaire inscrit, dans les écritures du patrimoine fiduciaire, les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant.

163. **Cession.** Si l'une des conditions n'est pas satisfaite, le transfert à la fiducie constitue une cession traitée comme telle.

b) Déroulement

164. **Imposition des résultats de la fiducie.** L'article 238 quater O du Code général des impôts fixe les modalités de détermination et d'imposition du bénéfice de la fiducie. À cet effet, le résultat de la fiducie est déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire lui-même. En revanche, la fiducie ne serait pas en elle-même redevable de l'impôt dû sur son résultat.

Le résultat de la fiducie est imposé au nom de chaque constituant pour la part de résultat correspondant à ses droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, proportionnellement à la valeur vénale des biens ou droits mis en fiducie, appréciée à la date du transfert dans le patrimoine fiduciaire, et la part de résultat correspondant aux droits du constituant est déterminée et imposée en tenant compte de la nature de l'activité de la fiducie. Les règles d'assiette et d'imposition seront les mêmes que celles prévues pour les sociétés de personnes.

165. **Déclarations.** Le fiduciaire est soumis aux mêmes obligations déclaratives que les sociétés de personnes (CGI, art. 238 quater M).

166. **Plus-value immobilière.** En ce qui concerne les plus-values immobilières réalisées par la fiducie :

- pour le prix d'acquisition, il faut retenir soit le prix d'acquisition de la fiducie, soit en cas « d'apport » par un constituant le prix d'acquisition de ce dernier (CGI, art. 150 VB, al. 5) ;
- pour la durée de détention et l'application de l'abattement, les mêmes règles sont applicables.

c) Fin de la fiducie

167. **Transmission à titre onéreux.** L'article 238 quater P du Code général des impôts dispose qu'en cas de transmission à titre onéreux de tout ou partie des droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire qui ne sont pas inscrits au bilan d'une entreprise, les résultats du patrimoine fiduciaire sont déterminés, à la date de la transmission, dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants et imposés au nom du cédant selon les règles prévues à l'article 238 quater N du CGI. Cette transmission est assimilée à une cessation d'entreprise au même titre que la cessation de la fiducie.

La différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition de ces droits n'a pas d'incidence sur les revenus imposables du cédant.

168. **Cessation de la fiducie.** En cas de décès du constituant, de résiliation ou d'annulation de l'opération de fiducie ou lorsqu'elle prend fin, les règles sont identiques.

169. **Régime de neutralité.** Enfin, l'article 238 quater Q du Code général des impôts prévoit un régime de neutralité fiscale en cas de retour des biens ou droits dans le patrimoine du titulaire de la créance au titre de la fiducie. Ce transfert est traité comme une opération intercalaire lorsque certaines conditions sont respectées.

En effet, le transfert de biens ou droits du patrimoine fiduciaire dans le patrimoine du constituant n'est pas un fait générateur d'impôt sur le revenu lorsque l'opération de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire et que le constituant prend, dans l'acte constatant le transfert, l'engagement de déterminer, en cas de cession ultérieure des biens ou droits concernés, les plus ou moins-values et, plus généralement, les gains ou pertes par référence :

- si le titulaire des droits représentatifs des biens ou droits du patrimoine fiduciaire est le constituant initial, au prix ou à la valeur d'acquisition par ce dernier des biens ou droits, lorsque ces biens ou droits ont fait l'objet d'un transfert dans le patrimoine fiduciaire dans les conditions prévues à l'article 238 quater N du Code général des impôts, et au prix d'acquisition du ou des biens ou droits par la fiducie pour les autres biens ou droits ;

- si le titulaire des droits représentatifs des biens ou droits du patrimoine fiduciaire n'est pas le constituant initial, à la valeur des biens ou droits à la date d'acquisition de ses droits au titre de la fiducie ou, pour les biens ou droits qui sont entrés dans le patrimoine fiduciaire après l'acquisition de ses droits, au prix d'acquisition de ces biens ou droits par la fiducie.

B – Enregistrement et impôt sur la fortune immobilière

1°) Enregistrement

170. **Publicité.** La fiducie emportant transfert de propriété, il convient de respecter les règles habituelles en matière de publicité, lesquelles sont différentes en fonction des biens transmis (immeubles, titres de sociétés, créances, fonds de commerce, etc.).

a) Constitution de la fiducie

171. **Enregistrement.** La fiducie est entourée d'un formalisme important eu égard à la méfiance qu'elle a suscité auprès du législateur français. À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Cet enregistrement donne lieu à la perception d'un droit fixe de 125 €.

172. **Formalité unique.** En présence de droits immobiliers, le contrat de fiducie sera soumis à la formalité unique et donne lieu au paiement de la taxe de publicité foncière, les frais d'assiette et de recouvrement et la contribution de sécurité immobilière (CGI, art. 1020).

b) Déroulement

173. **Modification du contrat de fiducie.** Les actes constatant la modification du contrat de fiducie doivent être enregistrés dans les mêmes conditions que les actes constatant la constitution de la fiducie.

Les droits et taxes sont identiques à ceux acquittés lors de la formation du contrat.

174. **Transmission à titre onéreux.** En cas de transmission à titre onéreux des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire à un tiers ou à un bénéficiaire du contrat de fiducie autre que le constituant, les droits de mutation sont exigibles dans les conditions de droit commun en fonction de la nature des biens et des droits transmis (immeubles, fonds de commerce, droits sociaux, etc.). Aucune décote ne peut être effectuée.

175. **Transmission à titre gratuit.** Aux termes de l'article 2013 du Code civil, la fiducie aux fins de libéralité est prohibée. Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire.

Au niveau fiscal, un contrat de fiducie contenant une intention libérale est inopposable à l'administration. Il résulte de l'article 792 bis du Code général des impôts qu'en cas de transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits provenant de leur exploitation, les droits de mutation à titre gratuit au taux de 60 % sont exigibles.

Pour l'application de cette disposition, l'intention libérale se manifeste notamment par l'absence de contrepartie réelle de la transmission. Elle se caractérise également lorsque l'avantage en nature ou résultant de la minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire.

176. **Cession de ses droits par le constituant.** Les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire.

Lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis (CGI, art. 668 ter).

Ils sont calculés selon la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en emploi, à la date du fait générateur de l'impôt (CGI, art. 668 bis).

c) Fin de la fiducie

177. **Actes constatant l'extinction de la fiducie.** Les actes constatant l'extinction du contrat de fiducie au bénéfice du constituant ou du cessionnaire de ses droits doivent être enregistrés dans les mêmes conditions que les actes constatant la constitution de la fiducie.

Il en va de même s'agissant des droits et taxes. Toutefois, la taxe de publicité foncière n'est pas due sur les actes constatant le retour de tout ou partie du patrimoine fiduciaire au constituant.

Le transfert des biens au profit d'un tiers donne lieu aux droits de mutation de droit commun.

178. **Décès du constituant.** Le décès du constituant met, en principe, fin au contrat de fiducie. Le patrimoine du fiduciaire fait de plein droit retour à la succession du constituant.

L'article 766 bis du Code général des impôts définit les modalités d'évaluation des biens et droits mis en fiducie en matière de droits de mutation à titre gratuit. Pour la taxation aux droits de mutation par décès, les biens ou droits mis en fiducie font de plein droit retour à la succession du constituant ou de la personne titulaire des droits représentatifs des biens ou droits transférés en fiducie et sont compris dans le patrimoine de ce dernier pour leur valeur vénale nette à la date du décès.

2°) Impôt sur la fortune immobilière

179. **Situation du constituant.** Les règles d'assiette applicables en matière d'enregistrement s'appliquent également à l'impôt sur la fortune immobilière.

Le principe de neutralité fiscale conduit ainsi à considérer que les biens n'ont jamais quitté le patrimoine du constituant.

Il en résulte que les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, sont compris dans le patrimoine du constituant pour leur valeur vénale nette.

L'imposition des biens est effectuée dans les mêmes conditions que s'ils étaient directement détenus par le constituant.

C – Taxe sur la valeur ajoutée

180. **Constitution de la fiducie.** La mise en fiducie entraîne le transfert, au profit du fiduciaire, du pouvoir de disposer de biens corporels ou incorporels, comme un propriétaire.

Si le constituant n'est pas assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée, le transfert d'un bien en fiducie n'est pas soumis à la taxe sur la valeur ajoutée.

En revanche, si le constituant est assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée, la mise en fiducie est soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. Toutefois, le régime de faveur des transmissions d'universalités totales ou partielles de biens a vocation à s'appliquer lorsque les transferts de fiducie constituent une universalité totale ou partielle des biens.

181. **Déroulement de la fiducie.** Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée dans les conditions de droit commun les opérations réalisées par le fiduciaire pour le compte de la fiducie.

Lorsque le fiduciaire réalise une livraison de terrain à bâtir ou d'un immeuble bâti relevant de la taxe sur la valeur ajoutée sur la marge, la marge brute constituant l'assiette de la taxe sur la valeur ajoutée est égale à la différence entre le prix de cession par le fiduciaire et le prix d'acquisition par le constituant (CGI, art. 268, 2° dernier al.).

Le fiduciaire est le redevable de la taxe sur la valeur ajoutée au titre des opérations réalisées dans le patrimoine du fiduciaire. Pour chaque contrat de fiducie, le fiduciaire est considéré comme un redevable distinct. Il en résulte que la taxe sur la valeur ajoutée doit être calculée et liquidée pour chaque patrimoine fiduciaire dont le fiduciaire assure la gestion.

La déclaration est déposée pour le compte de la fiducie au service des impôts compétent dont relève le fiduciaire.

En ce qui concerne l'appréciation des limites des régimes d'imposition ou de la franchise en base de la taxe sur la valeur ajoutée, il convient de cumuler les chiffres d'affaires réalisés dans les patrimoines fiduciaires constitués par le même constituant. Ce cumul n'est effectué que si le constituant a plusieurs contrats de fiducie gérés par un même fiduciaire. Dans le cas contraire, le cumul n'est pas réalisé. Le chiffre d'affaires du constituant n'est pas cumulé avec ceux réalisés en fiducie. Les chiffres d'affaires des fiducies gérées par un même fiduciaire, mais relevant de constituants différents, ne sont pas cumulables.

182. **Fin de la fiducie.** En principe, le patrimoine fiduciaire est transféré au(x) bénéficiaire(s). Les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant, à défaut de bénéficiaire(s).

Le retour du patrimoine fiduciaire au constituant produit sensiblement les mêmes effets que ceux de la mise en fiducie.

Au regard de la taxe sur la valeur ajoutée, lorsque le transfert concerne des actifs qualifiés d'universalité de biens, ils peuvent bénéficier de la dispense de la taxe sur la valeur ajoutée de l'article 257 bis du Code général des impôts. La taxe sur la valeur ajoutée de droit commun est applicable si le transfert porte sur un actif isolé, sur plusieurs actifs ne remplissant pas la définition de l'universalité de biens ou lorsque les conditions de l'application du régime spécial des transmissions d'universalité ne sont pas remplies.

D – Impôts directs locaux

1°) Droit commun

183. **Droit commun.** En ce qui concerne les impôts directs locaux, ils s'appliquent dans les conditions de droit commun. Il existe néanmoins quelques règles particulières.

184. **Redevable.** Le fiduciaire en tant que propriétaire des biens est redevable des impôts locaux.

2°) Contribution économique territoriale

185. **Opérations réalisées pour le compte de la fiducie.** Les activités exercées en vertu d'un contrat de fiducie rentrent dans le champ d'application de la contribution économique territoriale (CGI, art. 1447).

La cotisation est établie au nom du fiduciaire (CGI, art. 1447 et 1476).

Les règles de droit commun sont applicables pour le calcul de la cotisation. Les transferts et transmissions résultant du contrat de fiducie sont sans effet sur la valeur locative des biens concernés (CGI, art. 1518 C).

Les activités exercées en vertu d'un contrat de fiducie rentrent également dans le champ d'application de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CGI, art. 1586 ter).

186. **Opérations de gestion de la fiducie.** L'activité de gestion des biens mis en fiducie constitue une activité imposable à la cotisation foncière des entreprises et à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises. Le fiduciaire est donc redevable de ces cotisations dans les conditions de droit commun.

3°) Taxe foncière

187. **Taxe foncière.** La taxe foncière est établie au nom du fiduciaire dès lors qu'un immeuble a été transféré aux termes d'un contrat de fiducie.

§ 2 – La tontine

188. **Taxation aux droits de succession.** Lorsqu'un bien a fait l'objet d'une acquisition en commun, les parties peuvent stipuler qu'au décès de chacune d'entre elles sa part reviendra aux survivants, le dernier survivant étant réputé plein propriétaire du bien dans sa totalité.

Cette transmission est soumise aux droits de succession, conformément aux règles de droit commun.

Elle est donc taxée selon le lien existant entre le défunt et le ou les bénéficiaires de l'accroissement sur la valeur de la part transmise à chacun d'eux.

189. **Taxation aux droits de vente d'immeuble.** Les immeubles affectés à l'habitation principale commune aux deux acquéreurs bénéficient d'un régime d'exception.

Lorsque leur valeur au jour du premier décès est inférieure à 76 000 €, la part transmise au survivant est passible des droits de vente d'immeubles (CGI, art. 754 A). Le bénéficiaire peut néanmoins opter pour l'application du régime des droits de succession si ce régime s'avère plus avantageux.

Compte tenu de la valeur de l'immobilier aujourd'hui en France, ce régime d'exception n'a pas vocation à jouer en pratique.

Chapitre II – La planification successorale en gestion de fortune

190. **Origine.** La planification successorale trouve son origine dans la pratique du droit patrimonial international¹²⁷. Dans sa conception usuelle en *Common Law*, elle correspond à l'*Estate planning*. Elle est également couramment utilisée dans les pays francophones tels que la Suisse¹²⁸, la Belgique et le Canada (Québec). Son emploi s'est ensuite généralisé par les praticiens français de l'ingénierie patrimoniale tels que les notaires¹²⁹, les avocats spécialisés en fiscalité patrimoniale, les ingénieurs patrimoniaux et les conseillers en gestion du patrimoine indépendant. La pratique du droit international privé constitue un élément important de la planification successorale, notamment par le choix de la loi applicable, largement favorisé par les règlements européens en matière de successions et bientôt de régimes matrimoniaux¹³⁰. La planification successorale s'est développée en pratique pour les familles les plus fortunées. Elle représente un enjeu essentiel. Selon l'audit annuel Wealth-X 2015-2016 de la banque UBS, 45% des UHNWI ont une origine multigénérationnelle. Plus généralement, Thomas Piketty a mis en lumière dans son ouvrage *Capital*, l'importance de l'héritage. Les patrimoines hérités¹³¹ représentaient 45% du total de la valeur des patrimoines en 1970 en France, alors qu'ils représentent 70% aujourd'hui contre 80% en 2050. Seulement 2% des français nés entre 1910 et 1930 avaient reçu en héritage l'équivalent d'une vie de travail de la moitié des salariés les moins bien payés. Ils seront 13% des français nés entre 1970 et 1980 à recevoir un héritage de cette taille.

Il ressort du classement 2017 Forbes, que 23% des milliardaires français sont des héritiers (contre 15% au niveau mondial) et que 27% sont des héritiers ayant développé leur héritage (contre 20% au niveau mondial)¹³².

191. **Définition.** La planification successorale ne fait l'objet d'aucune définition juridique ou fiscale.

Elle consiste en l'organisation juridique, fiscale et financière, dans le temps, de la transmission de son patrimoine dans un but d'optimisation civile et fiscale selon des objectifs définis et propres à une situation individuelle et familiale. Elle correspond à un schéma stratégique dont une variable importante consiste dans son coût fiscal¹³³. La stratégie fiscale appliquée à la transmission du patrimoine s'insère dans un ensemble juridiquement complexe. La planification successorale est ainsi à la croisée des chemins des matières du droit civil (régimes matrimoniaux, droit des successions et des libéralités, droit des incapacités, droit du divorce, droit des sociétés, droit international privé et droit comparé), de la fiscalité (fiscalité des personnes, fiscalités des sociétés, fiscalité internationale), de la comptabilité et de la finance (au travers des divers instruments financiers associés). Les travaux présentés montrent, au travers du conseil fiscal, l'intérêt à la fois théorique et pratique de croiser les analyses en partant du conseil fiscal, omniprésent dans les consultations patrimoniales, tout spécialement dans le cas de transmissions d'entreprise.

127 B. Savoré, « La planification confrontée à la mobilité des personnes : le rapport des donations dans un contexte international » : JCP N 2014, 1181.

128 Ph. Rebattet, « La nouvelle convention Franco-Suisse » : *Actes prat. ing. immobilière avr.-mai-juin 2013*, trimestriel n° 2, p. 1.

129 J.-M. Mathieu, « L'anticipation et la planification successorale : développement du savoir-faire notarial, Journées notariales de la personne et des famille » : JCP N 6 mai 2016, n° 18, 1136. – Ph. Rebattet, *La fiscalité du patrimoine international*, LexisNexis, 2016.

130 Ph. Rebattet, *Principes généraux du patrimoine international*, Larcier, à paraître.

¹³¹ Thomas Piketty, *Capital du XXIème siècle*, Chapitre 10, page 658

192. **Le conseil fiscal dans le contexte des transmissions : portée et problématique.** Face aux difficultés posées par une fiscalité patrimoniale lourde et complexe, les différents conseillers patrimoniaux sont invités à dessiner des solutions en utilisant prioritairement l’outil de la fiscalité. Pour autant, le piège consiste à traiter la planification successorale dans un environnement limité à la fiscalité successorale et patrimoniale¹³⁴. Utiliser les différentes techniques du droit patrimonial pour asseoir les montages d’optimisation¹³⁵ fait courir non seulement un risque fiscal, mais surtout est de nature à empêcher la structuration efficace de la transmission. La fiscalité, qui a en principe son autonomie par rapport au droit patrimonial, est un ingrédient comme les autres pour la réussite de la transmission internationale. La fiscalité n’a pas de légitimité particulière pour être mise en avant par rapport aux autres matières juridiques et financières. Elle ne doit pas être érigée comme un but à atteindre autour duquel les outils du droit civil ne servent que de faire-valoir. L’art du conseil fiscal doit consister à marier l’optimisation économique du patrimoine avec les objectifs civils de la transmission¹³⁶. Avant de construire la structuration fiscale, il convient en tout premier lieu de définir les droits du conjoint survivant, d’auditer les contrats d’assurance-vie et leurs clauses bénéficiaires, de définir la stratégie civile de la transmission aux héritiers. La fiscalité est un élément de la chaîne de la planification successorale qui doit faire l’objet d’une interaction avec toutes les autres questions relatives à la transmission. La planification successorale ne peut être envisagée uniquement sous l’angle civil, pas plus qu’elle ne peut l’être exclusivement sur celui fiscal. Faire de la fiscalité l’enjeu de la planification successorale génère des risques pour le contribuable qui peuvent être extrêmement considérables¹³⁷. Les montages en matière de transmission du patrimoine doivent éviter les fourches caudines de l’acte anormal de gestion, de l’abus de droit fiscal et d’autres dispositifs particuliers « anti-abus ». Les sanctions pénales au titre notamment de l’abus de biens sociaux doivent également être évitées au client, mais aussi au conseil imprudent¹³⁸.

Toutefois, le contribuable est libre de choisir l’option fiscale la moins pénalisante pour lui. Mais il doit faire ses choix avec une certaine mesure, qui s’apprécie le plus souvent au moyen de l’exclusivisme fiscal. Cette exclusivité fiscale doit être au cœur de la réflexion du montage pour en être totalement rejetée dans sa concrétisation à travers les actes. Le montage devra être au final moins une solution destinée à l’optimisation fiscale des flux et du capital qu’un schéma conçu pour l’intérêt personnel du contribuable et de sa famille. Cet intérêt peut généralement, sans exhaustivité, être celui du conjoint survivant, de la transmission aux enfants, de la protection du patrimoine, de l’intérêt social de l’entreprise ou encore de l’accroissement du patrimoine familial. La complexité des transformations de la famille et la multiplicité des schémas de vie commune offrent d’innombrables justifications aux montages.

¹³² *La France compte 39 milliardaires, Gaëtan Lebrun, Le Figaro, 20 mars 2017*

¹³³ *Précis fiscal de l’immobilier d’entreprise, LexisNexis, 2^e éd. 2015 ;*

¹³⁴ *En ce sens, 108^e Congrès des notaires de France, La transmission, Montpellier, 2012, 4^e commission, p. 843-844.*

¹³⁵ *Ph. Rebattet, Précis fiscal de l’immobilier d’entreprise, LexisNexis, 2^e éd. 2015 ;*

¹³⁶ *Ph. Rebattet, Précis fiscal de l’immobilier d’entreprise, LexisNexis, 2^e éd. 2015 ;*

¹³⁷ *Ph. Rebattet, Précis fiscal de l’immobilier d’entreprise, LexisNexis, 2^e éd. 2015 ;*

¹³⁸ *Comme en témoigne la célèbre affaire Ricci à l’issue de laquelle le conseil de l’héritière des parfums Nina Ricci, suite à la fuite de fichiers de la banque suisse HSBC, a été reconnu coupable par le tribunal correctionnel de Paris de complicité d’organisation frauduleuse d’insolvabilité et condamné à un an de prison avec sursis et 10 000 € d’amende (T. corr. Paris, 13 avr. 2015, aff. Ricci).*

193. **Planification successorale.** La notion de planification successorale a été largement galvaudée par la pratique notariale. Il y a aujourd'hui une confusion entre la transmission patrimoniale et la planification successorale. Or les deux notions ne se confondent pas. Il faut selon nous différencier ces notions l'une de l'autre.

Si la transmission patrimoniale est une composante de la planification successorale, la réciproque n'est pas vraie. Il n'y a pas nécessairement de planification successorale dans une transmission. La planification successorale comporte effectivement une partie composée par la transmission du patrimoine. Mais elle va au-delà. Elle comprend une dimension supérieure dans un cadre stratégique globale tant au niveau juridique que fiscal et financier. De manière caricaturale, la transmission patrimoniale de la résidence principale, seule composante du couple, à leur descendant ne peut être considérée comme de la planification successorale. A l'inverse, la donation d'un pourcentage infime dans une société holding familiale de plusieurs millions d'euros par un capitaine d'industrie français n'est pas que de la transmission patrimoniale. La planification successorale consiste dans la mise en œuvre de techniques juridiques, fiscales et financières dans un cadre de stratégies destinées à assurer la conservation ou le développement du patrimoine sur plusieurs générations.

La planification successorale nécessite la définition de stratégies. Or pour qu'il y ait la construction d'une stratégie, il faut des difficultés. Généralement cette complexité dépend de la taille du patrimoine. Plus le patrimoine sera important et plus la nature des actifs sera variée. Dans les patrimoines les plus importants, il se trouve souvent une entreprise qui est un actif nécessitant un traitement particulier.

194. **Conseil patrimonial.** Le conseil patrimonial tient une place importante dans la planification successorale. La complexité des objectifs et des enjeux ne nécessite pas seulement des réponses chirurgicales aux questions techniques. Elle ne se résume pas non plus à la présentation d'un ou plusieurs outils juridiques, fiscaux et financiers. La dimension stratégique de la planification successorale implique une hauteur de vue et une transversalité dans le traitement des matières et des informations afin d'aider la famille à réaliser cette transmission. Le conseil patrimonial ne doit pas se limiter dans l'individualité de chaque matière et des spécialités. Le fonctionnement en silos doit être écarté au profit d'une globalisation de l'ensemble des matières. Il peut être effectué selon plusieurs méthodologies. Tout d'abord, les différents intervenants spécialistes travaillent de manière synergétique. L'échange s'effectue dans un sens horizontal.

Il est possible également qu'un ou plusieurs conseils synthétise les informations de l'ensemble des spécialistes pour les présenter à la famille afin de dessiner la structuration de la planification successorale. Dans la mise en œuvre opérationnelle de la planification, le chef de file est le chef d'orchestre de tous les ingénieurs juridiques, fiscaux et financiers qui établiront les actes et les formalités. Ici, la force d'influence s'effectue de manière verticale.

Afin de pouvoir conseiller une famille dans le cadre de sa planification successorale, il faut avoir une culture professionnelle transverse. Il est nécessaire de pouvoir comprendre tous les conseils de la famille et toutes les problématiques techniques qui se posent. Il faut avoir un niveau technique suffisant dans plusieurs matières juridiques : droit de la famille, droit des successions et des libéralités, régimes matrimoniaux, droit international privé, droit des sociétés, droit social. Il faut avoir également des connaissances pointues en droit fiscal : fiscalité du patrimoine, fiscalité immobilière, fiscalité des entreprises, fiscalité internationale. Il faut aussi avoir un excellent niveau en finance : gestion du patrimoine, produits financiers, prévoyance. Enfin, il faut avoir une excellente maîtrise de la comptabilité.

Pour les professionnels qui interviennent dans des dossiers avec les entreprises familiales une expertise en finance d'entreprise et une formation initiale en grande école de commerce est de nature à favoriser la pertinence du conseil.

195. **Espace-temps.** Le traitement des dossiers de planification successorale nécessite une culture à part entière. Les dossiers de planification successorale impliquent une certaine méthodologie s'inscrivant dans un espace-temps particulier. Il s'agit en effet de dossiers nécessitant du temps de préparation, de mise en place et de traitement opérationnel.

Il y a tout d'abord un temps pour l'écoute du client afin de connaître la situation familiale et les objectifs. Il y a ensuite un temps pour construire les schémas, les présenter, les modifier et les mettre en œuvre. Sauf dans des hypothèses où l'urgence prédomine, la gestion des dossiers de fortune s'inscrivent dans la durée.

196. **Espace matériel.** Les questions abordées dans le cadre d'un dossier de planification successorale recouvrent souvent les mêmes thématiques juridiques et fiscales.

Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, l'élément généralement déclencheur de la planification successorale est pour les ascendants l'aspect fiscal. L'optimisation des droits de successions est le principal objectif sinon le seul lorsqu'ils commencent leurs démarches auprès de leur conseil. Les aspects techniques fiscaux des droits de successions et de donations sont donc bien évidemment au cœur du sujet.

Le rôle du conseil est alors de faire décentrer son client de la sphère fiscale pour l'emmener sur une réflexion globale prenant en considération tous les aspects du droit applicable à un dossier de planification successorale, en particulier le droit civil. Si tous les dossiers sont différents, il n'en demeure pas moins qu'il existe une matrice commune. Plusieurs lignes directrices doivent être tracés par le praticien pour servir de fil conducteur à son client et lui servir de bases pour ses réflexions et ses décisions.

La planification successorale passe tout d'abord par une analyse du régime matrimonial. Il est nécessaire de faire un audit historique de l'actif du couple afin de vérifier leur véritable propriété et les origines de financements. Il y a malheureusement trop souvent des incohérences entre la propriété juridique des actifs et celle présumée par les clients. Il en est particulièrement ainsi en régime de communauté d'acquêts. Ce travail permet d'identifier les flux entre les patrimoines des deux époux et le cas échéant entre leur(s) patrimoine(s) et celui de la communauté. Cette première étape permet d'établir un état liquidatif du régime matrimonial qui servira de base pour les réflexions relatives à la structuration de la planification successorale.

Au-delà de l'aspect liquidatif, l'étude approfondie du régime matrimonial et de la composition de l'actif du couple sert de support à la construction de la stratégie de la protection du conjoint survivant.

La protection du conjoint survivant est une question essentielle dans le cadre de la planification successorale. Elle l'est d'autant plus prégnante dans les familles contemporaines dans la mesure où la tendance à leur recomposition entraîne une multitude des choix possible. Nous voyons dans les offices tous les cas de figure. Parfois, il est voulu la suppression des droits du conjoint survivant. Au contraire, dans certaines situations il est voulu d'une transmission au conjoint survivant dans sa forme la plus large possible. De plus en plus, nous construisons des schémas dans lesquels la protection du conjoint a un périmètre mouvant plus ou moins large. Les droits du conjoint seront soit en pleine propriété, soit en usufruit sur tout ou partie du patrimoine mobilier et / ou immobilier. Dans ces cas, il y a un dosage entre protection du conjoint survivant et la transmission aux descendants. Ce dosage s'effectue avec plus ou moins de latitude sur la nature des droits transmis aux enfants et leurs pouvoirs de décisions.

La technique du démembrement permet ce savant mélange entre la protection du conjoint survivant en termes de revenus et / ou de capital et la transmission aux enfants communs ou non. Le démembrement qui est usuellement présenté par la pratique notariale comme un formidable moyen d'optimiser fiscalement la transmission est aussi un outil juridique exceptionnel permettant de conjuguer la protection du conjoint survivant et la transmission aux enfants. La transmission du patrimoine au moyen du démembrement est facilitée par la souplesse des règles applicables à l'usufruit et à la nue-propriété. Cette souplesse est d'autant plus importante lorsque le démembrement est appliqué sur des titres sociaux comme nous l'avons vu ci-avant. La contractualisation des droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres sociaux et les normes comptables permettent de faire du sur-mesure juridique répondant ainsi parfaitement aux objectifs du client.

Le démembrement sur les titres sociaux permet de surpasser les schémas traditionnels où le démembrement a seulement pour support un actif en direct. Dans ce cas, les possibilités d'optimisation juridique par rapport aux volontés de protection et de transmission sont moins larges.

197. **Fiscalité prospective.** France Stratégie, l'institution chargée de proposer des grandes orientations au Premier a rendu un rapport sur la réforme de la fiscalité des successions¹³⁹. Ce rapport constate une augmentation du patrimoine des français depuis 20 ans. Il correspond aujourd'hui à 8 années des revenus des français contre 4,5 années au début des années 1980. En outre, il est détenu par des générations de plus en plus âgé. Il précise que la transmission se réaliser de plus en plus tard. Selon France Stratégie, la fiscalité actuelle ne permet pas réduire les égalités entre les héritiers et les non-héritiers.

Ce rapport propose trois pistes de réflexions :

- inciter les donations en conservant le cadre fiscal actuel ;
- construire une fiscalité des transmissions centrée sur l'héritier (et non plus sur le donateur) ;
- financer une dotation en capital pour les jeunes adultes (dotation universelle) ;

Il faut souligner le fait que ce rapport souligne à plusieurs reprises le manque de taxation de certains actifs dont l'entreprise.

¹³⁹ France Stratégie, « comment réformer la fiscalité des successions », janvier 2017.

L'existence de ce rapport fait craindre une réforme qui n'ira pas dans le sens des plus hauts contribuables. Il s'inscrit dans une mouvance défendue par des économistes français très connotés politiquement. Elle est malheureusement totalement en inadéquation par rapport à la vie des affaires. Les entrepreneurs déjà surtaxés comprennent mal la taxation de la transmission de leur entreprise à leurs enfants.

A la justice sociale et l'intérêt de la redistribution des richesses, il faut confronter les droits individuels et la volonté de chacun transmettre à ses enfants le fruit de son dur labeur. La France souffre radicalement de la comparaison avec les autres pays membres de l'Union Européenne sur l'imposition de la transmission du patrimoine. Si chaque pays à sa spécificité et en particulier son attractivité, la France se singularise par l'absence de particularisme si ce n'est que de taxer large et fort le patrimoine des riches et des ultra-riches.

Section I – L’anticipation de la transmission avec la donation en nue-propiété

§ 1 – De l’intérêt de la donation en nue-propiété

198. **Transmission de la nue-propiété.** La donation en nue-propiété est l’outil de base pour la réalisation de la transmission patrimoniale. Les parents donateurs conservant l’usufruit, avec généralement un usufruit réversif au décès du premier d’entre eux. Ils procèdent à la donation de la nue-propiété à leurs enfants. Cette opération est réalisée tant pour les dossiers complexes pour les patrimoines importants que pour des patrimoines plus modestes.

Avec la donation de la nue-propiété à leurs enfants, les parents réalisent bien la transmission de leur patrimoine, mais en deux temps. Pendant toute la durée du démembrement, les parents conservent les prérogatives politiques et financière de l’usufruitier sur les biens et droits objets de la donation. A leurs décès les enfants, recouvriront la pleine propriété des biens transmis lors de l’extinction de l’usufruit.

Sur le plan fiscal, cette modalité de transmission est optimale. En effet, comme nous allons le voir ci-après les droits de mutation à titre gratuit seront assis uniquement sur la valeur des droits transmis en nue-propiété. Cette valeur correspondant à celle de la pleine propriété diminuée de celle de l’usufruit. A l’extinction de l’usufruit, aucune taxation n’intervient. En effet, l’usufruit s’éteint en franchise de droits de donation ou de succession.

La transmission préparée en nue-propiété permet d’avoir une réduction plus ou moins importante du coût fiscal réel de la transmission. Plus la donation intervient tôt dans la vie du donateur, moins le poids de l’impôt sera globalement lourd.

| Donateur âgé de moins de | Valeur nue-propiété | Tranche Marginale d’imposition | Taux réel |
|---------------------------------|----------------------------|---------------------------------------|------------------|
| 31 | 20% | 45% | 9,00% |
| 41 | 30% | 45% | 13,50% |
| 51 | 40% | 45% | 18,00% |
| 61 | 50% | 45% | 22,50% |
| 71 | 60% | 45% | 27,00% |
| 81 | 70% | 45% | 31,50% |
| 91 | 80% | 45% | 36,00% |

La comparaison des taux réels d’imposition d’une transmission préparée au moyen d’une donation en nue-propiété par rapport à une succession impréparée démontre des écarts de taux, justifiant à chaque tranche d’âge l’intérêt de la planification successorale en démembrement. Par exemple, sur la tranche d’âge de 61 ans à 70 ans, l’écart de taux réel est de 22,5% soit la moitié de celui qu’il aurait été en cas de succession.

Le tableau ci-dessous présente les écarts de taux dans chaque tranche d’âge du barème fiscal.

| Donateur âgé de moins de | Succession | T.M.I | Taux réel | Valeur nue-propriété | T.M.I | Taux réel | Écart |
|---------------------------------|-------------------|--------------|------------------|-----------------------------|--------------|------------------|---------------|
| 31 | 100% | 45% | 45% | 20% | 45% | 9,00% | 36,00% |
| 41 | 100% | 45% | 45% | 30% | 45% | 13,50% | 31,50% |
| 51 | 100% | 45% | 45% | 40% | 45% | 18,00% | 27,00% |
| 61 | 100% | 45% | 45% | 50% | 45% | 22,50% | 22,50% |
| 71 | 100% | 45% | 45% | 60% | 45% | 27,00% | 18,00% |
| 81 | 100% | 45% | 45% | 70% | 45% | 31,50% | 13,50% |
| 91 | 100% | 45% | 45% | 80% | 45% | 36,00% | 9,00% |

199. **Transmission de l'usufruit.** Parfois, plutôt que de donner la nue-propriété, les parents donnent l'usufruit de manière temporaire. Ces dossiers sont en principe commandés par une volonté d'optimiser l'impôt sur la fortune immobilière et l'impôt sur le revenu. L'usufruit temporaire ayant vocation à s'éteindre soit à son terme soit au décès de l'usufruitier, la pleine propriété est nécessairement reconstituée à un certain moment.

La donation de l'usufruit temporaire n'a donc aucun effet positif dans l'économie des droits de mutation à titre gratuit. Au contraire, sur la valeur correspondant de l'usufruit temporaire objet de la donation, les abattements ont vocation à être consommés à dû concurrence.

La donation de l'usufruit temporaire ne peut être utilisée que dans des cas rarissimes. Il ne faut surtout pas la présenter comme un moyen d'optimiser fiscalement la transmission du patrimoine du donateur.

§ 2 – Les donations complexes parfaitement adaptées pour la gestion de fortune

200. **Plan.** Dans le domaine de la gestion de fortune, le notaire peut recourir aux donations complexes qui sont des formidables véhicules d'optimisation fiscale. Les donations dont il s'agit sont les donations intergénérationnelles (A), les donations graduelles ou résiduelles (B). Le don manuel (C), bien que simple d'apparence, doit être manié avec précaution et dextérité.

A – Les donations intergénérationnelles

201. **Les donations transgénérationnelles.** Compte tenu de l'augmentation de l'espérance de vie, nous nous trouvons actuellement souvent dans des situations où trois générations sont encore vivantes. Elles autorisent des schémas d'optimisation fiscales extrêmement intéressantes. La réforme des successions du 23 mars 2006 a instauré des nouveaux instruments juridiques qui se sont vus accompagnés de régimes fiscaux appropriés. Les donations transgénérationnelles accompagnées ou non de clauses graduelles ou résiduelles sont des outils de prédilection pour la bonne réalisation de ces transmissions optimisées fiscalement.

Classiquement la transmission se prépare en deux temps. Il y a une première transmission au profit de la première génération (grands-parents/enfants), puis ensuite une seconde transmission au profit de la deuxième génération (enfants/petits-enfants).

La donation transgénérationnelle, permet de construire une transmission patrimoniale en sautant par-dessus la première génération. La seconde transmission reçoit alors directement des grands-parents. Ce saut intergénérationnel correspond à une réelle volonté de la part de nombreux français riches d'aider leurs enfants mais aussi et surtout leurs petits-enfants. Cette libéralité intergénérationnelle intervient parfois en deuxième intention après que la transmission ait déjà été accomplie au profit de la première génération.

Cette transmission transgénérationnelle pourra être structurée en pleine propriété ou en nue-propriété. Les grands-parents donateurs se réservant l'usufruit alors qu'ils auront donné la nue-propriété aux petits-enfants. Aux décès des grands-parents donateurs, les parents pourront le cas échéant, se voir attribuer l'usufruit, mais ce n'est pas obligatoire. Tout dépendra ici de la stratégie retenue au regard du contexte familial.

L'effet de levier au niveau fiscal est extrêmement important et évite pour une même famille l'appauvrissement liée à déperdition fiscale liée à la taxation aux décès de deux générations. La transmission classique entre deux générations, suppose deux transmissions et donc deux fois l'application des droits de mutation à titre gratuit. Sur des patrimoines taxés aux tranches marginales d'impositions des droits de successions les plus élevées, notamment celle de 45%, il est inutile de faire de savants calculs pour comprendre que le poids de l'impôt sur deux générations vient considérablement amputer la fortune familiale. D'où, l'immense intérêt de la donation transgénérationnelle qui va permettre le saut de génération également au niveau fiscal. Les droits de mutation à titre gratuit sont liquidés en fonction du lien de parenté entre le donateur et les donataires (parent/enfant ou parent/petit-enfant). Sur le plan fiscal, au lieu d'avoir deux décès et deux transmissions taxables, nous aurons qu'une seule taxation.

Si une donation a été réalisée antérieurement au profit de la première génération, il est possible de reprendre cette donation dans le cadre d'une donation transgénérationnelle. Cette réincorporation peut être effectuée avec une taxation réduite. En effet, lorsque la précédente donation date de plus de 15 ans, il est seulement dû un droit de partage. Même lorsqu'elle a moins de 15 ans la fiscalité reste réduite puisque les droits donations calculés en fonction du lien de parenté entre les grands-parents et leurs petits-enfants sont réduits des droits de donations alors acquittés lors de la précédente donation.

Si la constitution du patrimoine est parfois l'œuvre d'une vie, sa transmission devrait être également faire l'objet d'une réflexion en continue. Trop nombreux sont ceux qui attendent la fin de leur activité professionnelle ou pire encore la vue du dernier souffle. Ces questionnements tardifs nuisent à l'optimisation fiscale de la transmission.

Les cycles de la transmission du patrimoine suivent généralement celui de la vie. Lorsque le patrimoine commence à être suffisamment établi, il se pose la question de sa transmission. Le droit fiscal accompagne ces différents cycles, grâce notamment aux abattements et au rapport fiscal.

202. **Abattement.** L'abattement de droit commun au profit des descendants est de 100.000 €. Ce montant peut être regardé comme étant particulièrement faible. Encore faudrait-il se satisfaire du fait qu'il se régénère tous les 15 ans. Seules les donations de moins de 15 ans doivent faire l'objet du rappel fiscal.

A cet abattement de droit commun s'ajoute l'abattement exceptionnel de somme d'argent de 31.865 € (article 790 G). Là encore, cet abattement s'applique une fois tous les quinze ans.

Cet abattement exceptionnel se cumule avec l'abattement de droit commun, ce qui fait qu'au total, il est possible de transmettre en franchise de droits 131.865 €.

De manière générale, nous pouvons conseiller à nos clients d'anticiper leur transmission patrimoniale le plus tôt possible. Plus le patrimoine est important, plus la transmission devra être anticipée. Nous recommandons en effet d'utiliser le plus de fois possible les abattements de droit commun de 100.000 € et exceptionnel de 31.865 € que l'espérance de vie permettra d'effectuer par tranche de 15 ans. En l'état actuel de la législation, nous recommandons à nos clients de faire une donation tous les 15 ans.

B – Les donations graduelles et résiduelles

203. **Libéralités graduelles et résiduelles.** Dans le cadre de la libéralité résiduelle, le bénéficiaire a la charge de transmettre le bien, mais non de le conserver (C. civ., art. 1057).

En ce qui concerne la libéralité graduelle, le gratifié (grevé) a la charge de conserver sa vie durant les biens qui lui ont été donnés ou légués, puis de les transmettre à son décès, à une autre personne (l'appelé ou le second gratifié) désignée par le disposant lui-même (C. civ., art. 1048). Le régime fiscal des libéralités graduelles et résiduelles est défini par l'article 784 C du Code général des impôts.

Lors du décès du testateur ou lors de la donation, le légataire ou le donataire institué en premier est redevable des droits de mutation à titre gratuit.

Le légataire ou le donataire institué en second n'est pas redevable de ces droits.

Au décès du premier gratifié (légataire, donataire), le second gratifié devient redevable des droits de succession ou donation. Les droits sont acquittés en fonction de son degré de parenté avec le testateur ou le donateur. Il est considéré détenir ses droits directement du testateur ou du donateur. La valeur taxable et le tarif applicable sont déterminés à la date du décès du premier gratifié. Les droits acquittés par le premier gratifié sont imputés sur ceux dus par le premier gratifié.

204. **Renonciation à l'action en réduction prévue à l'article 929 du Code civil.** La renonciation à l'action en réduction prévue à l'article 929 du Code civil n'est pas soumise aux droits de mutation à titre gratuit.

C – De l'intérêt du don manuel en gestion de fortune

205. **Définition.** Les dons manuels sont traditionnellement présentés comme ceux qui se font par la simple remise d'objets mobiliers de la main à la main. Toutefois, eu égard à la naissance de nouvelles formes de transmissions des biens et à l'évolution jurisprudentielle, la notion de don manuel peut actuellement porter sur des biens corporels et incorporels et même se réaliser par un simple jeu d'écriture.

206. **Taxation.** Les dons manuels ne font pas exception et ceux-ci sont soumis aux droits de donation (CGI, art. 757) :

- lorsqu'ils sont déclarés par le donataire ou ses représentants dans un acte soumis à l'enregistrement ;
- lorsqu'ils font l'objet d'une reconnaissance judiciaire ;
- lorsqu'ils sont révélés à l'administration fiscale par le donataire, et cela soit spontanément, soit en réponse à une demande de l'administration, soit au cours d'une procédure de contrôle ou d'une procédure contentieuse.

Les dons manuels sont également taxés à l'occasion d'une donation postérieure constatée par un acte et intervenue entre les mêmes personnes, ainsi que lors du décès du donateur si le donataire figure parmi les successibles (CGI, art. 784).

Ces dons manuels ne sont toutefois pas imposés lorsqu'ils ont déjà fait l'objet d'une taxation antérieure par suite d'une déclaration, reconnaissance judiciaire ou révélation, ou si, sans avoir été imposés, ils ont été enregistrés ou déclarés. Si la déclaration ou la reconnaissance judiciaire remonte à moins de six ans, les dons manuels doivent faire l'objet du rapport pour le calcul des droits.

207. **Délai.** Les dons manuels révélés doivent être déclarés ou enregistrés dans un délai d'un mois à compter de cette révélation (CGI, art. 635 A), au moyen d'une déclaration n° 2735 déposée en double exemplaire auprès du service des impôts du domicile du donataire.

208. **Tarif et abattements.** Le tarif et les abattements applicables sont ceux en vigueur au jour de la déclaration ou de l'enregistrement (CGI, art. 757).

209. **Paiement.** Le paiement des droits est effectué en principe en même temps que le dépôt de la déclaration.

Toutefois, le donataire peut s'acquitter des droits de mutation dans le mois suivant le décès du donateur dans les conditions suivantes :

- le donataire doit exercer une option lors de la révélation du don ;
- le don doit être révélé spontanément à l'administration ;
- le don doit être d'un montant supérieur à 15 000 €.

Aux termes de l'article 757 du Code général des impôts, les droits sont calculés sur la valeur du don manuel au jour de sa déclaration ou de son enregistrement ou sur sa valeur au jour de la donation si celle-ci est supérieure. Sont concernés par cette règle particulière :

- les dons manuels déclarés dans un acte enregistré ;
- les dons manuels faisant l'objet d'une reconnaissance judiciaire ;
- les dons manuels révélés à l'administration.

Sont exclus de ce dispositif les dons manuels n'ayant pas été déclarés ou enregistrés par le donataire et qui sont réintégrés dans une mutation postérieure en application de l'article 784 du Code général des impôts.

En vertu du nouvel article L. 181 A du Livre des procédures fiscales, le droit de reprise de l'administration s'exerce jusqu'à l'expiration de la sixième année suivant le décès du donateur.

210. **Dons manuels.** En sus de l'utilisation des abattements de droit commun ou spéciaux, nous conseillons à nos clients de faire des présents d'usage qui ne sont pas soumis à taxation. Reste à définir le quantum de ce présent d'usage afin d'échapper aux droits de donation. Il est impossible de répondre avec précision à cette question. Tout dépendra de l'importance du patrimoine. En pratique, les présents d'usages doivent être réduits à quelques milliers d'euros transmis pour Noël, les anniversaires ou les occasions particulières (naissance, mariages, examens). Quoiqu'il en soit, il n'est pas possible de réaliser une planification patrimoniale complète au moyen des présents d'usage. Il s'agit toutefois, d'un petit outil à ne pas oublier. Il est d'autant plus pratique à mettre en œuvre lorsque les clients auront structuré leur patrimoine au moyen de sociétés. En effet, il est possible de faire chaque année un présent d'usage non soumis à taxation à travers les comptes courants d'associés. Il faudra veiller bien entendu à ce que ce don manuel soit régulièrement constaté dans le secrétariat juridique de la société et dans ses comptes sociaux.

D – La donation à son conjoint

211. **Les donations entre époux.** Il n'existe plus aujourd'hui de droits de succession entre conjoints. La dimension fiscale pour la protection du conjoint survivant est donc inexistante du moins au regard des droits de succession.

Dans les situations familiales complexes, les questions fiscales demeurent lorsque l'on doit réaliser des donations entre époux de leur vivant puisqu'elles demeurent taxées. L'abattement entre époux étant limitée à 80.724 €. Souvent la protection du conjoint survivant étant assurée au moyen d'un changement ou d'aménagement de régime matrimonial. Les problématiques fiscales sont alors réduites à la taxe de publicité foncière et le cas échéant au droit de partage.

§ 3 – L'évaluation des biens donnés : autre levier d'optimisation fiscale ?

212. **Principes.** La valorisation des biens et droits objets de la transmission est un élément important de l'optimisation fiscale de la transmission à titre gratuit.

Trop souvent, les clients et leurs conseils sont focalisés sur l'économie des droits de donation. A l'optimisation liée à l'application des droits de donations uniquement à la valeur de la nue-propriété, ils cherchent à tout crin à améliorer encore le sort du débiteur de l'impôt en minorant la valeur de base de la pleine propriété. Cet exercice se fait trop souvent de manière hasardeuse sans utiliser les mécanismes de décote pourtant admis par l'Administration.

Il est vrai que l'immensité du marché immobilier laisse a priori une certaine liberté pour la valorisation des actifs immobiliers.

L'évaluation des parts de société offre également pour d'autres raisons une liberté.

Il convient d'être particulièrement attentif à la valorisation des biens objet de la donation. L'évaluation commence tout d'abord par une valorisation de la pleine propriété. L'Administration dispose avec le fichier immobilier d'un outil puissant de vérification. Il est selon nous très dangereux de ne pas procéder de manière précautionneuse pour la valorisation des biens transmis. Cette valorisation doit être opérée avec les fichiers immobiliers à disposition de la profession notariale et dans certains dossiers, il est recommandé de faire établir une expertise immobilière.

La valorisation des biens objet de la transmission doit être appréhendée dans une approche plus globale que la simple optimisation des droits de mutation à titre gratuit. Non seulement, une trop faible valorisation peut entraîner un redressement au titre des droits de donation. Mais aussi, une valeur inadéquate peut également faire l'objet d'une contestation pour l'impôt sur la fortune immobilière.

En outre, une évaluation plus faible que le marché, notamment immobilier, peut-être générateur d'une plus-value immobilière plus importante qu'elle n'aurait dû l'être. Le marché immobilier étant naturellement et historiquement haussier, il est important de ne pas pré-constituer une réserve de plus-value immobilière taxable à cause d'une trop faible évaluation des biens transmis par donation (ou même par succession). Il faut ici rappeler que pour déterminer la base taxable en matière de plus-value immobilière, il est pris en compte la valeur figurant dans l'acte de donation comme prix d'acquisition à soustraire du prix de cession. En conséquence, plus la valeur de la donation est faible, plus le montant de la plus-value immobilière sera élevé. Certes, les différents abattements existants tant pour l'impôt sur la plus-value immobilière que pour les prélèvements sociaux auront vocation à diminuer le poids de ces impôts. Ils n'en réduiront toutefois l'effet qu'à concurrence de l'impôt entièrement calculé.

Souvent, cette valorisation faiblarde des transmissions est un obstacle à la bonne gestion du patrimoine pour le bénéficiaire. En effet, l'actif ainsi transmis gonflé de plus-value latente devient psychologiquement moins liquide pour les enfants. Ils hésitent parfois à mettre leur bien immobilier à la vente de peur d'avoir une plus-value immobilière trop importante. S'ils ont besoin de liquidités il faut souvent les conseiller de vendre au prix le plus favorable pour eux. Ils sont alors bien évidemment contraints de payer l'impôt sur la plus-value immobilière et les prélèvements sociaux. Ils doivent alors s'acquitter globalement d'impôts aux taux cumulés de 36,2% qu'il convient alors comparer au taux réel des droits donations qu'il aurait fallu s'acquitter lors de la donation. La comparaison peut alors se révéler être défavorable à une valorisation basse de la transmission.

La valorisation du bien transmis est donc cruciale. Elle s'inscrit dans une stratégie plus complexe qu'il n'y paraît au prime abord. Il ne s'agit pas seulement de savoir quelle valorisation il faut donner au bien transmis pour assoir les droits de donation. Bien évidemment cette question est importante, mais il faut aussi déterminer les conséquences de cette valorisation sur l'impôt sur la fortune immobilière tant du donateur (en cas de transmission de la nue-propriété) que du donataire (lors d'une transmission plus rare en pleine propriété ou lors de l'extinction de l'usufruit du donateur). Surtout, la valorisation s'inscrit dans un schéma stratégique de la gestion du patrimoine et en particulier du bien transmis. Ce bien transmis a-t-il vocation à être conservé de manière pérenne dans la famille ou non ? La vision prévisionnelle de la réponse orientera plus ou moins sensiblement la valorisation qui sera donnée aux biens et droits objet la transmission.

213. **Évaluation.** L'évaluation des biens et droits faisant l'objet de la transmission est toujours un sujet délicat dans les dossiers de planification successorale en gestion de fortune. Dans ces dossiers, les clients sont systématiquement soumis à l'impôt sur la fortune immobilière. Or, le sport national en matière d'impôt sur la fortune immobilière consiste à minorer des valeurs déclarées. Cette sous-évaluation est généralement réalisée de manière non conforme à la législation. Elle est effectuée de manière sauvage sans aucune justification scientifique. Cette pratique est à proscrire. Non seulement elle n'est pas conforme à législation, mais en plus elle rend plus difficile les opérations de structuration ou de restructuration patrimoniales en vue de la mise en œuvre de la planification.

Elle fait courir un risque perpétuel de redressement pour le contribuable assujéti à l'impôt sur la fortune immobilière. Ce risque deviendra inéluctablement réalité lors de la succession où il faudra déposer une déclaration de succession auprès de l'Administration. La déclaration de succession est une occasion pour l'Administration de se pencher sur les valeurs déclarées non seulement pour la succession mais également pour l'impôt sur la fortune immobilière. L'Administration ne laissera d'autant moins passer cette occasion que le dossier en cause est significatif. Il ne faut donc pas cautionner ce type de comportement professionnel qui n'est pas règlementaire et manque de dimension stratégique.

Les clients sont trop souvent enfermés dans un schéma psychologique au regard de l'impôt sur la fortune immobilière qu'il juge injuste et éloigné des préoccupations économiques. Nous pouvons comprendre leurs préoccupations face à cet impôt insolite et spécifique à la France. Quoiqu'il en soit, nous devons faire œuvre de pédagogie pour leur faire comprendre que la réussite de leur planification patrimoniale et successorale nécessitera comme préalable indispensable, le toilettage de leur situation au niveau de leur impôt sur la fortune immobilière. Sans remise à niveau de l'impôt sur la fortune immobilière, il n'est pas raisonnable de mettre en place une structuration patrimoniale en vue de la planification. Les dossiers de gestion de fortune sont en effet trop complexes pour prendre des risques non maîtrisés en matière d'impôt sur la fortune immobilière.

Il est préférable d'établir une stratégie en matière d'évaluation qui sera fondée sur des outils scientifiques qui servira de base de travail non seulement sur le plan civil mais également au niveau fiscal pour tous les impôts susceptibles de concerner la planification (droits de donations, droits de successions, droits d'enregistrement, plus-value immobilière, plus-value mobilière, impôt sur la fortune immobilière).

S'agissant de l'évaluation des biens immobiliers il est admis un certain nombre de décote qui permettent de les valoriser réellement (occupation, location, indivision, etc...). En matière immobilière, il est conseillé de recourir à une expertise immobilière. Les règles professionnelles en matière d'expertise permettent d'avoir une évaluation la plus sûre qu'il soit.

Il faut rappeler ici que le démembrement n'est pas de nature à justifier une décote de quelle que nature que ce soit, sur les biens et droits assujéti à l'impôt sur la fortune immobilière notamment. Il en va différemment s'ils sont soumis à un régime d'indivision.

214. **Titres sociaux.** En ce qui concerne les titres sociaux, l'Administration donne elle-même de manière assez précise la méthodologie pour procéder à leur évaluation.

Il faut bien reconnaître que pour la matière patrimoniale son Guide de l'évaluation des entreprises et des titres de société¹⁴⁰ est une véritable mine d'or pour les praticiens. Nous pouvons y trouver des outils remarquablement intéressants pour établir une valeur réelle des titres sociaux et en particulier des sociétés patrimoniales.

Les décotes que nous pouvons utiliser peuvent avoir de multiples fondements : absence de liquidité des parts sociales, absence de marché des droits sociaux, clause d'agrément (statuts, donation), situation de minoritaires, etc...

¹⁴⁰http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/documentation.impot?pageId=docu_textes&sfid=420

S'agissant des l'évaluation des titres sociaux, nous voulions ici mettre en évidence une décision du Conseil d'État du 23 décembre 2011 qui est presque passé inaperçu¹⁴¹. La valeur vénale d'actions non admises à la négociation sur un marché règlementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un montant aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue. Lorsqu'il n'est pas tenu compte, à l'occasion d'une cession portant sur des actions ordinaires du capital d'une société comprenant également des actions de préférence, de l'existence de ces dernières et des droits particuliers qui y sont attachés pour l'évaluation de la valeur vénale des actions ordinaires, cette absence de prise en compte doit être justifiée par des circonstances particulières permettant d'estimer que ces actions de préférence n'ont pu avoir en l'espèce aucun effet sur la détermination de la valeur vénale des actions ordinaires ayant fait l'objet de la cession.

A titre d'illustration, en prenant en considération l'utilisation d'un abattement de réduction de 20%, sur la tranche d'âge par exemple de 61 ans à 70 ans, l'écart de taux réel est de 27% pour un contribuable taxé à la tranche marginale d'imposition de 45%. Par rapport à une transmission classique en nue-propiété mais sans structuration en société, le gain est de 4,5%.

| Moins de | Base P.P avant réfaction | Réfaction | Bases P.P après réduction | Valeur nue-propiété | T.M.I | Taux réel | Écart / sion | Écart Transmission classique |
|----------|--------------------------|-----------|---------------------------|---------------------|-------|-----------|--------------|------------------------------|
| 31 | 100% | 20% | 80% | 20% | 45% | 7,20% | 37,80% | 1,80% |
| 41 | 100% | 20% | 80% | 30% | 45% | 10,80% | 34,20% | 2,70% |
| 51 | 100% | 20% | 80% | 40% | 45% | 14,40% | 30,60% | 3,60% |
| 61 | 100% | 20% | 80% | 50% | 45% | 18,00% | 27,00% | 4,50% |
| 71 | 100% | 20% | 80% | 60% | 45% | 21,60% | 23,40% | 5,40% |
| 81 | 100% | 20% | 80% | 70% | 45% | 25,20% | 19,80% | 6,30% |
| 91 | 100% | 20% | 80% | 80% | 45% | 28,80% | 16,20% | 7,20% |

Section II – Le contrat d'assurance-vie dans la gestion de fortune

215. **Structuration fiscale et civile.** Les commerciaux du secteur de la bancassurance vendent du contrat d'assurance-vie comme un instrument de défiscalisation des droits de succession. Il ne s'agit pas pour nous de contredire ici le fait que l'assurance-vie est une enveloppe fiscale intéressante pour réduire les droits de succession.

Il convient toutefois, d'être vigilant sur les raccourcis de langages et les présentations simplistes.

L'assurance-vie doit être utilisée dans un schéma d'ensemble d'optimisation fiscale de la transmission. Il constitue l'un des instruments principaux pour réduire les droits de successions. Son utilisation est moins simple qu'il n'y paraît tant au niveau de l'ingénierie fiscale que civile et financière.

¹⁴¹ Conseil d'Etat, sous-section 3 et 8 réunies, 23 décembre 2011, n°327562

Suivant les dispositions de l'article L. 132-12 du Code des assurances, les sommes versées à un bénéficiaire lors du décès d'un assuré en vertu d'un contrat d'assurance ne doivent pas être intégrées dans la succession de ce dernier. Ces versements sont donc en principe exonérés de droits de mutation, mais les textes fiscaux limitent considérablement cette exonération. Il existe en effet deux régimes en matière de fiscalité successorale applicable aux contrats d'assurance-vie. L'un comme l'autre vient à son niveau s'ajouter au régime de droit commun des droits de successions. Les régimes spéciaux de l'assurance-vie sont totalement indépendants des droits de successions même s'ils interagissent avec eux.

Au-delà des aspects fiscaux, le contrat d'assurance-vie est utilisé pour contourner partiellement les droits des réservataires. Dès lors que les primes ne sont pas manifestement exagérées l'assurance-vie est le moyen idéal pour déséquilibrer une succession au profit d'un conjoint survivant, d'un héritier réservataire ou même d'un tiers.

216. **Plan.** Le contrat d'assurance-vie est un instrument indispensable pour l'optimisation fiscale de la planification successorale en gestion de fortune (§1). Le contrat de capitalisation qui sur le plan financier est un produit similaire de l'assurance-vie peut être utilisé dans un montage structuré au moyen d'une société civile (§2). Les performances des deux schémas doivent être étudiés avant de choisir l'un et ou l'autre.

§ 1 – Contrat d'assurance-vie outil d'optimisation fiscale privilégié dans le cadre de la planification successorale en gestion de fortune

217. **Plan.** Le contrat d'assurance vie est nécessairement utilisé en supplément d'une planification successorale organisée au moyen de donations préalables. Aux régimes de droits communs ordinaires (A) s'ajoute un régime spécial pour les contrats vie-génération (B).

A – Les régimes de droit commun : le complément parfait de la planification élémentaire

218. **Régime 757 B du CGI** - Tout d'abord, le régime de l'article 757 B du CGI prévoit un abattement de 30.500 € à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans. Le surplus étant taxé au titre des droits de succession. Il est tenu compte de l'ensemble des primes versées après les soixante-dix ans de l'assuré en cas de pluralité de contrats. L'abattement est réparti entre les bénéficiaires en fonction de leur part dans les primes taxables. Seuls les contrats souscrits ou ayant subi des modifications substantielles depuis le 20 novembre 1991 sont soumis à ce dispositif.

219. **Régime 990 I du CGI** - Ensuite, le régime de l'article 990-I du CGI prévoit que les sommes dues par les organismes d'assurance et assimilés à raison du décès de l'assuré sont assujetties à un prélèvement de 20 % à concurrence de la part revenant à chaque bénéficiaire comprise entre 152 500 € et 902 838 €.

Le taux est de 31,25 % pour la fraction de la part nette taxable de chaque bénéficiaire supérieure à 902 838 €. Ce dispositif est applicable aux contrats souscrits depuis le 13 octobre 1998, ainsi qu'aux primes versées depuis cette date sur des contrats en cours.

220. **Tableau de synthèse.** Le tableau ci-après récapitule les régimes fiscaux susceptibles de s'appliquer selon la date de souscription du contrat et la date de versement des primes.

| DATE DE SOUSCRIPTION DU CONTRAT | PRIMES VERSÉES AVANT LE 13 OCTOBRE 1998 | PRIMES VERSÉES À PARTIR DU 13 OCTOBRE 1998 |
|---|--|--|
| Contrat souscrit avant le 20 novembre 1991 (et n'ayant pas subi de modification substantielle depuis cette date) | Pas de taxation. | Prélèvement de 20 % jusqu'à 902 838 € et 31,25 % au-delà (après application de l'abattement de 152 500 €) quel que soit l'âge de l'assuré lors du versement des primes. |
| Contrat souscrit (ou substantiellement modifié) à partir du 20 novembre 1991 : primes versées avant le 70 ^e anniversaire de l'assuré ; – primes versées après le 70 ^e anniversaire de l'assuré | Pas de taxation. Droits de succession sur la fraction des primes qui excède 30 500 €. | Prélèvement de 20 % jusqu'à 902 838 € et 31,25 % au-delà (après application de l'abattement de 152 500 €). Droits de succession sur la fraction des primes qui excède 30 500 €. |

B - Les contrats « vie-génération »

221. **Les contrats « vie-génération ».** Les contrats « vie-génération » sont des contrats d'assurance-vie davantage orientés vers les plus gros contrats pour lesquels le respect d'un quota d'investissements risqués ou prioritaires donnera droit à un allègement de droits à acquitter lors de la transmission, sauf pour ceux des contrats dont la part d'actif transmissible par bénéficiaire est particulièrement élevée. Ce sont des contrats dans lesquels les primes versées sont représentées par une ou plusieurs unités de compte constitués, pour au moins 33 % :

- de parts ou d'actions de sociétés à prépondérance immobilière européennes, d'OPCI ou de SCPI ;
- de parts ou actions d'OPCVM ou de certains fonds d'investissement alternatifs (FIA) ou d'organismes européens de même nature.

Ces contrats doivent être investis notamment dans les actifs suivants :

- 1) titres d'OPCVM, de FIA ou d'organismes européens de même nature dont l'actif est constitué par :
 - des actifs relevant de l'économie sociale et solidaire,
 - des parts de FCPR, de FCPI, de FIP, d'actions de SCR ou d'organismes européens similaires,
 - des actions ou parts d'entreprise de taille intermédiaire (ETI) exerçant une activité industrielle ou commerciale sous réserve que le souscripteur du contrat ne détienne pas avec son groupe familial (son conjoint, leurs ascendants et descendants) pendant la durée du contrat directement ou indirectement, plus de 25 % des droits dans les

bénéfices sociaux (ou n'ait pas détenu une telle participation au cours des cinq années précédentes) ;

2) titres de sociétés à prépondérance immobilière, d'OPCI ou de SCPI contribuant au financement du logement social ou intermédiaire.

La part de chaque bénéficiaire bénéficie d'un abattement proportionnel de 20 %. Le surplus sera ensuite déduit de l'abattement fixe de 152 500 €.

222. **Planification.** Lorsqu'il s'agit de monter un dossier de planification successorale, nous procédons à une étude particulière de la fiscalité applicable aux contrats d'assurance-vie. Nous vérifions que les abattements spéciaux des contrats d'assurance-vie soient bien remplis et nous faisons également une étude comparative des taux afin de faire taxer le plus possible les actifs placés en contrat d'assurance-vie à un taux inférieur au taux de droit commun. En effet, à titre d'exemple pour les gros patrimoines taxés à la tranche marginale d'imposition maximale de 45% une allocation des actifs financiers sur un contrat d'assurance-vie permet un gain fiscal significatif comme le démontre la simulation ci-après.

| Montant étudié | 2 000 000 € | 5 000 000 € | 10 000 000 € |
|-------------------------|-------------|-------------|--------------|
| Droit commun | | | |
| T.M.I | 45% | 45% | 45% |
| Droits de succession | 662 394 € | 2 012 394 € | 4 262 394 € |
| Régime 990 I CGI | | | |
| 990 I | 530 448 € | 1 467 948 € | 3 030 448 € |
| Comparaison | | | |
| Gains | 131 946 € | 544 446 € | 1 231 946 € |

§ 2 – La société civile avec contrat de capitalisation : alternative ou complément de l'assurance-vie ?

223. **Stratégie.** La transmission des avoirs mobiliers peut être réalisée par l'intermédiaire du contrat d'assurance-vie ou par une structuration via une société civile de portefeuille. Les deux méthodes ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre. Dans un patrimoine très orienté en actif mobilier nous pourrions réaliser la transmission de manière cumulative.

Nous avons vu ci-dessus que le contrat d'assurance-vie bénéficie d'un régime extrêmement avantageux au niveau de la transmission successorale.

La question qui se pose ici est de savoir si pour un même montant donné il est préférable de structurer la transmission par un contrat d'assurance-vie ou par une donation des parts de la société civile de portefeuille comprenant un contrat de capitalisation ?

La question est générée par l'implication de deux types de fiscalisation des produits du placement. Dans l'hypothèse d'une structuration via le contrat d'assurance-vie, les produits sont taxables dans le cadre de l'article 757 B du CGI dès lors que les versements interviennent avant 70 ans. Dès lors, la taxation sera après un abattement de 152.500 € par bénéficiaire de 20% jusqu'à 852.500 € puis 31,25% au-delà.

Dans l'autre hypothèse de la structuration avec la donation de la nue-propriété des parts sociales de la société civile de portefeuille, les produits vont être taxés dans le cadre du régime

spécifique des revenus des capitaux mobiliers au taux de 35%, 15% ou 7,5% selon que le retrait intervient avant 4 ans, entre 4 et 8 ans ou après 8 ans.

Dans une projection simplifiée à long terme, certains praticiens comparent faussement le taux de 7,5% du prélèvement forfaitaire libératoire au titre des revenus des capitaux mobiliers avec celui de 31,25% du prélèvement sui generis de l'article 757 B du CGI.

A ce taux de prélèvement forfaitaire libératoire particulièrement avantageux s'ajoute

Pour un placement en assurance-vie à 3% régi par l'article 757 B du CGI, la simulation de l'investissement se présente comme suit :

| Année | Valorisation | Montant / Bénéficiaire | Abattement | Base imposable | Impôt / Bénéficiaire | Total imposable | Net après impôt |
|-------|--------------|------------------------|------------|----------------|----------------------|-----------------|-----------------|
| 1 | 2 060 000 € | 1 030 000 € | 152 500 € | 877 500 € | 145 000 € | 290 000 € | 1 770 000 € |
| 10 | 2 687 833 € | 1 343 916 € | 152 500 € | 1 191 416 € | 240 246 € | 480 493 € | 2 207 340 € |
| 20 | 3 612 222 € | 1 806 111 € | 152 500 € | 1 653 611 € | 384 682 € | 769 364 € | 2 842 858 € |
| 25 | 4 187 556 € | 2 093 778 € | 152 500 € | 1 941 278 € | 474 578 € | 949 156 € | 3 238 400 € |
| 30 | 4 854 525 € | 2 427 262 € | 152 500 € | 2 274 762 € | 578 792 € | 1 157 584 € | 3 696 941 € |

Dans le cadre d'une structuration avec une donation-partage de la nue-propiété des parts sociales de la société civile de portefeuille par l'ascendant unique âgé entre 51 ans révolus et 61 ans, la simulation se présente comme ci-après.

L'investissement net initial ne serait que de 1.883.162 € car les droits de donation et les frais de notaire ont été déduits de l'investissement brut de 2.000.000 €.

| Année | Valorisation | Intérêts capitalisés | Prélèvement | Net après impôt |
|-------|--------------|----------------------|-------------|-----------------|
| 1 | 1 940 120 € | 56 508 € | 28 932 € | 1 911 188 € |
| 10 | 2 531 417 € | 647 805 € | 153 530 € | 2 377 887 € |
| 20 | 3 402 013 € | 1 518 401 € | 359 861 € | 3 042 152 € |
| 25 | 3 943 865 € | 2 060 253 € | 488 280 € | 3 455 585 € |
| 30 | 4 572 021 € | 2 688 409 € | 637 153 € | 3 934 868 € |

La comparaison de l'investissement net final, qui est défavorable à la solution de structuration via le contrat d'assurance-vie, se résume de la manière suivante :

| Année | Contrat Assurance Vie | Contrat Capitalisation | Écarts |
|-------|-----------------------|------------------------|-----------|
| 1 | 1 770 000 € | 1 911 188 € | 141 188 € |
| 10 | 2 207 340 € | 2 377 887 € | 170 547 € |
| 20 | 2 842 858 € | 3 042 152 € | 199 294 € |
| 25 | 3 238 400 € | 3 455 585 € | 217 186 € |
| 30 | 3 696 941 € | 3 934 868 € | 237 927 € |

Il résulte de cette étude comparée que le jeu de taux permet à la structuration par l'intermédiaire de la société civile de portefeuille de récupérer ici le retard initial de l'investissement provenant de l'amputation des frais liés à la donation-partage des parts de la société civile de portefeuille.

Les résultats des simulations ont vocation à changer en fonction du nombre d'enfants donataires et l'âge auquel le donateur usufruitier procède à la donation-partage des parts de la société civile de portefeuille.

Section IV – La transmission d'entreprise : un paradis fiscal à la française

224. **Situation de la transmission intrafamiliale.** Le nombre de transmission intrafamiliales en France est seulement de 22%¹⁴², alors qu'elle est de plus de 50% en Allemagne et 80% en Italie.

Est-ce que la fiscalité appliquée à la transmission d'entreprise est une cause du faible nombre de transmission intrafamiliale par rapport aux autres pays de l'Union Européenne ?

S'il est vrai que la fiscalité des transmissions à titre gratuit est complexe et élevée, il serait réducteur de considérer qu'elle joue un rôle négatif sur la transmission intrafamiliale. Il existe en France un dispositif particulier communément appelé « Pacte Dutreil » qui fait de la France un pays faiblement taxé lors pour la transmission de l'entreprise. En outre, dans le cadre des transmissions à titre gratuit les montages de donation avant cession sont des sources inépuisables d'optimisation fiscale.

Les raisons de la faiblesse des transmissions intrafamiliale de nos PME sont ailleurs¹⁴³. Il existe des études divergentes sur les intérêts économiques de la transmission familiale de l'entreprise. Les performances des entreprises varient selon que la transmission a été opérée par revente, donation ou succession¹⁴⁴. Les pouvoirs publics s'interrogent aussi sur les vertus de ces transmissions et plus précisément sur l'efficacité des systèmes d'aides fiscales aux transmissions familiales¹⁴⁵.

La transmission intrafamiliale d'une entreprise ne se résume pas à l'optimisation fiscale de l'opération. Certes, il s'agit d'un élément fondamental qu'il faut prendre en considération dans l'économie générale de la transmission. Dans notre pratique professionnelle, nous nous rendons compte que plus l'entreprise sera importante en valeur et plus les raisons autres que fiscales devront être prises en considération.

En particulier, aux côtés des schémas de transmissions que nous construisons sur le plan juridique et fiscal, il faudra nécessairement réfléchir à la gouvernance de l'entreprise.

La transmission de l'entreprise est aussi un instant de réflexion sur les valeurs familiales et morales que nous formalisons parfois dans une convention de famille.

Systématiquement, pour ce qui nous concerne, dans notre pratique professionnelle de la transmission de l'entreprise nous amenons nos clients à les interroger sur le point de savoir si cette transmission intrafamiliale est la meilleure des solutions pour leur famille et pour l'entreprise. Nous avons vu en effet que les avis sur la performance économique des entreprises familiales divergent. Dès lors, il peut apparaître profitable tant pour l'entreprise que pour la

¹⁴² *Baromètre de la transmission de PME en France*, 7^{ème} édition 2016, observatoire CNCFA de la transmission de PME

¹⁴³ *Transmission of family businesses in France*, Katherine Gundolf, Olivier Meier, Audrey Missonier, p.53

¹⁴⁴ *Performance des entreprises familiales et choix d'une technique de transmission : Quelle influence ?*, Jonathan BAUWERAERTS, Olivier Colot, *Revue Management et Avenir*, p.157

¹⁴⁵ *Conseil d'analyse économique, faire prospérer les PME*, n°25, octobre 2015

famille de voir une cession extérieure se réaliser plutôt qu'une transmission familiale. Le dirigeant peut parfois avoir intérêt à céder son entreprise à un tiers puis en transmettre tout ou partie du prix plutôt que de s'entêter dans un schéma de transmission à ses descendants pour des raisons personnelles.

Si l'optimisation fiscale de la transmission familiale de l'entreprise n'est pas une condition nécessaire à sa performance future, il n'en demeure pas moins qu'elle en est un préalable nécessaire. L'économie qui en résulte pourra toujours servir à son développement ou dans le pire des cas à sa survie. En cela, les intérêts privés de la famille de l'entrepreneur et ceux de l'entreprise sont intrinsèquement liés.

Quelle que soit la tranche d'âge du donateur, la taxation de la donation en nue-propiété des titres sociaux sous Dutreil entraîne une imposition inférieure à 10% y compris dans le cadre d'une transmission relevant du taux marginal d'imposition de 45%.

| Age moins de | Base P.P avant réfaction | Réfaction | Bases P.P après réduction | Valeur nue-propiété | T.M.I | Taux réel | Écart / Succession | Écart Transmission classique |
|--------------|--------------------------|-----------|---------------------------|---------------------|-------|--------------|--------------------|------------------------------|
| 31 | 100% | 75% | 25% | 20% | 45% | 2,25% | 42,75% | 6,75% |
| 41 | 100% | 75% | 25% | 30% | 45% | 3,38% | 41,63% | 10,13% |
| 51 | 100% | 75% | 25% | 40% | 45% | 4,50% | 40,50% | 13,50% |
| 61 | 100% | 75% | 25% | 50% | 45% | 5,63% | 39,38% | 16,88% |
| 71 | 100% | 75% | 25% | 60% | 45% | 6,75% | 38,25% | 20,25% |
| 81 | 100% | 75% | 25% | 70% | 45% | 7,88% | 37,13% | 23,63% |
| 91 | 100% | 75% | 25% | 80% | 45% | 9,00% | 36,00% | 27,00% |

A titre d'illustration sur la tranche d'âge de 61 ans à 70 ans, l'écart de taux réel est de 39,38% pour un contribuable taxé à la tranche marginale d'imposition. Par rapport à une donation classique en nue-propiété des titres sociaux le gain est de 16,88%.

225. Avantages de la transmission intrafamiliale. La transmission d'entreprise bénéficie d'un environnement fiscal favorable qui s'appuie sur trois dispositifs :

- Une exonération partielle des droits de donations (§1) ;
- Une réduction des droits pour certaines donations (§2) ;
- Une modalité particulière de paiement des droits de donations (§3).

Alors que le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance envisageait un assouplissement des obligations déclaratives des Pactes Dutreil, le Gouvernement a finalement indiqué qu'il n'était pas favorable à cette disposition et a annoncé qu'une réforme du dispositif « Dutreil » pourrait être envisagée dans le cadre du projet de loi de finances pour 2019 qui aura notamment pour objectif de favoriser la transmission d'entreprises.

Parallèlement, le 7 mars dernier, le Sénat a déposé une proposition de loi (*Sénat, session ord. 2017-2018, texte n° 343*) visant à moderniser la transmission d'entreprises. L'article 8 de cette proposition entend moderniser les Pactes Dutreil en assouplissant leur régime (possibilité d'une exonération de 90 % en contrepartie d'une conservation de 8 ans, suppression des obligations déclaratives, etc...).

Une réforme des pactes Dutreil est donc possible d'ici la fin de l'année 2018.

§ 1 – Les exonérations relatives aux titres sociaux

226. **Exonération partielle.** Le dispositif du pacte Dutreil est défini par l'article 787 B du Code général des impôts. Les mutations par décès et les donations de parts ou actions de sociétés ayant fait l'objet d'un engagement collectif de conservation de titres sont exonérées de droits de mutation, à concurrence de 75 % de leur valeur. Il n'existe pas de limitation de montant.

Cette exonération s'applique aux parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, ou libérale transmise par décès ou entre vifs, si certaines conditions sont réunies. Le régime fiscal de la société importe peu.

L'exonération s'applique également aux parts ou actions de sociétés interposées. Il s'agit des sociétés détenant directement (simple degré d'interposition) ou indirectement, par l'intermédiaire d'une autre société (double degré d'interposition), une participation dans la société dont les titres font l'objet d'un engagement collectif de conservation de titres. Dans la dernière hypothèse, l'exonération partielle a pour objet la valeur des droits sociaux de la société détenue directement par le redevable dans la limite de la fraction de la valeur de l'actif brut de celle-ci représentative de la participation directe ou indirecte ayant fait l'objet de l'engagement collectif de conservation de titres.

Les transmissions de titres sociaux de sociétés holdings animatrices de groupe peuvent bénéficier de l'exonération partielle.

227. **Conditions.** Le bénéfice de cette exonération est subordonné à la signature d'un engagement collectif de conservation des titres d'une durée minimale de deux ans, qui doit être souscrit par le défunt ou le donateur pour lui et ses ayants cause à titre gratuit avec un ou plusieurs associés, personnes physiques ou morales. Cette durée court à compter de l'enregistrement de l'acte ou à compter de l'acte s'il est authentique.

Il doit être en cours à la date de la transmission.

À défaut d'engagement collectif de conservation des titres avant la transmission par décès, l'engagement peut être encore souscrit dans les six mois du décès par un ou des héritiers, légataires entre eux ou avec d'autres associés.

En cas d'interposition de personnes, l'engagement est pris par la société qui détient directement la participation dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement collectif de conservation. Les participations doivent alors être conservées inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement.

Cet engagement collectif doit porter :

- sur au moins 34 % des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société, s'il s'agit d'une société non cotée ;
- sur au moins 20 % de ces mêmes droits s'il s'agit de titres de sociétés cotées.

Enfin, au moment de la transmission, chacun des héritiers, légataires ou donataires doit s'engager, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, à conserver les titres transmis pendant une période de quatre ans qui débutera à compter de l'expiration de l'engagement collectif. L'un des héritiers, légataires ou donataires, ayant pris l'engagement individuel de conservation, ou l'un des associés ayant souscrit l'engagement collectif de conservation de titres, doit pendant la durée de celui-ci et durant les trois années qui suivent la transmission :

- exercer des fonctions de direction, s'il s'agit d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés ;
- exercer son activité principale, s'il s'agit d'une société de personnes.

228. **Admission de nouveaux associés.** En vertu de l'article 12 de la loi de finances rectificative pour 2011, les associés peuvent adhérer à un pacte déjà conclu à la condition que l'engagement collectif soit reconduit pour une durée minimale de deux ans.

La reconduction de l'engagement collectif pourra avoir une incidence sur la durée d'exercice d'une fonction de direction par l'un des associés signataires. En effet, en matière de droits de mutation à titre gratuit, la fonction de direction doit être exercée pendant la durée de l'engagement collectif et les trois années suivant la transmission. La reconduction de l'engagement collectif pour une nouvelle durée de deux ans a pour conséquence de prolonger la durée d'exercice des fonctions de dirigeant.

229. **Cession des titres pendant la durée de l'engagement collectif.** L'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit est maintenue en cas de cessions des titres par l'un des signataires à l'égard des autres signataires dans les cas suivants :

- ces derniers conservent leurs titres jusqu'au terme de l'engagement prévu et le seuil de 20 % ou 34 % est toujours atteint ;
- le cessionnaire s'associe à l'engagement collectif à raison des titres cédés afin que le seuil de 20 % ou 34 % demeure respecté et l'engagement est reconduit pour une durée minimale de deux ans.

230. **Engagement réputé acquis.** L'engagement collectif de conservation de titres est réputé acquis lorsque le défunt ou le donateur, seul ou avec son conjoint ou partenaire de PACS, détiennent depuis deux ans au moins le quota de titres requis pour la conclusion de cet engagement, et que :

- l'un d'eux exerce dans la société depuis plus de deux ans son activité principale ;
- ou, lorsque la société est soumise à l'impôt sur les sociétés, l'une des fonctions de l'article 885 O *bis* 1° du Code général des impôts.

231. **Donation.** Le dispositif est applicable aux donations en pleine propriété ou en nue-propriété. Les donations d'usufruit ou avec réserve d'usufruit peuvent également bénéficier de l'exonération partielle. Celle-ci s'applique alors sur la valeur de l'usufruit ou de la nue-propriété des titres transmis.

En cas de donation avec réserve d'usufruit, ce dispositif est applicable uniquement si les droits de vote de l'usufruitier sont statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

La réduction de 50 % prévu à l'article 790 G du Code général des impôts continue à s'appliquer lorsque le donateur, âgé de moins de soixante-dix ans, consent une donation de parts ou actions de sociétés qui remplit les conditions pour être partiellement exonérée de droits de mutation à titre gratuit en application de l'article 787 B du Code général des impôts.

232. **Transmission d'immeubles.** Lorsque les immeubles sont détenus par la société d'exploitation ou l'entreprise individuelle, le dispositif du pacte Dutreil permet de bénéficier indirectement d'un abattement de 75 %.

233. **Non-respect.** Tous les héritiers, légataires ou donataires sont tenus d'acquitter le complément de droits de mutation à titre gratuit majoré de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du Code général des impôts, en cas de non-respect :

- de la condition relative à l'exercice de l'activité principale ou de la fonction de direction ;

- de l'engagement collectif de conservation de titres après la transmission.

Seul l'héritier, légataire ou donataire (ou ses ayants cause à titre gratuit) est tenu d'acquitter le complément de droits de mutation à titre gratuit majoré de l'intérêt de retard visé au même article 1727 du Code général des impôts, en cas de non-respect par celui-ci de son engagement individuel de conservation de titres.

§ 2 - La réduction de droits de donation

234. **Les réductions de droits.** Les réductions de droits sont un élément à prendre en compte dans le conseil pour l'optimisation fiscale de la transmission. Sauf, dans le cadre d'une donation en pleine propriété sous pacte Dutreil, les réductions de droits se sont aujourd'hui réduites à une peau de chagrin.

235. **Montants.** La réduction de droits n'est donc plus un outil permettant d'optimiser de manière significative la transmission patrimoniale au niveau fiscal.

Il en va différemment dans un seul cas qui concerne les donations d'entreprise dans le cadre d'un Dutreil.

En ce qui concerne les réductions applicables exclusivement aux donations, il n'existe plus aujourd'hui que la réduction de droits applicable aux donations de la pleine-propriété dans le cadre d'un Dutreil. La réduction est importante puisqu'elle est de 50% des droits. Le donateur doit être âgé de moins de 70 ans et la donation doit porter sur la pleine propriété de parts ou actions d'une société ou d'une entreprise individuelle ayant une activité industrielle, commerciale, agricole ou libérale remplissant les conditions afin d'être partiellement exonéré des droits de mutation à titre gratuit en vertu des articles 787 B et 787 C du CGI.

§ 3 - Le paiement différé et fractionné en cas de transmissions d'entreprise

236. **Régime.** En application des dispositions de l'article 397 A de l'annexe III du Code général des impôts, le paiement des droits de mutation à titre gratuit portant sur les entreprises, ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, peut être différé pendant cinq ans à compter de la date d'exigibilité de ces droits, puis fractionné sur une période de dix ans (CGI, art. 404 GA à 404 GD). Ces droits sont alors versés par 1/20^e, à intervalle de six mois au plus, le premier versement étant effectué à l'expiration du délai de paiement différé. Les holdings animatrices peuvent également bénéficier du régime du paiement différé et fractionné.

Seul le principal peut être différé ou fractionné. Les pénalités sont exclues du régime de faveur. Une double liquidation est nécessaire lorsque la transmission comprend une entreprise individuelle ou des titres de sociétés non cotées et d'autres biens, compte tenu du fait que seuls les premiers biens peuvent faire l'objet du paiement différé et fractionné.

237. **Conditions d'application.** Si la transmission porte sur une entreprise individuelle, elle doit avoir été exploitée par le défunt et comprendre l'ensemble des biens qui en dépendent. En présence de droits sociaux, les titres ne doivent pas être cotés et le bénéficiaire doit recevoir au moins 5 % du capital social.

En cas de transmission de la nue-propriété de titres sociaux, le régime de faveur est applicable lorsqu'elle porte sur au moins 5 % du capital social d'une société non cotée, alors même que le nu-propriétaire reçoit moins de 5 % de ce capital en valeur.

238. **Intérêts du crédit.** Depuis, le décret du 22 décembre 2014, le taux de l'intérêt légal n'est plus le taux de référence pour les demandes de crédit de paiement des droits d'enregistrement.

Le taux d'intérêt étant égal aux deux tiers des taux des prêts immobiliers arrondis à la première décimale, il s'établit à $2,33\% \times \frac{2}{3} = 1,57\%$ arrondis à 1,50%. Le taux applicable est donc de 1,50% en 2018 contre 1,60% en 2017.

Le taux réduit applicable au paiement différé et fractionné des droits d'enregistrement liés à la transmission d'une entreprise peut bénéficier, sous certaines conditions, d'une réduction de deux tiers, soit un taux final de 0,50% pour 2018.

Le taux d'intérêt de base ou réduit s'applique pendant toute la durée du crédit consenti par le Trésor public au contribuable.

239. **Déchéance du terme.** Cependant, la cession ultérieure de plus du tiers des biens ayant bénéficié du paiement différé et fractionné entraîne pour le cédant l'exigibilité des droits en suspens.

L'apport pur et simple en société des biens reçus ne remet pas en cause le bénéfice du régime de faveur à la condition que le bénéficiaire prenne l'engagement de conserver les titres reçus en contrepartie de son apport jusqu'à l'échéance du dernier terme du paiement fractionné (CGI, ann. III, art. 404 GD).

La fusion ou la scission n'entraîne pas non plus, sous la même condition, la déchéance du régime de faveur.

Section IV – Donation : outil privilégié de l'optimisation fiscale pré-cession

240. **Avantages.** Dans l'hypothèse où la cession envisagée encourt la taxation au titre des plus-values mobilières ou immobilières, la donation peut être un formidable outil d'optimisation patrimoniale et fiscale.

La donation efface la plus-value latente quel que soit le support objet de la transmission. Il peut s'agir en effet d'un bien immobilier ou de titres sociaux. Elle peut être faite en pleine propriété ou en nue-propiété si le donateur souhaite se réserver les revenus du bien objet de la donation ou de son emploi.

Au gain présent, il faut ajouter le gain futur. La donation allège également la note fiscale au titre des droits de succession.

241. **Risques.** Aussi alléchantes soient-elles, les opérations de donations avant cession doivent être mises en place avec de grandes précautions. Elles sont en effet sous le projecteur de l'administration fiscale et de l'abus de droit. Ces opérations doivent avoir pour postulat de départ, l'intérêt de la famille et l'intention libérale. Les donations ne peuvent avoir pour seul objet de purger l'impôt sur la plus-value.

Le donateur doit être animé d'une réelle volonté de transmission de son patrimoine. Les intérêts civils et financiers doivent commander l'opération.

§ 1 – Intérêts de la donation-cession

242. **Optimisation au titre des plus-values.** Deux solutions¹⁴⁶ s'offrent au chef d'entreprise qui a la volonté de transmettre à ses proches une partie de ses actifs :

- vendre les titres sociaux et acquitter ainsi l'impôt sur la plus-value ;
- donner une fraction de ses titres avant la cession.

En matière d'optimisation fiscale, l'ordre des opérations est essentiel. Si la donation est réalisée après la cession, elle portera sur le prix de vente diminué de l'impôt sur la plus-value. Certes, cette donation a le mérite de présenter un véritable intérêt économique par rapport à une succession non préparée.

Toutefois, si la donation précède la cession, elle est réalisée sur les titres sociaux ou sur l'immeuble. Les plus-values latentes sont alors purgées.

Il résulte des articles 150-0 A et 150-E du Code général des impôts afférents aux régimes d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et des droits sociaux que le fait générateur de l'impôt est la transmission à titre onéreux. Le transfert de propriété à titre gratuit ne génère pas de taxation. Il en va de même pour les plus-values immobilières des particuliers. Les donataires reçoivent donc un actif non imputé de l'impôt sur la plus-value.

Les simulations sont sans appel en gestion de fortune. La donation avant cession permet de réaliser des économies substantielles au titre de l'impôt sur les plus-values. L'actif reçu par le donataire avant la cession est supérieur au prix net de plus-value reçu par donation postérieurement à la cession.

¹⁴⁶P. Julien Saint-Amand, *Donations de titres préalablement à leur cession et abus de droit : Dr. et patrimoine juill.-août 2011*, p. 62 et s.

243. **Paiement des plus-values mobilières.** En matière de plus-values sur les valeurs mobilières, l'impôt est dû en septembre de l'année suivant la cession. Le cédant peut avoir intérêt à réaliser la cession après le 1^{er} janvier afin de reporter l'échéance du paiement de l'impôt d'un an supplémentaire¹⁴⁷. Lors de l'élaboration de la stratégie, il faudra bien prendre en compte le risque d'augmentation des prélèvements sociaux sur la période en cause.

244. **Paiement des plus-values immobilières.** En ce qui concerne les plus-values immobilières, la réflexion est plus aisée, puisqu'au niveau du paiement, l'impôt est acquitté lors du dépôt de l'acte au service de la publicité foncière ou à l'enregistrement.

245. **Droits de donation et IFI.** L'optimisation fiscale des donations avant cession se heurte à une certaine schizophrénie. Quel est l'impôt à privilégier ?

Le délai de reprise de l'administration fiscale sur la donation est de trois ans et l'année en cours. Ainsi, il est préférable de faire enregistrer la donation avant la fin d'année plutôt qu'en début de l'année prochaine afin de gagner une année au titre du délai de reprise.

En revanche, la logique est totalement différente pour l'impôt sur la fortune immobilière. Sauf exonération en tant que bien professionnel notamment, le propriétaire des actifs est redevable de l'impôt dès lors qu'ils se trouvent dans son patrimoine au 1^{er} janvier.

Si la donation est faite postérieurement au 1^{er} janvier, le donataire est dans cette hypothèse totalement exonéré puisqu'à cette date il n'a pas reçu encore le bien objet de la donation et ne figure pas dans son patrimoine. Ils sont en revanche taxables pour le donateur.

À l'inverse, si la donation est faite antérieurement au 1^{er} janvier, les titres sociaux à prépondérance immobilière ou les biens immobiliers étant sortis du patrimoine à cette date, ils ne rentrent plus dans l'assiette taxable du donateur. Parallèlement, le donataire voit son assiette taxable s'accroître du montant des biens donnés. S'il n'est pas imposable à l'impôt sur la fortune immobilière, la donation faite avant la fin d'année s'avère être un choix judicieux.

§ 2 – La chronologie des opérations

A – L'instant clé : le transfert de propriété

246. **Transfert de propriété et donation.** Le Code civil définit la donation à l'article 894, lequel indique qu'il s'agit d'« un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ». Elle nécessite donc le dépouillement actuel et irrévocable du donateur, ainsi que l'acceptation du donataire.

La formation de la donation n'est définitive qu'au moment de son acceptation par le donataire. L'article 932 du Code civil exige une acceptation « en termes exprès ». L'acceptation peut en principe être réalisée dans l'acte de donation ou, postérieurement, dans un acte séparé.

La donation n'est définitive et le donateur définitivement engagé, qu'après signature du donataire, sur l'acte initial ou sur un autre acte autonome d'acceptation et notification de cette signature. La conséquence immédiate de cette acceptation est le transfert de propriété qui en résulte (C. civ., art. 938).

¹⁴⁷Exemples :

– si la cession est réalisée en décembre 2011, l'imposition intervient en septembre 2012 ;
– si la cession intervient en janvier 2012, l'imposition aura lieu en septembre 2013, soit vingt mois plus tard.

247. **Transfert de propriété et régime général de la vente.** Aux termes de l'article 1582 du Code civil, la vente s'entend « d'une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». Dans le cadre des opérations de donation-cession de titres sociaux, le donataire cédant s'engage à « livrer » les droits sociaux, alors que le cessionnaire « paiera » à ce dernier la contrepartie pécuniaire.

L'article 1583 du Code civil dispose que la vente « 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 ». La vente est considérée comme parfaite dès lors que les parties sont parvenues à un accord sur la chose et sur le prix. La propriété est transférée par la vente avant la livraison (réelle), dès la conclusion de la convention.

248. **Chronologie des opérations.** Afin de purger la plus-value, la donation doit intervenir avant la cession des biens (titres sociaux, biens et droits immobiliers, etc.). Dans le cas contraire, les plus-values sont taxables.

Selon l'administration fiscale, l'accord sur la chose et sur le prix valant vente, la donation ne pouvait purger fiscalement la plus-value, lorsqu'elle intervenait après cet accord¹⁴⁸.

Il est donc indispensable que la chaîne des transferts soit identifiée de manière claire et incontestable. Les transmissions doivent être parfaitement séquencées. Il faut avoir, d'une part, le transfert du donateur au donataire puis, d'autre part, du donataire au cessionnaire.

Dès lors qu'il est établi que la cession est intervenue avant la donation, celle-ci change d'objet : d'une donation initialement envisagée comme portant sur des titres sociaux ou un immeuble, elle porte alors sur une somme d'argent. La donation n'efface pas la plus-value qui devient alors taxable au nom du donateur.

Pour éviter les risques fiscaux liés à la donation avant cession, l'acte de donation doit être réalisé le plus en amont possible par rapport à l'avant-contrat.

La date à laquelle la cession des titres d'une société ou d'un bien immobilier génère des plus-values est celle à laquelle s'opère entre les parties le transfert de propriété. Les modalités de paiement sont indifférentes.

Toutefois, si la donation n'a pas été réalisée avant l'acte de cession, il faut déterminer la date extrême constitutive du butoir qu'il est impossible de franchir.

Il convient d'apporter un soin extrême à la rédaction de l'avant-contrat. Une rédaction maladroite pourrait avoir des effets désastreux.

La donation peut intervenir efficacement tant que la vente n'est pas parfaite entre les parties au sens de l'article 1583 du Code civil. Encore faut-il pouvoir déterminer la date de réalisation du transfert de propriété résultant de la cession. Seules les règles du droit des obligations sont susceptibles d'apporter les solutions nécessaires à l'analyse de la contrainte chronologique.

De jurisprudence constante, le seul fait générateur de l'imposition des plus-values est le transfert de propriété. Le Conseil d'État¹⁴⁹ considère que le transfert de propriété a lieu « sauf dispositions contractuelles contraires, à la date où un accord intervient sur la chose et sur le prix, même si ce transfert n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa date au registre de la société émettrice ou du jour où elle a été informée de la cession ».

¹⁴⁸Doc. adm. DGI, 5 B-622, 10 sept. 1996, n° 31.

¹⁴⁹CE, 3 mai 2000, n° 172201 : RJF 6/2000, n° 755.

249. **CCRAD et concomitance.** La concomitance a longtemps été pour l'administration fiscale le facteur suprême de caractérisation de l'abus de droit. Elle se suffisait d'ailleurs à elle-même. Le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF), ancien Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD), ne l'a jamais suivie sur cette voie.

Dans une première affaire n° 94-17, portant sur la donation de la pleine propriété des titres avant leur donation, le CCRAD avait rejeté la position de l'administration en considérant qu'elle n'apportait pas la preuve de l'absence d'intention libérale des donateurs.

Dans les affaires n°s 2002-15 et 2002-15 *bis*, le CCRAD a constaté que la donation était intervenue postérieurement à la réalisation de la dernière condition suspensive. Il a considéré que l'administration fiscale était fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit.

Dans son avis n° 2002-17, le comité a considéré que la donation des parts avait bien été consentie avant que la cession ne devienne parfaite. Il a estimé qu'il n'y avait pas d'abus de droit alors même que les enfants avaient reçu par donation-partage les parts sociales deux jours seulement avant la cession.

L'intention libérale justifie donc l'opération et permet d'écarter à elle seule l'abus de droit. Il en va ainsi même lorsque la vente est très probable et proche.

Dans l'affaire n° 2002-16, qui est la même opération que l'affaire n° 2002-17 mais pour un autre associé, le CCRAD confirme la position de l'administration fiscale. La donation avait été faite non pas au moyen d'un acte authentique, mais par un don manuel enregistré après la cession des titres n'ayant pas une date certaine antérieure à celle-ci.

Dans l'affaire n° 2013-13, le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) considère que l'administration n'est pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit. L'administration revient ici sur la concomitance des opérations. Le comité estime que l'administration ne peut soutenir que la donation n'avait pas porté sur les titres de la société, et correspondait, en réalité, à une donation des liquidités. L'administration avait présenté plusieurs arguments. Tout d'abord, elle indiquait qu'à la date de la donation, les articles de presse ne laissaient aucun doute sur le fait que la décision de vendre était prise par le groupe de sociétés. Le donateur avait connaissance depuis longue date de la vente imminente en raison de ses fonctions dans le groupe. L'administration avait ajouté que les donataires n'occupaient aucune fonction au sein du groupe et qu'ils n'avaient pas la libre disposition des titres objet de la donation au regard des contraintes de cession ordonnées par le groupe prévues par les stipulations des statuts de la société.

250. **Procédure de droit commun.** Dans ses avis n°s 2003-14 et 2003-39 confirmés par l'avis n° 2004-57, le comité a évolué et considéré que s'agissant de plus-value, l'administration était fondée à faire usage de la procédure de droit commun. Dans l'affaire n° 2004-57, le CCRAD « a considéré que la vente était devenue parfaite antérieurement à la donation et que l'administration, s'agissant de l'imposition de la plus-value, était fondée à faire usage de la procédure contradictoire de droit commun. Mais s'agissant de l'interprétation d'actes non fictifs auxquels le contribuable donne une qualification impropre, et conformément à ses précédents avis n°s 2003-14 et 39, le recours à la procédure de répression des abus de droit n'apparaît pas nécessaire ».

L'enchaînement des opérations conditionne purement et simplement l'efficacité de la purge de la plus-value et non la preuve de la présence d'un abus de droit.

La chronologie relève donc du champ d'application de la procédure de droit commun. La notion d'abus de droit n'a donc pas vocation à intervenir au regard de la chronologie des opérations.

251. **Jurisprudence.** La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé du choix par l'administration fiscale de la procédure d'abus de droit en présence d'une cession devenue définitive avant la donation.

La jurisprudence a néanmoins confirmé que la probabilité de la cession ne permettait pas à l'administration de contester l'opération de donation avant cession.

Le tribunal administratif de Nice¹⁵⁰ a par exemple débouté l'administration en « considérant qu'il résulte de ces stipulations que seule M^{me} Chabert apparaît irrévocablement engagée par sa promesse » et s'agissant d'une promesse unilatérale de vente et non d'une promesse synallagmatique de vente, « la cession n'étant pas certaine à la date de la donation ».

Le tribunal administratif d'Orléans a également retenu cette position dans une affaire où la vente de l'immeuble donné a été réalisée deux jours après la donation au profit des acquéreurs connus des donateurs¹⁵¹.

B – Les avant-contrats

252. **Donations pendant l'avant-contrat.** Doit-on s'interdire de réaliser une donation sur des biens ayant fait l'objet de pourparlers, de négociations avec le futur acquéreur, voire même d'une promesse unilatérale de vente ou d'une promesse synallagmatique de vente ?

La doctrine majoritaire apporte une réponse négative.

1°) Les promesses unilatérales

253. **Principe.** En présence de promesses unilatérales de vente ou d'achat, il ne peut y avoir optimisation que si la levée d'option intervient postérieurement à la donation. Avant la levée de l'option, la promesse unilatérale ne vaut pas vente, les droits sociaux ou les biens immobiliers objet de la promesse restent alors la propriété du promettant. Il peut procéder efficacement à la donation tant que la levée d'option n'a pas été réalisée.

La jurisprudence a reconnu que les titres sociaux objet de la promesse pouvaient faire l'objet d'une donation¹⁵², le donataire se substituant alors au donateur pour l'exécution de la promesse.

254. **Difficultés d'interprétation.** Les promesses unilatérales peuvent être source de difficultés d'interprétation. Les circonstances de l'espèce conduisent parfois à la requalification de la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique de vente.

Les promesses croisées sont parfois source de confusion. Les parties promettent chacune et unilatéralement l'une de vendre, l'autre d'acheter. En règle générale, la simple présence de ces deux promesses unilatérales ne suffit pas à retenir l'existence d'une promesse synallagmatique valant vente. En effet, chaque intéressé conserve le droit, en ne levant pas l'option qui lui est conférée, de provoquer la caducité de la promesse unilatérale dont il est le bénéficiaire et, partant, la non-conclusion de la vente.

Enfin, l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire dans le cadre de la promesse unilatérale de vente peut entraîner la requalification en promesse synallagmatique dès lors que son montant apparaît trop important.

¹⁵⁰TA Nice, 26 janv. 2002, n^{os} 98-4015, 99-4771 et 99-4772, Chabert : RJF 04/2003, n^o 473.

¹⁵¹TA Orléans, 24 sept. 2002, n^o 99-2109, Miramont : RJF 04/2003, n^o 472.

¹⁵²CCRAD, avis n^o 1997-18. – TA Nice, 26 nov. 2002, n^o 99-4015 : RJF 04/2003 et TA Orléans, 11 avr. 2006, n^o 03-2895 : RJF 01/2007, n^o 63.

2°) Les promesses synallagmatiques de vente

255. **Les promesses synallagmatiques.** Aux termes de l'article 1589 du Code civil, « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix ». Ainsi, dès l'échange des consentements, l'accord est formé. Mais les parties peuvent reporter les effets de la promesse synallagmatique de vente en insérant une ou plusieurs conditions suspensives.

Le CCRAD s'est prononcé à de nombreuses reprises sur les promesses synallagmatiques. Il rappelle que les dispositions de l'article 1583 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties ont la possibilité de différer conventionnellement le transfert de propriété¹⁵³. Le CCRAD a eu l'occasion de constater que le transfert de propriété était effectivement intervenu postérieurement à la donation par l'effet des conditions suspensives subordonnant la vente des titres :

- à l'absence d'exercice du droit de préemption par un autre associé ;
- à l'agrément du cessionnaire¹⁵⁴ ;
- à l'obtention par le cessionnaire d'un financement auprès d'établissements bancaires¹⁵⁵.

Pour la vente sous condition suspensive, le contrat se formera seulement au moment de la réalisation de la condition avec effet rétroactif au jour de la promesse. En présence d'une promesse synallagmatique de vente avec condition suspensive, la donation peut intervenir entre la promesse et la réalisation de la dernière des conditions suspensives, si les parties ont entendu faire échec au jeu de la rétroactivité des conditions suspensives. Sans renonciation au caractère rétroactif des conditions suspensives, toute donation intervenant dans l'intervalle de l'avant-contrat et la date de réalisation de la dernière des conditions suspensives sera considérée comme portant sur la créance du prix de la cession. Toute donation est alors rendue inefficace.

Dans plusieurs avis¹⁵⁶, le CCRAD a constaté que la dernière des conditions suspensives avait été levée postérieurement à la donation et qu'en conséquence « la vente était devenue parfaite dès cette date et entraînait l'exigibilité de l'impôt sur la plus-value ».

En revanche, dans son avis n° 2002-17, le CCRAD a considéré que la donation étant intervenue avant que la vente ne devienne parfaite le redressement de l'administration fiscale est injustifié.

¹⁵³CCRAD, avis nos 2003-36 et 2004-43.

¹⁵⁴CCRAD, avis n° 2003-36.

¹⁵⁵CCRAD, avis n° 2003-39 dans lequel il est indiqué que « l'accord définitif des établissements bancaires sur la mise en place des financements (...) donne un caractère irrévocable aux conventions précédemment conclues » avant de conclure là encore que « la vente était devenue parfaite dès cette date ».

¹⁵⁶CCRAD, avis n° 2002-15, 15 bis et 16.

C – Donation-cession et enregistrement

256. **Enregistrement de la donation postérieur à la cession.** Quel est l'effet de l'enregistrement de la donation postérieurement à la cession des titres sociaux ?

Cette question a été tranchée par un arrêt du tribunal administratif de Rennes rendu en date du 3 février 2005¹⁵⁷. Le donateur avait signé, le 18 juin 2007, deux ordres de mouvements portant chacun sur 1 008 actions, au profit de ses deux enfants. Un virement de son compte dans la société émettrice à celui de ses enfants avait été effectué le 19 juin de la même année. L'acte de donation avait été enregistré le 7 juillet 1997 à la recette principale des impôts. Parallèlement, le conseil d'administration de la société avait accepté, le 4 juillet 1997, la cession de la totalité des actions de la société, dont celles des enfants, au profit de nouveaux actionnaires, agréés comme tels le 28 juin 1997.

L'administration fiscale a considéré que la cession était intervenue avant la donation des titres aux enfants et procédé ainsi à la taxation des plus-values et aux contributions sociales.

Le tribunal administratif de Rennes a considéré que le transfert des actions détenues par les enfants dans le capital de la société était au plus tard parfait avant le 4 juillet 1997, date à laquelle le conseil d'administration a autorisé ladite cession. Le transfert des actions du donateur aux donataires était donc bien antérieur au transfert des actions aux nouveaux actionnaires. Il rappelle notamment qu'au regard du régime des plus-values mobilières, la transmission des actions du compte du donateur aux donataires est opposable aux tiers, et donc à l'administration, à la date de la constatation du virement dans les comptes tenus par la société émettrice. Il importe peu selon lui que l'enregistrement de l'acte de donation intervienne postérieurement.

L'administration fiscale n'était donc pas fondée à considérer comme taxable la plus-value réalisée sur la cession des actions.

Le fait que l'enregistrement de la donation n'intervienne qu'après la vente importe peu, dès lors que des ordres de mouvement attestant de la concrétisation de la donation ont été établis et enregistrés dans le compte titres de la société avant la vente des actions en cause par les enfants donataires (avis n° 94-17).

257. **Précautions.** L'acte de donation devra être enregistré le plus rapidement possible et surtout préalablement à l'acte de cession.

¹⁵⁷Lettre de jurisprudence du tribunal administratif de Rennes, 2^e/3^e trimestres 2005, n° 3, sélection de jugements, p. 5 et RJF 10/2005, n° 1033.

§ 3 – La réalité de l'intention libérale

A – Les éléments constitutifs de la donation

258. « **Donner et retenir ne vaut** ». Aux termes de 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 ».

Ainsi, le donateur ne peut se réserver discrétionnairement le droit de reprendre les biens donnés puisqu'il s'est volontairement irrévocablement appauvri. Les modalités de la donation ou les circonstances ne doivent pas conduire à une réappropriation du montant de la cession par le donateur, ce qui annihilerait la réalité de l'*animus donandi*. Nier l'intention libérale, c'est nier la donation. En langage de cour d'école, on aurait pu dire : « donner c'est donner, reprendre c'est... frauder¹⁵⁸ ». S'il apparaît que le donateur s'est réapproprié d'une manière ou d'une autre les biens objet de la donation, l'administration fiscale démontrera que le donateur était moins animé par l'intention libérale que par la volonté d'éviter l'impôt. *A contrario*, en l'absence de réappropriation directe ou indirecte, la donation ne souffre d'aucune critique.

Plus le donateur conserve des prérogatives sur le bien donné, plus le risque de réappropriation et de redressement est élevé. La séparation entre conservation de larges pouvoirs de contrôle et réappropriation est parfois délicate. En cas de démembrement, le risque ne provient pas de l'origine et de la nature du bien, mais de la répartition des prérogatives politiques et financières entre usufruitier et nu-propriétaire.

259. **Substitution.** La donation avec faculté de substitution permet au donateur d'en changer l'objet, même après son accomplissement. Une clause dite de « substitution » ouvre à discrétion au donateur le droit de substituer à la chose qu'il donne un autre objet (une somme d'argent par exemple). L'opération est basée sur l'acceptation économique de l'irrévocabilité des donations, à la condition que la chose substituée ne soit pas d'une valeur inférieure à celle qui avait été initialement donnée. Il y a une reprise matérielle du bien à condition de ne pas générer d'appauvrissement économique. Cette clause contrevient au principe d'irrévocabilité des donations. En effet, contrairement aux donations alternatives et facultatives, le transfert de propriété n'est pas affecté d'un terme : la donation avec faculté de substitution constate immédiatement le transfert de propriété. Mais avec quelques aménagements rédactionnels dans l'acte de donation, il pourrait être possible d'en admettre la validité civile.

Si la validité civile de ces clauses a pu être admise, il est évident que sa rédaction attirera l'attention du vérificateur fiscal.

L'utilisation d'une telle clause est vivement déconseillée dans le cadre des opérations de donation avant cession.

¹⁵⁸Ch. de Crevoisier et L. Jaillais, « Donation-cession : cherchez l'abus » : Journ. sociétés nov. 2007, n° 48.

B – La réappropriation directe du produit de la vente

1°) Les avis du CCRAD

260. **Encaissement par le donateur.** Si le donateur encaisse tout ou partie du prix de vente des titres ou des biens et droits immobiliers objet de la donation, il est évident que l'abus de droit est constitué.

Les avis du CCRAD sont nombreux en la matière et souvent caricaturaux.

Par exemple, dans une affaire n° 2007-26, un contribuable détenait la nue-propiété d'un immeuble suite à la donation qui lui avait été consentie par ses parents. L'usufruit était en l'espèce conservé par les parents donateurs. Le contribuable donna ensuite cette nue-propiété à ses propres enfants. Le jour même, l'immeuble a été cédé et aucune plus-value de cession n'a été dégagée par les nus-propiétaires. Aucune plus-value n'a été constatée chez les usufruitiers compte tenu de la durée de la détention. L'administration fiscale a mis en œuvre la procédure d'abus de droit en constatant que la mère des enfants donatrice avait encaissé personnellement les sommes revenant aux nus-propiétaires. Le CCRAD admet l'absence d'intention libérale et reconnaît le bien-fondé du redressement sur la base de l'abus de droit.

Toutefois, ce n'est pas parce que le donateur ne doit pas récupérer le produit de la vente des biens objet de la donation, qu'il se trouve empêché de conserver des prérogatives sur le prix de vente. Ce sont les circonstances de fait qui révèlent le caractère réel ou non de l'*animus donandi*. Cette intention est essentielle dans la mesure où elle est exclusive du but exclusivement fiscal constitutif de l'abus de droit.

261. **Enfants mineurs.** Les donations au profit d'enfants mineurs ne sont pas interdites. L'intention libérale existe quel que soit l'âge des enfants donataires. Il n'y a pas d'âge minimum pour bénéficier d'une donation. Les parents en tant qu'administrateurs légaux gèrent et disposent des biens de leurs enfants mineurs. Toutefois, dans le contexte d'une opération de donation avant cession, les parents ne doivent pas reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre. Le prix de cession ne doit pas se retrouver comme par miracle sur les comptes personnels des parents.

Ainsi, le comité suit à juste titre l'administration lorsque « les sommes retirées de la cession des actions, censées appartenir aux deux enfants, ont été encaissées sur les comptes personnels des époux, sans qu'il soit établi que ceux-ci aient procédé en temps utile à l'attribution, pour chacun de leurs enfants donataires, de la partie du prix de cession lui revenant »¹⁵⁹. De même, le comité reconnaît également le bien-fondé de la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit dans une affaire où les parents « avaient conservé en réalité l'intégralité du produit de la vente, à l'exclusion des sommes placées sur les deux plans d'épargne logement ouverts au nom de chacun des enfants. Par suite, l'acte de donation ne saurait traduire une réelle intention libérale et visait exclusivement à éluder l'impôt sur la plus-value sur cession de titres »¹⁶⁰.

Le comité écarte l'abus de droit lorsque le parent donateur « n'a pas conservé seul la maîtrise des fonds provenant de la cession »¹⁶¹.

Dans une affaire n° 2007-27, le contribuable avait donné la nue-propiété de titres à ses enfants mineurs en prévoyant dans l'acte de donation la nécessité pour les nus-propiétaires d'obtenir l'accord de l'usufruitier pour procéder à la vente de la nue-propiété. Le même jour avait été signée une promesse de vente synallagmatique par le donateur usufruitier et les nus-

¹⁵⁹ CCRAD, avis n° 2006-1.

¹⁶⁰ CCRAD, avis n° 2007-04.

¹⁶¹ CCRAD, avis n° 2003-22.

propriétaires. Une fois la cession effectuée, le produit de la vente avait été réinvesti dans des contrats de capitalisation ouverts en pleine propriété aux noms du père et de la mère. Les contribuables ont invoqué l'erreur, en annulant la souscription initiale des contrats de capitalisation pour souscrire un nouveau contrat en démembrement de propriété. Cette modification est intervenue après l'entretien avec le vérificateur, mais avant la notification de redressement. Le CCRAD a reconnu l'abus de droit pour absence d'intention libérale en constatant qu'il y avait eu réappropriation par le donateur du produit de la donation. Le financement du train de vie de la famille au moyen des sommes encaissées n'est qu'une excuse de mauvais perdant et de faible moralité, fort justement écartée par le comité¹⁶².

262. **Prêt.** Le donateur ayant purgé la plus-value au moyen de la donation a parfois pour réflexe de se réapproprier le produit de la cession. Le donateur ne pouvant encaisser directement en lieu et place du donataire, il est tentant de mettre en avant l'existence d'un prêt. Le prétendu donateur est mal fondé à évoquer l'existence d'un prêt lorsqu'il a encaissé lui-même les fonds issus de la vente des biens objet de la donation à ses descendants¹⁶³. Encore faudrait-il rapporter la preuve de l'existence d'un contrat de prêt et que les modalités de remboursement aient été définies et respectées.

Dans l'affaire n° 2004-4, le contribuable a procédé à des dons manuels d'actions en nue-propriété à son épouse et à son fils. Après quelques jours, il signe un protocole d'accord. Une fois la cession réalisée, il encaisse une partie du prix de vente. Le CCRAD relève que le fait de prélever une partie du prix ne se justifiait pas par un contrat de prêt qui n'avait pas été révélé à l'administration fiscale. Le CCRAD affirme donc que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit.

263. **Démembrement.** La cession peut être précédée d'une donation de la nue-propriété, le donateur se réservant alors l'usufruit. Si l'usufruitier souhaite conserver des prérogatives financières, le nu-propriétaire doit avoir celles correspondant à sa qualité. L'usufruitier ne peut encaisser le prix de cession sur son compte personnel. Ce dernier vient créditer un compte joint ouvert aux noms de chaque nu-propriétaire et de l'usufruitier¹⁶⁴.

264. **Clauses restrictives.** Les donations contiennent usuellement des clauses restrictives telles que le droit de retour, interdiction d'aliéner, de nantir ou d'hypothéquer, d'apporter à la communauté, etc.

L'article 900-1 du Code civil dispose que « 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 ». La sanction est la nullité relative. Les clauses d'interdiction d'aliéner sont utilisées afin de conserver le bien dans le patrimoine familial et de protéger le donataire contre sa prodigalité ou son inexpérience.

Il faudra, par une rédaction appropriée, empêcher la résolution de la donation en cas d'inexécution de ces obligations. Il est également possible de prévoir qu'en cas d'aliénation des biens donnés, la restitution n'aura pas lieu en nature.

Elles peuvent porter sur les biens donnés ou sur les biens qui en seront la représentation. Ces clauses sont très importantes en pratique puisqu'elles permettent au donateur de conserver un certain pouvoir de contrôle sur le produit de la cession et lui assurent une traçabilité.

Elles sont souvent utilisées par l'administration fiscale pour justifier une réappropriation frauduleuse.

¹⁶²CCRAD, avis n° 2005-9.

¹⁶³CCRAD, avis nos 2004-44 et 2005-6.

¹⁶⁴CCRAD, avis n° 2005-8.

Heureusement, le comité a considéré que les clauses de droit de retour ou d'interdiction d'aliéner ne justifiaient pas une altération de l'intention libérale. Selon lui, ces clauses n'ont pas « pour effet de rendre [la donation] fictive »¹⁶⁵. Elles ne caractérisent pas à elles seules une réappropriation des fonds¹⁶⁶.

Il faudra veiller à ce que ces clauses ne dégradent pas l'intention libérale du donateur.

265. **Quasi-usufruit.** Dans une affaire n° 2008-06, la donatrice a donné la nue-propiété de titres à ses enfants. L'acte de donation contenait une obligation d'aliéner à première demande de la donatrice dans un délai maximal de deux ans et une obligation de remploi des titres eux-mêmes démembrés de manière à permettre à l'usufruitier d'en percevoir les fruits.

La vente des titres a été réalisée concomitamment par la mère usufruitière et les enfants nus-propiétaires peu après la donation au profit d'une société dont le père assure la direction. Une convention de quasi-usufruit a été conclue au profit de la mère postérieurement à la cession.

Le comité relève que les actes s'inscrivent dans le cadre du règlement du divorce des parents et que les clauses de cession obligatoire et de remploi du prix en l'acquisition de titres ne constituent pas un procédé de réappropriation des fonds par la donatrice. Il ajoute que la conclusion d'une convention de quasi-usufruit postérieurement à la donation anéantissant la clause de remploi a certes modifié les droits des donataires, mais ne conduit pas à la réappropriation du produit de la donation par le donateur, même s'il est dispensé de fournir une garantie.

Selon le CCRAD, l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit.

2°) Les positions de la jurisprudence

266. **Sanction du défaut d'intention libérale.** Les juges du fond veillent à sanctionner le défaut d'intention libérale conduisant à la réappropriation du produit de la donation.

Le tribunal administratif de Toulouse¹⁶⁷ a constaté l'abus de droit pour défaut d'intention libérale dans une affaire où le donateur avait récupéré une partie du prix de la cession de titres objet de la donation, sur son compte personnel sans que ce mouvement de fonds puisse se justifier par une convention de prêt.

267. **Reirements jurisprudentiels.** Le spectre de l'insécurité fiscale a resurgi avec un arrêt récent de la cour administrative d'appel de Douai rendu en date du 16 juin 2009. La cour condamne sur le terrain de l'abus de droit une opération de donation avant cession. Rappelons brièvement les faits. Une holding avait reçu en 1997 des actions d'une société opérationnelle. Cette holding devait « regrouper au sein d'une même entité les participations détenues dans cette entreprise par les divers membres de la famille ». Les plus-values d'apport faisaient l'objet d'un report d'imposition. Or, six ans après l'apport, les auteurs de l'apport décident de donner en ligne directe la pleine propriété d'une partie des titres, emportant ainsi un changement de redevable des plus-values.

Ainsi, et par la donation subséquente, le report d'imposition des plus-values s'est transformé en une exonération à concurrence des titres donnés, les titres ayant été cédés ensuite à une autre holding familiale par les donataires.

L'acte de donation contenait les clauses suivantes :

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ CCRAD, avis n°s 2005-8 et 2006-18.

¹⁶⁷ TA Toulouse, 21 mai 2002, n° 97-1328 : RJF 11/2002, n° 1292.

- une interdiction d’aliéner et de nantir absolue ;
 - une obligation à première demande d’apporter les titres à une société familiale ;
 - en cas de vente autorisée par les donataires, une obligation de laisser les sommes en dépôt dans un établissement désigné par les donateurs, jusqu’aux vingt-cinq ans des donataires, à compter de cet âge les donataires n’ayant le droit que de percevoir les fruits du placement.
- Après la donation, les enfants revendirent les parts au profit d’une société détenue par la mère et le père. Parallèlement, la mère réalisa la même opération sur les titres qu’elle n’avait pas initialement donnés. Le produit de la cession des titres des enfants a été porté sur leurs comptes bancaires.

La cour retient la position de l’administration fiscale et l’abus de droit en se basant sur les clauses figurant dans l’acte de donation et la proximité chronologique des opérations.

Les juges se sont fondés, d’une part, sur la concomitance des opérations et, d’autre part, sur leur but exclusivement fiscal. Sur la question de la concomitance, l’argument laisse à désirer quand on sait que l’apport générateur du report est intervenu six ans avant la donation. Les donataires avaient également procédé à la cession des titres cinq semaines après la donation, délai qui aurait pu voir se réaliser de nombreux événements dommageables, ce en quoi l’argument est inopérant. Sur le second moyen, la conception restrictive de la fictivité adoptée tant par le comité que la jurisprudence a conduit la cour de Douai à se déplacer sur le terrain de l’exclusivité fiscale. Or, les justifications apportées quant à la finalité de l’opération réfutent clairement cette analyse. Les actifs avaient été réellement transmis et les parents ne s’étaient pas réapproprié le produit de cession. Les clauses restrictives étaient pour la plupart classiques.

Cet arrêt unanimement dénoncé ne devait pas aveugler le Conseil d’État qui a infirmé l’arrêt d’appel et validé l’opération¹⁶⁸.

268. **Quasi-usufruit.** L’Administration n’a pas suivi l’avis du Comité d’abus de droit dans l’affaire n°2008-06 sus-visée.

La cour administrative d’appel de Lyon¹⁶⁹ retint l’analyse de l’administration fiscale et déclara les donations fictives au motif que « la conclusion d’une convention quasi-usufruit postérieurement à la cession et alors qu’une partie de ce prix, excédant la quote-part correspondant à la valeur de l’usufruit des actions avaient déjà été réglées [au donateur] révélait que (ce dernier) n’avait pas eu l’intention de mettre ses enfants en possession de la nue-propriété soit de ses actions, soit d’autres titres démembrés comme stipulé dans les actes de donation du 28 mars 2003, mais seulement de constituer à leur profit une simple créance de restitution au demeurant non assortie d’une garantie».

Après avoir repris littéralement la motivation de l’arrêt de cour d’appel, le Conseil d’État¹⁷⁰ dans son arrêt du 14 octobre 2015 rejette le pourvoi formé par le contribuable et énonce que : « la Cour a pu déduire de ces faits, qu’elle a souverainement apprécié sans les dénaturer, que l’Administration, à laquelle incombait la charge de la preuve en raison de l’avis défavorable du Comité de l’abus de droit fiscal démontrait que la donation de la nue-propriété des actions aux enfants ne pouvait pas être regardée comme ayant été irrévocablement consentie et qu’en raison du caractère fictif de cette donation, celle-ci ne lui était pas opposable en l’application des dispositions de l’article L64 du Livre des procédures fiscales ».

¹⁶⁸ Conseil d’État du 30 décembre 2011, affaire « Motte-Sauvaige », n°330940

¹⁶⁹ Cour administrative d’appel de Lyon 5^{ème} ch. 7 novembre 2013, droit fiscal 2014 n°17-18287 n°3.

¹⁷⁰ Conseil d’État 14 octobre 2015 n°360-14440 ; Abus de droit résultant d’un quasi-usufruit tardif en matière de donation-cession de titres FR Francis Lefebvre 48/15, 6 p. 9 ; F. Deboissy et G. Wicker Donation avant cession : la conclusion d’une convention de quasi-usufruit signe telle l’abus de droit (suite et pas fin ?), revue de droit fiscal 17/12/2015 comm. 742.

Observation étant ici faite que le Conseil d'État n'énonce pas qu'en soi la constitution d'un quasi-usufruit au profit du donateur réaliserait une réappropriation du prix de cession qui rendrait fictive la donation.

Le Conseil d'État vient de rendre une décision particulièrement rassurante s'agissant d'une cession en quasi usufruit¹⁷¹. Dans cette affaire, l'acte de donation prévoyait une obligation de report du démembrement de propriété sur une partie du prix de cession des titres et un quasi-usufruit pour le solde du prix de cession. Le Conseil d'État rappelle que l'article 601 du Code civil indique que « les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution ». Dès lors, pour le Conseil d'État, il résulte des dispositions du code civil « qu'un acte de donation-partage peut valablement contenir une clause de quasi-usufruit non assortie d'une caution ». L'acte de donation prévoyait expressément que le donateur pouvait disposer des sommes comme un propriétaire sans avoir à demander l'autorisation aux donataires conformément à la convention de quasi usufruit à signer, mais à charge de restitution en fin d'usufruit. Les donataires dispensaient le donateur de fournir une sureté pour garantir la créance de restitution.

Le Conseil d'État juge que le donateur « reste redevable, à l'égard des donataires, d'une créance de restitution d'un montant équivalent. Ainsi, et alors même que cette créance n'est pas assortie d'une sûreté, dont l'article 601 du code civil dispense expressément le donateur sous réserve d'usufruit, M. A... [devait] être regardé comme s'étant effectivement et irrévocablement dessaisi des biens ayant fait l'objet de la donation ». Le Conseil d'État considère que le délai très bref entre la donation et la cession, l'absence de caution, les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété des donataires (l'interdiction d'aliéner ou de nantir les titres donnés pendant la vie des donateurs), l'obligation de réemployer le prix de vente d'une partie desdits titres dans une société civile dont le donateur gérant obtient des pouvoirs étendus, ne suffisent à considérer la donation comme purement fictive.

Le Conseil d'État, dans cette décision, affirme donc que le défaut de caution n'a aucun effet sur la réalité de la donation. La simple existence d'une créance de restitution permet d'écarter l'abus de droit quelles que soient les charges et conditions prévues dans la donation.

¹⁷¹ Conseil d'État 10/02/2017, 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies, n°387960

269. **Prêt.** Dans l'affaire soumise à la censure du Conseil d'État¹⁷² les faits étaient les suivants : Par acte du 17 septembre 2010, M. A a fait donation à sa fille Louison alors âgée de deux ans de 11.410 titres sur les 21.242 qu'il détenait dans la société 2LO et a cédé le reste à son épouse.

Par un « contrat de cession d'actions » signé le 23 septembre 2010 la société LM s'est engagée à acquérir l'intégralité des 11.410 parts détenues par Louison. Par acte réitératif de cessions d'actions du 7 octobre 2010 le prix de cession a été versée à cette date par la société LM à Louison.

L'administration a remis en cause la donation au motif qu'il s'agissait d'une donation fictive, constitutive d'un abus de droit.

La plus-value correspondante a été soumise à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales au titre de l'année 2010.

M. A a contesté ces impositions et les pénalités correspondantes devant le tribunal administratif de Paris qui a rejeté sa demande par un jugement du 3 juin 2015. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement par un arrêt du 28 février 2017 dont M. A demande l'annulation.

M. A. soutenait qu'il avait entendu assurer l'autonomie financière de sa fille et qu'il disposait avec son épouse de la qualité d'administrateur légal de ses biens pendant sa minorité.

Le Conseil d'État vient de rejeter le pourvoi. En effet, il a été relevé que la somme de 256.981,98 € résultant du produit de cession des titres de Louison A a d'abord été créditée sur un compte ouvert à son nom auquel, en sa qualité de représentant légal, M. A avait librement accès.

Ensuite M. A a appréhendé dans les mois qui ont suivi plus de 82 % de cette somme en la portant au crédit de plusieurs comptes rémunérés ouverts conjointement à son nom et à celui de son épouse et que ces comptes n'étaient pas bloqués et étaient à la disposition de leurs titulaires.

Par ailleurs, il a été relevé que les « *contrats de prêt* » signés par M. et Mme A en avril 2011 par lesquels ils s'engageaient à rembourser à leur fille, au plus tard le 27 août 2027, les sommes qu'ils avaient inscrites sur leurs comptes, n'avaient pas été enregistrés et étaient dépourvus de date certaine.

Partant il a été décidé que l'administration apportait la preuve qui lui incombait que le requérant ne s'était pas dépouillé de manière immédiate et irrévocable de son bien.

C – Le remploi dans le cadre d'une société

270. **Schéma.** L'acte de donation peut contenir une clause obligeant le donataire à apporter les fonds provenant de la cession des titres objet de la donation préalable et reportant, le cas échéant, le démembrement par subrogation sur les titres de la nouvelle société. Cette dernière est généralement une société civile offrant de larges pouvoirs juridiques et financiers aux parents donateurs usufruitiers.

Ces clauses doivent sur le principe être rédigées de manière très précautionneuse afin de ne pas dégrader l'intention libérale. Autant que faire se peut, il y a même lieu de les éviter. En effet, l'administration fiscale voit d'un mauvais œil le remploi du produit de la vente dans le cadre d'une société dont les titres sont démembrés et contrôlée par les parents donateurs.

¹⁷² Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies du 5 février 2018, n°409718

1°) Les avis du CCRAD

271. **CCRAD.** Le comité a considéré dans un premier temps que l'abus de droit était caractérisé dans une affaire où les donataires copartageants s'étaient irrévocablement engagés « à signer les statuts de toute société civile, rédigés par l'usufruitier, servant de support au remploi des cessions éventuelles des titres donnés ». L'article 28 des statuts stipulait que « l'ensemble des revenus affectés aux parts sera imposé dans les bénéfices de l'usufruit, peu importe l'origine des bénéfices, y compris les plus-values dégagées »¹⁷³. De plus, le donateur-usufruitier a été nommé en tant que premier gérant de la société.

Le comité a donc eu recours au faisceau d'indices en examinant scrupuleusement les statuts pour reconnaître l'abus de droit.

Dans l'affaire n° 2004-68, le contribuable avait donné les titres d'une société pour partie en nue-propriété et pour partie en pleine propriété. Les titres avaient été cédés deux mois plus tard. L'administration avait considéré qu'il y avait abus de droit en affirmant que le donateur n'avait pas d'intention libérale en raison :

- du remploi du prix de cession dans la souscription au capital de la société civile avec report du démembrement sur les parts de la société ;
- de l'absence totale de vie juridique de la société civile ;
- des conditions et obligations figurant dans l'acte constitutif de ladite société devant être regardées comme restrictives des droits et prérogatives appartenant en principe au nu-propriétaire.

Le comité a rejeté l'argumentation de l'administration. Il a considéré « que le caractère irrévocable de la donation ne saurait être remis en cause par le remploi du produit de cession des actions démembrées dans la souscription du capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées et dans laquelle les donateurs disposent de tous les pouvoirs, l'administration n'établissant pas que ce remploi a été imposé aux donataires majeurs par les donateurs, ni que ces derniers se sont réapproprié les fonds précédemment donnés »¹⁷⁴. En effet, l'administration n'apportait pas la preuve que les donataires étaient obligés de remployer de cette manière, ni que les donateurs s'étaient réapproprié les fonds.

Le comité assouplit ici sa position compte tenu du fait qu'il écarte l'abus de droit, alors que les statuts sont totalement en faveur du donateur-usufruitier. La notion essentielle ici réside dans l'absence d'obligation faite au donataire d'apporter le produit de cession à la société.

272. Dans une autre affaire n° 2005-8¹⁷⁵, le comité a confirmé que l'intention libérale n'est pas affectée lorsque « les donataires se sont engagés à signer les statuts de toute société civile créée par la donatrice et servant de support au remploi des cessions éventuelles des titres ». Il considère ici que l'abus de droit n'est pas fondé, sans même se livrer à une étude des statuts. Dans cette affaire, le contribuable avait donné des titres en partie en pleine propriété et en partie en nue-propriété à ses enfants. Cette donation était accompagnée d'un mandat au profit de la donatrice lui permettant de vendre les titres démembrés et de remployer le prix de cession sur le support de son choix. Les donataires s'étaient engagés en cas de cession des titres d'apporter le prix à une société civile. L'acte de donation comprenait les clauses d'usage de droit de retour, d'interdiction d'aliéner. Les titres avaient été vendus deux mois après la donation et le prix de cession avait été crédité sur un compte joint au nom de l'usufruitier et des nus-propriétaires. Le CCRAD a validé l'intention libérale en affirmant que les différentes clauses et conditions figurant dans l'acte de donation n'avaient pas eu pour effet de rendre celle-ci fictive et n'avaient pas restreint les droits

¹⁷³CCRAD, avis n° 2003-10 : BOI 13 L-2-04, n° 51, 16 mars 2004.

¹⁷⁴CCRAD, avis n° 2004-68 : BOI 13 L-3-06, n° 58, 30 mars 2006.

¹⁷⁵CCRAD, Rapp. 2006 : BOI 13 L-1-07, 3 avr. 2007.

des nus-proprétaires au point de pouvoir voir ici une réappropriation par l'usufruitier des biens donnés.

273. Puis le comité a encore indiqué dans l'affaire n° 2005-21 que l'intention libérale n'était pas dégradée en cas de remploi du produit de cession des actions dans une société dont les parts sont démembrées « et dans laquelle le donateur dispose de pouvoirs restreignant à son profit les prérogatives attachées aux droits des nus-proprétaires »¹⁷⁶. Il reprend la formulation précédente pour estimer que l'abus de droit n'est pas constitué, même si les statuts contiennent des stipulations limitant au profit du donateur-usufruitier les prérogatives attachées aux droits du nu-proprétaire.

274. Toujours dans le même sens, dans une affaire n° 2006-18, le CCRAD n'a pas retenu la position de l'administration alors même que les pouvoirs réservés au profit du donateur-usufruitier sont encore plus étendus. En l'espèce, l'acte de donation faisait interdiction aux enfants de vendre les titres à une autre personne que la société bénéficiaire d'une promesse de vente. Il était stipulé une clause de remploi obligatoire du produit de cession au profit d'une société avec report du démembrement sur les parts sociales et des pouvoirs larges pour le père. Enfin, l'acte prévoyait une convention de quasi-usufruit sur le produit de la vente au profit du père. Selon le CCRAD, les clauses et conditions de la donation ne la rendent pas fictive. La clause de remploi du prix de cession ne remet pas en cause le caractère irrévocable de la donation. Quant à la clause de quasi-usufruit, la succession se trouve redevable d'une créance de restitution au profit des enfants nus-proprétaires. Il n'y a donc pas eu de réappropriation du produit de la donation au profit du donateur. Il s'agit d'une décision particulièrement favorable au redevable. Elle marque la limite à ne pas franchir.

2°) L'apport de la jurisprudence

275. **Jurisprudence.** Le tribunal administratif d'Orléans¹⁷⁷ a écarté l'abus de droit dans une affaire où les parents avaient donné à leurs enfants la pleine propriété de biens immobiliers deux jours avant la cession pour une valeur égale à celle du prix de vente. La totalité du prix de vente avait été apportée par les enfants à une société civile immobilière constituée avec les parents, associés symboliques (0,43 %), pour l'acquisition d'une villa. L'abus de droit a été écarté car il a été considéré que l'intention libérale existait.

D – La pratique professionnelle

276. **Précautions.** La position plutôt tolérante du Comité d'abus de droit fiscal ne doit pas faire oublier les précautions indispensables.

À cet égard, en cas de remploi du produit de cession, des titres objet de la donation en nue-proprété préalable, dans une nouvelle société, celle-ci doit avoir une véritable activité afin d'écartier les critiques de la fictivité (réunion des assemblées générales, établissement des comptes annuels, etc.).

En outre, les statuts contiendront un exposé destiné notamment à prouver l'origine complète des deniers apportés et reporteront, le cas échéant sur les titres sociaux, les restrictions et charges stipulées dans la donation d'origine.

Au surplus, il est nécessaire de ne pas attribuer dans les statuts tous les pouvoirs politiques et financiers à l'usufruitier. C'est la répartition des prérogatives décisionnelles et financières entre

¹⁷⁶CCRAD, avis n° 2005-21 : BOI 13 L-1-07, n° 49, 3 avr. 2007.

¹⁷⁷TA Orléans, 24 sept. 2002, n° 99-2109 : RJF 04/2003, n° 472.

nu-propritaire donataire et usufruitier-donateur qui permet d'apprécier le sort du produit de cession et la qualité de l'intention libérale. Il y a lieu d'octroyer au nu-propritaire les prérogatives lui revenant de droit.

277. **Apport en compte courant d'associé.** Est-ce que l'administration fiscale peut remettre en cause au titre de l'abus de droit un apport en compte courant réalisé par le donataire au moyen des fonds provenant de la cession des titres objet de la donation ?

Si la donation ne contient pas d'obligation d'emploi, c'est que le donataire a agi en totale liberté. La critique de l'altération de l'intention libérale est donc malaisée. Elle l'est d'autant plus que la nature même du compte courant d'associé suffit à démontrer que le donataire n'est pas dépossédé du bénéfice de la donation, en tant que titulaire d'une créance sur les fonds laissés à la disposition de la société quand bien même serait-elle contrôlée par les parents donateurs.

E – Réinvestissement dans un support de capitalisation

278. **Schéma.** L'acte de donation stipule que le droit d'usufruit est reporté sur le prix de cession. Suite à la cession, le produit de la vente est réinvesti dans un contrat de capitalisation.

279. **CCRAD.** Le comité avait dans un premier temps considéré que ce montage devait être sanctionné au titre de l'abus de droit¹⁷⁸. Dans ce cas de figure, en effet, le comité avait estimé que « le remploi du prix de cession en faveur exclusive des parents donateurs par la souscription de contrats d'assurance démembres que seul l'usufruitier pouvait racheter à hauteur des fruits, est économiquement assimilable à un prêt sans intérêts et à terme des enfants aux parents ».

280. Puis, le comité a considéré dans l'affaire n° 2004-40 que si les conditions générales des contrats de capitalisation ne remettent pas en cause le dessaisissement du donateur, la donation participe d'une réelle intention libérale¹⁷⁹. Dans cette affaire, le contribuable avait donné à ses trois enfants la nue-proprété de titres de sa société anonyme. Deux jours après, les enfants avaient cédé la nue-proprété des titres en même temps que le père avait cédé l'usufruit. Le prix de cession avait été déposé ensuite sur trois comptes démembres. Deux mois plus tard, trois contrats de capitalisation en démembrement de propriété avaient été souscrits. Une convention familiale entre l'usufruitier et les nus-proprétaires prévoyait :

- que l'usufruitier avait la faculté de choisir seul les supports de gestion financière ;
- l'interdiction aux nus-proprétaires du rachat total ou partiel sans autorisation de l'usufruitier ;
- le droit pour l'usufruitier de procéder seul au rachat de l'excédent du placement par rapport au montant net investi avec un minimum de 7 % par an de ce montant.

Le CCRAD a considéré que la donation était antérieure à la cession et l'intention libérale du donateur était incontestable. L'administration ne pouvait donc mettre en œuvre la procédure d'abus de droit.

281. L'avis n° 2006-11 du CCRAD apporte des éléments de réflexion supplémentaires. En l'espèce, il s'agissait d'une donation réalisée par les parents à leurs enfants des titres d'une société immobilière et des valeurs mobilières. L'acte comprenait une clause de remploi stipulant qu'en cas de cession simultanée de l'usufruit et de la nue-proprété des titres, le droit d'usufruit des donateurs se reporterait sur le prix de vente, les biens acquis en remploi du prix seraient grevés de l'usufruit des donateurs et que les donateurs auraient la liberté de procéder à

¹⁷⁸CCRAD, avis nos 94-17, 94-18 et 2002-19.

¹⁷⁹CCRAD, avis n° 2004-40.

tout emploi en toute discrétion. Les parties avaient cédé tous les titres et avaient réalisé la clause de rachat prévue dans l'acte de donation pour investir les sommes dans des contrats de capitalisation. Les parties avaient fixé les conditions dans lesquelles les donateurs usufruitiers pouvaient procéder au rachat des contrats de capitalisation consistant dans le versement anticipé de l'épargne constituée au titre desdits contrats de capitalisation.

L'administration considérait que ces différentes clauses de rachat et de rachat permettaient aux donateurs usufruitiers de disposer des fonds réinvestis et de réapproprier les produits de cessions des biens qu'ils avaient pourtant donnés.

Le CCRAD a confirmé la réalité de l'intention libérale qui n'est pas anéantie du fait des clauses de rachat et de rachat. Il indique également, et c'est là que réside tout l'intérêt de cet avis, que s'agissant des titres de la société à prépondérance immobilière, la plus-value de cession relève du régime des plus-values immobilières. L'impôt sur la plus-value qui aurait été dû si la donation n'avait pas été réalisée, aurait été moins important que le montant des droits effectivement dus avec la donation. Cette réflexion semble intéressante dans la mesure où, si l'on tire toutes les conséquences d'un tel raisonnement, on arrive au postulat qu'il suffise que le montant des droits de donation payés soit plus élevé que l'impôt sur la plus-value qui aurait été dû en l'absence de donation pour éviter l'application de la théorie d'abus de droit. Un tel raisonnement peut sembler erroné dans la mesure où il faudrait, pour apprécier l'intérêt fiscal de la donation, comparer le montant des droits de donation à l'impôt sur les plus-values majoré du coût de la transmission ultérieure par donation ou succession.

Ensuite, le comité a précisé que « si la convention de rachat autorisait le rachat partiel ou total des contrats de capitalisation par les donateurs usufruitiers, ces derniers restaient, aux termes de ladite convention, redevables d'une créance de restitution de même montant à l'égard des nus-propriétaires donataires ». Il indique que « les clauses de rachat et de rachat n'ont pas restreint les droits des nus-propriétaires au point d'aboutir à une réappropriation par l'usufruitier des biens précédemment transmis et que cette donation participe donc d'une réelle intention libérale »¹⁸⁰.

Le comité a enfin confirmé sa position en considérant 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-propriétaires donataires »¹⁸¹.

L'analyse du comité doit être complétée. En effet, si le donateur-usufruitier procède à un rachat partiel portant sur l'accroissement de la valeur du contrat, il ne fait que percevoir les fruits provenant du bien démembré. Cette situation n'a pas vocation à créer un quasi-usufruit.

282. **Jurisprudence.** Dans l'affaire *Bellemare*¹⁸², les donateurs-usufruitiers avaient conservé de larges pouvoirs. Postérieurement à la donation de la nue-propriété des titres, les donateurs et donataires ont cédé conjointement leur usufruit et leur nue-propriété. Le prix de la cession a été réemployé avec maintien du démembrement dans des contrats de capitalisation. La convention conclue entre l'usufruitier et le nu-propriétaire autorisait l'usufruitier à percevoir la fraction capitalisée du produit de capitalisation. Le tribunal administratif a considéré que le donateur était effectivement dessaisi compte tenu de l'encadrement des possibilités de rachat partiel des contrats pour le donateur-usufruitier. La position de l'administration fiscale a été rejetée et l'abus de droit écarté.

¹⁸⁰ CCRAD, avis n° 2006-11.

¹⁸¹ CCRAD, avis n° 2006-18.

¹⁸² TA Versailles, 20 nov. 2007, n° 06-3231 : RJF 11/2008, n° 1231.

§ 4 - Mandat

283. **Mandat.** L'opération de donation avant cession peut s'accompagner de la conclusion d'un mandat. C'est-à-dire, aux termes de l'article 1984 du Code civil, un contrat de représentation par lequel le mandant (donataire) donne au mandataire (donateur) le pouvoir d'effectuer un acte juridique en son nom et pour son compte.

Le donataire donne mandat au donateur soit pour procéder à la vente, soit pour gérer le produit de cession.

Encore faut-il remédier en des termes non équivoques à l'inconvénient majeur du mandat pour le donateur, savoir : sa révocabilité.

Ces mandants altèrent-ils l'intention libérale et génèrent-ils une situation d'abus de droit ?

284. **CCRAD.** Dans l'avis n° 2003-10¹⁸³, l'acte de donation comporte un mandat exprès et irrévocable au profit du donateur-usufrUITIER à l'effet de remployer, en cas de cession des valeurs mobilières objet de la donation, le produit de la cession sur un support ou un actif financier de son choix, dans les mêmes proportions des attributions en nue-propriété et usufruit. Le comité, même s'il a reconnu dans cette affaire l'existence de l'abus de droit, n'a pas sanctionné expressément au titre du mandat.

285. Dans l'avis n° 2005-10¹⁸⁴, la donatrice est investie d'un mandat lui permettant de vendre les titres démembrés et de remployer le prix de cession sur tout support de son choix. Le comité a considéré que les différentes clauses et conditions assortissant l'acte de donation n'ont pour effet ni de rendre celle-ci fictive, ni de restreindre les droits des nus-propriétaires aboutissant à la réappropriation des biens précédemment donnés.

Le mandant n'est donc pas un élément de nature à lui seul à altérer l'intention libérale et justifier la réappropriation. Toutefois, il participe, avec d'autres, au faisceau d'indices.

Chapitre III – La nécessaire structuration pré-transmissive de la gestion de fortune

286. **Plan.** En gestion de fortune, le conseil Notarial ne doit pas s'arrêter à la simple rédaction de l'avant-contrat et de l'acte de vente des biens immobiliers. Il a une épaisseur de trait bien supérieure qui conduit à aller au-delà, afin d'intégrer l'immeuble dans un schéma de détention juridique, fiscal, comptable et financier. Mieux encore, en même temps que se dessine cette intégration dans le patrimoine il faut commencer à construire la transmission patrimoniale. L'importance des patrimoines en gestion de fortune nécessite que la structuration d'acquisition et de détention des immeubles soit associée à celle de la planification successorale. La transmission du patrimoine se construit au même moment que le patrimoine s'amplifie au moyen d'acquisitions nouvelles.

Il convient d'abord de déterminer les avantages et inconvénients des structurations dans un schéma à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés (section I). Ensuite il appartient au Notaire de présenter les différents montages qui peuvent se présenter pour la détention de l'immobilier. Les principales solutions sont les montages en location meublée (section II), en location équipée (section III) et en démembrement (section IV).

¹⁸³CCRAD, avis n° 2003-10 : BOI 13 L-2-04, n° 51, 16 mars 2004.

¹⁸⁴CCRAD, avis n° 2005-10 : BOI 13 L-1-07, n° 49, 3 avr. 2007.

Section I - Les opportunités de choix de la détention au regard de la propriété

287. **Schémas de détention.** L'acquisition de l'immeuble peut être réalisée selon plusieurs schémas :

- en direct par des personnes physiques dans le patrimoine privé ;
- en direct par l'entrepreneur individuel qui inscrit l'immeuble au bilan de l'entreprise (en présence d'immobiliers professionnels) ;
- en direct par la société d'exploitation (en présence d'immobiliers professionnels) ;
- par une société translucide elle-même détenue par des personnes physiques ;
- par une société translucide détenue par une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés ;
- par une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés ;
- en démembrement de propriété : les personnes physiques ou la société translucide achètent la nue-propriété et une société soumise à l'impôt sur les sociétés acquiert l'usufruit temporaire ;
- par l'intermédiation d'un bail emphytéotique aux termes duquel le preneur serait la société utilisatrice ou la société holding ;
- par une société civile immobilière avec des parts de catégories réparties entre une société patrimoniale et une société utilisatrice ou holding ;
- par la structuration de nouveaux droits réels¹⁸⁵ détenus par une société patrimoniale et une société utilisatrice ou holding ;
- au moyen d'un crédit-bail immobilier.

Pour la détention de l'immobilier professionnel ou patrimonial, les choix du dirigeant ou de l'investisseur sont effectués au regard de critères économiques, juridiques, patrimoniaux et fiscaux¹⁸⁶.

La détention de l'immeuble professionnel ou patrimonial n'est soumise à aucune obligation en la matière, ce qui représente une opportunité évidente pour l'investisseur et ses conseils qui ont multiplié les stratégies ces dernières années. Toutefois, force est de constater que certains montages n'apparaissent pas toujours valables et/ou opportuns eu égard aux évolutions jurisprudentielles et législatives.

Le choix du véhicule de détention de l'immobilier d'entreprise ou patrimonial a des conséquences fiscales importantes pendant tous les cycles de la vie de l'immeuble. Des choix d'optimisations fiscales doivent être réalisés au moment de l'acquisition (déduction ou non des frais d'acquisitions) puis lors de la phase de détention (impôt sur les sociétés ou impôt sur le revenu) et enfin lors de la phase de cession (impôts de plus-values).

Les analyses des avantages et les inconvénients de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés compliquent les prises de décisions de l'investisseur.

En outre, le support de la détention de l'immeuble et les choix fiscaux en résultant seront des éléments importants de la rentabilité de l'investissement.

Dans le cadre d'un investissement immobilier professionnel, il faut résoudre la question triviale du maintien de l'immeuble dans la sphère privée du patrimoine (§1) ou au contraire de son enracinement dans l'activité professionnelle (§2). Sachant que pour les patrimoines les plus importants s'ajoute la question de la structuration à travers des groupes de sociétés familiales ou professionnelles (§3).

¹⁸⁵Cass. 3^e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304 : *JurisData* n° 2012-024285 ; *JCP N* 2012, n° 12, 262, note F.-X. Testu.

¹⁸⁶G. Baffoy, *Modes de détention de l'immobilier d'entreprise* : *RFN* mai 2009, n° 5, étude 7.

§ 1 – L'immeuble maintenu dans le patrimoine privé

A – Aspects juridiques

288. **Détention en direct ou par une SCI.** Le chef d'entreprise peut inscrire l'immeuble d'exploitation à l'actif de l'entreprise, mais également maintenir celui-ci dans son patrimoine privé.

L'acquisition peut être réalisée directement par le chef d'entreprise ou par l'intermédiaire d'une société civile immobilière dont il détiendra tout ou partie du capital social.

La société civile immobilière évite également les difficultés liées à l'indivision. Elle permet de dissocier l'avoir et le pouvoir (vote plural, répartition inégalitaire des bénéfices, clause d'agrément, règle particulière de la révocation de la gérance).

Elle facilite la gestion du bien, notamment en cas de présence de mineurs ou d'incapables majeurs.

289. **Les avantages économiques de la location.** L'avantage principal porte sur la mise en place du contrat de location conclu entre la société civile immobilière, propriétaire du bien, et l'entreprise. En effet, celui-ci procure au chef d'entreprise un loyer au titre de la jouissance accordée à la société d'exploitation, ce qui va indéniablement permettre d'améliorer ses revenus même si ces sommes seront fortement imposées à l'impôt sur le revenu au titre des revenus fonciers.

290. **Avantages juridiques.** Au regard des avantages de la dissociation de l'immobilier professionnel des autres actifs d'exploitation, la détention de l'immeuble professionnel dans le patrimoine privé doit être préconisée¹⁸⁷.

La détention de l'immobilier dans le patrimoine privé en direct ou par le biais d'une société civile immobilière soustrait l'immeuble des aléas sociaux.

Il faudra veiller à ce que le loyer corresponde à la valeur locative de l'immeuble. À défaut, le risque d'acte anormal de gestion est encouru au niveau fiscal alors qu'au niveau juridique, l'extension de la procédure collective à la société civile est à redouter au titre d'une confusion de patrimoine.

La transmission à titre gratuit ou à titre onéreux s'en trouve facilitée. En effet, la transmission à titre gratuit est aisément réalisable grâce à la composition facilitée de plusieurs lots.

La valeur de l'entreprise est diminuée du poids de l'immobilier. Ce délestage autorise alors un endettement plus raisonnable pour le cessionnaire.

Surtout, la dissociation des actifs professionnels de l'immobilier d'entreprise permet la constitution d'un véritable patrimoine privé pour le chef d'entreprise. Cet immobilier sera en son temps, après le remboursement des dettes, une source de revenus qui sera certainement la bienvenue à l'heure de la retraite.

Enfin, la détention de l'immeuble professionnel en dehors de la sphère sociale opérationnelle, facilitera les opérations à caractère patrimonial à l'intérieur du noyau familial ou même dans le couple. Les reparamétrages nécessaires à la bonne adaptation des balanciers fiscaux seront plus faciles à mettre en œuvre.

¹⁸⁷B. Casteran, *L'externalisation de l'immobilier d'exploitation : benchmarking stratégique et fiscal* : CDE mai 2008, n° 3, 31.

291. **Inconvénients juridiques.** Cette détention privée est toutefois plus compliquée en termes de gestion. La société d'exploitation se trouve titulaire d'un simple bail et donc moins sécurisée au niveau juridique. En cas d'actionnariat différent entre les deux structures, des tensions peuvent jaillir.

B – Aspects fiscaux et économiques

292. **Phase de détention.** Pendant la phase de détention, le chef d'entreprise ou l'associé de la société civile immobilière (n'ayant pas opté à l'impôt sur les sociétés) est imposable au titre des revenus fonciers s'il s'agit d'une location nue.

Les frais d'acquisition ne sont pas déductibles lorsque l'immobilier est conservé dans le patrimoine privé du chef d'entreprise.

Les intérêts contractés pour l'acquisition, la construction, la conservation, la réparation ou l'amélioration des immeubles, les frais d'emprunt, les frais de gestion, les primes d'assurances et certains impôts, les dépenses de réparation et d'entretien, certaines dépenses d'améliorations et certaines taxes sont déductibles des revenus fonciers lorsque l'immeuble est détenu dans le patrimoine privé.

En revanche, la détention du bien immobilier dans le patrimoine privé relevant du régime des revenus fonciers ne permet pas l'amortissement fiscal.

L'imposition des revenus fonciers taxable peut atteindre la tranche marginale d'imposition de 45 %, majoré des prélèvements sociaux de 17,20 % outre la contribution exceptionnelle des hauts revenus de 4%.

293. **Phase de cession.** En revanche, lors de la cession le propriétaire bénéficie du régime relativement avantageux des plus-values applicables aux particuliers.

En effet, le chef d'entreprise bénéficie alors du régime très attractif des plus-values immobilières de l'article 150 U du Code général des impôts. Il peut bénéficier d'une exonération progressive par année de détention à l'issue de la cinquième année et totale au terme des trente ans de détention.

La plus-value qui est constatée est taxée à l'impôt sur le revenu au taux forfaitaire de 19 % auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux dont le taux est de 17,2 %, soit un taux global de 36,2 %.

294. **Contraintes économiques.** Les charges déductibles étant limitées dans le régime des revenus fonciers, le taux d'imposition très élevé, la détention privée de l'immobilier professionnel peut constituer une véritable punition fiscale et financière. La rentabilité de l'investissement peut être fortement obérée.

L'effort de trésorerie de la part du chef d'entreprise peut s'avérer important dans le cadre d'une acquisition en direct par des personnes physiques ou par une société civile immobilière translucide.

En fonction du taux de rentabilité de l'immeuble, certaines opérations ne peuvent être réalisées selon ce schéma de structuration en raison de l'insuffisance des revenus, des fonds propres, de la capacité d'épargne du dirigeant par rapport à l'ensemble des charges immobilières, financières et fiscales.

Pendant la phase de détention, le choix du régime fiscal de l'impôt sur les sociétés est généralement préférable pour les personnes fiscalisées à la tranche marginale d'imposition de l'impôt sur le revenu.

§ 2 – L'immeuble inscrit à l'actif du bilan

295. Plan. Le placement de l'immobilier dans le cadre professionnel présente des avantages fiscaux qui sont contrebalancés par autant d'inconvénients (A). Avant d'arrêter son choix, il faut savoir maîtriser les particularités relatives à la mise au bilan de l'immeuble (B).

A – Avantages juridiques et fiscaux

296. Plan. L'inscription de l'immeuble au bilan est une opportunité de choix tant au niveau juridique (1°) que fiscal (2°).

1°) Les aspects juridiques

297. Avantages administratifs et économiques. La détention de l'immobilier d'entreprise par la société d'exploitation ou son inscription au bilan de l'entrepreneur individuel simplifie la gestion administrative, comptable, juridique et fiscale de l'immeuble. Dans ce cas de figure, aucun bail commercial n'est en effet nécessaire et les locaux sont intégrés au sein de la structure commerciale.

En outre, la détention de l'immobilier d'entreprise par la société d'exploitation ou l'entrepreneur individuel améliore la trésorerie de la société et sa capacité d'autofinancement. Les partenaires financiers sont souvent sécurisés par la bonne santé de l'entreprise et ses réserves de telle sorte que le recours au crédit s'en trouve facilité.

298. Inconvénients. En revanche, la détention en direct rend plus difficile la transmission à titre gratuit ou onéreux de la société d'exploitation. En effet, au niveau de la transmission à titre onéreux, le coût de la transmission est plus important et l'endettement plus lourd pour le repreneur.

En ce qui concerne la transmission à titre gratuit, la composition des lots est rendue délicate compte tenu de la présence d'une seule structure.

Au surplus, l'immobilier d'entreprise se trouve soumis aux aléas sociaux. En effet, la constatation de l'état de cessation de paiement et la mise en redressement ou liquidation judiciaire porteront sur l'ensemble de l'actif immobilisé, en ce compris l'immobilier d'exploitation.

2°) Les intérêts de l'impôt sur les sociétés

299. Avantages. L'inscription de l'immeuble affecté à l'exploitation à l'actif du bilan implique des avantages évidents en période de détention. En effet, celle-ci permet la déduction des frais financiers, de la taxe foncière, des dépenses de réparation, mais aussi des frais d'acquisitions (droits de mutation et honoraires de notaire), ce qui n'est pas admis lorsque l'immeuble est maintenu dans le patrimoine du chef d'entreprise ou détenu au travers d'une société civile immobilière (sauf option à l'impôt sur les sociétés).

De plus, l'immeuble enregistré en tant qu'immobilisation fait l'objet d'une dotation aux amortissements, déductible au titre de chacun des exercices.

En outre, le résultat des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés est soumis à un taux d'imposition de 15 % jusqu'à 38 120 €, 28% pour les bénéficiaires inférieurs à 500.000 € et de 33,33 % au-delà, ce qui est largement inférieur au taux marginal d'imposition de l'impôt sur le revenu de 45 %, majoré en outre de 17,2 % au titre des prélèvements sociaux (CSG, CRDS, etc.).

L'inscription de l'immobilier d'entreprise à l'actif du bilan peut permettre au chef d'entreprise de bénéficier de l'abattement de 75 % de la base taxable au titre des droits de mutation à titre gratuit en présence d'engagements collectifs de conservation de titres prévus par l'article 787 B du Code général des impôts pour les sociétés et par l'article 787 C pour les entreprises individuelles.

Au niveau de l'impôt sur la fortune immobilier, il résulte de l'article 885 N du Code général des impôts que les biens professionnels sont expressément exclus de l'assiette taxable dès lors qu'il existe un lien de causalité avec l'exploitation de l'entreprise et qu'ils sont effectivement utilisés pour les besoins de l'exploitation.

300. **Inconvénients.** En phase de cession, la plus-value sera taxée au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés (éventuellement au taux de 15 % dans la limite de 38 120 €, 28% pour les bénéfices inférieurs à 500.000 € et à 33,33 % au-delà), quelle que soit la durée de détention du bien cédé.

L'assiette est large puisqu'elle est constituée par la différence entre le prix de cession du bien et sa valeur nette comptable. Ce mode de calcul revient à taxer non seulement la plus-value économique, mais aussi la totalité des amortissements pratiqués depuis l'acquisition de l'immeuble.

301. **Mise à disposition privative du chef d'entreprise.** Si une partie des biens immobiliers de l'entreprise est mise à la disposition privative du chef d'entreprise ou à des associés de la société d'exploitation, la valeur de cet avantage est prise en compte dans la détermination du résultat fiscal. Elle correspond soit à la valeur locative des biens en cause, soit à celle des charges comptabilisées concernant l'usage privatif¹⁸⁸.

B – Les particularités de la détention dans le patrimoine privé de l'entrepreneur individuel

302. **Principe de libre affectation comptable.** En droit fiscal, le patrimoine professionnel du chef d'entreprise est distinct de son patrimoine privé. Le chef d'entreprise est libre d'inscrire ou non le bien immobilier à l'actif de son bilan des éléments qui ne sont pas affectés à l'exploitation ou des éléments qui y sont affectés. Cette inscription constitue en principe une décision de gestion opposable à l'administration fiscale¹⁸⁹.

Si l'élément est inscrit à l'actif du bilan, il constitue une composante de l'actif professionnel relevant de la fiscalité des entreprises. À l'inverse, il relève de la fiscalité des particuliers en tant que composante du patrimoine privé et ce quelle que soit son affectation.

1°) Maintien de l'immeuble dans le patrimoine privé

a) La détention par une société civile immobilière

303. **Avantages.** La détention de l'immeuble professionnel par la société civile immobilière fait partie des solutions traditionnelles. Les avantages sont pour l'essentiel ceux que nous avons déjà exposés plus haut.

En ce qui concerne l'économie générale du schéma, les loyers sont déductibles du résultat de l'entreprise, ce qui permet un gain sur les cotisations sociales qui sont calculées sur le bénéfice fiscal.

¹⁸⁸CE, 14 oct. 1998 : Dr. fisc. 1989, n° 9, comm. 371.

¹⁸⁹CE, 12 févr. 1992 : RJF 1992, p. 288, n° 431.

Parallèlement, l'entrepreneur propriétaire des parts de la société civile immobilière est imposé au titre des revenus fonciers.

Lors de sa cessation d'activité, il dispose d'un actif immobilier non taxé car il fait déjà partie de son patrimoine privé. Il peut le louer ou le céder et il bénéficie ainsi d'un complément de retraite.

b) Le maintien dans le patrimoine privé

✓ *Loyer virtuel*

304. **BIC.** Le chef d'entreprise est autorisé à déduire des résultats l'ensemble des dépenses à caractère locatif (frais de réparation...), toutefois, il n'était absolument pas autorisé initialement à imputer les frais afférents à la propriété de l'immeuble, ce qui représentait un inconvénient largement pénalisant.

Mais la jurisprudence a constitué la théorie du bail fiscal. Cette théorie résulte de l'arrêt *Meissonnier* du Conseil d'État, du 8 juillet 1998¹⁹⁰, lequel a admis la possibilité pour le contribuable conservant l'immeuble dans son patrimoine privé sans l'inscrire au bilan de son actif professionnel, de déduire des résultats imposables de l'entreprise la valeur du loyer normal de l'immeuble, lorsqu'il relève du régime des bénéficiaires industriels et commerciaux ou des bénéficiaires agricoles. Il doit corrélativement supporter l'imposition des mêmes sommes au titre des revenus fonciers, sous déduction des charges supportées (intérêts d'emprunts, taxe foncière, réparation, etc.).

Les avantages sont alors les mêmes qu'avec une société civile immobilière donnant à bail à l'entrepreneur. Toutefois, ce dernier échappe aux contraintes de la constitution et de la gestion de la société.

305. **BNC.** Au niveau des bénéficiaires non commerciaux, le Conseil d'État¹⁹¹ a confirmé la possibilité pour les contribuables de déduire de leur revenu professionnel le montant correspondant au loyer normal de l'immeuble maintenu dans le patrimoine privé. Au moyen d'une réponse ministérielle¹⁹², l'administration fiscale s'est alignée sur ces deux arrêts et elle est donc revenue sur sa position antérieure, sous réserve d'un décaissement effectif, ce qui nécessite l'ouverture d'un compte professionnel séparé et la réalisation effective de virement entre ce compte et le compte personnel de l'exploitant.

✓ *Travaux sur un immeuble non inscrit*

306. **Travaux réalisés sur un immeuble non inscrit à l'actif.** Lorsqu'un exploitant individuel exerçant une activité à caractère industriel et commercial procède à des travaux d'aménagement d'un immeuble qu'il n'a pas inscrit à l'actif du bilan de son entreprise, il peut inscrire ces travaux à l'actif de son bilan et les amortir dès lors que les travaux en question ont le caractère d'immobilisations dissociables de l'immeuble. Ont été jugés indissociables de l'immeuble les travaux de réfection de la toiture et de la charpente ainsi que les travaux de maçonnerie et de terrassement.

Toutefois, les travaux indissociables de l'immeuble pourraient néanmoins figurer au bilan et être amortis si l'immeuble était affecté par nature à l'exploitation, et ce même en l'absence d'inscription expresse au bilan. Or, dans un arrêt récent du Conseil d'État, l'immeuble existait

¹⁹⁰CE, 8 juill. 1998 : *Dr. fisc.* 1998, n° 42, *comm.* 896, *concl.* G. Bachelier ; *RJF* 8-9/1998, n° 903.

¹⁹¹Deux arrêts : CE, 11 avr. 2008, 10^e et 9^e ss-sect., n° 287808, *Min. c/ Roche* : *JurisData* n° 2008-081316 et CE, 11 avr. 2008, 10^e et 9^e ss-sect., n° 300302, *Huynh Kinh*.

¹⁹²Rép. min. Éco. n° 17112 à J.-M. Lefranc : *JOAN* Q 23 oct. 2008, p. 8208.

indépendamment de l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle il était utilisé et ne présentait donc pas le caractère d'un bien affecté par nature à l'exploitation¹⁹³.

2°) Inscription de l'immeuble à l'actif du bilan

307. **Phase de détention.** L'entreprise peut être directement propriétaire du bien immobilier affecté à son activité.

À cet égard, la jouissance du bien ne peut naturellement donner lieu à la souscription d'un contrat de location et le chef d'entreprise ne peut se voir attribuer des loyers, imposables dans la catégorie des revenus fonciers, au titre de cette détention. Il n'y a pas non plus d'imposition au titre d'un loyer virtuel.

En ce qui concerne les immeubles non affectés à l'exploitation, rien n'empêche leur inscription à l'actif du bilan de l'entreprise. Cette option est avantageuse pendant la phase de détention, en particulier si les charges sont élevées. En revanche, la sortie des immeubles non affectés à l'exploitation se fait avec un coût fiscal pénalisant.

Sont alors déductibles, tant pour les immeubles d'exploitation que pour les autres, les frais financiers, la taxe foncière, les dépenses de réparation ainsi que des frais non déductibles dans le schéma de détention dans le patrimoine privé, savoir : les frais d'acquisition et les amortissements.

308. **Phase de cession.** Lorsque l'immeuble est inscrit au bilan de l'entrepreneur individuel, la plus-value sera taxée à court terme au taux progressif de l'impôt sur le revenu ou à long terme.

L'entrepreneur pourra néanmoins bénéficier de régimes avantageux :

- il pourra tout d'abord invoquer le régime d'exonération des plus-values réalisées par les petites entreprises. Cette exonération s'applique aux immeubles d'exploitation comme aux immeubles non affectés à l'exploitation ;
- à défaut d'exonération totale, il peut bénéficier le cas échéant du régime spécial des plus-values à long terme de l'article 151 *septies* B du Code général des impôts. Les immeubles non affectés à l'exploitation sont expressément exclus de ce régime de faveur.

Les immeubles, quelle que soit leur affectation, sont exclus :

- du régime applicable aux entreprises dont la valeur n'excède pas 500 000 € (CGI, art. 238 *quindecies*) ;
- du régime applicable aux dirigeants des petites et moyennes entreprises partant à la retraite (CGI, art. 151 *septies* A).

Les immeubles non affectés à l'exploitation ne bénéficient pas du traitement dérogatoire des plus-values dégagées lors de la mise en société d'une entreprise individuelle (CGI, art. 151 *octies*).

Les avantages de l'inscription de l'immeuble au bilan s'avèrent moins efficaces en phase de cession s'il apparaît que l'immeuble est d'une valeur importante.

¹⁹³CE, 5 mai 2010, n° 316677.

§ 3 – Détention à travers un schéma « Groupe »

309. Plan. Dans le domaine de la gestion de fortune les investissements immobiliers professionnels ou patrimoniaux sont réalisés au moyen de schémas plus ou moins complexes, avec des structures de groupes de sociétés.

Sur le plan fiscal l'animation est faite soit avec l'aide des sociétés mère et filles soumises à l'impôt sur les sociétés (A), soit au moyen d'une société mère à l'impôt sur les sociétés et des sociétés filles translucides (B).

A – Acquisition par une holding soumise à l'impôt sur les sociétés

310. **Plan.** Nous étudierons successivement les aspects juridiques (1°) puis fiscaux (2°).

1°) Aspects juridiques

311. **Avantages juridiques.** L'immobilier peut être détenu par une société holding à l'impôt sur les sociétés ou par une filiale immobilière.

Ces modalités de détention permettent de dissocier l'immobilier des structures opérationnelles. Elles facilitent l'analyse des résultats d'exploitation, la cession à titre onéreux et la transmission à titre gratuit au profit des enfants.

312. **Avantages économiques.** La moindre pression fiscale et l'amortissement améliorent la capacité d'autofinancement de l'opération.

Les besoins en apports financiers extérieurs sont donc réduits.

2°) Aspects fiscaux

313. **Plan.** Les impacts fiscaux sont diamétralement opposés entre la phase de détention (a) et celle de la cession (b).

a) Pendant la phase de détention et sans distribution

314. **Avantages.** La détention de l'immeuble professionnel par une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés ou par une filiale immobilière est très favorable pendant la phase de détention alors qu'elle est au contraire pénalisante en phase de cession ou en cas de distribution du résultat de la société.

Pendant la phase de détention, les charges déductibles sont plus larges ainsi qu'il a été dit ci-dessus. La totalité des charges relatives à l'acquisition de l'immeuble et à la mise en location sont en principe déductibles.

Les dépenses immobilisées font l'objet d'un amortissement permettant ainsi une déduction étalée dans le temps.

Le taux d'imposition est plus faible que celui en cas de détention en direct ou par une société civile translucide (éventuellement au taux de 15 % dans la limite de 38 120 €, 28% pour les bénéficiaires inférieurs à 500.000 € et à 33,33 % au-delà).

Les loyers facturés par la société holding aux filiales utilisatrices génèrent un résultat permettant l'imputation des intérêts financiers provenant de l'acquisition des titres d'une filiale non intégrée fiscalement.

b) Lors de la cession et de la distribution

315. **Inconvénients lors de la cession.** La cession du bien immobilier par la société holding qui entraîne une plus-value est soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions et au taux de droit commun.

316. **Inconvénients lors de la distribution.** Le résultat net imputé de l'impôt sur les sociétés supporte une seconde fois l'impôt entre les mains des associés lors de la distribution. L'origine du résultat importe peu. Il peut provenir du résultat d'exploitation ou du résultat exceptionnel (vente du bien immobilier).

Les associés seront frappés par le prélèvement forfaitaire unique (« flat tax ») de 30% qui se décompose de la manière suivante :

- 17,2% de prélèvement sociaux ;
- 12,8% d'impôt sur le revenu.

B – Acquisition par une société translucide détenue par une société soumise à l'impôt sur les sociétés

317. **Aspects juridiques.** L'immeuble professionnel est ici détenu par une société soumise au régime fiscal des sociétés de personnes non soumises à l'impôt sur les sociétés dont les parts sont détenues par une société soumise de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés.

Au niveau des avantages juridiques on retrouve les mêmes arguments que ceux exposés ci-dessus.

318. **Aspects financiers.** La détention de l'immeuble professionnel par une société translucide détenue par une société soumise à l'impôt sur les sociétés améliore la capacité d'autofinancement au même titre que la détention par une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés.

Elle présente toutefois deux avantages supplémentaires. Elle facilite d'une part la cession du bien à terme, et d'autre part l'entrée progressive d'associés personnes physiques dans le capital de la société civile immobilière en fonction de leurs facultés financières. Ainsi, lors de la cession de l'immeuble, la société civile immobilière pourra être détenue pour une part significative par des associés personnes physiques qui seront alors taxés dans les conditions favorables des plus-values immobilières des particuliers.

319. **Aspects fiscaux.** La société civile immobilière translucide va être imposée selon les règles de l'impôt sur les sociétés conformément à l'article 238 *bis* K-I, alinéa 1 du Code général des impôts.

Les avantages sont là encore les mêmes que ceux développés plus haut, savoir : déduction large des charges, amortissement, taux limité.

L'interposition d'une société translucide offre toutefois deux avantages complémentaires :

- un assujetti à l'impôt sur le revenu pourra être intéressé par l'acquisition des titres sociaux car l'amortissement pratiqué lors de l'application de l'article 238 *bis* K-I, alinéa 1, du Code général des impôts est sans incidence lorsqu'il cédera lui-même l'immeuble ;
- ensuite, la société civile immobilière pourra être constituée avec un petit capital et un apport en compte courant d'associé. Les droits d'enregistrement seront alors acquittés seulement sur le prix des titres sociaux et non sur la valeur du compte courant d'associé.

Section II – La location meublée : un régime fiscal optimisé pour l’immobilier d’habitation

320. **Catégorie d’imposition.** La location en meublé de chambres ou appartements est une activité commerciale qui relève, au regard de l’impôt sur le revenu, de la catégorie des BIC et non de celle des revenus fonciers. Cette règle s'applique que l'activité soit exercée à titre habituel ou, pour l'impôt sur le revenu dû à raison des revenus perçus à compter de 2017, à titre occasionnel (Loi 2016-1918 du 29-12-2016 art. 114). Si le propriétaire est une société passible de l’impôt sur les sociétés, c'est cet impôt qui est applicable.

321. **Régime d’imposition.** Lorsque les produits sont imposables, le régime d'imposition (micro-BIC, auto-entrepreneur, régime simplifié ou régime réel normal) est déterminé d'après les critères de droit commun. En cas d'application du régime micro-BIC (seuil de 33 200 €) le revenu imposable est calculé par application au montant des recettes d'un abattement forfaitaire pour frais de 50 %, avec un minimum de 305 €.

322. **Définition de loueurs meublés.** La qualité de loueur professionnel est reconnue aux personnes qui remplissent les trois conditions cumulatives suivantes :

- l'un des membres de leur foyer fiscal est inscrit en cette qualité au registre du commerce et des sociétés ;
- les recettes annuelles tirées de cette activité par l'ensemble des membres du foyer fiscal sont supérieures à 23 000 € ;
- ces recettes excèdent les revenus professionnels du foyer fiscal soumis à l'impôt sur le revenu.

Sont donc considérées comme non professionnelles les personnes qui ne respectent pas l'une de ces trois conditions.

323. **Inscription au registre du commerce et des sociétés.** L'administration n'oppose pas la condition d'inscription au registre du commerce, exigée pour obtenir la qualité de loueur professionnel, si celle-ci a été refusée par le greffe du tribunal de commerce. Mais le contribuable doit être en mesure de le justifier et par conséquent il doit conserver la décision de refus pendant toute la période d'activité de loueur en meublé.

324. **Recettes annuelles.** Pour l'appréciation des limites, l'administration considère que les recettes brutes à comparer au montant de 23.000 € s'entendent du total des loyers courus charges comprises, augmenté le cas échéant des indemnités d'assurance perçues en cas de défaillance du locataire.

Le seuil de recettes s'apprécie en retenant le total des recettes réalisées par les membres d'un même foyer fiscal. Dans les sociétés de personnes ou groupements, on retient les recettes revenant à chaque associé au prorata de ses droits dans les bénéfices sociaux.

En cas de commencement ou cessation d'activité en cours d'année, le montant des recettes doit être ajusté, prorata temporis, distinctement pour chaque immeuble loué, l'année de la mise en location. Selon l'administration, le point de départ est fixé à la date d'acquisition ou d'achèvement de l'immeuble.

325. **Régime fiscal des loueurs professionnels.** Les déficits retirés de l'activité de location meublée exercée à titre professionnel sont imputables sur le revenu global du contribuable sans limitation, sous réserve que ces déficits ne proviennent pas d'amortissements exclus des charges déductibles. En outre, les déficits non imputés provenant des charges engagées avant le commencement de la location (notamment les charges financières) peuvent être imputés par tiers sur le revenu global des trois premières années de location. Cette possibilité est réservée aux contribuables qui accèdent au statut de loueur professionnel dès l'année d'achèvement ou de livraison de l'immeuble et conservent cette qualité durant les trois années en cause.

Mais le Conseil d'Etat considère que la date de début d'activité est celle de la signature du bail qui correspond à la première opération d'exploitation de l'entreprise.

En cas de cessation entraînant imposition immédiate, la comparaison avec les autres revenus professionnels du foyer fiscal devrait pouvoir être faite par rapport aux revenus de l'année précédente lorsque le contribuable ne peut fournir l'estimation exacte du montant de ses revenus jusqu'à la date de cessation.

Les plus-values des loueurs professionnels bénéficient, à condition que l'activité soit exercée depuis au moins cinq ans, d'une exonération totale lorsque la moyenne des recettes tirées de la location au titre des exercices clos au cours des deux années civiles qui précèdent la date de clôture de l'exercice de réalisation de la plus-value n'excède pas le seuil de 90 000 € HT, et d'une exonération partielle si ces mêmes recettes sont comprises entre 90 000 € HT et 126 000 € HT. Si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, elles sont soumises au régime des plus et moins-values professionnelles à court ou à long terme.

326. **Régime fiscal des loueurs professionnels.** Les déficits subis par les loueurs en meublé non professionnels ne sont imputables que sur les bénéfices de même nature réalisés au cours de la même année et des dix années suivantes.

Les plus-values et moins-values réalisées par les loueurs non professionnels relèvent du régime des plus-values privées.

Il en résulte notamment qu'en cas de mutation à titre gratuit la plus-value n'est pas imposable.

Section III – La location équipée : un régime fiscal optimisé pour l'immobilier professionnel

327. **Présentation.** Le régime des revenus fonciers est le Quasimodo de l'édifice de la fiscalité des particuliers. Le jeu consiste à l'éviter. Nous disposons pour l'immobilier d'habitation de visages beaucoup plus présentables (location meublée professionnelle, location meublée non professionnelle, Malraux, Monuments historiques, dispositifs d'investissement locatif, etc.).

Avons-nous également des princes charmants pour l'immobilier professionnel ?

Quels conseils pouvons-nous alors donner au chef d'entreprise désireux de détenir ses locaux professionnels ?

Nous pouvons trouver une solution dans le régime de la location équipée, appelée également location aménagée. Il n'est pas de première jeunesse, mais n'est-ce pas dans les vieilles marmites que l'on fait les meilleures soupes ?

Nul doute que dans les dîners en ville, le chef d'entreprise, équipé de ce régime amaigrissant, intriguera ceux encore outillés à l'âge de pierre du couple société civile immobilière/revenus fonciers.

Dans sa philosophie, la location équipée portant sur les locaux à usage professionnels a une structure commune avec la location meublée portant quant à elle sur les locaux à usage d'habitation.

328. **Définition.** La location équipée est la location d'immeuble à usage professionnel doté du matériel et du mobilier nécessaires à l'exploitation.

Sur le plan juridique, la location équipée est une activité civile.

Au niveau fiscal, la location équipée est assimilée à une location commerciale¹⁹⁴.

L'étude de la location équipée suppose tout d'abord la détermination de son champ d'application (§1). Une fois l'éligibilité déterminée, ses modalités d'impositions se révèlent particulièrement avantageuses pour le contribuable au niveau de l'impôt sur le revenu (§2) et de l'impôt sur la fortune (§4). Enfin, il convient de préciser que les locations équipées peuvent rentrer dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée (§3).

§ 1 – Champ d'application

329. **Plan.** Seules certaines locations peuvent être éligibles à ce régime spécial de la location équipée (A). La notion d'équipement est naturellement très importante (B).

A – Quelles sont les locations pouvant bénéficier du régime de la location équipée ?

330. **BIC.** Les revenus de la location équipée rentrent dans le champ d'application des bénéfices industriels et commerciaux. Les plus-values réalisées sont taxées dans la catégorie des plus-values professionnelles.

La location équipée est expressément visée par l'article 35-I-5° du Code général des impôts. Cet article dispose que « présentent également le caractère de bénéfices industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par les personnes physiques (...) qui donnent en location un établissement commercial ou industriel muni du mobilier ou du matériel nécessaire à son exploitation, que la location comprenne ou non tout ou partie des éléments incorporels du fonds de commerce ou d'industrie ».

331. **Modalités de la détention.** L'immeuble peut être détenu par une personne physique ou par le biais d'une société semi-transparente (EURL, SARL de famille, SNC).

332. **Nature des locaux.** Bien évidemment, la location équipée concerne les locaux à usage commercial ou industriel.

Elle s'applique aussi aux locations de locaux à usage professionnel mais non commercial (professions médicales ou juridiques par exemple).

Le statut a été tout d'abord reconnu applicable pour des locaux médicaux¹⁹⁵. Puis il a été admis que les locaux équipés pour un cabinet dentaire¹⁹⁶ ou un cabinet de kinésithérapie¹⁹⁷ pouvaient également bénéficier du statut.

À notre connaissance, la location à des professions du droit (avocats, notaires, huissiers de justice) et du chiffre (experts-comptables, commissaires aux comptes) n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence. Nous pouvons affirmer que rien ne s'oppose à l'application du statut de loueur meublé à ces professions.

¹⁹⁴BOI 4 A-7-96.

¹⁹⁵Rép. min. David : JOAN 1^{er} févr. 1957, p. 531.

¹⁹⁶CE, 25 févr. 1981, n° 14904 : Dr. fisc. 1981, n° 31-32, comm. 1588.

¹⁹⁷CE, 25 juill., n° 9719 : Dr. fisc. 1981, n° 18, comm. 986, concl. Martin-Laprade.

333. **Professions réglementées.** Une zone d'ombre demeure pour les professions réglementées. En effet, leurs membres ne peuvent avoir la qualité de commerçant. Ils ne pourront donc détenir les actifs immobiliers en direct mais intercaler une société. Il leur faudra constituer une EURL ou une SARL de famille, laquelle aura la propriété des immeubles mais aussi des éléments d'équipements. Cette société pourra parfaitement les donner en location à la structure professionnelle du libéral.

334. **Forme sociale et article 206-2 du Code général des impôts.** En cas d'exercice en commun d'une activité professionnelle, l'acquisition des biens immobiliers est généralement faite également avec les mêmes intervenants. En pratique, il est constitué une société civile immobilière qui donne en location nue les locaux professionnels. Ce montage classique ne pose aucune difficulté pour les professions réglementées.

Si le statut de la location équipée a été choisi, la société civile immobilière est à proscrire. En effet, par application de l'article 206-2 du Code général des impôts, cette société serait alors soumise à l'impôt sur les sociétés.

Afin de bénéficier des avantages de la location équipée, il est nécessaire de mettre en place une société semi-transparente.

La société en nom collectif pourrait être *a priori* un remède aux maux de l'article 206-2 du Code général des impôts. Malheureusement, cette forme de société présente, d'une part, un degré de dangerosité extrême compte tenu de la responsabilité solidaire et indéfinie de chacun des associés et, d'autre part, est interdite à la plupart des professions libérales.

M. Pierre Fernoux¹⁹⁸ préconise que chacun des associés crée des EURL afin de détenir les parts sociales de la SNC. Il n'est pas certain que cette solution soit validée par les différents organes professionnels. Au surplus, le juge pourrait, le cas échéant, constater la confusion des patrimoines de l'EURL et de l'associé et le condamner à supporter l'ensemble des dettes sur son patrimoine propre.

335. **Démembrement.** En cas de démembrement, c'est l'usufruitier qui dispose de la qualité d'entrepreneur individuel. À son bilan, il inscrira le droit d'usufruit qu'il détient sur l'immeuble.

Le régime applicable aux charges supportées par le nu-propiétaire dépend de l'affectation de l'immeuble.

Si le nu-propiétaire exerce une activité relevant d'un régime réel d'imposition dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux et qu'il inscrit la nue-propiété de l'immeuble à son actif professionnel, les charges relatives à cette immobilisation sont déductibles dans les conditions prévues par les articles 39 et suivants du Code général des impôts. Par conséquent, les intérêts d'emprunt et l'amortissement afférents à la nue-propiété viennent en déduction du résultat imposable. Les dépenses de réparation sont en principe immédiatement déductibles. Toutefois, lorsqu'elles ont pour objet de prolonger la durée probable d'utilisation ou si elles augmentent la valeur de l'immobilisation, ces dépenses doivent être immobilisées.

Si la nue-propiété est conservée dans le patrimoine privé, lorsque le bien immobilier est donné en location équipée, le nu-propiétaire ne peut bénéficier du régime de déduction dérogatoire et spécifique aux revenus fonciers, compte tenu du fait que les revenus tirés de cette location équipée et imposés au nom de l'usufruitier ne relèvent pas de la même catégorie de revenus.

¹⁹⁸P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine, Groupe Revue fiduciaire*, 14^e éd. 2009, p. 636, n° 1199.

B - Quels équipements faut-il louer pour bénéficier du statut ?

336. **L'essentiel des équipements.** Pour bénéficier du statut de loueur équipé, il faut donner en location l'essentiel du matériel nécessaire à l'exploitation. Qui dit essentiel ne dit pas tout. En conséquence, il n'est pas nécessaire de donner en location la totalité du matériel, du mobilier ou des équipements¹⁹⁹.

Cette notion de l'essentiel permet *a priori* une certaine souplesse. Elle est variable pour chaque nature d'activité. En pratique, pour éviter la censure de l'administration et du juge, il conviendra d'être particulièrement complet dans la définition et la composition des éléments d'équipements. En effet, les exigences des magistrats incitent à la prudence.

337. **Jurisprudence.** Le statut a été refusé par exemple pour la location d'un centre hippique comprenant bien les objets nécessaires pour l'entretien, l'hygiène et l'hébergement des chevaux au motif que n'étaient pas compris les éléments d'équipements nécessaires à l'activité de l'entraîneur²⁰⁰. Le statut a été également refusé à un particulier qui louait ses locaux à une boucherie au motif que la location ne portait pas sur l'essentiel des éléments d'équipements mais seulement sur le matériel frigorifique²⁰¹.

Les éléments d'équipements objet de la location équipée peuvent aussi bien être des éléments mobiles que des éléments incorporés à l'immeuble, constituant ainsi des immeubles par destination²⁰².

Relève des bénéficiaires industriels et commerciaux un redevable qui exploite un immeuble à usage de salle de spectacle, édifié par lui en vertu d'un contrat de concession passé avec une ville, et qui loue ce local avec le mobilier nécessaire pour des représentations ou des réunions²⁰³.

Doit être considérée comme exerçant une activité commerciale une société immobilière ayant pour objet l'exploitation directe ou par location ou gérance d'un théâtre lui appartenant, qui donne à bail ce théâtre avec le mobilier et le matériel utilisé pour les représentations, en vue de son exploitation sous sa dénomination antérieure et qui fixe le genre de pièces qui pourront y être jouées²⁰⁴.

¹⁹⁹CE, 31 mai 1972, n° 81668 : Dr. fisc. 1973, n° 23-24, comm. 889, concl. Delmas-Mansalet. – CE, 18 mars 1983, n° 32542 : Dr. fisc. 1983, n° 26, comm. 1405. – CE, 2 déc. 1989, n° 43475 : Dr. fisc. 1989, n° 52, comm. 2510, concl. M^{me} de Saint-Pulgent.

²⁰⁰CE, 24 mai 1989, n° 64258 : Dr. fisc. 1989, n° 40, comm. 1724.

²⁰¹CAA Nantes, 2^e ch., 31 déc. 1990, n° 89-1267 : Dr. fisc. 1992, n° 46, comm. 2150.

²⁰²CE, 24 févr. 1967, n° 64979 : Dr. fisc. 1967, n° 12, comm. 390, présente un caractère commercial l'activité qui consiste pour une société à donner en location aux fins d'exploitation, à une autre société, une salle de cinéma munie de certaines installations nécessaires à cette exploitation, et notamment de fauteuils ; la circonstance que la société preneuse s'engage, en contrepartie du prix de location, fixé de façon forfaitaire, à effectuer à son compte des travaux de rénovation du cinéma, et notamment à fournir de nouveaux fauteuils, lesquels restent en fin de bail la propriété de la société bailleuse, est sans effet sur la consistance des biens loués et, par suite, sur le caractère de la location.

²⁰³CE, 29 juill. 1929, n° 80061 : Dupont 1930, p. 303 ; Doc. adm. DGI, 4 F-114, n° 222, 7 juill. 1998.

²⁰⁴CE, 7^e ss-sect., 2 mai 1941, n° 59936 : Dupont 1941, p. 395 ; Doc. adm. DGI, 4 F-114, n° 222, 7 juill. 1998.

§ 2 – Modalités d'imposition

338. **Plan.** La location équipée est un régime particulièrement avantageux (A), y compris au niveau des plus-values (D). L'intérêt est plus mesuré au regard des modalités d'imputation des déficits (E). Nous mesurerons les effets des régimes du micro-BIC (B) et du réel (C) sur la location équipée.

A – La location équipée : un paradis fiscal ?

339. **Avantages de la location équipée.** Si la location de locaux nus à usage professionnel relève de l'enfer fiscal pour l'investisseur, la location de locaux équipés permet à ce dernier de toucher du doigt le paradis.

Dès lors que la location présente un caractère commercial, le résultat va être déterminé selon les règles des bénéfices industriels et commerciaux.

Ainsi, pourront être notamment pris en compte, contrairement aux revenus fonciers, pour la détermination du résultat :

- les frais d'acquisition de l'immeuble, en ce compris les droits d'enregistrement ;
- les amortissements de l'immeuble.

Les intérêts d'emprunts sont également pris en compte pour la détermination du résultat.

Les frais d'acquisition ainsi que l'immeuble sont amortis.

L'autre avantage considérable de la location équipée par rapport aux revenus fonciers réside dans la possibilité de déduire le déficit sur le revenu global. En outre, l'origine du déficit importe peu. Même le déficit provenant des intérêts d'emprunts est déductible. Nous rappelons que dans le montage traditionnel avec une société civile immobilière dont les revenus relèvent des revenus fonciers, les déficits provenant des intérêts d'emprunts ne peuvent être imputés sur le revenu global et doivent être reportés exclusivement sur d'autres revenus fonciers.

Mieux encore, il n'existe, dans la location équipée, aucune limite sur cette imputation.

B – Le régime micro-BIC

340. **Champ d'application.** Le loueur de locaux équipés relève automatiquement du régime des micro-entreprises ou micro-BIC, lorsque :

- son activité est exonérée de taxe sur la valeur ajoutée ou bénéficie de la franchise en base de taxe sur la valeur ajoutée ;
- et que ses recettes annuelles n'excèdent pas 32 600 € hors taxes pour 2011.

Il faut prendre en compte le chiffre d'affaires global annuel dans l'ensemble des entreprises lorsque le contribuable exploite plusieurs entreprises commerciales. La situation de chacun des membres du foyer fiscal est prise en compte de manière isolée. Ainsi, il ne faut pas globaliser les chiffres d'affaires de deux entreprises appartenant séparément à des époux et constituant des biens propres.

Les personnes morales soumises au régime fiscal des sociétés de personnes (EURL, SARL de famille, SNC) sont exclues du régime du micro-BIC.

341. **Régime d'imposition.** Le contribuable relevant du micro-BIC va porter le montant des loyers acquis sur la déclaration n° 2042-C. Le bénéfice imposable est égal au total des recettes diminué d'un abattement forfaitaire de 50 % avec un minimum de 305 €.

Il n'est donc pas possible d'avoir de déficit avec le régime du micro-BIC.

C – Le régime réel

342. **Option pour le régime réel.** Si l'investisseur prévoit des charges supérieures à 50 % de ses recettes, il sera préférable pour lui de sortir du régime du micro-BIC et d'opter pour le régime réel simplifié d'imposition.

Cette option est valable et irrévocable pendant deux ans. Elle est reconductible tacitement pour la même période.

L'option devra être réalisée au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception afin de s'en ménager la preuve.

343. **Recettes.** Contrairement aux revenus fonciers, il convient de prendre en compte les loyers courus et non pas les loyers encaissés. Même en cas de défaut de paiement du locataire, les loyers doivent être comptabilisés en recettes.

En cas de versement de droit d'entrée, il doit être réparti sur la durée du bail.

344. **Charges déductibles.** Les charges à prendre en compte sont les suivantes :

- frais d'établissement ;
- frais d'acquisition ;
- intérêts d'emprunts contractés pour le paiement des immeubles et les meubles ;
- charges de gestion ;
- frais d'assurances ;
- taxe foncière sur les propriétés bâties ;
- contribution économique territoriale ;
- dépenses d'entretien et de réparation ;
- charges de copropriété qui ne sont pas effectivement supportées par le locataire (honoraires de syndic, frais d'assurance) ;
- amortissement de l'immeuble (hors terrain) ;
- amortissement du mobilier ;
- cotisations sociales.

345. **Frais d'établissement.** Au niveau comptable, ils sont définis comme les dépenses engagées à l'occasion d'opérations qui conditionnent l'existence ou le développement de l'entreprise mais qui ne peuvent être rapportées à des productions de biens et de services déterminés. Il s'agit notamment des frais de constitution et des frais de premier établissement (frais de prospection ou de publicité). Ces frais sont comptabilisés en charges.

346. **Frais d'acquisition.** L'investisseur en location équipée a le choix de comptabiliser les frais d'acquisition en charges ou de les incorporer dans le coût de l'immobilisation.

Le choix comptable a une portée reconnue au niveau fiscal.

347. **Amortissement.** Les biens immobiliers doivent être amortis selon les règles exposées au chapitre sur l'impôt sur les sociétés.

D - Plus-values

348. **Plus-values professionnelles.** Lors de la cession des actifs immobiliers, la plus-value de cession sera une plus-value professionnelle, taxable dans les conditions de droit commun.

349. **Exonération en fonction des recettes : article 151 septies du Code général des impôts.** L'article 151 *septies* du Code général des impôts est applicable dès lors que l'immeuble est détenu par une personne physique ou par une société de personnes.

Il s'applique à la condition que l'activité soit considérée comme professionnelle au sens de l'article 156 I *bis* du Code général des impôts.

Il faut donc une participation personnelle, directe et continue du contribuable à l'accomplissement d'actes nécessaires à l'exploitation.

350. **Exclusion de l'article 151 septies B du Code général des impôts.** Le dispositif de l'article 151 *septies* B du Code général des impôts n'a pas vocation à s'appliquer aux immeubles de placements.

E – Déficit

351. **Plan.** L'avantage réside ici dans l'imputation éventuelle sur le revenu global (1°), qui obéit à des règles très restrictives (2°).

1°) Imputation sur le revenu global

352. **Exercice à titre professionnel.** L'article 156-I 1° *bis* du Code général des impôts est applicable aux déficits des activités industrielles et commerciales exercées à titre non professionnel.

Conformément à cet article, les déficits des activités industrielles et commerciales cessent d'être imputables sur le revenu global du foyer fiscal lorsque ces activités ne sont pas exercées à titre professionnel par le contribuable ou l'un des membres du foyer.

La location équipée est exclue du régime d'imputation de ses déficits sur le revenu global. M. Pierre Fernoux critique logiquement cette position de l'administration fiscale²⁰⁵. Il ne voit pas pourquoi le loueur serait systématiquement écarté de ce régime. Si cette règle semble justifiée lorsque le contribuable loue un local de faible importance avec seulement quelques meubles ou matériels en plus de sa profession, il n'en va pas nécessairement de même s'il donne en location plusieurs immeubles conséquents.

2°) Définition générale de l'activité professionnelle

353. **Définition générale de l'activité professionnelle.** Les activités industrielles et commerciales exercées à titre non professionnel sont définies par l'article 156-I 1° *bis* du Code général des impôts, par opposition aux activités exercées à titre professionnel. Il s'agit des activités qui ne comportent pas la participation personnelle, directe et continue de l'un des membres du foyer fiscal à l'accomplissement des actes nécessaires à ces activités.

Le respect de la condition d'exercice de l'activité à titre professionnel relève de l'appréciation de chaque situation de fait et d'un faisceau d'indices. Elle nécessite une étude approfondie des actes et diligences accomplis par les membres du foyer fiscal dans la poursuite de l'activité,

²⁰⁵P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine, Groupe Revue fiduciaire*, 15^e éd. 2010, p. 646, n° 1894 et *Plaidoyer pour la réhabilitation de la situation fiscale du loueur de locaux aménagés : Dr. fisc. 1997*, n° 29, p. 943 et s.

compte tenu de sa nature et de la taille de l'entreprise qui l'exploite. Cette analyse pourra être appuyée des éléments du contexte propre à chaque affaire tels que les autres activités exercées par les personnes concernées, leur qualification à participer à l'activité en cause, etc.

a) Participation aux actes nécessaires à l'activité

354. **Actes nécessaires à l'activité.** Les actes nécessaires à l'activité industrielle et commerciale s'entendent de ceux réalisés dans le cadre des fonctions que nécessite la gestion opérationnelle d'une entreprise. La nature des actes nécessaires dépend du type d'activité exercée et de la taille de l'entreprise qui l'exploite.

Il s'agit notamment de l'achat des matières premières et marchandises, la conception et la production des produits ou services, la prospection des clients, l'animation des forces de vente, la négociation des contrats commerciaux, l'embauche des salariés et, plus généralement, la gestion du personnel, la gestion financière de l'entreprise (gestion de trésorerie, relations avec les établissements financiers), sa gestion comptable et administrative (tenue de la comptabilité, établissements des déclarations fiscales, règlement des factures et salaires, gestion des créances clients), etc.

Le fait que le contribuable ou l'un des membres de son foyer fiscal ait participé au financement de l'activité ne saurait à lui seul caractériser l'exercice à titre professionnel de l'activité.

355. **Participations aux actes nécessaires à l'activité.** L'exercice d'une activité professionnelle au sens du 1^o *bis* du I de l'article 156 du Code général des impôts n'est pas subordonné à la condition que le contribuable ou l'un des membres de son foyer fiscal se consacre seul à l'accomplissement de l'ensemble des actes nécessaires à l'activité. Le concours de salariés ou l'exploitation conjointe de l'entreprise par plusieurs associés n'est pas incompatible avec l'exercice par le contribuable d'une activité professionnelle au sein de l'entreprise, dans la mesure où ce dernier participe aux actes nécessaires à l'activité.

Ainsi, l'exercice des tâches nécessaires à l'activité peut-il être réparti entre plusieurs personnes. Il ne saurait donc être exigé qu'une personne accomplisse l'ensemble des actes nécessaires à l'activité pour que soit reconnu le caractère professionnel de l'exercice de celle-ci.

Cette participation doit répondre aux conditions mentionnées ci-après et résulter de l'accomplissement d'un ensemble d'actes constitutifs d'une des fonctions nécessaires à l'entreprise et non d'actes isolés, même si ces derniers sont en eux-mêmes nécessaires à l'activité (signature des déclarations fiscales par exemple).

De même, le point de savoir si l'accomplissement de tâches administratives et comptables caractérise la participation à titre professionnel à l'activité dépend de la taille de l'entreprise et de la complexité de son organisation.

b) Participation personnelle, continue et directe

356. **Participation personnelle, continue et directe.** La participation aux actes nécessaires à l'activité par le contribuable ou l'un des membres de son foyer fiscal revêt un caractère professionnel lorsque celle-ci est à la fois personnelle, directe et continue.

✓ **La participation personnelle et directe**

357. **Participation personnelle.** Le contribuable ou l'un des membres de son foyer fiscal doit participer en personne, pour son propre compte ou pour le compte d'un autre membre du foyer fiscal, à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité. La personne concernée peut être considérée comme participant à la poursuite de l'activité pour son propre compte même

lorsque sa participation ou celle de l'un des membres du foyer fiscal dans la société à l'origine du déficit est détenue, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés interposées soumises au régime fiscal des sociétés de personnes mais, bien entendu, dans cette situation, elle doit exercer l'activité dans la société qui est à l'origine des déficits.

358. **Participation directe.** La participation doit, en outre, être directe.

La notion de participation directe exige du contribuable qu'il s'implique dans la gestion opérationnelle de l'activité. Les contribuables qui se bornent à exercer leurs seules prérogatives d'associés ou de propriétaires de l'entreprise en participant aux conseils de direction ou aux assemblées générales ou en exerçant un contrôle *a posteriori* de la gestion ne peuvent pas être considérés comme participant directement à l'activité de l'entreprise.

L'article 156-I 1° *bis* du Code général des impôts prévoit expressément que ne sont pas considérées comme exerçant une activité à titre professionnel les personnes qui confient en droit ou en fait la gestion de cette activité à une personne qui n'est pas membre du foyer fiscal par l'effet d'un mandat, d'un contrat de travail ou de toute autre convention.

Cette règle n'interdit pas que certaines fonctions de l'entreprise soient exercées par un salarié mais, dans cette situation, le contribuable ou l'un des membres du foyer fiscal doit exercer une activité dans l'entreprise dans les conditions mentionnées plus loin.

✓ **La participation continue**

359. **Présence régulière.** La participation épisodique à la poursuite de l'activité à l'origine du déficit est incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle.

Cette notion suppose la présence régulière du contribuable sur le lieu d'exercice de l'activité et qu'il accomplisse – tout au long de l'année ou, s'agissant d'entreprises saisonnières, pendant leur période d'activité – l'ensemble des actes représentatifs d'une des fonctions nécessaires à l'entreprise constituant sa participation aux actes nécessaires à l'activité.

Si la participation continue à la poursuite de l'activité suppose que le contribuable y consacre une grande partie de son temps, elle n'implique pas en revanche qu'il exerce là sa seule activité professionnelle ni que l'accomplissement des diligences en cause constitue sa profession principale.

360. **Remplacement temporaire.** Le remplacement temporaire du contribuable, s'il est motivé par la maladie de ce dernier, ne fera pas obstacle à l'imputation des déficits de l'activité sur le revenu global du foyer fiscal.

361. **Nombre d'actes réduits.** Lorsque le nombre d'actes nécessaires à l'activité est réduit, la condition de participation continue ne sera pas considérée comme remplie. Il en va ainsi de la location isolée d'immeubles munis de leurs moyens matériels d'exploitation, imposable en BIC en application du 5° du I de l'article 35 du Code général des impôts ou de la location-gérance.

c) Quelles sont les modalités d'imputation des déficits provenant d'activités exercées à titre non professionnel ?

362. **Imputation des activités exercées à titre professionnel.** En ce qui concerne les déficits des activités industrielles et commerciales exercées à titre professionnel, ils sont en principe imputables sur le revenu global du foyer fiscal.

363. **Imputation des activités exercées à titre non professionnel.** Les déficits provenant d'activités relevant des bénéfices industriels et commerciaux, exercées à titre non professionnel, ne peuvent plus s'imputer sur les bénéfices ou revenus nets des autres catégories de revenus ou sur les bénéfices provenant d'activités industrielles et commerciales exercées à titre professionnel.

En application du 1° *bis* du I de l'article 156 du Code général des impôts, les déficits des activités industrielles et commerciales exercées à titre non professionnel sont imputables sur les bénéfices réalisés dans le cadre de cette même activité ou des autres activités exercées à titre non professionnel au cours de la même année ou des six années suivantes.

L'imputation et le report de ces déficits doivent, par conséquent, être effectués de façon globale pour l'ensemble des activités industrielles et commerciales exercées à titre non professionnel dont les résultats reviennent à l'un ou l'autre des membres du foyer fiscal.

Ainsi, lorsqu'au cours d'une même année, les résultats des activités non professionnelles réalisés par le foyer fiscal sont, les uns bénéficiaires, les autres déficitaires, la somme des déficits est imputée sur le total des bénéfices.

Les déficits ainsi imputés cessent alors d'être reportables sur les résultats des activités dont ils proviennent réalisés au titre des exercices suivants.

Si les résultats déficitaires sont supérieurs aux bénéfices, l'imputation de l'excédent des déficits peut être effectuée au titre des cinq années suivantes.

Lorsque les déficits reportables ont été constatés au titre de plusieurs années antérieures, le déficit subi au titre de l'année la plus ancienne s'impute en priorité.

Les déficits qui n'ont pu être imputés au terme des six années suivant celle au titre de laquelle ils ont été réalisés, sont définitivement perdus.

§ 3 – Taxe sur la valeur ajoutée

364. **Champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée.** Les locations de locaux équipés rentrent dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée.

La location équipée présente aussi de nombreux avantages en matière de taxe sur la valeur ajoutée. Ils sont identiques à ceux décrits pour les locaux nus soumis à la taxe sur la valeur ajoutée suite à l'exercice de l'option.

Le bailleur pourra notamment déduire la taxe sur la valeur ajoutée acquittée lors de l'acquisition de l'immeuble ainsi que celle portant sur le mobilier, le matériel et les agencements donnés en location.

Cette taxe sur la valeur ajoutée déductible sera la plupart du temps bien supérieure à la taxe sur la valeur ajoutée collectée calculée sur les loyers. Le bailleur pourra alors demander le remboursement du crédit de taxe sur la valeur ajoutée dans les conditions que nous avons déjà décrites.

365. **Franchise en base.** La franchise en base dispense les assujettis de la déclaration, du paiement et donc de la déduction du remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée.

Pour les activités de location équipée, le régime s'applique de plein droit lorsque le chiffre d'affaires hors taxe de l'année précédente est inférieur à 32 600 € ou 34 600 € (mais à condition

dans ce second cas que le chiffre d'affaires de la pénultième année ou N-2 n'excède pas 81 500 €).

Les entreprises rentrant de plein droit dans le champ d'application du régime de la franchise en base peuvent opter pour le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée. L'option prend effet le premier jour du mois de sa déclaration. L'option couvre deux années dont celle de sa déclaration et elle est reconduite par tacite reconduction pour une durée identique. Si un remboursement intervient au cours d'une période, l'option est obligatoirement reconduite pour une nouvelle période.

En cas d'option, le contribuable ne peut plus relever du micro BIC.

366. Entreprise individuelle et divorce. La dissolution de la communauté conjugale entraîne la cessation d'activité au sens de l'article 210 de l'annexe II du Code général des impôts. La taxe sur la valeur ajoutée doit alors être régularisée alors même que l'activité en cause est poursuivie par l'un des conjoints après le partage de la communauté.

§ 4 – L'impôt sur la fortune et la location équipée

367. Biens professionnels et titres sociaux. Dès lors que les biens sont qualifiés de professionnels, ils sont exonérés au titre de l'impôt sur la fortune immobilière.

L'administration fiscale considère que les parts de sociétés qui louent ou mettent leurs immeubles à la disposition d'une entreprise individuelle dans laquelle le contribuable exerce son activité principale ont le caractère de biens professionnels. Il en va de même lorsqu'il détient dans la société d'exploitation locataire des parts ou actions revêtant le caractère de biens professionnels.

368. Location équipée. Généralement, les immeubles loués équipés sont détenus à travers une EURL ou une SARL de famille.

À partir du moment où l'administration fiscale admet l'exonération pour une société louant nus ses locaux, rien ne semble s'opposer à l'application de cette exonération aux locations équipées²⁰⁶.

Section IV – Les montages en démembrement portant sur l'immeuble

§ 1 – Acquisition concomitante de la nue-propriété et de l'usufruit d'un immeuble construit

369. Présentation du montage. Le schéma classique en matière de démembrement portant sur un actif immobilisé d'entreprise consiste dans l'acquisition concomitante de la nue-propriété par la société civile immobilière et l'usufruit par la société d'exploitation, la société holding ou la société patrimoniale.

La société civile immobilière est fiscalement transparente et n'a pas opté à l'impôt sur les sociétés. La société d'exploitation, la société holding ou la société patrimoniale est bien évidemment soumise à l'impôt sur les sociétés.

Lorsque le démembrement porte en direct sur l'immeuble et que l'ensemble des précautions sont prises, il s'agit d'une stratégie présentant de faibles risques au regard de l'abus de droit dès lors que les prérequis sont respectés.

²⁰⁶P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine, Groupe Revue fiduciaire*, 15^e éd. 2010, p. 688, n° 1898.

370. Plan. Cette stratégie bien que limitée (A) présente des avantages colossaux pour le nu-propiétaire (B). Le traitement comptable et fiscal de ses opérations s'avère complexe et doit être effectué avec une grande rigueur (C).

A – La stratégie d'acquisition concomitante de l'immeuble

371. Intérêts et limites du montage. L'acquisition concomitante des droits d'usufruit et de nue-propiété est optimale pour la mise en place d'un dossier en démembrement de propriété. Elle permet d'écarter immédiatement le montage classique de la détention par une société civile immobilière à l'impôt sur le revenu et la conclusion d'un bail commercial au profit de la société d'exploitation à l'impôt sur les sociétés.

Cette acquisition en direct des droits démembrés permet de choisir immédiatement la meilleure solution pour la gestion de son actif immobilier d'entreprise.

Elle limitera les risques fiscaux d'abus de droit et d'acte anormal de gestion. Elle évitera les déperditions fiscales et de trésorerie liées aux plus-values, droits d'enregistrement, régularisation de taxe sur la valeur ajoutée, frais bancaires, frais d'acquisition, etc....

B – Situation du nu-propiétaire

372. Absence de revenu locatif. La société civile immobilière détient la nue-propiété de l'immeuble et ne reçoit pas de revenu au titre de l'immeuble occupé par la société d'exploitation.

Il n'en résulte bien évidemment aucune imposition au titre des revenus fonciers pour cet immeuble.

373. Absence de déductibilité des intérêts d'emprunt. L'article 31-I-1°) d) du Code général des impôts dispose que :

« Les charges de la propriété déductibles pour la détermination du revenu net comprennent pour les propriétés urbaines (...) les intérêts de dettes contractées pour la conservation, l'acquisition, la construction, la réparation ou l'amélioration des propriétés, y compris celles dont le contribuable est nu-propiétaire et dont l'usufruit appartient à un organisme d'habitations à loyer modéré mentionné à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, à une société d'économie mixte ou à un organisme disposant de l'agrément prévu à l'article L. 365-1 du même code ».

Depuis l'instruction du 23 mars 2007²⁰⁷ commentant les nouvelles modalités d'imposition des revenus fonciers, une condition supplémentaire a été imposée concernant la déductibilité des intérêts d'emprunt par le nu-propiétaire. Elle impose en effet que l'usufruitier relève de la catégorie des revenus fonciers.

Une réponse ministérielle est venue confirmer cette nouvelle exigence²⁰⁸. Celle-ci indique que lorsque la nue-propiété est conservée dans le patrimoine privé, le nu-propiétaire ne peut déduire les intérêts d'emprunt liés à l'acquisition que dans l'hypothèse où l'immeuble est donné en location par l'usufruitier à titre onéreux dans des conditions normales et que le revenu correspondant est imposé au nom de l'usufruitier dans la catégorie des revenus fonciers. Cette réponse ministérielle précise notamment que lorsque le bien est donné en location meublée par l'usufruitier, le nu-propiétaire ne peut prétendre à ce régime de déduction dérogatoire et spécifique aux revenus fonciers, dès lors que les profits tirés de cette location meublée ne relèvent pas de la même catégorie de revenus.

²⁰⁷ Instr. 5 D-2-07, 23 mars 2007, fiche 5, n° 18.
²⁰⁸ JOAN Q 11 déc. 2007, p. 7819, n° 2685.

La société civile immobilière nu-proprétaire de l'immeuble ne peut donc déduire les intérêts d'emprunts relatifs à l'acquisition, puisque dans les schémas de démembrement de propriété en direct sur l'immeuble, la société d'exploitation détenant l'usufruit temporaire est soumise à l'impôt sur les sociétés.

C – Le traitement comptable et fiscal de l'opération

1°) Traitement comptable de la mutation

374. **Inscription au bilan du droit d'usufruit.** Le droit d'usufruit portant sur le bien immobilier doit être inscrit à un compte d'immobilisation incorporelle pour la valeur correspondant à son prix stipulé dans l'acte d'acquisition.

375. **Inscription au bilan du droit de nue-proprété.** Le droit de nue-proprété portant sur le bien immobilier doit être inscrit à un compte d'immobilisation corporelle pour la valeur correspondant à son prix d'acquisition.

2°) Valorisation de l'usufruit et de la nue-proprété

376. **Méthode économique.** Les valeurs des droits d'usufruit et de nue-proprété sont déterminées au jour de leur acquisition.

Cette valorisation est réalisée selon la méthode économique.

377. **Droits de mutation.** Pour le calcul des droits d'enregistrement, il sera retenu la valeur fiscale de l'usufruit par application de l'article 669 du Code général des impôts.

3°) Amortissement du droit d'usufruit acquis par la société d'exploitation

378. **Amortissement.** S'agissant de la société d'exploitation, l'amortissement du droit d'usufruit est obligatoire, ainsi que nous l'avons vu précédemment.

La durée de l'amortissement ne pose pas de problème puisqu'elle sera calquée sur celle de la durée d'usufruit.

Le droit d'usufruit sera amorti selon le mode d'amortissement linéaire.

La valeur de l'usufruit à prendre en compte est celle correspondant à la valeur du prix d'acquisition. La base de l'amortissement sera constituée par la valeur d'entrée de l'usufruit figurant à l'actif du bilan.

379. **Frais d'acquisition.** La société d'exploitation pourra déduire les frais d'acquisition du droit d'usufruit temporaire. Cette déduction est opérée soit au titre de l'exercice de leur engagement, soit par incorporation au coût de l'immobilisation. Dans cette dernière hypothèse, ils seront ajoutés au droit d'usufruit et donc amortis selon le même rythme.

En ce qui concerne la société civile immobilière, celle-ci n'étant pas soumise à l'impôt sur les sociétés, ses frais d'acquisition ne seront pas déductibles.

4°) Extinction de l'usufruit temporaire

380. **Reconstitution de la pleine propriété.** L'usufruit temporaire acquis prendra fin à son terme. L'usufruit s'éteint pour rejoindre la nue-propriété et reconstituer la pleine propriété. Il n'y a aucune taxation au titre des droits d'enregistrement.

381. **Comptabilité.** Les comptes concernés sont alors mouvementés. Dès lors, le droit d'usufruit et les comptes d'amortissement disparaissent du bilan de la société d'exploitation.

382. **Cession de l'immeuble.** En cas de cession de la pleine propriété de l'immeuble par la SCI ou la personne physique, anciennement nue-propriétaire, le cédant pourra bénéficier pour le calcul des plus-values immobilières des abattements pour durée de détention calculés à partir de l'acquisition du premier des deux droits démembrés. Dès lors, si cette acquisition a été faite il y a plus de trente ans, la cession de la pleine propriété sera entièrement exonérée de plus-value immobilière.

Comment déterminer la base taxable dans ce cas de figure ? Quel est le prix d'acquisition ?
Le contribuable ayant réalisé l'acquisition de la nue-propriété à titre onéreux et l'usufruit ayant lui-même acquis par voie d'extinction, le prix d'acquisition de l'usufruit est nul.

§ 2 – La cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble à la société d'exploitation

383. **Présentation du montage.** Une société civile immobilière où le chef d'entreprise qui est plein propriétaire de l'immeuble professionnel loué à la société d'exploitation ou à la holding réalise la cession de l'usufruit temporaire à cette dernière. Le bail commercial dépourvu d'effet suite à cette cession est résilié.

Cela suppose l'existence d'une société civile immobilière fiscalement transparente n'ayant pas opté à l'impôt sur les sociétés.

Ce montage présente des particularismes juridiques (A), mais aussi comptable (B).

A – Le schéma de la cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble

384. **La cession de l'usufruit de l'immeuble.** La stratégie consistant dans la cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble est une technique permettant d'optimiser financièrement et fiscalement la gestion du patrimoine privé du chef d'entreprise²⁰⁹.

La mise en place de cette stratégie suppose que le chef d'entreprise soit initialement propriétaire de l'immeuble d'entreprise directement ou par l'intermédiaire d'une société civile immobilière. Comme toujours, la cession de l'usufruit temporaire à la société d'exploitation est exclue, si les acteurs poursuivent un objectif purement fiscal. Toutefois, dès lors que le chef d'entreprise poursuit d'autres objectifs, il peut envisager de céder l'usufruit temporaire de l'immeuble à la société d'exploitation.

385. **Situation du cédant.** Cette cession peut lui permettre d'avoir un véritable effet de levier financier. En effet, il va encaisser un prix de cession avec lequel il pourra désintéresser ses créanciers, réaliser un projet professionnel ou privé, un placement financier, etc.

Il devra, le cas échéant, acquitter les plus-values immobilières et rembourser tout ou partie du capital restant dû sur les prêts bancaires en cours portant sur l'immeuble.

Le cédant devenant nu-propriétaire ne reçoit plus de revenus locatifs. Il voit sa situation fiscale s'améliorer compte tenu de la baisse de ses revenus fonciers.

209 P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine*, éd. Groupe Revue fiduciaire, 14^e éd. 2009, stratégie 3, p. 553.

386. **Situation du cessionnaire.** En ce qui concerne la société d'exploitation ou la holding, elle va devoir financer l'acquisition de l'usufruit temporaire soit sur fonds propres, soit au moyen d'un prêt bancaire.

Elle va supporter une charge financière supplémentaire. Celle-ci sera compensée par l'amortissement du droit d'usufruit, de la déduction des frais d'acquisition, ainsi que des intérêts d'emprunt.

En revanche, elle n'a plus de charges de loyers à supporter.

B – Les particularités du traitement comptable et fiscale de la mutation de l'usufruit

387. **Particularités comptables.** Les particularités comptables sont ici identiques à celles exposées ci-dessus en cas d'acquisition concomitante de l'usufruit et de la nue-propiété.

388. **Les particularités fiscales.** La cession de l'usufruit de l'immeuble d'entreprise est un moyen d'optimisation de la gestion du patrimoine privé du chef d'entreprise, dont il faut mesurer les conséquences fiscales.

Suite à la cession de son droit d'usufruit, le cédant va être imposé, le cas échéant, au titre des plus-values immobilières des particuliers.

Là encore, et conformément à nos précédents développements, le droit d'usufruit doit, d'une part, être inscrit au bilan en tant qu'immobilisation incorporelle et, d'autre part, faire l'objet d'un amortissement.

389. **Extinction de l'usufruit temporaire.** Là encore, l'extinction de l'usufruit temporaire va entraîner la reconstitution de la pleine propriété entre les mains du nu-propiétaire.

Au niveau comptable, il faudra ici aussi mouvementer les comptes d'amortissement et sortir le droit d'usufruit du bilan.

Lors de la cession de la pleine propriété de l'immeuble, comment est calculée la plus-value immobilière ?

Le délai de détention est décompté à compter de l'acquisition primaire. Il importe peu que cette acquisition ait été faite à titre onéreux ou à titre gratuit.

Le prix d'acquisition à prendre en compte est celui de l'acquisition primaire.

§ 3 – La sortie de l'immobilier par la cession de la nue-propiété

390. **Illustrations.** Il existe encore malheureusement beaucoup trop d'entreprises qui détiennent à l'actif de leur bilan leurs immeubles d'exploitation. Les handicaps sont nombreux, notamment au regard de la cession de l'entreprise, des risques sociaux, de la structuration du patrimoine privé du dirigeant.

Le démembrement de l'immeuble peut être une clé de sortie.

Un premier schéma consiste pour la société d'exploitation à céder la nue-propiété de son immobilier inscrit à son actif à une société civile immobilière contrôlée par le chef d'entreprise ou directement à celui-ci, voire à un tiers.

Cette opération peut s'inscrire dans le cadre d'une restructuration préalable à la cession de la société d'exploitation ou tout simplement d'optimisation patrimoniale.

Elle suppose que la société dispose d'une trésorerie suffisante pour supporter le coût fiscal de la cession et que le dirigeant cessionnaire bénéficie de fonds ou d'une capacité de financement nécessaire à la bonne fin de l'opération.

391. Il existe un autre schéma dans lequel une société civile immobilière, plein propriétaire de l'immobilier, soumise à l'impôt sur les sociétés cède la nue-propriété à une autre société civile immobilière à l'impôt sur le revenu ou directement au chef d'entreprise, voire à un tiers.

Ce schéma est plus risqué à mettre en œuvre au regard de l'abus de droit si les associés de la société civile immobilière cédante sont également associés dans la société civile immobilière cessionnaire. Il faudra être particulièrement vigilant sur les buts de l'opération. Ce montage pourrait se concevoir dans un objectif précis de transmission patrimoniale notamment. Encore faudrait-il que les enfants détiennent la totalité ou la quasi-totalité du capital dans la nouvelle société civile immobilière soumise à l'impôt sur le revenu.

Les deux opérations obéissent aux mêmes règles générales.

392. Plan. La cession de la nue-propriété (A), implique un traitement comptable (B) et fiscal (C) propres à ce montage. De même, nous verrons quelles sont les conséquences de l'extinction de l'usufruit réservé (D).

A – La stratégie de la cession de la nue-propriété de l'immeuble

393. **Les inconvénients de l'inscription de l'immeuble au bilan.** Pendant la phase de détention de l'immeuble, les règles de l'impôt sur les sociétés sont avantageuses. L'inscription de l'immeuble au bilan permet de déduire toutes les charges incombant au propriétaire, telles que les charges financières, les charges fiscales, les charges d'entretien et les frais d'acquisition. L'inscription de l'immobilier au bilan de la société est souvent génératrice de difficultés pour la bonne gestion du patrimoine du chef d'entreprise. Elle alourdit considérablement la valeur de la société et s'érige en frein à la cession. En outre, l'immobilier d'entreprise est une source éventuelle de revenus complémentaires à une retraite dont on sait pertinemment qu'elle a vocation à se réduire en peau de chagrin dans un futur proche.

La sortie du bilan est onéreuse. À l'impôt sur les sociétés, la plus-value sera soumise dans son intégralité au taux de l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 219-I-a *quater*). Sans oublier l'impôt sur la distribution des dividendes. La facture fiscale est généralement dissuasive pour la sortie de l'immeuble du bilan.

394. **La cession de la nue-propriété de l'immeuble.** La stratégie consistant dans la cession de la nue-propriété de l'immeuble est une technique permettant d'optimiser financièrement et fiscalement le retrait de l'immeuble du bilan de l'entreprise²¹⁰. La cession de la nue-propriété implique de définir la durée de l'usufruit réservé. La société d'exploitation cédante conserve en effet un usufruit temporaire pour une durée déterminée.

La cession à titre onéreux dont il s'agit sera ici une vente et non pas un apport. Dans le cadre d'un apport de la nue-propriété de l'immeuble, la société d'exploitation recevrait des titres en pleine propriété. Toutefois, lors de l'extinction de l'usufruit temporaire, la pleine propriété est reconstituée au sein de la société civile immobilière dont les parts sont inscrites au bilan de la société d'exploitation. Ce montage ne présente donc aucun intérêt par rapport aux objectifs poursuivis.

Les avantages de la cession à titre onéreux de la nue-propriété de l'immeuble inscrit au bilan de la société sont nombreux. Tout d'abord, le bilan de l'entreprise se trouve allégé de l'actif immobilier. Au surplus, le chef d'entreprise deviendra à terme plein propriétaire de l'immeuble,

210 P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine*, op. cit., stratégie 5, p. 565. – P. Fernoux, *Stratégies d'immobilier d'entreprise fondées sur la transmission de la nue-propriété de l'immeuble – 1/ Aspects comptables* : JCP E 24 juill. 2003, n° 30, 1112.

ce qui lui permet de recevoir des revenus fonciers et, éventuellement, d'anticiper la transmission au profit de ses héritiers. Enfin, même si l'impôt sur la plus-value n'est pas totalement supprimé, il s'en trouve amoindri compte tenu du fait qu'il est calculé sur la base de la nue-propriété cédée et non pas de la pleine propriété.

Ce schéma n'est toutefois pas un remède miracle systématique. S'il existe des crédits en cours sur l'immeuble, le chef d'entreprise va se heurter aux garanties en place et à la nécessaire négociation avec le banquier pour la restructuration de la dette et des garanties.

En outre, il faut veiller à ce que les intérêts des associés étrangers au cercle familial ou plus généralement les associés minoritaires soient préservés.

B – Les particularités du traitement comptable

395. Valeur économique de l'usufruit réservé et de la nue-propriété. La réalisation de ce montage nécessite la valorisation de l'usufruit, d'une part et de la nue-propriété, d'autre part. Il faut déterminer ces valeurs au jour de la cession qui correspondra également à celui de la sortie du bilan. La cession étant réalisée à titre onéreux, la valeur de la nue-propriété sera calculée postérieurement à celle de l'usufruit. Ces valorisations seront faites par application de la méthode économique, en fonction de la durée de l'usufruit, du rendement du bien et de son taux de rendement.

La valeur de la nue-propriété correspondant au prix de cession sera celle portée à l'actif du bilan. La valorisation fiscale établie par le barème fiscal ne pourra pas encore être utilisée. Seule la valeur calculée par rapport à la méthode économique donnera une image sincère, régulière et véritable des comptes sociaux.

Le barème fiscal de l'article 669-II du Code général des impôts ne sera utilisé que pour la liquidation des droits d'enregistrement, dans l'acte de cession de la nue-propriété.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'article 619 du Code civil s'applique également pour un usufruit réservé.

396. Plan. Les particularités comptables sont présentes dans la détermination de la valeur nette comptable et à l'inscription de la nue-propriété au bilan (1°) ainsi que pour l'amortissement de l'usufruit réservé (2°).

1°) Valeur nette comptable et inscription à l'actif du bilan

397. Mouvements comptables. Avant la cession de la nue-propriété, la société d'exploitation est plein propriétaire de l'immeuble. L'immeuble est comptabilisé dans les comptes « Terrain », « Constructions ». En outre, tout au long de la période d'amortissement, le compte a été mouvementé en conséquence. Avec la cession de la nue-propriété, l'entreprise n'est plus propriétaire de l'immeuble. La cession de la nue-propriété implique des mouvements comptables.

Il en résulte que la cession entraîne la clôture des comptes « Terrain », « Constructions », « Amortissement des constructions » et « Valeur comptable des éléments d'actif cédés ».

La plus-value sera présentée dans le compte de résultat dans les conditions ordinaires. Elle est égale au prix de cession de la nue-propriété et la valeur nette comptable de celle-ci.

398. **Valeur nette comptable de la nue-propiété.** Comment déterminer la valeur nette comptable de la nue-propiété cédée ?

Sa détermination est relativement complexe. La valeur d'acquisition de la nue-propiété et les amortissements pratiqués sur ce droit sont inconnus lors de la cession. Elle est égale à la valeur historique de la nue-propiété diminuée des amortissements pratiqués pendant la période.

Les dispositions de l'article 74 SE du Code général des impôts applicables exclusivement aux plus-values immobilières des particuliers ne peuvent être utilisées ici.

Nous pourrions retenir la méthode préconisée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes²¹¹. Il faut alors appliquer à la valeur nette comptable de la pleine propriété le rapport existant, au jour de la cession, entre les prix de l'élément cédé et la valeur vénale de la pleine propriété. Cette méthode est d'ailleurs celle utilisée par l'administration pour le calcul de la plus-value immobilière en cas de donation de la nue-propiété d'un immeuble²¹².

En contrepartie, le compte « Produit des cessions des éléments d'actif » sera crédité de la valeur de la nue-propiété.

L'équilibre des comptes sera réalisé par la comptabilisation de la valeur nette comptable de l'usufruit.

399. **Illustration chiffrée.** Il est ci-après présenté un exemple chiffré basé sur un immeuble amorti sur une durée d'environ trente ans, cédé à la quinzième année de sa détention.

| | |
|--|--|
| Valeur vénale actuelle en pleine propriété de l'immeuble lors de la cession de la nue-propiété | 1 000 000 |
| Valeur de l'usufruit | 650 000 |
| Valeur de la nue-propiété | 350 000 |
| Prix d'acquisition de l'immeuble figurant au bilan | 500 000 |
| Amortissement | 250 000 |
| Valeur nette comptable de la pleine propriété | $500\ 000 - 250\ 000 = 250\ 000$ |
| Valeur nette comptable de la nue-propiété | $250\ 000 \times (350\ 000 / 1\ 000\ 000) = 87\ 500$ |
| Plus-values de cession | $350\ 000 - 87\ 500 = 262\ 500$ |

400. **Inscription à l'actif du bilan.** Au niveau du droit civil, nous avons bien la création d'un nouveau droit, quand bien même les prérogatives de ce droit étaient incluses dans le droit de propriété. Cela se traduit au niveau comptable par l'inscription du droit d'usufruit dans un compte d'immobilisation incorporelle.

La stratégie objet de notre étude pose un premier problème au regard de la base de calcul de l'amortissement.

401. **Valeur.** Au niveau du droit civil, la cession de la nue-propiété entraîne la création de nouveaux droits se substituant à celui de la pleine propriété. La société cédante se réserve le droit d'usufruit qui est de nature différente du droit de propriété dont il est issu. Compte tenu de la création de ces nouveaux droits, une première thèse nous conduirait à retenir la valeur économique pour son inscription à l'actif du bilan. Une autre opinion part de l'idée selon laquelle le plein propriétaire jouissait des attributs attachés à l'usufruit. L'usufruit faisait partie intégrante du droit de pleine propriété.

La seconde approche doit être retenue. La première entraînerait une réévaluation de l'actif de la société entraînant un écart de réévaluation taxable.

211 Bull. Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, n° 99, pleine propriété, p. 346 et s. – V. BCF févr. 1996, p. 5.

212 Doc. adm. DGI, 4 B-123, n° 47.

Ainsi, il convient de considérer que le droit d'usufruit réservé doit être inscrit non pas pour sa valeur brute, mais pour sa valeur nette comptable déterminée à partir du coût historique de la pleine propriété conformément à la méthode préconisée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Elle sera égale au complément de la valeur nette comptable de la nue-propriété par rapport à la valeur nette comptable totale du bien à la date de la cession. C'est ce montant qui sera inscrit à un compte d'immobilisation incorporelle à l'actif du bilan de la société d'exploitation.

Nous avons ici la différence essentielle entre la comptabilisation d'un usufruit « acquis » et d'un usufruit « réservé ». Dans la première hypothèse, le droit d'usufruit est comptabilisé pour sa valeur d'acquisition.

2°) L'amortissement de l'usufruit réservé

402. **Amortissement.** L'amortissement du droit d'usufruit est obligatoire, ainsi que nous l'avons vu précédemment.

403. **Première difficulté : base de l'amortissement.** Sur le plan du droit civil, la cession de la nue-propriété implique la naissance du droit d'usufruit.

Au niveau comptable, en amortissant la pleine propriété de l'immeuble, il paraît logique de considérer que la totalité des attributs de ce droit de propriété a fait l'objet d'amortissement. Avec l'amortissement de la pleine propriété de l'immeuble, l'usufruit a été également amorti. C'est la principale raison justifiant l'inscription au bilan pour la valeur nette comptable de l'usufruit calculée à partir de la valeur historique de la pleine propriété.

404. **Seconde difficulté : durée de l'amortissement du droit d'usufruit.** Dès lors que la durée de l'amortissement portant sur l'immeuble détenu en pleine propriété par la société cédante n'est pas expirée, faut-il prendre en compte la durée initialement fixée et amortir le droit d'usufruit sur une période limitée à la fraction du temps restant à courir à compter de la date de naissance de ce droit ?

M. Pierre Fernoux²¹³ considère qu'un nouveau droit implique un nouvel amortissement.

Pourtant, nous pourrions retenir l'idée contraire, consistant à prendre en compte la période initiale d'amortissement de l'immeuble. Une pratique contraire reviendrait-elle à pratiquer un double amortissement ou prolonger la durée de l'amortissement ?

Pour Pierre Fernoux, il ne peut y avoir de double amortissement compte tenu du fait que l'amortissement ne porte pas sur la même immobilisation. Dans la période initiale, l'amortissement a pour objet la construction alors qu'après la cession de la nue-propriété de l'immeuble, l'amortissement porte sur un droit d'usufruit. D'ailleurs, cette critique est totalement infondée si l'on retient le principe de l'amortissement de l'usufruit sur la valeur nette comptable de ce droit à la date de la cession de la nue-propriété.

De même, il considère qu'il n'y a pas de prolongation de la durée de l'amortissement initial au regard des mêmes raisons. L'amortissement n'a pas le même objet. Il porte sur le droit d'usufruit nouvellement créé. Il est totalement indépendant de l'amortissement pratiqué sur la pleine propriété de la construction.

Toutefois, le juge de l'impôt²¹⁴ a donné gain de cause à l'administration en considérant que lorsque l'immeuble avait fait l'objet d'un amortissement au titre de l'ancienne déduction

213 P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine*, op. cit., stratégie 5, p. 565. – P. Fernoux, *Stratégies d'immobilier d'entreprise fondées sur la transmission de la nue-propriété de l'immeuble – 1/ Aspects comptables* : JCP E 24 juill. 2003, n° 30, 1112.

214 TA Nantes, 4^e ch., req. n° 98-4869, SA SCA Ouest : RJF 8-9/2003, n° 103, concl. Quillévié ; BDCF 8-9/2003, n° 103.

forfaitaire de 14 % lorsqu'il relevait des revenus fonciers, l'amortissement devait être pratiqué à compter de la date du début de cet amortissement initial.

405. **Extinction de l'usufruit réservé.** L'extinction de l'usufruit réservé va entraîner la sortie de l'actif du bilan du droit d'usufruit lui-même.

Cette extinction ne présente ici aucune particularité. La sortie du droit d'usufruit n'a aucune conséquence sur le bilan de la société d'exploitation, le droit d'usufruit ayant une valeur nulle à son extinction et sa valeur nette comptable étant elle aussi égale à zéro.

Les comptes concernés sont alors mouvementés. Dès lors, le droit d'usufruit et les comptes d'amortissements disparaissent du bilan de la société d'exploitation.

C – Les particularités du traitement fiscal de la mutation de la nue-propiété

406. **Coût fiscal.** La cession de la nue-propiété de l'immeuble d'entreprise est un mode privilégié de retrait de l'actif du bilan, notamment au regard de ses conséquences fiscales²¹⁵. Il permet en effet de réduire de manière substantielle l'assiette des taxations.

407. **Plus-value constatée lors de la mutation de la nue-propiété.** La cession de la nue-propiété de l'immeuble va entraîner sa sortie du bilan et faire naître une plus-value taxable. La taxation de la plus-value sera limitée à celle acquise par la nue-propiété à la date de la mutation.

Comment déterminer cette plus-value ? Il y aura lieu de calculer la différence entre la valeur de la nue-propiété et sa valeur nette comptable à la date de la cession.

La valeur de la nue-propiété ne pose pas de difficultés. Ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, la nue-propiété aura été évaluée selon la méthode économique. Elle correspondra au prix de cession figurant dans l'acte de vente de la nue-propiété.

S'agissant du second terme de la différence, il convient de retenir la fraction de la valeur nette comptable de la pleine propriété correspondant à celle représentée dans le prix de cession par cette même nue-propiété.

Dans les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, en application de l'article 219-I-A *quater* du Code général des impôts, la totalité de la plus-value sera soumise à l'impôt au taux en vigueur.

408. **Les droits de mutation résultant de la cession de la nue-propiété.** La cession de la nue-propiété est soumise aux droits d'enregistrement. La nue-propiété est valorisée pour les besoins de la liquidation de ces droits d'enregistrement, conformément au barème fiscal de l'article 669-II du Code général des impôts.

La cession de la nue-propiété sera taxée aux droits de mutation à titre onéreux au taux de droit commun (CGI, art. 1594 A et D).

409. **La déductibilité des frais d'acquisition de la nue-propiété.** Sur le plan fiscal, comme en matière comptable, les droits de mutation, honoraires ou commissions ou frais d'actes liés à l'acquisition peuvent être portés au bilan soit au titre de l'exercice de leur engagement, soit être incorporés au coût de l'immobilisation.

215 P. Fernoux, *Stratégies d'immobilier d'entreprise fondées sur la transmission de la nue-propiété de l'immeuble – 2/ Aspects fiscaux* : JCP E 31 juill. 2003, n° 31, 1112.

410. **Taxe sur la valeur ajoutée.** La cession de la nue-propiété de l'immeuble ne donne pas lieu à régularisation au titre de l'article 210 de l'annexe II du Code général des impôts. La société d'exploitation conserve sa qualité d'usufruitier. Elle reste donc utilisatrice du bien et assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée. Il n'y a pas de modification de la situation du bien au regard de droits à déduction.

D – Extinction de l'usufruit réservé

411. **Effets de droit commun.** L'usufruit réservé au même titre que l'usufruit constitué prendra fin à son terme. L'usufruit s'éteint pour rejoindre la nue-propiété et reformer la pleine propriété.

La société titulaire de l'ancien usufruit réservé pourra décider de faire jouer la promesse de bail dont elle est bénéficiaire. Au contraire, elle aura pu laisser les locaux objets du démembrement et déménager dans un autre lieu, en renonçant à la promesse de bail dont elle est titulaire.

La société nouvellement plein propriétaire, relevant de l'article 8 du Code général des impôts, dépendra du champ d'application des revenus fonciers. En cas de cession de l'actif immobilier, la plus-value relèvera des plus-values immobilières des particuliers.

412. **Traitement fiscal.** Le nu-propiétaire recouvre la pleine propriété en franchise de fiscalité conformément à l'article 1133 du Code général des impôts.

413. **Traitement comptable.** La sortie de l'usufruit réservé devra être constatée comptablement et les comptes mouvementés en conséquence.

§ 4 – Le démembrement de propriété sur l'opération de construction

414. **Plan.** La réalisation d'une opération de construction immobilière en démembrement présente de fortes singularités sur le plan juridique (A) mais aussi fiscal (B).

A – Des difficultés traditionnelles au démembrement de propriété

415. **Techniques traditionnelles.** Les opérations de construction sur le sol d'autrui peuvent être réalisées dans le cadre d'un bail à construction ou d'un bail commercial avec autorisation de construire.

Ces techniques sont relativement sûres en raison de l'existence d'un statut légal spécifique et d'une jurisprudence abondante. Toutefois, elles présentent un certain nombre d'inconvénients. En effet, en ce qui concerne le bail à construction, si sa durée est inférieure à trente ans, le coût fiscal du retour des constructions est pénalisant. En revanche, si elle est portée à trente ans afin d'optimiser fiscalement l'opération, cette durée est difficilement réaliste au regard de la visibilité économique de l'entreprise.

S'agissant du bail commercial avec autorisation de construire, le coût fiscal rend, là encore, le montage peu intéressant.

Face à ces difficultés pratiques et contraintes fiscales, il est préférable de s'orienter vers le démembrement de propriété. Les contours du montage de démembrement de propriété sur l'immobilier bâti sont maintenant bien définis. En revanche, appliqué à une opération de construction, le démembrement de propriété suscite des questions complexes dont certaines ne sont pas encore résolues.

Les montages de démembrement de propriété portant sur les opérations de construction n'ont fait l'objet d'aucune jurisprudence ou d'aucun avis du Comité de répression de l'abus de droit ou du Comité d'abus de droit fiscal. La doctrine²¹⁶ est également quasi inexistante sur ce sujet.

416. **Taxes d'urbanisme.** Aux termes de l'article 1723 *quater* du Code général des impôts, le redevable de la taxe locale d'équipement est le « bénéficiaire de l'autorisation de construire ».

En conséquence, le redevable de cette taxe sera le nu-proprétaire.

417. **Extinction de l'usufruit temporaire.** Lors de l'extinction de l'usufruit, aucune taxation n'intervient pour le retour des constructions.

La valeur des aménagements réalisés sur un immeuble par une société soumise à l'impôt sur les sociétés, usufruitière de l'immeuble, qui, au terme de l'usufruit, reviennent sans indemnité à la société civile immobilière propriétaire constituée, le cas échéant, des mêmes associés, n'est imposable ni dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, ni dans celle des revenus fonciers²¹⁷.

B – Les particularités fiscales du démembrement appliqué aux opérations de construction

418. **Particularités lors de la constitution de l'usufruit.** Dans l'acte d'acquisition, le prix devra être ventilé. L'acte contiendra le prix afférent à l'usufruit du terrain à bâtir, d'une part, et celui applicable à la nue-propriété, d'autre part.

L'acquéreur-usufruitier pourra, s'il est assujéti, déduire la taxe sur la valeur ajoutée qu'il a acquittée lors de l'acquisition du terrain à bâtir, ainsi que sur la construction.

L'acquéreur nu-proprétaire sera, quant à lui, dans l'incapacité de déduire la sienne. En effet, le nu-proprétaire ne reçoit pas de loyers au titre de l'immeuble objet de la construction. Jusqu'à la dernière réforme, cette taxe sur la valeur ajoutée était donc pour lui perdue, ce qui entraînait une perte sèche de trésorerie. Il pouvait toutefois dans certaines conditions transmettre ses droits à déduction à l'usufruitier.

Le montage en démembrement portant sur les parts sociales de la société civile immobilière paraissait donc recommandé au regard de cette difficulté en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

À présent, comme il a été dit ci-dessus, le nu-proprétaire peut transférer, sous certaines conditions, ses droits à déduction à l'usufruitier.

419. **Particularités pendant le démembrement.** Le droit d'usufruit portant sur le terrain et les constructions doit être inscrit au bilan et amorti. En effet, ce n'est pas l'usufruit du terrain à bâtir qui est ici pris en compte, mais le droit d'usufruit lui-même.

Indirectement, une partie du terrain peut ainsi faire l'objet d'un amortissement par l'intermédiaire de l'amortissement du droit d'usufruit ayant pour objet ledit terrain.

420. **Particularités lors de l'extinction de l'usufruit.** À l'extinction de l'usufruit temporaire, le nu-proprétaire va devenir plein propriétaire du terrain, mais aussi, par accession, des constructions. Ce retour se fera sans qu'il n'ait à verser une quelconque indemnité à l'usufruitier.

216 Ch. Dechaumont-Cavalié et S. Quilici, *Les enjeux fiscaux de la cession d'usufruit temporaire envisagée comme technique de gestion du patrimoine immobilier professionnel* : JCP N 27 sept. 2002, n° 39, 1530.

217 CAA Lyon, 5^e ch., 13 juill. 2006, n° 02-875, Tavitian. – CAA Lyon, 5^e ch., 13 juill. 2006, n° 02-875, Tavitian.

Avec d'autres techniques de constructions sur sol d'autrui (bail emphytéotique, bail à construction, bail commercial avec autorisation de construire), le retour des constructions dans le patrimoine du propriétaire du terrain (personne physique ou société civile immobilière) entraîne généralement une taxation au titre de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus fonciers.

Dans le cadre du démembrement de propriété présentement étudié, le nu-propriétaire devient plein propriétaire du sol et des constructions sans aucune taxation au titre des revenus fonciers.

421. Cession de l'immeuble après reconstitution du droit de pleine propriété. La cession ultérieure de la pleine propriété pose des questions au regard de la détermination de la plus-value immobilière des particuliers. Cette cession va rentrer dans le champ d'application de l'article 150 A du Code général des impôts dès lors que le plein propriétaire est une personne physique ou une société civile immobilière n'ayant pas opté à l'impôt sur les sociétés. Il convient de déterminer le prix de cession. Il résulte de l'article 150 H du Code général des impôts que le prix d'acquisition s'entend du prix effectivement versé par le cédant tel qu'il a été stipulé dans l'acte en cas d'acquisition à titre onéreux ou de la valeur vénale en cas d'acquisition à titre gratuit. Or, l'extinction de l'usufruit n'est ni une acquisition à titre onéreux, ni une acquisition à titre gratuit.

L'opération de démembrement peut provenir de la cession de l'usufruit du terrain à bâtir par une personne initialement pleine propriétaire. Le problème de la valorisation du prix d'acquisition reste entier au regard de la détermination de la plus-value immobilière lors de la cession de la pleine propriété de l'immeuble.

Assurément, l'administration ne pourra faire le reproche au contribuable de valoriser son prix d'acquisition sans prendre en considération la valeur de la construction ayant fait l'objet du transfert dans le patrimoine du nu-propriétaire lors de l'extinction de l'usufruit. C'est la solution inverse qui pourrait être critiquée par l'administration.

Toutefois, en cas de démembrement *ab initio*, il serait logique de considérer qu'au prix d'acquisition en nue-propriété du terrain, il y a lieu d'ajouter la partie de la construction éventuellement financée par le nu-propriétaire.

Si le démembrement intermédiaire a pour origine la cession de l'usufruit temporaire, la personne redevenue plein propriétaire devra, à notre sens, prendre en compte la valeur en pleine propriété du terrain lors de son acquisition. La cession de l'usufruit temporaire devant être considérée comme une opération indépendante de celle résultant de la cession ultérieure de la pleine propriété.

Observation étant ici faite que cette question est bien évidemment sans intérêt dès lors que l'acquisition aura été faite depuis plus de trente ans. Elle restera néanmoins d'actualité si, lors d'une prochaine réforme, les prélèvements sociaux deviennent exigibles sur les plus-values immobilières exonérées d'impôt sur le revenu.

Chapitre IV – L’optimisation de l’impôt sur la fortune immobilière pour la gestion de fortune en France

422. **Naissance de l’I.F.I.** L’apparition en 2018 de l’impôt sur la fortune immobilière au lieu et place de l’impôt sur la fortune n’a pas modifié fondamentalement les schémas d’optimisation en gestion de fortune. L’impôt sur la fortune est pour les riches et les ultra-riches un impôt important en matière de stratégies fiscales, car il présente un coût élevé et récurrent. Le rétrécissement de la base de l’impôt sur la fortune peut au moins être salué en ce qu’il permet de réduire par voie de conséquence le montant de cet impôt.

Par rapport à l’impôt sur la fortune, de nombreuses caractéristiques de l’impôt sur la fortune n’ont pas été modifiées avec l’impôt sur la fortune immobilière. Il en va ainsi notamment :

- Des personnes redevables de l’impôt sur la fortune (article 964 du CGI) ;
- Du fait générateur de l’impôt sur la fortune (article 965 du CGI) ;
- Du seuil d’imposition de 1.300.000 € (article 964 du CGI) ;
- Le barème d’imposition (article 964 du CGI) ;
- Des règles d’évaluation (article 973 du CGI) ;
- De l’abattement de 30% sur la résidence principale (article 973 du CGI) ;

En revanche, l’impôt sur la fortune immobilière présente des nouveautés importantes en ce qui concerne l’assiette de l’impôt (article 965 à 972 ter du CGI), le passif déductible (article 974 du CGI). L’arrivée de l’impôt sur la fortune immobilière a pour conséquence de supprimer le pacte Dutreil « I.S.F » et modifie considérablement les actifs exonérés (articles 975 et 976 du CGI).

L’impôt sur la fortune immobilière porte sur les biens et droits immobiliers ainsi que sur les parts ou actions de sociétés ou organismes à hauteur de la fraction de leur valeur représentative des biens immobiliers taxables, quel que soit le nombre d’entités interposés (article 965 du C.G.I).

L’impôt sur la fortune immobilière a modifié les réflexes des conseils en ingénierie patrimoniale eu égard au fait que l’assiette de l’impôt est considérablement retouchée d’une part et qu’il existe de nombreuses règles particulières relatives à l’évaluation des biens imposables (tant au niveau de l’actif que du passif). En outre, le nouvel impôt sur la fortune immobilière contient de nouveaux dispositifs anti-abus qui rendent plus difficiles la conception des montages ayant pour objet l’optimisation de cet impôt.

423. **Plan.** Afin d’optimiser l’impôt sur la fortune immobilière de son client, le notaire qui intervient pour conseiller son client dispose de plusieurs opportunités :

- Les actifs exonérés (section I) ;
- L’effet de levier par le passif (section II) ;
- Les règles d’évaluations (section III)
- Le structuring en démembrement (section IV) ;
- La location meublée professionnel (section V) ;
- Le plafonnement de l’impôt sur la fortune immobilière (section VI).

Nous étudierons successivement chacune de ses stratégies qui peuvent être utilisées parfois cumulativement. Pour les grandes fortunes, le plafonnement impôt sur la fortune est un outil d’optimisation remarquable.

Section I – L'exonération de certains actifs

424. **Plan.** L'amélioration de la situation du contribuable au regard de l'impôt sur la fortune immobilière passe par la recherche de la qualification des actifs au titre d'un régime d'exonération.

Il convient de noter que l'impôt sur la fortune immobilière a supprimé les exonérations ci-après qui existaient sous l'empire de l'impôt sur la fortune :

- usufruit de titres qui forment un bien professionnel conservé par un dirigeant à l'occasion de son départ à la retraite et du transfert de la nue-propriété desdits titres ;
- titres détenus par les salariés et les mandataires sociaux qui exercent leur activité principale dans la société ;
- titres faisant l'objet d'un pacte Dutreil « I.S.F ».

L'impôt sur la fortune immobilière a ajouté aux exonérations professionnelles par rapport à l'impôt sur la fortune (§2). L'exonération professionnelle est l'outil de prédilection pour optimiser la sa situation du redevable de l'impôt sur la fortune immobilière.

Aux côtés, des exonérations à caractère professionnel, il existe quelques cas d'exonérations total ou partiel (§1).

§ 1 – Les exonérations autres que professionnelles

425. **Pierre-papier.** En principe, les parts de SCPI et d'OPCI sont taxables. Par exception, les biens détenus par des organismes de placement collectif, dont l'actif est composé de moins de 20% d'actifs taxables et dont le redevable détient moins de 10% des parts (article 972 bis du CGI).

En ce qui concerne les sociétés d'investissements immobilier cotées (S.I.I.C), le principe étant là encore qu'elles sont taxables. Toutefois, par exception, elles sont exonérées si la participation du contribuable est inférieure à 5% (article 972 ter du CGI).

426. **Biens ruraux et forestiers.** Les bois et forêts ainsi que les parts de groupements forestiers, continuent de bénéficier avec l'impôt sur la fortune immobilière, de l'exonération des $\frac{3}{4}$ de leur valeur imposable (976 – I et II C.G.I).

De même, les biens ruraux donnés à bail à long terme ou à bail cessible et parts de GFA, bénéficient également de l'exonération des $\frac{3}{4}$ de leur valeur imposable taxable. (976 – III et IV C.G.I).

427. **Contrat d'assurance-vie.** La valeur de rachat des contrats d'assurance rachetables exprimés en unités de compte visées au 2^{ème} alinéa de l'article L.131-1 du code des assurance

est incluse dans le patrimoine du souscripteur, à hauteur de la fraction de leur valeur représentative des actifs taxables.

En revanche, les contrats d'assurance-vie non rachetables, dont les primes versées après l'âge de 70 ans étaient précédemment taxables à l'I.S.F, ne sont pas concernés par l'IFI.

428. Clause de bonne foi. Selon le nouvel article 965, 3° du C.G.I, aucun rehaussement n'est effectué si le redevable, de bonne foi, n'est pas en mesure de disposer des informations nécessaires à l'estimation de la fraction de la valeur des parts ou actions imposables, représentative des biens ou droits immobiliers qu'ils détiennent indirectement.

La bonne foi est écartée, si le redevable :

- contrôle, au sens du 2° du III de l'article 150-0 B ter, la société ou l'organisme qui détient directement les biens ou droits immobiliers imposables ;
- ou son conjoint, partenaire, concubin notoire, enfant mineur en cas d'administration légale de ses biens se réserve, en fait ou en droit, la jouissance des biens ou droits immobiliers que le redevable détient indirectement ;
- détient directement ou indirectement, seul ou conjointement (avec son foyer fiscal IFI), plus de 10 % du capital ou des droits de vote de la société ou de l'organisme qui détient directement les biens ou droits immobiliers imposables.

429. Le régime des impatriés. Les personnes ayant leur domicile fiscal en France sont soumises à l'impôt sur la fortune immobilière, sur les biens immobiliers situés en France ou hors de France.

Toutefois les personnes physiques domiciliées en France, mais qui n'ont pas été fiscalement domiciliées en France au cours des 5 années civiles précédant celle au cours de laquelle elles ont leur domicile fiscal en France, ne sont imposable qu'à raison des mêmes biens que celles n'ayant pas leur domicile fiscal en France.

Cette disposition s'applique au titre de chaque année au cours laquelle le redevable conserve son domicile fiscal en France, jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle au cours de laquelle le domicile fiscal a été établi en France.

§ 2 – Les exonérations professionnelles

430. Biens détenus par des sociétés opérationnelles dont le redevable détient moins de 10 %. Le nouvel article 965 C.G.I prévoit que ne sont pas prises en compte les parts ou actions de sociétés ou d'organismes qui ont pour activité une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale dont le redevable détient directement et, le cas échéant, indirectement, moins de 10% du capital ou des droits de vote.

Pour l'appréciation de ce seuil, il reste tenu compte des titres appartenant au redevable et aux membres du foyer fiscal.

En raison de leur activité patrimoniale, les sociétés civiles ou les fonds de placement immobilier (SCPI ou FCPI) ne sont pas concernées par cette exclusion.

Par exception, sont prises en compte pour déterminer la fraction taxable des titres détenus par le redevable de certaines détentions de moins de 10%, les biens et droits immobiliers détenus

directement par les sociétés ou organismes, lorsque le redevable, seul ou conjointement contrôle au sens du 2° du III de l'article 150-0 B ces sociétés ou organismes. Il en va de même lorsque le redevable ou un membre du foyer fiscal, se réserve la jouissance en fait ou en droit de ces biens et droits immobiliers.

431. Actifs immobiliers affectés à l'activité professionnelle du redevable. Les actifs immobiliers affectés à l'activité principale industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale du redevable ou d'un membre de son foyer fiscal sont exonérés de l'I.F.I. (article 975 C.G.I)

Sont exonérés les biens ou droits immobiliers ainsi que les titres représentatifs des mêmes biens affectés à l'activité principale du redevable, que celle-ci soit exercée à titre *individuel* ou dans une *société de personnes* soumises à l'impôt sur le revenu.

Lorsque l'activité est exercée dans une société soumise, de droit ou sur option à *l'impôt sur les sociétés*, lesdits biens sont également exonérés sous réserve des conditions suivantes :

- l'activité de la société doit être de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ;
- le redevable devrait exercer à titre principal dans la société une fonction de direction. Cette fonction doit être effectivement exercée et donner lieu à une rémunération normale. La rémunération doit représenter plus de la moitié des revenus professionnels du redevable ;
- Une participation minimale de 25% des droits de vote est exigée des gérants minoritaires de SARL et des associés dirigeants de sociétés anonymes. Ces dirigeants sont toutefois dispensés de respecter ce seuil minimum de détention lorsque la valeur brute de leur participation excéderait 50% de la valeur brute du patrimoine du redevable.

N'est pas considérée comme une activité industrielle, commerciale, agricole ou libérale, l'exercice par une société ou un organisme d'une activité de gestion de son patrimoine immobilier.

Sont considérées comme des activités commerciales, les activités visées aux articles 34 et 35 du CGI. Cette qualification engloberait donc notamment les activités des promoteurs et des marchands de biens.

Sont également considérées comme des activités commerciales, les activités de sociétés qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers.

La définition de la holding animatrice retenue est celle actuellement utilisée par la doctrine administrative et la jurisprudence.

432. Biens affectés à l'exploitation d'une société. Lorsque les conditions de l'exclusion des participations de moins de 10% ne sont pas remplies ou en présence d'une situation ne permettant pas d'être éligible au titre de l'outil professionnel, de nouvelles dispositions autorisent à ne pas tenir compte, dans la valeur des titres retenue dans l'assiette imposable, de la valeur de certains biens immobiliers détenus directement ou indirectement par la société dans laquelle le redevable détient ses titres

Il existe deux cas susceptibles d'être envisagés :

- Biens affectés à l'exploitation de la société qui les détient, quelle que soit l'activité de la société dans laquelle le redevable détient des titres (article 965, 2° a du CGI) ;

- Biens affectés à l'exploitation d'une société du groupe lorsque l'activité de la société dans laquelle le redevable détient ses titres est opérationnelle (article 965, 2° b du CGI).

En ce qui concerne le dispositif issu de l'article 965, 2° a du CGI, ne sont pas retenus pour le calcul de la fraction sus-visée, les biens ou droits immobiliers qui sont affectés par la société qui les détient à sa propre activité industrielle, commerciale, agricole, artisanale ou libérale. Sont visés aussi bien les immeubles détenus directement par la société dans laquelle le redevable détient ses titres que ceux détenus par une filiale ou sous-filiale de cette société. Les immeubles mis à disposition ou donnés à location ne sont donc pas couverts par ce cas. Aucune condition particulière liée à l'activité de la société dans laquelle le redevable détient ses titres n'est exigé.

L'article 965, 2°, b du CGI concerne les redevables qui détiennent des titres d'une société (ou d'un organisme) ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Dans cette situation, la fraction de la valeur des titres correspond aux immeubles détenus directement ou indirectement, par cette société serait exclue de la base imposable si ces biens sont affectés à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale :

- De la société dont le redevable détient les titres, même si cette entité n'est pas directement propriétaire ;
- De la société qui en est propriétaire
- Ou enfin d'une société dans laquelle la société dont le redevable possède les titres détient directement ou par personne interposée, la majorité des droits de vote ou y exerce en fait le pouvoir de décision.

Section II – L'effet de levier par le passif : quels bénéfices sur l'I.F.I ?

433. **Principes généraux.** Sont déductibles de la valeur des biens ou droits immobiliers et des parts ou actions taxables, les dettes existantes au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, contractées par le redevable et effectivement supportées par lui, afférentes à des actifs imposables, et le cas échéant, à proportion de la fraction de leur valeur imposable.

Pour les actifs partiellement imposés à l'IFI, la règle du prorata s'applique. Le passif est alors réduit à proportion de la fraction de valeur imposable.

L'article 974-I du C.G.I a redéfini totalement les dettes déductibles au titre de l'impôt sur la fortune immobilière. Pour être déductibles, les dettes doivent être afférentes à des actifs taxables, exister au 1^{er} janvier de l'année d'imposition et contractées et effectivement supportées par le redevable.

Sont déductibles les dettes relatives aux dépenses d'acquisition des biens ou droits immobiliers imposables, aux dépenses d'améliorations, de construction, de reconstruction ou d'agrandissement ainsi qu'aux dépenses de réparation et d'entretien de ces mêmes biens.

Sont déductibles également, les dépenses d'acquisition des parts ou actions, au prorata de la valeur des actifs imposables.

S'agissant des impôts, sont déductibles ceux qui sont dus à raison de la propriété des biens (taxes foncières et taxes sur les locaux vacants).

Les impôts incombant à l'occupant (taxe d'habitation) et ceux dus à raison des revenus générés par les biens (revenus fonciers et BIC) ne sont pas déductibles, ce qui est dommageable pour le contribuable. Il est surprenant que le législateur n'ait pas autorisé la déduction des impôts relatifs aux revenus de l'immeuble.

434. **Stratégies d'optimisation par la dette.** En matière d'optimisation de l'impôt sur la fortune immobilière comme auparavant sous l'impôt sur la fortune, la stratégie consistant à mettre une dette en face de l'actif taxable pour annuler la valeur correspondante, reste une solution à privilégier.

Toutefois, force est de constater que le nouvel impôt sur la fortune immobilière, contient plusieurs dispositifs venant rendre plus difficile la structuration d'actifs taxables avec une dette déductible y associée. En particulier, il faudra être attentif dans les opérations familiales car les nouvelles exclusions des prêts familiaux peuvent conduire à des non prises en compte du passif.

Au surplus, le plafonnement de la déductibilité du passif pour les gros patrimoines vient diminuer pour eux l'impact de cette stratégie. Il n'en demeure pas moins que la stratégie de la dette conserve un impact significatif pour la réduction de l'impôt sur la fortune immobilière.

435. **Prêt in fine.** Aux termes de l'article 974, II du CGI, les dettes susvisées correspondant à des prêts prévoyant le remboursement du capital au terme du contrat, contractés pour l'achat d'un bien ou droit immobilier imposable, sont déductibles dans les conditions ci-après.

Les dettes susvisées correspondant à des prêts ne prévoyant pas le remboursement du capital au terme du contrat, contractés pour l'achat d'un bien ou droit immobilier imposable, sont déductibles chaque année à hauteur du montant total de l'emprunt diminué d'une somme égale à 1/20ème de ce montant par année écoulée depuis le versement du prêt.

Les prêts avec remboursement in fine font l'objet d'un dispositif particulier. Ces dettes ne sont que partiellement déductibles. Des annuités théoriques sont déterminées en divisant le montant de l'emprunt par le nombre d'années totale de l'emprunt.

Seule la somme de ces annuités correspondant au nombre d'années restant à courir jusqu'au terme prévu serait déductible.

Là encore, le nouveau dispositif vient réduire les effets d'une pratique courante qui consistait à conclure un prêt in fine du même montant que le bien immobilier objet de l'acquisition. Le montant du passif déductible était pendant toute la durée du prêt identique à celui du bien immobilier sous réserve de la plus value potentielle dudit bien.

436. **Exclusion des prêts familiaux.** Il résulte de l'article 974, III du C.G.I que sont pas déductibles :

- Les prêts contractés, directement ou indirectement, auprès d'un membre du foyer fiscal ;
- Les prêts contractés auprès d'un membre du groupe familial (ascendant, descendant, frère ou sœur d'un membre du foyer fiscal), sauf s'il est justifié du caractère normal des conditions du prêt (respect des échéances, caractère effectif du remboursement) ;
- Les prêts contractés par un membre du foyer fiscal auprès d'une société contrôlée (au sens de l'article 150-0 B ter du CGI), directement ou indirectement, par l'un des membres du groupe familial.

437. **Création d'un plafond de déduction pour les gros patrimoines.** Lorsque la valeur du patrimoine taxable est supérieure à 5 M€ et que le montant des dettes excède 60% de cette valeur, la fraction des dettes excédant cette limite ne serait déductible qu'à hauteur de 50% de cet excédant

Exemple : Un redevable est propriétaire de biens immobiliers taxables d'une valeur brute de 8M€, il a contracté des dettes pour leur acquisition d'un montant de 5M€, représentant donc plus de 60% de la valeur des biens (4,8M€). L'excédent de 200.000 € ne serait déductible qu'à hauteur de 50%, soit 100.000 €.

Le montant des dettes déductibles se trouve alors limité à 4,9M€

Section III – Évaluation

438. **Principes.** La valeur des actifs est déterminée suivant les règles en vigueur en matière de droits de mutation par décès.

L'application de décotes spécifiques sur l'immeuble reste justifiée en cas d'indivision (20% à 40%) ou pour occupation (20%). Ces décotes peuvent le cas échéant se cumuler.

Comme auparavant, l'impôt sur la fortune immobilière admet un abattement de 30 % sur la valeur vénale réelle de l'immeuble lorsque celui-ci est occupé à titre de résidence principale par son propriétaire. En cas d'imposition commune, un seul immeuble est susceptible de bénéficier de l'abattement précité.

S'agissant de l'évaluation des titres sociaux, les créances détenues directement ou indirectement, par le redevable sur la société dont il détient les titres (via un compte courant d'associé par exemple) ne sont pas déductibles pour la détermination de la fraction taxable desdits titres. Les comptes courants d'associés, ne sont donc plus sous l'impôt sur la fortune immobilière un instrument d'optimisation.

L'évaluation des titres sociaux est rendue très complexe par l'impôt sur la fortune immobilière. Il s'agit d'un mécanisme à trois étapes. Dans un premier temps il convient de procéder à l'évaluation des immeubles. Dans un second temps, il faut déterminer la valeur globale des titres, sachant que l'endettement interne est déductible sous réserve de l'application de plusieurs dispositifs anti-abus et qu'il est nécessaire de définir la fraction taxable (application d'un ratio immobilier à chaque niveau d'interposition). Enfin, il y a lieu de déduire les dettes contractées par le redevable.

439. **Neutralisation du passif résultant d'une vente « à soi-même ».** L'article 973, II, 1° du C.G.I dispose :

« II. – Pour la valorisation des parts ou actions mentionnées au 2° de l'article 965, ne sont pas prises en compte les dettes contractées directement ou indirectement, par une société ou un organisme :

« 1° Pour l'acquisition, dans un objectif principalement fiscal, à une personne mentionnée au 1° de l'article 965 d'un bien ou droit immobilier imposable ; »

La vente à soi-même dans un contexte familial est un schéma courant en pratique. Lorsque le passif déductible est nul ou proche de l'être, une nouvelle société familiale procède à l'acquisition des biens immobiliers au moyen d'un nouveau prêt qui constitue un passif déductible.

Le dispositif de l'article 973, II, 1° du CGI vient réduire la portée de cette opération. Si l'acquisition a un but principalement fiscal, l'emprunt nouvellement contracté par la société pour financer l'acquisition d'un bien ayant appartenu au redevable de l'impôt sur la fortune immobilière ou à un membre de son foyer fiscal, n'est plus pris en compte pour l'évaluation des titres sociaux.

Reste à savoir ce que recouvre la notion de « principalement fiscal ». Nous comprenons bien qu'il faut lui donner un périmètre plus large que l'exclusivisme fiscal de l'abus de droit. Mais que recouvre-t-elle vraiment ?

De nombreuses questions restent à ce jour sans réponse. Faut-il regarder uniquement l'impôt sur la fortune immobilière ou les autres impôts ? Comment apprécier les critères lorsque le

contribuable a eu plusieurs objectifs distincts ? L'objectif principalement fiscal est-il apprécié par rapport à la société acquéreur ou seulement du vendeur ?

440. Neutralisation des dettes sociales souscrites auprès du redevable. L'article 973, II, 2° du C.G.I dispose :

« II. - Pour la valorisation des parts ou actions mentionnées au 2° de l'article 965, ne sont pas prises en compte les dettes contractées directement ou indirectement, par une société ou un organisme :

2° Auprès d'une personne mentionnée au 1° de l'article 965, pour l'acquisition d'un bien ou droit immobilier imposable ou pour des dépenses mentionnées aux 2° et 3° du I de l'article 974 afférentes à ces mêmes actifs, à proportion de la participation des personnes mentionnées au 2° du II du même article 974 dans la société ou l'organisme ; »

A titre d'exemple, au 1^{er} janvier 2018, une S.C.I ayant comme seuls associés un couple marié, est propriétaire d'un actif immobilier d'une valeur de 800.000 €. Le passif de la société est composé d'un compte courant d'associé du même montant au nom des époux. Dans cette hypothèse, la valeur des titres sociaux à déclarer à l'impôt sur la fortune immobilière est égal à 800.000 € alors qu'auparavant il aurait été nul.

441. Neutralisation des dettes sociales souscrites auprès du groupe familial élargi. L'article 973, II, 3° du C.G.I dispose :

« II. - Pour la valorisation des parts ou actions mentionnées au 2° de l'article 965, ne sont pas prises en compte les dettes contractées directement ou indirectement, par une société ou un organisme :

3° Auprès d'une personne mentionnée au 3° du II de l'article 974, pour l'acquisition d'un bien ou droit immobilier imposable ou pour des dépenses mentionnées aux 2° et 3° du I du même article 974 afférentes à ces mêmes actifs, à proportion de la participation des personnes mentionnées au 2° du II dudit article 974 dans la société ou l'organisme ;

A titre d'exemple, au 1^{er} janvier 2018, une S.C.I ayant comme seuls associés un père et son fils à 50% chacun, est propriétaire d'un actif immobilier d'une valeur de 800.000 €. Le père est redevable de l'impôt sur la fortune immobilière. Le passif de la société est composé d'un compte courant d'associé du même montant au nom du fils. Dans cette hypothèse, la valeur des titres sociaux à déclarer par le père à l'impôt sur la fortune immobilière est égal à 800.000 € X 50%, soit 400.000 € alors qu'auparavant il aurait été nul.

442. Neutralisation des dettes sociales entre sociétés liées. L'article 973, II, 4° du C.G.I dispose :

« II. - Pour la valorisation des parts ou actions mentionnées au 2° de l'article 965, ne sont pas prises en compte les dettes contractées directement ou indirectement, par une société ou un organisme :

4° Auprès d'une société ou d'un organisme contrôlé, au sens du 2° du III de l'article 150-0 B ter, directement ou par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs sociétés ou organismes interposés, par les personnes mentionnées au 2° du II de l'article 974, leurs ascendants ou descendants ou leurs frères et sœurs, pour l'acquisition d'un bien ou droit immobilier imposable ou pour des dépenses mentionnées aux 2° et 3° du I du même article 974 afférentes à ces mêmes actifs, à proportion de la participation des personnes mentionnées au 2° du II dudit article 974 dans la société ou l'organisme ».

Nous pouvons nous interroger sur les hypothèses qui sont ici visées par le dispositif par rapport aux dispositifs à l'article 973, II, 2° et 3° du CGI. Il s'agit en effet des mêmes personnes qui sont visées et les paragraphes 2° et 3° ne fixent pas de seuil minimum de détention contrairement au 4°. De plus, ils prévoient déjà la prise en compte de participation indirecte.

443. **Clause de sauvegarde.** Selon l'article 974, II du C.G.I, les 2° à 4° du présent II ne s'appliquent pas si le redevable justifie du caractère normal des conditions du prêt, notamment du respect du terme des échéances, du montant et du caractère effectif des remboursements.

La clause de sauvegarde ne semble viser que la démonstration du caractère normal des prêts : cela implique-t-il que les comptes courants sont exclus des hypothèses de neutralisation ?

Section IV - Stratégies d'optimisation de l'impôt sur la fortune au moyen du démembrement

444. **Plan.** Après avoir rappelé les grands principes régissant l'imposition au titre de l'impôt sur la fortune en cas de démembrement (§ 1), nous présenterons les principaux schémas d'optimisation fiscale en gestion de fortune au moyen du démembrement (§2).

§ 1 – Rappel des règles générales en matière de démembrement

445. **Patrimoine de l'usufruitier.** Les biens grevés d'un usufruit doivent, sauf exception, être compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour leur valeur en pleine propriété, c'est-à-dire la valeur de l'usufruit et de la nue-propriété (CGI, art. 968). Cette règle est conforme aux principes du droit civil en vertu desquels l'usufruitier est tenu d'assumer les charges afférentes aux biens dont il a la jouissance.

Lorsque l'usufruit porte seulement sur une fraction du bien, il est compris dans le patrimoine de l'usufruitier, pour la même fraction de la valeur de la pleine propriété.

Aucun abattement n'est autorisé pour un bien démembre²¹⁸.

L'usufruitier et le nu-propiétaire peuvent convenir, d'un commun accord, d'une répartition différente de la charge de l'impôt. Cette convention n'est toutefois pas opposable à l'administration.

446. **Répartition.** Les biens grevés d'usufruit sont par exception répartis dans les patrimoines respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

Il en va ainsi lorsque le démembrement résulte des situations énumérées à l'article 968 alinéa 2 du CGI.

Les actifs grevés d'un usufruit, d'un droit d'habitation ou d'un droit d'usage accordé à titre personnel sont compris respectivement dans les patrimoines de l'usufruitier ou nu-propiétaire suivant les proportions fixées à l'article 669, dans 3 cas :

1. La constitution de l'usufruit résulte de l'application des articles 757 du Code civil, 1094 et 1098 du Code civil. Les biens dont la propriété est démembreée en application des autres dispositions, notamment l'article 1094-1 du Code civil, ne peuvent faire l'objet de cette imposition répartie ;

2. Le démembrement de propriété résulte de la vente d'un bien dont le vendeur s'est réservé l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation et que l'acquéreur n'est pas l'une des personnes mentionnées à l'article 751 du CGI ;

²¹⁸ Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-16.751.

3. L'usufruit ou le droit d'usage ou d'habitation a été réservé par le donateur d'un bien ayant fait l'objet d'un don ou d'un legs à l'État, aux départements, aux communes ou syndicats de communes et à leurs établissements publics, aux établissements publics nationaux à caractère administratif et aux associations reconnues d'utilité publique.

§ 2 – Le démembrement et l'optimisation de l'impôt sur la fortune immobilière

447. **Intérêts de la transmission.** Le démembrement peut être un outil intéressant d'optimisation de l'impôt sur la fortune.

En effet, la donation ou la cession de l'usufruit temporaire ou viager permet d'éliminer la charge de l'impôt du donateur ou du cédant, devenu suite à cette mutation simple nu-propiétaire. Cette transmission peut porter sur un bien meuble ou un bien immobilier.

La valeur du bien objet du démembrement ne fait plus alors partie de l'assiette de l'impôt sur la fortune pour le donateur ou le cédant.

L'optimisation est maximale, lorsque le nu-propiétaire n'est pas imposable au titre de l'impôt sur la fortune.

448. **Donation.** La donation de l'usufruit temporaire par les parents leur permet de réduire l'assiette de l'impôt sur la fortune. Encore faut-il que les enfants donataires ne fassent pas partie du même foyer fiscal que les parents donateurs.

Cette donation peut trouver un véritable intérêt lorsque les jeunes adultes débutent dans la vie et qu'elle porte sur des biens de rapport.

Ces donations encourent la sanction de l'abus de droit en cas de fictivité ou de but exclusivement fiscal²¹⁹.

Dans le cadre de ces donations, il est conseillé de suivre les recommandations figurant dans l'instruction, relatives aux donations d'usufruit temporaires au profit d'organismes d'intérêt général²²⁰, qui permettent la même optimisation de l'impôt sur la fortune.

En pratique, nous ne recommandons pas de réaliser la donation de l'usufruit temporaire des actifs immobiliers en vue de limiter l'impôt sur la fortune immobilière. En effet, cette opération est génératrice d'une fiscalité au titre des droits de donations qui de notre avis annihile tout simplement l'économie réalisée en matière d'impôt sur la fortune immobilière.

449. **Cession.** La cession de l'usufruit temporaire peut entraîner l'impôt sur la plus-value si le cédant ne bénéficie pas d'une exonération. L'acquéreur de l'usufruit temporaire peut être une personne physique ou une société. La société, étant une personne morale, n'est pas redevable de l'impôt sur la fortune.

Cette cession peut également encourir la sanction de l'abus de droit s'il s'avère que le montage est fictif ou réalisé dans le but exclusif d'éluder l'impôt sur la fortune²²¹.

Le législateur avait pris une mesure afin de limiter la portée de ces montages. Il voulait faire supporter l'impôt sur la fortune sur la valeur totale des biens au nu-propiétaire. Cette disposition a été fort heureusement censurée par le Conseil constitutionnel par sa décision du 29 décembre 1998 rappelant que l'impôt doit être prélevé sur les revenus engendrés par les biens taxés.

²¹⁹ Rép. min. Beaulieu n° 13691 : JOAN Q 14 juill. 2003, p. 5589 ; BOI 7 S-4-03.

²²⁰ BOI 7 S-4-03.

²²¹ Doc. adm. DGI, 7 S-3212-51.

Nous rappelons que la cession d'usufruit temporaire fait aujourd'hui l'objet d'un dispositif particulier au titre de l'article 13,5 du CGI qui vient réduire l'opportunité de mettre en œuvre ce type d'opération.

Section IV – La location en meublée

450. **Loueurs en meublé.** Par exception, n'est pas considérées comme une activité commerciale l'exercice par une société ou un organisme d'une activité de location de locaux d'habitation loués meublés ou destinés à être loués meublés lorsque le redevable ne remplit pas, dans la société propriétaire des immeubles, les conditions mentionnées au II ou au III de l'article 975 du CGI.

Ainsi, l'activité de loueur en meublé de locaux d'habitation est exclue de la qualification d'activité commerciale, sauf si elle remplit les conditions pour être considérée comme une profession principale. Les conditions étant tout d'abord l'inscription du propriétaire au registre du commerce et des sociétés. Il faut ensuite que les recettes annuelles représentent plus de 23.000 € et plus de 50% de revenus professionnels du foyer fiscal.

Pour l'appréciation du seuil de 50 %, doit être pris en compte l'ensemble des revenus professionnels du foyer fiscal au sens de l'impôt sur la fortune.

La condition relative à l'inscription au registre du commerce et des sociétés peut être considérée comme remplie lorsque l'intéressé peut justifier que la non-inscription résulte du seul fait du refus du greffe, motivé par le caractère non-commercial de l'activité. La preuve du motif de refus doit être apportée par le redevable qui présentera à cet effet une copie de la décision du greffe. En effet, aux termes de l'article R. 123-97 du Code de commerce, la décision de refus d'inscription comporte les motifs du rejet de la demande.

Section V – Le plafonnement de l'impôt sur la fortune : l'outil de prédilection pour les grandes fortunes

451. **Optimisation fiscale.** Le mécanisme du plafonnement de l'impôt sur la fortune est l'outil de référence en gestion de fortune pour optimiser l'imposition. En témoigne, la liste des français parus²²² en 2016 les plus fortunés qui l'ont utilisé dont la 1^{ère} fortune de France. Selon cette liste établie par la DGFIP, 11 des 50 contribuables fortunés qu'elle a recensés n'ont même pas payé l'impôt sur la fortune. En raison de la performance du plafonnement pour la réduction de la note fiscale, le législateur a récemment mis en place un dispositif anti-abus.

La règle du plafonnement qui existait sous l'impôt sur la fortune a été reprise de manière identique sous l'impôt sur la fortune immobilière.

452. **Plan.** Nous présenterons tout d'abord le mécanisme du plafonnement (§1) et ses modalités de calcul (§2) avant d'étudier sa mise en œuvre dans un schéma couramment utilisé pour les grandes fortunes (§3).

§ 1 – Les principes du plafonnement

453. **Principes du plafonnement.** Le plafonnement de l'impôt sur la fortune est défini par l'article 979 du Code général des impôts. L'impôt du redevable ayant son domicile fiscal en France est réduit de la différence entre :

²²² Article « La liste des plus grands miraculés de l'impôt sur la fortune » dans le journal « Le Canard enchaîné » publié le 8 juin 2016

- 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, calculés avant imputation des seuls crédits d'impôt représentatifs d'une imposition acquittée à l'étranger et des retenues non libératoires ;
- d'autre part, 75 % du total des revenus mondiaux nets de frais professionnels de l'année précédente, après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du Code général des impôts, ainsi que des revenus exonérés d'impôt sur le revenu et des produits soumis à un prélèvement libératoire au cours de la même année ou hors de France.

Le plafonnement limite la somme de l'impôt sur la fortune et des impôts sur les revenus de l'année précédente à 75 % de ces revenus. En cas de dépassement de ce pourcentage, l'excédent constaté vient en diminution de l'impôt sur la fortune dû. Ledit excédent ne peut être imputé sur d'autres impositions. Il n'est pas non plus restituable.

§ 2 – La méthode de calcul du plafonnement

454. **Les impôts.** Le premier terme de comparaison est constitué par les impôts à prendre en compte suivants :

- Impôt sur la fortune immobilière : il s'agit de l'impôt sur la fortune immobilière dû au titre de l'année d'imposition par les personnes qui ont leur domicile fiscal en France. Le montant à retenir est celui qui est obtenu après imputation, le cas échéant, des réductions d'impôts ;

- impôt sur le revenu : l'impôt sur le revenu à prendre en compte est celui qui est dû en France ou à l'étranger, au titre des revenus de l'année précédant celle de l'imposition à l'IFI,

- autres impositions sur le revenu : sont également ajoutés à l'IFI et à l'impôt sur le revenu dus par le redevable pour le calcul du plafonnement :

- la contribution sociale généralisée (CSG) prévue à l'article L. 136-1 du Code de la sécurité sociale, due au titre des revenus d'activité et de remplacement perçus l'année précédente,

- la CSG prévue à l'article L. 136-6 du Code de la sécurité sociale, reproduit sous l'article 1600-0 C du Code général des impôts, due au titre des revenus du patrimoine de l'année précédente,

- la CSG prévue à l'article L. 136-7 du Code de la sécurité sociale, reproduit sous l'article 1600-0 D du Code général des impôts, due au titre des produits de placements perçus l'année précédente,

- le prélèvement social prévu à l'article L. 245-14 du Code de la sécurité sociale et à l'article L. 245-15 du même code, reproduit sous l'article 1600-0 F *bis* du Code général des impôts, dû au titre des revenus du patrimoine et des produits de placement de l'année précédente,

- la contribution additionnelle au prélèvement social prévue à l'article L. 14-10-4° du Code de l'action sociale et des familles,

- la contribution additionnelle au prélèvement social prévue au III de l'article L. 262-24 du Code de l'action sociale et des familles,

- le prélèvement de solidarité sur les revenus du patrimoine et sur les produits de placement prévu à l'article 1600-0 S du Code général des impôts,

- les contributions pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) prévues aux articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale, reproduits respectivement sous les articles 1600-0 G, 1600-0 H et 1600-0 I du Code général des impôts, dont le taux est fixé à l'article 19 de l'ordonnance n° 96-50 reproduit sous l'article 1600-0 J du même code, dues au titre des revenus et produits de l'année précédente,

- la CRDS prévue à l'article 14 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale, due au titre des revenus d'activité et de remplacement perçus l'année précédente,
- la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus prévue à l'article 223 *sexies* du Code général des impôts,
- la contribution sociale libératoire assise sur les distributions et gains nets mentionnés à l'article 80 *quindecies* du Code général des impôts (parts de gestionnaires de fonds d'investissement à rendement subordonné, dites de *carried interest*), prévue à l'article L. 137-18 du Code de la sécurité sociale,
- la contribution salariale assise sur les gains issus de la levée d'options sur titres (« stock-options ») ou de l'acquisition d'actions gratuites prévue à l'article L. 137-14 du Code de la sécurité sociale,
- la contribution sur les « retraites chapeaux » prévue à l'article L. 137-11-1 du Code de la sécurité sociale,
- la taxe sur les plus-values immobilières élevées prévue à l'article 1609 *nonies* G du Code général des impôts,
- la taxe forfaitaire sur les cessions de terrains nus devenus constructibles (TFTC), prévue à l'article 1529 du Code général des impôts,
- la taxe sur les cessions de terrains nus rendus constructibles prévue à l'article 1605 *nonies* du Code général des impôts,
- la taxe sur le produit de la valorisation des terrains nus et des immeubles bâtis (« taxe Grenelle II ») prévue à l'article 1609 *nonies* F du Code général des impôts.

455. **Les revenus.** Sont pris en compte pour le calcul du plafonnement de l'impôt sur la fortune immobilière tous les revenus français ou étrangers réalisés au cours de l'année précédant celle de l'imposition à l'impôt sur la fortune immobilière après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du Code général des impôts, ainsi que les revenus exonérés d'impôt sur le revenu et les produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France.

Les revenus réalisés, même s'ils sont exonérés en application des dispositions du Code général des impôts ou d'une convention internationale, s'entendent de ceux pour lesquels un fait générateur d'imposition est intervenu, au cours de l'année précédant celle de l'imposition à l'impôt sur la fortune immobilière, pour l'un des impôts pris en compte au titre du plafonnement. Ce fait générateur peut être la cession (pour les plus-values), l'encaissement (pour des revenus) et, s'agissant des produits financiers, selon le cas, l'inscription en compte ou le retrait, le rachat, le dénouement ou la clôture d'un contrat, d'un compte ou d'un plan.

Sont pris en compte les revenus nets de frais professionnels de l'année précédente après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du Code général des impôts, auxquels s'ajoutent les revenus exonérés d'impôt sur le revenu réalisés au cours de la même année en France ou hors de France et les produits soumis à un prélèvement libératoire perçus par chaque membre du foyer fiscal au sens de l'impôt sur la fortune immobilière.

Les plus-values ainsi que tous les revenus sont déterminées sans considération des exonérations, seuils, réductions et abattements prévus par le Code général des impôts, à l'exception de ceux représentatifs de frais professionnels.

Les revenus à prendre en compte sont en conséquence :

- les revenus nets de frais professionnels de l'année précédente après déduction des seuls déficits catégoriels imputables en application de l'article 156 du Code général des impôts ;
- les plus-values de l'année précédente déterminées sans considération des seuils, exonérations, réductions et abattements prévus par le Code général des impôts ;

- les revenus exonérés d'impôt sur le revenu réalisés au cours de la même année en France ou hors de France ;

- et les produits de l'année précédant celle de l'imposition à l'impôt sur la fortune immobilière soumis à un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu.

Par suite, sont notamment pris en compte les revenus des différentes catégories déterminés comme il est indiqué ci-dessous.

Ces revenus sont totalisés compte non tenu de la déduction des charges du revenu global (CGI, art. 156, II), de l'abattement prévu en faveur des personnes âgées ou invalides (CGI, art. 157 *bis*) et de l'abattement pour enfants mariés ou chargés de familles rattachés (CGI, art. 196 B, al. 2).

Les plus-values de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux placées en report d'imposition ou ayant donné lieu à sursis d'imposition sont prises en compte au titre de l'année d'expiration du report ou du sursis.

Les revenus des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance-vie, souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies en France ou à l'étranger, sont pris en compte, chaque année, pour leur montant retenu pour les prélèvements sociaux au titre du 3° du II de l'article L. 136-7 du Code de la sécurité sociale, reproduit sous l'article 1600-0 D du Code général des impôts.

En pratique, cette disposition vise notamment les produits des contrats « monosupport » en euros et des compartiments en euros des contrats « multisupports » à raison de leur montant effectivement retenu pour l'assiette des prélèvements sociaux.

456. **Les déficits.** Sont seuls pris en compte pour le calcul du plafonnement de l'impôt sur la fortune immobilière au titre d'une année les déficits catégoriels retenus pour la détermination de l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année précédente.

À cet égard, il est rappelé qu'en application de l'article 156 du Code général des impôts, le déficit constaté pour une année dans une catégorie de revenus est, sauf dispositions contraires, imputé sur le revenu global de la même année. Si cette imputation ne peut être intégralement opérée, l'excédent du déficit est, en principe, reporté successivement sur le revenu global des années suivantes jusqu'à la sixième année inclusivement.

Les déficits dont l'imputation au titre de l'année de leur réalisation n'est pas autorisée par l'article 156 du Code général des impôts sont retenus pour le calcul du plafonnement au titre de l'année de leur imputation pour le calcul de l'impôt sur le revenu du redevable.

§ 3 – Le montage de référence anti - IFI pour les fortunes

457. **Plan.** Le succès du montage de la « cash-box » (A) a conduit la mise en place de dispositifs anti-abus (B).

A – Le structuring de la société « cash box »

458. **Présentation de la cash box.** Le montage de référence pour optimiser l'impôt sur la fortune consistait à mettre en place une société holding patrimoniale qui était le réceptacle des revenus patrimoniaux. Cette société qui est soumise à l'impôt sur les sociétés à vocation à percevoir les revenus de sociétés filles opérationnelles, du patrimoine et à les capitaliser. Cette société est appelée « cash-box ». Cette structuration recourt à la technique de l'encapsualge des dividendes.

Parallèlement, le contribuable assure son train de vie en utilisant ses autres revenus relevant de son patrimoine « privé ».

Nous avons vu précédemment que le montant de l'imposition est plafonné à 75% des revenus. En conséquence, plus le montant des revenus est faible, plus le l'impôt sur la fortune est impacté à la baisse. De manière abrupte si le contribuable pourtant éligible à l'impôt sur la fortune a des revenus nuls, le montant de son impôt sur la fortune sera également nul.

Dans une conception plus agressive au regard de l'optimisation de l'impôt sur la fortune, il est possible d'imaginer que le contribuable ampute directement son capital pour réduire les revenus pris en compte pour le plafonnement. Dans le même esprit, le contribuable pourra également recourir à l'emprunt pour financer ses dépenses personnelles.

La stratégie consiste donc à doser chaque année le montant des distributions de dividendes de la société holding patrimoniale afin de plafonner le montant de l'impôt sur la fortune à dûe concurrence.

B - Le dispositif anti-abus du plafonnement

459. **Réintégration.** Pour lutter contre certains comportements jugés frauduleux par le législateur, il a été instauré par la Loi de finances pour 2017 un nouveau dispositif anti-abus contre le plafonnement impôt sur la fortune. Ce dispositif applicable depuis le 1^{er} janvier 2017 est surnommé par les praticiens le dispositif « anti cash-box ».

Il avait été codifié à l'article 885 V bis - I du CGI, 2^{ème} paragraphe. Il est aujourd'hui codifié sous l'article 979, I, 2^{ème} alinéa du CGI, lequel dispose :

« Les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlée par le redevable sont réintégrés dans le calcul prévu au premier alinéa du présent I si l'existence de cette société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éviter tout ou partie de l'impôt sur la fortune immobilière en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du même premier alinéa. Seule est réintégrée la part des revenus distribués correspondant à une diminution artificielle des revenus pris en compte pour le calcul prévu audit premier alinéa.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du deuxième alinéa du présent I, le litige est soumis aux dispositions des trois derniers alinéas de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ».

Ce dispositif permet de réintégrer dans les revenus à prendre en compte dans le cadre du plafonnement les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlé par le redevable pour la part correspondant à une diminution artificielle des revenus retenus dans le calcul du plafonnement.

460. **Limites.** Le champ d'application du dispositif « anti cash-box » paraît avoir un champ d'application limité. En effet, la réintégration n'est effectuée que si l'existence de la société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éviter tout ou partie de l'impôt sur la fortune. Il appartient donc à l'Administration de démontrer que la société holding a pour objet « principal » de contourner l'impôt sur la fortune et non pas exclusif.

Il faudra proscrire tout financement du niveau de vie du redevable au moyen d'un compte courant d'associé débiteur sur la société holding patrimoniale.

En revanche, le transfert du flux vers l'associé à travers un compte courant d'associé créateur plutôt que par une distribution de dividendes ne nous paraît pas répréhensible au titre de ce dispositif.

Le fait de vivre grâce à son épargne ou ses autres revenus ne nous semble pas être strictement interdit, même si le nouveau dispositif rend plus complexe l'organisation du schéma.

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internes

461. **Plan.** Comme nous l'avons vu les enjeux en gestion de fortune sont tels que les montages mis en œuvre sont complexes et générateurs d'économies fiscales importantes. Plus la fortune sera importante et plus l'effet de levier pour l'économie fiscale sera conséquent. Le risque fiscal pour le contribuable et parallèlement le risque en matière de responsabilité professionnelle pour le Notaire s'appréciera dans les mêmes proportions.

Pour toutes les opérations autres qu'internationales, les dispositifs anti-abus sont nombreux. Elles viennent limiter le choix des montages et plus généralement rendre plus complexe la mise en œuvre de l'optimisation fiscale. Il en va ainsi tant en gestion du patrimoine que plus précisément en gestion de fortune. Nous verrons en seconde partie que les dispositifs anti-abus sont encore plus nombreux pour les opérations patrimoniales internationales. S'agissant des opérations intérieures les principaux dispositifs anti-abus sont les suivants :

- L'abus de droit (section I) ;
- L'acte anormal de gestion (section II) ;
- L'article 751 du CGI (section III) ;
- Le risque pénal (section IV).

Section I – L'abus de droit en gestion de fortune

462. **Plan.** L'abus de droit est la première sanction qui vient à l'esprit dans le domaine des montages en gestion de fortune. Après avoir présenté ses contours (§1) nous étudierons comment il peut être utilisé par l'Administration pour remettre en cause les montages utilisés en gestion de fortune. Le Notaire doit être particulièrement attentif à l'abus de droit qui rode à chaque niveau du montage patrimonial :

- Dans le cadre de la donation (§2) ;
- Dans le cadre du contrat de société (§3) ;
- Dans le cadre des opérations sur les titres sociaux (§4) ;
- Dans le cadre des actes de société (§5) ;
- Dans le cadre des baux (§6).

§ 1 – Définition de l'abus de droit

463. **Plan.** Les sanctions encourues au titre de l'abus de droit étant très lourdes (A) il est nécessaire de manière générale de construire les schémas de structuration patrimoniale en gestion de fortune en utilisant le principe de précaution (B).

A – Le champ d’application de l’abus de droit

464. **L. 64 du Livre des procédures fiscales.** La procédure de l’abus de droit s’applique à l’ensemble des impôts et aura en conséquence une portée générale. La définition de l’article L. 64 du Livre des procédures fiscales est ci-après littéralement retranscrite :

« 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’éluder 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 définition de l’abus de droit concerne les situations suivantes :

- les situations fictives révélant une différence objective entre l’apparence juridique ressortant d’un acte remis en cause et la réalité (par ex. : donation déguisée sous forme de vente) ;
- les situations de fraude à la loi. La réforme consacre ainsi l’ancienne jurisprudence du Conseil d’État, condamnant la recherche de but exclusivement fiscal et l’application littérale des textes contraires aux objectifs de leurs auteurs.

465. **Champ d’application.** L’abus de droit fiscal s’applique dans sa définition à tous les impôts.

La procédure peut être mise en œuvre lorsque l’abus de droit porte sur l’assiette, la liquidation de l’impôt ou encore le paiement.

Les lois et textes susceptibles d’abus de droit sont :

- les lois ;
- les textes réglementaires (décrets, arrêtés) et, c’est nouveau, les instructions administratives créatrices de droit ;
- les décisions administratives de portée générale comportant une interprétation favorable de la loi comme les réponses ministérielles à des questions parlementaires, ainsi que les précisions doctrinales mises en ligne sur le site de l’administration fiscale, comme les rescrits.

466. **Sanctions.** L’abus de droit est sanctionné par l’application de l’intérêt de retard et d’une majoration de 80 % des droits mis à la charge du contribuable lorsqu’il est établi que celui-ci a été le principal initiateur ou le principal bénéficiaire des actes abusifs. La majoration est de 40 % lorsque cette preuve n’est pas apportée.

Toutes les parties à l’acte sont tenues solidairement avec le contribuable au paiement de l’intérêt de retard et de la majoration.

B – Principe de précaution

467. **Précautions générales appliquées aux montages.** En pratique, nombreux sont les praticiens qui considèrent que les montages patrimoniaux complexes rentrent naturellement dans le champ d’application de l’abus de droit.

Il s’agit en réalité d’un raccourci trop rapide dû à une méconnaissance de ces techniques, même s’il est impossible d’affirmer que les stratégies complexes d’optimisations patrimoniales échappent automatiquement à l’abus de droit. En effet, l’analyse doit être faite de manière précautionneuse sur chacun des dossiers.

Nous pouvons malgré tout donner des outils qui permettront d’échapper à l’épée de Damoclès de l’abus de droit. Il faut tout d’abord s’attacher à trouver des buts autres que fiscaux. Il y a lieu

de démontrer que l'opération patrimoniale comporte d'autres intérêts que celui d'optimisation fiscale.

Il est dans tous les cas, nécessaire que le schéma d'optimisation soit animé par un besoin juridique et économique des intervenants.

Dans tous les cas, il sera obligatoire d'avoir une attention particulière sur la méthode d'évaluation.

À partir du moment où toutes les règles comptables et fiscales sont en plus respectées, le risque de l'abus de droit est éloigné. Il n'y a aucun camouflage de l'opération juridique en cause.

Une expertise immobilière est recommandée afin de justifier de manière indiscutable la valeur des actifs immobiliers objets de la mutation.

Un audit financier et comptable de l'opération confirmera l'intérêt économique et financier des parties.

La documentation juridique devra être fournie et décrira de la manière la plus exhaustive qu'il soit les motivations autres que fiscales.

468. **Appréciation souveraine du juge.** Dès lors que toutes les précautions sont prises, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, les montages patrimoniaux n'ont pas vocation à être critiqués au titre de l'abus de droit.

Il conviendra donc d'étudier avec une extrême attention les caractéristiques générales et particulières du dossier.

§ 2 – Les donations face aux risques de l'abus de droit

469. **Plan.** Les donations principalement exposées au risque de l'abus de droit sont les donations déguisées (A) et celles réalisées dans le cadre des montages « apport-donation » (B).

A - Donation déguisée

470. **Définition.** La doctrine et la jurisprudence distinguent donation indirecte et donation déguisée.

La donation indirecte est celle réalisée au moyen d'un contrat ou d'une convention dont les prestations sont réelles, mais volontairement déséquilibrées dans une intention de libéralité.

La donation déguisée est celle dont l'acte ne correspond pas à la réalité ayant pour objet de dissimuler une donation sous une autre forme.

La théorie d'abus de droit s'applique presque essentiellement à ces dernières.

1°) Donation déguisée sous forme de vente

471. **Présomptions.** La dissimulation d'une donation au moyen d'une vente est très fréquente. L'administration doit établir la véritable nature du contrat par tous moyens de preuve compatibles avec la procédure écrite, au moyen d'un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes. Elle peut utiliser des éléments existants à la date de l'acte, mais aussi postérieurs à celui-ci²²³.

Le contribuable peut, quant à lui, démontrer que l'avantage procuré n'est pas justifié par l'intention libérale²²⁴.

La donation indirecte et la donation déguisée ont des qualifications juridiques distinctes. Le Comité d'abus de droit fiscal a considéré que l'administration n'était pas fondée à mettre en

²²³Cass. com., 22 mars 1988, n° 87-10.317 : Dr. fisc. 1988, nos 22-23, comm. 1126.

²²⁴Cass. com., 4 mars 1986, n° 16099/84 : Dr. fisc. 1986, n° 22, comm. 1094. – Cass. com., 2 juin 1981, n° 579 a contrario : Dr. fisc. 1982, n° 1, comm. 82.

œuvre la procédure d'abus de droit dans une affaire²²⁵ dans laquelle sont intervenues des cessions de parts de société à l'euro symbolique par le père, dont le décès interviendra deux jours après la cession, et par les deux frères au profit du cessionnaire. L'administration avait considéré que ces ventes étaient fictives en raison du défaut de paiement du prix. Elle a estimé que ces cessions caractérisaient une donation déguisée dont la preuve résultait des liens d'affection et de parenté unissant les parties, de l'inexécution de l'obligation de faire, de l'absence de contrepartie réelle à la vente et la disproportion existant entre le prix et la valeur des biens cédés.

L'administration a, dans une instruction du 22 août 1996²²⁶, établi une synthèse de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les conditions de mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit en matière de donations déguisées. Il en résulte notamment que la remise directe du prix par le donateur au vendeur de terrains caractérise la transmission au donataire non pas d'une somme d'argent, mais de l'objet du paiement, à savoir les parcelles de terrain.

La circonstance que les prêts allégués aient été mentionnés sur un acte authentique ne suffit pas à établir la réalité.

Les principales présomptions retenues par la jurisprudence abondante sont les suivantes :

- en présence d'une vente avec un prix fixe :
 - l'âge du vendeur et l'absence d'héritier en ligne directe,
 - la qualité de légataire universel de l'acquéreur,
 - la situation financière du *de cuius* et son état de santé déficient,
 - le bref délai écoulé entre les ventes effectuées et le décès prévisible du vendeur,
 - la circonstance que le produit de la cession ne se retrouve pas dans la succession du vendeur (s'il est décédé peu après la vente), ou dans celui du donateur,
 - le fait que la vente se soit faite à un prix très inférieur à la valeur vénale,
 - le fait que l'acquéreur n'avait pas les moyens financiers d'acquérir le bien, et qu'il a bénéficié de dons manuels de la part du vendeur,
 - le fait que les fonds ont été remis au prétendu acquéreur par le vendeur²²⁷,
 - la renonciation au privilège du vendeur,
 - le fait que le prix soit stipulé versé comptant hors la vue du notaire,
 - le fait pour le donataire en nue-propriété seule, d'encaisser des revenus du bien après la vente,
 - le fait que le prix n'ait pas en réalité été payé²²⁸,
 - le fait pour le prétendu acheteur d'être cotitulaire avec le vendeur d'un compte joint sur lequel il a prélevé des sommes à son profit dans le but de payer le prix de la cession ;
- en cas de vente moyennant une rente viagère :
 - l'absence volontaire de perception des échéances de la rente²²⁹,
 - le fait que la rente n'atteigne pas le montant des revenus du bien vendu,
 - l'âge et l'état de santé du créancier rendant la charge de la rente fictive,
 - l'absence d'aléa du contrat de rente viagère²³⁰,
 - le faible taux de la rente par rapport à ce qui aurait pu être obtenu en s'adressant à une compagnie d'assurances,
 - la situation de fortune des parties,

²²⁵Aff. n° 2011-19.

²²⁶BOI 13-L-6-96, 22 août 1996.

²²⁷Cass. com., 28 avr. 1981, n° 430 : Dr. fisc. 1981, n° 44, comm. 1967.

²²⁸CADF, aff. n° 2011-02, M. C. M.

²²⁹Cass. com., 4 mars 1986, n° 84-16.099 : Dr. fisc. 1986, n° 22, comm. 1094.

²³⁰CADF, aff. n° 2011-06, M. H.

- l'absence de contrepartie réelle à la transmission du bien (exemple : contrepartie convertie en une obligation de soins et d'entretien non exécutée par les acheteurs, compte tenu de l'éloignement des domiciles des intéressés, mais exécutée par la mère des acquéreurs qui a reçu du vendeur des compensations à ce titre).

L'administration doit faire état d'un faisceau cohérent afin de démontrer l'existence d'une donation déguisée. Cette démonstration peut résulter parfois de l'analyse d'actes passés²³¹.

La modicité du prix est pour l'administration un élément essentiel pour considérer que la cession dissimule une donation déguisée²³².

La preuve qu'une vente dissimule une donation nécessite de démontrer que le vendeur a eu l'intention de gratifier l'acquéreur en lui consentant une cession sans que celui-ci ait à fournir la totalité des contreparties mises à sa charge par l'acte de vente.

S'agissant d'une cession réalisée à un prix symbolique, il convient pour l'administration d'établir le caractère de libéralité de la cession²³³.

L'intention libérale a été établie dans une opération de vente de la nue-propiété d'un appartement moyennant un prix converti en rente viagère suivie, d'une part, du transfert d'une somme substantielle au profit d'une SCI détenue par le cessionnaire et, d'autre part, de l'absence de conversion de l'obligation de soins après le départ du vendeur en maison de retraite²³⁴.

La preuve de l'encaissement des fonds par l'acquéreur reçu du vendeur n'est pas suffisante. Il faut que ces fonds aient été reçus sans contrepartie²³⁵.

La preuve de l'intention libérale n'est pas rapportée lorsque le cessionnaire d'une maison dont le vendeur s'est réservé le droit d'usage et d'habitation, a effectivement versé une partie des arrérages de la rente viagère et que l'ampleur des soins prodigués, excédant la charge normale découlant de l'obligation de soins et d'entretien, a largement compensé le défaut partiel de paiement de la rente²³⁶. À l'inverse, lorsque les vendeurs subviennent eux-mêmes intégralement aux besoins de la vie courante, le prix exprimé dans l'acte est dépourvu de réalité, alors même que l'acte prévoyait une obligation pour l'acquéreur de « recevoir dans sa maison, loger, chauffer, éclairer, nourrir, entretenir, vêtir, blanchir, raccommoder et soigner le vendeur, et en général, lui fournir tout ce qui est nécessaire à son existence en ayant pour lui les meilleurs soins et de bons égards »²³⁷.

Le comité d'abus de droit²³⁸ a récemment reconnu l'administration fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal dans une affaire où il est établi la volonté du vendeur de consentir une donation à l'acquéreur qui résidait dans son appartement en le gratifiant de la nue-propiété. Le vendeur avait remis le prix de vente à sa mère. Cette dernière avait ensuite remis la somme d'argent représentative du prix de vente au père de l'acquéreur qui avait fait originairement une donation d'une somme équivalente pour permettre l'acquisition.

²³¹ Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-19.759 : Dr. fisc. 1990, nos 23-24, comm. 1126.

²³² CADF, aff. n° 2012-31.

²³³ CADF, aff. n° 2011-15, M. Z.

²³⁴ CADF, aff. n° 2012-28.

²³⁵ Cf. Cass. com., 14 janv. 1992, n° 89-16.046 : Dr. fisc. 1992, n° 18, comm. 968. – Cass. com., 6 avr. 1993, n° 91-17.242 : Dr. fisc. 1994, n° 3, comm. 62. – Cass. com., 3 nov. 1983, n° 827 : Dr. fisc. 1984, n° 16, comm. 849.

²³⁶ CADF, aff. n° 2012-26.

²³⁷ CADF, aff. n° 2011-01, M^{me} et M. F.

²³⁸ CADF, aff. n° 2013-24, Cts P.

La double donation doit être utilisée avec précaution. Elle peut être considérée comme une seule libéralité passée sous cette forme en vue d'éluder les droits de mutation qui auraient été normalement dus²³⁹.

472. **Fraudes à la loi.** La Cour de cassation, tout comme le Conseil d'État²⁴⁰, a retenu la conception dualiste de l'abus de droit : acte fictif ou dissimulé et opération ayant pour seul but d'éluder l'impôt, certains actes peuvent être considérés comme des fraudes à la loi, dissimulant des donations déguisées. Il en est ainsi :

- en matière de donation-partage : donation-partage des parts d'un GFA, par des époux ayant créé ce GFA et passé avec lui un bail à long terme dans le but de bénéficier de l'exonération partielle d'impôt prévue à l'article 793-1-4° du Code général des impôts applicable au moment des faits²⁴¹ ;

- en matière de donation intercalaire²⁴² : le ministre, interrogé sur le régime fiscal applicable en cas de donation-partage par des pères et mères à leurs enfants, par des biens provenant d'une donation-partage consentie à ces parents par leurs auteurs, a affirmé que l'administration peut démontrer qu'un tel montage peut être destiné à dissimuler une libéralité consentie par les grands-parents à leurs petits-enfants. Ce montage pourrait donc être une fraude à la loi, par un acte fictif dissimulant une libéralité dans l'unique but de voir appliquer à la donation des droits moins élevés.

2°) Autres donations

473. **Donations déguisées sous une autre forme.** La donation déguisée est le plus souvent présentée sous forme de vente. Toutefois, d'autres opérations comportant des prestations réciproques peuvent être utilisées pour réaliser une donation déguisée. Tel est le cas lorsque l'une d'entre elles n'est pas effectivement versée et que ce déséquilibre révèle de la part de celui qui s'est acquitté de la sienne une intention libérale²⁴³.

La question s'est posée de savoir si, dans le cas où une personne place plus de 25 % de son patrimoine en assurance-vie, il peut y avoir requalification de ces sommes dans la succession par l'administration fiscale. L'administration a répondu en indiquant que l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales autorise l'administration à restituer son véritable caractère à une opération qui dissimule la portée véritable d'un contrat à l'aide de clauses qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevée. Cependant, aucun pourcentage ne peut être donné pour déterminer à partir de quels seuils l'administration peut qualifier d'abusives l'opération²⁴⁴.

²³⁹CADF, aff. n° 2010-18.

²⁴⁰CE, 10 juin 1981 : Dr. fisc. 1981, n°s 48-49, comm. 2187, concl. J.-F. Verny.

²⁴¹Cass. com., 19 avr. 1988, n° 86-19.079 : Dr. fisc. 1988, n°s 32-38, comm. 2427.

²⁴²V. Rép. min. Budget n° 9769 à Marcus : JOAN Q 22 mai 1989, p. 2327 ; Dr. fisc. 1989, n° 39, comm. 1714.

²⁴³CA Paris, 2 févr. 1979 : Ind. enr. 13393.

²⁴⁴Rép. min. Budget n° 63987 à M.-J. Godfrain : JOAN Q 11 janv. 1993, p. 127 ; Dr. fisc. 1993, n° 14, comm. 730.

474. **Ventes déguisées sous forme de donation.** L'administration se reconnaît le droit de démontrer que la mutation à titre onéreux est déguisée sous la forme d'une donation²⁴⁵.

B - Apport – donation

475. **Schémas.** Pour transmettre à titre gratuit la nue-propiété d'un bien immobilier à leurs enfants, les parents disposent de plusieurs solutions²⁴⁶ :

- donation de la nue-propiété du bien, suivie de l'apport ou non par les donataires de la nue-propiété à une société civile, que cet apport soit réalisé conjointement ou non à l'apport de l'usufruit par les parents donateurs (schéma 1) ;
- apporter la pleine propriété du bien à une société, suivi de la donation de la nue-propiété des parts (schéma 2) ;
- apporter la nue-propiété du bien à une société civile, suivi de la donation de la pleine propriété du bien (schéma 3).

1°) Intérêts fiscal et civil

476. **Impôt sur la plus-value des particuliers.** L'apport de la nue-propiété (schéma 3) ou de la pleine propriété (schéma 2) du bien à une société civile constitue au regard des plus-values immobilières des particuliers une mutation à titre onéreux susceptible de générer l'impôt sur les plus-values.

En revanche, la donation de la nue-propiété des biens immobiliers (schéma 1), qui est une mutation à titre gratuit, échappe à l'impôt sur les plus-values immobilières des particuliers.

De la même manière, n'est pas soumis à l'impôt sur la plus-value l'apport consécutif par les enfants de cette nue-propiété à la société civile lorsqu'il est réalisé pour une valeur égale ou inférieure à celle de la donation. En cas d'apport conjoint de l'usufruit par les parents, ils seront soumis à l'impôt sur les plus-values au titre de cet apport à défaut d'exonération particulière.

477. **Droits d'enregistrement.** La donation de la nue-propiété de biens immobiliers (schéma 1) est soumise aux droits de mutation à titre gratuit. Il est bien évidemment appliqué l'article 669 du Code général des impôts pour déterminer la valeur taxable.

En cas de donation de la pleine propriété des parts remises en échange de l'apport de la nue-propiété des biens immobiliers (schéma 3), les droits d'enregistrement ont pour base la pleine propriété desdites parts dont la valeur aura été déterminée en fonction de la valeur économique de la nue-propiété du bien. Ainsi, la valeur fiscale est écartée pour la détermination des droits de mutation.

La donation de la pleine propriété des parts de la société postérieurement à l'apport de la nue-propiété permet d'asseoir les droits de mutation sur la véritable valeur de la nue-propiété. Ainsi, les droits de donation seront généralement réduits d'autant. D'ailleurs, plus le rendement du bien sera élevé et la durée de l'usufruit longue, plus la valeur de l'usufruit économique sera supérieure à l'usufruit fiscal.

²⁴⁵ Instr. DGI 22 févr. 1985, n° 10 : Dr. fisc. 1985, n° 14, ID 8333. – TGI Coutances, 24 mars 1971 : Rev. enr. et imp. 1973, n° 1973, n° 15220-3.

²⁴⁶ P. Julien Saint-Amand, *Abus de droit et donation* : Dr. et patrimoine juill.-août 2011, p. 71 et s.

478. **Intérêt civil.** Le recours à la société civile (schémas 2 et 3) présente d'innombrables avantages au niveau civil en termes de structuration du patrimoine. En effet, la société civile offrira une grande souplesse pour la gestion du bien, l'organisation des pouvoirs entre les donateurs et donataires. Elle permet également d'écarter l'indivision et d'assurer une meilleure protection du conjoint survivant. En outre, elle préserve l'*intuitu personae* et le lien familial grâce aux clauses d'agrément. Au surplus, il existe une certaine liberté pour définir les droits financiers de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

2°) Position du CCRAD

479. **Conception large de l'abus de droit.** Le CCRAD a toujours considéré que la donation de la pleine propriété des titres sociaux postérieurement à l'apport de la nue-propriété des biens immobiliers dissimule une donation directe de la nue-propriété destinée à éluder le barème fiscal²⁴⁷. Sa position est identique en cas d'apport de la nue-propriété des parts d'une société civile immobilière à une autre société civile immobilière²⁴⁸. Il en va de même de l'apport de la nue-propriété d'obligations assimilables du Trésor à une société ayant pour objet la gestion de valeurs mobilières²⁴⁹ ou encore de l'apport de la nue-propriété de titres sociaux à des sociétés anonymes dont l'objet est la gestion des valeurs mobilières²⁵⁰.

Au regard des avis du CCRAD, on constate que sa vision de l'abus de droit est large et extensive.

480. **Intérêts civils non pris en compte.** Le CCRAD ne prend pas en compte l'intérêt civil de la constitution de la société civile. Pire encore, il considère qu'une société détenant exclusivement la nue-propriété d'un bien est incapable de fonctionner et est donc fictive²⁵¹.

3°) Évolution jurisprudentielle

a) Apport de la nue-propriété, donation et but exclusivement fiscal

481. **Juges du fond.** Les juges du fond ont rapidement écarté les prétentions de l'administration fiscale ayant pour base la finalité exclusivement fiscale de l'opération²⁵².

La Cour de cassation a ensuite validé cette jurisprudence dans des décisions dont certaines sont maintenant célèbres.

482. **Arrêt *Botherel*.** Les époux Botherel²⁵³ ont constitué avec l'un de leurs enfants une société civile à laquelle ils apportent la nue-propriété d'une somme en numéraire, des parts de société civile immobilière et, enfin, d'un immeuble indivis. Par un acte du même jour, ils ont réparti entre leurs enfants, par voie de donation-partage, les parts sociales qu'ils ont reçues en contrepartie de leur apport.

²⁴⁷Rapp. CCRAD 1999, aff. 99-8 : Dr. fisc. 2000, n° 14, p. 585 et s., spéc. p. 588. – Rapp. CCRAD 2000, aff. 99-25, 2000-8 et 2000-9. – Rapp. CCRAD 2002, aff. 2000-32 et 2002-2. – Rapp. CCRAD 2003, aff. 2003-20, 2003-23, 2003-31 et 2003-32 : Dr. fisc. 2004, n° 38, p. 1295 et s.

²⁴⁸Rapp. CCRAD 2003, aff. 2003-31.

²⁴⁹Rapp. CCRAD 2001, aff. 2000-1.

²⁵⁰Rapp. CCRAD 2002, aff. 2001-20.

²⁵¹Rapp. CCRAD, aff. 98-3.

²⁵²CA Bourges, 13 mai 2002, n° 01-974. – CA Paris, 7 mars 2002, n° 2000-19154. – TGI Créteil, 20 juin 2000, n° 00-446. – TGI Nanterre, 16 janv. 2001, n° 99-14941. – TGI Albertville, 3 avr. 2001, n° 00-791. – CA Chambéry, 17 févr. 2003, n° 01-1161.

²⁵³Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.27, n° 1100 F-D, RJF 1/2007, n° 102.

L'administration considère qu'il y a abus de droit. Elle avait en l'espèce admis que la société avait une apparence de fonctionnement.

Mais la Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel en affirmant que « l'opération critiquée permettait aux époux Botharel, 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 natures différentes et d'entité distincte se trouvant évitées ; qu'en l'état de ces constatations, desquelles il résulte que l'opération litigieuse ne présentait pas une finalité exclusivement fiscale, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur l'éventuel grief de fictivité. La cour d'appel avait relevé que la société civile ne poursuivait pas un but lucratif pour répondre à l'argumentation de l'administration invoquant que la société ne disposait pas des moyens nécessaires à la réalisation normale de l'objet social. Cette jurisprudence a donc été rendue sous réserve de fictivité de la société.

483. **Arrêt Lamarque.** Cette jurisprudence s'est vue confirmée par une décision *Lamarque*²⁵⁴. Les époux avaient constitué une société civile immobilière ayant pour objet l'acquisition, la propriété, la gestion et la mise en valeur des biens. Le mari, nommé gérant, avait à cette occasion apporté en nature la nue-propriété de nombreux immeubles, se réservant sur eux un usufruit réversible sur la tête du conjoint survivant, ainsi que trente-six parts en pleine propriété d'une SCPI, recevant en contrepartie des parts de la SCI. Son épouse avait, quant à elle, apporté en numéraire une somme de 10 000 F pour laquelle cent parts lui furent attribuées. Le même jour, l'époux fit donation-partage à ses deux filles, par acte authentique, d'une partie des parts en pleine propriété de la SCI.

La Cour de cassation vient casser l'arrêt d'appel en se basant sur le terrain de l'abus de droit et affirmer qu'il n'y avait pas d'abus de droit dans la mesure où il existait en l'espèce un but autre que fiscal. En effet, le partage équitable du patrimoine des époux entre les descendants était réalisé en évitant toute indivision. Toute difficulté dans le partage des lots d'immeubles de nature et de valeur très diverses est écartée. Enfin, les époux restent à l'abri du besoin en conservant les revenus de ces immeubles.

484. **Arrêt Thurin.** Dans l'arrêt *Thurin*, M^{me} Thurin avait créé deux SCI : l'une avec sa fille par apport de la nue-propriété d'une maison et l'autre avec son fils par apport de la nue-propriété de deux immeubles. Par acte de donation-partage, elle donna à sa fille ses parts dans la première SCI, et à son fils une huile sur toile, la nue-propriété de ses parts dans la deuxième SCI ainsi que l'usufruit temporaire sur dix ans des deux immeubles apportés à cette dernière. On était donc ici en présence d'un double démembrement de propriété : démembrement de l'immobilier social, mais aussi démembrement des parts sociales. Les biens donnés étaient la nue-propriété des parts, elles-mêmes représentatives de la nue-propriété.

L'administration invoque le but exclusivement fiscal du montage, l'inactivité des sociétés.

La Cour de cassation rejette cette argumentation en considérant qu'il n'y a pas d'abus de droit en l'espèce, en considérant que les opérations passées ont permis à M^{me} Thurin de préparer au mieux la transmission de son patrimoine à ses enfants en conservant la maîtrise de sa gestion, la faculté de vendre, d'hypothéquer ou de donner à bail les immeubles sans s'exposer à un refus du nu-propriétaire.

²⁵⁴Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-15.210.

485. **Arrêt Henriot.** Dans l'arrêt *Henriot*, M^{me} Henriot avait constitué une société anonyme pour lui apporter la nue-propriété de la quasi-totalité des titres qu'elle détenait dans deux holdings familiales ayant pour objet social la détention de titres de sociétés. La constitution de cette nouvelle holding obéissait à une logique particulière dans la mesure où les quatre branches familiales constituaient également leur propre holding.

L'administration invoque la dissimulation de la donation directe à ses enfants de la nue-propriété des titres apportés, afin d'éviter le barème légal du Code général des impôts.

La Cour de cassation vient casser l'argumentation de l'administration au motif que ce montage avait pour conséquence de stabiliser le groupe familial et d'améliorer son fonctionnement en rendant plus contraignant le départ d'un associé.

486. **Arrêt Beneteau.** L'arrêt *Beneteau* s'apparente à l'arrêt *Thurin*, si ce n'est l'absence de double démembrement.

La Cour de cassation vient, ici encore, rejeter la position de l'administration en considérant que :

- la société avait une activité réelle ;
- l'opération a permis de transmettre directement une partie de son patrimoine aux petits-enfants tout en garantissant un revenu aux deux premières générations par le démembrement ;
- les règles contraignantes d'une indivision étaient évitées et la gestion était plus souple.

b) Apport de la nue-propriété, donation et fictivité

487. **Débat.** L'administration fiscale et le CCRAD qualifient de fictive la société qui détient exclusivement la nue-propriété d'un bien. Cette position est fondée sur l'article 1832 du Code civil, lequel dispose que « 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 l'économie qui pourra en résulter ». Or, une société détenant uniquement la nue-propriété n'a pas pour objet, selon l'administration fiscale et certains avis du CCRAD, de partager les bénéfices conformément à l'article 1832 du Code civil.

Cette position est totalement critiquable et repose sur un raisonnement erroné. À notre sens, une société qui détient la nue-propriété d'un bien remplit parfaitement les conditions de l'article 1832 du Code civil. Elle méconnaît en effet, la nature économique du droit de nue-propriété qui comprend par essence une plus-value puisque chaque jour sa valeur s'accroît au détriment de celle de l'usufruit. En outre, dès l'extinction de l'usufruit, la société pourra percevoir des revenus résultant du bien objet du démembrement. Le prix de cession de la nue-propriété peut également faire l'objet d'un emploi en pleine propriété.

488. **Juges du fond.** La cour d'appel de Bourges n'a pas conclu à la fictivité dans deux affaires et a indiqué que « les sociétés civiles immobilières ont généralement pour objet la conservation et la gestion des biens immobiliers et que n'exerçant pas d'activité commerciale, elles n'ont pas vocation à réaliser des profits (...) qu'il ne saurait donc être fait état d'une absence de recettes ou de charges (...) »²⁵⁵.

En revanche la cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu la fictivité en précisant qu'une société civile immobilière « n'était pas destinée à fonctionner puisqu'elle n'était propriétaire que de la nue-propriété des biens »²⁵⁶.

²⁵⁵CA Bourges, 2 oct. 2000, n° 99-456. – CA Bourges, 13 mai 2002, n° 01-974.

²⁵⁶CA Aix-en-Provence, 27 mai 2003, n° 00-13954.

489. **Cour de cassation.** La Cour de cassation a retenu l'abus de droit dans une décision *Saunier*²⁵⁷. L'affaire ne concerne cette fois pas un immeuble, mais un portefeuille de titres. M^{me} Saunier, âgée de soixante-dix ans, constitue avec ses deux enfants une société civile à laquelle elle apporte la nue-propriété de son portefeuille-titres, tandis que les deux enfants se contentent d'un apport symbolique en numéraire. Neuf mois plus tard, elle fait donation de la pleine propriété des parts sociales qu'elle a reçues en contrepartie de son apport.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant retenu l'abus de droit en se fondant sur l'absence de fonctionnement réel et d'autonomie financière de la société.

Par la suite, la Cour de cassation est revenue à une appréciation stricte de l'abus de droit, dont les deux composantes sont exclusives l'une de l'autre. La fictivité exclut la démonstration du but exclusivement fiscal, tandis que ce but ne peut être démontré que par des sociétés non fictives²⁵⁸.

Dans un arrêt *Wurstemberger* de 2009, la Cour de cassation a considéré qu'il y avait également fictivité d'une société civile immobilière destinée, selon elle, à dissimuler une donation de nue-propriété d'immeuble, aux motifs que cette société « n'avait pour objet ni la recherche des profits, ni la réalisation d'économies, dès lors que les grosses réparations restaient à la charge du nu-propiétaire, son actif était uniquement composé d'un actif en nue-propriété et qu'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 ».

4°) Synthèse

490. **Apports mixtes.** Après analyse de cette jurisprudence, il faut bien admettre que l'apport de la seule nue-propriété d'un bien doit être évité. Il doit être complété par l'apport de liquidités ou de biens en pleine propriété afin de conférer à la société une véritable autonomie financière.

491. **Buts non fiscaux.** En outre, les buts non fiscaux de la société peuvent être rappelés dans les statuts ou dans une assemblée générale²⁵⁹. Ces buts sont nombreux. Il peut s'agir de la conservation, de la maîtrise financière et politique des biens démembrés par l'usufruitier-donateur. L'opération peut également améliorer et simplifier les relations entre les enfants donataires. L'indivision est écartée, ainsi que le risque de partage parfois difficile. L'exigence d'équité n'est pas étrangère à ce type de montages.

L'opération peut permettre également la stabilité ou la pérennité des biens familiaux.

492. **Vie sociale.** Il est conseillé d'avoir une comptabilité pour la société et de tenir son secrétariat juridique à jour.

²⁵⁷Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262 : *JurisData* n° 2007-038954 ; *JCP G* 2007, IV, 2264.

²⁵⁸Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-21.944.

²⁵⁹RFN févr. 2009, n° 2, étude 2, « *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif* ».

§ 3 – Abus de droit et contrat de société

A – Sociétés fictives

493. **Faisceau d'indices.** Selon la jurisprudence, une société est fictive lorsqu'elle a été constituée dans le seul et unique but d'éluider l'impôt. La fictivité résulte d'un faisceau d'indices.

494. **L'absence de comptabilité.** L'absence de comptabilité est souvent utilisée avec d'autres éléments, comme le défaut de réunion des organes sociaux devant statuer sur les comptes de la société, pour démontrer l'existence d'un abus de droit²⁶⁰.

495. **Non-respect des statuts.** La jurisprudence invoque fréquemment le non-respect des statuts pour retenir la qualification de l'abus de droit. Encore faut-il que les irrégularités invoquées par l'administration soient d'une certaine gravité. À défaut, il ne peut y avoir abus de droit²⁶¹.

Les fautes invoquées peuvent être, par exemple :

- l'absence de réunion des organes sociaux dans les formes définies par les statuts ;
- absence de répartition des bénéfices réalisés conformément aux statuts ;
- non-respect de l'objet social²⁶².

496. **Confusion entre l'activité personnelle du dirigeant et l'activité de la société.** Lorsque la société ne réalise pas de recettes propres, la jurisprudence retient la fictivité de la société.

Le Conseil d'État a reconnu la fictivité d'une société civile composée de deux associés dont l'un possède 99 % des parts, propriétaire d'un immeuble qu'elle donne en location à cet associé. La société a voulu déduire, en tant que propriétaire bailleur, les dépenses de travaux de réparation et d'amélioration. Le Conseil d'État relève que la société civile était fictive dans la mesure où elle avait été mise en place seulement pour faire échec à l'interdiction de déduire le montant des travaux lorsque l'on est simplement propriétaire d'un bien sans le donner en location²⁶³.

Il en va de même en présence d'une société ayant pour seule activité l'aménagement de l'appartement personnel de son actionnaire à 99 %, appartement où la société déclarait avoir son siège²⁶⁴.

497. **Origine des fonds.** La chambre commerciale de la Cour de cassation²⁶⁵ a affirmé que les juridictions doivent rechercher si les fonds versés pour l'achat d'un immeuble, provenaient des fonds personnels des contribuables et si la SCI a été créée dans une intention de simulation tendant à soustraire du champ des poursuites fiscales une partie du patrimoine des contribuables avant de déclarer fictive une SCI possédant un immeuble.

²⁶⁰CE, 23 mars 1984, n° 27225.

²⁶¹CE, 17 nov. 1982, n° 14443.

²⁶²CE, 25 févr. 1981, n° 19169.

²⁶³CE, 11 oct. 1999, n° 65144 : Dr. fisc. 1991, n° 49, 2386.

²⁶⁴CE, 17 janv. 1979, n° 5118.

²⁶⁵Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-10.412, M^{me} Haemmerli et al. : Dr. fisc. 1995, n°s 18-19, comm. 1065.

B – Sociétés réelles constitutives d’une fraude à la loi

498. **But fiscal.** L’administration ne se base pas ici sur le caractère fictif de la société en ne contestant pas la réalité de cette dernière, mais démontre que sa constitution a été faite uniquement pour éluder l’impôt.

499. **Intérêts économiques ou juridiques.** Cependant, même si la constitution d’une société présente des avantages fiscaux, il n’y a pas d’abus de droit lorsque l’opération a un intérêt économique pour cette dernière. Il en va ainsi dans les cas suivants :

- la création de la société se justifie pour « mieux assurer le maintien, après son décès, de l’unité de l’exploitation familiale »²⁶⁶ ;
- la création de la société ne déforme pas le régime fiscal que les contribuables auraient normalement supporté « eu égard à leur situation et à leur activité réelles »²⁶⁷ ;
- la création de la société permet d’assurer la protection du conjoint lors de la succession du contribuable²⁶⁸ ;
- la création de la société se justifie par « les multiples activités commerciales et financières du contribuable, se traduisant notamment par d’importants investissements financiers »²⁶⁹.

1°) Sociétés civiles immobilières de gestion

500. **Faisceau d’indices.** Lorsqu’un contribuable n’a constitué une société civile immobilière qu’en vue de faire naître des déficits fonciers déductibles du revenu des associés et détourner ainsi les dispositions légales, l’administration peut réintégrer le montant des déficits dans l’assiette de l’impôt sur le revenu de l’intéressé.

La jurisprudence admet l’abus de droit en retenant un faisceau d’indices relatifs :

- au contrôle exclusif par les bénéficiaires du logement sur la société civile immobilière ;
- au délai écoulé entre la constitution de la société civile immobilière et l’opération litigieuse ;
- au fait que le logement litigieux est l’unique élément du patrimoine immobilier de la société civile immobilière ;
- au financement de l’acquisition ou de la construction par les apports des associés ;
- au faible montant du loyer versé par les associés.

501. **SCI bailleresse.** Lorsque les associés sont les seuls occupants locataires des immeubles appartenant à la société, l’administration considère qu’il y a fraude à la loi²⁷⁰.

Cependant, lorsqu’une société civile immobilière de gestion patrimoniale a été créée pour gérer un patrimoine immobilier donné en location, elle peut également acquérir la résidence principale ou secondaire de ses associés à qui elle peut être donnée en location²⁷¹.

Lorsque la société civile immobilière loue l’immeuble à ses associés personnes physiques, si les loyers sont normaux, en raison de la transparence fiscale, ceux-ci deviennent des revenus fonciers pour les associés.

²⁶⁶CE, 10 juin 1981, n° 19079, préc.

²⁶⁷CE, 22 juin 1983, nos 25167 à 25170, préc.

²⁶⁸CE, 8 oct. 1980, n° 16745 : Dr. fisc. 1980, n° 51, comm. 2624, a contrario.

²⁶⁹CE, 21 mars 1983, n° 29742, préc.

²⁷⁰CE, 3 oct. 1984, n° 38987. – CE, 11 oct. 1991. – CAA Lyon, 31 juill. 1989.

²⁷¹CE, 27 juin 1990, n° 57559.

Cependant, si un des associés loue l'immeuble à la société civile immobilière à un loyer moins élevé que la valeur réelle locative, alors « l'avantage en nature résultant de la minoration de loyer » doit être retenu pour cet associé à titre de complément de loyer et n'affecte pas le bénéfice des autres.

502. **SCI locataire.** Lorsque le propriétaire d'un immeuble le loue à une société ou à une association fictive de sorte qu'en réalité le bailleur se réserve la jouissance des locaux, l'administration considère également qu'il y a abus de droit²⁷².

503. **Location mixte.** La location par une société civile immobilière de ses locaux d'habitation et professionnel à son associé principal n'est pas par essence constitutive d'un abus de droit. Le Conseil d'État a jugé que l'administration n'établissait pas, en se bornant à faire état des liens conjugaux existant entre les deux associés de la société et à soutenir que celle-ci avait pour but de faire échec aux dispositions de l'article 15 II du Code général des impôts, que ladite société avait un caractère fictif alors que, pour partie, les locaux qu'elle donnait en location ont un usage professionnel²⁷³. L'interdiction de l'article 15 II n'a pas vocation à s'appliquer aux locaux professionnels.

Le contribuable peut déduire la part du déficit de la société civile immobilière afférente aux locaux professionnels, à condition qu'elle soit individualisée et son existence établie²⁷⁴.

Constitue également un abus de droit la location concomitante de locaux nus et de mobilier par deux sociétés dont le capital est dans les mains du même dirigeant en vue d'éluder la taxe sur la valeur ajoutée²⁷⁵.

2°) Société civile immobilière objet du financement d'un bien immobilier

504. **Revenus fonciers.** Est abusive l'opération consistant pour un contribuable à constituer une société civile immobilière familiale pour l'acquisition d'un immeuble, à l'aide pour partie d'un emprunt consenti par une société anonyme dans laquelle il détient un compte courant qui a été crédité au moyen d'un emprunt²⁷⁶. Selon l'administration fiscale, il s'agit d'un emprunt à soi-même destiné à imputer dans le cadre des revenus fonciers les intérêts du prêt payés par la société civile immobilière à la société anonyme sur les loyers imposables.

505. **Donation.** Constituer une société civile immobilière pour acquérir un immeuble en vue de le donner ou de le vendre peut permettre de réaliser une importante économie d'impôt au titre des droits de donation. En effet, au lieu de donner l'immeuble, qui sera taxé sur sa valeur brute, sans déclaration des charges d'emprunt, on peut envisager de créer une société civile immobilière qui va acquérir l'immeuble en réalisant un emprunt et donner ces parts. La donation ne sera taxée que sur la valeur vénale des parts qui sera alors plus faible vu l'endettement de la société. Cependant, un tel montage pourra être qualifié d'abusif par l'administration dans la mesure où celui-ci est réalisé seulement dans le but d'éluder l'impôt²⁷⁷.

²⁷²CE, 8 août 1990, n° 61330.

²⁷³CE, 4 nov. 1988, n° 62221.

²⁷⁴CE, 10 nov. 1993, n° 62445.

²⁷⁵CE, 16 mai 1990, n° 68584.

²⁷⁶TA Paris, 14 juin 1988, n° 67698-1 : Dr. fisc. 1988, n° 52, comm. 2383.

²⁷⁷CE, 4 juin 1983, n° 13020.

3°) Sociétés civiles agricoles (GFA, Groupements forestiers...)

506. **Absence d'abus de droit.** Dès lors que la constitution de la société est réalisée dans un autre but que fiscal, à savoir la transmission de l'entreprise agricole, l'abus de droit ne peut être retenu.

Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'un ensemble de conventions passées le même jour et consistant en la création d'un GFA par deux époux, la conclusion d'un bail à long terme de la ferme par ce GFA au profit de ces deux époux et la donation-partage à leurs trois enfants de la nue-propriété de leurs parts, ainsi que d'autres biens leur appartenant, ne pouvait être considéré comme ayant pour but de faire bénéficier les intéressés, de façon induue, de l'exonération partielle d'impôt prévue à l'article 793-1-4° du Code général des impôts²⁷⁸. La Cour de cassation se réfère au « souci [des intéressés] de mieux assurer le maintien, après leur décès, de l'unité de l'exploitation familiale »²⁷⁹.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'ayant donné partie de leurs droits sur un domaine rural à leurs enfants et constitué, avec eux, un GFA, qui a loué par bail le domaine à l'un d'eux, les parents ont fait donation-partage à ce dernier de leurs parts dans le GFA moyennant une soulte au profit des autres enfants. Cette opération a permis d'assurer à leur fils la dévolution d'une partie importante de leur patrimoine et assuré la préservation de l'unité d'exploitation agricole. En conséquence, l'ensemble des actes litigieux n'avait pas eu un but exclusivement fiscal²⁸⁰.

507. **Abus de droit.** Cependant, la Cour de cassation a retenu la thèse de l'abus de droit pour la modification de la répartition du capital social d'une SCEA entraînant la création d'un exercice de courte durée. L'exercice en cause n'enregistrait que des charges. Cette modification, étant conjuguée à la cession différée des parts de l'exploitant, avait pour seul but d'atténuer l'impôt²⁸¹.

4°) Sociétés visant à dissimuler la perception d'un revenu

508. **Abus de droit.** La jurisprudence retient la qualification d'abus de droit lorsque la constitution d'une société n'a pour but que de dissimuler la perception d'un revenu ou de soumettre des plus-values ou des profits à un régime fiscal plus favorable.

L'administration a retenu la qualification d'abus de droit pour une société visant à dissimuler la perception d'un revenu de location d'appartement parallèlement à la location des meubles par une autre société. Une société avait donné en location des appartements non meublés, en prétendant que ces locations présentaient un caractère civil et étaient donc hors champ d'application de la TVA. Or, l'administration retient l'abus de droit en assujettissant ces locations à la TVA en relevant que ces locations donnaient lieu de façon systématique à la conclusion simultanée avec une société constituée des mêmes associés, d'un contrat de location de meubles destinés à garnir les locaux²⁸².

Est également abusive, ainsi qu'il a été déjà dit ci-dessus, l'opération consistant pour une société civile à financer son acquisition d'immeuble au moyen d'un prêt par une société anonyme

²⁷⁸Cass. com., 19 avr. 1988. – V. également Cass. com., 10 mai 1983, n° 400 : Dr. fisc. 1985, n° 25, comm. 1205. – Cass. com., 9 oct. 1990, n° 89-14.193 : Dr. fisc. 1990, n° 51, comm. 2422. – TGI Senlis, 24 avr. 1990 : Dr. fisc. 1990, n° 51, comm. 2427.

²⁷⁹CE, 10 juin 1981, n° 19079.

²⁸⁰Cass. com., 21 juin 1994, n° 92-19.992.

²⁸¹CAA Nancy, 11 avr. 1996, n° 94-1583.

²⁸²CE, 25 mars 1983, n° 30787.

étroitement contrôlée par le principal associé de la société civile immobilière qui a déposé au compte courant les sommes nécessaires à ce prêt²⁸³.

509. **Absence d'abus de droit.** Toutefois, si la constitution de la société correspond à une meilleure organisation de l'activité professionnelle, la jurisprudence ne retient pas la qualification d'abus de droit.

La cour administrative de Lyon a considéré que ne constituait pas un abus de droit, le montage ayant pour but de recevoir gratuitement des constructions édifiées par une SARL dont on possède toutes les parts, à laquelle on a loué des terrains qui sont la propriété du contribuable. Cette attribution gratuite constitue en principe un revenu foncier imposable. Le contribuable a constitué une société civile immobilière. Le propriétaire du terrain en fait apport et la SARL fait apport des constructions. Une clause du bail prévoyait qu'en fin de contrat les constructions reviendraient gratuitement au bailleur. La SARL a distribué une partie de son bénéfice par attribution de parts de la société civile immobilière. Grâce à la société civile immobilière, le propriétaire des terrains à l'origine reçoit les parts d'une société propriétaire des constructions en franchise d'impôt.

La cour d'appel affirme qu'il ne s'agit ici que d'une opération saine de gestion en « transférant à une société civile immobilière des immeubles industriels appartenant à la société exploitante en les mettant à l'abri des aléas économiques »²⁸⁴.

§ 4 – Abus de droit et opérations portant sur les droits sociaux

A – Apports fictifs

510. **Abus de droit.** Les apports fictifs dissimulant une répartition différente du capital sont sanctionnés par la jurisprudence²⁸⁵.

Il en va de même de l'apport effectué dans le seul but de modifier la répartition du capital social pour ne pas dépasser un seuil d'imposition²⁸⁶.

B – Apport et sursis d'imposition

511. **Sursis d'imposition et abus de droit.** L'abus de droit a été écarté à plusieurs reprises par le Comité consultatif pour la répression des abus de droit²⁸⁷ sur le fondement non optionnel et obligatoire du régime du sursis d'imposition.

La jurisprudence est, quant à elle, divergente. Soit elle considère que l'opération d'apport en sursis d'imposition ne relève pas des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (rédaction ancienne)²⁸⁸, soit au contraire elle estime que cet article est applicable aux opérations d'apport-cession²⁸⁹.

²⁸³TA Paris, 14 juin 1988.

²⁸⁴CAA Lyon, 10 févr. 2005, *Servagent* : Dr. fisc. 2005, n° 26, 510.

²⁸⁵CE, 11 mars 1985.

²⁸⁶Cf. par exemple en matière de régime spécial des profits de construction : CE, 31 oct. 1990, n° 77923 : Dr. fisc. 1991, n° 27, comm. 1381, qui a estimé que l'entrée de nouveaux associés n'avait eu d'autre objet que d'éviter une partie du prélèvement sur les profits de construction.

²⁸⁷Avis n°s 2004-63 et 2004-64. – Instr. 13 mars 2006 : BOI 13 L-3-06 ; Dr. fisc. 2006, n° 2006, étude 47.

²⁸⁸CAA Bordeaux, 4^e ch., 9 oct. 2008, n° 07BX00352, *Dufaur-Dessus* : JurisData n° 2008-372513 ; Dr. sociétés 2009, comm. 42, note J.-L. Pierre.

²⁸⁹CAA Bordeaux, 3^e ch., 17 févr. 2009, n° 07BX00711, *Berjot*. – TA Cergy-Pontoise, 4 mai 2009, n° 06-2268, *Nicolet* : RJF 2010, n° 394. – TA Marseille, 4 févr. 2008, n° 0500915, *Harreau*.

Le Conseil d'État a confirmé dans les trois arrêts rendus ci-dessous visés en date du 8 octobre 2010 sa position ancienne²⁹⁰ en reconnaissant que le report d'imposition entrainé dans le champ d'application de l'abus de droit. Il a indiqué que « lorsque l'administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report 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 Livre des procédures fiscales ; qu'en effet, une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de cet article dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités du contribuable ».

512. **Critères.** Le Conseil d'État, dans deux affaires du 8 octobre 2010, *Bauchard et Bazire*, a évoqué récemment les conditions auxquelles des opérations d'apport placées sous le régime du report d'imposition des anciens articles 32 B et 160 du Code général des impôts, immédiatement suivies de la cession de l'actif apporté (« apport cession »), ne sont pas constitutives d'abus de droit²⁹¹.

Le même jour, le Conseil d'État s'est prononcé dans une troisième affaire *Four* concernant l'apport en société d'une entreprise individuelle sous le régime de l'article 151 *octies* du Code général des impôts, suivi d'une réduction de capital.

Le Conseil d'État fait application des mêmes critères inspirés de l'objectif du législateur pour ces trois affaires ayant toutes comme point commun un report d'imposition prévu par des textes différents.

Ces décisions qui ont été rendues en matière de report d'imposition fournissent des outils de réflexion pour les opérations réalisées en sursis d'imposition.

Ces trois arrêts permettent d'illustrer les opérations d'apport-cession réalisées dans un but exclusivement fiscal et les autres. Le Conseil d'État a sanctionné l'apport en report d'imposition en considérant qu'« une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de l'abus de droit ».

L'appréciation du Conseil d'État sur le caractère abusif du report d'imposition ressort du considérant de principe commun aux trois affaires : « Le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à 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 de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a, en revanche, pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».

Il en résulte qu'en cas de réinvestissement dans une activité économique, les fonds n'ayant pas été mis à la disposition du contribuable, le montage n'est pas abusif.

En revanche, l'opération constitue un abus de droit lorsque les liquidités sont appréhendées par le contribuable à travers la société qu'il contrôle.

Le critère posé par les décisions du 8 décembre 2010 est double :

- réinvestissement dans une activité économique : ce réinvestissement est le critère déterminant justifiant le caractère véritable et non artificiel de l'opération. Ce critère avait déjà été utilisé antérieurement par les juges du fond²⁹² ;

²⁹⁰CE, 3 nov. 1986, n° 49462 : RJF 1/1987, n° 77.

²⁹¹P. Julien Saint-Amand et F. Thierry, *Apport en sursis d'imposition : Dr. et patrimoine juill.-août 2011*, p. 81 et s.

²⁹²TA Marseille, 4 févr. 2008, n° 05-915. – TA Cergy-Pontoise, 4 mai 2009, n° 06-2271, préc. – CAA Bordeaux, 17 févr. 2009, n° 07-11.

- non-appréhension des liquidités de l'opération : le réinvestissement du produit de la vente dans une activité économique justifie à lui seul la non-appréhension de celui-ci.

Deux décisions du 24 août 2011²⁹³ ont précisé la jurisprudence *Bazire* en donnant des éléments supplémentaires sur la notion d'activité économique d'une part, et sur la proportion de réinvestissement du prix de cession d'autre part.

L'opération est constitutive d'abus de droit lorsqu'elle permet par l'auteur de l'apport d'appréhender les liquidités résultant du produit de cession réalisée par la société bénéficiaire de l'apport. Le transfert effectif des sommes sur le compte du contribuable n'est pas nécessaire. Il est suffisant que leur appréhension soit possible.

Dans la seconde décision du 24 août 2011, il s'agit d'une question sans importance eu égard au fait qu'elle est détenue par l'auteur de l'apport.

En revanche, dans la première affaire, les contribuables ne possédaient que la moitié des parts de la société bénéficiaire de l'apport alors que l'autre moitié appartenait à un autre groupe familial ayant participé aux mêmes opérations. Le caractère conjoint des opérations a conduit le Conseil d'État à considérer que les contribuables contrôlaient la société et qu'ils pouvaient ainsi appréhender les liquidités.

A contrario en l'absence de contrôle de la société interposée et de toute possibilité d'appréhension des liquidités, l'abus de droit est écarté.

Il n'y a pas d'abus de droit, même en cas d'appréhension du produit de cession, dès lors que celui-ci est réinvesti dans une activité économique.

Le caractère économique d'un réinvestissement intervenant après l'apport, dans l'acquisition directe ou indirecte d'immeubles par une SCI à caractère patrimonial a été rejeté dans la première affaire du 24 août 2011.

Dans la seconde décision, le Conseil d'État précise que le placement d'une partie du produit de cession (45 % en l'espèce) par la société bénéficiaire de l'apport sur un compte courant dans la société dans laquelle elle a pris une participation présente un caractère patrimonial dès lors qu'il n'existe pas de circonstances particulières justifiant une qualification contraire.

Le réinvestissement par la société bénéficiaire de l'apport doit représenter une part significative du produit de cession de titres apportés. Dans la deuxième affaire du 24 août 2011, le Conseil d'État a considéré que 15 % de ce produit était insuffisant.

513. Définition de l'activité économique. Le réinvestissement du prix de cession dans des activités économiques écarte l'abus de droit. Le régime de faveur doit bénéficier aux opérations économiques et non aux opérations patrimoniales.

La définition de l'activité économique dans laquelle le produit de l'opération doit être réinvesti n'est pas sans poser de difficultés. Dans son sens habituel, cette notion vise la poursuite d'un but lucratif au travers de toute activité industrielle, artisanale, agricole, libérale, financière exercée par la société.

La notion d'activité économique doit être différenciée de la notion d'activité professionnelle.

Plusieurs avis du Comité consultatif de répression des abus de droit ont utilisé la notion d'investissement professionnel pour écarter ou retenir l'abus de droit²⁹⁴. Les arrêts du 8 décembre 2010 ne posent pas la condition pour le cédant d'exercer son activité professionnelle dans la société.

Toutefois, la notion d'activité économique exclut celle des investissements à caractère purement patrimonial²⁹⁵ tels que, par exemple l'acquisition d'immeubles de rendement non liés

²⁹³CE, 24 août 2011, 10^e et 9^e ss-sect., n° 314579, concl. J. Boucher. – CE, 10^e et 9^e ss-sect., 24 août 2011, n° 316928, concl. J. Boucher.

²⁹⁴Par ex., aff. n°s 2004-61, 2004-35 à 2004-38 ; cf. CCRAD, Rapp. annuel 2005, préc.

²⁹⁵En ce sens, CAA Bordeaux, 4^e ch., 27 avr. 2006, n° 02BX01532, Sté Richelieu Plaisance et n°

à une activité économique. L'existence d'un certain degré de risque dans l'entreprise aide à la qualification de l'activité économique.

Les hypothèses de réinvestissement à caractère mixte (économique et patrimonial) ne sont pas rares et seront susceptibles de susciter des difficultés d'interprétation.

514. **Facteur temps.** En raison de l'analyse faite par l'administration, le délai séparant l'apport des titres de leur revente doit être raisonnable. Il n'est pas nécessaire que le réinvestissement soit effectué immédiatement.

De même, le réinvestissement doit intervenir dans un délai raisonnable en fonction des contraintes dues à l'opération réalisée et en tenant compte des tentatives révélées infructueuses. Le délai de réinvestissement doit être apprécié pour chaque cas d'espèce. Un délai compris entre l'immédiateté et trois ans semble raisonnable. En effet, dans l'affaire *Bauchart*, le Conseil d'État a considéré que l'activité économique de la société s'était poursuivie alors même que le réinvestissement n'avait eu lieu que trois ans après, le temps nécessaire à la recherche d'une cible. Un tel délai correspondait au « délai nécessaire qu'impliquaient, eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement réalisé, les prises de contact et les démarches préalables d'autant plus requises en l'espèce que M. et M^{me} Bauchart, jusqu'alors spécialisés dans la gestion d'un supermarché, changeaient le secteur d'activité ».

Un délai de deux ou trois ans pour le réinvestissement du produit de cession des titres a déjà été admis par la cour administrative d'appel de Lyon dans plusieurs décisions²⁹⁶, laquelle avait souligné l'importance, d'une part, des démarches préalables réalisées par le contribuable et, d'autre part, des investissements recherchés.

Au plus le délai de réinvestissement sera long, au plus il sera important pour le contribuable de se ménager la preuve des recherches réalisées depuis l'origine de l'opération.

515. **Fraction à réinvestir.** Au vu des trois décisions du 8 octobre 2010, il n'est pas nécessaire de réinvestir la totalité du produit de cession dans une activité économique.

Si aucun pourcentage n'est exigé, il semble qu'il faille réinvestir une partie prépondérante du prix de cession dans une activité économique. La moitié du produit de cession semble le montant minimum à réinvestir.

516. **Activité préalable.** Afin de consolider l'opération, il est recommandé d'avoir une activité antérieure et préalable à l'opération d'apport à la société, même si dans les affaires *Bauchart* et *Bazire*, le Conseil d'État n'a pas retenu ces critères pour caractériser le caractère artificiel de l'opération.

517. **Absence de récupération des liquidités.** Selon M. Olivier Fouquet, « un apport-cession qui débouche sur la récupération par l'apporteur de liquidités représentatives de tout ou partie de son apport ne peut pas donner lieu à report, même si l'activité économique apportée demeure dans l'entreprise, ou si, cédée, elle conduit à réinvestissement ». Dans cette hypothèse, l'apport-cession est donc répréhensible.

La récupération des liquidités peut être faite directement. Il en est ainsi en cas de réduction du capital ou d'amortissement du capital. Il en va de même en cas de la rémunération d'un apport par des obligations convertibles en actions si le bénéficiaire de l'émission renonce à la convertibilité. L'apport de titres rémunérés par une soultte doit être utilisé avec prudence.

02BX01533, *Guillaud*.

²⁹⁶CAA Lyon, 27 oct. 2009, n° 07-2295 et 4 mai 2010, n° 08-144.

La récupération de liquidités peut prendre également une forme indirecte. Un apport-cession suivi d'un réinvestissement à caractère patrimonial est exclu du report d'imposition alors même que le produit de la cession reste dans la société et qu'il n'a pas été appréhendé par l'apporteur.

C – Cessions de droits dissimulant des fraudes à la loi

1°) Cession indirecte

518. **Cession intercalaire.** La cession d'actions par l'intermédiaire d'un tiers, sans que cette opération intercalaire ait un quelconque intérêt autre que fiscal, en permettant une mutation en franchise d'impôt, alors que la cession directe aurait entraîné une double taxation du cédant, est abusive²⁹⁷.

Est également abusive la cession par un associé minoritaire de sa participation dans la société A à une autre société B qu'il contrôle complètement et qui cède un mois plus tard la totalité des actions à la société A²⁹⁸. Elle dissimule un rachat direct de ses titres par la société A dans le but exclusivement fiscal destinée à échapper à l'article 160-1 du Code général des impôts et à l'impôt sur le revenu au titre du boni de cession.

2°) Montages liés au statut fiscal du cédant

519. **Abus de droit.** L'administration sanctionne le fait pour une société, lorsqu'une imposition est conditionnée par la détention d'un pourcentage déterminé du capital social, de modifier le capital social uniquement pour échapper à l'imposition²⁹⁹.

Le Conseil d'État a sanctionné également une cession ayant pour seul motif la qualification de gérant majoritaire de SARL dans le cadre d'une cession de titres sociaux³⁰⁰.

De même, l'émancipation d'un enfant mineur dans le but d'éviter l'application d'un régime fiscal désavantageux est considérée par l'administration comme un abus de droit³⁰¹.

3°) Minorations de prix

520. **Abus de droit.** L'administration sanctionne les minorations de prix par le biais de constructions juridiques n'ayant aucune autre justification que fiscale³⁰².

521. **Absence d'abus de droit.** L'administration considère cependant qu'une cession de droits sociaux précédée d'une réduction de capital de la société ne saurait être considérée comme ayant uniquement pour but de diminuer le montant de la plus-value réalisée lors de la cession de titres, à condition notamment que la réduction de capital ait été effectuée conformément aux règles du droit commercial. Les commissaires aux comptes avaient considéré que cette opération était raisonnable compte tenu des caractéristiques comptables et financières de la société³⁰³.

²⁹⁷CE, 30 juin 1982, n° 16391 : Dr. fisc. 1983, n° 9, comm. 355, concl. C. Schricke.

²⁹⁸CCRAD, avis n° 90-9.

²⁹⁹Instr. DGI, 15 févr. 1983, § 15 : Dr. fisc. 1983, n° 12, ID 7643.

³⁰⁰CE, 12 juill. 1989, n° 59088 : Dr. fisc. 1989, n° 50, comm. 2381.

³⁰¹CAA Lyon, 27 nov. 1996, n° 95-276, M. Marchiello : Dr. fisc. 1996, n° 52, comm. 1563.

³⁰²CE, 4 juin 1982, n° 13020 : Dr. fisc. 1983, n° 8, comm. 322, concl. P. Rivière. – CE, 2 juill. 1986, n° 38610 : Dr. fisc. 1986, n° 50, comm. 2266, concl. O. Fouquet.

³⁰³CAA Bordeaux, 29 déc. 1989, n° 89-364 : Dr. fisc. 1990, n° 42, comm. 1930.

Il n'a pas été considéré comme abusif une convention de cession d'actions stipulant la cession d'un terrain appartenant à la société objet de la cession à une société dont le cédant est associé unique, revendu six mois plus tard pour un prix supérieur³⁰⁴.

522. **Compte courant d'associés.** Les droits de mutation ne peuvent être perçus sur le prix de cession du compte courant que si ladite cession est constitutive d'un abus de droit. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que tel était le cas pour une affaire dans laquelle l'associé unique d'une EURL avait, en accord avec le cessionnaire, peu avant la cession, décidé de réduire le capital tout en augmentant le montant de son compte courant. La Cour de cassation a fondé l'abus de droit sur deux éléments. D'une part, l'acquéreur avait reconnu que les sommes versées au titre du compte courant correspondaient en réalité au montant de la cession des parts. D'autre part, la modification du capital et du compte courant n'avait pour but que la modification du prix de vente, donnant ouverture à des droits d'enregistrement cent fois moins élevés.

D – Cessions massives de droits sociaux

523. **Taxations.** Vis-à-vis de l'abus de droit, la cession massive de droits sociaux peut être risquée dans la mesure où elle pourrait être assimilée à une transmission d'entreprise. Une abondante jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, éclaire cette question dont l'enjeu est de taille. En effet, lorsque l'administration prétend qu'une cession massive de droits sociaux dissimule en réalité une cession de l'actif social, les conséquences fiscales sont les suivantes :

- la société dissoute devra payer l'impôt sur les sociétés sur les plus-values latentes, sur les provisions qui deviennent sans objet, sur les bénéfices qui n'ont pas subi l'impôt et sur les réserves de plus de cinq ans, tout ceci avec une majoration de 80 % ;
- les associés paieront au taux plein l'impôt sur le boni de liquidation avec une majoration de 80 % ;
- les nouveaux associés paieront les droits de mutation correspondant à la composition de l'actif social avec une majoration de 80 % ;
- la nouvelle société supportera les droits d'apport et de mutation correspondant à l'actif et au passif social.

524. **Position de la Cour de cassation.** La Cour de cassation, dans l'arrêt *Beauvallet*³⁰⁵, a rejeté la position de l'administration en considérant que l'opération par laquelle une société anonyme en difficulté dont les associés avaient cédé la totalité de leurs titres à la société X et à certains de ses dirigeants ne dissimulait pas la création d'un être moral nouveau.

À première vue, l'arrêt n'a qu'une portée limitée pour la répression des abus de droit dans la mesure où, bien qu'il vise l'article 1649 *quinquies* B du Code général des impôts, il est basé sur l'article 5 de la loi sur les sociétés commerciales en vertu duquel les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au RCS.

En réalité, cet arrêt signifie que tant que demeure la personnalité morale de la société, les cessions de parts ne peuvent affecter l'existence de l'être moral, les associés ne pouvant disposer de l'actif social. Il ne pouvait en être autrement que si la société était fictive ou en cas de réunion de toutes les parts en une seule main lorsqu'un tiers demande la dissolution de la

³⁰⁴CAA Bordeaux, 27 juin 1995, n° 93-1354, A. Vallat : Dr. fisc. 1996, n° 12, comm. 378, concl. R. Bousquet.

³⁰⁵Cass. com., 7 mars 1984 : Dr. fisc. 1984, n° 26, comm. 1293 ; JCP N 1986, II, p. 15, note C. David. – E. Kornprobst, Une jurisprudence fiscale réaliste : le desserrement du carcan juridique entravant l'adaptation des entreprises à leur environnement économique : Dr. fisc. 1984, n° 30, p. 989. – Paillusseau, La fiscalité de la cession de contrôle : D. 1984, chron. p. 207.

société. La Cour de cassation considère donc que tant que demeure la personnalité morale de la société, les cessions de parts ne peuvent affecter l'existence de l'être moral.

Si une cession massive de droits sociaux ne saurait, sauf dans des cas particuliers, se voir qualifier d'abus de droit, on peut se demander si la combinaison de ce dispositif, complété par un autre dispositif fiscal plus favorable, ne pourrait pas constituer un montage inopposable à l'administration sur le fondement de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

En effet, M. M. de Feydeau³⁰⁶ s'interroge sur une « séquence d'opérations » qui combinerait une cession massive de droits sociaux avec le régime spécial de fusions dans le but de céder son activité à un tiers, sans supporter les droits d'enregistrement sur les mutations de fonds de commerce ou d'immeubles.

La Cour de cassation a étendu postérieurement à l'arrêt *Beauvallet* sa doctrine aux sociétés de personnes³⁰⁷.

525. Position du Conseil d'État. Dans un arrêt du 18 novembre 1985, le Conseil d'État saisi de la même affaire que *Beauvallet* pour statuer sur les conséquences du transfert de capital en matière d'impôts directs, a adopté la position de la nouvelle doctrine de la Cour de cassation³⁰⁸. Le Conseil d'État a ensuite étendu cette même doctrine aux sociétés de personnes³⁰⁹.

526. Position de l'administration. Depuis l'arrêt *Beauvallet*, l'administration a tiré toutes les conséquences de la nouvelle doctrine de la Cour de cassation et a décidé de l'appliquer.

Les cessions massives de droits sociaux suivies de modifications statutaires sont requalifiées au titre des droits d'enregistrement si les transformations entraînent la disparition des sociétés initiales et la création d'une personne morale nouvelle.

§ 5 – Abus de droit et actes de société

527. Abandons de créances. La jurisprudence a fréquemment l'occasion de statuer sur le caractère normal ou non d'abandons de créances entre sociétés³¹⁰.

L'administration a déjà porté la question de la déductibilité de ces abandons de créances sur le terrain de l'abus de droit³¹¹.

528. Augmentation de capital. Constitue un abus de droit, une augmentation de capital par émission d'actions à dividendes prioritaires sans droit de vote réservée à une filiale A de la société B, principale associée de la société émettrice, alors qu'il a été prévu antérieurement que la société A céderait ses actions à la société B pour un prix fixé à l'avance³¹².

Cependant, une augmentation de capital avec émission des parts à leur valeur nominale et non à leur valeur réelle, et sans prime d'émission, ne constitue pas un abus de droit, dès lors que les associés avaient renoncé à leur droit préférentiel de souscription³¹³.

³⁰⁶Optimisation fiscale et abus de droit, éd. EFE, 1990.

³⁰⁷Cass. com., 16 oct. 1984, n° 734 : Dr. fisc. 1985, n° 9, comm. 476 ; RJF 1985, p. 168.

³⁰⁸CE, 18 nov. 1985, n° 43321 : Dr. fisc. 1986, n° 10, comm. 447, concl. O. Fouquet.

³⁰⁹CE, 2 mars 1987, n° 51846 : Dr. fisc. 1988, n° 3, comm. 79.

³¹⁰Cf. sur ce point Instr. 22 août 1983.

³¹¹CE, 27 juin 1984, n° 35030 : Dr. fisc. 1985, nos 22-23, comm. 1063, concl. M.-A. Latournerie.

³¹²CCRAD, aff. 91-1, rapp. 1991.

³¹³CAA Nantes, 3 sept. 1992, n° 91-227.

529. **Coup d'accordéon.** Le coup d'accordéon est une pratique utilisée lorsque la valeur de l'actif d'une société est inférieure à la valeur du capital. Pour remettre les choses en état, les actionnaires décident dans un premier temps de réduire le capital en tenant compte de la valeur dévaluée de l'action. Dans un deuxième temps, les actionnaires décident de souscrire à une augmentation de capital pour le porter à la valeur nécessaire à la reconstitution de l'actif de l'entreprise.

Dans certains cas, l'administration avait considéré dans un premier temps que l'opération est abusive.

Puis, le Conseil d'État a considéré que les sociétés sont libres du choix de la forme des concours financiers qu'elles apportent à leurs filiales en difficulté³¹⁴.

L'administration³¹⁵ a pris acte de cette jurisprudence. Elle considère que les opérations d'augmentation-réduction de capital ne peuvent être remises en cause au titre de l'abus de droit par assimilation des mouvements sur le capital de la filiale à des abandons de créances ou remises de dettes consenties par la société mère. Encore faut-il que la créance détenue par la société mère sur la filiale avant l'incorporation au capital résulte d'une opération conclue à des conditions normales et soit conforme aux intérêts de la filiale.

530. **Réduction de capital.** Le montage consistant pour un associé d'une société mère faisant apport de ses actions à une société créée pour les besoins de la cause et faisant racheter les parts reçues en échange de cet apport par la filiale à 100 % de cette société mère, constitue un abus de droit. L'opération masque le retrait de cet associé et le rachat détourné par la société mère de ses propres actions³¹⁶.

§ 6 – Abus de droit et contrat de bail

A – Bail fictif

531. **Enjeux.** Le Conseil d'État a eu à connaître de plusieurs affaires dans lesquelles l'administration invoque le caractère fictif d'un bail pour refuser l'application du régime des revenus fonciers ou des BIC au prétendu bailleur qui avait déduit des déficits provenant des locations, de son revenu global ou catégoriel³¹⁷.

L'article 15-II du Code général des impôts prévoit que les revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu. Les charges correspondantes à ces locaux ne sont donc pas déductibles. L'administration est en droit de considérer que l'application de fait du bail ne peut permettre au propriétaire de déduire les charges foncières au titre de l'article 31 du Code général des impôts.

³¹⁴CE, 20 mars 1989, n° 56087 : Dr. fisc. 1990, n° 11, comm. 533.

³¹⁵BOI 13 L-3-89 ; Dr. fisc. 1990, n° 10, ID 9922.

³¹⁶CCRAD, avis, aff. 91-7, Rapp. 1991.

³¹⁷CE, 22 févr. 1978, n° 3931 : Dr. fisc. 1978, n° 22, comm. 884. – CE, 11 oct. 1978, n° 6744 : Dr. fisc. 1979, n° 20, comm. 1023, concl. B. Martin-Laprade. – CE, 3 nov. 1978, n° 3421 : Dr. fisc. 1979, n° 26, comm. 1344, concl. B. Martin-Laprade. – CE, 8 août 1990, n° 61330 : Dr. fisc. 1990, n° 42, comm. 1884. – Adde C. Bruno, Locations fictives : AJPI 1990, n° 6, p. 478. – CAA Paris, 28 nov. 1991, n° 89-1459 : Dr. fisc. 1992, n° 44, comm. 2051.

532. **Présomptions.** La jurisprudence a élaboré un faisceau de présomptions afin de déterminer le caractère fictif du bail :

- le lien de parenté entre le bailleur et le locataire³¹⁸ ;
- le fait que le bailleur continue à assumer la charge du paiement des dépenses de réparation et d'assurance, ainsi que la taxe d'habitation et de toutes les dépenses de réparation et d'assurance³¹⁹ ;
- le fait que le bailleur continue à utiliser les locaux pour ses réceptions personnelles³²⁰ ou son usage personnel³²¹, s'agissant d'une sous-location ;
- le fait que les locaux soient inhabitables et n'aient pas été effectivement habités par le locataire³²² ;
- le caractère dérisoire du loyer³²³ ;
- le fait que locataire n'a ni utilisé l'immeuble, ni acquitté les loyers et qu'aucune convention n'a été établie en fin de bail³²⁴.

533. **Absence d'abus de droit.** Cependant, la jurisprudence considère qu'un contrat conclu entre un contribuable et une société ne peut être regardé comme fictif au motif que le loyer stipulé est calculé sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur³²⁵, ou qu'il est inférieur à la valeur foncière de l'immeuble, lorsqu'il est fixé par un tiers (le notaire) il correspond aux loyers pratiqués dans la région pour des immeubles comparables³²⁶, ou que les travaux effectués par le propriétaire auraient dû entraîner une augmentation du loyer³²⁷.

L'existence de liens d'intérêts étroits entre une société civile immobilière et ses locataires et le faible montant des loyers ne suffit pas à établir, en l'absence de loyers nuls ou insignifiants, que la société civile immobilière a en fait conservé la jouissance des biens donnés à bail³²⁸.

La jurisprudence considère que les baux ne pouvant se justifier par une intention d'éluder l'impôt ne peuvent se voir qualifiés d'abusifs³²⁹.

³¹⁸Locataire : CE, 16 janv. 1974, n° 82379 : Dr. fisc. 1975, n° 4, comm. 93, concl. J. Delmas-Marsalet, à son fils (CE, 23 oct. 1974, n° 91089 : Dr. fisc. 1974, n° 51, comm. 1567, concl. D. Fabre), à sa mère (CE, 11 oct. 1978, n° 6744 : Dr. fisc. 1979, n° 1, comm. 32 et n° 20, comm. 1023, concl. B. Martin Laprade).

³¹⁹CE, 3 nov. 1978, n° 3421 : Dr. fisc. 1979, n° 26, comm. 1344.

³²⁰CE, 3 nov. 1978, n° 3421, préc.

³²¹CE, 21 déc. 1983, n° 27685 : Dr. fisc. 1984, n° 18, comm. 926.

³²²CE, 15 janv. 1982, n° 16190 : Dr. fisc. 1982, n° 26, comm. 1372.

³²³CE, 11 oct. 1978, n° 6744, préc.

³²⁴CAA Paris, 16 juill. 1992, n° 90-456 : Dr. fisc. 1993, n° 51, comm. 2491.

³²⁵CE, 23 févr. 1979, n° 6688 : Dr. fisc. 1979, n° 48, comm. 2367.

³²⁶CE, 31 oct. 1984, n° 40408 : Dr. fisc. 1986, nos 17-18, comm. 863.

³²⁷CE, 31 oct. 1984, n° 40408 : RJF 1985, n° 86.

³²⁸CE, 29 déc. 1995, n° 133251, M. Jounini : Dr. fisc. 1996, nos 21-22, comm. 685.

³²⁹CE, 5 déc. 1983, n° 35489 : Dr. fisc. 1984, n° 17, comm. 894.

B – Bail réel constituant une fraude à la loi

534. **Abus de droit.** Les baux conclus dans le but unique d'éluider l'impôt sont inopposables à l'administration.

La proximité chronologique de la conclusion d'un bail et d'une donation-partage a été retenue par la jurisprudence pour retenir l'abus de droit. En effet, des parents avaient conclu avec leur fils un bail à long terme de terres, que ce dernier exploitait déjà en vertu d'un bail de neuf ans venu à expiration, et suivi d'une donation-partage par laquelle le fils recevait la nue-propriété des biens qu'il tenait à bail, pour bénéficier de l'exonération des trois quarts de la valeur des biens transmis³³⁰.

Est également abusive la conclusion d'un bail préalablement à la cession de l'immeuble intervenue antérieurement à la dissolution de la société cédante, lorsque la société cessionnaire a versé une indemnité d'éviction importante alors que les locaux n'avaient jamais été occupés, ni entretenus, ni garnis de meubles, entre la date de la passation des baux et celle de leur résiliation³³¹.

535. **Absence d'abus de droit.** Le fait que les associés d'une société civile immobilière bailleuse détiennent une part prépondérante dans le capital de la société anonyme locataire ne permet pas de qualifier le bail de fictif et ainsi de conclure à la fictivité du bail et, par voie de conséquence, à l'absence de prise en considération de l'indemnité d'éviction dans le calcul de la plus-value réalisée lors de la vente de l'immeuble objet du bail³³².

L'absence d'occupation des locaux pendant la période de location ne constitue pas une preuve suffisante que le bail ait été conclu dans le seul but du versement d'une indemnité en franchise de droits³³³.

C – Droit au bail

536. **Abus de droit.** En vue d'éluider les droits d'enregistrement, les contribuables peuvent être tentés de résilier le bail en payant l'indemnité d'éviction correspondante pour relouer l'immeuble au commerçant qui devrait apparaître comme le cessionnaire du droit, moyennant un droit d'entrée équivalent à l'indemnité d'éviction.

Or, de tels montages sont sanctionnés par la Cour de cassation lorsqu'il apparaît qu'ils ont été réalisés dans l'unique but d'éluider l'impôt³³⁴.

D – Crédit-bail

537. **Abus de droit.** Les sommes versées pour l'acquisition d'un bien au titre d'un contrat de crédit-bail constituent des charges déductibles, sauf si une partie des loyers versés trouve sa cause dans un accroissement de l'actif qui n'aurait pas dû être déductible des résultats taxables du locataire³³⁵.

³³⁰Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-13.650, M. Tiberghien : Dr. fisc. 1998, n° 7, comm. 107.

³³¹CE, 5 déc. 1983, n° 35489 : Dr. fisc. 1984, n° 17, comm. 894.

³³²CE, 24 juin 1985, n° 41435 : Dr. fisc. 1985, n° 49, comm. 2149.

³³³CE, 18 juin 1986, n° 48912 : Dr. fisc. 1986, n° 45, comm. 1935.

³³⁴TGI Paris, 14 janv. 1977 : Rev. enr. et imp. 1979, 15509-9. – V. aussi Cass. com., 28 nov. 1977 : Rev. enr. et imp. 1979, 15509-10.

³³⁵Rép. min. Budget n° 56434 à M. Ligot : JOAN Q 14 janv. 1985, p. 155 ; Dr. fisc. 1985, n° 11, comm. 561.

Constituent des présomptions de dissimulation d'une partie du prix d'acquisition, la brièveté de temps séparant la signature du contrat de crédit-bail et la levée de l'option, ou la fixation d'un prix de levée de l'option très inférieur à la valeur vénale du bien acquis³³⁶.

E – Démembrement de propriété

538. **Impôt sur le revenu.** Les nus-proprétaires ne peuvent déduire de leurs revenus imposables les dépenses afférentes au bien lorsque l'usufruitier se réserve la jouissance de l'immeuble³³⁷.

Il a été jugé qu'un bail conclu entre l'usufruitier et son fils nu-proprétaire pour donner à ce dernier en location une partie de l'immeuble où devaient être réalisés de coûteux travaux de réfection était abusif dans la mesure où il permettait seulement au nu-proprétaire d'imputer sur son revenu global les dépenses qu'il supportait, en passant d'une occupation à titre gratuit à une location à titre onéreux³³⁸.

539. **Impôt sur la fortune.** Le comité a considéré l'administration fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal dans une affaire dans laquelle des parents avaient donné l'usufruit temporaire de parts de SARL³³⁹. Rappelons qu'en matière d'impôt sur la fortune, l'article 885 E du Code général des impôts pose le principe de taxation de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant au foyer fiscal. L'article 885 G du Code général des impôts rend imposable l'usufruitier sur la valeur en pleine propriété des biens dont il possède l'usufruit. Dans cette affaire, il a été constaté que l'usufruit temporaire n'a pas été de nature à produire des fruits sur la période considérée et que cette absence de perspective de bénéfice était connue des nus-proprétaires. Il a été relevé, en outre, que les donataires avaient peu 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 faut veiller à ce que le démembrement temporaire de la propriété de l'immeuble soit justifié par des considérations économique ou patrimoniale³⁴⁰.

³³⁶Rép. min. Budget n° 4233 à M. Brocard : JOAN Q 8 juin 1979, p. 4829 ; Dr. fisc. 1979, n° 31, comm. 1636.

³³⁷CE, 11 oct. 1978, n° 11228 : Dr. fisc. 1979, n° 15, comm. 725, concl. B. Martin-Laprade. – CE, 19 févr. 1986, n° 42027 : Dr. fisc. 1986, n° 40, comm. 1642, concl. Ph. Martin.

³³⁸CAA Paris, 21 févr. 1991 : Dr. fisc. 1991, n° 31, comm. 1605. – V. aussi CE, 17 janv. 1994, n° 120157 : Dr. fisc. 1994, n° 15, comm. 746, concl. G. Bachelier.

³³⁹CADF, aff. n° 2012-27.

³⁴⁰CADF, aff. n° 2012-29.

Section II – Acte anormal de gestion

540. **Plan.** Le notaire concepteur des montages mis en place afin d'optimiser la fiscalité patrimoniale doit vérifier qu'ils ne présentent pas de difficultés au titre de l'acte anormal de gestion (§1) car les sanctions sont là encore très lourdes (§2). Le champ d'application de l'acte anormal de gestion est relativement large en gestion de fortune (§3). Nous étudierons en particulier l'acte anormal de gestion au regard des dépenses immobilières (§4).

§ 1 – Définition

541. **Sources légales particulières.** Dans certains cas, la loi définit elle-même l'acte de gestion anormal. Tel est le cas, lorsqu'elle interdit la déduction d'une rémunération ne correspondant pas à un travail effectif ou excessive eu égard à l'importance du service rendu (CGI, art. 39, 1, 1) ou encore interdit des dépenses somptuaires (CGI, art. 39, 4).

Elle prévoit également que les dépenses engagées par les entreprises dans le cadre de manifestations de caractère philanthropique, éducatif, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ne sont déductibles qu'à la condition d'être exposées dans l'intérêt direct de l'exploitation (CGI, art. 39, 1, 7°).

542. **Source générale.** En vertu de l'article 38, alinéa 1^{er} du Code général des impôts, le bénéfice imposable s'entend du « bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises ». Le même article, dans son 2^e alinéa, le définit comme « la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt, diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés ».

L'article 39, 1 du Code général des impôts dispose que « le bénéfice net est établi sous déduction de toutes les charges... ».

La théorie de l'acte anormal de gestion du Conseil d'État est fondée sur ces textes : « ... Considérant que, pour l'application des dispositions de l'article 38 du Code général des impôts... seuls peuvent ne pas être pris en compte les actes ou opérations qui ont été réalisés à des fins autres que celles de satisfaire les besoins ou, de manière générale, servir les intérêts de l'entreprise et qui, dans ces conditions, ne peuvent pas être regardés comme relevant d'une gestion normale de celle-ci... »³⁴¹.

S'agissant des dépenses non conformes à l'intérêt de l'entreprise, l'article 39 du Code général des impôts qui définit les charges déductibles justifie leur non-déduction et permet la réintégration.

Les profits que l'entreprise aurait pu réaliser et auxquels elle a renoncé pour des raisons étrangères à son propre intérêt peuvent être pris en compte dans les résultats imposables sur la base de l'article 38 du Code général des impôts.

³⁴¹CE, sect., 1^{er} juill. 1983, n° 28315 : Dr. fisc. 1984, n° 5, comm. 148, concl. P. Rivière.

543. **Intérêt social.** Dans l'acte anormal de gestion, l'administration se contente d'affirmer que l'acte est contraire à l'intérêt de l'entreprise et qu'il ne lui est pas opposable.

Le professeur Jean Paillusseau³⁴² insiste sur le fait que l'intérêt social est une notion fondamentale du droit des sociétés. La conformité des actes de gestion à l'intérêt social constitue l'un des critères de la validité de ces actes.

Le professeur Jean Schapira³⁴³ estime, quant à lui, que l'intérêt social est « un instrument souple et pratique, utilisé en jurisprudence en vue d'une certaine police des sociétés ». Il analyse l'intérêt social comme la cause en droit des contrats.

En droit privé, la police des sociétés est assurée par les tribunaux, cependant en vertu de son privilège, l'administration fiscale est dispensée du recours judiciaire. L'administration n'est pas liée par les décisions des tribunaux judiciaires. Ainsi, elle a pu considérer qu'en ayant consenti des avances sans intérêts à une société tierce, un dirigeant avait commis un acte anormal de gestion alors qu'il avait été relaxé sur le plan pénal du délit d'abus de biens sociaux³⁴⁴. L'administration s'intéresse essentiellement au résultat comptable, alors que le juge pénal cherche l'intention frauduleuse.

L'acte anormal est donc lié avec l'intérêt social de la société. Le commissaire du gouvernement, M. Racine³⁴⁵ affirmait que « le concept d'acte anormal de gestion est le fruit de l'acclimatation ou de la transplantation en droit fiscal du concept commercial d'acte non conforme à l'intérêt social, mais avec deux différences de taille : seule l'administration peut l'invoquer et elle peut agir d'office ».

544. **Acte normal de gestion.** Selon le commissaire du gouvernement P. Rivière, « doivent être réputés normaux tout acte et toute opération concourant à la réalisation de l'objet économique en vue duquel l'entreprise a été créée »³⁴⁶.

545. **Acte anormal de gestion.** L'acte anormal de gestion est « celui qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale »³⁴⁷. C'est l'acte qui est accompli dans le seul intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise.

Il s'agit d'un acte ou d'une opération pris en compte dans les écritures comptables affectant le bénéfice imposable pouvant être écarté par l'administration fiscale compte tenu de son caractère étranger aux intérêts de l'entreprise.

Le commissaire du gouvernement M. O. Fouquet définit l'acte anormal de gestion de la manière suivante : « un acte anormal de gestion est celui qui est accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette entreprise qu'un intérêt minime, hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer »³⁴⁸.

³⁴²La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967, préf. Y. Loussouarn, p. 167.

³⁴³L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme : RTD com. 1971, p. 970.

³⁴⁴CE, 7^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 1984.

³⁴⁵L'intérêt social et le fonctionnement de la société : RTD com. 1971, p. 970.

³⁴⁶CE, sect., 1^{er} juill. 1983, n° 28315 : Dr. fisc. 1984, n° 5, comm. 149.

³⁴⁷Concl. M. Poussière ss CE, 9^e ss-sect., 5 janv. 1965, n° 62099, préc. n° 5.

³⁴⁸Concl. ss CE, 10 juill. 1992, nos 110213 et 110214 : RJF août-sept. 1992, p. 674 ; Dr. fisc. 1993, n° 27, comm. 1392.

§ 2 – Contrôles et sanctions

A – Contrôles

546. **Critères.** Le commissaire du gouvernement P. Rivière affirme que la notion d'acte de gestion anormal est « difficile à utiliser : elle implique, de la part de l'administration et du juge de l'impôt, qu'ils apprécient en quelque sorte une appréciation, qu'ils substituent leur jugement à celui du responsable de l'entreprise (...). C'est un outil indispensable d'équité fiscale (...) il est (...) légitime de sauvegarder l'intérêt de la collectivité en refusant de faire supporter à celle-ci, par un allègement d'impôt, une fraction des dépenses que l'entreprise est toujours libre d'exposer, mais qui n'auraient pas dû l'être au regard d'une gestion normale ».

547. **Principe de non-immixtion.** L'acte anormal de gestion est un mécanisme assez particulier à appréhender dans la mesure où il doit être mis en adéquation avec le principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises. Au titre de ce principe, les dirigeants sont les maîtres de leur gestion qui en supportent les conséquences : l'administration n'a donc pas à juger de la politique suivie par une entreprise, quand bien même les résultats aient été catastrophiques pour l'entreprise.

À cet effet, une gestion déficitaire n'est pas nécessairement anormale, elle peut correspondre à la volonté délibérée des associés de satisfaire l'intérêt qu'ils poursuivent, en l'occurrence de réaliser des économies³⁴⁹.

B – Sanctions

548. **Redressements des résultats.** Lorsque l'acte de gestion anormal est établi, il y a lieu à redressement des résultats de l'entreprise.

Concernant les charges étrangères à l'intérêt de l'entreprise, ou les charges excessives au regard de cet intérêt, le résultat résultera d'une minoration des charges déductibles. À l'inverse, lorsque l'entreprise a renoncé indûment à un profit, ou minoré celui-ci, la majoration des bases d'imposition résultera de celle des recettes réalisées.

549. **Redressement du bénéficiaire.** Le bénéficiaire de l'acte anormal de gestion supporte un second redressement.

Lorsque l'entreprise responsable de cet acte relève de l'impôt sur le revenu, le bénéficiaire, lorsqu'il ne s'agit pas d'un associé ou du chef de l'entreprise individuelle, est imposé dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux ou encore à l'impôt sur les sociétés.

Quand l'entreprise, auteur de l'acte de gestion anormal, relève de l'impôt sur les sociétés, le bénéficiaire de ce qui est une distribution de bénéfices est imposé au titre des revenus de capitaux mobiliers en application des articles 109, 110 et 111 du Code général des impôts. L'acte de gestion anormal peut en effet être assimilé à un désinvestissement³⁵⁰.

Si l'administration n'arrive pas à identifier ce bénéficiaire, le régime des distributions occultes sera applicable (CGI, art. 117)³⁵¹.

Même si la position de principe est celle voulant qu'un contribuable n'est jamais obligé de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profit que les circonstances lui auraient permis de réaliser, l'administration va parfois taxer le contribuable sur le manque à gagner. En la matière, on peut citer

³⁴⁹CE, 7^e et 9^e ss-sect., 24 avr. 1981, n° 24638 : Dr. fisc. 1981, n° 42, comm. 1866, concl. Schricke ; RJF 1981, n° 6, p. 306.

³⁵⁰V. JCl. Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 651.

³⁵¹Ibid., Fasc. 651-40.

le prêt sans intérêts, les prestations gratuites, l'abandon de créance et la vente d'une immobilisation pour un prix insuffisant³⁵².

Lorsqu'un élément d'actif a été acquis par une entreprise à un prix anormalement élevé, l'administration ne peut rehausser les bases d'imposition de l'exercice d'acquisition de ce seul fait³⁵³. Le fait pour une entreprise de payer un élément d'actif à un prix excessif est sans incidence sur la détermination du bénéfice net de l'acquéreur : il n'entraîne aucune diminution de la valeur d'actif du bilan. Le surpaiement d'un élément d'actif reste en effet sans incidence sur la détermination du bénéfice net de l'acquéreur : il n'entraîne aucune diminution de la valeur d'actif net ressortant du bilan de clôture de l'exercice considéré³⁵⁴.

Bien sûr, ainsi que le souligne le commissaire du gouvernement sous l'arrêt du 27 avril 2001, l'administration peut toujours remettre en cause l'amortissement de l'élément d'actif surpayé, la constitution d'une provision pour dépréciation ou la détermination d'une moins-value constatée lors de sa revente, c'est-à-dire des écritures qui entraînent une diminution de l'actif net de l'acquéreur.

L'administration peut également considérer qu'une entreprise qui achète un bien à une valeur trop élevée eu égard à la valeur réelle du bien a réalisé une libéralité et en tirer des conséquences fiscales³⁵⁵.

§ 3 – Champ d'application général

550. **Champ d'application.** L'acte de gestion anormal est invoqué en matière de bénéfices industriels et commerciaux et d'impôt sur les sociétés. On le rencontre plus souvent dans les sociétés que dans les entreprises individuelles, où la confusion des patrimoines et les principes régissant la détermination de l'actif professionnel limitent les cas d'application.

L'acte anormal de gestion peut également concerner d'autres revenus catégoriels ou d'autres impôts.

551. **Revenus fonciers.** L'acte anormal de gestion peut être invoqué dans le cadre des revenus fonciers.

Concernant les revenus fonciers, le juge accepte que lorsque le loyer est inférieur à la valeur locative réelle des immeubles, en l'absence de circonstances de nature à justifier des difficultés pour une location à un prix normal, la redevance figurant dans le bail doit être augmentée du montant de la libéralité consentie. Il en est ainsi, par exemple, de la personne qui a loué à son fils diverses terres agricoles pour un loyer annuel de deux kilos de beurre³⁵⁶. Même raisonnement pour celui qui loue à sa belle-fille un pavillon dont il est propriétaire à un loyer dérisoire par rapport au loyer normalement pratiqué³⁵⁷.

Le but d'une société civile immobilière n'étant pas de faire la charité, l'administration veille, par différents calculs et comparaisons, que le loyer corresponde bien à la valeur locative normale des locaux³⁵⁸.

³⁵²CE, sect., 24 févr. 1978, n° 2372.

³⁵³CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 avr. 2001, n° 212680, Sté Générale de transport et d'industrie : Dr. fisc. 2001, n° 41, comm. 909, concl. J. Courtial.

³⁵⁴V. CE, plén., 26 juill. 1982, n°s 2533 et 19645 : Dr. fisc. 1983, n° 10, comm. 378, concl. P. Rivière ; RJF oct. 1982, n° 903, chron. Racine, p. 439 et s. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 17 nov. 2000, n° 179429, SA Service de presse édition et information : Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 339, concl. G. Bachelier.

³⁵⁵V. par ex. CE, sect., 28 févr. 2001, n° 199295, M. Therond : Dr. fisc. 2001, n° 26, comm. 592, concl. G. Bachelier.

³⁵⁶CE, 9^e ss-sect., 24 mai 1963, n° 58427 : Dr. fisc. 1964, n° 48 bis, p. 510, concl. M. Martin ; Dupont 1963, n°s 7-8, p. 511.

³⁵⁷CE, 8^e et 9^e ss-sect., 26 mai 1976, n° 98816 : Dr. fisc. 1976, n° 51, comm. 1910, concl. P. Lobry.

³⁵⁸CE, 7^e et 8^e ss-sect., 18 déc. 1987, n°s 69532 et 71301.

552. **Bénéfices non commerciaux.** Concernant les bénéfices non commerciaux, le juge refuse, en vertu du même raisonnement, la déduction d'une perte essuyée par un notaire dès lors que « l'échange habituel de chèques opéré dans ces conditions au bénéfice du même intermédiaire n'était pas nécessité par l'exercice de la profession et faisait courir au sieur D... un risque anormal ». Pour faire de la trésorerie, un agent d'affaires avait en effet mis en place avec un notaire un système d'échanges de chèques fonctionnant de la sorte : les chèques de l'agent d'affaires étaient sans provisions, et ceux du notaire bénéficiaient de la part des banques d'un crédit immédiat au compte du bénéficiaire³⁵⁹.

En matière d'impôt sur les sociétés ou de BIC, une opération n'est pas anormale du seul fait de son illicéité. Cependant, le Conseil d'État s'agissant d'officiers publics est plus strict. Des pertes ou des remboursements générés par des opérations illicites réalisées par des notaires ne sont pas déductibles³⁶⁰. En revanche, la même opération réalisée par un clerc de notaire qui avait reçu procuration pour la signature de chèques a été regardée comme constituant pour le notaire une perte déductible car cette procuration est conforme aux usages de la profession et, dès lors, le risque doit être regardé comme lié à l'exercice normal des fonctions de notaire³⁶¹. Dans le même sens, les frais d'une réception organisée à son domicile par un notaire décoré de la Légion d'honneur ne sont pas admis en charge, alors même que des clients et des relations professionnelles y étaient invités³⁶².

§ 4 – Acte anormal de gestion et dépenses immobilières

A – Charges et engagement de dépenses étranger à l'intérêt de l'entreprise

1°) Charges et engagements de dépenses exposés au profit des membres de l'entreprise

553. **Champ d'application.** Il peut s'agir de dépenses réalisées au bénéfice de l'entrepreneur individuel, des associés dirigeants de société, voire même au profit du personnel. Le caractère anormal de la gestion est en général évident.

L'administration peut remettre en cause les dépenses non conformes à la gestion normale ou non exposées dans l'intérêt social. Il en va ainsi des dépenses engagées au profit des dirigeants, du personnel, qui ne peuvent être justifiées par la contrepartie du service rendu. Tel est le cas également des dépenses relatives à des biens meubles ou immeubles non affectés à l'exploitation. Enfin, sont également visées les libéralités ou dépenses d'agrément dont le rapport avec l'objet de l'entreprise ne serait pas établi.

554. **Frais exposés dans l'intérêt du chef d'entreprise, des dirigeants et des associés.** Généralement, sont concernées les dépenses immobilières engagées par l'entreprise sur des biens immobiliers appartenant aux dirigeants.

Doivent être réintégrés selon la jurisprudence :

³⁵⁹CE, 8^e et 9^e ss-sect., 3 janv. 1973, n° 83240 : Dr. fisc. 1973, n° 27, comm. 988. – V. dans le même sens, CE, sect., 29 oct. 1971, n° 80766 : Dr. fisc. 1972, n°s 1-2, comm. 15.

³⁶⁰CE, 8^e et 9^e ss-sect., 13 nov. 1996, n° 122088 : Dr. fisc. 1997, n° 12, comm. 319, concl. G. Bachelier ; Défrenois 1997, p. 1261, note Chappert. – V. aussi CE, 20 nov. 1996, n° 156534, M. Aucouturier : Dr. fisc. 1997, n° 25, comm. 700. – CE, 20 nov. 1996, n° 123207, M. Caviggia : Dr. fisc. 1997, n° 25, comm. 689, concl. Loloum ; BDCF 1997, n° 1, p. 39.

³⁶¹CE, 7^e et 8^e ss-sect., 20 déc. 1978, n° 8233 : Dr. fisc. 1979, n° 9, comm. 386.

³⁶²CE, 5 oct. 1973, n° 83211 : Dr. fisc. 1974, n° 3, comm. 30.

- les honoraires d'architecte relatifs à des travaux effectués sur un immeuble appartenant au gérant de la société³⁶³ ;
- les dépenses d'entretien des locaux d'habitation occupés par le PDG d'une société anonyme, dans un immeuble donné en location à cette dernière par ce même PDG³⁶⁴ ;
- les honoraires d'architecte qui se rapportent à la construction d'un studio d'enregistrement dans la résidence secondaire de son PDG, ainsi que les honoraires d'un conseil juridique qui avait donné des consultations au même PDG poursuivi pour fraude fiscale. Le montant de ces honoraires est considéré par la Haute Assemblée comme des revenus distribués au profit du dirigeant, qui sont donc imposables³⁶⁵ ;
- le montant d'une facture sans détails réglée par une SARL correspondant à des sondages effectués par une SA sur les terrains de la SARL, mais également sur d'autres terres appartenant au gérant de la SARL³⁶⁶.

Constituent également un acte anormal de gestion :

- la mise à disposition gratuite par une société à trois de ses actionnaires d'appartements, en compensation du préjudice qu'ils ont subi en raison de fautes graves commises par le dirigeant de la société³⁶⁷ ;
- le fait pour une entreprise individuelle de facturer à l'exploitant des travaux réalisés sur un immeuble relevant de son patrimoine privé pour leur seul prix de revient renonçant ainsi au profit qu'elle pouvait normalement en retirer³⁶⁸ ;
- le fait pour une société mère de renoncer au profit de sa filiale à un loyer en raison des accords de gestion existants au sein du groupe³⁶⁹.

Cependant, des travaux ou des constructions à usage industriel et commercial effectués par une société sur des immeubles appartenant à ses dirigeants et leur revenant en fin de bail sans indemnités, sont déductibles ou amortissables dès lors qu'ils sont utiles à la marche de l'entreprise et effectivement affectés à l'exploitation³⁷⁰.

Constitue un acte de gestion normal la participation à la construction d'une piscine dans la résidence du gérant d'une SARL, dans la mesure où cette piscine permettait à la société d'effectuer des essais et des démonstrations³⁷¹.

La jurisprudence du Conseil d'État démontre la volonté de ne pas suivre systématiquement l'administration concernant les actes réalisés entre une société et l'un de ses membres. Le caractère anormal ne résulte pas automatiquement du fait que l'acte a procuré un avantage à un associé.

Nous citerons à titre d'exemple deux jurisprudences.

³⁶³CE, 8^e et 9^e ss-sect., 16 févr. 1996, n° 139789, SARL *Encyclopédies Quid* : Dr. fisc. 1996, n° 14, comm. 442, concl. G. Bachelier.

³⁶⁴CE, 7^e et 9^e ss-sect., 4 déc. 1981, n°s 19133 et 19135 : Dr. fisc. 1982, n° 21, comm. 1158, concl. O. Schrameck. – V. également CE, ass. plén., 13 mars 1967, n°s 65126 et 65128 : Dr. fisc. 1967, n° 17, comm. 552.

³⁶⁵CE, 7^e et 8^e ss-sect., 22 déc. 1982, n° 28185 : Dr. fisc. n° 23, comm. 1226, concl. P. Rivière. – V. également CE, 7^e et 9^e ss-sect., 15 avr. 1988, n° 51877 : Dr. fisc. 1988, n° 31, comm. 1615. – CE, 7^e et 8^e ss-sect., 23 mai 1990, n° 61060, SA Macia : Dr. fisc. 1990, n° 28, comm. 1366, concl. P.-F. Racine. – V. également CE, 8^e et 9^e ss-sect., 16 févr. 1996, n° 139789, préc.

³⁶⁶CE, 9^e et 8^e ss-sect., 29 oct. 1990, n° 57680, SARL Satervi : Dr. fisc. 1993, n° 19, comm. 951.

³⁶⁷CE, 8^e et 9^e ss-sect., 14 avr. 1976, n°s 92197 et 97260.

³⁶⁸CAA Bordeaux, 2^e ch., 3 déc. 2002, n° 99-966.

³⁶⁹CE, 7^e et 9^e ss-sect., 9 oct. 1991, n° 71413, comm. 903, concl. M^{me} M.-D. Hagelsteen.

³⁷⁰CE, 7^e et 8^e ss-sect., 8 nov. 1978, n°s 8056 et 8057 : Dr. fisc. 1979, n° 4, comm. 86. – CE, 8^e et 9^e ss-sect., 14 mars 1979, n°s 7196 et 7197 : Dr. fisc. 1979, n° 27, comm. 1425. – V. également dans le même sens, CE, 7^e et 8^e ss-sect., 2 oct. 1985, n° 63966 : Dr. fisc. 1985, n° 52, comm. 2310, concl. P.-F. Racine.

³⁷¹CE, 9^e et 8^e ss-sect., 5 févr. 1988, n° 60588 : Dr. fisc. 1988, n° 24, comm. 1150.

Une société anonyme était locataire, depuis vingt ans, d'un immeuble appartenant à un associé qui possédait, conjointement avec son épouse et sa fille, la quasi-totalité des actions de ladite société. La société avait réalisé des travaux d'aménagement qui n'étaient pas encore totalement amortis et avait restitué à son propriétaire l'immeuble sans indemnité. La société avait passé, à la clôture de l'exercice, le montant des travaux en perte. L'administration avait considéré que cette valeur comptable non amortie constituait un avantage en nature à l'actionnaire majoritaire et décida donc de réintégrer dans le résultat imposable le montant desdits travaux et d'imposer le « bénéfice distribué » entre les mains du bénéficiaire. Le Conseil d'État n'a pas suivi la position de l'administration en considérant « que les raisons pour lesquelles la société requérante a quitté l'immeuble (...) bien que celui-ci fût doté d'aménagements non encore amortis (...) se rattachait à une gestion commerciale normale »³⁷².

Lorsqu'une société prend en location un seul et même immeuble comportant des parties à usage d'habitation et d'autres parties à usage professionnel, en tenant compte des possibilités d'extension de la partie professionnelle, l'administration, qui admet que l'ensemble n'est pas divisible, n'établit pas que la société aurait effectué une dépense étrangère à l'exploitation en prenant ce local à bail³⁷³.

555. Charges et dépenses excessives. Le prix excessif consenti par une société à l'occasion de l'achat d'un bien appartenant à son PDG donne lieu à une remise en cause, en même temps qu'à imposition du bénéficiaire au titre des bénéfices distribués³⁷⁴.

Constitue également un acte anormal de gestion l'achat par une société à un associé d'une propriété qui constituait la résidence de ce dernier où l'acte de vente réservait en effet l'usage de la totalité de cette propriété par le vendeur et sa famille et prévoyait que l'acquéreur s'interdisait de donner les locaux à bail à quiconque autre que le vendeur. L'administration a considéré que le prix convenu était excessif eu égard aux charges imposées à l'acquéreur et qu'il cachait une libéralité constituant une distribution de bénéfices de sa part et, assimilant l'opération à une réserve d'usufruit, a évalué le prix de la transaction à la moitié du prix contractuel en se référant au barème figurant au Code général des impôts, par lequel est déterminée la quotité de la valeur d'un bien donné en usufruit.

Le Conseil d'État a admis qu'il y avait distribution de bénéfice au profit du vendeur, le prix de vente correspondant à une libéralité indirecte au profit du vendeur. Cependant, le Conseil d'État a rejeté la méthode d'évaluation retenue : l'assimilation à une donation avec réserve d'usufruit était infondée³⁷⁵.

2°) Charges et engagements de dépenses exposés au profit de tiers par rapport à l'entreprise

556. Entreprises juridiquement dépendantes. Lorsque les entreprises sont juridiquement liées, l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion est généralement libérale.

La jurisprudence définit comme entreprises juridiquement dépendantes les entreprises ayant une participation financière dans une autre. Cependant, le juge ne se prononce pas sur le montant de cette participation. La jurisprudence fait état soit d'une participation financière sans

³⁷²CE, 7^e et 8^e ss-sect., 15 janv. 1975, n^{os} 90302 et 90303 : *Dr. fisc.* 1975, n^o 6, *comm.* 202 et *Dr. fisc.* 1976, n^o 39, *comm.* 1332, *concl.* G. Schmeltz.

³⁷³CAA Bordeaux, 4 mars 2004, n^o 00620 : *RJF août-sept.* 2004, n^o 855.

³⁷⁴CE, sect., 19 oct. 1973, n^o 80965 : *Dr. fisc.* 1973, n^o 49, *comm.* 1683. – CE, 7^e et 9^e ss-sect., 1^{er} févr. 1978, n^o 3402 : *Dr. fisc.* 1978, n^o 13, *comm.* 500.

³⁷⁵CE, 9^e et 7^e ss-sect., 26 juill. 1991, n^o 78829, *M. Pana-Ruiz* : *Dr. fisc.* 1992, n^o 27, *comm.* 1284.

en préciser le montant³⁷⁶, soit d'un contrôle de la majorité du capital³⁷⁷. Les entreprises liées qui s'accordent des avantages bénéficient d'une certaine présomption de normalité. L'appréciation du caractère normal de l'acte est, en outre, plus souple. En revanche, l'intérêt du groupe n'est pas pris en considération par le juge.

B - Renonciation à un profit

1°) Renonciation au profit des membres de l'entreprise

557. **Champ d'application.** L'acte anormal de gestion peut résulter soit de l'absence de contrepartie à la fourniture d'un bien ou d'un service, soit d'une contrepartie insuffisante. Le redressement conduit à une augmentation des recettes.

558. **Absence de contrepartie.** Constitue un acte anormal de gestion la mise à disposition gratuite par une société à trois de ses actionnaires d'appartements, en compensation du préjudice subi par eux en raison de fautes graves commises par les dirigeants de la société³⁷⁸. En revanche, la qualification d'acte anormal de gestion est écartée lorsqu'il est rapporté la preuve que la renonciation à un profit a été consentie dans l'intérêt de l'entreprise ou de la société, quand bien même la renonciation est réalisée au profit des dirigeants.

Ainsi, ne constituent pas des actes anormaux de gestion :

- la mise à disposition gratuite de son personnel de deux appartements ; ceux-ci étaient occupés pour des périodes relativement brèves par des salariés nombreux et différents d'une année sur l'autre³⁷⁹ ;
- la déduction de charges afférentes à un immeuble utilisé à des fins sociales de manière significative. Mais l'avantage consenti ne doit pas se limiter à quelques employés ou aux dirigeants. Il doit traduire une véritable politique sociale³⁸⁰.

559. **Contrepartie insuffisante.** Le caractère anormal peut provenir d'un profit insuffisant. La différence entre le prix demandé et le prix normal du bien ou de la prestation est réintégrée en recettes ou en plus-value.

Le Conseil d'État considère, par exemple, comme acte de gestion anormal la cession par une SARL au profit du gérant et de son épouse d'un terrain revendu par ces derniers, la même année, trois fois plus cher. L'administration avait retenu en l'espèce le prix au mètre carré arrêté par la commission départementale des impôts³⁸¹.

Une entreprise individuelle commet également un acte anormal de gestion en facturant à l'exploitant des travaux réalisés sur un immeuble relevant de son patrimoine privé pour leur seul prix de revient, renonçant ainsi au profit qu'elle pouvait normalement en retirer³⁸².

³⁷⁶CE, 29 mai 1970, n° 74113.

³⁷⁷CE, 24 févr. 1978, n° 2372.

³⁷⁸CE, 8^e et 9^e ss-sect., 14 avr. 1976, n^{os} 92197 et 97260 : Dr. fisc. 1976, n° 42, comm. 1479, concl. D. Fabre.

³⁷⁹CAA Lyon, plén. fisc., 25 avr. 1991, n° 891587 : Dr. fisc. 1991, n° 40, comm. 1752.

³⁸⁰CE, 8^e et 9^e ss-sect., 18 mars 1985, n° 38104 : Dr. fisc. 1985, n° 29, comm. 1322, concl. M. de Guillenchmidt. – CE, 28 nov. 1986, n° 66295 : RJF févr. 1987, n° 207.

³⁸¹CE, sect., 5 oct. 1973, n° 82836 : Dr. fisc. 1974, n° 3, comm. 36.

³⁸²CAA Bordeaux, 3 déc. 2002, n^{os} 99.966 : JurisData n° 2002-223576 et n° 99.965 : JurisData n° 2002-223573 ; Dr. fisc. 2003, n° 47, comm. 820.

560. **Entreprises juridiquement indépendantes.** Lorsque les entreprises sont juridiquement étrangères, les actes qui ne comportent pas de contrepartie certaine, suffisante et juridiquement immédiate sont présumés être anormaux³⁸³. Cette présomption n'est pas irréfragable et peut être combattue par l'existence de liens commerciaux ou, plus largement, d'un intérêt économique.

Sont considérés comme des actes anormaux de gestion :

- les loyers versés par une SARL à une SCI, alors que la SARL n'a pas apporté la preuve de l'utilisation de terrains pris à bail. Il en est de même des loyers versés à une autre société civile qui n'est plus propriétaire des locaux occupés par la SARL³⁸⁴ ;
- les frais de réfection d'un château par la SARL occupant les lieux, alors que ces frais incombent au propriétaire, en l'occurrence une SCI dont les parts étaient détenues par la belle-famille de la gérante de la SARL³⁸⁵ ;
- les dépenses de loyers et de charges locatives d'un appartement occupé personnellement et de façon permanente par l'épouse du PDG de la société³⁸⁶ ;
- le fait de verser à un tiers un supplément de loyer non prévu contractuellement³⁸⁷ ;
- le versement sans cause de loyers à une société sœur, l'occupation des locaux loués n'étant pas démontrée³⁸⁸ ;
- le versement au titulaire d'un bail commercial d'une indemnité non juridiquement exigible³⁸⁹.

561. En revanche, constituent des actes normaux de gestion :

- le fait, pour une entreprise, de prendre à sa charge des travaux normalement à la charge du propriétaire d'un immeuble dans lequel elle exerce son activité, dès lors que ces travaux sont utiles à l'exploitation et destinés à adapter l'immeuble à ses propres besoins et que le montant des travaux, ramené à une valeur annuelle tenant compte de la durée prévisible du bail, ne porte pas le loyer à un montant anormal par rapport à celui qui pourrait être exigé du locataire pour un immeuble aménagé aux frais du bailleur³⁹⁰ ;
- le versement par le nouveau bailleur, qui a acquis l'immeuble pour faire face au développement de son activité, d'une indemnité suffisamment incitative pour que le preneur renonce à son maintien dans les lieux³⁹¹.

³⁸³CE, 8^e et 9^e ss-sect., 4 déc. 1974, n° 92009 : RJF févr. 1975.

³⁸⁴CE, 8^e et 9^e ss-sect., 25 janv. 1984, n° 34642 : Dr. fisc. 1984, n°s 23-24, comm. 1116, concl. J.-F. Verny.

³⁸⁵CE, 7^e et 9^e ss-sect., 7 janv. 1977, n° 96999 : Dr. fisc. 1977, n°s 19-20, comm. 801 ; RJF mars 1977, p. 106.

³⁸⁶TA Nantes, 3 août 2000, n° 96-1802, M. Porche : Dr. fisc. 2001, n° 28, comm. 648.

³⁸⁷CE, 7^e et 8^e ss-sect., 23 mai 1990, n° 59884, SARL Loisirs Promotion : Dr. fisc. 1990, n° 28, comm. 1364.

³⁸⁸CE, 8^e et 9^e ss-sect., 20 janv. 1992, n°s 67916 et 81577 : Dr. fisc. 1992, n° 17, comm. 867.

³⁸⁹CAA Lyon, 2^e ch., 30 déc. 1992, n° 91-1041 : Dr. fisc. 1993, n° 43, comm. 2034.

³⁹⁰CE, 10 juill. 1981, n° 12864 : Dr. fisc. 1981, n° 52, comm. 2365, concl. J.-F. Verny. – CE, 16 sept. 1983, n° 26992 : Dr. fisc. 1984, n° 52, comm. 2361. – CE, 25 avr. 1990, n° 57386 : Dr. fisc. 1990, n° 22, comm. 1066. – TA Dijon, 28 nov. 1989, n°s 86-4266 et 86-4267 : Dr. fisc. 1990, n° 5, comm. 161.

³⁹¹CE, 9^e et 8^e ss-sect., 2 avr. 1993, n° 56465 : JCP E 1993, pan. p. 577.

2°) Renonciation au profit de tiers par rapport à l'entreprise

562. Entreprises juridiquement indépendantes ou tiers personnes physiques.

Constituent des actes anormaux de gestion :

- la cession par une société locataire à sa bailleuse, à un prix inférieur à la valeur vénale, des constructions qu'elle avait fait édifier sur le sol d'autrui, antérieurement à l'expiration du bail. La valeur vénale des constructions doit être déterminée en faisant abstraction de la double circonstance que l'immeuble se trouvait grevé d'un bail commercial et était construit sur le sol d'autrui, eu égard au fait que les parties à la cession sont également les preneur et bailleur du bail et à l'existence d'une clause d'indemnisation en fin de bail à hauteur de la valeur vénale des constructions³⁹² ;
- la mise à la disposition de locaux d'habitation³⁹³ ;
- la location à ses propres enfants de vignes à un prix inférieur aux usages locaux et la mise à disposition gratuite d'installations de stockage et d'élevage de vin. Cependant, la mise à disposition de cuves constitue un service en moyens d'exploitation qu'un agriculteur peut, sans commettre un acte anormal de gestion, fournir gratuitement à un autre agriculteur en échange de services en travail³⁹⁴.

563. Actes de gestion normaux. Sont considérés comme des actes de gestion normaux :

- l'abandon par une société civile d'une fraction très importante des loyers dus par la société locataire de ses locaux, laquelle y exploitait une clinique, dès lors qu'il était de l'intérêt du propriétaire, compte tenu de l'affectation des locaux, de ne pas accroître les difficultés de trésorerie du preneur, liés, pendant la période de démarrage de l'exploitation, à la modicité du prix de journée initialement autorisé par la sécurité sociale, plutôt que de supporter les charges inhérentes à une procédure d'expulsion préalable à la recherche d'un nouveau locataire, la démonstration ayant été faite, au surplus, que l'abandon de créance consenti avait effectivement permis le redressement de la société locataire, ce qui était conforme à l'intérêt de la société bailleuse³⁹⁵ ;
- la renonciation du preneur d'un bail commercial à percevoir du bailleur l'indemnité d'éviction prévue à l'article 8 du décret du 30 septembre 1953 régissant les rapports entre bailleurs et locataires de locaux à usage commercial. L'administration, en effet, ne peut réintégrer le montant d'une telle indemnité dans les résultats d'un exercice que si le preneur était en droit, de façon certaine, d'en obtenir le paiement ; ce n'était pas le cas en l'espèce, du fait notamment de la cessation d'activité de ce dernier³⁹⁶ ;
- dès lors qu'il n'est pas en droit de percevoir, avant le terme du bail, une indemnité à raison des immeubles qu'il a édifiés sur le terrain, le preneur à bail ne peut être réputé avoir commis un acte anormal de gestion en renonçant à percevoir cette indemnité et le propriétaire ne peut être regardé comme ayant bénéficié d'un avantage occulte³⁹⁷.

³⁹²CAA Nancy, 2^e ch., 6 nov. 1997, n° 95-1125 : *Dr. fisc.* 1998, n° 23, *comm.* 500.

³⁹³CE, 8^e et 9^e ss-sect., 18 mars 1985, n° 38104 : *Dr. fisc.* 1985, n° 29, *comm.* 1322, *concl.* M. de Guillenchmidt. – CE, 7^e et 8^e ss-sect., 24 févr. 1986, n°s 54253 et 54296 : *Dr. fisc.* 1986, n° 21, *comm.* 997.

³⁹⁴CAA Nancy, 2^e ch., 7 avr. 1994, n° 92-717 : *Dr. fisc.* 1994, n° 50, *comm.* 2144.

³⁹⁵CE, 9 mai 1990, n° 71453 : *JCP E* 1990, I, 20017.

³⁹⁶CAA Marseille, 3^e ch., 18 déc. 2001, n° 98675 : *JurisData* n° 2001-179418 ; *Dr. fisc.* 2002, n°s 30-35, *comm.* 629, *concl.* Bédie.

³⁹⁷CE, 10^e et 9^e ss-sect., 14 janv. 2004, n° 227969 : *JurisData* n° 2004-080484 ; *Dr. fisc.* 2004, n° 28, *comm.* 611.

564. **Entreprises juridiquement dépendantes.** En ce qui concerne les entreprises juridiquement dépendantes, la situation est appréciée de manière plus libérale. La renonciation à un profit ne constitue pas, en principe, un acte anormal de gestion dès lors que l'entreprise poursuit son propre intérêt, lequel ne se confond pas avec celui du groupe.

Il a été par exemple jugé que la renonciation par une société mère, au profit de sa filiale, à un loyer ne constituait pas un acte anormal de gestion³⁹⁸.

Section III – Article 751 du CGI

565. **Définition.** L'article 751 du Code général des impôts³⁹⁹ a pour objectif d'éviter la dépossession de la nue-propiété de tout ou partie des biens au profit des héritiers présomptifs ou de leurs légataires afin d'échapper aux droits de succession sur la pleine propriété.

L'article 751 du Code général des impôts instaure une présomption simple de fictivité du démembrement⁴⁰⁰.

Il dispose que :

« Est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propiété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propiété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669.

La preuve contraire peut notamment résulter d'une donation des deniers constatée par un acte ayant date certaine, quel qu'en soit l'auteur, en vue de financer, plus de trois mois avant le décès, l'acquisition de tout ou partie de la nue-propiété d'un bien, sous réserve de justifier de l'origine des deniers dans l'acte en constatant l'emploi.

Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans les articles 911, deuxième alinéa, et 1100 du Code civil.

Toutefois, si la nue-propiété provient à l'héritier, au donataire, au légataire ou à la personne interposée d'une vente ou d'une donation à lui consentie par le défunt, les droits de mutation acquittés par le nu-propiétaire et dont il est justifié sont imputés sur l'impôt de transmission par décès exigible à raison de l'incorporation des biens dans la succession ».

566. **Personnes concernées.** Les nus-propiétaires concernés par l'article 751 du Code général des impôts sont :

- les héritiers présomptifs du *de cuius* et leurs descendants, même renonçant ou exclus par testament ;
- les donataires ou légataires mêmes institués par testament postérieur au démembrement de propriété, même renonçant ;
- les personnes réputées interposées entre le défunt et les héritiers, donataires ou légataires et désignées dans les articles 911, alinéa 2 et 1100 du Code civil.

Sont considérées comme des personnes interposées en vertu de l'article 911, alinéa 2 du Code civil, « jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ». Aux termes de l'article 1100 du même code, sont réputées comme

³⁹⁸CE, 7^e et 9^e ss-sect., 9 oct. 1991, n° 71413 : Dr. fisc. 1993, n°s 17-18, comm. 903.

³⁹⁹L. fin. rect. 2006, n° 2006-1771, 30 déc. 2006, art. 46-I : JO 31 déc. 2006.

⁴⁰⁰G. Jaffay, Peut-on débarrasser l'article 751 du CGI de sa mauvaise réputation ? : JCP N 1998, n° 22, p. 860.

étant faites à des personnes interposées « les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire ».

567. **Personnes exclues.** Les personnes morales ne rentrent pas dans le champ d'application de la présomption de fictivité, quand bien même les associés sont des héritiers présomptifs de l'usufruitier et que la société détient la nue-propriété.

568. **Présomption simple.** L'article 751 du Code général des impôts instaure une présomption simple. Ainsi, la personne réputée interposée peut prouver qu'il a bien bénéficié d'une libéralité.

L'article 751 du Code général des impôts fait référence à l'article 1100 du Code civil qui instaure quant à lui une présomption irréfragable et crée une contradiction avec la nouvelle rédaction de l'article 751 du Code général des impôts. Nous partageons l'analyse de MM. Bruno Delmas et Vincent Cornilleau⁴⁰¹ et considérons que l'esprit de l'article 751 dans sa dernière version est de permettre de rapporter la preuve que la libéralité a été régulièrement effectuée.

569. **Actes visés.** La présomption de l'article 751 du Code général des impôts s'applique à toutes les mutations à l'exception de celles suivantes :

- les donations régulières dans un contrat de mariage, et consenties plus de trois mois avant le décès ;
- le démembrement à titre gratuit, effectué plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propriété a été déterminée conformément à l'article 669 du Code général des impôts.

570. **Limites de la présomption.** Si la présomption ne présente qu'un caractère simple, il s'avère qu'elle est difficile à combattre. La jurisprudence abondante en la matière illustre toutes ces difficultés.

L'article 751 du Code général des impôts renversant la charge de la preuve, il appartient aux parties de rapporter la preuve contraire en démontrant la réalité de l'opération de démembrement.

571. **Donation de moins de trois mois.** Lorsque la donation a moins de trois mois avant le décès, elle est présumée fictive. L'opération de démembrement est alors considérée comme étant réalisée à titre onéreux. Il appartient aux héritiers en présence d'une donation régulière de moins de trois mois avant le décès de l'usufruitier, d'apporter la preuve que la libéralité avait été envisagée depuis longtemps, mais qu'elle avait été retardée pour des raisons extérieures à leur volonté⁴⁰².

572. **Actes à titres onéreux.** Les démembrements à caractère onéreux sont tous présumés fictifs à l'exception de ceux réalisés par l'interposition d'une personne morale. La sincérité de l'opération devra être prouvée par les parties.

401 B. Delmas et V. Cornilleau, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec, p. 80, n° 273.
402 TGI Tulle, 14 févr. 1991 : *Ind. enr.*, 15 680.

La Cour de cassation a une position restrictive en considérant que « la donation régulière permettant d'écarter la présomption de fictivité du démembrement est celle de la nue-propriété ou de l'usufruit du bien, et non la donation de la somme d'argent permettant d'acheter fictivement la nue-propriété ou l'usufruit de celui-ci, quand bien même cette donation serait elle-même réalisée régulièrement ». Elle limite ainsi la notion de donation régulière à la donation de l'usufruit ou de la nue-propriété du bien.

La mise en place d'une société civile se justifie d'autant plus.

Pour également écarter la présomption, la souscription d'un prêt bancaire pour l'acquisition de la nue-propriété peut s'avérer utile. Il sera nécessaire de conserver toutes les pièces justificatives de ce prêt et de son remboursement.

Les conditions de paiement du prix de la nue-propriété devront également pouvoir être rapportées.

573. Effets de la présomption. C'est au décès de l'usufruitier que la présomption a vocation à jouer. Le nu-propriétaire est redevable des droits de succession sur la pleine propriété du bien au barème en vigueur au jour du décès.

Lorsque le démembrement a pour origine une acquisition conjointe, les droits ne s'imputent pas sur ceux préalablement acquittés lors de l'acquisition.

Lorsque le démembrement provient d'une vente ou d'une donation de l'usufruitier, les droits acquittés sont imputables par incorporation du bien dans la succession si le bien est toujours présent⁴⁰³.

Section IV – Le risque pénal

574. Risque pénal. Les montages patrimoniaux qui ne seraient pas correctement structurés peuvent être frappés par des sanctions pénales. Ne cherchant pas l'exhaustivité nous étudierons seulement quelques délits qui peuvent affecter les montages d'optimisations fiscales impliquant des sociétés patrimoniales familiales.

575. Abus de bien social. L'abus de bien social est un délit applicable aux dirigeants de société par actions (société par actions simplifiée, société anonyme, société en commandite par actions) ou de société à responsabilité limitée. Le déficit est constitué lorsque ce dirigeant, de mauvaise foi, a fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire aux intérêts de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement.

L'acquisition en démembrement constituerait-elle pour autant un abus de bien social ?

La réponse ministérielle Straumann⁴⁰⁴ apporte un éclairage important sur cette question.

Les montages juridiques décrits dans la question consistent soit en une acquisition démembrée d'un bien immobilier, soit en la mise en location d'un bien immobilier, propriété d'une société civile immobilière, elle-même détenue majoritairement par le principal actionnaire de la société locataire.

⁴⁰³ Instr. 27 mars 1992, 7 G-2-92.

⁴⁰⁴ Rép. min. Justice n° 28171 : JOAN Q 22 juill. 2008, p. 6311 ; réponse publiée le 5 mai 2009, p. 4357

Il résulte de cette réponse, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, qu'il ne semble pas que ces montages juridiques constitueraient en tant que tels des abus de biens sociaux. En effet, si l'opération semble pouvoir être réalisée dans l'intérêt du dirigeant de la société, elle ne sera pas pour autant forcément contraire à l'intérêt social. Elle dépendra, en réalité, des conditions économiques dans lesquelles seront réalisées les transactions. Il conviendra, par exemple, d'analyser le montant de l'acquisition du bien, à la fois par l'usufruitier et le nu-propiétaire, l'origine des fonds, la durée de l'usufruit, ainsi que les conditions dans lesquelles l'usufruit prendra fin. La capacité de la société à acquérir la pleine propriété du bien est inopérante pour déterminer si les faits en cause peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux.

En l'espèce, le dirigeant de la société était associé des deux sociétés en présence. Il s'agit d'un élément justifiant encore plus une évaluation réaliste de l'usufruit afin d'éviter une survalorisation. Cette dernière serait de nature à constituer un risque important d'abus de bien social.

La prise en charge des gros travaux par la société d'exploitation pourrait également constituer un abus de bien social.

576. **Abus de confiance.** L'abus de confiance est « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* » (C. pén., art. 314-1).

L'abus de confiance est applicable aux gérants de sociétés civiles.

Dès lors les opérations patrimoniales doivent être réalisées avec précaution à ce titre.

Titre II – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte international

577. **Statistiques.** Le nombre de Français à l'étranger en 2014 était de 1 680 594 contre 1 566 119 en 2013. Il avait donc augmenté de 2,3 % sur cette période.

Les cinq premiers pays accueillant le plus d'expatriés français étaient en 2014 les suivants :

- la Suisse avec 167 207 Français ;
- les États-Unis avec 135 837 Français ;
- le Royaume-Uni avec 126 804 Français ;
- la Belgique avec 117 782 Français ;
- l'Allemagne avec 112 879 Français.

L'émigration a explosé en France depuis 2006 alors que les retours sont peu nombreux.

S'agissant de la population étrangère résident en France, elle est composée de 4 200 000 personnes, soit 6,4 % de la population⁴⁰⁵. Dans la catégorie « immigrés », l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) dénombre également 2 300 000 personnes nées à l'étranger ayant acquis la nationalité française.

L'absence de données statistiques sur le patrimoine et les revenus des expatriés empêche une analyse précise sur les véritables raisons des départs de France, en particulier des hauts contribuables.

578. **Conséquences fiscales.** La presse relaye fréquemment des expatriations de célébrités pour des raisons liées au poids de la fiscalité française. Même si l'exode fiscal ne peut être caché, il faut constater que l'expatriation des Français est généralement moins liée à des considérations fiscales que personnelles.

Les Français de l'étranger ou les étrangers de France ont des revenus, quelle que soit leur nature, et constituent un patrimoine. Leurs revenus ou leur patrimoine sont nécessairement appréhendés par la fiscalité. Les éléments d'extranéité sont source de complexité, ce qui suppose pour les conseillers une bonne connaissance des règles fiscales applicables.

579. **Phénomène de la mondialisation.** A la lecture de la presse grand public, la planification successorale internationale serait largement initiée par des motivations fiscales. Les exemples célèbres des grands patrons ou artistes français se succèdent les uns après les autres. Depuis près de 50 ans chaque génération connaît son artiste qui se délocalise pour des raisons fiscales. Ils n'hésitent généralement pas à s'ouvrir sur la pression fiscale qui règne en France pour les gros revenus et patrimoines. Les dossiers médiatiques ne cessent de se succéder dont les derniers en date avec les affaires « Cahuzac » et « Panama Papers » font peser un air de suspicion sur l'organisation patrimoniale dans un contexte international. Une organisation internationale de son patrimoine n'est pas, fort heureusement, motivé exclusivement par la volonté de frauder l'Administration fiscale.

La France est traversée par des mouvements transnationaux qu'ils soient entrants ou sortants. Il en va tant pour les personnes que sur les biens. Cette internationalisation est aujourd'hui naturelle et résulte de la mondialisation. Il était dénombré 1.710.945 de français⁴⁰⁶ vivant à l'étranger en 2015. Ce chiffre était en augmentation de 2% par rapport à l'année précédente. Parallèlement, il y avait en 2013 dans l'hexagone 5.719.761 immigrés et 3.965.566 étrangers selon l'Institut national d'études démographiques.

⁴⁰⁵ *Études INSEE, 13 oct. 2015.*

⁴⁰⁶ *Chiffres du registre des français établis hors de France pur l'année 2015 par le ministère des affaires étrangères et du développement international*

La France qui est le premier pays touristique au monde attire les étrangers qui acquièrent parfois des biens immobiliers en France. En 2015, les transactions réalisées par des étrangers sur le sol français représentaient 1% du volume, soit environ 75.000 transactions⁴⁰⁷. Ce pourcentage reste stable par rapport à l'année précédente.

De même, les français achètent des biens immobiliers à l'étranger, sans qu'il soit possible d'avoir d'indicateur statistique à notre connaissance.

Cette internationalisation des échanges a nécessairement des impacts sur la gestion du patrimoine de ces français et de ces étrangers.

580. Phénomène de délocalisation à caractère fiscale. De manière générale, les droits de succession sont perçus comme injustes par nos concitoyens. Il s'agit d'un discours récurrent de la part des clients des Offices notariales, indépendamment de la taille du patrimoine du discoureur. Ils viennent frappés une vie labeur et enlève à leurs descendants la capacité de bénéficier de la totalité du patrimoine constitué. La France a cette spécificité qu'elle fiscalise lourdement tant les revenus que le capital. Or, les droits de mutation à titre gratuit sont extrêmement élevés dans notre pays. L'assiette taxable est large et les taux sont très forts puisqu'ils peuvent monter à 45% en ligne descendante.

La suisse compte 54 Ultra-riches français en 2016 contre 50 en 2015 selon la revue helvétique Bilan⁴⁰⁸ sachant qu'elle n'a recensé que les patrimoines de plus de 92.000.000 €.

Les français les plus fortunés qui sont confrontés au poids de cette fiscalité successorale, sont conduits à s'interroger sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas d'internationaliser leur patrimoine. Plus la fortune est importante, au plus tôt cette planification doit être préparée. Le poids de l'impôt successoral est parfois tellement pesant qu'il conduit certains d'entre eux à se délocaliser dans des pays où la fiscalité successorale est plus légère. La mondialisation ne se réduit pas au secteur marchand. Elle est également présente dans le marché du droit et de la fiscalité. Le « tax market » est d'ailleurs très présent dans l'établissement de la structuration de la planification successorale des grandes fortunes françaises.

Avec le temps, cette réflexion s'est même démocratisée. Elle ne touche plus seulement les dirigeants des grandes entreprises ou certains artistes comme auparavant. Ce phénomène qui était réservé aux Ultra Worth Net Individual est passé aux Worth Net Individual. Les dirigeants des entreprises de taille intermédiaires, de grosses PME ainsi que les détenteurs de patrimoine mobilier et / ou immobilier de taille significative viennent de plus en plus souvent pousser la porte de leur conseil fiscal ou de leur notaire.

Cet accroissement de l'internationalisation des personnes et de leurs patrimoines génère des dossiers patrimoniaux d'un genre nouveau pour les professionnels de la gestion du patrimoine. Ils doivent aujourd'hui maîtriser la dimension internationale dans leurs conseils juridiques et fiscaux afin de continuer à accompagner une certaine gamme de leur clientèle. La planification successorale déjà complexe l'est encore plus lorsqu'il s'agit de la construire dans un contexte international. Il suppose l'imbrication des droits civils, droits des sociétés, et des droits fiscaux internes des pays concernés, des conventions fiscales bilatérales et du droit international privé.

⁴⁰⁷ *Challenges, Immobilier : quels sont les étrangers qui achètent le plus en France, 22 janvier 2016*

⁴⁰⁸ *Bilan, 2 décembre 2016*

581. **Benchmark international.** Si nous comparons la fiscalité patrimoniale française avec les autres pays, il apparaît que la France souffre de cette comparaison. Dans le cadre de la structuration d'une planification patrimoniale à l'international il est nécessaire de faire une étude comparative des régimes fiscaux des pays concernés. Le spectre de cette analyse dépend de l'âge des individus et du contenu de leur patrimoine.

Les droits de successions sont bien évidemment toujours présents à l'esprit. Ils seront d'autant plus cruciaux que l'âge du client est avancé.

Pour un sujet plus jeune, nous serons aussi attentifs aux modalités de taxation des revenus et des plus-values. S'agissant d'un entrepreneur, une étude élargie doit être effectuée pour l'optimisation de toutes les sources de revenus issus de cette activité. Les modalités de taxation des plus-values mobilières doivent alors être étudiées.

En synthèse, il convient de faire une véritable étude de marché entre la taxation en France et des autres pays d'accueil. Certains pays d'Europe sont plus convoités que d'autres. Les opportunités de choix s'effectuent en fonction de l'imposition qu'il convient d'atténuer.

La Belgique, qui ne connaît pas l'impôt sur la fortune, dispose d'un régime de taxation de plus-value sur la gestion du portefeuille des valeurs mobilières prévoyant une non-imposition. Toutefois les droits de succession se révèlent élevés.

En Suisse, l'impôt sur la fortune varie d'un canton à l'autre et même d'une commune à l'autre. Tel est également le cas pour les droits de succession et de donation qui sont faibles voire inexistantes.

Le Royaume-Uni n'a pas d'impôt sur la fortune. En ce qui concerne l'imposition des revenus, le régime du *remittance basis* est particulièrement intéressant. En effet, selon ce régime, les personnes résidentes du Royaume-Uni qui n'y sont pas domiciliées ne sont en principe imposables sur leurs revenus de source étrangère (non britannique) que si ceux-ci sont transférés au Royaume-Uni.

Il ne s'agit pas ici de faire une liste comparative exhaustive des systèmes fiscaux car ce n'est pas l'objet de nos présents travaux.

582. **Acteurs à l'international.** On retrouve à l'international les mêmes acteurs qu'en France. Au niveau juridique si le modèle du notariat est implanté dans 87 pays couvrant 2/3 de la population mondiale, force est de constater qu'en pratique les dossiers de planification patrimoniale internationale, les Avocats sont ceux qui sont majoritairement présents au détriment de leurs collègues Notaires en particulier pour la clientèle anglo-saxonne.

583. **Acteurs institutionnels.** S'agissant des échanges internationaux, le Conseil Supérieur du Notariat a organisé un tissu institutionnel à vocation politique (l'Union internationale du notariat latin, le Conseil des notariats de l'Union européenne) ou scientifique (institut notarial européen et international, Centre notarial de droit européen) qui se révèle être peu tourné vers l'opérationnel et le développement. Il existe toutefois une association internationale à vocation opérationnelle concernant les testaments qui est l'Association du réseau européen des registres testamentaires assurant l'inscription et la recherche d'un testament au niveau européen.

S'agissant du développement, les organisations internationales sont tournées vers l'interprofessionnalité avec une forte présence des Avocats qui restent les référents naturels pour la clientèle internationale. Parmi les organisations les plus actives nous pourrions citer l'association STEP qui travaille beaucoup sur la planification successorale internationale et l'International Academy of Family Lawyers orientée sur le droit de la famille en général.

584. **Chiffres d'affaires.** Il est impossible de quantifier le chiffre d'affaire généré en France en droit patrimonial international tant par les offices notariaux que par les cabinets d'avocats. Ces dossiers relevant généralement de la compétence de plusieurs spécialistes en interne intervenant dans des matières différentes, les logiciels de comptabilité des cabinets et des offices ne permettent pas une identification précise de ces dossiers.

Il n'y a donc pas d'indicateur fiable permettant de quantifier l'activité patrimonial international au niveau du Notariat.

Nous pouvons tout de même établir des pistes de réflexion pour déterminer le marché du droit patrimonial international au niveau notarial. Le rapport annuel d'activité établi par le Conseil Supérieur du Notariat ne communique aucun chiffre à ce sujet. Au 1^{er} janvier 2017, il est précisé que le chiffre d'affaires du Notariat est de 6.500.000.000 € et que l'activité « droit de l'entreprise, conseil, expertise, conseil patrimonial » représente 5,3% soit 344.500.000 €. Compte tenu de la prédominance du droit de l'entreprise et de l'expertise dans cette catégorie, nous considérons que l'activité en conseil patrimonial international représente seulement 2% de l'ensemble de cette activité soit 6.890.000 €.

Dans le domaine immobilier, il est plus aisé de procéder à des projections. En effet, l'activité immobilière est égale à 50,1% de ce même chiffre d'affaires, soit 3.256.500.000 €. Les transactions immobilières par des non-résidents en France représentant 1% des transactions totales, le chiffre d'affaires pour l'activité immobilière internationale des particuliers est de 32.565.000 €.

Il est également indiqué que l'activité en droit de la famille représente 31,9% du chiffre d'affaire total soit 2.073.500.000 € au total. La population française d'origine étrangère représente 11,6% de la population totale mais il n'est pas possible d'appliquer ce taux au chiffre d'affaires notarial pour l'activité internationale en droit de la famille. Tous ces dossiers ne génèrent pas une ingénierie en droit patrimonial international. En considérant qu'un seul dossier sur 100 pour ces personnes nécessitent une ingénierie patrimoniale complexe, le chiffre d'affaires représente alors 20.735.000 €.

Au global, nous pouvons imaginer que le chiffre d'affaires notarial en droit patrimonial international est de 60.000.000 € d'environ sans que cette projection ne puisse en l'état faire l'objet d'une véritable vérification comptable, financière et scientifique.

Le marché du droit patrimonial international est donc un marché de niche. Il est même confidentiel au regard du volume d'activité total du notariat.

585. **Champ d'application matériel.** Qu'est-ce qui peut expliquer le faible nombre de professionnels référents en France sur les dossiers patrimoniaux internationaux ?

Il s'agit essentiellement de la complexité de ces dossiers eu égard à l'étendue des matières à couvrir. Le droit patrimonial international recouvre plusieurs matières. Il s'agit du droit international privé, du droit comparé, de la fiscalité internationale du patrimoine (droits de mutation à titre gratuit, impôt sur la fortune, fiscalité des particuliers). Il comprend également d'autres matières telles que le droit des sociétés, le droit fiscal interne ou comparé, le droit des sociétés et le droit comptable.

D'autre part, ils appellent le croisement de compétences techniques pluri-disciplinaires dans différents pays. A la multiplicité des matières s'ajoute donc celle des intervenants et des législations applicables. Ils impliquent pour le Notaire non seulement une bonne compétence technique en droit civil et en droit fiscal patrimonial, mais plus encore une culture générale dans les autres matières tant en France qu'à l'étranger. Les pays avec lesquels les liens de travail

sont le plus entretenus sont la Suisse, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg, l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique.

Au surplus, la gestion opérationnelle de ces dossiers est particulière car ils portent généralement sur des patrimoines importants sources de problématiques variées et avec des enjeux financiers significatifs. Le séquençage temporel de ces dossiers sort du canevas traditionnel du notariat. Ils nécessitent un traitement personnalisé et soigné totalement éloigné des process généraux classiques. Ces dossiers impliquent une gestion cumulant à la fois l'organisation des cabinets d'Avocats et celle des Offices notariaux.

L'activité en droit patrimonial international comprend deux volets sur le plan opérationnel. Il y a tout d'abord l'aspect conseil qui lui-même est scindé essentiellement en deux parties civile et fiscale. Il y a in fine la finalisation d'un acte juridique, sachant que la partie conseils juridiques et fiscaux n'aboutit pas obligatoirement à un acte juridique.

586. **Tarif.** Pour la partie facturation, il convient également de faire une synthèse des pratiques notariales et des cabinets d'avocats d'affaires. En effet, si les actes notariés sont parfaitement tarifés et règlementés, le conseil notarial patrimonial peut sous certaines conditions être parfaitement facturé. La Loi Macron qui a réformé et libéralisé le tarif des notaires à cet égard participe à la meilleure valorisation du conseil notarial. La spécificité de l'activité du droit patrimonial international justifie pleinement la facturation du conseil qui sera formalité au moyen de consultations.

587. **Développement commercial.** Compte tenu de la réglementation applicable à la profession notariale qui interdit tout démarchage commercial, il convient de s'interroger sur le point de savoir comment un notaire spécialisé en droit patrimonial international peut développer son activité ?

Pour le Notaire, ces dossiers en droit patrimonial international ont pour source des cabinets d'Avocats, Notaires, family-officer, banquiers et conseillers en gestion du patrimoine indépendant qu'ils soient en France ou à l'étranger.

Généralement, les liens pour le Notaire sont tissés en amont par des présentations informelles entre professionnels, des conférences, des colloques. En ce qui concerne les banques, les relations sont nouées avec les banquiers privés et les ingénieurs patrimoniaux. S'agissant des cabinets d'avocats, il s'agit principalement des avocats fiscalistes qui sont apporteurs des dossiers. Ils constituent généralement le binôme naturel pour le traitement du dossier.

Les publications dans des revues techniques ou au contraire grand public permettent d'asseoir la notoriété du notaire spécialisé en ce domaine.

Chapitre I – La planification successorale internationale avec les instruments ordinaires

588. **Taille du patrimoine.** Quels sont les patrimoines internationaux concernés par la gestion de fortune ? Dans les Offices notariaux où les cabinets d'avocats, il s'agit des dossiers dits « patrimoniaux ». Lorsque nous interrogeons ces professionnels pour savoir ce qu'est un « dossier patrimonial », les réponses sont très hétérogènes. Certains se réfèrent à la mixité des droits utilisés pour la bonne résolution du dossier, savoir le droit de la famille et le droit fiscal. D'autres au contraire se réfèrent au poids économique du patrimoine. Il est difficile de donner un montant minimal du patrimoine à partir duquel nous pouvons considérer qu'il sera possible de faire de la planification successorale. La complexité juridique et économique de l'organisation de la transmission va dépendre du contexte familial et de la composition de la famille. La transmission d'une entreprise de plusieurs dizaines de millions d'euros peut parfois se révéler plus simple à structurer dans une famille unie avec des enfants communs, que celle de la résidence principale de quelques centaines milliers d'euros dans une famille recomposée avec des enfants de lits différents. Néanmoins, nous pouvons d'expérience constater qu'un patrimoine international supérieur à 5.000.000 € présente une complexité suffisante avec des enjeux juridiques, fiscaux et financiers nécessitant la mise en œuvre d'une ingénierie de qualité.

589. **Ingénieurs de la planification.** Qui vont être les ingénieurs de cette planification successorale internationale ? On retrouve plusieurs acteurs. Nous trouvons les notaires, les avocats fiscalistes ou du patrimoine, les conseillers en gestion du patrimoine indépendant, les ingénieurs patrimoniaux des banques, les experts-comptables, les Family-office. Il règne un certain flou sur la délimitation du champ de leur intervention. Les uns et les autres ayant tendance à proposer les mêmes services. Parfois ces différents intervenants travaillent en interdisciplinarité ou au contraire ils cherchent à traiter seul le dossier dans son ensemble. Or, la gestion quotidienne de ces dossiers nécessite un traitement qualitatif que l'industrie notariale traditionnelle n'est pas capable de traiter. Seuls quelques Offices notariaux spécialisés ont réussi à mettre en place un savoir-faire permettant de répondre avec succès à la demande patrimoniale internationale. Le marché de la gestion internationale du patrimoine est donc aujourd'hui très diffus qui se partage entre les professionnels du chiffre et du droit. Aucun métier ne semble à ce jour avoir une avance sur l'autre en termes de parts de marché.

La qualité de la gestion de la planification internationale suppose à notre sens l'intervention des différentes spécialités du chiffre et du droit. Cela permet d'avoir la bonne expertise sur chaque question du chiffre, du droit et de la finance. Elle permet également l'échange entre les professionnels qui conduit à un mélange des sensibilités humaines et le cumul des compétences qui est bénéfique pour les clients.

Tous les patrimoines internationaux ne peuvent pas s'offrir l'intervention de ces professionnels reconnus. La planification successorale internationale concerne une certaine tranche très aisée de la population capable d'assumer les honoraires de tous ces conseils. Pour les plus fortunés, cette planification successorale s'effectue en interne au sein de family-office dédié avec parfois plusieurs dizaines de collaborateurs s'occupant de la gestion des actifs familiaux.

Section I – Les critères de la domiciliation

§ 1 – Définition du domicile fiscal en droit interne

590. **Principes.** La situation des personnes au regard de l'impôt sur le revenu est déterminée en fonction de leur domicile. Si elles ont leur domicile en France, leur obligation est illimitée. A l'inverse, lorsqu'elles ont leur domicile fiscal hors de France, leur obligation est restreinte.

A - Généralités

591. **Définition.** Ce sont les notions de domicile fiscal ou de source du revenu qui permettent de définir le champ d'application de l'impôt sur le revenu.

Le domicile fiscal est défini par l'article 4 B du CGI. Il ne dépend ni de la nationalité du contribuable ni de son domicile civil. La définition a été inspirée de la jurisprudence du Conseil d'État et des critères retenus par l'OCDE.

Sont considérées comme fiscalement domiciliées en France :

- les personnes qui ont sur le territoire français leur foyer ou le lieu de séjour principal,
- celles qui y exercent une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles n'établissent que cette activité est exercée en France à titre accessoire,
- celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques,
- les agents de l'Etat exerçant leurs fonctions ou chargés de mission dans un pays où ils ne sont pas soumis à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus.

592. **Modalité d'imposition.** Les contribuables domiciliés en France sont soumis à une obligation fiscale illimitée. La totalité de leurs revenus de source française ou étrangère sont imposables dans les conditions de droit commun (article 4 A du CGI).

Les salariés détachés à l'étranger par leur entreprise ayant conservé leur foyer en France font l'objet d'une exception prévue à l'article 81 A et 197 C du CGI.

Les contribuables domiciliés hors de France sont imposable au titre de leurs seuls revenus de source française limitativement énumérés. Toutefois, les contribuables de nationalité étrangère domiciliés dans des pays n'ayant pas conclu de convention avec la France disposant d'une ou plusieurs habitations en France, ont une base imposable qui ne peut être inférieure à trois fois la valeur locative de cette ou de ces habitations (article 164 C du CGI).

Les personnes de nationalité française ou étrangère qui ont leur domicile fiscal en France, qui recueillent des bénéfices ou des revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions, sont aussi imposables en France (article 4 A du CGI).

593. **Convention internationale.** Les effets de cette définition ont une portée qui peuvent être limitées par les conventions fiscales internationales destinées à éviter les doubles impositions. Conformément à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, les règles de droit international ont une valeur supérieure à la loi interne.

594. **France.** Pour l'application de l'impôt sur le revenu, la France s'entend, au niveau territorial :

- de la France continentale, des îles du littoral et de la Corse ;
- des départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion et Mayotte) sous réserve de certaines particularités concernant principalement le calcul de l'impôt.

En revanche, elle n'inclut pas les collectivités d'outre-mer de la République française, régies par l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises, Wallis et Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon et, sous réserve des dispositions particulières prévues par l'article LO.6214-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et de l'article LO.6314-4 du CGCT qui prévoient une durée minimale de résidence de cinq ans, Saint-Barthélemy et Saint-Martin) ou par l'article 76 de la Constitution du 4 octobre 1958, ni la Nouvelle-Calédonie régie par l'article 77 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui disposent d'une compétence propre en matière fiscale.

595. **Nationalité.** La nationalité n'a aucun effet sur le champ d'application territorial de l'impôt sur le revenu. Il s'applique aussi bien aux Français qu'aux étrangers.

B - Définition

596. **Critères.** Le domicile fiscal est défini par l'article 4 B du CGI selon des critères d'ordre personnel, professionnel et économique.

597. **Imposition commune.** Les époux ou les partenaires liés à un pacte civil de solidarité sont soumis en principe à une imposition commune en France, dès lors que l'un ou l'autre :

- a en France son foyer ou le lieu de son séjour principal,
- ou exerce en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'il ne justifie que cette activité y est exercée à titre accessoire,
- ou possède en France le centre de ses intérêts économiques.

Si l'un des époux ou partenaires ne répond pas à ces critères, l'obligation fiscale du ménage ne porte que sur :

- l'ensemble des revenus de l'époux ou du partenaire domicilié en France,
- les revenus de source française de l'autre époux ou partenaire (sous réserve des conventions internationales).

598. **Enfants ou personnes invalides.** Lorsque l'un des enfants ou une personne invalide à charge ne répond pas aux mêmes critères, seuls ses revenus de source française sont compris dans l'imposition commune.

Ces personnes doivent néanmoins être prises en compte pour la détermination du quotient familial applicable.

C – Critères d'ordre personnel

1°) Foyer en France

599. **Foyer.** Toute personne qui a en France son foyer est considéré comme domicilié en France (article 4 B, 1-a du CGI). Le foyer est le lieu où le contribuable ou sa famille (époux/épouse et enfants) habitent normalement. Il s'agit du lieu de la résidence habituelle, à condition que cette résidence en France ait un caractère permanent. Il faut que ces deux éléments soit réunis afin de caractériser le foyer : le centre des intérêts familiaux et le lieu où le contribuable habite normalement.

Cette résidence demeure le foyer du contribuable même s'il est amené, en raison des nécessités de sa profession, à séjourner ailleurs temporairement ou pendant la plus grande partie de l'année, dès lors que, normalement, la famille continue d'y habiter et que tous ses membres s'y retrouvent⁴⁰⁹.

2°) Séjour principal en France

600. **Séjour principal.** La condition de séjour principal est réputée remplie lorsque les contribuables sont personnellement et effectivement présents à titre principal en France. Peu importe, le lieu et les conditions de séjour de leur famille ou que les intéressés vivent à l'hôtel ou dans un logement mis gratuitement à leur disposition.

601. **Principe.** Sont considérés comme ayant en France le lieu de leur séjour principal les contribuables qui y séjournent pendant plus de six mois au cours d'une même année.

602. **Exceptions.** La durée de plus de six mois au cours d'une année donnée, ne constitue pas un critère absolu. Le Conseil d'Etat s'abstient de se référer à ce critère lorsque les circonstances de fait donnent à penser que le contribuable a bien en France, le lieu de son séjour principal et notamment dans le cas où au cours des années considérées, l'intéressé avait résidé en France pendant une durée nettement supérieure à celle des séjours effectués dans des pays différents.

La durée des six mois est indifférente pour l'imposition des revenus de l'année au cours de laquelle le contribuable acquiert un domicile en France ou, au contraire, transfère son domicile à l'étranger. L'imposition est établie conformément aux règles des articles 166 du CGI, 167 du CGI et 167 Bis du CGI.

⁴⁰⁹ C.E, 23 avril 1958, n°37792

D – Critères d’ordre professionnel

1°) Exercice d’une activité professionnelle

603. **Principe.** Il résulte de l’article 4 B, 1, b) du CGI que sont considérées comme ayant leur domicile en France les personnes qui exercent en France, une activité professionnelle, salariée ou non.

604. **Exception.** Il en va différemment que si elles justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire.

605. **Salariés et mandataires sociaux.** En ce qui concerne les salariés et les mandataires sociaux, le domicile est fonction du lieu où ils exercent effectivement et régulièrement leur activité professionnelle.

S’agissant des mandataires sociaux d’une société dont le siège social ou le siège de direction effective est situé en France, le mandat social doit être exercé en France.

606. **Professions indépendantes.** Pour les personnes exerçant une profession non commerciale ou tirant leurs revenus d’exploitations industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles, il convient de rechercher si elles ont en France un point d’attache fixe, un établissement stable ou une exploitation et si la majeure partie de leurs profits s’y rattachent.

2°) Activité principale

607. **Fonctions multiples.** Lorsque le contribuable exerce simultanément plusieurs professions ou la même profession dans plusieurs pays, l’intéressé est considéré comme domicilié en France dès lors qu’il exerce dans ce pays son activité principale.

L’activité principale est celle pour laquelle le contribuable exerce le plus de temps effectif, alors même qu’elle ne dégage pas l’essentiel de ses revenus. Si ce critère temporelle ne peut être retenu, il y a lieu de considérer que l’activité principale est celle générant directement ou indirectement, la partie la plus importante de ses revenus mondiaux.

E – Critères d’ordre économique

608. **Centre des intérêts économiques.** Le critère de centre des intérêts économiques est imprécis et fait l’objet d’une appréciation large. Selon l’Administration, le centre des intérêts économiques correspond au lieu où les intéressés :

- ont réalisé leurs principaux investissements ;
- possèdent le siège de leurs affaires ;
- ils administrent leurs biens ;
- le centre de leurs activités professionnelles ;
- ils tirent, directement ou indirectement, la majeure partie de leurs revenus.

Lorsque les titulaires de mandats sociaux au sein de plusieurs sociétés dont les sièges sociaux ou de direction effective respectifs sont situés dans plusieurs pays, le centre des intérêts économiques est déterminé en fonction des liens entre les mandats sociaux exercés et selon les cas particuliers de l’espèce.

Le Conseil d'Etat a récemment jugé⁴¹⁰ qu'une personne vivant à l'étranger, dans un pays non lié par la France avec une convention fiscale, mais percevant exclusivement des revenus de source française, a le centre de ses intérêts économiques en France. Sont indifférents, les faits que :

- le versement de la pension de retraite sur un compte bancaire en France ne constituait qu'une modalité de versement à sa demande ;
- l'intéressé ne faisait virer qu'une partie de cette pension à l'étranger pour ses besoins et ceux de sa famille ;
- il administrait ses différents comptes depuis l'étranger ;
- cette pension ne présentait pas le caractère d'une rémunération résultant de l'exploitation d'une activité économique.

Cette décision est importante car elle précise que le centre des intérêts économiques se détermine d'abord en comparant le niveau de revenus du contribuable issus de son travail ou de son capital dans chaque pays. Ensuite, à titre secondaire le juge de l'impôt procède à la comparaison des patrimoines sous réserve qu'ils soient générateurs de revenus.

F – Application des critères

609. **Critères alternatifs.** Un intéressé est considéré comme contribuable domicilié en France dès lors qu'il remplit l'un des critères.

Les contribuables qui ont par exemple en France, le centre de leurs intérêts professionnels ou économiques sont considérés comme ayant leur domicile fiscal réel en France, quelles que soient les autres circonstances relatives à leur situation.

§ 2 – L'obligation fiscale des contribuables domiciliés

A – Les personnes ayant leur domicile fiscal en France

610. **Obligation illimitée.** Lorsque les personnes ont leur domicile fiscal en France, elles relèvent du champ d'application territorial de l'impôt sur le revenu en France pour l'ensemble de leurs revenus.

Les contribuables domiciliés en France sont soumis à une obligation fiscale illimitée, sous réserve de l'application des conventions internationales. Ces personnes doivent acquitter l'impôt sur le revenu en France d'une part pour les revenus de source française et d'autre part au titre des revenus de source étrangère. Ils sont alors imposés dans les conditions de droit commun sur l'ensemble de leurs revenus de source française ou étrangère (article 4 A du CGI).

611. **Exemptions.** Il existe plusieurs cas d'exemptions de revenus de source étrangère. En effet, il existe des dispositions particulières pour :

- les agents de l'État en service à l'étranger (article 4 B, 2 du CGI) ;
- les agents diplomatiques et consulaires de nationalité étrangère exerçant leur activité en France (article 5, 3 du CGI) ;
- les contribuables détachés à l'étranger (article 81 A et 197 C du CGI) ;
- les contribuables exerçant temporairement une activité professionnelle à l'étranger (article 81, D et 197 C du CGI).

⁴¹⁰ Conseil d'Etat, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections, 17 juin 2015, n°371412

612. Détermination des revenus de source étrangère. Le montant des revenus de source étrangère est déterminé dans les mêmes conditions que les revenus de source française.

Toutefois, les entreprises et les exploitations situées hors de France ne peuvent se voir appliquer les régimes d'imposition forfaitaire (article 158, 1 alinéa 2 du CGI). Dès lors, les bénéficiaires agricoles étrangers sont déterminés pour leur montant réel.

613. Quotient familial des contribuables étrangers. Pour la détermination du quotient familial, la nationalité de la personne est indifférente.

Tant que les époux n'ont pas cessé la vie commune, lorsqu'un d'entre eux ne réside pas en France, il est possible de le comptabiliser pour le calcul du quotient familial⁴¹¹.

614. Transfert du domicile de l'étranger en France. En cas de transfert du domicile de l'étranger en France, les revenus dont l'imposition résulte de l'établissement du domicile en France ne sont pris en compte qu'à compter du jour de ce transfert.

615. Transfert du domicile de la France vers l'étranger. En cas de transfert du domicile de la France vers l'étranger, le contribuable est redevable de l'impôt sur le revenu au titre :

- de tous les revenus dont il a disposé au cours de l'année de son départ jusqu'à la date de celui-ci ;
- des bénéfices industriels et commerciaux réalisés depuis le dernier exercice ;
- de tous les revenus qu'il a acquis sans en avoir la disposition antérieurement à son départ.

Le départ à l'étranger entraîne également la taxation des plus-values latentes constatées sur les droits sociaux ou valeurs détenus par la personne, des plus-values de cession ou d'échange de droits sociaux ou de valeurs en report d'imposition ainsi que la valeur des créances trouvant leur origine dans une clause d'earn-out.

B – Les personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France

616. Obligation restreinte. Les personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France peuvent néanmoins rentrer dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu. Les contribuables domiciliés hors de France sont imposables au titre de leurs revenus de source française énumérés de manière limitative par la loi.

Il convient de distinguer selon qu'elles ont une habitation en France ou non.

Les personnes qui disposent d'une ou plusieurs habitation(s) en France relèvent de l'impôt sur le revenu en France à raison :

- de leurs revenus de source française
- ou si ces revenus sont inexistantes ou moins élevés (sous réserve de nombreuses exceptions), sur une base forfaitaire égale à trois fois la valeur locative de cette (ces) habitation(s).

Les personnes qui ne disposent pas d'habitation en France, relèvent de l'impôt sur le revenu français que pour leurs revenus de source française et dans la limite de ces seuls revenus.

⁴¹¹ Conseil d'Etat 19 janvier 1988, n°126.809, 8^{ème} et 9^{ème} ss.-sect., Lamonica, RJF 3/98, n°217

C – Les personnes exonérées

617. **Personnes exonérées.** Les ambassadeurs, consuls et agents diplomatiques ou consulaires de nationalité étrangère sont exonérés sous réserve de réciprocité (article 5 du CGI).

En outre, la loi n°2003-475 du 4 juin 2003 relative aux privilèges et immunités de la délégation du Comité international de la Croix-Rouge en France prévoit que cette institution et son personnel « bénéficient en France de privilèges et immunités à ceux accordés à l'Organisation des Nations-Unies et à son personnel par la convention sur les privilèges et immunités des Nations-Unies du 13 février 1946 ».

§ 3 – Le droit conventionnel

A – Principes généraux

618. **Droits internes.** La territorialité de l'impôt sur le revenu, définie par le droit interne, est fixée par référence aux notions de domicile fiscal et de source du revenu. Ces principes s'appliquent sous réserve des conventions internationales.

Les droits internes des États peuvent conduire une personne à être qualifiée de résidente dans deux ou plusieurs États. Les conventions fiscales permettent de supprimer ces difficultés. Pour leur application, la notion de résidence est essentielle car elle permet de définir leur champ d'application quant aux personnes concernées puis de résoudre les cas de double imposition.

Dès lors qu'une personne est considérée comme résidente d'une autre État pour l'application d'une convention fiscale, elle ne peut être considérée comme ayant son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du CGI.

La qualité de résident est appréciée en fonction des périodes d'imposition (années civiles ou fraction d'années civiles).

619. **Suprématie de la notion de « résident » en droit conventionnel sur la notion de « domicile fiscal » en droit interne.** Les dispositions de l'article 4 B du CGI relatives à la définition du domicile fiscal en droit interne ne sont applicables que sous réserve des conventions internationales.

Il est rappelé qu'en droit conventionnel la notion de « résident » est déterminante à trois égards :

- Lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application d'une convention quant aux personnes qui seront concernées par les dispositions de l'accord ;
- Pour résoudre les cas de double imposition qui résultent du fait qu'un contribuable peut être considéré comme fiscalement domicilié dans chacun des États contractants, conformément au droit interne de l'un et l'autre État (conflit de double domicile fiscal) ;
- Pour résoudre les cas où la double imposition provient d'un conflit relatif à l'imposition dans l'État de résidence du contribuable et dans l'État de la source du revenu, lorsque cette résidence et cette source ne sont pas situées dans le même État contractant.

C'est précisément pour éviter de pareils conflits, et notamment ceux relatifs au double domicile fiscal, qu'au regard de l'application de la loi n°76-1234 du 29 décembre 1976 et dans les cas où les relations fiscales entre la France et l'un des États contractants avec lesquels elle est liée par une convention fiscale sont appelées à jouer, la notion de « résident », appréciée au sens de la convention qui est en cause, prévaudra toujours sur celle du « domicile fiscal » résultant des dispositions de l'article 4 B du CGI.

Dès lors, une personne considérée pour l'application d'une convention fiscale conclue par la France comme « résidente » de l'autre État contractant ne peut pas être regardée comme domiciliée fiscalement en France pour la mise en œuvre du droit interne français alors même qu'elle aurait son domicile fiscal dans notre pays au sens de l'article 4 B du CGI susvisé.

Il s'ensuit notamment que les rémunérations de source française perçues par un salarié qui, par application d'une convention fiscale, a la qualité de « résident » de l'autre État contractant seront soumises à la retenue à la source instituée par l'article 182 A du CGI dès lors qu'en tout état de cause l'intéressé ne pourra pas être considéré comme domicilié fiscalement en France pour l'application des dispositions de cet article.

Ainsi, une personne qui est à la fois domiciliée en France et domiciliée dans un autre État contractant au regard de la loi fiscale interne de chacun de ces deux États doit être considérée comme résidente de l'État où elle a son foyer d'habitation permanent. Si elle a son foyer d'habitation dans les deux États contractants, elle sera considérée comme résidente de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits. Si ces derniers ne peuvent pas être déterminés, elle sera considérée comme résidente de l'État où elle séjourne de façon habituelle. Si elle séjourne de façon habituelle dans chacun des deux États ou dans aucun des deux, elle sera considérée comme résidente de l'État dont elle possède la nationalité.

620. L'application des conventions et la notion de résident. Les contribuables qui souhaitent se prévaloir d'une convention fiscale doivent être assujettis à l'impôt dans le ou les pays concernés.

B – Droit conventionnel

621. Conventions fiscales. Il existe deux catégories de conventions fiscales dans le domaine de l'impôt sur le revenu.

Il y a les conventions donnant une définition de la résidence à laquelle il convient obligatoirement de se référer, indépendamment du droit interne (exemple : convention Belge). Les conventions auxquelles il faut se référer en cas de conflit de résidence. Tel est le cas lorsqu'une même personne est résidente de deux États ou plus, signataires d'une convention. Ces conventions sont les plus nombreuses.

Certaines conventions font référence au droit interne et ne comprennent pas de définition conventionnelle de la résidence (Exemple : convention irlandaise).

1°) Référence au droit interne

622. **Définition.** Les conventions fiscales définissent généralement la notion de « résident d'un État contractant ». Lorsqu'elles sont établies conformément au modèle OCDE (article 4, 1), elle vise « toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt de cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État, ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située ».

Cette définition fait tout d'abord appel à la législation interne des États. La formulation imprécise (domicile, résidence, siège de direction, tout critère analogue) permet de s'appliquer à tous les types des liens entre une personne et un État.

Constituent des résidents d'un Etat que les personnes soumises dans cet État à une imposition non limitée aux seuls revenus prenant leur source dans cet État constituent des résidents cet État. Il s'agit d'un ajout à la législation interne des États.

Les personnes exonérées ne sont pas des « résidents » susceptibles de rentrer dans le champ d'application des conventions fiscales.

Non seulement, il faut que les personnes soient imposées mais il est nécessaire qu'elles le soient sur une assiette plus large que celles des revenus ayant leur source dans l'État concerné.

La personne qui se considère résidente d'un autre pays alors que l'Administration la qualifie de résidente française, elle pourra en rapporter la preuve au moyen d'une attestation des services fiscaux de cet État.

2°) L'élimination des cas de double résidence

623. **Modèle OCDE.** Afin d'éliminer les cas de double résidence, les critères d'application successifs de la convention permettent de déterminer l'État dans lequel l'intéressé doit être considérée comme résident. A la différence des critères du droit interne de l'article 4 B du CGI, les critères conventionnels doivent être obligatoirement examinée dans l'ordre successif défini par la convention.

En tout premier lieu, il convient de vérifier que la convention n'écarte pas la personne en cause de la définition de la résidence. En effet, la convention ne peut s'appliquer qu'à des résidents des États contractants.

Selon le modèle de l'OCDE, les critères permettant de régler les cas de double résidence sont les suivants :

- foyer d'habitation permanent
- centre des intérêts vitaux
- lieu de séjour habituel
- nationalité
- procédure amiable

624. **Foyer d'habitation permanent.** Le premier critère auquel la convention fait appel est le foyer d'habitation permanent. Elle fait référence à toutes les formes d'habitation. La personne peut être locataire ou propriétaire.

La permanence est appréciée au regard du caractère durable de l'aménagement et de l'usage de l'habitation.

Le foyer d'habitation permanent se différencie de la notion du foyer au sens du droit interne français. L'unicité du véritable foyer fait place à la pluralité d'habitations présentant chacune un caractère permanent.

Si la personne n'a qu'un seul foyer d'habitation permanent dans un seul État, elle doit être considérée comme un résident de cet État au sens de la Convention. Il n'est pas nécessaire ensuite de vérifier l'application des autres critères.

625. **Centre des intérêts vitaux.** Lorsque le contribuable a un foyer d'habitation dans plusieurs États, le critère suivant opérant est celui du centre des intérêts vitaux. Le centre des intérêts vitaux implique de faire prévaloir l'État avec lequel la personne a les liens personnels et économiques les plus étroits.

Cette notion suppose une analyse de plusieurs critères : les relations familiales et sociales de l'intéressé, ses occupations, ses activités politiques, culturelles ou autres, le siège de ses affaires, le lieu d'où il administre ses biens. Il n'y a pas de hiérarchie entre ses différents critères qui sont étudiés dans leur ensemble.

626. **Lieu de séjour habituel.** Lorsque la personne n'a pas de foyer d'habitation permanent ni de centre des intérêts vitaux dans l'un et l'autre des États, il convient de rechercher où elle a un lieu de séjour habituel. Cette notion de séjour habituel doit être distinguée du lieu de séjour principal ou le plus habituel.

Pour sa détermination, il convient de prendre en compte les séjours faits par la personne dans son foyer d'habitation ainsi que dans tout lieu dans cet État.

La comparaison se fait sur une période suffisamment longue afin d'apprécier si la résidence dans chacun des deux États est habituelle et d'apprécier également la périodicité des séjours.

627. **Nationalité.** Si la personne ne remplit pas non plus le critère du lieu de séjour habituel, elle sera considérée résidente de l'État dont elle a la nationalité.

628. **Procédure amiable.** Lorsque la personne n'a pas la nationalité de l'un ou l'autre des États ou à l'inverse a la nationalité des deux États, la convention fiscale établie, selon le modèle OCDE, renvoie aux autorités compétentes de ces États pour déterminer sa résidence. En pratique, il est rare de recourir à ce critère.

L'accord intervenu n'a pas de valeur absolue et ne s'impose pas au Juge dans le cadre d'un contentieux.

Section II – L'exode fiscale et son corolaire : l'exit-tax

629. **Transfert de domicile hors de France.** Un résident de France est libre de s'établir hors de France dans le pays de son choix, quand bien même sa principale motivation serait de bénéficier des avantages fiscaux. Il doit toutefois être en mesure de prouver à l'administration qu'il ne peut plus être considéré comme un résident fiscal de France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts. Ce transfert de résidence doit être réalisé en dehors de toute fictivité et les intérêts de la personne en cause doivent être établis hors de France.

Certains pays d'Europe sont plus convoités que d'autres. Les opportunités de choix s'effectuent en fonction de l'imposition qu'il convient d'atténuer.

La Belgique, qui ne connaît pas l'impôt sur la fortune, dispose d'un régime de taxation de plus-value sur la gestion du portefeuille prévoyant une non-imposition. Toutefois les droits de succession se révèlent élevés.

En Suisse, l'impôt sur la fortune varie d'un canton à l'autre et même d'une commune à l'autre. Tel est également le cas pour les droits de succession et de donation qui sont soit faibles, soit inexistantes.

Le Royaume-Uni n'a pas d'impôt sur la fortune. En ce qui concerne l'imposition des revenus, le régime du *remittance basis* est particulièrement intéressant. En effet, selon ce régime, les personnes résidentes du Royaume-Uni qui n'y sont pas domiciliées ne sont en principe imposables sur leurs revenus de source étrangère (non britannique) que si ceux-ci sont transférés au Royaume-Uni.

630. **Exit tax.** Le dispositif de l'*exit tax* contenu à l'article 167 bis du Code général des impôts est issu de l'article 48 de la loi de finances pour 2011. Il s'applique aux transferts de domicile fiscal intervenus depuis le 3 mars 2011. Il a été modifié à plusieurs reprises depuis sa création.

Le dispositif de l'*exit tax* prévoit que le contribuable qui transfère son domicile hors de France est assujéti à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux sur :

- les plus-values latentes relatives aux participations d'au moins 50 % ou d'une valeur supérieure à 800 000 € dans une société (rappelons qu'avant la loi de finances pour 2014, ces conditions de déclenchement du dispositif étaient de 1 % de détention et de 1 300 000 € en valeur absolue) ;
- des plus-values d'échange ou de cession de titres faisant l'objet d'un report d'imposition ;
- de la valeur de créances représentatives d'un complément de prix de cession de titres à recevoir en application d'une clause d'*earn out*.

C'est à la date du transfert de domicile fiscal hors de France que sont appréciés le champ d'application, l'assiette et les modalités de l'*exit tax*.

§ 1 – Champ d'application

A – Les contribuables concernés

631. **Transfert du domicile.** Le dispositif est applicable aux contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal hors de France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts.

Le transfert hors de France est à cet égard réputé intervenir le jour précédant celui au titre duquel le contribuable n'est plus soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus (CGI, art. 167 bis, III).

L'appréciation de la condition relative à la domiciliation fiscale pendant six des dix dernières années s'apprécie en tenant compte de l'ensemble des foyers fiscaux successifs auxquels ont appartenu les contribuables. Le régime matrimonial du foyer fiscal est également pris en considération.

632. **Nature des biens et droits.** L'imposition immédiate concerne les contribuables dont les membres du foyer fiscal :

- détiennent directement ou indirectement, lors du transfert, au moins 50 % dans les bénéfices d'une société ;
- ou dont la valeur est supérieure à 800 000 €.

Le seuil s'apprécie pour l'ensemble du patrimoine en valeurs mobilières et droits sociaux et non pas seulement pour les seuls droits détenus dans des sociétés.

Les titres retenus pour l'appréciation du seuil en valeur absolue relatif aux conditions du déclenchement du dispositif et les titres retenus pour l'assiette de l'impôt sont les mêmes. Il s'agit de ceux définis à l'article 150-0 A, 1 du Code général des impôts.

La forme de la société ou son régime d'imposition importe peu.

L'imposition des créances représentatives d'un complément de prix de cession de titres à recevoir en application d'une clause d'*earn out* ou des plus-values en report d'imposition n'est pas liée à un seuil de participation dans une société.

633. Durée de la domiciliation antérieure. L'imposition immédiate des plus-values latentes relatives aux participations et des créances résultant d'une clause d'*earn out* concerne les contribuables qui ont été fiscalement domiciliés en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant la date du transfert du domicile hors de France.

C'est à compter de la date du transfert du domicile fiscal qu'il faut décompter ce délai de dix ans.

La période de six ans permettant l'appréciation de la domiciliation fiscale en France peut être continue ou discontinue.

En revanche, pour l'imposition des plus-values en report d'imposition, aucune condition n'est exigée pour la durée de la résidence en France. Tous les contribuables qui transfèrent leur domicile hors de France sont alors concernés.

B – Plus-values concernées

634. Plus-values latentes. Sont taxées immédiatement en vertu de l'article 167 bis du Code général des impôts les plus-values latentes constatées à la date du transfert du domicile à l'étranger sur les « droits sociaux, valeurs, titres ou droits » détenus par le contribuable.

635. Les créances représentatives d'un complément de prix. L'impôt est également immédiatement exigible sur la valeur des créances ayant pour origine une clause de complément de prix visée à l'article 150-0 A, I-2 du Code général des impôts. Il s'agit des compléments de prix de cession de titres exclusivement déterminés en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat.

636. Plus-values en report. Sont aussi immédiatement taxables certaines plus-values en report d'imposition. Sont concernées :

- les plus-values de cessions réalisées avant le 1^{er} janvier 2006 par certains salariés ou dirigeants lorsque le produit de la cession était réinvesti dans le capital d'une nouvelle société, non cotée (CGI, ancien art. 150-0 C et 92 B decies) ;
- les plus-values d'échange de titres réalisées avant le 1^{er} janvier 2000 et résultant de certaines opérations de restructuration (CGI, ancien art. 92 B, II et 160, I ter et II) ;
- les plus-values d'apport en société d'une créance née d'une clause d'*earn out* dont le report d'imposition est visé par l'article 150-0 B bis du Code général des impôts.

La loi de finances pour 2014 a abrogé le mécanisme de l'article 150-0 D bis du Code général des impôts du report d'imposition en cas de réinvestissement en numéraire au capital de certaines sociétés.

Par suite, les références à ce dispositif ont été supprimées du champ de l'*exit tax*, à l'exception des contribuables qui bénéficient d'un report d'imposition au 31 décembre 2013.

§ 2 – Calcul de la plus-value imposable

A – Les plus-values latentes

637. **Détermination de la plus-value.** La plus-value latente est déterminée par la différence entre leur valeur réelle à la date du transfert du domicile hors de France et leur prix ou valeur d'acquisition par le contribuable.

638. **Valeur réelle.** La valeur réelle est déterminée comme en matière de titre gratuit :
- pour les titres non cotés : selon l'estimation fournie par le contribuable (CGI, art. 758) ;
- pour les titres cotés : selon le dernier cours connu à la date du départ hors de France, ou selon la valeur moyenne des trente derniers cours précédant cette date (CGI, art. 885 T bis).

639. **Prix ou valeur d'acquisition.** Le second terme de la différence est constitué :
- en cas d'acquisition à titre onéreux par le prix d'acquisition des droits ou valeurs ;
- dans le cadre d'une mutation à titre gratuit par la valeur retenue pour le calcul des droits.
Toutefois, lorsque les titres ont été reçus dans le cadre d'une opération intercalaire d'échange, à l'occasion de laquelle il a été fait application du régime du sursis d'imposition en application de l'article 150-0 B du Code général des impôts, la valeur d'acquisition à retenir est celle des titres remis à l'échange diminuée ou majorée de la soulte reçue ou versée.

640. **Abattement.** Avant la loi de finances pour 2018, la plus-value nette était susceptible de faire l'objet d'abattement pour durée de détention, conformément aux dispositions de l'article 150-0 D (dispositif général) ou de l'article 150-0 D, 1 quater B 2° (dispositif dérogatoire des dirigeants de PME) ou encore des articles 150-0 D, 1 quater B1 et B 3° du Code général des impôts (autres régimes dérogatoires).
La durée de détention était calculée jusqu'à la date du transfert de domicile hors de France.

Depuis la loi de finances pour 2018, la plus-value est soumise à la « flat-tax » de 30% et que l'option pour l'impôt progressif permet de conserver l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D du CGI.

B – Les créances représentatives de compléments de prix

641. **Les créances de complément de prix.** Elles sont imposables pour leur valeur réelle à la date du transfert du domicile à l'étranger.

C – Les plus-values en report

642. **Plus-values en report.** Elles sont taxables, du fait du transfert du domicile à l'étranger, pour leur montant déterminé au moment de la cession ou de l'échange bénéficiant du report.

§ 3 – Les modalités d'imposition

A – Plus-value

643. **Fait générateur.** Le fait générateur de l'imposition au titre de l'*exit tax* est constitué par le transfert du domicile fiscal hors de France.

Le transfert de domicile fiscal hors de France intervient :

- lorsque le contribuable n'a plus son domicile fiscal en France en vertu de l'article 4 B du Code général des impôts ;
- ou lorsque le contribuable a, au sens de la convention fiscale internationale qui lie la France dans lequel le contribuable a transféré son domicile fiscal, sa résidence dans un autre État.

644. **Impôt sur le revenu.** Initialement, les plus-values latentes étaient imposables au taux forfaitaire de 19 % prévu au 2 de l'article 200 A du Code général des impôts dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012, pour les transferts du domicile fiscal hors de France réalisés jusqu'au 27 décembre 2012.

Les plus-values latentes étaient imposables au taux forfaitaire de 24 % pour les transferts du domicile fiscal hors de France intervenus entre le 28 septembre 2012 et le 31 décembre 2012.

Les transferts du domicile fiscal intervenus depuis le 1^{er} janvier 2013 étaient soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, l'imposition est en principe forfaitaire au taux unique de 30% (« Flat-tax »). Ce prélèvement forfaitaire unique comprend les prélèvements sociaux de 17,2% et l'impôt sur le revenu de 12,8%. Ainsi qu'il a été déjà dit ci-dessous, le redevable peut opter au barème progressif de l'impôt sur le revenu. En pratique, cette option ne sera pas réalisée par les gros contribuables eu égard à la différence de taux.

Le montant de l'*exit tax* est égal à la différence entre le montant de l'impôt résultant de l'application du barème progressif à l'ensemble des revenus de sources française et étrangères, y compris les plus-values et créances taxables au titre de l'*exit tax*, et le montant de l'impôt résultant de l'application de ce même barème aux seuls revenus de sources française et étrangère.

645. **Prélèvements sociaux.** Les plus-values latentes sont également assujetties aux prélèvements sociaux au taux en vigueur lors du transfert de domicile hors de France.

646. **Moins-values.** Il n'est pas possible d'imputer les moins-values latentes sur les plus-values latentes imposables du fait du transfert ou sur d'autres plus-values telles que celles relatives aux titres cédés l'année du transfert.

Les moins-values de cessions des droits sociaux intervenues entre le 1^{er} janvier de l'année du transfert du domicile et la date de celui-ci ainsi que les moins-values antérieures reportables ne sont pas imputables sur les plus-values latentes.

647. **Détermination du revenu fiscal de référence.** Les plus-values latentes ne sont pas prises en compte pour la détermination du revenu fiscal de référence visé à l'article 1417-IV du Code général des impôts au titre de l'année du transfert du domicile fiscal hors de France.

B – Le sursis de paiement

648. **Sursis de paiement.** Les prélèvements sociaux et l'impôt sur le revenu peuvent faire l'objet d'un sursis au paiement qui peut être automatique ou sous conditions selon l'État dans lequel le contribuable transfère son domicile fiscal.

1°) Sursis automatique

649. **Sursis automatique.** Le sursis est automatiquement accordé aux contribuables transférant leur domicile dans un État membre de l'Espace économique européen, hors Liechtenstein.

2°) Sursis sur demande

650. **Champ d'application.** Le sursis est accordé sur demande expresse du contribuable, lorsque le transfert du domicile fiscal s'effectue dans un État autre que ceux concernés par le sursis automatique. Il en va de même lorsque le contribuable le transfère d'abord dans un État concerné par le sursis automatique, puis le transfère ensuite dans un État autre.

651. **Conditions.** Ce sursis est accordé lorsqu'il est satisfait aux conditions suivantes :

- le contribuable doit déclarer le montant des plus-values imposables ;
- le contribuable doit désigner un représentant établi en France, qui sera autorisé à recevoir les communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de l'impôt ;
- le contribuable doit constituer, avant son départ en France, des garanties propres à assurer le recouvrement de la créance du Trésor. Le montant de la garantie est de 30 % du montant total des plus-values et des créances. Un complément de garantie ou, le cas échéant, une restitution peut être effectué lorsque le montant de l'impôt déterminé l'année suivante par application du barème progressif se révèle être différent de la garantie.

Si le contribuable justifie que le transfert de domicile obéit à des raisons professionnelles et que ce transfert a lieu dans un État non partie à l'accord sur l'Espace économique européen mais ayant conclu avec la France des accords de coopération fiscale, il est dispensé de cette dernière condition.

3°) Effets du sursis en paiement

652. **Effets.** Le sursis en paiement permet :

- de différer l'exigibilité de l'impôt sur les plus-values imposables lors du transfert du domicile hors de France ;
- de suspendre la prescription de l'action en recouvrement jusqu'à la date de l'événement entraînant son expiration.

4°) Expiration du sursis en paiement

653. **Transmission.** Si le sursis est effectif, le paiement de l'impôt est différé jusqu'au moment de la transmission des droits et titres.

a) Les plus-values latentes

654. **Événements mettant fin au sursis.** Mettent fin au sursis de paiement de l'impôt sur les plus-values latentes :

- la transmission à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des droits ou valeurs concernés ;
- les transmissions ultérieures de titres reçus en échange dans le cadre d'une opération, alors que le contribuable était hors de France, rentrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B du Code général des impôts ;
- les donations, réalisées par les contribuables n'ayant pas transféré leur domicile fiscal dans un État membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège, des droits ou valeurs concernés, sauf si le donateur prouve que cette donation n'a pas pour motif principal d'éluider l'impôt y afférent. Si cette démonstration est réalisée, l'imposition est dégrevée ou restituée pour sa fraction se rapportant aux droits ou valeurs donnés ;
- les donations ou le décès du détenteur des titres auxquels sont attachées des plus-values en report autres que celles ayant pour origine l'application de l'ancien article 92 B, II, de l'ancien article 160-I ter 1, alinéa 1^{er} et de l'ancien article 160-I ter 4 du Code général des impôts.

Lorsque l'opération mettant fin au sursis porte sur une fraction des titres concernés, seule la fraction correspondante de l'imposition en sursis de paiement est exigible.

655. **Donation de titres.** Lorsque les contribuables ont transféré leur domicile dans un État membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège et qu'ils ont donc bénéficié du sursis de paiement automatique, ils bénéficient du dégrèvement de leur imposition quel que soit le but de la donation. Auparavant, et avant la loi de finances pour 2014, il leur appartenait de prouver que la donation n'avait pas été effectuée dans un but exclusivement fiscal.

Parallèlement, les contribuables qui n'ont pas transféré leur domicile dans un État membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège doivent prouver que la donation n'a pas pour motif principal d'éluider l'impôt afin de bénéficier du dégrèvement ou d'une restitution.

656. **Apports à une société contrôlée par l'apporteur (CGI, art. 150-0 B ter).** L'apport de titres grevés d'une plus-value latente en report d'imposition entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B ter du Code général des impôts, n'entraîne pas l'expiration du sursis de paiement de l'impôt correspondant.

Par conséquent, lorsque les titres sont apportés par le contribuable ayant transféré son domicile fiscal hors de France à une société qu'il contrôle, le sursis de paiement est prorogé jusqu'à la date de survenance d'un événement constitutif du fait générateur d'expiration du report d'imposition défini par l'article 150-0 B ter du Code général des impôts.

657. **Détermination de l'impôt exigible.** L'assiette de l'imposition afférente aux plus-values latentes est recalculée au jour de la survenance de l'événement mettant un terme au sursis d'imposition.

Par principe, le taux applicable est celui en vigueur au jour du transfert du domicile hors de France.

Dans le cadre d'une cession à titre onéreux, il est tenu compte pour le calcul des abattements généraux prévus aux articles 150-0 D, 1 du Code général des impôts ou des abattements dérogatoires définis aux articles 150-0 D, 1 quater B-1^o, 2^o et 3^o du même code, de la durée de la détention à l'étranger.

Il est également tenu compte de la valeur des biens lors de leur transmission réelle par le contribuable. Ainsi, lorsque la valeur des droits ou valeurs estimée à la date du départ est supérieure à leur prix ou valeur à la date d'expiration du sursis de paiement et si la plus-value constatée à la date du départ est supérieure à la plus-value effectivement réalisée, alors l'impôt dont le paiement a été différé n'est exigible que sur le montant de cette dernière plus-value.

En revanche, si la valeur des droits ou valeurs telle qu'estimée à la date du départ est inférieure à leur prix ou valeur à la date d'expiration du sursis de paiement et si la plus-value constatée à la date du départ est inférieure à la plus-value effectivement réalisée, alors l'impôt ayant fait l'objet du sursis est exigible en totalité.

Enfin, l'impôt éventuellement acquitté dans l'État de résidence du contribuable lors de l'opération d'achat, de cession, de remboursement ou d'annulation des droits ou valeurs est imputable sur l'impôt définitif exigible en France (prélèvements sociaux compris).

Cette imputation s'effectue à proportion du rapport entre l'assiette définitive de l'impôt en France, compte tenu de la durée de détention à l'étranger et du prix de cession réel, et l'assiette de l'impôt acquitté à l'étranger. L'imputation est autorisée dans la limite de l'impôt français.

b) Imputation des moins-values réelles

658. **Imputation.** La moins-value réalisée par un contribuable ayant transféré son domicile fiscal dans un État de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège, lors de la cession, du rachat, du remboursement ou de l'annulation de titres grevés d'une plus-value latente, réduite le cas échéant des abattements de droit commun ou incitatif est imputable au titre de l'année de cession et des années suivantes :

- sur les plus-values réalisées par ce même contribuable lors de la cession, du rachat ou du remboursement ou de l'annulation de titres grevés d'une plus-value latente ;
- sur les plus-values imposables en application de l'article 244 bis B du Code général des impôts (cessions de participations substantielles) ;
- sur les plus-values imposables conformément à l'article 150-0 A du Code général des impôts en cas de retour en France du contribuable.

Par ailleurs, la moins-value de cession ou de rachat de droits sociaux, valeurs, titres ou droits entrant dans le champ des articles 150-0 A ou 244 bis B du Code général des impôts, réduite, le cas échéant, des abattements de droit commun ou incitatif, est imputable, au titre de l'année de cession et des dix années suivantes, sur les plus-values réalisées par ce même contribuable lors de la cession, du rachat, du remboursement ou de l'annulation de titres grevés d'une plus-value latente.

659. **Fraction.** Ces moins-values ne sont imposables que pour une fraction de leur montant. Cette fraction est déterminée en appliquant à la moins-value le rapport entre, d'une part, la différence entre le taux d'imposition à l'impôt sur le revenu des plus-values latentes et le taux

de l'impôt applicable aux plus-values dans l'État où elles ont été réalisées et, d'autre part, le taux d'imposition des plus-values latentes.

c) Les créances de complément de prix

660. **Causes.** Le sursis de paiement de l'imposition due à raison des créances à recevoir en application d'une clause d'*earn out* expire lors de la perception du complément de prix, l'apport ou la cession de la créance s'ils interviennent alors que le contribuable est encore domicilié à l'étranger.

661. **Décès.** Le décès du contribuable donne en revanche lieu au dégrèvement de l'imposition établie lors du transfert hors de France, prélèvements sociaux inclus, pour sa fraction se rapportant aux créances encore dans le patrimoine du contribuable au jour de son décès, après déduction des compléments de prix effectivement perçus entre le départ hors de France et le jour du décès.

Cette règle est également applicable en cas de donation des créances si le donateur démontre que la donation n'a pour seul dessein que d'échapper à l'impôt établi au moment du transfert du domicile hors de France.

d) Plus-values en report d'imposition

662. **Événements mettant fin au sursis.** L'expiration du sursis établi au départ de France sur les plus-values en report d'imposition intervient au moment :

- de la transmission à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres dont l'acquisition a ouvert droit à un report d'imposition visé ci-dessus ;
- de la donation de titres ou du décès du contribuable pour les plus-values en report en application des articles 92 B decies, 160 I ter-1, dernier alinéa et II ancien, 150-0 C ancien ou 150-0 B bis du Code général des impôts.

En ce qui concerne les plus-values en report d'imposition au titre de l'ancien article 92 B, II ou au titre de l'ancien article 160 I ter-1, premier alinéa ou 4 du Code général des impôts, la transmission à titre gratuit (décès ou donation) de titres entraîne le dégrèvement de l'impôt établi lors du transfert du domicile hors de France ou sa restitution s'il a fait l'objet d'un paiement immédiat.

663. **Établissement de l'imposition.** Les prélèvements sociaux et l'impôt sont exigibles lors de l'expiration du sursis de paiement.

Si l'opération mettant fin au sursis porte sur une partie des titres concernés, seule la fraction correspondante de l'impôt en sursis de paiement est exigible. Ainsi, le surplus continue de bénéficier du sursis.

§ 4 – Les dégrèvements d'office

664. **Dégrèvements d'office.** Les impositions établies au moment du transfert du domicile fiscal à l'étranger peuvent faire l'objet d'un dégrèvement d'office, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le contribuable a ou non bénéficié d'un sursis de paiement. Ce dégrèvement d'office peut intervenir :

- à la date à laquelle le contribuable transfère de nouveau son domicile en France ;
- à l'expiration d'un délai de quinze ans suivant la date du transfert, pour les impositions afférentes aux plus-values latentes ou sur les droits ou valeurs ;

- lors de certaines transmissions à titre gratuit réalisées lorsque le contribuable est domicilié à l'étranger. Lorsqu'elles remplissent les conditions décrites plus haut, elles peuvent entraîner le dégrèvement des impositions relatives aux plus-values latentes, aux plus-values en report ou aux créances représentatives d'un complément de prix ;
- lors du décès du contribuable (sous réserve de ce qui a été dit plus haut) ;
- lors de l'exonération de la plus-value de cession.

665. Retour en France. Si le contribuable transfère de nouveau son domicile en France avant l'expiration du délai de quinze ans, l'impôt exigible sur les plus-values latentes bénéficie d'un dégrèvement d'office ou restitué s'il a fait l'objet d'un paiement immédiat.

Le contribuable doit toutefois toujours détenir les titres en cause à la date du transfert. En cas d'opération d'échange intercalaire au sens de l'article 150-0 B du Code général des impôts réalisée alors que le redevable était à l'étranger, l'obligation de détention porte sur les titres reçus en échange.

Le retour en France entraîne également le dégrèvement des prélèvements sociaux.

Le retour en France entraîne aussi le dégrèvement ou la restitution si elle a fait l'objet d'un paiement immédiat, de l'imposition, prélèvements sociaux compris, afférente aux créances représentatives d'un complément de prix (CGI, art. 167 bis, VII-4).

En ce qui concerne l'imposition relative aux plus-values en report, le contribuable est replacé dans la même situation fiscale que s'il n'avait jamais transféré son domicile fiscal, à la condition toutefois que les titres en cause lui appartiennent toujours au jour de son retour en France.

666. Expiration du délai de quinze ans. L'impôt sur les plus-values établi lors du transfert du domicile à l'étranger est dégrévé ou restitué s'il fait l'objet d'un paiement immédiat à l'expiration d'un délai de quinze ans suivant ce transfert. Le délai de conservation des titres a été récemment porté de huit ans à quinze ans par la loi de finances pour 2014.

En ce qui concerne les départs réalisés depuis le 1^{er} janvier 2014, l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux sont dégrévés ou restitués à l'expiration du délai de quinze ans dès lors que le contribuable justifie toujours détenir les titres auxquels se rapportent la plus-value latente ou les titres reçus en échange de ceux-ci dans le cadre d'une opération entrant dans le cadre des articles 150-0 B ou 150-0 B ter du Code général des impôts.

Pour les départs effectués jusqu'au 31 décembre 2013, l'impôt sur le revenu est dégrévé ou restitué à l'expiration du délai de huit ans dès lors que le contribuable justifie toujours détenir les titres auxquels se rapporte la plus-value latente ou les titres reçus en échange de ceux-ci dans le cadre des articles 150-0 B ou 150-0 B ter du Code général des impôts. Le dégrèvement ou la restitution n'est applicable qu'à l'impôt, à l'exclusion des prélèvements sociaux qui restent dus. Ils peuvent néanmoins rester en sursis d'imposition jusqu'à ce qu'intervienne un événement mettant fin au sursis.

667. Conséquence du dégrèvement. Le dégrèvement entraîne la levée des garanties.

§ 5 – Obligations des contribuables

668. **Lors du départ de France.** Le contribuable est tenu de souscrire une déclaration des revenus dont il a disposé pendant l'année de son départ jusqu'à la date de celui-ci, conformément aux dispositions de l'article 170 du Code général des impôts.

La déclaration doit faire état des plus-values latentes, les créances et les plus-values en report devenues imposables en application de l'article 167 bis du Code général des impôts.

Le contribuable qui souhaite bénéficier du sursis de paiement sur option aux termes de l'article 167 bis du Code général des impôts, doit déposer dans les trente jours précédant le transfert de son domicile hors de France le formulaire spécial n° 2074-ET.

Lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen et qu'il bénéficie du sursis de paiement de droit, ou en cas de transfert de domicile fiscal dans un État autre que ceux-ci sans demande de sursis de paiement, il n'est tenu par aucune obligation déclarative préalable.

669. **Au cours de la période de résidence à l'étranger.** Conformément à l'article 91 duodecimes de l'annexe II du Code général des impôts, le contribuable doit déposer chaque année suivant le transfert de son domicile fiscal hors de France la déclaration d'ensemble des revenus (n° 2042), la déclaration annexe (n° 2042-C) et le formulaire spécial n° 2074-ET.

L'année suivant celle de l'expiration du sursis et dans le délai de souscription de la déclaration d'ensemble, doivent figurer sur ce formulaire la date, la nature de l'événement mettant un terme au sursis, ainsi que le montant de l'impôt devenu exigible et son calcul. Ce formulaire et la déclaration d'ensemble doivent être accompagnés du paiement.

Il est mis fin au sursis en cas de défaut de production de la déclaration et du formulaire ou l'omission de tout ou partie des éléments.

En ce qui concerne les autres contribuables, qui n'ont pas sollicité le bénéfice du sursis ou qui se le sont vu refusé, ils sont en droit d'obtenir une restitution totale ou partielle de l'impôt acquitté, dans certains cas de transmission des titres. La demande doit être faite lors de la survenance de l'événement en cause.

670. **À l'expiration du délai de quinze ans ou au retour en France.** Les contribuables doivent déclarer la nature et la date de l'événement qui motive une demande de dégrèvement d'office des impositions en sursis de paiement ou la restitution de l'impôt acquitté lors du transfert à l'étranger.

Cette déclaration est effectuée non pas lors de la survenance de l'événement, mais lors du dépôt de la déclaration l'année suivante (CGI, art. 170).

671. **Changement de domicile fiscal.** Tout changement de domicile fiscal doit être notifié à l'administration fiscale dans un délai de deux mois avec l'indication du nouveau domicile. Cette information est effectuée sur papier libre et adressée au service des impôts des particuliers des non-résidents.

Section III - L'optimisation fiscale de la planification successorale internationale

672. **Planification successorale internationale.** Que faut-il entendre par successions internationales ? Il s'agit des successions concernant un défunt qui décède dans un État alors qu'il détient des biens et droits dans un autre État. Les successions internationales sont particulièrement complexes dans la mesure où elles entraînent l'utilisation de plusieurs fiscalités ainsi que des règles de deux ou plusieurs législations civiles.

Ce dédale de textes civils et fiscaux rend difficile la mise en place d'une stratégie patrimoniale et successorale ainsi que le règlement des successions non préparées.

La complexité de la planification successorale internationale suppose la structuration d'un estate planning au moyen de conseils fiscaux devant contenir une valeur ajoutée.

En ce qui concerne la fiscalité, les règles de conflits proviennent de la résidence, des biens imposables ou des prélèvements. Le droit interne ou les conventions internationales permettent de résoudre ces conflits.

§ 1 – Les règles françaises de territorialité des droits de mutation à titre gratuit (article 750 ter du CGI)

A – Les critères de domiciliation

673. **Domicile en droit interne.** Le domicile fiscal et le domicile civil ne se superposent pas toujours. Le domicile du défunt au sens fiscal est déterminé selon des règles particulières.

674. **Domicile fiscal.** Les droits internes se concentrent généralement sur les héritiers ou légataires pour procéder à la liquidation des droits de mutation à titre gratuit.

Dans le cadre international, leur situation est rarement envisagée. Généralement, c'est le domicile du défunt qui permet de définir le droit d'imposer.

675. **Domicile du défunt.** Le domicile du défunt est déterminé selon les mêmes règles que pour l'impôt sur le revenu. En effet, l'article 750 ter du Code général des impôts renvoie aux critères de l'article 4 B du même code pour la détermination du domicile fiscal. En ce qui concerne les droits de mutation à titre gratuit, le domicile fiscal pris en compte au titre de l'article 750 ter précité est celui du défunt, de l'héritier ou du légataire.

Dès lors, sont considérées comme ayant leur domicile fiscal 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, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;
- celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques, c'est-à-dire le lieu où le contribuable a effectué ses principaux investissements, où il possède le siège de ses affaires, d'où il administre ses biens. Il peut s'agir du lieu où le contribuable a le centre de ses activités professionnelles, ainsi que le lieu d'où il tire la majeure partie de ses revenus.

Les critères du domicile fiscal sont alternatifs. La nationalité est indifférente. Il s'apprécie à la date du fait générateur de l'impôt.

676. **Domicile de l'héritier.** Le domicile fiscal de l'héritier ou du légataire est, en vertu de l'application de l'article 750 ter 3° du Code général des impôts, déterminé conformément aux règles de l'article 4 B du même code.

La résidence fiscale de l'héritier, légataire ou donataire doit être établie durant six ans pendant les dix dernières années précédant le fait générateur de l'impôt. La résidence dont il s'agit peut être continue ou discontinue.

B – Le domaine de la loi successorale applicable

677. **Champ d'application.** Le principe de territorialité est fixé par l'article 750 ter du Code général des impôts. Le champ d'application des droits de mutation à titre gratuit dépend de trois critères :

- le domicile fiscal du défunt (CGI, art. 750 ter, 1°) ;
- le lieu de situation des biens (CGI, art. 750 ter, 2°) ;
- le domicile fiscal de l'héritier ou légataire (CGI, art. 750 ter, 3°).

Les principes définis par le droit interne s'appliquent sous réserve des conventions fiscales.

Les autres États ont une conception du domicile fiscal qui est différente. Le domicile fiscal étant différent du domicile civil, la multiplicité des conceptions du domicile fiscal par les États, peuvent conduire à un conflit de domicile. Les conventions fiscales permettent de solutionner ces conflits. À défaut de convention fiscale, les législations internes des États s'appliqueront ensemble en se chevauchant et conduiront à une double imposition.

1°) Le défunt est domicilié en France

678. **Défunt domicilié en France.** Lorsque le défunt est domicilié en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts, tous les biens transmis sont imposables en France. L'ensemble des biens meubles ou immeubles situés en France ou à l'étranger sont pris en compte.

Leur nature (meuble ou immeuble) ou leur lieu de situation (biens situés en France ou à l'étranger) sont indifférents.

679. **Domicile du bénéficiaire.** Ce principe de taxation mondiale s'applique quel que soit le domicile fiscal du bénéficiaire de la transmission (héritiers ou légataires).

2°) Le défunt n'est pas domicilié en France

680. **Héritier ou légataire non domicilié en France.** Lorsque le défunt n'est pas domicilié en France, mais que l'héritier ou le légataire est domicilié en France et l'a été pendant au moins six ans au cours des dix dernières années, tous les biens meubles ou immeubles, situés en France ou hors de France sont imposables en France (CGI, art. 750 ter, 3°).

Seule la part reçue par l'héritier ou le légataire domicilié en France est imposable en France.

681. **Héritier ou légataire domicilié en France.** Lorsque l'héritier ou le légataire n'est pas domicilié en France ou ne l'a pas été pendant au moins six ans au cours de dix dernières années, seuls les biens situés en France sont imposables en France (CGI, art. 750 ter, 2°).

Les biens situés à l'étranger ne sont pas imposables en France.

C – Les biens

682. **Risque de conflits.** La définition des biens est essentielle tant pour les besoins de la liquidation civile de la succession qu'au niveau du droit fiscal. La définition de leur nature peut être source de conflits à plusieurs égards. Des conflits peuvent naître au niveau de leur qualification, de leur localisation ou de leur rattachement.

1°) Le lieu de situation

683. **Définition.** La détermination du lieu de situation des biens est importante. En effet, l'application des règles du droit interne relatives aux droits de mutation à titre gratuit dépend du domicile du *de cuius*, mais également de la nature des biens et de leur lieu de situation.

a) Défunt domicilié en France

684. **Défunt domicilié en France.** Lorsque le défunt est domicilié en France, le principe d'application des droits de mutation à titre gratuit est général. Ainsi, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent non seulement à tous les biens situés en France, mais également à tous ceux situés hors de France (CGI, art. 750 ter, 1°).

Le domicile du bénéficiaire de la transmission (héritier, légataire) est indifférent.

b) Défunt non domicilié en France

685. **Principes.** Ainsi qu'il a été dit ci-dessus au § 2, « Domaine de la loi successorale applicable », il convient de distinguer entre les deux situations décrites aux articles 750 ter 2° et 3° du Code général des impôts.

✓ *Détermination du lieu de situation des biens*

686. **Détermination du lieu de situation des biens.** Sont considérés comme des biens situés en France :

- les biens ayant une assiette matérielle en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer : immeubles, meubles corporels, fonds de commerce exploités en France, etc. ;
- les biens incorporels français aux termes de l'alinéa 3 du 2° de l'article 750 ter 2°, alinéa 2 du Code général des impôts : créances sur un débiteur domicilié en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer, valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public française ou une société qui a, en France, son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective, brevets d'invention, marques de fabrique concédés ou exploités en France, etc. ;
- les actions et parts de sociétés ou personnes morales non cotées en bourse dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société ;
- les brevets et marques de fabrique concédés ou exploités en France.

✓ **Sociétés à prépondérance immobilière**

687. **Sociétés à prépondérance immobilière.** Lorsque la société à prépondérance immobilière est française, les titres sociaux sont considérés comme des biens situés en France conformément aux principes décrits ci-dessus au a).

Les sociétés étrangères peuvent être qualifiées de sociétés à prépondérance immobilière en France. En effet, sont considérées comme étant à prépondérance immobilière les sociétés dont le siège social est situé hors de France dont la valeur des biens et droits immobiliers situés en France représente plus de 50 % de la valeur totale de l'actif social sis en France.

Lorsque la société est à prépondérance immobilière française, les parts ou actions sont taxées aux droits de mutation à titre gratuit à concurrence de la proportion existant entre la valeur des immeubles en France et celle de l'actif total de la société située tant en France qu'à l'étranger (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 4).

La forme sociale des sociétés est totalement indifférente. Les actions ne doivent pas être admises à la cote officielle d'une bourse française ou étrangère, ni au second marché.

688. **Nature juridique.** Les actions ou les parts de sociétés qui constituent des sociétés à prépondérance immobilière en France conservent leur nature juridique de biens mobiliers. Ils ne deviennent pas au sens du droit civil français des biens et droits immobiliers.

Les parts sociales de sociétés immobilières, en tant que biens mobiliers, relèvent de la loi du dernier domicile du défunt⁴¹². La Cour de cassation vient de confirmer que les parts de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France, en l'absence de stipulations conventionnelles contraires, sont des biens de nature mobilière et non pas des biens immobiliers pour l'application des conventions fiscales relatives aux droits de mutation à titre gratuit⁴¹³.

689. **Conventions fiscales.** Les parts ou actions de sociétés étrangères à prépondérance immobilière ne sont soumises aux droits de mutation à titre gratuit qu'en cas de silence des conventions fiscales.

690. **Calcul de la prépondérance immobilière.** Doivent être pris en compte pour la détermination de la prépondérance immobilière en France de la société étrangère :

les immeubles bâtis ou non bâtis situés en France ;

- les droits réels immobiliers sur les immeubles bâtis ou non bâtis situés en France (usufruit, nue-propriété, droit réel conventionnel de jouissance, droit d'usage, etc.) ;

- les titres de sociétés à prépondérance immobilière ;

- les immeubles constituant le stock immobilier de sociétés de construction-vente ou sociétés qui se livrent à une activité de marchands de biens ;

- les immeubles donnés en location (location d'immeubles d'habitation nus ou meublés ou de la location d'immeubles à usage industriel ou commercial).

Ne sont pas pris en compte pour la détermination de la prépondérance immobilière en France de la société étrangère, les immeubles affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.

Pour le calcul du ratio, il est tout d'abord déterminé la valeur des immeubles et droits réels immobiliers situés en France appartenant à la société, à l'exception des immeubles affectés à

⁴¹² Cass. 1^{re} civ, 20 oct. 2010, n° 08-17.033, n° 905-FS-PBI

⁴¹³ Cass. ass. plén., 2 oct. 2015 n° 14-14.256 ; succession en France d'un résident monégasque : parts de société immobilière, B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 10^e éd. 2014 ;

sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.

Une société est à prépondérance immobilière dès lors que la valeur des immeubles et droits immobiliers situés en France excède plus de 50 % de la valeur de l'actif social situé en France. Observation étant ici faite qu'il n'est pas pris en compte l'actif immobilier mondial.

691. **Assiette.** Les titres des sociétés à prépondérance immobilière détenues par des personnes physiques non domiciliées en France sont soumis aux droits de mutation à titre gratuit au prorata de la valeur des immeubles situés en France et de celle correspondant à l'actif total mondial de la société.

✓ ***Immeubles détenus indirectement en France par des non-résidents***

692. **Champ d'application.** Sont concernés les actions ou parts sociales ou droits de toutes les personnes morales ou d'organismes non dotés de la personne morale en France. La forme sociale est indifférente. Les sociétés cotées rentrent dans le dispositif.

Un immeuble ou un droit immobilier est réputé être détenu de manière indirecte lorsqu'il appartient à des personnes morales ou des organismes (à l'exception de ceux affectés à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale par l'organisme), dont le défunt, seul ou avec son groupe familial (conjoint, leurs ascendants, descendants ou leurs frères et sœurs), détient plus de la moitié des actions, parts ou droits, directement ou par l'intermédiaire de participations (au sens de l'article 990 D du Code général des impôts), quel que soit le nombre de personnes morales ou d'organismes interposés et quels que soient leur forme, la quotité et le lieu de leur siège social.

Ce dispositif s'applique même lorsque l'organisme n'est pas à prépondérance immobilière. L'importance des biens et droits immobiliers dans l'actif de celui-ci est indifférente pour l'appréciation de la notion.

Le défunt ou le donateur doit détenir directement ou indirectement plus de la moitié des actions, parts ou droits de la personne morale ou de l'organisme. Ce seuil de 50 % est comptabilisé en prenant en compte les titres qui appartiennent :

- au défunt ou au donateur ;
- à son groupe familial : conjoint, descendants, ascendants, frères et sœurs, ascendants et descendants et frères ou sœurs du conjoint.

Il est également tenu compte des titres détenus par l'intermédiaire d'une chaîne de participation au sens de l'article 990 D du Code général des impôts. Le nombre de personnes morales ou organismes interposés est indifférent. Selon cet article, est réputé posséder des biens ou droits immobiliers en France par entité interposée toute entité juridique qui détient une participation, quelles qu'en soient la forme et la quotité, dans une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable, autre qu'une entité juridique visée au 1^o, a et b du 2^o et, a, b et c du 3^o de l'article 990 E du Code général des impôts, qui est propriétaire de ces biens ou droits ou détenteur d'une participation dans une troisième personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable lui-même propriétaire des biens ou droits ou interposé dans la chaîne des participations.

693. **Assiette.** Seule la fraction de la valeur des titres représentative de la valeur de l'immeuble ou du droit immobilier situé en France est taxable.

La valeur des immeubles ou droits immobiliers possédés indirectement est déterminée à proportion de la valeur de ces biens ou droits représentatifs de tels biens, dans l'actif total des organismes dont le défunt détient directement les parts.

Les titres détenus par le groupe familial ne sont pris en compte que pour l'appréciation du seuil de 50 %. Ils ne sont bien évidemment pas comptabilisés dans l'assiette taxable aux droits de mutation à titre gratuit qui n'intègre que ceux appartenant personnellement au défunt ou au donateur.

694. **Conventions fiscales.** Le dispositif du deuxième alinéa de l'article 750 ter, 2° du Code général des impôts, n'a pas vocation à s'appliquer dans les conventions fiscales actuelles. En effet, de manière générale les conventions fiscales ne prévoient pas la détention indirecte de biens et droits immobiliers et se limitent à l'appréhension des sociétés à prépondérance immobilières.

2°) Conflits de qualifications de biens

695. **Double imposition.** Lorsque le défunt est résident en France, les cas de conflits de qualifications sont faibles. En effet, sauf stipulations contraires dans la convention fiscale la taxation de l'entier des actifs se fait en France.

En revanche, lorsque le défunt est résident à l'étranger, les difficultés de qualification sont plus importantes.

Les deux exemples illustrant le mieux ces difficultés de qualification sont les suivants :

- les fonds de commerce, qui s'entendent en France comme l'ensemble de l'universalité des biens alors que dans d'autres droits ils peuvent être de conception plus réduite (par exemple : élément incorporel seulement) ;

- les titres de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France, qui conservent le caractère de biens meubles à l'étranger sont susceptibles de faire l'objet d'une taxation dans cet État.

En cas de conflits de qualification de biens et en l'absence de conventions fiscales, il peut survenir des doubles impositions.

696. **Conventions fiscales.** Le modèle OCDE de 1982 assure la résolution des difficultés relatives à la qualification des biens. Il établit une distinction entre les biens immobiliers (art. 5), les biens mobiliers appartenant à un établissement stable (art. 6) et les autres biens (art. 7).

Dans son article 5, il indique que les biens immobiliers sont visés par référence à leur lieu de situation.

À la lecture de ces articles, nous pouvons constater qu'en principe les biens, quelle qu'en soit la situation, font l'objet d'une taxation dans l'État où la personne est domiciliée. Il en va différemment pour les biens immobiliers (art. 5) et les biens mobiliers d'une entreprise appartenant à un établissement stable ou rattaché à une base fixe (art. 7).

697. **Sociétés immobilières.** Les biens immobiliers sont source de plus de difficultés d'interprétations. Dans son article 5, le modèle OCDE de 1982 prévoit que les biens immobiliers ont le sens que lui attribue le droit de l'État où ils sont situés.

Lorsqu'on se place du côté français, ce rattachement entraîne plusieurs conséquences.

S'agissant des actions ou parts de sociétés à prépondérance immobilière, elles ne sont pas en France considérées comme des biens et droits immobiliers. Par conséquent, au sens de la convention, ces titres rentreront dans la catégorie des « autres biens » et non dans celle des « biens immobiliers ». Il en résulte qu'ils ne seront pas taxés en France lorsque le défunt n'avait pas sa résidence fiscale en France.

En ce qui concerne les sociétés transparentes ayant des immeubles en France, il existe une difficulté majeure. *A priori*, en tant que biens meubles, les titres sociaux ne devraient pas être imposables en France. Toutefois, ces sociétés n'ayant pas de personnalité distincte de celle de ses associés, leurs titres pourraient être considérés comme des immeubles au regard de la convention fiscale⁴¹⁴.

3°) Conflits de rattachement de biens

698. **Double imposition.** Une étape essentielle consiste à déterminer l'État dans lequel le bien en cause va être considéré comme situé. En l'absence de convention fiscale, les conflits de rattachement peuvent provoquer des cas de double imposition.

Les règles relatives à la situation des biens sont parfois différentes entre celles définies par la France et celles des autres États.

S'agissant des comptes bancaires, certaines législations considèrent qu'ils sont situés dans l'État où il est ouvert, alors que pour certains il faut prendre en considération le lieu où le siège social de la banque est situé et enfin, pour d'autres, c'est le lieu où le paiement peut être exigé (c'est-à-dire le lieu où il est judiciairement exécutoire).

En ce qui concerne les créances commerciales, selon les États elles sont réputées être situées soit au domicile du débiteur, soit au siège de l'entreprise, soit au lieu de conclusion du contrat, soit enfin au lieu d'exploitation.

Pour les valeurs mobilières, elles peuvent être situées soit au siège du débiteur, soit au lieu de l'émission des certificats représentatifs, soit au lieu de dépôt, soit au lieu de tenue des registres. Pour les brevets, ils sont considérés comme étant situés dans l'État de l'exploitation ou de celui de l'enregistrement, ou encore dans l'État qui en assure la protection.

699. **Conventions fiscales.** Les conventions fiscales empêchent que les conflits de rattachement génèrent des doubles impositions.

Le modèle OCDE de 1982 contient peu de règles de rattachement. En effet, les biens sont taxables dans l'État du domicile du défunt, sauf pour les biens immobiliers et les biens rattachés à un établissement stable ou à une base fixe.

§ 2 – Élimination des doubles impositions

A – En l'absence de convention fiscale

700. **Doubles impositions.** Chaque État dispose du droit d'imposer dans son intégralité, à défaut de convention fiscale. Il peut en résulter des cas de doubles impositions. Tout d'abord, chacun des États peut considérer le défunt comme étant domicilié sur son territoire et imposer sur une base mondiale. Ensuite, il peut y avoir une discordance sur la qualification des biens, les règles de rattachement ou les dettes à imputer.

Les droits internes de chaque État ont parfois des règles destinées à supprimer les doubles impositions. La France dispose quant à elle effectivement d'un crédit d'impôt en droit interne pour l'impôt étranger.

⁴¹⁴ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 10^e éd. 2014, p. 691, n° 48125.

701. **Imputation des impôts acquittés hors de France.** Le dispositif du crédit d'impôt est défini en droit interne à l'article 784 A du Code général des impôts. L'impôt acquitté hors de France sur les biens meubles et immeubles situés à l'étranger est imputé sur l'impôt exigible en France.

Cette imputation ne peut être effectuée que dans le cadre d'une taxation en France à caractère mondial. Tel sera le cas lorsque le défunt est domicilié en France (CGI, art. 750 ter, 1°). Il en va de même lorsque l'héritier, le légataire est domicilié en France et l'a été six ans au cours des dix années précédentes (CGI, art. 750 ter, 3°).

Seul l'impôt étranger perçu sur les biens situés hors de France peut être imputé sur l'impôt français. Il convient de noter que sont seuls concernés les biens non situés en France selon la loi française. Les impôts étrangers dont il s'agit sont les droits de mutation à titre gratuit acquittés lors du décès, à l'exclusion des pénalités, amendes, intérêts de retard, droits de timbre et de publicité foncière.

L'impôt étranger n'est imputable qu'à concurrence de l'impôt français correspondant aux seuls biens situés hors de France. Cette double limitation n'élimine pas complètement la double imposition.

702. **Formalisme.** Un formulaire spécial n° 2740 est délivré par la recette des impôts des non-résidents. Il est souscrit en double exemplaire. Il est déposé à la recette des impôts auprès de laquelle la déclaration de succession a été déposée. Ce formulaire doit être remis soit lors du paiement des droits, soit à l'appui d'une demande de restitution. Il vaut demande d'imputation.

B - Les conventions internationales en matière d'impôt sur les successions

1°) Liste des conventions fiscales en matière de droits de mutation à titre gratuit

703. **Conventions fiscales internationales relatives aux droits de mutation à titre gratuit.** Les conventions fiscales internationales relatives aux droits de mutation à titre gratuit sont peu nombreuses. La France a conclu une quarantaine de conventions applicables aux droits de succession. Ces conventions sont en principe établies sur le modèle défini par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en 1982 et publié en 1983. Ce modèle n'a pas été modifié depuis. Ces conventions fiscales contiennent des dispositions sur les points suivants : définition du domicile, répartition des biens imposables entre les États, détermination des mécanismes relatifs à l'élimination des doubles impositions, fixation des principes de non-discrimination et des règles d'assistance mutuelle.

Le réseau conventionnel de la France a peu vocation à se moderniser ou se développer compte tenu du fait que le droit interne prévoit un mécanisme de crédit d'impôt.

La liste des conventions fiscales en vigueur en matière de droits de mutation à titre gratuit figure au BOFIP au BOI-ANNX-000306-20151007.

2°) Le rôle des conventions internationales

704. **Risque de double imposition.** Le risque de double imposition peut résulter :

- d'un conflit de domicile fiscal : plusieurs États peuvent considérer que le défunt était domicilié sur son territoire et revendiquer une base mondiale d'imposition ;
- d'un conflit de qualification de biens : par exemple, les parts de sociétés étrangères à prépondérance immobilière sont assimilées en partie par la France à des immeubles ;
- d'un conflit sur le rattachement des biens : par exemple, les valeurs mobilières peuvent être réputées situées au lieu du siège du débiteur (France), ou au lieu de dépôt, ou au lieu des registres, etc.

705. **Imposition à l'étranger.** Des biens peuvent encourir le risque d'être taxés à l'étranger alors qu'ils ne l'auraient pas été par application du droit français. Tel est le cas par exemple des avantages matrimoniaux qui sont exclus des droits de mutation à titre gratuit en France. D'autres pays, au contraire, taxent les biens attribués par l'intermédiaire d'un avantage matrimonial (Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Suisse). L'imposition qui s'en suit dans le pays étranger étant exclusive, il n'y a pas de double imposition à supprimer.

706. **Portée de l'article 750 ter du Code général des impôts.** Les dispositions de l'article 750 ter du Code général des impôts s'appliquent sous réserve des dispositions des conventions internationales.

Il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, en France, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois internes, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

707. **Rôle des conventions.** Les conventions internationales en matière d'impôt sur les successions conclues par la France ont pour rôle de :

- définir la notion de domicile des personnes ;
- répartir le droit d'imposer entre l'État de la source et l'État de résidence et prévoir des dispositions pour éliminer les doubles impositions lorsque les deux États ont concurremment le droit d'imposer ;
- préciser certaines dispositions en matière de non-discrimination et de clauses anti-abus ou relatives au droit de suite.

708. **Champ d'application des conventions.** Les conventions visent les successions des personnes domiciliées au moment de leur décès dans l'un ou les deux États contractants. Elles ont vocation à s'appliquer quelle que soit la personne qui paie ou supporte l'impôt.

Dès lors que le défunt est domicilié sur le territoire d'un État contractant, ce dernier assujettira aux droits de succession l'ensemble de cette succession.

Les conventions fiscales concernant les successions délimitent leur champ d'application en mentionnant les impôts qu'elles entendent viser, à savoir les impôts sur les successions, et en donnant une définition de ces impôts.

À une définition générale des impôts est adjointe une liste énumérant les impôts en vigueur au moment de la signature de la convention de chacun des États contractants auxquels la convention entend s'appliquer.

Toutefois, un impôt non visé expressément par une convention n'est pas nécessairement exclu de son champ. En effet, la convention s'applique également aux impôts de nature identique ou

analogue qui sont établis dans un État contractant après la date de signature de la convention et qui s'ajoutent aux impôts actuels de cet État ou les remplacent.
En règle générale, les États se communiquent les modifications significatives apportées à leur législation fiscale.

3°) Élimination des cas de double résidence

709. **Définition du domicile.** Il faut combiner le principe de primauté avec celui de la subsidiarité des conventions. Dans un premier temps, il faut appliquer le principe général du droit interne lorsque la convention fiscale est établie selon le modèle OCDE. Les critères conventionnels ne peuvent être utilisés que dans un second temps où l'application des droits internes de chacun des États entraîne un conflit de résidence.

Les règles en matière de domicile fiscal pour les droits de mutation à titre gratuit sont identiques à celles applicables pour les revenus et la fortune. L'article 4 du modèle OCDE relatif au domicile fiscal précise ce que l'on doit entendre par « personne domiciliée dans un État contractant ». Il permet ainsi de déterminer les successions visées par la convention, de résoudre les conflits de domicile et de régler les cas de double imposition.

Les conventions fiscales s'appliquent exclusivement aux personnes « domiciliées » dans un État. Ainsi, il faut que la condition de soumission à l'impôt de la succession soit remplie⁴¹⁵. Dès lors, la succession, qui n'est pas assujettie aux droits de mutation à titre gratuit dans l'État de résidence du défunt ou qui n'y est soumise que sur la base des biens situés dans cet État, ne peut bénéficier de la convention fiscale⁴¹⁶.

710. **Critères successifs.** Les conventions fiscales ont pour objectif de supprimer le conflit de domicile et de le fixer dans l'un ou l'autre État par préférence. Les conventions fiscales font prévaloir les situations de fait par rapport à la situation juridique.

Le modèle de convention OCDE de 1982 en matière de successions fait appel aux critères suivants :

- foyer d'habitation permanent (au sens matériel) ;
- liens personnels et économiques les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;
- séjour habituel ;
- nationalité ;
- procédure amiable.

Il s'agit de critères successifs.

4°) Élimination des conflits de qualification de biens

711. **Définition des immeubles.** Afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, les conventions définissent en général les biens immobiliers par référence au droit de l'État où les biens sont situés.

C'est ainsi que, lorsque son partenaire l'accepte, la France insère dans ses conventions une clause prévoyant que les actions, parts ou autres droits dans une société, une fiducie ou toute autre institution ou entité, dont l'actif ou les biens sont constitués pour plus de 50 % de leur valeur ou tirent plus de 50 % de leur valeur – directement ou indirectement par l'interposition d'une ou plusieurs autres sociétés, fiducies, institutions ou entités – de biens immobiliers situés dans un État contractant ou de droits portant sur de tels biens doivent être traités comme des biens immeubles au sens de la convention. La prépondérance immobilière fait l'objet d'une définition, comme en droit interne (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 4), dans certaines conventions

⁴¹⁵ Modèle OCDE, art. 4, 1.

⁴¹⁶ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 10^e éd. 2014.

(Allemagne, Autriche, Cameroun, Congo, États-Unis, Italie, Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre et Miquelon, Suède).

Contrairement à l'article 750 ter, 2°, alinéa 2 du Code général des impôts, les conventions ne définissent pas en principe la notion de détention indirecte des immeubles. La seule exception notable est présente dans la convention franco-allemande du 12 octobre 2006.

712. **Répartition des dettes.** Selon le modèle de la convention OCDE (art. 8), les principes de répartition des dettes selon les suivants :

- le passif afférent à un bien immobilier, à un établissement stable ou à une base fixe doit être déduit de la valeur du bien dans l'État de situation des biens. Tel est également le cas pour les autres biens imposables exclusivement dans l'État de résidence ;

- le passif excédant la valeur d'un bien peut être reporté sur un autre bien dans l'État de situation des biens ;

- si un passif excédentaire demeure dans un État, cet excédent est reporté sur l'autre État ;

- la déduction ne peut être réalisée que si l'autre État n'est pas tenu de déduire la même dette en vertu de sa législation. Ainsi est évitée la double déduction des dettes.

Les conventions ne définissent pas le terme « dettes ». Il convient de se référer à la législation interne de chaque État afin de qualifier une obligation comme une dette déductible.

5°) L'élimination des doubles impositions

713. **Répartition du droit d'imposer.** Les conventions établies selon le modèle OCDE répartissent le droit d'imposer entre les deux États.

Les conventions en matière de droits de succession répartissent en principe les droits d'imposer en fonction des critères suivants :

- lieu du domicile du défunt ;

- lieu de situation des biens.

Conformément à ce principe, les conventions conclues par la France traduisent en général sur le plan conventionnel les dispositions de son droit interne. Ainsi, le critère applicable pour la France est le domicile fiscal et non, par exemple, celui de la citoyenneté⁴¹⁷.

Toutefois, certaines conventions peuvent être amenées à tenir compte de la situation du domicile de l'héritier ou du légataire et ainsi permettre l'imposition de l'ensemble des biens reçus par ce dernier dès lors qu'il satisfait aux conditions de domiciliation dans l'État. En général, les conventions accordent le droit d'imposer les biens immobiliers à l'État dans lequel ces biens sont situés. De la même manière, les biens mobiliers appartenant à un établissement stable, et les navires, bateaux et aéronefs sont imposables au lieu de situation de l'établissement stable ou du siège de direction effective de l'entreprise exploitante.

En principe, les biens autres que ceux visés expressément dans la convention, et quelle qu'en soit la situation, sont imposables exclusivement dans l'État du domicile du défunt.

714. **Situation des héritiers, légataires.** La plupart des conventions ne prennent pas en considération la situation des héritiers, légataires à l'inverse du droit interne (CGI, art. 750 ter, 3°). Par conséquent, la France n'a pas le droit d'imposer les biens situés hors de France, transmis par un défunt non résident à un bénéficiaire résident de France.

Les conventions fiscales ne permettent pas l'application de l'article 750 ter, 3° du Code général des impôts. Une exception demeure toutefois dans la convention franco-allemande.

417 *Rép. min. Valleix, n° 626 : JOAN CR 17 oct. 1988.*

715. **Élimination des doubles impositions.** Les règles prévues en matière d'élimination de la double imposition concernant les successions sont celles retenues en matière d'impôt sur le revenu.

Cette élimination des doubles impositions est réalisée soit avec la méthode de l'exonération, soit avec la méthode de l'imputation.

La méthode de l'exonération consiste, pour chaque État, à imposer certains biens et à exonérer les autres. L'État de situation des biens impose les biens situés sur son territoire. L'État du domicile du défunt impose les autres biens et exonère d'impôt les biens qui sont imposables dans l'État de situation des biens. Cette méthode correspond à la pratique traditionnelle française.

Il y a donc un droit d'imposition exclusif pour chaque État. Généralement la méthode de l'exonération est complétée par la règle du taux effectif. Pour le calcul des droits de succession en France, il est pris en compte l'ensemble des biens imposables selon la législation française. Cette méthode s'applique lorsqu'elle est prévue expressément par la convention. La règle du taux effectif entraîne une double liquidation de l'impôt :

- une première liquidation sur les biens imposables si l'on prenait en compte la législation française (CGI, art. 750 ter), permettant de déterminer le taux moyen d'imposition.

- une seconde liquidation sur les seuls biens taxables en France par application de la convention dans laquelle il sera utilisé le taux moyen d'imposition déterminé préalablement.

La méthode de l'imputation ne permet pas l'exonération dans l'État du domicile du défunt des biens imposables dans l'autre État. L'élimination de la double imposition est réalisée au moyen d'un crédit d'impôt. Il est égal au montant de l'impôt payé à l'étranger. Il est plafonné au montant de l'impôt français correspondant aux biens donnant lieu à imputation.

L'État de situation des biens conserve le droit de taxation des biens situés sur son territoire conformément à la convention. Il peut être, le cas échéant, appliqué la règle du taux effectif.

La méthode de l'imputation n'est pas la plus répandue dans les conventions conclues par la France. Elle correspond néanmoins à la pratique française contemporaine.

716. **Non-discrimination.** La clause de non-discrimination figure à l'article 10 du modèle OCDE. Elle interdit généralement les discriminations basées sur la nationalité. Elle oblige un État à accorder aux héritiers nationaux de l'autre État les exemptions, abattements, déductions et réductions d'impôt qu'il accorde à ses propres nationaux.

Les exonérations de droits de mutation à titre gratuit prévues par le Code général des impôts en faveur de certains organismes constitués en France ne sont susceptibles de s'appliquer à des entités étrangères similaires que si la France et l'État dans lequel ces organismes sont constitués, sont liés par un accord fiscal qui en prévoit le bénéfice, sous réserve de réciprocité.

717. **Procédure amiable.** Les conventions prévoient que les autorités compétentes peuvent se rapprocher pour tenter de parvenir à un accord pour régler les difficultés d'application des conventions tendant à éviter les doubles impositions. Il s'agit d'une procédure bilatérale mettant en relation les deux administrations fiscales en dehors de toute procédure contentieuse juridictionnelle.

§ 3 – Le dépôts de la déclaration de succession

718. **Obligation de la déclaration.** La déclaration de succession est obligatoire⁴¹⁸. Concernant cette obligation de dépôt et le contenu de la déclaration de succession en France, la position de principe de l'administration est pour le moins rigoureuse.

En effet, selon la doctrine administrative, la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès sont effectués au vu d'une déclaration souscrite par les redevables. Par suite, la souscription d'une déclaration est obligatoire dès lors que le montant de la succession est supérieur à 3 000 € pour les transmissions autres qu'en ligne directe et entre époux, même si aucun droit n'est dû⁴¹⁹.

719. **Lieu du dépôt.** La déclaration de succession doit être déposée en France lorsque le défunt avait son domicile fiscal en France. Elle est adressée à la recette des impôts du domicile du *de cuius*.

La déclaration de succession doit également être déposée en France, lorsque le défunt domicilié à l'étranger avait des biens situés en France. Le lieu de décès est indifférent. Dans cette hypothèse la déclaration de succession doit être déposée à la recette des impôts du domicile des non-résidents (TSA 50014, 10 rue du Centre, 93465 Noisy-le-Grand cedex).

720. **Délais.** Les délais de déclaration dépendent du lieu du décès.

La déclaration de succession doit être déposée dans les six mois à compter du décès survenu en France métropolitaine (CGI, art. 641). Le délai pour l'enregistrement de la déclaration de succession est donc de six mois lorsque les héritiers ou les légataires sont domiciliés à l'étranger.

En revanche, la déclaration de succession doit être déposée dans le délai d'une année lorsque le décès du *de cuius* est survenu à l'étranger (CGI, art. 641).

La computation du délai est réalisée à compter du jour du décès.

721. **Contenu de la déclaration.** En outre, la déclaration doit comprendre les biens situés à l'étranger, même s'ils sont non imposables en France en vertu d'une convention fiscale.

Ainsi, pour l'administration, « la déclaration de succession doit indiquer la totalité des biens laissés par le défunt même si ces biens ne sont pas soumis à l'impôt en France en application d'une convention internationale »⁴²⁰.

De même, l'administration fiscale a également considéré, en ce qui concerne les incidences des conventions internationales et notamment la règle du taux effectif, qu'en raison de la portée générale des articles 800 (obligation de déclaration) et 802 (affirmation de sincérité) du Code général des impôts, la déclaration de succession doit en principe indiquer la totalité des biens laissés par le défunt, même si ces biens ne sont pas soumis à l'impôt en France en application d'une convention internationale⁴²¹.

Pour autant, il ne paraît pas abusif de considérer que l'obligation fiscale est limitée au champ de la territorialité de l'impôt français au sens de l'article 750 ter du Code général des impôts, mais abstraction faite des conventions. Dans l'absolu, il serait absurde de prétendre que tout décès devrait entraîner une obligation déclarative si, par hypothèse, le défunt et les héritiers sont non-résidents et qu'aucun actif n'est imposable en France.

En pratique, l'obligation déclarative résultant de l'article 750 ter 2 ou 3 du Code général des impôts recouperait seulement les actifs qui sont retenus pour l'assiette du taux effectif.

⁴¹⁸ CGI, art. 800.

⁴¹⁹ BOI-ENR-DMTG-10-60-10, n° 20.

⁴²⁰ BOI-ENR-DMTG-10-60-10, n° 30.

⁴²¹ BOI-ENR-DMTG-10-50-70, n° 140 reprenant Doc. adm. DGI 7 G-247, n° b17, 20 déc. 1996.

Or, en l'application de l'article 750 ter 3° du Code général des impôts, en présence de légataires résidents fiscaux français depuis au moins six ans au cours des dix dernières années, tous les biens meubles et immeubles situés en France ou hors de France sont imposables en France. Ces biens sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français selon la règle du taux effectif lorsque des biens sont imposables en France selon la convention. La règle du taux effectif ne joue pas lorsqu'aucun actif n'est taxable en France.

Il est conseillé de déposer une déclaration purement formelle indiquant les biens meubles situés à l'étranger recueillis par l'héritier résident fiscal français alors même qu'aucun droit n'est dû en France. En pratique, une telle déclaration est utilisée pour le contrôle du paiement de l'impôt successoral. Elle peut servir également à justifier les capitaux ainsi recueillis par voie successorale, étant précisé toutefois que cette déclaration est insuffisante et suppose d'établir la réalité de la transmission à l'étranger.

722. **Donations antérieures.** La déclaration de succession doit indiquer les donations antérieurement consenties aux successibles (CGI, art. 784).

§ 4 - Le droit de partage

723. **Acte de partage.** Le droit de partage est dû sur toutes les valeurs partagées, y compris les biens étrangers, car il ne s'agit pas d'un droit frappant une mutation, le partage étant considéré en droit français comme un acte déclaratif⁴²².

724. **Partage de liquidités à l'étranger.** Si le partage portant sur des liquidités est réalisé à l'étranger et qu'il ne porte pas sur des biens meubles et immeubles situés en France, ou uniquement sur des immeubles sis en France, conformément à l'article 635, 1-7° du Code général des impôts, il n'aura pas besoin d'être enregistré en France et donc soumis au droit de partage en France.

Bien entendu, ce partage réalisé à l'étranger ne devra également pas être relaté dans un acte rédigé en France, car sinon le droit de partage serait dû.

725. **Partage de liquidités en France.** En revanche, le partage des liquidités à l'étranger entre les héritiers et/ou les légataires et/ou le conjoint survivant par acte authentique en France rendra exigible en France le droit de partage.

Le droit de partage frappe toutes les valeurs partagées, même les biens étrangers ou situés dans les territoires d'outre-mer.

⁴²² BOI-ENR-AG-10-10, n° 160.

Section IV – La fiscalité des donations internationales

726. **Principes.** La fiscalité des donations est semblable à celle des successions. Les donations sont soumises aux droits de donation alors que les successions sont taxées au titre des droits de succession. Les droits de donation comme les droits de succession rentrent dans la catégorie des droits de mutation à titre gratuit.

L'étude des droits de donation peut se faire largement à travers celle des droits de succession en substituant le mot « donateur » à celui de « défunt ». Nous renverrons pour l'essentiel le lecteur à la précédente section.

§ 1 – Les règles de droit interne français de territorialité des droits de donation (article 750 ter du CGI)

727. **Droit interne.** Au niveau du droit fiscal, les donations sont en principe soumises aux mêmes règles que celles applicables aux successions. En vertu de l'article 750 ter du Code général des impôts, la donation sera taxable en France, dans les hypothèses suivantes :

- lorsque le donateur a son domicile fiscal en France (CGI, art. 750 ter, 1^{er}) ;
- lorsque le donataire a été domicilié en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années (CGI, art. 750 ter, 2^o) ;
- lorsqu'elle porte sur des biens français ou situés en France, quand bien même le donateur et le donataire ne sont pas résidents de France (CGI, art. 750 ter, 3^o).

728. **Lieu de régularisation de l'acte.** Le lieu de passation de l'acte de donation n'est pas un critère de territorialité des droits de donation.

Ainsi, une donation régularisée par-devant un notaire français n'est soumise aux droits de donation français que si les conditions de l'article 750 ter du Code général des impôts sont remplies ou si une convention fiscale attribue à la France le droit d'imposer. Toutefois, l'acte de donation reçu en France peut présenter un intérêt stratégique, notamment lorsque l'enregistrement n'est pas envisagé dans le pays du donateur (par exemple : dons manuels en Belgique ou en Angleterre). Il peut présenter également un intérêt si la succession du donateur peut être taxée en France. Dans ce cas, le rappel fiscal prévu par l'article 784 du Code général des impôts oblige la démonstration du caractère non taxable de la précédente donation. La preuve pourra être rapportée au moyen de l'enregistrement de l'acte de donation précédemment passé en France.

729. Si une donation est passée à l'étranger, elle peut être taxable en France dès lors que les conditions de l'article 750 ter du Code général des impôts sont remplies ou si la convention fiscale applicable attribue le droit d'imposition à la France. Les actes de donation de biens imposables en France doivent être soumis à la formalité de l'enregistrement en France. L'acte dont il s'agit ne sera pas nécessairement un acte notarié. Quelle que soit la nature du support, l'acte devra être présenté à l'enregistrement dans le délai à trois mois :

- à la recette des impôts du domicile du donateur si celui-ci est domicilié en France ;
- à la recette des impôts des non-résidents lorsque le donateur est domicilié hors de France.

En cas de retard dans la présentation de l'acte étranger au service de l'enregistrement, les intérêts de retard seront dus dans les conditions du droit interne français de droit commun.

730. **Dons manuels.** Les dons manuels qui font l'objet d'une révélation et qui sont imposables en France doivent faire l'objet de la formalité d'enregistrement au moyen de l'imprimé n° 2735 :

- au service des impôts du domicile du donataire s'il est domicilié en France ;
- au service des impôts des non-résidents dans le cas contraire.

S'agissant d'une donation en numéraire par acte sous seing privé passé à l'étranger, il a été jugé que le fait générateur est la rédaction de l'acte et non sa révélation⁴²³.

731. **Dons aux institutions d'un autre État.** Dans le cadre des dossiers patrimoniaux internationaux, il n'est pas rare de voir des dons et des legs faits par un résident d'un État au profit d'institutions d'un autre État.

Il existe en droit interne plusieurs régimes. Tout d'abord, les dons et legs faits au profit de certains établissements d'intérêt général à des fins culturelles, artistiques, charitables, scientifiques, d'éducation, d'assistance ou de bienfaisance, sont exonérés (CGI, art. 794 et 795)⁴²⁴.

Ensuite, les dons et legs consentis à des établissements publics ou d'utilité publique non exonérés, sont assujettis au tarif des droits de mutation à titre gratuit prévu entre frères et sœurs (CGI, art. 777).

Enfin, toutes les autres libéralités sont soumises au tarif entre non-parents.

Certaines conventions ou accords contiennent des exonérations des droits de mutation à titre gratuit au profit des collectivités publiques ou institutions.

732. **Contournement des règles de territorialité.** Parmi les montages abusifs publiés par l'administration, figure celui du contournement des règles de territorialité des droits de mutation à titre gratuit. L'administration rappelle que lorsque le donateur a son domicile fiscal en France au jour de la mutation, tous les biens transmis à titre gratuit sont imposables en France, sans qu'il y ait à distinguer selon que l'acte est passé en France ou à l'étranger, quels que soient la nature (mobilière ou immobilière) et le lieu de situation des biens transmis, et quelle que soit la résidence du donataire. Lorsque le donateur n'a pas son domicile fiscal en France, les donations de titres de sociétés françaises sont soumises aux droits de mutation à titre gratuit en France sous certaines conditions et sous réserve des conventions internationales. En revanche, les donations de titres de sociétés étrangères entre non-résidents ne sont pas soumises aux droits de mutation à titre gratuit en France.

Le montage en cause consiste, après expatriation, à « délocaliser » les titres objets de la donation en créant plusieurs niveaux de sociétés interposées situées à l'étranger et sans réelle activité économique, dans le but de soustraire la transmission réalisée aux droits de mutation à titre gratuit en France. En définitive, la donation de titres de sociétés étrangères à l'actif desquelles sont inscrits les titres de la société française, *via* des apports successifs entre ces structures « écran », a pour unique finalité de transmettre les titres de ladite société française.

L'administration tire les conséquences du caractère artificiel du montage en mettant en œuvre la procédure de l'abus de droit visée à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales afin d'écartier les opérations d'apports réelles mais non sincères et de soumettre la donation aux droits de mutation à titre gratuit exigibles en France. Les rappels d'impôt sont passibles de l'intérêt de retard et de la majoration au taux de 80 ou 40 % selon le cas, prévue respectivement aux a et b de l'article 1729 du Code général des impôts.

423 CA Rouen, 1^{re} ch., 23 nov. 2005, n° 04-2040 : Dr. fisc. 2006, n° 15, comm. 331.

424 BOI-ENR-DMTG-10-20-20, n° 520.

§ 2 – Les conventions internationales

733. **Conventions internationales.** Les conventions fiscales internationales relatives aux droits de donations sont en nombre réduit. La France a, en effet, conclu seulement neuf conventions applicables aux droits de donation. Ces conventions sont en principe établies sur le modèle défini par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en 1982 et publié en 1983. Ce modèle n'a pas été modifié depuis.

S'agissant de l'application d'une convention portant sur les droits de donation, il convient en tout premier lieu de se référer à son titre. Lorsque la convention fait référence aux « droits de succession » ou aux « impôts qui font l'objet de la présente convention sont (...) pour la France, les impôts perçus à cause de mort » ou « les droits de mutation par décès », elle n'est pas applicable en matière de droits de donation. Si la convention fiscale vise les « droits d'enregistrement », les « droits de mutation à titre gratuit » ou encore les « droits sur les successions et sur les donations » ou « droits de succession ou de donation », elle a un champ d'application sans ambiguïté et s'applique en conséquence en matière de droits de donation.

§ 3 – Exonération partielle au titre de la transmission des parts ou actions de société ayant une activité agricole, industrielle, commerciale, artisanale ou libérale

734. **Sociétés étrangères.** Selon l'administration, ce dispositif est applicable aux sociétés étrangères⁴²⁵. Le régime de faveur s'applique aux sociétés étrangères qui peuvent bénéficier du dispositif dès lors que les conditions définies par l'article 787 B du Code général des impôts sont remplies.

Les conditions d'application sont identiques tant pour les sociétés françaises que pour les sociétés étrangères. Les sociétés étrangères doivent, au même titre que les sociétés françaises, remplir les conditions de l'article 787 du Code général des impôts⁴²⁶.

735. **Entreprises individuelles étrangères.** L'administration n'a pas apporté la même extension du régime de faveur aux transmissions à titre gratuit des entreprises individuelles.

Section V - Coordination des règles fiscales avec le droit international privé

736. **Coordination fiscal-civile.** Il ne peut y avoir de planification successorale internationale réussie sans la prise en compte du droit patrimonial international. Le meilleur des schémas d'optimisation fiscale pourrait le cas échéant échouer en l'absence d'une parfaite structuration matrimonial et successorale.

En même temps que la stratégie fiscale est dessinée il faut définir les règles applicables au régime matrimonial, au divorce éventuel, aux libéralités passées et futures ainsi qu'à la succession. Bien que le droit fiscal international soit parfaitement autonome avec le droit patrimonial international, la construction de la planification patrimoniale internationale nécessite l'établissement des stratégies fiscales et juridiques de manière symétrique et coordonnées.

Sur le plan pratique, nous constatons que les fiscalistes et patrimonialistes français travaillent de concert avec leurs homologues étrangers. Après avoir défini ensemble les objectifs avec le client, les fiscalistes et patrimonialistes français travaillent chacun de leurs côtés pour construire leurs pistes de réflexions afin de présenter leurs stratégies. Puis, ils se réunissent pour

⁴²⁵ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, n° 30.

⁴²⁶ Rép. min. Bobe, n° 103615 : JOAN Q 31 oct. 2006, p. 11334.

harmoniser leurs solutions en droit interne. Ensuite, les préconisations sont analysées, débattues et mises en œuvre en concertation avec les fiscalistes et patrimonialistes étrangers.

§ 1 – L’audit matrimonial dans un contexte international

A – Loi applicable et détermination du régime matrimonial

737. **Audit.** La structuration patrimoniale dans un contexte international nécessite tout d’abord l’audit du régime matrimonial. Il convient en effet de déterminer la loi applicable au régime matrimonial avant de déterminer la nature du régime applicable.

738. **Loi applicable avant le 1^{er} septembre 1992.** La détermination de la loi applicable suppose en premier lieu de regarder la date de mariage du couple. S’ils sont mariés avant le 1^{er} septembre 1992, les règles alors applicables sont celles du droit international privé de droit commun.

739. **Loi applicable après le 1^{er} septembre 1992.** En revanche, lorsqu’ils sont mariés après le 1^{er} septembre 1992, c’est la Convention de La Haye du 14 mars 1978 qui a vocation à s’appliquer.

740. Cette convention qui a consacré le principe de l’autonomie de la volonté prévoit que le régime matrimonial des époux sera soumis à la loi choisie par eux au jour du mariage (article 3). Ne peuvent désigner que l’une des lois suivantes :

- Loi de l’État dont l’un des futurs époux a la nationalité ;
- Loi de l’État sur le territoire duquel l’un des futurs époux a sa résidence habituelle ;
- Loi du premier État sur le territoire duquel l’un des époux établira sa nouvelle résidence habituelle après mariage ;
- Indépendamment, pour les immeubles (tous ou certains, présents ou à venir). Il est donc possible de choisir la loi du lieu de leur situation. L’unité de la loi successorale est ainsi écartée.

S’agissant de la forme de la désignation, la convention dispose dans son article 11 que la désignation de loi applicable doit faire l’objet d’une stipulation expresse ou résulter indéniablement des dispositions d’un contrat de mariage.

Selon l’article 12, le contrat de mariage sera valable quant à la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat est passé (l’acte sous-seing privé peut donc être utilisé dans certains pays tels que par exemple aux États Unis ou au Danemark). Il doit toujours faire l’objet d’un écrit daté et signé des deux époux.

La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation (article 13).

En l’absence de choix de Loi, la Convention (art. 4) détermine la loi applicable en fonction de trois critères :

- la loi de l’Etat sur le territoire duquel les époux auront établi leur première résidence habituelle après le mariage ;
- à défaut, la loi nationale commune ;
- à défaut la loi interne de l’Etat avec lequel ils présentent les liens les plus étroits (intérêts pécuniaires, comptes bancaires, biens immobiliers...).

741. **Mutabilité automatique.** La Convention comprend un véritable piège en pratique dans son article 7. En effet, il contient une règle de mutabilité automatique du régime matrimonial. Cette règle concerne les époux mariés après le 1^{er} septembre 1992 qui n'ont pas désigné clairement la loi applicable à leur régime matrimonial. Il existe trois cas de mutabilité automatique.

La première hypothèse de mutabilité automatique est celle de la convergence de résidence-nationalité. Lorsque des époux de même nationalité se sont mariés dans un pays différent de celui de leur nationalité et qu'ils viennent habiter ensuite dans celui-ci, leur régime matrimonial initial se voit remplacer par celui applicable dans le pays de leur nationalité.

Le second cas de mutabilité automatique résulte de la résidence habituelle de plus de 10 ans dans un pays différent de celui où les époux se sont mariés.

Le troisième cas de mutabilité automatique est de la résidence habituelle des époux ayant la même nationalité alors qu'ils ne résidaient pas ensemble lors de leur union.

Cette mutabilité n'a pas d'effet rétroactif de telle sorte que la seconde loi s'applique de manière successive à la première. Il est donc nécessaire dans le cadre d'une planification patrimoniale de procéder à la liquidation du régime matrimonial d'origine.

742. **Déclaration de loi applicable.** Les époux peuvent décider de désigner une nouvelle loi applicable à leur régime matrimonial (article 6 de la Convention).

La faculté est ouverte à tous les époux mariés avant ou après le 1^{er} septembre 1992, avec ou sans contrat de mariage.

Cette déclaration ne nécessitera pas d'homologation judiciaire, même si les enfants sont mineurs.

Elle peut être signée à n'importe quel moment de la vie des époux.

A l'inverse de la mutabilité automatique, cette désignation pourra avoir un effet rétroactif.

Les lois susceptibles d'être choisies (art. 6) sont la loi de l'État dont l'un des époux a la nationalité ou la loi de l'État sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle. Pour tout ou partie des immeubles présents ou à venir, il est possible de choisir la loi du lieu de leur situation.

B – Le nouveau règlement européen « Régimes matrimoniaux »

743. **Présentation.** Le règlement est applicable aux régimes matrimoniaux (article 1), lesquels doivent avoir une « incidence transfrontalière » (consid.14) résultant de la nationalité d'un des époux, de leur résidence ou de leur domicile commun ou séparé, ou encore de la localisation de leurs biens (consid.18).

Le règlement distingue comme la Convention de La Haye le choix de la loi applicable (article 22) et la loi applicable à défaut de choix (article 26).

Au même titre que la Convention de La Haye, le choix est offert entre les mêmes lois, Loi nationale et Loi de résidence habituelle d'un des époux au moment de la conclusion de la convention.

L'article 21 consacre le principe d'unité de la loi applicable. Il n'est plus possible de soumettre les immeubles matrimoniaux à la *lex rei sitae*.

744. **Moment du choix de loi.** Le choix peut être opéré avant le mariage, pendant la célébration ou quelques temps après, ou pendant le mariage (consid.45).

745. **Forme du choix.** Selon l'article 24, l'electio juris doit faire l'objet d'un écrit, daté et signé par les deux époux (y compris sous la forme électronique).

Ils doivent respecter les « règles formelles supplémentaires » prévues par la loi de la résidence habituelle soit des deux époux, soit de l'un d'entre eux.

L'article 25 soumet le consentement et la validité au fond de la clause d'electio juris à la loi du régime matrimonial, dans des conditions identiques à ce que prévoient les règlements « Rome I » et « Rome III ».

746. **Défaut de choix.** À défaut de choix, le règlement instaure des rattachements en cascade :

Loi de la première résidence commune des époux après la célébration du mariage,

- Ou à défaut, loi de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage,

- Ou à défaut, loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage compte tenu de toutes les circonstances.

747. **Changement de loi applicable.** Le règlement ne reconnaît qu'un seul moyen pour changer de loi applicable au régime matrimonial : le changement volontaire.

Les changements automatiques existant sous l'empire de la Convention de La Haye disparaissent.

Le règlement prévoit deux types de changements volontaires :

- Changement volontaire fondé sur l'accord conjoint des époux ;

- Changement volontaire sur demande unilatérale d'un des époux en l'absence de choix de loi préalable.

748. **Changement volontaire fondé sur l'accord conjoint des époux.** Les époux peuvent décider d'un commun accord de changer de loi applicable (article 22).

- Le choix est identique à celui initial :

- Loi de résidence habituelle

- Loi de nationalité de l'un des époux au moment où le choix est exercé

Sauf convention contraire, ce changement de loi applicable n'opère que pour l'avenir. En cas de rétroactivité, elle n'a aucun effet à l'égard des tiers.

Tout changement volontaire de la loi applicable qui interviendra après le 29 janvier 2019 sera soumis aux dispositions du nouveau règlement, même si les époux se sont mariés avant cette date (article 69-3).

749. **Changement volontaire sur demande unilatérale d'un des époux en l'absence de choix de loi préalable.** En l'absence de tout choix de loi initial, l'un des époux peut demander à l'autorité judiciaire compétente d'appliquer la loi de dernière résidence habituelle à leur régime matrimonial, en lieu et place de leur première résidence commune déclarée en principe compétente par l'article 26-1 (article 26-3).

Il faut que les époux aient résidé dans cet État « pendant une période significativement plus longue » que dans l'État de leur première résidence habituelle.

§ 2 - En ce qui concerne le divorce international

750. **Coordination globale de la loi applicable.** Les règlements « matrimoniaux », « successions » et le règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 dit « Rome III » qui consacrent le principe de l'autonomie de la volonté, permettent de choisir la loi applicable à sa planification matrimoniale et successorale dans un contexte international. Une personne pourra aujourd'hui choisir une loi unique pour la liquidation de son régime matrimonial en cas de divorce ou de décès.

Les conditions de fond et de forme des clauses d'electio juris étant différentes dans les règlements, une vigilance existe sur ce point.

En cas de double nationalité, il conviendra également d'être prudent car les règlements ne donnent pas les mêmes réponses.

Le régime matrimonial et le divorce peuvent être soumis à la même loi, car les règlements autorisent le choix en faveur de la loi nationale d'un des époux ou de la loi de la résidence habituelle de l'un d'entre eux au jour de la conclusion de la clause d'electio juris.

751. **Champ d'application.** Le règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps prévoit dans son article 4 qu'il s'applique même si la loi n'est pas celle d'un État membre participant.

Ce règlement s'applique dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps.

Il ne s'applique pas aux domaines ci-après :

- La capacité juridique des personnes physiques ;
- L'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ;
- L'annulation d'un mariage ;
- Le nom des époux ;
- Les effets patrimoniaux du mariage ;
- La responsabilité parentale ;
- Les obligations alimentaires ;
- Les trusts et successions.

752. **Défaut de choix de loi.** A défaut de choix conformément à l'article 5 du règlement, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État (article 8) :

- De la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou à défaut,
 - De la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou à défaut,
 - De la nationalité des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou à défaut,
 - Dont la juridiction est saisie.

753. Les époux peuvent désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps à condition qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes (article 5) :

- La loi de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ;
- La loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;
- La loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ;
- De la loi du for.

754. La convention de choix de loi est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. En France ce choix est bien évidemment formulé au sein du contrat de mariage reçu par acte authentique.

§ 3 – La planification successorale au niveau civil

A – La loi applicable à la succession

755. **Stratégie.** Au-delà de l'aspect fiscal, le traitement d'un dossier de planification patrimonial nécessite d'étudier la loi applicable à la succession. Là aussi, comme en matière fiscale, il convient de faire une étude des droits civils applicables. Selon les objectifs du client (protection plus ou moins importante du conjoint survivant, transmission inégalitaire de sa succession aux enfants, utilisation du trust), il y aura un intérêt pour lui de choisir l'une ou l'autre des lois potentiellement applicables à sa succession.

Le choix des règles de liquidation applicables au règlement de la succession est tout aussi important que le choix de son régime fiscal. L'un ne va pas sans l'autre. Le droit successoral et le droit fiscal patrimonial sont fortement imbriqués pour la construction de la planification successoral.

Le choix de la loi civile applicable à la succession est d'autant plus important que l'on se situe dans un contexte où il s'agit de contourner la réserve héréditaire. A cet égard, il convient de souligner que la Cour d'appel de Paris⁴²⁷ a récemment précisé que si la réserve « est en droit interne un principe ancien mais aussi...actuel et important, ... elle ne constitue par un principe essentiel... qui imposerait qu'il soit protégé par l'ordre public international français de l'application de dispositions étrangères qui le méconnaissent ». Cet arrêt confirme que la réserve héréditaire qui est indiscutablement d'ordre public en droit interne français, ne l'est pas dans l'ordre public international français.

Cette décision va dans le sens de la liberté du testateur plutôt que vers la protection des héritiers

⁴²⁷ CA, Paris, pôle 3, 1^{ère} ch., 11 mai 2016, n°14/26247 : JurisData n°2016-0009541

756. **Champ d'application.** Le règlement européen (UE) n°650/2012 du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et à l'acceptation et l'exécution des actes authentiques a été publié le 27 juillet 2012. Il est entré en application le 17 août 2015 dans les Etats membres de l'Union Européenne. Le règlement se substitue à notre ancienne règle de conflit de loi en matière de succession. Il présente un caractère universaliste (article 20).

757. **Défaut de choix de loi.** Le règlement a retenu le principe de l'unité successorale. La loi applicable à l'ensemble de la succession est la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès (article 21-1).

L'article 21 du règlement ne définit pas la notion de résidence habituelle.

La notion de résidence habituelle est déterminée au considérant 23 du Préambule par référence aux principes énoncés par la jurisprudence de la CJUE et aux « circonstances de la vie du défunt » dans une évaluation d'ensemble, relativement « à la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence ».

La résidence habituelle devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné.

Une clause de sauvegarde écarte la loi de la résidence habituelle et prévoit l'application de la loi avec laquelle le défunt avait des liens manifestement plus étroits (article 21 §2).

Cette loi s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre (article 20).

758. **Choix de loi.** L'intéressé a le droit de désigner la loi applicable à sa future succession (article 22 § 1).

Le choix est toutefois limité : il ne pourra désigner que la loi de sa nationalité au moment de son choix ou au moment de son décès.

S'il a plusieurs nationalités, il pourra choisir la loi de tout État dont il possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

Cette *professio juris* est faite expressément. Elle est contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort (article 22 § 2).

Ce choix peut être effectué dans un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral.

Le règlement exclu que la *professio juris* puisse être partielle.

La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de la loi est effectué est régie par la loi choisie (article 22 § 3).

La loi désignée par le règlement s'applique à la totalité de la succession à partir de son ouverture jusqu'à la transmission définitive aux ayants droits.

B – Le testament

759. **Stratégie.** Le testament joue un rôle essentiel dans le cadre de la planification successorale. C'est en effet l'instrument juridique qui est généralement utilisé pour effectuer son choix de loi en matière successorale. Au surplus, il va contenir les dispositions de dernières volontés qui formaliseront la stratégie retenue.

Il faut donc être vigilant sur la validité formelle du testament dans le cadre d'une planification successorale internationale. Dans ce contexte, il faut également veiller à sa conservation et à la possibilité pour le juriste chargé de la succession d'en retrouver la trace.

760. **Règles de conflits.** La convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des testaments contient les règles de conflits en la matière. Un testament est valable en la forme lorsqu'il est conforme avec l'une des lois internes suivantes (article 1) :

- loi du lieu où le testateur a disposé ;
- loi d'un pays dont le testateur a la nationalité, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ;
- loi du lieu dans lequel le testateur a son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ;
- loi du lieu où le testateur a sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ;
- pour les immeubles, la loi de leur lieu de situation.

761. **Inscription du testament.** La convention de Bâle du 16 mai 1972 a créé au niveau international, un régime matériel uniforme d'inscriptions des testaments.

La nationalité ou la résidence du testateur n'est pas une condition d'inscription du testament (article 6, 1 de la convention).

Le réseau européen des registres de testaments (ARERT) assure l'interconnexion entre les différents registres testamentaires nationaux et permet leur interrogation.

762. **Testament international.** La convention de Washington du 26 octobre 1973 a créé une nouvelle forme de testament dénommé testament international. Il s'ajoute aux formes existantes des droits internes.

Il s'agit d'un testament empruntant à la fois les aspects du testament olographe et ceux du testament mystique. Le testament doit être écrit, sans pour autant être écrit de la main du testateur. Il peut être écrit dans n'importe quelle langue, à la main ou mécaniquement.

Le testateur doit déclarer en présence de deux témoins et d'une personne habilitée à instrumenter que le document est son testament et qu'il en connaît le contenu.

Les conditions pour être témoin sont fixées par la loi en vertu de laquelle la personne habilitée a été désignée.

La qualité d'étranger ne constitue pas un obstacle pour être témoin d'un testament international.

C – Donation entre époux et pactes successoraux

763. **Donation entre époux.** La donation entre époux connaît des difficultés de validité dans un contexte international. Les donations entre époux sont en effet interdites dans plusieurs pays ou inconnues dans d'autres.

Le rattachement de la donation entre époux est incertain en jurisprudence. Elle peut effectivement se rattacher au régime matrimonial, aux effets du mariage ou à la loi successorale. La donation de biens à venir immobilière est soumise à la loi successorale (loi du lieu de situation du bien).

La donation de biens à venir mobilière est soumise à la loi successorale (loi du dernier domicile), soit à la loi des effets du mariage (loi nationale commune, à défaut du domicile).

Dès lors qu'il existe un doute sur la validité de la donation entre époux, il est conseillé d'utiliser le testament.

764. **Pactes successoraux.** Le Règlement définit le pacte successoral à l'article 3-b. Il s'agit d'«un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties au pacte ».

Ainsi, constituent des pactes successoraux : les testaments conjonctifs ou mutuels, les pactes successoraux suisses ou germaniques, les donations entre époux de biens à venir, les donations-partages et testaments partages, la renonciation anticipée à l'action en réduction.

La forme du pacte successoral obéit aux mêmes règles de forme que les autres dispositions à cause de mort (article 27).

S'agissant du pacte concernant la succession d'une seule personne, il est soumis à la loi qui aurait été applicable à sa succession si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu (article 25).

En ce qui concerne le pacte portant sur la succession de plusieurs personnes, celui-ci est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu (article 25).

La loi qui entretient les liens les plus étroits avec le pacte s'applique pour les questions relatives à sa validité et ses effets.

Le pacte concernant la succession d'une seule personne ou de plusieurs personnes peut être soumis à la loi désignée par une *professio juris* (article 25).

D – Donations internationales

765. **Stratégie.** La donation est utilisée en pratique comme le vecteur civil de l'optimisation fiscale et en particulier des droits de mutation à titre gratuit. Dans leur mise en place, le notaire français ou étranger qui établit l'acte doit aller au-delà de la simple formalisation de l'acte de donation. Il doit s'interroger tout d'abord sur la validité formelle de son acte et le cas échéant de son efficacité en droit étranger. Ensuite, il doit être capable de déterminer les conséquences de cet acte de donation lors du règlement de la succession du donateur. Il lui appartient alors de synchroniser la loi applicable à la donation avec la loi civile pour éviter que les effets de la donation soient amoindris voire anéantis lors de la succession.

Dans la pratique, le notaire ayant la responsabilité d'un dossier de planification successorale, doit intervenir aux côtés d'un correspondant étranger. Avec ce celui-ci, il sera établi un audit comparatif des droits en présence afin de s'assurer de la cohérence de la donation avec la loi successorale.

Il conviendra de s'assurer des effets de la donation du vivant du donateur mais également lors de son décès.

766. **Réserve.** La Cour précise que si la réserve « est en droit interne un principe ancien mais aussi...actuel et important, ... elle n'e constitue par un principe essentiel... qui imposerait qu'il soit protégé par l'ordre public international français de l'application de dispositions étrangères qui le méconnaissent ».

Cet arrêt confirme que la réserve héréditaire qui est indiscutablement d'ordre public en droit interne français, ne l'est pas dans l'ordre public international français.

Cette décision va dans le sens de la liberté du donateur plutôt que vers la protection des héritiers.

767. **Autonomie du droit fiscal.** Le droit fiscal est autonome par rapport au droit civil. Il n'y a pas obligatoirement adéquation entre la loi civile et la loi fiscale applicables à la donation internationale.

Dans un cadre international il faut étudier les règles fiscales applicables aux donations mais aussi regarder quels vont être ses impacts fiscaux lors du règlement fiscal de la succession.

1°) La loi applicable à la forme des donations internationales

768. **Droit commun.** La validité formelle est appréciée par application du droit commun pour les donations conclues avant le 1er avril 1991

En ce qui concerne la forme, la règle *Locus regit actum* permet de choisir la loi du lieu de conclusion de l'acte.

Il en résulte que la donation doit prendre la forme de la loi du lieu où elles ont été établies.

Une donation authentique établie en France pourra être valablement réalisée sur des immeubles étrangers.

Parallèlement, une donation faite à l'étranger sous-seing privé devra être considérée comme valable dès lors que la loi du lieu où elle a été passée ne prévoit pas la forme authentique.

La règle *Locus regit actum* n'est pas impérative et offre un choix alternatif entre :

La loi locale ;

- La loi applicable au fond ;
- La loi nationale commune des parties.
- Si les parties veulent échapper au rattachement de principe à la loi du lieu de rédaction, elles doivent manifester leur volonté dans l'acte.

769. **Droit conventionnel.** La convention de Rome du 19 juin 1980 est applicable aux donations conclues entre le 1^{er} avril 1991 et le 17 décembre 2009

L'article 9.1 prévoit qu' « *un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de formes de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu* ».

La validité formelle de la donation s'apprécie donc au regard :

- soit des règles de formes de la loi du pays où elle a été établie,
- soit des règles qui la régisse au fond.

L'article 9.6 de la Convention prévoit que « *tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond* ».

770. **Droit européen.** Depuis le 17 décembre 2009 les donations sont régies par le Règlement européen « Rome I » (Règlement CE n°593/2008 du Parlement et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles »

L'article 11.1 dispose : « *un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu* ».

En conséquence, une donation est valable lorsqu'elle respecte les formes de la loi du pays où elle est régularisée ou celles de la loi qui la régit au fond.

771. Pour les donations immobilières, l'article 11.5 du règlement dispose :

« *Tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier (...) est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi :*

Ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et

Il ne peut être dérogé à ces règles par accord »

Il convient de respecter les lois de police de situation de l'immeuble.

772. **Solennités.** La loi applicable à la forme de la donation précise en principe les solennités éventuellement requises.

Une donation réalisée en France, devra être reçue par un Notaire conformément à l'article 931 du Code civil, alors même qu'elle a pour objet des biens situés à l'étranger. Parallèlement, une donation établie à l'étranger par acte sous-seing privé en vertu des prescriptions légale locales, sera valable en la forme alors même que la loi applicable au fond serait la loi française.

773. **L'acceptation de la donation.** L'article 932 du Code civil dispose que :

« *La donation entre vifs n'engage le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.*

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ».

L'acceptation d'une donation en ces formes prescrites par l'article 932 du Code civil, est nécessaire uniquement pour les donations reçues en la forme authentique.

774. L'acceptation de la donation par acte authentique a été rattachée à la loi du fond dans l'arrêt Prince Ibrahim Hilmy (Cass. Req. 15 mars 1933). La Cour de cassation avait rattaché, dans le cadre d'une donation faite par le mari à sa femme, l'acceptation du donataire à la loi personnelle des époux.

Ce rattachement, se justifie par le fait que l'acceptation de la donation est une manifestation du consentement du donataire au contrat. Or, ce consentement constitue une condition de fond du contrat.

En outre, il permet de s'assurer de la qualité du consentement du donataire ainsi que de sa protection et de celle de ses héritiers.

775. **Publicité foncière.** L'article 939 du Code civil dispose :

« *lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la publication des actes contenant la donation l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu*

lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés »

L'article 939 du Code civil s'applique dès lors que la donation a pour objet un immeuble français indépendamment du lieu de conclusion de l'acte.

Comment procéder aux formalités de publicité foncière en France lorsque l'acte de donation a été réalisée à l'étranger ?

L'article 710-1 du Code Civil dispose que *« tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative »*.

Le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un acte sous seing privé, contresigné ou non, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne peut donner lieu aux formalités de publicité foncière.

776. Lorsque l'acte de donation passé à l'étranger a été passé en la forme authentique, il ne pourra être publié en France. Afin de remplir les conditions de l'article 710-1 du Code civil, la donation devra alors être :

- réitérée dans une acte authentique reçu par devant un Notaire français ou
- déposée au rang des minutes d'un Notaire français pour les besoins de sa conservation.

Ensuite, le Notaire établira une attestation immobilière authentique qu'il publiera au service de la publicité foncière.

Lorsqu'un Notaire français a reçu un acte de donation portant sur des biens immobiliers à l'étranger, il devra établir une copie authentique qu'il adressera à un Confrère étranger, ou à une personne compétente dans l'État du lieu de situation de l'immeuble.

Il devra le cas échéant procéder aux formalités d'apostille. L'autorité étrangère procédera aux formalités de publicité foncière.

777. **Donations internationales de sommes d'argent.** Selon l'article L.152-1 du Code monétaire et financier :

« Les personnes physiques qui transfèrent vers un État membre de l'Union européenne ou en provenance d'un État membre de l'Union européenne des sommes, titres ou valeurs y compris les valeurs mentionnés à l'article L. 516-13, les moyens de paiement décrits par la loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, ou de l'or, sans l'intermédiaire d'un établissement de crédit, d'un établissement de monnaie électronique, d'un établissement de paiement ou d'un organisme ou service mentionné à l'article L.518-1 doivent en faire la déclaration dans les conditions fixées par décret.

Une déclaration est établie pour chaque transfert à l'exclusion des transferts dont le montant est inférieur à 10.000 € ».

2°) La loi applicable au fond des donations internationales

778. **Droit commun.** La loi applicable aux donations consenties avant le 1^{er} avril 1991, pour apprécier la formation, les conditions ou les effets du vivant du donateur sera celle choisie par les parties (Arrêt Fourures Renel, Cass. Civ. 6 juillet 1959).

A défaut de choix explicite ou implicite, il y aura lieu de rechercher dans le convention et les circonstances de la cause, la loi régissant les rapports des contractants.

- La loi applicable régira :
- La cause de la donation ;
- L'objet de la donation ;
- Le consentement des parties ;
- L'interprétation du contrat ;
- L'exécution des obligations ;
- Les conséquences de l'inexécution des obligations.

779. **Convention de Rome.** La Convention de Rome est applicable aux donations conclues entre le 1^{er} avril 1991 et le 17 décembre 2009

L'article 3.1 dispose que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

A défaut de choix de la loi applicable par les parties l'article 4.1 prévoit que « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

L'article 4.2 indique qu'« *il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* ».

Pour ce qui concerne la donation, c'est le donateur qui fournit la prestation caractéristique.

L'article 4.3 dispose que « *dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier (...), il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble* ».

En conséquence, la loi de situation de l'immeuble doit être retenue pour apprécier la validité d'une donation, à défaut de choix applicable.

L'article 4.5 contient une clause d'exception. Il dispose en effet que « *les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ».

780. **Droit Européen.** Les donations consenties depuis le 17 décembre 2009 sont régies par le règlement Rome I

L'article 3.1 prévoit que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

Ces dispositions sont similaires à celles figurant dans l'article 3 de la Convention de Rome.

781. **Absence de Choix.** A défaut de choix, l'article 4.1 indique pour une catégorie de contrats nommés, la loi applicable auxdits contrats. L'article 4.1 c) dispose que « *le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier (...) est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble* ».

Pour les autres contrats, l'article 4.2 prévoit que « le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. S'agissant d'une donation, le débiteur de la prestation caractéristique est le donateur. En conséquence, lorsque la donation ne porte pas sur un immeuble, le contrat sera régi par la loi de la résidence habituelle du donateur.

782. **Clause d'exception.** Lorsque la donation présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé à l'article 4.1 ou 4.2, la loi de cet autre État s'appliquera (article 4.3 du Règlement).

783. **Capacité.** En vertu de l'article 3 alinéa 3 du Code civil la capacité de disposer à titre gratuit relève de la loi personnelle du donateur, c'est-à-dire de sa loi nationale. L'objet de la donation est indifférente (meuble ou immeuble). S'il y a eu un changement de nationalité, il faut appliquer la loi nationale au jour de l'acte de donation. Pour analyser la capacité de recevoir à titre gratuit, ce sont les mêmes principes qu'il convient d'appliquer. Il convient de se référer à la loi nationale du gratifié pour examiner la capacité à recevoir.

3°) La validité et les effets des donations du vivant du donateur

784. **Domaine de la loi applicable au fond.** Ne sont concernés ici que les donations de biens présents à l'exclusion des donations-partages, des pactes successoraux et des donations entre époux de biens présents et futurs qui font l'objet de règles particulières. Les effets de la donation sont régis par la loi applicable au contrat, du vivant du donateur. Il en est ici tant en droit commun (Arrêts American Trading & Co. et Fourures Renel), qu'en droit conventionnel (article 10 de la convention de Rome) et qu'en droit Européen (article 12 du Règlement Rome I).

Relèvent de la lex contractus :

- L'interprétation de la donation ;
- L'exécution des obligations ;
- Les modes d'extinction des obligations ;
- Les causes de révocation ou de droit de retour ;
- Les conséquences de l'inexécution ;
- Les conséquences de la nullité de l'acte ;
- La détermination et les effets des cas de révocation prévus par la loi ;
- La révision des conditions et des charges.

4°) Les donations atypiques

a) Les donations déguisées, indirectes et manuels

785. **Loi applicable à la forme.** En doctrine, le courant majoritaire rattache la donation déguisée à la loi de la forme. Selon M. ANCEL, « il appartient à la loi régissant la forme d'accepter ou non cette régularité. Il faut raisonner de même manière avec les donations indirectes ou manuelles ».

Mme REVILLARD considère au contraire que « la qualification de fond doit être retenue en ce qui concerne les donations déguisées ».

En jurisprudence, certaines décisions acceptent le rattachement à la loi de la forme alors que d'autres s'y refusent.

Le rattachement à la loi de forme nous paraît pertinent.

La lex loci actus doit permettre d'apprécier la validité formelle de la donation.

La question relative à la forme des donations concerne en tout premier lieu leur validité. Les règles de conflits traditionnels doivent pouvoir résoudre les problèmes de validité formelle des donations déguisées.

b) Les pactes successoraux

786. **Définition.** Le Règlement définit le pacte successoral à l'article 3.1-b. Il s'agit d' « *un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties au pacte* ».

Le droit français connaît des pactes successoraux suivants :

- les donations entre époux de biens à venir ;
- les donations-partages ;
- les testaments-partages ;
- la renonciation anticipée à l'action en réduction.

787. **Recevabilité au fond.** S'agissant du pacte concernant la succession d'une seule personne, il est soumis tant pour sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants, à la loi qui aurait été applicable à sa succession si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu (article 25 § 1).

En ce qui concerne le pacte portant sur la succession de plusieurs personnes, celui-ci est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu (article 25 § 2).

Un pacte recevable est régi pour les questions relatives à sa validité et ses effets par la loi qui entretient avec lui les liens les plus étroits.

788. **Professio juris.** L'article 25 § 3 du Règlement prévoit que la succession d'une seule ou de plusieurs personnes pourra être soumise à la loi désignée par une professio juris.

La professio juris évitera les difficultés liées à la détermination de la loi ayant les liens les plus étroits avec le pacte concernant plusieurs personnes.

789. **Validité formelle.** La forme du pacte successoral obéit aux mêmes règles de forme que les autres dispositions à cause de mort conformément à l'article 27 du Règlement. Cet article prévoit que :

Une disposition à cause de mort établie par écrit est valable quant à la forme si celle-ci est conforme à la loi :

- a) *de l'État dans lequel la disposition a été prise ou le pacte successoral a été conclu ;*
- b) *d'un État dont le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral possédait la nationalité, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès ;*
- c) *d'un État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès ;*
- d) *de l'État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait sa résidence habituelle, soit au moment de l'établissement de la disposition ou de la conclusion du pacte, soit au moment de son décès ;*
ou
- e) *pour les biens immobiliers, de l'État dans lequel les biens immobiliers sont situés.*

Pour déterminer si le testateur ou toute personne dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile dans un État particulier, c'est la loi de cet État qui s'applique.

Les règles de rattachement sont alternatives et non hiérarchisées.

Compte tenu des nombreux critères de rattachement, les dispositions à cause de mort et les pactes successoraux non valables seront extrêmement rares dans l'ordre international.

L'article 27, § 1, a) : consacre la règle du *Locus regis actum*.

L'article 27, § 1, b) : Le deuxième critère de rattachement est « la nationalité possédée par le testateur ». Toutes les nationalités du disposant sont prises en compte en cas de multinational.

L'article 27, § 1, c) : Le critère de domicile permet de se référer aux règles de forme des libéralités à cause de mort du lieu où vit le disposant.

Il faut prendre en compte la loi de l'Etat dans lequel le disposant avait son domicile. Il se peut que le disposant puisse être considéré comme avoir son domicile dans plusieurs États par application des règles de chacun de ces pays. Le cumul de domicile est donc possible en pratique.

L'article 27, § 1, d) : Le critère de résidence habituelle est ici distingué de celui du domicile. Elle n'a pas fait l'objet d'une définition.

790. **Conflits mobiles.** Parmi tous les critères de rattachement de l'article 27 § 1, trois d'entre eux sont sujets à modification dans le temps : la nationalité, le domicile, la résidence habituelle. La question s'est posée de savoir s'il faut les apprécier au jour de la disposition ou au décès. Le Règlement a prévu que pour considérer la validité formelle de la disposition il fallait qu'elle réponde à la loi interne de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle du disposant, soit au moment où il a disposé, soit au moment du décès.

791. **Qualités personnelles du disposant.** La faveur à la validité formelle des dispositions à cause de mort se retrouve également à l'article 27 § 3 qui dispose que :

« Toute disposition légale qui limite les formes admises pour les dispositions à cause de mort en faisant référence à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur ou des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral, est considérée comme relevant du domaine de la forme.

Il en est de même des qualités que doit posséder toute témoin requis pour la validité d'une disposition à cause de mort ».

c) La donation entre époux

792. **Validité.** La donation entre époux connaît des difficultés de validité dans un contexte international :

Les donations entre époux sont admises dans certains pays (Angleterre, États-Unis, Canada, Allemagne, Suisse, Belgique, Luxembourg, Monaco)

Au contraire elles sont interdites dans plusieurs pays (Italie, Brésil, Argentine, République Tchèque, Roumanie, Pologne) ou inconnues dans d'autres.

La donation pourrait se rattacher :

- au régime matrimonial,
- aux effets du mariage,
- ou à la loi successorale.

En jurisprudence le rattachement de la donation entre époux est incertain :

Certaines décisions rattache la donation entre époux au statut successoral et donc à la loi successorale.

D'autres au contraire la soumettent à la loi des effets du mariage après les avoir considéré comme un effet direct du mariage

793. **Établissement d'une donation entre époux avec des étrangers.** La jurisprudence a fixé les principes suivants :

La donation mobilière de biens présents entre époux est soumise à la loi régissant les effets personnels du mariage : cette loi est la loi nationale des époux lorsqu'ils ont la même nationalité ou à défaut leur domicile commun.

La donation immobilière de biens présents entre époux est également soumise à la loi régissant les effets du mariage.

La donation immobilière de biens à venir est soumise à la loi successorale, la *lex rei sitae*.

En ce qui concerne les donations mobilières de biens à venir l'incertitude demeure.

Par exemple quelle est la solution pour un couple d'époux dont l'un est Italien et l'autre Français, domiciliés en France voulant se consentir des donations entre époux pour tous leurs biens se trouvant en France ?

Dans ce cas la loi des effets du mariage est la loi française qui admet les donations entre époux et la loi successorale sera également la loi française, loi du domicile commun.

Il serait prudent de doubler cette disposition d'un testament olographe qui aura pour effet de dissuader les héritiers de demander l'annulation de la donation entre époux.

Il est possible d'établir des donations entre époux belges, américains, anglais ou suisses.

Il conviendra d'attirer l'attention des parties sur le fait que la quotité disponible dépendra de la loi successorale. C'est pourquoi l'indication des quotités prévues par la loi française dans l'acte de donation peut entraîner des difficultés lorsqu'une autre loi successorale sera applicable.

Il sera préférable d'indiquer qu'en présence d'héritiers réservataires, la donation entre époux sera réduite à la plus forte quotité disponible prévue par la loi successorale compétente.

794. **Exécution d'une donation entre époux.** Nous illustrerons les difficultés d'une donation entre époux à travers la présentation d'un cas Suisse et d'un autre cas Italien.

M. & Mme B. de nationalité Suisse, domiciliés à Lausanne, étaient mariés sous le régime de la séparation de biens aux termes d'un contrat de mariage reçu en Suisse avant leur mariage célébré dans cet État.

Le 10/7/1988 Mme a acquis un appartement à Chamonix.

Le 10/5/1989 elle a fait donation de cet appartement à son époux.

Le 10/12/1996, les époux B ont divorcé par jugement du tribunal de Lausanne.

Mme B peut-elle révoquer la donation entre vifs qu'elle a consenti à son ex-mari ?

La loi des effets du mariage, la loi Suisse est compétente pour régir la donation entre époux. En droit Suisse la donation entre époux n'est pas soumise à des règles spéciales et suit les règles générales des donations aux termes desquelles la révocation de la donation ne peut intervenir que dans des cas limités (inexécution injustifiée des charges, délit grave du donataire contre le donateur ou l'un de ses proches, le donataire a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le donateur ou sa famille)

En outre, en droit Suisse, le divorce n'a aucun effet sur les donations entre époux effectuées pendant le mariage en l'absence d'une clause spéciale.

La loi Suisse ne prévoit pas de révocation des donations entre époux du fait du divorce.

La donation consentie par Mme B. à son ex-époux demeure donc irrévocable.

M. et Mme F., de nationalité italienne, domiciliés en France depuis 1980 se sont consentis une donation entre époux par devant Me X., notaire en France, le 10/06/1989.

M. F est décédé le 8/07/2013 en France laissant son épouse et sa mère, seuls héritiers.

La donation entre époux peut-elle s'exécuter ?

Les donations entre époux de biens à venir sont interdites conformément à la Loi Italienne.

Toutefois, les ressortissants de pays dans lesquels les donations entre époux sont prohibés ne sont pas frappés d'une interdiction générale de conclure de telles donations.

Les donations de biens à venir sur des biens immobiliers situés en France sont en effet valables.

La Cour de cassation n'a jamais écarté l'application de la loi française dans cette hypothèse.

En l'espèce, il n'est pas certain que la donation entre époux pourra s'exécuter sur les biens mobiliers situés en France.

En raison de l'incertitude jurisprudentielle, il pourrait être appliqué :

- soit la loi des effets du mariage (la loi Italienne qui prohibe les donations entre époux)
- ou la loi successorale (la loi française qui les autorise).

En pratique, il conviendra de faire intervenir la mère pour consentir à l'exécution de la donation entre époux.

5°) Les effets des donations au décès du donateur

795. **Loi applicable.** Lorsque la succession s'ouvre la loi compétente est celle successorale. Les règles de rapport et de réduction applicable aux libéralités sont appréhendées par rapport à la loi successorale.

En ce qui concerne la donation déguisée, la protection de la réserve relève de la loi successorale.

Les présomptions de déguisement et de gratuité de l'article 918 du Code civil relèvent de la loi de fond, c'est-à-dire la loi successorale.

Chapitre II – La planification successorale avec les outils hors du droit commun

796. Plan. La planification successorale dans un contexte international implique souvent la construction d'une structuration au moyen de trusts, en particulier pour la clientèle anglo-saxonne (section II). L'autre outil couramment utilisé en dehors des instruments du droit commun des successions et des donations est le contrat d'assurance vie (section I).

Section I – Les contrats d'assurance-vie dans un contexte international

797. Contexte international. L'assurance-vie génère des problématiques complexes en présence d'éléments d'extranéité. Elles peuvent trouver leur origine lors de la souscription, en cours de vie du contrat d'assurance-vie ou lors de son dénouement. Ils proviendront de l'adhérent, du souscripteur, du bénéficiaire ou de la compagnie d'assurance. Pour les non-résidents de France, le contrat d'assurance-vie offre des opportunités d'optimisation fiscale extrêmement intéressantes.

798. Domicile fiscal. L'appréciation de l'élément d'extranéité doit être effectuée à des moments qui diffèrent selon la problématique en présence. Par exemple, en cas de rachat total ou partiel, dans le cadre de l'article 125 A du Code général des impôts, elle est réalisée lors du rachat. En revanche, en cas de dénouement du décès, dans le cadre de l'article 757 B du même code, elle est effectuée au décès.

Le domicile fiscal est apprécié en la matière selon les règles habituelles de l'article 4 B du Code général des impôts.

799. Plan. Les contrats d'assurance vie dans un contexte international obéissent à des règles particulières.

Les contrats d'assurance-vie souscrits hors de France doivent faire l'objet de déclarations (§1). En outre, ils sont soumis à une taxation en France (§2), mais ne rentrent dans le champ d'application de l'exit-tax (§3). Nous verrons à quelle imposition ils peuvent être soumis en matière d'impôt sur la fortune (§4) et de droits de mutation à titre gratuit (§5).

Les contrats d'assurance-vie qui sont des instruments privilégiés d'optimisation fiscale sont toutefois encadrés par des dispositifs anti-abus (§6).

§ 1 – Les déclarations des contrats d'assurance vie souscrit hors de France

800. Déclaration. Les contrats d'assurance-vie souscrits auprès d'établissements situés hors de France doivent être déclarés sur papier libre par leur souscripteur en vertu de l'article 1649 A du Code général des impôts.

Cette déclaration est réalisée par l'intéressé en même temps que la déclaration de ses revenus en précisant :

- les références du(es) contrat(s) ;
- la(es) date(s) d'effet du(es) contrat(s) ;
- la durée du(es) contrat(s) ;
- les opérations de remboursement intervenues au cours de l'année civile.

Doivent être également déclarés les versements de primes effectués au cours de l'année précédente et, le cas échéant, la valeur de rachat ou le montant du capital garanti, y compris sous forme de rente, au 1^{er} janvier de l'année de la déclaration.

801. **Sanctions.** Le défaut de déclaration est sanctionné d'une amende fiscale égale à 1 500 € par contrat non déclaré, ou à 10 000 € lorsque l'obligation déclarative concerne un État ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires. Cette amende est portée à 5 % de la valeur de chaque contrat non déclaré lorsque le total de la valeur du ou des contrats non déclarés est égal ou supérieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite, sans pouvoir être inférieure aux montants de 1 500 € ou 10 000 € selon le cas (CGI, art. 1736, IV-2 et 1766).

Les versements effectués à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de contrats d'assurance-vie non déclarés constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables. La majoration de 40 %, à laquelle s'ajoutent les intérêts de retard, est applicable. L'administration peut exercer un droit spécial de reprise jusqu'à la fin de la dixième année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due lorsque les obligations déclaratives n'ont pas été respectées. Cette extension de délai ne s'applique pas lorsque le contribuable apporte la preuve que le total des soldes créditeurs de ses comptes à l'étranger est inférieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite (LPF, art. L. 169). Ce droit de reprise concerne les seuls revenus ou bénéfices afférents aux obligations déclaratives qui n'ont pas été respectées.

§ 2 – Assurance-vie et contrat de capitalisation : imposition des produits

802. **Plan.** Il faut distinguer l'imposition des contrats d'assurance-vie souscrits par des non-résidents (A) de ceux souscrits auprès d'assureurs étrangers (B).

A – Imposition des produits versés à des non-résidents

803. **Modalités d'impositions.** Les produits des bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie souscrits auprès d'une société d'assurance établie en France sont imposés au titre de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux. En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, ils sont imposables en France au prélèvement forfaitaire défini à l'article 125-0 A du Code général des impôts lorsqu'ils sont perçus par des personnes physiques dont leur domicile fiscal est hors de France ou par des personnes morales n'ayant pas en France leur siège social (CGI, art. 125-0 A, II bis).

Ces produits font l'objet d'une taxation au taux spécifique défini à l'article 125-0 A II du Code général des impôts qui sont donc identiques à ceux applicables aux résidents fiscaux français ayant opté pour le prélèvement forfaitaire libératoire.

L'abattement annuel n'est pas applicable aux non-résidents.

804. **ETNC.** Lorsque les produits des bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie sont perçus par des personnes domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif, ils sont soumis à un prélèvement majoré de 75 % (CGI, art. 125-0 A, II bis)428. Ce taux s'applique quelle que soit la durée du contrat.

805. **Conventions fiscales.** Lorsque le bénéficiaire des contrats d'assurance-vie ou de capitalisation est résident d'un pays ayant conclu avec la France une convention, il convient d'appliquer les règles de la convention en présence relatives aux intérêts de créances. Il en résulte que le montant de l'impôt français peut être plafonné⁴²⁹.

Les règles conventionnelles relatives aux « autres revenus », qui auraient conduit à l'exonération en France, ne sont pas applicables.

Cette solution a été confirmée par la jurisprudence⁴³⁰.

Le tableau ci-après indique de manière non exhaustive les modalités conventionnelles applicables :

| Pays | Prélèvement France | Imposition État de résidence | Références convention |
|-------------|---------------------------|-------------------------------------|---|
| Allemagne | | Imposition | Conv. 21 juill. 1959, art. 10.1 |
| Royaume-Uni | | Imposition | Conv. 19 juin 2008, art. 12 |
| Luxembourg | 10 % maximum | Imputation | Conv. 1 ^{er} avr. 1958, art. 9 et avenants du 8 septembre 1970 et du 9 juin 2009 |
| Italie | 10 % maximum | Imputation | Conv. 5 oct. 1989, art. 11 |
| Espagne | 10 % maximum | Imputation | Conv. 10 oct. 1995, art. 11 |
| Belgique | 15 % maximum | Imputation | Conv. 10 mars 1964, art. 16 |

⁴²⁹ Rép. min. Weber n° 38725 : JOAN Q 6 mai 1991, et BF Lefebvre 6/1991, n° 923 ; Rép. min. Haenel : JO Sénat Q 9 juin 1994, p. 1428 et Rép. min. Dolez : JOAN Q 13 sept. 1999, p. 5367. – B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 10^e éd. 2014, n° 62535.

⁴³⁰ CAA Versailles, 3^e ch., 10 avr. 2012, n° 10VE03871.

B – contrats d'assurance vie souscrits auprès d'entreprises étrangères

806. **Plan.** Nous définirons la catégorie d'imposition (1°), avant de distinguer selon la source des produits :

- Produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie dans un pays de l'Espace économique européen (2°) ;
- Produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie hors pays de l'Espace économique européen (3°) ;
- Produits des bons ou contrats de capitalisation ou d'assurance-vie payés dans un État ou territoire non coopératif (4°).

1°) Catégorie d'imposition

807. **Catégorie d'imposition.** L'article 120, 6° du Code général des impôts qui définit les revenus mobiliers de source étrangère imposables à l'impôt sur le revenu, vise expressément les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies hors de France ainsi que les gains de cession de ces mêmes placements.

808. **Base d'imposition.** L'article 122, 2° du Code général des impôts définit la base d'imposition des produits et des gains de cession des bons et contrats de capitalisation et placements assimilés correspondant à la différence entre les sommes brutes remboursées au bénéficiaire et le montant des primes versées augmenté, le cas échéant, du prix d'acquisition du bon ou contrat.

Il y a lieu en effet de soustraire le prix d'acquisition du bon ou contrat du montant des produits imposables, dès lors que les gains de cession ont été taxés lors de la mutation éventuelle.

Les gains de cession (plus ou moins-values), sont déterminés selon les règles applicables aux gains de cession de contrats de créances définies à l'article 124 C du Code général des impôts. Celles-ci sont identiques à celles des cessions de valeurs mobilières.

La plus ou moins-value de cession est ainsi calculée par différence entre le prix réel stipulé entre les parties, net des frais et taxes acquittés par le cédant et le prix réellement acquitté ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation.

Les pertes subies sont exclusivement imputables sur les produits et les gains de cessions de titres soumis au même régime d'imposition réalisés au cours de la même année et des cinq années suivantes.

2°) Produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie dans un pays de l'Espace économique européen

809. **Imposition des produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie dans un pays de l'Espace économique européen.** Les produits et gains de cession des contrats souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies hors de France dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État non membre de l'Union européenne partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (soit en Islande, en Norvège et au Liechtenstein) bénéficient d'un régime fiscal particulier.

810. **Exonérations.** Au même titre que les bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie souscrits auprès d'une entreprise d'assurance établie en France (CGI, art. 125-0 A), les produits des bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie souscrits auprès d'une entreprise d'assurance établie dans un État de l'Espace économique européen, sont exonérés d'impôt sur le revenu :

- avant le 1^{er} janvier 1983 ;
- après le 1^{er} janvier 1983 et d'une durée égale ou supérieure à huit ans (six ans pour les contrats souscrits entre le 1^{er} janvier 1983 et le 31 décembre 1989), pour la part des produits acquis ou constatés au 31 décembre 1997 et pour la part des produits acquis ou constatés à compter du 1^{er} janvier 1998 et afférents à des versements effectués avant le 26 septembre 1997. Les prélèvements sociaux sont toutefois dus lors de leur dénouement (rachat partiel ou total), pour ces bons ou contrats. L'assiette de ces prélèvements sociaux est la même que celle prévue pour les bons ou contrats exonérés d'impôt sur le revenu et souscrits auprès d'une entreprise d'assurance établie en France. Il est tenu compte des différentes dates d'entrée en vigueur de ces prélèvements et, s'agissant de la contribution sociale généralisée (CSG), des dates d'augmentation du taux.

811. **Abattement.** Les produits des contrats souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies hors de France dans un État de l'EEE bénéficient, en application de l'article 122 du Code général des impôts, de l'abattement annuel de 4 600 € pour les personnes seules et de 9 200 € pour les couples mariés ou pacsés.

Cet abattement, qui concerne les contrats d'une durée au moins égale à huit ans (ou six ans), s'applique dans les mêmes conditions que pour les contrats souscrits en France.

812. **Prélèvement libératoire.** Les personnes physiques fiscalement domiciliées en France percevant des produits de bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie souscrits auprès d'une entreprise établie dans un État de l'EEE peuvent opter pour le prélèvement libératoire prévu à l'article 125-0 A, II 1° du Code général des impôts.

La durée des bons ou contrats de capitalisation ainsi que des placements de même nature doit s'entendre de la durée effective de détention par le contribuable (CGI, art. 125 D, II).

Les prélèvements sociaux doivent s'ajouter au prélèvement libératoire.

813. **Imputation du crédit d'impôt conventionnel.** Conformément à l'article 125 D, II, alinéa 2 du Code général des impôts, les produits des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature de source européenne sont pris en compte pour leur montant brut. Il correspond au montant des produits perçus après déduction des impôts établis dans le pays d'origine et dont le paiement incombe au bénéficiaire, augmenté du crédit d'impôt tel qu'il est prévu par les conventions internationales (crédit d'impôt conventionnel).

Le crédit d'impôt conventionnel s'impute sur le prélèvement forfaitaire libératoire et, le cas échéant, les prélèvements sociaux dus au titre desdits revenus, produits et gains de source étrangère (CGI, art. 125 D, V).

L'excédent du crédit d'impôt conventionnel qui n'a pas pu être imputé sur le prélèvement forfaitaire libératoire ou sur les prélèvements sociaux n'est pas restituable.

3°) Produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie hors pays de l'Espace économique européen

814. **Produits des contrats souscrits auprès d'une entreprise établie hors pays de l'Espace économique européen.** Les revenus, déterminés selon les règles susvisées, font l'objet d'une taxation au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Il est impossible d'opter pour le prélèvement libératoire.

Le revenu imposable correspond au revenu brut diminué de l'impôt payé à l'État étranger, lorsqu'il n'existe pas de convention fiscale.

En présence d'une convention fiscale, il est généralement prévu que la personne bénéficiaire des revenus de source étrangère ayant son domicile fiscal ou siège social en France impute un crédit d'impôt correspondant à l'impôt étranger qui peut être prélevé à la source par l'État d'origine du revenu, sur l'impôt français dû au titre de ces revenus. Le montant du crédit d'impôt est ajouté au revenu auquel il se rapporte afin de déterminer le montant du revenu imposable. Ledit crédit d'impôt est ensuite déduit de l'impôt français.

4°) Produits des bons ou contrats de capitalisation ou d'assurance-vie payés dans un État ou territoire non coopératif

815. **ETNC.** L'article 125-0 A, II bis du Code général des impôts prévoit que le taux du prélèvement sur ces produits est porté à 75 % lorsque les bénéficiaires sont des personnes domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif, quelle que soit la durée du contrat.

Le taux majoré de droit interne ne pourra être réduit que si la France est liée avec l'État ou le territoire non coopératif où réside le bénéficiaire par une convention fiscale d'élimination des doubles impositions qui prévoit des dispositions plus favorables.

§ 3 – Exit tax

816. **Départ de France.** Lorsqu'un contribuable français transfère son domicile fiscal à l'étranger, il a le droit de conserver ses contrats d'assurance-vie.

L'article 167-1 du Code général des impôts prévoit la taxation au titre de l'année du départ de France des revenus dont le contribuable a disposé avant son départ et de tous les revenus y compris ceux acquis et non disponibles.

Les produits des contrats d'assurance-vie issus des unités de compte ne sont pas définitivement acquis. Dès lors, ils ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 167-1 du Code général des impôts.

En revanche, s'agissant des contrats en euros, les revenus sont définitivement acquis, mais l'imposition ne peut avoir lieu que dans les termes régissant les bons et contrats de capitalisation et les contrats assimilés, c'est-à-dire lors du rachat ou du dénouement.

817. **Exit tax.** Le contrat d'assurance-vie ne rentre pas dans le champ d'application de l'*exit tax*.

§ 4 – Impôt sur la fortune

818. **Non-résidents.** Les non-résidents bénéficiaient d'une exonération spéciale concernant les placements financiers effectués en France en vertu du principe édicté par l'article 885 L du Code général des impôts. Les contrats d'assurance-vie et les contrats de capitalisation souscrits auprès de compagnies d'assurance établies en France étaient considérés comme des placements financiers⁴³¹ bénéficiant de cette exonération.

Toutefois, la valeur de rachat du contrat d'assurance-vie aurait pu entrer dans l'assiette de taxation de l'impôt de fortune dans l'État de résidence fiscale.

Avec la réforme de l'impôt sur la fortune immobilière, les contrats d'assurance-vie peuvent être taxables si la valeur de rachat de ces contrats rachetables est exprimée en unités de comptes visées au 2^{ème} alinéa de l'article L.131-1 du Code des assurances (article 972 du CGI). Dans ce cas, la valeur de rachat est incluse dans le patrimoine du souscripteur, à hauteur de la fraction de leur valeur représentatives des actifs immobiliers taxables situés en France.

819. **Résidents.** En revanche, les résidents fiscaux français étaient taxés en France sur les contrats d'assurance-vie et les contrats de capitalisation qu'ils détiennent hors de France eu égard à l'obligation fiscale illimitée (CGI, art. 885 A).

L'impôt de la fortune acquitté à l'étranger devait être imputé sur l'impôt sur la fortune de France dans la limite de l'impôt français.

Avec la réforme de l'impôt sur la fortune immobilière, les contrats d'assurance-vie peuvent être taxables si la valeur de rachat de ces contrats rachetables est exprimée en unités de comptes visées au 2^{ème} alinéa de l'article L.131-1 du Code des assurances (article 972 du CGI). Dans ce cas, la valeur de rachat est incluse dans le patrimoine du souscripteur, à hauteur de la fraction de leur valeur représentatives des actifs immobiliers taxables situés en France ou hors de France.

431 BOI-PAT-ISF-30-40-50.

§ 5 – Droits de mutation à titre gratuit

820. **Plan.** La taxation des contrats d'assurance-vie s'effectue en fonction de deux régimes. Celui de l'article 757 B du CGI (A) et celui de l'article 990-I du CGI (B). Nous les étudierons successivement.

A - Régime de l'article 757 B du Code général des impôts et les incidences internationales

821. **Combinaison des textes.** En ce qui concerne les contrats d'assurance-vie rentrant dans le champ d'application de l'article 757 B du Code général des impôts, il doit être renvoyé à l'article 750 ter du même code et aux conventions internationales. L'application combinée de l'article 757 B avec le dispositif de l'article 750 ter du Code général des impôts peut conduire à une taxation au titre des droits de mutation à titre gratuit en France lorsque :

- le souscripteur était domicilié en France lors du décès ;
- le souscripteur domicilié hors de France a souscrit le contrat auprès d'une compagnie d'assurance française ;
- le bénéficiaire du contrat a été domicilié pendant plus de six ans au cours des dix dernières années précédant le décès.

822. **Droit conventionnel.** Les contrats d'assurance-vie peuvent rentrer dans le champ d'application des conventions fiscales internationales dans le cadre des dispositions applicables aux créances.

Ces conventions prévoient généralement :

- soit l'imposition des créances dans l'État de résidence du défunt lors du décès (par ex., conventions franco-belge, franco-espagnole, franco-américaine) ;
- soit l'imposition des créances dans l'État où le débiteur est domicilié (par ex. : convention franco-italienne).

Elles réservent en principe le droit d'imposition au profit de l'un des États. À défaut, les droits acquittés dans un État pourront être imputés dans l'autre.

B - Le régime de l'article 990 I du Code général des impôts et les incidences internationales

823. **Combinaison des textes.** Lorsque les sommes, rentes ou valeurs dues directement ou indirectement par un ou plusieurs organismes d'assurance ou assimilés à un bénéficiaire désigné au contrat, à raison du décès de l'assuré, sont soumises à un prélèvement de 20 % ou 31,25 %, elles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 757 B du Code général des impôts⁴³².

Dans le cadre de l'article 990 I du même code, les principes de territorialité sont particuliers eu égard au caractère *sui generis* de la taxation. L'article 750 ter du Code général des impôts n'a pas vocation à s'appliquer. Les règles de territorialité ont été définies par l'article 11 de la loi de finances rectificatives pour 2011.

Le lieu de résidence du souscripteur au jour de l'adhésion n'a aucun effet sur le régime de taxation du contrat.

Si le défunt assuré avait son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts, les capitaux-décès sont taxés en France.

⁴³² BOI-TCAS-AUT-60.

S'il avait son domicile à l'étranger, les capitaux-décès seront également imposés en France lorsque le bénéficiaire est domicilié en France et l'a été pendant au moins six ans sur les dix dernières années. Il en résulte que la taxation au titre du prélèvement intervient même en présence d'un contrat souscrit par un non-résident.

En revanche, il n'y aura pas de taxation en France lorsque le bénéficiaire n'est pas domicilié en France. De même, aucune taxation en France n'intervient lorsque le bénéficiaire est domicilié en France mais ne l'a pas été pendant au moins six ans sur les dix dernières années.

Le particularisme du régime de taxation issu de l'article 990 I du Code général des impôts peut conduire à des conflits de rattachement et une double imposition.

824. **Droit conventionnel.** Le prélèvement de l'article 990 I du Code général des impôts est en principe exclu du champ d'application des conventions internationales. Le caractère *sui generis* du régime d'imposition de l'article 990 I précité ne permet pas de l'inclure dans le périmètre de la convention internationale relative aux droits de succession.

Les règles de territorialité de ces conventions ne peuvent être utilisées pour ce prélèvement.

§ 6 - Montage abusif : souscription d'un contrat d'assurance-vie et d'un emprunt *in fine* afin de rapatrier, en franchise d'impôts, des avoirs étrangers non déclarés

825. **Principe.** L'administration a dressé une carte des pratiques et montages abusifs qu'elle publiée sur le portail du ministère de l'Économie et des Finances. L'un d'entre eux concerne la souscription d'un contrat d'assurance-vie. Les contribuables dont le domicile fiscal se situe en France sont tenus de déclarer les comptes ouverts, utilisés ou clos dans des établissements financiers situés hors de France, de déclarer à l'impôt sur le revenu les revenus générés par les avoirs figurant sur ces comptes et de les inclure dans l'assiette de l'impôt sur la fortune.

826. **Schéma mis en œuvre.** Un contribuable domicilié fiscalement en France détient des avoirs à l'étranger. Ces avoirs n'ont pas été déclarés à l'IR ni à l'ISF. Ce contribuable souscrit auprès d'un organisme établi hors de France un contrat d'assurance-vie et un emprunt *in fine*. Le remboursement du prêt est notamment garanti par les avoirs occultes.

La somme prêtée dans le cadre du prêt *in fine* est placée sur le contrat d'assurance-vie. Le souscripteur peut alors disposer des sommes investies en sollicitant le rachat total ou partiel du contrat. Au terme du prêt *in fine*, le remboursement du capital emprunté est effectué par le transfert au prêteur des avoirs étrangers non déclarés.

En définitive, ce montage permet au contribuable de disposer en France de sommes équivalentes à celles des avoirs non déclarés tout en bénéficiant du régime fiscal de l'assurance-vie.

827. **Les rehaussements.** Dans le cadre de contrôles fiscaux, l'administration soumet à l'impôt sur le revenu les produits générés par les avoirs non déclarés et soumet les avoirs non déclarés à l'ISF. Ces rehaussements peuvent être assortis de pénalités pour manquement délibéré ou manœuvres frauduleuses.

Par ailleurs, l'infraction relative à l'obligation de déclarer les comptes ouverts, utilisés ou clos hors de France, est sanctionnée par une amende forfaitaire pouvant atteindre 10 000 € ou par une amende proportionnelle. L'amende proportionnelle est applicable lorsque le solde du compte au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être déposée est supérieur à 50 000 €. Elle est égale à 5 % du solde créditeur du compte au 31 décembre.

Section II - Trust

828. **Régime fiscal.** L'article 14 de la loi de finances rectificative pour 2011 a défini le régime fiscal des transmissions à titre gratuit réalisées *via* un *trust* (ou d'une institution juridique de droit étranger comparable) ainsi que les règles d'imposition du patrimoine composant le *trust*.

§ 1 – Définition du trust

829. **Plan.** Nous présenterons d'abord le trust dans sa conception juridique (A), puis dans sa conception fiscale en droit interne (B).

A – Définition juridique

830. **Définitions.** Le *trust* est inconnu du droit français. Il s'agit d'une institution de droit anglo-saxon constituée par l'ensemble des relations juridiques d'une personne constituant le *trust* (le constituant ou *settlor*) dans le but de confier des biens à un tiers (le gestionnaire ou *trustee*) qui les contrôle dans l'intérêt d'un bénéficiaire avant d'en transférer éventuellement la propriété à un bénéficiaire.

Le *trust* est un acte unilatéral dans la mesure où il est créé par déclaration du constituant, qui est matérialisé dans un acte dans lequel figurent les droits et obligations du *trustee*.

L'objet et les bénéficiaires du *trust* doivent être déterminés ou déterminables.

La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, signée par la France mais pas encore ratifiée par celle-ci, donne une définition du *trust* dans son article 2 relatif à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance :

« Le trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes :

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;

c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence du trust ».

831. **Inconvénients.** Le juge français reconnaît la validité des *trusts* constitués à l'étranger. Toutefois, ceux-ci ne doivent pas méconnaître l'ordre public français comme par exemple la réserve héréditaire.

En raison de l'impossibilité de dédoubler le droit de propriété, il est impossible de mettre des immeubles se trouvant en France en *trust*.

832. **Avantages.** Le *trust* présente plusieurs avantages, ce qui compense largement ses inconvénients, à savoir de permettre au constituant :

- de préserver son anonymat ;
- d'organiser sa succession ;
- d'optimiser l'administration d'une société ;
- d'utiliser des avoirs *off shore* et de constituer un *trust* les détenant.

B – Définition fiscale

833. **Trust.** C'est le nouvel article 792-0 bis du Code général des impôts qui donne une définition générale du *trust* et de son constituant.

L'article 792-0 bis, I-1 du Code général des impôts donne une définition qui s'applique à l'ensemble des dispositions du même code. Il dispose qu'« on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne, qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou des droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ».

834. **Constituant.** Le constituant du *trust* est défini par le I-2 du même article comme étant « soit la personne physique qui l'a constitué, soit lorsqu'il a été constitué par une personne physique agissant à titre professionnel ou par une personne morale, la personne physique qui y a placé des biens et des droits ». Cette définition n'est toutefois applicable qu'aux seules dispositions du Code général des impôts relatives aux droits d'enregistrement et à l'ISF.

L'article 792-0 bis, II-3 du Code général des impôts définit un « constituant fiscal » autre que le constituant initial précité afin de permettre la taxation aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions successives des avoirs restant dans le *trust* de génération en génération.

§ 2 – Imposition aux droits de mutation des transmissions à titre gratuit

835. **Dispositif.** Les transmissions à titre gratuit réalisées par l'intermédiaire d'un *trust* sont, en vertu de l'article 792-0 bis, II du Code général des impôts, assujetties aux droits de mutation à titre gratuit.

A – Champ d'application

836. **Transmissions taxables.** Les transmissions à titre gratuit intervenues *via* un *trust* qui peuvent être qualifiées de donation ou de succession en droit français sont taxées au titre des droits de mutation à titre gratuit.

Si cette qualification est impossible, les biens, droits ou produits placés dans le *trust* seront soumis aux droits de succession lors du décès du constituant, que ces droits soient transmis immédiatement aux bénéficiaires ou non.

837. **Biens taxables.** L'article 750 ter du Code général des impôts, qui définit les règles de territorialité applicables en matière de droits de mutation à titre gratuit, intègre dans son champ d'application les transmissions portant sur « des biens ou droits composant un *trust* défini à l'article 792-0 bis » ainsi que les « produits qui y sont capitalisés » dès lors que le constituant ou le bénéficiaire réside en France ou que les avoirs sont situés en France.

Lorsque le constituant a son domicile en France, les droits de mutation à titre gratuit sont dus sur l'ensemble des actifs composant le *trust*. À défaut, les droits sont dus :

- soit sur l'ensemble des actifs composant le *trust*, quelle que soit leur situation, lorsque le bénéficiaire du *trust* est domicilié en France au jour de la transmission et l'a été pendant au moins six ans au cours des dix dernières années ;
- soit sur les actifs composant le *trust* situés en France dans les autres cas.

838. **Présomption de propriété.** En vertu de l'article 752 du Code général des impôts sont présumés faire partie de la succession, pour la liquidation et le paiement des droits, les actions, obligations, parts de fondateur ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété, a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant le décès ainsi que les biens et droits placés dans un *trust* défini à l'article 792-0 bis du Code général des impôts.

B – Modalités de taxation

839. **Transmissions qualifiées de donation ou de succession.** Les règles de droit commun s'appliquent aux transmissions *via* un *trust* constituant une donation ou une mutation par décès au titre du droit français.

Aux termes de l'article 792-0 bis, II-1 du Code général des impôts, les droits de donation ou de succession ont pour base la valeur vénale nette des biens, droits ou produits capitalisés à la date de la transmission en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et le bénéficiaire.

840. **Autres transmissions.** Lorsque la donation ou la transmission par décès ne peut être établie, la transmission est soumise aux règles d'imposition particulières de l'article 792-0 bis, II-2 du Code général des impôts.

Le fait générateur des droits de mutation *sui generis* est constitué par le décès du constituant.

En cas de transmission d'une part déterminée à un bénéficiaire déterminé, les droits de succession sont dus en fonction du lien de parenté du bénéficiaire avec le constituant défunt (CGI, art. 792-0 bis, II-2-a).

En cas de transmission globale à plusieurs descendants du constituant, sans qu'il soit possible de répartir la part entre eux, les droits de succession sont dus au taux marginal du barème applicable en ligne directe (CGI, art. 792-0 bis, II-2 b).

Dans les autres cas, la valeur des biens, droits ou produits capitalisés dans le *trust* nette des parts mentionnées dans les deux cas ci-dessus visés précédemment, est soumise aux droits de succession au taux marginal applicable en ligne collatérale et entre non-parents, soit 60 % (CGI, art. 792-0 bis, II-2-c).

841. **Exceptions.** Par exception aux dispositions ci-dessus exposées, il résulte de l'article 792-0 bis, II du Code général des impôts que les droits de donation et les droits de succession sont dus au taux marginal des droits de mutation à titre gratuit applicable en ligne collatérale et entre non-parents, soit 60 % :

- lorsque l'administrateur du *trust* est soumis à la loi d'un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts ;

- ou lorsque le *trust* a été créé après le 11 mai 2011 par un constituant fiscalement domicilié en France lors de la constitution.

842. **Tableau de synthèse.** Les règles de taxation peuvent être synthétisées de la manière suivante :

| | QUALIFICATION | TAXATION |
|--|---|---|
| Actifs transmis | Donation ou succession | Droits de mutation à titre gratuit |
| | Ni donation ni succession : part et bénéficiaire déterminés ; part déterminée due globalement à plusieurs descendants du constituant ; – autres cas. | Droits de mutation par décès : selon le lien de parenté ; - 45 % ; - 60 %. |
| Actifs demeurant dans le <i>trust</i> après le décès du constituant. | | 60 % |
| Administrateur du <i>trust</i> relevant de la loi d'un ETNC ou constituant domicile en France lors de la constitution du <i>trust</i> intervenue après le 11 mai 2011. | | 60% |

§ 3 – Imposition de la détention du patrimoine composant le *trust*

843. **Dispositif.** Il a été prévu le rattachement des avoirs placés en *trust* au patrimoine du constituant par détermination de la loi.

Il a été instauré un principe général d'imposition à l'impôt sur la fortune de ces avoirs placés en *trust*. Il a été créé un prélèvement spécifique de 0,50 % conçu comme une sanction du défaut de déclaration régulière à l'impôt sur la fortune.

A – Principe de taxation à l'IFI

844. **Imposition du constituant.** Le constituant ou le bénéficiaire réputé être un constituant, lorsqu'il est soumis à l'impôt sur la fortune immobilière, est tenu de comprendre dans son patrimoine les biens ou les droits placés dans un *trust* ainsi que les produits qui y sont capitalisés.

Pour le calcul de l'IFI, il faut prendre en compte pour base taxable la valeur vénale nette de ces biens au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

Cette règle s'applique à tous les *trusts*, qu'ils soient irrévocables, révocables, simples ou discrétionnaires. Les avoirs placés en *trust* ne seront jamais rattachés au patrimoine du bénéficiaire, sauf lorsqu'au décès du constituant originel il sera assimilé à un constituant.

Ainsi, seront taxés à l'impôt sur la fortune, sous réserve des conventions fiscales :

- les biens placés dans un *trust* dont le constituant est résident fiscal français, quel que soit le lieu de situation de ces biens ;
- les biens situés en France, placés dans un *trust* dont le constituant n'est pas résident fiscal français.

845. **Exception.** Cependant, une exception existe concernant les avoirs placés dans un *trust* caritatif. En effet, il est exclu de l'imposition les *trusts* irrévocables dont les bénéficiaires relèvent de l'article 795 du même code et dont l'administrateur est soumis à la loi d'un État ayant signé avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Ne sont pas alors compris dans l'actif taxable à l'impôt sur la fortune du constituant, les biens, droits et produits capitalisés placés dans ces *trusts*.

B – Prélèvement en cas de défaut de déclaration à l'impôt sur la fortune immobilière

846. **Prélèvement.** Il a été mis en place à l'article 990 J du Code général des impôts un prélèvement de 0,50 %, constituant une sanction du défaut de déclaration régulière des *trusts*. L'article 990 J prévoit que le prélèvement est dû par les constituants ou bénéficiaires personnes physiques.

847. **Redevables.** Ce prélèvement est dû par les constituants ou bénéficiaires d'un *trust*, personnes physiques en vertu de l'article 990 J, I du Code général des impôts.

Les règles de territorialité résultent de l'article 990 J, III du Code général des impôts. Il en résulte que les personnes physiques domiciliées en France sont soumises au prélèvement sur l'ensemble des biens, droits ou produits capitalisés composant le *trust*, qu'ils soient situés en France ou hors de France.

Les personnes domiciliées hors de France subissent le prélèvement uniquement sur les biens et droits situés en France.

848. **Exonérations.** Ne sont jamais soumis au prélèvement les biens qui ont été régulièrement déclarés à l'administration ainsi que les biens placés dans les *trusts* caritatifs ou des *trusts* constitués par des entreprises au bénéfice de leurs salariés pour gérer leur droit à pension.

849. **Assiette.** Le prélèvement a pour assiette la valeur vénale nette au 1^{er} janvier de l'année d'imposition des biens, droits, ou produits capitalisés.

850. **Taux.** Le taux du prélèvement est de 0,50 %.

851. **Déclaration.** L'administrateur du *trust* est tenu de déclarer chaque année, avant le 15 juin, la consistance et la valeur des biens, droits et produits capitalisés composant le *trust*.

Le règlement du prélèvement accompagne le dépôt de la déclaration.

Le débiteur est l'administrateur du *trust*, mais le constituant et les bénéficiaires du *trust* sont solidairement responsables de son paiement.

Le prélèvement suit les règles applicables aux droits de mutation par décès tant en matière d'assiette que de recouvrement.

§ 4 – Obligation déclarative des trusts

852. **Obligation de déclaration.** L'article 1649 AB du Code général des impôts instaure une obligation de déclaration à la charge de l'administrateur du *trust* lorsque les actifs sont susceptibles d'être taxés en France.

Il en va ainsi lorsque le constituant ou l'un des bénéficiaires du *trust* a son domicile fiscal en France au titre de la déclaration ou lorsqu'un des biens ou droits placés en *trust* est situé en France.

853. **Contenu de la déclaration.** Le contenu de la déclaration est précisé à l'article 1649 AB du Code général des impôts. Ainsi l'administrateur doit déclarer :

- la constitution, la modification ou l'extinction du *trust* ;
- le contenu des termes du *trust* ;
- la valeur vénale au 1^{er} janvier de l'année des biens, droits et produits capitalisés entrant dans le champ du prélèvement de 0,50 % sur les *trusts*.

854. **Sanction.** L'article 1736 IV bis du Code général des impôts sanctionne le non-respect de l'obligation de déclaration par une amende de 20 000 €, ou s'il est plus élevé à 12,5 % des biens, droits et produits capitalisés composant le *trust*.

Le constituant et le bénéficiaire sont solidairement responsables du paiement de l'amende d'après l'article 1754, V-8 du Code général des impôts.

§ 5 – Exonération d'impôt sur le revenu des produits réinvestis dans les trusts

855. **Impôt sur le revenu.** Aux termes de l'article 120, 9^o du Code général des impôts « seuls les produits distribués par un *trust* défini à l'article 792-0 bis du Code général des impôts quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le *trust* » entrent dans le champ de l'impôt sur le revenu à l'exclusion des produits non distribués qui sont réinvestis dans le *trust*.

Ainsi, la part prélevée sur l'actif est taxée au titre des droits de mutation à titre gratuit alors que celle provenant des produits est imposée à l'impôt sur le revenu.

§ 6 – Registre public des trusts

856. **Registre public.** L'article 1649 AB du Code général des impôts a créé un « Registre public des *trusts* » recensant les *trusts* dont un au moins des constituants ou bénéficiaires ou administrateur a son domicile fiscal en France ou qui comprennent un bien ou un droit qui y est situé.

Ce registre contient l'information sur l'ensemble des *trusts* générant des conséquences fiscales sur le territoire français. Il est accessible sur internet depuis le 30 juin 2016.

Il permet de déterminer l'identité des personnes bénéficiaires et des sociétés composant ces entités juridiques.

Le conseil constitutionnel a jugé que le registre public des trusts portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée en donnant un accès entièrement libre aux informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il a déclaré contrairement à la constitution les dispositions de l'article 1649 AB, alinéa 2 du CGI (QPC 21 octobre 2016, n°2016-591).

Chapitre III – Les investissements immobiliers par des étrangers en France

Section I – La taxe de 3% sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n’y ayant pas leur siège social

857. **Taxe de 3 %.** Le dispositif de la taxe annuelle de 3 % sur les immeubles est contenu aux articles 990 D à 990 G du Code général des impôts.

§ 1 – Champ d’application

858. **Assujettis.** Les entités juridiques françaises ou étrangères qui détiennent directement ou par entité interposée un ou plusieurs immeubles sis en France sont redevables d’une taxe annuelle sur la valeur vénale de ces immeubles ou des droits réels immobiliers.

Sont concernées par ladite taxe les entités juridiques françaises ou étrangères suivantes :

- les personnes morales ;
- les organismes ;
- les fiducies ou autres institutions comparables.

Constitue une entité interposée toute entité juridique détenant une participation dans une autre personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable, propriétaires de biens immeubles sis en France ou de droits réels s’y rapportant :

- soit directement (interposition simple) ;
- soit indirectement (interposition multiple).

Lorsque le bien appartient à une entité constituant le premier niveau d’une succession de participations, le redevable de la taxe est l’entité non exonérée constituant le niveau le plus proche de l’immeuble. Si elle est exonérée de la taxe, il faut alors remonter au palier supérieur afin de procéder à la taxation.

La taxe de 3 % n’est pas déductible de l’impôt sur le revenu et de l’impôt sur les sociétés. Elle n’est pas libératoire de l’impôt sur le revenu et de l’impôt sur les sociétés.

859. **Non-assujettis.** Sont exclues du champ d’application les personnes suivantes :

- les États souverains et autres organisations territoriales, leurs subdivisions politiques et territoriales, ainsi que leurs fiducies, personnes morales ou institutions qu’ils contrôlent majoritairement ;
- les personnes morales, organismes et fiducies dont les immeubles sis en France représentent moins de 50 % des actifs français détenus directement ou indirectement ;
- les actions, parts et autres droits appartenant à ces mêmes entités, à condition qu’ils fassent l’objet de négociation sur un marché réglementé ;
- les personnes morales détenues partiellement ou non par ces entités ;
- les personnes morales ci-après, si leur siège est situé dans un pays de l’Union européenne, dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale de lutte contre la fraude, ou dans un État partie à un traité comportant une clause d’égalité de traitement :
 - les personnes morales, organismes, fiducies dont la quote-part du ou des immeubles sis en France (ou des droits réels) est inférieure à 100 000 € ou à 5 % de la valeur vénale desdits biens ou droits,
 - lesdites entités lorsqu’elles ont pour objectif la gestion des régimes de retraite, ainsi que les groupements reconnus d’utilité publique, ou dont la gestion est désintéressée,
 - ces mêmes entités lorsqu’elles prennent, dans un délai de deux mois à compter de l’acquisition de l’immeuble ou de la participation l’engagement de communiquer à

l'administration certaines informations concernant les biens et les actionnaires associés ou autres personnes détenant plus de 1 % des actions, parts ou droits,

- ces mêmes entités lorsqu'elles souscrivent chaque année une déclaration n° 2746,
- les sociétés civiles immobilières non transparentes ayant leur siège en France et qui souscrivent une déclaration n° 2072, ainsi que celles qui en sont dispensées (limitation de l'objet social à la seule mise à disposition à titre gratuit des logements au profit des associés),
- les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPPICAV) et les fonds de placement immobilier (FPI) et les organismes étrangers équivalents.

860. **Biens taxables.** La taxe est due en cas de détention directe ou non des immeubles ou droits réels portant sur des immeubles situés en France.

Ne sont pas concernés les biens constituant les stocks des personnes morales exerçant une activité de marchand de biens ou de promoteur constructeur.

§ 2 – Modalités d'imposition

861. **Taux.** Le taux de la taxe annuelle sur les immeubles est de 3 %.

862. **Fait générateur.** L'impôt est dû à raison des immeubles ou droits réels immobiliers possédés au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

863. **Obligations déclaratives/paiement.** Les redevables sont tenus de souscrire en double exemplaire une déclaration n° 2746. Cette déclaration doit être déposée avant le 16 mai de chaque année. Elle doit s'accompagner du paiement de la taxe.

Le lieu de dépôt compétent est déterminé par l'article 121 K ter de l'annexe IV du Code général des impôts.

Le paiement de la taxe n'est pas libératoire de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

Le recouvrement s'effectue selon les règles, sanctions et garanties applicables aux droits d'enregistrement.

Section II – Les plus-values immobilières des non-résidents

864. **Principes.** Sous réserve des conventions internationales, les plus-values immobilières réalisées par des non-résidents, personnes physiques ou personnes morales, sont imposées dans les conditions et suivant les modalités définies par l'article 244 *bis* A du Code général des impôts. Les plus-values réalisées à titre occasionnel par des contribuables domiciliés hors de France lors de cessions d'immeubles ou de titres de sociétés non cotées à prépondérance immobilière sont soumises à un prélèvement.

À défaut de convention fiscale, le prélèvement s'opère sans aucune limite. Toutefois, même en présence de convention, il faut vérifier que cette dernière autorise la France à taxer ces plus-values.

865. **Prélèvements sociaux.** Les prélèvements sociaux sont après plusieurs soubresauts récents, de nouveau dus par les non-résidents.

§ 1 – Droit interne

A – Le champ d’application du prélèvement

1°) Les personnes concernées

a) Les personnes imposables

866. **Champ d’application.** Sous réserve des conventions internationales, le prélèvement s’applique à toute cession d’un immeuble ou d’un droit assimilé par :

- une personne physique non domiciliée en France ;
- une personne morale ou organisme ayant son siège social hors de France ;
- des sociétés de personnes dont le siège est situé en France et qui relèvent de l’article 8 du CGI, de l’article 8 Bis du CGI et de l’article 8 Ter du CGI, au prorata des droits détenus par des associés qui ne sont pas fiscalement domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France ,
- des fonds de placement immobilier, au prorata des parts détenues par des porteurs qui ne sont pas fiscalement domiciliés en France ou dont le siège est situé hors de France.

867. **Les personnes physiques.** Le prélèvement s’applique aux seules personnes physiques ayant leur domicile fiscal hors de France, au sens de l’article 4 B du Code général des impôts. Sont donc des non-résidentes les personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France. C’est au jour de la cession qu’il convient d’apprécier la notion de résidence fiscale.

Si les personnes ont leur domicile fiscal en France, les plus-values qu’elles réalisent à titre occasionnel en cas de cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis, de droits relatifs à ces biens et des parts de sociétés à prépondérance immobilières, sont passibles de l’impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux articles 150 U à 150 VH du Code général des impôts.

Lorsque les personnes ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l’article 4 B du CGI, les plus-values qu’elles réalisent à l’occasion de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis, de droits relatifs à ces biens et de titres de sociétés à prépondérance immobilières, sont passibles de l’impôt sur le revenu dans les conditions prévues à l’article 244 bis A du CGI.

868. **Personnes morales ou organismes.** Le prélèvement s’applique aux personnes morales non-résidentes (sociétés de capitaux, sociétés de personnes, *partnerships* dotés de la personnalité morale, etc.), aux organismes non-résidents, de toute nature, même s’ils ne sont pas dotés de la personnalité morale (trusts, associations, caisses de retraite, fonds de pension, fiducies, *partnerships*, etc.).

869. **Sociétés de personnes françaises au prorata des droits détenus par les associés non-résidents.** Le prélèvement prévu à l’article 244 *bis* A du Code général des impôts s’applique aux sociétés ou groupements dont le siège social est situé en France et qui relèvent des articles 8, 8 *bis* et 8 *ter* du même code, au prorata des droits sociaux détenus par des associés qui ne sont pas fiscalement domiciliés en France ou dont le siège est situé hors de France.

Le prélèvement est, le cas échéant, acquitté sous la responsabilité d’un représentant fiscal.

870. **Fonds de placement immobilier au prorata des parts détenues par les porteurs non-résidents.** Le prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI s'applique aux fonds de placement immobilier (FPI) mentionnés à l'article 239 nonies du CGI au prorata des parts détenues par des porteurs qui ne sont pas domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France.

b) Les personnes exonérées

871. **Principes.** Les exonérations concernent les non-résidents relevant de l'impôt sur le revenu qui bénéficient, en cas de cessions d'immeubles, des mêmes exonérations que les résidents, à l'exception de l'exonération sur la résidence principale.

872. **Organismes et États étrangers.** Les organisations internationales, les États étrangers, les banques centrales et les institutions financières publiques de ces États sont exonérés dans les conditions prévues à l'article 131 *sexies* du Code général des impôts (CGI, art. 244 bis-A-I) ;

873. **Personnes qui exploitent une entreprise en France.** Les personnes physiques ou morales ou des organismes qui ont leur domicile fiscal/siège social hors de France, mais qui exploitent en France une entreprise industrielle, commerciale ou agricole ou y exercent une profession non commerciale à laquelle ces immeubles sont affectés (CGI, art. 244 bis-A-I).

Les immeubles doivent être inscrits, selon le cas, au bilan ou au tableau des immobilisations établis pour la détermination du résultat imposable de cette entreprise ou de cette profession. En pratique, les contribuables concernés doivent indiquer sur la déclaration de plus-values immobilières n°2048-IMM-SD (Cerfa n°12359) la mention « Néant – Plus-values Professionnelles » et doivent, justifier, à l'appui de cette déclaration, du respect des conditions prévues pour l'application de cette disposition.

La location d'immeubles (nue, meublée ou équipée) n'est pas considérée comme l'exploitation d'une entreprise industrielle, commerciale ou agricole ou l'exercice d'une profession non commerciale au sens de l'article 244 bis A du CGI. Au sens de cet article, les immeubles affectés à l'exercice de l'activité industrielle, commerciale ou agricole ou l'exercice d'une profession non commerciale du cédant s'entendent exclusivement des moyens permanents d'exploitation de cette activité.

Si l'immeuble objet de la cession est inscrit sans être affecté à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou agricole ou l'exercice d'une profession non commerciale, le prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI est dû, sans préjudice de l'imposition de la plus-value réalisée selon le régime des plus-values professionnelles. Par conséquent, l'imposition à l'impôt sur les sociétés ne dispense pas le cédant du paiement prévu à l'article 244 bis A du CGI.

874. **Titulaires de pensions de vieillesse ou de la carte d'invalidité.** Les titulaires de pensions de vieillesse ou de la carte d'invalidité ne rentrent pas dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu afférent à la plus-value, dès lors qu'ils remplissent les conditions suivantes :

- ils ne sont pas passibles de l'impôt de solidarité sur la fortune au titre de l'avant-dernière année précédant celle de la cession ;

- le revenu fiscal de référence de l'avant-dernière année précédant celle de la cession n'excède pas la limite prévue au I de l'article 1417 du CGI, appréciée au titre de cette année (article 150, U, III du CGI).

Il résulte de l'article 244 *bis*, A, II, 2° du Code général des impôts que cette exonération ne s'applique en principe qu'aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, de l'Islande, de la Norvège ou du Liechtenstein. L'administration fiscale admet néanmoins d'accorder la même exonération aux ressortissants de certains autres États susceptibles d'invoquer le principe de non-discrimination. Pratiquement, il s'agit de tous les États ayant conclu une convention internationale évitant la double imposition, à l'exception notamment des suivants : Arabie Saoudite, Australie, Bahreïn, Mayotte, Koweït, Oman, Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Zélande, Katar et Vietnam.

875. **Sociétés à prépondérance immobilière.** S'agissant de la cession de titres sociaux à prépondérance immobilière, l'exonération ne peut résulter que de l'application de l'abattement pour durée de détention.

L'exonération pour les titulaires de pensions de vieillesse ou de carte d'invalidité ne s'applique pas à l'associé d'une société qui relève de l'article 8 du CGI, l'article 8 Bis et l'article 8 ter du CGI dès lors que la plus-value, partiellement imposée à son nom, a été réalisée non par lui personnellement mais par la société propriétaire des immeubles cédés.

2°) Immeubles ou droits immobiliers imposables

876. **Champ d'application.** Sous réserve des conventions internationales, le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI, s'applique aux plus-values immobilières de source française définies aux e bis et e ter de l'article 164 B du CGI, réalisées lors de la cession des biens et droits visés au 3 du I de l'article 244 bis A du CGI.

a) Les biens imposables

1. En ce qui concerne les biens et droits immobiliers

877. **Champ d'application.** Le prélèvement frappe les plus-values survenues à l'occasion de la cession à titre onéreux de tous les immeubles bâtis ou non sis en France, ainsi que tous les droits réels immobiliers (usufruit, nue-propriété, servitudes, droit de surélévation, mitoyenneté, bail emphytéotique, droit réel conventionnel de jouissance, ect.). Sont exonérés les immeubles affectés à une exploitation professionnelle en France, ainsi que la fraction des droits portant sur ces biens.

Les droits réels relevant d'un droit étranger comparable aux droits réels immobiliers ci-dessus définis rentrent également dans le champ d'application du prélèvement.

2. En ce qui concerne les titres sociaux

878. **Champ d'application.** Le prélèvement s'applique également aux titres sociaux suivants :

- les parts de fonds de placement immobilier (FPI) mentionnés à l'article 239 *nonies* du Code général des impôts ou de fonds étrangers équivalents qui ont un objet équivalent et sont de forme similaire aux FPI français, à condition que l'actif de ces fonds (français ou étrangers) soit principalement constitué de biens ou droits immobiliers situés en France (CGI, art. 244 *bis* A, I-3-b et e) ;

- les parts, actions ou autres droits de sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC), d'actions de sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPPICAV), d'actions de structures étrangères équivalentes (CGI, art. 244 bis A, I-3-d et f) ;
- les parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière cotées sur un marché français ou étranger, lorsque le cédant détient directement ou non au moins 10 % du capital de la société dont les parts ou actions sont vendues (CGI, art. 244 bis A, I-3-g) ;
- les parts, actions et droits dans des organismes non cotés à prépondérance immobilière autres que les FPI, les SIIC, les SPPICAV ou organismes étrangers de droit équivalent (CGI, art. 244 bis A, I-3-h).

Afin de déterminer si la plus-value réalisée forme un revenu de source française, il convient d'apprécier la constitution, à prépondérance immobilière ou non, et le lieu de situation, en France ou à l'étranger, de l'actif de la société ou de l'organisme dont les titres ou autres droit sont cédés.

879. Appréciation de la prépondérance immobilière. Le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI s'applique lorsque la société, cotée ou non, dont les parts, actions ou autres droits sont cédés est à prépondérance immobilière en France au titre de la période de référence.

Si la société n'est pas à prépondérance immobilière en France, le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI, n'est pas applicable. Il convient alors de se référer aux dispositions de l'article 164 B du CGI et, le cas échéant, aux régimes prévus notamment à l'article 244 bis B du CGI et à l'article 244 bis C du CGI ou aux règles applicables en matière d'impôt sur les sociétés.

Sont considérés comme à prépondérance immobilière, les sociétés ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont l'actif est constitué principalement, soit pour plus de 50% de sa valeur, directement ou indirectement, de biens immobiliers ou droits portant sur ces biens, parts, actions ou autres droits de sociétés elles-mêmes à prépondérance immobilière, non affectés à leur propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.

880. Pour apprécier la constitution de l'actif, il convient de comparer :

- la valeur vénale des immeubles situés en France, à l'exception de ceux affectés par la société ou l'organisme à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice non commerciale. Sont également pris en compte les titres de sociétés elles-mêmes à prépondérance immobilière inscrits à l'actif de la société dont les parts, actions ou autres droits sont cédés ;
- la valeur vénale de la totalité des éléments de l'actif social mondial, y compris les immeubles affectés ou non affectés à l'exploitation.

881. Période de référence pour les sociétés ou organismes autres que les FPI, SIIC, SPPICAV et leurs équivalents étrangers. Sont considérées à prépondérance immobilière, les sociétés ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont l'actif a été constitué, à la clôture des trois dernières années précédant la cession, pour plus de 50 %, directement ou indirectement, d'immeubles ou de droits portant sur des immeubles non affectés à leur propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.

Si la société dont les parts, actions ou autres droits cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession.

882. **Période de référence pour les FPI, SIIC, SPPICAV et leurs équivalents étrangers.** La composition de l'actif de ces fonds et sociétés, ou de leurs équivalents étrangers, est appréciée à la date de la cession.

883. **Seuil minimum de détention du capital.** Le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI s'applique pour certaines cessions lorsque le cédant détient directement ou indirectement au moins 10% du capital de la société dont les titres ou autres droits sont cédés.

Ce seuil minimum de détention concerne les plus-values résultant de la cession :

- de parts, d'actions ou d'autres droits de SIIC ou de SPICCAV et de leurs équivalents étrangers (article 244 bis A, I-3-c, d, f) ;
- de parts ou d'actions de sociétés cotées sur un marché français ou étrangers, autres que les SIIC ou leurs équivalents étrangers (article 244 bis, A, I-3-g du CGI).

Le seuil de 10% s'entend de la répartition des actions, parts, droits financiers ou droits de vote, et s'apprécie au jour de la cession.

Il est pris en compte seulement la détention du cédant. Celle des autres membres du foyer fiscal ou du groupe familial ne le sont pas.

b) Les biens exonérés

884. **Cession d'usufruit temporaire.** Il résulte de l'article 13, 5 du CGI, que les premières cessions à titre onéreux d'usufruit temporaire ne relèvent pas des plus-values immobilières relevant de l'article 244 bis A du CGI, mais de la catégorie à laquelle elle 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.

885. **Exonération des résidents bénéficiant aux non-résidents.** Les exonérations prévues par l'article 150 U II-2° à 9° sont applicables aux cessions réalisées par des contribuables fiscalement domiciliés hors de France.

Dès lors, sont exonérés les plus-values provenant la cession des biens immobiliers ou de droits relatifs à des ces biens :

- pour lesquels une déclaration d'utilité publique a été prononcée en vue d'une exploitation lorsque la condition de remploi est satisfaite (article 150 U, II-4° du CGI) ;
- échangés dans le cadre d'une opération de remembrement ou assimilés (article 150 U, II-5° du CGI) ;
- dont le prix de cession est inférieur ou égal à 15.000 € (article 150 U, II-6° du CGI) ;
- cédés du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2015, directement ou indirectement, au profit d'organisme en charge du logement social (article 150 U, II-7° et 8° du CGI) ;
- détenus à l'issue d'une durée conduisant à une exonération par l'effet de l'abattement pour durée de détention prévu par l'article 150 VC du CGI.

Il existe une exonération temporaire pour les plus-values réalisées lors de la cession d'un droit de surélévation (article 150 U, II-9° du CGI) ;

Corrélativement, ces non-résidents ne peuvent bénéficier de l'exonération applicable en matière de résidence principale.

886. **Titres de sociétés à prépondérance immobilière.** En cas de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière, l'exonération résultera de l'application des abattements pour durée de détention de l'article 150 VC du CGI.

887. **Exonération au titre de la cession d'un logement situé en France pour des non-résidents.** En application de l'article 150 U, II-2° du Code général des impôts, sont exonérées les plus-values réalisées lors de la cession de l'habitation en France des personnes physiques, non-résidentes, ressortissantes d'un État de l'Espace économique européen ou d'un autre État si elles peuvent invoquer le bénéfice d'une clause de non-discrimination.

L'exonération ne s'applique pas aux plus-values réalisées par une personne morale. Les cessions réalisées par une société de personnes ne rentrent donc pas dans le champ d'application du dispositif alors même que les associés satisfont aux autres conditions prévues par la loi.

L'exonération ne s'applique pas aux plus-values réalisées par un contribuable domicilié en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts. Cette condition s'apprécie au jour de la cession.

L'exonération ne s'applique pas aux plus-values réalisées par un contribuable ressortissant d'un État autre que ceux membres de l'Union européenne. Il en va ainsi même s'il est résident d'un État membre de cette Union. Dès lors, l'exonération s'applique à un Allemand demeurant au Canada, mais non à un Canadien demeurant en Allemagne.

L'exonération s'applique aussi aux contribuables ressortissants d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la France et l'évasion fiscale.

La qualité de ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou assimilé s'apprécie à la date de la cession de biens.

L'exonération ne s'applique que lorsque le contribuable détient directement son habitation en France. Par suite, le bénéfice de l'exonération prévue au 2° du I de l'article 150 U du Code général des impôts n'est pas admis :

- en cas de cession de l'habitation en France des non-résidents par l'intermédiaire d'une société ;
- en cas de cession par l'associé non-résident d'une société à prépondérance immobilière qui détient à son actif l'habitation en France de celui-ci.

Cette exonération s'applique également aux dépendances immédiates et nécessaires de la résidence.

La loi de finances pour 2014 a étendu le champ d'application de l'exonération particulière de l'article 150 U, II-2° du Code général des impôts. Désormais, l'exonération s'applique :

- lorsque la cession intervient au plus tard le 31 décembre de la cinquième année suivant celle du transfert de son domicile hors de France ;
- sans condition de délai, lorsque le cédant a la libre disposition du bien au moins depuis le 1^{er} janvier de l'année précédant la cession.

L'exonération s'applique que si le cédant a été fiscalement domicilié en France de manière continue au moins deux ans à un moment quelconque antérieurement à la cession.

L'exonération est plafonnée à 150 000 € de plus-value nette imposable.

Pour les cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2014, l'exonération est limitée à la seule fraction de la plus-value nette imposable ou inférieure ou égale à 150 000 €. Par conséquent, la fraction de la plus-value nette est imposable dans les conditions de droit commun.

Le plafonnement s'applique lorsque la cession porte sur l'habitation en France des non-résidents ou sur un logement qu'ils donnent en location.

Au niveau des obligations déclaratives, aucune déclaration de plus-values immobilières ne doit être déposée lorsque la plus-value réalisée est inférieure ou égale au plafonnement de 150 000 € et donc exonérée en totalité. Dans cette hypothèse, conformément à l'article 150 VG III du Code général des impôts, la nature et le fondement de l'exonération doivent être mentionnés dans l'acte de cession soumis à la formalité fusionnée.

Lorsque la plus-value nette taxable est supérieure au plafond de 150 000 €, il convient de porter dans l'acte la nature et le fondement de l'exonération partielle.

Lorsque les non-résidents ont déjà bénéficié du régime d'exonération entre 2006 et 2013 lors d'une précédente cession de leur habitation en France, ils ne peuvent bénéficier de ce dispositif.

B – Les modalités de calcul et de recouvrement du prélèvement

888. **Principes.** Les règles d'assiette du prélèvement prévu à l'article 244 *bis* A du Code général des impôts, diffèrent selon que celui-ci est dû par un contribuable assujetti à l'impôt sur le revenu ou par une personne morale assujettie à l'impôt sur les sociétés.

Les taux d'imposition varient selon le lieu de domicile du cédant et sa qualité.

1°) Les modalités de calcul du prélèvement

a) Cédant assujetti à l'impôt sur le revenu

889. **Règles des résidents.** Lorsque le prélèvement est dû par des contribuables assujettis à l'impôt sur le revenu, les plus-values sont déterminées selon les modalités définies au II de l'article 244 *bis* A du Code général des impôts.

Qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une société de personnes, les plus-values soumises au prélèvement prévu par l'article 244 *bis* A du Code général des impôts sont en principe déterminées dans les mêmes conditions que pour les contribuables résidant en France. Dès lors, les modalités de détermination de la plus-value réalisée par les contribuables domiciliés en France prévues aux articles 150 V, 150 VA, 150 VB, 150 VC et 150 VD sont applicables aux plus-values réalisées par des non-résidents.

Les frais d'agrément, les honoraires de représentation fiscale incombant au cédant viennent en diminution du montant du prix de cession.

890. **Sursis d'imposition.** Les plus-values d'échange de titres de sociétés à prépondérance immobilière peuvent bénéficier du sursis d'imposition prévu par l'article 150-U B du Code général des impôts.

Il s'agit des plus-values réalisées dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés (article 150 UB, II du CGI), et de la prorogation des reports d'imposition accordés avant le 1^{er} janvier 2000 en cas d'enchaînement avec un sursis d'imposition (article 150 UB, III du CGI).

Ce régime de sursis est également applicable aux cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés qui sont ou non admises à la cote d'une bourse française ou étrangère (parts, actions ou autres droits de ces sociétés ou de FPI, SIIC ou SPICAV ou de leurs équivalents étrangers).

891. **Prélèvement libératoire.** Le prélèvement est, en outre, libératoire de l'impôt sur le revenu.

b) Cédant assujetti à l'impôt sur les sociétés

892. **Modalités de calcul.** Les modalités de calcul du prélèvement sur les plus-values des personnes morales non assujetties à l'impôt sur le revenu sont fixées par le III de l'article 244 bis A du Code général des impôts.

Lorsque le cédant est un organisme ou une personne morale assujettie à l'impôt sur les sociétés, les modalités d'impositions diffèrent selon le lieu de sa résidence.

893. Si le cédant réside dans un État membre de l'Union européenne, ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative pour la lutte contre la fraude fiscale, la plus-value est calculée dans les mêmes conditions que pour les contribuables personnes morales résidant en France à la date de la cession.

Si le cédant réside dans un État hors de l'Union européenne et hors de l'Espace économique européen, ou dans un État non coopératif, la plus-value est déterminée par la différence entre le prix de cession du bien et son prix d'acquisition.

Il est appliqué, pour les immeubles bâtis, une diminution de 2 % de son montant par année entière de détention. Le prix d'acquisition peut être augmenté des dépenses de construction, reconstruction ou agrandissement présentant le caractère d'immobilisations par nature, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées par la présentation de factures et des justificatifs de paiement, que le cédant les ait lui-même effectivement supportées et qu'elles n'aient pas déjà été prises en compte pour la détermination du revenu imposable.

894. **Imputation.** Le prélèvement est imputable sur l'impôt sur les sociétés.

2°) La liquidation du prélèvement

a) Taux du prélèvement

895. **Différents taux.** Les plus-values réalisées par des non-résidents lors de la cession de biens immobiliers situés en France, de droits portant sur de tels biens et de parts, d'actions ou d'autres droits dans des sociétés ou organismes, quelle qu'en soit la forme, à prépondérance immobilière française, sont soumises au prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI selon les taux prévus au III bis de ce même article.

896. **Taux de droit commun.** Le taux de droit commun du prélèvement applicable aux cessions relevant du champ d'application de l'article 244 bis A du CGI est déterminé par référence au taux normal de l'impôt sur les sociétés défini par l'article 219-I du CGI.

897. Le taux de droit commun du prélèvement est donc de 33,1/3%. Il s'applique sous réserve des taux dérogatoires ci-après.

898. **Taux dérogatoires.** L'article 244 bis A, III bis du CGI instaure un taux de 19% pour les plus-values réalisées par :

- les personnes physiques ;
- les sociétés, groupements ou organismes dont les bénéficiaires sont imposés au nom des associés, au prorata des droits détenus par des associés personnes physiques ;
- les fonds de placement immobilier mentionnés à l'article 239 nonies du CGI, au prorata des parts détenues par des porteurs personnes physiques. Il est précisé qu'il peut s'agir d'un fonds placement immobilier français ou d'un organisme de droit étranger ayant un objet équivalent et une forme similaire aux FPI français.

Selon l'article 244 bis, III du CGI, lorsque le cédant est une personne morale résidente d'un État membre de l'Union Européenne ou d'un autre État ou territoire partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI, les taux du prélèvement sont alignés sur les taux de l'impôt sur les sociétés applicables à la date cession aux personnes morales résidentes de France.

b) Prélèvements sociaux

899. **Prélèvements sociaux.** Pour mémoire, la deuxième loi de finances rectificative pour 2012⁴³³ avait soumis les non-résidents aux prélèvements sociaux sur les revenus patrimoniaux perçus en France.

Dans son arrêt du 26 février 2015⁴³⁴, la Cour de Justice de l'Union Européenne avait condamné ces prélèvements sociaux applicables aux revenus immobiliers provenant de biens situés en France perçu par une personne affiliée à un régime de sécurité sociale dans un autre État membre de l'Union Européenne.

Le Conseil d'État s'est rallié dans sa décision du 29 juillet 2015 à l'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne et a déchargé le contribuable, relevant uniquement d'un régime de sécurité sociale, des prélèvements sur les revenus du patrimoine.

A l'Automne 2015, l'Administration a déclaré que conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, les services de la publicité foncière et les services de l'enregistrement n'exigeaient plus la liquidation des contributions sociales pour les personnes domiciliées au sein de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen ainsi que la Suisse.

Puis, l'article 24 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016⁴³⁵ qui a été validée par le Conseil constitutionnel, a modifié l'affectation budgétaire des prélèvements sociaux sur les revenus du capital pour l'ensemble des contribuables à compter de 2016. Suite à cette modification de l'affectation budgétaire, les personnes non-résidents sont de nouveau redevables à compter de 2016, des prélèvements sociaux sur les plus-values immobilières et les revenus fonciers.

⁴³³ Article 29 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012 (n°2012-958 du 16 août 2012)

⁴³⁴ Affaire De Ruyter

⁴³⁵ Loi du 21 décembre 2015, n°2015.1702

Les prélèvements sociaux sont soumis aux mêmes règles que le prélèvement de l'article 244 bis A du Code général des impôts, pour la détermination de l'assiette, le contrôle, le recouvrement et les sanctions.

900. **Réclamations.** Le Conseil d'État⁴³⁶ a jugé, le 15 avril 2016, que les réclamations relatives à ce prélèvement peuvent être présentées dans le délai de deux ans prévu à l'article R. 196-1, alinéa 3-b du Livre des procédures fiscales, alors même que l'imposition est qualifiée de prélèvement au sens de l'article R. 196-1, alinéa 7-b du Code général des impôts et que son versement n'est pas effectué par le contribuable lui-même. Dès lors, au niveau pratique, les prélèvements versés en 2014 peuvent faire l'objet de la part du contribuable d'une demande de restitution partielle à concurrence de la différence entre les taux de 33,1/3 % jusqu'au 31 décembre 2016.

3°) Les obligations déclaratives du contribuable

901. **Déclarations.** Les non-résidents doivent s'acquitter du prélèvement au jour de l'accomplissement de la formalité d'enregistrement ou, à défaut, dans le mois de la cession, et ce au moyen de la déclaration n° 2048 IMM pour les immeubles ou de la déclaration n° 2048 M pour les parts de sociétés à prépondérance immobilière.

902. **Dispense.** Les personnes physiques sont dispensées de souscrire une déclaration lorsque la plus-value est exonérée :

- au titre de la durée de détention du bien en application des dispositions de l'article 150 VC du Code général des impôts ;
- en vertu d'un prix de cession n'excédant pas 15 000 €. Cette dispense ne s'applique pas en cas de cession de titres, dès lors que, en application des dispositions prévues à l'article 150 UB du Code général des impôts, ces cessions de titres ne peuvent bénéficier de l'exonération tenant au montant de la cession.

En cas de dispense de dépôt de déclaration n° 2048 IMM ou n° 2048 M, il appartient au notaire de mentionner dans la rubrique « Déclarations fiscales » de l'acte de vente, le motif de celle-ci. À défaut, les services de la publicité foncière ou de l'enregistrement doivent refuser la formalité au motif du défaut de dépôt de la déclaration de plus-value n° 2048 IMM ou n° 2048 M.

903. **Représentant.** Tout cédant est tenu de faire état sur la déclaration d'un représentant en France (banque, acheteur, organisme habilité, particulier agréé par l'administration fiscale), lequel s'engage à remplir les formalités et à acquitter le prélèvement pour le compte du non-résident (CGI, ann. II, art. 171 *quater*).

La désignation d'un représentant fiscal n'est pas nécessaire dans les cas suivants⁴³⁷ :

- si la plus-value est exonérée compte tenu de la durée de détention du bien ;
- si le prix de cession est inférieur à 150 000 €. Si les associés d'une société de personnes française sont des personnes physiques, le seuil des 150 000 € s'apprécie en additionnant l'ensemble des quotes-parts correspondant aux droits de l'ensemble des associés non résidents.

Dans tous les cas, la formalité de l'enregistrement ne pourra être valablement passée que si figurent dans l'acte de vente les informations prévues par l'article 150 VG III du Code général des impôts et de l'article 74 SJ de l'annexe III du même code.

⁴³⁶ CE, 15 avr. 2016, n° 385737 : RJF 33/2016, 13, p. 14.

⁴³⁷ Instr. 8 M-1-05, fiche 14, n° 52.

Afin de mettre les règles relatives à la représentation fiscale en conformité au droit de l'Union européenne, l'article 62 de la seconde loi de finances rectificative pour 2014 supprime, pour les résidents fiscaux des États membres de l'UE autres que la France, de l'Islande et de la Norvège :

- l'obligation, sur demande de l'Administration, de désigner un représentant fiscal en matière d'IR, d'ISF, d'IS et de taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles possédés en France ;
- l'obligation d'une telle représentation en matière de taxation des plus-values mobilières et immobilières (prélèvements des articles 244 bis A et B, taxe sur la plus-value en cas de cession d'un terrain nu devenu constructible).

Ces dispositions s'appliquent :

- à compter des revenus de l'année 2014 en matière d'impôt sur le revenu ;
- à l'impôt de solidarité sur la fortune dû à compter de 2015 ;
- à l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2014 ;
- aux plus-values mobilières et immobilières réalisées au titre des cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2015 ;
- aux cessions d'immeubles intervenues à compter du 1^{er} janvier 2015 en matière de taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France (art. 62, II).

904. **Sanctions.** Toute infraction commise en matière de prélèvement donne lieu à la perception d'une amende fiscale égale à 25 % du montant des droits non acquittés.

C – Caractère libératoire du prélèvement

905. **Principes.** Le caractère libératoire du prélèvement défini par l'article 244 bis A du CGI varie selon que le cédant est un assujetti à l'impôt sur le revenu ou non.

906. **Cédant assujetti à l'impôt sur le revenu.** Le prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI libère les contribuables qui ne sont pas en France au sens de l'article 4 B du CGI, de l'impôt sur le revenu dû au titre des sommes qui ont supporté ce prélèvement.

Ce prélèvement a un caractère définitif. Les revenus correspondant sont exclus de plein droit du revenu global soumis à l'impôt sur le revenu en vertu du barème progressif. Le montant du prélèvement n'est pas imputable sur le montant de l'impôt sur le revenu.

907. **Cédant non assujetti à l'impôt sur le revenu.** Lorsque le cédant n'est pas assujetti à l'impôt sur le revenu, le prélèvement n'est pas libératoire de l'impôt.

Le prélèvement s'impute sur le montant de l'impôt sur les sociétés dû en France, au titre de l'exercice fiscal de réalisation de la plus-value, par la personne morale non-résidente, à raison de l'ensemble des produits dont l'imposition est réservée à la France par les conventions fiscales internationales.

Si le prélèvement est supérieur à l'impôt dû, l'excédent est restitué aux seules sociétés résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non-coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI (article 244 bis A V du CGI).

§ 2 - Droit conventionnel

908. **Principes.** Généralement, les conventions posent le principe selon lequel les gains en capital sont imposables dans l'État de la résidence du cédant. Elles prévoient toutefois certaines exceptions à ce principe.

909. **Biens immobiliers ou droits relatifs à des biens immobiliers.** Ainsi, les plus-values de cession de biens immobiliers (bâti ou non bâti) ou de droits relatifs à des biens immobiliers (usufruit, nue-propriété, servitudes, droit de surélévation, mitoyenneté, etc.) sont imposables dans l'État où les biens sont situés.

Les sociétés visées à l'article 1655 ter du CGI étant réputées ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres, les cessions de droits sociaux consenties par ces derniers ont donc pour objet, non des droits immobiliers corporels, mais les biens eux-mêmes, représentés par les actions ou parts cédées. En principe, la cession des actions ou parts de ces sociétés constitue une vente du local à la jouissance ou à la propriété duquel lesdites actions ou parts donnent vocation. En conséquence, cette vente, soumise au régime fiscal des ventes d'immeubles, est en général imposable dans l'État où les biens représentés par les actions ou parts cédées sont situés.

De nombreuses conventions fiscales attribuent expressément à la France le droit d'imposer les plus-values de cession de parts, actions ou autres droits dans des sociétés non cotées (ayant ou non leur siège social en France) à prépondérance immobilière en France, au sens du droit interne.

Lorsqu'aucune convention fiscale ne fait obstacle à l'application du droit interne, les personnes physiques qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B du CGI sont soumises au prélèvement prévu à l'article 244 bis A du même code, sur les plus-values résultant de la cession d'immeubles, de droits immobiliers ou d'actions et parts de sociétés non cotées en bourse dont l'actif est constitué pour plus de la moitié par de tel biens et droits.

Lorsqu'aucune convention fiscale ne fait obstacle à l'application du droit interne, les personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B du CGI ou les personnes morales ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont le siège social est situé hors de France sont soumises au prélèvement d'un tiers, prévu à l'article 244 bis A du même code, sur les plus-values résultant de la cession d'immeubles, de droits immobiliers ou d'actions et parts de sociétés non cotées en bourse dont l'actif brut est constitué pour plus de la moitié par de tel biens et droits⁴³⁸.

⁴³⁸ Réponse à QE n°12117 de M. Jean-Louis MASSON, JO Sénat du 28 juillet 2005

Section III – Taxes sur les plus-values immobilières

910. Les taxes sur les plus-values immobilières pour les contribuables domiciliés hors de France. En ce qui concerne les contribuables domiciliés hors de France, la taxe s'applique aux plus-values immobilières réalisées par les contribuables redevables de l'impôt sur le revenu non fiscalement domiciliés en France, mais qui sont soumis au prélèvement de l'article 244 bis A du CGI.

En conséquence sont redevables de la taxe sur les plus-values immobilières élevées :

- les personnes physiques qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B du CGI, à l'exception des titulaires de pensions de vieillesse ou de la carte d'invalidité qui respectent les conditions prévues au premier alinéa du 2° du II de l'article 244 bis A du CGI ;
- les personnes morales ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont les bénéficiaires sont imposés au nom des associés personnes physiques et dont le siège est situé hors de France ;
- les sociétés ou groupements dont le siège social est situé en France et qui relèvent de l'article 8 du CGI, l'article 8 bis du CGI et l'article 8 ter du CGI, au prorata des droits sociaux détenus par des associés passibles de l'impôt sur le revenu qui ne sont pas domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France.

Section IV – Taxation forfaitaire des non-résidents sur la valeur locative de leur habitation

§ 1 – Rappel du dispositif de l'article 164 C du CGI

911. **Dispositif.** L'article 164 C du CGI prévoyait à la charge des non-résidents une imposition forfaitaire sur le revenu fixé au triple de la valeur locative des résidences détenues en France.

Cette imposition forfaitaire ne concernant pas les personnes domiciliées dans l'un des États ayant conclu avec la France, une convention fiscale afin d'éviter la double imposition. Elle ne s'appliquait pas aux ressortissants dont les revenus étaient soumis, dans le pays de leur résidence fiscale à une imposition au moins égale à 2/3 de l'impôt qu'ils auraient dû acquitter en France. De même, elle ne concernait pas non plus les personnes qui percevaient des revenus de source française pour un montant supérieur à la base forfaitaire de taxation qui se voyaient alors taxer sur la base de ce montant.

§ 2 – Suppression de la taxation forfaitaire des non-résidents sur la valeur locative de leur habitation en France

912. **Suppression.** L'article 164 C du Code général des impôts a fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

Ce dispositif, contraire à la liberté de circulation des capitaux, a été finalement supprimé par l'article 21 de la loi de finances rectificative pour 2015⁴³⁹.

⁴³⁹ L. fin. rect. 2015, 23 déc. 2015.

Chapitre IV – L’optimisation fiscale de l’impôt sur la fortune en gestion de fortune internationale

913. **Plan.** Les pistes de réflexions pour mettre en place une stratégie d’optimisation en matière d’impôt sur la fortune nécessite de déterminer le domicile fiscal du redevable (section I).

La situation de la personne par rapport à l’impôt sur la fortune français, varie selon qu’elle a son domicile en France (section II) ou à l’étranger (section III).

Section I – Les règles de territorialité

914. **Domicile fiscal.** Le domicile fiscal est apprécié conformément à l’article 4 B du Code général des impôts en vertu des mêmes règles que l’impôt sur le revenu, sous réserve de l’application des conventions internationales.

La domiciliation en France s’apprécie au 1^{er} janvier de la période d’imposition⁴⁴⁰.

Le domicile fiscal est déterminé pour tous les membres du foyer.

915. **Territorialité.** L’impôt sur la fortune sera dû dès lors que le contribuable sera domicilié en France le 1^{er} janvier et quand bien même transférerait-il sa résidence dès après ce jour dans le courant de l’année. Il ne pourrait y avoir de réduction proportionnelle au *pro rata temporis*.

Inversement, l’impôt sur la fortune ne sera pas dû par une personne qui s’installe en France après le 1^{er} janvier. Dans ce cas de figure, il ne peut y avoir d’imposition proportionnelle.

En matière d’impôt sur la fortune, le champ d’application territorial de la France correspond à la France métropolitaine et des départements d’outre-mer : Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion.

916. **Transfert de résidence.** Si une personne physique transfère son domicile fiscal hors de France après le 1^{er} janvier d’une année considérée, elle ne sera pas soumise à l’impôt sur la fortune l’année qui s’en suit sur l’ensemble de son patrimoine, mais seulement pour ce qui concerne les biens français.

Lorsqu’une personne physique devient résidente en France postérieurement au 1^{er} janvier d’une année, elle ne sera soumise à l’impôt sur la fortune que l’année suivante au titre de l’ensemble du patrimoine.

L’administration fait référence à la décision de la Cour de justice de l’Union européenne dite *Schumacker*⁴⁴¹, en vertu de laquelle les États membres qui sont fondés à traiter différemment les non-résidents de leurs résidents, doivent en revanche les traiter à l’identique lorsque les premiers (« non-résidents Schumacker ») sont dans une situation comparable à celle des seconds, en raison du fait qu’ils tirent de l’État en cause la totalité ou la quasi-totalité de leurs revenus.

917. **Plafonnement.** L’article 979 du Code général des impôts a prévu un dispositif de plafonnement de l’impôt sur la fortune immobilière. Le montant cumulé de l’impôt sur la fortune et de l’impôt sur le revenu de l’année précédente est limité à 75 % de ces revenus. Lorsqu’il excède ce plafond, le surplus est diminué de l’impôt sur la fortune dû. Ce plafonnement est réservé aux personnes ayant leur domicile fiscal en France.

⁴⁴⁰ Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-23.136, n° 640, F-D, Chenel : RJF 12/2011, n° 1386.
⁴⁴¹ CJUE, 14 févr. 1995, n° 279/93, *Schumacker*.

L'administration admet, par référence à la décision *Schumacker*, que les non-résidents tirant la totalité ou la quasi-totalité de leurs revenus de France (« non-résidents Schumacker ») bénéficient du mécanisme de plafonnement dans les mêmes conditions que les résidents⁴⁴².

Section II - Situation d'une personne domiciliée en France ayant des biens à l'étranger

918. **Plan.** Une personne domiciliée en France fait l'objet d'une taxation mondiale (§1). Toutefois, les impatriés en France bénéficient d'un régime de faveur temporaire (§2).

§ 1 – Principes généraux

919. **Personnes domiciliées en France.** Sont assujetties à l'impôt sur la fortune les personnes physiques domiciliées en France, quelle que soit leur nationalité, propriétaires d'un patrimoine en France ou à l'étranger d'une valeur nette supérieure à 1 300 000 € (CGI, art. 885 A, al. 2).

Pour les redevables domiciliés en France, ils sont taxés sur leur patrimoine mondial comprenant les biens meubles et immeubles situés en France ou à l'étranger, détenus au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. Les personnes physiques qui ont leur résidence fiscale en France et dont la valeur du patrimoine nette excède le seuil d'imposition sont redevables de l'impôt sur la fortune pour tous leurs biens situés en France et hors de France conformément à l'article 964, 1^o du Code général des impôts.

L'obligation fiscale étant très étendue, elle vise tous les biens meubles et immeubles, français et étrangers.

Les biens exonérés sont bien évidemment exclus de l'assiette taxable, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger.

920. **Stratégies d'optimisations.** Pour patrimoine international, les stratégies d'optimisation de l'impôt sur la fortune pour un résident fiscal français sont similaires à celles mises en œuvre dans un contexte interne. Le caractère international du patrimoine ne présente pas de singularité pour l'élaboration du montage.

§ 2 - Cas particulier des nouveaux résidents

921. **Conditions.** Les personnes qui s'installent en France peuvent être exonérées sous certaines conditions au titre des biens situés hors de France.

Elles ne doivent pas avoir été domiciliées en France au cours des cinq années civiles précédant celle au cours de laquelle leur domicile fiscal en France a été établi. Cette condition de domiciliation est appréciée selon les règles de l'article 4 B du Code général des impôts ou de la convention fiscale internationale applicable.

Le motif de la domiciliation en France est indifférent, tout comme la nationalité du contribuable. Ce régime spécifique peut profiter aux impatriés.

Cette règle appartient au droit interne et a vocation à s'appliquer de manière indépendante des conventions internationales. Elle s'appliquera donc même lorsqu'elles ne prévoient pas un principe de même nature.

⁴⁴² BOI-PAT-ISF-40-60, n° 20.

922. **Effets.** Dès lors que les conditions sont remplies, le contribuable qui bénéficie de cette disposition est imposable seulement à concurrence des biens situés en France. Cette règle de faveur a vocation à s'appliquer seulement jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle au cours de laquelle les contribuables ont établi leur domicile fiscal en France.

Section III - Situation d'une personne domiciliée à l'étranger ayant des biens en France

923. **Plan.** Pour les résidents étrangers, la taxation à l'impôt sur la fortune immobilière (§ 2) diffère de manière très importante par comparaison à leur situation sous l'impôt sur la fortune (§1).

§ 1 – Situation d'une personne domiciliée à l'étranger ayant des biens en France sous l'impôt sur la fortune

A - Étendue de l'obligation fiscale

924. **Personnes concernées.** Les personnes physiques domiciliées hors de France sont assujetties à l'impôt sur la fortune dès lors que leurs biens situés en France ont une valeur nette imposable supérieure au seuil d'imposition.

Les personnes dont il s'agit sont celles qui n'ont pas leur domicile fiscal au sens de l'article 4 B du Code général des impôts ou des conventions internationales.

925. **Définition des biens français.** Les personnes physiques domiciliées hors de France ne sont soumises à l'impôt sur la fortune qu'au titre des biens français leur appartenant.

Les règles de définition des biens français sont analogues à celles existant en matière de succession ou de donation à l'article 750 ter, 2° du Code général des impôts. En vertu de cet article, sont considérés comme des biens français :

- ceux qui ont une assiette matérielle en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer (immeubles, meubles corporels, fonds de commerce exploités en France, biens ou droits composant un *trust*, etc.) ;

- des biens incorporels français aux termes du 3^e alinéa du 2° de l'article 750 ter du Code général des impôts. Il s'agit des créances sur un débiteur domicilié en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer, des valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public française ou une société qui a en France son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective, et ce quelle que soit la composition de son actif, des brevets d'invention, marques de fabrique concédés ou exploités en France.

Sont également considérées comme des biens français les actions et parts de sociétés ou personnes morales non cotées en bourse dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et cela à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société. Les immeubles situés en France, affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, libérale, ne sont pas pris en compte pour l'application de cette disposition. En revanche, doivent être pris en compte pour apprécier la notion de prépondérance immobilière :

- les immeubles donnés en location, qu'il s'agisse de la location d'immeubles d'habitation nus ou meublés ou de la location d'immeubles à usage industriel ou commercial comprenant ou non le mobilier ou le matériel nécessaires à l'exploitation ;

- les immeubles constituant le stock immobilier de construction-vente ou de sociétés qui se livrent à une activité de marchand de biens ;

- les titres de sociétés elles-mêmes à prépondérance immobilière.

Pour déterminer si une personne morale étrangère est à prépondérance immobilière, il convient de comparer la valeur totale de l'actif social situé en France à la valeur des immeubles et droits réels immobiliers appartenant à la société et situés dans notre pays. Si la valeur des immeubles et droits immobiliers situés en France représente plus de 50 % de la valeur de l'actif social situé en France, la société est à prépondérance immobilière. Dans le cas contraire, elle ne l'est pas.

Les titres sociaux d'une personne morale étrangère à prépondérance immobilière détenus par des personnes physiques non domiciliées en France sont compris dans l'assiette de l'impôt sur la fortune à concurrence de la proportion existant entre la valeur des immeubles situés sur le territoire français et celle de l'actif total de la société situé tant en France qu'à l'étranger.

Tout immeuble ou droit réel immobilier est réputé possédé indirectement lorsqu'il appartient à des personnes morales ou des organismes dont le redevable est domicilié hors de France, seul ou conjointement avec son conjoint, leurs descendants ou leurs frères et sœurs, et qu'il détient plus de la moitié des actions, parts ou droits, directement ou par l'intermédiaire d'une chaîne de participations, au sens de l'article 990 D du Code général des impôts, quel que soit le nombre de personnes morales ou d'organismes interposés.

L'actif de la personne morale ou de l'organisme, détenu par le redevable, peut être constitué : d'immeubles bâtis ou non bâtis situés sur le territoire français ou de droits réels immobiliers portant sur ces biens, donnés ou non en location ;

- de titres ou de droits d'une personne morale ou d'un organisme propriétaire de biens ou droits immobiliers sur le territoire français ;
- de titres ou de droits d'une personne morale ou un autre organisme titulaire d'une participation dans une autre personne morale ou un organisme propriétaire des biens ou droits immobiliers français.

Pour l'application de cette disposition, la valeur de ces biens ou droits immobiliers dans l'actif de la personne morale ou de l'organisme contrôlé directement ou indirectement par le redevable est indifférente. Les immeubles situés en France affectés par une personne morale ou un organisme à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale ne sont pas pris en compte.

Pour l'appréciation du seuil de 50 %, il est tenu compte des titres qui appartiennent personnellement au redevable, à l'un ou plusieurs des membres de son groupe familial et des titres détenus par ces personnes par l'intermédiaire d'une chaîne de participations définies à l'article 990 D du Code général des impôts.

926. **Compte courant d'associé.** Il résulte de l'article 885 T ter du Code général des impôts que les créances détenues par des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France, sur une société à prépondérance immobilière définie à l'article 726-I-2° du Code général des impôts, ne sont pas déduites pour la détermination de la valeur des parts que ces personnes détiennent dans la société. Sont concernées les sociétés à prépondérance immobilière définies à l'article 726, I-2° du Code général des impôts.

B – Exonération des placements financiers

927. **Exonération.** En vertu de l'article 885 L du Code général des impôts, les placements financiers en France détenus par des redevables domiciliés hors de France sont exonérés de l'impôt sur la fortune.

Les placements financiers exonérés sont les placements effectués en France par une personne physique et dont les produits de toute nature, excepté les gains en capital, relèvent ou relèveraient de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Il s'agit notamment :

- des dépôts à vue ou à terme en euros ou en devises ;
- des comptes courants d'associés détenus dans une société ou une personne morale qui a en France son siège social ou le siège de sa direction effective ;
- des bons et titres de même nature, obligations, actions et droits sociaux ;
- des contrats d'assurance-vie ou de capitalisation souscrits auprès des compagnies d'assurances établies en France.

Il existe à ce principe d'exonération deux exceptions, savoir :

- les titres représentatifs d'une participation ;
- les actions ou parts détenues par des non-résidents dans une société ou personne morale française ou étrangère, dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits réels immobiliers situés sur le territoire français, et ce à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société ;
- les actions, parts ou droits détenus par des non-résidents dans les personnes morales ou organismes mentionnés au deuxième alinéa du 2° de l'article 750 ter du Code général des impôts.

928. **Titres de participation.** Ne sont pas considérés comme des placements financiers les titres représentatifs d'une participation. Sont considérés comme des titres de participation les titres permettant d'exercer une certaine influence dans la société émettrice.

En matière de bénéficiers industriels et commerciaux, le 5° du 1 de l'article 39 du Code général des impôts présume comme étant des titres de participation les titres ouvrant droit au régime fiscal des sociétés mères défini aux articles 145 et 216 du même code. La présomption dont il s'agit est simple. Par analogie, au titre de l'impôt sur la fortune peuvent être présumés comme étant des titres de participation les titres représentant 10 % du capital d'une entreprise.

La qualité de titres de participation n'est présumée que si les titres ont été souscrits à l'émission ou conservés pendant un délai de deux ans au moins.

Le contribuable peut rapporter la preuve que les titres ne sont pas des titres de participation par tous moyens.

Si le redevable détient plus de 25 % du capital, il pourrait le cas échéant bénéficier de l'exonération au titre des biens professionnels sous réserve que les conditions de droit commun soient remplies.

929. **Titres dont l'actif est principalement constitué d'immeubles sis en France.** En application des dispositions du second alinéa de l'article 885 L du Code général des impôts, les actions ou parts détenues par des non-résidents dans une société ou personne morale française ou étrangère dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits réels immobiliers situés sur le territoire français ne sont pas considérées comme des placements financiers, et ce à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société. Elles sont donc, dans cette limite, passibles de l'impôt de solidarité sur la fortune. Pour ne pas être considérés comme des placements financiers, les titres doivent réunir les conditions suivantes :

- le patrimoine de la société qui a émis les titres est principalement constitué d'immeubles. Si la valeur des immeubles situés en France représente plus de 50 % de la valeur de l'actif social situé en France, la société est à prépondérance immobilière ;
- les titres ne doivent pas être admis aux négociations sur un marché réglementé français ou étranger ni figurer au marché Alternext ;
- les actions et les parts sont détenues par des redevables de l'impôt sur la fortune n'ayant pas, en France, leur domicile fiscal.

930. **Immeubles ou droits immobiliers détenus indirectement.** Les actions, parts ou droits détenus par des non-résidents dans les personnes morales ou organismes mentionnés au deuxième alinéa du 2° de l'article 750 ter du Code général des impôts ne sont pas considérés comme des placements financiers, et sont donc soumis à l'impôt sur la fortune.

Est concerné tout immeuble ou droit immobilier lorsqu'il appartient à des personnes morales ou des organismes dont le non-résident, seul ou conjointement avec son conjoint, leurs ascendants ou descendants ou leurs frères et sœurs, détient plus de la moitié des actions, parts ou droits, directement ou par l'intermédiaire d'une chaîne de participations au sens de l'article 990 D du Code général des impôts, quel que soit le nombre de personnes morales ou d'organismes interposés. Il n'est pas nécessaire de rechercher, à cet égard, si la personne morale ou l'organisme est à prépondérance immobilière ou non.

Afin qu'ils ne soient pas considérés comme des placements financiers, les actions, parts ou droits détenus doivent remplir les conditions suivantes :

- la personne morale ou l'organisme contrôlé directement ou indirectement par le non-résident doit détenir à son actif un immeuble ou un droit immobilier sis en France qui n'est pas affecté à sa propre exploitation ;
- le non-résident doit détenir directement ou indirectement plus de la moitié des actions, parts ou droits de la personne morale ou de l'organisme propriétaire d'un immeuble en France.

§ 2 – Situation d’une personne domiciliée à l’étranger ayant des biens en France soumis l’impôt sur la fortune immobilière

931. Champ d’application territorial. La situation des non-résidents a été totalement modifiée suite à l’entrée en vigueur de l’impôt sur la fortune immobilière. Elle est définie par le nouvel article 964, 2° du CGI, duquel il résulte que les personnes physiques qui n’ont pas leur domicile fiscal en France sont imposables à raison :

- Des biens et droits immobiliers situés en France ;
- Des parts ou actions de sociétés, à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de ces mêmes biens et droits immobiliers.

Il n’est plus fait référence à l’article 750 ter du CGI. Il en résulte notamment qu’il n’est plus nécessaire s’interroger sur le point de savoir si la société dans laquelle détient le non-résident détient ses titres est une société à prépondérance immobilière.

Les non-résidents sont aujourd’hui dans une situation plus difficile qu’il ne l’était avant l’arrivée de l’impôt sur la fortune immobilière.

Prenons l’exemple d’une résident fiscale luxembourgeois qui détient 40% d’une société holding luxembourgeoise, laquelle possède 100% d’une société civile française et 100% d’une société civile luxembourgeoise. La société civile française possède un immeuble en France évalué à 2.000.000 € alors que la société civile luxembourgeoise est propriétaire d’un immeuble de 3.000.000 €. Sous l’impôt sur la fortune, le résident luxembourgeois n’était pas taxable car la société holding luxembourgeoise n’était pas une société à prépondérance immobilière française. Avec l’impôt sur la fortune immobilière, le résident luxembourgeois devient imposable pour un montant de $2.000.000 \text{ €} \times 40\% \times 100\%$ soit 800.000 €.

Une autre illustration du durcissement de l’imposition sur la fortune des non-résidents provient de la vente à soi-même familiale réalisée par un non-résident au profit d’une société civile immobilière moyennant le prix de 5.000.000 € par l’intermédiaire d’une dette bancaire de 4.000.000 €. Avec l’impôt sur la fortune, le non-résident était redevable de l’impôt sur la base de 1.000.000 € correspondant au montant des comptes courants d’associés, non déductibles de l’évaluation des titres pour les non-résidents. Sous l’impôt sur la fortune immobilière, l’opération rentre dans le dispositif particulier de limitation de la déductibilité du passif, sauf si l’opération n’a pas un objectif principalement fiscal. L’assiette taxable sera de 5.000.000 €.

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internationales

932. **Dispositifs anti-abus.** Un résident de France est libre de s'établir hors de France dans le pays de son choix, quand bien même sa principale motivation serait de bénéficier des avantages fiscaux du pays d'accueil. Il doit toutefois être en mesure de prouver à l'administration qu'il ne peut plus être considéré comme un résident fiscal de France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts. Ce transfert de résidence doit être réalisé en dehors de toute fictivité et les intérêts de la personne en cause doivent être établis hors de France.

La France a mis en place de nombreux dispositifs anti-abus qu'il faut prendre en compte dans le cadre d'une structuration patrimoniale internationale à but fiscal.

Au-delà des dispositifs généraux de la fraude fiscale, de l'acte anormal de gestion et de l'abus de droit, il existe plusieurs dispositifs particuliers :

- Bénéfices réalisés par l'intermédiaire de sociétés ou établissements bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 209 B du CGI) ;
- Gestion de portefeuille par l'intermédiaire de sociétés étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 123 bis du CGI) ;
- Contribuables prêtant leur concours à des personnes domiciliées ou établies hors de France (article 155 A du CGI) ;
- Versement à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié (article 238 A du CGI) ;
- Transfert d'actif hors de France (art 238 Bis-0 I du CGI).

Section I – Les dispositifs anti-abus de droit commun appliqués au niveau international

§ 1 – L'abus de droit

933. **Opérations internationales.** La procédure d'abus de droit s'applique non seulement aux opérations internes, mais également à celles internationales. Le dispositif d'abus de droit n'est pas spécifique aux questions internationales, mais il est particulièrement utile en la matière.

L'abus de droit est l'une des principales procédures de droit commun destinée à la lutte contre l'évasion fiscale internationale.

Dans le cadre d'un avis⁴⁴³, le Conseil d'État a affirmé la possibilité d'appliquer la procédure d'abus de droit, même en présence d'une convention internationale applicable.

Au niveau de l'ordre international, la procédure d'abus de droit peut être notamment utilisée en cas d'implantation fictive à l'étranger ou lorsqu'elle a pour objet exclusif d'atténuer la charge fiscale.

L'abus de droit peut également concerner une personne interposée qui a pour objet de faire bénéficier un tiers des avantages conventionnels auxquels il n'aurait pas directement droit.

934. **Illustrations.** Nous illustrerons l'application de l'abus de droit en matière internationale au moyen de quelques exemples⁴⁴⁴ concernant les personnes physiques.

- En donnant l'appartement qu'il louait en France en sous-location, un contribuable avait tenté d'échapper à la domiciliation en France. Toutefois, il continuait à recevoir son courrier à cette adresse. En outre, son nom figurait à l'entrée de son immeuble. Son compte bancaire était ouvert

⁴⁴³ CE, avis, sect. fin., 31 mars 2009, n° 382545.

⁴⁴⁴ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 10^e éd. 2014, p. 989 et s., n° 72640.

à Nice et il n'avait donné aucune autre adresse à l'établissement bancaire. Le Conseil d'État⁴⁴⁵ a considéré que le sous-locataire était installé dans les lieux sans titre et que l'administration avait rapporté la preuve du caractère fictif du contrat de sous-location et qu'en conséquence il n'était pas opposable à cette dernière.

- Dans le cadre d'un contrat conclu avec une société suisse, une actrice s'était obligée à rendre des services hors de France, moyennant une rémunération modeste. Le Conseil d'État a suivi l'administration et considéré que le contrat dissimulait une partie des cachets versés par le producteur de spectacles en exécution d'un contrat régularisé deux jours auparavant avec la société suisse pour des représentations de l'actrice en Angleterre et permettait d'éviter une partie de ces revenus. Selon le Conseil d'État, l'abus de droit était caractérisé en raison du rapprochement des contrats, de leurs dates, des conditions de leur négociation et du fait que la société était dépourvue de tout moyen permettant d'exercer une activité quelconque⁴⁴⁶.

- En vertu d'un contrat conclu entre une actrice et une société suisse, celle-ci devait percevoir ses cachets pendant cinq ans. En contrepartie, l'actrice recevait une rémunération annuelle outre la prise en charge de ses frais et le versement d'une pension de retraite. Le Conseil d'État⁴⁴⁷ avait considéré que ce contrat n'avait pas eu pour seul objet de dissimuler une partie des revenus de l'actrice en vue d'éviter l'impôt. Ce contrat contenant en effet des stipulations sécurisantes pour l'actrice en lui conférant une garantie de rémunération et de maintien de son train de vie, au cas où, comme cela s'est effectivement produit, elle aurait peu ou pas tourné pendant une année.

- Un acteur avait conféré à une société étrangère l'exclusivité de ses services pendant trois ans et pour trois films en retour d'une rémunération. La société recevait la totalité des cachets au titre de la participation à ces trois films. Avant l'expiration de cette durée contractuelle, le contrat avait été résilié en même temps que le contrôle de changes. Alors que l'administration souhaitait imposer l'acteur sur la totalité des sommes perçues et non seulement sur la rémunération forfaitaire versée à l'acteur, le Conseil d'État⁴⁴⁸ a considéré que le contrat n'avait pas eu pour seul objectif la dissimulation. Ce contrat avait selon lui un objet propre et, en conséquence, il était opposable à l'administration. Il révélait que la société avait une véritable activité au profit de l'acteur. Au surplus le principal associé ne pouvait être considéré comme un prête-nom destiné à reverser les sommes acquises par lui.

- Au moyen d'un contrat conclu par un écrivain avec une *Anstalt* du Liechtenstein, celle-ci s'obligeait à assurer sa promotion et à réaliser des conseils et des idées littéraires. Elle percevait à ce titre 75 % des droits d'auteurs sur une série d'ouvrages. Le Conseil d'État⁴⁴⁹ a confirmé la position de l'administration qui considérait que la totalité des droits d'auteur devait rejoindre les revenus taxables de l'écrivain. Il avait été constaté que la promotion de l'écrivain avait été faite par un éditeur français ainsi que par plusieurs agences françaises spécialisées. En outre, l'*Anstalt* avait produit des conseils et idées littéraires qui se résumaient à seulement deux synopsis de romans qui n'étaient ni signés ni datés. Le contrat avait donc pour objet de dissimuler un transfert de revenus à l'étranger afin d'éviter une partie de l'impôt dû à ce titre. Il ne devait donc pas être opposable à l'administration qui pouvait donc procéder à la taxation des droits d'auteur de l'écrivain en son nom.

- En ce qui concerne les holdings personnels constitués à l'étranger, le Comité de l'abus de droit fiscal semble parfois leur accorder un sort particulier en considérant qu'ils présentent un caractère abusif faute de substance⁴⁵⁰. Cette notion de substance peut être interprétée au regard

445 CE, 7^e et 8^e ss-sect., 21 déc. 1983, n° 27685 : RJJ 2/1984, n° 107.

446 CE, 8^e et 9^e ss-sect., 19 janv. 1983, n° 33831 : RJJ 3/1983, n° 432.

447 CE, 7^e et 8^e ss-sect., 21 avr. 1989, n° 88983, *Cinécustodia* : RJJ 6/1989, n° 724.

448 CE, 7^e et 8^e ss-sect., 21 mars 1983, n° 29742 : RJJ 5/1983, n° 700.

449 CE, 7^e et 8^e ss-sect., 6 mai 1985, n° 35572 : RJJ 7/1985, n° 1096.

450 CADF, avis n°s 2013-02, 2013-12, 2014-13.

des conclusions du rapporteur public M^{me} Émilie Bokdam-Tognetti sous l'arrêt du Conseil d'État du 11 mai 2015451. Il y est fait référence non pas à la consistance humaine, matérielle ou opérationnelle de la société, mais au fait que sa création présente un intérêt financier, juridique ou organisationnel.

935. **Constat.** La procédure d'abus de droit se révèle insuffisante en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Tout d'abord, elle suppose des actes juridiques qui peuvent être absents dans certaines situations reposant sur des faits. Ensuite, la caractérisation de l'abus de droit nécessite la démonstration d'un but exclusivement fiscal. Dès lors, pour contourner la qualification il est nécessaire de créer un environnement justifiant d'une substance économique.

§ 2 – L'acte anormal de gestion

936. **Opérations internationales.** L'acte anormal de gestion peut être invoqué par l'administration tant pour les opérations internes que pour celles relevant de l'ordre international.

Ont vocation à rentrer dans le champ d'application de l'acte anormal de gestion les opérations internationales d'une entreprise résidente de France ou d'un établissement stable en France d'une entreprise non résidente.

La théorie de l'acte anormal de gestion est compatible avec les conventions fiscales. La convention fiscale n'empêche pas l'administration d'appliquer l'acte anormal de gestion.

Section II – Bénéfices réalisés par l'intermédiaire de sociétés ou établissements bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 209 B du CGI)

937. **Présentation.** L'article 209 B du Code général des impôts a pour objet de dissuader les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés de localiser leurs bénéfices dans des entreprises ou entités établies dans un État ou un territoire situé hors de France où elles sont soumises à un régime privilégié au sens de l'article 238 A du Code général des impôts.

§ 1 – Champ d'application

938. **Conditions.** Le dispositif de l'article 209 B du Code général des impôts est applicable lorsque sont remplies les conditions suivantes :

- la personne morale établie en France doit être passible de l'impôt sur les sociétés ;
- l'entité juridique doit bénéficier d'un régime fiscal privilégié ;
- le seuil de détention doit être atteint ;
- la clause de sauvegarde ne doit pas être applicable ;
- s'agissant des établissements étrangers, la convention fiscale applicable, le cas échéant, ne doit pas y faire obstacle.

939. **L'entreprise française doit être passible de l'impôt sur les sociétés.** Les dispositions du I de l'article 209 B du Code général des impôts sont susceptibles de s'appliquer aux personnes morales établies en France et relevant de l'impôt sur les sociétés.

Il concerne aussi l'établissement stable en France d'une société étrangère lorsque les droits dont il s'agit sont inscrits à l'actif du bilan fiscal de cet établissement.

451 CE, 11 mai 2015, n° 365564, Natixis : Dr. fisc. 31-35/2015, comm. 526.

Il s'applique enfin aux entités relevant de l'impôt sur les sociétés au taux normal alors même qu'elles ne sont pas effectivement soumises à cet impôt (entreprises nouvelles bénéficiant du régime de l'article 44 sexies du Code général des impôts, jeunes entreprises innovantes au sens de l'article 44 sexies-0 A, entreprises implantées dans des zones franches urbaines ou en zones d'entreprises et placées sous les dispositifs prévus aux articles 44 octies, 44 decies ou 208 quinquies du même code, sociétés membres d'un groupe fiscal, etc.).

Les personnes physiques relevant de l'impôt sur le revenu ne rentrent pas dans le champ d'application de ce dispositif.

940. L'entité étrangère doit bénéficier d'un régime fiscal privilégié. La définition du régime fiscal privilégié est donnée par l'article 238 A du Code général des impôts. Un régime fiscal étranger est considéré comme privilégié au sens de l'article 238 A du CGI lorsque l'entité étrangère est soumise, dans l'État ou le territoire considéré, 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 les revenus dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France.

La situation n'est pas examinée de manière absolue par comparaison avec la fiscalité dans l'État ou le territoire considéré. L'examen est réalisé de manière précise exercice par exercice. Il y a lieu de comparer, au titre d'un exercice donné, la charge fiscale effectivement supportée par la structure visée, au titre de ses bénéfices ou de ses revenus, à celle que supporterait dans les conditions de droit commun cette même structure, à raison des mêmes bénéfices ou revenus, si elle était établie en France.

L'article 209 B du Code général des impôts a vocation à s'appliquer dans l'Union européenne, sous réserve de la clause de sauvegarde.

941. Participation de la personne morale dans l'entité établie hors de France. Une personne morale établie en France entre dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts si elle détient, directement ou indirectement, plus de 50 % des actions, parts, droits de vote ou droits financiers dans une entité juridique établie ou constituée hors de France qui est soumise à un régime fiscal privilégié, sauf application de la clause de sauvegarde. Sont également concernées les succursales et plus généralement les entreprises exploitées hors de France.

L'article 209 B du Code général des impôts a prévu une clause anti-fractionnement pour éviter que les entreprises ne s'entendent pour détenir en commun une structure hors de France en se plaçant sous le seuil de 50 %. Le taux de détention est ramené à 5 % lorsque plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité juridique établie ou constituée hors de France sont détenus :

- soit par des entreprises établies en France, même si elles n'ont entre elles aucun lien de dépendance ou de contrôle ;

- soit par des entreprises placées directement ou indirectement dans une situation de contrôle ou de dépendance au sens de l'article 57 du Code général des impôts à l'égard de la personne morale établie en France. Cette dépendance peut être juridique ou de fait.

Le seuil de 5 % est en cohérence avec le seuil d'application du régime des sociétés mères et filiales défini aux articles 145 et 216 du Code général des impôts.

Les participations directes ou indirectes doivent être prises en compte pour apprécier le seuil de déclenchement. Les actions, parts, droits financiers ou droits de vote détenus indirectement par la personne morale française sont ceux qui sont détenus par l'intermédiaire d'une chaîne d'actions, parts, droits financiers ou droits de vote. Il convient de multiplier entre eux les taux de détention successifs afin d'apprécier le pourcentage des actions, parts, droits financiers ou droits de vote. Ensuite les détentions directes et indirectes font l'objet d'une addition.

Les droits détenus directement par la personne morale française ou l'établissement stable en France d'une personne morale étrangère correspondent à ceux qu'elle détient en son nom propre ainsi que ceux détenus par un prête-nom ou pour lesquelles elle a conclu une convention de portage avec des tiers. Il en est de même des droits inscrits au bilan fiscal d'un établissement étranger de la personne morale.

La détention indirecte recouvre deux aspects en vertu de l'article 209 B, I-2 du Code général des impôts :

- la détention par l'intermédiaire d'une chaîne de participations : les actions, parts, droits financiers ou droits de vote détenus indirectement par la personne morale française s'entendent des actions, parts, droits financiers ou droits de vote détenus par l'intermédiaire d'une chaîne d'actions, de parts, de droits financiers ou de droits de vote. L'appréciation du pourcentage s'effectue en multipliant les taux de détention successifs ;

- la détention par l'intermédiaire d'une communauté d'intérêts : la détention indirecte s'entend des actions, parts, droits financiers ou droits de vote détenus directement ou indirectement :

- par des salariés ou les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale française,
- par une personne physique, son conjoint ou leurs ascendants ou descendants, lorsque l'une au moins de ces personnes est directement ou indirectement actionnaire, porteuse de parts, titulaire de droits financiers ou de droits de vote dans cette personne morale,
- par une entreprise ou une entité juridique ayant en commun avec cette personne morale un actionnaire, un porteur de parts ou un titulaire de droits financiers ou de droits de vote qui dispose directement ou indirectement du nombre le plus élevé de droits de vote dans cette entreprise ou cette entité juridique et dans cette personne morale,
- par un partenaire commercial de la personne morale dès lors que les relations entre cette personne morale et ce partenaire sont telles qu'il existe entre eux un lien de dépendance économique.

942. **Forme de l'entité étrangère.** L'article 209 B du Code général des impôts s'applique aux entreprises exploitées hors de France et aux actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique qui peut être une personne morale, organisme, une fiducie ou une institution comparable établie ou constituée hors de France.

943. **Nature de la participation.** L'article 209 B du Code général des impôts vise :

- les actions ou parts dans des sociétés de capitaux ;
- les parts d'intérêts possédées dans des sociétés de personnes et organismes assimilés, notamment : sociétés en participation, sociétés de fait, sociétés en nom collectif, *joint-ventures*, *partnerships*, groupements d'intérêt économique (GIE) et groupements européens d'intérêt économique (GEIE) ;
- les droits financiers ou les droits de vote détenus dans ces entités. Les droits financiers s'entendent de ceux conférant un droit dans la distribution des bénéfices et réserves. Les droits de vote s'entendent du droit de tout associé de participer aux décisions collectives.

944. **Date de référence.** Afin d'apprécier le seuil de déclenchement, il y a lieu de retenir le pourcentage de participation au jour de la clôture de l'exercice de l'entité juridique établie ou constituée hors de France ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année, à la clôture de l'exercice de la personne établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés (CGI, ann. II, art. 102 SA-II).

Lorsqu'il est plus élevé, le pourcentage à retenir est celui de la participation détenue pendant au moins 183 jours au cours de cet exercice ou, à défaut d'exercice clos par l'entité juridique établie ou constituée hors de France, à la clôture de l'exercice de la personne morale établie en France.

§ 2 – Effets de l'application de l'article 209 B du CGI

945. **Principes.** L'article 209 B du Code général des impôts retient deux qualifications. En ce qui concerne les entreprises exploitées par la société française (établissements stables), les résultats restent taxés à l'impôt sur les sociétés en tant que bénéfices. Ces bénéfices ne peuvent être imposés en France au nom de la société établie en France que si les termes de la convention fiscale conclue avec l'État d'implantation de l'établissement permettent l'application de l'article 209 B du Code général des impôts. À défaut, les bénéfices sont imposables dans l'autre État en application de la convention.

S'agissant des entités juridiques, les bénéfices sont réputés constitués des revenus de capitaux mobiliers de la personne morale française. L'administration estime que ces revenus réputés distribués dépendent de la clause balai des conventions relative aux revenus non dénommés. Ces derniers sont en principe imposables dans l'État de résidence du bénéficiaire. Si la convention fiscale prévoit dans sa clause balai que l'imposition est conférée à l'État de la source, ce dernier dispositif ne pourra pas s'appliquer.

A - Exercice d'imposition à l'impôt sur les sociétés des bénéfices ou des revenus de capitaux mobiliers taxables en application de l'article 209 B du Code général des impôts

1°) Principes

946. **Principes.** Les bénéfices de l'entreprise ou les revenus de capitaux mobiliers de l'entité juridique établie hors de France sont réputés acquis par la personne morale française passible de l'impôt sur les sociétés, le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de cette entreprise ou de cette entité. Ces revenus sont réputés acquis à la clôture de l'exercice de la personne morale établie en France, en l'absence d'exercice clos au cours de l'année par l'entité juridique établie hors de France.

Ces bénéfices ou revenus de capitaux mobiliers sont imposables à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice de la personne morale au cours duquel ils sont réputés acquis. Ils doivent être déclarés en même temps que les propres résultats de la personne morale afférents à cet exercice.

2°) Proportion des résultats bénéficiaires à retenir

a) Principe

947. **Principe.** Les bénéfices ou revenus positifs de l'entreprise ou de l'entité juridique sont réputés constituer un résultat ou un revenu de capitaux mobiliers de l'entreprise ou de la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 209 B-I et CGI, ann. II, art. 102 T).

La totalité du résultat fait l'objet d'une imposition à l'impôt sur les sociétés lorsque la structure soumise à un régime fiscal privilégié est une entreprise.

Si cette structure est une entité juridique, le bénéfice ou le revenu positif est réputé distribué dans une proportion qui correspond aux droits financiers détenus directement ou indirectement par la personne morale française sur l'ensemble des droits financiers émis par l'entité à

l'exclusion des droits détenus sous couvert d'une communauté d'intérêts. Les droits de vote ne sont pas pris en compte pour le calcul de cette proportion.

Il convient de retenir le pourcentage des droits financiers concernés détenus directement ou indirectement par la personne morale française à la clôture de l'exercice de l'entité juridique établie hors de France ou, s'il est plus élevé, le pourcentage de ces droits détenus directement ou indirectement pendant au moins 183 jours au cours de cet exercice. En l'absence d'exercice clos au cours de l'année par l'entité juridique établie hors de France, ce pourcentage sera apprécié à la clôture de l'exercice de la personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés.

b) Exclusions

948. **Droits financiers détenus sous couvert d'une communauté d'intérêts.** Les droits financiers détenus sous couvert d'une communauté d'intérêts unissant la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés à certaines personnes physiques ou morales sont retenus pour apprécier si cette personne morale entre dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts, c'est-à-dire si elle atteint le seuil de plus de 50 %, en termes d'actions, parts, droits de vote ou droits financiers.

Les actions, parts ou droits financiers détenus dans le cadre d'une communauté d'intérêts ne sont pas pris en compte pour le calcul du pourcentage de résultat de l'entité juridique, établie hors de France, qui est réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne morale.

949. **Droits détenus par d'autres personnes morales assujetties à l'article 209 B du Code général des impôts.** La proportion des résultats bénéficiaires à retenir pour l'imposition de la personne morale ne correspond pas aux actions, parts, droits financiers détenus par l'intermédiaire d'autres personnes morales, assujetties à l'impôt sur les sociétés en France, au titre de l'article 209 B du Code général des impôts et à raison des mêmes bénéficiaires. Cette mesure exclut du calcul de la proportion à retenir les droits financiers attachés à des actions ou parts, déjà pris en compte pour le calcul, pour d'autres personnes morales soumises à raison des mêmes bénéficiaires ou revenus positifs à l'imposition prévue à l'article 209 B du Code général des impôts.

Dans une chaîne de participations, la première personne morale imposable au titre de l'article 209 B du Code général des impôts est celle qui est située à l'échelon le plus proche de la structure bénéficiant d'un régime fiscal privilégié.

B - Reconstitution des résultats de l'entreprise ou de l'entité juridique établie hors de France et paiement de l'impôt

950. **Reconstitution des bénéficiaires étrangers.** L'entreprise ou la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés doit établir, pour chacune de ses filiales (entités juridiques) ou entreprises établies hors de France, un bilan de départ dont l'actif net sert de base à la détermination du résultat de ces entreprises ou entités juridiques.

Les résultats des filiales ou entreprises étrangères sont déterminés d'après les règles fiscales françaises, sous réserve des dispositions de l'article 209 B-I, 3° du Code général des impôts.

1°) Établissement du bilan de départ

951. **Date à retenir pour l'établissement du bilan de départ.** Le bilan de départ de l'entreprise ou l'entité ayant son siège hors de France doit être établi à l'ouverture du premier exercice social dont les résultats sont soumis aux dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts.

952. **Valeur d'inscription au bilan de départ.** Les éléments qui doivent figurer au bilan de départ sont portés pour leur valeur nette comptable dans les comptes de l'entreprise ou de l'entité juridique à la date d'ouverture de la première période d'imposition (CGI, ann. II, art. 102 U).

Les stocks et les productions en cours sont retenus pour leur valeur figurant au bilan de clôture de l'exercice précédant celui de l'établissement du bilan de départ. Tel est le cas également pour les immobilisations.

La valeur nette comptable d'une immobilisation doit, le cas échéant, être répartie entre les différents éléments constitutifs de composants (CGI, ann. II, art. 15 bis).

Les provisions et charges à payer qui ne seraient pas admises en déduction des résultats des exploitations étrangères en application des règles fiscales françaises sont inscrites distinctement au passif du bilan de départ de ces exploitations.

Lorsque ces provisions ou ces charges à payer deviennent sans objet, leur reprise est comprise dans le résultat imposable de l'entité étrangère. Lorsque la charge qui est destinée à être couverte par ces provisions ou ces charges à payer se réalise, elle est déductible dans les conditions fixées par le Code général des impôts.

Les autres provisions ou charges à payer qui seraient admises en déduction en application des règles fiscales françaises suivent le sort des provisions déductibles lorsqu'elles deviennent sans objet ou que la charge se réalise.

953. **Cours du change à retenir pour l'établissement du bilan de départ.** Les immobilisations et autres éléments sont portés au bilan de départ dans la monnaie dans laquelle est tenue la comptabilité locale.

2°) Impositions des résultats

954. **Bilans suivant le bilan de départ.** Les immobilisations et autres éléments sont portés dans la monnaie dans laquelle est tenue la comptabilité locale aux bilans suivant le bilan de départ.

Les bénéfices ou revenus positifs, qui font seuls l'objet d'une conversion de change, sont convertis en euros à la clôture de l'exercice en retenant le cours du change en vigueur à cette date (CGI, ann. II, art. 102 V).

955. **Application des règles fiscales françaises.** Les bénéfices ou revenus positifs de chaque entreprise ou entité juridique établie ou constituée hors de France sont déterminés à partir du bilan de départ selon les règles fixées par le Code général des impôts.

956. **Application du régime des sociétés mères et filiales.** Le régime des sociétés mères et filiales s'applique aux dividendes effectivement distribués par la filiale étrangère à la personne morale française dès lors que les conditions requises par l'article 145 du Code général des impôts sont remplies et que la personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés a opté pour ce régime.

Les revenus qualifiés de revenus de capitaux mobiliers en application de l'article 209 B du Code général des impôts ne peuvent pas eux-mêmes bénéficier du régime des sociétés mères.

3°) Sort des déficits et des moins-values à long terme subis par l'entreprise ou l'entité juridique établie hors de France

957. **Sort des déficits et des moins-values à long terme subis par l'entreprise ou l'entité juridique établie hors de France.** En application du I de l'article 209 B du Code général des impôts, les déficits subis par l'entité établie hors de France ne sont pas imputables sur les bénéfices de la personne morale établie en France.

Les déficits subis par l'entité établie hors de France au titre d'un exercice déterminé sont, en revanche, reportables sur ces bénéfices ultérieurs dans les conditions prévues au I de l'article 209 du Code général des impôts, sous réserve que la personne morale française se soit trouvée dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts à la clôture de chacun des exercices concernés.

Il en résulte que les déficits nés antérieurement à la première application de cet article à une entreprise française déterminée peuvent être pris en compte si la personne morale française considérée a détenu directement ou indirectement, à la clôture de chacun des exercices concernés, plus de 50 % des actions ou parts de l'entité soumise à un régime fiscal privilégié. Les déficits reportables s'entendent des déficits reconstitués selon les règles du Code général des impôts.

Il est précisé que les déficits dégagés par les entreprises qui entrent dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts doivent faire l'objet d'une déclaration spécifique. Les déficits subis au cours d'un exercice par l'entité établie hors de France ne peuvent être reportés en arrière.

Les moins-values nettes à long terme subies par l'entreprise ou l'entité juridique établie hors de France ne sont pas imputables sur les plus-values nettes à long terme réalisées par la personne morale française.

Ces moins-values nettes à long terme subies par l'entreprise ou l'entité juridique établie hors de France ne seront imputables que sur les plus-values de même nature réalisées localement, dans des conditions identiques à celles prévues pour des déficits sous réserve du délai de report qui est mentionné au a du I de l'article 219 du Code général des impôts et des règles particulières prévues au a quinquies du I de l'article 219 du même code.

4°) Imposition dans le chef de la personne morale française

958. **Imposition dans le chef de la personne morale française.** Les bénéfices et revenus de capitaux mobiliers sont imposables à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun dans le chef de la personne morale française. Dès lors, les déficits de la personne morale française pourront s'imputer sur ses résultats bénéficiaires de source étrangère.

Ces bénéfices et revenus de capitaux mobiliers sont réintégrés dans les résultats de la personne morale dans le tableau du résultat n° 2058-A (CERFA n° 10951) et sont compris dans le résultat global de la personne morale dans sa déclaration d'impôt sur les sociétés n° 2065 (CERFA n° 11084).

Les dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts sont applicables aux personnes morales françaises membres d'un groupe fiscal au sens de l'article 223 A du même code ou membres d'un périmètre de consolidation.

959. Cas des personnes morales françaises membres d'un groupe fiscal au sens de l'article 223 A du Code général des impôts. Les bénéfices ou revenus positifs de l'entreprise ou de l'entité établie dans un pays à régime fiscal privilégié sont compris dans le résultat de la personne morale, société membre d'un groupe fiscal au sens de l'article 223 A du Code général des impôts, qu'il s'agisse de la société mère ou d'une filiale du groupe fiscal.

Ce résultat est donc pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe, conformément aux dispositions de l'article 223 B du Code général des impôts.

960. Cas des personnes morales françaises admises au régime du bénéfice consolidé prévu à l'article 209 quinquies du Code général des impôts. Lorsque la personne morale française imposable au titre de l'article 209 B du Code général des impôts est la société agréée au régime du bénéfice consolidé, les résultats des entreprises ou entités bénéficiant d'un régime fiscal privilégié et comprises dans le périmètre de consolidation sont pris en compte pour la détermination du résultat consolidé selon les règles propres au régime de la consolidation fiscale prévue aux articles 113 à 134 de l'annexe II du Code général des impôts.

Lorsque cette personne morale est une société consolidée autre que la société agréée, les règles de consolidation sont également applicables. La société agréée consolide le résultat de la société française et ceux de ses filiales, entreprises ou entités bénéficiant d'un régime fiscal privilégié et comprises dans le périmètre de consolidation.

L'impôt acquitté par la filiale française consolidée en application des règles de droit commun, déterminé à partir de son résultat qui comprend les bénéfices ou revenus positifs de sa filiale ou de son établissement stable soumis à un régime fiscal privilégié conformément aux dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts, peut être imputé par la société agréée sur l'impôt dû à raison du bénéfice consolidé ou, le cas échéant, remboursé selon la procédure prévue à l'article 123 de l'annexe II du Code général des impôts.

961. Imposition forfaitaire annuelle. L'imposition forfaitaire annuelle n'est pas due à raison du chiffre d'affaires réalisé par l'entité étrangère.

C - Élimination des doubles impositions

962. Au moment de l'imposition. L'élimination de la double imposition intervient lors de l'imposition des bénéfices au titre de l'article 209 B du Code général des impôts. Les doubles impositions sont évitées ou éliminées dans les conditions suivantes :

- non-imposition au nom de la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés des bénéfices correspondant aux droits détenus indirectement par l'intermédiaire d'autres entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés en France au titre de l'article 209 B du Code général des impôts et à raison des mêmes bénéfices ;

- non-imposition des bénéfices correspondant aux droits détenus indirectement sous couvert d'une communauté d'intérêts ;

- imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France au titre de l'article 209 B du Code général des impôts, des impôts de même nature acquittés dans le pays ou le territoire dans lequel l'entreprise ou l'entité est établie ;

- imputation, sur l'impôt sur les sociétés dû en France au titre de l'article 209 B du Code général des impôts, des retenues à la source supportées par l'entreprise ou l'entité établie hors de France sur les dividendes, intérêts ou redevances provenant d'États ou territoires liés à la France par une convention comportant une clause d'assistance administrative ;

- imputation, sur l'impôt sur les sociétés dû en France au titre de l'article 209 B du Code général des impôts, des prélèvements effectués, conformément aux conventions internationales, sur les distributions à l'entreprise française.

963. **Au moment de la distribution.** L'élimination de la double imposition au moment de la distribution des bénéficiaires au titre de l'article 209 B du Code général des impôts est réalisée par la déduction du résultat fiscal de l'entreprise française des dividendes et produits de participation de l'entité établie hors de France.

1°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France de l'impôt de même nature acquitté totalement

964. **Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France de l'impôt de même nature acquitté totalement.** En application du I de l'article 209 B du Code général des impôts et de l'article 102 T de l'annexe II du même code, l'impôt acquitté localement par l'entreprise ou l'entité établie hors de France est imputable sur l'impôt établi en France à condition d'être comparable à l'impôt sur les sociétés.

Si la structure soumise à un régime fiscal privilégié est une entité juridique, l'impôt acquitté localement est imputable dans la proportion des droits financiers directement ou indirectement par la personne morale établie en France dans cette entité et à raison desquels cette personne morale est imposée en application de l'article 209 B du Code général des impôts.

Il est précisé que les impôts comparables à l'impôt sur les sociétés s'entendent des impôts de quotité exprimés en unité monétaire, assis sur un résultat fiscal, non déductibles de ce résultat et qui sont versés à titre définitif et sans contrepartie au profit d'États souverains, d'États membres d'États fédéraux ou confédérés ou autres subdivisions politiques d'un État (cantons) ou de territoires non souverains jouissant de l'autonomie financière par rapport à l'État souverain dont ils dépendent (territoires et collectivités territoriales d'outre-mer, îles anglo-normandes, etc.).

Il en résulte que sont notamment exclus de l'imputation :

- les impôts assis sur le capital de l'entité établie hors de France ;
- les impôts forfaitaires annuels ;
- les impôts assis sur le chiffre d'affaires ;
- les droits de licence ;
- les taxes d'abonnement ;
- les impôts sur les transferts de capitaux ;
- les impôts fonciers ou les impôts comparables à la taxe professionnelle.

Les amendes ou pénalités afférentes aux impôts comparables à l'impôt sur les sociétés ne peuvent en aucun cas donner lieu à imputation.

L'imputation s'effectue exercice par exercice. L'excédent éventuel n'est donc pas reportable sur l'impôt sur les sociétés afférent aux bénéficiaires des exercices suivants de la personne morale française.

Le montant de l'impôt local imputable est converti en euros sur la base du taux de change en vigueur à la date de clôture de l'exercice de l'entreprise ou de l'entité établie hors de France. La personne morale française doit apporter la preuve du paiement effectif de l'impôt dont elle demande l'imputation.

2°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des retenues à la source supportées par l'entreprise ou l'entité établie hors de France sur des dividendes, intérêts ou redevances

965. **Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des retenues à la source supportées par l'entreprise ou l'entité établie hors de France sur des dividendes, intérêts ou redevances.** En application du I de l'article 209 B du Code général des impôts et de l'article 102 XA de l'annexe II du même code, la personne morale établie en France peut imputer sur l'impôt sur les sociétés dû en France les retenues à la source supportées par l'entreprise ou l'entité étrangère sur des dividendes, des intérêts ou des redevances provenant d'États ou de territoires tiers et imposables dans le chef de la personne morale française.

Si la structure étrangère soumise à un régime fiscal privilégié est une entité, la retenue à la source est imputable dans la proportion des droits financiers détenus directement ou indirectement par la personne morale française dans cette entité et à raison desquels cette personne morale est imposée en application de l'article 209 B du Code général des impôts.

L'imputation est possible dans les conditions prévues par la convention fiscale conclue entre la France et l'État ou le territoire tiers et dans la limite du montant correspondant au taux prévue par ladite convention.

L'imputation se fait sur l'exercice duquel les bénéfices ou revenus réputés ont été taxés en vertu de l'article 209 B du Code général des impôts.

3°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des prélèvements effectués à l'étranger, conformément aux conventions internationales, sur les distributions faites à la personne morale française

966. **Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des prélèvements effectués à l'étranger, conformément aux conventions internationales, sur les distributions faites à la personne morale française.** L'article 102 X de l'annexe II du Code général des impôts prévoit que lorsque l'entité distributrice est établie dans un pays ayant conclu une convention fiscale avec la France, les prélèvements effectués conformément à la convention sur les distributions reçues par la personne morale française seront imputables sur l'impôt sur les sociétés dû par cette dernière.

Cette imputation est limitée à la fraction des prélèvements correspondant au montant des distributions qui auront été admises en déduction du résultat fiscal de la personne morale française conformément au mécanisme d'élimination de la double imposition.

La fraction des prélèvements afférente au montant des dividendes non admis en déduction du résultat fiscal suit les règles habituellement prévues par les conventions internationales : imputation sur l'impôt sur les sociétés de la personne morale française si les dividendes sont compris dans le résultat fiscal déclaré.

À titre de règle unique, l'imputation des prélèvements s'effectuera sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice d'encaissement des dividendes.

4°) Non-imposition des distributions reçues de l'entité juridique dont les revenus ont été réputés distribués en vertu de l'article 209 B du Code général des impôts

967. Non-imposition des distributions reçues de l'entité juridique établie hors de France. Afin d'éviter une double imposition en France des résultats des entités établies hors de France dont les résultats sont réputés distribués en application de l'article 209 B du Code général des impôts et des dividendes distribués par ces entités, la personne morale retranche de son bénéfice net total les dividendes et produits de participation reçus de ces entités (CGI, ann. II, art. 102 Y). Cette déduction est limitée à la quote-part des bénéfices ou revenus positifs de l'entité établie hors de France qui sont réputés, en application de l'article 209 B du Code général des impôts, constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés.

D - Clause de sauvegarde

968. Clause de sauvegarde lorsque l'entreprise ou l'entité juridique est établie dans un État de l'Union européenne. En application du II de l'article 209 B du Code général des impôts, si l'entreprise ou l'entité juridique est établie ou constituée dans un État membre de l'Union européenne, le dispositif n'est pas applicable si l'exploitation de l'entreprise ou la détention d'une entité soumise à un régime fiscal privilégié n'est pas constitutive d'un montage artificiel de la personne morale française dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

969. **Clause de sauvegarde au sein de l'Union européenne.** Il résulte de l'article 209 B, II du Code général des impôts que le dispositif n'est pas applicable lorsque l'entreprise ou l'entité juridique est établie ou constituée dans un État de l'Union européenne, à condition que l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité juridique par la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés ne puisse être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

Seuls les schémas ayant pour objet l'évasion fiscale rentrent dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts.

La notion de montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale est issue de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, et notamment de l'arrêt du 16 juillet 1998⁴⁵².

Conformément à l'arrêt en date du 12 septembre 2006 de la Cour de justice des Communautés européennes⁴⁵³, l'existence d'un montage artificiel dont le but est de contourner la législation fiscale s'apprécie au regard de critères objectifs. Les dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts ne trouveront pas à s'appliquer lorsque la réalité de l'implantation (existence physique en termes de locaux, personnels et équipements) et l'exercice effectif d'une activité économique seront établis.

⁴⁵² Aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries Plc.*

⁴⁵³ Aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes Plc.*

970. **Clause de sauvegarde hors Union européenne.** La clause de sauvegarde suppose que la personne morale établie en France démontre que les opérations de l'entreprise ou de l'entité juridique établie ou constituée hors de France ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de bénéfices dans un État ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié (CGI, art. 209, B, III). Cette condition est réputée remplie notamment lorsque l'entreprise ou l'entité juridique établie ou constituée hors de France a principalement une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de l'État de son établissement ou de son siège.

La clause d'exonération automatique ne s'applique pas, même si l'entreprise ou l'entité établie hors de France exerce une activité industrielle et commerciale, si une certaine proportion de ses revenus provient d'opérations financières ou de prestations intragroupe. La personne morale française doit alors apporter la preuve que les opérations en cause ont principalement un effet autre que de permettre la localisation de bénéfices dans un État ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié.

La personne morale établie en France reste dans le champ d'application du dispositif lorsque les bénéfices ou revenus positifs de l'entreprise ou de l'entité juridique étrangère proviennent pour plus de 20 % de certaines opérations sur actifs financiers ou incorporels.

La personne morale établie en France est dans le champ d'application du dispositif lorsque les bénéfices ou revenus positifs de l'entreprise ou de l'entité juridique proviennent pour plus de 50 % d'opérations sur actifs financiers ou incorporels visées ci-dessus et de la fourniture de prestations de services internes à un groupe d'entreprises avec lequel la personne morale entretient des relations de contrôle ou de dépendance. Une personne morale pourra ainsi être dans le champ du dispositif lorsque :

- plus de 50 % des revenus de l'entreprise ou de l'entité située hors de France proviennent de prestations intragroupe ;
- ou plus de 50 % des revenus de l'entreprise ou de l'entité située hors de France proviennent de la somme des revenus de prestations intragroupe et d'opérations sur actifs financiers et incorporels.

Pour l'appréciation des seuils de 20 % ou de 50 %, il convient de comparer le montant respectif des bénéfices ou revenus positifs issus des opérations définies aux a et b du III de l'article 209 B du Code général des impôts et du bénéfice ou du revenu positif global de l'entreprise ou de l'entité étrangère. Ces bénéfices ou revenus se calculent en appliquant les règles d'assiette prévues dans le code, à l'exception de celles prévues pour le régime d'intégration fiscale.

Dans l'hypothèse où l'entreprise ou l'entité étrangère a réalisé une plus-value nette à long terme, cette plus-value est rattachée au bénéfice ou au résultat positif du secteur des opérations définies aux a et b du III de l'article 209 B du Code général des impôts dès lors qu'elle correspond à la réalisation de l'une ou de ces opérations.

En cas de moins-value nette à long terme, il n'est pas tenu compte de cette moins-value pour le calcul des seuils de 20 % et 50 % qui se fait alors au seul niveau du résultat déterminé suivant les règles du court terme.

Dès lors que les seuils de 20 % ou de 50 % sont franchis, c'est la totalité des entreprises ou entités établies hors de France qui est susceptible de donner lieu à imposition en France au titre de l'article 209 B du Code général des impôts. Ces seuils servent donc à déclencher l'application de l'article 209 B et non à fixer l'assiette d'imposition.

Les personnes morales françaises qui exploitent ou détiennent des entreprises ou des entités constituées ou établies dans des pays à fiscalité privilégiée situées hors de la Communauté européenne et qui sont imposables en vertu du a ou b du III de l'article 209 B du Code général des impôts ont toujours la faculté de ne pas être soumises à l'imposition prévue à cet article.

En vertu de l'article 209 B, III précité, l'imposition instituée par le 1 du I de l'article 209 B du Code général des impôts n'est pas applicable si la personne morale française établit que les opérations de la société étrangère ont principalement un effet autre que de permettre la localisation de bénéfices dans un État ou un territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié.

971. La personne morale française doit fournir tous les éléments de nature à démontrer l'effet principalement autre que fiscal des opérations effectuées.

972. À cet égard, la personne morale devra s'attacher à produire tous les éléments matériels et quantitatifs de nature à permettre une comparaison objective entre le montant du gain résultant des avantages fiscaux tirés de l'implantation et celui tenant aux avantages d'autre nature.

E - Obligations déclaratives

973. **Obligations déclaratives.** Les obligations déclaratives doivent être remplies à raison des structures soumises à un régime fiscal privilégié dès l'instant où une personne morale établie en France entre dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts et même lorsque les résultats reconstitués de la structure établie hors de France font apparaître un déficit.

Les déclarations requises doivent être jointes à la déclaration de résultats de la personne morale ou au relevé de solde d'impôt sur les sociétés.

1°) Structures étrangères à raison desquelles la personne morale est passible de l'imposition prévue à l'article 209 B du Code général des impôts

a) Renseignement concernant les structures établies hors de France

974. **Entités.** En application du a du I de l'article 102 Z de l'annexe II du Code général des impôts, la personne morale qui relève du I de l'article 209 B du même code doit joindre à sa propre déclaration de résultats une déclaration établie sur papier libre comportant les renseignements ci-après en ce qui concerne chaque entité juridique, établie hors de France, soumise à un régime fiscal privilégié, dans laquelle elle détient, directement ou indirectement, plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote :

- nom ou raison sociale ;
- adresse du siège ;
- objet et activité ;
- lieu de la résidence fiscale ;
- identité des associés ;
- proportion de la participation détenue directement ou indirectement.

975. **Entreprises.** La personne morale doit fournir une déclaration établie sur papier libre mentionnant le lieu d'exercice et l'objet de l'activité de chacune de ses entreprises établies hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié (CGI, ann. II, art. 102 Z, I-b).

b) Documents comptables et fiscaux

976. **Documents comptables et fiscaux.** L'article 102 Z de l'annexe II du Code général des impôts fixe les obligations déclaratives ou de la personne morale en ce qui concerne les documents comptables et fiscaux à l'administration française en même temps que sa déclaration.

Ces documents font l'objet d'un dépôt papier auprès du service des impôts dont dépend la personne morale.

977. Bilan et compte des résultats établis selon les règles du Code général des impôts. Conformément aux dispositions de l'article 54 du Code général des impôts, pour chaque entreprise ou entité concernée, l'entreprise ou la personne morale est tenue de produire l'ensemble des documents qui sont exigés des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, y compris le bilan et le compte de résultats établis selon les règles fixées par les articles 102 U à 102 V de l'annexe II du Code général des impôts.

978. Bilan et compte de résultats fournis aux administrations fiscales locales. En application du d du I de l'article 102 Z de l'annexe II du Code général des impôts, l'entreprise ou la personne morale doit produire le bilan et le compte de résultats de chaque entreprise ou entité juridique, fournis à l'administration fiscale du pays ou territoire où elle est située, dans le cas où ces administrations exigent le dépôt de tels documents.

979. État des retraitements opérés selon les règles françaises. L'entreprise ou la personne morale doit également établir un document faisant apparaître de manière détaillée des résultats de la structure étrangère retraités pour être en conformité avec les dispositions de la législation fiscale française, à l'exception de celles dont le législateur a prévu qu'elles n'étaient pas applicables pour la reconstitution des résultats (CGI, ann. II, art. 102 Z, I-e).

980. État des bénéfices imposés et des bénéfices distribués. L'article 102 Y de l'annexe II du Code général des impôts prévoit un dispositif ayant pour objet d'éviter une nouvelle imposition des bénéfices par les entités dont les résultats ont fait l'objet d'une taxation antérieure en application des dispositions de l'article 209 B du même code.

La personne morale doit fournir, pour chacune des entités établies hors de France, un état faisant apparaître le montant cumulé des bénéfices ayant fait l'objet d'une imposition au titre de l'article 209 B du Code général des impôts et le montant cumulé des distributions reçues de ces entités.

Cet état est nécessaire même si les distributions bénéficient du régime des sociétés mères et filiales prévu à l'article 145 du Code général des impôts. Il permet de justifier de la non-réintégration de la quote-part de frais et charges lorsque les distributions ont été prélevées sur les bénéfices qui ont fait l'objet d'une imposition en France au titre de l'article 209 B du même code.

En vertu de l'article 102 ZB de l'annexe II du Code général des impôts, l'entreprise ou la personne morale doit joindre à son relevé de solde un état détaillant le montant des crédits d'impôt, prélèvements sociaux et retenues à la source imputés sur l'impôt sur les sociétés par application des articles 102 W à 102 XA de l'annexe II du Code général des impôts. Elle doit préciser pour chacun le montant, la nature des revenus correspondants, le taux appliqué et l'État d'origine.

2°) Structures étrangères pour lesquelles la personne morale estime pouvoir bénéficier de la clause d'exonération des II et III de l'article 209 B du Code général des impôts

981. **Entreprises et entités juridiques pour lesquelles la personne morale estime pouvoir bénéficier de la clause d'exonération des II et III de l'article 209 B du Code général des impôts.** Les entreprises ou les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés qui estiment pouvoir bénéficier de la clause d'exonération du II ou du III de l'article 209 B du Code général des impôts à raison d'entreprises ou d'entités juridiques établies hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié peuvent se limiter à indiquer dans leur déclaration les renseignements généraux mentionnés aux a et b du I de l'article 102 Z de l'annexe II du Code général des impôts (CGI, ann. II, art. 102 Z, II).

La production de ces renseignements vaut indication expresse au sens du 2 du II de l'article 1727 du Code général des impôts.

Elles doivent par ailleurs indiquer par une mention expresse qu'elles entendent se prévaloir des dispositions du II ou du III de l'article 209 B du même code.

3°) Procédure de rectification

982. **Procédure de rectification.** Sous réserve du défaut de dépôt, dans les délais, de la déclaration prévue au 1 de l'article 223 du Code général des impôts, le recours à la procédure de rectification contradictoire sera retenu même lorsque le service aura mis en œuvre les dispositions prévues à l'article 102 ZA de l'annexe II du même code.

4°) Pénalités

983. **Pénalités.** En cas de défaut de réponse ou de réponse partielle à une mise en demeure de produire la déclaration prévue à l'article 102 Z de l'annexe II du Code général des impôts, l'article 1763 A du même code prévoit l'application d'une amende ou d'une majoration si ce dernier montant est supérieur.

5°) Recouvrement

984. **Recouvrement.** Les personnes morales établies en France entrant dans le champ d'application de l'article 209 B du Code général des impôts sont normalement imposables à l'impôt sur les sociétés, et à la contribution sociale sur l'impôt sur les sociétés visées à l'article 235 ter ZC du même code, dans les conditions de droit commun. Il est rappelé que la personne morale française doit déposer un relevé de solde d'impôt sur les sociétés n° 2572, au plus tard le 15 du quatrième mois qui suit la clôture de l'exercice auprès du service des impôts du lieu de dépôt de la déclaration des résultats (CGI, art. 1668).

§ 3 – Combinaison avec les mesures anti-évasion

985. **Combinaison avec l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts.** Les dispositions de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts peuvent s'appliquer concurremment avec celles de l'article 209 B du même code.

Dans cette situation, il y aura lieu de mettre en œuvre dans un premier temps les dispositions de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts. Ensuite, lors du calcul de l'assiette qui sera soumise aux dispositions de l'article 209 B du même code, il conviendra de faire abstraction :

- des produits des actifs transférés déjà imposés dans le cadre de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts ;
- de la part de l'impôt local afférent à ces produits imputée antérieurement.

Ces corrections doivent être pratiquées en fonction du pourcentage de détention prévu aux articles 209 B du Code général des impôts et 102 T de l'annexe II du même code.

986. **Combinaison avec les articles 57 et 238 A du Code général des impôts.** Les dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts peuvent s'appliquer de manière indépendante avec les articles 57 et 238 A du même code relatifs aux transferts de bénéfices. L'article 209 B précité est applicable même si l'entreprise française apporte des éléments démontrant que ses relations commerciales et financières avec la société bénéficiant d'une fiscalité privilégiée sont habituelles au regard des dispositions des articles 57 et 238 A du Code général des impôts.

987. **Non-combinaison avec l'article 209 B du Code général des impôts.** L'administration fait prévaloir l'article 209 B du Code général des impôts sur l'article 123 bis du même code⁴⁵⁴.

§ 4 – Droit conventionnel

988. **Effets.** Les conventions fiscales ont des effets qui diffèrent selon que les bénéfices ou revenus positifs proviennent d'une entité juridique ou d'un établissement stable.

989. **Revenus réalisés par une entité juridique.** Les résultats ou revenus positifs réalisés par une entité juridique détenue majoritairement par une personne morale établie en France sont réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers. Ces revenus entrent :

- soit dans la catégorie des dividendes, dès lors que la convention fiscale inclut dans la notion de dividendes les revenus réputés distribués au sens du droit interne français. Ainsi, la France pourra procéder à l'imposition si la convention fiscale confère ce droit à l'État de résidence du bénéficiaire ;
- soit, à défaut, dans la clause balai des conventions relative aux revenus non dénommés (article « Autres revenus »). Elle réserve en principe l'imposition à l'État de résidence de la personne bénéficiaire.

990. **Revenus réalisés par un établissement stable.** Les résultats des établissements stables sont taxés à l'impôt sur les sociétés en tant que bénéfices. Ils relèvent de l'article « Bénéfices d'entreprise » des conventions fiscales (Modèle de convention fiscale OCDE, art. 7).

Ces bénéfices sont taxés en France si la convention fiscale conclue avec l'État d'implantation de l'établissement stable comprend une clause spécifique réservant expressément l'application de l'article 209 B du Code général des impôts.

⁴⁵⁴ BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20, n° 130.

À défaut de cette clause, il y a lieu de se reporter soit à l'article « Bénéfices d'entreprise » soit celui de l' « Élimination des doubles impositions » de la convention applicable.

Parmi les conventions fiscales conclues par la France, une cinquantaine permettent l'imposition effective des bénéfices des établissements stables dans le cadre de l'article 209 B du Code général des impôts.

Section III – Gestion de portefeuille par l'intermédiaire de sociétés étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 123 Bis du CGI)

991. **Présentation du dispositif.** Dans une certaine mesure, l'article 123 bis du Code général des impôts est pour les personnes physiques ce qu'est l'article 209 B du même code pour les personnes morales.

Il est en effet destiné à dissuader les personnes physiques résidentes fiscalement en France d'utiliser les sociétés étrangères de gestion de portefeuille dans un but d'optimisation fiscale. L'article 123 bis du Code général des impôts permet l'imposition à l'impôt sur le revenu des revenus réalisés par une entité étrangère bénéficiant d'un régime fiscal privilégié, dont l'actif est principalement financier ou monétaire, détenue directement ou indirectement à concurrence de 10 % par une personne physique fiscalement résidente de France, même si ces revenus ne sont pas distribués.

§ 1 – Champ d'application

992. **Conditions.** L'article 123 bis est applicable lorsque plusieurs conditions sont remplies relatives aux personnes, aux structures et à la quotité détenue par les premières dans ces dernières.

993. **Personnes concernées.** L'article 123 bis du Code général des impôts concerne uniquement les personnes physiques fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B du même code et des conventions fiscales.

994. **Entités étrangères concernées.** L'article 123 bis du Code général des impôts s'applique aux entités étrangères établies ou constituées hors de France. Il peut s'agir de personnes morales quelconques, organismes, fiducies ou institutions comparables. L'article 123 bis du Code général des impôts n'est pas applicable lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans l'Union européenne, si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de cette entité juridique par la personne domiciliée en France ne constitue pas un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française (CGI, art. 123 bis, 4 bis). Concernant les entités composées majoritairement d'actifs monétaires et financiers, il pourra être difficile d'apporter la preuve du caractère non artificiel du montage.

995. **Composition de l'actif.** L'actif de l'entité étrangère doit être principalement composé de valeurs mobilières, créances, dépôts ou comptes courants à concurrence de plus de 50 %. Dans ce cas, la totalité des revenus ou des bénéfices de l'entité étrangère entre dans le champ d'application de l'article 123 bis du Code général des impôts. Lorsque l'entité détient des actifs autres que ceux limitativement énumérés, elle ne relève pas du dispositif de l'article 123 bis du même code. Si, par exemple, un fonds de commerce ou des immeubles représentent plus de 50 % des actifs sociaux de l'entité, l'entité ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 123 bis du Code général des impôts.

La localisation des actifs n'a aucune importance. Ils peuvent se situer dans le pays où l'entité est établie ou dans un autre État, en France ou non.

Pour apprécier le seuil de 50 %, il est pris en compte la valeur nette comptable d'actifs. La valeur vénale doit être écartée.

996. **Notion de régime fiscal privilégié.** Le caractère privilégié est apprécié conformément à l'article 238 A du Code général des impôts. Il convient de comparer au titre d'un exercice ou d'une année donnée la charge fiscale effectivement supportée par cette structure à celle que supporterait une société ou une collectivité passible de l'impôt sur les sociétés pour les mêmes bénéfices ou revenus.

Dès lors que la comparaison démontre que l'impôt effectivement acquitté à l'étranger est inférieur à 50 % de celui exigible en France, le régime fiscal est qualifié de privilégié.

997. **Quotité détenue.** Les dispositions de l'article 123 bis du Code général des impôts s'appliquent lorsque le seuil de 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote est atteint, directement ou indirectement.

Cette condition de détention est présumée remplie lorsque la personne physique a transféré des biens ou droits à une entité située dans un État ou territoire non coopératif.

Ce seuil de 10 % s'apprécie à la clôture de l'exercice ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'année, le 31 décembre.

La détention indirecte s'entend des droits détenus par l'intermédiaire d'une chaîne d'actions, de parts, droits financiers ou droits de vote. Le pourcentage est déterminé en multipliant les taux de détention successifs des actions, parts, droits financiers ou droits de vote. Dans le cadre de cette détention indirecte, il convient de prendre en considération la communauté d'intérêts familiale, à savoir les titres ou droits détenus par le conjoint de la personne physique, ou leurs ascendants ou descendants. Cette communauté d'intérêts n'est utilisée que pour l'appréciation du seuil de détention à l'exclusion du *quantum* du revenu imposable.

§ 2 – Effets de l'application de l'article 123 bis du CGI

998. **Principe.** Lorsque l'article 123 bis du Code général des impôts est applicable, le revenu accumulé, ou réputé accumulé dans l'entité étrangère est taxable en France.

A – Détermination des revenus imposables

999. **État conventionné.** Si la structure étrangère est établie ou constituée dans un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative, les résultats étrangers sont déterminés selon les règles en matière d'impôt sur les sociétés définies par le Code général des impôts.

Comme dans le cadre de l'article 209 B du Code général des impôts, les résultats imposables sont reconstitués conformément aux règles françaises.

L'entité étrangère doit établir un bilan de départ, à l'ouverture du premier exercice concerné ou au 1^{er} janvier, en reprenant la valeur comptable résiduelle des éléments d'actifs tels que définis par la législation locale. Il n'est pas tenu compte des réévaluations ou survaleurs affectant les biens portés au bilan de départ. Il est ensuite appliqué les règles du Code général des impôts. Seuls les résultats sont convertis à la clôture du 31 décembre.

1000. **État non conventionné.** Le revenu est imposable en France forfaitairement lorsque l'entité étrangère n'a pas été constituée ou établie dans un État lié à la France par une convention d'assistance administrative ou dans un État ou territoire non coopératif.

L'imposition ne peut être inférieure au produit de la fraction de l'actif net, ou de la valeur nette des biens, par le taux admissible des comptes courants d'associés.

B – Proportion imposable des résultats étrangers

1001. **Proportion imposable des résultats étrangers.** Les revenus de l'entité étrangère sont réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers de l'actionnaire personne physique, dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'il possède à titre personnel directement ou indirectement.

Pour la détermination de l'assiette de l'impôt, il n'est pas pris en compte les droits détenus dans le cadre de la communauté familiale d'intérêts.

C – Année d'imposition

1002. **Année d'imposition.** Au même titre que pour l'article 209 B du Code général des impôts, les bénéfices ou revenus positifs de l'entité sont considérés acquis le premier jour du mois suivant la clôture de l'exercice.

En l'absence de clôture d'un exercice au cours d'une année, les revenus sont réputés acquis le 31 décembre.

D – Régime d'imposition

1003. **Régime d'imposition.** Les revenus de l'entité sont considérés comme des revenus de capitaux mobiliers. Ils sont taxables à l'impôt sur le revenu au barème progressif au nom de l'actionnaire.

L'abattement de 40 % n'est pas applicable. En outre, les revenus sont majorés de 25 %.

Les pertes de l'entité étrangère ne doivent pas être prises en compte.

§ 3 – Élimination des doubles impositions

1004. **Non-simultanéité des articles 123 bis et 209 B du Code général des impôts.** Une personne physique qui posséderait une participation dans une entité juridique rentrant dans le champ d'application de l'article 123 bis du Code général des impôts par l'intermédiaire d'une société française de capitaux pourrait cumuler également avec l'imposition résultant de l'article 209 B du même code si la société française interposée détenait une participation supérieure à 50 % dans le capital de l'entité étrangère disposant du régime fiscal privilégié.

Dans cette situation, l'article 209 B du Code général des impôts doit prévaloir au régime de l'article 123 bis du même code.

1005. **Non-imposition des distributions.** Les dividendes distribués par l'entité étrangère à l'associé français ne sont pas un revenu imposable, à l'exception de la partie qui excède le revenu imposable reconstitué selon les modalités ci-dessus exposées.

Il convient d'examiner pour chaque structure si le plafond de l'exonération est atteint. Il faut alors établir un compte séparé faisant apparaître, d'une part, le montant cumulé des bénéfices ou revenus positifs réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers et, d'autre part, le montant des revenus distribués ou payés par chaque structure concernée. Les distributions ne seront pas imposables tant que leur montant cumulé reste inférieur à celui des bénéfices réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers imposables en France.

1006. **Imputation des impôts étrangers.** Pour la détermination de l'assiette imposable en France, l'impôt étranger comparable à l'impôt sur les sociétés français est déduit. Il conviendra de rapporter la preuve du paiement effectif de cet impôt étranger.

1007. **Imputation des retenues à la source sur l'impôt français.** Les prélèvements effectués à l'étranger conformément aux conventions fiscales lors des distributions effectivement réalisées au profit de l'actionnaire français sont imputables de l'impôt sur le revenu.

§ 4 – Obligations déclaratives

1008. **Déclarations annuelles.** Il convient de faire figurer dans la déclaration d'ensemble des revenus n° 2042, dans la rubrique « Revenus de capitaux mobiliers », ligne « Revenus des structures soumises hors de France à un régime fiscal privilégié et autres revenus distribués », le montant imposable des revenus de capitaux mobiliers provenant du résultat taxable retraité de l'entité.

Il doit être établie une déclaration sur papier libre contenant des renseignements sur les entités étrangères concernées (dénomination sociale, adresse ou siège social, objet et activité, lieu de résidence fiscale, pourcentage détenu directement ou indirectement).

Il convient de fournir pour toutes les entités intéressées les documents exigés pour les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés : un état des impôts déductibles et des crédits imputables, ainsi qu'un état des bénéfices ou revenus positifs imposés et des bénéfices ou revenus distribués.

1009. **Contrôle.** Lorsque les obligations déclaratives résultant de l'article 123 bis du Code général des impôts ont été respectées, le droit de reprise de l'administration s'exerce jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due.

À défaut, le droit de reprise expire à la fin de la dixième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due.

Section IV – Contribuables prêtant leur concours à des personnes domiciliées ou établies hors de France (article 155 A du CGI)

1010. **Abus de droit.** Le dispositif de l'article 155 A du Code général des impôts est indépendant de la procédure d'abus de droit de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. L'administration peut, le cas échéant, avoir le choix entre les deux procédures.

§ 1 – Champ d'application

A - Personnes concernées

1011. **Champ d'application.** L'article 155 A du Code général des impôts a vocation à s'appliquer à toute personne physique ou morale qui prête son concours dans les conditions définies à une personne physique ou morale domiciliée ou établie hors de France.

1°) Le prestataire de services

1012. **Prestataire de services.** Le prestataire de services peut être :

- une personne physique domiciliée en France ou hors de France ;
- une personne morale (société, association...) dont le siège social est situé en France ou hors de France.

2°) Bénéficiaire de la rémunération

1013. **Bénéficiaire de la rémunération.** Le bénéficiaire de la rémunération peut être une personne physique domiciliée hors de France ou une personne morale ayant son siège hors de France.

Les dispositions de l'article 155 A du Code général des impôts ne s'appliquent que si le bénéficiaire des rémunérations est domicilié ou établi hors de France.

La situation est différente selon que le bénéficiaire de la rémunération est ou non domicilié ou établi dans un pays à régime fiscal privilégié, au sens de l'article 238 A du Code général des impôts.

3°) Bénéficiaire des rémunérations domicilié ou établi dans un pays où il est soumis à un régime fiscal privilégié

1014. **En présence d'un régime fiscal privilégié.** Lorsque le bénéficiaire des rémunérations est domicilié ou établi dans un pays où il est soumis à un régime fiscal privilégié, l'imposition des sommes versées à ce bénéficiaire s'effectue de plein droit au nom du prestataire de services lorsqu'il a son domicile fiscal en France.

Si le prestataire de services n'est pas domicilié en France, seules sont imposables à son nom les sommes correspondant à des services rendus en France.

Le caractère privilégié du régime fiscal du pays où le bénéficiaire des rémunérations est établi ou domicilié est apprécié au sens de l'article 238 A du Code général des impôts.

Le champ d'application de l'article 155 A du Code général des impôts s'étend aux résidents de certains États qui, bien que liés à la France par une convention destinée à éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, peuvent être regardés à certains égards comme des pays à fiscalité privilégiée.

4°) Bénéficiaire des rémunérations domicilié ou établi hors de France, dans un pays ou territoire où il n'est pas soumis à un régime fiscal privilégié

1015. **En l'absence d'un régime fiscal privilégié.** Lorsque le bénéficiaire des rémunérations est domicilié ou établi dans un État dont le régime fiscal n'est pas privilégié, l'article 155 A du Code général des impôts est applicable et l'imposition des sommes versées peut être effectuée au nom du prestataire de services dès lors que l'une des deux conditions suivantes :

- être placé sous le contrôle du ou des prestataires ;
- ne pas exercer de manière prépondérante une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services.

a) Personnes placées sous le contrôle des prestataires de services

1016. **Personne morale contrôlée par le prestataire de services.** L'existence d'une situation de contrôle doit être appréciée en fonction des données réelles et peut résulter soit de liens de dépendance juridique, soit de liens de dépendance de fait.

Il incombe à l'administration de rapporter la preuve d'un contrôle du prestataire de services sur le bénéficiaire des rémunérations.

1017. **Personne physique placée sous la dépendance du prestataire de services.** La notion de dépendance de la personne qui reçoit la rémunération des services est appréciée de manière large.

Elle peut résulter de l'existence d'un contrat de mandat ou de représentation ou d'une situation de fait concrétisée par des liens personnels, familiaux ou économiques.

b) Personnes n'exerçant pas de manière prépondérante une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services

1018. **Principes.** Lorsqu'il ne possède pas le contrôle de la personne étrangère, le prestataire est soumis aux dispositions de l'article 155 A du Code général des impôts s'il n'établit pas que la personne qui reçoit la rémunération des services exerce, de façon prépondérante, une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services.

La charge de la preuve pèse sur le prestataire de services. Elle peut être rapportée par tous les moyens de droit commun.

La prépondérance industrielle ou commerciale autre que la prestation de services est établie lorsque ces activités représentent plus de 50 % du chiffre d'affaires total réalisé par le bénéficiaire de la rémunération.

1019. **Cas particulier des personnes morales étrangères ayant un établissement en France.** Sauf abus dans des cas particuliers, les activités rattachées à un établissement que posséderait en France la personne morale étrangère dès lors que les revenus correspondants sont imposables en France, ne sont pas visées par l'article 155 A du Code général des impôts.

1020. **Cas particulier des personnes morales étrangères ayant une activité de cabinet.** À titre de tempérament, l'administration admet que l'article 155 A du Code général des impôts n'est pas applicable lorsque la réalité des services rendus par une personne morale étrangère est établie de façon indiscutable, notamment dans le cadre d'une activité de cabinet (expertise comptable, ingénieur-conseil, conseil juridique ou comptable, courtage d'assurances, etc.).

Cette mesure de tempérament est toutefois refusée aux personnes morales :

- établies dans un pays à régime fiscal privilégié ;
- ou qui sont contrôlées par le prestataire de services lorsque ce dernier est domicilié en France.

B - Prestations concernées et règles de territorialité

1021. **Prestations de services.** Les dispositions de l'article 155 A du Code général des impôts s'appliquent quelle que soit la nature des services rendus. D'une manière générale, sont concernées toutes les activités par lesquelles une personne s'oblige à exécuter, moyennant une rémunération déterminée, un travail quelconque ou à exercer des activités qui donnent lieu à la perception de profits divers (commissions, participations, primes, redevances, etc.).

1022. **Territorialité.** Lorsque le prestataire a son domicile ou son siège en France, les dispositions de l'article 155 A du Code général des impôts sont applicables à toutes les sommes rémunérant des services rendus en France et hors de France.

S'il est domicilié ou établi hors de France, l'article 155 A du Code général des impôts s'applique seulement aux sommes rémunérant les services rendus en France.

§ 2 – Modalités d'imposition

A - Caractère des sommes imposables au nom des prestataires de services

1023. **Taxation du prestataire de services.** L'article 155 A du Code général des impôts permet de faire abstraction de l'existence du bénéficiaire des rémunérations. Le prestataire de services doit être imposé à raison des sommes encaissées par ce dernier.

Ces sommes sont imposées dans la catégorie des revenus (traitements et salaires, bénéfices non commerciaux, bénéfices industriels et commerciaux) correspondant à la nature de l'activité exercée.

B - Détermination du revenu imposable et modalités de recouvrement

1°) Prestataires de services domiciliés en France

1024. **Prestataires de services domiciliés en France.** En ce qui concerne les prestataires de services domiciliés en France, le revenu imposable est calculé dans les conditions de droit commun prévues pour la catégorie de revenus concernés.

Dans le cas où la prestation est assurée par une collectivité passible de l'impôt sur les sociétés, la cotisation doit être établie au titre de cet impôt.

L'imposition ainsi établie est mise en recouvrement par voie de rôle.

2°) Prestataires de services non domiciliés en France

1025. **Prestataires de services non domiciliés en France.** Lorsque les prestataires de services ne sont pas domiciliés en France, les rémunérations versées sont soumises aux retenues à la source prévues aux articles 182 A et 182 B du Code général des impôts.

La retenue à la source qui a été effectivement acquittée est imputable sur l'impôt sur le revenu dû par le prestataire de services. La personne interposée est alors solidairement responsable du paiement de cet impôt.

3°) Sort des salaires ou autres rémunérations éventuellement perçus par le prestataire de services

1026. **Perception de rémunérations de la personne interposée.** Le prestataire de services peut recevoir une rémunération de la personne à laquelle il a prêté son concours. Afin d'éviter une double imposition au titre de cette rémunération, d'une part, et sur les revenus afférents aux sommes encaissés par cette personne, d'autre part, il est admis que l'intéressé ne soit taxé qu'à raison du revenu faisant ressortir la base d'imposition la plus élevée.

C – Incidence des conventions fiscales internationales

1°) Cas général

1027. **Application de l'article 155 A du Code général des impôts.** Le fait que la personne bénéficiaire des rémunérations ait son domicile fiscal ou son siège social dans un pays à fiscalité non privilégiée ayant conclu une convention fiscale avec la France n'interdit pas l'application des dispositions de l'article 155 A du Code général des impôts dès lors que les conditions de son application sont remplies.

Les doubles impositions ne trouvent pas à s'appliquer dans le cas de montages visés par l'article 155 A du Code général des impôts puisque le prestataire de services n'a pas été imposé dans un autre État à raison des sommes reçues par la personne domiciliée ou établie hors de France.

1028. **Assistance administrative.** L'administration peut utiliser les possibilités offertes par l'assistance administrative prévue par les conventions fiscales pour demander aux administrations étrangères des renseignements permettant d'établir que le prestataire de services contrôle en droit ou en fait la personne bénéficiaire des rémunérations ou pour obtenir des précisions sur la nature de l'activité réellement exercée par ce bénéficiaire.

1029. **Élimination des doubles impositions.** Lorsque le prestataire de services a été imposé dans un autre État à raison des mêmes sommes, l'élimination de la double imposition pourra être effectuée dans le cadre de la procédure de concertation entre les administrations centrales prévue par les conventions fiscales internationales. Le prestataire de services devra saisir les autorités fiscales de l'État dont il est le résident.

2°) Le cas particulier des artistes et des sportifs

1030. **Dispositif particulier.** De nombreuses conventions prévoient, pour les artistes et les sportifs, une disposition particulière qui est similaire à l'article 155 A du Code général des impôts auquel elle se substitue.

Dans ces conventions, la rémunération correspondant à l'activité exercée par l'artiste ou le sportif, perçue par la société sur la personne qui a fourni les services dudit artiste ou sportif, est imposable dans l'État où l'activité a été exercée.

1031. **Activité exercée en France.** Lorsque l'activité a été exercée en France, le droit d'imposer les rémunérations correspondantes est attribué à la France. Le fait que l'artiste ou le sportif soit résident de France ou résident dans l'autre État contractant est indifférent.

1032. **Activité exercée hors de France.** Lorsque l'activité est exercée dans l'autre État contractant, il convient de distinguer les deux situations.

Si l'artiste ou le sportif est résident de France, la convention conserve à la France le droit d'imposer la rémunération de l'artiste ou du sportif. La double imposition est évitée par l'imputation sur l'impôt français d'un crédit correspondant au montant de l'impôt effectivement payé à l'étranger.

Si l'artiste ou le sportif est résident de l'autre État contractant, la rémunération correspondant à l'exercice d'une activité dans l'autre État n'est pas imposable en France.

Section V – Versement à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié (article 238 A du CGI)

1033. **Versement à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié.** Des personnes physiques ou morales établies en France réalisent des versements à destination de pays ou territoires ayant des régimes fiscaux privilégiés, qui tendent expressément à minorer la charge fiscale qu'elles supportent sur le territoire français. Ces versements ne sont pas nécessairement réprimés. Ils peuvent en effet correspondre à des opérations réelles avec une véritable contrepartie (fournitures de marchandises, réalisation de prestations de services). Toutefois, lorsqu'ils ne correspondent pas réellement à une charge effective, cette pratique a pour conséquence de soustraire à l'application de l'impôt français des revenus normalement taxables.

Les charges peuvent être augmentées de manière artificielle selon divers moyens : versements d'intérêts de prêts, versements de redevances pour concessions de brevets ou de marques, rémunérations de prestations de services, etc.

1034. **Article 57 du Code général des impôts.** Afin de lutter contre les transferts indirects de bénéfices à l'étranger, l'article 57 du Code général des impôts⁴⁵⁵ permet à l'administration, en complément des dispositions édictées par les différentes conventions internationales, de rehausser les résultats déclarés par les entreprises françaises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de la France.

1035. **Article 238 A du Code général des impôts.** Conformément à l'article 238 A du Code général des impôts, certaines sommes payées ou dues par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admises comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. Il en est de même pour tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un de ces États ou territoires.

Le champ d'application de l'article 238 A du Code général des impôts est plus limité que celui de l'article 57 du même code.

§ 1 – Champ d'application

1036. **Champ d'application.** Les opérations rentrant dans le champ d'application des dispositions de l'article 238 A du Code général des impôts sont les suivantes :

- d'une part, certaines charges payées ou dues à des personnes domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et qui y sont soumises à un régime fiscal privilégié ;
- d'autre part, les versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un pays à fiscalité privilégiée.

⁴⁵⁵ BOI-BIC-BASE-80.

A - Charges payées ou dues à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié

1037. **Champ d'application.** L'étude du champ d'application du dispositif implique de déterminer la nature des charges en cause, la personne du débiteur et celle du bénéficiaire.

1°) Nature des charges

1038. **Énumération des charges.** Les charges doivent être énumérées par la loi. Elles le sont par l'article 238 A, alinéa 1^{er} du Code général des impôts, et elles sont décrites ci-après. Il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'elles ont été payées ou demeurent exigibles.

1039. **Charges financières.** Il s'agit tout d'abord des charges financières entendues dans un sens large : intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, intérêts, arrérages et tous autres produits des créances hypothécaires, privilégiées et chirographaires, des dépôts de sommes d'argent, des cautionnements en numéraire et des comptes courants.

Toutefois, les intérêts, arrérages et autres produits des obligations émises avec le bénéfice des régimes spéciaux prévus à l'article 131 ter du Code général des impôts, sont exclus du dispositif.

1040. **Redevances.** L'article 238 A du Code général des impôts s'applique également aux redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues.

La notion de redevances doit être également comprise dans son sens le plus large.

1041. **Rémunérations de services.** L'article 238 A du Code général des impôts s'applique aux rémunérations de services de toute nature. Les rémunérations peuvent être versées notamment au titre d'appointements, salaires, indemnités, loyers de biens meubles ou immeubles, frais d'étude et de recherches, rémunérations d'intermédiaires et honoraires, transport, publicité, travaux de façon, redevances diverses, etc.

1042. **Preuve de la normalité.** Les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, à l'exception de ceux dus au titre d'emprunts conclus avant le 1^{er} mars 2010 ou conclus à compter de cette date mais assimilables à ces derniers, ainsi que les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts ne sont pas admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt, sauf si le débiteur apporte la preuve mentionnée au premier alinéa et démontre que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un État ou territoire non coopératif.

1043. Les opérations énumérées par l'article 238 A du Code général des impôts sont donc *a priori* fictives, sauf si le contribuable prouve que l'opération est réelle est normale. Il appartient à ce dernier de faire la reconstitution en droit et en fait dans le cadre d'un dialogue avec l'administration. La délivrance de la preuve est effectuée sans aucun formalisme particulier. Elle doit être complète et permettre la réalisation effective des services en démontrant notamment l'équilibre du contrat.

2°) Conditions relatives à la personne du débiteur

1044. **Imposition en France.** L'article 238 A du Code général des impôts contient des termes généraux qui autorisent son application à tout contribuable pour lequel la base de l'impôt est déterminée sous déduction d'une des charges énumérées par le texte.

Toutes les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés et toutes les personnes physiques et morales relevant de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux sont concernées par le régime de l'article 238 A du Code général des impôts.

Les dispositions de l'article 238 A concernent aussi l'établissement stable situé en France d'une entreprise étrangère.

L'article 238 A du Code général des impôts s'applique à toutes les personnes physiques et morales relevant de l'impôt sur le revenu au titre de l'une quelconque des catégories de revenus lorsque les règles d'assiette de la catégorie prévoient la déduction de charges visées par ce texte. Elles s'appliquent aussi pour la détermination du revenu global.

1045. **Droits de succession.** L'article 238 A du Code général des impôts peut également s'appliquer aux droits de mutation par décès.

3°) Conditions relatives à la personne bénéficiaire : la notion de régime fiscal privilégié

a) La notion de régime fiscal privilégié

1046. **Régime fiscal privilégié.** Les dépenses en cause doivent être payées à une personne physique ou morale domiciliée ou établie dans un État étranger ou un territoire situé hors de France où elle bénéficie d'un régime fiscal privilégié.

1047. **Notion.** La notion de régime fiscal privilégié est définie au deuxième alinéa de l'article 238 A du Code général des impôts. Il dispose que les personnes sont considérées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État 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.

Il appartient au service d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'impôt, si le bénéficiaire se trouve dans cette situation. À cet effet, les recherches à entreprendre pour parvenir aux constatations de fait sur lesquelles le service devra fonder son estimation seront conduites, à partir de l'une des deux caractéristiques de la notion de régime fiscal privilégié, selon les indications suivantes.

b) Bénéficiaire non imposable dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi

1048. **Bénéficiaire non imposable dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi.** Le caractère privilégié du régime fiscal est établi lorsque, dans l'État étranger ou le territoire en cause :

- il n'existe pas d'impôt sur les bénéfices ou les profits provenant d'activités professionnelles ou d'impôt sur les revenus ;

- les revenus, profits ou rémunérations de la nature de ceux énumérés par l'article 238 A du Code général des impôts et qui ont leur source à l'extérieur de cet État ou de ce territoire, n'y sont pas soumis à un impôt sur les bénéfices ou sur les revenus.

c) Bénéficiaire soumis, dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi, à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus notablement moins élevés qu'en France

1049. **Bénéficiaire soumis, dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi, à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus notablement moins élevés qu'en France.** Lorsque le bénéficiaire est soumis, dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi, à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus notablement moins élevés qu'en France, la caractérisation privilégiée du régime fiscal est plus complexe.

Il convient d'effectuer une comparaison entre la fiscalité française, d'une part, et la fiscalité applicable dans ce pays étranger ou ce territoire, d'autre part.

✓ *Les termes de comparaison*

1050. Comparaison applicable à des impôts considérés dans leur ensemble. La comparaison s'effectue, entre eux, des impôts en France, d'une part, et dans le pays étranger ou le territoire considéré, d'autre part, à raison de l'une ou plusieurs des rémunérations visées par l'article 238 A du Code général des impôts. La comparaison intervient sur les impôts ou sur des régimes fiscaux particuliers, et non des impositions spécifiques.

1051. Comparaison portée sur des impôts de même nature. La comparaison ne doit pas être réalisée entre le système fiscal français et celui étranger considérés l'un et l'autre globalement. Elle ne doit s'effectuer qu'aux impôts dont relèverait ou auxquels est assujéti le bénéficiaire, au titre des revenus et rémunérations en cause, en prenant en considération sa qualité et son statut juridique.

1052. La comparaison doit tenir compte de l'existence de régimes fiscaux particuliers. Les systèmes fiscaux comportent des régimes particuliers d'imposition, dérogatoires au régime de droit commun, applicables à certaines formes d'entreprises, d'activités ou de revenus. Ces régimes particuliers doivent être pris en compte pour la détermination des termes de comparaison.

✓ *Appréciation des écarts constatés entre les termes de comparaison*

1053. **Cas particulier.** L'appréciation des écarts constatés entre les termes de la comparaison ne peut dépendre que de chaque cas d'espèce.

1054. **Présomption.** En pratique, il est considéré que l'État étranger ou le territoire considéré dispose d'un régime fiscal est privilégié lorsque :

- le bénéficiaire, personne physique, est une personne mariée ayant deux enfants à charge et disposant d'un revenu net global de 75 000 € y est redevable d'un impôt personnel sur le revenu dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui qu'elle aurait à supporter en France pour la même base taxable ;

- le bénéficiaire étant passible des impôts sur les bénéfices, le niveau du prélèvement fiscal global supporté par une entreprise à raison des revenus ou des rémunérations en cause, ainsi que de ses autres profits professionnels est inférieur de plus de la moitié au taux normal de l'impôt français sur les sociétés.

La caractérisation du caractère privilégié du régime fiscal permet de constituer une présomption.

d) États et territoires non coopératifs

1055. **ETNC.** La condition relative au caractère privilégié du régime fiscal n'est pas nécessaire lorsque le bénéficiaire est domicilié ou établi dans un État ou territoire non coopératif.

B - Versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un pays à fiscalité privilégiée

1056. **Principe.** L'article 238 A du Code général des impôts est également applicable aux versements effectués sur un compte qui est tenu dans un organisme financier établi dans un pays à fiscalité privilégiée.

1°) Versements concernés

1057. **Nécessité d'un versement.** Contrairement à l'article 238 A, alinéa 1^{er} du Code général des impôts, lequel ne distingue pas selon que les charges ont été payées ou qu'elles sont dues, l'article 238 A, alinéa 4 ne peut être appliqué que lorsque la charge déduite pour l'établissement de l'impôt a fait l'objet d'un paiement.

1058. **Objet des versements.** Les versements qui ont pour objet les charges énumérées par l'article 238 A, alinéa 1^{er} du Code général des impôts sont seuls concernés par les dispositions susvisées. L'article 238 A, alinéa 3 n'établit aucune modification à ce titre.

1059. **Modalités des versements.** L'article 238 A, alinéa 4 du Code général des impôts ne distingue pas selon les modalités des versements. Tous les modes d'extinction des créances sont donc concernés. La monnaie de compte utilisée pour le paiement est indifférente pour l'application de l'article 238 A du Code général des impôts.

2°) Compte tenu par un organisme financier

1060. **Inscription sur un compte.** Il est nécessaire que le versement réalisé soit traduit par une inscription sur un compte tenu par un organisme financier.

Étant donné les multiples formes que peuvent revêtir les modes d'extinction des créances, toute inscription dont l'effet sera d'augmenter la situation créditrice de l'entreprise vis-à-vis de l'organisme financier constitue un versement sur un compte tenu par cet organisme. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la nature du compte (nominatif ou anonyme, de dépôt ou à terme, d'épargne ou compte courant), ni celle des instruments monétaires comptabilisés.

1061. **Organisme financier.** Est considérée comme un organisme financier toute personne physique ou morale habilitée à détenir, à titre principal ou accessoire, des biens ou valeurs pour le compte d'autrui. Cette définition permet de recouvrir les banques et établissements financiers (caisse d'épargne, organismes de prêt) ainsi que les personnes qui, à quelque titre que ce soit,

ont la possibilité d'exercer en fait cette activité (agents de change, notaires, avocats, agents d'affaires, etc.).

3°) Installation dans un pays à fiscalité privilégiée

1062. **Opérations vers un pays à fiscalité privilégiée.** L'article 238 A du Code général des impôts vise les versements effectués sur des comptes tenus par des organismes établis dans des pays à fiscalité privilégiée.

Sont seules prises en considération les opérations effectuées à destination du pays à fiscalité privilégiée.

§ 2 – Effets de l'application

1063. **Renversement de la charge de la preuve.** Lorsque les conditions de l'article 238 A du Code général des impôts sont remplies, les charges en cause ne sont déductibles que si elles correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal et exagéré.

A - Conséquences pour la personne du débiteur

1°) Apparence juridique écartée

1064. **Apparence juridique écartée.** L'article 238 A du Code général des impôts a pour effet d'écarter l'apparence juridique créée par le contribuable ou son auteur s'il s'agit d'un rehaussement en matière de mutation par décès.

En vertu de l'article 238 A du Code général des impôts, les rapports contractuels qui obligent au paiement des charges en cause sont présumés fictifs. Ils sont censés avoir fait peser sur le débiteur des obligations devant être qualifiées d'anormales ou d'exagérées, dès lors que la preuve de leur réalité est rapportée.

Le contribuable doit apporter la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré, lorsqu'il retrace les charges en cause des sommes passibles de l'impôt.

2°) Situation de droit et de fait devant être reconstituée

1065. **Reconstitution devant être faite par le contribuable lui-même.** Le contribuable a l'obligation de procéder à cette reconstitution. Il supporte la charge des preuves nécessaires à cette reconstitution.

Il ne dispose d'aucun moyen pour se soustraire à cette obligation.

1066. **Complétude des preuves.** La démonstration s'effectue successivement sur deux niveaux. Tout d'abord, le contribuable doit faire tomber la présomption légale de déguisement. Puis il doit établir que l'opération ne présente pas un caractère anormal ou exagéré.

La démonstration de la situation réelle ne peut se limiter à la production des écrits par lesquels le débiteur s'est engagé à payer les dépenses qu'il a portées dans les charges déduites pour l'assiette de l'impôt. Ces écrits sont présumés non sincères, qu'il s'agisse d'actes sous seing privé ou authentiques. Il faut donc prouver la matérialité de l'opération qu'ils constatent. Pour ce faire, il faut apporter tous éléments de nature à établir que les engagements réciproques qu'ils relatent ont été effectivement exécutés ou, lorsqu'il y a des prestations échelonnées dans le temps, sont sur le point de l'être.

La preuve de l'absence de caractère anormal ou exagéré oblige le contribuable à démontrer que le contrat dont il a établi la sincérité est, en outre, normalement équilibré.

1067. **Non-formalisme de la reconstitution.** Les moyens de preuve ne sont pas limités par l'article 238 A du Code général des impôts. Il n'existe pas de date limite pour leur admission. Le droit commun s'applique entièrement en la matière. Tous les modes de preuves compatibles avec la procédure écrite sont admis.

B - Conséquences fiscales de la réintégration des sommes indûment déduites

1068. **Réintégration.** L'article 238 A du Code général des impôts implique, lorsque les conditions de son application sont réunies, la réintégration dans l'assiette de l'impôt dû par le débiteur des charges qui ont été indûment déduites.

1°) Montant des réintégrations

1069. **Montant des réintégrations.** La totalité de la dépense non justifiée doit être rapportée aux bases de l'impôt dès lors que la réalité de l'opération ne peut être établie. Il en va généralement de même lorsque la sincérité de l'opération n'étant plus contestable, la dépense y afférente est anormale ou exagérée. Toutefois, il est admis que la réintégration dans la base d'imposition soit limitée à la partie apparaissant en définitive anormale ou exagérée.

2°) Régime fiscal des sommes réintégrées

a) Débiteur passible de l'impôt sur les sociétés

1070. **Revenus distribués.** Les sommes exclues des charges déductibles pour l'assiette de l'impôt doivent être considérées comme des revenus distribués :

- si, avant ou après réintégration des charges déduites indûment, les résultats fiscaux de l'exercice sur lesquels elles ont été prélevées sont bénéficiaires (application des dispositions combinées du 1° du 1 de l'article 109 du Code général des impôts et de l'alinéa 1^{er} de l'article 110 du même code) ;

- ou, si les résultats fiscaux de cet exercice étant déficitaires en dépit de la réintégration des charges déduites indûment, la personne physique ou morale bénéficiaire des paiements est actionnaire ou porteuse de parts de la société française (application des dispositions du 2° du 1 de l'article 109 du Code général des impôts).

1071. **Soumission à l'impôt de la source.** Si les résultats de l'exercice sur lesquels les sommes exclues des charges déductibles ont été prélevées demeurent déficitaires du point de vue fiscal et si, d'autre part, la personne physique ou morale bénéficiaire n'est pas associée de la société établie en France, la qualification donnée par celle-ci aux produits concernés n'aura pas à être modifiée ; ces produits (intérêts, redevances ou rémunération de services) resteront donc soumis, s'ils leur sont applicables compte tenu, le cas échéant, de l'incidence des conventions fiscales internationales, aux impôts retenus à la source assis sur les revenus payés à des personnes n'ayant pas en France leur siège ou leur domicile réel.

b) Débiteur non passible de l'impôt sur les sociétés

1072. **Absence de requalification.** La qualification donnée, antérieurement à leur réintégration, aux sommes exclues des charges déductibles n'a pas à être rectifiée au regard des retenues à la source.

Section VI – Transfert d'actifs hors de France (article 238 Bis – 0 I du CGI)

1073. **Présentation du dispositif.** En vertu de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts, les entreprises sont imposables annuellement sur les produits d'actifs qu'elles ont transférés hors de France à une personne, un organisme, un *trust* ou une institution comparable, chargé de gérer ces actifs dans leur intérêt ou d'assumer pour leur compte un engagement existant ou futur.

Cette mesure vise les actifs que l'entreprise a transférés directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, quelle que soit la date de leur transfert.

§ 1 – Champ d'application

A - Entreprises concernées

1074. **Entreprises concernées.** L'article 238 bis-0 I du Code général des impôts a un champ d'application large qui couvre toutes les entreprises, quel que soit leur statut juridique ou fiscal, c'est-à-dire :

- les sociétés ou organismes passibles de l'impôt sur les sociétés ;
- les exploitants individuels imposés à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux, des bénéficiaires agricoles, des bénéficiaires non commerciaux.

B - Transferts d'actifs visés

1075. **Transferts d'actifs visés.** La notion de transfert n'est pas définie par l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts.

Sont dès lors concernés par le dispositif tous les transferts, quel que soit le cadre juridique dans lequel ces transferts interviennent, et qu'ils se traduisent ou non par une mutation de propriété. Il n'y a pas de restriction concernant la nature des éléments d'actifs transférés. Il peut s'agir de liquidités, de valeurs mobilières, de créances et de manière générale de tous les éléments d'actifs.

Les transferts peuvent être réalisés directement ou indirectement, par l'entreprise elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers.

1076. **Exclusion.** Certaines opérations de transfert sont par ailleurs expressément exclues du nouveau dispositif.

1077. **Finalité du transfert.** C'est moins la nature du transfert que le motif de celui-ci qui permet d'apprécier si celui-ci est concerné par le dispositif. En effet, sont visés par l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts les transferts d'actifs effectués par une entreprise :

- en vue d'être gérés dans son intérêt ;
- ou en vue d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur.

Il faut que le transfert ne constitue pas le paiement d'un prix (d'une vente ou d'une prestation de services). L'entreprise qui a transféré les biens doit disposer sur ceux-ci (ou ceux acquis en

remploi) d'un véritable « droit au retour » et sur les résultats de leur gestion ou sur leur contrepartie financière, ou encore conserver la maîtrise de ces actifs.

La notion de transferts réalisés en vue d'assumer pour le compte de l'entreprise un engagement existant ou futur implique que la personne bénéficiaire du transfert satisfasse, à la place de l'entreprise, l'une de ses obligations (remboursement d'une dette, paiement d'intérêts ou de loyers).

§ 2 – Modalités d'imposition

1078. **Principes.** L'article 238 bis-0 I du Code général des impôts pose le principe selon lequel l'entreprise française comprend dans son résultat imposable les résultats provenant de la gestion ou de la disposition de ces actifs ou des biens acquis en remploi. Il ne s'agit pas d'une imposition séparée, mais d'un rattachement aux résultats de l'entreprise.

1079. **Détermination du résultat imposable.** L'article 238 bis-0 I du Code général des impôts prévoit que les résultats provenant de la gestion ou de la disposition des actifs transférés, ou des biens acquis en remploi, sont arrêtés à la clôture de chacun des exercices de l'entreprise. Ils sont déterminés selon les règles applicables à cette dernière, indépendamment de ses autres opérations, à partir d'une comptabilité distincte tenue pour son compte.

1080. **Période d'imposition.** La période d'imposition coïncide avec l'exercice de l'entreprise française qui a procédé au transfert. Le régime de la personne qui a reçu les biens est indifférent.

1081. **Règles de détermination.** Les règles de détermination du résultat imposable sont celles de l'entreprise française. Si l'entreprise est une société soumise à l'impôt sur les sociétés, les résultats procurés par la gestion des actifs transférés sont évalués par application des règles de l'impôt sur les sociétés (créances acquises, dettes certaines...).

Les résultats de la gestion des actifs transférés sont déterminés de manière indépendante par rapport aux autres opérations de l'entreprise.

La personne à qui les actifs ont été transférés doit par ailleurs tenir une comptabilité distincte.

1082. **Imposition des résultats.** Les résultats imposables découlant de la gestion des actifs transférés et imposables au nom de l'entreprise sont ajoutés aux résultats ordinaires de celle-ci et font l'objet d'une imposition unique. Dès lors, les entreprises peuvent compenser les bénéfices et les déficits réalisés au titre d'un même exercice.

L'entreprise peut imputer sur l'impôt sur les sociétés dû au titre d'un exercice les impôts éventuellement acquittés hors de France à raison des résultats procurés par les actifs transférés, lorsque ceux-ci sont comparables à l'impôt sur les sociétés. En revanche, les retenues à la source prélevées le cas échéant par les pays tiers sur les revenus des actifs transférés ne sont pas imputables. Le montant de l'impôt imputable est converti sur la base du taux de change en vigueur à la date de clôture de l'exercice de l'entreprise française. Celle-ci doit apporter la preuve du paiement effectif de l'impôt dont elle demande l'imputation.

§ 3 – Obligations déclaratives

A – Obligations déclaratives

1083. **Documents à produire.** En vertu du troisième alinéa du I de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts, l'entreprise doit produire, à l'appui de la déclaration de ses propres résultats, d'une part un état spécial et, d'autre part, une déclaration des résultats provenant de la gestion ou de la disposition des actifs transférés.

L'état spécial doit mentionner :

- la nature, la consistance et les caractéristiques des éléments d'actifs transférés ou des biens acquis en remploi. Cet état s'apparente ainsi à un « bilan » détaillé ;
- la personne, l'organisme, le *trust* ou l'institution comparable à qui les actifs ont été transférés ;
- l'État ou le territoire où il est établi.

Cet état spécial doit être établi sur un document conforme à un modèle fixé par l'administration. La déclaration des résultats qui proviennent de la gestion des actifs transférés est établie sur un document conforme à un modèle fixé par l'administration.

B – Sanctions

1084. **Sanctions.** L'entreprise qui ne respecte pas les dispositions de l'article 238 bis-0 I du Code général des impôts, c'est-à-dire qui ne place pas spontanément les transferts d'actifs réalisés sous le régime prévu et qui ne satisfait donc pas à ses obligations déclaratives :

- est imposable d'après un bénéfice déterminé forfaitairement ;
- et est soumise à des pénalités spécifiques.

1085. **Bénéfice forfaitaire.** Le bénéfice forfaitaire est égal, pour chaque exercice, au produit du montant de la valeur réelle des actifs transférés à l'ouverture de l'exercice par le taux mentionné à l'article 39, 1-3° du Code général des impôts.

1086. Pénalités spécifiques. Lorsque l'entreprise n'a pas déclaré spontanément les résultats imposables dans les conditions prévues, elle est redevable, à raison des droits éludés :

- de l'intérêt de retard visé à l'article 1727 du Code général des impôts de 0,40 % ;
- et de la majoration de 40 % prévue à l'article 1758, alinéa 3 du Code général des impôts concernant le défaut de déclaration de fonds transférés à l'étranger.

CONCLUSION

De la spécialisation du conseil dans la transmission patrimoniale.

1087. **Bilan.** Le conseil notarial dans les montages d'optimisation fiscale en gestion de fortune est une activité particulière dans le notariat. Ce conseil notarial patrimonial est comme nous l'avons vu un assemblage de compétences juridiques (droit civil, droits des sociétés, droit des obligations, droit comptable, droit comparé, droit international privé) et fiscales (fiscalité personnelle et des entreprises, fiscalité internationale). A ces compétences classiques, le notaire qui intervient sur ces montages doit également avoir des solides notions en finance y compris en finance d'entreprise. Elle nécessite en outre, une expérience forgée sur cette catégorie de dossiers afin d'affiner les réflexions tant du notaire que de son client. La charte du notaire conseil patrimonial du Conseil Supérieur du Notariat insiste dans son préambule sur l'expérience du notaire.

Le conseil notarial en gestion de fortune est une spécialité à part entière dans le Notariat moderne d'aujourd'hui et de demain. Cette activité de niche, souvent mal appréciée par le passé, est une composante du service notarial.

Le conseil notarial en gestion de fortune est particulièrement exigeant au niveau de la formation initiale mais également en termes de formation professionnelle. La formation professionnelle est spécifiquement recommandée à l'article 3 de la charte du notaire conseil patrimonial du Conseil Supérieur du Notariat. Au-delà de la formation, la Cour de cassation sanctionne le défaut d'information du professionnel. Elle considère en effet, que « *celui qui accepte de donner des renseignements a, lui-même, l'obligation de s'informer pour informer en pleine connaissance de cause* »⁴⁵⁶.

Le conseil notarial, dans les montages d'optimisation fiscale de gestion de fortune implique un devoir de conseil renforcé pour le notaire⁴⁵⁷. Ce devoir de conseil implique tout d'abord pour le notaire l'obligation d'informer son client sur les conséquences fiscales de leurs actes. Il peut être entendu tout d'abord dans une conception passive. Sur les montages de gestion de fortune, le notaire doit pouvoir donner les informations liées aux risques de l'opération. Mais, le devoir de conseil peut également être appréhendé dans un sens positif et actif. Le notaire qui participe directement ou indirectement à un montage d'optimisation fiscale de gestion de fortune est tenu par son devoir de conseil d'indiquer à ses clients toutes les conséquences fiscales relatives aux montages qu'il préconise et aux actes qu'il reçoit.

Le devoir de conseil en gestion de fortune est particulièrement complexe pour le notaire. Jean Bernard de Saint-Afrique, conseiller honoraire à la Cour de cassation a mis en lumière cette complexité en précisant qu'il « *appartient à tout professionnel appelé à intervenir dans la gestion d'un patrimoine d'apprécier sous sa responsabilité, les mesures à prendre, notamment en matière de fiscalité, pour préserver de la manière la plus efficace les intérêts dont il a la charge* »⁴⁵⁸.

Certes, le contribuable a le droit entre plusieurs solutions de choisir celle qui lui est la plus avantageuse fiscalement. Il s'agit d'un principe fondamental garanti tant par le droit

⁴⁵⁶ Cass 2^o civ, 19 oct. 1994, D. 1995, jurisprudence p. 499, note A.-M Gavard-Gilles

⁴⁵⁷ Cass. 1^{er} civ., 25 nov. 1997, n°95-18.618 : JurisData n°1997-004656 ; Bull. civ. 1997, I, n°329 ; JCP N 1998, n°9, p.307

⁴⁵⁸ Jean Bernard de Saint-Afrique, « *La responsabilité professionnelle du gestionnaire de patrimoine au regard de l'abus de droit* », Defrénois 1998, art. 36825

communautaire, que par le droit interne auquel la jurisprudence veille. Nous considérons que le notaire ne doit pas s'arrêter à un rôle passif en matière de gestion fiscale du patrimoine, en participant à des montages conçus par d'autres, uniquement parce que son instrumentation est requise pour établir des actes relevant de l'activité du monopole. Le notaire doit pouvoir prendre l'initiative de l'optimisation fiscale de son client. Il en a le droit, mais plus encore, il en a le devoir vis-à-vis de ses clients qui lui confient ses intérêts. Le notaire est l'ingénieur patrimonial par excellence. Selon le professeur Jean Prieur, « on a découvert chez le notaire un véritable ingénieur patrimonial, au service d'une même cause : l'optimisation c'est-à-dire la recherche de la pertinence et de la performance des choix »⁴⁵⁹.

Selon nous, le notaire qui ne conseillera pas à son client un schéma d'optimisation fiscale pourrait voir sa responsabilité civile professionnelle engagée. Le notaire a un devoir absolu d'optimiser la situation fiscale de son client. Il s'agissait de l'avis d'illustres auteurs tels que par exemple Maurice Cozian : « si le conseil prêche par ignorance ou par pusillanimité, s'il ne sait pas conseiller la voie la plus économique, il risque d'engager sa responsabilité personnelle »⁴⁶⁰. M. Jean Prieur a également la même position : « le notaire peut être exposé à l'inexécution de son devoir de conseil ; on peut lui reprocher d'avoir mal conseillé, voire de ne pas conseiller »⁴⁶¹.

C'est aussi la position de jurisprudence. La Cour d'appel a en effet déjà condamné un expert-comptable pour ne pas avoir informé son client des différentes options fiscales qui se présentaient à lui et l'avoir ainsi privé de la chance d'obtenir le bénéfice d'un régime plus favorable⁴⁶². Cette jurisprudence, n'a bien évidemment pas lieu d'être limitée aux experts-comptables et peut être étendue au notariat. En ingénierie patrimoniale, le notaire doit non seulement présenter les différentes solutions fiscales qui se présentent, mais il doit encore indiquer laquelle semble mieux adaptée à la situation de son client.

Le défaut de conseil du notaire est durement sanctionné par la mise en jeu de sa responsabilité civile professionnelle. Les exemples jurisprudentiels où la responsabilité du notaire pour défaut de conseil a été retenue sont nombreux⁴⁶³.

Le devoir de conseil du notaire est très étendu. Il porte en effet non seulement sur les conséquences immédiates des actes qu'il reçoit et de ses conseils, mais également sur celles future.

Le notaire doit donner un conseil précis, pertinent, exhaustif. Bien évidemment, si le notaire donne un conseil erroné, il engage sa responsabilité⁴⁶⁴.

Il doit également donner un conseil adapté aux circonstances. Par exemple, le notaire s'est vu reproché d'avoir « *proposé et mis en œuvre un processus lourd et long totalement inadapté à la situation familiale et à l'état de santé de feu M. X, dont il ne pouvait ignorer l'issue fatale inéluctable à brève échéance et en ne dispensant aucune information sur les dispositions restrictives de l'article 75 du CGI, et d'avoir manqué à son obligation de diligence en laissant s'écouler, sans motif légitime, un temps manifestement trop important, compte tenu de l'état de santé de M. X, entre la création de la SCI et la signature de la donation-partage* »⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ Jean Prieur, « patrimoine professionnel : contractualisation et sécurité juridique. Rapport de synthèse. Journées notariales du patrimoine », 29-30 septembre 2008, JCP N 2008, n°49, 1352

⁴⁶⁰ Maurice Cozian, « Éloge de l'habileté fiscale », RFN 2006, alerte 1

⁴⁶¹ Jean Prieur, « patrimoine professionnel : contractualisation et sécurité juridique. Rapport de synthèse. Journées notariales du patrimoine », 29-30 septembre 2008, JCP N 2008, n°49, 1352

⁴⁶² CA Paris, 25^e ch. A, 24 janvier 1989, D. 1989, inf. rap. p. 43

⁴⁶³ Par exemple : CA Douai, 22 février 2010, n°08/06264 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n°09-16.531 : JurisData n°2010-023192, Bull. civ. 2010, I, n°524

⁴⁶⁴ CA Pau 6 octobre 2007, JurisData n°2007-338670

⁴⁶⁵ CA Pau, 6 octobre 2009, n°4074/09

La Cour de cassation considère que ce devoir de conseil présente un caractère absolu, y compris lorsque le client est assisté d'une personne compétente⁴⁶⁶. Même en présence d'un autre notaire, ce qui est rare dans les dossiers patrimoniaux, le notaire n'est pas dispensé de son devoir de conseil⁴⁶⁷. Il en va également de même en cas d'intervention d'un avocat sur le dossier⁴⁶⁸.

Sur le plan formel, le notaire devra se préconstituer la preuve de l'accomplissement de son devoir de conseil auprès de son client. Cette conservation de la trace de ces conseils existe même lorsque le client est assisté d'un autre notaire ou d'un avocat conseil fiscaliste par exemple. En gestion du patrimoine, on ne voit pas comment le notaire pourrait s'affranchir d'une consultation juridique et fiscale avant d'instrumenter⁴⁶⁹. Depuis la loi Macron, il aura l'obligation d'établir une lettre de mission qui définira notamment le périmètre de son intervention. À ce titre, l'article II-2 de la charte du notaire conseil patrimonial du Conseil supérieur du notariat prévoyait expressément, bien avant la Loi Macron, que le notaire devait rédiger obligatoirement une consultation écrite en deux exemplaires dont l'un est conservé à l'étude et l'autre remis au client. Mieux encore, dans son annexe, ladite charte préconise d'établir un compte rendu d'exécution à la fin de la mission. Il nous semble que la consultation est un minimum impératif pour le notaire participant à des montages d'optimisations fiscales. Le compte rendu d'exécution a le mérite de marquer formellement la fin de la mission et de constituer un autre document juridique constatant l'exécution de son devoir de conseil par le notaire.

Pour consolider l'établissement de la preuve que le notaire a parfaitement rempli son devoir de conseil, nous préconisons d'établir également une reconnaissance de conseils donnés qui sera signé par le client.

Limites. La liberté à l'optimisation fiscale se heurte à plusieurs limites.

Elle trouve ses principales limites fiscales dans l'abus de droit d'une part et dans tous les dispositifs anti-abus d'autre part, qui fleurissent sans cesse depuis quelques années dans l'univers de la gestion du patrimoine et de la gestion de fortune.

Il est du devoir de conseil du notaire que de préciser dans le cadre de la construction du montage les limites de l'optimisation liés à l'abus de droit et aux différents dispositifs anti-abus. L'art du conseil fiscal patrimonial réside dans le fait que « la frontière entre la gestion avisée et l'optimisation « agressive » est souvent ténue : définir juridiquement les frontières du licite et de l'illicite constitue un exercice particulièrement délicat »⁴⁷⁰.

Tout notaire qui participerait à un montage d'optimisation fiscale dans le cadre de la gestion du patrimoine ou de la planification successorale qui serait sanctionné au titre de l'abus de droit ou dans le cadre d'un dispositif anti-abus verrait sa responsabilité professionnelle engagée.

En matière de fraude les notaires sont tenus par un devoir d'alerte dont les caractéristiques figurent à l'article L.561-32-I du Code monétaire et financier. Le cadre de ce devoir d'alerte est

⁴⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ. 10 juillet 1995 : *JurisData* n°1995-002115 ; *JCP N* 1995, II p. 1822 ; *Defrénois* 1995, art. 36210-147, obs J-L Aubert – Cass. 1^{ère} civ. 9 janvier 2001 : *JurisData* n°2001-009515 – Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2011, n°09-16.091 : *JurisData* n°2011-002585, *Resp. civ. Assur.* 2011, n°6, comm. 227.

⁴⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 26 novembre 1996, n°94-13.989 : *JurisData* n°1996-004477 ; *Bull. civ.* 1996, I, n°418 ; *JCP N* 1997, n°15, p. 537

⁴⁶⁸ Cass 1^{ère} civ., 10 juillet 1995, n°93-13.672 : *JurisData* n°1995-002116 ; *Bull. civ.* 1995, I, n°312 ; *JCP N* 1995, n°51-52, p.1822.

⁴⁶⁹ *Th. Sanséau, Conventions relatives à la responsabilité notariale, Reconnaissances de conseils donnés* : *JCP N* 1988, p.348 ; *J-F Pillebout, De la décharge de responsabilité à la consultation* : *JCP N* 1993, I, p.263

⁴⁷⁰ *Daniel Gutmann, Droit fiscale des affaires, Lextenso, coll. Domat droit privé, 4^{ème} éd., 2013, p.682*

relatif et limité puisqu'il existe lorsqu'ils interviennent dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ou lorsqu'ils donnent des consultations juridiques ayant pour objet de mettre en place une organisation et des procédures internes pour lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Premièrement, on voit mal un notaire participer à de telles opérations. Deuxièmement, ce garde-fou ne trouve pas à s'appliquer en pratique aux montages d'optimisations patrimoniales sur lesquelles le notaire travaille.

Le risque le plus grave pour le notaire conseil fiscal dans les montages d'optimisations réside finalement dans sa responsabilité pénale. En effet, la responsabilité pénale a été retenue récemment à l'encontre d'un avocat fiscaliste dans le cadre de la récente affaire Ricci. En première instance⁴⁷¹ Mme Ricci avait été lourdement condamnée pour soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt, organisation frauduleuse d'insolvabilité et blanchiment. L'avocat fiscaliste qui avait conseillé un montage tout à fait classique, a été condamné pour complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité d'un an assorti du sursis simple. La Cour d'appel de Paris⁴⁷² a confirmé la décision de première instance, mais a réduit les sanctions à l'encontre de Mme Ricci et de l'avocat-fiscaliste. Elle a condamné Mme Ricci à trois ans d'emprisonnement avec sursis, au lieu des trois ans d'emprisonnement dont deux avec sursis initialement prononcés en maintenant l'amende de 1.000.000 €. L'avocat a quant à lui été condamné à une amende de 20.000 € au lieu des 10.000 € et de la peine d'emprisonnement d'un an avec sursis initialement prononcés.

L'affaire Ricci retient la responsabilité pénale du conseil fiscal dans le cadre d'une consultation juridique et fiscale ayant pour objet des montages légaux. Les juges ont parfaitement reconnu que le montage n'était pas illicite. Toutefois, ils ont reproché à l'encontre de l'avocat-fiscaliste, tenu un devoir de conseil renforcé, que les faits étaient de nature à faire naître dans son esprit un doute raisonnable sur l'objectif réellement poursuivi par sa cliente. Les magistrats en ont déduit que l'avocat-fiscaliste avait sciemment apporté son concours à Mme Ricci pour faire obstacle au recouvrement de l'impôt et qu'à ce titre, il devait être condamné pour complicité d'organisation fiscale d'insolvabilité. La ligne entre le conseil d'optimisation fiscale et l'infraction de complicité pour organisation fiscale d'insolvabilité semble être réduite à une peau de chagrin.

Cette affaire est une première en matière de responsabilité pénale des professionnels du droit pour complicité de fraude fiscale à l'occasion de la structuration d'un schéma fiscal destiné à éluder l'impôt en France. Il ne s'agit pas ici d'en faire une analyse critique mais d'en mesurer la portée pour le notaire actif dans des montages légaux d'optimisation fiscale.

Ces décisions sont lourdes de conséquences pour les notaires spécialistes du patrimoine. Le montage proposé dans l'affaire Ricci par l'avocat-fiscaliste était relativement simple. Un notaire spécialiste en droit du patrimoine aurait sans doute suggéré le même schéma. La responsabilité pénale retenue contre l'avocat-fiscaliste dans l'affaire Ricci aurait certainement été la même à l'encontre d'un notaire si celui-ci avait été à la place du premier. Cette responsabilité pénale concerne autant les notaires, que les avocats fiscalistes. Même en construisant ou participant à des montages parfaitement légaux, les notaires peuvent donc être sanctionnés pénalement au même titre que les avocats fiscalistes. L'affaire Ricci fait donc peser sur la tête des notaires un risque pénal considérable.

⁴⁷¹ Tribunal Correction de Paris, 32^{ème} chambre, du 13 avril 2015

⁴⁷² Cour d'appel de Paris, pôle 5, 19 mai 2017, n°15/03218

Ce risque pénal pour le notaire dans le domaine de la gestion de fortune, en dehors de tout contexte fiscal, avait précédemment été illustré dans l'affaire Bettencourt où son notaire avait été inquiété pour complicité d'abus de faiblesse avant d'être relaxé.

Aux risques pénaux, s'ajoute celui du risque d'image y associé. Les montages d'optimisation fiscale concernent comme nous l'avons vu les riches et les ultra-riches. Les différentes affaires Ricci et Bettencourt démontrent les dangers que ce type de dossiers comportent pour le notaire. Le risque de réputation est important si le dossier venait à être médiatisé pour une raison ou une autre.

Expatriation fiscale. S'agissant de l'expatriation de riches français à l'étranger, le notaire a un rôle important. Notre Confrère, Me Michel Giray s'est récemment exprimé sur cette question. Il a considéré que « *sur un plan strictement éthique et déontologique, je doute de la pertinence pour un notaire de conseiller à un client de quitter notre pays. Il me semble que s'il fallait définir un critère d'intervention du notaire dans ce domaine, je choisirais volontiers le même que celui qui définit l'abus de droit : l'exclusivisme fiscal. Le notaire ne devrait pas, selon moi, intervenir lorsque l'expatriation a pour objectif exclusif un gain fiscal* »⁴⁷³. Il s'agit d'un positionnement minimaliste auquel nous ne pouvons qu'adhérer. Il est évident qu'un notaire ne peut pas intervenir sur un dossier où le seul but de l'expatriation est l'avantage fiscal. Cette vision minimaliste de l'expatriation fiscale est en fait éloignée de la réalité quotidienne du notaire spécialiste en droit du patrimoine international. Si la surfiscalisation des plus riches français les conduits à réfléchir sur un départ, jamais elle ne se réalise sans prendre en considération les intérêts de la famille, de l'entreprise ou plus largement de la gestion du patrimoine de la famille. L'imposition des riches et des ultra-riches est souvent, il est vrai, le déclencheur d'une réflexion à la délocalisation. Sur le plan opérationnel, dans la mise en place du dossier les questions pratiques surgissent et sont mises en avant par chaque membre de la famille. Les conjoint et enfants ont souvent des motivations bien éloignées des seules motivations fiscales.

La place du notaire est selon nous essentielle dans les dossiers où la délocalisation des riches et des ultra-riches a, a priori, une motivation fiscale. Il a un rôle fondamental de conseil à l'égard de son client candidat à l'expatriation. Son client et plus largement sa famille attend de lui des conseils à tous les niveaux du champ d'intervention du notaire, que ce soit dans la planification matrimoniale ou patrimoniale.

Est-ce que le notaire doit lui-même être à l'origine du conseil de l'expatriation pour des raisons fiscales ? La réponse est positive selon nous. Cette initiative peut faire partie de son devoir de conseil dans le cadre de la mission que le client lui aurait confié. Comment un notaire ne pourrait-il pas informer son client sur les avantages fiscaux de nos pays partenaires tant au niveau de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur la fortune immobilière ou de l'impôt sur les successions, sans commettre un manquement à son devoir de conseil. La France est un pays membre de l'Union européenne avec un certain nombre de grands principes qui la fédèrent et notamment la libre circulation des personnes. Dès lors dire par exemple qu'un français riche ou ultra-riche qui s'expatrie en Italie le ferait exclusivement pour bénéficier de la fiscalité réduite à l'impôt sur le revenu (régime forfaitaire de 150.000 € d'impôt sur le revenu) et du taux réduit des droits de succession à 4%, est un raccourci journalistique dans lequel un professionnel avisé

⁴⁷³ Michel Giray, « Le notaire et l'optimisation fiscale », JCP N 2014, n°7, 14 février 2014, 1095, n°46

de la fiscalité patrimoniale ne pourrait pas tomber.

1088. **Perspectives.** La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « Loi Macron »), a révolutionné le Notariat. Cette loi a partiellement libéralisé la profession en permettant la nomination de 1.650 notaires titulaires ou associés en exercice d'une personne morale titulaire d'un office créé.

Elle a également fait naître la société pluri-professionnelle d'exercice qui vient compléter la structure pluri-professionnelle capitalistique déjà existante (la société de participations financières de professions libérales). Grâce à la société pluri-professionnelle d'exercice (SPE), les notaires peuvent désormais s'associer avec un ou plusieurs des professionnels suivants : experts-comptables, avocat, commissaire-priseur, huissier de justice, administrateur judiciaire, conseil en propriété industrielle.

Cette installation massive de nouveaux notaires et cette nouvelle forme pluri-professionnelle fait souffler un vent nouveau sur le notariat. La réforme de la « Loi Macron » a déchiré le Notariat en deux mondes, alors qu'il était jusqu'à présent monolithique. Les partisans de la réforme motivés par la majorité politique porteuse du texte et l'Autorité de la concurrence qui a eu un rôle moteur dans cette réforme. Face à eux, les instances professionnelles qui ont fait œuvre d'un lobbying sans précédent⁴⁷⁴. Il est difficile de dire à ce jour quels vont être les effets de cette réforme sur l'avenir du notariat. Au-delà des déchirures et des fractures dont l'avenir sera seul capable de dessiner les contours, la Loi Macron laisse deviner les nouveaux visages du notariat de demain.

Nous constatons qu'il existe incontestablement, depuis la Loi Macron, un fourmillement inhabituel dans la profession. De nombreux projets sont en discussion et en préparation. Certains sont mono-professionnels, d'autres pluri-professionnels. Dans les projets mono-professionnels, certains sont montés entre Notaires « Macrons » ou avec des notaires installés ou encore entre les deux. Ils reposent soit sur des schémas intégratifs (association au niveau opérationnel ou financier), soit sur des modes coopératifs ou encore sur des montages plus complexes et innovants. En ce qui concerne, les projets pluri-professionnels, là-encore la diversité existe. Si l'association notaire-avocat prédomine, nous entendons parler de rapprochements entre notaires et experts-comptables. Le notariat du futur sera donc pluriel dans la structure d'exercice.

Qu'en est-il s'agissant de l'activité notariale spécialisée en gestion du patrimoine ou en gestion de fortune dans ce nouvel horizon ?

Elles sont aussi soumises à de nombreuses incertitudes quant à leur avenir. Peu d'offices notariaux sont spécialisés en droit patrimonial et en fiscalité patrimoniale. Peu nombreux sont les notaires qui étaient jusqu'à présent spécialisés en cette matière. Il est probable, et à tout le moins souhaitable, que la Loi Macron offre des opportunités pour de nouveaux notaires spécialisés ou d'offices eux-aussi spécialisés en ingénierie patrimoniale. La Loi Macron impose une nouvelle matrice qui ouvre une formidable perspective pour les notaires spécialistes du patrimoine.

Dans le contexte de la réforme Macron, certains s'interrogent sur le fondement même du monopole notarial dans la France d'aujourd'hui et de demain ? Une profession unique du droit ne serait-elle pas préférable pour les consommateurs ?

⁴⁷⁴ Berrand Bissuel, « Le lobbying « sans précédent » des notaires contre la loi Macron », *Le Monde*, 28 janvier 2015

Les risques du notariat sont probablement situés ailleurs que dans les discussions politiques qui trainent depuis des dizaines d'années.

Le notariat doit faire face aux enjeux de la digitalisation et à l'intelligence artificielle qui rend inutile ce qui était gravé dans le marbre auparavant. L'économie toute entière du droit et du chiffre est en proie à ses propres peurs. Ces industries sont au début de leurs mutations. Il est probable que les missions notariales de 2018 ne soient pas les mêmes dans 20 ans. L'acte authentique électronique est peut-être déjà l'ancêtre d'un acte digitalisé.

La digitalisation prévisible du droit ne va-t-elle pas remplacer totalement un jour la fonction notariale telle que nous la connaissons aujourd'hui ?

Dans ce monde notarial nouvellement réformé par la Loi Macron et dans l'attente de la future crise digitale qui fracturera un jour le notariat comme toutes les autres professions du droit, nous pouvons avoir au moins une certitude : les riches et les ultra-riches auront besoin jusqu'à la nuit des temps de conseils juridiques et fiscaux personnalisés et à forte valeur ajoutée pour la gestion et la transmission de leur patrimoine.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A –

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| Abus de bien social | 575 |
| Abus de confiance | 576 |
| Abus de droit | |
| Abus de droit en droit international | 933 et s. |
| Abus de droit en droit interne | 462 et s. |
| Acte anormal de gestion | |
| Dépenses immobilières | 553 et s. |
| En droit international | 936 et s. |
| En droit interne | 540 et s. |
| Agrément | 65 |
| Apports en société | |
| Apports fictifs | |
| Apports de biens communs | 126 |
| Apports de biens propres | 127 |
| Apport-donation | 475 |
| Sursis d'imposition | 511 |
| Article 751 CGI | 565 et s. |
| Assurance-vie | |
| Aspects de droit interne | 217 et s. |
| Aspects internationaux | 796 et s. |
| Avantage matrimonial | 64 |

B –

Bénéfices réalisés par l'intermédiaire de sociétés ou établissements bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 209 B du CGI) 937 et s.

C –

| | |
|----------------------------|-----------|
| Cash-box | 457 et s. |
| Compte courant d'associé | |
| Démembrement | 101 |
| Planification successorale | 137 et s. |
| Conseil notarial | 1, 17 |
| Conseil fiscal | 2, 6, 191 |
| Convention réglementée | 140 |
| Contrat d'assurance-vie | |
| Régime fiscal | 217 |
| En droit international | 797 et s. |
| Contrat de capitalisation | 223, 278 |

D –

| | |
|---------------------------|-----------|
| Déclaration de succession | 718 |
| Démembrement | |
| Abus de droit | 538 et s. |
| Agrément | 66 |
| Associé | 69 |
| Imposition des bénéfices | 102 et s. |
| Montages immobiliers | 369 et s. |
| Opération de construction | 414 |
| Titres sociaux | 67 et s. |
| Domicile fiscal | |
| En droit interne | 590 et s. |
| En droit conventionnel | 618 et s. |

| | |
|--|------------|
| Dons manuels | |
| En droit interne | 205 et s. |
| En droit international | 730 |
| Donation | |
| Abus de droit | 469 et s. |
| Donation avant cession | 240 et s. |
| Donation déguisée | 470 |
| Donation de la nue-propriété | 198 et s. |
| Donation de l'usufruit | |
| Donation graduelle | 203 |
| Donation résiduelle | 203 |
| Donation transgénérationnelle | 201 et s. |
| Évaluation | 212 |
| Donations entre époux | |
| En droit interne | 211 |
| En droit international | 763, 792 |
| Donations internationales | |
| Aspects fiscaux | 726 et s., |
| Aspects civils | 765 et s. |
| Droit de partage | 723 |
| Droits de mutations à titre gratuit | |
| Assurance-vie (international) | 820 et s. |
| Règles de territorialité | 673 et s. |
| Droit de vote | |
| Démembrement | 73 et s. |
| Droit réel conventionnel de jouissance | 46 et s. |
| Titres de préférences | 42 et s. |
| Droit réel conventionnel de jouissance | 46 et s. |
| E – | |
| Entreprise | 224 et s. |
| Fiducie | 144 et s. |
| Élimination des doubles impositions | |
| Double résidence | 623 |

| | |
|---|-----------|
| Exit-tax | |
| Contrats d'assurance-vie | 816 |
| Droit interne | 629 et s. |
| Expatriation fiscale | 14 |
| F – | |
| Fiducie | 143 et s. |
| G – | |
| Gestion de fortune | |
| Acteurs | 16, 582 |
| Définition | 7 et s. |
| Gestion de portefeuille par l'intermédiaire de sociétés étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 123 Bis du CGI) | 991 et s. |
| I – | |
| Impôt sur la fortune immobilière | |
| Assurance-vie (international) | 818 |
| Évaluations | 438 et s. |
| Exonérations | 424 et s. |
| Fiducie | 179 et s. |
| Location meublée | 450 et s. |
| Location équipée | 367 |
| Optimisation | 444 et s. |
| Plafonnement | 451 et s. |
| Passif | 433 |
| Règles de territorialité | 913 et s. |
| Trust | 844 |
| Ingénierie patrimoniale | 26 |
| L – | |
| Location meublée | 450 et s. |
| Location équipée | 320 et s. |
| M – | |
| Mandat | |
| Donation avant cession | 283 |
| Montage fiscal | 18 |

| | |
|--|---------------------|
| Montages immobiliers | 287 et s. |
| N – | |
| Nue-propriété | |
| Associé | 68 et s. |
| Définition | 24 |
| Donation | 197 et s. |
| Droit aux bénéfices | 87 et s., 102 et s. |
| Droit de participer aux décisions collectives | 84 |
| Droit de vote | 73 et s. |
| Évaluation | 31 et s. |
| P – | |
| Pacs | 135 |
| Patrimoine privé | 7 |
| Pacte Dutreil | 224 et s. |
| Plafonnement | 451 et s. |
| Planification | |
| Définition | 2, 3 |
| Régimes matrimoniaux | 737 et s. |
| Successorale en droit interne | 190 et s. |
| Successorale internationale | 755 et s. |
| Plus-values immobilières des non-résidents | 864 et s. |
| R – | |
| Récompenses | 133 |
| Régime de communauté d'acquêts | 122 |
| Régime de séparation de biens pure et simple | 113 |
| Régime de séparation de biens avec société d'acquêts | 117 |
| Régimes matrimoniaux (international) | 737 et s. |
| Réserves | 90 et s. |
| Résidence principale | 108 |
| Richesse | 8 et s. |

| | |
|--|-----------|
| Risque pénal | 574 et s. |
| S – | |
| Sociétés à prépondérance immobilière | |
| Droits de mutations à titre gratuit | 687 et s. |
| Plus-values des non-résidents | 875 |
| Société civile | |
| Avantages | 50 et s. |
| Capital social | 57, 62 |
| Comptabilité | 135 et s. |
| Gérance | 58 et s. |
| Objet social | 53 et s. |
| Société civile immobilière | |
| Abus de droit | |
| Arguments défavorables | 106 et s. |
| Définition | 54 et s. |
| Distribution du résultat | 136 et s. |
| Imposition des bénéfices | 102 et s. |
| Minorité | 60 et s. |
| Résidence principale | 108 |
| Société civile de portefeuille | |
| Définition | 55 et s. |
| T – | |
| Taxation forfaitaire des non-résidents sur la valeur locative de leur habitation | 911 |
| Taxe sur la valeur ajoutée | |
| Démembrement | 410 |
| Fiducie | 180 |
| Location équipée | 364 |
| Taxes sur les plus-values immobilières (non-résidents) | 910 |
| Taxe de 3% sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social | 857 et s. |
| Testament | 759 |
| Tontine | 188 et s. |
| Trust | 828 et s. |
| Titres de préférence | 42 et s. |

| | |
|---|------------|
| Transfert d'actifs hors de France | 1073 |
| Transmission d'entreprise | |
| Pacte Dutreil | 224 et s. |
| Paiement différé et fractionné | 236 et s. |
| U – | |
| Usufuit | |
| Associé | 68 et s. |
| Définition | 25 |
| Donation | 198 |
| Droit aux bénéfices | 87 et s. |
| Droit de participer aux décisions collectives | 84 |
| Droit de vote | 73 et s. |
| Évaluation | 31 et s. |
| V – | |
| Versement à des personne domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié (article 238 A du CGI) | 1033 et s. |

| |
|---------------------------|
| TABLE DES MATIERES |
|---------------------------|

Titre I – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte interne

Chapitre I – Les instruments juridiques pour l'ingénierie fiscale de la gestion de fortune

Section I – La technique du démembrement appliquée à l'optimisation fiscale en gestion de fortune

§ 1 – Les intérêts du démembrement

§ 2 – La difficile évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété

A – La méthode fiscale

B – La méthode économique

§ 3 – Les alternatives au démembrement

A - Titres des Préférences

B – Droit réel conventionnel de jouissance

Section II – De la bonne utilisation de la société civile en gestion de fortune

§ 1 – La construction d'une société civile holding patrimoniale

A – Comment rédiger l'objet social d'une société civile patrimoniale ?

B – Le capital social : petit ou gros ?

C – La gérance

D – De la minorité des associés de la société civile

E – L'organisation du contrôle du capital

§ 2 – La société civile et le démembrement : l'organisation du mariage à trois

A – La qualité d'associé

B – L'organisation des droits politiques

1°) Droit de vote

a) Principes généraux

b) Aménagements conventionnels

c) Les limites

2°) Droit de participer aux décisions collectives

C – L'organisation des droits financiers

1°) Le droit de l'usufruitier sur les bénéfices distribués

a) Détermination du résultat distribuable

b) Affectation des bénéfices

2°) Les droits du nu-proprétaire

a) Sur les réserves

1. Les bénéfices mis en réserve

2. La distribution des réserves

3. Stratégies

b) Sur le capital

3°) L'imposition des bénéfices en cas de démembrement des titres sociaux

§ 3 – La société patrimoniale et le couple

A – Les arguments en défaveur de la société civile immobilière

1°) Les arguments traditionnels en défaveur de la société civile immobilière

2°) Une société civile immobilière pour la résidence principale ?

B – L'association de la société civile avec les régimes matrimoniaux : instruments indispensables de la planification successorale

1°) De la planification successorale avec le régime de séparation de biens

a) En régime de séparation de biens pure et simple

b) En régime de séparation de biens avec société d'acquêts

2°) De la planification successorale en régime de communauté

a) Les stratégies matrimoniales

1. Le renversement du principe pour les revenus des propres

2. De la cogestion

b) La protection du conjoint pour les biens propres

c) Les apports en société

1. Apports de biens communs

2. Apports de biens propres

d) De la qualité d'associé dans le couple

e) Les aspects liquidatifs : les récompenses

3°) PACS et concubinage

§ 4 – La comptabilité des sociétés civiles mise au service de l’optimisation fiscale en gestion de fortune

A – Les enjeux de la distribution du résultat bénéficiaire

B – Les stratégies relativement l’amortissement

C – Le compte courant d'associés : pépète fiscale de la planification successorale structurée ?

Section III – La fiducie et la tontine : d’autres outils en gestion de fortune

§ 1 - La fiducie en gestion de fortune : en pratique inutilisée ?

A – Impôt sur le revenu et impôt sur les sociétés

1°) Constituant exerçant une activité professionnelle

- a) Principe de la neutralité
- b) Constitution de la fiducie
- c) Déroulement de la fiducie
- d) Fin de la fiducie

2°) Constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé

- a) Constitution
- b) Déroulement
- c) Fin de la fiducie

B – Enregistrement et impôt sur la fortune immobilière

1°) Enregistrement

- a) Constitution de la fiducie
- b) Déroulement
- c) Fin de la fiducie

2°) Impôt sur la fortune immobilière

C – Taxe sur la valeur ajoutée

D - Impôts directs locaux

1°) Droit commun

2°) Contribution économique territoriale

3°) Taxe foncière

§ 2 – La tontine

Chapitre II – La planification successorale en gestion de fortune

Section I – L’anticipation de la transmission avec la donation en nue-propriété

§ 1 – De l’intérêt de la donation en nue-propriété

§ 2 – Les donations complexes parfaitement adaptées pour la gestion de fortune

A – Les donations intergénérationnelles

B – Les donations graduelles et résiduelles

C – De l’intérêt du don manuel en gestion de fortune

D – La donation à son conjoint

§ 3 – L’évaluation des biens donnés : autre levier d’optimisation fiscale ?

Section II – Le contrat d’assurance-vie dans la gestion de fortune

§ 1 – Contrat d’assurance-vie outil d’optimisation fiscale privilégié dans le cadre de la planification successorale en gestion de fortune

A – Les régimes de droit commun : le complément parfait de la planification élémentaire

B - Les contrats « vie-génération »

§ 2 – La société civile avec contrat de capitalisation : alternative ou complément de l’assurance-vie ?

Section III – La transmission d’entreprise : un paradis fiscal à la française

§ 1 – Les exonérations relatives aux titres sociaux

§ 2 - La réduction de droits de donation

§ 3 - Le paiement différé et fractionné en cas de transmissions d’entreprise

Section IV – Donation : outil privilégié de l’optimisation fiscale pré-cession

§ 1 – Intérêts de la donation-cession

§ 2 – La chronologie des opérations

A – L’instant clé : le transfert de propriété

B – Les avant-contrats

1°) Les promesses unilatérales

2°) Les promesses synallagmatiques de vente

C – Donation-cession et enregistrement

§ 3 – La réalité de l'intention libérale

A – Les éléments constitutifs de la donation

B – La réappropriation directe du produit de la vente

1°) Les avis du CCRAD

2°) Les positions de la jurisprudence

C – Le remploi dans le cadre d'une société

1°) Les avis du CCRAD

2°) L'apport de la jurisprudence

D – La pratique professionnelle

E - Réinvestissement dans un support de capitalisation

§ 4 – Le mandat

Chapitre III – La nécessaire structuration pré-transmissive de la gestion de fortune

Section I - Les opportunités de choix de la détention au regard de la propriété

§ 1 – L'immeuble maintenu dans le patrimoine privé

A – Aspects juridiques

B – Aspects fiscaux et économiques

§ 2 – L'immeuble inscrit à l'actif du bilan

A – Avantages juridiques et fiscaux

1°) Les aspects juridiques

2°) Les intérêts de l'impôt sur les sociétés

B – Les particularités de la détention dans le patrimoine privé de l'entrepreneur individuel

1°) Maintien de l'immeuble dans le patrimoine privé

a) La détention par une société civile immobilière

b) Le maintien dans le patrimoine privé

1. *Loyer virtuel*

2. *Travaux sur un immeuble non inscrit*

2°) Inscription de l'immeuble à l'actif du bilan

§ 3 – Détention à travers un schéma « Groupe »

A – Acquisition par une holding soumise à l'impôt sur les sociétés

1°) Aspects juridiques

2°) Aspects fiscaux

a) Pendant la phase de détention et sans distribution

b) Lors de la cession et de la distribution

B – Acquisition par une société transluide détenue par une société soumise à l'impôt sur les sociétés

Section II – La location meublée : un régime fiscal optimisé pour l'immobilier d'habitation

Section III – La location équipée : un régime fiscal optimisé pour l'immobilier professionnel

§ 1 – Champ d'application

A – Quelles sont les locations pouvant bénéficier du régime de la location équipée ?

B - Quels équipements faut-il louer pour bénéficier du statut ?

§ 2 – Modalités d'imposition

A – La location équipée : un paradis fiscal ?

B – Le régime micro-BIC

C – Le régime réel

D - Plus-values

E – Déficit

1°) Imputation sur le revenu global

2°) Définition générale de l'activité professionnelle

- a) Participation aux actes nécessaires à l'activité
- b) Participation personnelle, continue et directe

- 1. La participation personnelle et directe
- 2. La participation continue

c) Quelles sont les modalités d'imputation des déficits provenant d'activités exercées à titre non professionnel ?

§ 3 – Taxe sur la valeur ajoutée

§ 4 – L'impôt sur la fortune et la location équipée

Section IV – Les montages en démembrement portant sur l'immeuble

§ 1 – Acquisition concomitante de la nue-propriété et de l'usufruit d'un immeuble construit

A – La stratégie d'acquisition concomitante de l'immeuble

B – Situation du nu-proprétaire

C – Le traitement comptable et fiscal de l'opération

1°) Traitement comptable de la mutation

2°) Valorisation de l'usufruit et de la nue-propriété

3°) Amortissement du droit d'usufruit acquis par la société d'exploitation

4°) Extinction de l'usufruit temporaire

§ 2 – La cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble à la société d'exploitation

A – Le schéma de la cession de l'usufruit temporaire de l'immeuble

B – Les particularités du traitement comptable et fiscale de la mutation de l'usufruit

§ 3 – La sortie de l'immobilier par la cession de la nue-propriété

A – La stratégie de la cession de la nue-propriété de l'immeuble

B – Les particularités du traitement comptable

1°) Valeur nette comptable et inscription à l'actif du bilan

2°) L'amortissement de l'usufruit réservé

C – Les particularités du traitement fiscal de la mutation de la nue-propriété

D - Extinction de l'usufruit réservé

§ 4 – Le démembrement de propriété sur l'opération de construction

A - Des difficultés traditionnelles au démembrement de propriété

B - Les particularités fiscales du démembrement appliqué aux opérations de construction

Chapitre IV – L'optimisation de l'impôt sur la fortune immobilière en matière de gestion de fortune

Section I – L'exonération de certains actifs

§ 1 – Les exonérations autres que professionnelles

§ 2 – Les exonérations professionnelles

Section II - L'effet de levier par le passif : quels bénéfices sur l'I.F.I ?

Section III - Stratégies d'optimisation de l'impôt sur la fortune au moyen du démembrement

§ 1 – Rappel des règles générales en matière de démembrement

§ 2 – Le démembrement et l'optimisation de l'impôt sur la fortune immobilière

Section IV – La location en meublée

Section V – Le plafonnement de l'impôt sur la fortune : l'outil de prédilection pour les grandes fortunes

§ 1 – Les principes du plafonnement

§ 2 – La méthode de calcul du plafonnement

§ 3 – Le montage anti - impôt sur la fortune de référence pour les fortunes

A – Le structuring de la société « cash box »

B - Le dispositif anti-abus du plafonnement

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internes

Section I – L’abus de droit en gestion de fortune

§ 1 – Définition de l’abus de droit

A – Le champ d’application de l’abus de droit

B – Principe de précaution

§ 2 – Les donations face aux risques de l’abus de droit

A - Donation déguisée

1°) Donation déguisée sous forme de vente

2°) Autres donations

B - Apport - donation

1°) Intérêts fiscal et civil

2°) Position du CCRAD

3°) Évolution jurisprudentielle

a) Apport de la nue-propiété, donation et but exclusivement fiscal

b) Apport de la nue-propiété, donation et fictivité

4°) Synthèse

§ 3 – Abus de droit et contrat de société

A – Sociétés fictives

B – Sociétés réelles constitutives d’une fraude à la loi

1°) Sociétés civiles immobilières de gestion

2°) Société civile immobilière objet du financement d’un bien immobilier

3°) Sociétés civiles agricoles (GFA, Groupements forestiers...)

4°) Sociétés visant à dissimuler la perception d’un revenu

§ 4 – Abus de droit et opérations portant sur les droits sociaux

A – Apports fictifs

B – Apport et sursis d'imposition

C – Cessions de droits dissimulant des fraudes à la loi

1°) Cession indirecte

2°) Montages liés au statut fiscal du cédant

3°) Minorations de prix

D – Cessions massives de droits sociaux

§ 5 – Abus de droit et actes de société

§ 6 – Abus de droit et contrat de bail

A – Bail fictif

B – Bail réel constituant une fraude à la loi

C – Droit au bail

D – Démembrement de propriété

Section II – Acte anormal de gestion

§ 1 – Définition

§ 2 – Contrôles et sanctions

A – Contrôles

B – Sanctions

§ 3 – Champ d'application général

§ 4 – Acte anormal de gestion et dépenses immobilières

A – Charges et engagement de dépenses étranger à l'intérêt de l'entreprise

- 1°) Charges et engagements de dépenses exposés au profit des membres de l'entreprise
- 2°) Charges et engagements de dépenses exposés au profit de tiers par rapport à l'entreprise

B - Renonciation à un profit

- 1°) Renonciation au profit des membres de l'entreprise
- 2°) Renonciation au profit de tiers par rapport à l'entreprise

Section III – Article 751 du CGI

Section IV – Le risque pénal

Titre II – Le conseil fiscal notarial en gestion de fortune pour la planification successorale et la structuration du patrimoine dans un contexte international

Chapitre I – La planification successorale internationale avec les instruments ordinaires

Section I – Les critères de la domiciliation

§ 1 – Définition du domicile fiscal en droit interne

A - Généralités

B - Définition

C – Critères d'ordre personnel

1°) Foyer en France

2°) Séjour principal en France

D – Critères d'ordre professionnel

1°) Exercice d'une activité professionnelle

2°) Activité principale

E – Critères d'ordre économique

F – Application des critères

§ 2 – L'obligation fiscale des contribuables domiciliés

A – Les personnes ayant leur domicile fiscal en France

B – Les personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France

C – Les personnes exonérées

§ 3 – Le droit conventionnel

A – Principes généraux

B – Droit conventionnel

1°) Référence au droit interne

2°) L'élimination des cas de double résidence

Section II – L'exode fiscale et son corolaire : l'exit-tax

§ 1 – Champ d'application

A – Les contribuables concernés

B – Plus-values concernées

§ 2 – Calcul de la plus-value imposable

A – Les plus-values latentes

B – Les créances représentatives de compléments de prix

C – Les plus-values en report

§ 3 – Les modalités d'imposition

A – Plus-value

B – Le sursis de paiement

1°) Sursis automatique

2°) Sursis sur demande

3°) Effets du sursis en paiement

4°) Expiration du sursis en paiement

a) Les plus-values latentes

b) Imputation des moins-values réelles

c) Les créances de complément de prix

d) Plus-values en report d'imposition

§ 4 – Les dégrèvements d'office

§ 5 – Obligations des contribuables

A – Cession de titres sociaux. Droits d'enregistrement

B - Tantièmes

Section III - L'optimisation fiscale de la planification successorale internationale

§ 1 – Les règles françaises de territorialité des droits de mutation à titre gratuit (article 750 ter du CGI)

A – Les critères de domiciliation

B – Le domaine de la loi successorale applicable

1°) Le défunt est domicilié en France

2°) Le défunt n'est pas domicilié en France

C – Les biens

1°) Le lieu de situation

a) Défunt domicilié en France

b) Défunt non domicilié en France

1. Détermination du lieu de situation des biens

2. Sociétés à prépondérance immobilière

3. Immeubles détenus indirectement en France par des non-résidents

2°) Conflits de qualifications de biens

3°) Conflits de rattachement de biens

§ 2 – Élimination des doubles impositions

A – En l'absence de convention fiscale

B - Les conventions internationales en matière d'impôt sur les successions

1°) Liste des conventions fiscales en matière de droits de mutation à titre gratuit

2°) Le rôle des conventions internationales

3°) Élimination des cas de double résidence

4°) Élimination des conflits de qualification de biens

5°) L'élimination des doubles impositions

§ 3 – Le dépôt de la déclaration de succession

§ 4 - Le droit de partage

Section IV – La fiscalité des donations internationales

§ 1 – Les règles de droit interne français de territorialité des droits de donation (article 750 ter du CGI)

§ 2 – Les conventions internationales

§ 3 – Exonération partielle au titre de la transmission des parts ou actions de société ayant une activité agricole, industrielle, commerciale, artisanale ou libérale

Section V - Coordination des règles fiscales avec le droit international privé

§ 1 – L’audit matrimonial dans un contexte international

A – Loi applicable et détermination du régime matrimonial

B – Le nouveau règlement européen « Régimes matrimoniaux »

§ 2 - En ce qui concerne le divorce international

§ 3 – La planification successorale au niveau civil

A – La loi applicable à la succession

B – Le testament

C – Donation entre époux et pactes successoraux

D – Donations internationales

1°) La loi applicable à la forme des donations internationales

2°) La loi applicable au fond des donations internationales

3°) La validité et les effets des donations du vivant du donateur

4°) Les donations atypiques

a) Les donations déguisées, indirectes et manuels

b) Les pactes successoraux

c) La donation entre époux

5°) Les effets des donations au décès du donateur

Chapitre II – La planification successorale avec les outils hors du droit commun

Section I – Les contrats d’assurance-vie dans un contexte international

§ 1 – Les déclarations des contrats d'assurance vie souscrit hors de France

§ 2 – Assurance-Vie et contrat de capitalisation : imposition des produits

A – Imposition des produits versés à des non-résidents

B – contrats d'assurance vie souscrits auprès d’entreprises étrangères

1°) Catégorie d'imposition

2°) Produits des contrats souscrits auprès d’une entreprise établie dans un pays de l’Espace économique européen

3°) Produits des contrats souscrits auprès d’une entreprise établie hors pays de l’Espace économique européen

4°) Produits des bons ou contrats de capitalisation ou d’assurance-vie payés dans un État ou territoire non coopératif

§ 3 – Exit tax

§ 4 – Impôt sur la fortune

§ 5 – Droits de mutation à titre gratuit

A - Régime de l’article 757 B du Code général des impôts et les incidences internationales

B - Le régime de l’article 990 I du Code général des impôts et les incidences internationales

§ 6 - Montage abusif : souscription d’un contrat d’assurance-vie et d’un emprunt *in fine* afin de rapatrier, en franchise d’impôts, des avoirs étrangers non déclarés

Section II – Trust

§ 1 – Définition du *trust*

A – Définition juridique

B – Définition fiscale

§ 2 – Imposition aux droits de mutation des transmissions à titre gratuit

A – Champ d’application

B – Modalités de taxation

§ 3 – Imposition de la détention du patrimoine composant le *trust*

A – Principe de taxation à l'impôt sur la fortune immobilière

B – Prélèvement en cas de défaut de déclaration à l'impôt sur la fortune immobilière

§ 4 – Obligation déclarative des *trusts*

§ 5 – Exonération d'impôt sur le revenu des produits réinvestis dans les *trusts*

§ 6 – Registre public des *trusts*

Chapitre III – Les investissements immobiliers par des étrangers en France

Section I – La taxe de 3% sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social

§ 1 – Champ d'application

§ 2 – Modalités d'imposition

Section II – Les plus-values immobilières des nons résidents

§ 1 – Droit interne

A – Le champ d'application du prélèvement

1°) Les personnes concernées

a) Les personnes imposables

b) Les personnes exonérées

2°) Immeubles ou droits immobiliers imposables

a) Les biens imposables

1. En ce qui concerne les biens et droits immobiliers

2. En ce qui concerne les titres sociaux

b) Les biens exonérés

B – Les modalités de calcul et de recouvrement du prélèvement

1°) Les modalités de calcul du prélèvement

- a) Cédant assujetti à l'impôt sur le revenu
- b) Cédant assujetti à l'impôt sur les sociétés

2°) La liquidation du prélèvement

- a) Taux du prélèvement
- b) Prélèvements sociaux

3°) Les obligations déclaratives du contribuable

C – Caractère libératoire du prélèvement

§ 2 - Droit conventionnel

Section III – Taxes sur les plus-values immobilières

Section IV – Taxation forfaitaire des non-résidents sur la valeur locative de leur habitation

§ 1 – Rappel du dispositif de l'article 164 C du CGI

§ 2 – Suppression de la taxation forfaitaire des non-résidents sur la valeur locative de leur habitation en France

Chapitre IV – L'optimisation fiscale de l'impôt sur la fortune en gestion de fortune internationale

Section I – Les règles de territorialité

Section II - Situation d'une personne domiciliée en France ayant des biens à l'étranger

§ 1 – Principes généraux

§ 2 - Cas particulier des nouveaux résidents

Section III - Situation d'une personne domiciliée à l'étranger ayant des biens en France

§ 1 – Étendue de l'obligation fiscale

§ 2 – Exonération des placements financiers

Chapitre V – Les dispositifs anti-abus en gestion de fortune pour les opérations internationales

Section I – Les dispositifs anti-abus de droit commun appliqués au niveau international

§ 1 – L’abus de droit

§ 2 – L’acte anormal de gestion

Section II – Bénéfices réalisés par l’intermédiaire de sociétés ou établissements bénéficiant d’un régime fiscal privilégié (article 209 B du CGI)

§ 1 – Champ d’application

§ 2 – Effets de l’application de l’article 209 B du CGI

A - Exercice d’imposition à l’impôt sur les sociétés des bénéfices ou des revenus de capitaux mobiliers taxables en application de l’article 209 B du Code général des impôts

1°) Principe

2°) Proportion des résultats bénéficiaires à retenir

a) Principe

b) Exclusions

B - Reconstitution des résultats de l’entreprise ou de l’entité juridique établie hors de France et paiement de l’impôt

1°) Établissement du bilan de départ

2°) Impositions des résultats

3°) Sort des déficits et des moins-values à long terme subis par l’entreprise ou l’entité juridique établie hors de France

4°) Imposition dans le chef de la personne morale française

C - Élimination des doubles impositions

1°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France de l'impôt de même nature acquitté totalement

2°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des retenues à la source supportées par l'entreprise ou l'entité établie hors de France sur des dividendes, intérêts ou redevances

3°) Imputation sur l'impôt sur les sociétés dû en France des prélèvements effectués à l'étranger, conformément aux conventions internationales, sur les distributions faites à la personne morale française

4°) Non-imposition des distributions reçues de l'entité juridique dont les revenus ont été réputés distribués en vertu de l'article 209 B du Code général des impôts

D - Clause de sauvegarde

E - Obligations déclaratives

1°) Structures étrangères à raison desquelles la personne morale est passible de l'imposition prévue à l'article 209 B du Code général des impôts

- a) Renseignement concernant les structures établies hors de France
- b) Documents comptables et fiscaux

2°) Structures étrangères pour lesquelles la personne morale estime pouvoir bénéficier de la clause d'exonération des II et III de l'article 209 B du Code général des impôts

§ 3 – Combinaison avec les mesures anti-évasion

§ 4 – Droit conventionnel

Section III – Gestion de portefeuille par l'intermédiaire de sociétés étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 123 Bis du CGI)

§ 1 – Champ d'application

§ 2 – Effets de l'application de l'article 123 bis du CGI

A – Détermination des revenus imposables

B – Proportion imposable des résultats étrangers

C – Année d'imposition

D – Régime d'imposition

§ 3 – Élimination des doubles impositions

§ 4 – Obligations déclaratives

Section IV – Contribuables prêtant leur concours à des personnes domiciliées ou établies hors de France (article 155 A du CGI)

§ 1 – Champ d'application

A - Personnes concernées

1°) Le prestataire de services

2°) Bénéficiaire de la rémunération

3°) Bénéficiaire des rémunérations domicilié ou établi dans un pays où il est soumis à un régime fiscal privilégié

4°) Bénéficiaire des rémunérations domicilié ou établi hors de France, dans un pays ou territoire où il n'est pas soumis à un régime fiscal privilégié

a) Personnes placées sous le contrôle des prestataires de services

b) Personnes n'exerçant pas de manière prépondérante une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services

B - Prestations concernées et règles de territorialité

§ 2 – Modalités d'imposition

A - Caractère des sommes imposables au nom des prestataires de services

B - Détermination du revenu imposable et modalités de recouvrement

1°) Prestataires de services domiciliés en France

2°) Prestataires de services non domiciliés en France

3°) Sort des salaires ou autres rémunérations éventuellement perçus par le prestataire de services

C – Incidence des conventions fiscales internationales

1°) Cas général

2°) Le cas particulier des artistes et des sportifs

Section V – Versement à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié (article 238 A du CGI)

§ 1 – Champ d'application

A - Charges payées ou dues à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié

1°) Nature des charges

2°) Conditions relatives à la personne du débiteur

3°) Conditions relatives à la personne bénéficiaire : la notion de régime fiscal privilégié

a) La notion de régime fiscal privilégié

b) Bénéficiaire non imposable dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi

c) Bénéficiaire soumis, dans l'État étranger ou le territoire situé hors de France dans lequel il est domicilié ou établi, à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus notablement moins élevés qu'en France

1. Les termes de comparaison

2. Appréciation des écarts constatés entre les termes de comparaison

d) États et territoires non coopératifs

B - Versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un pays à fiscalité privilégiée

1°) Versements concernés

2°) Compte tenu par un organisme financier

3°) Installation dans un pays à fiscalité privilégiée

§ 2 – Effets de l'application

A - Conséquences pour la personne du débiteur

1°) Apparence juridique écartée

2°) Situation de droit et de fait devant être reconstituée

B - Conséquences fiscales de la réintégration des sommes indûment déduites

1°) Montant des réintégrations

2°) Régime fiscal des sommes réintégrées

a) Débiteur passible de l'impôt sur les sociétés

b) Débiteur non passible de l'impôt sur les sociétés

Section VI – Transfert d'actifs hors de France (article 238 Bis – 0 I du CGI)

§ 1 – Champ d'application

A - Entreprises concernées

B - Transferts d'actifs visés

§ 2 – Modalités d'imposition

§ 3 – Obligations déclaratives

A – Obligations déclaratives

B - Sanctions

BIBLIOGRAPHIE

Par Philippe REBATTET :

1. « Précis de la fiscalité internationale du patrimoine », LexisNexis, 2016
2. « Guide juridique et fiscale de la gestion du patrimoine franco-Belge », Larcier, Mai, 2018
3. « Précis fiscal de l'immobilier d'entreprise », LexisNexis, 2^{ème} édition, 2015
4. « Précis fiscal du démembrement de l'immobilier d'entreprise », LexisNexis, mars 2013
5. « Les aspects fiscaux des donations internationales », Revue fiscale du patrimoine, Mars 2018
6. « Les chausse-trappes fiscaux des donations internationales : rappel fiscal et dons manuels passés à l'étranger », Revue fiscale du patrimoine, Mars 2018
7. « Le nouveau droit international privé monégasque : présentations pratiques » : Agéfi-Actifs, 24 novembre 2017
8. « L'I.F.I : le nouvel I.S.F en marche » : Agéfi-Actifs, 10 novembre 2017
9. « Principales mesures de la fiscalité patrimoniale du projet de loi de finances pour 2018 », JCP édition Notariale, 2017, n°844, p.5
10. « La nouvelle convention Franco-Suisse », Actes Pratiques et Ingénierie immobilière, Trimestriel n°2, Avril-Mai-Juin, 2013, p.1
11. « La Convention de démembrement », Actes Pratiques et Ingénierie immobilière, Trimestriel n°3, octobre-novembre-décembre 2012 p.47
12. « Les aspects juridiques de la convention de démembrement dans le cadre d'une opération de démembrement immobilier », Droit Immobilier, n°4 – 2012, p.14
13. « Donations avant cession d'actifs immobiliers – intérêts et limites dans le contexte des réformes des plus-values immobilières », LexisNexis, Trimestriel n° 2, p.39
14. « La gestion du Patrimoine immobilier et des comptes de la personne vulnérable », Actes Pratiques et Stratégie Patrimoniale, p.50
15. « La fiducie », Droit & Patrimoine, avril 2009, n°180, p.24
16. « La fiscalité des donations internationales », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
17. « La fiscalité des successions internationales », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
18. « Aspects internationaux de l'impôt sur la fortune », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
19. « Aspects internationaux des revenus fonciers », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
20. « Aspects internationaux des plus-values immobiliers », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
21. « La fiscalité internationale du contrat d'assurance-vie », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
22. « Aspects civils des donations internationales », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
23. « Aspects civils des successions internationales », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
24. « Régimes matrimoniaux et couples internationaux », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2016
25. « Calcul de l'impôt sur la fortune », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
26. « Apports de droits démembrés », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
27. « Démembrement du droit de vote », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
28. « Démembrement et distribution de dividendes en nature », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
29. « Démembrement et droits financiers », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
30. « Démembrement et immobilier d'entreprise », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014

31. « Démembrement sur immobilier de construction », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014
32. « Convention de démembrement », Lexis 360 Notaires, LexisNexis, 2014

Par d'autres auteurs :

33. Les Pactes Dutreil, Jean-François Desbuquois, E.F.E
34. Le Précis de fiscalité des entreprises, Maurice Cozian, Florence Deboissy, Martial Chadefaux, LexisNexis, 2017/2018
35. Memento Francis Lefebvre 2018, Fiscal
36. Memento Francis Lefebvre 2018, Comptable
37. Memento Francis Lefebvre 2018, Sociétés commerciales
38. Memento Francis Lefebvre 2018, Sociétés civiles
39. Memento Francis Lefebvre 2018, Impôt sur la fortune immobilière
40. Memento Francis Lefebvre 2017/2018, Patrimoine
41. Droit patrimoniale de la famille 2018/2019, Michel Grimaldi, Dalloz
42. Gestion de patrimoine et démembrement de propriété, Bruno Delmas et Vincent Cornilleau, LexisNexis, 3^{ème} édition
43. Démembrement de propriété et ingénierie sociétaire, Rémy Gentilhomme, 2016
44. Droit notarial du Divorce, Christophe Lesbats, LexisNexis, Septembre 2017
45. Lexis pratique, Fiscal 2018
46. Précis de droit fiscal de la famille, Frédéric Douet, LexisNexis, Avril 2017
47. Comptabilité et fiscalité, Arnaud de Bissy, LexisNexis, Novembre 2016
48. Droit des obligations, Philippe Malinvaud, Dominique Fenouillet, Mustapha Mekki, LexisNexis, Octobre 2017
49. Estate planning : optimisation d'une succession, Guillaume Soudey, LexisNexis, Pratique Notariale, Mai 2011
50. La gestion du risque fiscal par la profession notariale, Clémence Phalip, LexisNexis, Pratique Notariale, Mai 2011
51. Droit international privé patrimonial de la famille, Hélène Péroz et Eric Fongaro, LexisNexis, Pratique Notariale, Mars 2017
52. Libéralités-partages, Louis Taudin, LexisNexis, Pratique Notariale, Septembre 2016
53. Fiscalité internationale du patrimoine, Philippe Juilhard et Bertrand Dussert, E.F.E
54. I.S.F et droits sociaux, Jean-François Desbuquois et Xavier Brun, E.F.E
55. Dissolution-confusion, Guide Pratique, Yves Laisné, E.F.E
56. Droit de l'assurance-vie luxembourgeoise, Karine Vilret, Larcier, 1^{ère} édition 2017
57. Droit international et européen, Bruno Trescher et Philippe Marchessou, Larcier, 1^{ère} édition 2018
58. La fiscalité et la comptabilité racontées aux juristes, Daniel Garabedian, Larcier, 1^{ère} édition 2018
59. Déontologie notariale, M. Latina et J-F Sagaut, Defrénois-LGDJ, Décembre 2017
60. Stratégie de transmission d'un patrimoine international, M. Revillard, Defrénois-LGDJ, Août 2016
61. Droit international privé et européen : pratique notariale, M. Revillard, Defrénois-LGDJ, 8^{ème} édition, juin 2014
62. Trustes américains et pratique notariale française, H. Peisse, P. Tour-Sarkissian, Defrénois-LGDJ, mai 2013
63. La responsabilité civile des notaires, J-L Aubert et R. Crône, Defrénois-LGDJ, décembre 2008

64. Thaller E. et Percerou J. , Traité élémentaire de droit commercial, n° 382. ; P. Pic, Des sociétés commerciales, 2^e éd., t. II, n° 1179.

| |
|----------------|
| ANNEXES |
|----------------|

Annexe n° 1 : Rapport INSEE 2015, Entre 2010 et 2015, les inégalités de patrimoine se réduisent légèrement, Aline Ferrante, David Guillas, Rosalinda Solotareff, division Revenus et patrimoine des ménages, Insee, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496232>

Annexe n°2 : Répartition de la masse totale de patrimoine brute entre les ménages (début 2015)

Annexe n°3 : Montant des grandes composantes de patrimoine brut (début 2015)

Annexe n°1

| | Patrimoine brut | | | | Patrimoine net | | | |
|---|-----------------|---------|-----------|---------|----------------|---------|-----------|---------|
| | Moyen | Médian | D9 | D1 | Moyen | Médian | D9 | D1 |
| Âge de la personne de référence du ménage | | | | | | | | |
| Moins de 30 ans | 61 500 | 17 300 | 191 700 | 2 400 | 37 400 | 14 100 | 90 200 | 1 200 |
| De 30 à 39 ans | 191 400 | 137 100 | 437 800 | 3 600 | 121 800 | 57 100 | 304 300 | 2 400 |
| De 40 à 49 ans | 283 400 | 186 600 | 625 700 | 4 000 | 225 700 | 113 200 | 500 100 | 2 200 |
| De 50 à 59 ans | 327 200 | 204 700 | 750 300 | 4 300 | 291 400 | 172 400 | 672 000 | 2 700 |
| De 60 à 69 ans | 354 100 | 219 400 | 726 100 | 7 200 | 340 600 | 211 800 | 696 200 | 6 100 |
| 70 ans et plus | 287 900 | 157 000 | 616 400 | 7 000 | 286 100 | 157 000 | 610 000 | 7 000 |
| Catégorie socioprofessionnelle de la personne de référence du ménage | | | | | | | | |
| Agriculteur | 1 040 000 | 599 900 | 1 711 000 | 172 600 | 920 200 | 510 500 | 1 292 000 | 125 700 |
| Artisan, commerçant, chef d'entreprise | 574 700 | 293 700 | 1 150 000 | 17 100 | 491 100 | 218 500 | 980 200 | 12 900 |
| Profession libérale | 749 500 | 497 700 | 1 619 000 | 74 100 | 615 100 | 377 900 | 1 447 000 | 34 000 |
| Cadre | 392 100 | 299 700 | 826 600 | 19 000 | 313 900 | 204 600 | 711 900 | 13 300 |
| Profession intermédiaire | 221 400 | 183 200 | 461 600 | 7 800 | 167 800 | 88 600 | 404 500 | 4 300 |
| Employé | 123 300 | 29 300 | 326 200 | 2 300 | 98 100 | 24 800 | 279 700 | 1 600 |
| Ouvrier qualifié | 134 400 | 99 700 | 301 600 | 3 300 | 100 000 | 42 000 | 263 500 | 2 200 |
| Ouvrier non qualifié | 90 100 | 20 200 | 243 300 | 1 400 | 72 400 | 16 400 | 223 500 | 1 100 |

Annexe n°1

| | Patrimoine brut | | | | Patrimoine net | | | |
|--|-----------------|----------------|----------------|--------------|----------------|----------------|----------------|--------------|
| | Moyen | Médian | D9 | D1 | Moyen | Médian | D9 | D1 |
| Retraité ancien agriculteur | 373 600 | 177 500 | 671 000 | 43 600 | 369 300 | 177 500 | 653 700 | 43 600 |
| Retraité ancien artisan, commerçant, chef d'entreprise | 475 000 | 253 000 | 953 700 | 14 800 | 464 600 | 250 700 | 937 300 | 12 100 |
| Retraité ancien cadre ou prof. libérale | 583 200 | 407 200 | 1 072 000 | 97 400 | 574 400 | 396 100 | 1 072 000 | 94 400 |
| Retraité ancien salarié | 210 200 | 149 600 | 449 300 | 4 100 | 205 600 | 145 300 | 443 600 | 3 800 |
| Autre inactif | 103 800 | 6 900 | 241 000 | 800 | 100 500 | 6 500 | 238 900 | 400 |
| Type de ménage | | | | | | | | |
| Personne seule | 173 800 | 73 100 | 396 500 | 2 400 | 162 000 | 63 900 | 368 000 | 1 800 |
| Famille monoparentale | 134 600 | 20 000 | 353 000 | 1 600 | 113 500 | 15 600 | 274 800 | 800 |
| Couple sans enfant | 352 700 | 233 600 | 718 900 | 14 300 | 328 700 | 212 600 | 689 300 | 12 000 |
| Couple avec enfant(s) | 358 900 | 236 200 | 744 300 | 10 300 | 283 800 | 145 900 | 602 300 | 6 500 |
| Autres cas | 250 900 | 112 400 | 492 700 | 2 700 | 233 000 | 92 600 | 491 600 | 2 300 |
| Ensemble | 269 100 | 158 000 | 595 700 | 4 300 | 235 900 | 113 900 | 534 800 | 3 000 |

| Annexe n°2 | | |
|--|----------------------------------|---|
| Répartition de la masse totale de patrimoine brut entre les ménages (début 2015) | | |
| | Part dans l'ensemble des ménages | Part de la masse de patrimoine brut total détenue |
| Les 1 % les mieux dotés | 1% | 16% |
| Les 5 % les mieux dotés | 5% | 33% |
| Les 10 % les mieux dotés | 10% | 47% |
| Les 50 % les mieux dotés | 50% | 92% |

| Annexe n°3 | | | | | | | | | | | | |
|--|----------------------|--------|---------|-----|-----------------------|---------|---------|----|--------------------------|--------|--------|----|
| Montants des grandes composantes de patrimoine brut (début 2015) | | | | | | | | | | | | |
| Âge de la personne de référence du ménage | Patrimoine financier | | | | Patrimoine Immobilier | | | | Patrimoine professionnel | | | |
| | Moyen | Média | D9 | D1 | Moyen | Média | D9 | D1 | Moyen | Médian | D9 | D1 |
| Moins de 30 ans | 14 500 | 4 900 | 33 900 | 300 | 33 100 | 0 | 146 800 | 0 | 3 500 | 0 | 0 | 0 |
| De 30 à 39 ans | 26 900 | 7 500 | 61 900 | 400 | 128 500 | 82 700 | 300 500 | 0 | 17 900 | 0 | 11 300 | 0 |
| De 40 à 49 ans | 38 700 | 10 400 | 99 400 | 300 | 171 300 | 136 500 | 411 300 | 0 | 53 600 | 0 | 40 000 | 0 |
| De 50 à 59 ans | 63 500 | 11 800 | 128 400 | 300 | 202 900 | 146 000 | 480 000 | 0 | 38 600 | 0 | 48 500 | 0 |
| De 60 à 69 ans | 80 300 | 18 600 | 153 400 | 500 | 216 400 | 159 000 | 484 500 | 0 | 31 800 | 0 | 9 600 | 0 |
| 70 ans et plus | 82 700 | 19 500 | 163 600 | 700 | 167 100 | 107 000 | 392 400 | 0 | 13 700 | 0 | 2 100 | 0 |