

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit public interne

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 30 juin 2011

**L'instrumentalisation fiscale du droit
de propriété**



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / juin 2011

Guillaume Bzowski

Sous la direction de Jean-Claude Martinez

Membres du jury :

| | |
|---------------------------|------------------------------------|
| M. Renaud MORTIER | Professeur à l'Université Rennes I |
| M. Thierry REVET | Professeur à l'Université Paris I |
| M. François WAGNER | Professeur à l'Université de Nice |

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé :

Le droit de propriété est un pilier sur lequel s'appuie le droit fiscal et autour duquel s'articule la fiscalité patrimoniale. Il apparaît que l'optimisation fiscale n'est que l'amélioration des conséquences fiscales d'une opération juridique se fondant sur l'instrumentalisation du droit de propriété. Les techniques juridiques utilisées pour façonner le droit de propriété influent donc sur le traitement fiscal

Cette instrumentalisation du droit de propriété à des fins fiscales répond-elle cependant à une règle générale ? Cette règle générale permet-elle de classer les éléments d'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ? Il apparaît que ces éléments ne constituent que des mécanismes juridiques consistant, soit en une déconstruction du droit lui-même ou de sa valeur, soit en une affectation juridique ou spatio-temporelle du droit de propriété.

Descripteurs :

- | | |
|----------------------------|---------------------|
| 1 Droit de propriété | 5 Valeur |
| 2 Démembrement | 6 Traitement fiscal |
| 3 Affectation | 7 Fiducie |
| 4 Patrimoine d'affectation | 8 Imposition |

Title and Abstract:

Tax manipulation and property rights

Legal ownership is one of the main pillars on which tax law is based and around which property taxation revolves. It appears that tax optimisation is merely about improving the tax consequences of a legal operation based on the manipulation of legal ownership. The means used to shape the property rights affect the legal and tax consequences.

Is such manipulation of legal ownership for tax purposes subject to a fixed rule? Does this rule allow to draw a categorisation of all instruments used in order to exploit legal ownership for tax purposes? It appears that these instruments are but legal mechanisms. They consist either in a deconstruction of ownership itself or of its value, or in a specific ownership assignment in legal or spatiotemporal terms.

Keywords :

- | | |
|-------------------------------|--------------------|
| 1 Property rights | 5 Tax value |
| 2 Division of property rights | 6 Tax consequences |
| 3 Dedication | 7 Fiducia |
| 4 Estate vehicle | 8 Taxation |

Principales abréviations

{ A }

| | |
|----------|--|
| Aff. | Affaire |
| A.J.D.I. | Actualité Juridique de Droit Immobilier |
| AJDA | Actualité juridique de droit administratif |
| Al. | Alinéa |
| AN | Assemblée Nationale |
| Ann. | Annexe |
| Arr. | Arrêté |
| Art. | Article |
| Ass. | Assemblée |

{ B }

| | |
|---------------------|---|
| BF Lefebvre | Bulletin fiscal Francis Lefebvre |
| BO min. | Bulletin officiel des différents ministères |
| BODGI | Bulletin officiel de la Direction Générale des Impôts (1970 à 1987) |
| BOI | Bulletin officiel des impôts (depuis le 1er février 1987) |
| BRDA | Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles) |
| Bull. crim. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle) |
| Bull. CE | Bulletin des Communautés européennes |
| Bull. Joly Sociétés | Bulletin Joly. Mensuel d'information des sociétés |

{ C }

| | |
|------------------|--|
| c/ | Contre |
| CA | Cour d'appel |
| CAA | Cour administrative d'appel |
| Cass. ass. plén. | Cour de cassation, assemblée plénière |
| Cass. 1ère civ. | Cour de cassation, première chambre civile |

| | |
|-----------------|---|
| Cass. 2ème civ. | Cour de cassation, deuxième chambre civile |
| Cass. 3ème civ. | Cour de cassation, troisième chambre civile |
| Cass. com. | Cour de cassation, chambre commerciale |
| Cass. crim. | Cour de cassation, chambre criminelle |
| Cass. req. | Cour de cassation, chambre des requêtes |
| Cass. soc. | Cour de cassation, chambre sociale |
| C.civ. | Code civil |
| C.com. | Code de commerce |
| CE | Conseil d'Etat |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| CGI | Code général des impôts |
| Ch. | Chambre |
| Chron. | Chronique |
| Circ. | Circulaire |
| CJCE | Cour de justice des communautés européennes |
| Coll. | Collection |
| Comm. | Commentaire |
| Comp. | Comparer |
| Concl. | Conclusion |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| Conv. EDH | Convention européenne des droits de l'homme |
| Conv. Int. | Convention internationale |
| C. pr. Civ. | Code de procédure civile |

{ D }

| | |
|-------------|----------------------------------|
| D. | Dalloz |
| D. aff. | Dalloz Affaires |
| Déc. | Décisions |
| Décr. | Décret |
| Décr.L. | Décret-loi |
| Defrénois | Répertoire du notariat Defrénois |
| Dict. perm. | Dictionnaire permanent |
| Dir. | Directive |
| Doctr. | Doctrine |

| | |
|-------------------|--|
| Dr. et patrimoine | Droit et patrimoine |
| Dr. fisc. | Droit fiscal |
| Dr. sociétés | Droit des sociétés |
| { E } | |
| Ed. | Edition |
| Epx | Epoux |
| Ets | Etablissements |
| { F } | |
| Fasc. | Fascicule |
| FR Lefebvre | Feillet rapide fiscal ou social Francis Lefebvre |
| { G - I } | |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| Ibid. | Ibidem |
| Id. | Idem |
| In. | Dans l'ouvrage |
| Infra | Ci-dessous |
| Instr. | Instruction |
| { J } | |
| J-Cl. | Juris-classeur |
| JCP éd. E | Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), éd. Entreprise |
| JCP éd. G | Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), éd. Générale |
| JCP éd. N | Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), éd. Notariale, |
| JO | Journal officiel. Lois et décrets |
| JO AN | Journal officiel Assemblée Nationale |
| JO Sén. | Journal officiel Sénat |
| Journ. enr. | Journal de l'enregistrement |
| { L - M } | |
| L. | Loi |
| L. fin. | Loi de finances |

| | |
|------------------|--|
| L. fin. rect. | Loi de finances rectificative |
| Min. | Ministère |
| { N } | |
| n° | Numéro |
| NCPC | Nouveau code de procédure civile |
| { O } | |
| Obs. | Observations |
| Op. cit. | Opere citato |
| Ord. | Ordonnance |
| { P } | |
| p. | Page |
| Pan. | Panorama |
| Petites affiches | Les petites affiches |
| { R } | |
| Rapp. | Rapport |
| RD imm. | Revue de droit immobilier |
| RDIP | Revue de droit international privé |
| RD publ. | Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| Rec. CE | Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Lebon) |
| Réf. | Référence |
| Rép. civ. | Dalloz Encyclopédie Dalloz Civil |
| Rép. com. | Dalloz Encyclopédie Dalloz Commercial |
| Rép.sociétés. | Dalloz Encyclopédie Dalloz sociétés |
| Rev. fid. | Revue fiduciaire |
| Rev. sociétés | Revue des sociétés |
| RF fin. publ. | Revue française de finances publiques |
| RJ com. | Revue de jurisprudence commerciale |
| RJDA | Revue de jurisprudence de droit des affaires |
| RJF | Revue de jurisprudence fiscale |

| | |
|--------------------------|--|
| RO | Recueil des arrêts du Conseil d'Etat |
| RTD civ. ou com. ou eur. | Revue trimestrielle de droit civil, droit commercial ou droit européen |
| { S } | |
| s. | Suivant |
| Sect. | Section |
| Somm. | Sommaire |
| Sous-sect. | Sous-section |
| Suppl. | Supplément |
| Supra | Ci-dessus |
| { T - Y } | |
| t. | Tome |
| TA | Tribunal administratif |
| T. civ. | Tribunal civil |
| T. com. | Tribunal de commerce |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TI | Tribunal d'instance |
| Vol. | Volume |
| Yale L.J. | Yale Law Journal |

Sommaire

Table des matières

| | |
|--|----|
| <i>Table des matières</i> | 10 |
| <i>Introduction</i> | 19 |
| PREMIERE PARTIE – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION | 53 |
| TITRE I – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION DU DROIT DE PROPRIETE | 54 |
| Chapitre I – Etendue de la notion de <i>démembrement de propriété</i> | 57 |
| Section 1 - Nature juridique de l'opération | 57 |
| Sous-section 1. Nature et étendue du <i>démembrement de propriété</i> | 57 |
| §1. Contours légaux | 58 |
| A – Définition légale du <i>démembrement de propriété</i> | 58 |
| B – Le caractère nécessairement temporaire de l'instrument..... | 60 |
| §2 – Etendue de la notion en matière de <i>démembrement de titres</i> | 62 |
| A – La répartition des prérogatives politiques | 62 |
| B - La répartition des prérogatives économiques | 65 |
| Sous section 2. Formation et fin du <i>démembrement</i> | 68 |
| §1. Les sources contemporaines du <i>démembrement de propriété</i> | 68 |
| A - <i>Démembrement d'origine légale</i> | 69 |
| B - <i>Démembrement conventionnel</i> | 69 |
| C - <i>Usucapion d'usufruit</i> | 70 |
| §2. La fin du <i>démembrement de propriété</i> | 72 |
| A - Les causes d'extinction naturelle de l'usufruit | 72 |
| B - Les causes particulières d'extinction de l'usufruit | 73 |
| Section 2 – Les risques liés à la pratique du <i>démembrement</i> | 74 |
| Sous section 1. Les dangers fiscaux..... | 75 |
| §1. Le risque majeur : l'abus de droit..... | 75 |
| §2. Les risques fiscaux secondaires | 80 |
| A – La présomption de fictivité de l'article 751 du Code général des impôts | 81 |
| B - La propriété apparente | 82 |
| C - Le risque de double imposition | 83 |

| | |
|--|-----------|
| D - La requalification en donation indirecte | 83 |
| 1. Le risque de donation indirecte par mise en réserve..... | 84 |
| 2. Le risque de donation indirecte lié à la contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombe | 88 |
| Sous section 2. Les dangers civils du <i>démembrement de propriété</i> | 92 |
| §1. Le danger de remise en cause de la stratégie pour cause d'exhérédation..... | 92 |
| §2. Contournement de la difficulté | 93 |
| Conclusion du chapitre I..... | 95 |
| Chapitre 2 – Traitement fiscal du <i>démembrement de propriété</i> | 97 |
| Section 1. Incidences du démembrement sur l'impôt sur le revenu | 97 |
| Sous section 1. Imposition des revenus fonciers | 97 |
| §1. Fiscalité de droit commun | 98 |
| A - Situation de l'usufruitier..... | 100 |
| 1. Usufruitier personne physique | 100 |
| 2. Usufruitier personne morale..... | 101 |
| B - Situation du nu-propriétaire | 102 |
| 1. Principes généraux | 102 |
| 2. Cas de la réserve d'usufruit | 105 |
| §2. Régimes fiscaux de faveur | 109 |
| A - L'usufruit locatif social ou la financiarisation d'un mécanisme fiscal..... | 109 |
| 1. Un produit financier d'origine sociale..... | 109 |
| 2. Fonctionnement et intérêt du montage..... | 111 |
| 3. La titrisation fiscale d'un actif immobilier | 116 |
| 4. Les incertitudes pesant sur cette forme de titrisation | 119 |
| B - Les autres régimes dérogatoires | 121 |
| Nous étudierons successivement les différents dispositifs de faveur dérogeant au droit commun | 122 |
| 1. Le dispositif Périssol | 122 |
| 2. Régimes Robien, Besson et Borloo | 122 |
| 3. Régimes Girardin et Pons | 123 |
| 4. Dispositif Scellier..... | 124 |
| 5. Régime fiscal de faveur attaché aux monuments historiques..... | 125 |
| Sous section 2. Imposition des plus values | 126 |
| §1. Détermination de la plus value | 127 |
| A – La cession isolée de l'usufruit ou de la nue-propriété | 127 |
| 1. Usufruit ou nue-propriété acquis isolément | 128 |
| 2. Bien acquis en pleine propriété suivie de la cession de l'usufruit ou de la nue-propriété | 129 |
| 3. Pleine propriété d'un bien acquise par réunion de la nue-propriété et de l'usufruit..... | 130 |

| | |
|---|------------|
| B - La cession conjointe de l'usufruit et de la nue-propriété par les titulaires des deux droits démembrés | 131 |
| C – Vente d'un immeuble après réunion de la nue-propriété et de l'usufruit sur la tête du cédant | 131 |
| D -La cession d'un immeuble par une société civile immobilière dont la propriété des parts est démembrée..... | 132 |
| §2. Application des exonérations | 133 |
| Section 2. Incidences du <i>démembrement de propriété</i> sur les autres impôts..... | 134 |
| Sous section 1. L'impôt de solidarité sur la fortune et son prolongement : la taxe de 3% sur certains immeubles | 134 |
| §1. L'impôt de solidarité sur la fortune | 134 |
| A - Traitement de l'actif | 135 |
| 1. Principe d'imposition au nom de l'usufruitier | 135 |
| 2. Exception à la règle : une imposition séparée | 137 |
| B - Traitement du passif | 140 |
| §2. Le prolongement de l'impôt de solidarité sur la fortune, la taxe de 3% sur certains immeubles | 143 |
| Sous section 2. Droits de mutation à titre gratuit et taxe foncière | 146 |
| §1. Droits de mutation à titre gratuit | 147 |
| A – Droits de mutation de droit commun | 147 |
| B – Incidences du démembrement sur les droits de donation | 148 |
| §2. Taxes foncières | 149 |
| Conclusion du chapitre II | 151 |
| Conclusion du Titre Premier | 153 |
| <i>TITRE 2 – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION DE LA VALEUR .</i> | 155 |
| CHAPITRE 1 - EVALUATION ECONOMIQUE DE LA PLEINE PROPRIETE | 159 |
| Section 1 – Les méthodes d'évaluation | 161 |
| Sous section 1. Evaluation des biens meubles | 161 |
| §1. L'évaluation des titres de sociétés | 161 |
| A - L'évaluation des titres de sociétés cotées en bourse | 161 |
| B - L'évaluation des titres de sociétés non cotées en bourse | 163 |
| §2. Evaluation des autres biens meubles..... | 168 |
| A – Les biens meubles par nature protégés par un titre formel..... | 169 |
| B – Les biens meubles par nature ne nécessitant pas de titre formalisé | 174 |
| Sous section 2. Evaluation immobilière | 175 |
| §1. L'évaluation par comparaison | 176 |
| A – Le principe de l'étude de marché..... | 176 |
| B - Les recommandations de l'administration | 179 |

| | |
|--|------------|
| §2. Les méthodes supplétives d'évaluation..... | 183 |
| A - Evaluation par le rendement du bien | 183 |
| B - Evaluation par réajustement d'une valeur antérieure..... | 184 |
| Section 2 – Les facteurs de décote..... | 185 |
| Sous-section 1 – Les facteurs physiques de décote..... | 185 |
| §1 – La typologie des facteurs de décote | 186 |
| A – Les justifications propres à l'objet du droit de propriété | 186 |
| B – Les justifications liées à l'environnement de l'objet du droit de propriété | 188 |
| §2 – Le mode d'appréciation des facteurs physiques de décote | 190 |
| A – L'appréciation nécessairement abstraite des facteurs de décote..... | 191 |
| B – L'appréciation liée à la diminution de jouissance du bien | 192 |
| Sous-section 2 – Les facteurs juridiques de décote..... | 193 |
| §1 – Les facteurs juridiques de décote liés à une diminution du pouvoir de jouissance..... | 193 |
| A – Les décotes pour restriction du pouvoir actif de jouissance..... | 194 |
| B - Les décotes liées à une limitation de la faculté de cession | 196 |
| §2 – Le conditionnement des facteurs de décote par la nature de l'imposition..... | 199 |
| A – La prise en compte de décotes conditionnée | 199 |
| B – Appréciation <i>in concreto</i> des facteurs juridiques de décote | 203 |
| Conclusion du chapitre 1 | 206 |
| CHAPITRE 2 – REGLES PARTICULIERES D'EVALUATION | 208 |
| Section 1. Evaluation fiscale de la nue-propriété et de l'usufruit..... | 209 |
| Sous-section 1. Répartition de la valeur des droits..... | 212 |
| Sous section 2. Domaine de l'article 669 du Code général des impôts..... | 214 |
| Section 2. Evaluation économique des droits démembrés..... | 217 |
| Sous section 1. La méthode d'évaluation économique des droits démembrés..... | 218 |
| §1. Les facteurs de la formule dite « DCF » | 218 |
| A – La durée de l'usufruit ou l'espérance de vie | 219 |
| B - Les flux de revenus futurs..... | 219 |
| §2. La formule des « Discounted Cash-Flows »..... | 220 |
| Sous section 2. L'intérêt du recours à l'évaluation économique | 220 |
| §1 – Le contournement du barème d'évaluation fiscale..... | 221 |
| §2 – L'apport avant donation | 223 |
| Conclusion du chapitre II | 228 |
| Conclusion du Titre II..... | 230 |
| Conclusion de la première Partie..... | 232 |
| SECONDE PARTIE – MANIPULATION PAR AFFECTATION..... | 234 |

| | |
|--|------------|
| TITRE 1 : AFFECTATION PAR STRUCTURATION PATRIMONIALE..... | 237 |
| Chapitre 1 – La structuration horizontale du patrimoine : la fiducie..... | 237 |
| Section 1 – Reconnaissance civile d’un patrimoine d’affectation..... | 244 |
| Sous section 1. Les contours de la fiducie | 248 |
| §1. Les acteurs de la fiducie..... | 248 |
| A – Les acteurs classiques de la fiducie | 249 |
| 1. Le bénéficiaire | 249 |
| 2. Le constituant..... | 252 |
| 3. Le fiduciaire..... | 254 |
| B –L’acteur optionnel : le tiers protecteur..... | 258 |
| §2. La formation et l’extinction de la fiducie..... | 259 |
| A – Une formation formaliste | 259 |
| B - Extinction de la fiducie..... | 261 |
| Sous section 2. Le contenu et les finalités de l’instrument | 262 |
| Nous étudierons dans un premier temps les éléments susceptibles d’intégrer le patrimoine fiduciaire (§1) avant d’étudier les utilités pratiques de l’instrument (§2)..... | 262 |
| §1. Le contenu de la fiducie | 262 |
| A – Le contenu positif de la fiducie | 262 |
| B- Le contenu négatif de la fiducie | 264 |
| §2. Finalités de la fiducie..... | 267 |
| A – La fiducie-sûreté..... | 267 |
| B - La fiducie gestion | 269 |
| C - La fiducie transmission..... | 271 |
| Section 2 – Traitement fiscal des mécanismes fiduciaires..... | 273 |
| Sous-section 1. Régime fiscal de la fiducie..... | 274 |
| §1. Traitement fiscal de la fiducie lors de la formation du contrat..... | 275 |
| A - Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu | 276 |
| 1. La fiducie constituée par une personne morale | 276 |
| 2. Traitement fiscal de la fiducie constituée par une personne physique..... | 282 |
| B - Droits d’enregistrement | 283 |
| 1. Transfert de biens et droits mobiliers..... | 284 |
| 2. Transfert d’immeubles et de droits réels immobiliers | 285 |
| C – Taxe sur la valeur ajoutée..... | 286 |
| 1. La fiducie, fait générateur d’imposition lorsque le constituant est assujetti à la TVA | 286 |
| 2. Application du régime des transmissions d’universalités | 287 |
| D – Taxes locales | 288 |
| 1. Taxes foncières | 288 |
| 2. Contribution économique territoriale | 289 |

| | |
|--|------------|
| §2. Traitement fiscal en cours de contrat..... | 290 |
| A - Imposition des résultats du patrimoine fiduciaire | 290 |
| 1. Constituant exerçant une activité de nature professionnelle | 291 |
| 2. Constituant agissant dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé | 296 |
| B – Fiscalité locale..... | 299 |
| C – TVA | 301 |
| D – Droits d’enregistrement et ISF | 302 |
| §3. Traitement fiscal à l’issue du contrat de fiducie..... | 304 |
| Sous-section 2 – Analyse comparative du traitement des mécanismes fiduciaires..... | 306 |
| §1. Conséquences de la neutralité | 306 |
| §2. La clef du succès du trust : le dédoublement du titre de propriété | 308 |
| A. Un succès fondé sur une division du droit de propriété..... | 310 |
| 1. Une division contraire à la conception absolutiste du droit de propriété..... | 310 |
| 2. Détermination des contours de la notion de trust | 315 |
| B. Le traitement fiscal français des trusts..... | 321 |
| 1. Impôt sur le revenu..... | 321 |
| 2. Droits de mutation | 324 |
| 3. Impôt de solidarité sur la fortune | 328 |
| 4. Taxe de 3% | 334 |
| Conclusion du chapitre premier | 338 |
| Chapitre 2 – La structuration verticale du patrimoine..... | 340 |
| Section 1 – L’affectation verticale au moyen d’une personne morale | 340 |
| Sous-section 1. L’affectation horizontale dans des structures d’investissement | 341 |
| §1 – La réduction d’impôt sur le revenu pour investissement dans une société..... | 341 |
| §2 – La réduction d’ISF pour investissement dans une société..... | 344 |
| Sous-section 2 – L’affectation horizontale aux fins de structuration patrimoniale | 348 |
| §1 – Les objectifs de la structuration sociétaire | 349 |
| A – La multiplicité des intérêts présentés par le recours à la forme sociale..... | 349 |
| B – La prohibition du but exclusivement fiscal | 361 |
| §2 – L’incidence fiscale, élément décisionnel de la structure sociétaire | 366 |
| A – Le choix de l’opacité ou de la translucidité..... | 368 |
| B – Le recours à la société, instrument indispensable à certaines voies d’optimisation...374 | |
| Section 2 – La structuration verticale dénuée de personnalité morale..... | 378 |
| Sous-section 1 - Le déclin de l’unicité du patrimoine..... | 378 |
| §1. L’évolution de la conception française du patrimoine | 378 |
| §2. La reconnaissance de la théorie objective du patrimoine | 383 |
| Sous-section 2 – Le traitement fiscal de l’EIRL..... | 389 |
| §1. Imposition lors de l’affectation et de la désaffectation | 394 |
| A – Les droits de mutation..... | 394 |

| | |
|---|------------|
| B – Les plus-values de désaffectation et de liquidation | 396 |
| §2. L'imposition des revenus de l'EIRL | 397 |
| A - Imposition à l'IR | 398 |
| B – L'option pour l'impôt sur les sociétés..... | 401 |
| Conclusion du Chapitre 2 | 405 |
| Conclusion du Titre premier | 407 |
| <i>TITRE 2. AFFECTATION PAR STRUCTURATION SPATIO-TEMPORELLE..</i> | 408 |
| Chapitre 1. Structuration géographique du patrimoine | 408 |
| Section 1. Manipulation du critère géographique | 409 |
| Sous-section 1. La manipulation du critère personnel de résidence | 410 |
| §1 – L'objectif de la manipulation du critère <i>rationae loci</i> | 410 |
| §2 – Les méthodes de manipulation du critère <i>rationae loci</i> | 415 |
| A – Les règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés..... | 416 |
| B – Les critères de la résidence fiscale..... | 417 |
| Sous-section 2. La manipulation de la localisation..... | 422 |
| §1 – La manipulation par localisation directe de l'objet du droit de propriété | 423 |
| A – Les incidences de la localisation de biens à l'étranger par des résidents fiscaux français | 423 |
| B – Les incidences de la localisation de biens à l'étranger assortie d'un transfert de résidence | 427 |
| §2 – La manipulation par localisation de la source des revenus..... | 429 |
| A – La manipulation de la localisation par interposition : le « <i>rent-a-star system</i> »..... | 429 |
| B – La manipulation par la multiplication des sources : le système des <i>salary split</i> | 434 |
| Section 2. Manipulation par incitation à la structuration géographique | 438 |
| Sous-section 1 – Les invitations au tropisme fiscal | 438 |
| §1 – Les régimes de faveur attachés aux départements et collectivités d'Outre-mer | 439 |
| A – Les incitations à la localisation dans les départements d'outre-mer | 439 |
| B – Les incitations à l'investissement dans les départements d'outre-mer..... | 442 |
| §2 – Les régimes de faveurs métropolitains..... | 448 |
| A – Les régimes favorables aux investissements localisés | 448 |
| B – Les libertés laissées aux collectivités de pratiquer une forme de <i>dumping</i> fiscal..... | 453 |
| Sous-section 2 – Les mesures d'attractivité en faveur des non résidents..... | 456 |
| §1 – Les incitations à l'impatriation | 456 |
| A – Le régime fiscal des impatriés | 457 |
| B – Les exonérations de plus values immobilières des non résidents | 459 |
| §2 – Les incitations à l'investissement | 460 |
| A – Les mesures bénéficiant aux résidents comme aux non résidents | 461 |
| B – Les mesures propres aux non-résidents | 465 |

| | |
|---|------------|
| Conclusion du chapitre premier | 467 |
| Chapitre 2. Structuration temporelle du patrimoine | 469 |
| Section 1. La manipulation de la durée | 471 |
| Sous-section 1. L'utilisation de la durée de détention | 472 |
| §1 – Les effets naturels de la durée de détention | 472 |
| §2 – Les effets artificiels de la durée de détention | 476 |
| Sous-section 2. La manipulation de la périodicité | 483 |
| §1 – Les manifestations de la périodicité | 483 |
| §2 – L'intérêt fiscal de l'absence de périodicité | 485 |
| Section 2. La manipulation par la jouissance : les délais d'indisponibilité | 488 |
| Sous-section 1 - La manipulation des caractères du revenu par affectation financière temporairement indisponible | 489 |
| §1 - La transformation de revenus professionnels en retraite par capitalisation | 489 |
| §2 – La transformation de revenus professionnels en titres temporairement indisponibles .. | 492 |
| Sous section 2 - La manipulation des caractères du capital par affectation financière : les contrats d'assurance vie | 498 |
| §1 - Nature et variété des contrats d'assurance vie | 499 |
| §2 - Traitement fiscal des contrats d'assurance vie | 503 |
| A – Traitement en cours de contrat | 503 |
| B – Un régime de transmission attractif | 508 |
| Conclusion du chapitre 2 | 513 |
| Conclusion du titre 2 | 514 |
| Conclusion de la partie 2 | 515 |
| <i>Conclusion générale</i> | 516 |
| <i>Bibliographie</i> | 521 |
| I. Ouvrages généraux, Traités et Manuels | 522 |
| II. Thèses & Mémoires | 526 |
| III. Etudes doctrinales et articles | 527 |
| IV. Jurisprudence | 541 |
| A. Jurisprudence judiciaire | 541 |
| B. Jurisprudence constitutionnelle | 546 |
| C. Jurisprudence administrative | 547 |
| D. Jurisprudence communautaire, Décisions & Recommandations | 551 |
| E. Avis du Comité de l'abus de droit fiscal | 552 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| V. | Documentation et rapports de l'administration | 553 |
| A. | Documentation française | 553 |
| B. | Documentation étrangère | 555 |
| VI. | Réponses | 556 |
| VII. | Rapports parlementaires, avis et exposés des motifs..... | 558 |
| VIII. | Colloques, Conférences, Tables rondes..... | 561 |
| IX. | Divers..... | 562 |

Introduction

« *Mihi res non rebus me submitterre conor* »¹ telle devrait être la devise des candidats à l'ingénierie fiscale tant cette gymnastique intellectuelle vise à modeler les concepts, à transformer les droits et les biens. Si rigueur et précision sont le canon des athlètes, ces commandements s'appliquent aussi bien aux ingénieurs fiscalistes tant le franchissement des frontières limitant cet art compromet la prospérité des montages. Afin de garantir le dénouement des schémas mis en place, ces gymnastes du droit doivent opposer, à force d'adresse, l'ultra-orthodoxie juridique et fiscale à l'orthodoxie administrative. En effet, la pertinence de ces manipulations repose sur une parfaite maîtrise des mécanismes civils et fiscaux et l'optimisation fiscale ne saurait faire l'économie d'une préalable étude civile du patrimoine de l'intéressé tant les liens tissés entre ces deux matières sont étroits. Selon Maurice Cozian, « *Le droit fiscal est un droit de superposition* » s'articulant nécessairement avec les mécanismes juridiques dont la maîtrise garantit le succès des opérations envisagées.²

Le droit de propriété est un pilier sur lequel s'appuie le droit fiscal et autour duquel s'articule la fiscalité patrimoniale. L'optimisation fiscale n'est alors que l'amélioration des conséquences fiscales d'une opération juridique se fondant sur l'instrumentalisation du droit de propriété. Tout mécanisme fiscal est ainsi adossé à un instrument juridique. Parmi tous les instruments dont disposent ces artistes du détail, il en est un qui, servant de socle à tous les autres, produit des réactions fiscales lors de sa manipulation civile : le droit de propriété.

¹ « *J'aime mieux soumettre les choses que de me soumettre aux choses* » Corneille in BAFFOY Gérard, La revue fiscale notariale n°5, mai 2009 étude 7

² COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, *Précis de fiscalité des entreprises 2009 / 2010*, Litec, 33^{ème} édition, p. IX

Elément fondamental de notre droit, Portalis affirmait en 1804 dans l'exposé des motifs du projet de Code civil qu'il demeurait convaincu³ « *qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes. Le sauvage n'est il pas maître des fruits qu'il a cueillis pour sa nourriture, de la fourrure ou du feuillage dont il se couvre pour se prémunir contre les injures de l'air, de l'arme qu'il porte pour sa défense et de l'espace dans lequel il construit sa modeste chaumière ?* ». ⁴ L'intérêt porté au droit propriété par les pères du Code civil se transcrit donc logiquement par l'omniprésence de ce droit dans le Code de 1804 puisque deux des trois livres y sont consacrés.⁵ Ce lien posé par Jean-Etienne Portalis élève le droit de propriété au rang des droits naturels et fait ainsi écho à la bulle apostolique *Sublimis Deus* du 29 mai 1537⁶ dans laquelle le Pape Paul III affirmait d'une part le rapport unissant la nature humaine au droit de propriété et d'autre part l'humanité des indiens d'Amérique, mettant ainsi en péril les « *montages* » des juristes de la renaissance. En effet, ces derniers manipulaient déjà le droit de propriété puisque refusant cette nature humaine aux peuples indigènes ils justifiaient le caractère *a non domino* des terres découvertes. La résistance des juristes du XVIème siècle fut alors vive et il fallut attendre les débats opposant Bartolomé de Las Casas à Juan Ginés de Sepúlveda entre 1550 et 1551⁷ pour que cette manipulation de la propriété par la nature humaine soit définitivement écartée.

Si les tentatives de manipulations du droit de propriété ont perdu leur caractère barbare et ont gagné en finesse, le droit de propriété n'en a pas pour autant perdu sa puissance. Elément central des économies modernes, le droit de propriété ne peut cependant produire ses pleins effets économiques que s'il est formalisé. Ainsi que l'a démontré

³ V. HOBBS Thomas, *Le Léviathan* (1651) ; LOCKE John, *Second traité du gouvernement civil* (1690). Mais conformément aux historiens contemporains, lesquels font remonter la naissance du droit de propriété vers 2500 ans avant Jésus-Christ à l'apparition du découpage des terrains en champs individuels, V. SCHILLER Sophie, *Droit des biens*, Dalloz, 2003, p. 48

⁴ PORTALIS Jean Etienne, *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété* (26 nivôse an XIII), in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, éd. Centre de philosophie du droit de l'Université d'Aix-Marseille, 1988, p. 112-113

⁵ Livre deuxième : « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* » ; Livre troisième « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». REVET Thierry, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et Patrimoine, mars 2004

⁶ Cette bulle papale publiée le 2 juin 1537 reprend les termes d'une lettre *Veritas ipsa* au cardinal Jean de Tavera Archevêque de Tolède. Le Pape précisait alors que « *les Indiens sont véritablement des hommes* » si bien qu'ils « *ne peuvent en aucun cas être privés de leur liberté ou de la possession de leurs biens* »

⁷ Au collège San Gregorio de Valladolid

l'économiste péruvien Hernando de Soto,⁸ le caractère légal et formel du droit de propriété est le moteur du développement économique. Opposant les systèmes « *extra-légaux* » aux systèmes économiques fondés sur une propriété formelle, Hernando de Soto démontre que les pays en voie de développement possèdent une masse relativement importante⁹ de « *capital mort* ». Ces capitaux sur lesquels nul ne détient un titre juridique certain sont inutilisables dans un processus économique fondé sur des garanties, si bien qu'ils ne peuvent libérer l'énergie initiant la dynamique de développement. Ce formalisme juridique permet en effet de fixer le potentiel économique des biens tout en responsabilisant les acteurs économiques ; l'identification de la personne à son bien permettant de répandre la confiance entre les différents acteurs puisqu'en cas de manquement à une obligation le débiteur peut voir son bien saisi. Enfin, un système formel de propriété intègre nécessairement un système unifié d'informations sur la propriété tel qu'un cadastre¹⁰ ou un registre. Hernando de Soto remarque à cet effet la concomitance entre la mise en place de ces systèmes d'information et l'essor du monde occidental.

La formalisation du droit de propriété au moyen d'un registre est cependant récente si bien que la sécurité qu'elle offre ne saurait à elle seule justifier l'importance de ce droit dans la conscience collective et l'ancrage de ce droit au plus profond de chaque être est sans doute dû à son existence plurimillénaire.¹¹ Si le droit de propriété existe depuis toujours, les caractéristiques et les effets de ce droit doivent cependant être

⁸ DE SOTO Hernando, *Les mystères du capital*, Flammarion 2005

⁹ De Soto et son équipe estiment la valeur du capital mort des pays du tiers monde à 9300 milliards de dollars.

¹⁰ Ce type de document est apparu rapidement en Europe et l'on retrouve en France des documents au formalisme développé tels que les polyptyques carolingiens au XI^{ème} siècle, les censiers au XII^{ème}, ou les livres terrier au XV^{ème}. La centralisation de ces documents est cependant plus tardive. Un règlement de Colbert de 1678 prévoit l'envoi d'un exemplaire d'un terrier aux chambres des comptes locales. Un arrêt du Conseil d'Etat du 21 août 1691 créa à Paris un dépôt regroupant tous les terriers du royaume. V. LALAGUË-GUILHEMSANS Marie-Thérèse, *Le dépôt des terriers de la Chambre des comptes de Paris*, in *Terriers et plans terriers du XIII^{ème} au XVIII^{ème} siècle – Actes de Colloque de Paris (23-25 septembre 1998)*, Mémoire et documents de l'école des Chartes, 2002, p. 151. La loi du 15 septembre 1807 prescrivit enfin la confection d'un cadastre général parcellaire.

¹¹ Contrairement à ce qu'affirmaient certains philosophes des lumières « *Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : " Ceci est à moi" et trouva assez de gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères, que d'horreurs n'eût point épargné au genre humain celui qui arrachant les pieux ou comblant les fossés, eût crié à ses semblables : " Gardez-vous d'écouter cet imposteur, vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne »* ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755) v. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social* (1762)

considérés différemment selon l'époque dans laquelle on l'étudie. La différence d'appréhension entre le droit romain et le droit civil contemporain est un parfait exemple de cette différence de compréhension du droit de propriété. Cette divergence d'appréciation est d'autant plus marquante que le droit civil français plonge ses racines dans le droit romain. Sous l'empire du droit romain, le droit de propriété n'était pas appréhendé comme le droit sur une chose mais était envisagé de façon plus globale en tant que droit sur un patrimoine, universalité de droit.¹² En droit civil contemporain en revanche, le droit de propriété caractérise le lien unissant le titulaire d'un droit à un bien déterminé. Si cette notion de propriété a donc existé de tout temps, ses manifestations, sa nature et sa composition ont évolué au gré des siècles.

Cette évolution est marquée par une reconnaissance¹³ toujours plus forte de ce droit sacré, élevé au rang des droits de l'homme, garanti par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme.¹⁴ Le droit de propriété n'est pas pour autant un droit inviolable¹⁵ puisque le mécanisme même de l'imposition implique qu'une atteinte lui soit portée. A ce titre, la définition classique de l'impôt porte en elle cette ingérence de la fiscalité sur le droit de propriété. Selon le Doyen Vedel,¹⁶ « *l'impôt est une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques* »¹⁷. Cette prestation de valeur pécuniaire exigée des individus est marquée par la contrainte juridique puisque « *l'impôt est essentiellement un paiement forcé [...]*

¹² REVET Thierry & ZENATI-CASTAING Frédéric, *Les biens*, PUF 3^{ème} édition 2008, p.21 s.

¹³ Le droit de propriété revêt une grande importance pour le Conseil constitutionnel v. Cons. Const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 12e éd., n° 2 ; SEUBE Jean-Baptiste & REVET Thierry, *QPC et droit des biens : en avant toute...*, Droit et patrimoine, n°199, janvier 2011, p.73 s.

¹⁴ Entré en vigueur le 18 mai 1954

¹⁵ V. not. Conseil Constitutionnel, n°98-403 DC, 29 juillet 1998, D. 1999. 269 sur l'antagonisme entre le droit au logement et le droit de propriété

¹⁶ La paternité de la définition classique de l'impôt revient en effet à Georges Vedel et non à Gaston Jèze comme Maurice Duverger (DUVERGER Maurice, *Institutions financières*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 1960, p.93) ou Lucien Mehl (MEHL Lucien, *Science et technique fiscales – Tome I – Eléments de science fiscale*, Thémis, PUF 1^{ère} édition, 1959, p.50) ont pu l'affirmer. V. NEGRIN Olivier, *Une légende fiscale : la définition de l'impôt de Gaston Jèze*, RDP n°1-2009, p.139 s.

¹⁷ VEDEL Georges, *Cours de législation financière 1952 – 1953*, Les cours de droit 1953, p.326

dont le recouvrement aura lieu au besoin par la force »¹⁸. Pour autant cette atteinte doit ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et l'impératif de protection des droits fondamentaux de l'individu,¹⁹ laissant apparaître un nécessaire rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.²⁰ Ainsi, l'impôt semble « *par nature illégitime au regard de l'article 17 de la Constitution* »²¹ dans la mesure où il porte atteinte au droit de propriété. Mais cette atteinte est justifiée par un but d'intérêt général²² et cette spoliation est subordonnée aux conditions de couverture des dépenses d'intérêt général, de proportionnalité à la capacité contributive et de consentement à l'impôt. Si cet équilibre délicat est surveillé par la CEDH,²³ la Cour de Strasbourg concède néanmoins aux Etats un large pouvoir d'appréciation de cette proportionnalité dans la mesure où elle considère qu'ils sont les mieux placés pour apprécier les enjeux et l'importance de l'atteinte portée au droit de propriété.²⁴ Cette appréciation par l'Etat n'est par conséquent que peu contrôlée par la Cour qui n'intervient que lorsque l'impôt fait peser une « *charge intolérable sur un individu ou bouleverse sa situation financière* » caractérisant une rupture manifeste de cet équilibre.²⁵

Tirant les conséquences de la perception de la pression fiscale par les contribuables²⁶ et de la constante augmentation du taux des prélèvements obligatoires, les juristes utilisent le droit de propriété comme un instrument dont la manipulation au plan civil produit des effets fiscaux. Ce faisant, les ingénieurs fiscalistes se transforment en

¹⁸ JEZE Gaston, *Théorie générale sur le phénomène financier ; le crédit ; la taxe ; l'impôt*, M. Giard, 1928, p.107

¹⁹ V. BERGER Vincent, *La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme et le droit fiscal*, Revue de droit fiscal, n°24, 17 juin 2010, p. 11 s.

²⁰ CEDH, 4 janvier 2008, n°25834/05 & 27815/05, *Imbert & Tremiolles c/ France* ; Dr. fisc. n°15, comm. 264

²¹ HATOUX Bernard, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : L'optimisation fiscale selon le juge judiciaire : tolérance ou liberté ?*, in Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, étude n°101, mai 2002

²² Articles 13 et 14 de la Constitution

²³ CEDH, 29 avril 2008, n°13378/05, *Burden c/ Royaume-Uni*

²⁴ CEDH, 23 octobre 1997, n°21319/93, *National and provincial building society c/ Royaume-Uni*

²⁵ CEDH, 18 mars 2003, n°69825/01, *Faivre c/ France*

²⁶ JEZE Gaston, *Théorie générale sur le phénomène financier ; le crédit ; la taxe ; l'impôt*, M. Giard, 1928, p.105 s. « *La notion d'impôt n'a pas toujours été la même. Elle est très différente aujourd'hui de ce qu'elle était autrefois* » Perçue dans l'antiquité comme révélateur d'un rapport de subordination du vainqueur sur le vaincu, l'impôt recouvre au Moyen-âge l'idée d'un consentement par un don au souverain (donum,

chimistes du droit reconnaissant implicitement que les lois de la chimie ne sont pas si éloignées de la fiscalité.

Reprenant à son compte la théorie d'Anaxogore de Clazomènes,²⁷ Antoine Lavoisier, père de la chimie moderne, écrivit à la fin du XVIII^{ème} siècle « *Rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe [...] qu'il n'y a que des changements, des modifications. C'est sur ce principe qu'est fondé tout l'art de faire des expériences en chimie* ». ²⁸ Tout comme la chimie est fondée sur des équations et des équivalences dont l'objet est l'obtention d'un équilibre permettant aux atomes assemblés de créer une molécule, l'optimisation patrimoniale implique la recherche d'un équilibre tout aussi savant. L'équation patrimoniale modélise en effet la transformation de molécules de propriété et d'atomes juridiques lors d'une réaction « *exo fiscale* ». Il arrive en effet qu'à l'occasion de manipulations la solution chimique produise de la chaleur ou de la lumière, il en va de même en fiscalité et ce type de réaction est justement l'objectif de l'ingénieur fiscaliste, qui, manipulant le droit de propriété dans les éprouvettes du droit civil tente d'obtenir cette lumière fiscale. Puisque c'est en ajoutant un élément que les atomes se réarrangent pour former de nouvelles molécules, il s'avère nécessaire de dresser, une liste périodique des réactifs fiscaux. ²⁹

Si cette liste n'est pas formellement dressée,³⁰ elle constitue pourtant le cœur de l'ingénierie patrimoniale. Ainsi que le remarque le Sénateur Marini dans son rapport d'information sur la fiscalité des mutations à titre gratuit de 2002,³¹ « *le cumul d'impositions élevées rend nécessaire le recours à l'expertise des professionnels que*

bénévolence) avant de devenir un impôt « sacrifice » dans lequel il existe une notion de contrainte d'obligation..

²⁷ Philosophe présocratique qui écrivit en 450 avant Jésus Christ « *Rien ne périt, mais des choses déjà existantes se combinent puis se séparent de nouveau* ».

²⁸ LAVOISIER Antoine, *Traité élémentaire de chimie*, TI, 1789, p.101 C'est de cette réflexion qu'est issu son célèbre adage selon lequel : « *Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* ».

²⁹ Il n'est cependant pas possible de dresser à la manière de Mendeleïev une table périodique des éléments fiscaux dans la mesure où, contrairement aux éléments chimiques qui sont marqués par une combinaison immuable, les éléments fiscaux sont susceptibles de modification au gré des interventions du Législateur.

³⁰ Contrairement à celle des niches fiscales : v. travaux parlementaires, Loi de finances pour 2011.

sont notamment les avocats fiscalistes et les notaires, lesquels ont développé un certain nombre de techniques permettant aux personnes détenant les patrimoines les plus importants de les transmettre avec des droits allégés ». Le sénateur Marini cite à cette occasion un certain nombre de techniques telles que le mécanisme de l'assurance-vie, le recours à des mécanismes relatifs au régime matrimonial, tels que la clause de préciput ou l'adoption de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au dernier survivant ou encore la technique du démembrement avant cession. Ces techniques portent à l'évidence sur le droit de propriété puisque le sénateur s'intéresse à l'optimisation des mutations à titre gratuit dont l'assiette est constituée par la valeur du droit et le fait générateur par son transfert. Il apparaît néanmoins que si les techniques d'optimisation du patrimoine existent, leur nombre est limité par les formes d'optimisation souhaitées par le législateur.

« Les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes » disait Portalis. Détourné de sa fonction originelle d'entretien de la force publique et des dépenses d'administration, l'impôt fut transformé en un mécanisme d'orientation des choix individuels.³² La fiscalité est ainsi devenue un instrument de politique économique³³ et

³¹ MARINI Philippe, Rapport d'information, n° 65 fait au nom de la Commission des Finances, sur la *fiscalité des mutations à titre gratuit*, 20 novembre 2002, p. 74

³² « Désormais, on assigne ouvertement à l'impôt la poursuite d'objectifs économiques : il s'agit de favoriser ou, au contraire, de décourager telle forme d'exploitation, telle opération, tel produit et plus généralement d'avoir une action sur la conjoncture ou même de transformer les structures économiques » in TIXIER Gilbert, GEST Guy, *Droit fiscal*, LGDJ, 1978, p. 2 s. ; La définition de l'impôt de Lucien Mehl tient compte de cette aspect incitatif de l'impôt : « L'impôt est une prestation pécuniaire, requise des personnes physiques ou morales de droit privé et éventuellement de droit public, d'après leurs facultés contributives, par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie déterminée, en vue de la couverture des charges publiques de l'Etat et des autres collectivités territoriales ou de l'intervention de la puissance publique. » in MEHL Lucien, *Science et technique fiscales*, Thémis 1959, T. I, p. 56 ; Selon Paul-Marie Gaudemet, l'objectif de l'impôt est essentiellement (mais pas uniquement) de couvrir les charges publiques, v. GAUDEMET Paul-Marie, *Finances publiques*, Montchrestien, 1970, t. 2, p. 82 ; « La fiscalité doit encourager l'activité économique, l'innovation et la prise de risque entrepreneurial qui sont le fondement du progrès social [...] Il y a souvent une confusion qui vicie le débat fiscal : pour beaucoup, et notamment en France, la fiscalité doit d'abord servir à punir tel ou tel groupe social, en fonction de ce qu'il est ou de ce qu'il représente. [...] La fiscalité n'est pas l'instrument d'une catharsis sociopolitique. Elle ne peut servir qu'à financer des dépenses publiques nécessaires à l'accomplissement individuel des citoyens » : SAINT-ETIENNE Christian, *Quelle réforme fiscale pour la France ? - Note pour l'Institut Montaigne*, 8 Mars 2011, p. 4

³³ Présentés comme des opportunistes par Philippe Malaurie, le législateur et l'administration fiscale cherchent ainsi à séduire les investisseurs de confession coranique représentant 7000 milliards de dollars d'épargne disponible : « Quand il s'agit de la famille ou de la personne (...) le droit français est inflexible pour défendre ce qu'il pense être les valeurs de l'occident », mais quand sont en cause des finances, la rigueur s'évanouit et se transforme en séduction », v. MALAURIE Philippe, *Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux*, JCP N, n°50, 17 décembre 2010, p. 6 s.

sociale, influençant les décisions des contribuables,³⁴ et conduisant par là même à un entassement de régimes fiscaux de faveur destinés à limiter les inconvénients nés d'une fiscalité trop pénalisante.³⁵ Le législateur a incité ainsi les contribuables à investir notamment dans les départements d'outre-mer, à capitaliser des petites et moyennes entreprises en période de crise moyennant une réduction d'IR³⁶ ou d'ISF³⁷. Ces orientations des investissements des contribuables ont des effets positifs remarquables mais l'utilisation de la fiscalité à des fins incitatives occasionne aussi des effets dommageables car elle stratifie les règles de droit et fait perdre à la loi son caractère général en cherchant à prévoir toutes les hypothèses. La pollution normative vient ainsi du fait que la fiscalité est interventionniste.

Ces orientations ouvrent néanmoins des possibilités aux contribuables qui utilisent ces moyens légaux pour réduire au minimum le montant d'impôt dû. La norme juridique se doit alors d'être prévisible pour permettre au contribuable de connaître le montant des impositions mises à sa charge et de passer des engagements en toute connaissance de cause. Or il apparaît que la norme fiscale est atteinte par un mouvement de modifications incessantes qui créent un risque d'insécurité juridique accentué par la rétroactivité fiscale.³⁸ En effet, si le législateur cherche à influencer les choix

³⁴ Tel est notamment le cas de la fiscalité environnementale ou des mécanismes d'incitations en faveur de l'épargne (PEA, PERCO ...)

³⁵ Tel est notamment le cas des réductions de droits de mutation à titre gratuit de l'article 790 du CGI pour transmission anticipée compensant la lourdeur des droits de succession. Cette réduction est conditionnée au respect des dispositions de l'article 931 du code civil qui imposent le caractère notarié de la donation (instruction du 26 février 1997, BOI 7 G-2-97). Par ailleurs les plus-values réalisées lors de la transmission à titre gratuit d'une entreprise individuelle peuvent ainsi bénéficier soit d'une exonération pour les petites entreprises (CGI art.151 septies), soit d'une exonération totale ou dégressive en cas de transmission à titre gratuit d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité (CGI art. 238 quinquies).

³⁶ CGI Art. 199 terdecies-0 A

³⁷ CGI Art. 885-0 V bis.

³⁸ « *Etrange système où l'investisseur est invité à investir dans l'ignorance de la règle fiscale qui lui sera applicable* » FOUQUET Olivier, *La rétroactivité des lois fiscales*, La revue administrative, 1994, p. 142 ; « *Pour déterminer la règle fiscale applicable aux revenus ou de l'exercice, le droit français se réfère au 31 décembre de l'année ou à la clôture de l'exercice. Dès lors, la personne physique ou la société qui exécute une opération sous un régime d'exonération ou de faveur, ne saura, en fait, si son opération peut bénéficier de ce régime qu'à la fin de l'année ou de l'exercice. Elles auront alors fait des opérations dans l'ignorance de la règle fiscale applicable. Bel exemple d'insécurité juridique !* » FOUQUET Olivier, *Complexité et instabilité de la loi fiscale, Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité*, Liber Amicorum Cyrille David, Paris, LGDJ, 2005, p. 8. ; « *L'insécurité juridique serait alimentée par un recours trop fréquent aux lois rétroactives* » PELLAS Jean-Raphaël, *Le principe de sécurité juridique en droit fiscal*, Études en l'honneur de Georges Dupuis, Paris, LGDJ, 1997, p. 262 ; « La rétroactivité de la loi fiscale vient ensuite de l'existence de lois de validation. La loi de validation se définit comme une loi qui revient sur une disposition fiscale afin de la mettre en conformité, rétroactivement, avec la position prise par l'Administration. Admettre les lois de validation, c'est renoncer à la prévisibilité du droit : l'entrepreneur

d'investissement des contribuables, il a aussi comme objectif de maximiser le rendement de l'impôt. Dès lors qu'il se rend compte qu'un mécanisme est trop incitatif, il le remet en cause totalement ou partiellement en raison de son coût sur les finances publiques.³⁹ Ainsi que le note Philippe Marini, cette justification n'étant pas avouable, le Législateur prétexte notamment que le dispositif était trop favorable à une catégorie de contribuables. La suppression ou la limitation de l'avantage est souvent rétroactive⁴⁰ ce qui peut fortement remettre en cause l'intérêt de l'opération ou du placement effectué par le contribuable. Cette limitation des avantages fiscaux offerts par le législateur est aussi le fait de l'administration fiscale qui profite parfois de la complexité et des lacunes des textes pour restreindre les avantages offerts par le législateur. L'administration fiscale a par exemple récemment précisé que les réductions d'impôt sur le revenu et d'ISF au titre de l'investissement dans des PME,⁴¹ ne pouvaient se cumuler au titre d'un même montant investi par le contribuable. Si cette règle de non-cumul des avantages fiscaux découlait du texte, la règle d'appréciation des versements effectués à compter du 1^{er} janvier 2011⁴² sur la base de la somme versée⁴³ par le redevable au capital de la société ou au titre de la souscription de parts de fonds concerné est moins évidente.

n'est plus en mesure de maîtriser ses droits et obligations sans craindre une ultime modification de la règle de droit. » FRAISSINIER-AMIOT Virginie, *Les entreprises face à l'insécurité juridique en matière fiscale : état des lieux (1re partie) - Une norme fiscale source d'insécurité juridique pour les entreprises*, Les nouvelles fiscales n°1064 15 mars 2011, p. 17 s. ; TUROT Jérôme, *Les lois fiscales rétroactives*, RJF 10/90, p. 665

³⁹ Tel fut par exemple le cas en fiscalité des groupes de l'amendement Charasse (de 1988) codifié à l'article 223 B alinéa 7 du CGI. La loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 nous livre un exemple plus récent. L'article 36 exclut rétroactivement au 29 septembre 2010 les investissements en photovoltaïque du bénéfice de l'article 199 undecies B (réduction d'impôt de 50% pour les particuliers réalisant un investissement productif en outre mer à travers une société de personne jusqu'au 31 décembre 2017). L'article 41 de la même loi diminue quant à lui le champ d'application du crédit d'impôt pour dépenses de recherche de l'article 244 quater B en raison de son impact jugé trop important sur les finances publiques.

⁴⁰ MARINI Philippe, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : Comment réduire le besoin d'optimisation fiscale*, in Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, étude n°105, mai 2002

⁴¹ Lesquelles ont conduit depuis la mise en place du dispositif à un investissement de plus de 1,1 milliard dans les fonds propres des entreprises françaises, v. Minefe communiqué, 21 juillet 2010

⁴² Instruction fiscale du 9 déc. 2010, BOI 7 S-8-10

⁴³ Instruction fiscale du 11 nov. 2010, BOI 7 S-7-10

On le sait, l'optimisation patrimoniale repose toujours sur une utilisation du droit de propriété. Le moyen utilisé pour façonner le droit de propriété influe sur les conséquences juridiques et fiscales. Cette instrumentalisation du droit de propriété à des fins fiscales répond-elle cependant à une règle générale ? Cette règle générale permet-elle de classer les éléments d'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ? Les réactifs fiscaux ne constituent que des mécanismes juridiques consistant soit en une déconstruction soit en une affectation du droit de propriété.

L'objet de notre travail se trouve ainsi naturellement tracé et ses frontières délimitées. Nous débuterons donc notre analyse en étudiant comment il est possible de déconstruire le droit de propriété tout en étudiant les conséquences fiscales de cette déconstruction. Nous comprendrons alors comment la fiscalité accorde un régime de faveur à la déconstruction du droit lui-même à travers l'instrument du *démembrement de propriété*.

Mécanisme bien connu des juristes et instrument privilégié de l'optimisation patrimoniale⁴⁴, le *démembrement de propriété* participe au meilleur rang de cette volonté de soumettre les concepts à l'ingéniosité des juristes. Mécanisme civiliste extrêmement performant, le terme de *démembrement de propriété* n'apparaît pourtant pas une fois dans le Code civil. Il s'agit en réalité d'un instrument schizophrène qui refuse de se nommer. Et pour cause ... La doctrine civiliste est partagée sur le sujet⁴⁵ et si pour une partie d'entre-elle, peu importe la dénomination, pourvu que les finalités soient remplies⁴⁶, pour l'école moderne⁴⁷, le terme *démembrement de propriété* est une

⁴⁴ LIBCHABER Rémy, *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p.369 : « *on en arrive aujourd'hui à devoir distinguer l'utilisation normale de l'usufruit asservie à des finalités familiales, d'un droit réel qui lui ressemble comme une ombre dans sa technique, mais non dans ses finalités : l'usufruit est aussi un moyen économique de démembrer les éléments du patrimoine, dans une perspective notamment fiscale* »

⁴⁵ KOURALEVA Polina, *L'usufruit, démembrement du droit de propriété*, Petites affiches, 19 juin 2009, n° 122, p.6

⁴⁶ TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*. 7^{ème} édition, précis Dalloz 2006, p.683

⁴⁷ REVET Thierry et ZENATI-CASTAING Frédéric, *Les biens*, PUF 3^{ème} édition 2008 ; « *La vieille théorie du démembrement est aussi absurde que celle de l'usufruit causal, nous disent des auteurs italiens ; les comparatistes la trouvent si rudimentaire qu'il nous demande de l'oublier pour comprendre le trust.* » : BOUDOT Michel, *L'image du « démembrement » dans la doctrine française*, conférence prononcée aux Quarte giornate di studio roma tre – Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, Rome, 16 et 17 juin 2006 ; Revue « *jurisprudence – revue critique* », éd. Université de Savoie, mars 2010

hérésie juridique.⁴⁸ Le débat est tout à fait remarquable et les arguments des parties convaincants, pour autant, force est de constater que la pratique, peu sujette aux controverses doctrinales, a pris le parti simplificateur d'utiliser ce terme.

Selon le Professeur Cozian, le droit fiscal n'est ni plus autonome⁴⁹ ni plus réaliste⁵⁰ que les autres branches du droit.⁵¹ Aussi envisage-t-il la fiscalité comme un droit de « *superposition qui s'appuie nécessairement sur des réalités juridiques qui lui sont extérieures* »⁵². La fiscalité frappe en effet des activités civiles ou commerciales, elle impose des propriétés ou des mutations de propriété, des personnes physiques et des personnes morales. Existe-t-il une notion fiscale de la société, du commerçant, de la famille ou de la propriété qui serait autonome par rapport aux concepts juridiques correspondants ? A cette interrogation, Maurice Cozian répond de manière négative. Mais si son argumentation est sans appel concernant l'autonomie du droit fiscal par rapport à des concepts juridiques, le droit fiscal se démarque du droit civil et ose nommer le *démembrement de propriété*, le Code Général des Impôts comprenant de nombreux articles traitant du démembrement.

L'immense majorité des praticiens parle effectivement de *démembrement de propriété*, mais ici encore, l'absence de définition civile de l'instrument jette un flou sur l'étendue de la notion. Les juristes, habituellement précis, semblent perdus en l'absence de définition légale. Aussi, certains ne voient dans le *démembrement de*

⁴⁸ Deux raisons justifient cependant la résistance de la théorie du démembrement : tout d'abord, la propriété, conçue comme un droit naturel est nécessairement envisagée comme une propriété individuelle, la théorie d'Aubry et Rau ensuite limite la libre création des droits réels.

⁴⁹ « *C'est un fait que, sur bien des points, la loi fiscale a posé des règles de droit qui méconnaissent délibérément les dispositions du droit privé. En dehors de la loi, il est remarquable d'autre part, de voir la jurisprudence s'affranchir également, en matière fiscale, des règles du droit privé : elle qualifie certains meubles d'« immeubles » ; elle considère comme revenu ce que l'on appelle « capital » dans les rapports régis par le Code civil ; elle appelle commerçants des personnes qui n'ont pas cette qualité d'après le code de commerce ; elle reconnaît l'existence d'activités ou de personnes morales que le droit privé n'admet pas* » in TROTABAS Louis & COTTERET Jean-Marie, *Droit fiscal*, Précis Dalloz, 1973, p. 13s.

⁵⁰ Issu du principe de « *substance over form* » reconnu par la norme n°1 de l'IASC (« *Transactions and other events should be accounted for and presented in accordance with their substance and financial reality and not merely with their legal form* »), les principes de sincérité comptable et d'image fidèle conduisent effectivement le droit comptable à retenir une vision réaliste et à privilégier la réalité économique d'une opération à son apparence juridique.

⁵¹ COZIAN Maurice, *Grands principes de la fiscalité des entreprises - L'autonomie et le réalisme du droit fiscal*, Litec 1983 ; « *Ce mage de la fiscalité [...] stigmatise ceux qui se « gargarisent » avec l'autonomie du droit fiscal ou affirment son réalisme* », GAUDEMONT Paul-Marie, RIDC, 1984, Vol. 36, n°2, p. 431 s

propriété que la séparation de l'usufruit et de la nue-propriété et d'autres considèrent à raison que le *démembrement de propriété* recouvre une réalité bien plus vaste. En effet, démembrer la propriété, ne résulte pas que d'une séparation opposant les titulaires de l'*usus* et du *fructus* à ceux de l'*abusus*. Le trust par exemple constitue un *démembrement de propriété*⁵³ dont l'étendue est fixée dans l'acte constitutif⁵⁴ mais aussi une affectation. La qualité de propriétaire telle qu'elle est définie à l'article 544 du Code civil ne permet pas de définir si le propriétaire des actifs d'un trust est le titulaire du *legal ownership* ou celui de l'*equitable ownership*. Le trust est une institution dénuée de la personnalité morale qui peut être constituée du vivant du « *settlor* » ou à son décès, il peut être révocable ou irrévocable, simple ou discrétionnaire, et les effets juridiques et fiscaux dépendent de l'étendue de ce *démembrement de propriété*⁵⁵. Là où les critères d'assujettissement à l'impôt sont stricts en présence d'un *démembrement de propriété* français, le critère est plus emprunt de subjectivisme en matière de *démembrement de propriété* de droit étranger produisant des effets juridiques en France. En effet, « *il appartient à chaque trust de définir celui qui est détenteur réel des droits sur l'immeuble. Il s'agit là d'une liberté pleine d'opportunisme, puisque le trust représente un démembrement de la propriété* »⁵⁶. C'est la séparation des prérogatives que confère le droit de propriété qui fonde les *jus in re aliena* tels que le démembrement et cette séparation ne connaît comme limite que l'imagination des juristes. En effet, « *la liberté de création des droits réels* » par l'autonomie de la volonté proclamée par l'arrêt Caquelard⁵⁷ permet, contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine,⁵⁸ d'aménager différemment au

⁵² COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, 31^{ème} édition, p. 6

⁵³ BLANLUET Gauthier & LE GALL Jean-Pierre, *Biens détenus dans un trust : inclusion dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune si le constituant peut être considéré comme ayant un droit de jouissance et de disposition*, Droit fiscal n°24, 11 juin 2009, comm. 365

⁵⁴ PIERRE Jean-Luc, *Assujettissement à l'impôt de solidarité sur la fortune du constituant et du bénéficiaire d'un trust*, Droit des sociétés n°6, juin 2009, comm. 130

⁵⁵ FAUCHER Daniel, *Chronique de fiscalité du patrimoine – avril 2009*, Lexbase hebdo n°346, 16 avril 2009

⁵⁶ CARPON Muriel & MICOLAU Guillaume, *Cadres et dirigeants : la France de plus en plus attractive*, La revue fiscale notariale n°11, novembre 2008, étude 17

⁵⁷ Req. 13 février 1834, *Caquelard* ; CAPITANT Henri, TERRE François & LEQUELLE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, p.311

⁵⁸ DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code Napoléon*, T. IX, 2^{ème} éd. Hachette, 1861, n°519 : « *Nous concluons que l'article 543 est limitatif et qu'en conséquence les droits que les parties peuvent établir sur les biens doivent nécessairement toujours pouvoir être ramenés à l'une de ces trois classes : soit à un droit de*

Code Civil les pouvoirs sur une chose et ce dans la limite naturelle de la propriété.⁵⁹ Ainsi que le remarquent les juges, les « *articles 544, 546 et 552 du Code civil, sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs* ». Il est ainsi possible de s'abstraire des modèles de droits réels proposés par le Code dans la mesure où aucun texte n'exclut effectivement les « *modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible* ».

Si la théorie juridique permet ainsi une multitude de décompositions des droits réels, force est de reconnaître la justesse des propos de Ripert⁶⁰ pour qui la faiblesse de cette faculté est limitée par la difficulté de l'opération. Et pourtant, un certain nombre de décompositions de propriété de ce type ont prospéré au cours du XIX^{ème} siècle tels que les droits d'assec et d'évolage⁶¹ ou le droit de bandite.⁶² Les divisions en volume⁶³ des immeubles bâtis constituent une maigre résurgence de ces pratiques. La majorité des praticiens ne voit pourtant dans le *démembrement de propriété* que la possibilité de séparer l'usufruit de la nue-propriété, aussi, nous alignerons-nous ici sur la pratique par mesure de simplification à l'occasion de cette étude en étudiant le *démembrement de propriété* à travers le prisme de la dissociation de l'usufruit et de la nue-propriété.

propriété, soit à un droit de jouissance, c'est-à-dire d'usufruit, d'usage ou d'habitation, soit enfin à des services fonciers. C'est dans ce cercle que la liberté des conventions et des dispositions doit se mouvoir. » Pour CARBONNIER l'opinion contraire serait « contre-révolutionnaire » ; Pour d'autres encore, cette limitation dans la création des droits réels justifie le fait que le trust ne puisse être « *naturalisé français* », v. WATERS Donovan, FORTIN Guy, KHAIRALLAH Georges, DOUVIER Pierre-Jean, *Régime du trust en droit français*, Dossier Francis Lefebvre, 2011, n°41

⁵⁹ ANTONMATTEI Paul-Henri & RAYNARD Jacques, *Droit civil – Contrats spéciaux*, Litec 6^{ème} éd, 2008 p. 129

⁶⁰ RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, « Les biens », 2^{ème} éd. LGDJ, Paris 1952, n°48 : « *Mais cette séparation de nouveaux droits réels par la volonté de l'homme se heurte à deux obstacles juridiques qui la rendent en fait extrêmement rare* »

⁶¹ Pratique de jouissance alternée d'un étang en vertu de laquelle le titulaire de l'évolage recueillait les produits de la pêche tandis que le titulaire de l'assec bénéficiait des produits de la culture lorsque l'étang était asséché. V. Civ. 5 juillet 1848, op. cit. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*

⁶² Droit de jouissance hivernal de certains pâturages niçois au profit du titulaire du droit de bandite : le bandiote

⁶³ Division d'immeubles en volumes géométriques sans existence de parties communes (remplacées par de multiples servitudes), v. TERRE François & SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2002, p. 691 s.

La répartition des prérogatives du droit de propriété entre différents titulaires à l'occasion de la création d'un usufruit sur un bien conduit en quelque sorte à suspendre les droits du nu-propiétaire sur l'objet du démembrement. Si le code civil précise qu'à l'occasion d'un *démembrement de propriété*, l'usufruitier a le droit de jouir d'un bien dont « un autre a la propriété »⁶⁴, il apparaît que le droit de propriété ne saurait appartenir à cet usufruitier. Par conséquent, ce droit appartient au nu-propiétaire. La nature du droit de propriété ne semble pas atteinte par cette mutation. Il s'agit là d'un droit tout à fait particulier puisque les prérogatives sur le bien sont partagées sans que le droit lui-même fasse l'objet d'un partage, partage à l'issue duquel apparaissent deux droits concurrents sur un même bien, d'inégale utilité et dont le véritable propriétaire est le moins bien doté⁶⁵. C'est cette étrangeté qui a poussé certains auteurs à voir dans l'établissement de l'usufruit une diminution de la propriété conduisant à une paralysie temporaire de ce droit⁶⁶ ; d'autres à distinguer le bénéficiaire de la propriété de son dédicataire⁶⁷ ; d'autres encore à reconnaître la qualité de *propriétaire actuel, mais temporaire à l'usufruitier et de propriétaire futur au nu-propiétaire*⁶⁸ ; d'autres à admettre qu'un propriétaire puisse être privé de ses droits sans que le droit lui-même en soit affecté⁶⁹ ; d'autres enfin à dissocier la propriété économique de la propriété juridique⁷⁰. Cette analyse est particulièrement intéressante puisqu'elle redécouvre indirectement la conception féodale de la propriété. En effet, sous la féodalité, la propriété était entravée et sur les tenures nobles ou roturières se superposaient les droits du seigneur concédant, titulaire du domaine éminent et ceux du tenancier, titulaire du domaine utile⁷¹. Par chrono morphisme on pourrait assimiler le propriétaire économique (usufruitier) au titulaire du domaine utile tandis que le propriétaire juridique (nu-propiétaire) serait assimilable au titulaire du domaine éminent.

⁶⁴ Art. 578 du Code civil

⁶⁵ AULAGNIER Jean, « à quoi sert de posséder si ce n'est de jouir » - *Démembrement de propriété : 20 ans d'évolution, Droit et patrimoine*, n°167, février 2008, p.46 s.

⁶⁶ « Parce que l'usufruit diminue la propriété sur une chose et qu'il la transforme en nue-propiété, il la détruit provisoirement » LARROUMET Christian, *Droit civil, T. II, Les biens.*, PUF 2004, n°454, p.258

⁶⁷ ATIAS Christian, *Droit civil, Les biens*, Litec 2007, p. 155

⁶⁸ KOURALEVA Polina, *L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?* Petites affiches 19 juin 2009, n°122, p. 6

⁶⁹ REVET Thierry & ZENATI CASTAING Frédéric, *Les biens*, PUF, 3^{ème} édition, 2008, p. 264 s.

⁷⁰ BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit français*, LGDJ, 1999, p. 400 s.

Loin d'être l'apanage « *des vieilles femmes aux mains inexpertes* » selon la célèbre formule du doyen Carbonnier, l'usufruit que l'on jugeait encore agonisant il y a vingt ans connaît une renaissance prodigieuse, s'inscrivant de plus en plus souvent dans des montages complexes inspirés par une économie d'impôt ainsi que le remarque le Professeur Renaud Mortier. « *Longtemps subi et non voulu, l'usufruit impulse désormais de nombreuses stratégies patrimoniales, grâce à la dissociation temporaire qu'il consacre entre la propriété (nue-propriété) et ses utilités (usufruit), et ce en franchise de taxation à terme* ». ⁷²

Cette renaissance somme toute assez récente au regard de l'histoire de l'instrument est due tant à sa fonction de prévoyance économique au profit du conjoint survivant qu'à la politique fiscale d'encouragement aux donations ⁷³ qui a conduit à une multiplication des donations avec réserve d'usufruit, contrepoids nécessaire au dessaisissement du donateur. « *Ceci constitue une véritable petite révolution juridique, par référence à la conception isolationniste du Code civil dans laquelle le couple usufruitier / nu-propriétaire est au contraire placé sous le signe d'une rivalité d'intérêts* ». ⁷⁴ L'usufruit a ainsi évolué dans le sens d'un mécanisme consensuel accompagné d'un déplacement de la charge de l'impôt du nu propriétaire vers l'usufruitier ou d'un fractionnement de la base imposable devenant une technique sophistiquée souvent gage de la performance de la gestion de la transmission successorale. ⁷⁵ Mais ce renouveau est aussi dû à une nouvelle forme d'optimisation patrimoniale misant sur l'utilisation de l'instrument juridique comme un levier économique, financier et fiscal.

⁷¹ RENAULT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, 2004, p.5

⁷² MORTIER Renaud, *1990-2010 : les dates clés des stratégies de démembrement de propriété*, La Revue Fiscale Notariale n°10, octobre 2010, dossier 3

⁷³ L'évolution des montants d'abattements en ligne directe en cas de donation sur une période de 3 ans en est l'exemple le plus probant. S'élevant à 50 000€ à compter du 1^{er} janvier 2005 (auparavant 46 000€), passé à 150 000€ grâce à la **loi n°2007-1223 du 21 août 2007 dite loi TEPA**, l'abattement s'élève désormais à 156 359 € pour 2009 ainsi que le précise l'article 779 I du Code général des impôts, v. Instruction fiscale du 6 février 2009, BOI 7-G-1-09

⁷⁴ GRILLET-PONTON Dominique, *La famille et le fisc*, PUF, 1998, p. 70

⁷⁵ DELOT Druon, *La fiscalité personnelle des dirigeants d'entreprise*, LGDJ, 2003, p. 207

L'étude de la déconstruction ne se limitera pas à la seule possibilité de fractionnement du droit de propriété. Si l'on peut en effet fractionner le droit lui-même, il est aussi possible de fractionner sa valeur. Dès lors que le droit de propriété constitue l'assiette de l'impôt, il est en effet tentant de chercher à diviser cette assiette afin de réduire l'étendue des droits. Le droit fiscal français étant fondé sur une relation de collaboration entre l'administration et le contribuable, il appartient à ce dernier de lui fournir les éléments permettant le calcul de l'impôt. Et c'est justement sur la valeur des éléments portés à la connaissance de l'administration que le contribuable peut intervenir. Il est ainsi tout aussi intéressant de modifier la valeur de l'assiette en déconstruisant celle-ci.

L'évaluation fiscale constitue une étape indispensable de toute stratégie patrimoniale mais il s'agit d'une étape des plus complexes redoutée tant par l'administration fiscale que par les ingénieurs patrimoniaux. La difficulté réside tout d'abord dans l'absence de définition de la valeur en droit fiscal.⁷⁶ A cette lacune s'ajoute la multiplicité et la complexité des méthodes d'évaluation. Si certaines sont relativement simples à l'image de l'évaluation au moyen de l'actif net réévalué, d'autres méthodes n'ont que l'apparence de la simplicité. La valeur de rendement d'un bien est ainsi une méthode simple au premier abord mais qui peut poser de multiples difficultés en raison notamment du choix du taux de rendement ou de la méthodologie de calcul⁷⁷ et de l'absence de caractère contraignant du guide d'évaluation de l'administration fiscale. Cette opération est encore rendue complexe par la multiplicité des types de biens objets d'évaluation et leur possible absence de comparables. Cette complexité est enfin due à la possible prise en compte de facteurs juridiques, économiques ou factuels permettant de pratiquer une décote.

Notre étude nous amènera ainsi à étudier les méthodes permettant de déconstruire la valeur du droit de propriété, ainsi qu'à dresser une typologie des facteurs de décote. Cette étape nous mènera enfin à nous intéresser à une forme d'instrumentalisation par déconstruction de la valeur d'un droit lui-même déconstruit.

⁷⁶ PONTES VIEIRA Iure, *La valeur en droit fiscal et douanier*, Thèse Paris II, 2010

⁷⁷ *Price Earning Ratio*, Evaluation par les dividendes au moyen du modèle de Gordon Shapiro ou du modèle de Bates

Dans une seconde partie, nous nous intéresserons à la seconde forme d'instrumentalisation du droit de propriété qu'est l'affectation. Nous comprendrons à cette occasion que l'affectation dont le droit de propriété peut faire l'objet peut être une affectation dans une structure dédiée. Nous verrons que le fait de loger le droit de propriété dans une structure disposant ou non de la personnalité est de nature à influencer sur son traitement fiscal. Il apparaît que cette voie d'optimisation fiscale du patrimoine a fortement évolué avec l'introduction en droit français du patrimoine d'affectation. On distinguera de ce fait les instruments juridiques susceptibles d'accueillir le droit de propriété selon que le véhicule dispose ou non de la personnalité.

On s'intéressera enfin à une dernière forme d'affectation conduisant à affecter le bien géographiquement ou temporellement. Certains mécanismes réduisant dans le temps la jouissance que permet le droit de propriété sont compensés par un traitement fiscal de faveur que nous étudierons à travers des mécanismes tels que les engagements de conservation ou les attributions de droits de souscription.

L'affectation peut enfin être géographique et consiste à déplacer l'objet ou le sujet du droit de propriété afin de bénéficier du traitement fiscal le plus doux. Nous étudierons à cette occasion les facteurs géographiques susceptibles d'influencer le traitement fiscal, mais il est utile de préciser dès à présent que les avantages offerts par les mécanismes d'optimisation fiscale voulus par le législateur sont fortement réduits par l'insécurité juridique qui y est associée. Les contribuables se sont alors naturellement tournés vers des voies d'optimisation aux rendements fiscaux plus élevés, moins sujets à modification : l'optimisation fiscale de l'espace que nous n'étudierons que sous l'angle de l'instrumentalisation. Si la gestion fiscale de l'espace⁷⁸ permet de tirer profit de zones fiscalement favorisées sur le territoire national telles que les zones franches,⁷⁹ le bénéfice fiscal offert par ces zones constitue un mécanisme d'orientation des choix soumis à la volonté fluctuante du Législateur. Or, les contribuables désireux de

⁷⁸ RACINE Pierre-François, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : Le regard du magistrat administratif*, in Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, étude n°103, mai 2002

⁷⁹ Telles que les zones de redynamisation urbaine ou les zones franches urbaines de l'article 231 ter du CGI

minimiser leur *honorable devoir*⁸⁰ disposent au-delà des mécanismes d'incitations de la possibilité d'échapper temporairement, définitivement ou partiellement à l'impôt en se plaçant sous une souveraineté fiscale plus favorable. Ce désir irrésistible de nomadisme⁸¹ confirme les prédictions de Jean-Baptiste Say⁸² ou plus récemment d'Arthur Laffer⁸³ pour qui l'excès de pression fiscale constitue le terreau de réactions contreproductives émanant du contribuable. Ces réactions peuvent tout d'abord s'exprimer par la passivité du contribuable qui juge que le rapport gain / travail / prélèvement n'est plus optimal au-delà d'un certain seuil. Cette réaction peut d'autre part s'exprimer par une résistance à l'impôt pouvant se traduire par une révolte plus ou moins violente ou par une fuite. Il apparaît à cet égard que les révoltes fiscales, assez fréquentes au Moyen-âge⁸⁴ se sont peu à peu espacées dans l'Histoire fiscale française tout en perdant de leur virulence⁸⁵ et la récente proposition de « *révolution fiscale* » de Thomas Piketty participe de ce déclin.⁸⁶ Il semble que les contribuables plus capons mais aussi plus rusés que leurs parents aient délaissé l'opposition frontale au profit d'un exode fiscal réfléchi.

« *L'impôt sur le revenu agit comme le mors, l'impôt sur le capital comme l'éperon.* ».⁸⁷
Si le terme d'exode peut sembler à première vue abusif dans la mesure où le nombre

⁸⁰ Constitution de 1793

⁸¹ ROBERT Eric, *Les nomades fiscaux contre les sédentaires fiscaux*, 15èmes universités fiscales européennes de printemps, avril 2008

⁸² « *Un impôt exagéré détruit la base sur laquelle il porte ; il la détruit, soit qu'il soit assis sur des objets de nécessité, ou bien sur des objets de luxe : avec cette seule différence que sur ces derniers, il supprime, avec une portion de la matière imposable, la jouissance qui pouvait résulter de sa consommation ; et qu'assis sur des objets indispensables, il supprime le contribuable en même temps que la consommation* » Jean-Baptiste SAY in *Traité d'économie politique* Livre troisième, Chapitre IX, 1803

⁸³ La pression fiscale augmente corrélativement aux recettes de l'Etat jusqu'à atteindre un optimum à partir duquel les recettes diminuent par suite d'une réduction de l'incitation au travail, à l'activité, à l'investissement ou à l'épargne.

⁸⁴ Révolte des Maillotins à Paris en 1382, Révolte des Tuchins en Languedoc entre 1381 et 1384, Révolte de la Harelle à Rouen en 1382 (contre le rétablissement de contributions indirecte), révolte du Roure en Languedoc en 1670 en opposition à la création de nouveaux impôts, révolte des bonnets rouges en Bretagne en 1675 en opposition à une taxe sur les papiers imprimés et sur l'étain.

⁸⁵ La France n'a en effet connu que deux révoltes fiscales au XXème siècle, la « *révolte* » poujadiste en 1953, et la « *révolte* » de Gérard Nicoud dans les années 1970

⁸⁶ PIKETTY Thomas, LANDAIS Camille, SAEZ Emmanuel, *Pour une révolution fiscale – Un impôt sur le revenu pour le XXIème siècle*, Editions du Seuil, Janvier 2011.

⁸⁷ DE GIRARDIN Émile, *Le Socialisme et l'Impôt*. Cité par PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n°14, 5 Avril 2007, 368

d'exilés assujettis à l'ISF⁸⁸ n'avoisinaient « que » 360 foyers par an en 2003,⁸⁹ ce vocable perd de sa démesure si l'on tient compte du fait de leur augmentation, présentée dans le tableau ci-après,⁹⁰ et de leur conséquence en terme de base imposable.⁹¹ Ces exils fiscaux auraient ainsi conduit à une perte nette de recettes d'ISF s'élevant à 130 millions d'euros⁹² et à une perte de base imposable de 16 milliards d'euros pour la période allant de 1997 à 2007. Les bases imposables à l'ISF ne représentant qu'entre 50 % à 100 % des capitaux délocalisés de sorte que ces capitaux sont estimés par la Commission des finances du Sénat entre 24 et 32 milliards d'euros.⁹³

| | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|-------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Nombre de départ | 384 | 383 | 368 | 568 | 666 | 843 | 719 | 821 |

Ces chiffres sont vraisemblablement fortement sous-évalués⁹⁴ car ils souffrent d'une erreur méthodologique : la méconnaissance du profil des « *anachorètes fiscaux* ». En

⁸⁸ Ces données ne permettent pas d'établir à elles seules les raisons qui ont motivé ces départs ; v. Rép. Min. Morel-A-L'Huissier, n°30313, JO AN Q 1^{er} juillet 2010, p. 1697

⁸⁹ MARINI Philippe, Débats sur l'article 26 bis de la loi sur l'initiative économique, Sénat Débats 27 mars 2003

⁹⁰ Rapport de l'Union SNUI SUD Trésor Solidaires sur les expatriations fiscales, « *ISF, bouclier fiscal : les expatriations au cœur du débat fiscal* », octobre 2010, p. 5 ; Commission des finances du Sénat, rapport du Conseil des prélèvements obligatoires sur « *Le patrimoine des Ménages ; Conseil des prélèvements obligatoires, Le patrimoine des ménages, mars 2009, p. 89 s.* ; PERROTIN Frédérique, *ISF, bouclier fiscal: les expatriations au cœur du débat fiscal*, Petites affiches, 8 novembre 2010 - n°222, p. 3 s.

⁹¹ « *C'est ainsi que les expatriations très médiatisées de grandes fortunes françaises, autant que la cession, également imputable à l'impact de l'ISF de joyaux de l'industrie nationale à des capitaux étrangers, ont fait émerger des problématiques nouvelles. Le dernier exemple en date étant l'affaire Taittinger. Méditer la morale de l'histoire, donnée par un des protagonistes de l'offre, M. Albert Frère, qui confessait benoîtement : « L'ISF est un impôt formidable qui a permis aux Américains de mettre la main sur le groupe Taittinger et à moi d'augmenter ma fortune. »* : PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n° 14, 5 Avril 2007, 368,, note 5

⁹² Le coût de la dépense fiscale liée à l'ISF s'élevait à plus de 900 millions d'euros pour 2010, v. Rapport de Jérôme Chartier, *Réflexions pour une convergence fiscale franco-allemande*, janvier 2011, p. 97

⁹³ Compte rendu de la Commission des finances du Sénat, 14 février 2007 ; Sénat communiqué de presse du 14 février 2007, *La commission des finances examine les dernières données disponibles en matière d'ISF et de délocalisations fiscales*

⁹⁴ Selon certaines estimations, les capitaux sortis de France sont très largement sous-estimés par les services de ministère de l'Économie et s'élèveraient approximativement à 200 milliards d'euros (de 1997 à 2007). Le manque à gagner (tous impôts confondus) pour le Trésor s'établirait ainsi à près de 7 milliards d'euros par an (en 2007) soit deux près de fois le produit de l'impôt, v. PICHET Eric, préc. L'actualisation des résultats de cette étude laisserait apparaître un transfert de base imposable de 250 milliards d'euros de (1997 à 2011) et manque à gagner annuel pour le Trésor s'élevant à près de 9 milliards d'euros par an. V. BRUNEAU Philippe, *Fiscalité du patrimoine : un dispositif à bout de souffle*, in *Fiscalité et croissance*, PUF, avril 2011, p. 89.

effet, de nombreux contribuables s'expatrient tant pour éviter l'impôt sur les plus-values que l'ISF. Certains chefs d'entreprises non assujettis à l'ISF en raison de l'exonération des biens professionnels, et de ce fait non comptabilisés dans ces estimations, quittent la France pour céder leur société en franchise d'impôt sur les plus-values. Ces derniers s'installant par la suite à l'étranger pour éviter l'ISF. Il est vraisemblable que ce type de situation s'est amplifié depuis la suppression de *l'exit tax*.

Ce terme d'exode prend enfin tout son sens si l'on accepte l'idée que les mécanismes d'optimisation fiscale de l'espace constituent des exils fiscaux. En effet, les montages de treaty shopping⁹⁵ ou les conventions de cash pooling,⁹⁶ constituent l'exemple même de fuites légales s'apparentant à des exils fiscaux partiels aux conséquences dont l'évaluation est rendue irréalisable tant la complexité de ces montages est grande.

La manipulation du critère géographique à des fins de diminution de la facture fiscale est un procédé dont l'intérêt financier est incontestable mais qui comporte des risques relativement importants dans la mesure où le spectre de la fraude n'est jamais très loin. En effet qu'il s'agisse de simples dépôts de sommes sur un compte enregistré dans les livres d'un établissement financier situé dans un Etat garantissant le secret bancaire⁹⁷ ou qu'il s'agisse de montages plus complexes tels que les « *rent a star systems* »,⁹⁸ la manipulation du critère géographique est souvent synonyme d'évasion fiscale et présente de ce fait un risque élevé. Certains contribuables sont cependant disposés à

⁹⁵ Sous réserve des cas manifeste de fraude à la convention v. Conseil d'Etat, 29 décembre 2006, n°283314, *Bank of Scotland*, note. MEIER Eric, TORLET Régis, *Requalification d'un contrat constitutif d'une fraude à la convention fiscale franco-britannique*, La Semaine Juridique – Entreprise, 3 mai 2007 ; Comp. En matière de crédits d'impôt obtenus par le jeu de la convention Franco-italienne, Conseil d'Etat, 24 mai 2000, n°209699 & 209891, *CRCAM Normand*

⁹⁶ Systèmes de gestion centralisée de trésorerie permettent à une filiale située dans un Etat à fiscalité douce, et dotée d'importantes liquidités et d'une substance fiscale (Sous peine d'application de l'article 209 B du CGI) d'accorder des prêts à d'autres filiales du groupe moyennant des intérêts faiblement taxés.

⁹⁷ Ces Etats ont vocation à disparaître en Europe. En effet, à compter de 2013, les Etats membres de l'Union Européenne ne pourront plus opposer le secret bancaire pour faire échec à une demande d'information en matière fiscale émanant d'un autre Etat membre : Directive n°2011/16/UE du Conseil 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, JO UE 11 mars 2011. Les règles posées par la directive concernent tous les impôts et taxes à l'exception de la TVA, des droits de douanes et des cotisations sociales (article 2 de la directive).

⁹⁸ Montages fondés sur la création d'une société étrangère établie à l'étranger qui rémunère à l'étranger les prestations réalisées en France par des artistes domiciliés à l'étranger. Nous étudierons ces montages au cours de notre exposé.

appliquer la loi de Bernoulli en vertu de laquelle les investisseurs ne sont prêts à prendre un risque que si celui-ci est compensé par un rendement élevé.

Le mode de résistance à l'impôt le plus radical est à l'évidence constitué par l'exil fiscal. Or plus encore que pour les autres choix fiscaux ouverts aux contribuables, le gain attendu de cette expatriation ne saurait être le seul critère de décision.⁹⁹

L'exil fiscal implique un tel changement que le projet est souvent abandonné par les contribuables personnes physiques. En effet, les règles de l'article 4B combinés aux critères conventionnels de résidence imposent systématiquement aux candidats à l'exil fiscal la clôture de leurs comptes bancaires français, la liquidation de leurs immeubles et l'émigration avec leurs familles.¹⁰⁰ Le non respect de ces précautions pourrait en effet permettre à l'administration fiscale française de remettre en cause la réalité du transfert de la résidence fiscale¹⁰¹ des contribuables inattentifs ou sentimentaux qui auraient souhaité conserver une propriété familiale¹⁰² en vue d'y séjourner le temps des vacances.

Il existe par ailleurs un élément qui, au-delà de l'attachement du contribuable pour son pays, est de nature à empêcher son exode.¹⁰³ La fixité du lien unissant la source de revenus du contribuable à un Etat est en effet de nature à fermer à celui-ci la voie de l'exil fiscal dans la mesure où le déracinement de son lieu de résidence fait disparaître sa source de revenus, soit que cette source doive être vendue pour éviter tout conflit de résidence, soit que cette source soit immuable. En pratique, cette voie de résistance est fermée aux contribuables dont les modes de subsistances sont liés par nature au territoire français. Tel est ainsi le cas des agriculteurs qui ne peuvent s'exiler fiscalement qu'à la condition de vendre leurs terres perdant ainsi leur source de revenus ou encore celui de nombre de professions libérales dont la clientèle est

⁹⁹ V. en ce sens 22^{ème} rapport du Conseil des Impôts, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, 2004, p. 134 s.
100CAA Lyon, 26 janvier 2006, n° 01-599, *Tolou Hashemi*

¹⁰¹ Ce qui conduirait à une imposition des revenus de ces contribuables par application du principe de mondialité de l'IR.

¹⁰² Conseil d'Etat, 8 octobre 1990, n° 75436, *Walter*

naturellement attachée à une localisation géographique. L'imposition du patrimoine immobile est la seule voie ouverte au législateur en période de crise économique puisqu'en de telles occasions, les rendements des impositions sur les valeurs mobilières est structurellement faible.¹⁰⁴ Le Législateur procède alors fréquemment à un recentrage de la fiscalité sur les « *sédentaires fiscaux* » en imposant plus fortement encore leur capital immobile et les revenus de leur capital immobile. Le rapport Chartier de janvier 2011¹⁰⁵ est exemplaire à cet égard en ce qu'il préconise un alourdissement de la fiscalité pesant sur la résidence principale.

Ce recentrage de la fiscalité sur les éléments immobiliers du patrimoine en période de crise économique constitue un frein à la mobilité géographique dans la mesure où il sanctionne la détention et la cession de droits réels immobiliers. L'objectif de rendement de l'impôt doit cependant être nuancé ainsi que l'a précisé le centre d'analyse stratégique¹⁰⁶ selon lequel la fluidité du marché immobilier constitue un déterminant du taux de chômage structurel. Cette étude remarque qu'il « *existe un lien fort entre statut d'occupation du logement, mobilité géographique et performance du marché du travail : un marché du logement fluide pourrait être un déterminant non négligeable du taux de chômage structurel dans les économies développées* » et préconise une réduction des impositions frappant les logements.

Le choix de l'expatriation est enfin restreint par le développement de mécanismes de protection de la souveraineté fiscale. Ainsi des mécanismes visent à dissuader les

¹⁰³ Ce qui rejoint la distinction opérée entre la « base immobile » et la « base mobile », v. Rapport de l'Union SNUI SUD Trésor Solidaires sur les expatriations fiscales, « *ISF, bouclier fiscal : les expatriations au cœur du débat fiscal* », octobre 2010, p. 11 s.

¹⁰⁴ Cette faiblesse du rendement est due à la faiblesse du montant des cessions de ces droits (les produits de cession présentent en effet moins de plus-values taxables), mais aussi à la faiblesse des fruits de ces droits (les dividendes versés sont faibles), et enfin à la faiblesse de la valeur de ces droits (la valorisation boursière des sociétés diminuant, la valeur des titres imposables au titre de l'imposition sur le patrimoine diminuent d'autant)

¹⁰⁵ Rapport de Jérôme Chartier, *Réflexions pour une convergence fiscale franco-allemande*, janvier 2011, p. 98

¹⁰⁶ Centre d'analyse stratégique, *Favoriser la mobilité résidentielle en modifiant la fiscalité du logement*, note d'analyse n°196, octobre 2010, p.1 ; JCP N, n°42, 22 octobre 2010, p. 9

particuliers¹⁰⁷ et les entreprises françaises soit de délocaliser leurs bénéfices, soit par le biais d'une localisation directe desdits bénéfices¹⁰⁸ à l'étranger, soit en usant des mécanismes de prix de transfert¹⁰⁹ au bénéfice de filiales situées à l'étranger, soit enfin en jouant sur les charges de la société.¹¹⁰ Les voies de résistance à l'impôt demeurant à la disposition des contribuables sont ainsi limitées à l'exil ou à une modification de l'assiette fiscale faisant nécessairement appel à l'ingéniosité juridique.

¹⁰⁷ Le mécanisme de *l'exit tax* de l'article 167 bis en vigueur jusqu'en 2004 posait le principe de l'imposition immédiate des plus-values en report d'imposition en cas d'exil. Le 1 de l'article 167 du CGI constitue une survivance de cette disposition dans la mesure où il autorise toujours l'imposition des revenus simplement acquis, et ce, même en l'absence de disposition du revenu bénéficiant au contribuable s'exilant.

¹⁰⁸ L'article 209 B du CGI constitue à cet égard un mécanisme dissuadant les sociétés françaises de loger leurs bénéfices dans des filiales situées dans des Etats à fiscalité douce.

¹⁰⁹ L'article 57 du CGI sanctionne à ce titre les transferts indirects de bénéfices à des sociétés liées situées à l'étranger. Le contrôle des politiques de prix de transfert vise en effet à lutter contre les transferts indirects de bénéfices soit en majorant le prix d'achat soit en diminuant le prix de vente. Il a récemment été jugé que ce contrôle était conforme au principe d'égalité face à l'impôt : Conseil d'Etat, 2 mars 2011, n°342099, *Sté Soutiran & Cie* ; Transferts indirects de bénéfices à l'étranger : constitutionnalité de l'article 57 du CGI, Les nouvelles fiscales, avril 2011

¹¹⁰ L'article 238 A du CGI pose une limitation à la déductibilité des charges engagées en faveur d'un bénéficiaire bénéficiant d'un régime fiscal privilégié à l'étranger

Avertissement

Si la matière fiscale est en constante évolution, la présente thèse s'inscrit dans un contexte particulièrement mouvementé. En effet, l'introduction de la fiducie puis de l'EIRL furent des éléments de réflexion particulièrement éclairants dans la mesure où ces instruments ont introduit le patrimoine d'affectation en droit français, notion qui lui était jusqu'alors parfaitement étrangère. Les conséquences fiscales attachées aux opérations de mise en fiducie ou d'apport à une EIRL constituent de nouvelles bases de réflexion et permettent de broser avec plus de précision les contours de la conception fiscale du droit de propriété.

Les présents travaux de recherche s'inscrivent par ailleurs dans un contexte trouble puisqu'à une étape charnière dans l'histoire de la fiscalité du patrimoine. La réforme de la fiscalité du patrimoine envisagée par le Gouvernement¹¹¹ semble conduire à une modification relativement importante des règles fiscales applicables au droit de propriété. La réforme fiscale envisagée n'aura cependant qu'une faible incidence sur notre analyse dans la mesure où elle n'est pas holistique. Compte tenu de ce contexte, les présents travaux de recherche se fondent sur l'état du droit en vigueur au mois de mai 2011.

Si cette réforme peut conduire à modifier les exemples sur lesquels s'appuie notre réflexion, elle ne bouleverse ni les concepts ni les idées défendues dans cette étude. En effet, la suppression programmée du bouclier fiscal¹¹² ou la modification de l'impôt de

¹¹¹ Chantier lancé le 12 octobre 2010 par le Président de la République

¹¹² Instauré par la loi de finances pour 2006 et renforcé par la loi TEPA du 21 août 2007, le bouclier fiscal consistait en un mécanisme permettant de limiter l'imposition du contribuable à 50% de ses revenus. Le droit à restitution auquel donnait droit le contribuable bénéficiait notamment aux personnes n'ayant perçu aucun revenu. Ces derniers pouvaient par conséquent demander le remboursement de l'intégralité des impôts directs : v. Conseil d'Etat, 7 avril 2011, avis n°344962, *Reinhart*. Sa suppression fut confirmée par François Fillon à l'occasion du Colloque Fiscalité et Patrimoine. Cette suppression est justifiée par une volonté du Gouvernement de mettre fin à certaines pratiques d'optimisation : « *Bien optimisé sinon trop optimisé parfois par ceux qui ont su en faire un instrument de planification fiscale jouant ainsi allègrement entre les niches, les plafonnements, les réductions d'impôt, les exceptions en allant à l'encontre du principe de la progressivité de l'impôt* » Christine Lagarde, Colloque Fiscalité et Patrimoine, 3 mars 2011.

solidarité sur la fortune ne remettent aucunement en question la classification dualiste des voies d'optimisation fiscale.

Le Gouvernement eut l'occasion de présenter deux pistes de réflexion lors du colloque Fiscalité et Patrimoine qui se tint à Bercy le 3 mars 2011. Le premier scénario présenté reposait sur une suppression conjointe du bouclier fiscal et de l'ISF¹¹³ qui seraient remplacés par une imposition des revenus du patrimoine.¹¹⁴ L'idée avancée était donc de renoncer à imposer le patrimoine envisagé comme un stock et de ne taxer que les flux provenant de ce stock. L'imposition de l'enrichissement au taux unique de 19% n'aurait alors concerné que les contribuables dont le patrimoine se serait élevé à plus de 1,3 million d'euros.¹¹⁵ Un tel système permet de ne taxer que la différence positive de valeur entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre et exonère ainsi les contribuables dont le patrimoine a diminué de valeur au cours de l'année.¹¹⁶ Le Ministre du budget a précisé que la cohérence de ce système reposait sur la déductibilité des pertes de valeur sur les enrichissements réalisés au cours des dix années suivantes. Le Gouvernement, a enfin précisé que l'impôt sur les revenus de la fortune viendrait en déduction de l'impôt dû en cas de cession ce qui permet d'éviter que les mêmes actifs ne soient taxés deux fois.¹¹⁷

¹¹³ On notera ici que contrairement à ce qu'affirment certains détracteurs de l'ISF comme le Professeur Christian Saint-Étienne, pour qui « *Il est inutile d'aller plus loin. L'ISF rapporte 2,4 milliards d'euros en brut et 2,1 milliards en net, compte tenu des frais considérables d'administration et de vérification de cet impôt qui, en combinaison avec les autres impôts frappant les créateurs de richesses [...]* ». (SAINT-ÉTIENNE Christian & LE CAHEUX Jacques, *Croissance équitable et concurrence fiscale* : Conseil d'analyse économique, La Documentation française. Paris, 2005, p. 48.), le coût de collecte de l'ISF est tout à fait raisonnable. Ce coût a été calculé par le rapport Lépine sur les recettes 1997 à savoir 18,5 Millions d'euros pour l'assiette et le contrôle, et à 3,5 millions d'euros pour le recouvrement, soit un total à l'époque de 22 millions d'euros, soit 1,6% du montant de l'impôt collecté, v. not. LEPINE Jean-Luc, GOUIFFÈS Pierre-François, CARMONA Julien, Rapport de synthèse de l'Inspection Générale des Finances n°98-M-041-11, *Mission d'analyse comparative des administrations fiscales*, mars 1999

¹¹⁴ Proposition retenue par Christian Saint Etienne dans sa proposition de réforme globale du système fiscal français : SAINT-ETIENNE Christian, *Quelle réforme fiscale pour la France ? - Note pour l'Institut Montaigne*, 8 Mars 2011 ; « [...] je propose une réforme fiscale qui vise à : réduire réellement le déficit public en contrôlant la dépense et en augmentant les impôts « pédagogiques » que sont la CSG et la TVA, car ils touchent tous les citoyens tout en étant les moins nocifs économiquement (impôts à large base et faible taux). [...] ; redonner à la France sa compétitivité fiscale en supprimant l'ISF (et le bouclier fiscal), remplacé par un Impôt sur le revenu de la fortune (IRF) inclus dans le taux marginal de l'impôt sur le revenu, [...], en réduisant le taux marginal de l'IRPP à 30% (IRF inclus), et en créant un prélèvement libérateur obligatoire (PLO) de 15% sur les revenus et plus-values de l'épargne [...] ; reconstruire le système productif grâce à la baisse de l'IS et du taux marginal de l'IRPP, à la baisse du coût du travail et à la fiscalité favorable aux investissements en actions, [...] »

¹¹⁵ Selon les règles actuelles de détermination du patrimoine imposable au titre de l'ISF

¹¹⁶ Le système envisagé diffère ici fortement de l'ISF

¹¹⁷ Pendant leur détention et au moment de leur cession

Si un tel système peut sembler séduisant, il nous semble risqué à plusieurs titres. Tout d'abord, il conduit à imposer des gains latents sans que les contribuables n'aient nécessairement les liquidités suffisantes pour régler l'impôt.¹¹⁸ Un tel mécanisme peut ainsi contraindre les contribuables à céder une partie de leur patrimoine pour faire face à une imposition portant sur un enrichissement simplement latent. Si l'on peut formuler la même critique à l'encontre de l'ISF, il est certain que cette piste de réflexion ne règle ni le problème de cette forme d'imposition d'une richesse purement théorique ni celui de l'imposition de la partie de richesse créée correspondant simplement à l'érosion monétaire. Une telle forme d'imposition nous semble par ailleurs risquée sur le plan des finances publiques. En effet, l'évolution de la fortune des ménages dont le patrimoine dépasse 1,3 million d'euros est intimement liée à l'évolution des valeurs mobilières admises aux négociations sur un marché réglementé.¹¹⁹ Fonder une partie des recettes fiscales sur l'évolution d'un marché spéculatif est à l'évidence risqué.¹²⁰ Un tel mécanisme paraît enfin de nature à favoriser l'inertie de contribuables qui verraient dans l'inaction économique un moyen d'optimisation fiscale.

Le second scénario consistait à supprimer le bouclier fiscal tout en modifiant le barème de l'ISF autour de 2 taux fixés à 0,25% et 0,5% et en simplifiant le mode de déclaration de l'impôt. La déclaration serait alors intégrée à l'imposition d'impôt sur le revenu. Quelles que soient les pistes envisagées, le coût de la suppression de la première tranche d'ISF¹²¹ est estimé à 800 millions d'euros. Or la réforme doit être

¹¹⁸ Cette position doit être nuancée dans la mesure où « *les plus riches ne se distribuent qu'une toute petite partie de leurs revenus ; la plus grande partie reste dans des structures intermédiaires (holdings, sociétés civiles ayant opté pour l'impôt sur les sociétés, quand ce n'est pas Sicav dédiées ou contrats d'assurance-vie)* », TALY Michel, *Fiscalité du patrimoine : les termes du débat*, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 18 s.

¹¹⁹ La part représentative de l'immobilier dans le patrimoine net privé est moins importante pour les contribuables du dernier décile (28,3% pour la résidence principale) que pour les contribuables du 1^{er} au 8^{ème} décile (45,9% pour la résidence principale) : Source Insee, Enquête patrimoine 2004 ; v. Ainsi, en 2003, « *les 10% de ménages les plus riches en termes de patrimoine privé (10e décile) ont un patrimoine privé composé pour 36,2% de logement, 7,7% d'immobilier de rapport, 10,1% de livrets d'épargne et comptes chèques, 4,3% d'épargne logement, 25,4% d'assurance-vie et 16,3% de valeurs mobilières* », v. Rapport du Conseil des Prélèvements Obligatoires, *Le patrimoine des ménages*, mars 2009, p.39

¹²⁰ Le rendement de l'impôt serait en effet intimement lié à l'évolution des marchés financiers dont on connaît l'instabilité en cas d'éclatement des bulles spéculatives (éclatement de la bulle technologique à partir de 2001 ou crise liées aux subprimes à partir de 2007)

¹²¹ Visant à faire sortir de l'ISF les 300 000 contribuables qui y étaient entrés du fait de l'augmentation de la valeur de leur résidence principale. Si la proposition de loi n°2268, *tendant à la suppression de la résidence*

menée sans pour autant peser sur les finances publiques. L'équation budgétaire est ainsi relativement simple et impose de trouver des sources de recettes permettant de compenser ce manque à gagner. Le Gouvernement ayant renoncé à imposer les plus-values réalisées sur la résidence principale¹²² semble suivre la piste envisagée par Philippe Marini¹²³ qui préconise l'assujettissement des plus values mobilières à l'IR et aux prélèvements sociaux quelle que soit la durée de détention du bien. La seconde piste est d'appréhender le revenu des contribuables qui s'expatrient pour échapper à la taxation de la plus-value lors de la revente de leur société.¹²⁴

C'est en faveur de ce second scénario qu'a tranché Nicolas Sarkozy le 12 avril 2011.¹²⁵ A l'issue d'une réunion d'arbitrage, le Gouvernement précisait par la voix de François Baroin que la réforme ne consisterait pas en une suppression de l'ISF mais qu'elle se limiterait à une suppression de la première tranche du barème tout en modifiant les taux d'imposition. Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 confirme la direction prise par le Gouvernement.¹²⁶

Modification de l'ISF. Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 ne supprime pas l'ISF comme certains s'y attendaient mais le modifie profondément. Cette conservation de l'impôt décriée par la doctrine a au moins un aspect positif pour les

principale de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 avril 2005 prévoyait déjà cette exclusion, cette dernière n'opérait aucune distinction selon la valeur de ladite résidence si bien qu'elle aurait permis une exonération quelle que soit la valeur de cet actif immobilier.

¹²² Piste originellement privilégiée par le rapport Chartier, v. CHARTIER Jérôme, *Réflexions pour une convergence fiscale franco-allemande*, 19 janvier 2011, p.16

¹²³ MARINI Philippe, Rapport Général n°111 au Sénat, fait au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de finances pour 2011, T. III, *Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, 18 novembre 2010.

¹²⁴ BAROIN François, Colloque Fiscalité et Patrimoine, Bercy, 3 mars 2011

¹²⁵ ROBEQUAIN Lucie, *ISF : les choix de Nicolas Sarkozy*, Les Echos.fr, 12 avril 2011 ; CROUZEL Cécile, *La fiscalité du patrimoine réformée en profondeur*, Le Figaro, 13 avril 2011, p. 19 ; Le Monde, mercredi 13 avril 2011

¹²⁶ Projet de loi n°3406 de finances rectificative pour 2011, présentée le 11 mai 2011 en conseil des ministres et déposée le même jour à l'Assemblée Nationale pour y être débattue début juin et fin juin au Sénat en vue d'une adoption définitive par le Parlement avant la mi-juillet.

praticiens car cette modification et sa complexité fournissent du travail aux ingénieurs patrimoniaux.¹²⁷

Si les caractéristiques principales du régime actuel telles que les règles d'assiette, d'exonération ou de réduction sont maintenues, l'ISF serait modifié en profondeur dans la mesure où le projet de loi envisage de supprimer le mécanisme du plafonnement de l'ISF,¹²⁸ de modifier le seuil d'imposition ainsi que le barème. L'ISF serait ainsi réservé aux contribuables dont le patrimoine net est supérieur à 1,3 million d'euros¹²⁹ et l'impôt ne comporterait plus que deux tranches. L'impôt serait calculé au moyen d'un taux unique et non plus au moyen d'un barème progressif.

Entre 1,3 et 3 millions d'euros, le taux d'imposition s'élèverait à 0,25%,¹³⁰ au-delà de 3 millions, le taux d'imposition serait réduit à 0,5%.¹³¹ Contrairement aux règles en vigueur, ce nouveau barème s'appliquerait dès le premier euro de patrimoine.¹³² Par conséquent, l'intégralité du patrimoine serait soumis au taux de 0,25% s'il est compris entre 1,3 et 3 millions et au taux de 0,50 % pour les titulaires d'un patrimoine supérieur à 3 millions ce qui diminue fortement la pression fiscale générée par l'ISF.¹³³ Afin de « *lisser les effets de seuils* », ¹³⁴ une décote serait instituée pour les patrimoines compris, entre 1,3 et 1,4 millions d'euros, ainsi que pour ceux compris entre 3 et 3,2 millions d'euros. Le passage d'un seuil à un autre aurait effectivement des

¹²⁷ JULIEN SAINT AMAND Pascal, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011.

¹²⁸ CGI, art. 885 V bis

¹²⁹ « *Le seuil de 1,3 million d'euros, [...] a été revalorisé en fonction de l'évolution du prix de l'immobilier depuis 1982. Il permet de revenir au nombre de 250 000 redevables à l'ISF, comme c'était le cas en 2001. Le doublement de cet effectif en dix ans correspond bien à l'évolution des prix de l'immobilier* » Audition de François Baroin par la Commission des finances de l'Assemblée nationale, Compte rendu de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, n°71, 11 mai 2011, p. 14

¹³⁰ Cette fraction du patrimoine est jusqu'à présent imposable à 0,75% jusqu'à 2 570 000€ puis à 1% jusqu'à 4 040 000€

¹³¹ La fraction du patrimoine supérieure à 3 000 000€ est jusqu'à présent imposable à un taux compris entre 1% et 1,80%

¹³² La fraction du patrimoine inférieure à 800 000€ étant aujourd'hui exonérée

¹³³ Diminution de 37% pour un patrimoine de 2 millions, diminution de 47% pour un patrimoine de 2,5 millions, diminution de 54% pour un patrimoine de 3 millions, diminution de 25% pour un patrimoine de 4 millions, diminution de 51% pour un patrimoine de 10 millions. V. Jean-Yves Mercier, Interview - *La réforme de l'ISF*, Francis Lefebvre, avis d'expert, 18 mai 2011,

conséquences relativement importantes risquant de conduire les contribuables à des formes d'évaluation confinant à la fraude. Pour atténuer l'impact de ce passage dans la tranche supérieure, le Gouvernement a choisi d'appliquer une décote dont la pratique même s'oppose à l'objectif poursuivi de simplification de la fiscalité patrimoniale.¹³⁵ En effet, pour les patrimoines compris entre 1,3 et 1,4 millions, cette décote est égale à la différence entre 24 500 € et sept fois le montant de l'ISF calculé au taux de 0,25 %. Pour les patrimoines compris entre 3 et 3,2 millions, cette décote¹³⁶ est égale à la différence entre 120 000 € et 7,5 fois le montant de l'ISF calculé au taux de 0,50 %.

Il est enfin prévu que cette réforme s'accompagne de modifications déclaratives particulièrement importantes. Le gouvernement a tout d'abord décalé l'échéance de l'ISF 2011 en reportant la date limite de déclaration et de paiement de l'ISF du 15 juin au 30 septembre 2011 ce qui conduit à une exonération dès cette année pour les contribuables dont le patrimoine a une valeur inférieure à 1 300 000 €. Le projet de loi modifie ensuite fortement les règles de déclaration. En effet, alors que les contribuables imposables à l'ISF déposaient jusqu'alors un formulaire n°2725, les redevables dont le patrimoine est inférieur à 3 millions ne déposeront plus de déclaration d'ISF mais porteront le montant de leur patrimoine imposable sur leur déclaration d'impôt sur le revenu tandis que les contribuables de la seconde tranche auraient à remplir une déclaration d'ISF similaire à celle qui existe aujourd'hui. La confusion des déclarations n°2725 & n°2042 conduit à une confusion des délais et des procédures. L'administration ne bénéficiera plus des moyens de vérifier la consistance et la valorisation du patrimoine au seul moyen de la déclaration d'ISF, dans la mesure où le contribuable ne livrera à l'administration sur la 2042 que le montant de son patrimoine net imposable. La prescription serait en conséquence allongée à 6 années.

¹³⁴ Suppression du bouclier fiscal et réforme de l'ISF : le projet de loi de finances rectificative pour 2011 est arrêté par le conseil des ministres, LEXBASE HEBDO n° 439 du Jeudi 12 Mai 2011 - Edition FISCALE

¹³⁵ « *Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 vise à instaurer une fiscalité du patrimoine plus juste, plus simple et économiquement plus pertinente [...]* » Communiqué du Conseil des ministres 11 mai 2011, <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/loi-de-finances-rectificative-pour-2011>

¹³⁶ Cette seconde décote a pour effet de limiter les conséquences du passage du taux de 0,25 % à 0,50 %.

Ainsi que l'avait annoncé le Gouvernement, cette réforme doit être effectuée en parfaite neutralité budgétaire. *L'allégement envisagé représenterait une dépense publique évaluée à 900 millions d'euros.*¹³⁷ Pour équilibrer budgétairement la réforme, le Gouvernement a opté pour une augmentation de la taxation des donations et des successions accompagnée de la réapparition¹³⁸ de l'*exit tax*,¹³⁹ de la taxation des non résidents sur leurs résidences secondaires en France et d'une modification du régime d'imposition des trusts.

Droits de mutation à titre gratuit. Le financement de la diminution de rendement de l'ISF se fait en revenant sur les ambitions en matière de donations et de successions issues de la loi TEPA.¹⁴⁰ Le projet de loi envisage en effet d'augmenter de 5 points les taux des deux dernières tranches du barème qui toucheraient les mutations à titre gratuit de plus de 4 millions d'euros.¹⁴¹ S'agissant des donations, il conduirait à un allonger le délai de reconstitution de l'abattement de 159 325€¹⁴² pour les donations en ligne directe de 6 à 10 ans. Les donations en franchise d'impôt ne seraient par conséquent possibles que tous les 10 ans. Le projet de loi envisage enfin de supprimer la réduction de droits de donation en fonction de l'âge du donateur.¹⁴³

¹³⁷ Si le coût total est évalué à 1,7 milliard d'euros, la suppression combinée du bouclier fiscal et du plafonnement de l'ISF supprime une dépense budgétaire évaluée 800 millions d'euros.

¹³⁸ Impôt sur les plus-values latentes né de l'article 24 la n°98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 (JO, n°303 du 31 décembre 1998) et anciennement codifié à l'article 167 1 bis du CGI ; v. article 16 du PLF pour 1999 n°1078 de Dominique STRAUSS-KAHN, déposé à l'Assemblée Nationale le 18 novembre 1998

¹³⁹ Réaction très ancienne du Législateur à l'évasion fiscale puisque déjà condamnée à Rome par le Code Théodosien Vème siècle après J.-C ; v. BRUNEAU Philippe, *Fiscalité du patrimoine : un dispositif à bout de souffle*, in *Fiscalité et croissance*, PUF, avril 2011, p. 89

¹⁴⁰ NEAU-LEDUC Philippe, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011. P. opp. Audition de François Baroin par la Commission des finances de l'Assemblée nationale, Compte rendu de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, n°71, 11 mai 2011, p. 4 : « *Les acquis essentiels de la loi TEPA – qui a permis d'exonérer 97 % des successions en ligne directe et de faciliter les transmissions anticipées de patrimoine – seront donc intégralement préservés, et même confortés.* »

¹⁴¹ Il semble que le barème de l'article 777 du CGI soit inchangé en deçà de ce seuil et que les taux visés ne passent de 35% à 40% et de 40% à 45% que si l'actif successoral s'élève à plus de 4 millions d'euros.

¹⁴² 156 974€ pour 2010, v. BOI 7 G-7-10, 4 janvier 2011

¹⁴³ L'article 790 du CGI permet en effet une réduction de droits de donation dans les conditions suivantes :

| | En pleine propriété | En nue-propriété | En usufruit |
|--|---------------------|------------------|-------------|
| Donateur âgé de moins de 70 ans | 50% | 35% | 50% |
| Donateur âgé de plus de 70 ans et de moins de 80 ans | 30% | 10% | 30% |

Taxe sur les résidences secondaires des non-résidents. Le Gouvernement projette de faire participer les non-résidents propriétaires d'un immeuble en France au financement du service public français au motif que ces derniers profitent des infrastructures françaises. Une nouvelle taxe perçue au taux de 20% de la valeur locative cadastrale serait perçue au profit du budget de l'Etat en remplacement du dispositif d'imposition forfaitaire à l'IR sur une base égale à trois fois la valeur locative des immeubles détenus en France¹⁴⁴ qui disparaîtrait. Cette taxe serait due par certains non-résidents¹⁴⁵ détenant en France directement ou indirectement une résidence secondaire vacante¹⁴⁶ et ce dès lors que leurs revenus de source française représentent moins de 75% de leurs revenus mondiaux. A priori, la taxe ne s'appliquerait pas aux non-résidents ayant réalisé en France un investissement locatif dans la mesure où la condition de libre disposition ne serait pas respectée.

Traitement fiscal des trusts. Le projet de loi introduit en droit français une définition fiscale d'un instrument que l'administration a toujours eu du mal à appréhender et précise le régime fiscal des trusts. Le projet dispose tout d'abord que l'on « *entend par trust l'ensemble des relations juridiques créées, dans le droit d'un Etat 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 droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé* »¹⁴⁷ Cette définition est relativement incomplète car d'une part elle n'opère pas de distinction en fonction du caractère révocable ou non du trust et que d'autre part elle remplace le terme trustee par celui d'administrateur si bien que le texte ne distingue pas le titulaire de la propriété économique de celui de la propriété juridique.

Le projet de loi de finances rectificative détermine ensuite le régime fiscal de la détention et des transmissions à travers un trust. Le système des trusts est appréhendé

¹⁴⁴ CGI, Art. 164 C

¹⁴⁵ Cette taxe ne serait cependant pas due au titre de l'année de l'expatriation et des cinq années suivantes si le contribuable a résidé de manière continue pendant au moins trois ans en France au cours des dix ans précédant son expatriation

¹⁴⁶ La taxe ne serait pas due en cas d'investissement locatif dans la mesure où l'immeuble ne serait pas considéré comme vacant

avec beaucoup de difficultés en droit français car il permet un dédoublement du droit de propriété. Si la propriété des actifs peut être présumée appartenir au bénéficiaire ou au constituant, il est des cas comme celui des trusts irrévocables discrétionnaires où cette présomption est plus délicate. En pareille situation, le projet de loi envisage de taxer indifféremment¹⁴⁸ le constituant ou le bénéficiaire sur l'ensemble des biens du trust au taux de 0,5% mais de collecter auprès de l'administrateur du trust.

La souplesse de l'instrument permet des formes de transmission que le droit français peine à appréhender et auxquelles le projet de loi tente d'apporter une réponse fiscale adaptée. Lorsque la transmission peut s'analyser au sens du droit français comme une donation, les droits de mutation à titre gratuit seraient dus en fonction du lien de parenté liant le constituant au bénéficiaire. Lorsque la transmission ne peut en revanche être analysée comme une donation au sens du droit français car les biens restent dans le trust et n'intègrent pas la succession du constituant alors il y a lieu de distinguer selon que la part restant dans le trust peut ou non être déterminée. Si tel est le cas, cette dernière est taxée aux droits de mutation en fonction du lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire. Si cette part n'est pas déterminable la part est taxée au taux le plus élevé¹⁴⁹

Exit tax. Le Gouvernement prévoit d'imposer dès cette année¹⁵⁰ les plus-values sur titres des contribuables ayant transféré à compter du 3 mars 2011 leur résidence fiscale hors de France.¹⁵¹ Cette imposition lors du départ de France prélevée au taux global de 31,3% serait ainsi assise sur les plus-values constatées lors du transfert de la résidence fiscale. Cette imposition est relativement brutale car elle conduit à imposer des plus-values latentes qui ne constituent pas par définition des revenus disponibles. Le Gouvernement tente à nouveau de mettre fin à une pratique d'optimisation fiscale consistant à transférer sa résidence fiscale

¹⁴⁷ Article 6 du projet de loi n°3406 de finances rectificative pour 2011

¹⁴⁸ Ces derniers peuvent s'exonérer de cette imposition si le constituant ou le bénéficiaire apportent la preuve que les biens mis en trust rentrent déjà dans la constitution de leur ISF.

¹⁴⁹ C'est-à-dire 45% si elle revient à des descendants et 60% dans les autres cas

¹⁵⁰ A l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux

¹⁵¹ La plus-value correspond à la différence entre la valeur de la participation au jour du transfert de domicile et le prix d'acquisition

dans un pays taxant faiblement les plus value mobilières¹⁵² afin d'y céder ses titres. Le Législateur avait déjà introduit en 1999¹⁵³ un *exit tax* sur les participations substantielles¹⁵⁴ qui pouvait bénéficier sous conditions¹⁵⁵ d'un sursis de paiement. La CJUE avait sanctionné ce dispositif dans un arrêt *Lasteyrie du Saillant*¹⁵⁶ ce qui avait conduit à la disparition de cette forme d'imposition des plus-values. Le législateur revient donc à la charge en recréant un *exit tax*¹⁵⁷ mais « *le phœnix renaît paré de nouvelles plumes* ». ¹⁵⁸ En effet, le Gouvernement a aménagé le dispositif de façon à le rendre conforme au droit communautaire.¹⁵⁹ Ces aménagements tiennent tout d'abord à la personne du contribuable puisque ne seraient imposés que les contribuables ayant été résident fiscal français pendant au moins six années. Ces aménagements tiennent ensuite à l'importance des participations. Ne seraient ainsi taxées que les plus-values latentes sur certains actifs. Il s'agit des participations supérieures à 1% dans une société soumise à l'IS ou à un impôt équivalent.¹⁶⁰ Les participations inférieures à 1% n'échappent cependant pas à cette taxation si leur valeur est supérieure à 1,3 M€

L'impôt devrait être versé en théorie¹⁶¹ au moment du départ mais pourrait faire l'objet d'un sursis¹⁶² de paiement : la plus-value ne serait alors imposable qu'en cas de cession des titres. Si l'échange de titres¹⁶³ ne caractérise pas une cession, il faut ici entendre par cession, toute vente, tout rachat, remboursement ou annulation des titres et toute donation. Cette imposition des plus values en cas de donation est relativement étonnante car le droit

¹⁵² Tel est par exemple le cas de la Belgique

¹⁵³ CGI, Art. 167 bis ancien

¹⁵⁴ Supérieures à 25%

¹⁵⁵ Principalement sous forme de garanties à l'administration fiscale française

¹⁵⁶ CJCE, 11 mars 2004, Aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*

¹⁵⁷ Projet d'article 167 ter du CGI

¹⁵⁸ BLANLUET Gauthier, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011.

¹⁵⁹ Audition du Rapporteur Général Gilles CARREZ par la Commission des finances de l'Assemblée nationale, Compte rendu de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, n°71, 11 mai 2011, p. 7

¹⁶⁰ Il s'agit donc de titres de sociétés de capitaux françaises ou étrangères

¹⁶¹ Le texte prévoit des dégrèvements en cas de cession après 8 ans de détention, en cas de transmission par décès ainsi qu'en cas de retour en France en l'absence de cession.

¹⁶² Ce sursis serait automatique en cas de transfert de résidence vers un autre Etat de l'Union Européenne. Si le transfert est réalisé à destination d'un Etat hors de l'UE ou de l'EEE, le sursis est soumis à certaines conditions telles que la constitution de garanties et l'élection d'un représentant fiscal en France.

commun impose la donation aux droits de mutation à titre gratuit mais ne donne pas lieu à la constatation d'une plus-value si bien qu'une donation répondant aux conditions précitées serait imposée au titre des droits de mutations et de la plus value.

Une partie de la doctrine s'interroge sur la compatibilité de ce mécanisme avec le droit européen dans la mesure où l'*exit tax* a déjà été censuré par la CJUE à l'occasion de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*.¹⁶⁴ Il semble cependant que le Gouvernement ait entouré le mécanisme de nombreuses précautions et respecte les conditions posées par la CJUE à l'occasion de l'arrêt « *N* » de 2006.¹⁶⁵ La Cour avait précisé à cette occasion qu'un Etat membre peut prendre des dispositions contraires à la liberté d'établissement si l'objectif poursuivi est conforme à l'intérêt général et si les dispositions sont proportionnées à cet objectif. Il apparaît que l'objectif poursuivi par le Gouvernement est de lutter contre l'évasion fiscale¹⁶⁶. Ce dispositif semble proportionné puisqu'il n'impose au contribuable quittant la France vers un pays de l'Union Européenne ni de choisir un représentant ni de constituer de garantie. Cette taxe pose enfin un problème en matière de fiscalité internationale puisqu'elle imposera vraisemblablement à la France de réviser les conventions visant à éviter les doubles impositions la liant à ses voisins.¹⁶⁷ En effet, les conventions du modèle OCDE prévoient que les plus-values sont imposables dans l'Etat de résidence du cédant à moins qu'une clause de participation substantielle ait été prévue dans la convention.¹⁶⁸

¹⁶³ Comme l'apport à une société holding

¹⁶⁴ CJCE, 11 mars 2004 Aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, « *Le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 bis du code général des impôts français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet État.* »

¹⁶⁵ CJCE, 7 septembre 2006, Aff. C-470/04, *N / Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo* ; points 42 & 46 : *le report ne doit être assorti d'aucune condition*

¹⁶⁶ On peut notamment avancer que le Gouvernement souhaite poursuivre par ailleurs un objectif de cohérence du système fiscal français

¹⁶⁷ Contrairement à ce qu'indiquait François Baroin pour qui « *L'exit tax, [...], s'appliquera sans qu'il soit besoin de renégocier les conventions fiscales. En effet, il ne s'agit pas d'une double imposition, dans la mesure où l'impôt éventuellement versé à l'étranger s'impute sur l'impôt français.* » : Audition de François Baroin, Compte rendu de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, n°71, 11 mai 2011, p. 10

¹⁶⁸ Les clauses de participations substantielles prévoient que si la participation est supérieure à un pourcentage déterminé, la plus-value ne sera pas imposée au lieu de résidence du cédant mais dans l'Etat de situation. Ce qui est notamment le cas des conventions avec les Pays-Bas, l'Espagne ou la Norvège ...

PREMIERE PARTIE – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION

TITRE I – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION DU DROIT DE PROPRIETE

« *On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace* » écrivait Jean Etienne Portalis, justifiant la nécessaire filiation du Code civil au droit romain,¹⁶⁹ source commune d’inspiration des législateurs européens. Le droit n’est certes pas immuable, mais il doit tirer les leçons de son passé et le droit civil contemporain ne doit pas enterrer le « *corpus iuris civilis qui a formé le corps de notre droit et lui a donné son identité, qui à travers le droit commun – le ius commune – s’est répandue dans tout le droit civil européen* »¹⁷⁰. Si le droit civil évolue continuellement au gré des mœurs, sous l’impulsion des changements politiques et économiques, les concepts qui le sous-tendent et les mécanismes qui le forment n’évoluent que peu. Le droit civil français ne fait pas exception à la règle : marqué par cette dynamique, il plonge invariablement ses racines dans le socle équilibré du droit latin que décrit superbement René Robaye : « *Le droit romain partage avec le Panthéon deux propriétés qui font sa valeur et lui assurent une forme de pérennité : il faut le découvrir de l’intérieur pour comprendre sa beauté et cette beauté tient plus à son équilibre interne qu’à sa complexité*¹⁷¹. Comme le Panthéon réconcilie l’horizontale et la verticale, les juristes romains ont toujours eu le souci de l’équilibre entre la justice et la sécurité, entre la stabilité des règles et leur nécessaire évolution entre la logique

¹⁶⁹ FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827 (RER. 1968), T I, p. 481

¹⁷⁰ SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain*, Origines et sources – Famille – Biens – Successions, T I, Bruylant, 2008, p.5

¹⁷¹ La dédicace aux jeunes juristes par l’Empereur Justinien des institutions éponymes conforte cette idée de clarté du droit romain : « *Suivant ces principes, nous allons expliquer les droits du peuple romain. Le plus approprié serait de commencer par l’explication de notions faciles et simples pour aboutir à un examen extrêmement rigoureux et précis de chacun des problèmes* ». Iustinianus, *Institutiones*, 1, 1, 2.

et l'humanité, entre l'abstraction et l'adéquation au problème concret »¹⁷². L'usufruit bénéficie lui aussi de cette parenté puisqu'apparu à l'époque romaine au III^{ème} siècle avant Jésus Christ¹⁷³, il a connu d'importantes évolutions sans jamais renier pleinement sa filiation conceptuelle.

Continuellement présenté comme un droit réel démembré, l'usufruit subit sans doute ici sa plus grande altération puisque les romains ne pouvaient le considérer qu'en tant que servitude. Les servitudes romaines se sont développées dans deux domaines différents ; les unes foncières concernaient les terres et l'habitation tandis que les secondes étaient créées au profit d'une personne déterminée à laquelle elles procuraient l'usage et l'avantage de certains biens. Les servitudes personnelles qu'étaient l'usufruit ou le droit d'habitation, réservaient l'usage ou le profit de certaines choses à certaines personnes déterminées sans que ces dernières ne reçoivent pour autant la propriété. Il s'agissait donc de droits réels limités sur la chose d'autrui que les juristes romains dénommaient *iura in re aliena*. Dans la conception juridique romaine, un propriétaire ne pouvait céder ou maintenir un droit réel limité sur sa propre chose puisqu'une telle restriction se dissolvait immédiatement dans le droit absolu du propriétaire. En revanche, le propriétaire pouvait restreindre partiellement sa domination en faveur d'un autre auquel il cédait un pouvoir particulier relié directement à la chose, c'est la raison pour laquelle, le droit réel limité était considéré comme une charge.

Les arguments utilisés par la doctrine classique pour démontrer que l'usufruit ne saurait aujourd'hui être assimilé à une servitude¹⁷⁴ et par voie de conséquence à une charge tiennent plus aux caractères accessoires de ces droits qu'à leur aspect essentiel : leur relation au droit de propriété. C'est uniquement la conception du droit de propriété qui influe sur la nature juridique de ces droits et c'est justement cette vision qui a subi une évolution majeure et sur laquelle nous reviendrons après avoir étudié les principales caractéristiques de l'usufruit en droit romain.

¹⁷² ROBAYE René, *Le droit romain*, Bruylant, 3^{ème} édition, 2005, p. 7

¹⁷³ GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000, 2^{ème} édition, p. 247

¹⁷⁴ TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*. 7^{ème} édition, précis Dalloz 2006, p.755 s.

L'intérêt du *démembrement de propriété* dans la gestion du patrimoine est indéniable mais présente des risques certains (Chapitre 2), que l'on ne peut appréhender que par une compréhension globale du mécanisme (Chapitre 1), compréhension qui ne saurait être parfaite sans une connaissance des fondements historiques de ce mécanisme.

Chapitre I – Etendue de la notion de *démembrement de propriété*

Si les textes civils donnent une définition, permettant de connaître l'étendue du champ du démembrement (Section 1), les textes précisent d'autre part les règles de formation et d'extinction de ce droit (Section 2).

Section 1 - Nature juridique de l'opération

De manière classique nous étudierons la nature et l'étendue du démembrement (Sous-section 1) avant de porter notre analyse sur les modes de formation et les causes d'extinction du démembrement de propriété (Sous-section 2).

Sous-section 1. Nature et étendue du *démembrement de propriété*

Le *démembrement de propriété* ne peut se définir que par opposition à la propriété. L'article 544 du Code civil fait du propriétaire le détenteur d'un pouvoir absolu sur la chose puisqu'il dispose que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue* ». Depuis la Révolution de 1789, le droit de propriété constitue le droit réel par excellence, car il permet à son titulaire d'exercer sur le bien la plénitude des prérogatives d'une personne sur une chose : la *plena in re potestas*.¹⁷⁵ Le droit de propriété est ainsi composé de trois prérogatives liées au droit d'user (*usus*) de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*). Il est intéressant de noter que le Code civil prévoit la dissociation des prérogatives attachées à la propriété avant même de définir cette dernière. L'article 543 précise en effet 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 composé de trois prérogatives essentielles qui peuvent être séparées. En réalité, l'usufruitier devient plein propriétaire de son droit d'usufruit et le nu-propriétaire de la nue-propriété¹⁷⁶. L'usufruitier et le nu-propriétaire

¹⁷⁵ TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil – Les Biens*, Précis Dalloz 2002, n° 120, p. 115

¹⁷⁶ DALMAS Bruno & CORNILLEAU Vincent, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec 2007, p.12

sont traités comme les titulaires de deux droits réels ayant la même assiette, mais différents dans leur nature et indépendants dans leur régime¹⁷⁷. Si la loi précise les contours de cet instrument (§1) cette délimitation peut être délicate en matière de démembrement de titres de société (§2).

§1. Contours légaux

Si la loi ne nomme pas le démembrement de propriété, elle en détermine pour autant les contours légaux à travers les notions d'usufruit et de nue-propriété (A) et accorde à cet instrument un caractère nécessairement temporaire (B).

A – Définition légale du *démembrement de propriété*

Le *démembrement de propriété* est défini par l'article 578 du Code civil. L'usufruit est donc un droit réel, par nature temporaire, à durée fixe ou viager, à l'échéance duquel le nu-propriétaire retrouve la pleine propriété du bien. C'est un droit qui porte sur un bien dont un autre a la propriété, à charge pour l'usufruitier d'en conserver la substance. L'usufruit se définit comme l'addition de deux des trois composantes du droit de propriété. C'est le droit d'user et de jouir de meubles ou d'immeubles dont la propriété est détenue par une autre personne. Le droit réel de l'usufruitier a une nature mobilière s'il s'applique à un meuble et immobilière quand il porte sur un bien immobilier. Par conséquent, l'usufruit immobilier doit-il être publié à la conservation des hypothèques pour être opposable aux tiers ; il doit par ailleurs être constaté par un acte authentique et peut être hypothéqué¹⁷⁸.

La relation particulière qui est établie entre usufruitier et nu-propriétaire a des conséquences sur les prérogatives économiques que chacun exerce sur le bien et sur les pouvoirs politiques qu'ils peuvent revendiquer. L'usufruitier tire les fruits de la chose et l'utilise en bon père de famille. En conséquence, il doit conserver le bien et ne peut porter atteinte à sa substance puisque seul le nu-propriétaire bénéficie du pouvoir de disposer du bien. Les fruits du bien sont alors acquis au jour le jour et définitivement

¹⁷⁷ Prec. TERRE François & SIMLER Philippe, Droit civil – Les Biens, Précis Dalloz 2002, n° 805, p. 649

par l'usufruitier car ils constituent des revenus¹⁷⁹. L'usufruitier bénéficie de pouvoirs politiques étendus de nature à l'assimiler à un propriétaire, il gère seul le bien dont il a la jouissance, il peut donc passer tout acte d'administration à l'exclusion des actes de disposition.

Lorsque l'usufruit porte sur un bien consommable, le droit se transforme en un quasi-usufruit. En effet, l'attribution d'un droit de jouissance ou d'usage sur un bien consommable est impossible sans que ce dernier puisse être consommé, prérogative qui relève du domaine de l'abusus. En vertu des dispositions de l'article 587 du code civil, l'usufruitier bénéficie du droit d'user du bien à charge pour lui de rendre soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de la restitution. Ainsi, les parties à la convention d'usufruit peuvent modifier les règles de répartition et prévoir notamment le report de l'usufruit sur le prix de vente de l'objet de l'usufruit. En pareille hypothèse, l'usufruitier, utilise la somme à charge pour lui de la restituer à l'issue de la période couverte par l'usufruit.

La possibilité de constitution d'un quasi-usufruit est liée la consommabilité de l'objet, aussi est-il nécessaire d'en déterminer les contours. Si la jurisprudence¹⁸⁰ reconnaît depuis longtemps déjà aux parties la possibilité de qualifier de consommables des biens qui ne le sont pas naturellement et auxquels le régime du quasi-usufruit pourra être appliqué, la consommabilité naturelle d'un bien est marquée par sa destruction à l'occasion de son utilisation. La consommabilité de biens tels que l'argent, la nourriture ou l'essence ne pose aucun problème pratique, mais il en va différemment pour d'autres types de biens pour lesquels la jurisprudence a été amenée à apporter des précisions dont les plus notables concernent les fonds de commerce et les valeurs mobilières. A ce titre, la Cour de cassation a jugé que l'usufruitier d'un fonds de commerce a sur les marchandises un quasi-usufruit lui permettant de les aliéner à

¹⁷⁸ Mémento Pratique Francis Lefebvre Patrimoine 2007 – 2008, p. 158

¹⁷⁹ « *Le fruit est un bien accessoire qui sort périodiquement d'un bien principal sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée* » CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 3, *Les biens*, PUF, 16^{ème} édition, 1995, n°60

¹⁸⁰ Cass. Req., 30 mars 1926, Recueil Dalloz 1926, p.217

charge pour lui de restituer la même quantité ou qualité.¹⁸¹ D'autre part, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la compatibilité d'un quasi-usufruit concernant des titres au porteur. La Cour a précisé à cette occasion que les dispositions de l'article 587 du Code civil n'étaient pas applicables à l'usufruit portant sur des titres au porteur, lesquels ne sont pas consommables par le premier usage.¹⁸² Il était dès lors nécessaire de fixer le régime juridique du portefeuille de valeurs mobilières démembré¹⁸³ ce qu'a fait la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt *Baylet*,¹⁸⁴ qui, tout en affirmant que les valeurs mobilières ne sont pas consommables par le premier usage, a reconnu à l'usufruitier le droit de « *gérer cette universalité en cédant les titres dans la mesure où ils sont remplacés* » ce qui autorise ce dernier à gérer l'universalité en cédant des titres dès lors qu'ils sont remplacés. Afin de déterminer la substance et la valeur devant être conservée, il est nécessaire que l'usufruitier soit en mesure de donner tous les éléments nécessaires pour déterminer si les seules valeurs subsistantes au jour du partage représentent bien toute la substance de l'universalité qu'il est chargé de conserver. Ainsi l'usufruitier doit-il communiquer au nu-propiétaire, tous les renseignements sur l'évolution du portefeuille.¹⁸⁵

L'article 601 du code civil prévoit que l'usufruitier et par conséquent, le quasi-usufruitier fournissent caution, la convention pouvant déroger à cette mesure, cette dérogation prive le nu-propiétaire de garantie en cas d'insolvabilité.

B – Le caractère nécessairement temporaire de l'instrument

L'usufruit est un droit réel temporaire fonction de la durée de vie du bénéficiaire de ce droit, mais il est aussi et nécessairement viager lorsqu'il est constitué sur la tête d'une personne physique. Lorsque l'usufruit est accordé à une personne morale, il ne peut durer plus de 30 ans ainsi que le précise l'article 619 du Code civil. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que cette durée était d'ordre public et que cette

¹⁸¹ Cass. Com., 18 novembre 1968, Bulletin 1968, IV n° 324

¹⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, n°89-17.351, Bull. 1991, I n°129 p. 86

¹⁸³ IWANESKO Marc, *Le portefeuille de valeurs mobilières démembré*, Bulletin du patrimoine n°2/11, inf 100, p. 11

¹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n°96-18.041, *Baylet*, Bull. 1998, I, n°315, p. 217

limite de 30 ans devait s'appliquer globalement en incluant dans le décompte les éventuelles prorogations de la société.¹⁸⁶ Cette durée ne doit donc « [...] *pas dépasser 30 ans ; sinon, les personnes morales pouvant ne jamais mourir, ce genre d'usufruit pourrait être perpétuel* ». ¹⁸⁷ Cette justification fondée sur la possible perpétuité de la société usufruitière¹⁸⁸ n'a pourtant pas intrigué la Cour d'appel de Caen, qui, dans un arrêt du 24 janvier 1995,¹⁸⁹ a considéré que l'article 619 du Code civil ne trouvait pas à s'appliquer en présence d'un usufruit simplement conservé par une personne morale. Si cette interprétation est fidèle à la lettre de l'article 619 du Code civil puisque ce dernier ne fait mention que d'un usufruit accordé et non pas conservé, cette interprétation semble contraire à la volonté du législateur¹⁹⁰.

Cette durée peut aussi être limitée par la nature du bien, objet de l'usufruit. Ainsi, l'article L. 253-1 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) dispose que « *l'usufruit d'un logement ou d'un ensemble de logements peut être établi par convention au profit d'une personne morale, pour une durée minimale de quinze ans, en vue de la location de ce ou ces logements* ». Cet article s'applique qu'il s'agisse d'une donation temporaire d'usufruit ou d'une cession à titre onéreux d'usufruit.¹⁹¹ Une réponse ministérielle récente a précisé que l'article L253-1 du CCH n'était pas contradictoire à l'article 619 du Code civil¹⁹².

Au terme de la période couverte par l'usufruit, les nu-proprétaires deviennent automatiquement pleins propriétaires des biens ayant fait l'objet du démembrement. Sur le fondement de l'article 617 du Code civil, l'usufruit s'éteint par l'arrivée de son

¹⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2002, n° 00-17870

¹⁸⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n°06-12568, Bull. 2007, III, n°36

¹⁸⁷ MALAURIE Laurent & AYNES Philippe, *Cours de droit civil – Les biens*, Cujas, 2001, n° 805

¹⁸⁸ LARROUMET, *Droit civil, Tome II - Les biens, droits réels principaux*, Economica, 1985, n°461, POITRINAL F-D, *L'usufruit réservé par une personne morale*, Droit & Patrimoine, octobre 1996, p.46, AUBRY & RAU, *Droit civil Français Tome II*, 7^{ème} édition, Librairies techniques, 1961, n°406

¹⁸⁹ CA Caen, 24 janvier 1995, n°RG9302503, Defrénois 1996. 392, obs. Atias

¹⁹⁰ DEMANTE Antoine -Marie, *Cours analytique du Code civil*, Livre II, Plon 1896, p. 518, n°466 bis

¹⁹¹ *Durée minimale de l'usufruit accordé à une personne morale*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°25, 19 juin 2009, act.462

¹⁹² Rép. Min. n°26470 : JO AN Q 9 juin 2009, p.5647

terme. La reconstitution de la pleine propriété entre les mains des nu-proprétaires intervient alors en franchise de droits ainsi que le précise l'article 1133 du Code général des impôts. La justification de cette absence d'imposition est à rechercher sur le terrain du droit civil. A l'issue de la période de démembrement, l'usufruit ne rejoint pas la nue-propriété comme ont pu l'écrire certains auteurs, il s'éteint simplement. Il n'y a pas à cette occasion de mutation et c'est cette absence de mutation qui justifie l'absence de prélèvement. Cette absence de mutation juridique est parfaitement décrite par MM. Malaurie et Aynès : « *Il n'y a en effet qu'un seul propriétaire, le nu-propriétaire, qui a vocation à la perpétuité. Le vrai maître de la chose, c'est le nu-propriétaire, parce que son droit s'exerce sur la longue durée* ». ¹⁹³

§2 – Etendue de la notion en matière de démembrement de titres

Le démembrement de titres pose deux séries de questions propres à la nature des biens sur lesquels il porte. En effet, le démembrement de propriété a une incidence tant sur les prérogatives politiques (A) que sur la répartition des prérogatives économiques (B).

A – La répartition des prérogatives politiques

Les lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978 ont d'une part réparti le droit de vote en laissant une large place à la liberté statutaire puisque les dispositions légales sont supplétives de volonté et en menant d'autre part une approche différente selon le type de société considéré. L'article 1844 alinéa 3 du Code civil dispose que « *si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéficiaires, où il est réservé à l'usufruitier* ». L'article L.225-11 du Code de commerce précise, s'agissant des sociétés par actions que « *le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires* ». Si une large place est laissée à la liberté statutaire, encore faut-il

¹⁹³ MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Cours de droit civil – Les biens*, Defrénois 2010 p.247

préciser que seuls les statuts peuvent déroger à la répartition légale.¹⁹⁴ Un aménagement du droit de vote par un pacte extra statutaire serait dénué de toute efficacité juridique. Cette liberté est enfin susceptible d'être bridée par les règles du droit des biens qui interdisent que l'usufruitier soit privé de son droit de voter les décisions concernant les bénéficiaires et que le nu-proprétaire soit privé de son droit de participer aux décisions collectives.

La doctrine et la jurisprudence se fondant notamment¹⁹⁵ sur la titularité du droit de vote sont unanimes pour reconnaître au nu-proprétaire la qualité d'associé. L'article 1844 du Code civil dispose en effet que « *si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire sauf pour les décisions concernant les bénéficiaires où il est réservé à l'usufruitier* ». Si le nu-proprétaire a vocation à devenir plein propriétaire¹⁹⁶ et seul associé, on peut s'interroger sur l'incidence de son droit de vote sur cette qualité. Il apparaît que la jurisprudence a évolué en reconnaissant la possibilité d'annuler son droit de vote sans pour autant porter atteinte à sa qualité d'associé.

La Chambre commerciale a dans un premier temps refusé que les statuts privent les associés et « *donc le nu-proprétaire de participer aux décisions collectives* », ¹⁹⁷ puis elle a affiné son raisonnement, fondé sur la qualité d'associé du nu-proprétaire, dans un arrêt Château d'Yquem.¹⁹⁸ A cette occasion, la Cour a précisé dans un attendu de principe que les statuts ne pouvaient déroger au droit de participer aux décisions collectives ainsi qu'au droit de vote.¹⁹⁹ La Chambre commerciale est enfin revenue sur

¹⁹⁴ PRIEUR Jean, SCHILLER Sophie, REVET Thierry & MORTIER Renaud, *L'usufruit de droits sociaux - Quelle place pour la liberté contractuelle ?*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, 11 Juin 2010, 1221

¹⁹⁵ La CJCE se fonde par exemple sur la participation au capital pour accorder cette qualité au nu-proprétaire ; v. CJCE, 22 décembre 2008, n°C-48/07 ; *Etat Belge c/ SA, Les Vergers du Vieux Tauves*

¹⁹⁶ Le démembrement ne donne qu'une jouissance temporaire à l'usufruitier tandis que le nu-proprétaire a seul vocation à devenir plein propriétaire

¹⁹⁷ Cass. Com. 4 janvier 1994, n°91-20.256, *De Gaste* ; Bull. civ. IV, n°10 p. 8 ; Rev. soc. 1994, p. 278, note LECENE MARENAUD : le nu-proprétaire est seul associé, car il est réel apporteur de capital, à la différence de l'usufruitier. JCP E, 1994, I, 363, n°4, obs. Viandier

¹⁹⁸ Cass. Com. 9 février 1999, n°96-17.661, *Château d'Yquem*

¹⁹⁹ Suivant ce raisonnement, la cour d'appel de Caen a ainsi estimé que conférer l'ensemble des droits de vote à l'usufruitier portait atteinte aux droits du nu-proprétaire, v. CA Caen, 19 février 2008, n°06-62901, *Rapeaud c/ Plastholding*

ce point en permettant d'ôter à l'associé nu-proprétaire tout droit de vote dès lors qu'il conserve la faculté de participer aux décisions collectives.²⁰⁰ Les prérogatives de l'associé nu-proprétaire sont ainsi réduites à la portion congrue lorsque les statuts confèrent le droit de vote aux assemblées ordinaires et extraordinaires à l'usufruitier, puisqu'il suffit en pareille situation que le nu-proprétaire soit convoqué pour qu'il soit impossible de remettre en cause les décisions votées lors de l'assemblée. S'il est désormais nécessaire de distinguer le droit de vote du droit de participer aux décisions collectives, il est tout aussi nécessaire de déterminer l'étendue de ce droit de participation. Ce droit est très limité car il implique seulement que le nu proprétaire soit convoqué aux assemblées et qu'il puisse s'y exprimer librement à défaut de disposer d'une voix délibérative.

Pour certains auteurs,²⁰¹ cette suppression totale du droit de vote ne semble pas justifiée lorsque la décision en cause porte sur la substance même de la chose. Le droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives est effectivement fort limité puisqu'en application de la jurisprudence *Plastholding* il ne peut agir sur le fondement de l'abus du droit de vote que si l'usufruitier a exercé son droit de façon contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés. Peu importe par conséquent, que l'usufruitier n'ait pas tenu compte de l'opposition exprimée par le nu-proprétaire et que la délibération adoptée ait fait perdre au nu-proprétaire une prérogative essentielle sur la société. Cette décision nous semble éminemment critiquable car permet à l'usufruitier de voter les décisions affectant la substance même des droits sociaux. En pareille situation, il bénéficie en effet de la possibilité de voter une décision visant à transformer une SARL en SNC, ce qui augmente les engagements des associés et par conséquent ceux du nu-proprétaire.

²⁰⁰ Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421, *Gérard* ; JCP E, 2005, 1046, n°3, obs. Caussain ; Une clause attribuant le droit de vote pur les décisions ordinaires et extraordinaires à l'usufruitier est valide même si elle conduit à une fusion dès lors que le nu-proprétaire a la possibilité de participer aux décisions collectives, v. Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185, *Plastholding* ; Dr. Soc., 2009, n°198, obs. Coquelet ; Une clause attribuant à l'usufruitier un pouvoir de représentation systématique du nu-proprétaire n'est en revanche pas admise car elle interdit l'accès de ce dernier aux assemblées et le prive de participation aux décisions collectives, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005, n°02-15.904, Joly soc. 2006, §43, p. 217, note Le Cannu.

²⁰¹ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd, 2010, n°322, p. 190

Si la doctrine est unanime pour reconnaître la qualité d'associé au nu-proprétaire, les avis divergent sur le point de savoir si l'usufruitier jouit aussi de cet attribut. Si pour certains auteurs,²⁰² seul le nu-proprétaire bénéficie de la qualité d'associé, d'autres²⁰³ estiment compte tenu des importantes prérogatives économiques de l'usufruitier que cette qualité doit aussi lui être reconnue. La jurisprudence semble cependant pencher en faveur d'un associé unique puisqu'elle a précisé dans un arrêt « *Lenaerts Candelot* »²⁰⁴ que la cession de la nue-proprété d'un titre faisait perdre la qualité d'associé quelle que soit l'étendue des droits de vote accordés à l'usufruitier. L'usufruitier de parts sociales est le bénéficiaire des fruits sociaux constitués par les dividendes ce qui justifie le droit de vote aux assemblées statuant sur l'affectation des bénéfices sociaux que lui attribue l'article 1844 alinéa 3 du Code civil. Ce dernier dispose en conséquence de droits attachés à son titre dont il ne peut être privé sans qu'une atteinte soit portée à l'article 578 du Code civil.²⁰⁵

B - La répartition des prérogatives économiques

La jurisprudence a longtemps hésité sur la qualification des dividendes.²⁰⁶ Elle a finalement conclu à leur nature frugifère,²⁰⁷ mais a conditionné l'accès à cette existence à la décision d'affectation. Les bénéfices réalisés par une société ne

²⁰² VIANDIER Alain, *Recherches sur la notion d'associé en droit français des sociétés*, Thèse, Paris II, 1976, VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n°248 ; GUYON Yves, *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd, 2002, n°47, p. 85 ; Rép. Min, 24 février 1979, Rev. Soc. 1979, 407

²⁰³ COZIAN Maurice, *Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?*, JCP E, 1994, I, 374 ; DEBOISSY Florence, *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux*, JCP E, 2004, 1290 ; DERRUPE Jean, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts et actions*, Defrénois, 1994, p. 1137

²⁰⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 29 novembre 2006, n°05-17.009, *Lenaerts Candelot c/ Wautier* ; Dr. Soc. 2007, n°25, note François Xavier Lucas ; On notera ici la critique majeure de la doctrine qui reproche à cet arrêt son opacité et son absence de fondement textuel

²⁰⁵ Cass. Com. 31 mars 2004, n°03-16.694, *Hénoux*

²⁰⁶ Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que les dividendes ne pouvaient être des fruits dans la mesure où les distributions sont incertaines et les montants non fixés à l'avance, v. CA Paris, 15 novembre 1976 ; La Cour de cassation remarque dans un arrêt de 1990 que les dividendes ne peuvent par nature être qualifiés de fruits car ils ne présentent pas le double caractère de fixité et de périodicité, ce ne sont ainsi que les sommes réparties en vertu des statuts et après validation de l'Assemblée qui constituent des fruits, v. Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-13.999, Bull. 1990, IV, n°247, p. 171 ; v. LE CANNU Paul & DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd, 2009, p. 110 s.

²⁰⁷ Cass. Com. 5 octobre 1999, n°07-17.377, Bull. 1999, IV, n°163, p. 137 (et ce peu important l'absence de caractère périodique et fixe)

participent ainsi de la nature de fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice,²⁰⁸ la constatation des sommes distribuables et la détermination de la part revenant à chacun par l'Assemblée Générale.

L'usufruitier a ainsi droit aux bénéfices distribués par la société dans la mesure où ces bénéfices constituent des fruits. Cependant, si certains de ces fruits trouvent leur source dans le résultat courant de la société, les dividendes distribués peuvent résulter d'une distribution d'un résultat exceptionnel ou encore être payés au moyen de la remise d'un ou plusieurs éléments de l'actif social.²⁰⁹ Ces distributions confèreraient ainsi dans le premier cas la nature juridique de fruits à des bénéfices constituant originellement des produits revenant théoriquement au nu-proprétaire. Une telle distribution appauvrit le nu-proprétaire en réduisant la substance de son droit. Tel serait effectivement le cas à l'occasion d'une distribution prélevée sur les réserves libres ou celui de la distribution de bénéfices correspondant à la plus value de cession d'un élément d'actif immobilisé. Le cas du paiement des dividendes au moyen d'un élément d'actif semblerait ainsi conférer la nature de fruit à un élément immobilisé au bilan. La décision d'affectation rendrait ainsi perméable la frontière des qualifications de fruit et de produit.

Il est par conséquent nécessaire de distinguer le bénéfice de l'exercice, correspondant aux produits de l'exercice diminués des charges de l'exercice, du bénéfice distribuable. Ce dernier correspond à la somme du bénéfice de l'exercice et du report bénéficiaire auquel il convient de soustraire les mises en réserves ou le report déficitaire. Le bénéfice distribuable peut ainsi porter sur les plus-values réalisées lors de la cession d'un élément d'actif. Le bénéfice distribuable est par conséquent constitué pour partie du résultat courant et pour partie du résultat exceptionnel. Si le résultat d'exercice a

²⁰⁸ Cass. Com. 23 octobre 1984, n°82-12.386, Bull. 1984, IV, n°281 ; Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-13.999, op. cit.

²⁰⁹ « *Le paiement du dividende [...] sous la forme de remise de parts d'une société civile immobilière ne constitue pas une cession des droits de jouissance* », v. Cass. Com. 6 avril 1993, n°90-21.941 ; « *Le paiement du dividende [...] sous la forme de remise de droits immobiliers appartenant à une société ne constitue pas une cession de ces droits* » mais bien une distribution de dividendes, v. Cass. Com. 6 juin 1990, n°88-17.133 ; Le paiement du dividende sous forme de remise de biens immobiliers est une décision de distribution de dividendes constituant un acte juridique unilatéral, v. Cass. Com. 12 février 2008, n°05-17.085

vocation à revenir à l'usufruitier, le résultat exceptionnel a vocation lui à revenir au nu-propiétaire.

Les dividendes peuvent cependant résulter de profits exceptionnels qui participent du bénéfice de l'exercice comme les résultats courants. L'usufruitier a ainsi vocation à appréhender la totalité du bénéfice distribué quelle qu'en soit l'origine. Le bénéfice courant ou exceptionnel peut aussi être mis en réserves lesquelles peuvent ultérieurement faire l'objet d'une distribution. Il appartient alors à l'assemblée de décider si cette répartition intervient à titre de dividendes ou à titre de distribution de réserves. Si ces dernières sont distribuées sous forme de dividendes,²¹⁰ la distribution profite à l'usufruitier. Si les réserves sont distribuées en tant que telles, les sommes d'argent ainsi allouées sont soumises à quasi-usufruit car le démembrement des titres étend ses effets également aux réserves distribuées. Certains auteurs considèrent que l'application des règles octroyant à l'assemblée un pouvoir créateur de fruits peut être économiquement choquante. « *En effet, en cas de décision de distribution massive de réserves prise par l'usufruitier seul, il pourrait en résulter un véritable appauvrissement de la société au détriment du nu-propiétaire. En pareille situation, l'usufruitier pourrait être critiqué sur le terrain de l'abus de jouissance pour atteinte à la consistance de la société* ». ²¹¹

Dans une affaire *Cadiou*, l'administration considérait que la décision de l'usufruitier de mettre en réserve les résultats sociaux constituait une donation indirecte au profit du nu-propiétaire. L'administration considérait que cette mise en réserve systématique des bénéfices caractérisait une renonciation de l'usufruitier au dividende dans le seul but de valoriser le capital dans l'intérêt exclusif des nus-propiétaires. Les juges de la Cour d'appel de Lyon²¹² ont admis dans un arrêt fort critiquable²¹³ que l'administration

²¹⁰ Notamment en raison de l'insuffisance de résultat d'exercice imposant de puiser dans les réserves pour qu'une distribution soit possible

²¹¹ LEROND Sylvie, JAILLAIS Luc, DUMONT Grégory, *Démembrement des parts sociales de société civile : quel traitement civil et fiscal ?*, Option Finance, 16 mars 2009

²¹² CA Lyon, 16 octobre 2007, n°06-3323, *Cadiou*.

²¹³ L'arrêt nous semble critiquable en ce qu'il nie l'existence de la personnalité morale. En effet, le juge admet que l'usufruitier a pu renoncer à l'appréhension des bénéfices sociaux, or ce dernier ne peut y avoir renoncé parce que ce bénéfice ne lui appartient pas. Par conséquent, il n'a pas pu s'appauvrir si bien que la première condition d'existence d'une donation fait défaut.

avait pu faire abstraction de la personnalité morale de la société²¹⁴ et considérer que la mise en réserves caractérisait une renonciation de l'usufruitier à appréhender les bénéfices, afin d'accroître le capital dans le seul intérêt des nus-proprétaires. Pour autant, l'administration ne pouvait analyser cette renonciation comme une donation, faute d'irrévocabilité du dessaisissement de l'usufruitière. Car l'assemblée générale a toujours la faculté de décider une distribution des bénéfices initialement mis en réserves, et ces réserves reviennent à l'usufruitier, soit que l'on considère que la décision de la société a pour effet de faire perdre aux réserves leur caractère de capital, soit que l'on considère qu'il s'agit d'un quasi-usufruit.

Le ministre ayant fait appel, la Cour de cassation²¹⁵ répondit elle aussi de façon négative à la question de l'assimilation de mises en réserve à des donations indirectes, mais substitua aux motifs de la Cour d'appel un motif de pur droit reposant sur la nature de fruits des bénéfices sociaux à compter de leur seule attribution sous forme de dividendes. Avant l'assemblée générale, l'usufruitier n'a aucun droit sur les bénéfices si bien qu'il ne peut consentir une donation au nu-proprétaire en participant à l'Assemblée Générale qui décide d'une affectation des résultats à un compte de réserves.

Sous section 2. Formation et fin du démembrement

De manière classique, on étudiera les sources du démembrement (§1) avant d'en étudier les causes d'extinction (§2).

§1. Les sources contemporaines du *démembrement de propriété*

L'article 579 du Code civil ne prévoit que deux modes d'établissement de l'usufruit : la loi et la volonté de l'homme. Le *démembrement de propriété* peut donc avoir une

²¹⁴ Compte tenu des circonstances. L'usufruitier de la quasi-totalité des parts était en l'espèce la mère des nus-proprétaires.

²¹⁵ Cass. Com. 10 février 2009, n°07-21.806, *Cadiou*

origine légale (A) ou conventionnelle (B) se manifestant par convention ou testament. Cependant, tout comme la propriété, l'usufruit peut s'acquérir par prescription (C).

A - Démembrement d'origine légale

C'est principalement le cas de l'usufruit du conjoint survivant qui à défaut d'héritiers issus d'un premier lit du *de cuius* et à défaut de disposition contraire recueillie à son choix toute la succession en usufruit ou un quart en pleine propriété²¹⁶. Mais c'est aussi le cas de l'usufruit spécial du conjoint survivant sur les droits d'exploitation²¹⁷.

La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a fait ressurgir une figure révolue depuis le droit romain : l'usufruit institué par jugement²¹⁸. La prestation compensatoire, ayant pour source un divorce, peut revêtir la forme d'un usufruit à défaut de versement en capital. L'article 274, 2° du Code civil précise à cet égard que cette dernière peut prendre la forme « *d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit* ». Le juge doit alors fixer le montant de la prestation compensatoire sous forme d'usufruit²¹⁹. Contrairement aux autres démembrements d'origine légale, il paraît plus exact de parler d'usufruit judiciaire²²⁰ dans la mesure où sa constitution relève du pouvoir exclusif du juge.

B - Démembrement conventionnel

L'usufruit peut être établi par testament ou par convention, il résulte alors de la seule volonté du plein propriétaire. Dans le premier cas, il est généralement gratuit, mais peut être établi avec charge. A l'occasion de la constitution d'un usufruit testamentaire, le disposant peut gratifier une personne sans léser définitivement ses héritiers par le sang puisque ces derniers ont vocation à retrouver la pleine propriété à l'extinction de l'usufruit.

²¹⁶ Art. 757 du Code civil

²¹⁷ Art. L123-6 du Code de la propriété intellectuelle

²¹⁸ REVET Thierry & ZENATI-CASTAING Frédéric, *Les biens*, PUF, 3^{ème} édition, 2008, p. 487

²¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, n°06-14230

²²⁰ TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2006, p. 795

L'usufruit peut aussi être établi par une convention, laquelle peut être à titre gratuit ou onéreux (*il existe aujourd'hui un marché du démembrement de propriété et certaines sociétés se sont spécialisées sur l'achat d'usufruit*²²¹). Le choix de ce dernier caractère dépend de la volonté des parties mais est généralement conditionné par des considérations d'ordre économique, patrimonial et fiscal. Économique dans la mesure où pour se constituer un complément de retraite sans pour autant perdre totalement le bien, le plein propriétaire peut être amené à céder soit l'usufruit soit la nue-propriété selon la stratégie qu'il envisage²²². Patrimonial puisque la cession d'un droit sur un immeuble influe nécessairement et inconditionnellement sur la formation du patrimoine du propriétaire et est conditionnée d'autre part par les rapports et les objectifs familiaux²²³. Fiscal enfin car les stratégies fondées sur le *démembrement de propriété* présentent un risque²²⁴ non négligeable de fictivité, incitant à choisir le plus souvent un démembrement à caractère onéreux²²⁵. La combinaison d'un *démembrement de propriété* avec la création d'une société civile est néanmoins devenue un instrument prisé de gestion et de transmission patrimoniale²²⁶. Ces stratégies peuvent donc amener le propriétaire à concéder l'usufruit à une ou plusieurs personnes, mais il peut aussi, lui-même, s'instituer usufruitier au moment de l'aliénation de la chose, on parle alors de réserve d'usufruit.

C - Usucapion d'usufruit

²²¹ Mémento Patrimoine 2007 – 2008, Francis Lefebvre, n°3041, p.161

²²² FERNOUX Pierre, *Stratégie d'immobilier d'entreprise fondées sur la transmission de la nue-propriété d'un immeuble – 2 – Aspects fiscaux*, La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°31, 31 juillet 2003, 1156

²²³ SALVADOR Olivier, *Démembrement familial de propriété immobilière : quelques techniques de réinvestissement*, JCP N n°17, 26 avril 2002

²²⁴ FERNOUX Pierre, *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, Droit fiscal n°23, 5 juin 2008, comm. 358

²²⁵ GINTER Eric, *Objet de la donation régulière permettant d'éviter la présomption de fictivité du démembrement de propriété posée par l'article 751 du Code général des impôts*, Droit fiscal, n°26, 28 juin 2007, comm. 683.

²²⁶ GENTILHOMME Rémy, *Démembrement de propriété et société civile*, EFE 1997

Tout comme la propriété, l'usufruit peut être acquis par la possession, sous réserve du respect de la durée requise ainsi que des caractères continu,²²⁷ paisible,²²⁸ public²²⁹ et non équivoque²³⁰ que doit cumuler la possession. Le calcul de cette durée et des obligations de nature publicitaire par exemple dépendent de la nature du droit. Or l'on sait que l'usufruit revêt la nature juridique du bien sur lequel il porte. Ainsi, l'usufruit est immobilier lorsqu'il porte sur un immeuble et mobilier lorsqu'il porte sur un bien meuble. L'usufruit de bien meuble répond par conséquent aux prescriptions de l'article 2276 alinéa 1^{er} du Code civil²³¹ selon lequel « *en fait de meuble la possession vaut titre* » si bien que l'usufruit de meuble peut être acquis instantanément par la possession de bonne foi²³². Si en matière mobilière, la seule bonne foi permet au possesseur de le fonder usufruitier en dépit de l'inefficacité du titre, il en va autrement en matière immobilière car l'usufruit d'un titre acquis *a non domino* de bonne foi ne pourra être acquis que par un usufruit de dix à vingt ans²³³.

Il est cependant possible de faire obstacle à la nature immobilière des droits d'usufruit et de nue-propriété portant sur un immeuble et d'éviter ainsi la publication au registre des hypothèques, la présence nécessaire d'un notaire, seul habilité à authentifier un acte portant sur un immeuble. La mise en société de l'immeuble confère aux parts sociales démembrées la nature mobilière et permet d'éviter certains désagréments liés aux contraintes immobilières. On remarque à cet égard que la mise en société d'un immeuble accompagnée d'un démembrement des parts sociales est une technique d'optimisation du patrimoine tout à fait classique que recommandent les praticiens afin d'éviter une indivision post successorale. L'administration fiscale ne s'oppose plus à

²²⁷ La possession doit être continue et non interrompue. v. Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mai 2004, n°02-19.800 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n°04-18.185

²²⁸ v. Cass. Com. 3 décembre 2003, n°02-10.753

²²⁹ Sur le vice de clandestinité v. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n°03-14.610, JurisData n°2005-027442, sur la dissimulation juridique et la dissimulation matérielle, v. PERRINET-MARQUET Hugues, Droit des biens, JCP G, n°43, 24 octobre 2005, I - 181

²³⁰ Cass. Com. 15 octobre 2002, n°00-14.328 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 29 mars 2006, n°04-20.013, Bull. 2006, II, n°91, p. 86, MALLET BRICOURT Blandine & REBOUL-MAUPIN Nadège, *Vice d'équivoque et preuve de la propriété*, Recueil Dalloz 2006, p. 2363

²³¹ Art. 2279 du Code civil avant la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, art. 2

²³² Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 1997, Bull. civ. I, n°71, RTD civ. 1999, p. 655

²³³ Et par une prescription trentenaire en cas de mauvaise foi, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 1963, Bull. civ. I, n°103, Gaz. Pal. 1963, 2, p. 82

ce type de montages, tant ils sont répandus, cependant, cette dernière remet parfois encore en question les stratégies de double démembrement. Il s'agit à vrai dire d'apporter un droit immobilier démembré à une société, créée ou non à cette occasion, puis de démembrer les parts de cette société. Ce schéma d'optimisation vise à fractionner la base imposable entre les différents titulaires des droits. L'administration y voit généralement un but exclusivement fiscal et remet en cause de tels montages. Cette lutte que mène l'administration contre le *démembrement de propriété* est due au fait qu'il s'agit d'un instrument d'optimisation fiscale particulièrement efficace dans la mesure où d'une part, il permet un fractionnement de l'assiette imposable et d'autre part car la réalité du montage est difficilement contestable.

§2. La fin du *démembrement de propriété*

Le *démembrement de propriété* a vocation à s'éteindre au terme prévu par les parties, sans que celui-ci ne puisse excéder la date du décès de l'usufruitier. A cette date, il y a formation de la pleine propriété, ce qui n'entraîne pas la perception de droits de mutation à titre gratuit.²³⁴ Le caractère par essence temporaire rend l'usufruit exclusif de tout transfert lors de l'extinction. Le nu-proprétaire retrouve la pleine propriété du bien sans transfert, sans mutation ; et bénéficie donc gratuitement des améliorations procurées par l'usufruitier²³⁵. S'il hérite de l'usufruitier, il pourra en outre bénéficier de l'obligation de restituer pesant sur celui-ci, qui viendra en déduction de l'actif successoral. Le législateur a prévu cinq causes d'extinction naturelle de l'usufruit²³⁶ qui, avec l'arbitrage du bien démembré, forment les causes « normales » d'extinction de l'usufruit, par opposition aux causes particulières que sont l'abus de jouissance, la renonciation à l'usufruit et la conversion en rente viagère. On distingue les causes d'extinction naturelle (A) des causes particulières (B) d'extinction de l'usufruit, causes que nous étudierons successivement.

A - Les causes d'extinction naturelle de l'usufruit

²³⁴ Article 1133 du Code Général des Impôts

²³⁵ AYNES Laurent, *Démembrement : entre doutes et opportunités*, Droit et patrimoine 2005, n°137

Le principe viager du *démembrement de propriété* fait de la mort de l'usufruitier une première cause d'extinction naturelle de l'usufruit et l'on distingue selon que l'usufruitier est une personne physique ou une personne morale. Dans ce dernier cas, le démembrement s'éteint avec l'arrivée du terme pour lequel il a été fixé et qui ne peut excéder trente ans²³⁷. L'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été accordé constitue une deuxième cause d'extinction naturelle. En effet, si l'usufruit ne peut être consenti pour une durée plus longue²³⁸ que la vie de l'usufruitier, rien n'empêche de prévoir une durée plus courte. L'origine du terme peut être légale²³⁹ ou conventionnelle. Une troisième cause d'extinction de l'usufruit réside dans la réunion ou la consolidation sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-proprétaire. Soit la consolidation s'effectue sur la tête de l'usufruitier, dans le cas où celui-ci achète la nue-propriété ou la reçoit à titre gratuit par donation ou succession, soit elle se réalise sur la tête du nu-proprétaire. Dans cette dernière hypothèse, la doctrine est partagée sur le point de savoir s'il peut y avoir consolidation, et donc maintien des obligations contractées par l'usufruitier sur son droit d'usufruit, ou s'il y a extinction de l'usufruit et de ce fait disparition de ces obligations. De son côté, la Cour de cassation a admis des cas de maintien des droits consentis par l'usufruitier (survie de l'hypothèque par exemple). Le non usage du droit d'usufruit pendant trente ans constitue une quatrième cause d'extinction naturelle de l'usufruit. Il doit s'agir d'une absence continue de jouissance sur le bien. Enfin, une cinquième cause d'extinction naturelle de l'usufruit est la perte du bien si celle-ci est fortuite et totale.

B - Les causes particulières d'extinction de l'usufruit

Il est mis fin au *démembrement de propriété* en cas d'abus de jouissance, de renonciation à l'usufruit et de conversion en rente viagère. Par abus de jouissance, on

²³⁶ Article 617 du Code civil

²³⁷ Article 619 du Code civil

²³⁸ Article 620 du Code civil

²³⁹ Articles 382, 383 et 384 al 1^{er} sur le droit de jouissance légale accordé aux parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Article 763 du Code civil sur la jouissance gratuite d'un an du logement du conjoint survivant et des meubles qui le garnissent.

entend les actes nuisibles et volontaires commis par l'usufruitier. Si le Code civil²⁴⁰ vise la commission de dégradations et l'absence d'entretien du bien, ces actes ne sauraient constituer la totalité des comportements pouvant être reprochés à l'usufruitier. L'abus de jouissance entraîne déchéance du droit de l'usufruitier qui doit être prononcée par le juge. Celui-ci peut aussi contraindre l'usufruitier à réparer les dommages qu'il a causés au bien. L'usufruit s'éteint également dans l'hypothèse où l'usufruitier renonce à son droit,²⁴¹ que ce soit pour des raisons économiques, dans une intention libérale ou encore dans le cas d'un abandon. La renonciation doit être expresse et peut être unilatérale mais elle ne saurait être présumée. En l'absence d'un usufruit éventuel, elle entraîne la reconstitution de la pleine propriété.

Section 2 – Les risques liés à la pratique du démembrement

La frontière séparant l'optimisation fiscale et l'abus est souvent ténue²⁴². La pratique du démembrement doit donc tenir compte de ce risque lancinant. L'administration fiscale dispose de trois moyens de contestation du schéma d'optimisation fiscale. Le premier consiste en la mise en place de la procédure de répression des abus de droit, le second réside dans la présomption de fictivité de l'article 751 du Code général des impôts tandis que le dernier moyen réside dans la théorie de la propriété apparente. Outre ces dangers fiscaux (Sous-section 1), le démembrement présente un risque civil (Sous-section 2). Il semble constituer un moyen d'exhérédation temporaire ou définitive permettant de contourner les rigueurs du droit des successions. S'il est effectivement possible de contourner le droit des successions en utilisant ce biais, les praticiens ainsi que les auteurs recommandent d'user en la matière de la prudence la plus extrême.

²⁴⁰ Article 618 du Code civil

²⁴¹ Article 622 du Code civil

²⁴² BOURIANE Gérard : « *Enfin, je souhaiterais que l'on bannisse de notre vocabulaire le terme d'habileté quand on évoque l'abus de droit. En effet, parler d'habileté, n'est-ce pas déjà la première incitation à abuser de la loi* », Colloque « L'abus de droit en fiscalité », Université Paris Dauphine 16 mai 2002

Sous section 1. Les dangers fiscaux

On distingue plusieurs séries de risques fiscaux en la matière. L'abus de droit est sans doute le risque le plus important tant sa mise en œuvre est aisée (§1). Le risque fiscal repose ensuite sur la présomption de fictivité de l'article 751 du Code général des impôts qui peut frapper les montages en *démembrement de propriété* (§2) qui ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de la théorie de la propriété apparente (§3) ou aux risques de doubles impositions (§4) ainsi qu'aux donations indirectes (§5).

§1. Le risque majeur : l'abus de droit

Le spectre de l'abus de droit plane continuellement sur les montages reposant sur un *démembrement de propriété* immobilière. Aussi est-il impératif d'en connaître les contours avant d'étudier les moyens permettant d'en éviter la mise en œuvre.

Le fondement textuel de l'abus de droit est assez ancien et remonte à la loi du 13 juillet 1925. Celle-ci prévoyait une pénalité de 200 % en cas d'abus de droit. A la suite de multiples interventions législatives²⁴³, la loi du 8 juillet 1987 dite *Aicardi* ramena cette pénalité à 80%²⁴⁴ qui ne peut être infligée qu'aux seules parties à l'acte et non aux instigateurs ou aux organisateurs de l'abus de droit²⁴⁵. Le fondement textuel de cette procédure est à rechercher à l'article L 64 du Livre des procédures fiscales, article qui précise que « *Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention [...]. L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse* », mais c'est la jurisprudence qui a véritablement fixé les contours de cette notion ainsi que le champ de la procédure, l'étendant à l'ensemble des matières²⁴⁶.

²⁴³ Loi du 13 janvier 1941 : Extension de l'abus de droit aux impôts directs et création du CCRAD, saisissable uniquement par l'administration fiscale. Loi du 30 déc. 1981 : extension de l'abus de droit à l'IGF.

²⁴⁴ Art. 1729 b du Code général des impôts, modifié par l'article 35 de la loi n°2008-1443 u 30 décembre 2008

²⁴⁵ Conseil d'Etat, 9 novembre 1990, *Gauthier*

²⁴⁶ Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, *Société Janfin*, n°26050 : Droit fiscal 2006, n°47

L'arrêt fondateur²⁴⁷ en la matière précise que « *L'administration doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, lorsqu'il est établi que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles* ». Les exemples de simulation fiscale sont nombreux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁴⁸ ce qui permet aux praticiens d'avoir une idée extrêmement précise du domaine de la simulation. La requalification en abus de droit suppose l'existence d'un caractère fictif ou d'un but exclusivement fiscal. L'intérêt économique de l'opération permet à cet égard de désamorcer la possible requalification : « *Il résulte de l'instruction que [la fusion] n'a pas eu un caractère fictif et répondait à un intérêt économique ainsi que d'ailleurs le reconnaît le ministre ; que, dès lors, ce dernier n'établit pas l'abus de droit allégué²⁴⁹* ». Si il est nécessaire que le montage présente un intérêt économique,²⁵⁰ il est également nécessaire que ce dernier comporte une substance à l'opération : « *Le montage auquel a participé la SA Etablissements Guyomarc'h, qui a consisté à acquérir une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance dans le seul but d'éluider l'impôt, était constitutif d'un abus de droit²⁵¹* ». Si la jurisprudence du Conseil d'Etat est abondante, celle de la Cour de cassation n'est pas moins fournie et retient les mêmes critères. Dès 1988, la Cour s'aligne²⁵² sur la jurisprudence *Vignobles Bordelais* du Conseil d'État : « *Attendu qu'à défaut de fictivité des actes litigieux, l'existence de préoccupations fiscales de la part des parties, licites en elles-mêmes, ne pouvait être retenue que si elles constituaient la justification exclusive de l'opération* ». En matière de *démembrement de propriété* comme en matière de droits de mutation, il est nécessaire de causer le schéma d'optimisation car les juridictions retiennent

²⁴⁷ Conseil d'Etat, 10 juin 1981, *Vignobles Bordelais*

²⁴⁸ V. Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *Moitié*

²⁴⁹ Conseil d'Etat, 21 mars 1986, *Auriège*

²⁵⁰ Ou patrimonial ainsi que l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat en matière de LBO. Une opération de LBO d'est pas constitutive d'un abus de droit dès lors que la création du holding de rachat présente un intérêt financier et patrimonial durable pour les associés : Conseil d'Etat, 27 janvier 2011, n° 320313, *Bourdon*, v. Concl. du rapporteur public Claire Legras, FR Lefebvre 13/2011, p. 13 ; FOUQUET Olivier & CHARPENTIER Catherine, *LBO et abus de droit*, Droit fiscal n°15, 14 avril 2011, comm. 304

²⁵¹ Conseil d'Etat, 18 mai 2005, *Sagal*

²⁵² Cass. Com., 19 avril 1988, n°19079, *Dozinél*

aisément le but exclusivement fiscal, l'arrêt Audit Sud Est nous fournit à cette occasion un excellent exemple²⁵³ : « [...] les opérations soumises portant sur l'immeuble litigieux dissimulaient en fait une vente et constituaient un montage à des fins exclusivement fiscales, destiné à éluder les droits de mutation applicables aux ventes d'immeubles ». Si d'une manière générale, la Cour de cassation suit la jurisprudence du Conseil d'Etat, les deux Cours suprêmes s'écartent dans la définition du « montage » car seul le Conseil d'État utilise le renvoi au détournement de l'esprit de la loi. La Cour de cassation semble, quant à elle, en rester à l'intention du contribuable²⁵⁴.

En matière de *démembrement de propriété* immobilier, les praticiens ont souvent recours à l'instrument sociétaire. Mais ici encore, il est nécessaire d'user d'une attention extrême car les risques d'abus de droit sont toujours présents. C'est ainsi que dans un arrêt du 13 janvier 2009²⁵⁵, la Cour de cassation a validé un abus de droit pour fictivité d'une SCI dépourvue de moyen financiers. A cette occasion, la Cour a précisé qu'est fictive une SCI dont l'actif est uniquement composé de la nue-propriété d'un immeuble, qui n'a pas pour objet la recherche de profits ou d'économies et qui ne dispose d'aucun moyen pour assurer la gestion de son patrimoine. Le profit *certain et mécanique résultant de la variation d'actif net annuel*²⁵⁶ compte tenu de la prise de valeur de la nue-propriété n'est pas considéré pour l'heure comme consistant un profit permettant d'éviter l'abus de droit. Or c'est souvent le schéma envisagé permettant la transmission d'un patrimoine immobilier en franchise de droits de succession et permettant d'éviter l'indivision,²⁵⁷ il importe donc de prévoir lors de la création de la société la constitution d'un capital en numéraire lequel, pouvant être investi, constitue un rempart contre l'abus de droit. Sous cette réserve, l'apport démembré d'un immeuble suivi de la donation des titres d'une SCI ne constitue pas un abus de droit ainsi que l'a précisé la Cour de cassation en 2008²⁵⁸ tranchant ainsi avec l'arrêt Saunier

²⁵³ Cour de cassation, 31 octobre 2006, Audit Sud Est

²⁵⁴ TALY & AMEDEV-ANESME, *Où va l'abus de droit ?*, les nouvelles fiscales n°993 – janvier 2008

²⁵⁵ Cass. com. 13 janvier 2009, n°07-20.097, F-D de Wurstemberger : JurisData n°2009-046581

²⁵⁶ DUCHENE Jean-François & EPSTEIN Marc, *Abus de droit : fictivité d'une SCI qui ne peut remplir son objet social faute de moyens financiers*, La semaine juridique Entreprise et Affaires n° 19, 7 mai 2009, 1500

²⁵⁷ FERNOUX Pierre, *Gestion fiscale du patrimoine*, Revue Fiduciaire, 13^{ème} édition, 2008, p. 532 et s.

²⁵⁸ Cass. Com. 26 mars 2008, n°06-21944

du 15 mai 2007. Ainsi, dans le cadre des donations de parts de SCI précédées d'un apport en nue-propriété, il ne saurait y avoir d'abus de droit dès lors que le donateur conserve un intérêt de son vivant²⁵⁹ en contrôlant la société et qu'à son décès, le montage n'est pas fictif en assurant la « *cohésion du patrimoine familial* ».

Afin d'éviter la mise en œuvre de cette procédure aux conséquences extrêmement lourdes pour le contribuable, les praticiens recommandent systématiquement de causer l'acte. A cet égard, la rédaction des statuts est particulièrement importante en présence de montages mettant en œuvre un démembrement de la propriété. Il est fréquent d'insérer un paragraphe sur la cause du démembrement et de préciser par exemple que l'intérêt de l'opération est d'éviter les aléas de l'indivision.

Il apparaît néanmoins que certaines causes ne sont pas suffisantes à faire échec aux prétentions de l'administration puisque cette dernière comme le juge effectuent une analyse économique de l'opération. Une jurisprudence récente marque sur ce point un retour au réalisme du droit fiscal. La question qui se posait au juge était de savoir si le fait pour un contribuable d'apporter l'usufruit d'un bien immobilier non commercial à une société commerciale dont il est gérant et unique associé, tout en conservant en grande part l'usage dudit bien, permet d'échapper à l'ISF. La Cour de cassation²⁶⁰ a répondu par la négative et a précisé qu'un tel montage était constitutif d'un abus de droit.

Le contribuable en l'espèce avait apporté à une EURL l'usufruit de trois immeubles locatifs en leur conférant la qualité de biens professionnels. L'administration fiscale avait remis d'une part en cause le caractère professionnel de l'activité de location d'un des immeubles dont le contribuable se réservait la jouissance²⁶¹ et avait appliqué d'autre part une pénalité de 80% pour abus de droit en considérant que l'apport d'usufruit avait été uniquement inspiré par la volonté exclusive d'atténuer les charges fiscales qu'il aurait normalement du supporter en l'absence de cet apport. Par une analyse économique de l'apport à la société d'exploitation, le juge de cassation

²⁵⁹ GARÇON Jean Pierre, L'apport démembré d'un bien suivi d'une donation de titres ne constitue pas forcément un abus de droit, Bull. Joly Sociétés, juillet 2008, p. 621 s.

²⁶⁰ Cass. Com., 7 décembre 2010, n° 10-10.054 ; Droit et patrimoine, n°199, janvier 2011, p. 85

considère que l'apport ne répond pas au besoin du commerce²⁶² dans la mesure où l'usage personnel était prioritaire sur l'intérêt de l'entreprise.²⁶³ Ainsi, si l'acte doit être causé pour faire échec à l'application de l'abus de droit, sa justification économique ou juridique doit être évidente. C'est à cette seule condition que la manipulation du droit par déconstruction ne fait courir au contribuable aucun risque fiscal sur le fondement de l'article L64 du LPF.

Il est possible au contribuable de demander à l'administration, par le biais de la procédure de rescrit fondée sur l'article L64 B du Livre des procédures fiscales, si le montage envisagé est susceptible de tomber sous le coup de la procédure de l'abus de droit. Le défaut de réponse de l'administration dans les six mois de la demande doit alors être analysé comme valant tacite acceptation. Dans ce cas ou dans celui où l'administration répondrait négativement, elle se trouve engagée et ne peut plus mettre en place la procédure de l'article L64 du Livre des procédures fiscales²⁶⁴.

Enfin, dans l'hypothèse où le contribuable a fondé son schéma d'optimisation en *démembrement de propriété* sur une circulaire, une instruction ou une réponse ministérielle, le contribuable peut se prévaloir d'une interprétation du texte fiscal et opposer ce texte à l'administration en vertu de l'article L 80A du Livre des procédures fiscales, le garantissant contre les changements de doctrine.²⁶⁵ Ce fut d'ailleurs le cas

²⁶¹ Qu'il ne donnait en location que pour de courtes périodes

²⁶² Et ne peut donc recevoir la qualification de bien professionnel malgré son inscription au bilan

²⁶³ Puisque la société d'exploitation ne tire pas le maximum du droit d'usufruit dont elle dispose

²⁶⁴ Instr. 16 décembre 1988, BOI 13-L-1-89

²⁶⁵ L'arrêt rendu par la 10^{ème} sous-section (jugant seule) du Conseil d'État le 29 octobre 2010, (n° 339202) a précisé qu'il n'était pas nécessaire de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur le caractère constitutionnel des articles L80 A & B du LPF. Alors que la doctrine s'interroge sur cette épineuse question, la 10^{ème} sous-section tranche le débat sans apporter aucune justification réellement convaincante. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il ne figure pas au recueil Lebon et n'a fait l'objet, à notre connaissance, d'aucun commentaire malgré une motivation lapidaire. « [...] *Considérant que M. A soutient que les articles L. 80 A et L. 80 B du LPF sont contraires au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques et aux principes et objectifs de valeur constitutionnelle de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, d'une part, le législateur, en acceptant de faire prévaloir les interprétations administratives sur le texte de la loi a pu borner cette possibilité aux cas où les interprétations sont soit publiées et accessibles à tous les contribuables, soit notifiées à un contribuable relativement aux faits le concernant, sans méconnaître le principe d'égalité ; que, d'autre part, la méconnaissance du principe constitutionnel de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, en tout état de cause, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de*

en matière de *démembrement de propriété* en matière de contrat d'assurance vie à la suite des réponses ministérielles Chatel et Perruchot et Dassault²⁶⁶ et il y a fort à parier que ce sera le cas en matière de démembrement immobilier suite à la réponse Straumann²⁶⁷ du 5 mai 2009. La question en l'espèce portait sur le point de savoir si l'abus de bien social pouvait être retenu dans le cadre d'une acquisition démembrée entre une SCI, usufruitière et un nu-proprétaire, associé principal de la SCI. Le garde des sceaux précisa à cette occasion que si l'opération a été réalisée dans l'intérêt du dirigeant, elle n'est pas pour autant nécessairement contraire à l'intérêt social dans la mesure où le dirigeant, libre de choisir les modalités contractuelles les plus adaptées à la situation de l'entreprise, peut causer cette acquisition par un intérêt économique²⁶⁸ (arbitrage usufruit / Contrat de bail). Le schéma reposant sur l'apport d'un bien en nue-propriété suivi de la donation des parts de la société reste possible²⁶⁹ sous réserve de certaines précautions étudiées ci-après.

§2. Les risques fiscaux secondaires

Il existe au-delà du risque d'abus de droit une série de risques qui imposent de prêter une attention particulière aux opérations de démembrement de propriété. En effet, la pratique du démembrement doit être entourée d'un soin particulier tout d'abord en raison de la présomption de fictivité de l'article 751 du CGI (A) en raison de la propriété apparente (B) ensuite. La pratique du démembrement de propriété peut encore conduire à un risque de double imposition (C) ainsi qu'à celui de requalification en donation indirecte (D).

l'article 61-1 de la Constitution ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que les articles L. 80 A et L. 80 B du livre des procédures fiscales porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté [...] »

²⁶⁶ Rep. Chatel, n°50207 & Perruchot n°60024; JO AN 9 août 2005, Rép. Dassault, n°02652 du 7 mai 2009 JO Sénat, p. 1119

²⁶⁷ Rép. Straumann, n°28171 : JO AN Q, 5 mai 2009, p. 4357

²⁶⁸ Acquisition démembrée d'immeubles et abus de biens sociaux, Droit des sociétés n°7, juillet 2009, alerte n°29

²⁶⁹ FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance !* La semaine juridique notariale et immobilière, n°22, 1^{er} juin 2001, p. 978 ; FERNOUX Pierre & MATEU Jean-Marc, *Transmettre la nue-*

A – La présomption de fictivité de l'article 751 du Code général des impôts

La menace la plus sérieuse pour les stratégies construites sur le démembrement est sans nul doute celle de la présomption de fictivité de l'article 751 du Code général des impôts²⁷⁰ qui n'est en théorie²⁷¹ qu'une « *simple présomption simple*²⁷² ». Cet article est la contrepartie de l'article 1133 du Code général des impôts. En vertu de cet article, l'usufruitier est présumé fiscalement être toujours propriétaire du bien démembrement. Il énonce 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-propriété, 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-propriété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669* ». Cet article édicte en fait une présomption de propriété selon laquelle, si le nu-propriétaire ne peut prouver la sincérité de l'opération, la valeur en pleine propriété du bien démembrement est réintégrée dans le patrimoine du défunt pour le calcul des droits de succession. L'article 751 du CGI a un caractère relatif car la présomption de propriété peut être combattue par la preuve contraire dont le contribuable a la charge. Cet article vise toutes les mutations à l'exception des donations régulières dans un contrat de mariage ainsi que les donations régulières constatées par acte authentique et pour lesquelles la nue-propriété a été déterminée au moyen de l'article 669 du Code général des impôts.

propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts : c'est possible ! La semaine juridique notariale et immobilière n°49, 5 décembre 2002, 1762

²⁷⁰ Tel que modifié par l'article 46-I de la loi de finances rectificative pour 2006, Loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006, & par l'article 19 de la loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007

²⁷¹ Il s'agit parfois en pratique d'une présomption irréfragable. La Cour de cassation a en effet écarté la possibilité pour le nu-propriétaire de démontrer la sincérité d'une libéralité de moins de trois mois. v. Cass. Com. 23 mars 2010, n°09-65.820 : Dr. fisc. 2010, n° 205, comm. 316, note S. Quilici

Ainsi, en matière de don manuel, il faut que l'acte ait été porté à la connaissance de l'administration au moyen de l'imprimé fiscal n°2735. En matière de donation partage,²⁷³ revêtant la forme authentique, la présence du notaire et la perception des droits à cette occasion permet de faire échec à la présomption de l'article 751 du Code général des impôts. Il est donc important de prendre garde à l'application de cette présomption à l'occasion de la mise en place du schéma d'optimisation fiscale.

La présomption de propriété énoncée à l'article 751 du CGI connaît en revanche une exception de taille puisque la présomption ne saurait recevoir application lorsque le nu-proprétaire est une personne morale. Ainsi, l'apport à une SCI dont l'héritier serait coassocié de son ascendant, lequel se serait réservé l'usufruit de l'immeuble, n'ouvre pas application, au décès de l'usufruitier, à la présomption de l'article 751 du Code général des impôts, la société civile, nue propriétaire, ne pouvant être héritière de l'usufruitier.

B - La propriété apparente

Les présomptions de propriété des articles 752 et 773-2 du Code général des impôts ne concernent que les valeurs mobilières, les comptes bancaires détenus par le de cujus un an avant son décès ainsi que les dettes consenties par le défunt à ses héritiers. On se contentera ici de rappeler le texte de ce l'article 752 : « *Sont présumées, jusqu'à preuve contraire, faire partie de la succession, pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès, les actions, les obligations, parts de fondateur ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété ou a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès. La preuve contraire ne peut résulter de la cession à titre onéreux consentie à l'un des héritiers présumptifs ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à des donataires ou légataires institués, même par testament*

²⁷² JAFFAY, Peut-on débarrasser l'article 751 du Code général des impôts de sa mauvaise réputation ?, JCP N 1998, n°22, p. 860

²⁷³ Le système de la donation partage fixe la valeur au jour de la donation entre les donataires. Si les donations inégalitaire, assorties de clauses de renonciation à l'action en réduction sont possibles, ces clauses constituent

postérieur, ou à des personnes interposées, telles qu'elles sont désignées par les articles 911, deuxième alinéa, et 1100 du code civil, à moins que cette cession ait acquis date certaine avant l'ouverture de la succession.[...] »

C - Le risque de double imposition

En matière de droit international privé, le jeu des conventions fiscales visant à éviter les doubles impositions ne permet pas toujours de pallier à ce risque du fait d'une compréhension différente des instruments dans les législations en cause. Tel est notamment le cas de l'usufruit d'immeuble en droit britannique. La récente réforme de la fiscalité des trusts lors du *finance act 2006* a profondément modifié l'*inheritance tax* (IHT). Ainsi, la donation de la nue-propriété avec réversion de l'usufruit au conjoint survivant, donne lieu lors de la donation à la *capital gain tax* de 18% ainsi qu'à l'IHT de 20% au décès de l'usufruitier conduisant à une double imposition que n'évitent pas les conventions du 21 juin 1963 en matière d'impôts sur les successions et du 22 mai 1968 en matière d'impôt sur le revenu. En effet, à défaut de précision par l'administration, ce montage donne lieu une double imposition à l'occasion de la donation de la nue-propriété (en France : Droits de donation / au Royaume-Uni : CGT de 18% et IHT de 20%), les droits de donation dus en France par le donataire n'étant pas imputables sur des impôts de natures différentes par des redevables différents²⁷⁴.

D - La requalification en donation indirecte

Moins connue que le risque d'abus de droit, la requalification en donation indirecte n'en est pas moins dangereuse. Le droit fiscal n'en donne pas de définition aussi convient-il de se référer à celle que nous livre 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 donateur qui l'accepte* ». Une donation suppose un enrichissement du donataire corrélatif à un appauvrissement du

des pactes sur succession future que prohibe l'article 1130 al. 2 du Code civil. Le mécanisme de la donation partage est ainsi un gage de paix familiale

donateur ainsi que la présence d'une intention libérale.²⁷⁵ La réalisation de travaux par l'usufruitier ne constitue pas de ce fait une donation au profit du nu propriétaire puisque le transfert indirect de valeur au nu-propriétaire ne résulte pas d'une intention libérale mais des dispositions de l'article 599 du Code civil. L'alinéa 2 de cet article précise en effet que « *De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée* ». Ainsi, ni les héritiers, ni l'administration fiscale ne peuvent réclamer une somme quelconque au titre de ce transfert indirect de valeur.

Ce transfert peut se faire *inter partes* ou de façon détournée²⁷⁶ et c'est cette mutation aux caractéristiques civiles qui donne lieu à la perception des droits de mutation à titre gratuit. Certains conseillers fiscaux ont imaginé de combiner l'instrument sociétaire à un *démembrement de propriété* afin de contourner les rigueurs fiscales attachées aux donations. Ce montage consiste pour le gratifiant à céder au gratifié la nue-propriété des parts d'une société puis à mettre systématiquement les bénéfices en réserve. Si l'étude de la jurisprudence indique que ce schéma ne saurait donner lieu au paiement de droits de donation lorsque la situation de la société est positive (1.), le doute subsiste dans le cas des sociétés déficitaires dans lesquelles, l'usufruitier apure les comptes de la société (2).

1. Le risque de donation indirecte par mise en réserve

Lorsque l'usufruitier de parts sociales décide de l'incorporation du résultat aux réserves conventionnelles, il peut se poser la question de savoir si cette décision d'affectation lors de l'assemblée générale ne constitue pas une donation au profit du

²⁷⁴ DELAS Patrick, *Le risque de double imposition de la donation avec réserve d'usufruit d'un immeuble détenu par des britanniques*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°29, 17 juillet 2009, 1242

²⁷⁵ On notera à cet égard que le choix du régime matrimonial et l'origine des fonds finançant une acquisition ont des conséquences fiscales. L'acquisition indivise d'un immeuble par des époux séparés de biens financée par un seul des conjoints ne constitue pas un prêt jusqu'à la liquidation du régime mais une donation indirecte de la moitié du prix d'acquisition à l'autre conjoint : Com. 15 mars 2011, n°10-14.886, *Olivaux* ; Comp. Cour d'appel de Paris 29 juin 2007, n° 05-17124

²⁷⁶ LIBCHABER Rémy, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defrénois 2000, p. 149

nu-proprétaire. En effet, cette décision d'affectation ne bénéficie pas à l'usufruitier puisque celui-ci ne perçoit pas en conséquence de dividendes. Il y a donc un dessaisissement de sa part. Corrélativement, la valeur des parts de la société augmente et cette valorisation des parts bénéficie bien au nu-proprétaire. De surcroît, la mise en réserve augmente la valeur des parts, puisque les réserves sont des capitaux propres, ce qui bénéficie mécaniquement au nu-proprétaire mais aussi à l'usufruitier par le biais d'un enrichissement par capitalisation: il ne saurait donc y avoir de donation indirecte. Aussi les critères de la donation dégagés par la Cour de cassation²⁷⁷ sont-ils bien réunis. C'est sur ce fondement que l'administration requalifiait en donations indirectes la mise en réserve systématique par l'usufruitier, réalisant la célèbre prédiction de Pierre Fernoux.²⁷⁸ La requalification en donation indirecte et l'imposition de cette mutation conduirait les associés usufruitiers à ne pas mettre les sommes en réserve ce qui d'une part pourrait être dangereux pour ces sociétés et qui d'autre part consisterait en une immixtion de l'administration fiscale tant dans les choix de gestion du patrimoine des contribuables que dans leurs choix de direction des sociétés. C'est un raisonnement de même nature qui a amené la Cour de cassation à conclure au défaut de donation indirecte à l'occasion de deux arrêts du 10 février 2009.²⁷⁹

La Cour d'appel de Lyon a eu à juger de cette question à l'occasion de la célèbre affaire *Cadiou*.²⁸⁰ Dans cette affaire l'administration entendait soumettre aux droits de mutation les réserves constituées par une société au motif que l'associé usufruitier avait systématiquement voté une mise en réserve des résultats. Se fondant sur l'article 1844 du Code civil, l'administration considérait que l'usufruitier avait uniquement droit aux dividendes à l'exception de ceux mis en réserve. Par conséquent, la politique constante de mise en réserve des bénéfices sociaux constituait un dessaisissement irrévocable. L'administration fiscale opérait ici une erreur de taille puisque

²⁷⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1984, n°83-12.510, *Epoux Carin & Epoux Raphaël*, JurisData n°1984-701978, Bull. civ. 1984, I, n°312, JCP G 1986, II, 20751

²⁷⁸ FERNOUX Pierre, *Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes*, Bulletin Francis Lefebvre, avril 1999, p. 190

²⁷⁹ Cass. Com. 10 février 2009, n°07-21.806, JurisData n°2009-046999, JCP N 2009, n°11, 1114, note HOVASSE Henri, Dr. fisc. 2009, n°12, comm. 252, note GENTILHOMME Rémy, HOVASSE Henri, *Usufruit de droits sociaux : mise en réserve des bénéfices et donation indirecte*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°12, 19 mars 2009, 1287 ; MORTIER Renaud, *Pour la Cour de cassation aussi, mettre en réserve n'est pas donner*, Droit des sociétés, n°4, avril 2009, comm 71

²⁸⁰ CA Lyon, 16 octobre 2007, *Cadiou* : Dr. fisc. 2008, n°19-20, comm.319 préc.

l'usufruitier ne dispose d'aucun droit sur les réserves ni même sur le bénéfice distribuable puisque ces derniers appartiennent à la société. Avant la décision de distribution, l'usufruitier n'a aucun droit sur les bénéfices de l'exercice, « *il n'existe pas de fruits virtuels* », ²⁸¹ donc l'usufruitier ne pouvait en faire donation. En effet, « *l'usufruitier n'a droit qu'aux bénéfices distribués, pas aux bénéfices distribuables.* » ²⁸² L'argument sur lequel se fonde la Cour d'appel n'est pourtant pas celui-ci. En effet, elle fonde son rejet sur le fait que l'usufruitier pourra jouir de la distribution future des réserves si bien que le dessaisissement existait mais qu'il était révocable. ²⁸³

La Cour de cassation avait déjà admis que les réserves ne constituent pas des fruits ²⁸⁴ mais qu'elles puissent emprunter cette nature à l'occasion de distributions régulières. ²⁸⁵ Le pourvoi formé par l'administration a permis à la Cour de cassation ²⁸⁶ d'affiner la position de la jurisprudence et de préciser que le bénéfice social ne devient un fruit qu'au moment de l'affectation. Ainsi, les bénéfices sociaux n'obtiennent la nature de fruits qu'au moment de leur attribution sous forme de dividendes ²⁸⁷ ce qui implique que ces derniers n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes, la constatation de sommes distribuables et la détermination de la part revenant aux associés. En rappelant que l'usufruitier ne dispose d'aucun droit sur les bénéfices avant la décision de distribution la Cour de cassation se conforme à sa jurisprudence antérieure. ²⁸⁸ Ce faisant, elle rassure auteurs et praticiens pour qui « *les mises en réserve bénéficient d'un certificat d'innocuité fiscale et de sécurité*

²⁸¹ PERRINET-MARQUET Hughes, JCP G 2009, I, 127, n°9

²⁸² MORTIER Renaud, *Usufruitier de parts : mettre en réserve n'est pas donner au nu-propriétaire*, Droit des sociétés n°6, juin 2008, comm. 123

²⁸³ CORNILLEAU Vincent, *Associés usufruitiers, mettre en réserve n'est pas donner*, La revue fiscale notariale, n°5, mai 2009, 4

²⁸⁴ GARÇON Jean-Pierre, *En présence d'un démembrement de titres, l'affectation répétée des bénéfices en réserve peut-elle constituer une donation indirecte ?*, La semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°20, 15 mai 2009, 1711

²⁸⁵ Cass. civ. 5 février 1890, DP 1890, I, 300

²⁸⁶ Cass. Com. 10 février 2009, n°07-21.806, *Cadiou*, JurisData n°2009-046999

²⁸⁷ *Démembrement de droits sociaux, affectation en réserve des résultats et donation indirecte : confirmation de l'arrêt Cadiou*, Droit Fiscal n°9, 26 février 2009, act. 61

²⁸⁸ Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-13.999, Bull. civ. 1990, IV, n°247, p. 171 ; JCP E 1991, II, p. 127 en matière de droits de succession & Cass. Com. 9 juin 2004, n°01-02.356, JurisData n°2004-024213, JCP E 2004, p. 1132

juridique », ²⁸⁹ certificat d'autant plus sûr que la Cour de cassation a confirmé sa position ²⁹⁰ dans un arrêt du 31 mars 2009. ²⁹¹

Une question reste en suspens sur le point de savoir qui de l'usufruitier ou du nu-propiétaire est destinataire du dividende prélevé sur le résultat exceptionnel ou sur les réserves puisqu'elle n'a pas été posée à la Cour de cassation.

Lorsque les dividendes sont prélevés sur le résultat exceptionnel, on peut considérer que le fruit du titre social est composé de toutes les distributions quelles que soient les sources : auquel cas l'usufruitier bénéficie de tout le résultat exceptionnel. Un problème surgit lorsque l'usufruitier convoque une assemblée générale et vote la vente de l'immeuble, seul actif social. Le résultat exceptionnel qui résulte de la vente peut ensuite être affecté en distribution à l'usufruitier avec le résultat ordinaire. Le problème est identique si une SCI effectue une réévaluation libre de ses immeubles, la plus-value est affectée au compte « *écart de réévaluation* » et l'usufruitier peut décider en assemblée générale ordinaire de distribuer les sommes de ce compte ; la plus value latente est alors distribuée à l'usufruitier. L'autre hypothèse revient à considérer que seul le nu-propiétaire bénéficie des résultats exceptionnels. Les dividendes, du fait de leur nature exceptionnelle ont ainsi la nature de produits et non de fruits car ils ne sont pas renouvelables et qu'ils altèrent la substance de la chose.

La question est plus délicate s'agissant des dividendes prélevés sur les réserves. On peut ici considérer trois solutions. Soit une attribution au seul nu-propiétaire, le dessaisissement devenant alors irrévocable puisque le nu-propiétaire a seul le pouvoir de décider de la distribution des réserves. Soit une attribution au nu-propiétaire avec création d'un quasi-usufruit au bénéfice de l'usufruitier des parts sociales. Dans ce cas, la qualification juridique des dividendes est celle des produits qui sont soumis à un usufruit par le biais de la subrogation. L'usufruitier des parts bénéficie alors d'un

²⁸⁹ GENTILHOMME Rémy, *Affectation des résultats et distribution de dividendes dans les sociétés à capital démembré*, Droit fiscal n°12, 19 mars 2009, comm. 252, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°28, 10 juillet 2009, 1325

²⁹⁰ *Absence de donation indirecte au profit du nu-propiétaire de parts sociales en cas de mise en réserve des bénéfiques par l'usufruitier*, Lexbase Hebdo, n°346, 16 avril 2009-11-19

²⁹¹ Cass. Com. 31 mars 2009, n°08-14.053

quasi-usufruit c'est-à-dire d'un droit de jouissance sur les sommes distribuées. Soit enfin une attribution exclusive à l'usufruitier fondée sur le fait que *les dividendes sont toujours des fruits qui doivent échoir en toutes circonstances à l'usufruitier*.²⁹² Il semble que cette solution doive être privilégiée. En effet, si l'assemblée générale a le pouvoir de transformer les fruits en capital pourquoi ne pourrait-elle pas faire l'inverse, c'est-à-dire transformer les capitaux propres (réserve) en fruits (distribution de dividendes) ? L'usufruitier peut décider de l'affectation du résultat d'exercice aux réserves, aussi bien que de la distribution des réserves puisque cette faculté dépend de l'étendue des droits de vote que lui confèrent les statuts. La Cour de cassation admet en effet que les statuts attribuent à l'usufruitier le droit de voter toutes les décisions sous la seule réserve de ne pas déroger au droit de participation du nu-proprétaire.²⁹³ C'est en se fondant sur cette réflexion logique que certains auteurs ont pu affirmer que « *tout dividende doit être, de principe, attribué à l'usufruitier, peu important qu'il ait été prélevé sur les réserves* »²⁹⁴

2. Le risque de donation indirecte lié à la contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombe

Trois arrêts du 3 mars 2009 rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation²⁹⁵ dans une même affaire et dans les mêmes termes concrétisent le risque de requalification en donation indirecte qui est entrevue ici au travers de la contribution aux pertes que prévoit l'article 1832 al. 3 du Code civil. Dans cette affaire, une société fait des pertes et l'assemblée générale décide d'augmenter le capital puis de le réduire du même montant par imputation des pertes. Cette opération connue sous le nom de coup d'accordéon²⁹⁶ ne poserait pas de problème si cette augmentation de capital n'avait pas été réalisée par imputation du compte courant du seul associé usufruitier. L'administration notifie un redressement à chaque associé au motif que l'usufruitier

²⁹² MORTIER Renaud & KERAMBRUN Yann, *Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul !*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°37, 11 septembre 2009, 1264

²⁹³ Cass. Com. 22 février 2005, JCP E 2005, 968

²⁹⁴ HOVASSE Henri, *Mise en réserve des bénéficiaires et donation indirecte*, La Semaine Juridique Entreprise & Affaires, n°20, 15 mai 2008, 1647

²⁹⁵ Cass. Com. 3 mars 2009, n°08-13.278, n°08-13.279, n°07-20.871, *Sauvage*, JurisData n°2009-047303

²⁹⁶ MERLE Philippe, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz 10^{ème} édition, 2005, p.682 s.

avait contribué aux pertes au-delà de ce qui lui incombait ce qui avait pour conséquence de faire profiter les autres associés d'une donation taxable aux droits d'enregistrement. Les premiers jugements ayant été mal frappés d'appel, la Cour de cassation n'a pu déterminer si la contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombait constituait une donation indirecte au profit des autres associés. Pour autant cette question nous semble essentielle dans la mesure où cette opération est susceptible d'intervenir à l'occasion de montages qui, constitués à des fins de transmissions successorales, s'avèreraient fondés sur des sociétés finalement déficitaires. En effet, il est parfaitement envisageable que la société dont les parts forment l'objet d'une donation rencontre des difficultés financières. Le donataire usufruitier se retrouve alors face à une double impasse soit la gratification s'avère être un cadeau empoisonné puisque les usufruitiers devront contribuer aux pertes, soit le donataire éponge la dette ce qui pose la question de l'existence d'une donation indirecte.

L'article 894 du Code civil précise que la « *donation est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donateur qui l'accepte* ». La question qui se pose ici suppose que l'élément matériel (a.) et l'élément intentionnel (b.) de la donation soient réunis à l'occasion de la contribution aux pertes.

a. Élément matériel de la donation

i. Caractères du dépouillement actuel et irrévocable

La jurisprudence de la Cour de cassation²⁹⁷ rappelle que la donation indirecte suppose un appauvrissement du donateur matérialisé par un dessaisissement irrévocable.

Si la contribution aux pertes prévue à l'article 1832 al. 3 du Code civil est un élément indispensable du contrat de société, le risque que constitue l'obligation aux pertes se réalise généralement en fin de vie sociale : à la dissolution de la société. Par exception à la règle, la réalisation de la perte par l'associé peut se réaliser en cours de vie sociale.

Tel est le cas lorsque les statuts prévoient une participation des associés aux dettes en cours de vie sociale, ou lorsque les associés décident eux même de leur contribution aux dettes avant la dissolution. Par définition cette contribution aux dettes correspond à un appauvrissement de l'associé puisque son patrimoine personnel se trouve diminué du montant de la dette.

Il apparaît aux termes de l'article 1844-1 du Code civil que la contribution aux dettes doit être répartie au prorata des droits des associés dans la société. Si cette clef de répartition des dettes est observée dans la majorité des sociétés, elle n'est pourtant pas d'ordre public.²⁹⁸ Ainsi, le contrat de société n'est pas un acte figé et la volonté des parties trouve naturellement à s'appliquer vérifiant l'appartenance du contrat social aux conventions qui, dès lors qu'elles sont légalement formées,²⁹⁹ « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le législateur a en effet prévu une exception à cette règle de répartition dont la proportionnalité peut être écartée³⁰⁰ dans les statuts par une clause contraire sous réserve de son caractère léonin afin de ne pas rompre le *jus fraternitatis*. En matière de *démembrement de propriété*, le problème de la contribution aux dettes est particulier car si l'on peut considérer que le nu-propriétaire est le propriétaire final³⁰¹ des parts et est en conséquence tenu aux dettes, on peut aussi bien considérer qu'elles reviennent à l'usufruitier qui bénéficie des fruits des titres et sur lequel il serait logique de faire porter le risque, cause de la vocation aux bénéfices. Néanmoins, dans ce type de montages successoraux, l'usufruitier a tendance à éteindre seul la dette de sorte que le problème de la répartition du passif entre associés perd son intérêt pratique du fait du dépouillement incontestable.

²⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1984, n°83-12.510, *Epoux Carin & Epoux Raphaël*

²⁹⁸ L'article 1844-1 précise en effet que cette clef de répartition s'applique à défaut de clause contraire

²⁹⁹ Art. 1134 alinéa 1^{er} du Code civil

³⁰⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1990, Bull. Joly 1990, p. 1029, n°330 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 octobre 1990, Bull. Joly 1990, p. 1052, n°343 ; La répartition inégale est aussi acceptée par le juge fiscal, v. notamment Conseil d'Etat, 26 février 2001, *Anzalone*, RJF 5/01, n°619, Dr. fisc. 2001, n°27, comm. 611 ; Conseil d'Etat, 23 novembre 1001, *SA Cogedac*, RJF 2/02, n°196

³⁰¹ « *La propriété ne peut se réduire à une addition de droits sur une chose, car, à supposer que tel fut le cas, il faudrait en tirer cette conséquence absurde que le propriétaire d'un bien grevé d'un droit réel n'est pas un propriétaire* », VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de propriété, RTD Civ 1905,

Il est admis que l'obligation de contribuer aux pertes ne s'exécute qu'en fin de vie sociale.³⁰² La Cour de cassation³⁰³ remarquait à ce sujet que « *sauf stipulation contraire, c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses dettes* ». Comptablement, et dans l'attente que des bénéfices ultérieurs les épongent, les dettes sont portées en report à nouveau négatif, ainsi, leur caractère latent pour l'associé ne se dissipe-t-il qu'à la dissolution. En revanche, lorsqu'une dette est éteinte par un associé en cours de vie sociale, il y a transfert d'une somme du patrimoine de l'associé vers le patrimoine du créancier social. L'irrévocabilité de ce transfert de valeurs ne saurait céder devant une éventuelle et ultérieure distribution de dividendes si bien que le dessaisissement de l'associé usufruitier est irrévocable. Si ce dessaisissement profite au bénéficiaire, il semble que ce type de contribution aux pertes constitue une donation indirecte au profit des autres associés, encore faut-il que le dépouillement profite au bénéficiaire.

ii. Le bénéficiaire du dépouillement

La donation suppose une acceptation du bénéficiaire ainsi que le précise l'article 894 du Code civil. Il est donc nécessaire que le bénéficiaire conçoive le dépouillement comme un profit qu'il accepte. Si cette acceptation doit être expresse et répondre aux formes de l'acceptation prévues à l'article 932 du même code, il est évident que du fait même de la nature particulière de la donation indirecte on ne peut exiger ces caractères en la matière ; aussi, l'acceptation peut elle être tacite. Cette acceptation silencieuse doit pour autant être sans équivoque et il appartient au juge d'apprécier ce caractère au cas par cas.³⁰⁴ L'acceptation en la matière résulte de l'inertie des nus-propriétaires,³⁰⁵ acceptation dont la preuve contraire semble difficile à apporter si bien qu'apparaît une quasi-présomption d'acceptation au bénéfice de l'usufruitier.

n°71, p. 431, cité par BLANLUET Gauthier in *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Thèse Paris II, 1999*

³⁰² COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 21^{ème} édition, 2008, n°129 ; MERLE Philippe, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz 10^{ème} édition, 2005, p.67

³⁰³ Cass. Com 3 mars 1975, Rev. Sociétés, 1975, p.454

³⁰⁴ Cass. Civ. 18 octobre 1909, DP 1910, 1, p.462

b. Une intention libérale

En l'absence de dispositions statutaires répartissant inégalement la contribution aux dettes, il est certain que cette contribution inégale en cours de vie sociale sera analysée par le juge comme une donation indirecte. En effet, rien n'obligeant l'usufruitier à procéder de la sorte, il n'est que l'intention libérale qui puisse justifier ce dépouillement.³⁰⁶ Le risque de requalification en donation indirecte est donc fortement présent dans ce type de montages, mais il peut être écarté en prenant certaines précautions. Il suffit en effet d'introduire dans les statuts une clause prévoyant la répartition inégale des dettes et des dividendes pour faire échec aux éventuelles prétentions de l'administration. Ainsi, en pareille hypothèse et sous réserve du respect de ces précautions, il sera impossible à l'administration d'apporter la preuve de l'intention libérale puisque le dessaisissement de l'usufruitier sera justifié par une clause statutaire qui s'impose à lui.³⁰⁷

Sous section 2. Les dangers civils du *démembrement de propriété*

Le principal danger civil est la remise en cause du montage en démembrement conduisant à une exhérédation temporaire ou totale que réprime la jurisprudence (§1), risque qui peut néanmoins être écarté par la création de schémas d'optimisation fiscale un rien plus complexe (§2).

§1. Le danger de remise en cause de la stratégie pour cause d'exhérédation

Afin d'éviter l'ordre public successoral, il se peut que les membres d'une famille mettent en place une stratégie fondée sur le démembrement visant à écarter de la succession un enfant importun. Le fonctionnement est assez simple et consiste en des acquisitions démembrées dont la préparation permet de mettre en échec les dispositions

³⁰⁵ Cass. Req. 29 mars 1938, DP 1939, 1, p. 5

³⁰⁶ LEDAN Jessica, *La contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombe constitue-t-elle une donation indirecte au profit des autres associés ?*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°46, 13 novembre 2009, 1312

de l'article 751 du Code général des impôts. Ces stratégies ne tiennent pas compte de la rigueur du droit civil et de la présomption irréfragable³⁰⁸ que pose l'article 918 du Code civil. Ce dernier dispose : « *La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations* ». Cet article pose une présomption de gratuité à l'encontre des cessions consenties à des successibles en ligne directe. En vertu de cet article, il est nécessaire de rapporter à la succession le bien objet du démembrement dès lors que ce dernier a été effectué avec réserve d'usufruit, à fonds perdus ou moyennant une rente viagère. A moins qu'il n'ait consenti à cette aliénation, l'héritier lésé³⁰⁹ peut actionner une action en réduction si les biens rapportés dépassent la quotité disponible.

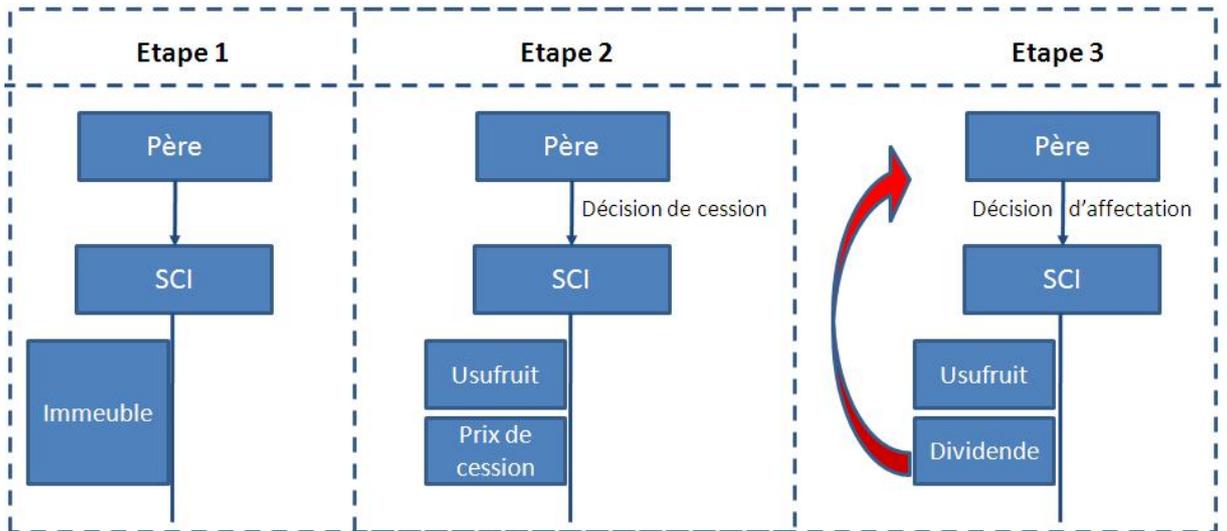
§2. Contournement de la difficulté

La mise en œuvre de l'article 918 du Code civil n'empêche pas pour autant la réalisation de stratégies de *démembrement de propriété* permettant une exhérédation totale. Le schéma repose ici sur une cession à titre onéreux de la nue-propriété de l'immeuble que la famille souhaite soustraire au droit des successions préalablement mis en SCI. La cession des parts de la SCI permettant à l'héritier réservataire d'actionner le rapport à succession, ce qu'empêche l'interposition sociale, c'est la SCI qui cède à titre onéreux la nue-propriété de l'immeuble. Les fonds ainsi encaissés par la SCI font l'objet d'une décision d'affectation et deviennent à cet instant des fruits sociaux distribuables aux associés.

³⁰⁷ Encore faut-il que cette clause ne soit pas concomitante avec le dépouillement

³⁰⁸ Cass. civ. 28 décembre 1937 : DP 1940, 1, p.40

³⁰⁹ Qui ne peut être qu'un héritier présomptif en ligne directe : Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, RTD civ. 1983, p. 173



La validité de ce schéma implique que ce dernier soit causé (c'est-à-dire qu'il y ait un intérêt pour la SCI dans cette opération), et que la SCI reçoive un paiement effectif de la part des héritiers acquéreurs au moyens de fonds qui leurs sont propres. Le prix de cession est alors évalué au moyen d'un taux de rendement et de la durée de l'usufruit qui, conservé par une personne morale, ne peut durer plus de 30 ans (cependant, plus celui-ci est long, moins la nue-propriété a de valeur et de ce fait moins les acquéreurs auront à payer). Ce schéma permet de contourner la rigueur du Code civil et constitue bien une sortie du bien indirecte mais légale du patrimoine du de cujus. L'écran formé par la société est ici encore un instrument très performant d'optimisation patrimoniale.

Conclusion du chapitre I

L'usufruit, droit portant sur un bien dont un autre a la propriété, constitue donc un droit réel temporaire imposant à l'usufruitier de conserver la substance du bien en contrepartie de revenus procurés par l'objet du droit.

Technique d'un intérêt pratique d'autant fort qu'elle peut être combinée à l'instrument sociétaire, le démembrement de propriété doit être utilisé avec précautions. La constitution d'un usufruit conduit en effet à une répartition des pouvoirs sur le bien se traduisant notamment par une répartition des prérogatives politiques lorsque le droit porte sur des parts sociales ou des actions.

Si le nu-proprétaire bénéficie de la qualité d'associé dans la mesure où il le droit de vote lui appartient *sauf pour les décisions concernant les bénéfices*,³¹⁰ les statuts peuvent prévoir une clef de répartition différente en permettant d'ôter à l'associé nu-proprétaire tout droit de vote dès lors qu'il conserve la faculté de participer aux décisions collectives.³¹¹ Les prérogatives de l'associé nu-proprétaire sont ainsi réduites à leur plus simple expression, puisqu'il suffit que le nu-proprétaire soit convoqué pour qu'il soit impossible de remettre en cause les décisions votées lors de l'assemblée par l'usufruitier

Technique qui doit être maniée avec précaution en raison des risques qu'elle fait peser, le démembrement de propriété est un instrument fréquemment utilisé à des fins de transmission en raison de son intérêt fiscal. Intérêt fiscal tout d'abord car l'usufruit s'éteint par l'arrivée de son terme et que la reconstitution de la pleine propriété entre les mains du nu-proprétaire intervient en franchise de droits.³¹²

³¹⁰ Article 1844 du Code civil

³¹¹ Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421, *Gérard*, préc. ; Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185, *Plastholding*, préc. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005, n°02-15.904, préc. Cass. Com. 9 février 1999, n°96-17.661, *Château d'Yquem* préc.

³¹² CGI, Art. 1133

Intérêt fiscal ensuite en raison des schémas fondés sur la répartition des prérogatives économiques. Les dividendes qui n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice,³¹³ ne bénéficient de la nature de fruits qu'à compter de la décision d'affectation.³¹⁴

L'usufruitier qui a vocation à recueillir les bénéfices distribués peut ainsi bénéficier de dividendes résultant d'une distribution d'un résultat exceptionnel puisqu'il appartient à l'assemblée de décider si la distribution intervient à titre de dividendes ou à titre de distribution de réserves. Le démembrement de propriété peut ainsi être instrumentalisé puisque la Cour de cassation³¹⁵ a jugé qu'une politique de mise en réserve ne constituait pas une donation indirecte soumise aux droits de mutation.

³¹³ Cass. Com. 23 octobre 1984, n°82-12.386, préc. ; Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-13.999, préc.

³¹⁴ Cass. Com. 5 octobre 1999, n°07-17.377, préc.

³¹⁵ Cass. Com. 10 février 2009, n°07-21.806, *Cadiou*, préc.

Chapitre 2 – Traitement fiscal du *démembrement de propriété*

La nature juridique du *démembrement de propriété* influe sur le traitement fiscal de l'instrument et c'est notamment là que réside son intérêt. Le *démembrement de propriété* influe ainsi sur le traitement fiscal des revenus générés par le bien objet du démembrement (Section 1). La répartition des prérogatives du droit de propriété conduit ensuite à modifier les règles d'imposition en matière de droits d'enregistrement (Section 2).

Section 1. Incidences du démembrement sur l'impôt sur le revenu

Si le traitement fiscal du démembrement de propriété ne pose guère de difficultés lorsque l'objet de la déconstruction du droit est un meuble, dans la mesure où, en pareille hypothèse, le démembrement de propriété porte généralement sur des titres de sociétés ou sur un portefeuille de valeurs mobilières dont les revenus sont imposés au niveau de l'usufruitier dans les règles du droit commun, la technique du démembrement pose d'avantage de questions en matière immobilière. On s'attachera ainsi à déterminer les règles d'imposition au titre des revenus fonciers (Sous-section 1) avant d'étudier le traitement fiscal des plus-values (Sous section 2).

Sous section 1. Imposition des revenus fonciers

On reconnaît à l'usufruitier l'usus et le fructus à l'exception de l'abusus. Cette vision n'est que partiellement exacte dans la mesure où l'usufruitier a bien le pouvoir d'user de la chose et d'en tirer les fruits (pouvoir qui est sans conteste le plus important) mais il a aussi le pouvoir de disposer de son droit, de céder ainsi non le bien lui-même mais le droit d'usufruit sur le bien en cause. L'usufruit fait en effet partie du patrimoine de

l'usufruitier si bien qu'il peut être vendu, donné ou saisi indépendamment de la nue-propriété³¹⁶.

Si l'usufruitier peut utiliser l'immeuble pour se loger, la prérogative la plus intéressante est bien de jouir du bien objet du démembrement³¹⁷. En effet, lorsque l'usufruitier occupe l'immeuble objet du démembrement, il n'est jamais imposé sur l'avantage en nature dont il jouit, et corrélativement, il ne peut déduire les charges qu'il a engagées sur l'immeuble. En matière immobilière, il n'y a pas lieu de se pencher plus avant sur la distinction des fruits (revenant à l'usufruitier) et des produits (revenant au nu-propiétaire). En effet, les fruits se caractérisent par leur périodicité et leur reproduction sans altération du bien tandis que les produits supposent une altération du bien. Carbonnier définissait d'ailleurs le fruit comme étant « *un bien accessoire qui sort périodiquement d'un bien principal sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée. Il s'oppose au produit qui n'est retiré du capital qu'à intervalles irréguliers et en tout cas, au prix d'une diminution de substance* »³¹⁸. Or on voit mal ce que peut produire un immeuble à part des loyers qui constituent à l'évidence des fruits. Certes, le Code civil fait une large place aux produits des carrières, de tourbières, aux futaies et autres produits bucoliques, mais il semble que ces derniers soient fortement désuets et participent de ces fréquentes curiosités et autres « trous du code »³¹⁹. L'étude du fructus en matière immobilière ne se réduit par pour autant à l'étude de l'imposition des revenus fonciers (§1), car la combinaison du *démembrement de propriété* aux dispositifs de faveur n'est pas évidente (§2).

§1. Fiscalité de droit commun

La répartition fiscale des charges entre usufruitier et nu-propiétaire ne tient compte de la répartition économique ou civile des charges que dans une certaine mesure. Selon le

³¹⁶ Art. 595 du Code civil

³¹⁷ Lorsque l'usufruitier laisse la jouissance gratuite de l'immeuble au nu-propiétaire, il est considéré comme s'étant réservé la jouissance de l'immeuble et bénéficie de l'exonération de l'article 15 II du Code général des impôts

³¹⁸ CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome III, Les biens*, PUF, 1995 n°60

³¹⁹ TERRE François, *Destinée du Code civil*, Discours à l'Académie – Bicentenaire du Code civil, 15 mars 2004

professeur Cozian, le droit fiscal n'est ni plus autonome ni plus réaliste que les autres branches du droit. Aussi envisage-t-il la fiscalité comme un droit de « *superposition qui s'appuie nécessairement sur des réalités juridiques qui lui sont extérieures* »³²⁰. Force est de constater que la répartition des charges au plan fiscal marque le réalisme et l'autonomie de cette branche du droit. En effet, la fiscalité ne tient pas compte du principe civil de répartition des charges en fonction de la qualité mais permet à celui qui effectue une dépense sur un bien de pouvoir la déduire des revenus afférents. Il résulte en effet des dispositions des articles 28 et 156, I, 3° du Code général des impôts qu'en cas de démembrement du droit de propriété immobilier, les dépenses de réparation sont déductibles des bases de l'impôt sur le revenu dû par le titulaire du droit qui a effectivement supporté la charge et uniquement si ces charges étaient déductibles en l'absence de démembrement³²¹. Si le Code civil impose à l'usufruitier de régler les charges d'entretien³²² ainsi que les charges annuelles³²³ telles que les assurances ou les contributions foncières et au nu-propiétaire de régler les grosses réparations, telles que les gros murs et les voûtes, les poutres et les toitures³²⁴, au plan fiscal, le principe est que celui qui effectue une dépense peut seul les déduire de ses revenus de même nature. Par exception, seul l'usufruitier est redevable de la taxe foncière ainsi que le précise l'article 1400 II du Code général des impôts, si bien qu'il est le seul à pouvoir la déduire³²⁵. Ce n'est ici que la conséquence logique de l'application de l'article 608 du Code civil qui dispose : « *L'usufruitier est tenu, pendant la jouissance de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits* ».

Le réalisme est d'ailleurs poussé à son paroxysme dans la mesure où seules les dépenses effectives peuvent constituer des charges, par voie de conséquence, le régime du micro foncier ne peut s'appliquer en cas de *démembrement de propriété*. Il convient de se pencher sur la situation de l'usufruitier (A.) avant d'étudier celle du nu-propiétaire (B).

³²⁰ COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, 31^{ème} édition, p. 6

³²¹ CAA Paris, 2^e ch. 10 novembre 2006, n°04PAP1970, *M. et Mme. Bettinger*, Juris Data n°2006-348216

³²² Art. 605 du Code civil

³²³ Art. 608 du Code civil

³²⁴ Art. 606 du Code civil

A - Situation de l'usufruitier

L'usufruitier est tenu aux réparations d'entretien. Le nu-propiétaire peut d'ailleurs contraindre³²⁶ l'usufruitier à effectuer lesdites réparations³²⁷ contrairement à la situation inverse. La situation de l'usufruitier a pour assise les règles s'appliquant à l'usufruitier personne physique (1), ces règles devant pourtant être nuancées lorsque l'usufruitier est une personne morale (2).

1. Usufruitier personne physique

L'usufruitier qui perçoit des revenus est imposé sur la totalité des recettes effectivement encaissées au cours de l'année. Ces revenus s'additionnent aux revenus de même nature et sont imposés selon les règles de droit commun. Exception faite du régime du micro foncier, les revenus fonciers dont bénéficie l'usufruitier sont déterminés selon les règles générales applicables à l'ensemble des propriétaires³²⁸. Ainsi, en cas de location meublée, les revenus seront déterminés selon les règles des BIC tandis qu'en cas de location non meublée ces revenus seront déterminés en tenant compte des règles des revenus fonciers. En cas d'abandon de loyer au nu-propiétaire, il est néanmoins fait une exception au principe selon lequel l'usufruitier est imposé sur les revenus fonciers. En pareil cas, l'usufruitier reste imposable sur ces revenus fonciers³²⁹. L'administration considère en la matière que cet abandon de loyers doit être analysé comme une libéralité sans influence sur l'imposition de l'usufruitier qui reste alors taxable. On pourrait penser qu'en vertu de la règle du *non bis in idem*, le nu-propiétaire ne sera corrélativement pas imposé, mais il n'en est rien. En effet, cet avantage laissé au nu-propiétaire est lui aussi imposé dans la catégorie des bénéfices non commerciaux.

³²⁵ En matière d'impôt de solidarité sur la fortune par exemple.

³²⁶ V. MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Cours de droit civil – Les biens*, Defrénois 2010, p. 256

³²⁷ Cass. civ. 27 juin 1825

³²⁸ Art. 28 à 32 du Code général des impôts

³²⁹ Doc. adm. 5D-123 n°3

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, toutes les charges éventuellement réglées par l'usufruitier viennent en déduction de ces revenus et ce même si civilement, ces charges incombent au nu-propiétaire³³⁰. Il peut arriver du fait de ces charges que l'usufruitier d'un immeuble dégage un déficit. Les règles qui s'appliquent à l'usufruitier sont alors identiques à celles des pleins propriétaires. Ainsi en cas de location meublée ne provenant pas d'une activité professionnelle³³¹, les déficits ne sont imputables que sur les revenus de même nature des six années suivantes. De la même manière, en présence d'un éventuel déficit foncier, celui-ci n'est déductible du revenu global que dans la limite de 10 700€ pour la part ne provenant pas d'intérêts d'emprunt. Les intérêts d'emprunt d'acquisition de l'usufruit sont quant à eux tunnelisés et ne peuvent s'imputer que sur les revenus ultérieurs de même nature. Le surplus de déficit provenant tant des intérêts d'emprunt que des autres charges est ensuite reportable sur les revenus fonciers des dix années suivantes. Enfin, si le revenu global est insuffisant pour supporter la charge de 10 700€, le surplus est reportable sur les revenus globaux des six années suivantes.

2. Usufruitier personne morale

L'usufruitier de l'immeuble peut être une personne morale, en pareil cas, il y a lieu de distinguer selon qu'elle est soumise à l'impôt sur les sociétés pour les revenus dégagés de la location de cet immeuble ou si cette société est soumise à l'impôt sur le revenu. La situation est assez simple dans le premier cas. En application de l'article 238 bis K du Code général des impôts, ces règles ne s'appliquent pas lorsque l'usufruit appartient directement ou par personne interposée à une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés ou à une entreprise industrielle, commerciale ou artisanale imposable de plein droit selon le régime de bénéfice réel. Les revenus locatifs sont imposés au nom de la personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de 33,33% et les charges éventuelles viennent en déduction de ces revenus de manière classique.

³³⁰ Conseil d'Etat, 7 février 1975, n°90196, Droit fiscal 1975, n°13, comm. 461, concl Cabannes

³³¹ Lorsque le loueur dégage un Chiffre d'affaire inférieur à 23 000€

Les règles applicables sont pour l'essentiel transposables en cas d'interposition d'une société civile translucide³³², c'est-à-dire n'ayant pas opté pour l'impôt sur les sociétés et dont les revenus sont imposés entre les mains des associés dans la catégorie des revenus fonciers³³³. En cas de démembrement portant sur les parts de la société d'interposition, il convient de définir qui de l'usufruitier ou du nu-proprétaire est imposable. L'article 8 du Code général des impôts dispose : « *En cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-proprétaire n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu à raison du résultat imposé au nom de l'usufruitier [...]* ». Dans une société dont les parts sont détenues en démembrement, l'imposition de l'usufruitier sur sa quote-part de bénéfices à la date de clôture de l'exercice n'a pas de sens³³⁴ quand bien même il peut toujours³³⁵ voter aux assemblées pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices³³⁶, car sauf clause spécifique dans les statuts, la qualité d'usufruitier ne confère aucun droit dans les résultats car seule la décision d'affectation du résultat d'exercice fera naître le fruit³³⁷. La rédaction des clauses statutaires revêt donc en l'espèce une importance toute particulière.

B - Situation du nu-proprétaire

Avant d'envisager le cas de la réserve d'usufruit (2), il convient d'étudier les principes généraux gouvernant la situation du nu-proprétaire (1).

1. Principes généraux

³³² Art. 8 du Code général des impôts. Le résultat fiscal est déterminé au niveau de la société et réparti entre les associés à proportion de leurs droits dans la société, qu'il y ait ou non distribution.

³³³ Mémento Patrimoine 2007 - 2008, Francis Lefebvre, p. 184

³³⁴ Car l'usufruitier peut notamment être imposé sur des sommes non distribuées ou sur la plus value de cession de l'immeuble en l'absence de distribution ainsi qu'il découle des dispositions de l'article 150 VF II du Code général des impôts

³³⁵ Cass. Com. 31 mars 2004, n°626 PB, *Hénaux*, Bull. civ. IV, n° 70, p. 71; Cass. com. 4 janvier 1994 n° 31 P, *Consorts de Gaste c/ de Gaste* : RJDA 5/94 n° 526 ; Sur les pouvoirs de l'usufruitier v. CA Caen 19 février 2008 n° 06-2901, 1^e ch. civ., *Rapeaud c/ Sté Plastholding*

³³⁶ Art. 1844 du Code civil

On l'a vu, les charges effectivement payées par l'usufruitier peuvent venir en déduction de ses autres revenus fonciers. Il en va de même pour le nu-propiétaire si ce dernier répond à ses obligations de grosses réparations³³⁸ au sens de l'article 606 du Code civil, lorsque l'immeuble est loué et ce quand bien même le nu-propiétaire serait le locataire de l'immeuble démembré³³⁹. Mais le nu-propiétaire peut aussi déduire les dépenses de réparation³⁴⁰ qu'il a effectivement supportées alors même que ces dernières incombent normalement à l'usufruitier.³⁴¹ La déduction des travaux réalisés par le nu-propiétaire doit être effectuée dans les conditions prévues par l'instruction administrative du 23 mars 2007³⁴² : « *Bien que certains travaux supportés par le nu-propiétaire soient destinés à assurer la conservation d'un immeuble dont les revenus ne sont pas imposables à son nom, il est autorisé à déduire ces frais du revenu de ses autres propriétés ou s'il ne possède pas d'immeuble en toute propriété, de son revenu global dans les conditions et limites fixées à l'article 156-I-3° du Code général des impôts*³⁴³ ». Le nu-propiétaire a la possibilité d'imputer ces charges de travaux sur d'autres revenus fonciers en supposant qu'il en recueille. Le déficit foncier global résultant de cette imputation serait ensuite reportable sur son revenu global dans la limite annuelle de 10 700€ pour la part ne provenant pas des frais financiers. La partie éventuellement non imputée en raison de la faiblesse des revenus pourrait ensuite faire l'objet d'un report sur les revenus fonciers des dix années suivantes. Il est ici nécessaire de noter que ces imputations sont susceptibles d'être remises en cause si l'usufruitier cesse de louer l'immeuble.³⁴⁴

³³⁷ Mémento Patrimoine 2007-2008, Francis Lefebvre, p.188, n°3564

³³⁸ Cass. civ. 19 octobre 1985, B. III, n°119 & Cass. civ. 3^{ème} 10 juillet 2002, n°00-22158 : l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propiétaire à réaliser les grosses réparations, l'usufruitier ne pouvant que demander au terme de l'usufruit une indemnisation pour les grosses réparations qu'il a effectuées

³³⁹ TA Montpellier, 23 mars 2006 n°00-4068, RJF 2/07, n°194

³⁴⁰ L'article 85 de la loi de finances rectificative pour 2008, loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 a modifié les règles gouvernant l'imputation des dépenses de grosses réparations par le nu-propiétaire. Ces règles ne concernent que l'hypothèse dans laquelle le *démembrement de propriété* résulte d'une donation ou d'une succession entre vifs, sans charge ni condition et consentie entre parents en ligne directe jusqu'au 4^{ème} degré inclusivement.

³⁴¹ Conseil d'Etat, 21 février 1979, n°4896, RJF 4/79, n°226

³⁴² Instruction fiscale du 23 mars 2007, BOI 5 D-2-07 fiche n°8, al. 48

³⁴³ DB 5 D 3122, n°134 à 147

L'article 156-I-3° du Code général des impôts permet alors au nu-propiétaire d'imputer sans limitation sur son revenu global la part de ce déficit ne provenant pas des intérêts d'emprunt à la double condition que le démembrement porte sur un immeuble détenu en direct et que le démembrement trouve son origine dans un acte de mutation à titre gratuit ne comportant aucune charge ou condition. Si ces conditions ne sont pas remplies, le déficit doit être traité selon les règles générales d'imputation des revenus fonciers. Il est intéressant de remarquer que cette déductibilité n'est pas liée à la location pendant trois ans comme c'est le cas dans le régime général de déductibilité des revenus fonciers. Par voie de conséquence, il est possible au nu-propiétaire d'effectuer ces dépenses de grosses réparations puis de céder son droit tout en continuant de déduire la charge liée à la réparation de l'immeuble. Une telle déduction ne peut être remise en cause par l'administration.

À compter de l'imposition des revenus 2009, lorsque le démembrement d'un immeuble bâti résulte d'une succession ou d'une donation³⁴⁵, les nu-propiétaires bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun pour la prise en compte de leurs charges payées en application de l'article 605 du Code civil. Lorsque l'immeuble était loué et que les revenus de la location étaient soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus fonciers, les dépenses de travaux payées par le nu-propiétaire pouvaient générer un déficit foncier qui le cas échéant pouvait être imputé sur son revenu global sans limitation³⁴⁶. Ce régime est abrogé par l'article 85 de la loi de finances pour 2008 qui y substitue un régime codifié sous un 2 quater nouveau de l'article 156 II du CGI : au lieu de constater un déficit foncier imputable sans limitation sur son revenu global, le nu-propiétaire peut sur option irrévocable, valant renoncement à prendre en compte ces dépenses pour la détermination de ses revenus fonciers, déduire, comme une charge de son revenu global, ses dépenses dans la limite annuelle de 25 000 euros, et le surplus des dépenses non imputées au titre d'une année sont reportables, sur le revenu global des dix années suivantes. Il semble que cette charge du revenu global soit rendue autonome par rapport à la situation locative de l'immeuble si bien qu'elle

³⁴⁴ MOREL Gervais, *Fiscalité, placements et réductions d'impôt*, CFPB, 2006, p.169

³⁴⁵ Consentie sans charge et entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement

semble pouvoir être déduite alors que l'immeuble n'est pas loué. Enfin, cette nouvelle déduction n'est pas comprise dans le plafonnement global des avantages fiscaux institué par l'article 200-0A du Code général des impôts issu de l'article 91 de la loi de finances pour 2009.³⁴⁷

2. Cas de la réserve d'usufruit

La situation dans laquelle le *démembrement de propriété* porte sur un immeuble dont l'usufruitier se réserve la jouissance empêche, hormis semble-t-il la situation exposée plus haut, la déductibilité par le nu-proprétaire des travaux qu'il a effectués. En effet, une affectation des locaux à titre de résidence principale de l'usufruitier s'oppose à toute déduction de charges de travaux par le nu-proprétaire, l'usufruitier ne retirant aucun revenu de la location de l'immeuble puisque ce dernier n'est pas donné en location. La documentation administrative est encore très claire sur ce point : « *Les travaux ne sont toutefois pas admis en déduction lorsque les dépenses afférentes sont supportées par le nu-proprétaire et que l'usufruitier se réserve la jouissance du local.*³⁴⁸ *La déduction par le nu-proprétaire de ces dépenses est en effet uniquement justifiée par le fait que l'immeuble est effectivement donné en location 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* ». ³⁴⁹ La justification de cette règle est à rechercher dans la préexistence d'un revenu à la déductibilité d'une charge.³⁵⁰ Le propriétaire qui utilise son immeuble ou le met gratuitement à la disposition de sa famille ou d'un tiers est considéré fiscalement comme s'en réservant la jouissance. Il n'est pas imposable en raison du revenu en nature correspondant à la disposition gratuite, ainsi que le précise l'article 15 II du Code général des impôts, mais il ne peut pas par conséquent déduire les charges correspondantes.

³⁴⁶ Art. 156, I, 3° du Code général des impôts

³⁴⁷ Instruction fiscale du 26 juillet 2010, BOI 5 B-19-10

³⁴⁸ Rép. Gilard, n°65260, JO AN 16 août 2005, p. 7848

³⁴⁹ Instruction fiscale du 23 mars 2007, BOI 5 D-2-07 fiche n°8 & fiche n°5 §18, *Doc. adm. DGI 5 D-3122*, § 134 à 146, 10 mars 1999; *JCP N 2007*, n° 14, *act. 304*, *Rép. min. n° 2685 : JO AN Q 11 déc. 2007*, p. 7819 ; *Dr. fisc. 2008*, n° 7, *act. 49*.

Cette non déductibilité des dépenses effectuées par le nu-propiétaire lorsque l'usufruitier s'est réservé la jouissance des locaux doit pourtant être nuancée. En effet, il ressort des conditions générales de déduction des charges de la propriété³⁵¹ que pour être admises en déduction, les charges foncières doivent notamment se rapporter à des immeubles dont les revenus sont imposables dans la catégorie des revenus fonciers et avoir été engagées en vue de l'acquisition ou de la conservation du revenu. Ainsi, lorsque l'usufruitier se réserve la jouissance de l'immeuble démembré, les dépenses supportées par le nu-propiétaire ne sont en principe pas admises en déduction³⁵². La jurisprudence³⁵³ a en effet précisé que lorsque l'usufruitier se réserve la jouissance d'un logement, le droit à déduction du nu-propiétaire ne peut porter que sur les dépenses de grosses réparations effectuées sur la partie des biens dont l'usufruitier s'est réservé la jouissance. Autrement dit, en cas de démembrement, le nu-propiétaire peut déduire les charges résultant de tous les travaux effectués sur le bien dès lors que le bien est mis en location et procure à l'usufruitier des revenus fonciers. Si tel n'est pas le cas, il ne peut déduire que les grosses réparations à l'exclusion des réparations d'usage, civilement à la charge de l'usufruitier.

L'usufruit d'immeuble présente enfin un intérêt considérable permettant de cumuler les avantages du régime de l'impôt sur le revenu ainsi que de ceux de l'impôt sur les sociétés. En effet, tandis que le nu-propiétaire privilégie la capitalisation, en optant pour un patrimoine non productif de revenus mais générateur à terme d'une importante plus value³⁵⁴, l'usufruitier (lorsqu'il est soumis au régime de l'impôt sur les sociétés), peut conserver les revenus de son usufruit tout en bénéficiant d'une imposition réduite par le biais de l'amortissement du coût d'acquisition de son droit. Poussés par une

³⁵⁰ CHOISNE Jean-Paul & JULIEN SAINT-AMAND Pascal, Réserve de jouissance et revenus fonciers, La semaine juridique notariale et immobilière, n°11, 17 mars 2000, p.486

³⁵¹ Art. 13 et 31 du Code général des impôts

³⁵² Rép. Gilard. n° 65260 : JO AN Q 16 août 2005, p. 7848

³⁵³ CAA Paris, 2ème Chambre B, 10 novembre 2006, n°04PA01970, M. et Mme. Bettinger, Juris-Data n°2006-348216 : *Déduction par le nu-propiétaire des seules grosses réparations qui seraient déductibles si la propriété n'était pas démembrée*, Droit fiscal n°51, 20 décembre 2007, comm. 1054

³⁵⁴ Pour le calcul de la plus-value immobilière, le nu-propiétaire bénéficie d'un abattement dont le point de départ est l'acquisition de la nue propriété ainsi que le précise l'article 150 VC du Code général des impôts.

partie de la presse spécialisée³⁵⁵, certains investisseurs ont vu dans le démembrement immobilier un gisement d'avantages fiscaux et ont imaginé que le nu-proprétaire pouvait sans condition déduire de ses revenus fonciers les intérêts d'emprunt liés à l'acquisition de leur droit. Or il est nécessaire en la matière de distinguer le *mythe de la réalité*³⁵⁶ car si le nu-proprétaire peut déduire de ses revenus fonciers et, le cas échéant de son revenu global, les charges se rapportant à son droit de nue-proprété, cette déduction n'est ouverte qu'à la double condition que l'usufruitier donne l'immeuble en location et soit imposable dans la catégorie des revenus fonciers³⁵⁷.

Par voie de conséquence si l'usufruitier est imposable dans une autre catégorie de détermination du revenu, il est impossible au nu-proprétaire de déduire de son impôt sur le revenu les intérêts d'emprunt afférents à l'acquisition de son droit. Ces investisseurs adeptes du funambulisme fiscal, ont conclu par interprétation audacieuse de deux rescrits³⁵⁸ à la déductibilité des charges et intérêts par le nu-proprétaire quel que soit le régime d'imposition de l'usufruitier. Cette réponse de l'administration, tout en faisant référence à sa doctrine antérieure³⁵⁹ (qu'elle supprime et intègre dans l'instruction précitée³⁶⁰) précisait simplement que l'instruction administrative du 23 mars 2007³⁶¹ ne remettait pas en cause la définition des intérêts d'emprunt destinés à financer la nue-proprété. Cette interprétation des deux rescrits est ainsi faite au mépris du caractère strict de l'article L80A du Livre des procédures fiscales. La réponse apportée à Monsieur Jean-Luc Warsmann le 11 décembre 2007³⁶² confirme enfin notre position puisque cette dernière précise que le nu-proprétaire d'un immeuble donné en

³⁵⁵ TERLY Pélagie, *La nue-proprété pour doper la plus-value*, AGEFI actifs 27 juillet / 2 août 2007, *Fructueuse nue-proprété*, Challenges n°120, 17 / 23 avril 2008, *L'usufruit locatif c'est l'avenir*, Urbanissimo n°105/2008

³⁵⁶ LOUVEAU Jean-Paul & JOSSO Samuel, *Le statut fiscal du nu-proprétaire : Mythe et réalité*, Droit fiscal n°14, 2 avril 2009, 260

³⁵⁷ L'article 82 II de la loi de finances pour 2008 par une mesure de faveur extrême, puisque rétroactive à compter des revenus 2006, a nuancé cette position en permettant aux nu-proprétaires de déduire les intérêts d'emprunt lorsque l'usufruitier est un organisme de HLM ou une société d'économie mixte.

³⁵⁸ Rescrit n°2007/49, 4 décembre 2007, droit fiscal 2007, n°50, 1133 & Rescrit n°2007/53, 11 décembre 2007, rescrits déposés par la société PERL afin de sécuriser fiscalement la sortie de leur montage d'usufruit locatif social

³⁵⁹ Doctrine 5 D-2221 §1

³⁶⁰ BOI 5 D-2-07 fiche 3, § 27

³⁶¹ BOI 5-D-2-07

³⁶² Rép. Warsmann, n° 2685, JO AN Q, 11 décembre 2007, p. 7819 ; Droit fiscal 2008, n°7, act. 49

location meublée ne peut opérer aucune déduction au titre de l'impôt sur le revenu. Récemment, l'administration fiscale est venue confirmer que « *la déduction par le nu-propiétaire est uniquement justifiée par le fait que ces dépenses se rapportent à un immeuble effectivement donné en location nue à titre onéreux dans des conditions normales, lorsque le revenu correspondant est imposé à l'impôt sur le revenu au nom de l'usufruitier dans la catégorie des revenus fonciers* ». ³⁶³

Si la question de la déductibilité des intérêts d'emprunt ne peut se poser lorsque la nature de la location est celle d'une location meublée, cette question surgit à nouveau dans le cas où l'immeuble est loué nu par un usufruitier soumis à l'impôt sur les sociétés. Les bénéfices des personnes morales sont déterminés d'après les règles fixées aux articles 34 et suivants du Code général des impôts, c'est-à-dire en se référant aux règles de détermination des bénéfices industriels et commerciaux ; les revenus d'une location civile perçus par une société soumise à l'impôt sur les sociétés perdent-ils du fait du statut fiscal du bénéficiaire leur nature de location nue ? De la réponse à cette interrogation dépend la déductibilité par l'usufruitier des frais d'acquisition de la nue propriété. Le commissaire du Gouvernement Jean Courtial dans ses conclusions auxquelles s'est rangé le Conseil d'Etat ³⁶⁴ précisait que : « [...] *les bénéfices des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés sont quelle que soit leur nature, imposés en tant que bénéfices industriels et commerciaux, sans pour autant que les bénéfices perdent leur nature originelle [...]* ». Pour autant, la solution rendue ne concernait pas la déductibilité des intérêts d'emprunt par le nu-propiétaire, aussi la question reste-t-elle ouverte et une partie de la doctrine ³⁶⁵ invite à la résistance sur ce point au motif que « *c'est la nature intrinsèque d'une activité qui doit déterminer le régime pouvant lui-être appliqué* ». D'autres auteurs ³⁶⁶ développent une approche plus stricte des textes et accèdent la thèse selon laquelle « *il importe peu à cet égard que la société usufruitière loue nu l'immeuble dès lors que, assujettie à l'impôt sur les sociétés, ses bénéfices sont déterminés, conformément aux dispositions mêmes de l'article 209 du*

³⁶³ Instruction administrative 5D-4-09 du 6 octobre 2009, BOI n°87 du 14 octobre 2009

³⁶⁴ Conseil d'Etat 4 juillet 2001, n°215223, EURL Snoofinances, Juris Data n°2002-184468

³⁶⁵ CENAC Pierre, *Investissement immobilier en nue-propiété : quelle fiscalité ?*, La semaine juridique notariale et immobilière n°37, 12 septembre 2008, 1283 ;

CGI comme en matière de bénéficiaires industriels et commerciaux (art. 34 et 35 du Code général des impôts) »³⁶⁷. L'administration fiscale pose deux conditions à la déduction par le nu-proprétaire des dépenses se rapportant à un immeuble : il faut que cet immeuble soit loué nu par l'usufruitier et que les revenus tirés de la location soient imposables dans la catégorie des revenus fonciers.³⁶⁸ L'interprétation de ce texte ne peut se faire que strictement, aussi, la déduction est elle impossible lorsque l'usufruitier est une société soumise à l'impôt sur les sociétés. C'est donc tant le critère de la location nue que celui du mode de détermination qui importe pour ce type de déduction. Cette règle extrêmement stricte et mal comprise a néanmoins subi des assouplissements à l'occasion de régimes fiscaux de faveur.

§2. Régimes fiscaux de faveur

Au-delà des règles générales propres au *démembrement de propriété* se situent les niches fiscales. Nous étudierons ici l'adéquation de ces mécanismes avec celui du *démembrement de propriété* (B.) mais dans un premier temps, il semble nécessaire de se pencher sur une nouvelle forme d'optimisation fiscale qui vise à muter l'utilité du *démembrement de propriété* (A.)

A - L'usufruit locatif social ou la financiarisation d'un mécanisme fiscal

Ces montages (2) d'usufruit locatif social d'immeubles neufs constituent de réelles titrisations d'actifs immobiliers (3) dont le risque semble inéluctable (4), mais dont les racines sont sociales (1).

1. Un produit financier d'origine sociale

³⁶⁶ *Déduction par les nus-proprétaires des intérêts d'emprunts liés à l'acquisition de logements dont l'usufruitier est un bailleur social (art. 82), La semaine juridique notariale et immobilière, n° 7, 13 Février 2009, 1072, §4*

³⁶⁷ *Revenu global. Nus-proprétaires, Construction - Urbanisme n° 2, Février 2009, comm. 33*

³⁶⁸ *Instruction fiscale du 6 octobre 2009, BOI5 D-4-09 n° 3*

Découvrant un nouveau visage au *démembrement de propriété*, la presse spécialisée prédisait il y a dix ans que l'immobilier du XXI^{ème} siècle serait démembré³⁶⁹. Technique prisée dans les schémas d'optimisation et de transmission patrimoniale, le *démembrement de propriété* connaît aujourd'hui des développements intéressants à l'occasion des montages dont la finalité n'est plus la transmission d'un patrimoine mais sa constitution.³⁷⁰ La prophétie doctrinale semble se réaliser ! De manière classique, les intérêts d'emprunt ne sont déductibles de l'impôt sur le revenu que dans la mesure où l'usufruitier loue l'immeuble dont la propriété est démembrée et est imposé à ce titre dans la catégorie des revenus fonciers. Il est probable qu'un éventuel candidat à l'investissement en nue-propriété cherchera à s'assurer que ces conditions soient remplies. Or, mis à part les cas très exceptionnels tenant à des liens familiaux étroits entre usufruitier et nu-propiétaire, ce dernier ne dispose d'aucun moyen de s'assurer du respect par l'usufruitier de ces critères. En effet, le nu-propiétaire ne peut imposer à l'usufruitier un mode de location du bien, ni empêcher la cession de son droit par ce dernier³⁷¹ sans porter atteinte aux droits de l'usufruitier. C'est ce raisonnement pragmatique que tient la majorité des investisseurs potentiels qui se voient proposer un investissement en nue-propriété.

Si certains investisseurs résignés acceptaient de partager avec un bailleur social les droits sur un immeuble, le plus grand nombre d'entre eux fuyaient devant cet inconvénient de taille et y préféraient un investissement susceptible d'alléger leur imposition sur le revenu. Aussi ces derniers avaient-ils tendance à privilégier un investissement en loi Malraux, ce qui tarissait une des sources de financement nécessaires à la construction de logements sociaux rendue indispensable par la création d'un droit opposable au logement.³⁷² *Eclairé* par des praticiens soucieux de sécuriser des acquisitions d'immeubles sociaux réalisées en *démembrement de propriété*, le

³⁶⁹ IWANESKO Marc, *L'immobilier du XXI^{ème} siècle sera démembré*, Réflexions immobilières, octobre 2001, n°31

³⁷⁰ SABARLY Colette, *Immobilier : le bon plan du démembrement*, Les Echos, 18 janvier 2008

³⁷¹ Par exemple à une société dont le régime de détermination des bénéficiaires serait celui des bénéficiaires industriels et commerciaux

³⁷² **Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale**

législateur introduisit un article 82 à la loi de finances rectificative pour 2008.³⁷³ Celui-ci modifiait le *d* du 1° du I de l'article 31 du Code général des impôts qu'il complétait ainsi : « *y compris celles dont le contribuable est nu-proprétaire 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* ».

Cette mesure crée dans cette situation particulière une dérogation au principe en autorisant la déduction d'une charge foncière pour la détermination des revenus fonciers en l'absence d'un revenu correspondant imposable dans cette catégorie de revenu.³⁷⁴ Elle assure aux nus-proprétaires de pouvoir, sans gonfler leurs revenus imposables,³⁷⁵ déduire inconditionnellement les intérêts d'emprunts contractés pour l'acquisition, la conservation, la construction, la réparation ou l'amélioration des logements dont l'usufruit est détenu temporairement par un organisme d'habitation à loyer modéré. C'est de cette mesure de faveur que naît le légitime engouement des particuliers pour un nouveau type de montage qui, détrônant les dispositifs Robien ou Borloo³⁷⁶ victimes de la diminution du rendement de l'immobilier locatif, consacre le renouveau³⁷⁷ du *démembrement de propriété*. La timidité du développement de nouvelles formules légales, telles que l'hypothèque rechargeable ou le prêt viager hypothécaire, s'expliquant quant à elle par leur coût relativement dissuasif.³⁷⁸

2. Fonctionnement et intérêt du montage

Certes trivial, l'adage selon lequel « *le temps c'est de l'argent* » n'a pourtant jamais paru aussi justifié. Le montage, consiste en effet à céder l'usufruit d'un logement neuf à un

³⁷³ L. fin. rect. 2008, n° 2008-1443, 30 déc. 2008, art. 82 : Journal Officiel 31 Décembre 2008

³⁷⁴ *Déduction par les nus-proprétaires des intérêts d'emprunts liés à l'acquisition de logements dont l'usufruitier est un bailleur social*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 7, 13 Février 2009, 1072

³⁷⁵ TREGUIER Eric, *Du neuf mais en nue-proprété*, Le nouvel observateur 7 avril 2008

³⁷⁶ TISSIER Corinne, *Placements pierres qui brillent*, L'express, 4 au septembre 2008

³⁷⁷ MOUCHEROUD Dimitri & TERLY Pélagie, *Démembrement de propriété : la cure de jouvence d'une technique classique*, L'Agefi Actifs, 4 / 10 juillet 2008, p. 8 à 11

³⁷⁸ GUIRAUD Jérôme, *La nouvelle jeunesse du démembrement de propriété immobilière*, IEIF – Réflexions immobilières, septembre 2008, n°46, p. 1

bailleur social pour une période de quinze ou vingt ans³⁷⁹ (il doit y avoir concomitance entre la durée de l'usufruit et celle des baux conclus) tandis que la nue propriété du logement est acquise par un particulier pour un montant représentant entre 50 et 60% de la valeur en pleine propriété³⁸⁰. Permettant la diversification des moyens de financements, ce système est fondé sur un cofinancement public/privé du logement locatif social associant politique de logement social, bailleurs sociaux³⁸¹ et financement privé³⁸², c'est « [...] un montage et un produit original qui accompagne les besoins de constitution d'épargne des consommateurs et qui sont favorables à la collectivité »³⁸³. Système porteur de valeur ajoutée pour tous les participants, il est aussi favorables aux collectivités locales dans la mesure où il répond à leur besoin de réaliser leur quota de 20% de logements sociaux³⁸⁴. Cet instrument permet à ces dernières de remplir cette obligation sans qu'elles aient à décaisser la majeure partie de ces investissements et sans avoir à recourir à une participation financière des communes³⁸⁵, « le bailleur social, qui dans les zones tendues a un problème de financement et doit sortir des fonds propres, en fait l'économie »³⁸⁶ explique Frédéric Goulet co-fondateur de PERL, acteur incontournable de ce segment du marché immobilier. Les bailleurs sociaux augmentent ainsi leur offre de logements à loyer modérés sans mobiliser de fonds propres ni solliciter de subventions,³⁸⁷ le financement de l'acquisition par le bailleur³⁸⁸ pouvant être effectué en PLS³⁸⁹.

³⁷⁹ La rentabilité économique et fiscale de ce type d'investissement étant fondée sur le long terme, ce sont les actifs ayant entre 30 et 50 ans et qui disposent de revenus importants qui sont les plus susceptibles d'être intéressés par ces montages.

³⁸⁰ La valeur de l'usufruit dépend de la qualité du bien immobilier ainsi que de sa rentabilité

³⁸¹ V. notamment Logirep, Procilia, Erilia, Le logement français

³⁸² *L'usufruit locatif social*, Le Dauphiné libéré 18 septembre 2008

³⁸³ PINAULT Christophe (DGA - Métiers des particuliers - Crédit Foncier), Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009

³⁸⁴ Art. 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU)

³⁸⁵ LE GALL Catherine, *L'épargne privée intéressée par « l'usufruit locatif social »*, Le courrier des maires et des élus locaux, janvier 2008

³⁸⁶ GOULET Frédéric, *PERL : Une solution pour fluidifier le logement social*, Immo Hebdo, 15 avril 2008

³⁸⁷ ROLLAND Patricia, *L'usufruit locatif social une solution attractive à moyen terme*, L'As patrimonial, décembre 2008.

³⁸⁸ *L'usufruit locatif c'est l'avenir*, Urbanissimo, n°105, 2008

³⁸⁹ Circulaire UHC/FB3/29 n°2003-79 du 30 décembre 2003 : l'octroi du PLS permet de bénéficier d'avantages fiscaux qui ne sont pas remis en cause à l'issue du démembrement eu égard à la durée de ce dernier qui permet de conclure à une opération locative à loyers plafonnés

Si le bailleur est nécessairement social, le nu-proprétaire est généralement un contribuable personne physique bénéficiant d'un patrimoine important et de revenus confortables, car par hypothèse, en acquérant la nue-proprété, le nu-proprétaire se prive des revenus que pourrait produire l'immeuble. D'autre part, l'avantage issu de ce montage est d'autant plus rentable que le patrimoine de l'investisseur est important.³⁹⁰ En effet, pour être certain de bénéficier de l'investissement le plus rentable possible, il faut tout d'abord adosser l'acquisition à un crédit in fine. L'obtention d'un tel crédit suppose l'existence de revenus importants ainsi que la possibilité d'immobiliser immédiatement une fraction de l'investissement (entre 30 et 60% de la somme empruntée). Enfin, l'avantage recouvre une importance particulière lorsque le nu-proprétaire dispose d'autre part de revenus fonciers puisque les intérêts d'emprunt viennent en déduction de ceux-ci. Ceci dit, l'épargne privée vient ici au service de l'intérêt collectif, et la collecte de cette épargne dans cet objectif ne pouvait se faire que moyennant un cadeau fiscal substantiel. La cible commerciale de ces montages est ainsi constituée par des contribuables âgés de 50 à 55 ans.

A ce stade de l'existence, les enfants ont en règle générale quitté le foyer³⁹¹ et le crédit contracté pour l'acquisition de la résidence principale est remboursé. C'est la période de la vie où les ménages disposent de la plus grande aisance financière qui va de pair avec une importante pression fiscale, puisque le nombre de parts a diminué.³⁹² Il est logique dans ces conditions que l'idée d'épargner en réduisant ses impôts séduise.

Pour l'investisseur, l'intérêt est multiple. Intérêt capitalistique tout d'abord car le schéma mise sur une augmentation de la valeur du bien, aussi, les biens sont-ils proposés dans des zones faisant l'objet d'une forte demande locative dont les prix au m² sont élevés³⁹³ et qui sont donc porteuses de plus-values. Les programmes existant misent donc sur des investissements dans des villes dans lesquelles la pression foncière est forte et les flux migratoires positifs telles que Toulouse, Nancy ainsi que dans les banlieues chics de la

³⁹⁰ SABARLY Colette, *Acheter dans le neuf en nue-proprété*, La vie immobilière, février 2008

³⁹¹ VILLENEUVE- GOKALP Catherine, *Les jeunes partent toujours au même âge de chez leurs parents*, INSEE, Economie et statistiques, n°337-338, 2000, p. 61 s.

³⁹² *Vous avez 50 ans défiscalisez astucieusement*, Le revenu, 2 avril 2008

région parisienne telles que Saint-Germain-en-Laye, Versailles³⁹⁴ ou Chatou³⁹⁵ garantissant la constitution à terme d'un véritable actif patrimonial. Le cofinancement d'un immeuble moyen / haut de gamme par le bailleur social permet à ce dernier de louer cet immeuble en HLM participant ainsi à la création d'une certaine mixité sociale en centre ville.³⁹⁶ L'usufruit du bailleur social a une vocation temporairement sociale³⁹⁷ car si pendant la durée de l'usufruit, l'immeuble est loué en tant qu'habitation à loyer modéré faisant l'objet d'une convention APL,³⁹⁸ le label n'est pas définitif et disparaît à l'extinction du démembrement.³⁹⁹ L'acquéreur s'acquitte lors de l'acquisition d'un prix réduit dont la réduction est supérieure à la fraction du prix que le loyer net perçu lui aurait permis d'autofinancer sur la même durée. En ne payant que 50 ou 60% de la valeur du bien, le nu-propriétaire perçoit fictivement une quinzaine d'années de loyers ce qui neutralise le risque locatif. Le rendement final de l'opération dépendra de la valeur du bien à l'issue de l'usufruit.⁴⁰⁰

Intérêt pratique ensuite car l'opération permet d'une part une neutralisation du risque locatif, puisque ce risque pèse sur le bailleur social, et d'autre part une neutralisation des frais de gestion et des coûts de travaux qui pèsent sur l'usufruitier bailleur. La sortie du montage, encadré par l'article 42 de la loi portant engagement national pour le logement⁴⁰¹ (dite loi ENL), est elle aussi sécurisée ainsi que le précise le Professeur Hugues Perrinet Marquet.⁴⁰² Cet article prévoit que six mois avant la fin de la période de démembrement, le futur plein propriétaire doit notifier au locataire s'il souhaite vendre le logement (auquel cas le locataire

³⁹³ LAGOUTTE Christine, *Logement : comment louer solidaire*, Le Figaro économie, 7 mars 2008

³⁹⁴ *Usufruit locatif*, Actualités habitat, n°857, 30 avril 2008

³⁹⁵ DE GREEF-MADELIN Marie, *Démembrer, c'est épargner*, Valeurs Actuelles 22 au 28 février 2008

³⁹⁶ *Investissement – Formule gagnante*, Immo Neuf, mai 2008, *L'épargne privée au service du logement social : des solutions pour le logement à Neuilly*, Neuilly 92, décembre 2008

³⁹⁷ TERLY Pélégie, *Nue-propriété un schéma pour doper la plus-value*, L'Agefi Actifs, 27 juillet / 2 août 2007

³⁹⁸ *Associer un logement privé à la politique du logement menée par les collectivités*, Profession logement, 13 juin 2008

³⁹⁹ SUC Mathieu, *Les étonnantes HLM de la cité des rois*, Le parisien, 18 avril 2008

⁴⁰⁰ BREIMAN Muriel, *Nue-propriété : j'achète à moitié prix*, La vie immobilière, juin 2008

⁴⁰¹ **Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement**

⁴⁰² PERRINET MARQUET Hugues, Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009

bénéficie d'un droit de préemption), l'occuper ou reconduire le bail avec augmentation progressive du loyer aux conditions de la loi du 6 juillet 1989 (le rattrapage s'effectue alors sur 6 ans).

Intérêt fiscal enfin car un investissement en nue-propiété de ce type ouvre droit à une imputation sans limite des intérêts d'emprunt⁴⁰³ sur les autres revenus fonciers. Ce nouveau dispositif de faveur, introduit par l'article 82 de la loi de finance rectificative pour 2008 permet d'ailleurs cette déductibilité alors même que l'immeuble n'est pas encore loué par le bailleur. Ce qui peut sembler normal pour le nu-propiétaire qui ne peut imposer au bailleur social de trouver un locataire, mais qui s'oppose à la logique même de la déductibilité conditionnée par une location préalable par l'usufruitier. Ainsi, les dépenses supportées par le nu-propiétaire d'un logement dont l'usufruit est détenu temporairement par un bailleur social sont toujours déductibles de ses autres revenus fonciers. Conformément aux dispositions du 6^{ème} alinéa du I de l'article 156 du Code général des impôts, la fraction du déficit foncier résultant des intérêts d'emprunt s'impute exclusivement sur les revenus fonciers des dix années suivantes. L'administration fiscale nous donne un exemple concret du fonctionnement de la déductibilité des intérêts d'emprunt dans l'instruction du 6 octobre 2009,⁴⁰⁴ qu'il est intéressant de reproduire ici :

Un contribuable est plein propriétaire d'un immeuble A donné en location nue dégageant un revenu brut foncier de 20 000€ Cette acquisition a été financée par emprunt et la charge annuelle des intérêts d'emprunt s'élève à 12 000€ Parallèlement, ce contribuable est nu-propiétaire d'un immeuble B dont l'usufruit est détenu par un bailleur social, les intérêts d'emprunt annuels de cette acquisition s'élèvent à 11 000€

⁴⁰³ Les intérêts d'emprunt afférents à des dettes contractées pour un autre motif ne sont pas déductibles Instruction fiscale du 6 octobre 2009, BOI 5 D-4-09 n° 10 & Instruction fiscale du 23 mars 2007, BOI 5 D-2-07 fiche 10

⁴⁰⁴ BOI 5 D-4-09 n°13

| | Immeuble A | Immeuble B |
|---------------------------------------|------------|------------|
| Revenus annuels | 20 000€ | |
| Charges foncières | -4 000 € | |
| Intérêts d'emprunt | - 12 000€ | - 11 000€ |
| Revenus bruts | 20 000€ | |
| Revenu net des intérêts | -3 000 € | |
| Revenu net de la totalité des charges | - 4 000€ | |

Les charges financières liées à l'acquisition de la nue-propriété de l'immeuble B, soit 11 000€ peuvent être imputées sur le revenu brut foncier de l'immeuble A. Le déficit provenant des intérêts d'emprunt, soit 3 000€ est imputable sur les revenus fonciers des 10 années suivantes. Le déficit provenant des autres charges foncières, soit 4 000€ est imputable sur le revenu global (en totalité dès lors qu'il est inférieur à 10 700€).

Le montage n'est pas pour autant inintéressant pour un nu-propriétaire qui ne disposerait pas d'autres revenus fonciers dès lors que ce dernier est soumis à l'impôt de solidarité sur la fortune. En effet, la charge financière d'acquisition de la nue-propriété est aussi déductible de l'impôt de solidarité sur la fortune ainsi que l'a précisé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2009.⁴⁰⁵

Intérêt fiscal ensuite car le nu-propriétaire ne paie ni les taxes foncières ni l'impôt de solidarité sur la fortune au titre de cet investissement. Intérêt fiscal enfin par le gommage de la plus value au bout de 15 ans de détention, l'abattement commençant à courir à compter de l'acquisition de la nue propriété : le nu-propriétaire peut néanmoins céder son titre de nue-propriété à tout moment, mais en pareil cas il doit s'acquitter de l'impôt de plus value.

3. La titrisation fiscale d'un actif immobilier

Si comme le précise Gilles Carrez « *un produit immobilier ne doit pas être un produit de défiscalisation mais un produit économique* », ⁴⁰⁶ le montage en usufruit locatif social conduit pourtant à la création d'un produit financier d'une efficacité fiscale redoutable ⁴⁰⁷ puisqu'il est le « *seul placement défiscalisé de bout en bout* ». ⁴⁰⁸

Le professeur Patrick Saerens comparait la fiscalité à une forme de magie et expliquait que *la législation fiscale regorgeait de tours de passe-passe et si le spectacle était rarement de qualité, l'efficacité, elle, était souvent au rendez vous.* ⁴⁰⁹ L'usufruit locatif social participe lui aussi de cette magie fiscale, de cette *illusion financière.* ⁴¹⁰ A l'image du papillon, le *démembrement de propriété* subit une métamorphose à l'occasion de tels montages. A son stade larvaire, l'instrument juridique n'a qu'une utilité étriquée du fait du cocon juridique qui l'enserme et ce n'est qu'à l'occasion de sa manipulation par des praticiens avisés que s'opère l'étape la plus importante de sa vie : la mue. Jonglant avec les règles, les lois de finances et les objectifs souvent incompatibles du législateur, les alchimistes contemporains permettent au *démembrement de propriété* de sortir de sa chrysalide économique pour prendre son envol sous sa nouvelle et éblouissante apparence financière soutenue par des ailes fiscales. Mais gare au naturaliste qui souvent se transforme à son tour en lépidoptérophile accréditant ainsi la pensée de Machiavel selon qui « *Ce qui est absolument nécessaire, c'est de savoir bien déguiser cette nature de renard, et de posséder parfaitement l'art de simuler et de dissimuler. Les hommes sont si aveugles, si entraînés par le besoin du moment, qu'un trompeur trouve toujours quelqu'un qui se laisse tromper* ». ⁴¹¹

⁴⁰⁵ Cass. Com. 31 mars 2009, n°08-14.645, M. Paul Theiller

⁴⁰⁶ CARREZ Gilles, Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009

⁴⁰⁷ *Limitier l'impôt sur le revenu*, Placer son argent, octobre / décembre 2008

⁴⁰⁸ LEGER Corine, *Acheter ou vendre en démembrement de propriété*, Gestion de fortune, mars 2008

⁴⁰⁹ SAERENS Patrick, *La magie fiscale : entre Houdini et Garcimore*, XVèmes universités fiscales européennes de printemps, 12 avril 2008

⁴¹⁰ PUVIANI Almicare, *Théorie des illusions financières*, Sandron, Palerme, 1903. *Die Illusionen in der öffentlichen Finanzwirtschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1960.

⁴¹¹ MACHIAVEL Nicolas, *Le prince*, 1513, Chapitre XIX

En cette période économiquement incertaine, les montages d'usufruit locatif social constituent un élément de réponse à la crise immobilière.⁴¹² L'immobilier neuf subit en effet une spirale baissière du fait de la crise financière des *subprimes* américaines et de l'augmentation des taux d'intérêt. Les banques se montrent infiniment plus sélectives sur les dossiers de prêt dont les intérêts ont augmenté affectant mécaniquement la solvabilité des acquéreurs. Le haut niveau des prix de l'immobilier ne coïncidant plus avec les taux de crédits historiquement bas, ce mécanisme permet aux investisseurs de solliciter des crédits dont les montants apparaissent comme étant plus raisonnables aux yeux des banquiers. Cela permet à ces nouveaux montages de se démocratiser dans la mesure où les investissements de ce type peuvent désormais s'envisager pour des mises de fonds commençant à 100 000€⁴¹³ Mais ce marasme financier n'est-il pas la cause du développement de ce nouveau type de produits et les investisseurs ne se laissent-ils pas aveugler par les phares de l'intérêt fiscal tandis que l'administration prépare une nouvelle riposte ? C'est peu probable et il y a fort à parier pour que le trompeur Machiavélique soit pour une fois l'ingénieur fiscaliste concepteur de ces nouveaux schémas. En effet, c'est en utilisant les contradictions du législateur que cet instrument a pu voir le jour. Comment en effet construire plus de logements sociaux dès lors que les finances publiques sont asséchées, qu'il est difficilement envisageable d'avoir recours à l'emprunt, et qu'il serait politiquement risqué d'augmenter plus encore les impôts locaux ? La solution ne pouvait venir que de l'investissement privé, lequel nécessitait une mesure incitative qui ne pouvait être autre que fiscale. Le flop de l'usufruit locatif social de logements anciens de plus de 15 ans, qui a fait l'objet d'une convention⁴¹⁴ entre le ministère du logement et l'UNPI montre bien que ce que cherchent avant tout les investisseurs dans ce type de schémas est la constitution d'un patrimoine en franchise d'impôt tout en bénéficiant de la déductibilité des intérêts d'emprunt de leur impôt sur le revenu, preuve s'il en fallait une que seule une double incitation fiscale très importante permet au législateur d'incliner l'épargne des ménages.

Dans ce type d'investissement, « *l'immobilier devient réellement un actif comme un autre, que l'on détient pour sa valeur intrinsèque et l'espoir de réaliser une plus-value sur le long*

⁴¹² DUPRE Lionel, *Vive la crise immobilière*, Entreprendre, mai 2008

⁴¹³ JUERY Françoise, *Usufruit locatif pour investir autrement*, Le particulier immobilier, Juillet / Août 2008, *Investir pour louer : comment garantir son investissement ?*, L'essentiel de l'immobilier hors série novembre / décembre 2008

⁴¹⁴ Convention du 27 septembre 2007

terme ». ⁴¹⁵ Cette vision selon laquelle le bien immobilier démembré devient un actif financier est soutenue par le procédé de vente de ce produit *clef en main* ⁴¹⁶ dont la distribution est assurée auprès d'un large public par un réseau de plus de 200 conseils en gestion du patrimoine indépendants (CGPI) et de 10 sociétés de gestion du patrimoine. ⁴¹⁷ Dans ce type de montages, les candidats à la nue-propiété se voient en effet proposer le logement, le locataire, le gestionnaire, mais aussi le financement complémentaire ainsi que les assurances adéquates. Le nu-propiétaire n'effectue pas l'acquisition pour son caractère immobilier mais parce qu'il s'agit d'un « bon placement » ⁴¹⁸ à forte rentabilité nette d'impôt.

4. Les incertitudes pesant sur cette forme de titrisation

La démocratisation des schémas d'usufruit locatif social conduit à une multiplication des réalisations de logements à vocation temporairement sociale. Depuis 2000, la seule société PERL a construit plus de 1600 logements dans le cadre de ce type d'investissement. La demande de ces produits bénéficie par ailleurs d'une plus grande incitation fiscale depuis 2008.

Parallèlement à l'augmentation des réalisations de ce type de logement apparaît un marché secondaire non réglementé géré par la société venderesse. Ainsi, on s'aperçoit que les acquisitions ne sont plus réalisées uniquement pour l'immeuble lui-même comme c'est le cas des acquisitions immobilières classiques. Ces appartements sont acquis pour la valeur que représente le titre de nue-propiété et pour la plus-value que l'acquéreur peut en attendre. La valeur du titre de nue-propiété dépend bien entendu de la valeur vénale de l'actif sous-jacent tout comme la valeur d'une action dépend théoriquement de la santé financière de la société dont elle représente une part de capital. Force est de constater qu'en matière boursière, il apparaît une dé-corrélation certaine entre la valeur boursière d'une action à un instant « t » et la valeur économique de la part de capital qu'elle représente au

⁴¹⁵ PEYRACHE Camille, *Immobilier : investir sans les soucis de la location*, Le Figaro.fr 17 décembre 2007

⁴¹⁶ REY-LEFEBVRE Isabelle, *Immobilier locatif : stratégies en temps de crise*, Le Monde, 15 octobre 2008

⁴¹⁷ V. notamment : Asset Group Opéra, Expert et Finance, Haussmann Patrimoine, Thesaurus

⁴¹⁸ TUSSEAU Hervé, *Pourquoi acheter un logement neuf à 60% de sa valeur ?*, Professions du sud est, décembre 2008 ; dans ce sens, v. *Achat en nue-propiété : le « zéro risque » locatif*, Le parisien économie 1^{er} septembre 2008

même instant : *il existe donc un écart entre la valeur intrinsèque de l'entreprise et son cours de bourse.*⁴¹⁹ Cette différence de valeur est due à une certaine forme de spéculation sur la valeur vénale que semble devoir atteindre une action à un instant « t+1 ». La création d'un second marché des titres de nue-propiété permet à des investisseurs de céder leurs titres de nue-propiété un peu comme s'ils cédaient une action cotée sur un marché réglementé. Aussi, le premier investisseur peut-il spéculer sur la valeur de son titre et céder ce dernier avant le terme de l'usufruit. En pareil cas, la valeur de la nue-propiété a mécaniquement augmenté puisque la durée d'usufruit restant à courir a diminué. Mais la plus-value doit aussi tenir compte d'une éventuelle évolution des prix du marché immobilier ainsi que de leur potentielle augmentation. Cette spéculation sur la valeur attendue du bien peut avoir pour conséquence d'augmenter la valeur attendue des actifs immobiliers à un niveau non-conforme à la réalité économique, conduisant à l'augmentation fictive des prix de l'immobilier.

Le risque que crée cette augmentation fictive des prix de l'immobilier est d'autant plus dangereux que les nus-propiétaires finaux désireux de réaliser leurs placements auront tendance à céder la pleine propriété dès la fin de la période couverte par l'usufruit. Cela pourrait entraîner une cession massive de biens non identiques par définition⁴²⁰ (puisque le marché immobilier est un marché imparfait dans la mesure où les biens échangés ne sont pas parfaitement substituables entre eux), mais de nature et de facture proche sur une période courte. En pareilles circonstances, l'offre risquerait fort de se situer à un niveau plus important que la demande de tels biens, ce qui mécaniquement conduirait à une baisse des prix sur ces marchés, rompant ainsi l'équilibre de marché⁴²¹.

Une telle diminution des prix peut avoir des conséquences lourdes dans l'hypothèse d'une multiplication de ces schémas à l'échelon national. En effet, les actifs immobiliers servent souvent de garantie aux banques et la valeur de garantie comptabilisée lors d'une inflation peut avoir des conséquences fortes en cas de défaillance du débiteur, l'éclatement du marché immobilier américain en est la parfaite

⁴¹⁹ PALOU Jean-Michel, *Les méthodes d'évaluation d'entreprise*, Groupe Revue Fiduciaire, 2003, p. 149

⁴²⁰ *Evaluation*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 5^{ème} édition, 2007, p. 23

⁴²¹ MANKIW Gregory, *Macroéconomie*, 2^{ème} édition, 2001, p. 10

illustration dans la mesure où il a réalisé le risque systémique tant redouté. Le risque ici doit cependant être nuancé car d'une part et contrairement aux garanties demandées par les banquiers américains, le seul droit sur l'immeuble que le débiteur peut donner en garantie à la banque est un droit de nue-propiété. Par conséquent, en cas de défaillance du débiteur, la banque ne peut récupérer que la nue propriété à défaut de la pleine propriété et n'a d'autre choix que de céder la nue-propiété. Mais d'autre part, le titre offert en garantie par le nu-propiétaire à l'établissement de crédit est le seul titre dont la valeur augmente mécaniquement dans le temps.

Si l'acquisition de la nue-propiété a été financée au moyen d'un crédit in fine, le risque de défaillance peut être accru tant pour le débiteur que pour la banque. En effet, l'investisseur en nue-propiété voyant dans l'acquisition une simple opération financière peut utiliser un crédit in fine pour acquérir le bien et penser rembourser le capital du prêt à l'issue de la période couverte par l'usufruit en revendant la pleine propriété tout en bénéficiant d'une confortable plus-value nette d'impôt. Le dénouement de l'opération peut s'avérer plus délicat que prévu en cas d'une cession massive de biens situés sur le même segment de marché : un investisseur intéressé par un appartement dont la valeur vénale en pleine propriété est estimée à 500 000€ ne doit déboursier grâce au schéma d'usufruit locatif social que 60% de la somme soit 300 000€. N'ayant pas cette somme à sa disposition, il a recours à un crédit in fine que lui accorde la banque au taux de 5% en garantie, la banque demande un nantissement de la nue-propiété ainsi que la constitution d'un capital en assurance vie correspondant à 40% de la somme prêtée soit 150 000€. Ces intérêts venant en déduction de ses autres revenus fonciers le poussent à réaliser cette opération. Arrivé à échéance, le débiteur doit rembourser cette somme et ne parvient pas à céder le bien étant donné que l'offre pour ce type de bien est supérieure à la demande. L'incitation fiscale dans ce type de schémas peut donc avoir de lourdes conséquences et cette titrisation fiscale d'actifs immobiliers peut avoir des répercussions économiques et financières non négligeables.

B - Les autres régimes dérogatoires

Nous étudierons successivement les différents dispositifs de faveur dérogeant au droit commun

1. Le dispositif Périssol

Contrairement aux autres dispositifs fiscaux, il est possible de démembrer un immeuble qui bénéficie du régime fiscal Périssol⁴²². Le démembrement doit avoir été réalisé concomitamment à la mise en place du dispositif fiscal. L'usufruitier bénéficie alors seul de l'avantage de l'amortissement calculé sur la valeur en pleine propriété du bien. C'est donc l'usufruitier qui déduit la totalité de l'amortissement de ses revenus fonciers, puis de son revenu global. Cet avantage permet à l'usufruitier d'imputer un déficit foncier sur le revenu global à hauteur de 15 300€⁴²³ si ce déficit provient spécifiquement de l'immeuble amorti selon ce régime. Lorsque l'immeuble donné en location est inscrit à l'actif d'une société civile immobilière dont les parts sont démembrées, le bénéfice du régime fiscal est maintenu malgré l'écran de la société. Lorsque l'immeuble fait l'objet d'un *démembrement de propriété* après l'investissement, il convient de distinguer selon le droit cédé. La cession de la nue-propriété au cours de la période d'engagement de location ne remet pas en cause la possibilité pour le propriétaire devenu usufruitier d'amortir le bien. Enfin, en cas de cession de l'usufruit de l'immeuble, l'avantage dont a bénéficié le propriétaire est remis en cause, sauf en cas de démembrement à titre gratuit si le nouvel acquéreur demande la reprise de l'engagement du dispositif de l'amortissement à son profit.

2. Régimes Robien, Besson et Borloo

En cas de logement neuf, le principe est que le démembrement exclut les dispositifs Besson et Robien, et que tout démembrement qui intervient postérieurement à l'engagement de location remet en cause l'avantage fiscal⁴²⁴. Il est donc impossible d'opter pour ces régimes lorsque le démembrement préexiste. En cas de décès de l'un des époux (ou partenaire d'un PACS) soumis à imposition commune, le conjoint

⁴²² Doc. adm. 5 D-2226, n°10

⁴²³ Art. 31, I-f du Code Général des Impôts

⁴²⁴ Art. 31, I-1°-h du Code général des impôts

survivant titulaire de l'usufruit peut reprendre l'avantage à son profit pour la période restant à courir à la date du décès ou stopper le régime sans pour autant remettre en cause les amortissements pratiqués.

En cas de logements anciens, le démembrement ne fait pas obstacle au bénéfice des amortissements pratiqués après option. Néanmoins, si le démembrement intervient après l'engagement de location l'avantage fiscal n'est pas remis en cause dans les deux situations suivantes⁴²⁵ :

- L'usufruitier respecte l'engagement pris après la donation de la nue-propriété
- Au décès de l'un des époux

3. Régimes Girardin et Pons

Le démembrement du droit de propriété de l'immeuble ou des parts au cours de la période d'engagement (sauf cas de démembrement par décès d'un des époux soumis à une imposition commune), remet en cause la réduction d'impôt⁴²⁶ pendant la période d'engagement de cinq ans sauf si le démembrement intervient à la suite du décès du propriétaire du bien donnant lieu à un usufruit légal du conjoint survivant.

La succession des lois favorisant les investissements dans les DOM-TOM incitent à reconnaître avec le Professeur Cozian que la fiscalité est favorable au tropisme fiscal des contribuables les plus aisés.⁴²⁷ La loi du 11 juillet 1986 dite loi Pons, abrogée par la loi de finances pour 2001,⁴²⁸ participait de cette incitation au voyage fiscal et permettait aux contribuables résidents français au sens de l'article 4B du Code général des impôts de bénéficier sous certaines conditions d'une réduction d'impôt sur le

⁴²⁵ V. Rép. *Morisset*, n°94878, JO 27 février 2007, p. 2146

⁴²⁶ Art. 199 undecies A du Code général des impôts

⁴²⁷ COZIAN Maurice, *Droit de la défiscalisation dans les DOM-TOM – Réalité et mirages*, Dalloz 1994, Préface ; Cette invitation au tropisme fiscal vérifie par là même un proverbe créole très imagé selon lequel : « *Gwo kok ka fè sa i lé, ti kok ka fè sa i pé* » (le grand coq fait ce qu'il veut tandis que le petit coq fait ce qu'il peut)

⁴²⁸ La loi Pons reste en vigueur pour les investissements, pour lesquels, une demande est parvenue l'administration fiscale avant 2001 et pour les immeubles ayant fait, avant 2001, une déclaration d'ouverture de chantier.

revenu (voire d'une suppression⁴²⁹) au titre d'un investissement immobilier dans les DOM-TOM. L'une de ces conditions était l'habitation à titre de résidence principale ou la location de l'immeuble. Il est intéressant de remarquer que cet avantage en termes d'impôt sur le revenu pouvait être doublé par les avantages propres au *démembrement de propriété*. En effet, en présence d'un *démembrement de propriété* d'un bien acquis dans le cadre d'un investissement en loi Pons, la déduction n'était pas remise en cause dès lors que « *le démembrement du droit de propriété de l'immeuble intervenait avant l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de son achèvement, ou de son acquisition si celle-ci était postérieure* »⁴³⁰

4. Dispositif Scellier

L'article 31 de la loi 2008-1443 du 30 décembre 2008 a mis en place un nouveau dispositif de réduction d'impôt en faveur des investissements locatifs qui remplace les dispositifs préexistants. Cet article introduit un article 199 septvicies au Code général des impôts qui précise au VII : « *La réduction d'impôt obtenue fait l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle intervient : 1° [...] 2° Le démembrement du droit de propriété de l'immeuble concerné ou des parts. Toutefois, aucune remise en cause n'est effectuée lorsque le démembrement de ce droit ou le transfert de la propriété du bien résulte du décès de l'un des membres du couple soumis à imposition commune et que le conjoint survivant attributaire du bien ou titulaire de son usufruit s'engage à respecter les engagements prévus au I et, le cas échéant, au VIII, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, pour la période restant à courir à la date du décès* ». Lorsque le transfert de la propriété du bien, des titres ou le démembrement de ce droit résulte du décès de l'un des membres d'un couple soumis à imposition commune, le conjoint survivant, attributaire du bien en pleine propriété ou titulaire de son usufruit, peut demander la reprise du dispositif à son profit. L'engagement de location du conjoint survivant est toutefois limité à la fraction du délai de neuf ans restant à courir à la date de la transmission à titre gratuit⁴³¹. La réduction d'impôt obtenue par le couple soumis à imposition commune n'est pas

⁴²⁹ DIENER Pascal, *Droit de la défiscalisation dans les DOM-TOM – Réalité et mirages*, Dalloz 1994

⁴³⁰ Rép. Türk, n° 01268 JO Sénat, 29 juillet 1993, p. 1261

⁴³¹ Instruction 5 B-17-09 n°26 ; 12 mai 2009 ; BOI n°52, 15 mai 2009

remise en cause, que le conjoint survivant opte ou non pour la reprise de l'engagement. La reprise du dispositif doit être formulée dans une note établie conformément à un modèle fixé par l'administration qui doit être jointe à la déclaration des revenus souscrite par le conjoint survivant au titre de l'année du décès de son conjoint pour la période postérieure à cet événement. Cette note doit comporter l'engagement de louer le logement non meublé à des personnes qui en font leur habitation principale pour la fraction de la période couverte par l'engagement de location initial ou, le cas échéant, prorogé restant à courir à la date du décès.

5. Régime fiscal de faveur attaché aux monuments historiques

L'application des dispositions de l'article 156 II 1 ter I 3° du Code général des impôts permet aux propriétaires de monuments historiques de bénéficier dans la détermination de l'assiette de l'impôt sur le revenu de modalités dérogatoires de prise en compte des charges financières supportées à raison de ces immeubles. L'article 85 de la loi de finances pour 2009⁴³² subordonnant le bénéfice de ces dispositions dérogatoires au droit commun à trois conditions⁴³³ a donné lieu à une instruction administrative,⁴³⁴ laquelle précise que le *démembrement de propriété* n'est pas une cause d'exclusion du régime fiscal dérogatoire dès lors que l'usufruitier et le nu-propiétaire respectent tous deux l'engagement de conservation.⁴³⁵

⁴³² Loi n°2008-1425, 27 décembre 2008 ; Dr. fisc. 2009, n°1 & 2, comm. 9

⁴³³ Engagement de conservation d'au moins 15 ans ; Détention directe de l'immeuble à l'exception des détentions per des SCI non soumises à l'impôt sur les sociétés, absence de mise en copropriété de l'immeuble sauf exception

⁴³⁴ Instruction administrative du 6 octobre 2008, BOI 5 B-26-09 du 14 octobre 2009

⁴³⁵ *Aménagement du régime fiscal de faveur attaché aux monuments historiques et assimilés*, Droit fiscal n°43, 22 octobre 2009, instr. 14178

Sous section 2. Imposition des plus values

A l'exception de la cession de la résidence principale du contribuable et des cessions unitaires inférieures à 15 000€ les plus values constatées lors de la cession d'un bien immobilier⁴³⁶ (ou de sociétés transparentes à prépondérance immobilière) par des particuliers, par une société de l'article 8 du Code général des impôts détenue par des personnes physiques ou par un fonds de placement immobilier, sont imposées à l'impôt sur le revenu au taux fixe de 19% soumises aux contributions sociales de 12,3%⁴³⁷ soit une imposition globale de 31,3% à compter du 1^{er} janvier 2011. La plus value est calculée par différence⁴³⁸ entre le prix de cession⁴³⁹ (prix de vente diminué des frais supportés par le vendeur) et le prix de revient de l'immeuble⁴⁴⁰ (prix d'acquisition ou prix déclaré dans l'acte de donation ou de succession en cas d'acquisition à titre gratuit augmenté des frais d'acquisition qui peuvent être évalués à 7,5% du prix d'acquisition en cas d'acquisition à titre onéreux). Le fait générateur de la plus value est constitué par la signature de l'acte de cession peu important la date d'encaissement du prix, ce qui constitue « *une solution exceptionnelle dans la fiscalité des ménages, laquelle repose, on le sait sur une comptabilité de caisse* »⁴⁴¹. La plus value brute est ensuite diminuée d'un abattement⁴⁴² de 10% par année pleine de détention à compter de la fin de la 5^{ème} année permettant une exonération de plus value au terme de 15 années de détention.

Lorsqu'une SCI est interposée et que cette SCI cède l'immeuble qui fait l'objet du démembrement, la plus value relève du régime des plus values immobilières des particuliers pour la part des revenus revenant aux personnes physiques, et du régime des plus values professionnelles pour la part du capital de la société détenue par des

⁴³⁶ Art. 150 U à VH du Code général des impôts

⁴³⁷ Les non-résidents cédant un bien immobilier en France sont quant à eux exonérés des prélèvements sociaux de 12,3% et ne paient (à défaut d'abattement pour durée de détention) que la plus value au taux de 19%.

⁴³⁸ Art. 150 V du Code général des impôts

⁴³⁹ Art. 150 VA du Code général des impôts

⁴⁴⁰ Art. 150 VB du Code général des impôts

⁴⁴¹ COZIAN Maurice, Précis de fiscalité des entreprises 2007 - 2008, Litec 31^{ème} édition, n°409, p. 159

⁴⁴² Art. 150 VC – I du Code général des impôts

entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés ou relevant des BIC ou des BA selon un régime réel d'imposition. La vente de la nue-propriété de l'immeuble entraîne en outre la taxation de cette mutation au taux de 5,09% ainsi que le précise l'article 1594 A du Code général des impôts.

Le *démembrement de propriété* n'a pas d'incidence sur le taux d'imposition, en revanche, des règles particulières d'évaluation des prix d'acquisition et de cession s'appliquent aux biens ou aux droits démembrés. On verra tout d'abord comment le droit fiscal détermine la plus-value en la matière (§1) avant d'étudier le traitement particulier des exonérations (§2).

§1. Détermination de la plus value

Ainsi que le précise l'article 150 U du Code général des impôts, tout comme les cessions d'immeubles en pleine propriété, les cessions d'usufruit ou de nue-propriété font l'objet d'une imposition de la plus value constatée. Le problème qui se pose est celui de la détermination de la plus value imposable car si la détermination de la plus value est assez aisée en présence d'une cession en pleine propriété, la détermination de la plus value imposable est plus délicate en présence d'un démembrement pour des raisons évidentes tenant à la substance même du démembrement. Les auteurs distinguent quatre cas permettant d'étudier la détermination de ces plus values selon l'historique du démembrement. Doivent donc être distinguées :

- La cession isolée de l'usufruit ou de la nue-propriété, (A)
- La cession conjointe de l'usufruit et de la nue-propriété par les titulaires des deux droits démembrés, (B)
- La cession de la pleine propriété d'un immeuble après réunion de la nue-propriété et de l'usufruit sur la tête du cédant, (C)
- La cession d'un immeuble par une société civile immobilière dont la propriété des parts est démembrée (D).

A – La cession isolée de l'usufruit ou de la nue-propriété

Trois cas doivent ici être distingués :

1. Usufruit ou nue-propiété acquis isolément

Lorsque l'usufruit ou la nue-propiété ont été acquis isolément et que le droit en cause est par la suite cédé, on se retrouve dans le cas classique de la cession d'un bien identique lors de l'acquisition et lors de la cession à ceci près que la durée de l'usufruit a nécessairement réduit et que la valeur de la nue-propiété a corrélativement augmenté. Néanmoins la plus value qui doit être constatée, correspond à la différence entre le prix de cession du droit et son prix d'acquisition. La durée de détention du bien vendu se calcule à compter de la date d'acquisition du bien cédé. Si le bien cédé a été acquis à titre gratuit, la valeur à retenir pour la détermination de la plus value imposable est la valeur qui a été retenue pour le calcul des droits de mutation. Lorsque le démembrement a pour origine une succession ouverte avant le premier janvier 2004 (période à laquelle le barème de l'article 762 du Code général des impôts était applicable), il est nécessaire pour le calcul de la plus value de retenir⁴⁴³ la valeur retenue lors de la mutation à titre gratuit à l'aide du barème de l'article 669 du Code général des impôts⁴⁴⁴. A défaut, le calcul de la plus value serait erroné car les valeurs d'usufruit et de nue-propiété seraient faussées par la différence de taux de rendement ainsi que par la différence de tranches des deux barèmes ce qui aurait pour conséquence d'augmenter fictivement la plus value en cas de cession de l'usufruit⁴⁴⁵.

Lorsque l'usufruit est détenu par une société commerciale, le droit qu'il représente doit être inscrit au bilan de ladite société car il est un « *élément identifiable du patrimoine ayant une valeur positive pour l'entité, c'est-à-dire, un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'évènements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* »⁴⁴⁶. Le droit d'usufruit est donc un actif ayant vocation à demeurer au bilan de la société, de ce fait il constitue une immobilisation incorporelle

⁴⁴³ Article 150 VB – I al. 4 du Code général des impôts : « *En cas de cession d'un bien ou d'un droit mentionné aux articles 150 U à 150 UD, dont le droit de propriété est démembre à la suite d'une succession intervenue avant le 1er janvier 2004, le prix d'acquisition est déterminé en appliquant le barème prévu à l'article 669, apprécié à la date de la cession* ».

⁴⁴⁴ Art. 150 VB du Code général des impôts

⁴⁴⁵ Article 50 de la loi rectificative pour 2004, Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004, v. La revue fiduciaire, FH 3072

⁴⁴⁶ Art. 211-1 al. 1 du Plan comptable général

(compte de la classe 2, compte 205 ou 208) qui est amortissable⁴⁴⁷ sur sa valeur nette comptable. Aussi faut-il amortir cet actif incorporel dès lors qu'il est certain dès son inscription au bilan que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin à une date déterminée⁴⁴⁸. Comment pourrait-il en être autrement puisque par définition, l'usufruit est un droit nécessairement temporaire ? Il est donc nécessaire et obligatoire (afin de répondre aux exigences de régularité, d'exactitude et de sincérité des comptes annuels) de pratiquer un amortissement de l'usufruit inscrit à l'actif d'une société commerciale sur la durée de l'usufruit⁴⁴⁹. Enfin, la sortie de cet usufruit, ainsi amorti, n'a aucune conséquence fiscale en termes de plus value en application de l'article 1133 du Code général des impôts. Les SCI ayant opté pour l'impôt sur les sociétés perdent le bénéfice de la transparence fiscale, pouvant en contrepartie amortir l'usufruit d'immeuble. Le grave inconvénient est que toutes les plus values seront à court terme calculées par la différence entre la valeur nette comptable et le prix de cession si bien que plus le temps passera plus la plus value augmentera⁴⁵⁰.

2. Bien acquis en pleine propriété suivie de la cession de l'usufruit ou de la nue-propriété

Lorsque la cession porte sur l'usufruit ou sur la nue-propriété d'un bien acquis préalablement en pleine propriété, il est nécessaire pour le calcul de la plus value de déterminer quelle aurait été la valeur de l'élément cédé au jour de l'acquisition. Autrement dit, il convient de calculer la fraction du prix d'acquisition représentée par l'élément cédé. Pour ce faire, l'article 74 SE de l'annexe II du Code général des impôts précise qu'il est impératif⁴⁵¹ d'utiliser le barème de l'article 669⁴⁵². Il est fréquent que des charges, indemnités ou des frais d'acquisition aient pesé sur le bien, ceux-ci doivent alors être retenus dans les mêmes proportions que le prix d'acquisition du bien

⁴⁴⁷ TA Poitiers, 21 novembre 1996, n°951701 ; FERNOUX Pierre, *Monsieur le juge, persistez ... l'usufruit est un bien amortissable*, Bulletin Francis Lefebvre, février 1998, p. 77

⁴⁴⁸ Doc. Adm. DGI 4-D-123, n°3

⁴⁴⁹ CASTERAN Bruno, *L'externalisation de l'immobilier d'exploitation : Benchmarking stratégique et fiscal*, Cahier de droit de l'entreprise n°3, mai 2008, 31

⁴⁵⁰ BAFFOY Gérard, *Modes de détention de l'immobilier d'entreprise*, La revue fiscale notariale n°5, mai 2009, étude 7

⁴⁵¹ Instruction 8M-1-05, fiche 16, n°4, BOI du 4 août 2005

⁴⁵² Quand bien même le bien cédé aurait été acquis avant 2004 (sous l'égide de l'ancien barème).

cédé⁴⁵³. L'âge à retenir est celui du vendeur en cas de cession de la nue-propiété. Enfin, pour le calcul de l'abattement pour durée de détention, il y a lieu de retenir très logiquement la date d'acquisition du bien.

3. Pleine propriété d'un bien acquise par réunion de la nue-propiété et de l'usufruit

En pareil cas :

- Soit l'usufruit et la nue-propiété ont été acquis successivement. Dans ce cas, la plus value de cession de la nue-propiété ou de l'usufruit est déterminée par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition (ou la valeur retenue pour les droits de mutation en cas de mutation à titre gratuit).
- Soit la nue-propiété a été acquise à titre onéreux et l'usufruit par extinction naturelle. En pareille hypothèse, la cession de la nue-propiété ne pose aucun problème puisque la plus value correspond à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition. Si la cession porte sur l'usufruit acquis par extinction naturelle, la plus value résultant de la cession de cet usufruit correspond au montant de la cession puisqu'il n'y a pas de valeur d'acquisition⁴⁵⁴. C'est la conséquence de l'article 1133 du Code général des impôts⁴⁵⁵.
- Soit la nue-propiété a été acquis à titre gratuit et l'usufruit par extinction naturelle. En cas de cession de la nue-propiété, la plus value imposable correspond à la différence entre le prix de cession et le prix retenu dans l'acte de mutation à titre gratuit. En cas de cession de l'usufruit, la plus value correspond à la différence entre le prix de cession et la valeur vénale de l'usufruit. L'administration considère que la valeur vénale à retenir est celle déterminée dans l'acte à l'origine du démembrement⁴⁵⁶. Puisqu'étant dans le cas d'une mutation à titre gratuit, il y a lieu de calculer la valeur de l'usufruit et de la nue-propiété (si ceux-ci ont été acquis avant 2004) au moyen du barème de l'article 669 comme nous l'avons étudié plus haut.

⁴⁵³ Instruction 8 M-1-04, fiche 4 n°13, BOI du 14 janvier 2004

⁴⁵⁴ Instruction 8 M-1-04, fiche 4, n°12, BOI du 14 janvier 2004

⁴⁵⁵ DALMAS Bruno & CORNILLEAU Vincent, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec 2007, p.185

⁴⁵⁶ Prec. Instruction 8 M-1-04, fiche 4, n°21

B - La cession conjointe de l'usufruit et de la nue-propriété par les titulaires des deux droits démembrés⁴⁵⁷

Lorsque l'usufruitier et le nu-propiétaire décident de céder conjointement leurs droits sur un immeuble, il est nécessaire de répartir entre chacun d'entre eux la plus value, aussi faut-il déterminer le prix de cession ainsi que le prix d'acquisition. L'objectif est donc de répartir la plus value globale entre les titulaires des droits démembrés au prorata de la valeur qu'ils détiennent. Concernant le prix de cession, le principe veut que ce dernier soit ventilé entre les protagonistes en fonction de la valeur réelle de chacun des droits au jour de la vente. Cette répartition est donc faite en fonction de la valeur réelle des deux droits au jour de la vente. L'administration reprend ici les règles posées par la jurisprudence civile qui veut que la répartition du prix soit réalisée sur la base de données économiques⁴⁵⁸. Un choix est néanmoins laissé par l'administration fiscale qui, par mesure de simplification, admet que la ventilation soit opérée au moyen du barème de l'article 669 en tenant compte de l'âge de l'usufruitier au jour de la cession⁴⁵⁹. La plus value de cession de l'immeuble correspond à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition, aussi est-il impératif de ventiler le prix d'acquisition. Pour ce faire, soit les droits ont été acquis à titre onéreux et pour chacun des titulaires, on tient compte du prix d'acquisition effectif, soit les droits ont été acquis à titre gratuit et il y a alors lieu de retenir la valeur déclarée dans l'acte de mutation à titre gratuit⁴⁶⁰. Ici encore, pour éviter les distorsions de valeur résultant des différences de barèmes (des articles 762 et 669 du Code général des impôts), il est obligatoire de retraiter l'évaluation du prix de cession à l'aide du nouveau barème pour les biens acquis à l'occasion d'une succession ouverte avant le 1^{er} janvier 2004.

C – Vente d'un immeuble après réunion de la nue-propriété et de l'usufruit sur la tête du cédant⁴⁶¹

⁴⁵⁷ FERNOUX Pierre, *Gestion Fiscale du Patrimoine, Groupe Revue Fiduciaire*, 13^{ème} édition, 2008, p. 493 s.

⁴⁵⁸ Cass. civ. 25 février 1997, JCP E, pan. 409

⁴⁵⁹ Prec. Instruction 8M-1-05, fiche 18

⁴⁶⁰ Art. 150 VB du Code général des impôts

Trois cas doivent ici être distingués :

- Lorsque la nue-propiété a été acquise à titre gratuit ou onéreux tandis que l'usufruit a été acquis par extinction naturelle, l'administration admet par mesure de faveur d'assimiler le prix d'acquisition à celui de la pleine propriété⁴⁶² ainsi que de calculer la durée de détention en pleine propriété à compter de l'acquisition de la nue-propiété.
- Lorsqu'usufruit et nue-propiété ont été tous deux acquis soit à titre onéreux soit à titre gratuit, il y a lieu de retenir les montants réels d'acquisition lorsque les deux droits ont été acquis à titre onéreux et les montants déclarés dans chacun des actes dans le cas d'une acquisition des deux droits à titre gratuit. On retient en revanche dans ces deux configurations (caractère gratuit ou onéreux) la première des acquisitions pour le calcul de la durée de détention.
- Lorsque la nue-propiété a été acquise à titre gratuit et l'usufruit à titre onéreux, la plus value correspond à la différence entre le prix de cession et la valeur vénale de la nue-propiété telle qu'elle apparaît dans l'acte augmentée du prix d'acquisition de l'usufruit. Une fois encore, la date d'entrée dans le patrimoine à retenir pour le calcul du délai de 15 ans est celui de l'entrée du premier des biens.

D -La cession d'un immeuble par une société civile immobilière dont la propriété des parts est démembrée

La plus value est calculée au niveau de la société et de ce fait en fonction des dates d'acquisition par la société, mais elle est imposable au nom de chaque associé au prorata de ses droits sociaux en vertu de la transparence de l'article 8 du Code général des impôts. En vertu du même article, l'usufruitier est imposé sur la quote part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Si l'usufruitier a vocation à recueillir les fruits, il n'a pas droit aux produits du bien. On retrouve ici la question des droits de l'usufruitier de parts sociales étudiée préalablement, mais qui, ici encore, justifie une rédaction soignée des statuts de la société d'interposition.

⁴⁶¹ Mémento Fiscal 2008, Francis Lefebvre, n°2860 s. p. 486 s.

§2. Application des exonérations

Le *démembrement de propriété* ne fait pas obstacle à l'application des cas d'exonérations tels que l'abattement pour durée de détention permettant une exonération à l'issue d'une période de 15 ans.⁴⁶³ Le *démembrement de propriété* ne s'oppose pas non plus à l'exonération pour cause de cession inférieure à 15 000€ Concernant ces cessions, il est important de remarquer que ce seuil doit s'apprécier par rapport à la valeur en pleine propriété du bien et non par rapport à la valeur du droit cédé.⁴⁶⁴

Une exonération est tout de même spécifique au *démembrement de propriété*. Il s'agit du cas du remembrement. En pareil cas, les plus values d'échange réalisées dans le cadre de remembrement d'immeubles urbains ou ruraux sont exonérées dès lors que les prescriptions du Code général des impôts sont respectées.⁴⁶⁵ Les plus-values constatées à l'occasion de telles opérations sont considérées comme intercalaires. L'exonération n'est donc pas vraiment définitive. La taxation peut ainsi intervenir lors de la cession des biens remembrés.

Enfin, en matière d'exonération au titre de la résidence principale,⁴⁶⁶ si l'usufruitier cède son droit, il peut bénéficier de l'exonération dès lors que l'immeuble constitue sa résidence principale. En revanche, le nu-propiétaire ne peut pas par nature bénéficier de cette exonération faute de ne pas remplir ces conditions. L'usufruitier peut néanmoins avoir laissé à la disposition du nu-propiétaire l'immeuble en cause. Dans ce cas, le nu-propiétaire pourrait bénéficier de l'exonération mais risque par la même

⁴⁶² Prec. Instruction 8M-1-05, fiche 16, n°14

⁴⁶³ Cette exonération ne s'applique désormais que pour l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux restant dus

⁴⁶⁴ Art. 150 U – II, 6° du Code général des impôts

⁴⁶⁵ Art. 150 U – II, 5° du Code général des impôts

⁴⁶⁶ Art. 150 U – II, 1° du Code général des impôts

occasion que cet abandon soit requalifié en libéralité consentie par l'usufruitier.⁴⁶⁷ Il semble néanmoins que cette exonération puisse jouer dans le cas des cessions d'immeubles par des SCI⁴⁶⁸ dont les associés utilisent l'immeuble à titre de résidence principale.⁴⁶⁹

Section 2. Incidences du *démembrement de propriété* sur les autres impôts.

Le démembrement de propriété constitue une modification profonde du droit de propriété dont le droit fiscal tient compte au titre de l'IR puisque l'objet du démembrement peut générer des revenus. Cette technique modifie considérablement la structure du patrimoine des différents acteurs. Ici encore, le droit fiscal tient compte de ces modifications structurelles tant en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (Sous section 1) que de droits de mutations à titre gratuit et de taxes foncières (Sous section 2)

Sous section 1. L'impôt de solidarité sur la fortune et son prolongement : la taxe de 3% sur certains immeubles

Le démembrement de propriété conduit à une modification des droits que détiennent les contribuables si bien qu'il est indispensable d'en étudier le traitement fiscal au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune. (§1) Si le droit fiscal considère que seul le titulaire des droits générateurs de revenus doit inclure le bien dans son patrimoine, on verra par la suite comment le droit fiscal appréhende cette technique en matière de taxe de 3%. (§2)

§1. L'impôt de solidarité sur la fortune

⁴⁶⁷ Rep. Richemont, n°14752, JO Sénat 14 avril 2005, p. 1068, droit fiscal 2005, n°21, p. 882, FERNOUX Pierre, *Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes*, BF Francis Lefebvre, avril 1999, p. 190 s.

⁴⁶⁸ Sénat séance du 24 novembre 2003, JO Sénat n°108 S. Compte-rendu du 25 novembre 2003, p. 8569

⁴⁶⁹ Mémento Patrimoine 2007-2008, Francis Lefebvre, p. 198

L'impôt de solidarité sur la fortune est un impôt frappant le patrimoine net des personnes physiques. C'est donc logiquement que nous étudierons le traitement de l'actif des contribuables assujettis détenteurs d'un droit démembré (A) avant de nous intéresser au traitement du passif en pareille situation. (B)

A - Traitement de l'actif

Le traitement fiscal de l'actif en présence d'un démembrement de propriété conduit à imposer par principe l'usufruitier pour la valeur du bien en pleine propriété (1). Nous verrons cependant qu'il est possible de déroger à la règle dans certaines conditions. (2)

1. Principe d'imposition au nom de l'usufruitier

Décrit à l'article 885 U du Code général des impôts, l'impôt de solidarité sur la fortune est un impôt sur le capital qui frappe à un taux progressif les personnes physiques dont le patrimoine net dépasse 800 000€ au 1^{er} janvier 2011.⁴⁷⁰ Créé en 1982, supprimé en 1986 et ré institué en 1988, l'objectif de cet impôt était de financer le RMI qui venait d'être institué. Très critiqué et considéré comme étant un des facteurs des exils fiscaux⁴⁷¹, l'impôt, assis sur la valeur nette des biens du contribuable semble parfois

⁴⁷⁰ Ce patrimoine imposable de 800 000€ au 1^{er} janvier 2011 issu de la loi de finances pour 2011 sera porté selon toute vraisemblance à 1,3 millions d'euros par la loi de finances rectificative pour 2011

⁴⁷¹ MANIERE Philippe, *ISF : Abolir un impôt coûteux pour la France*, 16 février 2008, Communiqué de l'Institut Montaigne selon lequel « *L'ISF coûte 12 milliards de plus qu'il ne rapporte.* » ; Le montant de ce manque à gagner est désormais estimé par les économistes entre 9 et 15 milliards d'Euros, v. WATTEZ Eric, *Les refuges à l'étranger de nos expatriés de luxe*, Capital, décembre 2009, n°219, p. 80. Le législateur n'a quant à lui pas eu l'opportunité d'estimer le montant de ces pertes fiscales du fait du rejet (Rapport AN, n°3246 du 5 juillet 2006) de la proposition de création d'une commission d'enquête sur l'expatriation des patrimoines, laquelle aurait eu pour mission de chiffrer le montant total des patrimoines nationaux qui ont quitté la France, depuis la création de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune. V. *Proposition de résolution n°3135 tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'appauvrissement de la France en raison de l'expatriation des patrimoines et des contribuables*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 juin 2006. Le Sénateur Philippe Marini a cependant tenté une évaluation de la perte en capital à laquelle conduit l'ISF : « *Les pertes en capital pour l'économie française liées à la délocalisation de redevables à l'ISF [...] sur cinq années [...] se sont élevées au minimum à 7,3 milliards d'euros. Par ailleurs, une analyse plus approfondie des données concernant la dernière année fiscale connue, [...] amène à considérer que ce montant doit être réévalué d'au moins 50 % [...] Les pertes en capital pour l'économie française peuvent donc bien être estimées, pour la seule année 2001, à 1,5 milliard d'euros. A ce rythme, l'ISF aura fait perdre à l'économie française, en cinq ans, 11 milliards d'euros de capitaux* », v. Débats sur l'article 26 bis de la loi sur l'initiative économique, Sénat Débats 27 mars 2003.

présenter un caractère confiscatoire.⁴⁷² Pour ce faire, il est nécessaire de procéder à une évaluation pour chaque bien en déduisant pour chacun les éventuelles dettes d'acquisition ou de conservation en cours. Les résidents fiscaux français au sens de l'article 4 B du CGI,⁴⁷³ sont imposés sur tous les biens qu'ils détiennent dans le monde, c'est pour eux un impôt mondial (exception faite du régime des impatriés qui bénéficient d'une tolérance quinquennale). Les non résidents sont quant à eux soumis à l'impôt de solidarité sur la fortune uniquement pour leurs biens situés en France à l'exception de leurs placements financiers. Les immeubles ne sont que très rarement exonérés d'impôt de solidarité sur la fortune. Seuls les biens immobiliers professionnels⁴⁷⁴, les bois et forêts (dans une certaine mesure)⁴⁷⁵ et la résidence principale pour 30%⁴⁷⁶ de sa valeur vénale bénéficient d'une telle faveur.⁴⁷⁷ Le *démembrement de propriété* constitue un moyen d'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune. Mais si la valeur d'un bien est affectée par l'existence d'un démembrement, le moyen d'optimisation ne saurait résider dans la constitution d'une décote pour illiquidité puisque la Cour de cassation⁴⁷⁸ et l'administration⁴⁷⁹ refusent au contribuable la possibilité de pratiquer un abattement à raison de l'existence d'un

⁴⁷² Cass. Com. 7 octobre 2008, n°07-13600, *M. Paillaud*, JurisData n°2008-045321 ; Cass. Com. 23 juin 2009, n°08-17681, *M. et Mme Cailliau*, JurisData n°2009-048835, Cass. Com. 23 juin 2009, n°08-15494, *M. Loge* ; Cass. Com. 7 juillet 2009, n°08-16762, *Epoux Bacou* ; JurisData n°2009-049109.

⁴⁷³ Le critère de résident est défini à l'article 4B du Code général des impôts ainsi qu'au §2 du modèle OCDE. 4 critères permettent de définir cette qualité. Le premier critère est divisé en deux : le foyer d'habitation permanent (lieu dont on a la disposition permanente) & centre des intérêts vitaux : liens personnels (femme et enfants) et économiques les plus étroits (sources de revenus, de patrimoine ou d'activité). A défaut de ces critères, le résident est celui qui réside dans un Etat de manière habituelle. Si un contribuable passe le même nombre de jours dans deux Etats alors on regarde la nationalité. Si cette personne n'a pas la nationalité de ces Etats ou si cette personne a les 2 nationalités alors il faut que les Etats trouvent une solution entre eux : procédure amiable.

⁴⁷⁴ Sont exonérés d'impôt de solidarité sur la fortune les biens nécessaires à l'exercice par le redevable ou son conjoint, d'une profession (Art. 885 N à R du Code général des impôts). L'exonération joue que l'immeuble soit ou non inscrit au bilan de l'entreprise, car seule compte l'affectation à l'usage professionnel peu important que l'immeuble soit détenu directement ou indirectement.

⁴⁷⁵ Art. 885 H du Code général des impôts

⁴⁷⁶ Abattement, initialement fixé à 20 % par la loi de finances pour 1999 ; porté à 30 % par la loi TEPA.

⁴⁷⁷ Cet abattement résulte directement de l'application de la jurisprudence « *Fleury* ». A l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation eut l'occasion de préciser qu'un bien immobilier non vacant doit être évalué en prenant en compte la dévalorisation résultant de cet état de fait. Cass Com. 13 février 1996, n°93-20.978, *Fleury* ; Bull. 1996, IV n°47 p. 37

⁴⁷⁸ Cass. Com. 20 octobre 1998, n°1675P, *Lansard* : RJF 12/98, n°1504 ; Cass. Com. 12 janvier 1999, n°129 P, *Cellier* : RJF 4/99, n°501 ; Cass. Com. 20 mars 2007, n°05-16.751, *Vrillaud* : RJF 7/07, n°858 ; BOI 7 S-4-07

⁴⁷⁹ Doctrine administrative 7 S-351, n°6, 1^{er} octobre 1999 ; BOI 7 S-2-99

démembrement. L'intérêt du *démembrement de propriété* en matière d'impôt de solidarité sur la fortune est donc à rechercher ailleurs.

Il résulte des dispositions de l'article 885 E du Code général des impôts que l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune est constituée par la valeur nette, au 1^{er} janvier de l'année, de l'ensemble des biens droits et valeurs imposables appartenant aux personnes physiques lorsque la valeur de ce patrimoine est supérieure à la limite de la première tranche du tarif fixé à l'article 885 U du même code.

2. Exception à la règle : une imposition séparée

Les biens ou droits grevés d'un usufruit, d'un droit d'habitation ou d'un droit d'usage accordé à titre personnel sont en principe compris dans le patrimoine de l'usufruitier ou du titulaire du droit pour leur valeur en pleine propriété ; corrélativement, le nu-propiétaire est exonéré.⁴⁸⁰ La raison de ce mécanisme est à rechercher dans la création même de l'impôt sur les grandes fortunes.⁴⁸¹ Le Conseil constitutionnel à cette occasion liait l'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune à la faculté contributive du contribuable en se fondant sur l'article 13 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lequel prévoit que « *Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés* ». Le Conseil précise alors⁴⁸² « *qu'en instituant un impôt sur les grandes fortunes, le législateur a entendu frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens et qu'il résulte des revenus en espèce ou en nature procurés périodiquement par ces biens, qu'ils soient ou non soumis par ailleurs à l'impôt sur le revenu* ». Une quinzaine d'années plus tard, le Conseil constitutionnel est revenu sur cette question dans une décision du 29 décembre 1998⁴⁸³ à l'occasion de laquelle il a précisé que la taxation du nu-propiétaire à l'impôt de solidarité sur la fortune était contraire à la constitution car l'impôt de solidarité sur la fortune était alors « *assis sur un bien dont*

⁴⁸⁰ Rép. Min. Julia : AN 15-3-1991. P.510

⁴⁸¹ Loi n°81-1160 art. 3, Loi du 30 décembre 1981 de finances pour 1982

⁴⁸² Cons. Const. 31 décembre 1981, n°81-133 DC, Dr. fisc. 1982, n°2 – 3 p. 90

⁴⁸³ Cons. Const. 29 décembre 1998, n°98-405 DC, RJF 1999, n°194

le contribuable ne tirait aucun revenu ». Dès lors, certains auteurs⁴⁸⁴ ont estimé que le Conseil Constitutionnel avait établi un lien direct entre la production de revenus et l'inclusion dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune. D'autres auteurs⁴⁸⁵ considèrent en revanche que si le Conseil constitutionnel a précisé que l'impôt de solidarité sur la fortune frappe une faculté contributive, ce que refuse réellement le Conseil constitutionnel, c'est la taxation du nu-propiétaire sur la pleine propriété, c'est-à-dire sur une assiette plus large que celle que constitue son droit puisque le nu-propiétaire se retrouve imposé sur un droit appartenant à une autre personne, personne qui, elle, est susceptible d'en tirer des revenus. La Cour de cassation⁴⁸⁶ a semblé accréditer cette seconde théorie dans un arrêt du 15 mai 2007. En l'espèce, des contribuables estimaient que les titres de participation qu'ils détenaient devaient être exclus de l'assiette de leur impôt de solidarité sur la fortune dans la mesure où ceux-ci n'avaient procuré aucun revenu. La Cour de cassation rejetait le moyen sur le fondement de l'article 885 E du Code général des impôts qui ne distingue pas selon que les biens sont ou non productifs de revenus.

Le principe de l'imposition de l'usufruitier sur la valeur en pleine propriété du bien ne s'applique pas dans les trois cas suivants :

1. **Démembrement résultant de la vente de la nue-propriété.** En présence d'une vente dont le vendeur s'est réservé l'usufruit⁴⁸⁷ à condition que l'acquéreur de la nue-propriété ne soit pas un héritier présomptif ou un descendant de l'usufruitier, un donataire ou une personne réputée interposée au sens de l'article 751 du Code général des impôts. (Cette présomption de propriété de l'article 751 ne s'applique qu'à l'usufruitier).⁴⁸⁸ Les personnes réputées interposées entre le défunt et ses héritiers, légataires ou donataires sont celles désignées par l'article 911, al. 2 du Code civil. Il s'agit de leur conjoint, pères et mères et de leurs descendants.

⁴⁸⁴ PRIOL Jean-Marc & SCHIELE Pascal, *L'ISF, une infortune !*, LPA 13 février 2003, p. 7 s. ; MAUBLANC Jean-Pierre, *Le contribuable peut-il tenir en échec le caractère confiscatore de l'ISF ?*, AJDI 2005, p. 823 s.

⁴⁸⁵ QUILICI Sandrine, *ISF et caractère confiscatore : choix de gestion n'est pas raison !*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°42, 15 octobre 2009, 1985

⁴⁸⁶ Cass. Com. 15 mai 2007, n°06-11701, *M. Vuillième*, JurisData n°2007-039097, RJF 2007, n°1173

⁴⁸⁷ Art. 885 G b du Code général des impôts

⁴⁸⁸ Cass. Com. 4-6-2002 n°1099 : RJF 12/02 n°1418

2. **Démembrement d'origine successorale.** En présence d'un *démembrement de propriété* résultant de l'application de l'usufruit légal du conjoint survivant (avant le premier juillet 2002, puisque le conjoint survivant ne bénéficie plus d'une réserve légale) l'usufruitier et le nu-propiétaire sont imposés respectivement pour la valeur de l'usufruit pour l'un et de la nue-propiété pour l'autre. Sont soumis à cette règle les démembrements de propriété résultant de l'usufruit forcé du conjoint survivant en présence d'enfants d'un premier lit,⁴⁸⁹ ainsi que l'usufruit légal des ascendants résultant d'une succession ouverte avant le 31 décembre 2006.⁴⁹⁰ L'usufruit du conjoint survivant et le droit viager au logement de l'article 757 du Code civil, résultant de décès intervenus depuis le 1^{er} juillet 2002, relèvent de la taxation en pleine propriété des biens dans le patrimoine de l'usufruitier.⁴⁹¹
3. **Donation ou legs avec réserve d'usufruit au profit de certaines personnes morales.** En présence de donation ou de legs fait avec réserve d'usufruit à l'Etat ou aux départements, aux communes, à des établissements publics ou à des associations reconnues d'utilité publique, l'usufruitier et le nu-propiétaire sont imposés séparément sur la valeur de leurs droits respectifs⁴⁹².

Dans ces trois cas, et sous réserve de cession à titre gratuit ou à titre onéreux, les biens dont la propriété est démembrée sont compris dans les patrimoines de l'usufruitier et du nu-propiétaire suivant une clef de répartition dépendant de l'âge de l'usufruitier⁴⁹³. Cette clef de répartition est celle prévue à l'article 669 du Code général des impôts.

⁴⁸⁹ Art. 1098 du Code civil

⁴⁹⁰ Art. 1094 du Code civil

⁴⁹¹ BOI 7 S-2-04

⁴⁹² Art. 885 G c du Code général des impôts

⁴⁹³ *Impôt de solidarité sur la fortune – Notice pour remplir votre déclaration 2009* ; Formulaire n°2725-NOT

| Age de l'usufruitier, moins de | Valeur de l'usufruit | Valeur de la nue-propriété |
|--------------------------------|----------------------|----------------------------|
| 21 ans révolus | 90% | 10% |
| 31 ans révolus | 80% | 20% |
| 41 ans révolus | 70% | 30% |
| 51 ans révolus | 60% | 40% |
| 61 ans révolus | 50% | 50% |
| 71 ans révolus | 40% | 60% |
| 81 ans révolus | 30% | 70% |
| 91 ans révolus | 20% | 80% |
| Plus de 91 ans révolus | 10% | 90% |

Ainsi, si l'usufruit est détenu par une personne non imposable⁴⁹⁴, et sauf démonstration par l'administration de la réalisation de l'opération dans un but exclusivement fiscal, le *démembrement de propriété* permet une exonération d'impôt de solidarité sur la fortune. L'impôt de solidarité sur la fortune frappe l'actif net d'un ménage dont la constitution est différente du ménage au sens de l'impôt sur le revenu puisque les enfants majeurs sortent automatiquement du foyer fiscal au sens de l'impôt de solidarité sur la fortune dès leur majorité. Il est alors intéressant de donner l'usufruit à l'enfant majeur qui n'est généralement pas assujéti à l'impôt de solidarité sur la fortune. En revanche, lorsque l'usufruitier d'un immeuble est une personne imposable au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune, (c'est-à-dire lorsque son actif net imposable est supérieur à 790 000€ (pour la déclaration d'ISF 2009), il doit faire apparaître la valeur en pleine propriété de l'immeuble (à concurrence de la quote-part du bien faisant objet de cet usufruit) dans l'annexe 1 du formulaire *Cerfa 2725*.

B - Traitement du passif

⁴⁹⁴ Il peut s'agir d'une personne physique dont la valeur totale du patrimoine n'atteint pas le seuil d'imposition ou d'une personne morale non assujéti par nature à l'impôt de solidarité sur la fortune. Néanmoins, si cette personne morale est dépourvue d'activité professionnelle, les parts ne peuvent pas constituer des biens professionnels exonérés et par conséquent, les associés sont imposés pour la valeur des parts intégrant l'usufruit.

Concernant le passif venant en déduction de l'assiette, l'article 885D opère un renvoi aux articles 768 et 769 du Code général des impôts. Ainsi, seules les dettes à la charge personnelle du redevable sont déductibles de l'assiette imposable. En matière de *démembrement de propriété*, l'article 885 G pose le principe de l'imposition pour la valeur en pleine propriété sur la tête de l'usufruitier. Si l'imposition doit être répartie égalementement entre les citoyens en fonction de leurs facultés contributives, on peut s'étonner de la régularité de l'impôt de solidarité sur la fortune en matière de *démembrement de propriété*. En effet, l'impôt ne semble pas réparti égalementement entre les redevables ni en fonction de leurs facultés contributives. Et pourtant ... Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la régularité de cet impôt⁴⁹⁵ : « *Considérant que l'impôt sur les grandes fortunes a pour objet de frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens et qui résulte des revenus en l'espèce ou en nature procurés par ces biens ; qu'une telle capacité contributive se trouve entre les mains non du nu-propriétaire mais de ceux qui bénéficient des revenus et avantages afférant aux biens dont la propriété est démembrée ; que dans ces conditions et compte tenu des exceptions énumérées par le législateur, celui-ci a pu mettre en règle générale à la charge de l'usufruitier l'impôt sur les grandes fortunes sans contrevenir au principe de la répartition de l'impôt selon les facultés contributives des citoyens comme le veut l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». Si le nu-propriétaire n'est pas imposé à l'impôt de solidarité sur la fortune, ce n'est qu'en application d'une règle d'assiette qui tient compte de sa capacité contributive. En effet, seul l'usufruitier est habilité à percevoir des revenus du bien démembré pendant la période de l'usufruit, aussi seul ce dernier bénéficie de la faculté contributive requise pour être assujetti à l'impôt de solidarité sur la fortune.

Le passif afférent à un bien taxé en pleine propriété chez l'usufruitier et incombant au nu-propriétaire ne peut pas être déduit par l'usufruitier. Un problème survient quant à la déductibilité par un nu-propriétaire d'un passif lui incombant. En effet, si ce dernier est redevable de l'impôt de solidarité sur la fortune, peut-il imputer les dettes contractées pour l'acquisition de son droit ou dans l'intérêt de celui-ci sur le montant de son actif taxable. Cette interrogation revient à définir le statut du nu-propriétaire au

sens de l'impôt de solidarité sur la fortune car si ce dernier est considéré au plan civil comme propriétaire du bien, au sens de l'impôt de solidarité sur la fortune, le nu-propriétaire est quelque peu ignoré dans la mesure où il n'est pas redevable de l'impôt pour sa part de nue-propriété. Ce n'est qu'en mars dernier que la Cour de cassation a apporté une réponse⁴⁹⁶ élargissant le champ de la tolérance administrative en matière de paiement différé des droits de succession demandée par le nu-propriétaire⁴⁹⁷. En l'espèce, un particulier avait acquis la nue-propriété d'un bien immobilier dont il avait financé l'acquisition et les travaux par un emprunt dont le capital avait été déduit de l'actif taxable à l'impôt de solidarité sur la fortune, déduction que l'administration fiscale avait remis en cause⁴⁹⁸. Dans cet arrêt, l'administration, sur le fondement de l'article 885 G, considérait que la nue-propriété était constamment exonérée au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune. La Haute juridiction, ne retient pas cette analyse et précise à cette occasion que « *le bien grevé d'usufruit étant pour l'impôt de solidarité sur la fortune, compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour sa valeur en pleine propriété, il ne constitue pas un bien exonéré* ».

Les conditions de déduction du passif énoncées à l'article 768 du Code général des impôts précisent que pour être déductible, la dette soit exister au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, être à la charge du redevable et être justifiée par tout mode de preuve. Il n'existe pas de condition supplémentaire, aussi, les charges afférentes à la nue-propriété doivent-elles être appréhendées indifféremment de l'usufruit. Par voie de conséquence et exception faite des démembrements de biens exonérés à raison de leur nature intrinsèque⁴⁹⁹, la nature du bien dont dépend la déductibilité des charges doit être appréciée en fonction de la personne qui détient le bien démembré. Ainsi, le nu-propriétaire d'un bien démembré peut déduire les charges afférentes à un bien qui a la

⁴⁹⁵ Cons. Const., n°81-133DC, 31 décembre 1981 : Droit fiscal 1982, n°2-3, comm. 90

⁴⁹⁶ Cass. Com., 31 mars 2009, n°8-14.645, M. Theiller & Mme Beauvair, note Quilici : JurisData n°2009-047730

⁴⁹⁷ Doctrine administrative 7 S-361 n°12

⁴⁹⁸ ISF : non exonération d'un bien grevé d'usufruit, Lexbase Hebdo n°346, 16 avril 2009.

⁴⁹⁹ Tels que les objets d'antiquité, d'art ou de collection de l'article 885 I du Code général des impôts

nature d'un bien professionnel exonéré⁵⁰⁰ uniquement pour la personne de l'usufruitier⁵⁰¹.

§2. Le prolongement de l'impôt de solidarité sur la fortune, la taxe de 3% sur certains immeubles

La tentation est grande pour les non résidents détenant un patrimoine immobilier en France de chercher à échapper à l'impôt de solidarité sur la fortune. Pour parvenir à cette fin, il semblait possible de créer une société écran dans un Etat non lié à la France par une convention d'assistance administrative ou par un traité comportant une clause de non discrimination fiscale. Cette société détiendrait le patrimoine immobilier français du contribuable non-résident, l'administration française étant incapable de remonter aux associés. Afin d'éviter ces montages, l'administration a amené le législateur à taxer, la valeur vénale des immeubles détenus par ce biais, au taux de 3%,⁵⁰² créant ainsi un impôt fort dissuasif ; puisque ce taux de 3% est bien supérieur au taux marginal de l'impôt de solidarité sur la fortune (1,8%). Le but de cet impôt est d'inciter les associés personnes physiques à dévoiler leur identité afin de pouvoir les taxer à l'impôt de solidarité sur la fortune. En effet, les sociétés intercalaires peuvent faire échec à cette taxe dès lors qu'elles communiquent des informations suffisantes sur leurs associés.

La taxe de 3% concerne toutes les personnes morales, quelle que soit leur forme, et quel que soit le pays où se trouve leur siège à condition qu'elles détiennent directement

⁵⁰⁰ Les biens professionnels étaient en effet exonérés d'IGF depuis la loi du 29 décembre 1983 de finances pour 1984, cette exonération fut maintenue lors de la création de l'ISF par la loi n°88-1149 du 23 décembre 1988. Sont ainsi exonérés : les biens nécessaires à l'exercice à titre principal, d'une profession industrielle, commerciale, artisanale agricole ou libérale ; les parts ou actions de sociétés pour la fraction correspondant aux biens nécessaires à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ; et certains biens ruraux, lorsque leur propriétaire ou son conjoint les exploite lui-même et que l'exercice de la profession d'agriculteur constitue l'activité principale de l'exploitant. La qualité de biens professionnels est intimement liée à l'existence de la personnalité morale ainsi que l'a récemment précisé la Cour de cassation. La Cour a en effet précisé que les titres de fonds commun de placement d'entreprise (FCPE) ne constituent pas des biens professionnels exonérés dans la mesure où le FCPE ne dispose pas de la personnalité morale et ne peut être considéré comme une société interposée au sens de l'article 885 O bis du CGI : Cass. Com. 18 janvier 2011, n°10-11.942, *Derville*

⁵⁰¹ QUILICI Sandrine, *ISF et biens démembrés : le nu-propriétaire est un propriétaire comme les autres*, Droit fiscal n°23, 4 juin 2009, comm. 358, p.31 et s. ; La revue fiscale notariale, Juin 2009, p. 27 et s.

⁵⁰² Art. 990D à G du Code général des impôts

ou indirectement des immeubles ou des droits réels immobiliers français. La loi française prévoit certaines exceptions dont on ne verra que les principales.

La première et sans doute la plus remarquable est celle concernant les personnes morales qui ne sont pas (directement ou indirectement) à prépondérance immobilière en France. C'est-à-dire lorsque la valeur vénale des actifs immobiliers français représente moins de 50 % de la valeur vénale de l'ensemble de ses actifs français. Il est ici nécessaire de préciser que cette définition de la prépondérance immobilière diffère de la définition classique puisque d'une part il n'est tenu compte que du patrimoine immobilier français pour apprécier les 50 % et que d'autre part, les moyens permanents d'exploitation immobiliers ne sont pas pris en considération pour ce calcul. « *Si la taxe est exigible, tous les professionnels possédant de l'immobilier ne sont pas égaux devant elle puisqu'elle n'est due qu'à raison des immeubles ou droits immobiliers possédés au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, à l'exception des biens régulièrement inscrits dans les stocks des personnes morales qui exercent la profession⁵⁰³ de marchand de biens ou de promoteur-constructeur.* »⁵⁰⁴ On le voit, l'objectif poursuivi par cette taxation est bien une taxation du patrimoine immobilier capitalisé au profit de l'associé et si la taxe de 3% n'est pas un substitut de fait au seul impôt de solidarité sur la fortune, c'est largement à cause de celui-ci qu'elle a été mise en place.⁵⁰⁵

Sont également exonérées les sociétés dont le siège social est situé dans un pays ou un territoire ayant conclu avec la France⁵⁰⁶ une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.⁵⁰⁷ De ce fait, les sociétés dont le siège social est situé dans un de ces pays⁵⁰⁸ sont exonérées de cette taxe à la condition qu'elles fassent connaître, avant le 15 mai de chaque

⁵⁰³ Art. 990 F du CGI

⁵⁰⁴ GICQUEL Eric, *Les prépondérances immobilières*, Droit fiscal n° 50, 15 Décembre 2005, 44

⁵⁰⁵ Mémento Francis Lefebvre, Patrimoine 2007-2008, p. 812

⁵⁰⁶ BOI 14 A-1-09, du 11 mars 2009

⁵⁰⁷ Art. 990 E 2° du Code général des impôts

⁵⁰⁸ S'agissant des pays tiers à l'UE, validation de l'application de la taxe de 3% à des sociétés domiciliées dans un pays et territoire d'outre-mer (PTOM), el n'espèce les îles vierges britanniques, dès lors que la restriction à la liberté de circulation des capitaux existait avant le 31 décembre 1993 : CJUE, 5 mai 2011, aff. 384/09, *Prunus SARL*

année,⁵⁰⁹ la situation, la consistance, la valeur des immeubles inscrits à l'actif ainsi que la répartition du capital entre les associés.

Il peut apparaître que la taxe de 3% est un mécanisme contrevenant tant à l'accord sur l'Espace Economique Européen⁵¹⁰ qu'à l'interdiction de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux que prévoit l'article 56 du Traité instituant la Communauté européenne.⁵¹¹ Néanmoins, la CJCE a considéré dans un arrêt du 11 octobre 2007⁵¹² que cette taxe portait une atteinte justifiée⁵¹³ à la liberté de circulation des capitaux en raison de l'objectif poursuivi de lutte contre la fraude fiscale. La Cour rappelle à cette occasion que cette « *atteinte peut se révéler disproportionnée lorsque le dispositif interne prive en toutes circonstances les personnes morales [...] de la faculté de démontrer qu'elles ne poursuivent pas un objectif frauduleux* ». Position qu'a suivie strictement la Cour de cassation dans plusieurs arrêts récents.⁵¹⁴ Tel était le cas des holdings luxembourgeoises⁵¹⁵ régies par la loi du 31 juillet 1929⁵¹⁶ qui, faute d'une

⁵⁰⁹ Art. 990 E - e du CGI

⁵¹⁰ Il a cependant été jugé que la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par les personnes morales établies hors de France était conforme à l'accord sur l'EEE du 2 mai 1992 : CJUE, 28 octobre 2010, aff. C-72/09, *Etablissements Rimbaud c/ Directeur Général des Impôts* ; Cass. Com. 1^{er} mars 2011, n° 08-19.354 ; La clause de non-discrimination de l'Accord sur l'EEE, ne s'oppose pas au fait que l'exonération de taxe de 3% soit réservée aux sociétés établies dans un territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale : CJUE, 28 octobre 2010, Aff. C-72/09, *Etablissements Rimbaud*. Les sociétés établies au Lichtenstein et possédant un immeuble en France sont de ce fait imposables à la taxe de 3% : Cass. Com. 10 mai 2011, n° 07-13.448, *Etablissements Rimbaud*

⁵¹¹ Ancien art. 73B du Traité CE

⁵¹² CJCE, 11 octobre 2007, affaire C-451/05, *Elisa c/ DGI*, PIERRE Jean-Luc, Dr. fisc. 2008, n°8-9 étude 183

⁵¹³ Une atteinte peut être justifiée dès lors que l'Etat est en mesure de justifier les entraves fiscales qu'ils instaurent au moyen d'une considération relative à l'ordre public ou d'une « raison impérieuse d'intérêt général » ; CJCE, 16 juillet. 1998, Aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries c/ Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* ; Rec. CJCE 1998, I, p. 4695, pt 28 ; Dr. fisc. 1998, n° 48, étude P. Dibout, *Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la Communauté européenne*, p. 1475 à 1481

⁵¹⁴ Cass. Com., 13 déc. 2005, n° 02-10.359, *SA Elisa c/ DGI* ; JurisData n° 2005-031324 ; Revue Droit des sociétés 2006, n° 3, comm. 50 ; CJCE, 4e ch., 11 octobre 2007, aff. C-451/05, *SA Elisa c/ DGI* ; Revue droit fiscal 2007, n° 50, comm. 1047 ; Cass. Com. 8 avril 2008, n°02-10.359, *Sté. Elisa*, JurisData n°2008-043523 ; Dr. fisc. 2008, n°17 comm. 291 ; BOI 7-Q-1-09 du 27 mars 2009 & Cass. Com 29 septembre 2009, n°08-14.358, *Sté Temis* ; *Taxe de 3% : compatibilité avec le droit communautaire en présence d'une convention d'assistance administrative*, Dr. fisc. n°47, 19 novembre 2009, instr. 14188 ; BOI 7 Q-2-09 du 10 novembre 2009

⁵¹⁵ Sur l'extension de la jurisprudence *Elisa* aux sociétés établies au Liechtenstein, v. Cass. com., 10 février 2009, n° 07-13.448, et n° 07-13.562, *Etablissements Rimbaud*, JurisData n° 2009-046998. Dans cette affaire, le demandeur se fondait sur l'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen lequel étend aux États de l'AELE le principe de libre circulation des capitaux garanti par l'article 56 du Traité CE ; v. MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *La taxe de 3 % et l'Espace économique européen : quel scénario pour le « spin off » de l'affaire Elisa ?*, Droit fiscal n° 17, 23 Avril 2009, comm. 292

convention et jusqu'à la loi du 25 décembre 2007,⁵¹⁷ ne pouvaient jamais s'exonérer de cette taxe quand bien même elles apporteraient les informations nécessaires concernant leurs associés.⁵¹⁸

L'existence d'un *démembrement de propriété* sur l'immeuble inscrit à l'actif d'une société passible de la taxe de 3% pose problème. Qui du nu-proprétaire ou de l'usufruitier est redevable de cette taxe ? Les textes ne nous apportent qu'une réponse partielle puisque l'article 990 D du Code général des impôts précise simplement que seules les sociétés titulaires de droits réels portant sur un immeuble situé en France sont passibles de cette taxe. Or, on sait que l'usufruit et la nue-propriété constituent tous deux des droits réels immobiliers. Faut-il donc effectuer un partage d'imposition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire ? L'instruction administrative du 7 août 2008⁵¹⁹ énonce quant à elle que cette taxe concerne les droits réels portant sur des immeubles puis donne à titre d'exemple l'usufruit et le droit d'usage. C'est faire peu de la nue propriété que de ne pas la citer au titre des droits réels immobiliers lorsque l'on connaît son utilisation massive dans les montages patrimoniaux. C'est sans doute aussi un indice de la non taxation de la nue-propriété à la taxe de 3%. Indice que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation laquelle n'a eu à connaître à notre connaissance que de la soumission d'un usufruit à la taxe de 3%.⁵²⁰ Il semble que cette taxe soit un substitut à l'impôt de solidarité sur la fortune, aussi faut-il sans doute considérer que seul l'usufruitier est redevable de cette taxe de 3%.

Sous section 2. Droits de mutation à titre gratuit et taxe foncière

On étudiera ici successivement le cas des droits de mutation à titre gratuit (§1) avant de s'intéresser au cas de la taxe foncière. (§2)

⁵¹⁶ Amenées à disparaître en 2010, et les sociétés de gestion de patrimoine familial qui leur succèdent

⁵¹⁷ Loi n°2007-1824, 25 décembre 2007, art 20 I à V modifiant les arts. 990 D s. du Code général des impôts ; Dr. fisc. 2008, n°5, comm. 133

⁵¹⁸ FELTEN Bernard, *La fiscalité des investissements immobiliers en France au départ du Grand-Duché de Luxembourg*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 3 Octobre 2008, 1302

⁵¹⁹ BOI 7 Q-1-08 n°38

⁵²⁰ Préc. Cass. Com 29 septembre 2009, n°08-14.358, *Sté Temis*

§1. Droits de mutation à titre gratuit

Nous rappellerons très brièvement les règles de droit commun en matière de droits de mutation à titre gratuit (A) avant d'étudier les conséquences très bénéfiques du démembrement de propriété en la matière (B).

A – Droits de mutation de droit commun

Les droits de mutation à titre gratuit sont perçus à la suite de la réalisation du fait générateur, qu'il s'agisse d'une donation ou d'une succession. L'assiette de l'imposition est déterminée après application d'un abattement dont le montant varie en fonction du lien unissant le gratifiant et le bénéficiaire. Ces abattements peuvent être résumés (au titre de l'année 2009) par le tableau suivant⁵²¹ :

| Bénéficiaire | Successions | Donations |
|---|-------------|-----------|
| Conjoint ou pacsé | Exonération | 79 222€ |
| Enfant vivant ou représenté | 156 359€ | 156 359€ |
| Petits-enfants | - | 31 272€ |
| Arrière-petits-enfants | - | 5 212€ |
| Frère ou sœur sans condition | 15 636€ | 15 636€ |
| Frère ou sœur avec condition ⁵²² | Exonération | 15 636€ |
| Neveu ou nièce | 7 818€ | 7 818€ |
| Héritier handicapé | 156 359€ | 156 359€ |
| Héritier légataire simple | 1 564€ | - |

L'actif net imposable est ensuite soumis aux droits de successions ou de donations dont les taux sont prévus à l'article 777 du Code général des impôts et s'établissent entre

⁵²¹ Art. 779 et 796 du Code général des impôts

⁵²² Art. 796 O du Code général des impôts

5% et 40% suivant l'importance de l'actif imposable⁵²³. Le barème progressif des droits perçus à cette occasion sont actualisés annuellement dans la même proportion que la limite supérieure de la première tranche de l'impôt sur le revenu⁵²⁴.

B – Incidences du démembrement sur les droits de donation

Le législateur incite fréquemment le contribuable à la donation, de ce fait, les donations bénéficient de réductions de droit en fonction de la nature des droits donnés ainsi que le précise l'article 790 du Code général des impôts. La donation d'un immeuble démembre bénéficié à ce titre de réductions variant en fonction de l'âge du donateur et du bien donné. Ainsi, les donations d'usufruit bénéficient d'une réduction de 50% lorsque le propriétaire est âgé de moins de 70 ans, de 30% si ce dernier a entre 70 et 69 ans. De la même façon, la donation de la nue-propriété d'un immeuble bénéficie d'une réduction de droits de 35% si le donateur a moins de 70 ans et de 10% s'il a entre 70 et 79 ans. La donation en nue-propriété du bien permet donc de bénéficier d'une base imposable plus faible mais d'une réduction de droits moins importante. Ces réductions frappent les droits qui sont dus et non pas l'assiette imposable. Le choix de donner un bien en usufruit ou en nue-propriété dépend fortement de considérations fiscales. L'exemple ci-après permet de visualiser l'intérêt de la donation de la nue –propriété.

Exemple : Un père âgé de 52 ans décide de donner à son fils la nue-propriété d'un immeuble évalué 1 500 000€. En vertu du barème de l'article 669 du Code général des impôts, la nue-propriété est évaluée à 40% soit une valeur de nue-propriété au jour de la donation de 600 000€. Cette donation bénéficie d'un abattement de 156 359€. La base imposable, 443 641€, est soumise aux droits de mutation à titre gratuit (443 641€ x 20%) – 1772€ et 86 956€ devraient être payés à cette occasion. Par application de la réduction de droits l'article 790 du Code général des impôts, cette donation bénéficie d'une réduction de 35%, aussi, cette donation fera l'objet de droits de mutation à hauteur de 56 521€. Le décès du père ne constituant pas un fait générateur d'imposition, aucun droit de succession ne sera perçu au titre de cet immeuble. A

⁵²³ V. COUTOT ROEHRIG, Schéma de la fiscalité successorale 2009, 31^{ème} édition

défaut d'une telle donation, les droits de succession dus lors de la succession s'élèveraient à 369 997€. Le gain fiscal final s'élevant à 313 476€ on voit bien ici tout l'intérêt des stratégies fondées sur le démembrement de propriété. Il n'est pas tenu compte dans cet exemple de l'impact des droits d'enregistrement telles que les taxes de publicité foncière. Ce coût fiscal peut aisément être évité par le biais de la création d'une SCI avec les réserves que nous avons étudiées auparavant.

§2. Taxes foncières

Le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 janvier 1982 conférait une valeur constitutionnelle au droit de propriété sur le fondement des articles 2 et 17 de la DDHC suivant en cela la CEDH, qui, à l'occasion de l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979 avait érigé le droit de propriété au rang des droits fondamentaux. Malgré ces précautions, le législateur et la jurisprudence portent atteinte de plus en plus fortement au droit de propriété si bien que ce droit, considéré comme étant le droit le plus absolu, est sans doute le droit le plus malmené. Le droit fiscal est lui aussi coupable de ces atteintes à ce droit fondamental. En effet, l'article 232 du Code général des impôts prévoit une taxe frappant les logements vacants depuis plus de 2 ans au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, ôtant ainsi au propriétaire le droit de ne pas user de son immeuble.

Cette taxe, assise sur la valeur locative foncière brute du logement au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, s'élève à 10% la première année d'imposition, 12,5% la deuxième année et 15% les années suivantes. En présence d'un immeuble vacant en situation d'indivision successorale, la taxe est répartie entre les indivisaires à moins que la vacance ne soit rattachable qu'à un seul indivisaire. En matière de *démembrement de propriété*, seul l'usufruitier dispose du pouvoir d'user du bien ou d'en tirer les fruits, aussi est-il normal que le nu-propriétaire ne soit pas redevable de cette taxe. Ainsi, seul l'usufruitier du bien est redevable de la taxe sur les logements vacants. Cette règle d'imposition de l'usufruitier titulaire d'un droit de propriété

⁵²⁴ BOI 7 G-8-07 du 28 décembre 2007

économique sur le bien se retrouve à l'article 1400 II du Code général des impôts s'agissant de la taxe foncière.⁵²⁵

⁵²⁵ Conseil d'État, 16 mars 2010, n° 324240 Société SOGEBAIL et n° 324239 Société CIMEP

Conclusion du chapitre II

Si le traitement fiscal du démembrement de propriété est marqué par une grande complexité technique notamment en matière de calcul de plus-values, il présente un intérêt conceptuel puisqu'il livre une approche de la valeur particulièrement captivante puisque fondée sur la jouissance du bien. Cette approche est d'autant plus remarquable que le droit fiscal assimile la jouissance du bien à son utilité et détermine sa valeur au moyen d'un facteur temporel.

Le traitement fiscal du démembrement en matière d'imposition sur le revenu est tout d'abord intéressant car l'impôt se concentre sur une jouissance pécuniaire du bien. En effet, lorsque l'usufruitier utilise le bien objet du démembrement pour ses besoins personnels, il n'est jamais imposé sur l'avantage en nature dont il jouit et ce n'est que lorsqu'il retire un avantage pécuniaire qu'intervient l'imposition sur le revenu selon les règles de droit commun.

Le traitement fiscal du démembrement de propriété permet ensuite une approche de la valeur par la jouissance procurée par le bien objet du droit en matière d'imposition sur la fortune. Le droit fiscal pose en effet le principe selon lequel seul l'usufruitier est imposable au titre de l'ISF sur la valeur du bien en pleine propriété. Cette règle d'imposition conduit à imposer titulaire du droit de jouissance, bénéficiaire des revenus. Le droit fiscal impose ainsi le titulaire d'une forme de propriété économique et se désintéresse temporairement du propriétaire réel du bien. Cette règle d'imposition conduit certains contribuables à fractionner le droit de propriété dans un but purement fiscal. En effet, certains contribuables désireux de diminuer leur imposition sur la fortune pratiquent des donations temporaires d'usufruit au profit de leurs enfants à la fois trop âgés pour intégrer leur foyer fiscal et non encore assujettis à cet impôt. Il apparaît que ces formes de donation permettent aux contribuables de conserver une jouissance officieuse du bien tout en faisant sortir ces derniers de leur patrimoine imposable.

Le démembrement de propriété présente encore un intérêt fiscal en matière de droit de mutation puisque la nature juridique de l'opération permet de fractionner l'assiette des droits au moment de la donation sans que l'extinction de l'usufruit conduise à une imposition supplémentaire. Ici encore, l'intérêt conceptuel réside dans la perception fiscale de la valeur à l'occasion des mutations de droit démembrés. Cette approche apparaît en matière d'imposition sur les mutations car le droit fiscal appréhende l'assiette du droit au moyen de la durée de jouissance transférée. Le droit fiscal marque ici encore son attachement à une certaine idée de la valeur puisque fondant le barème d'imposition sur la durée d'utilisation du bien, il détermine une valeur d'usage conforme à la position de David Ricardo. Pour ce dernier en effet, la valeur fondamentale est tirée de l'utilisation que l'on peut faire d'un bien : « *Si une marchandise n'avait aucune utilité, en d'autres termes, si elle ne contribuait en rien à notre satisfaction, elle serait privée de sa valeur d'échange, quelles que puissent être sa rareté et la quantité de travail nécessaire pour se la procurer* ». ⁵²⁶

⁵²⁶ RICARDO David, *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, Flammarion, 1971, chap. 1, p. 52. ; Comp. « *Pour définir la notion de marchandise, il importe peu de connaître son contenu particulier et sa destination exacte. Il suffit que l'article devant être marchandise [...] satisfasse un quelconque besoin social en ayant la propriété utile correspondante* » MARX Karl, *Le capital*, livre 1er., Gallimard, 1963, p. VI.

Conclusion du Titre Premier

Formule juridique produisant des effets fiscaux particulièrement importants, le démembrement de propriété est un instrument d'apparence simple mais qui peut s'avérer d'une grande complexité si bien qu'il exige d'entourer son utilisation de grandes précautions. La voracité fiscale conduit parfois les contribuables à utiliser ce mécanisme à outrance et si la jurisprudence peut paraître clémente, il est nécessaire de garder à l'esprit que la division de l'usufruit et de la nue-propriété constitue un terrain favorable à l'application de l'abus de droit.

Le recours à l'usufruit n'est par ailleurs pas adapté à tous les cas de figure. Ainsi, si l'instrument est aux situations dans lesquelles interviennent des spécialistes du droit rompus à cette technique, il ne nous semble pas particulièrement adapté aux profanes tant son maniement peut être délicat. Or, les règles de dévolution successorale conduisent souvent à la naissance d'un démembrement de propriété. A défaut de vigilance celui-ci peut s'avérer dangereux pour les héritiers.

Exception faite des successions non préparées donnant lieu à un démembrement quelque peu involontaire, le mécanisme constitue cependant un instrument qui, utilisé à bon escient dans les schémas d'optimisation patrimoniale et de préparation successorale, produit des effets remarquables. S'il conduit à une diminution de jouissance que les contribuables ne sont pas toujours disposés à concéder, son traitement fiscal dicté par sa nature juridique suffit à emporter l'adhésion des contribuables les plus réticents.

Il apparaît que les effets bénéfiques de son utilisation sont exaltés par certaines combinaisons juridiques telles que le démembrement de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance vie ou certaines formes d'apport que nous étudierons plus tard. Le démembrement de propriété ainsi conçu constitue un élément de premier plan d'une équation patrimoniale faisant intervenir droit civil et droit fiscal.

Le régime juridique et fiscal du démembrement de propriété apporte ici une illustration supplémentaire de l'inexactitude de la théorie de l'autonomie du droit fiscal. En effet, l'ensemble du traitement fiscal du démembrement de propriété est justifié par sa nature juridique ; Le traitement fiscal des dividendes, l'absence d'imposition lors de l'extinction de l'usufruit, l'imposition des revenus et des plus values ainsi que l'imposition au titre de l'ISF ne sont que les conséquences de la nature juridique de l'instrument. Cette nature juridique n'est pas modulable en tant que telle mais peut produire des effets fiscaux atténués lorsque l'utilisation du démembrement est assortie d'un autre instrument. Le recours au démembrement de parts sociales constitue une parfaite illustration puisqu'il permet à des ascendants de transmettre à moindre coût fiscal un bien puis de pratiquer une politique de mise en réserve qui bénéficieront au donataire en franchise de droits de mutation à titre gratuit. L'intérêt fiscal de l'instrument explique que le démembrement de propriété participe de l'engouement des contribuables pour les schémas d'instrumentalisation du droit de propriété.

TITRE 2 – LA MANIPULATION PAR DECONSTRUCTION DE LA VALEUR

L'administration fiscale établit ses impositions en fonction de taux et de tarifs portant sur une assiette. La détermination de la matière imposable dépend de la structure de l'assiette. Pour des raisons de technique et de politique fiscale, son évaluation peut se faire selon des méthodes ne tenant pas intégralement compte de toutes ses composantes. Il est alors nécessaire de distinguer les cas dans lesquels il appartient au contribuable de déterminer la base imposable,⁵²⁷ des cas dans lesquels il appartient à l'administration de la déterminer.⁵²⁸ En effet, les méthodes d'évaluation varient selon la nature de l'assiette ce qui a conduit la doctrine⁵²⁹ à distinguer les impôts spécifiques, des impôts *ad valorem*. Si les impôts spécifiques peuvent être définis comme étant ceux perçus sur l'unité matérielle du produit frappé par la loi fiscale, les impôts *ad valorem* en revanche sont ceux qui atteignent une matière imposable dans leur valeur,⁵³⁰ notion d'une apparente simplicité qui ne se laisse cependant « *pas enfermer dans une définition claire et précise incontestée et incontestable* ». ⁵³¹

La complexité de cette définition a pour corollaire la complexité de l'évaluation elle-même, source de manipulation de la valeur du droit de propriété. Le professeur

⁵²⁷ On parle alors d'évaluation directe laquelle implique que la matière imposable soit connue dans tous ses éléments créateurs de base imposable

⁵²⁸ Tel est le cas des taxes foncières, de la taxe d'habitation, de la taxe professionnelle (remplacée par la contribution économique territoriale) et de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères dont les bases sont jugées opaque, obsolète et inégalitaire par la Cour des comptes, v. Rapport public annuel de la Cour des comptes, *L'assiette des impôts locaux : la détermination des bases cadastrales et leur gestion par les services de l'Etat*, février 2009, p. 27 s.

⁵²⁹ v. BIENVENU Jean-Jacques, *Droit Fiscal*, PUF, 3^{ème} édition, p.121

⁵³⁰ On notera à cet égard que si l'article 666 du CGI prévoit que les droits proportionnels ou progressifs (exigibles à l'occasion de mutations à titre gratuit ou onéreux) sont assis sur des valeurs sans que ce terme soit défini.

⁵³¹ RACINE Jean Baptiste. La notion de prix en droit contemporain des contrats, *Revue internationale de droit économique*, 1/1991, p.77.

Pichet⁵³² remarque à cet égard que : « *La fraude à l'ISF peut provenir soit d'une absence pure et simple de déclaration de la part de contribuables potentiels, soit de la dissimulation de biens détenus à l'étranger, soit de la sous-évaluation⁵³³ par les assujettis de leur patrimoine, en particulier de leurs biens immobiliers et de leurs titres non cotés. On soulignera, à leur décharge, la difficulté de cet exercice d'estimation, dont le législateur est d'ailleurs conscient, puisqu'il a institué la tolérance légale du dixième⁵³⁴* ». Conscient de la difficulté posée par l'évaluation, le Législateur a tenté, en introduisant l'article L17 du LPF, de contraindre le contribuable par la mise en place de dispositifs de lutte contre les sous-évaluations masquant une dissimulation de prix⁵³⁵, une omission⁵³⁶ ou une cession occulte⁵³⁷. Si la loi autorise l'administration à rectifier le prix ou l'évaluation en valeur vénale⁵³⁸ d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition, il appartient à l'administration d'apporter avec précision⁵³⁹ la preuve de l'insuffisance de prix exprimée.⁵⁴⁰

Lorsque l'administration effectue une recherche de comparables, elle doit faire connaître au contribuable les éléments de comparaison utilisés afin que ce dernier puisse le cas échéant les contester à l'occasion d'une réponse à la proposition de rectification.⁵⁴¹ L'absence de précision ou d'inexactitude portant sur ces éléments entache la procédure d'une irrégularité puisqu'elle empêche le contribuable de

⁵³² PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n° 14, 5 Avril 2007, 368

⁵³³ Pour évaluer l'impact de la fraude sur les recettes de l'ISF l'auteur a calculé le montant dû en redressant le biais de sous-évaluation trois hypothèses (une sous-évaluation de 10 % de la part de tous les contribuables ; une sous-évaluation de 20 % pour tous ; enfin, et c'est sans doute la plus réaliste, une modulation de la sous-évaluation selon les tranches) puis en les pondérant. Il estime la fraude totale à l'ISF de manière prudente et minimaliste à environ 700 M EUR en 2004, soit 28 % de la collecte.

⁵³⁴ CGI, art. 1733

⁵³⁵ Cass. Com. 6 avril 1993, n°91-11.720, Bull. civ. IV, n°143

⁵³⁶ Cass. Com. 14 décembre 1999, n°97-16.661, RJF 2000. n°569

⁵³⁷ Cass. Com. 11 mars 2003, n°00-19.154, RJF 2003 n°779

⁵³⁸ La rigidité du concept de valeur vénale étant risquée puisqu'un simple dépassement justifierait un redressement élevé, la jurisprudence a admis qu'un vendeur puisse s'en écarter. Pour une acceptation d'un écart de 5 % du prix moyen de référence, v. Conseil d'Etat, 6 juillet 1983, n°33695, *Francis Garnier* ; pour un écart de 10% v. CAA de Lyon, 6 juillet 1993, n°92LY00463, *SCI Les Mimosas*.

⁵³⁹ Doc. Adm. 13 L-1513, n°86 et 89, 1^{er} juillet 2002

⁵⁴⁰ La preuve d'une insuffisance de prix doit être apportée par une démonstration chiffrée ou par la production de termes de comparaison probants.

⁵⁴¹ Réponse prévue aux articles L 57, R 57-1 et R 194-1 du LPF

présenter ses observations.⁵⁴² Il apparaît au demeurant que la procédure n'est pas irrégulière lorsque certains des comparables sont atteints par ces imprévisions dès lors que d'autres éléments de comparaison répondant aux exigences de précision permettent au contribuable de prendre position.⁵⁴³

L'article L57 du LPF impose effectivement à l'administration de motiver sa rectification de manière à permettre au contribuable de formuler ses observations. La valorisation d'actifs est une opération délicate pour l'administration du fait du manque de fiabilité des données utilisées et de l'absence de pertinence des taux de rendements à des situations systématiquement particulières.⁵⁴⁴ Véritable « *zone à risque du tissu fiscal* » pour l'administration, et à ce titre priorité stratégique des contrôles fiscaux,⁵⁴⁵ l'évaluation du droit constitue un moyen de manipulation au service des contribuables habiles. Si ces derniers peuvent démontrer que les éléments de comparaison présentés par le Service ne sont pas pertinents en raison notamment d'une différence de situation du bien ou de tout autre élément de valorisation, il n'est imposé à l'administration que de fournir des comparables. Rien ne l'oblige donc à apporter des explications sur les éléments qui fondent la valeur des comparables et il appartiendra par conséquent au contribuable de rechercher des précisions sur ces éléments et d'autre part d'expliquer en quoi la ventilation de la valeur est différente de son bien.⁵⁴⁶

La manipulation par déconstruction de la valeur du droit de propriété est en effet une zone de rendement d'autant plus attractive pour le contribuable que le risque de réévaluation est relativement limité du fait de la complexité et de la diversité des méthodes employées. Si l'administration parvient parfois à démontrer l'inexactitude des évaluations auxquelles les contribuables se sont livrés, la DGFIP rencontre de

⁵⁴² CA Paris, 5 mai 2006, n°04-12.187, *Cavelier* : Dr. fisc. 2006, n°49, comm. 774, RJF 2006, n°1634 ; Cass. Com. 4 décembre 2007, n°06-17.683, *Cavelier* : Dr. fisc. 2008, n°4, comm. 86, not. J-P Maublanc, RJF 2008 n°520

⁵⁴³ Cass. Com. 15 décembre 2009, n°09-11.137, *Bendel*

⁵⁴⁴ Rapport annuel de la Cour des Comptes, février 2010, p. 179 s.

⁵⁴⁵ Circulaire du Ministère du Budget et des Comptes publics « *Principes d'organisation du contrôle fiscal* », 2 novembre 2010, p. 3

⁵⁴⁶ Cette étude particulièrement délicate en cas de notification de redressement incomplète est d'autant plus complexe que le contribuable vérifié ne dispose en vertu de l'article R 57-1 du LPF, que d'un délai de 30 jours pour répondre à l'administration. On peut s'interroger sur la réelle efficacité de la prorogation de 30

grandes difficultés à apporter la preuve d'une fraude tant la jurisprudence est laconique en la matière. L'administration fiscale recherche en effet des situations exemplaires de fraude susceptibles de constituer une arme de négociation avec les contribuables. L'arrêt rendu le 30 juin 2010 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁴⁷ est assez novateur⁵⁴⁸ dans la mesure où la Cour découvre pour la première fois qu'une telle manipulation par sous-évaluation peut constituer une fraude fiscale sanctionnée sur le fondement de l'article 1741 du CGI. Il ne faut cependant pas conférer à cet arrêt une portée plus importante que celle que les juges ont voulu lui accorder. En effet, la chambre criminelle a simplement précisé que le champ de l'article 1741 du CGI s'étendait aux omissions de déclarations aussi bien qu'aux minoration de la valeur taxable. Il appartient cependant à l'administration fiscale, agissant sur le fondement de l'article L. 230 du LPF, d'apporter la preuve de l'existence cumulative d'un élément matériel et d'un élément moral. S'il ne fait plus de doute que le premier élément peut être constitué par une sous-évaluation, la preuve de la « *volonté délibérée de fraude* » semble assez délicate à apporter. Dans les faits de l'espèce, la Cour s'était fondée sur la profession⁵⁴⁹ du contribuable qui, en tant que notaire ne pouvait ignorer ni valeur réelle des biens composant son patrimoine ni les règles fiscales d'évaluation.

Si l'évaluation constitue un mode de manipulation de la valeur du droit de propriété dont le risque est relativement limité, il est nécessaire de déterminer les règles fiscales générales (Chapitre 1) en la matière afin de déterminer les contours de la notion et les possibilités d'optimisation. Le droit de propriété objet de l'évaluation peut par ailleurs être atteint par une autre optimisation. La manipulation de la valeur du droit doit alors tenir compte des possibilités d'optimisation en valeur ainsi que des règles spécifiques liées à la manipulation du droit lui-même (Chapitre 2).

jours supplémentaires issue de l'article 14 de la loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007 tant cette opération est compliquée.

⁵⁴⁷ Crim 30 juin 2010, n°09-86.249, *Michel D* ; RJF 12/10, n°1233 ; BF 12/10, n°1147 ; Droit Pénal, n°10, Octobre 2010, Chron 8, note. Stéphane DETRAZ, *Droit & Patrimoine*, octobre 2010, n°196, p. 109, note Hublot Guillaume

⁵⁴⁸ PERROTIN Frédéric, *La Cour de cassation a conclu, de façon inédite, à la fraude fiscale pour une sous évaluation en matière d'ISF*, Petites affiches, 28 septembre 2010, n°193, p. 4 s.

⁵⁴⁹ Cet arrêt doit cependant faire prendre conscience aux conseils fiscaux des conséquences que pourraient avoir les solutions qu'ils préconisent puisque l'article 1742 du CGI vise les complices de l'auteur principal de la fraude.

CHAPITRE 1 - EVALUATION ECONOMIQUE DE LA PLEINE PROPRIETE

L'impôt frappe d'une manière générale les mutations. Deux possibilités s'ouvrent aux contribuables désireux de réduire leur taxation : limiter le nombre des mutations⁵⁵⁰ et diminuer la valeur de celles-ci. La diminution de la valeur fiscale des mutations peut être le fait d'actes frauduleux visant à masquer à l'administration la réalité des montants en jeu. La pratique des dessous de table présente un intérêt financier non négligeable dans la mesure où elle permet de limiter le montant des plus-values et d'échapper à d'éventuels redressements au titre de l'ISF dont les bases sont souvent sous-évaluées. Les risques, que font peser ces opérations, sont tout aussi importants puisque ces dernières constituent d'une part une fraude fiscale et qu'elles peuvent ensuite tomber sous le coup de l'article 1321-1 du Code civil qui frappe de nullité les contre-lettres dont le but est de dissimuler une partie du prix de vente. La jurisprudence a récemment⁵⁵¹ livré une application de cette disposition dont la rigueur est de nature à

⁵⁵⁰ Il est alors nécessaire de prendre garde à la mise en œuvre fiscale de la théorie de la propriété apparente. « *La notion de propriété apparente est des plus simples en droit civil : est propriétaire apparent celui qui aux yeux de tous passe pour titulaire d'un droit de propriété qu'en réalité, il n'a pas. [...] Le problème posé par cette situation ne droit fiscal se ramène à la question de savoir si l'acte par lequel le propriétaire apparent reconnaît le droit du véritable propriétaire est translatif devant la loi fiscale et donne ouverture comme tel aux droits proportionnels ou progressifs ou encore à la question de savoir si, au décès du propriétaire apparent, les biens en question doivent supporter l'impôt de mutation. Or il n'y a pas de mutation en droit civil dans ces cas là.* », v. KNEPPERT Jean, *De la propriété apparente en matière de droits d'enregistrement*, Editions et publications contemporaines Pierre Bossuet, Thèse Paris 1929, p. 7. Le fait générateur de l'impôt de mutation est alors concrétisé par la simple mutation « *manus mutatio* » c'est-à-dire le passage de la propriété sur la tête d'un autre. La possession « *animo domini* » est traditionnellement considérée comme l'apparence de la propriété. v. WAHL Albert, *Traité de droit fiscal*, T. II, Paris, Chevalier Mareng, 1906, n°569. Cette position est ainsi justifiée par Planiol : « *Tout possesseur est présumé propriétaire parce que l'état de fait est généralement conforme à l'état de droit* » v. PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, LGDJ, Paris, 11^{ème} éd. 1928, Chap. IV, §4. Il peut ainsi y avoir mutation au sens fiscal dès qu'il y a changement dans l'état de la propriété apparente alors même que l'assimilation du déplacement du droit apparent ne constitue pas civilement une mutation puisqu'en l'absence de droit il ne peut y avoir de transfert juridique. Déjà une instruction de la Régie (Instruction de la Régie, n°2.575§2 du 18 juin 1877) de la fin du XIX^{ème} siècle précisait : « *En matière fiscale, toute mutation de propriété, c'est-à-dire tout passage de la propriété d'une tête sur une autre est passible du droit proportionnel d'enregistrement* ». Ce principe d'imposition d'après la propriété apparente avait alors été confirmé par de nombreux arrêts ; v. Cass. Civ. 11 avril 1877 : S.77-I-225 ; Cass. Req. 18 juillet 1892 : S.1893-I-54 ; Cass. Req. 26 octobre 1926 : S-1927-I-73.

⁵⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2009, n°08-13.276, PILLEBOUT Jean-François, *Fatal dessous de table*, Revue fiscale notariale, n°4, avril 2010, p. 1

inciter les contribuables à choisir une autre voie de manipulation de la valeur du droit de propriété.

L'évaluation d'un bien est toujours critiquable et les méthodes d'évaluation sont nombreuses. Le plus souvent ces dernières sont contestables lorsqu'elles sont appliquées pour la détermination d'une valeur qui concerne un bien qui est unique par nature. En effet, un même bien n'aura pas la même valeur pour chaque évaluateur. Puisque chacun d'entre eux dispose de bonnes méthodes et de bonnes raisons de contester une valeur proposée suite à une évaluation. Le vendeur aura nécessairement un penchant naturel pour la surestimation alors que l'acquéreur produira des arguments pour obtenir une révision à la baisse de cette même valeur. Si pour les mutations à titre onéreux la négociation entre vendeur et acquéreur peut être opposée à l'Administration, la notion de risque fiscal est omniprésente en matière de cession à titre gratuit. En effet, dans le cadre des mutations à titre gratuit, l'Administration fiscale est la seule à être susceptible de contester la valeur proposée. L'obligation d'évaluer les biens à la valeur vénale n'est pas sans risque fiscal car le non-respect est sanctionné par des rappels d'impôts⁵⁵². Ce risque fiscal explique que les contribuables aient fréquemment recours à une expertise. L'expert doit être un technicien, un économiste et un juriste⁵⁵³. *« L'expert est celui qui a l'expérience, l'habileté technique et la longue pratique, c'est la personne à qui le juge demande de l'éclairer sur des faits nécessitant la maîtrise technique du domaine en cause »*⁵⁵⁴. Récemment, le Conseil national des barreaux a estimé que l'évaluation des biens, à des fins fiscales entrerait dans le champ d'activité professionnelle de l'avocat⁵⁵⁵. Il est donc nécessaire de se pencher sur les différentes méthodes d'évaluation existantes, (section 1) d'autant qu'elles diffèrent selon la nature du bien à évaluer. Nous présenterons ensuite les éléments susceptibles d'influer sur l'évaluation par la prise en compte de décotes (Section 2).

⁵⁵²PANDO Annabelle, « Les avocats s'estiment compétents pour procéder à des évaluations à des fins fiscales », *Les Petites Affiches*, 09 janvier 2008 n° 7, p. 3

⁵⁵³OLIVIE Jacques, « L'estimation des immeubles et l'expert immobilier » *AJDI* 1994, p.918

⁵⁵⁴MONÉGER Joël, « Expertise immobilière : libres propos sur la recherche de références », *AJDI* 2002, p.280

⁵⁵⁵Avis du 16 novembre 2007 de la Commission des règles et usages

Section 1 – Les méthodes d'évaluation

En effet les méthodes d'évaluation sont différentes selon que l'on est en présence d'un bien meuble (Sous section 1) ou d'un bien immeuble (Sous section 2).

Sous section 1. Evaluation des biens meubles

L'article 527 du Code civil distingue les biens meubles par nature des biens meubles par détermination de la loi. Cette seconde catégorie recouvre essentiellement les actions et les obligations. La manipulation de la valeur fiscale en matière de titres de sociétés (§1), tout comme en matière de biens meubles par nature (§2) permet une réduction de l'assiette imposable.

§1. L'évaluation des titres de sociétés

Si le Code général des impôts précise que les biens doivent être évalués à leur valeur vénale, il ne donne ni de définition de cette valeur, ni de méthode de détermination. Il est pour autant certain que la valeur des titres de sociétés dépend de leur introduction ou non en bourse. L'estimation de la valeur est assez aisée pour les titres de la première catégorie (A) puisque leur prix est donné par le cours de bourse. La valeur des titres non admis aux négociations sur un marché réglementé est quant à elle plus délicate à déterminer (B).

A - L'évaluation des titres de sociétés cotées en bourse

La jurisprudence du Conseil d'Etat⁵⁵⁶ se fonde sur l'article 885 T bis du Code général des impôts pour déterminer le principe en matière d'évaluation de la valeur vénale de titres de sociétés cotées. Ce principe revient à utiliser le dernier cours de bourse connu à la date de la cession ou à utiliser la moyenne des trente derniers cours qui précèdent le 1^{er} janvier de chaque année. Le contribuable qui retient la moyenne des cours de bourse doit utiliser, ainsi que le précise l'administration fiscale, les trente derniers

⁵⁵⁶ Conseil d'Etat, 21 novembre 1980, n°17055 : Droit fiscal 1981, n°7, comm. 279, RJF 1/1981, p. 15

cours de chacun des trente derniers jours de bourse.⁵⁵⁷ Cette règle n'est pas pour autant intangible.

En effet, comme le note le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt du 27 mars 1991,⁵⁵⁸ « *des facteurs perturbateurs peuvent fausser le cours et des éléments externes à la valeur intrinsèque à la valeur du titre peuvent priver le cours de bourse d'une partie de sa signification* ». Le Conseil d'Etat adopte ici une démarche pragmatique en reconnaissant la part de subjectivisme qui entoure l'évaluation d'un bien. Les rumeurs circulant autour d'un titre ont en effet des conséquences non négligeables sur le cours de bourse et conduisent à une distanciation entre le cours de bourse et la valeur intrinsèque de l'entreprise.

Censé refléter une confrontation entre des demandes et des offres multiples, le cours de bourse est pourtant sujet à une forte dose de subjectivisme et certains scandales⁵⁵⁹ récents ont révélé l'impact des analyses financières sur les cours de bourse⁵⁶⁰. L'affaire opposant LVMH et Morgan Stanley conforte cette idée⁵⁶¹. En l'espèce, la célèbre banque d'affaire Morgan Stanley employait à Londres une analyste financière, Claire Kent. Cette dernière, très réputée dans le secteur du luxe, donnait systématiquement une analyse très négative de la société LVMH ce qui influait sur le cours de bourse de cette société. Le tribunal de commerce a reconnu dans cette affaire l'existence d'un préjudice moral mais a d'autre part demandé une expertise en vue d'évaluer le préjudice matériel résultant de la différence entre le cours de bourse faussé par ces analyses et la valeur intrinsèque de l'entreprise.

⁵⁵⁷ Doctrine administrative 7 S-352, n° 23 & 24

⁵⁵⁸ Conseil d'Etat, 27 mars 1991, *M. Croize*, n°81119, Dr. fisc. 1991, n°39, comm. 1705

⁵⁵⁹ Affaires Enron, Woldcom ou Morgan Stanley

⁵⁶⁰ BONNEAU Thierry & DRUMMOND France, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2005, p. 383

⁵⁶¹ Tribunal de commerce de Paris, 12 janvier 2004, n°227691 ; DAIGRE Jean-Jacques, *Tribunal de commerce de Paris, 12 janvier 2004, SA LVMH c/ Sté Morgan Stanley. Le sens d'une histoire*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°7, 12 mars 2005, act 33 ; CA Paris 30 juin 2006, n°04/06308 ; Banque et droit 2006, n° 108, p. 34 s.

Ayant préalablement intégré ces distanciations entre la valeur de bourse et la valeur intrinsèque, le Conseil Constitutionnel⁵⁶² avait préconisé lors de nationalisations de sociétés cotées en bourse de se fonder sur d'autres critères telles que la situation nette comptable ou la valeur de rendement pour évaluer la juste indemnisation des actionnaires. De la même façon, la Cour de justice des Communautés européennes avait-elle recommandé dans un arrêt du 5 février 1991⁵⁶³ de tenir compte dans l'appréciation de la valeur des titres cotés des prévisions de développement de la société ainsi que de son potentiel économique.

B - L'évaluation des titres de sociétés non cotées en bourse

L'évaluation des titres de sociétés non cotées est nécessairement plus délicate que celle des titres dont la valeur est fixée par une cote. Cette détermination doit en effet tenir compte d'une grande variété d'éléments de valorisation et nécessite l'utilisation de méthodes complexes. Si la méthodologie permet généralement de tenir compte de tous les éléments de valorisation, certains contribuables privilégient parfois une approche méthodologique leur permettant d'occulter un élément de valorisation. L'administration fiscale combat ainsi l'instrumentalisation de ces méthodes par les contribuables à des fins de réduction de l'assiette imposable. Cette réduction de l'assiette permet comme le montre la jurisprudence de réduire aussi bien les droits d'enregistrement que l'imposition sur les revenus.

A cet égard, Le Conseil d'Etat⁵⁶⁴ a récemment eu l'occasion de préciser, dans une affaire intéressant les groupes fiscalement intégrés, que la valeur vénale réelle de titres de sociétés non cotées devait tenir compte des éléments de nature à faire évoluer la valeur des titres après la cession. L'arrêt *Société Corbfi* rendu en matière d'Impôt sur les sociétés, est particulièrement intéressant car il établit un lien direct entre les critères d'évaluation des sociétés non cotées et les abandons de créances entre sociétés d'un même groupe intégré. Dans cette affaire, une société cédait des participations à une

⁵⁶² Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, JO 17 janvier 1982 ; Conseil constitutionnel, 11 février 1982, n° 82-139 DC, JO 12 février 1982 ; Conseil Constitutionnel 25 juin 1986, n°86-207 DC , JO 26 juin 1986; Conseil constitutionnel 18 septembre 1986 n°86-217 DC, JO 19 septembre 1986

⁵⁶³ CJCE, 5 février 1991, c.249/89 : Droit fiscal 1991, n°21-22, comm.1181

⁵⁶⁴ Conseil d'Etat, 10 novembre 2010, n°309148, *Sté Corbfi*

seconde société d'un même groupe et réalisait une moins value dont elle tenait compte dans la détermination de son résultat. Il apparaît que le l'évaluation des titres cédés ne tenait pas compte d'une plus value latente. Il importait alors de savoir si une telle évaluation répondait à la définition de l'article L 223 B du CGI. Cet article précise en effet qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de ces abandons de créances et subventions pour la détermination du résultat d'ensemble. Le juge de l'impôt a ainsi précisé que la non prise en compte d'une plus value latente dans l'évaluation des titres d'une société cédée conduisait à une cession de titres à un prix minoré sans contrepartie pour le cédant laquelle est constitutive d'une renonciation à des recettes⁵⁶⁵ « à hauteur de l'écart entre la valeur vénale réelle des titres cédés et leur prix de cession ».

La détermination de la valeur des titres de sociétés non cotées est par nature plus délicate puisqu'il n'existe pas de marché établissant la valeur vénale des titres au jour de la cession et qu'il est nécessaire d'adapter la démarche à la taille de l'entreprise ainsi qu'à l'objectif de l'évaluation.⁵⁶⁶ Cependant, « le concept de juste valeur va au-delà du concept de valeur de marché et des éléments non cotés peuvent être évalués à leur juste valeur au moyen de techniques diverses »⁵⁶⁷ si bien qu'il semble possible de déterminer la juste valeur de titres de sociétés ne faisant pas l'objet de négociations sur un marché réglementé. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur la méthode de détermination de la valeur vénale de ce type de titres qui est « constituée par le prix qui pourrait être obtenu du bien par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve avant la mutation »,⁵⁶⁸ ce qui exclut par nature la prise en considération des prix de convenance⁵⁶⁹. La définition ainsi dégagée participe d'une conception objective de la valeur vénale et non d'une valeur subjective résultant de la valeur de convenance ou de la valeur d'utilisation. Cette analyse de la valeur par comparaison a par ailleurs été retenue à l'occasion de diverses réponses ministérielles qui apportent leur contribution à définition de

⁵⁶⁵ Constitutive d'une subvention indirecte au sens de l'article 46 quater-0 ZG de l'annexe III du CGI

⁵⁶⁶ Réussir une évaluation d'entreprise, La revue fiduciaire, Juin 2004 p. 22 s.

⁵⁶⁷ SALAÜN Yvon, *IFRS et droit*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2005, n°4, p.449

⁵⁶⁸ Cass. Com. 23 octobre 1984 ; Bull. civ. IV, n°275; Conseil d'Etat, 29 décembre 1999, n°171859, *M. Robardey* ; Dr. fisc. 2000 n°21, comm. 427 ; RJF 2/2000, n°153 ; Conseil d'Etat, 14 novembre 2003, n°229446, *M. Lafarge* ; Dr. fisc. 2004, n°25, comm. 560 ; RJF 2/2004, n°124

⁵⁶⁹ Cass. Civ. 25 juillet 1991, Bull. I, n°206, p. 135 & Cass. Civ. 17 mars 1987, Bull. I, n°100, p. 75

la notion de valeur vénale⁵⁷⁰. La réponse au Sénateur Bérard est à ce titre la plus remarquable.⁵⁷¹ Cette dernière précise en effet que la valeur vénale d'un bien est constituée par le prix qui pourrait être obtenu, à la même date, par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel. Le caractère objectif de la valeur des titres apparaît au plan de la définition conceptuelle mais aussi sur un terrain plus formel. En effet, la détermination de la valeur des titres est une opération relativement complexe imposant fréquemment le recours à une expertise. Cette dernière doit être objective et ne refléter que l'analyse de l'expert lui-même. La Cour d'appel de Paris⁵⁷² a ainsi récemment jugé que **les pouvoirs conférés par l'article 1843-4 du Code civil au Président du tribunal étaient réduits à la désignation de l'expert chargé de l'évaluation des droits sociaux. Ce dernier est souverain pour déterminer la valeur vénale des titres et toute directive relative à l'évaluation est exclue.**

La valeur des titres s'apprécie donc au moyen d'éléments de comparaison tirés de transactions sur des titres identiques effectuées dans un délai raisonnable⁵⁷³ et se présentant dans des conditions équivalentes.⁵⁷⁴ Si la présence de plusieurs comparables est de nature à conforter la valeur retenue, la Cour de cassation a précisé que l'existence d'un seul comparable suffisait et n'imposait pas le recours à une autre méthode d'évaluation.⁵⁷⁵ Cependant si l'évaluation des titres non cotés doit se faire de manière privilégiée au moyen d'une comparaison,⁵⁷⁶ les comparables ne sont pas toujours existants d'autant qu'une offre de rachat ne constitue pas un élément de comparaison.⁵⁷⁷

A défaut d'éléments de comparaison, il est nécessaire de mener une analyse permettant d'obtenir un chiffre aussi voisin que celui qu'aurait entraîné le jeu de l'offre et de la

⁵⁷⁰ Rép. Petit, JO AN 18 mars 1950 p. 2174, Rép. Denais, JO AN 18 juillet 1950 p. 5513, Rép. Krieg, JO AN 13 janvier 1973 p. 82

⁵⁷¹ Rép. Bérard, JO Sénat 13 décembre 1990 p. 2644

⁵⁷² **CA Paris, 14 décembre 2010, n°10/11125, *Namur c/ SA Continental Investments & Management***

⁵⁷³ Conseil d'Etat, 25 juin 1975, n°92185 et 92186, RJF 9/75, n°399 ; Ce délai peut atteindre 22 mois v. Conseil d'Etat, 14 juin 1978, n°9403, RJF 7-8/78 ; Dr. fisc. 1978, n°46-47, comm. 1813

⁵⁷⁴ Conseil d'Etat, 25 juin 1975, n°92185, préc. ; Conseil d'Etat, 19 novembre 1975, n°92041, RJF 1/76, n°21, Conseil d'Etat, 6 juin 1984, n°35415, RJF 8-9/1984, n°940

⁵⁷⁵ Cass. Com. 7 juillet 2009, n°08-14.855, *M. Zorn* ; Dr. fisc. 2009, n°37, comm. 463

⁵⁷⁶ Cass. Com. 7 juillet 2009, n°08-14.855, préc.

⁵⁷⁷ Conseil d'Etat, 23 juillet 2010, n°308019, *M. Marmajou* ; Dr. fisc. novembre 2010, comm. 541, p. 23 s.

demande.⁵⁷⁸ Il apparaît que si la valeur des titres d'une société non cotée peut être rapprochée de la valeur de ses actifs, il est nécessaire que la méthodologie soit pertinente au regard des circonstances de nature à influencer la valeur des titres. Il est alors nécessaire de tenir compte de circonstances particulières susceptibles d'expliquer la valorisation.⁵⁷⁹ Cette analyse doit nécessairement être pragmatique si bien que l'évaluation se fondant sur des données purement comptables est exclue dans la mesure où une telle estimation ne déterminerait qu'une valeur mathématique⁵⁸⁰ sans tenir compte des plus values latentes ou de la valeur du fonds de commerce.⁵⁸¹ Ce souci de réalisme et de pragmatisme de l'opération d'évaluation est partagé par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui privilégient dans ces situations le recours à une combinaison des méthodes.⁵⁸² Aussi, la jurisprudence précise t'elle qu'une analyse multicritères⁵⁸³ permet de s'approcher au mieux d'une juste valeur et d'éviter ainsi les problèmes d'efficience du marché choisi. Ainsi, en l'absence de transaction équivalente, l'appréciation de la valeur vénale doit être faite en combinant les méthodes⁵⁸⁴ d'évaluation permettant d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le marché.⁵⁸⁵ Si bien que désormais⁵⁸⁶, la Cour de cassation considère que les titres sociaux non cotés en bourse et pour lesquels il n'existe pas de marché ni de biens similaires nécessitent une évaluation établie au moyen de la

⁵⁷⁸ Conseil d'Etat, 26 mai 1982, n°29053 : RJF 7/82, n°636 ; Conseil d'Etat 29 décembre 1999, n°171859, *Robardey* : RJF 2/00, n°153 ; CAA Paris, 13 février 2001, n°97-1308, *Laurent* : RJF 10/01, n°1192, v. en matière d'impôt de solidarité nationale Cass. Com. 19 décembre 1989, *Condemine* : RJF 3/90n°357

⁵⁷⁹ Conseil d'Etat, 10 décembre 2010, n°308050, *SARL Prunus*. Le Conseil d'Etat a jugé en matière d'évaluation de titres de société dont l'actif était essentiellement composé d'une marque commerciale que la prise de contrôle d'un concurrent renforçant la position de l'acquéreur sur un marché pouvait justifier un écart très significatif entre la valeur de l'actif et la valeur de cession.

⁵⁸⁰ Dont on sait que le « *montant paraît arbitrairement fixé* ». v. Cass. Com. 9 octobre 1985, *Mordoh* ; Cass. Com. 23 avril 2003, *Charlot*

⁵⁸¹ Conseil d'Etat, 28 novembre 1979, n°10150 : RJF 2/80, n°135

⁵⁸² *Evaluation de titres non cotés*, Les nouvelles fiscales n°1054, 15 octobre 2010, p. 15 s.

⁵⁸³ Conseil d'Etat, 29 décembre 1999, n°171859, Dr. fisc. 24 mai 2000, n° 21, p. 809 s.; Cass. Com. 7 décembre 1993, n° 1950, RJF3/1994, n°356 : Cass. Com. 21 mai 1996, n°94-20 517, Dr. fisc. 1996, n°30, comm. 984, RJF8-9/1996, n°1086 ; Cass. Com. 16 décembre 1997, n°95-20712, Dr. fisc. 1998, n°25, comm 574, RJF 4/1998, n°502

⁵⁸⁴ Ces méthodes sont nombreuses. Sont notamment utilisées les méthodes fondées sur la valeur mathématique (actualisation de l'actif net comptable), sur la valeur de productivité, sur la valeur de rendement par capitalisation du dividende ou sur une combinaison de méthodes. Pour une utilisation combinée de la valeur mathématique et de la valeur de productivité, v. Conseil d'Etat, 14 novembre 2003, n°229446, M. Lafarge, Dr. fisc. 2004, n°25, comm.560

⁵⁸⁵ Conseil d'Etat, 26 mai 1982, n°29053 ; Dr. fisc. 1983, n°5, comm. 123

⁵⁸⁶ Cass. Com. 21 mai 1996, n°959 D ; Cass. Com. 16 novembre 1997, n°2546B ; v. notamment CAA Paris 13 février 2001, n°97-1308, RJF 10/01, n°1192

combinaison du faisceau d'éléments financiers, l'analyse par comparaison ne donnant qu'une évaluation médiane demandant à être affinée. L'évaluation doit donc tenir compte de la valeur présente du patrimoine de l'entreprise, mais aussi de la rentabilité actuelle et également des résultats futurs que l'on peut en attendre. « *La valeur retenue offre un certain degré d'arbitraire inévitable dans les propositions retenues mais elle doit trouver sa justification dans une prise en compte aussi approfondie et pondérée que possible des résultats de l'analyse financière effectuée* ». ⁵⁸⁷ Le respect de ces règles conduit les évaluateurs à déterminer la valeur des titres des sociétés non cotées à l'aide d'une valeur mathématique correspondant à une valorisation patrimoniale, corrigée au moyen d'une valeur de rendement, ⁵⁸⁸ d'une valeur de comparaison ⁵⁸⁹ et de la prise en compte d'une survaleur ou goodwill. L'administration fiscale propose ⁵⁹⁰ dans son guide d'évaluation des titres de sociétés un tableau récapitulatif des différentes pondérations pouvant être effectuées.

| | PME-PMI | | Sociétés importantes | | Sociétés à activité non commerciale et non industrielle |
|--------------------|---|---|---|---|---|
| | Petite | Moyenne | Objet commercial | Objet industriel | Holdings patrimoniaux |
| Paquet majoritaire | $\frac{3 \text{ V.M.} + \text{V.Rent.}}{4}$ | $\frac{2 \text{ V.M.} + \text{V.Rent.}}{3}$ | $\frac{\text{V.M.} + \text{V.Rent.}}{2}$ | $\frac{\text{V.M.} + 2 \text{ V.Rent.}}{3}$ | $\frac{4 \text{ V.M.} + \text{V.Rent.}}{5}$ |
| Paquet minoritaire | $\frac{\text{V.M.} + \text{V.Rent.}}{2}$ | $\frac{\text{V.M.} + 2 \text{ V.Rent.}}{3}$ | $\frac{\text{V.M.} + 3 \text{ V.Rent.}}{4}$ | | $\frac{2 \text{ V.M.} + \text{V.Rent.}}{3}$ |

V.M. = valeur mathématique.

V.Rent. = valeur de rentabilité, moyenne pondérée le cas échéant des valeurs de productivité ou par un multiple du R.E., valeur par l'E.B.E. ou la M.B.A., valeur de rendement

Comme pour l'évaluation des autres catégories de biens, il est nécessaire de tenir compte des facteurs juridiques et économiques mis à jour à l'occasion du diagnostic de la société. Les

⁵⁸⁷ *Les nouvelles fiscales*, supplément au n°981, 1^{er} juin 2007, Lamy, p. 121

⁵⁸⁸ Par actualisation de prévisions, par une méthode des *cash flows* actualisés

⁵⁸⁹ Par comparaison avec des cessions antérieures des titres d'une même société (on parle alors de valeur par réajustement d'une valeur antérieure) ou par comparaison boursière

⁵⁹⁰ Ce tableau (p.83 du guide) n'ayant aucune valeur contraignante

facteurs économiques⁵⁹¹, influençant naturellement la valeur des titres, ayant été pris en compte dans l'utilisation des méthodes précitées, on se limitera ici à déterminer les facteurs juridiques susceptibles d'influer l'évaluation fiscale des titres. Les facteurs juridiques sont de nature soit à majorer, soit à minorer, le résultat obtenu. En effet, l'existence de primes de contrôle, de blocage, de préférence⁵⁹² ou de virginité⁵⁹³ conduit à une majoration de l'évaluation pratiquée. Il peut alors être intéressant pour le contribuable de passer sous silence ces éléments de valorisation afin de réduire l'assiette imposable. Il est par ailleurs utile de réduire l'assiette imposable en pratiquant des abattements sur la valeur ainsi calculée. Il apparaît que ces abattements sont fiscalement justifiés⁵⁹⁴ lorsqu'ils traduisent une diminution directe ou indirecte du pouvoir de jouissance que procurent soit les droits politiques soit les droits économiques attachés au droit de propriété. Il est ainsi possible de pratiquer des abattements tenant à des situations de cohabitation, d'indivision, de partage des pouvoirs, d'illiquidité, de précarité, de minorité, ou de disparition de l'homme clé.⁵⁹⁵

§2. Evaluation des autres biens meubles

Si la valeur du droit de propriété portant sur un objet mobilier par nature fait souvent mentir l'adage « *res mobilis res vilis* », la valeur des biens meubles par nature semble de prime abord bénéficier d'un certain laxisme fiscal. La facilité de transmission par simple tradition manuelle et le mode d'acquisition par possession que permet l'article 2276 du Code civil limite en effet le pouvoir de contrôle de l'administration.

La dématérialisation des valeurs mobilières et des créances résultant de l'article 94-II de la loi du 30 décembre 1981 et de la loi n°83-1 du 3 janvier 1983 a eu pour effet d'une part de faire échapper les biens meubles dénués de support matériel individualisé

⁵⁹¹ Contexte économique général, contexte économique de la branche d'activité, contexte géographique, contexte propre à l'entreprise

⁵⁹² L228-11 du Code de commerce

⁵⁹³ L'absence de passif est effectivement de nature à procurer un avantage au repreneur.

⁵⁹⁴ MOUSSERON Pierre, Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux, RJDA 3/06, p. 200 ; pour le chiffrage de ces décotes v. infra

⁵⁹⁵ CGI art. 764 A

à l'application de l'article 2276 du Code civil⁵⁹⁶ et d'autre part de renforcer indirectement les possibilités de contrôle de l'administration sur ces biens.

S'il semble que les meubles par destination de la loi bénéficient d'un intérêt marqué du droit fiscal à leur égard, tous les biens meubles par nature ne sont pas pour autant délaissés par la fiscalité. Les biens meubles par nature les plus onéreux sont protégés par un titre juridique formalisé ou par une immatriculation qui permet leur traçabilité par les services de l'administration fiscale (A). Les biens meubles ne bénéficiant pas de ces mesures de protection formelles sont plus sujets à une certaine forme de tradition manuelle et par conséquent moins facilement identifiables par l'administration (B).

A – Les biens meubles par nature protégés par un titre formel

On distingue deux types de formalismes portant sur un bien meuble par nature. Si l'on distingue en effet les formes par immatriculation ou par le biais de titres juridiques formalisés, l'existence de ce formalisme permet à l'administration de retracer au besoin le circuit économique d'un bien et de procéder le cas échéant aux rehaussements d'impositions. S'agissant des biens protégés par un titre juridique formalisé, on s'intéressera ici aux créances ainsi qu'aux droits de propriété intellectuelle.

De façon générale, les créances constituent des biens incorporels sur lesquels peut porter une action en revendication. Les créances peuvent sembler aisément évaluables du fait de leur caractère chiffré, en réalité, ce n'est pas toujours le cas. Le cas des prestations compensatoires et des pensions alimentaires en est un bon exemple. Celles-ci doivent être intégrées dans le passif du débiteur et la méthode de capitalisation est loin d'être évidente. Le débiteur d'une pension alimentaire accordée par jugement à l'ex-conjoint peut déduire la valeur de capitalisation de cette pension de la base imposable à l'ISF.⁵⁹⁷ L'administration permet ainsi au débiteur de déduire de l'assiette

⁵⁹⁶ A l'époque 2279 ; La justification est que l'incorporation du droit dans un titre a cessé.

⁵⁹⁷ Rép. Malvy JO AN 5 septembre 1983, p. 3869, n°30749 ; Doc. Adm. 7 S-361, n°12, 1^{er} octobre 1999

taxable à l'ISF la valeur capitalisée de la prestation compensatoire versée sous forme de rente.⁵⁹⁸

La doctrine administrative considérait que par symétrie, ces sommes devaient être intégrées pour leur valeur de capitalisation à l'actif du patrimoine imposable du créditier.⁵⁹⁹ Cette position revenait à considérer que la prestation compensatoire présentait une valeur patrimoniale. Il est de jurisprudence constante que la pension alimentaire et par extension la prestation compensatoire recouvre à la fois un caractère indemnitaire et alimentaire.⁶⁰⁰ Or ces sommes et pensions, dans la mesure où elles présentent un caractère alimentaire ne peuvent ni être saisies,⁶⁰¹ ni être cédées. La Cour de cassation se fondant sur le caractère insaisissable⁶⁰² et incessible⁶⁰³ de ces rentes infirmait cette doctrine et concluait à l'absence de valeur patrimoniale, faisant ainsi sortir ces rentes de l'assiette imposable à l'ISF.⁶⁰⁴ Cette jurisprudence obligea l'administration fiscale à rapporter sa doctrine antérieure à l'occasion de l'instruction du 27 mai 2008.⁶⁰⁵

Il apparaît donc d'un point de vue fiscal que seule la partie débitrice de ces rentes présente un intérêt.⁶⁰⁶ Il est en effet nécessaire de capitaliser les prestations

⁵⁹⁸ Instruction du 27 mai 2008, BOI 7S-4-08

⁵⁹⁹ Rép. Goasguen JO AN 12 avril 1999, p. 2209, n°22836 & Rép. Goasguen, JO AN 24 décembre 2001, p. 7426, n°66974

⁶⁰⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 27 juin 1985, n°94-14.663, Bull. civ. 1985 II, n°131, p. 86

⁶⁰¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 9 juillet 1997, n°95-21.038 : Bull. civ. 1997 II, n°220, p. 128 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 2 octobre 1997, n°95-19.358 : Bull. civ. II, n°239

⁶⁰² Cass. Com. 19 avril 2005, n°03-11.750, *Lambrey de Sousa* : RJF 8-09/05, n°973

⁶⁰³ Cass. Com. 31 mai 2005, n°03-18.840, *Propper* : RJF 11/05 n°1321

⁶⁰⁴ On notera ici que les pensions de retraite (même versées par des fonds étrangers, v. Rép. Plasait, JO Sénat 22 novembre 201, p. 3702, n°34570) qui ne sont ni cessibles ni transmissibles sauf par réversion n'ont pas de valeur patrimoniale et échappent à ce titre à l'ISF (CGI art. 885 J). La fraction non consommée (au 1^{er} janvier) des sommes versées reste cependant imposable, v. Doc. Adm. 7 S-3212, n°30. La valeur de capitalisation des rentes perçues en réparation d'un dommage corporel est exonérée de l'ISF en raison des mêmes règles, v. 885 K du CGI.

⁶⁰⁵ Instruction du 27 mai 2008, BOI 7 S-4-08

⁶⁰⁶ De même, la valeur de capitalisation des rentes viagères est exonérée d'ISF lorsque ces rentes sont constituées dans le cadre d'une activité professionnelle ou d'un PERP, moyennant le versement de primes régulièrement échelonnées dans leur montant et leur périodicité pendant une durée d'au moins quinze ans et que leur entrée en jouissance intervient au plus tôt à compter de la date de liquidation de la pension du redevable dans un régime obligatoire de l'assurance vieillesse. v. Instruction du 29 octobre 2010, BOI 7 S-6-10

compensatoires dues à l'ex-conjoint ainsi que les pensions alimentaires de l'article 373-2-2 du Code civil lorsqu'elles sont homologuées ou ordonnées par une décision judiciaire.⁶⁰⁷ Pratiquement, il est nécessaire de déterminer le nombre d'années durant lesquelles la pension sera versée. Il s'agit d'utiliser un terme fixe lorsque cela est possible. Si aucun terme fixe n'est précisé dans l'ordonnance de jugement, tel est le cas lorsque l'ordonnance précise simplement que la pension devra être versée jusqu'à la fin des études des enfants, il y a lieu de retenir la date du 31 décembre de l'année où l'enfant atteint l'âge de 21 ans. Il est alors nécessaire de capitaliser cette prestation sur la base du taux brut des obligations assimilables au trésor. L'administration préconise de retenir l'indice OAT TEC 10 au jour du fait générateur de l'impôt.⁶⁰⁸

L'actualité financière a récemment démontré que l'évaluation de droits de propriété intellectuelle était une étape primordiale dans l'évaluation des titres de société.⁶⁰⁹ L'incorporalité de l'objet du droit inquiète souvent les praticiens chargés de leur évaluation. Cette crainte nous semble infondée dans la mesure où les méthodes de détermination ne diffèrent pas des méthodes traditionnelles. La publication par l'Afnor de la première norme internationale sur l'évaluation monétaire d'une marque⁶¹⁰ en apporte la preuve. Les méthodes préconisées que sont l'approche par les revenus (méthode de l'actualisation⁶¹¹ de flux), le marché (méthode comparative) ou les coûts (prix de remplacement) ne diffèrent pas des méthodes utilisées en matière d'évaluation fiscale des titres de sociétés non cotées.

L'étude de l'évaluation des droits d'auteur démontre à son tour que la corporalité de l'objet ne complexifie pas réellement l'évaluation. L'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *l'auteur d'une œuvre jouit sur son œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* » Cette création de l'esprit confère à l'auteur des prérogatives d'ordre patrimonial et

⁶⁰⁷ Instruction du 27 mai 2008, BOI 7 S-4-08, n°5

⁶⁰⁸ Ces taux sont quotidiennement actualisés par l'Agence France Trésor. v. www.aft.gouv.fr

⁶⁰⁹ Agefi, 29 novembre 2010, p. 12

⁶¹⁰ NF ISO 10668, octobre 2010

⁶¹¹ « *Méthode de calcul économique qui permet d'évaluer aujourd'hui un revenu à percevoir ou une dépense à engager dans le futur. La valeur actuelle d'une unité monétaire disponible dans le futur est inférieure à la valeur d'une unité monétaire disponible aujourd'hui* » : *Lexique d'économie*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2008

extra patrimonial.⁶¹² Si le titulaire du droit d'auteur est souvent unique, le droit de propriété sur l'œuvre peut cependant être commun en présence d'une œuvre de collaboration. Il est encore des situations où les limites des droits d'auteur sont superposées : tel est le cas des œuvres composites⁶¹³ dont la propriété est reconnue à une personne sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. L'auteur d'une œuvre bénéficie de plusieurs droits patrimoniaux. Il bénéficie tout d'abord du droit de représentation⁶¹⁴ qui consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, il bénéficie ensuite du droit de reproduction⁶¹⁵ permettant la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés afin de communiquer indirectement au public, il dispose enfin du droit de suite,⁶¹⁶ droit d'essence fructifère, ouvrant à l'auteur ou à ses héritiers⁶¹⁷ le droit de percevoir un pourcentage de 3% du prix de vente d'une œuvre cédée dans le cadre d'une vente publique ou à un commerçant.

La valeur de ces droits ne peut être déterminée qu'à travers les fruits qu'ils produisent. L'administration préconise ainsi dans son guide d'évaluation l'utilisation d'une méthode empirique consistant en l'application d'un coefficient à la moyenne des droits perçus par l'auteur au cours des trois années précédant le décès et à appliquer à cette moyenne un coefficient variant de 1 à 5 en fonction de la nature des droits.⁶¹⁸ On notera enfin que les droits d'auteurs comme les autres droits de propriété littéraire et artistique, sont exonérés d'ISF pour leurs seuls auteurs.⁶¹⁹ Les ayants droit des auteurs doivent en revanche comprendre ces droits patrimoniaux dans l'assiette de leur ISF pour leur valeur de capitalisation.

⁶¹² On parle d'un droit moral

⁶¹³ Adaptation, traduction, arrangement, transformation etc.

⁶¹⁴ CPI art. L122-2

⁶¹⁵ CPI art. L122-3§1

⁶¹⁶ CPI art. L122-8

⁶¹⁷ Pendant 70 ans

⁶¹⁸ Evaluation, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2007, n°1334, p.267

| Nature des droits | Coefficient moyen | Cas particuliers |
|--------------------------------|-------------------|--|
| Propriété littéraire | Entre 3 et 4 | Auteur peu connu (2 – 2,5) ; Auteur très connu (5) |
| Propriété artistique | Entre 2 et 4 | Artiste peu connu, sans avenir (1) Artiste de renommée (5) |
| Œuvres graphiques / plastiques | Entre 1,5 et 3 | Artiste ayant eu de son vivant une certaine notoriété (3) |

Les mutations et la conservation des meubles par nature bénéficiant d'une protection par une immatriculation sont aisément repérables par les services de l'administration fiscale française. En effet, tout transfert du droit de propriété portant sur un tel bien nécessite l'accomplissement de formalités administratives auxquelles les services de vérification peuvent avoir accès. Tel est le cas des mutations du droit de propriété portant sur un véhicule terrestre à moteur, sur un aéronef ou un navire. Si pour une partie de ces objets, la valeur est fixée par des règles de cotation tenant compte de l'ancienneté du bien et de ce fait vérifiable sur une cotation de type argus, la valeur des biens dits exceptionnels tels que les navires de prestige ou les aéronefs, est plus délicate à déterminer. Pratiquement, le recours à l'évaluation des biens cotés à l'argus tels que les véhicules terrestres à moteur, ne présente d'intérêt qu'en matière d'imposition sur la fortune.

La détermination de la valeur des biens non cotés en raison de leur rareté nécessite une expertise que l'administration fiscale n'est pas toujours en mesure de mettre en œuvre. Afin de déterminer cette valeur, l'administration ne peut employer que la méthode de réévaluation. Il appartient alors au contribuable d'apporter les éléments justifiant une décote, lesquels sont de nature factuelle et tiennent compte de l'historique et de l'utilisation du bien.

La complexité de ces évaluations explique l'absence de doctrine administrative et de jurisprudence sur le sujet. A cette manipulation fiscale de la propriété de ces biens par l'utilisation de méthodes d'évaluation se rajoute une seconde méthode de manipulation intrinsèquement liée à leur nature. En effet, le caractère mobilier de ceux-ci permet leur acquisition à l'étranger et ce, la plupart du temps, via des sociétés implantées à l'étranger.

Ces techniques de détention permettent au contribuable de faire échapper ses biens de forte valeur aux rigueurs de l'imposition sur le patrimoine et des impôts de mutation. Si la technique d'évaluation par décote est parfaitement justifiée, la seconde

⁶¹⁹ CGI art. 885 I al. 4

manipulation répond bien souvent à la définition de la fraude et présente par conséquent un risque fiscal pour le contribuable. La visite d'un port prestigieux⁶²⁰ suffit cependant à nous convaincre que cette seconde méthode employée par les contribuables présente un ratio risque fiscale/jouissance du bien suffisamment important pour qu'ils y aient recours.

B – Les biens meubles par nature ne nécessitant pas de titre formalisé

Le principe de l'évaluation fiscale demeure celui de l'estimation à la juste valeur. Si pour certains biens meubles par nature ne nécessitant pas de titre formalisé, tels que les métaux précieux, peuvent être évalués par référence à un cours la recherche de cette juste valeur résulte généralement soit d'une estimation unilatérale émanant du contribuable ou de ses conseils soit d'une évaluation forfaitaire émanant de l'administration fiscale.

En matière de droits de succession, les meubles meublants sont évalués au prix net obtenu à l'occasion d'une vente aux enchères dans les deux ans suivant le décès. A défaut, de cession de ce type, les biens meubles par nature sont évalués à la valeur contenue dans un inventaire notarié ou dans tout acte estimatif réalisé dans les 5 ans suivant le décès. Cette faculté que possède le contribuable de choisir l'évaluateur des biens servant à l'assiette des droits est parfois tentante et s'il est possible en ces occasions de choisir des valeurs basses, il est nécessaire de garder à l'esprit que l'existence d'omissions ou de sous-évaluations permettent à l'administration d'écarter ces estimations pour se fonder sur le forfait légal de 5%⁶²¹, d'application théoriquement subsidiaire. Il peut enfin être intéressant pour un contribuable de bénéficier de l'absence de cohérence du régime fiscal des œuvres d'art⁶²² et d'utiliser ce forfait pour conférer une valeur plus faible à un objet d'art de grand prix. En effet, une œuvre d'art peut être un meuble meublant et il est alors nécessaire dans le cadre de

⁶²⁰ Aucune étude à notre connaissance n'établit de données statistiques sur les immatriculations à l'étranger de navires ou aéronefs appartenant à des résidents fiscaux français, ce qui nous limite à une méthodologie empirique.

⁶²¹ Cass. Com. 8 février 2000, n°97-19.000, *M. Quié* ; BOI 7 G-3-01

⁶²² MIRIEU DE LABARRE Éric, *Le statut fiscal de l'objet d'art*, Droit fiscal n° 20, 18 mai 2006, 20

son évaluation de faire abstraction de la renommée de l'auteur⁶²³ et se fonder sur la distinction opérée par l'article 534 du Code civil. Un tableau de maître peut ainsi intégrer les meubles meublants et être intégré dans le forfait de 5%. Si l'administration fiscale accepte cette forme d'évaluation, elle rappelle⁶²⁴ qu'elle peut effectuer un redressement si la valeur d'assurance ou le prix atteint lors d'une vente publique fait apparaître une sous évaluation.

Si les œuvres d'art sont exonérées d'ISF⁶²⁵, tel n'est pas le cas des meubles meublants. Pour tenir compte du caractère annuel de l'impôt de solidarité sur la fortune, les meubles meublants répondant à la définition de l'article 534 du Code civil, doivent être évalués à leur valeur telle qu'elle apparaît dans un inventaire simplifié⁶²⁶ valable pour une durée de trois ans.⁶²⁷ A défaut un forfait mobilier de 5%⁶²⁸ est appliqué par l'administration aux contribuables qui n'auraient pas présenté de déclaration détaillée.⁶²⁹ Au demeurant, en cas d'application de ce forfait par l'administration, le contribuable peut apporter la preuve que le forfait sur évalue les meubles meublants dont il a la propriété.⁶³⁰

Sous section 2. Evaluation immobilière

L'absence de règles législatives claires sur les méthodes à employer rend l'évaluation immobilière délicate tant pour les contribuables que pour l'administration fiscale. Cette difficulté est due à la nature même des immeubles qui par essence ne sont pas fongibles. Si l'étude de marché permet de dégager des moyennes et des fourchettes de prix applicables à tel ou tel type de bien, les caractéristiques propres à chaque bien influent positivement ou négativement sur la valeur du bien et justifient le cas échéant

⁶²³ Cass. Com. 17 octobre 1995, n°94-10.196, Bull 1995 IV, n°240, p.222

⁶²⁴ Instruction 8 avril 1998, BOI 7 G-6-98

⁶²⁵ CGI art. 885 I al. 1 et 2; Cette exonération est applicable aux parts de sociétés civiles propriétaires de monuments historiques à concurrence de la valeur des parts représentative des objets d'antiquité d'art ou de collection.

⁶²⁶ Doc. Adm. 7 S-352, n°12

⁶²⁷ En l'absence de modification significative

⁶²⁸ CGI art. 764 I-3°

⁶²⁹ Cass. Com. 11 janvier 2000, n°97-16.257, *Ginez* : RJF 4/00, n°571

une décote, élément sur lequel la jurisprudence est des plus hésitante.⁶³¹ Au demeurant, cette étude de marché est l'élément fondamental de l'évaluation sur laquelle reposent les méthodes traditionnelles d'évaluation. Il existe principalement 5 méthodes que l'on envisagera successivement. On verra tout d'abord la méthode la plus utilisée dans la pratique, dite méthode comparative (§1), avant d'étudier les méthodes utilisées à défaut de termes de comparaison (§2).

§1. L'évaluation par comparaison

Cette méthode répond à une étude classique reposant sur une étude de marché (A) supposant le respect des directives administratives (B).

A – Le principe de l'étude de marché

La méthode d'évaluation la plus courante est celle par comparaison. Elle est privilégiée par la jurisprudence et par l'administration dans la majorité des cas. On parle par commodité d'évaluation comparative, néanmoins, il n'existe pas qu'une seule méthode comparative. Il faut en effet distinguer l'évaluation par comparaison directe de l'évaluation par comparaison indirecte. La comparaison directe est la méthode d'évaluation la plus simple. Elle consiste à déterminer la valeur d'un bien par référence à des biens identiques et substituables. En pratique, il faut qu'il existe un « *marché de biens homogènes* »⁶³². C'est le cas des actions admises aux négociations sur un marché réglementé qui sont parfaitement substituables entre elles. Le critère d'application de cette méthode est alors la parfaite fongibilité des biens. Il est très clair que peu de biens sont parfaitement substituables entre eux, aussi, une seconde approche de la comparaison est apparue, il s'agit de l'évaluation par comparaison indirecte. La méthode consiste à apprécier la valeur d'un bien en lui transposant, « *par unité de mesure, les prix dominants qui sont tirés de l'étude de marché de biens comparables* » : cette méthode est fréquemment utilisée en matière d'évaluation

⁶³⁰ Rép. Grosskost, JO AN 15 janvier 2008, p. 366, n°1241

⁶³¹ QUILICI Sandrine, *Le casse-tête du contentieux de l'évaluation*, Droit fiscal n°28, 15 juillet 2010, p. 22 s.

immobilière. On utilise des fourchettes de prix, le choix de la valeur haute ou basse dépendant des facteurs particuliers des plus values ou des moins values propres au bien. Si la méthode d'évaluation par comparaison est la méthode privilégiée en matière immobilière, elle n'est que rarement applicable en cas d'évaluation de titres de sociétés à prépondérance immobilière non cotées telles que des parts de SCI.

La mise en œuvre de la méthode par comparaison comprend trois phases distinctes : Tout d'abord la recherche des ventes de biens de même nature, ensuite la sélection des termes de références et enfin, l'analyse des prix déclarés. La recherche des ventes des biens de même nature est guidée par des critères liés à la nature du bien, à l'activité du marché. Il est alors nécessaire d'identifier la catégorie de biens sur laquelle doit porter l'étude⁶³³ puis de délimiter le secteur géographique de recherche et de circonscrire l'étendue de la période d'investigation.

Les critères matériels, géographiques et temporels⁶³⁴ sont de nature à influencer l'évaluation si bien qu'il est nécessaire de les prendre en considération dans l'acte de comparaison. L'analyse comparative nécessite en effet que les biens comparés présentent une similitude tenant tout d'abord au critère matériel puisque la référence à la nature du bien, à son état de conservation,⁶³⁵ à sa quantité, à la réputation ou à la

⁶³² *Les nouvelles fiscales n°981, 1^{er} juin 2007, p. 17*

⁶³³ Les comparables doivent notamment se trouver dans une situation économique analogue pour être pertinents. Conseil d'Etat, 7 avril 2011, n° 329339 *Société commerciale des hôtels économiques* : pour l'application de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, la valeur locative peut être évaluée par comparaison (CGI, art. 1498), méthode que le juge administratif (usant de son pouvoir souverain d'appréciation) peut écarter si les comparables ne se trouvent pas dans une situation économique analogue

⁶³⁴ « Cette durée représente notre conscience d'un mouvement immortel. Le temps révèle l'instabilité et le mouvement de la vie. [...] Nous essayons dans le droit fiscal de mesurer mathématiquement la durée, mais cette tâche n'est pas aisée, car cette mesure régulière (mathématique) fait violence à notre sentiment du temps. [...] A cet égard, en matière d'évaluation, les autorités judiciaires et administratives établissent la valeur présente d'un bien ou d'un service par la prise en compte du temps dans une optique rétrospective et prospective. » PONTES VIEIRA Iure, *La valeur en droit fiscal et douanier*, thèse Paris II, 2010, p. 599 s ; sur la conception rétrospective et prospective du temps, v. Saint Augustin, *Confessions*, Livre XI, 14, 17

⁶³⁵ « Car un entretien négligé accroît considérablement la décrépitude de la construction, alors qu'un entretien régulier, soigneusement assuré, corrige en partie la dépréciation résultant de l'âge de cette construction » FERBOS Jacques, *L'impôt sur la fortune et l'évaluation fiscale du patrimoine*, éd. Le Moniteur, 1983, p. 81.

qualité du produit⁶³⁶ sont autant d'éléments de valorisation. Le critère *rationae loci* constitue lui aussi un élément d'importance de la valorisation. Si la localisation d'un bien constitue un facteur indispensable de l'opération d'évaluation,⁶³⁷ la localisation du site de production ou de vente est lui aussi de nature à influencer sur la valeur du bien.⁶³⁸ Le critère *rationae temporis* est enfin un élément indispensable de l'opération d'évaluation puisque les comparables doivent exister au jour du fait générateur de l'impôt⁶³⁹ et le cas échéant être tirés de cessions contemporaines.⁶⁴⁰ L'administration ne peut ni utiliser de valeurs postérieures⁶⁴¹ ni se référer à des situations d'une trop forte antériorité dans la mesure où ces comparables ne refléteraient pas la valeur du bien au jour du fait générateur.⁶⁴² En matière de droits de mutation à titre gratuit, les immeubles doivent être estimés pour la liquidation des droits d'après leur valeur vénale réelle à la date de la transmission c'est à dire au jour du décès. Dans certains cas cependant, la valeur vénale dépend d'éléments extérieurs empêchant la détermination même approximative de la valeur vénale du bien. Ainsi, la localisation d'un immeuble dans une zone d'aménagement concerté (ZAC)⁶⁴³ est de nature à influencer fortement sur la valeur de l'immeuble. La vente d'un immeuble à un prix inférieur à celui porté dans la déclaration de succession peut ouvrir droit à restitution d'une partie des droits de succession. Sans pour autant remettre le principe de

⁶³⁶ Le Conseil d'état a ainsi affirmé que la différence de qualité de produit justifiait des écarts de prix. Conseil d'Etat, 21 février 1990, n° 84.483, *SARL Solodet* : RJF 4/90, n° 376.

⁶³⁷ CAA Nancy 26 janvier 1995, n°92-240, *SARL Moulin de la Chée* : RJF 6/95, n° 712 ; OCDE Rapport 1995, §1.30.

⁶³⁸⁶³⁸ Evaluation en douane, renseignements techniques, v. *Technical Information on Customs Valuation*: site de l'OMC, www.wto.org

⁶³⁹ L'existence des termes de comparaison à retenir pour l'évaluation de la valeur locative de l'article 1498 du CGI doit être appréciée au 1^{er} janvier de l'année d'imposition et non à la date de la construction de l'immeuble objet de la comparaison : Conseil d'Etat, 9 février 2011, n° 314992

⁶⁴⁰ Cass. Com. 29 novembre 1994, n°92-21.898, *Jourdan-Barry* : RJF 3/95 n°416 ; Cass. Com. 6 mai 2003, n° 01-12.567, Bull. 2003 IV, n°70, p. 79 : « [...] cette évaluation doit se faire à la date la plus proche de la cession ou du rachat à intervenir »

⁶⁴¹ Cass. Com. 24 novembre 1992, n°90-20.500 : RJF 2/93 n°292, Cass. Com. 4 avril 1995, n° 93-15.395 : RJF 7/95 n°918; Doc.adm. 13 L-1513 n° 88, 1^{er} juillet 2002. En matière de successions v. Cass. Com. 21 mars 1995, n° 96-16.404 : RJF 7/95 n°919

⁶⁴² Pour une évaluation tirée d'une comparaison avec une mutation réalisée quatre ans avant le fait générateur de l'impôt : Cass. Com. 10 mai 1994 n°92-18.455: RJF 8-9/94 n° 997

⁶⁴³ « zones à l'intérieur desquelles une collectivité publique ou un établissement public y ayant vocation décide d'intervenir pour réaliser ou faire réaliser l'aménagement et l'équipement des terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés » Article L311-1 du Code de l'urbanisme

l'évaluation au jour du fait générateur, la Cour de cassation a récemment⁶⁴⁴ jugé que du fait de la situation dans une ZAC, la réalisation du projet immobilier initialement envisagé était impossible et que c'était en fonction de ce projet qu'avait été retenue la valeur d'assiette des droits de succession. Cette décision d'espèce permet dans certaines situations de tenir compte de cessions postérieures au fait générateur pour déterminer la valeur vénale.

B - Les recommandations de l'administration

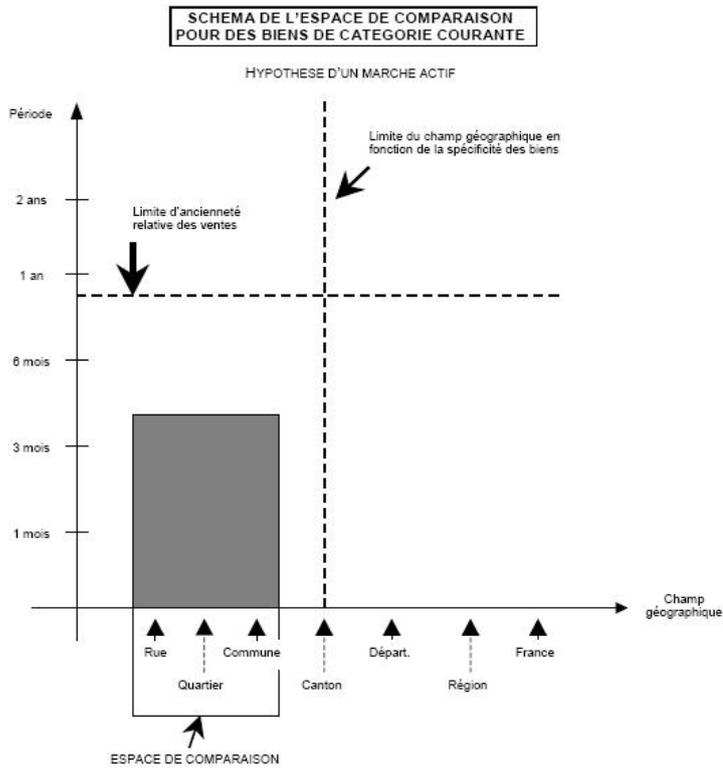
Pour l'administration fiscale, l'évaluation doit toujours *veiller à la fiabilité des ventes retenues comme référence*. Ainsi, pour les biens rares, l'évaluation reste crédible en étendant les recherches à l'ensemble du territoire et en les faisant porter sur une période de 2 ou 3 ans, à condition de prendre pour termes de comparaison des biens ayant exactement la même spécificité (hôtels de grand luxe par exemple). Par contre, l'expertise demeure sujette à caution si elle s'appuie sur des ventes récentes de biens situés dans une aire géographique restreinte (canton ou commune) mais ne présentant pas les caractéristiques exactes de la catégorie du bien à évaluer. A cet égard, il appartient à l'administration d'indiquer les références de publication des actes dans lesquels figurent ces termes de comparaison afin que le contribuable puisse s'en procurer une copie auprès des services du conservateur des hypothèques.⁶⁴⁵ « *Compte tenu de la spécificité de chaque bien, les modalités de la recherche des termes de comparaison peuvent être schématisées à partir de deux axes perpendiculaires représentant :*

- *l'un, le champ géographique des recherches,*
- *et l'autre, la période de recherches »*⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Cass. Com. 15 mars 2011, n°11-14.729, *Cami* : Pour la liquidation des droits de succession, un immeuble était évalué 1 100 000 €. Celui-ci est cédé deux ans plus tard à 900 000 €. Les héritiers demandent restitution de la fraction de droits correspondant à la surévaluation. La Cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 2 décembre 2009 juge que la preuve de la surévaluation ne peut tenir compte que d'éléments de comparaison antérieurs au décès.

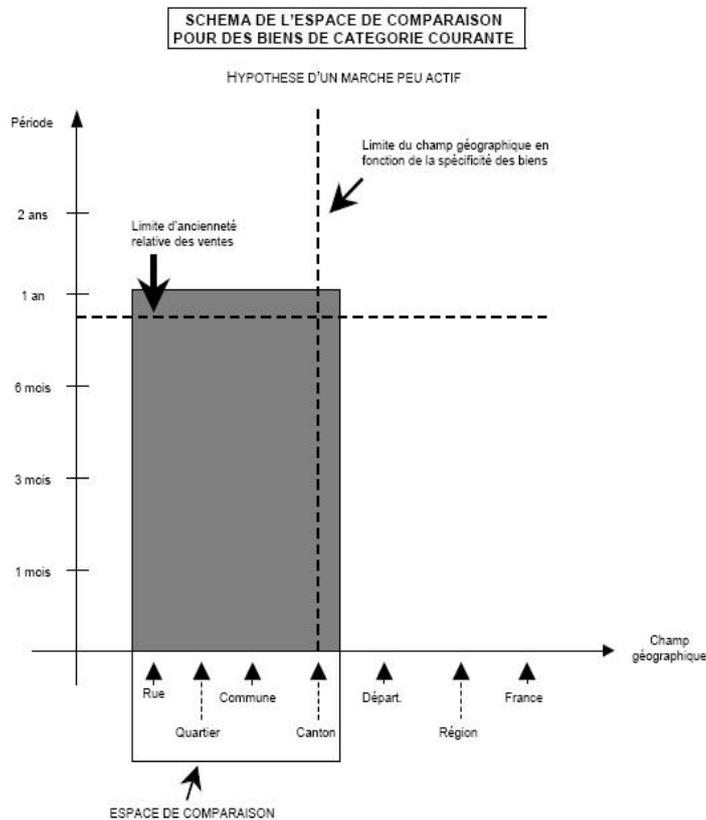
⁶⁴⁵ Rép. Mermaz, n°20629, JO Sénat Q 20 avril 2005, p. 1134

⁶⁴⁶ DGI, fiche descriptive n°3034 « *Les principales méthodes d'évaluation* »

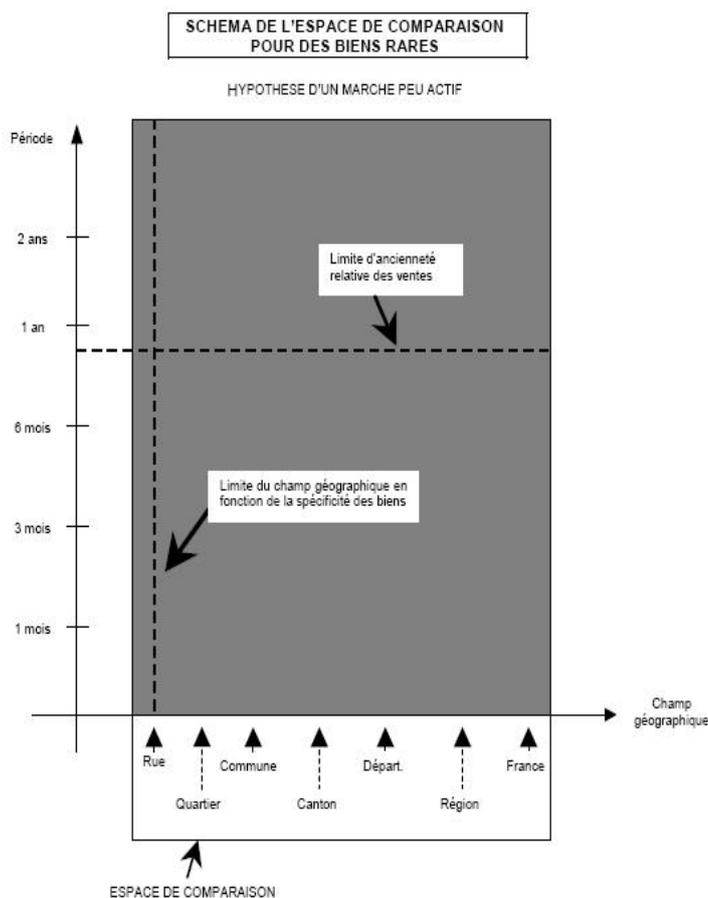


Lorsque le **bien est courant et le marché actif**, il s'agit de réduire au maximum le marché pertinent, tant temporellement que géographiquement.

Comme on dispose en l'espèce de beaucoup d'éléments de comparaison, il est possible de réduire les hypothèses pour trouver les éléments de comparaison les plus proches de la réalité.



Lorsque **le bien est courant mais le marché peu actif**, il est nécessaire de chercher des termes de comparaison dans un marché élargi. L'espace de comparaison est assez similaire à celui précédemment étudié (on effectue les recherches au stade du canton et non plus seulement de la commune), la limite temporelle en revanche est nettement plus étendue (quasiment un an).



Dans le cas des **biens rares**, le marché est nécessairement peu actif. Dans ce cas, il y a extension de l'étude à une zone géographique nettement plus large (car on passe du stade régional au stade national, voire européen). Par ailleurs, il y a extension de l'étude de marché à une période temporelle plus importante. L'objectif de ces augmentations d'espaces de comparaison est de trouver des éléments de comparaison

L'évaluation par comparaison n'est pas toujours possible ; il est des situations où il n'existe pas de marché de biens intrinsèquement similaires : tel est le cas de l'évaluation des biens atypiques. La Cour de cassation a eu à juger de la méthode d'évaluation à utiliser en pareille situation dans un arrêt du 27 octobre 2009.⁶⁴⁷ En l'espèce, un contribuable avait fait une donation d'un bien immobilier à ses enfants, assortie d'une clause de réserve d'usufruit avec réversion de l'usufruit au conjoint survivant. Suite à un désaccord avec l'administration sur l'évaluation du bien, la Cour d'appel de Chambéry⁶⁴⁸ avait eu, comme l'administration, recours à la méthode de l'abattement.⁶⁴⁹ La donatrice avait alors formé un pourvoi afin que soit utilisé la

⁶⁴⁷ Cass. Com. 27 octobre 2009, n°08-11362, *DGFip c/Epoux de Leusse de Syon* : JurisData n°2009-050060

⁶⁴⁸ CA Chambéry, 6 novembre 2007

⁶⁴⁹ Abattement de 20% résultant de l'indivision entre les nu-propriétaires, abattement de 15% résultant de la restriction d'aliéner qui accompagnait la donation, et abattement de 20% résultant de l'occupation du bien par les usufruitiers

méthode par comparaison. La Cour de cassation avait alors précisé qu'en raison de l'inexistence d'un marché de biens intrinsèquement similaires, l'administration était en droit de recourir à la méthode de l'abattement.⁶⁵⁰ La Cour ne s'arrête pas à cette simple énonciation puisque cet arrêt fut pour elle l'occasion de rappeler d'une part que la restriction consentie que s'imposent les parties ne saurait affecter la valeur vénale de l'immeuble et d'autre part qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un abattement car la résidence secondaire, contrairement à la résidence principale suppose uniquement une occupation par intermittence.

La méthode de l'abattement n'est en réalité qu'une variante de l'évaluation par comparaison. En effet, elle consiste simplement à tenir compte de l'importance des spécificités du bien, qui une fois quantifiées viennent en déduction de la valeur vénale du bien. La Cour de cassation dans un arrêt du 12 février 2008⁶⁵¹ a précisé à ce sujet qu'en l'absence de marché de biens similaires en fait et en droit, l'administration était en droit d'utiliser d'autres méthodes comme celles de l'abattement.⁶⁵² En l'espèce, l'administration avait recherché le prix moyen pondéré au m² de châteaux classés aux monuments historiques dans une région proche, ce que contestait le contribuable, puis avait appliqué un abattement global permettant de tenir compte de la situation particulière du bien.⁶⁵³ L'administration suivait en cela la doctrine administrative, laquelle précise que les monuments historiques se trouvant dans une situation particulière, impliquent que l'évaluation soit réalisée avec une prudence extrême.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ *Détermination de la valeur vénale d'un « bien atypique » et abattements applicables*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°46, 13 novembre 2009, act.726 ; *Précisions pour l'évaluation d'un immeuble en cas de donation avec réserve d'usufruit et occupation à titre de résidence secondaire*, Droit Fiscal n°46, 12 novembre 2009, act. 342

⁶⁵¹ Cass. Com. 12 février 2008, n°07-10242, d'Oultremont de Beauchamp, JurisData, n°2008-042744, Dr. fisc. n°10, 6 mars 2008, act. 69

⁶⁵² MAUBLANC Jean-Pierre, *Modalités d'évaluation de demeures historiques présentant un caractère exceptionnel*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°19, 9 mai 2008, 1201, La revue fiscale notariale n°5, mai 2008, comm.68

⁶⁵³ *Méthode d'évaluation de la valeur vénale d'un bien immobilier atypique*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°9, 29 février 2008, act.273 ; La Semaine Juridique Edition Générale, n°12, 19 mars 2008, IV 1525, *Méthode d'évaluation de la valeur vénale d'un bien immobilier atypique*, La revue fiscale notariale n°4, avril 2008, comm. 56

⁶⁵⁴ Doctrine administrative n°7S351, n°16

L'administration est ainsi autorisée à élargir le champ de recherche de comparables et le cas échéant à utiliser d'autres méthodes.⁶⁵⁵

La méthode comparative peut poser plusieurs types de problèmes : le marché est peu abondant, le degré d'analogie des biens à comparer est difficile, des facteurs juridiques non connus peuvent fausser l'évaluation. Il est alors nécessaire d'avoir recours à des corrections ou à des ajustements et parfois même de combiner plusieurs méthodes. La combinaison de diverses méthodes prend souvent le nom d'évaluation analytique. Cette méthode consiste à analyser tous les facteurs qui contribuent à la formation du bien ou du droit considéré en tant que « capital obéissant aux lois de calcul économique ».⁶⁵⁶ Il faut alors « découper » le bien en biens de même nature et évaluer séparément chacun des éléments. L'évaluation de chacun des éléments pouvant alors se faire selon plusieurs méthodes, par comparaison, par valeur d'attente ou par réajustement d'une valeur antérieure. Tel serait le cas de l'évaluation d'une exploitation agricole pour laquelle, il faudrait évaluer séparément, les terres en jachère, les terres cultivées selon les types de culture, les bâtiments.

§2. Les méthodes supplétives d'évaluation

On verra ici successivement l'évaluation d'un immeuble selon le rendement procuré par le bien (A) puis l'évaluation par réajustement d'une valeur antérieure (B).

A - Evaluation par le rendement du bien

L'évaluation peut aussi se faire par le revenu que le bien ou le droit procure. Cette méthode consiste à déterminer la valeur d'un bien en lui appliquant un taux de capitalisation. Le taux de capitalisation est le rapport entre le revenu procuré par le bien, que ce soit le loyer ou les dividendes et la valeur du bien que l'on cherche à déterminer. Selon cette méthode :

⁶⁵⁵ Rép. Min. Murat, n°01489, JO Sénat, 6 décembre 2007, p. 2228 ; *Détermination de la valeur vénale d'un monument historique pour les besoins de l'impôt de solidarité sur la fortune*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°50, 14 décembre 2007, act. 828

$$\text{Taux de capitalisation} = \frac{\text{Revenu net procuré par le bien}}{\text{Valeur vénale du bien}}$$

Le choix du taux de capitalisation est délicat et a des conséquences financières importantes. En effet, une faible variation du taux entraîne une variation de la valeur vénale très importante. Prenons l'exemple d'un immeuble dont le propriétaire perçoit un revenu de 4 000€ et dont le taux de capitalisation est établi à 4%, la valeur vénale de ce bien peut être fixée à $4\,000\text{€} \times 100/4$; soit 100 000€. Si on monte ce taux à 5%, la valeur vénale de l'immeuble serait fixée à 80 000€.

B - Evaluation par réajustement d'une valeur antérieure

On distingue enfin une dernière méthode d'évaluation qui est celle du réajustement d'une valeur antérieure. Cette méthode consiste à évaluer le bien en appliquant un coefficient de réajustement de prix à la valeur du bien ou du droit constatée lors d'une précédente mutation. Cette méthode suppose que l'évaluation faite antérieurement soit sérieuse et que soient connues les caractéristiques que présentait le bien lors de la précédente mutation. La mise en œuvre de cette méthode n'est pas évidente car le choix du coefficient de réajustement doit tenir compte de données économiques fluctuantes et complexes. Il faut donc une certaine homogénéité du marché local qui ne perturbe pas les considérations économiques. Enfin, il est indispensable que le bien à évaluer n'ait pas subi de modifications physiques ou juridiques ; si tel était le cas, cette méthode ne saurait refléter la valeur vénale du bien.

Il faut bien noter ici que la spécificité de l'évaluation dans le cadre des mutations à titre gratuit réside dans le fait que l'opération se déroule dans un contexte particulier. En effet, Le problème alors posé n'est pas celui de la détermination d'un prix car cette

⁶⁵⁶ Dossier pratique Francis Lefebvre, « Evaluation », p.59

notion est attachée uniquement aux transmissions à titre onéreux. Mais que le problème posé est bien celui de la détermination d'une valeur⁶⁵⁷.

Section 2 – Les facteurs de décote

L'impôt frappe le droit de propriété à différents stades de son cycle économique. Aussi, s'il est possible d'en diminuer la lourdeur en réduisant le nombre des opérations,⁶⁵⁸ il est aussi envisageable de réduire l'assiette imposable en utilisant de façon optimale les méthodes d'évaluation et en ayant recours aux décotes. L'évaluation de la base imposable est source d'un abondant contentieux. Il est en effet fort difficile pour l'administration d'apporter la preuve d'une insuffisance d'évaluation à travers le choix des termes de comparaison ou de l'absence de pertinence de la méthode employée. Il est tout autant délicat pour un contribuable de faire accepter à l'administration la prise en compte de décotes de fait ou de droit. Celles-ci permettent de tenir compte, par la pratique d'un abattement, d'une diminution de la valeur du droit liée à de facteurs juridiques (sous-section 2) ou factuels (sous-section 1). Il existe en effet de multiples causes de décotes dont l'utilisation est rendue complexe par les refus de prise en considération émanant de l'administration et d'une jurisprudence incertaine. Si les propriétaires ont souvent une vision quelque peu pessimiste de la valeur des éléments de leur patrimoine, c'est tout aussi souvent à dessein. Aussi n'est-il pas rare qu'un contribuable vante à un acquéreur éventuel les prestations exceptionnelles offertes par un bien dont il démontrait la vétusté quelques mois plus tôt au service des impôts intrigué par sa déclaration n°2725.

Sous-section 1 – Les facteurs physiques de décote

L'évaluation fiscale du droit de propriété impose de tenir compte de la valeur de son objet. En effet, ce droit n'a de valeur que parce que son objet en a une. Tout comme la disparition de l'objet fait perdre toute valeur au droit, la diminution de valeur de l'objet

⁶⁵⁷DUHEM Jacques, « *Donation d'entreprise et rescrit fiscal : l'Administration propose un traitement préventif* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 19, 8 Mai 1998, p. 715

conduit directement à une diminution de la valeur du droit lui-même. Il est ainsi indispensable d'établir les contours des éléments physiques conduisant à une perte de valeur (§1). Si le concept de valeur présente un aspect souvent subjectif, le concept de valeur vénale est par définition un concept objectif opposé à la valeur de convenance. La prise en compte des facteurs physiques de décote doit nécessairement présenter les mêmes caractéristiques si bien que lesdits facteurs doivent faire l'objet d'une étude objective et générale (§2) qui peut s'avérer délicate lorsque la valeur du droit étudié dépend intrinsèquement de facteurs subjectifs.

§1 – La typologie des facteurs de décote

Il est nécessaire de tenir compte à l'occasion de l'évaluation du droit de propriété de facteurs propres à l'objet du droit. Il apparaît que les éléments de nature à influencer sur la valeur de l'objet peuvent être des éléments tenant à la substance même de l'objet du droit (A) mais peuvent aussi tenir à l'environnement de cet objet (B).

A – Les justifications propres à l'objet du droit de propriété

Exception faite des biens parfaitement fongibles, la valeur de tout bien qu'il soit meuble ou immeuble diffère de la valeur des biens de même nature en raison des éléments qui le forment. Ces éléments sont effectivement des facteurs de valorisation ou de décote. La nature, la qualité ou la facture justifient effectivement la prise en compte d'un abattement dès lors que ces composants présentent un défaut matériel. Les décotes peuvent ainsi tenir compte d'éléments corporels internes à l'objet du droit de propriété, mais peuvent aussi tenir compte d'éléments incorporels.

Il apparaît que les déficiences liées aux éléments corporels internes à l'objet sont appréciées de manière objective par le juge ou l'administration. On peine à concevoir à cet égard qu'il puisse en être autrement. En effet, les éléments de valorisation internes

⁶⁵⁸ Par le biais d'une réduction du nombre de mutations, d'apports et de transfert

que sont notamment l'âge et l'état d'entretien⁶⁵⁹ du bien sont aisément appréciables et justifient le cas échéant la prise en compte d'une décote liée à l'état de vétusté de l'objet considéré. L'état d'encombrement ou de configuration d'un terrain peuvent de la même façon justifier la prise en compte d'un abattement. Il peut ainsi être nécessaire de procéder à des travaux coûteux avant d'aménager ou de construire le terrain. Le montant estimé des travaux de débarrasage ou de nivellement du terrain viennent par conséquent diminuer sa valeur.

Si les estampilles, oblitérations, signatures, et numéros de tirage sont des facteurs physiques de la valeur d'une œuvre, les célèbres affaires Poussin⁶⁶⁰ et Fragonard⁶⁶¹ nous rappellent à travers la question de l'erreur sur les qualités substantielles de la chose que l'authenticité d'une œuvre y contribue tout autant dans la mesure où cet élément incorporel participe de la substance même de la chose. Aussi, un simple doute sur l'authenticité émanant d'une divergence d'opinions d'experts constitue-t-il un facteur de décote. Les éléments incorporels internes à l'objet sont des facteurs dont l'évaluation est relativement complexe du fait du caractère souvent subjectif. La prise en compte d'une décote est alors justifiée lorsqu'il est absolument indéniable que l'élément incorporel conduit à une minoration de la valeur du droit. A cet égard, les juges font preuve de méfiance et refusent l'application d'un abattement tenant compte de la faiblesse des qualités architecturales⁶⁶² d'un immeuble dès lors qu'il est incertain que cet élément constitue l'un des facteurs principaux de la valeur du bien. Pour autant, les juges retiennent des décotes justifiées par des éléments subjectifs tels que des équipements ou des éléments de confort⁶⁶³.

Les éléments incorporels internes à l'objet du droit ne sont cependant pas tous soumis à cette analyse subjective. Ainsi, l'évaluation d'un fonds de commerce nécessite une étude rigoureuse de ses éléments de constitution tels que la clientèle, l'achalandage, le

⁶⁵⁹ CA Paris, 21 octobre 2005, n°03-21809, *Louvel* : RJF 10/06 n°1284

⁶⁶⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, n°76-11.551 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1983, n°82-12.237

⁶⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, n°85-15.736

⁶⁶² Cass. Com. 5 décembre 2000, n°97-21.553, *SCI du Merlot* : RJF 3/01 n°393

⁶⁶³ Décote (de 7%) en raison du mode de chauffage v. Cass. Com. 18 avril 2000, n°97-18.042, *Praz* : RJF 7-8/00 n°1019

droit au bail, le nom commercial. La faiblesse d'un de ces composants, de nature à justifier une décote, ne peut être analysée que de façon objective et mathématique.

B – Les justifications liées à l'environnement de l'objet du droit de propriété

Certains éléments contextuels ont un impact direct sur la valeur de l'objet du droit et il est admis en pratique de pratiquer des décotes en tenant compte. Il s'agit tout d'abord des décotes ayant trait à la situation générale du bien. Il est reconnu tant par les praticiens que par l'administration fiscale que certains biens ont une valeur liée à l'ensemble auquel ils appartiennent et en dehors duquel ils perdent de la valeur. Tel est le cas des œuvres d'art qui perdent parfois une part relativement importante de leur valeur lorsqu'ils sont sortis de la collection à laquelle ils appartenaient. Leur valeur est liée à un ensemble et leur soustraction de cet ensemble justifie que soit prise en considération une décote. Ces décotes apparaissent aussi en matière immobilière. Les ensembles immobiliers n'ont en effet pas la même valeur selon qu'ils sont cédés dans leur ensemble ou par partie. La cession d'un élément de cet ensemble justifie ainsi une décote bien supérieure au prix de cession de l'élément cédé. Ces décotes apparaissent enfin en matière de créances. La situation du débiteur peut en effet rendre la créance incertaine si bien que la valeur de la créance doit tenir compte de l'environnement dans lequel évolue le débiteur. En effet, si un associé doit déclarer à l'ISF un compte courant d'associé non bloqué à sa valeur nominale, il peut pratiquer⁶⁶⁴ une décote permettant de tenir compte des difficultés que subit la société. Il lui appartient ainsi de déclarer sa créance à la valeur pour laquelle elle est susceptible d'être recouvrée.⁶⁶⁵

Au-delà de ces décotes pour facteurs économiques, il est possible de tenir compte de spécificités liées à l'environnement physique de l'objet du droit. Si le facteur d'évaluation que constitue l'orientation de l'immeuble ou du terrain est immuable, la vue ainsi que la qualité de l'environnement ou de l'emplacement sont des facteurs sujets à d'éventuelles modifications et de ce fait facteurs de décotes. La qualité de l'emplacement et de l'environnement est en effet de nature à avoir une influence sur la valeur des murs de

⁶⁶⁴ CGI art. 758 & 885 S

⁶⁶⁵ Le contribuable doit cependant apporter la preuve de l'existence des difficultés financières de la société débitrice : CA Douai 21 mars 2011 n°10/887

boutiques et de ce fait sur la valeur locative des immeubles commerciaux. Il est donc nécessaire en la matière de tenir compte de l'environnement de l'objet du droit de propriété à travers l'importance de la clientèle naturelle ou de la qualité des infrastructures environnantes. La présence de parkings ou de transports en commun à proximité d'un comparable est de nature à augmenter la valeur de ce dernier. Aussi est-il nécessaire de pratiquer un abattement sur la valeur vénale établie par comparaison si les comparables retenus présentent des caractéristiques de ce type faisant défaut à l'environnement de l'objet évalué.

L'environnement considéré peut enfin être lié à des considérations sinon bucoliques du moins météorologiques et naturalistes. En effet, les précipitations, l'ensoleillement, l'exposition aux vents dominants, le nombre de jours de gel, les conditions d'accès à l'eau, la qualité des sols et du patrimoine cynégétique sont autant de facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation des terres agricoles et des bois et forêts. Chaque terrain ayant des spécificités propre, il importe de pratiquer des abattements liés aux conditions climatiques afin d'atténuer les écarts de valeur entre le terrain agricole évalué et la valeur vénale retenue.

Il y a enfin lieu de pratiquer des décotes en cas d'illiquidité du titre cédé. Cette illiquidité peut être la conséquence d'une situation minoritaire de l'associé laquelle peut justifier une décote allant jusqu'à 20%.⁶⁶⁶ En pratique, les titres non cotés subissent ainsi une décote due à l'absence de liquidité de 25 à 33% par rapport aux titres cotés.⁶⁶⁷ Ces décotes d'illiquidité ont fait l'objet d'études statistiques selon lesquelles les titres peu liquides que l'acquéreur s'engage à conserver durant une période déterminée subissent une décote de 15 à 50% par rapport aux titres ordinaires.⁶⁶⁸ Le droit fiscal prend acte de ces restrictions et les juges considèrent ainsi que la présence d'une clause d'agrément justifie une décote de l'ordre de 10%.⁶⁶⁹ Ces décotes d'illiquidité peuvent atteindre 16% quand elle est fondée « *sur l'existence d'un pacte d'actionnaires prévoyant un droit de préemption affectant les possibilités de*

⁶⁶⁶ Cass. Com. 23 novembre 2010, n°09-17.295

⁶⁶⁷ Evaluation, Terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droit d'auteur et droits voisins, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd, 2007 p. 205

⁶⁶⁸ NUSSENBAUM Maurice, *Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité*, in La prise de contrôle, RJ com. 1998, n°spéc. Nov. p. 15

⁶⁶⁹ Cass. Com. 1^{er} avril 1997, n°95-12.723, RJF 7/1997 n°752

vente des titres, donc en réduisant la valeur ». ⁶⁷⁰ La jurisprudence administrative retient quant à elle une décote de 15% pour des titres incessibles pendant deux ans en considérant « *que ces conditions étaient de nature à en diminuer la valeur par rapport au cours constaté sur le marché boursier, des actions offertes au public* ». ⁶⁷¹ De manière générale, les juges admettent une décote en cas d'accroissement de la précarité des droits et considèrent que moins le titre est liquide, plus la décote est importante. ⁶⁷²

Ainsi que l'a précisé la Cour de cassation, ⁶⁷³ le montant de l'actif n'est qu'un élément d'appréciation de la valeur de la société. De ce fait, la valeur mathématique constitue un des éléments d'appréciation à retenir mais ne permet pas, à elle seule, d'établir la valeur vénale du titre. La valeur des titres non cotés doit être déterminée selon une combinaison de méthodes pertinentes. ⁶⁷⁴ De ce fait, la pratique consistant à loger des titres admis aux négociations sur un marché réglementé dans un holding est elle aussi de nature à permettre une décote. Ces décotes de holding permettant un abattement de 10 à 15% ⁶⁷⁵ de la valeur des titres est justifié par d'une part par le fait que la structure juridique intercalaire nuit à la libre cessibilité ⁶⁷⁶ et d'autre part par le fait que la capitalisation d'une société holding est en général inférieure à la somme des participations revalorisées ainsi détenues.

§2 – Le mode d'appréciation des facteurs physiques de décote

L'appréciation des décotes tenant aux facteurs physiques de l'objet du droit de propriété ou de son environnement est systématiquement générale et inhérente au facteur considéré. La justification de la décote part nécessairement d'un raisonnement

⁶⁷⁰ Cass. Com. 8 juillet 1997 : RJF12/1997 n°1197

⁶⁷¹ Conseil d'Etat, 27 mars 1991, n°81119 ; Conseil d'Etat, 11 avril 1973, n°81154

⁶⁷² Cass. Com. 19 avril 2005, Dr. fisc. n°44-45, n°722, p. 1739

⁶⁷³ Cass. Com. 28 janvier 1992, n°90-11459 *Obadia*

⁶⁷⁴ Cass. Com. 7 décembre 1993 ; RJF 3/94 n°356

⁶⁷⁵ Quel que soit le nombre de niveaux d'interposition, il n'est pas possible de pratiquer une décote de holding globale supérieure à 40%. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de pratiquer de telles décotes quand les sociétés holdings sont passives, v. guide d'évaluation des sociétés et titres de sociétés, préc. P. 99

⁶⁷⁶ Evaluation, Terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droit d'auteur et droits voisins, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd, 2007, p. 239

abstrait aboutissant à une quantification concrète (A) intimement liée à la diminution de faculté productrice de jouissance du bien (B).

A – L’appréciation nécessairement abstraite des facteurs de décote

L’appréciation que fait le juge de l’importance de la décote est nécessairement abstraite du fait même de sa nature physique. Les décotes tenant en effet aux caractéristiques physiques du bien conduisent dans l’absolu et pour tout individu rationnel à une perte de valeur sans qu’il soit besoin de tenir compte de la cause et des mobiles donnant lieu à l’abattement. Aussi, l’importance de la décote est-elle liée non à la particularité du bien évalué en tant que tel mais à l’importance du facteur eu égard au bien évalué. L’absence de parc de stationnement ou de moyens de transport en commun est ainsi de nature à diminuer la valeur d’un emplacement commercial quelle que soit sa situation géographique puisque cette absence rend complexe l’accès à l’immeuble commercial. La décote pratiquée est ainsi justifiée en son principe par un raisonnement abstrait de l’évaluateur à qui il revient ensuite de quantifier cette diminution en s’intéressant aux conséquences pratiques de cet élément sur la valeur du bien.

Cette étude abstraite des facteurs de décote permet ainsi au juge d’accepter ou de refuser le principe même de la décote. Pour ce faire, il étudie si cet élément est de nature à influencer sur le consentement à l’acquisition d’acquéreurs potentiels⁶⁷⁷ dans des conditions similaires. Cette étude de bon sens doit ensuite être affinée pour permettre un chiffrage de la décote. Cette étude d’impact d’un élément sur la valeur et de la ventilation de cette dernière est d’une grande complexité. Conscients de la difficulté de cette opération, les contribuables apportent un soin particulier à ces justifications en ayant recours à des experts dont les avis permettent de pratiquer d’importantes décotes. Il est alors difficile⁶⁷⁸ à l’administration d’apporter la preuve de la sous-évaluation de la base imposable dans la mesure où elle ne peut opposer aux rapports d’expertises, souvent très complets que des précédents jurisprudentiels aisément contestables.

⁶⁷⁷ Lesquels doivent être envisagés en fonction du bien considéré. On peut noter à titre d’exemple qu’un particulier prêtera une importance particulière à l’état d’entretien d’un meuble quand un marchand d’art confèrera une importance plus grande à la qualité de réalisation ou à l’estampille.

B – L’appréciation liée à la diminution de jouissance du bien

L’importance de la décote tenant à un facteur physique est fonction de la perte de jouissance à laquelle elle conduit. Cette diminution de jouissance peut aussi bien porter sur l’utilité retirée du bien à l’occasion de son utilisation que sur sa faculté productrice.

Si la dégradation de la vue depuis un immeuble constitue une perte de jouissance subjective mais bien réelle, sa quantification est relativement complexe puisqu’elle tient à un élément fluctuant d’un individu à l’autre. La quantification de la décote ne peut alors résulter que de la différence de valeur avec un bien présentant les mêmes caractéristiques mais bénéficiant d’un meilleur panorama.

Les décotes tenant à des facteurs physiques tiennent par ailleurs compte de la diminution de faculté productrice du bien. Cette diminution justifie ainsi les décotes pour nature du sol dont l’objet est de compenser la diminution du rendement attendu du bien en raison de la piètre qualité de la terre.⁶⁷⁹ Il est ainsi nécessaire de pratiquer une décote pour tenir compte de la faiblesse de rendement brut du bien évalué⁶⁸⁰ ou du risque de diminution de rendement du bien.⁶⁸¹

Cette diminution de faculté productrice justifie par ailleurs la prise en compte de décotes de minorité de l’ordre de 10% à 20%.⁶⁸² Il est ainsi admis⁶⁸³ que la situation d’associé minoritaire qui n’accorde qu’un faible pouvoir créateur de fruits⁶⁸⁴ justifie la

⁶⁷⁸ Et chronophage

⁶⁷⁹ BERNARD Antoine, *Evaluation des biens*, éd. Le Moniteur, 2004, p. 169

⁶⁸⁰ S’agissant du rendement de carrières v. Cass. Com. 6 novembre 2007, n°06-16.407, *Granit Rose de Ploumanach*

⁶⁸¹ Abattement de 20% tenant compte du fait que le rendement d’une carrière décroît avec le temps. Cass. Com. 11 octobre 2005, n°03-20.572, *Roux*

⁶⁸² Navis Fiscal ENR VII, n°30890

⁶⁸³ MOUSSERON Pierre, *Les facteurs juridiques dans l’évaluation des droits sociaux*, RJDA 3/06, p. 199. s.

⁶⁸⁴ Puisque les dividendes participent de la nature de fruits à compter de la décision d’affectation

prise en compte de décotes liées au statut de l'associé.⁶⁸⁵ Cet abattement de minorité est ainsi lié à la faculté de produire des fruits ce qui a conduit la jurisprudence à autoriser la pratique d'abattements s'élevant à 25%⁶⁸⁶ de la valeur des titres de sociétés commerciales et à limiter à 15% ces abattements s'agissant de titres de SCI familiales.⁶⁸⁷ La Cour de cassation admet ainsi des décotes de 20% à 25% afin de tenir compte « *du caractère très minoritaire des actions litigieuses* ». ⁶⁸⁸

Sous-section 2 – Les facteurs juridiques de décote

Les décotes tenant compte d'un facteur juridique affectant la valeur du droit considéré tiennent compte d'une diminution du pouvoir de jouissance juridique du bien (§1). Leur influence sur la valeur du droit doit par ailleurs être étudiée en tenant compte de l'impôt considéré (§2) dans la mesure où les décotes peuvent être conditionnées par la nature de l'impôt.

§1 – Les facteurs juridiques de décote liés à une diminution du pouvoir de jouissance

Le droit de propriété s'analyse selon les romanistes suivant la trilogie : *jus utendi, fruendi, abutendi* si bien que la doctrine classique conférait ainsi au droit de propriété un caractère absolu, exclusif et perpétuel. Force est de reconnaître que cet absolutisme est en réalité limité et ce droit autrefois « *inviolable et sacré* » est désormais reconnu comme une liberté de principe elle-même sujette à de multiples restrictions.⁶⁸⁹ Conscient des limitations pouvant être apportées aux pouvoirs de jouissance du bien et par là même à la valeur du bien juridique, le droit fiscal traduit ces restrictions par des décotes. Ces dernières sont ainsi justifiées par une réduction des prérogatives permettant la perception de fruits et produits tirés du bien (A) mais aussi par une

⁶⁸⁵ Décote de 15% v. Cass. Com. 6 mai 2003, n°01-13.118, *Crts. Dupouy* : RJF 8-9/03 n°1056, BOI 13 M-1-04

⁶⁸⁶ CAA Paris, 27 février 2004, n°99PA02598 ; pour une décote de 23,5% sur les titres minoritaires représentant 1,1% du capital social v. Conseil d'Etat 28 février 2001, n°199295

⁶⁸⁷ CA Poitiers, 20 novembre 2002, n°02505

⁶⁸⁸ Cass. Com. 8 février 2000, n°97-17.307

restriction au pouvoir de disposer du bien par des actes juridiques conduisant à son aliénation (B).

A – Les décotes pour restriction du pouvoir actif de jouissance

Les abattements portant sur l'assiette permettent de tenir compte de la réduction du pouvoir de jouissance que fait peser un facteur juridique sur la valeur du droit de propriété. Cette restriction peut porter sur le bien objet de la restriction et elle conduit alors à un abattement sur la valeur du droit lui-même ; mais la restriction peut aussi porter sur un autre élément que celui sur lequel la décote est pratiquée.

Ce cas est en pratique limité aux cas des procédures collectives. En pareille situation, le repreneur accepte des contraintes juridiques liées à la procédure dont les conséquences financières sont lourdes. Il est admis par la jurisprudence que soient prises en compte ces contraintes juridiques à travers l'utilisation d'un abattement sur un ou plusieurs des éléments à l'actif de la procédure. La pratique d'une décote de 20% sur la valeur vénale d'un ensemble immobilier permet ainsi au repreneur de tenir compte de la contrainte juridique caractérisée par l'engagement de maintenir un certain nombre d'emplois.⁶⁹⁰

Si les abattements portant sur un objet autre que celui sur lequel pèse la contrainte juridique sont rares, les situations d'identité d'objet de l'abattement et de limitation de jouissance sont en revanche d'une grande variété. Elles peuvent ainsi être liées à une restriction au pouvoir créateur de fruits. Tel est le cas de la prise en compte de décotes pour risque de dilution du capital social.⁶⁹¹ Le risque de dilution du capital par la levée d'obligations remboursables en action est en effet justifié puisqu'une telle levée est de nature à diminuer l'influence des actionnaires sur les décisions de distribution. Ces décotes peuvent de la même façon être liées à une restriction au pouvoir créateur de

⁶⁸⁹ CORNU Gérard, *Droit civil – Les personnes, les biens*, Montchrestien, 12^{ème} éd. 2005, p. 444 s.

⁶⁹⁰ Cass. Com. 26 mai 2009, n°08-14.486, *SCI Coubertin* : RJF 10/09 n°886

⁶⁹¹ Il est alors indispensable que le risque de diminution de jouissance soit réel et extérieur au bénéficiaire de l'abattement, v. Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 2010, n°304673, *préc.*

produits. La jurisprudence a ainsi accepté une décote liée à la limitation d'extraction d'une carrière autorisée par la préfecture.⁶⁹² Ces décotes peuvent encore être justifiées par une restriction juridique au pouvoir de jouissance physique de l'objet du droit. Le droit réel⁶⁹³ de propriété temporaire doit ainsi être évalué en tenant compte de la perte de jouissance liée au partage temporaire d'utilisation mais doit aussi tenir compte d'une décote liée à la période d'utilisation eu égard à la situation du bien.⁶⁹⁴

Les décotes peuvent aussi tenir compte d'un risque de perte de jouissance juridique ou physique de l'objet du droit. Tel est le cas des décotes tenant compte du classement d'un immeuble à l'inventaire des monuments historiques.⁶⁹⁵ Cette situation⁶⁹⁶ est en effet de nature à limiter tant les choix de restauration et de conservation que le monopole de jouissance dont bénéficie le titulaire du droit de propriété et peut de ce fait justifier un abattement. La pratique des décotes pour risque peut aussi trouver une justification à l'occasion de l'acquisition d'un immeuble hypothéqué. Ces situations font peser une obligation *propter rem*⁶⁹⁷ sur le tiers acquéreur puisque ce dernier est en effet tenu de subir la saisie de l'immeuble par le créancier hypothécaire. Une telle situation justifierait selon nous la prise en compte d'une décote liée au risque de perte de jouissance inhérent à une telle acquisition. La prise en compte d'une décote pour risque de perte jouissance nous semble en effet d'autant plus justifiée que le juge accepte une décote de l'ordre de 10% lorsqu'une clause de réméré grève le bien objet de l'évaluation⁶⁹⁸ et que l'administration fiscale accepte de tenir compte d'un

⁶⁹² Décote de 50% pour limitation de jouissance et 20% pour prévision de diminution de rendement, v. Cass. Com. 11 octobre 2005, n°03-20.572, *Roux* : RJF 2/06 n°222

⁶⁹³ « *Empruntant des caractéristiques au droit réel et au droit de créance, la nature hybride des droits de jouissance à temps partagé ne doit pas conduire à la confusion du droit réel et du droit de créance qu'un certain courant doctrinal a pu évoquer* » PIERACCINI Sylvie, *La « propriété temporaire », essai d'analyse des droits de jouissance à temps partagé*, thèse Toulon 2008, p.44

⁶⁹⁴ La valeur des parts de « *time share* » d'un immeuble situé dans une station balnéaire bretonne fluctue selon la période d'utilisation à laquelle ces parts donnent droit : il y a effectivement lieu de pratiquer un abattement pour les parts donnant droit à une jouissance du bien en période hivernale.

⁶⁹⁵ Cass. Com. 12 février 2008, n°07-10.242, *d'Oultremont* : RJF 5/08 n°613

⁶⁹⁶ Cette situation est à certain égard avantageuse du fait des régimes fiscaux de faveur dont elle bénéficie

⁶⁹⁷ CARBONNIER Jean, *Droit civil, t. III Les biens*, PUF, 1^{ère} éd. 1956, p. 62

⁶⁹⁸ Cass. Com. 20 novembre 2007, n°06-13.055, *SCI Remequinox*, Bull. 2007 IV, n°250

abattement de 5,5% pour risque de perte de jouissance du fait de la libre révocabilité des donations entre époux.⁶⁹⁹

La question de la prise en compte de l'indivision pose en pratique quelques difficultés et ne saurait être assimilé à l'état de copropriété⁷⁰⁰ ne permet pas d'avoir recours à un abattement.⁷⁰¹

L'indivision crée une situation de solidarité active en conférant plusieurs sujets à un même objet.⁷⁰² Le droit de propriété de chacun des indivisaires est ainsi ramené par la concurrence des co-indivisaires à une fraction arithmétique. Il est nécessaire de tenir compte d'un abattement sur cette fraction afin de tenir compte des inconvénients de l'indivision. Ainsi, en cas de donation de droits indivis les experts pratiquent des décotes de 20% à 30%.⁷⁰³ Quelle qu'en soit la cause,⁷⁰⁴ il doit donc être tenu compte du caractère indivis du bien mais préalablement à la mutation et non de la situation d'indivision résultant de la donation.⁷⁰⁵ Le calcul de la décote dans les situations mêlant démembrement et indivision ne permet de tenir compte d'un abattement qu'en cas d'indivision préalable à la donation d'un droit démembré. Pour calculer la valeur de la nue-propriété indivise de droits dont l'usufruit indivis est conservé par les donataires, l'administration peut se fonder sur la valeur des biens appartenant aux donateurs puis appliquer le barème de l'article 669.⁷⁰⁶

B - Les décotes liées à une limitation de la faculté de cession

⁶⁹⁹ Cass. Com. 6 février 2007, n°05-12.939, *Pérouse*, Bull. 2007, IV, n°24

⁷⁰⁰ En ce sens, la Cour de cassation a précisé qu'il existait une indivision portant sur la nue-propriété entre le plein propriétaire d'une quote-part indivise et le nu-propriétaire du surplus, v.

⁷⁰¹ CA Paris, 21 octobre 2005, n°03-21.809, *Louvel* : RJF 10/06 n°1284

⁷⁰² Le même bien appartient cependant dans son ensemble plusieurs sujets si bien que chacun d'entre eux a en sa part et tous l'ont en entier : *et tota in toto et tota in qualibet parte*

⁷⁰³ V. Lamy Fiscal 2010 t. II, n°7275, p.1023

⁷⁰⁴ L'abattement pour indivision est pratiqué quelle que soit la cause de l'indivision, le motif du choix délibéré de la situation d'indivision n'est pas de nature à limiter le montant de l'abattement, v. Cass. Com. 22 février 2000, n°97-17.821, *Ferrière* ; Bull 2000 IV, n°37, p. 32. Il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que l'état d'indivision résulte d'un choix des indivisaires ou d'une succession.

⁷⁰⁵ Cass. Com. 7 juin 2006, n°03-20.228, *Santier* ; Instruction fiscale du 9 septembre 2004, BOI 7 G-6-04

⁷⁰⁶ Cass. Com. 28 janvier 2003, n°01-12.373, *Teiro*

La limitation juridique du pouvoir de jouissance du bien, justifiant la prise en compte d'une décote, peut résulter d'une restriction de la liberté de cession.⁷⁰⁷ Que la limitation ou l'interdiction de la cession du droit soit directe ou indirecte, elle diminue fortement la valeur du droit de propriété. L'objet n'est en effet aucunement affecté par cette diminution de valeur puisque la restriction ne porte ni sur sa corporalité ni sur les éléments fondant sa valorisation. C'est bien le droit lui-même qui est affecté par cette restriction dans la mesure où seul son transfert est limité. L'absence d'autorisation de sortie du territoire d'une œuvre d'art est à cet égard l'exemple même de cette diminution de la valeur du droit par une restriction au pouvoir de cession. L'œuvre n'est en effet pas affectée en elle-même par cet élément juridique, mais la valeur du droit de propriété portant sur cette œuvre est directement liée à cette autorisation administrative. L'absence d'une telle autorisation est de l'avis des praticiens de nature à justifier un abattement relativement important.⁷⁰⁸

Il apparaît que le juge ne tient pas nécessairement compte de la disponibilité pour apprécier la valeur d'un bien. La limitation de la faculté de cession telle qu'elle apparaissait dans l'arrêt *Leusse de Syon*⁷⁰⁹ n'était pas prise en compte par le juge car « *la limite apportée par le donateur à la liberté d'aliéner un immeuble dont il se réserve l'usufruit n'affecte pas sa valeur vénale* ». La Cour ne précise pas que la restriction à la faculté d'aliéner interdit dans l'absolu la pratique d'un abattement. En l'espèce, elle se contente de préciser que compte tenu de la conservation de l'usufruit par le donateur, la restriction n'influe pas sur la valeur du bien transmis. En effet, ce qu'aurait pu céder le donataire n'est que la nue-propriété du bien. En cas de cession de son droit par le donataire, l'acquéreur hypothétique de la nue-propriété n'aurait donc pu jouir du bien qu'à compter de l'extinction de l'usufruit. Le prix de cession de cette vente hypothétique aurait été fixé en raison de ce décalage temporel entre la date

⁷⁰⁷ La constitution d'une garantie au moyen d'un contrat de délégation ne fait pas perdre au contrat d'assurance apporté en garantie son caractère rachetable si bien que la valeur de rachat demeure imposable au titre de l'ISF en dépit des restrictions apportées à la liberté de cession (l'exercice de ce droit étant subordonné à l'accord de la banque) : Cass. Com. 15 mars 2011, n°10-11.575 ; Comp. Cass. Civ. 2^{ème}, 16 juin 2005, n°02-10.046 ; RJF 12/05, n°1486

⁷⁰⁸ Si la jurisprudence est muette sur l'évaluation de la décote, il semble qu'elle puisse être relativement importante. La vente en 2008 à l'Hôtel Drouot de deux vases en porcelaine de Saint Petersburg livre une piste de réflexion. Le retrait de l'autorisation de sortie du territoire de ces deux vases avait eu pour conséquence de diminuer l'estimation de 200 000€ soit des 2/3 de la valeur.

⁷⁰⁹ Cass. Com. 27 octobre 2009, *Leusse de Syon*, n°08-11.362, Dr. fisc. n°28, 15 juillet 2010, comm. 417

d'acquisition et celle d'entrée en jouissance or c'est bien l'objet du barème de l'article 669 de tenir compte de cette perte de jouissance. Tout autre abattement aurait donc un double emploi. C'est un raisonnement similaire qui avait déjà conduit la Chambre commerciale à refuser l'application d'une décote à l'occasion de l'arrêt *Despature*⁷¹⁰

Il apparaît par ailleurs que les clauses de retour conventionnel en cas de prédécès du donataire interdisant notamment à ce dernier de céder le bien conduisent civilement à une restriction au régime normal du droit de propriété qui justifie l'admission d'une décote.⁷¹¹ Au plan fiscal, l'administration estime qu'il y a lieu de déterminer la valeur du bien au moment de la donation, c'est-à-dire avant l'interdiction d'aliéner, ce qui interdit la prise en compte de cette décote. Les juges de cassation ont admis que la limite à la liberté d'aliénation de titres de sociétés cotées n'affecte pas la valeur des titres et ce même en l'absence de *démembrement de propriété*.⁷¹² Il semble que cette décision puisse s'expliquer par la crainte de la fraude. « *Lorsque l'évaluation a pour unique but de déterminer le montant des droits à payer, il serait tentant d'introduire une stipulation restreignant ou supprimant la cessibilité des titres, ce qui créerait une décote de leur valeur et donc une baisse du montant des droits* ». ⁷¹³ La solution de cet arrêt doit cependant être étudiée avec prudence dans la mesure où le revirement de jurisprudence auquel elle semble conduire s'oppose tant à une jurisprudence constante, qu'aux principes dégagés par le guide d'évaluation de l'administration fiscale,⁷¹⁴ qu'à une « *réalité reconnue par l'ensemble du monde économique* ». Il semble ainsi que le note avec justesse Sophie Schiller que cet arrêt ne remette pas en cause le principe de la décote mais consiste en une simple précision apportée à la jurisprudence antérieure. L'évolution jurisprudentielle semble confirmer notre point de vue puisque la Cour de Cassation a refusé en 2010 la prise en compte de décote pour illiquidité au seul motif qu'une clause de rachat des titres par une société non cotée permettait une « *liquidité permanente* ». La Cour a par ailleurs précisé que le risque de dilution de capital lié à la

⁷¹⁰ Cass. Com. 7 janvier 2004, n°00-16.786, *Despature* .

⁷¹¹ Décote de 20%, v. TGI Troyes, 1^{er} mars 2000, n°1998/02838, *Lacroix*,

⁷¹² Cass. Com. 6 février 2007, n°05-12.939, *Pérouse*, Bull. 2007, IV, n°24, *préc.*

⁷¹³ Sophie Schiller, *La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle*, Revue des sociétés 2008 p. 184 s.

⁷¹⁴ L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, p. 25

convertibilité d'obligations ne saurait permettre une décote lorsque la maîtrise des éléments susceptibles d'affecter la valeur repose sur les acteurs de la cession.⁷¹⁵

§2 – Le conditionnement des facteurs de décote par la nature de l'imposition

Si la prise en compte des décotes peut être conditionnée par la nature de l'impôt aux fins duquel est évalué le bien (A), les juges procèdent à une analyse *in concreto* pour déterminer s'il y a lieu de tenir compte d'un abattement (B).

A – La prise en compte de décotes conditionnée

Le droit fiscal est un droit de nuances et la prise en compte des abattements nous en rappelle tant la rigueur que la complexité. Certains abattements ne peuvent en aucun cas être pris en compte pour le calcul de la valeur fiscale ce qui conduit généralement à des frottements comptables, d'autres sont fiscalement justifiés quels que soient les impôts considérés, d'autres enfin ne sont justifiés qu'au regard de certains impôts.

Si l'abattement pour charge fiscale est justifié en comptabilité,⁷¹⁶ le droit fiscal en refuse la prise en compte. Aussi il n'est pas autorisé de procéder à un abattement correspondant au coût de l'impôt sur les donations à acquitter dans la mesure où l'objet du transfert de propriété « *n'est pas affecté par la charge fiscale* ». ⁷¹⁷ Si l'objet n'est pas en soi affecté par la charge fiscale, le droit lui-même n'est pas directement affecté par cette charge. Il aurait été souhaitable, afin de couper court à toute velléité des contribuables, que la rédaction de cet arrêt précise que l'appréciation porte sur la valeur du droit lui-même et non de la valeur qu'il représente pour son titulaire.

L'abattement pour occupation du bien à titre de résidence principale permet la pratique d'un abattement quelle que soit la finalité de l'évaluation. L'occupation d'un immeuble par l'usufruitier conduit à la constatation d'une décote dont il faut tenir compte dans la

⁷¹⁵ Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 2010, n°304673, *Sté. Financière du Val*

⁷¹⁶ Et ce afin de respecter les principes directeurs de fidélité et de sincérité comptable

détermination de la valeur du droit considéré. Si cet abattement pour occupation à titre de logement principal⁷¹⁸ par l'usufruitier est applicable en matière d'ISF⁷¹⁹ ou de droits de succession,⁷²⁰ elle l'est aussi par extension pour le calcul des droits de donation.⁷²¹ Cette possibilité n'en reste pas moins surprenante dans la mesure où l'on peut considérer que cette occupation par l'usufruitier constitue une prérogative naturelle du titulaire du droit d'usage, qui si elle aboutit à une diminution des droits du nu-propriétaire n'en est pas moins déjà prise en compte dans le barème de l'article 669 du CGI. On peut enfin s'interroger sur la portée pratique de l'arrêt *Poirel* de 2004 dans la mesure où l'administration a précisé que cet arrêt avait été rendu sous l'empire de la loi antérieure à l'adoption de l'article 761 du CGI qui impose d'évaluer comme libres les biens dont le propriétaire a l'usage au moment de la donation.⁷²²

La question de la prise en compte d'un abattement pour indivision est d'une importance particulière dans la mesure où de nombreuses opérations de construction patrimoniale sont construites autour de l'indivision qu'elles cherchent à éviter.⁷²³ En matière d'ISF, le juge ne peut refuser que soit prise en compte la diminution de valeur vénale d'un droit de propriété démembré du fait de l'existence d'une indivision portant sur la nue-propriété.⁷²⁴ La prise en compte du barème de l'article 669 du CGI n'empêche effectivement pas de tenir compte d'un abattement pour indivision de la nue-propriété. En effet, l'article 885 G précise que les biens sont comptés pour leur valeur en pleine propriété dans le patrimoine de l'usufruitier. L'état d'indivision grevant la nue-propriété est de nature à modifier la valeur vénale du bien en pleine propriété. Il y a donc lieu non de pratiquer un abattement supplémentaire pour *démembrement de propriété* mais de pratiquer un abattement au titre de l'état

⁷¹⁷ Cass. Com. 14 février 2006, n°03-18.742

⁷¹⁸ Il semble que cette possibilité d'abattement soit restreinte à l'occupation à titre de logement familial dans la mesure où les règles de l'article 215 du Code civil en restreignent la cessibilité. P. opp. V. Cass. Com. 27 octobre 2009, *Leusse de Syon*, n°08-11.362, infra..

⁷¹⁹ Cass. Com. 19 juin 1990 : Bull. 1990, IV, n°184, p. 126 ; Cass. Com. 13 février 1996, n°93-20.878, *Fleury*

⁷²⁰ Cass. Com. 16 décembre 1997, n°96-11.679, *Grundberg*, Bull. 1997 IV, n°340, p. 295

⁷²¹ Décote de 20%, v. Cass. Com. 12 mai 2004, n°01-13.697, *Poirel* : RJF10/04, n°1050

⁷²² Instruction du 9 septembre 2004, BOI 7 G-6-04

⁷²³ Permettant ainsi de contrer l'argument de l'objectif essentiellement ou exclusivement fiscal

d'indivision.⁷²⁵ La question de cette pratique demeure s'agissant des droits de donation. Véritable « casse-tête » fiscal, la prise en compte des décotes tient compte de facteurs à géométrie variable.⁷²⁶ Aussi, certains abattements peuvent être pratiqués dans le cadre dans la perspective d'une imposition sur les mutations à titre gratuit mais non en vue de l'établissement de l'assiette imposable à l'ISF. Les arrêts « *Leusse de Syon* » et « *Bendel* » nous permettent de dresser les contours de la difficulté de prise en compte des décotes tenant à des facteurs juridiques

La question posée à la Chambre commerciale à l'occasion de l'arrêt *Leusse de Syon*⁷²⁷ portait sur la possibilité de pratiquer en matière d'ISF des décotes tenant d'une part à l'interdiction pour le nu propriétaire d'aliéner le bien durant le démembrement, d'autre part au caractère indivis de la nue-propriété et enfin à l'occupation de l'immeuble à titre de résidence secondaire. Si ce dernier point ne fait aucune difficulté, la pratique des deux premières décotes était plus délicate dans la mesure où l'objet de l'évaluation, outre son caractère exceptionnel,⁷²⁸ était un immeuble dont l'usufruit viager était indivis et dont la nue-propriété était-elle aussi indivise. La question de la validité de ces abattements fut posée deux mois plus tard à la même chambre à l'occasion de l'arrêt *Bendel*⁷²⁹ dans lequel la Cour de cassation accepta tant la prise en compte de l'état d'occupation de l'immeuble par les usufruitiers que l'état d'indivision de la nue-propriété.

On peut ainsi penser à première vue que l'arrêt *Bendel* constitue un revirement de jurisprudence. Pourtant si la position de la Chambre commerciale évolue sur la possibilité de prise en compte des abattements pour occupation et pour indivision de la nue-propriété, les faits étaient différents dans la mesure où les impôts visés n'étaient pas les mêmes. Il ne s'agit pas en effet d'un revirement de jurisprudence mais d'une précision de taille sur la nature des décotes dont il peut être tenu compte. Il apparaît à

⁷²⁴ Cass. Com. 14 décembre 1999, n°97-18.810, *Leflaive* : RJF 4/00, n°572

⁷²⁵ Cass. Com. 14 décembre 1999, préc. ; Cass. Com. 6 mars 2007, n°05-21.216, *Sellier* : RJF 7/07, n°863

⁷²⁶ QUILICI Sandrine, *Le casse-tête du contentieux de l'évaluation*, Dr. fisc. n°28, 15 juillet 2010, p. 22s.

⁷²⁷ Cass. Com. 27 octobre 2009, *Leusse de Syon*, n°08-11.362, Dr. fisc. n°28, 15 juillet 2010, comm. 417

⁷²⁸ Il s'agissait en l'espèce d'un château sur les bords du lac Léman

la lecture de ces deux arrêts que l'opération d'évaluation fiscale d'un droit réel diffère selon l'impôt considéré.

Ainsi en matière d'ISF, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer portant sur le nu-propriétaire. Il n'y a pas non plus lieu de tenir compte du caractère indivis de la nue-propriété, ni de procéder à un abattement au titre de la résidence secondaire. Ce que précise la Cour de cassation conformément à une jurisprudence traditionnelle,⁷³⁰ c'est qu'il appartient à l'usufruitier de payer l'ISF sur la valeur en pleine propriété⁷³¹ sans possibilité de tenir compte d'un abattement. Ce *jus in re aliena* que constitue le droit d'usufruit conduit à une imposition non sur la valeur vénale du droit lui-même mais sur la valeur de l'objet du droit de propriété. Si le droit fiscal impose l'usufruitier sur la valeur en pleine propriété du bien c'est en raison de son pouvoir de jouissance du bien qui lui permet de tirer des revenus de l'utilisation de son droit. Il s'agit ici d'une exception au principe posé à l'article 885 E en vertu duquel l'ISF est assis sur la valeur du patrimoine net. La valeur économique du droit réel de l'usufruitier est bien différente de sa valeur fiscale au titre de cet impôt. Aussi, aux fins de l'imposition la loi pose une présomption irréfutable de propriété et les règles d'évaluation du droit dépendent du titulaire du droit ainsi que de l'impôt considéré.

En effet, la Cour admet en matière de droits de mutation à titre gratuit que soient pratiqués des abattements tenant à l'indivision de la nue-propriété ainsi qu'à l'utilisation du bien par l'usufruitier. Si l'on perçoit difficilement la justification de ce second abattement dans la mesure où cette utilisation du bien n'influe nullement sur la valeur du droit, la prise en considération du premier abattement nous semble justifiée. En effet, l'état d'indivision porte sur le droit réel objet de la manipulation. L'évaluation de celui-ci doit faire l'objet d'une valorisation économique tenant compte de la valeur de l'objet du droit réel mais aussi de ses caractéristiques propres.

⁷²⁹ Cass. Com. 15 décembre 2009, n°09-11.137

⁷³⁰ Cass. Com. 20 octobre 1998, n°96-20.128 ; RJF12/98, n°1504 ; Cass. Com. 20 mars 2007, n°05-16.751 : RJF 7/07, n°858 ; Doc. Adm. 7 S-351, n°6

Le barème de l'article 669 fixe les valeurs du *jus in re aliena* en raison de l'indisponibilité juridique temporaire, mais il y a lieu de tenir compte des autres éléments affectant la valeur de ce droit. La situation d'indivision du droit de propriété est source d'abattement, aussi, cette situation justifie-t-elle la prise en considération par anticipation de cet abattement. Ces situations de déconstruction du droit de propriété imposent une prise en compte fiscale de la parcellisation du droit et de la valeur de celui-ci.

Cette déconstruction de la valeur impose de tenir compte en fonction de l'élément considéré des possibilités d'abattement. Il est alors possible de ventiler les paramètres de la valeur du droit selon que l'impôt frappe le droit lui-même ou l'objet de ce droit. La déconstruction de la valeur permet de tenir compte de l'état de fait du bien que l'impôt porte sur le droit lui-même ou sur l'objet de ce droit. La prise en compte de l'état de droit du bien est en revanche limitée aux impositions portant sur le droit réel lui-même à l'exclusion des impositions frappant son objet.

B – Appréciation *in concreto* des facteurs juridiques de décote

La prise en compte des facteurs juridiques de décote ne peut faire l'économie d'une étude de l'impôt considéré. Il est ensuite indispensable de procéder à une étude de l'étendue de la restriction de jouissance auquel conduit le facteur juridique. Ainsi, l'existence de servitudes de droit privé ou de droit public conduit d'une à une restriction des prérogatives du droit de propriété du titulaire du droit dans la mesure où elle peut aboutir à une limitation de la liberté du propriétaire sur son bien ainsi qu'à des travaux que l'article 697 du Code civil fait peser⁷³² sur le propriétaire du fonds servant. Le propriétaire du fonds servant ne peut échapper à ces obligations accessoires, qui ne sont autres que des obligations *propter rem*, qu'en abandonnant le

⁷³¹ CGI, art. 885 G

⁷³² Sauf convention contraire

fonds.⁷³³ La définition de l'article 637 du Code civil porte en soi la véritable nature de la servitude : elle constitue une charge établie au profit d'un autre immeuble. La servitude conduit ainsi à une « *amputation des droits du propriétaire du fonds servant* »⁷³⁴ à laquelle répond un droit de nature réelle dans le patrimoine du propriétaire du fonds dominant, elle constitue de ce fait un démembrement du droit de propriété.⁷³⁵ Il n'existe pour autant pas de barème similaire à celui de l'article 669 puisque ce droit n'est pas attaché à la personne du titulaire mais au fonds lui-même. L'administration et le juge procèdent alors à une analyse de l'étendue de la restriction afin de permettre un chiffrage de l'abattement forfaitaire⁷³⁶ auquel elle conduit.⁷³⁷

Cette étude à laquelle doit se livrer le juge est nécessairement concrète puisqu'il s'agit d'établir la quotité que représente un facteur juridique dans la ventilation de la valeur d'un droit. L'existence d'un règlement d'urbanisme imposant des règles d'urbanisme étendues limite effectivement la jouissance du titulaire du droit de propriété. Les règles de densité de construction telles que le COS ou le taux de constructibilité maximum sont elles aussi de nature à permettre un abattement. Plus la restriction posée par ce facteur juridique sera importante plus l'abattement sera élevé.

L'existence d'une contrainte juridique constituée par le titulaire du droit de propriété est elle aussi de nature à permettre une décote tenant compte de la durée de la diminution de jouissance. S'il est nécessaire de procéder à une décote en cas d'occupation du bien au jour du fait générateur de l'imposition,⁷³⁸ l'abattement doit tenir compte de l'importance de cette contrainte. On notera à ce titre qu'un bail rural⁷³⁹

⁷³³ C. civ. Art. 699 ; Il apparaît au demeurant que cette faculté est discrétionnaire et d'ordre public, v. CA Rouen, 2 mars 1937, Gaz. Pal. 1937,1, p.872 ; On rappelle ici que la servitude est aussi éteinte par le non usage pendant trente ans, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2011, n°10-10.528, *Ollans c/ Sté. Garrot Chaillac*.

⁷³⁴ TERRE François, SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz 6^{ème} éd, 2002, n°868, p. 692

⁷³⁵ Note préc. Lequel constitue une servitude pour une partie de la doctrine, v. REVET Thierry, ZENATI Frédéric, Les biens, PUF, 3^{ème} éd, 2008, p. 481 s.

⁷³⁶ Cass. Com. 13 février 1996, n°93-20.985 ; Cass. Com. 20 novembre 2001, n°98-22.708, *Continental SA*

⁷³⁷ P. abattement de 10% compte tenu du caractère familial de la SCI et des servitudes particulières pesant sur cette société, v. Cass. Com. 19 janvier 2010, n°09-10.836, *SCI GEF*

⁷³⁸ Cette décote n'est cependant pas justifiée en cas d'occupation d'un bien par son propriétaire lorsque le fait générateur de l'imposition est constitué par le décès du propriétaire, v. Cass. Com. 11 février 2003, n°01-12.301 : RJF5/03, n°648 ; BOI 7 G-6-04, Cette décote peut s'élever à 20% v.Cass. Com. 18 avril 2000, n°97-18.042, *Praz*, RJF 7-8/00 n°1019

⁷³⁹ Cass. Com. 10 mai 1988, n°86-18.929, *Turcas*

conduit à une restriction de jouissance plus importante qu'un bail d'habitation. L'abattement pour indisponibilité est alors proportionnel à la durée du bail restant à courir.⁷⁴⁰ Il en va de même s'agissant de biens loués dans le cadre d'un bail emphytéotique. L'importance de la décote à prendre en compte au titre de l'impôt considéré sera de ce fait nécessairement dégressive compte tenu de la réduction de la durée restant à courir.⁷⁴¹

⁷⁴⁰ Doc. Adm. 7 G2311 n°20 & Doc adm. 7 S-351 n°29

⁷⁴¹ Rép. Le Fur, n° 60573, JO AN 31 août 2010, p. 9489

Conclusion du chapitre 1

L'optimisation fiscale suppose une manipulation du droit dont les effets peuvent être amplifiés par une manipulation de la base imposable. La base imposable des droits d'enregistrement étant constituée par la valeur du droit de propriété, il est nécessaire de déterminer avec précision cette valeur. Cette étape préalable à toute imposition au titre des droits de mutation ou d'imposition sur la fortune revêt par conséquent une importance capitale mais s'avère d'une complexité parfois déconcertante.

Cette complexité est due à plusieurs facteurs. La première source de difficulté est liée à l'absence de définition de la valeur. Le Code général des impôts pose le principe que les droits sont portés sur des valeurs mais ne définit pas ce terme. Si la jurisprudence a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises que la valeur dont il est question est représentée par la valeur vénale, c'est-à-dire à la valeur d'échange, il semble que la juste valeur soit déterminée par une valeur de marché. L'échange devient alors vecteur de justice car il est supposé écarter les valeurs de convenance. Le marché tel qu'il est implicitement appréhendé par la jurisprudence répond à certaines conditions de la concurrence pure et parfaite et principalement à l'atomicité et à la transparence du marché ainsi qu'à l'homogénéité des produits.

Cette vision de la juste valeur justifie que la principale méthode d'évaluation réside dans l'évaluation par comparaison. Cette méthode n'est pourtant pas systématiquement imposée puisque d'une part tous les biens ne sont pas nécessairement transposables les uns aux autres et qu'il n'existe pas d'autre part de marché pour certains biens. L'absence d'unité constitue la seconde source de difficulté de l'opération d'évaluation mais permet aussi aux contribuables de déterminer avec plus de souplesse la valeur de leur droit de propriété. Ce choix de la méthode d'évaluation laisse une grande latitude au contribuable pour déterminer la valeur de l'objet du droit de propriété

La valeur de rendement permet notamment de tenir compte non de la valeur de l'objet du droit de propriété mais bien de la valeur du bien lui-même car il n'y a pas

nécessairement d'identité entre la valeur de l'objet et la valeur du droit. L'évaluation de parts sociales à la valeur de rendement tient ici compte de la valeur de production du droit et pas nécessairement de la valeur de l'objet. La doctrine administrative souhaitant éviter que des contribuables utilisent trop favorablement cette possibilité en ne procédant qu'à de faibles distributions a posé le principe d'une pondération des facteurs d'évaluation. Les règles en la matière demeurent relativement souples ce qui permet au demeurant aux contribuables de réduire l'étendue de l'assiette en utilisant la méthode qui leur est le plus favorable.

Nous l'avons vu, c'est bien le droit sur le bien qui constitue l'assiette de l'impôt et non le bien lui-même et l'opération d'évaluation consiste à déterminer la valeur de ce droit. Si de multiples facteurs sont de nature à diminuer la valeur du bien lui-même, des facteurs peuvent diminuer la valeur du droit lui-même sans que cet élément n'influe sur la valeur du bien lui-même. Ainsi, si le fondement de l'évaluation du bien est constitué par l'évaluation du bien, de sorte qu'il est nécessaire de tenir compte des décotes liées à l'environnement factuel du bien, il est aussi nécessaire de tenir compte de l'environnement juridique du droit et de pratiquer des décotes d'une autre sorte.

CHAPITRE 2 – REGLES PARTICULIERES D’EVALUATION

La répartition du prix de vente d'un bien entre usufruitier et nu-proprétaire doit être proportionnelle à la valeur comparative de l'usufruit et de la nue-proprété. En matière civile, l'évaluation de l'usufruit se fait généralement en tenant compte de l'âge de l'usufruitier et du revenu net qu'il peut espérer, sans contrevenir aux dispositions de l'article 669 du CGI dont l'application ne s'impose qu'en matière fiscale.⁷⁴² (Section 1) Si l'évaluation fiscale de l'usufruit et de la nue-proprété est désormais étendue à l'ensemble des mutations, la répartition du prix de vente continue d'obéir aux règles civiles. Au plan civil, il existe assez peu de contentieux, et donc de jurisprudence, en matière de répartition du prix entre usufruitier et nu-proprétaire ce qui traduit le caractère souvent consensuel des ventes de biens dont la propriété est démembrée.⁷⁴³ A cet égard, les parties se mettent souvent d'accord sur la valeur respective des droits, soit en se basant sur la valeur fiscale prévue par le code général des impôts, soit au regard des tables actuarielles dites « *de Xénard* » permettant de déterminer la valeur économique de l'usufruit et auxquelles les praticiens se réfèrent souvent.⁷⁴⁴ De même, les praticiens tentent de faire échec à l'application du barème de l'article 669 en privilégiant d'autres approches d'évaluation (Section 2).

⁷⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, n°**94-20785**, Bulletin 1997 I, n° 76, p. 50 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 septembre 2003, n°**00-199.38**

⁷⁴³ HUYGHE Sébastien, *Rapport à l'Assemblée Nationale au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 2427) portant réforme des successions et des libéralités*, n°2850, 15 février 2006

⁷⁴⁴ RICHEMONT Henri (de), *Rapport concernant le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, n° 343 (2005-2006), fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006

Section 1. Evaluation fiscale de la nue-propiété et de l'usufruit.

La loi ne fixe pas de méthode de calcul économique permettant de déterminer la valeur de l'usufruit et de la nue-propiété, mais l'administration fiscale impose un barème d'évaluation de ces droits pour le calcul des droits d'enregistrement et de mutations. Si la somme de l'usufruit et de la nue-propiété ne correspond pas en réalité à la valeur de la pleine propriété, dans la mesure où l'usufruit s'éteint nécessairement, la majorité des auteurs et des praticiens utilisent néanmoins ce postulat. Cette addition est si utilisée en pratique que si du fait de l'application du barème de l'article 669 du Code général des impôts, l'addition de l'usufruit et de la nue-propiété revenait à retenir une quotité excédant 100 % de la pleine propriété, l'administration plafonnerait la quotité de la valeur de l'usufruit servant d'assiette à la liquidation des droits de manière que son addition à celle ayant servi d'assiette à la liquidation n'excède pas 100%⁷⁴⁵.

L'évaluation fiscale des biens démembrés suit d'ailleurs cette règle d'addition depuis le XIX^{ème} siècle. En effet, l'article 15 de la loi du 22 frimaire An VII évaluait déjà l'usufruit à la moitié de la valeur en pleine propriété. Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que la méthode de calcul se transforma en jetant les bases d'une évaluation en fonction de l'âge de l'usufruitier, méthode qui demeure d'actualité. L'article 13 de la loi du 25 janvier 1901 instaura l'article 762 du Code général des impôts en fondant l'évaluation sur les tables d'espérance de vie de 1893⁷⁴⁶ et sur un taux d'actualisation de 4%. Le barème ainsi défini était réparti par tranches d'âge de 10 ans en 10 ans sans distinction de sexe et surévaluait la nue-propiété marquant une nette différence entre réalité économique et barème fiscal :

⁷⁴⁵ Rép. Dassault n°24054, JO Sénat 21 septembre 2006, p. 2432 ; Rép. Biancheri n°38802, JO AN 28 mars 2006, p.3385 à rapprocher de Rép. Bobe, n°111457, JO AN 13 mars 2007, p. 2665 (*application de cette règle prévenant les dépassements en cas de renonciation à usufruit*).

⁷⁴⁶ 49 ans pour les femmes, 46 ans pour les hommes.

Barème fiscal de l'article 762

| Âge de l'usufruitier | Usufruit | Nue-propriété |
|----------------------|----------|---------------|
| Moins de 20 ans | 7/10 | 3/10 |
| Moins de 30 ans | 6/10 | 4/10 |
| Moins de 40 ans | 5/10 | 5/10 |
| Moins de 50 ans | 4/10 | 6/10 |
| Moins de 60 ans | 3/10 | 7/10 |
| Moins de 70 ans | 2/10 | 8/10 |
| Plus de 70 ans | 1/10 | 9/10 |

Lorsque l'usufruit était constitué pour une durée fixe tel un usufruit temporaire, ce dernier était estimé à 2/10^e de la pleine propriété par période de 10 ans sans pouvoir donner à l'usufruit temporaire une valeur supérieure à celle qu'il pourrait avoir s'il était calculé en fonction de la tranche d'âge à laquelle appartient l'usufruitier.

« *Le législateur a plus tendance à créer de nouvelles dispositions fiscales qu'à adapter les dispositions anciennes. Il oublie souvent d'actualiser les règles en fonction des nouvelles données économiques (rendement) et démographiques (espérance de vie)* » écrivait le Doyen Aulagnier⁷⁴⁷, marquant ainsi l'inadéquation manifeste de ce barème à l'espérance de vie actuelle et au taux de rendement moyen des biens. Malgré les nombreuses critiques prononcées à l'encontre de ce barème, ce n'est qu'un siècle plus tard, en 2003, que le législateur s'appuyant sur le barème⁷⁴⁸ de M. Daubry abrogea l'article 762 du Code général des impôts opérant ainsi un retour vers le réalisme légendaire du droit fiscal mais marquant par la même occasion la lenteur tout aussi légendaire de l'évolution de la matière. Cet objectif économique de la revalorisation du barème a d'ailleurs été rappelé en 2005 : « *L'objectif poursuivi par cette revalorisation est de retenir pour l'application des droits d'enregistrement les valeurs correspondant à la réalité économique [...]* ». ⁷⁴⁹ Le nouveau barème de l'article 669 issu de la loi du

⁷⁴⁷ AULAGNIER Jean, *L'usufruit et la nue-propriété dans la gestion de patrimoine*, Maxima 2001, p.96

⁷⁴⁸ Barème fondé sur les tables de mortalité de l'INSEE de 1996/1998 et sur un taux d'actualisation de 3%.

⁷⁴⁹ Rép. Grosskost n°55175, JO AN 28 juin 2005, p.6466 : Droit fiscal 2005, n°30-35, p.1283

30 décembre 2003⁷⁵⁰ a d'une part modifié la répartition de l'usufruit et de la nue-propriété, (Sous-section 1) tendant ainsi à rapprocher la valeur fiscale des droits démembrés de leur valeur réelle, sans pour autant faire taire les nombreuses critiques⁷⁵¹ et d'autre part modifié le champ d'application de ce texte (Sous-section 2). En effet, si dans les rapports civils, l'application de l'article 669 du Code général des impôts n'est pas obligatoire, dans les rapports avec l'administration fiscale, l'application de ce barème est impérative s'agissant tant des mutations à titre gratuit que des mutations à titre onéreux.

⁷⁵⁰ Loi de finance pour 2004, n°2003-1311, 30 décembre 2003 : JO 31 décembre 2003, p. 22530, art. 19

⁷⁵¹ GIRAY Michel, *Barèmes de l'usufruit et de la nue-propriété, la difficile cohabitation des articles 669 et 762 du CGI*, JCP N 2006, n°29 & AULAGNIER Jean, *Analyse critique de l'estimation des droits démembrés de l'article 669 du CGI*, Droit et patrimoine n°129, septembre 2004, p. 88 s. par opp. v. BAFFOY Gérard, *Transmission d'entreprise à titre gratuit un nouvel obstacle en matière d'ISF*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 21, 21 mai 2004, 1260

Sous-section 1. Répartition de la valeur des droits

L'usufruit est nécessairement viager et « *peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition* »⁷⁵² ainsi que le précise le Code civil, néanmoins, sa valeur doit être calculée différemment selon que le bien est donné en usufruit temporaire ou en usufruit viager. Dans le premier cas, on ne doit pas tenir compte de l'âge de l'usufruitier puisque la durée est déterminée à la constitution de l'usufruit, dans le second cas en revanche, l'élément prégnant est bien l'âge de l'usufruitier. En effet, la valeur de l'usufruit est d'autant plus élevée que la durée de vie restante de l'usufruitier est grande. Aussi, le législateur, lors de la rédaction de l'article 669 du Code général des impôts, a-t-il tenu compte des tables de mortalité. « *Pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de la nue-propriété et de l'usufruit est déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière, conformément au barème ci-après* »⁷⁵³ :

| Âge de l'usufruitier | Usufruit | Nue-propriété |
|------------------------|----------|---------------|
| 21 ans révolus | 90% | 10% |
| 31 ans révolus | 80% | 20% |
| 41 ans révolus | 70% | 30% |
| 51 ans révolus | 60% | 40% |
| 61 ans révolus | 50% | 50% |
| 71 ans révolus | 40% | 60% |
| 81 ans révolus | 30% | 70% |
| 91 ans révolus | 20% | 80% |
| Plus de 91 ans révolus | 10% | 90% |

L'usufruit peut être limité dans le temps et son évaluation ne repose plus alors sur la durée de vie moyenne mais sur la personne même de l'usufruitier. Aussi, il est nécessaire de distinguer l'usufruit temporaire constitué sur la tête d'une personne

⁷⁵² Art. 580 du Code civil

morale de celui constitué sur la tête d'une personne physique. Dans le premier cas, l'usufruit est limité à 30 ans⁷⁵⁴. Cette limitation est parfaitement logique puisque la personne morale peut par nature exister indéfiniment. Un usufruit viager dont bénéficierait une personne morale n'aurait de ce fait aucun sens puisqu'il serait illimité et deviendrait une quasi pleine-propriété et c'est un raisonnement similaire qui a poussé la Cour de cassation à juger du caractère d'ordre public de ce texte⁷⁵⁵ si bien qu'il ne peut y être dérogé par convention. L'usufruit en pareil cas est estimé à 23% par période de 10 ans⁷⁵⁶, aussi, la valeur maximale de l'usufruit temporaire constitué sur la tête d'une personne morale est-elle de 69%.

Cette durée maximale imposée par les dispositions de l'article 619 du Code civil fait référence à un usufruit accordé à une personne morale et non pas conservé par une telle personne. Or il se peut que l'usufruit soit conservé par cette personne morale à l'occasion par exemple de la cession par cette personne de la nue-propriété d'un immeuble présent à son actif. Il semble qu'en pareille espèce, l'article 619 doive trouver application. Les travaux préparatoires du Code civil indiquent clairement que *le législateur a entendu limiter la durée de l'usufruit permise à une personne morale*. Ils précisent que les auteurs du Code n'ont pas souhaité instituer la durée de 100 ans existant en droit romain, qui se fondait sur la longévité humaine maximale qui a été reprise dans certaines législations⁷⁵⁷. « *Il me paraît plus conforme aux principes et aux intentions du législateur, de décider d'une manière générale, que ce droit, de nature viager, lorsqu'il n'est pas soumis à la chance de mort, plus ou moins rapprochée, de l'usufruitier, ne peut dépasser le terme moyen de la vie humaine, que la loi, semble, avec raison, fixer à trente ans. En vérité, comme on le voit, si le législateur semble avoir entendu précisément éviter une durée trop longue de l'usufruit, ce ne serait pas dans un souci de protection du donateur, mais au contraire, pour éviter qu'entre les mains d'une personne morale, il ne risque de couvrir une durée quasi illimitée en*

⁷⁵³ Art. 669 I du Code général des impôts

⁷⁵⁴ Art. 619 du Code civil

⁷⁵⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n°06-12.568, Bull. 2007, III, n°36 ; RJDA 7/07 n° 793

⁷⁵⁶ Art. 669 II du Code général des impôts

⁷⁵⁷ Présentation au corps législatif et exposé des motifs par Galli, P.A FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome XI, p. 214

raison de la durée de la société »⁷⁵⁸ explique Demante, justifiant par là même qu'un usufruit même conservé par une personne morale ne puisse durer plus de trente ans.

Lorsque l'usufruit temporaire est constitué sur la tête d'une personne physique la durée ne peut excéder celle de la vie de l'usufruitier. Ici encore, la valeur de l'usufruit fixe est de 23% par tranche de 10 ans quel que soit l'âge de l'usufruitier sans que l'usufruit fixe ne puisse avoir une valeur supérieure à celle de l'usufruit viager⁷⁵⁹. Une problématique surgit en cas de donation simultanée de la nue-propriété à une personne physique et d'un usufruit temporaire à une seconde personne physique puisque la valeur fiscale est fonction de l'âge de l'usufruitier, mais que l'article 669 II du Code général des impôts est d'ordre public. Cet article ne permet pas de déduire la valeur de la nue-propriété en présence d'un usufruit temporaire. L'administration a précisé qu'en pareil cas, il convenait d'évaluer la nue-propriété du bien par rapport à l'âge du donateur quand bien même il s'est dépossédé du bien temporairement.

Sous section 2. Domaine de l'article 669 du Code général des impôts

Le droit civil et le droit fiscal ont vocation à produire des effets sur des biens similaires à l'occasion d'un même acte. Tel est par exemple le cas de la cession à titre onéreux de l'usufruit d'un immeuble pour laquelle se chevauchent ces deux droits.

Au plan civil, le barème de l'article 669 du Code général des impôts ne revêt aucun caractère obligatoire pour l'évaluation des droits démembrés puisque ainsi qu'il a été précisé « [...] *Les parties demeurent libres de fixer le prix de l'usufruit et de la nue-propriété comme elles l'entendent. Dès lors, l'évaluation de la nue-propriété d'un bien apporté à une société peut être fixée sans utiliser le barème de l'article 669 du Code général des impôts*⁷⁶⁰. » En cas de vente d'un immeuble dont la propriété est démembrée, chacun de l'usufruitier et du nu-propriétaire a droit à sa part de prix compte tenu de la valeur vénale de son droit démembré. Lorsque le nu-propriétaire et l'usufruitier d'un immeuble s'accordent pour le vendre, se pose la question de la

⁷⁵⁸ DEMANTE Gabriel, Cours analytique du Code civil, Livre II, Plon 1896, p.518, n°466 bis

⁷⁵⁹ Instruction fiscale 7G2312 du 15 décembre 1991

⁷⁶⁰ Prec. Rép. Grosskost n°55175, JO AN 28 juin 2005, p.6466 : Droit fiscal 2005, n°30-35, p.1283

répartition entre eux du prix. Le principe, à nouveau affirmé par la Cour de cassation⁷⁶¹ est que celui-ci doit être réparti entre eux proportionnellement à la valeur comparative de l'usufruit et de la nue-propriété⁷⁶². Au plan civil et économique, les parties restent donc libres du prix de cession⁷⁶³ et de leurs choix de méthodes d'évaluations ainsi que nous l'avons vu plus haut.

Au plan fiscal, l'article 669 du Code général des impôts permet de déterminer la base imposable en matière de droits de mutation puisque le barème s'applique obligatoirement pour l'assiette des droits proportionnels ou progressifs de mutation. Toutes les fois qu'une opération portant sur un démembrement est soumise aux droits d'enregistrement,⁷⁶⁴ l'article 669 du Code général des impôts trouve à s'appliquer. Il peut s'agir des droits d'enregistrement à titre gratuit (donations, legs ou successions de biens ou droits démembrés) ou à titre onéreux (cession, apport etc.) ; tel est le cas de la vente d'immeubles ou de parts sociales taxées aux droits d'enregistrement de 5,10%, ainsi que de la taxe de publicité foncière en matière de cession d'immeuble. Les cessions dont il s'agit sont donc celles présentant un caractère translatif au plan fiscal c'est-à-dire : les ventes et adjudications, les dations en paiement, les transactions emportant mutation de la propriété apparente, les échanges considérés fiscalement comme des doubles ventes, les partages d'indivisions ordinaires (dans lesquels les soultes revêtent un caractère translatif), les apports à titre onéreux ou grevés de passif, les conversions d'usufruit en rentes viagères. En revanche, le barème ne revêt aucun caractère obligatoire lorsque le *démembrement de propriété* est opéré dans le cadre d'un acte déclaratif au plan fiscal⁷⁶⁵. L'attribution par voie de partage de biens indivis d'origine successorale de l'usufruit à l'un des copartageants et de la nue-propriété à un autre copartageant peut par conséquent se faire sur la base d'une évaluation économique de l'usufruit.

⁷⁶¹Cass. civ. 1^{ère} 25 février 1997, n° 392 P, *de Saint-Aignan c/ Thual*

⁷⁶²Cass. civ. 1^{ère} 20 octobre 1987 : Bull. civ. n° 276 ; Cass. civ. 1^{ère} 7 juin 1988 : Bull. civ. n° 181 et Cass. Civ. 3^{ème} 3 juillet 1991 : Bull. civ. n° 203

⁷⁶³ Puisque, ainsi que le précise l'article 1134 du Code civil « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »

⁷⁶⁴ Exception faite de l'impôt de solidarité sur la fortune

L'article 669 du Code général des impôts s'applique indifféremment aux biens mobiliers ainsi qu'aux biens immobiliers puisque l'usufruit peut être établi sur toute espèce de bien, meuble ou immeuble.⁷⁶⁶ Ainsi, de ce point de vue, la mise en société d'un immeuble est sans incidence sur l'application du barème. Ce dernier jouera dans un cas sur la valeur de l'immeuble et dans le second cas sur les parts de sociétés à l'actif de laquelle est logé l'immeuble. Le barème d'évaluation fiscale doit par ailleurs se combiner avec les règles d'évaluations spécifiques aux biens et droits transmis. Ainsi, le *démembrement de propriété* ne permet pas de pratiquer un abattement supplémentaire à la valeur fiscale du bien cédé après application du barème de l'article 669 du CGI.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ DELORY Christian et FRULEUX François, *Les effets induits du nouveau barème d'évaluation forfaitaire de l'usufruit*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°50, 10 décembre 2004, 1599

⁷⁶⁶ Art. 581 du Code civil

⁷⁶⁷ Cass. Com. 24 juin 1997 ; BOI 7 G-7-97 du 5 décembre 1997 & Cass. Com. 23 février 1999, RJF 1999, n°935

Section 2. Evaluation économique des droits démembrés

Jusqu'au 1^{er} janvier 2004, seules les mutations à titre gratuit devaient respecter le barème de l'article 762 du Code général des impôts. Le premier paragraphe de cet article précisait en effet que « *pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, la valeur de la nue-propriété et de l'usufruit est déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière, conformément au barème* ». Ainsi jusqu'en 2003, les transmissions à titre onéreux d'usufruit ou de nue-propriété pouvaient faire l'objet d'une évaluation économique permettant d'échapper à l'application du barème. Cette évaluation devait être fondée sur des éléments économiques et être justifiée. Une évaluation économique pessimiste diminuant la valeur fiscale du bien cédé autorisait l'administration fiscale,⁷⁶⁸ au titre de sa mission de contrôle des prix et des valeurs,⁷⁶⁹ à rectifier l'assiette imposable et à appliquer les pénalités classiques.

Les praticiens recommandaient à leurs clients, dans une logique d'optimisation fiscale des donations, de recourir à une phase transitoire à l'occasion de laquelle le droit démembré était apporté à une société intercalaire. Puisque l'acte d'apport est un acte à titre onéreux,⁷⁷⁰ le barème de l'article 762 du Code général des impôts ne trouvait plus à s'appliquer et les droits démembrés apportés étaient évalués selon une méthode économique plus favorable. Les parts de ces sociétés faisaient ensuite l'objet d'une donation. Si les apports étaient soumis aux droits d'enregistrement puis les parts aux droits de mutation, l'intérêt fiscal était si fort que les contribuables n'hésitaient pas à avoir recours à ce montage sociétair. L'administration fiscale soutenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁷⁷¹ ne tarda pas cependant à appliquer le barème de

⁷⁶⁸ COZIAN Maurice, *Variations fiscales sur le prix de vente ou l'art de contester le prix déclaré*, JCP N, 1994, n°48, chronique n°406 ; GRANIER Albert, *Le contrôle fiscal des valeurs vénales*, Droit et patrimoine, septembre 1995, n°30, p. 30, JurisData n°1995-841048

⁷⁶⁹ En matière d'enregistrement, les articles 666 du CGI et L17 du LPF l'autorisent notamment à retenir la valeur vénale réelle si elle se révèle supérieure au prix convenu dans le cadre d'une cession à titre onéreux.

⁷⁷⁰ « *Le contrat d'apport a un caractère onéreux et translatif de droits* » GUYON Yves, *Droit des affaires, T. I, Droit commercial général et sociétés*, Economica, 11^{ème} édition, 2001, n°100, p. 96 ; MERLE Philippe, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz 10^{ème} édition, 2005, p.50 ; « *L'apport d'un droit démembré est soumis aux mêmes règles que l'apport en pleine propriété* » CHARVERIAT Anne et COURET Alain, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés Commerciales 2008*, n°565, p. 65

⁷⁷¹ Cass. Com. 19 janvier 2010, n° 09-10.836, *Goldfarb* ; JurisData n° 2010-051281

l'article 762 théoriquement inapplicable au risque « *de glisser progressivement vers une situation où l'Administration opposerait le barème légal au contribuable dans tous les cas où elle estimera que la valeur stipulée est inférieure à la valeur vénale* ». ⁷⁷² Il apparaît que cette méthode d'apport avant donation est toujours d'actualité en dépit du nouveau champ d'application de l'article 669 du CGI. ⁷⁷³ Avant d'étudier combien ce montage est intéressant (Sous-section 2), il est nécessaire de se pencher sur la méthode d'évaluation économique elle-même (Sous section 1). En ce qui concerne le quasi-usufruit, il ne peut être distingué d'un simple usufruit pour les règles d'évaluation prévues par l'article 762 du CGI et désormais de l'article 669 du CGI. En conséquence, les dispositions sont directement applicables en cas de donation de la nue-propriété de droits sociaux avec réserve de quasi-usufruit par le donateur, indépendamment de la situation du quasi-usufruitier au regard du régime d'imposition des plus-values de cessions de valeurs mobilières et de droits sociaux. ⁷⁷⁴

Sous section 1. La méthode d'évaluation économique des droits démembrés

Méthode rendue célèbre par le Professeur Jean Aulagnier pour lequel « *la valeur d'une chose ne vaut que par la somme des flux financiers qu'elle produit ou est susceptible de produire durant son existence* », ⁷⁷⁵ la méthode par les « *Discounted Cash-Flows* » consiste à actualiser les flux de revenus futurs. Il existe plusieurs facteurs dans la détermination de la valeur des droits démembrés (§1) que l'on étudiera succinctement avant de découvrir la formule elle-même (§2).

§1. Les facteurs de la formule dite « *DCF* »

⁷⁷² POIRIER Roland, *Détermination de la valeur vénale de titres à l'aide du barème de l'article 762 du CGI*, La Revue Fiscale Notariale n° 5, Mai 2010, comm. 50

⁷⁷³ MORTIER Renaud, *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, La revue fiscale notariale, n°2, Février 2009, étude 2 ; MORTIER Renaud, *Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque !* . - À propos de Cass. com., 26 mars 2008; Cass. com., 20 mai 2008, JCP N, n° 28, 11 Juillet 2008, 1239

⁷⁷⁴ Rép. Douay, n°54977, JO AN 30 juillet 2001, p. 4394

⁷⁷⁵ AULAGNIER Jean, *Aspects de droit civil : Evaluation des droits d'usufruit, de quasi-usufruit et de nue-propriété par la méthode d'actualisation des flux futurs*, Droit et Patrimoine, n°76, novembre 1999

Il existe trois facteurs dont la prise en considération est nécessaire dans la perspective d'une évaluation économique du droit démembrement. Le premier est la valeur vénale du bien, qui, si elle a été estimée suivant les règles que nous avons décrites ne risque pas d'être contredite par l'administration. Le second critère (A) est la durée de l'usufruit, durée qu'il est nécessaire de connaître puisqu'elle influe mécaniquement sur la valeur de l'usufruit. Si cet élément de la formule ne pose pas vraiment problème, le critère des flux de revenus futurs est plus délicat (B).

A – La durée de l'usufruit ou l'espérance de vie

Soit la durée est limitée comme c'est le cas lorsque l'usufruitier est une personne morale, soit la durée est indéterminée comme c'est le cas lorsque l'on est en présence d'un usufruit viager. La difficulté liée au caractère incertain de la durée de vie de l'usufruitier personne physique n'est en réalité que théorique puisque la durée de l'usufruit viager est prévisible. En effet, les tables de mortalité que fournit l'INSEE sont plus précises que la durée de vie utilisée dans le barème de l'article 669 du Code général des impôts. Tout d'abord, ce barème ne tient pas compte du sexe de l'usufruitier qui influe sur l'espérance de vie ; il ne tient ensuite pas compte de l'état de santé personnel de l'usufruitier ; il conserve enfin des tranches d'âge par dizaines (comme dans le barème de l'ancien article 762 du Code général des impôts) ce qui demeure imprécis. Il est ainsi certain que les tables de mortalité produites par l'INSEE permettent d'affiner le calcul de la valeur de l'usufruit puisque la valeur de ce droit augmente symétriquement avec l'espérance de vie de son titulaire.

B - Les flux de revenus futurs

Il s'agit des revenus nets que procure annuellement l'usufruit. Il s'agit donc des revenus tirés du bien et diminués des charges que l'usufruitier doit légalement supporter.⁷⁷⁶ Si selon le Doyen Aulagnier, il s'agit d'actualiser la capacité productive du bien, pour

⁷⁷⁶ En matière de revenus fonciers, et à défaut de données plus précises, il est proposé d'évaluer forfaitairement ces charges de 15 à 20% du revenu brut. En matière de revenus mobiliers, les charges usufruitaires se limitent aux frais de garde dont le coût de conservation est soit donné par l'établissement financier soit évalué forfaitairement à 1% de la valeur de l'actif. V. DELMAS Bruno et CORNILLEAU Vincent, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec, 2007, p.54

Maître Mailley⁷⁷⁷, la valeur d'usufruit est la valeur des flux capitalisés nets disponibles entre les mains de l'usufruitier, ce qui implique selon lui d'ajouter l'impôt sur le revenu aux charges légales que supporte l'usufruitier. Puisque ces rendements s'étalent sur des périodes dites de long terme, il est ensuite nécessaire d'actualiser les revenus que procure l'usufruit afin d'intégrer l'augmentation des prix tout au long de l'usufruit. Le taux d'actualisation est alors égal au rendement attendu ou espéré d'un investissement réalisé à un niveau de risque équivalent.

§2. La formule des « *Discounted Cash-Flows* »

Les droits de l'usufruitier sont calculés par la somme des revenus nets annuels tout au long de l'usufruit [R1, R2, Rn] où n est l'espérance de vie de l'usufruitier et i le taux de rendement du bien. Il est nécessaire, ainsi que nous l'avons vu, d'actualiser ces flux futurs si bien que la valeur de l'usufruit, correspondant à la somme des revenus actualisés se traduit mathématiquement par l'équation suivante⁷⁷⁸

$$: \frac{R1}{(1+i)^1} + \frac{R2}{(1+i)^2} + \dots + \frac{Rn}{(1+i)^n}$$

La valeur de la nue-propriété est alors égale à $\frac{\text{Valeur de la pleine propriété}}{(1+i)^n}$

A chaque fois que les parties souhaitent évaluer au plus juste leurs droits, ils peuvent utiliser cette formule. C'est d'ailleurs le cas en matière d'évaluation commerciale ou civile.

Sous section 2. L'intérêt du recours à l'évaluation économique

L'utilisation d'une méthode de calcul économique permet de déterminer avec plus de précision la valeur de l'usufruit en contournant le barème de l'article 669 du CGI. (§1)

⁷⁷⁷ MAILLEY Bernard, *Usufruit, nue-propriété et viager : L'actualité juridique. Propriété immobilière*, 10 avril 1985, p. 199 ; CASTAGNE Suzel, *L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété* : JCP N 1997, n° 19-20, p. 691 s.

Ce contournement est rendu possible par l'utilisation de techniques à fort rendement fiscales telles que l'apport avant donation consistant à apporter le bien démembré à une société puis à en céder les parts. Si cette technique est fiscalement intéressante, elle doit être entourée de précaution et se limiter à un simple démembrement en proscrivant les donations démembrées de parts de sociétés logeant des actifs démembrés (§2).

§1 – Le contournement du barème d'évaluation fiscale

Le recours à une évaluation économique permet tout d'abord de déterminer avec plus de précision la valeur de l'usufruit. La valeur ainsi déterminée est de ce fait plus proche de la valeur financière du bien. Les barèmes de démembrement du Code général des impôts ayant tendance à s'écarter de la valeur économique du bien, les contribuables avaient tendance à privilégier ce type d'évaluation lorsque cela leur était possible puisqu'une telle évaluation conduisait à une diminution des droits de mutation. Le montage était assez simple. Il s'agissait pour le gratifiant, souhaitant conserver les revenus du bien donné, de ne céder que la nue-propiété du bien préalablement apportée à une société civile créée pour les besoins de l'opération. On l'a vu, l'apport, acte à titre onéreux, suivi de la donation des parts permet de faire obstacle au barème fiscal de l'article 669 du Code général des impôts. L'exemple suivant⁷⁷⁹ nous donne une illustration du gain réalisé par un contribuable privilégiant ce type de montage.

Une mère âgée de 60 ans possède un immeuble d'une valeur en pleine propriété s'élevant à 1 000 000€ et procurant des revenus nets annuels de 60 000€. Elle souhaite transmettre ce bien à ses enfants à moindre coût fiscal⁷⁸⁰. Dans le premier cas, elle peut donner la nue-propiété de l'immeuble à ses enfants, ce qui a pour conséquence l'application du barème du Code général des impôts. Dans le second cas, le donataire cède la pleine propriété de parts d'une société civile à laquelle a été préalablement

⁷⁷⁸ Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés civiles 2008, n°62040, p. 1160 s. DELOT Druon, *La fiscalité personnelle des dirigeants d'entreprise*, LGDJ, 2003, p. 213, AULAGNIER Jean, *Usufruit et nue-propiété dans la gestion du patrimoine*, Maxima, 2^{ème} édition, 1998, p. 95 s.

⁷⁷⁹ in DELMAS Bruno et CORNILLEAU Vincent, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec, 2007, p. 55 s.

⁷⁸⁰ Les barèmes utilisés sont ceux en vigueur en 2007 avant la loi TEPA

apporté le nue-propriété de l'immeuble, la valeur d'apport est déterminée comme

$$\text{suit}^{781} : \frac{1\,000\,000\text{€}}{(1+5\%)^{22}} = 278\,000\text{€}$$

| | Hypothèse 1 | Hypothèse 2 |
|-------------------------------------|-------------|----------------|
| Valeur de la pleine propriété | 1 000 000€ | 1 000 000€ |
| Valeur de la nue-propriété | 600 000€ | 278 000€ |
| Valeur par enfant | 300 000€ | 139 000€ |
| Abattement | 50 000€ | 16 100€ |
| Valeur fiscale nette de la donation | 250 000€ | 78 063€ |
| Droits de donation | 48 300€ | 48 300€ |
| Réduction de droits | 35% | 35% |
| Droits à payer | 31 395€ | 10 465€ |
| Soit au total | 62 790€ | 20 930€ |
| Droits d'apports (5,09%) | 0€ | 14 150€ |
| Gain fiscal de l'opération | 0€ | 38 175€ |

On le voit, le gain que retire le contribuable de la titrisation du droit démembré en part sociale dont seule la valeur est fractionnée conduit à une diminution de la base imposable et à un gain fiscal somme toute important. L'administration fiscale ayant compris que la création de ces sociétés n'avait d'autre finalité qu'une économie d'impôt avait remis en cause une multitude de schémas de ce type sur le fondement de l'article L64 du Livre des procédures fiscales, suscitant par là même un appel à la révolte des praticiens⁷⁸² dont les arguments⁷⁸³ finirent (à quelques exceptions près⁷⁸⁴) par

⁷⁸¹ Son espérance de vie est de 22 ans

⁷⁸² FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : contribuables ... résistez*, Droit et Patrimoine, n°60, mai 1998, p. 29 s. ; FERNOUX Pierre, *Contribuables, continuez la résistance*, Droit et Patrimoine, avril 2001, p.33

⁷⁸³ FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : Vive la résistance*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°22, 1^{er} juin 2001, p. 978 ; FERNOUX Pierre, *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation de parts : c'est possible !* La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 49, 5 Décembre 2002, 1762 ; FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°28, 13 juillet 2007, 1216 ; FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, La Revue Fiscale Notariale n° 7, Juillet 2008, étude 11

convaincre les juges⁷⁸⁵ et ce parfois malgré l'avis rendu par le CADF.⁷⁸⁶ Il est désormais certain que si la plupart de ces montages⁷⁸⁷ ne sont pas en soi constitutifs d'abus de droit, il est cependant nécessaire de prendre garde comme le souligne le Professeur Mortier aux risques de fictivité qui entourent ces schémas⁷⁸⁸.

§2 – L'apport avant donation

La technique de l'apport avant donation constitue une manipulation fiscale de la propriété à un double titre puisqu'elle constitue une manipulation de la propriété par déconstruction ainsi qu'une manipulation par affectation. L'impact fiscal de cette technique de transmission explique tant son succès auprès des praticiens que les craintes de l'administration fiscale à l'égard de ce montage. L'opposition des contribuables et de l'administration sur ce point est très heureuse car elle a permis à la jurisprudence d'étudier l'opération au regard de l'abus de droit. Si l'arrêt de *Wurstemberger*⁷⁸⁹ a considéré que la technique de l'apport avant donation peut constituer un abus de droit par simulation, il nous semble cependant que cette technique d'une efficacité redoutable en matière de droits d'enregistrement peut toujours être utilisée pourvu que son utilisation soit encadrée de certaines précautions. En effet, la Cour de cassation a validé

⁷⁸⁴ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, *Saunier Streck* : JurisData n° 2007-038954 ; JCP N 2008, n° 6, 1072, note GARCON Jean-Pierre; Dr. sociétés 2007, comm. 174 ; Cass. com., 13 janvier 2009, n°07-20.097, *de Wurstemberger c/ Directeur Général des Impôts*

⁷⁸⁵ TGI de Créteil du 20 juin 2000, n° 00446, *Mlle Despouys* ; TGI Créteil, 20 juin 2000 & TGI Nanterre, 16 janvier 2001, n° 99-14941, *Bouvet* ; CA Paris, 7 mars 2002 ; CA Bourges, 2 octobre 2000, n°99/00456, *Lumet c/ Direction des services fiscaux* ; Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.272, *DGI c/ Botherel* : Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 302

⁷⁸⁶ CCRAD, Avis du 6 décembre 1996, n°96-13 : Droit fiscal 1997, n°10, p.365

⁷⁸⁷ Cass. com., 26 mars 2008, n°6-21.944, *DGI c/ Cere*, JurisData2008-043381, Droit Fiscal 2008, n°16, comm. 283 ; Cass. com., 20 mai 2008, n°07-18.397, *DGI c/ Tabourdeau*, JurisData n°2008-044076 ; Cass. com., 23 septembre 2008, n°07-15.210, *Lamarque c/ Direction des services fiscaux des Pyrénées-Atlantiques* : JurisData n°2008-045149 ; Cass. com., 21 octobre 2008, n°07-18.770, *Thurin* ; Cass. com., 21 octobre 2008, n°07-16.835, *Henriot*, Cass. com., 4 novembre 2008, n°07-19.870, *DGI c/Beneteau* : JurisData n°2008-045762

⁷⁸⁸ MORTIER Renaud, *Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque !* - À propos de Cass. com., 26 mars 2008; Cass. com., 20 mai 2008, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 28, 11 Juillet 2008, 1239 ; MORTIER Renaud, *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, La revue fiscale notariale, n°2, Février 2009, étude 2

⁷⁸⁹ Cass. Com., 13 janvier 2009, n°07-20.097, *de Wurstemberger*

ces montages à de multiples reprises⁷⁹⁰ depuis l'arrêt *Botherel*,⁷⁹¹ si bien qu'il nous semble que la jurisprudence *Wurstemberger* ne remet pas en cause les solutions apportées précédemment mais se contente d'apporter une nuance.

La validation de cette technique est très éclairante d'une part sur la notion d'abus de droit et d'autre part sur les limites de la manipulation fiscale de la propriété. En effet, l'optimisation fiscale ne doit pas être perçue comme une finalité mais simplement comme une amélioration des conséquences fiscales d'une opération juridique. Ainsi, s'il est permis au contribuable de choisir la voie fiscale la moins onéreuse, l'intérêt de l'opération ne saurait être purement fiscal. La manipulation fiscale de la propriété ne doit pas ainsi être purement créatrice de valeur fiscale. En effet, la création de valeur fiscale ne doit qu'accompagner des objectifs économiques ou juridiques prééminents. En cela, la création de valeur fiscale ne peut que suivre la création d'une valeur économique, d'une valeur juridique ou d'une valeur jouissance.⁷⁹² L'abus de droit protège ainsi de la création d'une valeur fiscale purement fictive, uniquement liée aux protagonistes de l'opération et sans réalité économique et le législateur a fréquemment le souci de prévenir la création de valeurs purement théoriques et liées à un objectif purement financier.

L'exemple des modalités d'imputation des pertes réalisées par des sociétés antérieurement à leur intégration fiscale nous semble particulièrement éclairant sur cette notion de valeur uniquement fiscale. Le législateur soucieux de concilier la valeur fiscale et la valeur économique a introduit un article 223 I-1 dans le CGI visant à limiter l'imputation des pertes antérieures à une intégration fiscale au seul bénéfice de la

⁷⁹⁰ Cass. Com. 26 mars 2008, n°06-21.944, *Cere* : Dr. fisc. 2008, n°16, comm. 283 ; Cass. Com. 20 mai 2008, n°07-18.397, *Tabourdeau* ; Cass. Com. 23 septembre 2008, n°07-15.210, *Lamarque* ; Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-18.770, *Thurin* ; Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-16.835, *Henriot* ; Cass. Com. 4 novembre 2008, n°07-19.870, *Beneteau* : Revue fiscale notariale, 2008, comm. 139, note Faucher. v. MORTIER Renaud, *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation - Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, La Revue Fiscale Notariale n° 2, Février 2009, étude 2

⁷⁹¹ Cass. Com., 3 octobre 2006, n°04-14.272, *Botherel*

⁷⁹² Si la valeur économique représente une valeur monétaire, la valeur juridique ou la valeur de jouissance ne présentent pas nécessairement ce caractère dans la mesure où les créations de valeur juridique ou économique peuvent être purement subjectives.

société ayant réalisé ces pertes. Ainsi que le remarque Patrick Morgenstern,⁷⁹³ cette disposition évite la cession de sociétés pour un prix proche de leurs pertes reportables. L'absence d'une telle disposition aurait inmanquablement conduit des sociétés bénéficiaires à acquérir des sociétés lourdement déficitaires pour un prix ne reflétant ni leur valeur patrimoniale, ni leur valeur de rendement mais pour la valeur de leurs pertes. Il nous semble que le raisonnement poursuivi par le Législateur en matière d'abus de droit est assez semblable dans la mesure où il interdit la réalisation d'opérations ne se fondant que sur un critère fiscal et de ce fait néfaste à une économie fondée sur le concept de valeur de marché.

La technique de l'apport avant donation réside quant à elle dans l'apport de la nue-propriété d'un actif à une société civile suivie de la transmission de la pleine propriété des parts de cette société. Cet apport à une société civile permet d'échapper au barème de l'article 669 du CGI et d'évaluer l'apport au moyen d'une évaluation économique. Cette différence de méthode permet de diminuer l'assiette imposable aux droits d'enregistrement au moment de la transmission de la pleine propriété des parts et s'avère fiscalement plus avantageuse que la donation directe de la nue-propriété des actifs qui serait nécessairement évaluée au moyen du barème fiscal. Ainsi que l'a rappelé le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF),⁷⁹⁴ l'abus de droit ne fait aucun doute si le contournement du barème est l'unique objectif poursuivi par le contribuable. Selon le CADF cette fictivité se déduit du fait que la société « *n'avait pas de fonctionnement formel, qu'elle ne disposait pas de revenus et qu'elle ne correspondait à aucune réalité économique* ». ⁷⁹⁵ Si l'administration a tendance à considérer que ces montages ne sont que des opérations intercalaires dissimulant un abus de droit, le juge les valide le plus souvent. Il est d'autant plus important d'étudier les critères en vertu desquels le juge considère que la valeur du montage n'est pas purement fiscale⁷⁹⁶ qu'ainsi que le

⁷⁹³ MORGENSTERN Patrick, *Initiation à l'intégration fiscale*, Groupe revue fiduciaire, 2^{ème} éd. 2006, p. 56, n°81

⁷⁹⁴ Anciennement CCRAD

⁷⁹⁵ Rapport 2003 du CCRAD ; avis n°2001-6, n°2003-20 et 2003-23 ; JCP N 2004, n°26, 1305 ; Rapport 2004 du CCRAD : avis n°2004-9, n°2004-16, JCP N 2005, n°21, 1285

⁷⁹⁶ On notera ici que la jurisprudence de la Cour de cassation est alignée sur celle du Conseil d'état depuis longtemps déjà puisqu'elle considère qu'un acte non fictif, peut être constitutif d'un abus lorsque l'acte a pour but exclusif d'éluider l'impôt ; v. Conseil d'Etat, 10 juin 1981, n°19079 ; Dr. fisc. 1981, n°48-49, comm. 2187 ; Cass. Com., 19 avril 1988, n°86-19.079, *Dozinel* ; Dr. fisc. 1988, n 32-38, comm. 1733

remarquent certains auteurs,⁷⁹⁷ cette fictivité n'a pas qu'une incidence fiscale. Cette fictivité concerne en effet toutes les sociétés nues-propriétaires puisque la Cour de cassation⁷⁹⁸ considère que la fictivité est sanctionnée par la nullité.⁷⁹⁹

Les opérations d'apport avant donation ne tombent pas sous le coup de l'abus de droit par fraude à la loi dès lors que certaines précautions sont prises. En effet, la Cour de cassation a précisé dans l'arrêt *Botherel* que les intérêts autres que fiscaux de l'opération tels qu'un partage équitable, l'éviction des difficultés liées au partage ou la conservation des revenus⁸⁰⁰ par les donataires permettent de faire échec aux prétentions de l'administration. Ainsi compte tenu des évolutions jurisprudentielles, une opération d'apport avant donation est fiscalement sécurisée sur ce terrain dès lors que l'opération assure à l'usufruitier la maîtrise financière et politique des biens démembrés,⁸⁰¹ qu'elle améliore les relations entre les donataires⁸⁰² ou qu'elle permet une plus grande pérennité des biens familiaux.⁸⁰³

Si les montages d'apport avant donation ne semblent pas tomber sous le coup de l'abus de droit par fraude à la loi, la jurisprudence a montré que ces opérations pouvaient donner lieu à un abus de droit par simulation que de simples précautions permettent

⁷⁹⁷ DUCCELLIER Christophe, *Vers une remise en cause des SCI nues-propriétaires ? Les arrêts Saunier et Wurstemberger*, Droit & Patrimoine n°201, mars 2011, p. 36 s.

⁷⁹⁸ Cass. Com. 16 juin 1992, n°90-17.237, Bull. civ. IV, n° 243, RJDA 1/93, n°27.

⁷⁹⁹ Laquelle n'est pas rétroactive, v. Cass. Com. 22 juin 1999, n°98-13.611

⁸⁰⁰ Cass. Com., 4 novembre 2008, n°07-19.870, *Beneteau* ; Le montage opéré dans l'arrêt *Thurin* est généralement considéré comme étant fiscalement très risqué dans la mesure où il opère un double *démembrement de propriété* : les biens donnés sont la nue-propriété de parts, elles-mêmes représentatives de la nue-propriété d'immeubles. La Cour de cassation a cependant retenu les intérêts juridiques et patrimoniaux de l'opération en retenant que cette dernière permettait de « *préparer au mieux la transmission de son patrimoine à ses enfants dans un cadre juridique précis et organisé, tout en conservant la maîtrise de la gestion de ses biens immobiliers* » ce qui valide l'idée selon laquelle la réserve d'usufruit sur les parts données accroît les pouvoirs du donateur sur l'immeuble inscrit à l'actif de la société intercalaire.

⁸⁰¹ Si ce critère fut précisé dans l'arrêt *Cere*, le juge a précisé dans l'arrêt *Tabourdeau*, que le montage présentait un « *intérêt purement juridique* » dans la mesure où l'opération accordait au donateur « *des pouvoirs renforcés [...] permettant de vaincre l'éventuel refus du nu-propriétaire d'assumer ses obligations légales* ».

⁸⁰² Cass. Com. 23 septembre 2008, n°07-15.210, *Lamarque*

⁸⁰³ Critère retenu dans les arrêts *Cere* du 26 mars 2008, *Thurin* du 21 octobre 2008 et *Beneteau* du 4 novembre 2008, *ibid* ; En matière de titres de participation, il est nécessaire de considérer l'intérêt de l'ensemble du montage. Ainsi, la création de structures intercalaires et d'une sur-holding permet peut stabiliser un groupe familial et améliorer son « *fonctionnement en rendant plus difficile le départ des associés* », v. Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-16.835, *Henriot*, *op. cit*

d'éviter. Le premier critère relatif au contenu de l'apport est issu de la jurisprudence *Saunier Streck*.⁸⁰⁴ La Haute assemblée a en effet précisé dans cet arrêt que le « *défaut de fonctionnement de la société, aucun acte de gestion relatif à l'achat ou à la vente de valeurs mobilières n'ayant été effectué entre le moment de constitution de la société et l'acte de donation-partage litigieux, mais aussi (de) l'absence d'autonomie financière de celle-ci.* ». Afin d'éviter toute qualification d'abus de droit par simulation, il est recommandé de ne pas apporter la seule nue-propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières et de privilégier les apports de liquidités ou de titres frugifères afin de doter la société de ressources financières suffisantes pour son fonctionnement autonome.⁸⁰⁵

La Cour de cassation a précisé à l'occasion de l'arrêt *de Wurstemberger* que la société devait avoir une substance ; à défaut, la société créée est fictive faute d'avoir pour objet la recherche de profits ou la réalisation d'économies. C'est une façon d'affirmer que la société, détournée de sa vocation légale, ne résidait en réalité qu'en un écran. Le second critère issu de l'arrêt *de Wurstemberger*⁸⁰⁶ a trait à la mention dans les statuts des objectifs autres que fiscaux de la société puisque la présence d'un seul but non fiscal suffit à échapper à l'abus de droit. Ainsi, les solutions livrées par la jurisprudence ne sonnent pas le glas de l'apport avant donation mais offrent « *les clés de la maîtrise des risques liés à l'organisation de cette optimisation* »⁸⁰⁷ et « *viennent au contraire préciser les contours rigoureux de la fiscalité* ». ⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ Cass. Com. 15 mai 2007, n°06-14.262, *Saunier-Streck*

⁸⁰⁵ L'arrêt qui vise par ailleurs l'article 1832 du Code civil retient notamment l'absence d'apport réel des enfants ainsi que le défaut d'affectio societatis. v. MORTIER Renaud, *Notion de société fictive*, Dr. Sociétés 2007, n°10, comm. 174.

⁸⁰⁶ Cass. Com. 12 janvier 2009, *de Wurstemberger*

⁸⁰⁷ COQUELET Marie-Laure, *Conditions de la fictivité d'une société constituée par apport en nue-propriété avant donation*, Droit des sociétés n° 4, Avril 2009, comm. 66

⁸⁰⁸ DUCHENE Jean-François & EPSTEIN Marc, *Abus de droit : fictivité d'une SCI qui ne peut remplir son objet social faute de moyens financiers*, JCP I, n° 24, 12 Juin 2009, 1205

Conclusion du chapitre II

Au plan civil, aucune méthode d'évaluation des droits démembrés n'est obligatoire. Tel n'est pas le cas en matière fiscale. En effet, pour le calcul des droits d'enregistrement et des droits de mutations à titre gratuit et à titre onéreux, l'administration fiscale impose une méthodologie d'évaluation des droits démembrés consistant en l'application d'un barème répartissant la valeur entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Le mécanisme du barème tend à rapprocher la valeur fiscale des droits démembrés de leur valeur réelle. Ce barème tient nécessairement compte de la faculté de production de valeur du bien. Ainsi, la valeur de l'usufruit est ainsi d'autant plus élevée que la durée d'usufruit restant à courir est grande.

S'il apparaît que la revalorisation de ce barème en 2003 a diminué la surévaluation à laquelle il conduisait mécaniquement compte tenu des taux d'actualisation sur lesquels il était fondé, le nouveau barème fait l'objet de nombreuses critiques dues tant à l'élargissement de son champ d'application qu'aux faiblesses méthodologiques qu'il comporte.⁸⁰⁹ Le manque de précision de cette méthodologie de calcul amène les praticiens à recourir dès que possible à des méthodes plus précises telles que l'évaluation économique par actualisation des flux de revenus futurs rendue célèbre par le Professeur Jean Aulagnier. Cette méthode fondée sur la valeur vénale du bien, la durée de l'usufruit et le taux de rendement du bien permet de rapprocher avec plus d'exactitude la valeur fiscale de la valeur économique et financière du bien. Il apparaît que l'utilisation de cette méthode conduit quasi systématiquement à diminuer la valeur du bien. Si l'administration fiscale voit dans le recours à cette évaluation un moyen de diminuer son honorable devoir, on peut légitimement penser que le recours à cette méthode constitue moins une forme de manipulation de la valeur qu'une tentative de réconciliation de l'assiette de l'impôt avec une valeur réelle.

⁸⁰⁹ Et notamment son absence de précision ou son absence de distinction entre l'espérance de vie des hommes et des femmes

Le recours à la méthode des « *discounted cash flows* » ne constitue donc pas en soi une manipulation de la valeur du droit mais il est cependant possible d'instrumentaliser cette méthode en transférant le droit de propriété préalablement à une donation. En effet, l'apport à une société, acte à titre onéreux, suivi de la donation des parts, permet de faire obstacle au barème fiscal de l'article 669 du Code général des impôts. Cette différence de méthode s'avère fiscalement plus avantageuse que la donation directe de la nue-propriété des actifs mais présente un certain degré de risque dans la mesure où l'administration a tendance à considérer que ces montages ne constituent que des opérations intercalaires dissimulant un abus de droit.

Si la jurisprudence ne voit pas par essence un abus de droit dans cette technique, il est indispensable de doter la société d'une substance suffisante. A défaut, la société est considérée comme étant simplement intercalaire si bien qu'il est aisé de démontrer l'existence d'un but exclusivement fiscal. La jurisprudence constitue en la matière une véritable mine d'informations permettant aux ingénieurs patrimoniaux de sécuriser les opérations de leurs clients. Les décisions rendues en matière d'apport avant donation précisent en effet les contours de l'abus de droit qui peut être évité en dotant la société de moyens suffisants pour que cette dernière puisse poursuivre sa vocation légale de recherche de profits ou de réalisation d'économies.

Conclusion du Titre II

Les droits d'enregistrement, l'ISF et la taxe de publicité foncière sont dus sur des valeurs.⁸¹⁰ Si la jurisprudence a précisé que la juste valeur taxable correspondait à valeur vénale réelle, l'appréciation de cette valeur vénale réelle est source de conflits. Cette notion souffre en effet d'une complexité structurelle tout d'abord puisque *le concept de valeur est incompatible avec toute idée de codification*,⁸¹¹ *méthodologique ensuite puisqu'il est nécessaire de distinguer la valeur vénale de concepts voisins tels que la valeur comptable ou la valeur d'usage.*

De même qu'il n'existe pas de définition de la valeur vénale, il n'existe pas de méthode imposée pour déterminer cette valeur. L'administration fiscale préconise le recours à la méthode comparative, or cette méthode conduit à assimiler la valeur d'échange au prix de marché ce qui traduit directement la prédominance du prix du marché sur le prix contractuel ce qui constitue « *une brutale intrusion dans l'intimité de l'espace contractuel et engendre l'incertitude de la charge fiscale incombant au contribuable* ». ⁸¹² En effet, le prix de marché est par nature fluctuant si bien que la charge fiscale assise sur le prix du marché ne peut être qu'imprévisible.

S'il est heureux que la méthode d'évaluation par comparaison ne soit que l'une des méthodes utilisable par le contribuable, il apparaît que les techniques d'évaluation supplétives sont de plus en plus complexes et les sanctions frappant les insuffisances d'évaluation⁸¹³ relativement lourdes. Il est de ce fait indispensable pour les praticiens de maîtriser l'ensemble de ces techniques afin de pouvoir dialoguer sur un pied d'égalité avec l'administration fiscale. Cette maîtrise est d'autant plus importante que des insuffisances d'évaluation permettent à

⁸¹⁰ CGI, art. 666

⁸¹¹ JEMMAR Soufiane, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, L'Harmattan, 2010

⁸¹² Op. cit

⁸¹³ Sur le fondement de l'article L 17 du LPF

l'administration de démontrer notamment que les parties ont dissimulé la véritable nature de l'opération à laquelle ils se sont livrés.⁸¹⁴

La maîtrise des techniques d'évaluation permet en effet aux professionnels de sécuriser le montant de l'impôt mais aussi de réaliser des économies substantielles en recourant tant à une méthodologie de calcul optimale qu'en permettant l'utilisation de cette méthodologie par une instrumentalisation du droit de propriété. Les contribuables désireux d'échapper au poids de la fiscalité dévoient ainsi des instruments juridiques pour parvenir à des fins fiscales.

L'analyse de l'instrumentalisation par déconstruction de la valeur du droit amène à penser qu'il existe une confusion de taille en fiscal puisque le droit fiscal semble poser une identité entre le bien et sa valeur si bien que le démembrement de propriété ne constitue en droit fiscal qu'un démembrement de la valeur.

⁸¹⁴ La vente d'un bien pour un prix manifestement sous-évalué peut en effet masquer une donation.

Conclusion de la première Partie

L'optimisation patrimoniale vise à structurer le patrimoine pour parvenir dans les meilleures conditions à des objectifs multiples tels que la transmission d'une entreprise, la protection de son conjoint ou de ses enfants, la constitution d'une source de revenus en prévision de la retraite, la réalisation d'une opération financière, la recherche de moyens de financement ou la sécurisation de ses actifs. Tout en poursuivant ces objectifs, les contribuables souhaitent se prémunir contre les conséquences indésirables auxquelles ces opérations pourraient mener. La structuration patrimoniale apparaît alors comme un véritable casse-tête juridique puisque les contribuables souhaitent atteindre des objectifs tout en évitant d'éventuelles conséquences telles que l'éventuelle ingérence d'un tiers, la cession par un enfant prodigue de biens transmis préalablement, la possible perte du pouvoir de direction d'une société.

Le recours au droit des sociétés ainsi qu'au droit des contrats permet habituellement d'allier des exigences qui semblaient à première vue inconciliables. Mais le casse-tête de l'optimisation patrimoniale ne se limite pas uniquement à des considérations juridiques. Les contribuables en effet ne sont pas disposés à mettre en œuvre à n'importe quel prix les solutions si bien que les contribuables accordent systématiquement une importance primordiale au critère fiscal. Parfois même pour le contribuable le critère fiscal constitue le moteur de l'opération. Cette motivation nous semble alors dangereuse car accorde une place prédominante au traitement fiscal ce qui conduit bien souvent à une remise en cause par l'administration de l'opération sur le fondement de l'abus de droit. En somme, le critère fiscal est un élément clef de l'équation patrimoniale mais ne doit en aucun cas en être l'élément principal.

Les contribuables avertis ou simplement bien conseillés parviennent à utiliser à bon escient le droit de propriété ce qui leur permet le plus souvent à concilier l'ensemble de ces objectifs. Cette utilisation permet ainsi d'obtenir les effets désirés au meilleur coût fiscal. La fragmentation de l'assiette de l'impôt permet en effet de réduire les droits dus

à l'occasion d'une mutation ou plus simplement en raison de la simple conservation du droit de propriété. Cette fragmentation se traduit tantôt par une déconstruction du droit, tantôt par une déconstruction de la valeur du droit, tantôt par une combinaison de ces deux types de déconstruction. Il apparaît que le droit de propriété peut faire l'objet d'une seconde forme d'instrumentalisation à travers son affectation. Comme souvent en droit fiscal, les effets des instruments se combinent les uns avec les autres. L'instrumentalisation du droit de propriété par déconstruction ne fait pas exception à la règle et sa combinaison à une affectation peut amplifier les effets fiscaux qu'elle produit naturellement.

SECONDE PARTIE – MANIPULATION PAR AFFECTATION

Inspirée par la doctrine juridique allemande et plus particulièrement par le traité de Zachariae, Aubry et Rau ont développé la théorie juridique française du patrimoine fondée d'une part sur le postulat que le patrimoine est une universalité de droit et d'autre part sur le fait que le patrimoine est le reflet de la personnalité juridique. Le patrimoine, universalité de droit, est ainsi envisagé comme l'agrégat d'un ensemble de droits patrimoniaux de valeur positive ou négative se répondant entre eux⁸¹⁵ et qui constituent des valeurs pécuniaires tout comme les choses corporelles. Certaines valeurs incorporelles telles les créances⁸¹⁶ ou les droits de propriété industrielle méritent cependant le statut de biens en ce qu'ils constituent des droits personnels et patrimoniaux. L'évolution économique pousse nécessairement à reconnaître que la valeur de ces biens dépasse bien souvent celle des choses corporelles confirmant d'une part la vétusté de l'adage « *res mobilis res vilis* » et d'autre part l'exactitude de la théorie des *néo-biens* défendue par le professeur Revet.⁸¹⁷

La qualification d'une universalité de droit conduit à envisager deux conséquences majeures. D'une part, la disparition du titulaire du patrimoine entraîne le nécessaire traitement de la valeur subsistant et la transmission des éléments le composant qui intègrent à leur tour un nouveau patrimoine et d'autre part, le corollaire de l'universalité du patrimoine est le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur,⁸¹⁸ si bien que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers.⁸¹⁹ Ainsi, l'universalité de droit doit être très clairement distinguée de l'universalité de fait⁸²⁰ qui n'est qu'une masse de biens et de droits affectée à un

⁸¹⁵ En vertu d'une subrogation réelle, v. MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2010, p. 9

⁸¹⁶ CEDH 20 novembre 1995, série A332, *Pressos Compania Naviera SA* & CEDH 6 octobre 2005, n°11810/03, *Maurice c/ France* & CEDH 6 octobre 2005, n°1513, *Draon c/ France*. Pour qu'une créance soit caractérisée comme une valeur patrimoniale, le titulaire doit démontrer la base suffisante de la créance en droit interne

⁸¹⁷ REVET Thierry & ZENATI-CASTAING Frédéric, *Les biens*, 3^{ème} édition PUF 2008, p.91 s.

⁸¹⁸ Art. 2284 du Code civil

⁸¹⁹ Art. 2285 du Code civil

⁸²⁰ Tel est notamment le cas d'un fonds de commerce, d'un fonds libéral (dont la cession à titre onéreux est reconnue depuis un arrêt Cass. Civ 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°98-17.731) ou d'un portefeuille de valeurs mobilières (Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n°96-180.41)

objectif économique et qui du fait de cette communauté d'objectifs se voit appliquer un régime juridique global plutôt qu'un traitement isolé de chacun des éléments.

Le patrimoine est aussi le reflet de la personnalité juridique, puisque traditionnellement et contrairement au droit allemand⁸²¹ ou au droit anglo-saxon,⁸²² le droit français n'accorde à un individu⁸²³ qu'un seul patrimoine. Concernant les personnes physiques, le patrimoine apparaît en principe avec la naissance⁸²⁴ et disparaît avec son décès (le principe étant le même pour les personnes morales). Du fait de la combinaison de ces principes d'universalité juridique et d'unicité du patrimoine, l'intégralité des actifs d'une personne peut être exposée aux risques commerciaux,⁸²⁵ ce qui conduit à une sclérose de l'initiative commerciale en droit français. Ainsi que le notait Serge Guinchard⁸²⁶ l'affectation permet de choisir un but et de le réaliser par des techniques appropriées. Aussi a-t-il semblé nécessaire de prévoir des inflexions à cette théorie modifiant la nature du droit de propriété en l'affectant juridiquement (Titre 1) par le biais de la fiducie ou de l'EIRL ou financièrement (Titre 2) par l'utilisation de mécanismes bancaires ou sociétaires.

⁸²¹ Lequel reconnaît le patrimoine d'affectation, *Zweckvermögen*

⁸²² Lequel reconnaît implicitement l'existence d'un patrimoine d'affectation par les effets qu'il confère aux *trusts*

⁸²³ Personne physique ou personne morale

⁸²⁴ Certaines fictions juridiques permettant en effet de faire remonter un droit successoral à une période précédant la naissance

⁸²⁵ Néanmoins, afin de limiter ce risque, la loi n°2003-721 pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a autorisé la soustraction du logement principal de l'entrepreneur individuel au droit de gage général de ses créanciers en instituant à l'article L 526-1 du Code de commerce une dérogation aux articles 2092 et 2093 du Code civil. L'article 14 de la loi LME a étendu cette faculté de l'entrepreneur à tout bien foncier bâti ou non bâti, qu'il n'a pas affecté à son usage professionnel

⁸²⁶ GUINCHARD Serge, *L'affectation en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 15 : « Affecter c'est à la fois choisir un but et le réaliser par des techniques appropriées » ; GUINCHARD Serge, « *L'affectation des biens en droit privé français : essai d'une théorie générale* », Thèse Lyon, 1974, Le Professeur Guinchard a démontré dans sa thèse que l'affectation à un usage particulier pouvait consister soit en une simple orientation (une direction donnée à un bien) soit en un réel lien entre deux biens (telles les parties communes d'un immeuble) et que l'intensité de cette affectation inclinait le régime juridique des biens affectés.

TITRE 1 : AFFECTATION PAR STRUCTURATION PATRIMONIALE

Au-delà des techniques de déconstruction du droit ou de la valeur de ce dernier, l'instrumentalisation fiscale du patrimoine utilise la structuration patrimoniale pour produire des effets fiscaux. Cette structuration consiste à loger le droit de propriété dans une universalité ou à l'actif d'une société. Si le premier cas conduit à affecter le bien dans une universalité différente du patrimoine personnel du contribuable et consiste de ce fait en une relation horizontale (Chapitre 1), l'apport d'un bien à une société consiste à apporter le bien dans le cadre d'un rapport vertical (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La structuration horizontale du patrimoine : la fiducie

Si la *fiducia cum creditore* et la *fiducia cum amico* ont disparu au cours du Bas Empire, ainsi qu'en témoigne leur absence dans les Compilations Justiniennes, il semble que le mécanisme fiduciaire ait perduré de façon souterraine dans les pays de tradition civiliste. Molière démontre dans *Le Malade Imaginaire* combien le recours à ces techniques permettait au XVII^{ème} de contourner les rigueurs de la coutume de Paris en matière de libéralités entre époux. Dans l'acte premier de cette pièce, Maître Bonnefoy propose ainsi à Argan de « *disposer en fraude de la loi* » et pour ce faire l'incite à « *choisir doucement un ami intime de votre femme, auquel vous donnerez en bonne forme par votre testament tout ce que vous pouvez; et cet ami ensuite lui rendra tout* ». ⁸²⁷

Le recours à ces techniques de transmission utilisant un tiers de confiance a conduit les pays de Common Law à développer la technique féodale du *feoffee* pour donner naissance au XV^{ème} siècle au trust.⁸²⁸ Il est indéniable que le succès recueilli par cette institution soit à l'origine du renouveau de la fiducie dans les pays de droit civil. Mais si certains systèmes ont accueilli la fiducie en s'appuyant sur leurs traditions, d'autres se sont contentés de transposer l'instrument de Common Law.⁸²⁹ Cette renaissance qui débute en Allemagne à la fin du XIX^{ème} siècle et se poursuit en Suisse au début du siècle suivant conduit à la création de fiducies fondées sur une base contractuelle par opposition au trust fondé sur un acte unilatéral émanant du constituant et créant ainsi une division de la propriété entre le titulaire du *legal ownership* et celui de *l'equitable ownership*.⁸³⁰ Ce mouvement de redécouverte de la fiducie latine se poursuit au Luxembourg en 1983⁸³¹ et se termine en France à l'occasion de la loi du 19 février 2007. D'inspiration principalement Romano-Germaniste, la fiducie à la française emprunte certains éléments de second plan du trust tels que le *protector* et diffère de ses modèles suisse et allemand. En effet, les fiducies suisses et allemandes opèrent un transfert de propriété risqué au profit du fiduciaire puisque les créanciers personnels de ce dernier peuvent saisir les biens mis en fiducie. Si la jurisprudence allemande⁸³² a réglé le problème en précisant que le constituant demeurait « propriétaire économique » du bien en dépit du transfert de propriété, le Législateur français a abandonné la notion de mandat au profit de la constitution contractuelle d'un patrimoine fiduciaire hors d'atteinte des créanciers personnels du fiduciaire.

Institution proche du trust anglo-saxon⁸³³ en ce qu'elle permet de faciliter la constitution de sûretés ou la gestion de biens pour compte de tiers, la fiducie est une

⁸²⁷ MOLIERE, *Le Malade Imaginaire*, 1675, Acte I, Scène VII

⁸²⁸ BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ 1992, p. 4

⁸²⁹ WITZ Claude, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – Les caractères distinctifs de la fiducie*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 65 s.

⁸³⁰ BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil – Approche juridique et fiscale*, Academy & Finance SA, Genève, 2006, n°34 s.

⁸³¹ Règlement Grand Ducal Luxembourgeois du 19 juillet 1983

⁸³² Tribunal d'Empire, 19 février 1914, RGZ 84, p. 217

relation contractuelle triangulaire, composée d'un constituant qui transfère une partie ou la totalité de son patrimoine à un fiduciaire, dans l'intérêt d'un bénéficiaire. Reconnaisant l'existence d'un patrimoine d'affectation, la fiducie réalise un transfert de propriété limité dans le temps et dans son usage. Pourtant reconnu dans quasiment tous les pays anglo-saxons,⁸³⁴ et dans certains pays de tradition civiliste (comme le Luxembourg,⁸³⁵ le Québec⁸³⁶, l'Italie⁸³⁷ et un grand nombre de pays d'Amérique latine⁸³⁸) le patrimoine d'affectation est une exception au droit français qui, comme on l'a vu, est attaché aux principes d'unité et d'indissociabilité du patrimoine. Par ailleurs, au plan fiscal, la fiducie, lorsqu'elle est envisagée sous un angle de transmission patrimoniale pourrait permettre, comme le trust, d'éviter le paiement des droits de

⁸³³ “*Fiducia is the real substitute for a trust : it is its twin institution*” LEPAULLE Pierre, *Civil Law Substitutes for Trusts*, Yale L.J. 1927, 1126, p. 1138 (« La *fiducia* constitue le vrai substitut du trust : c'est son institution jumelle »)

⁸³⁴ RICHEMONT Henri (de), Exposé général – Proposition de loi instituant la fiducie n°178(2004-2005), Séance du 11 octobre 2006

⁸³⁵ L'article 2 du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit a institué, pour la première fois, le contrat fiduciaire, par lequel « *une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire des droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire* ». Abrogée récemment, cette disposition a été partiellement reprise à l'article 5 de la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats de fiducie.

⁸³⁶ « *Enclave de droit civil noyée dans un océan de droit anglo-américain* » BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse Paris 2, 2001, Vol. I, p. 14 ; Cette introduction ancienne date de l'Acte concernant la fiducie, L.Q. 1879, c. 29. L'article 1260 du Code civil du Québec définit la fiducie comme étant un « *un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer* ». La fiducie de droit québécois n'est pas au demeurant une dérivée de la *fiducia* latine mais une « *transposition du trust anglo-saxon dans un ordre juridique civiliste* » conduisant cependant à la création d'un patrimoine d'affectation. Ce patrimoine est envisagé comme une universalité juridique distincte et autonome comprenant des obligations et des biens affectés à leur exécution (Code civil québécois, art 2644). Le fiduciaire n'est alors qu'administrateur de biens fiduciaires (C. c. Q. art 1278), v. CANTIN CUMYN Madeleine, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – La fiducie du Québec, un modèle imitable ?*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 85 s. ; CANTIN CUMYN Madeleine, *Réflexions autour de la diversité des modes de réception du trust dans les pays de droit civil*, 5^{ème} atelier de droit civil de l'Université de Mc Gill (Montréal, Canada), 6 mars 2009

⁸³⁷ L'Italie a introduit la fiducie par la loi n° 51 du 23 février 2006. L'article 2645 *ter* du code civil italien permet ainsi de créer un patrimoine d'affectation pour une durée maximale de 90 ans ou jusqu'au décès du bénéficiaire.

⁸³⁸ Colombie (seconde moitié du XIX^{ème} siècle), Argentine (1994), Pérou (1996), Mexique (1926), Venezuela (1956), Uruguay (2003), parmi les grands pays de la région, seuls le Chili et le Brésil ne reconnaissent pas cette institution. Dans ces pays, la fiducie est envisagée comme un contrat fondant une propriété temporaire et limitée par une stipulation pour autrui et constitue un « *équivalent fonctionnel du trust* ». v. RODRIGUEZ-AZUERO Sergio, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 107 s.

donation et de succession.⁸³⁹ C'est pour ces deux séries de réticences que le projet de loi distribué le 25 février 1992 à l'Assemblée Nationale⁸⁴⁰ visant à intégrer la fiducie dans un livre XVI bis du Code civil fut aussi tôt abandonné. En revanche, la volonté d'introduire en droit français un instrument d'opposition au trust subsistait.⁸⁴¹ C'est d'ailleurs ce dessein qui avait présidé à la proposition de loi ; en effet, l'exposé des motifs de ce projet précisait que « *on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en est fait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans des États connaissant l'institution* ». ⁸⁴² En effet, les sociétés françaises avaient fréquemment recours au trust pour satisfaire certaines opérations. On se souvient notamment que la société Peugeot souhaitant alléger le passif de son bilan par le biais d'une opération de défaisance, a eu recours en 1987 à un trust de droit américain auquel elle transférait sa dette ainsi que des liquidités devant permettre d'en assurer le remboursement.⁸⁴³ L'utilisation du trust par des sociétés françaises servit aussi à certains rapprochements d'entreprises. En effet, lors des opérations *Tetra Laval / Sidel* et *Schneider/Legrand* en 2001, les actions acquises suite à des offres publiques dans l'attente de l'autorisation communautaire ont été mises en trust alors même que les actions acquises étaient régies par le droit français.

Ce recours par des sociétés françaises à des mécanismes de droit anglo-saxon explique pour partie que la volonté du législateur de doter le système juridique français d'un instrument compétitif n'ait pas disparu. Ainsi, le 3 novembre 2003, une question posée au garde des Sceaux demandait implicitement la reprise des débats sur ce point. Dans une réponse du 20 avril 2004, le Ministre de la justice précisait qu'une réflexion sur le sujet était programmée.⁸⁴⁴ Cette idée fut reprise lors du séminaire gouvernemental sur

⁸³⁹ L'administration fiscale redoutait « *la création de situation mal définies [...], où la nature ou le moment de la mutation est incertain, l'identité du bénéficiaire inconnue.* », v. LE GALL Jean-Pierre, *Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie*, JCP E, 1991, I, 40, n°6

⁸⁴⁰ Doc. AN, n°2583

⁸⁴¹ Interview de Jacques Toubon, Droit & Patrimoine, septembre 1995, n°30, p. 18

⁸⁴² *Exposé des motifs du projet de loi instituant la fiducie du 20 février 1992*, Doc. AN, n° 2583, p. 2

⁸⁴³ STAUB Antonin & DELAVENNE Jean-François, *Loi sur la fiducie : un trust à la française, mais à minima (de l'Anstalt à l'Ersatz)*, Revue Hammonds Hausmann 20 février 2007 ; HOHL Bertrand, *Une seule fiducie, ça suffit !*, Gazette du Palais, 4 juin 2005 n°155, p. 2

⁸⁴⁴ Rép. Pecresse, n°27670, JO AN 20 avril 2004, p.3064

l'attractivité du 7 février 2005 dont une des mesures avait pour objet la « *préparation d'un projet de loi visant à introduire la fiducie en droit français, afin de créer un instrument juridique transparent qui facilitera le développement et la relocalisation d'activités en France et l'amélioration des conditions de financement des entreprises* ». Par une concomitance de calendrier peu commune, le Rapporteur général de la commission des finances du Sénat Philippe Marini, déposait le lendemain sur le bureau du Sénat une proposition de loi⁸⁴⁵ tendant à instituer la fiducie en droit français afin qu'apparaisse un instrument juridique souple tout en encadrant strictement les règles de transfert de propriété, rendant ainsi le droit français attractif et évitant que les entreprises continuent à recourir à des trusts ou à des fiducies de droit étranger.⁸⁴⁶ À l'occasion du colloque « *Paris, place de Droit* » le 16 novembre 2005, Thierry Breton, alors ministre de l'Économie expliquait toute l'importance qu'il accordait à ce que le système juridique français « *soit considéré comme un outil à part entière de la compétitivité économique* ». Il précisait à cette enseigne l'impérieuse nécessité « *que les outils juridiques à disposition des praticiens français soient au niveau des meilleurs standards internationaux* ». Dans cet objectif, il annonçait qu'il entendait, proposer l'introduction de la fiducie en droit français au Premier ministre,⁸⁴⁷ lequel constitua un groupe de travail consacré à la fiducie. A l'occasion du séminaire gouvernemental du 22 mai 2006⁸⁴⁸, le Gouvernement réaffirmait en ces mots sa volonté de permettre la création d'un patrimoine affecté afin de promouvoir l'attractivité du droit français : « *L'introduction de la fiducie dans le droit français a essentiellement pour but d'offrir aux acteurs économiques (investisseurs ou financeurs) familiers du droit anglo-saxon le bénéfice d'un instrument connu, pour éviter que certaines opérations ne soient délocalisées en raison de mécanismes juridiques du droit français perçus comme trop rigides.* »

⁸⁴⁵ Proposition de loi n°178 (2004-2005) du 8 février 2005

⁸⁴⁶ Dans une réponse ministérielle de 2004 (Rép. Pécresse n° 27670, JO AN, 20 avril 2004, p.3064) le Garde des Sceaux précisait déjà cette volonté « *Des éléments clairs sont favorables à l'introduction de la fiducie : elle est propre à faciliter la transmission de patrimoine (fiducie-libéralités), à garantir la sécurité du crédit (fiducie-sûreté), à concurrencer l'institution anglo-saxonne du trust et à éviter ainsi les délocalisations de capitaux.* »

⁸⁴⁷ *La fiducie bientôt introduite en droit français ?*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 2 Décembre 2005, act. 607 ; Communiqué du Ministère de l'Économie, 16 novembre 2005

⁸⁴⁸ Dossier de synthèse du *Séminaire gouvernemental sur l'attractivité*, point 35, 22 mai 2006 ; *Le projet d'introduction de la fiducie en droit français de nouveau à l'ordre du jour ?*, JCP N n° 23, 9 juin 2006, act. 406

Adoptée en première lecture par le Sénat le 17 octobre 2006, une version *édulcorée* de la proposition de loi de Philippe Marini, instituant la fiducie⁸⁴⁹ fût finalement adoptée. Le régime général de la fiducie fut finalement introduit en droit français à l'occasion de la loi du 19 février 2007.⁸⁵⁰ M. Henri de Richemont, Rapporteur de la commission des lois, soulignait⁸⁵¹ que l'introduction en droit français de la fiducie, mécanisme concurrentiel au *trust* anglo-saxon,⁸⁵² permettant de transférer temporairement des biens dans un patrimoine d'affectation (Section 1) géré par un fiduciaire représenterait une innovation juridique considérable⁸⁵³ facilitant la constitution de sûretés ainsi que la gestion de biens pour le compte d'autrui.⁸⁵⁴ Il s'agit cependant d'une nouveauté incontestable⁸⁵⁵ puisque jusqu'alors que les juges, souvent critiqués,⁸⁵⁶ s'opposaient à la cession de créance à titre de garantie,⁸⁵⁷ le patrimoine fiduciaire peut contenir des

⁸⁴⁹ *Adoption par le Sénat d'une version édulcorée de la proposition de loi Marini sur la fiducie*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 43, 27 Octobre 2006, act. 630

⁸⁵⁰ Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

⁸⁵¹ *Rapport de M. Henri de Richemont, au nom de la commission des lois* (n° 11, 2006-2007)

⁸⁵² Et principalement inspiré de ce mécanisme : « *L'idée de base se trouve dans le droit anglais et non dans le droit romain* » LARROUMET Christian, *La fiducie inspirée du trust*, Dalloz 1990, p. 240 ; « *Dix-sept ans plus tard, le débat s'étant brutalement dénoué, Christian Larroumet dénonçait cette fois avec vigueur les errements du législateur, pris entre deux inspirations, celle de la fiducia romaine et celle du trust anglo-saxon* » Blandine MALLET-BRICOUT, *Fiducie et propriété in Liber amicorum Christian Larroumet*, LGDJ, 2009, p.297 ; LARROUMET Christian, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, in dossier « *La fiducie* », Dalloz 2007, 135

⁸⁵³ Ce n'est pas tant le transfert temporaire de propriété que la création d'un patrimoine d'affectation qui est innovant. On recense en effet une pluralité d'instruments préexistant à la fiducie et assurant un transfert temporaire de propriété. Tel est le cas du prêt de titres (dont le régime est défini aux articles L 432-6 à L 432-11 du CMF ; 1892 à 1904 du Code civil ; 38 bis du CGI), de la pension de titres (article L 432-12 à L 432-19 du CMF ; 38 bis-0 A du CGI), de la remise en pleine propriété à titre de garantie (article L 431-7-3 du CMF ; 38-II bis du CGI), de la cession « Dailly » (Art. L 313-23 à L 313-29 et L 313-35 du CMF) ainsi que de la vente à réméré (Art. 1659 à 1673 du Code civil ; art. 371-1 du Plan comptable général ; Doctrine administrative DB 4 B 373)

⁸⁵⁴ Communiqué du Sénat 11 octobre 2006 ; *La commission des lois du Sénat propose de créer la fiducie à la française*, La Revue Fiscale Notariale n° 11, Novembre 2006, Alerte 50

⁸⁵⁵ Position nuancée par ADELLE Jean-François, *L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ?*, Analyses, Revue de droit bancaire et financier, mars – avril 2007, p. 48.

⁸⁵⁶ CROCQ Pierre, *L'étrange refus de cession de créance de droit commun à titre de garantie*, RTD Civ 2007, p. 160.

⁸⁵⁷ Cass. Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395, Bull. civ. IV, n° 250, p. 275 ; DELPECH Xavier, *Pas de consécration générale de la cession de créance à titre de garantie*, Dalloz 2007, p. 76 s. ; LARROUMET Christian, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie*, Dalloz 2007, p. 344 s. ; DAMMANN Reinhard & PODEUR Gilles, *Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu*, Dalloz 2007, p. 319. ; AYNES Laurent, *La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?*, Dalloz 2007, p. 961. ; LEGEAIS Dominique, *Cession de créance à titre de garantie*, RTD Com 2007, p. 217. ; LEGEAIS Dominique, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un*

créances lesquelles peuvent constituer des garanties. Cet instrument n'est pas pour autant une découverte déconcertante puisque d'une part la fiducie française est relativement proche de la fiducie romaine⁸⁵⁸ et que d'autre part, avant même la loi du 19 février 2007 il existait en droit français des fiducies innommées, mécanismes juridiques se rapprochant étroitement de la fiducie dans leurs caractéristiques, sans toutefois en posséder la dénomination.⁸⁵⁹ Le plus ancien de ces mécanismes est sans nul doute celui de la vente à réméré⁸⁶⁰ par laquelle le vendeur bénéficie d'une faculté de rachat et qui permet d'utiliser le transfert de propriété comme instrument de garantie. Mais c'est surtout sous la pression des nécessités économiques que des mécanismes fiduciaires innommés ont vu le jour, notamment dans le domaine monétaire et financier, et ce afin de faciliter le montage d'opérations juridiques complexes.⁸⁶¹ Le régime juridique de la fiducie issu de la loi de 2007, placé en quarantaine et dont on ignorait s'il était « soluble dans le droit français »⁸⁶² fût heureusement réformé en profondeur par la loi du 4 août 2008 dite loi LME,⁸⁶³ laquelle

simple nantissement de créance, JCP éd. E, 2007, n°5, p. 1131. ; LAITHIER Yves-Marie, *Le rejet en droit commun de la cession fiduciaire de créance*, Revue des Contrats N°2 – 2007, p. 273.

⁸⁵⁸ Si comme le remarque le Professeur Larroumet (cf. préc), la fiducie à la française est d'inspiration anglo-américaine, l'instrument ne s'écarte pas réellement de la *fiducia* romaine. En effet, comme la fiducie, la *fiducia* consistait en un transfert de droits affectés à une fin de gestion (*fiducia cum amico*) ou de garantie (*fiducia cum creditore*). La fiducie constituait une sûreté relativement efficace compte tenu du transfert de propriété (*la datio*) effectué au moyen de la *traditio* et d'un fort degré de formalisme. Une publicité était en effet effectuée soit par un accord devant un magistrat (*in jure cessio*) soit par une mancipation (vente imaginaire devant 5 témoins, v. GAIUS, *Institutes*, I, 113) et d'un pacte adjoint au transfert de propriété ; *Quant à la cession juridique elle se pratique ainsi : devant un magistrat du peuple romain, comme un prêteur, ou devant un président de province, celui à qui une chose est cédée juridiquement, tenant cette chose, prononce ces paroles : J'affirme que cet homme est à moi selon le droit des Quirites [...] Cependant nous faisons ordinairement et presque toujours usage des mancipions ; car ce que nous pouvons faire par nous-mêmes, en présence de nos amis, il n'est pas nécessaire de chercher à l'obtenir avec une plus grande difficulté devant le prêteur ou le président de la province*, v. GAIUS, *Institutes* II, 24 s. Traduites et commentées par Charles Auguste PELLAT, Paris, Imprimerie de Fain et Thunot, 1844

⁸⁵⁹ *Loi instituant la fiducie*, La Revue Fiscale Notariale n° 4, avril 2007, alerte 20

⁸⁶⁰ Dont le régime est précisé par les articles 1659 et s. du Code civil

⁸⁶¹ Tel est le cas de la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly (L 313-23 s. du Code monétaire et financier) ; ou celui de la pension de titres (L432-12 s. du Code monétaire et financier) ou encore celui de la titrisation de créances prévue aux articles L214-13 et s. du Code monétaire et financier. L'article 49 de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières a mis en place une division patrimoniale en acceptant que les donneurs d'ordres puissent faire des dépôts auprès d'adhérents d'une chambre de compensation et que ces dépôts soient transférés à ceux-ci en pleine propriété.

⁸⁶² BLANLUET Gauthier & LE GALL Jean-Pierre, *La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 7 Septembre 2007, 1241

⁸⁶³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, article 18

étendit d'une part la qualité de constituant aux personnes physiques, et celle de fiduciaire aux avocats et habilita d'autre part le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures juridiques et fiscales permettant aux personnes physiques de constituer une fiducie, ce qui fut fait par l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009.

Si la fiducie a été introduite en partie pour faire bénéficier les contribuables d'un mécanisme proche du trust, il apparaît que ni le régime juridique ne le traitement fiscal apparemment neutre de la fiducie (Section 2) ne permettent à l'instrument de concurrencer son cousin d'outre-manche.

Section 1 – Reconnaissance civile d'un patrimoine d'affectation

Difficile à appréhender en droit français car elle bousculait la conception traditionnelle de la propriété, la qualification de fiducie a souvent été refusée à des mécanismes qui présentaient pourtant les aspects fondamentaux de l'instrument.⁸⁶⁴ La fiducie est une opération triangulaire, héritée du droit romain⁸⁶⁵ mais dont la reconnaissance en droit interne fût certainement plus motivée par une volonté de concurrencer les instruments de droit anglo-américain tel que le trust. S'il est curieux que l'introduction de la fiducie soit si tardive au regard de cette reconnaissance dans les autres pays de tradition civiliste, certains auteurs expliquent que la fiducie à la française a vu le jour de façon tout à fait fortuite. L'introduction de la fiducie n'est due selon eux qu'à un vide laissé dans le calendrier parlementaire par la suppression du projet de loi sur les class actions.⁸⁶⁶ En 2006, l'élément qui occupe le Législateur et l'actualité juridique est

⁸⁶⁴ Tel fut le cas en matière de cession de créance à titre de garantie requalifiée en simple nantissement de créance alors qu'il présentait les caractéristiques d'une fiducie-sûreté ; v. Cass. Com. 19 décembre 2006, n°05-16.395, *Sté DIVA c/ Caisse fédérale du Crédit Mutuel* ; LEGAIS Dominique, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance*, JCP G n° 16, 18 avril 2007, comm. 10067 ; Tel est encore le cas du mandat à effet posthume qui à en croire une partie de la doctrine n'a de mandat que le nom et qui, à y regarder de plus près, constitue une fiducie.

⁸⁶⁵ La *fiducia* se présentant par un pacte (*pactum fiduciae*) associé à un transfert temporaire de propriété

⁸⁶⁶ BARRIERE François, *La fiducie ou le réveil chaotique de la Belle au bois dormant*, Atelier de droit civil de l'Université Mc Gill (Montréal, Canada), 12 septembre 2008

l'introduction en droit français des class actions que Jacques Chirac⁸⁶⁷ avait appelé de ses vœux. Au projet de texte inscrit à l'ordre du jour pour 2007, qui suscitait d'innombrables critiques, fut substituée la proposition de loi du sénateur Marini.⁸⁶⁸ Et c'est ainsi que naquit la fiducie.

La fiducie a pour objet et fonction de transférer au bénéficiaire un ensemble de biens et droits en vue leur gestion non pas dans l'intérêt nécessairement du constituant mais plutôt dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire qui reçoit généralement en fin de gestion les biens initialement gérés par le fiduciaire. Originellement, la fiducie est un instrument de valorisation du patrimoine du constituant par le fiduciaire à charge pour ce dernier de transférer ensuite cet ensemble de biens au bénéficiaire final. Mais il arrive que le constituant soit lui-même le bénéficiaire.⁸⁶⁹ Il peut notamment arriver aussi que le bénéficiaire soit le fiduciaire lui-même dans l'hypothèse notamment où il se trouve être le créancier du constituant.⁸⁷⁰

L'article 1^{er} de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 introduit un article 2011 au Code civil lequel définit la fiducie comme étant « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de 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* ».

Si la référence au titulaire du droit de propriété a été gommée lors de la rédaction de la loi, les travaux parlementaires permettent cependant d'accorder le droit de propriété au fiduciaire. Les différents aspects du droit de propriété dont dispose le fiduciaire permettent de s'interroger sur la réalité de cette propriété compte tenu des limitations qui l'écartent du droit de propriété absolu que connaît le droit français. En effet, le droit dont dispose le fiduciaire est exclusif, mais il n'est ni perpétuel ni absolu et il est enfin limité dans ses prérogatives. La conception de cette forme de propriété

⁸⁶⁷ Vœux à la Nation pour 2006 de Jacques Chirac, 31 décembre 2005

⁸⁶⁸ MARINI Philippe, proposition de loi n°178, *instituant la fiducie*, 8 février 2005

⁸⁶⁹ Telle est l'hypothèse où le constituant a pour objectif de faire fructifier ses biens

⁸⁷⁰ Tel est le cas des fiducies sûretés

juridiquement affectée est donc très éloignée de la conception traditionnelle du droit de propriété et nous semble constituer un indice du glissement de la perception française du droit de propriété vers une conception plus anglo-saxonne reconnaissant simultanément une propriété juridique et une propriété économique⁸⁷¹ sur un même objet. L'acte d'apport à une fiducie accorde des droits sur le bien dont l'étendue est telle qu'il peut conférer au fiduciaire un pouvoir de disposition, marque de la propriété juridique. Le fiduciaire ne bénéficie pas en revanche de la valeur pouvant résulter de la cession du bien. En effet, la « *propriété économique* » ne peut appartenir qu'au constituant ou au bénéficiaire puisque c'est à lui seul qu'appartient la substance économique du bien.

Proche du trust par sa dénomination puisque ces deux institutions portent toutes deux des noms synonymes de confiance, la définition de la fiducie n'est pas très éloignée de celle donnée par la Convention de La Haye sur le trust⁸⁷² dont l'article 2 définit le trust comme instituant « *les relations juridiques créées par une personne – le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* ». ⁸⁷³ Il est pour le moins certain que les biens, droits ou sûretés n'intègrent pas le patrimoine du fiduciaire puisque ce dernier doit les tenir séparés de son propre patrimoine. Le patrimoine fiduciaire est ainsi nécessairement autonome du patrimoine du constituant, de celui du fiduciaire et enfin de celui du bénéficiaire.⁸⁷⁴ L'existence d'un patrimoine d'affectation et d'un transfert de propriété apparaissent pourtant dans ce texte puisque le dernier alinéa de l'article 6 de cette loi institue un article 223 VJ au Code Général des Impôts lequel précise que « *pour l'application du présent code et de ses annexes, les états retraçant les écritures du patrimoine d'affectation sur l'exercice tiennent lieu de bilan et de compte de résultat pour chaque patrimoine fiduciaire* ». Comme s'il fallait s'en persuader, le I de l'article 12 précise en matière comptable que

⁸⁷¹ Sur cette notion, v. BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, 1999

⁸⁷² Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985

⁸⁷³ On verra cependant que si les instruments sont proches, ils ne sont pas semblables puisque la fiducie est un mécanisme contractuel tandis que le trust naît d'un acte unilatéral de volonté

⁸⁷⁴ Art. 2011 du Code civil & loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12

« les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation. »

Il résulte de ces textes que le législateur a bien introduit la notion de patrimoine d'affectation tant en droit comptable qu'en droit fiscal mais n'a fait que la suggérer en droit civil. En effet, l'expression patrimoine d'affectation n'apparaît dans aucun des textes introduit dans le Code civil par la loi instituant la fiducie. Cet « oubli » n'est pas anodin puisqu'il permet d'intégrer au droit positif un instrument d'un type nouveau sans pour autant bousculer totalement la doctrine civiliste française héritée d'Aubry & Rau. Par ailleurs, s'il est question d'un transfert de biens, le terme « *transfert de propriété* » n'est jamais utilisé. Le sort de la propriété fiduciaire est d'autant plus complexe⁸⁷⁵ que dans une décision rendue le 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel⁸⁷⁶ juge contraire à la constitution l'article 16 de la loi⁸⁷⁷ tendant à favoriser l'accès au crédit des PME, lequel complétait l'article 2011 du Code civil par une disposition aux termes de laquelle « *le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ». La motivation de ce jugement réside dans l'absence de lien « *même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* » et ne préjuge pas de la qualité du patrimoine fiduciaire.

Or, comment le fiduciaire pourrait-il gérer des biens sans en avoir la maîtrise, sachant que ces biens sont sortis du patrimoine du constituant ? On conçoit difficilement quels sont les droits dont pourrait-être titulaire le fiduciaire l'autorisant à gérer, voire aliéner,

⁸⁷⁵ *Le voile n'est pas levé sur la propriété fiduciaire*, Revue fiduciaire, Dépêche du 22 octobre 2009

⁸⁷⁶ Conseil constitutionnel, 14 octobre 2009, n°2009-589 DC; JO 20 octobre 2009, p. 17412

⁸⁷⁷ Celui-ci tendait à modifier la définition de la fiducie afin de rendre l'instrument conforme à la finance islamique et notamment à l'émission de sukuk. Le Rapport au Sénat, n°442, 2008-2009, *fait au nom de la commission des finances, déposé le 27 mai 2009* dans le cadre d'une proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises précise en effet en page 8 que l'objectif est de « *permettre à la place de Paris d'accueillir plus commodément des fonds en provenance notamment du Moyen-Orient susceptibles de s'investir selon les techniques de la finance islamique, et offrir ainsi la possibilité aux établissements financiers français de développer l'émission d'instruments financiers, tels que les sukus* » ; v. RAYNOUARD Arnaud, *Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 3, 22 Janvier 2010, 1014 ; Sur la compatibilité de la fiducie aux exigences de la finance islamique, v. CHARLIN Jacques, *Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara . - À propos de la finance islamique*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 38, 18 Septembre 2009, 1270

ce patrimoine si ce n'est un droit de propriété. Cette nécessité juridique plaide en faveur de la reconnaissance d'un transfert de propriété. Cependant, le droit de propriété dont bénéficie le fiduciaire est dénaturé car d'une part, il est temporaire, le contrat de fiducie étant limité dans le temps,⁸⁷⁸ et d'autre part, car le fiduciaire ne peut jouir du patrimoine fiduciaire pour lui-même mais doit agir dans un but déterminé au profit d'un tiers bénéficiaire.

Sous section 1. Les contours de la fiducie

Le contrat de fiducie est un contrat translatif de propriété dont la spécificité tient tant dans ses objectifs que dans sa formation (§2.) ; La délimitation très stricte des finalités admises de l'opération donne naissance à une fiducie dont le champ *rationae personae* (§1.) laisse apparaître une distinction des personnes concernées, marque de la distinction des marchés du droit.⁸⁷⁹ Contrat spécial, la fiducie connaît un encadrement strict non seulement des parties pouvant intervenir à l'opération, mais aussi de son contenu (§3.).

§1. Les acteurs de la fiducie

Le principe d'autonomie de la volonté forme le socle du droit des contrats,⁸⁸⁰ et il résulte de la liberté contractuelle le libre choix du cocontractant.⁸⁸¹ Cette liberté de choix doit cependant être nuancée puisqu'elle n'est pas le fondement unique des textes du Code civil régissant le contrat. Certains contrats dits spéciaux sont en effet soumis au droit général des contrats et à un corps de règles particulières dont elles précisent le fonctionnement et imposent les règles.⁸⁸² La fiducie, *contrat spécial*, connaît ainsi des

⁸⁷⁸ Limitée à 33 ans par la loi du 19 février 2007 afin d'éviter le gel des patrimoines pendant une durée trop longue, la durée du contrat de fiducie est portée à 99 ans par la loi du 4 août 2008 revenant ainsi sur l'amendement n°4 rect. déposé par M. Robert Badinter et adopté par le Sénat le 17 octobre 2006

⁸⁷⁹ ROCHFELD Judith, *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, RTD Civ. 2007 p. 412

⁸⁸⁰ Puisque l'article 1134 du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »

⁸⁸¹ CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2002, p.15

⁸⁸² BENABENT Alain, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2004, p 3 s.

limites tenant au choix des parties lesquelles sont énumérées par la loi et en dehors desquelles la fiducie serait frappée de nullité. Contrat généralement tripartite (A.), la fiducie peut avoir recours à un quatrième acteur (B).

A – Les acteurs classiques de la fiducie

Si la désignation du bénéficiaire (1) de la fiducie apparaît comme étant assez libre, la loi du 19 février 2007⁸⁸³ pose des restrictions quant à la qualité et du constituant (2) et du fiduciaire (3), lesquelles sont motivées par le souci d'éviter que la fiducie ne soit utilisée pour financer des activités illicites ou à des fins de blanchiment de capitaux. Ainsi la qualité de constituant ou de fiduciaire est-elle été réservée aux résidents de pays pratiquant l'échange d'informations avec la France.

1. Le bénéficiaire

On l'a vu, la fiducie est *l'opération par laquelle un constituant transfère des biens à un fiduciaire qui agit au profit d'un bénéficiaire*. La qualité de ce dernier est en réalité intimement liée aux objectifs que peut poursuivre la fiducie. L'article 2013 du Code civil prohibe à peine de nullité les fiducies-libéralités si bien que la fiducie ne saurait être utilisée comme un instrument d'optimisation successorale et que la qualité du bénéficiaire s'en retrouve évidemment affectée. Le législateur a en effet exclu la fiducie en matière de transmission afin d'éviter le contournement de dispositions d'ordre public du droit des successions⁸⁸⁴ et notamment celui de la réserve héréditaire.⁸⁸⁵ La raison de l'interdiction de la fiducie-libéralité est aussi à rechercher dans la préexistence de fiducies innommées *c'est-à-dire qui n'en ont pas la dénomination mais dont le régime en a tous les traits*⁸⁸⁶ traduite par l'extension du

⁸⁸³ L'article 13 précise en effet que « *Le constituant et le fiduciaire doivent être résidents d'un État de la Communauté européenne, ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale* ».

⁸⁸⁴ Rép. Morel-A-L'Huissier, n°100604, JO AN 5 décembre 2006, p. 12779

⁸⁸⁵ TRIPET François, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gazette du Palais, 20 octobre 2006, p. 6 à 10

⁸⁸⁶ BARRIERE François, *Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007 (première partie)*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2007, n°4, p. 440

domaine des substitutions fidéicommissaires⁸⁸⁷ ainsi que par la codification des libéralités « *de residuo* »⁸⁸⁸ et la réforme du droit des successions et des libéralités.⁸⁸⁹ Ces fiducies innommées ne suffisent cependant pas à combler l'espace inoccupé par la fiducie car ainsi que le notent Jean-Pierre Le Gall et Gauthier Blanluet, « *la souplesse et l'efficacité de l'institution fiduciaire ne sont pas imitables* ». Il faudra nécessairement selon ces auteurs que la fiducie-libéralité soit reconnue en tant que telle, car « *l'un des intérêts essentiel de l'institution, sinon son intérêt essentiel, réside dans son utilisation dans un contexte successoral* ». Il est en effet permis de douter que les mécanismes très limités que constituent les libéralités graduelles et résiduelles, puissent « *soutenir la comparaison, en termes d'efficacité* », avec la fiducie transmission qui conduit, à mettre des biens, droits et sûretés dans un patrimoine d'affectation à l'abri des créanciers et de laisser au fiduciaire des pouvoirs suffisamment étendus pour s'adapter à toutes les situations.⁸⁹⁰

Une fiducie libéralité serait en réalité fiscalement plus avantageuse que les libéralités graduelles ou résiduelles⁸⁹¹ dans la mesure où pour ces dernières, deux mutations taxables apparaissent à deux moments différents, alors que dans la fiducie il n'existerait qu'une mutation taxable lors de la mise en fiducie des biens.⁸⁹² La prohibition de la fiducie libéralité n'exclut pas pour autant du bénéfice de la fiducie les

⁸⁸⁷ A présent dénommées libéralités graduelles dont le régime introduit par l'article 20 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 est codifié aux articles 1048 à 1056 du Code civil. Les substitutions fideicommissaires constituent une résurgence de la fiducie sous l'Ancien Régime. Il s'agit d'une « *disposition [...] par laquelle le disposant charge la personne gratifiée (dite grevé) de conserver toute sa vie les biens à elle donnés ou légués en vue de les transmettre à son décès à une autre personne (dite appelé) désignée par le disposant lui-même* » : CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° substitution. Ces substitutions furent interdites dans le Code Napoléon (C. civ. 896 al 1) en raison de leur utilisation par les aristocrates et du caractère immobilisé qu'il confère à la propriété. « *Les substitutions, qui conservent les biens dans les familles, seront très utiles dans ce gouvernement (la monarchie) quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres.[...] Les substitutions gênent le commerce* » MONTESQUIEU Charles, *De l'esprit des lois*, livre V, ch. 9, Firmin Didot, Paris, 1867, p.48 s.

⁸⁸⁸ Ou libéralités résiduelles dont le régime est défini aux articles 1057 à 1061 du Code civil

⁸⁸⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités; MALAURIE Philippe, *La réforme des successions et des libéralités*, Répertoire Defrénois 2006, art. 38482, p. 1719 s. ; v. op. cit. Rapport AN n° 3655 sur la proposition de loi Sénat instituant la fiducie.

⁸⁹⁰ TRIPET François, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gazette du Palais, 2006, 2, p. 3092.

⁸⁹¹ Dont le régime fiscal favorable est prévu par l'article 784 C du Code général des impôts

⁸⁹² C'est un raisonnement de ce type qui avait tenu à l'occasion du projet de loi avorté instituant la fiducie et déposé en 1992 (Cf. art. 17) ; Droit Fiscal 1992, p. 572 ; LE GALL Jean-Pierre, *Le concept de la fiducie dans le projet de loi sur la fiducie*, Gazette du Palais 1^{er} et 2 juillet 1992, p.1

héritiers du constituant. Ils ne disposent cependant pas de la qualité de bénéficiaire à proprement parler et ne sont que des bénéficiaires indirects. Dans l'hypothèse du décès de ce dernier avant l'arrivée du terme, la fiducie s'éteint et les biens et droits fiduciaires reviennent à la succession. Par exception, le décès du constituant d'une fiducie sûreté ne conduit pas à son extinction. Par mesure de protection des prêteurs, la fiducie survit au décès du constituant⁸⁹³ et ce n'est qu'à la réalisation des objectifs que les actifs fiduciaires intégreront la succession. Ainsi que l'a précisé l'article 10 - XXIV de l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009,⁸⁹⁴ pour la liquidation des droits de mutation par décès, les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ainsi que les fruits tirés de l'exploitation font de plein droit retour à la succession du constituant, sont compris dans son patrimoine pour leur valeur vénale nette à la date du décès.⁸⁹⁵

La fiducie ne peut remplir que deux desseins : la gestion d'un patrimoine et la constitution d'une sûreté.⁸⁹⁶ Ainsi, dans le premier cas, le bénéficiaire ne peut être que le constituant puisque les libéralités découlant d'une fiducie sont prohibées. Dans le second cas en revanche, le bénéficiaire de la fiducie dépend de l'exécution de l'obligation principale. En effet, le bénéficiaire de la fiducie sera tantôt le créancier du constituant lorsque ce dernier défaille à ses obligations, et tantôt le constituant lui-même lorsqu'il exécute son obligation principale. On le voit, le bénéficiaire est encadré limitativement par la loi et cette restriction marque aussi les autres acteurs de la fiducie.

Contrairement au *beneficiary* du trust qui dispose d'une propriété économique ou *beneficial ownership*, le bénéficiaire de la fiducie ne dispose pas d'un droit de propriété sur les biens mis en fiducie puisqu'il n'est pas en principe partie au contrat

⁸⁹³ Article 2372-1 al. 2 du Code civil

⁸⁹⁴ Article 766 du Code général des impôts

⁸⁹⁵ *Modalités d'imposition aux droits de succession des biens ou droits transférés par des particuliers dans un patrimoine fiduciaire*, La Revue Fiscale Notariale n° 5, Mai 2009, comm. 86

⁸⁹⁶ BARRIERE François, *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, JCP E 2008, n° 35, act. 385

de fiducie.⁸⁹⁷ En effet, rien n'indique dans les textes que ce dernier bénéficie d'un tel droit avant le dénouement de l'opération et l'on ne peut que considérer qu'il est titulaire d'un droit de créance. Il en résulte qu'une personne peut se retrouver bénéficiaire à son insu sans remettre en cause la validité du contrat de fiducie dès lors qu'elle ne met pas d'obligations à sa charge. S'il n'est pas partie au contrat, le bénéficiaire n'est pas non plus un tiers à l'opération puisqu'il bénéficie d'une stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil.⁸⁹⁸ La fiducie naît d'une convention entre le constituant et le fiduciaire aussi le contrat donne-t-il naissance à des droits personnels et non réels ainsi, le bénéficiaire d'une fiducie ne dispose-t-il que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire si bien qu'en cas de faillite du fiduciaire, le bénéficiaire se retrouve dans la situation d'un créancier chirographaire. La limitation légale de la qualité de fiduciaire à des personnes théoriquement solvables trouve ici une importante justification. On notera à ce titre l'incompatibilité du droit français à la charia qui impose que les bénéficiaires aient la propriété du bien ou soient les titulaires d'un droit assimilable à un droit réel. Une fois encore, le trust semble plus adapté aux besoins d'une économie mondialisée dans laquelle la finance islamique joue un rôle non négligeable.

2. Le constituant

L'article 238 quater A du Code général des impôts⁸⁹⁹ définit le « *constituant* » comme étant la personne titulaire des droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire. Contrairement à la limitation stricte du bénéficiaire, les limites tenant au constituant ont subi une rapide évolution depuis 2007.⁹⁰⁰ En effet, l'article

⁸⁹⁷ Partant de la faiblesse des prérogatives du fiduciaire, une partie de la doctrine considère cependant que la fiducie ne devient parfaite que lorsqu'elle a été acceptée par le bénéficiaire dans la mesure où elle devient irrévocable sans l'accord de ce dernier ou du juge, v. BERAUDO, Jean Paul, La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française, p. 131

⁸⁹⁸ Par voie de conséquence, son acceptation rend son droit irrévocable. L'alinéa 2 de l'article 2028 du Code civil dispose en effet « *qu'après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice* ».

⁸⁹⁹ Introduit par l'article 10, XIII, de l'ordonnance n°112-2009

⁹⁰⁰ Il est intéressant de constater à ce titre que cette évolution se fit en sens inverse que celle que l'on avait pu constater entre les projets de loi de 1992 et 1994. En effet, si le projet de loi déposé à l'Assemblée nationale en 1992 ouvrait la fiducie tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, l'avant projet de loi retiré de l'ordre du jour du Conseil des ministres en 1994 réservait la qualité de constituant aux seules personnes morales

2014 du Code civil introduit par la loi du 19 février 2007 réservait la qualité de constituant à la seule catégorie des personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. L'interdiction, très critiquée,⁹⁰¹ faite aux personnes physiques et aux personnes morales non assujetties à l'impôt sur les sociétés fût sans doute la raison du succès limité recueilli par la fiducie balbutiante que le législateur avait prématurément enfermée *dans une camisole*⁹⁰² la privant ainsi de l'espace vital dont elle avait besoin pour s'épanouir. L'heureuse abrogation de l'article 2014 par l'article 18 de la loi de modernisation de l'économie⁹⁰³ mit fin à ce malheureux écueil et permit notamment aux entrepreneurs personnes physiques d'utiliser la fiducie pour affecter certains de leurs biens à leur exercice professionnel ou de *déconsolider comptablement* certains biens du bilan.⁹⁰⁴

L'abrogation de l'ancien article 2014 du Code civil par la loi du 4 août 2008 eût pour effet d'ouvrir la fiducie à toutes les personnes morales⁹⁰⁵ mais aussi d'en restreindre l'accès aux seules personnes physiques majeures capables de contracter⁹⁰⁶ puisque le contrat de fiducie conduit à un transfert de propriété. Ainsi, un mineur ne peut pas être

⁹⁰¹ PIEDELIEVRE Stéphane, *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal. 26 mai 2007, n°146, p. 2 ; HOHL Bertrand, *Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2052 ; HOHL Bertrand, Intervention au colloque du Magistère de juriste d'affaires-DJCE de Paris II, *La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires*, 29 juin 2007 ; LEROYER Anne-Marie, *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, RTD Civ.2009, p.381

⁹⁰² BLANLUET Gauthier & LE GALL Jean-Pierre, *La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 7 Septembre 2007, 1241

⁹⁰³ v. Projet de loi de modernisation de l'économie (n°842), amendement n°458 autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour permettre aux personnes physiques de constituer une fiducie & Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art 18 : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, les mesures nécessaires pour : 1° Prendre des dispositions complémentaires à celles prévues aux I à III, afin [...] et de permettre aux personnes physiques de constituer une fiducie à titre de garantie ou à des fins de gestion, à l'exclusion de la fiducie constituée à titre de libéralité, dans le respect des règles applicables aux successions et aux libéralités, et des régimes de protection des mineurs et des majeurs.* »

⁹⁰⁴ PANDO Annabelle, *La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques*, Les petites affiches, 23 janvier 2009 n°17, p. 3

⁹⁰⁵ La seule restriction touchant les personnes morales concerne désormais la localisation de leur siège social qui doit être situé dans un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale et pratiquant l'échange d'information

⁹⁰⁶ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art 18 - 10° « *Après l'article 408, dans sa rédaction résultant de l'article 6 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, il est inséré un article 408-1 ainsi rédigé : Art. 408-1.-Les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire.* »

partie à un contrat de fiducie et l'interdiction posée est telle qu'elle interdit aux représentants légaux de transférer les biens ou droits d'un mineur en fiducie.⁹⁰⁷ S'agissant des majeurs protégés, il est interdit au majeur en curatelle de conclure un contrat de fiducie sans l'assistance de son curateur⁹⁰⁸ et au tuteur du majeur en tutelle de conclure un tel contrat quand bien même il bénéficierait de l'autorisation du conseil de famille.⁹⁰⁹ Enfin, conduisant à un acte de disposition, les époux ne peuvent l'un sans l'autre transférer des biens de la communauté en fiducie.⁹¹⁰

3. Le fiduciaire

Si le constituant peut revêtir la qualité de bénéficiaire, la confusion de qualité de constituant et de fiduciaire est impossible. L'article 2011 du Code civil impose en effet que les biens mis en fiducie soient transférés à un fiduciaire de sorte que le constituant perde ses droits sur les biens transférés.⁹¹¹ Aussi, nul ne peut se constituer fiduciaire de ses propres biens sans contrarier cette disposition impérative.⁹¹² On le voit, le fiduciaire est une personne indispensable à la fiducie et le contrat doit nommer un ou plusieurs fiduciaires. Dans l'hypothèse d'une pluralité de fiduciaires, ceux-ci sont solidairement responsables du fait de la nature commerciale de la fiducie ; il importe dès lors de déterminer leur qualité ainsi que l'étendue de leurs droits et obligations.

Alors que le premier alinéa de l'article 2015 du Code civil réservait la qualité de fiduciaire aux seules institutions financières en ces termes : « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du*

⁹⁰⁷ Article 408-1 du Code civil introduit par l'article 18 de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008

⁹⁰⁸ Article 468 alinéa 2 du Code civil

⁹⁰⁹ Article 509, 5° du Code civil

⁹¹⁰ Article 1424 du Code civil

⁹¹¹ Le constituant peut néanmoins contourner cette difficulté en ne transférant qu'un droit démembré ou en introduisant une mention dans le contrat de fiducie en vertu de laquelle un bien déterminé sera donné en location ou mis gratuitement à la disposition du constituant. Une telle mention constitue une limite incontournable aux pouvoirs du fiduciaire.

⁹¹² Le trust permet en revanche cette confusion des qualités

même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances », la loi du 4 août 2008, et l'ordonnance du 30 janvier 2009⁹¹³ en ajoutant un second alinéa à cet article, ont également ouvert cette faculté aux avocats. Le titre II du rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 30 janvier 2009 résume les missions de l'avocat en matière de fiducie précisant que « *leur très bonne connaissance du droit des obligations leur permettra d'élaborer des contrats de fiducie innovants, gage de croissance de ce mécanisme juridique. Leur déontologie constituera une importante garantie pour les constituants et les bénéficiaires* ».

Cette ouverture n'est pas une nouveauté car, depuis longtemps déjà, la déontologie de l'avocat lui permettait d'être fiduciaire ou *trustee* dans une institution de droit étranger. En effet, le paragraphe 6.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat dispose que l'avocat « *peut exercer des missions pour le compte de personnes physiques ou morales agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation* ». Avant la promulgation du règlement intérieur national, celui du barreau de Paris, au paragraphe 3.26, contenait des dispositions encore plus précises.⁹¹⁴ Ainsi, les membres de la profession d'avocat peuvent désormais avoir la qualité de fiduciaire à compter du 1^{er} février 2009,⁹¹⁵ le contrat de fiducie prenant fin en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau de l'Ordre de l'avocat fiduciaire.⁹¹⁶

Enfin, les avocats fiduciaires ne disposant pas d'une surface financière équivalente à celle des établissements de crédit, l'avocat doit justifier d'une garantie financière en cas de mise en jeu de sa responsabilité civile professionnelle⁹¹⁷ laquelle fait désormais l'objet d'une assurance particulière.⁹¹⁸ Le décret du 23 décembre 2009⁹¹⁹ a prévu à cet

⁹¹³ **Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie**

⁹¹⁴ V. UETTWILLER Jean-Jacques, *Avocat et fiducie*, Droit & Patrimoine, mars 2009, n°179, p. 26

⁹¹⁵ Amendement Béteille n°211 adopté par le Sénat le 24 juin 2008

⁹¹⁶ Art. 2029, al. 2 du Code civil

⁹¹⁷ Art. 2026 du Code civil

⁹¹⁸ Article 27 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi LME

⁹¹⁹ **Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats, JORF** 26 Décembre 2009, précise les obligations d'assurance de responsabilité, de déclaration préalable de l'exercice de l'activité et Obligation de tenue d'une comptabilité séparée de l'avocat ; v. not. *Exercice de la fiducie par les avocats*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 11 Janvier 2010, 7 ; SAND Clarisse, *Dernières*

effet des dispositions visant à assurer l'effectivité de ces précautions. Ainsi, l'avocat qui souhaite exercer en qualité de fiduciaire doit, préalablement à toute activité de ce type, en informer par écrit le Conseil de l'ordre dont il relève et joindre à sa déclaration une attestation de souscription des assurances spéciales. Enfin, le règlement intérieur national modifié en assemblée générale des 3 et 4 avril 2009 précise que l'avocat fiduciaire reste soumis aux devoirs de son serment et aux principes essentiels de sa profession. Ainsi, il ne peut exercer une activité incompatible avec sa profession. Il ne pourrait pas par exemple exploiter directement un fonds de commerce, ce qui ne l'empêche pas de désigner dans les formes légales les tiers exploitants ou mandataires qui gèreront directement le patrimoine fiduciaire. L'article 2018 du Code civil prévoit que l'étendue des pouvoirs du fiduciaire est contractuellement précisée, ce qui signifie qu'il ne peut aliéner des éléments du patrimoine fiduciaire sans que cette faculté lui ait été expressément reconnue. Cependant, dans ses rapports avec les tiers,⁹²⁰ le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire ; les tiers peuvent en effet considérer de manière abstraite que le fiduciaire peut aliéner toutes les composantes du patrimoine qui lui a été confié. Au-delà des missions dont l'étendue dépend de la volonté des parties, le fiduciaire est soumis à diverses obligations d'ordre fiscal. Ainsi, que le précise l'article 223 VH du Code général des impôts, le fiduciaire doit souscrire une **déclaration d'existence**⁹²¹ dans les conditions et délais fixées par le décret n°2007-725.

D'une part, la déclaration doit comporter les noms et adresses des constituants, ainsi que les nom, adresse et signature du fiduciaire ou, en cas de pluralité de fiduciaires, « *de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie* ». Mais elle doit aussi comporter la dénomination exacte de la fiducie, son objet, ainsi que les biens, droits ou sûretés transférés. Enfin, la déclaration doit faire mention de « *la date d'effet de l'événement, objet de la formalité* ». D'autre part, le décret prévoit que la déclaration doit être déposée dans les quinze jours de la création

précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats - À propos du décret du 23 décembre 2009, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 25 Janvier 2010, 76

⁹²⁰ Article 2023 du Code civil

⁹²¹ Prévues à l'article 6 de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 ; *Déclaration d'existence de la fiducie*, Droit fiscal n° 20, 18 Mai 2007, act. 508

de la fiducie auprès du service des impôts du lieu d'établissement ou du siège du fiduciaire.⁹²² L'article 2019 du Code civil disposant que le contrat de fiducie doit être enregistré dans un délai d'un mois à compter de sa signature, on peut légitimement penser que l'existence de deux délais différents laisse supposer qu'il s'agit de deux formalités distinctes.⁹²³

Le fiduciaire est également tenu aux obligations déclaratives qui incombent normalement aux sociétés soumises au régime fiscal des sociétés de personnes défini à l'article 8 ainsi que le précise l'article 238 quater M du Code général des impôts. Il est ainsi tenu de déposer au service des impôts dont il dépend une **déclaration n° 2031** récapitulant le **résultat de la fiducie**. Il doit par la même occasion tenir, le cas échéant, un **registre** relatif aux **plus-values en report d'imposition** sur biens non amortissables.⁹²⁴ Afin de garantir le respect de ces règles, l'article 1763 du Code général des impôts précise que le non-respect de ces obligations entraîne l'exigibilité d'une amende fixée à 5 % des sommes omises.

Comme tout commerçant, le fiduciaire est tenu d'établir une comptabilité autonome⁹²⁵ puisque « *les personnes mentionnées à l'article 2015 du code civil établissent des comptes annuels conformément aux dispositions des articles L. 123-12 à L. 123-15 du code de commerce* ». A ce titre il doit enregistrer les mouvements affectant le patrimoine, établir un inventaire annuel ainsi qu'un bilan, un compte de résultat et une annexe,⁹²⁶ l'établissement des comptes doit être régulier, sincère et donner une image fidèle du patrimoine.⁹²⁷ Il est en revanche étonnant de constater d'une part que la loi permet implicitement au fiduciaire de s'affranchir des principes de permanence des méthodes⁹²⁸, de coût historique,⁹²⁹ ou du principe de prudence⁹³⁰ puisqu'elle ne vise qu'une partie des dispositions comptables du Code de commerce et d'autre part que l'avis du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité relatif au traitement comptable des opérations de fiducie ne comble pas cette lacune alors même que le IV

⁹²² Article 238 quater L du Code général des impôts

⁹²³ BERLIOZ Pierre, *Le décret précisant les modalités de déclaration d'existence de la fiducie est paru*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 18 Mai 2007, act. 387

⁹²⁴ Article 54 septies II du Code général des impôts

⁹²⁵ Article 12 de la loi du 19 février 2007

⁹²⁶ Article L. 123-12 du Code de commerce

⁹²⁷ Article L. 123-14 du Code de commerce

⁹²⁸ Article L. 123-17 du Code de commerce

⁹²⁹ Article L.123-18 du Code de commerce

du 12 de la loi de 2007 l'y incitait. Le risque lié à cette lacune est néanmoins limité par la présence d'un commissaire aux comptes de la fiducie ce qui est obligatoirement le cas lorsque le constituant est lui-même⁹³¹ tenu d'en désigner un.⁹³² Le risque est d'autre part limité par l'article L 13 du Livre des procédures fiscales qui permet que soit menée une procédure de vérification de comptabilité.

B – L'acteur optionnel : le tiers protecteur

La confiance se mérite mais elle est parfois limitée à un tel point que le constituant, peut désigner un tiers protecteur du patrimoine fiduciaire. Il peut en effet exister, dans certains cas, un risque de conflit entre les intérêts du fiduciaire et ceux du patrimoine fiduciaire,⁹³³ risque qui peut être réduit par la présence d'un tiers chargé de surveiller les actes du fiduciaire.⁹³⁴ Dépositaire des pouvoirs que la loi accorde au constituant et choisi par celui-ci, le tiers protecteur est chargé de s'assurer de la préservation des intérêts de ce dernier.⁹³⁵ A cet égard, le tiers protecteur tout comme le constituant ou le bénéficiaire pourrait demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou en solliciter son remplacement, ce qui emporterait dessaisissement de plein droit du fiduciaire évincé.⁹³⁶ Directement inspiré du *protector* du *trust* anglo-saxon, cet acteur optionnel⁹³⁷ de la fiducie contrôle la mission du fiduciaire, ce qui offre une protection si essentielle pour le constituant personne physique qu'il ne peut y renoncer ainsi que le précise l'alinéa 2 de l'article 2017 du Code civil introduit par l'article 2 de

⁹³⁰ Article L. 123-21 du Code de commerce

⁹³¹ C'est notamment le cas des SA depuis la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 12 août 1969

⁹³² Article 12 III de la loi du 19 février 2007

⁹³³ Hypothèse où le fiduciaire serait lui-même l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie conclu aux fins de garantie

⁹³⁴ MARINI Philippe, *La fiducie, enfin !*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2050

⁹³⁵ Art. 2017 du Code civil

⁹³⁶ DUPICHOT Philippe, *Opération fiducie sur le sol français*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 22 Mars 2007, act. 134

⁹³⁷ DOUET Frédéric, *Présentation de la loi instituant la fiducie*, Droit de la famille n° 6, Juin 2007, étude 26 ;

l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009.⁹³⁸ Le perpétuel souci d'équilibre commandait en effet « *que la partie réputée faible conserve une liberté d'ordre public de désigner, à tout moment, ce tiers : car, le protecteur du constituant personne physique sera souvent le seul véritablement compétent pour contrôler l'action d'un fiduciaire professionnel* ». ⁹³⁹**La fonction de protecteur peut être exercée par toute personne qui aura la confiance du constituant de la fiducie dans la mesure où les textes ne définissent pas la qualité des personnes susceptibles d'être désignées.** Aussi, une telle fonction pourrait être exercée par des membres d'une profession juridique réglementée.

§2. La formation et l'extinction de la fiducie

Nous envisagerons successivement la formation de la fiducie (A) avant d'étudier son extinction (B).

A – Une formation formaliste

Conformément à l'adage de Loysel selon lequel « *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* », le droit français⁹⁴⁰ des contrats est fondé sur le principe du consensualisme, conséquence de la liberté contractuelle. Il existe par exception des contrats marqués par un important degré de formalisme ce qui présente l'avantage d'attirer l'attention des parties sur la portée et l'étendue de leurs engagements respectifs. Comme le remarque François Terré, ce n'est que trop fréquemment que le formalisme contractuel est assimilé à un acte notarié.⁹⁴¹ Si tel était le cas, ce n'est que dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté constituée par des époux mariés sous le régime de la communauté⁹⁴² qu'interviendrait un acte notarié et par voie de conséquence que

⁹³⁸ NOTTE Gérard, *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 12 Février 2009, act. 74 ; CERLES Alain, *Constituant personne physique*, Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, comm. 60

⁹³⁹ DUPICHOT Philippe, *La fiducie-sûreté en pleine lumière - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 1er Avril 2009, I 132

⁹⁴⁰ Depuis le XVIème siècle avec l'école des glossateurs et des post-glossateurs

⁹⁴¹ TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 8ème édition, 2002, p.145, n°137

⁹⁴² Art. 2012 al. 2 du Code civil

la fiducie serait un contrat formel. En réalité, le formalisme contractuel est marqué toutes les fois que la loi exige que figurent dans le contrat des éléments ayant pour but d'avertir les cocontractants afin qu'ils s'engagent en pleine connaissance de cause,⁹⁴³ c'est généralement le cas dès lors que les parties se trouvent en situation d'inégalité potentielle. La volonté des parités à la fiducie devant s'extérioriser à travers une forme imposée à peine de nullité, le contrat de fiducie est bien un contrat solennel en toutes hypothèses et requiert systématiquement un écrit.⁹⁴⁴

L'introduction du mécanisme en droit français est marquée par un esprit d'équilibre soucieux d'allier formalisme et liberté contractuelle. Equilibre tout d'abord car le mécanisme est protecteur des droits des créanciers qui disposent de l'action paulienne pour faire échec à la sortie frauduleuse de biens du patrimoine du constituant. Formaliste ensuite puisque la création d'une fiducie nécessite tant un enregistrement et que des mentions requises à peine de nullité. Si ce formalisme est protecteur de l'ordre public, ces contraintes permettent aussi de lutter contre la fraude fiscale en proscrivant les fiducies libéralités ou contre le blanchiment en réservant la qualité de fiduciaire à des personnes soumises à des obligations de déclaration.

Plus lourdes que celles du gage, les formalités de constitution de la fiducie imposent à peine de nullité que le contrat de fiducie et ses avenants soient enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date à l'administration fiscale.⁹⁴⁵ Le fiduciaire est par ailleurs tenu de procéder à une déclaration d'existence de la fiducie dans les quinze jours de sa création,⁹⁴⁶ conformément au décret n°2007-725 du 22 mai 2007. Lorsqu'il porte sur des immeubles, le contrat doit être publié dans les conditions des articles 647 à 657 du Code général des impôts c'est-à-dire conformément aux règles de la formalité

⁹⁴³ Tel est à titre d'exemple le cas des donations (art. 931 du Code civil), du contrat de mariage (art. 1594 du Code civil), de l'hypothèque (art. 2127 du Code civil), de la vente de fonds de commerce (L. 141-1 du Code de commerce) ainsi que de la plupart des contrats portant sur un immeuble.

⁹⁴⁴ BARRIERE François, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2053 ; AYNES Laurent, *La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?*, Recueil Dalloz 2007, p.961, n°8

⁹⁴⁵ TORCK Stéphane, *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*, Revue de droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2008, étude 2

⁹⁴⁶ Sur un formulaire homologué conforme aux articles 371 AL et 371 AM de l'annexe II au Code général des impôts.

fusionnée.⁹⁴⁷ Cette exigence de publicité de la convention initiale⁹⁴⁸ n'est pas la seule marque du formalisme du contrat de fiducie. En effet, on retrouve ce formalisme dans le contenu même du contrat de fiducie puisque ce dernier doit déterminer à peine de nullité⁹⁴⁹ les biens, droits ou sûretés transférés, la durée du transfert,⁹⁵⁰ l'identité des parties⁹⁵¹ ainsi que la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs. Enfin, lorsque la fiducie est consentie à titre de garantie, le contrat doit, à peine de nullité, mentionner la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit cédé.⁹⁵²

B - Extinction de la fiducie

Le contrat de fiducie prend fin pour cause de révocation ou d'extinction de plein droit. Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant dès lors que le contrat n'a pas été accepté par le bénéficiaire. En pareil cas, il n'est pas tenu de justifier sa décision. Mais la révocation peut aussi intervenir du fait d'une décision judiciaire. Cette décision judiciaire peut intervenir lorsque le contrat procède d'une intention libérale, lorsqu'il ne comprend pas les mentions obligatoires ou lorsqu'il n'est pas enregistré dans les délais.

Le contrat de fiducie peut aussi s'éteindre de plein droit en cas de survenance du terme, de réalisation des objectifs poursuivis, de renonciation au contrat par l'unanimité des bénéficiaires⁹⁵³ ou de décès du constituant. Par mesure de protection des prêteurs, l'article 138 de la loi 2009-112 du 12 mai 2009 codifié à l'article 2372-1 al. 2 du Code civil prévoit néanmoins que le décès du constituant ne saurait mettre fin à la fiducie sûreté. La fiducie s'éteint enfin de plein droit et à défaut de clause contraire en cas de dissolution ou de liquidation judiciaire du fiduciaire, lorsque ce dernier disparaît à la

⁹⁴⁷ La formalité de l'enregistrement et la formalité de publicité foncière sont fusionnées pour la plupart des actes publiés au fichier immobilier.

⁹⁴⁸ Art. 2019 du Code civil

⁹⁴⁹ Art. 2018 du Code civil

⁹⁵⁰ Qui ne peut excéder 99 ans

⁹⁵¹ A défaut d'identification du bénéficiaire futur, le contrat doit donner les règles de désignation de ce dernier

⁹⁵² Art. 2372-2 & 2488-2 du Code civil

⁹⁵³ Article 2029 du Code civil

suite d'une cession ou d'une absorption ou lorsque le fiduciaire avocat fait l'objet d'une mesure d'interdiction.

Sous section 2. Le contenu et les finalités de l'instrument

Nous étudierons dans un premier temps les éléments susceptibles d'intégrer le patrimoine fiduciaire (§1) avant d'étudier les utilités pratiques de l'instrument (§2).

§1. Le contenu de la fiducie

L'intégration de la fiducie dans le livre III du Code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* » ne laisse guère de place au doute sur l'existence du transfert de propriété opéré par la fiducie. Il est cependant nécessaire de connaître l'objet de ce transfert ainsi que les limites frappant les prérogatives dont dispose le fiduciaire à l'égard de ce patrimoine affecté. Le contrat doit impérativement contenir les prérogatives du fiduciaire sur les biens mis en fiducie,⁹⁵⁴ lesquels doivent être déterminés ou déterminables s'ils sont futurs.⁹⁵⁵ La fiducie permet le transfert de biens, de droits et de sûretés ou d'un ensemble de biens de droits et de sûretés ainsi que le précise l'article 2011 du Code civil. Il est dès lors nécessaire de se pencher sur les éléments constituant le patrimoine fiduciaire. Tant dans leur aspect positif (A) que sous leur angle négatif (B).

A – Le contenu positif de la fiducie

Le premier élément susceptible d'intégrer le patrimoine fiduciaire est un bien. Il n'existe pas de définition légale du bien mais une définition doctrinale selon laquelle un bien est une chose appropriable⁹⁵⁶ qui fait l'objet d'un droit patrimonial d'appropriation. C'est un bien au sens classique, corporel ou incorporel, susceptible d'être approprié. Il ne s'agit pas seulement d'un bien appropriable, mais surtout d'un

⁹⁵⁴ Article 2018-6° du Code civil

⁹⁵⁵ Article 2018-1° du Code civil

⁹⁵⁶ Par opposition aux *res nullius*, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 12 novembre 1986, n°84-137.48; aux *res derelictae*, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, n°97-171.45

bien qui fait effectivement l'objet d'un rapport d'appropriation. Il apparaît que les biens intégrant la fiducie peuvent être des biens futurs. Cette dernière donnée permet de conclure au possible dynamisme de la fiducie dont le patrimoine peut évoluer dans le temps.

Le second élément fait apparaître que les droits peuvent aussi intégrer le patrimoine fiduciaire. Cette mention expresse des « *droits* » introduit dans le texte une ambiguïté quelque peu inquiétante puisque les droits, à l'exception du droit de propriété,⁹⁵⁷ constituent à l'évidence des biens. En effet, on voit mal comment un droit de créance, un droit intellectuel ou des droits sociaux peuvent ne pas constituer des biens. La variété des droits qui peuvent être remis en fiducie est considérable puisque la loi ne pose aucune restriction en la matière. Peuvent en tout état de cause être remis en fiducie des droits de créance (quand bien même il s'agirait d'une créance future),⁹⁵⁸ des droits intellectuels, mais il peut aussi s'agir des droits à polluer issus du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 ainsi que l'a précisé le rapporteur au Sénat.⁹⁵⁹

Le dernier élément intégrant la fiducie est une sûreté. Ici encore, la redondance est surprenante puisque les sûretés s'analysent toujours en droits personnels ou en droits réels. Il semble cependant, à la lecture des travaux préparatoires de la loi de 2007, que cette redondance soit volontaire et destinée à rassurer les milieux économiques sur l'introduction de la fiducie-sûreté.⁹⁶⁰ Il peut ainsi s'agir de sûretés réelles (hypothèque, gage, nantissement ...) ou de sûretés personnelles (cautionnement, garantie autonome ou lettre d'intention). Reste que la fiducie peut être constituée par un ensemble de biens de droits ou de sûretés assurant la possibilité d'un transfert d'universalité lesquelles peuvent contenir des charges dont il est nécessaire de définir le traitement.

⁹⁵⁷ Le droit de propriété ne traduit pas un bien mais la relation liant un bien à celui auquel il appartient

⁹⁵⁸ Exception faite des créances hypothétiques, une créance future peut être transférée en fiducie. Il peut s'agir d'une créance non encore liquide (Cour d'Appel de Paris 5 mai 1959, D. 1959, p. 304) ou d'une créance reconnue par une sentence arbitrale même si celle-ci fait l'objet d'un appel et n'est pas exécutoire (Cour d'Appel de Paris 13 février 2003, Gazette du Palais 2003, p.1852)

⁹⁵⁹ RICHEMONT Henri (de), *Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie* (n° 11, 2006-2007), 11 octobre 2006, p. 36

⁹⁶⁰ LIBCHABER Rémy, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 – 1^{ère} partie*, Répertoire du notariat Defrénois, 30 août 2007, n°15, p.1094

B- Le contenu négatif de la fiducie

Les dettes nées de la gestion du patrimoine fiduciaire tombent naturellement dans le patrimoine correspondant en raison de l'autonomie relative du patrimoine d'affectation. L'article 2025 al. 1^{er} du Code civil pose à cet effet le principe du droit de gage limité au patrimoine fiduciaire puisque « *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion des biens* ». Le patrimoine fiduciaire n'est pas pour autant parfaitement imperméable. Ce patrimoine d'affectation est effectivement d'une autonomie relative encore bancaire par rapport à la théorie du patrimoine d'affectation germanique.⁹⁶¹ Alors que le patrimoine d'affectation de droit allemand est marqué par une véritable étanchéité, la fiducie introduite en droit français est marquée par une certaine perméabilité entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel du fiduciaire et entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine du constituant. Les dispositions précisant que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire⁹⁶² ainsi que celles interdisant⁹⁶³ au créancier du constituant de saisir le patrimoine fiduciaire⁹⁶⁴ sont autant d'indices de l'étanchéité qui existe entre les patrimoines. Le reste des dispositions laisse en revanche transparaître une porosité totale de ces patrimoines.

En effet, le principe d'autonomie du patrimoine connaît une importante dérogation⁹⁶⁵ dans la mesure où les créances nées du chef du fiduciaire *ès qualités*, en cas « *d'insuffisance du patrimoine fiduciaire* », ouvrent un droit d'action contre le patrimoine du constituant ou, si le contrat de fiducie l'a stipulé, contre celui du fiduciaire.⁹⁶⁶ Le créancier bénéficie ainsi d'un droit d'action subsidiaire, exception faite du renoncement par lui de son droit d'agir contre le constituant ou le fiduciaire.⁹⁶⁷ Cette

⁹⁶¹ Développée par Aloïs von Brinz

⁹⁶² Art. 2024 du Code civil

⁹⁶³ Hormis les cas de fraude

⁹⁶⁴ Art. 2025 al 1^{er} du Code civil

⁹⁶⁵ Art. 2025 alinéa 2 du Code civil

⁹⁶⁶ BARRIERE François, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2053

⁹⁶⁷ Son droit d'action se limitant alors contre le seul patrimoine fiduciaire

perméabilité peut s'avérer dangereuse car le constituant se trouve engagé par des actes auxquels il n'a pas consenti. Si le constituant peut interdire, par le biais d'une stipulation contractuelle, au fiduciaire de conclure un contrat avec un tiers sans qu'il l'ait accepté, il s'avère que cette clause est inopposable au créancier de la fiducie si bien que l'inobservation par le fiduciaire de son obligation⁹⁶⁸ ouvre un recours au dit créancier contre le constituant.

Ainsi que le précise l'article 2011 du Code civil, le constituant peut apporter un ensemble de biens de droits et de sûretés à la fiducie et rien n'interdit que ces éléments soient assortis de charges ou d'un passif. Cette possibilité est d'ailleurs prévue par l'article 12-I de la loi du 19 février 2007 qui mentionne un transfert d'éléments d'actifs et de passifs. Il est en effet possible à un associé d'une société de personnes⁹⁶⁹ d'apporter des droits sociaux en fiducie⁹⁷⁰ lesquelles peuvent être représentatifs d'une situation financière préoccupante. S'il ne fait aucun doute que des dettes peuvent être apportées en fiducie dès lors qu'elles sont liées à un actif fiduciaire, il ne semble pas possible de pouvoir transférer une dette ou plusieurs éléments de passifs qui ne soient pas liés à un bien. On peut alors s'interroger sur l'apport par le constituant de biens grevés d'un passif d'une valeur supérieure à la valeur de l'actif apporté.⁹⁷¹ Pour la doctrine, l'apport de telles dettes ne sauraient constituer une « *opération de défaisance* »,⁹⁷² car on voit mal comment elles pourraient être exigibles uniquement sur le patrimoine fiduciaire dans la mesure où le patrimoine du constituant est considéré comme étant le gage des créances nées du chef de la fiducie.⁹⁷³ Le rapport de la commission des finances à l'Assemblée nationale du 1^{er} février 2007⁹⁷⁴ précise

⁹⁶⁸ Cette inobservation permet cependant au constituant d'agir en responsabilité contractuelle

⁹⁶⁹ Société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée

⁹⁷⁰ On exclue ici l'hypothèse d'une opération de défaisance dont l'objet est de réaliser le transfert de dettes vers une structure qui leur est dédiée et à laquelle la fiducie ne saurait donner lieu, v. VAUPLANE Hubert (de), *La fiducie avant la fiducie - Le cas du droit bancaire et financier*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, Septembre 2007, 2051

⁹⁷¹ Qui est possible selon Bruno Gouthière v. GOUTHIERE Bruno & LOPATER Claude, *La fiducie – Mode d'emploi*, Francis Lefebvre 2009, p. 200, n°4600

⁹⁷² KAN-BALIVET Béatrice, *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, N°185 ; VAUPLANE Hubert (de), *La fiducie avant la fiducie - le cas du droit bancaire et financier*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2051

⁹⁷³ Le rapport Richemont préc. envisage d'ailleurs la fiducie comme instrument d'opérations de *defeasance*.

⁹⁷⁴ DE ROUX Xavier, *Rapport à l'Assemblée Nationale au nom de la commission des finances sur la proposition de loi n°3385 instituant la fiducie*, 1^{er} février 2007, n°3655, p.33

cependant que : « [...] l'article 2011 du Code civil permet d'autoriser un transfert de dettes. Rien n'interdit en effet que le patrimoine fiduciaire ne soit composé d'un passif supérieur à son actif ; pour autant, le transfert de dettes ne pourra prendre uniquement la forme d'un transfert d'éléments du passif. De fait, la fiducie pourra être utilisée dans le cadre d'opérations de défaisance,⁹⁷⁵ conférant à un fiduciaire le soin de gérer la dette d'un constituant désireux de se concentrer sur son redressement ». Si les entreprises françaises disposent d'instruments permettant d'améliorer leurs fonds propres en sortant des dettes de leur bilan,⁹⁷⁶ ces instruments sont soumis à des conditions rigides qui ne répondent pas aux attentes des sociétés. On pourrait imaginer que la fiducie puisse servir de véhicule à la défaisance⁹⁷⁷ et constitue une solution pour les entreprises françaises désireuses de se défaire juridiquement d'un passif afin de lever des capitaux à un taux avantageux, mais le caractère limitatif de la liste des biens susceptibles d'être apportés en fiducie semble cependant de nature à empêcher l'utilisation de la fiducie à des fins de défaisance. Les trusts constituent des structures adaptées à ces opérations de financement et de refinancement en permettant notamment de contourner les inconvénients juridiques et fiscaux présentés par les véhicules internes.⁹⁷⁸ L'objectif de barrage aux trusts, omniprésent dans les débats parlementaires semble efficace sur ce point.

⁹⁷⁵La défaisance est l'opération par laquelle une personne morale éteint son obligation à l'égard de ses créanciers en déléguant le service de la dette à un tiers, sortant ainsi de son bilan un passif entachant la présentation des comptes. Cette technique est utilisée, le plus souvent, dans le cadre de financements de grande envergure, nécessitant le recours à un emprunt, que la société financée souhaite masquer. Le désendettement est réalisé par le transfert de la dette et de la garantie y afférente à une structure *ad hoc* laquelle rembourse la dette grâce aux intérêts des biens remis à titre de sûreté.

⁹⁷⁶Comme les fonds communs de créances (FCC) et les GIE

⁹⁷⁷ C'est ce qu'avait d'ailleurs envisagé Claude Ferry au début des années 90. « Réalisée pour la première fois aux Etats-Unis, en 1982, par la société Exxon, l'opération dénommée outre-Atlantique in-substance *defeasance* est une technique d'ingénierie financière qui permet à une entreprise d'extraire une dette de son bilan sans la rembourser elle-même et sans cesser de demeurer juridiquement tenue en tant que débitrice principale. [...] En France, elle pourrait être mise en place de la façon suivante. L'émetteur céderait à titre fiduciaire à une entité juridique distincte un portefeuille de valeurs mobilières produisant, en intérêts et en capital, des flux financiers identiques, notamment quant à leur montant et leur échéance, à ceux de l'emprunt objet de la défaisance. En contrepartie, cette entité s'obligerait à affecter les sommes perçues au remboursement de cet emprunt. » FERRY Claude, « *Défaisance économique* » et fiducie, JCP E n° 6, 7 février 1991, 23

⁹⁷⁸PRATS Jacques, *Trust et patrimoine professionnel : amélioration des fonds propres et défaisance*, Droit & Patrimoine, décembre 2004, n°132

§2. Finalités de la fiducie

Le contrat de fiducie peut être conclu pour trois séries d'objectifs : la constitution d'une sûreté (A), la gestion de biens et droits (B) et enfin la transmission à titre onéreux (C). Si la loi de 2007 prévoyait un cadre juridique unitaire sans distinguer selon les finalités de la fiducie, le régime intéressant la fiducie sûreté fait désormais l'objet d'une section spécifique du livre IV du Code civil intitulée « *de la propriété cédée à titre de garantie* ». ⁹⁷⁹

A – La fiducie-sûreté

La fiducie sûreté emprunte les caractéristiques de la garantie autonome sans pour autant s'y identifier. Elle s'en distingue tout d'abord puisque le contrat de fiducie doit mentionner à peine de nullité la dette garantie ainsi que la valeur estimée du bien ou droit mis en fiducie. ⁹⁸⁰ Elle s'en rapproche ensuite puisque sûreté autonome de la créance garantie, la fiducie sûreté n'est pas l'accessoire de la créance garantie. Par conséquent, la cession de la créance garantie par le constituant n'entraîne nullement l'extinction automatique de la fiducie. De même, la validité du contrat de fiducie n'est pas affectée par la nullité du contrat garanti.

La garantie ainsi accordée au créancier est à bien des égards plus efficace que celle qui résulte des instruments traditionnels or tout financement est accordé plus facilement et à un coût moindre si la garantie offerte est efficace puisqu'elle réduit le risque pris par le prêteur. En autorisant le dessaisissement par le débiteur, la fiducie permet de faire échapper le bien au droit de gage général de ses autres créanciers ⁹⁸¹ tout en donnant au créancier bénéficiaire un droit exclusif sur l'actif fiduciaire évitant ainsi les lourdeurs de la réalisation du gage. On peut légitimement penser que la fiducie constitue un

⁹⁷⁹ Articles 2372-1 à 5 du Code civil

⁹⁸⁰ Article 2372-2 du Code civil

⁹⁸¹ Ils peuvent néanmoins saisir les biens s'ils sont titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement à la fiducie. Ils peuvent aussi exercer une action paulienne si le contrat a été conclu en fraude de leurs droits. Enfin, pour assurer leur protection contre une tentative d'organisation d'insolvabilité, tout contrat de fiducie gestion constitué en période suspecte est nul. v. **Ordonnance n° 2008-1345 du 18**

élément de réponse à une période où le crédit s'est nettement renchéri suite à l'ampleur de la crise financière. La sûreté-propriété constituée par la fiducie apparaît en effet comme un moyen de sécurisation des prêteurs *et « participe ainsi à re-fluidifier le circuit du crédit et des liquidités, voire à faciliter certaines restructurations d'entreprises »*.⁹⁸² L'intérêt déjà fort de recourir à la fiducie pour des opérations de garantie fût renforcé par les dispositions de l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui autorise son rechargement.

Cette nouvelle faculté permet à un bien transféré en fiducie d'être affecté à la garantie de nouvelles dettes envers le créancier initial ou d'autres créanciers. Ainsi, la fiducie devrait faciliter la garantie des prêts syndiqués⁹⁸³ puisque l'instrument peut déterminer l'ordre de paiement des banques en cas de défaillance du débiteur. Cette technique permet une *meilleure utilisation de la valeur résiduelle des actifs affectés en fiducie*⁹⁸⁴ mais suppose le respect de règles d'ordre public puisque l'acte constitutif de la fiducie-sûreté doit prévoir expressément son possible rechargement à l'occasion d'une convention qui doit être enregistrée.⁹⁸⁵ La fiducie-sûreté devant pouvoir constituer un instrument utile pour le financement des entreprises, la loi n° 2009-526 a introduit plus de souplesse pour la constitution par des personnes morales de fiducies-sûretés rechargeables.⁹⁸⁶ La règle selon laquelle la garantie dans le cadre du rechargement de la fiducie ne peut être consentie pour un montant supérieur à la valeur du bien au jour de cette recharge est limitée aux seuls constituants personnes physiques.⁹⁸⁷ Sans doute la raison est elle de limiter le risque de création *« d'une sûreté excessive, facteur de surendettement »*.⁹⁸⁸ La fiducie-sûreté rechargée ne peut en outre

décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁹⁸² BARRIERE François, *La fiducie-sûreté*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 42, 16 Octobre 2009, 1291

⁹⁸³ A l'occasion desquels des prêts sont consentis par un pool bancaire

⁹⁸⁴ MALLET-BRICOUT Blandine, *Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, n°185

⁹⁸⁵ La date d'enregistrement détermine le rang des créanciers

⁹⁸⁶ *Aménagements au régime de la fiducie*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, 5 Juin 2009, act. 421

⁹⁸⁷ Article 138, X, 2° et 5° de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 dite *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* ; Articles 2372-5, al. 2 & 2488-5, al. 2 du Code civil

⁹⁸⁸ LEGEAIS Dominique, *Fiducie. Suite et... peut-être fin !*, RTD Com. 2009 p. 606

garantir une nouvelle dette que dans la limite de la valeur du bien affecté en garantie, « *estimée au jour de la recharge* ». Cette disposition diffère des exigences propres à l'hypothèque rechargeable pour laquelle est exigée une estimation de la valeur du bien dans l'acte constitutif et non à l'occasion du rechargement si bien que l'évaluation ne varie pas dans le temps contrairement à la valeur de l'immeuble. On peut voir dans cette règle d'évaluation une mesure de protection du constituant car elle permet d'éviter qu'un rechargement n'intervienne pour une valeur supérieure à la valeur du bien au jour de la recharge dans l'hypothèse d'une dépréciation du bien fiduciaire.⁹⁸⁹ Mais on peut aussi considérer, avec le professeur Crocq,⁹⁹⁰ que le crédit est adossé à une garantie dont la valeur est variable, ce qui peut aboutir à une estimation erronée ou artificiellement augmentée du bien mis en fiducie de sorte que la recharge de l'instrument dans sa configuration actuelle ouvre une porte « *sur une prochaine crise des subprimes en France* ». Il semble que cette dernière analyse soit un peu pessimiste dans la mesure où le législateur a mis en place une multitude de mécanismes de protection du débiteur et que « *le risque de dépréciation de l'actif garanti affecte indifféremment toutes les sûretés réelles* ».⁹⁹¹

B - La fiducie gestion

Ainsi que le précise Bruno Gouthière,⁹⁹² les applications pratiques de la fiducie dans une optique de gestion et de fructification d'un bien ou d'un ensemble de biens sont extrêmement variées, aussi n'en retiendrons nous que certaines. La technique classique de la gestion d'actifs repose sur l'utilisation d'un mandat autorisant le mandataire à effectuer les arbitrages nécessaires à la fructification des biens. Mécanisme

⁹⁸⁹ AYNES Laurent, *Le régime juridique de la fiducie*, RLDC 2009/60, p.67 s.

⁹⁹⁰ CROCQ Pierre, *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?*, Recueil Dalloz, 20 mars 2009, p716 : « *Lors de l'élaboration de la réforme des sûretés, la Commission Grimaldi était parvenue à imposer que le rechargement de l'hypothèque ne puisse être effectué que dans la limite de la somme prévue initialement dans l'acte constitutif de celle-ci (art. 2422, al. 2, c. civ.) et la fameuse crise des subprimes est venue, depuis, donner amplement raison aux membres de cette Commission puisque l'une des causes de cette crise tient au fait que les crédits hypothécaires américains ont été revalorisés en fonction non pas d'une amélioration de la solvabilité de leur débiteur mais d'une augmentation supposée de la valeur de l'immeuble donné en garantie, laquelle s'est immédiatement évanouie lorsque la « bulle immobilière » a éclaté en révélant alors le fait que les multiples opérations de titrisation avaient eu en réalité pour objet des crédits très insuffisamment garantis* »

⁹⁹¹ RAYNOUARD Arnaud, *Ultimes modifications de la fiducie*, JCP N 2009, 439

extrêmement utilisé, la gestion sous mandat n'est pas pour autant un mécanisme parfait. En effet, le défaut d'exclusivité du mandat permet au mandant de passer des actes juridiques qui peuvent s'avérer contraires aux objectifs poursuivis par le mandataire. La fiducie permet au contraire au fiduciaire de gérer seuls les biens puisque le constituant ne dispose plus des prérogatives du propriétaire dans la mesure où elles ont été transférées lors de la conclusion du contrat.⁹⁹³ Par ailleurs, les pouvoirs du gestionnaire sont élargis lors de la conclusion de la fiducie car, bénéficiant d'un droit de propriété temporaire sur les actifs, le fiduciaire n'a pas besoin qu'un mandat spécial lui donne le pouvoir de disposer des actifs.

L'instrument fiduciaire s'avère aussi utile dans l'organisation des relations entre associés, puisqu'il permet de sécuriser la rétrocession des titres à l'issue d'un portage de titres,⁹⁹⁴ il peut aussi faciliter l'organisation d'une convention de vote, évitant ainsi la constitution d'une holding créée à cet effet ou la conclusion d'un pacte d'actionnaires. La finalité transmissive de la fiducie peut constituer une alternative ou un complément au recours par le constituant à une société. En effet, tout comme la création d'une société, la fiducie peut permettre d'isoler un patrimoine, mais elle peut aussi répondre à un objectif de cantonnement de certains actifs ou d'externalisation du patrimoine de l'entreprise. La fiducie peut encore permettre la coopération entre différentes entreprises à l'occasion d'une mise en commun de fonds destinés à effectuer des recherches scientifiques onéreuses. Enfin, le transfert en fiducie de l'ensemble des éléments d'une entreprise individuelle peut permettre de pallier à l'impossibilité temporaire d'exploiter dans laquelle se trouve le constituant.

⁹⁹² GOUTHIÈRE Bruno, LOPATER Claude, *La fiducie – Mode d'emploi*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd. 2009, p. 19 s.

⁹⁹³ KAN-BALIVET Béatrice, *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, N°185

⁹⁹⁴ Comme le note l'auteur, en requalifiant en vente les promesses unilatérales de vente croisées « *dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elle sont stipulées dans les mêmes termes* », la chambre commerciale de la Cour de cassation (22 novembre 2005, n°04-12.183, Bulletin 2005, IV, n° 234, p. 256 ; RJDA 4/06, n°396) « *fragilise les conventions de portage* » puisqu'il est difficile d'assurer le retour des titres au donneur d'ordre

C - La fiducie transmission

Si le trust permet d'opérer la transmission d'un patrimoine, on pouvait imaginer que la fiducie permette elle aussi de transmettre des biens à un fiduciaire chargé de les remettre à titre gratuit, au bout d'une durée déterminée, à un gratifié,⁹⁹⁵ et ce en dehors des règles normales de dévolution successorale et dans une intention libérale. Ainsi que l'a remarqué le rapporteur de la commission des lois au Sénat,⁹⁹⁶ la fiducie libéralité permettrait d'éviter l'indivision de conserver intact le patrimoine tandis que le partage conduit généralement à un éclatement patrimonial mais aussi de sécuriser les transmissions patrimoniales intergénérationnelles en évitant la prodigalité ou la mauvaise gestion des parents. Les travaux parlementaires font apparaître que l'inconvénient est que ces objectifs peuvent être réalisés par le biais de mécanismes combinés « *tels que les donations-partages, les donations ou legs de résidence, l'usufruit successif, les donations sans conditions suspensives ou encore les rentes viagères* ». Mais c'est surtout la consécration récente du mandat posthume, à l'article 812 du code civil, ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles,⁹⁹⁷ par la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités que vise le rapporteur de la commission des lois. C'est la raison pour laquelle la loi de 2007, prévoyant sans doute l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques, introduisit l'article 2013 dans le Code civil. Cet article frappe de nullité absolue les fiducies libéralités si bien que le contrat fiduciaire ne peut être confirmé et que l'action en nullité visant une fiducie libéralité se prescrit par trente ans. A la sanction civile s'ajoute une sanction fiscale qui marque l'acharnement du Législateur à interdire les mutations à titre gratuit à travers les fiducies. Cette sanction est relativement élevée car elle conduit à l'application des

⁹⁹⁵ C'est d'ailleurs ce que permet à la fiducie personnelle québécoise dont la durée est limitée à deux ordres successifs de bénéficiaires ou à une période d'accumulation de cent années à compter de sa constitution (v. Code civil québécois, art. 1267, 1271 et 1272) d'être en pratique la fiducie la plus utilisée. V. CANTIN CUMYN Madeleine, *La fiducie du Québec, un modèle imitable*, p.97 préc.

⁹⁹⁶ DE ROUX Xavier, *Rapport à l'Assemblée Nationale au nom de la commission des finances sur la proposition de loi n°3385 instituant la fiducie*, 1^{er} février 2007, n°3655, p. 11 s.

⁹⁹⁷ *La donation-partage trans-générationnelle graduelle/résiduelle*, Droit & Patrimoine, septembre 2009, n°184

droits de mutation entre personnes non parentes auxquels s'ajoutent les pénalités de l'abus de droit.⁹⁹⁸

L'objectif poursuivi par le législateur était ici d'éviter d'une part que soit portée atteinte à la réserve héréditaire et d'autre part que la fiducie soit utilisée à des fins d'optimisation fiscale dans le cadre de l'organisation de la succession. En vue de définir l'intention libérale, les travaux parlementaires font référence à l'article 893 du Code civil qui définit la libéralité comme l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de droits ou biens au profit d'une personne. Le rapport au Sénat du 11 octobre 2006⁹⁹⁹ précise que, « *pour que le contrat de fiducie soit valable, le bénéficiaire de la fiducie, lorsqu'il n'est pas le constituant lui-même, devra justifier d'une contrepartie équivalente en valeur à la valeur des biens qui lui seraient transmis par le fiduciaire au terme du contrat* ». Cette précision est quelque peu déconcertante car l'intention libérale ne résulte certainement pas d'un défaut d'équivalence monétaire qui n'est qu'un indice de libéralité. En effet, la libéralité suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral qui fait défaut ici. Le Législateur a ainsi donné une définition de l'intention libérale uniquement inspirée par la peur de l'instrument. Le critère de l'intention libérale est la disposition à titre gratuit uniquement étudiée comme un fait objectif attaché au seul appauvrissement du constituant et ne tenant pas compte de *l'animus donandi*.¹⁰⁰⁰

Afin de faire échec à ce type de raisonnement, il est parfaitement envisageable que le constituant fasse apparaître ses motivations non libérales dans l'acte constitutif de la fiducie. La prohibition de la fiducie libéralité ne saurait pour autant préjuger de celle des fiducies constituées à des fins de transmission à titre onéreux lesquelles faute d'interdiction légale sont valables.

⁹⁹⁸ Ces droits et pénalités s'élèvent ainsi à un montant supérieur à la valeur du bien transmis.

⁹⁹⁹ RICHEMONT Henri (de), *Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie* (n° 11, 2006-2007), 11 octobre 2006, p.48

¹⁰⁰⁰ BLANLUET Gauthier, *Trusts & Fiducie : concurrents ou compléments – Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 349

Section 2 – Traitement fiscal des mécanismes fiduciaires

Ainsi que le remarque Patrick Serlooten,¹⁰⁰¹ le droit fiscal des sociétés a connu au cours des quinze dernières années du XX^{ème} siècle une évolution rapide qui s'est faite dans quatre directions : la mise en harmonie du droit fiscal et du droit privé, la simplification des règles fiscales, la neutralité fiscale et le desserrement des entraves aux restructurations d'entreprises. L'introduction en droit français de la fiducie corrobore cette évolution du droit fiscal vers une plus grande neutralité. Le régime fiscal de la fiducie (Sous-section 1) est imprégné par la volonté du législateur de faire de cet instrument un outil juridique neutre au plan fiscal. Cette neutralité conduit d'une part à nier la remarquable innovation du patrimoine d'affectation en droit français en ne tirant pas pleinement les conséquences du transfert de propriété. Cette neutralité conduit ensuite au refus d'établir deux régimes différents l'un pour la fiducie-gestion, l'autre pour la fiducie-sûreté.¹⁰⁰² Un régime unitaire, indifférent aux objectifs contractuels de la fiducie, est en décalage avec les objectifs économiques et financiers des parties au contrat. L'instrument est ainsi né handicapé par un régime fiscal aveuglé par la crainte de l'administration d'une utilisation à des fins d'évasion fiscale.

Si le terme de fiducie signifie confiance en latin on ne peut pas dire que l'administration fiscale fasse confiance à la fiducie¹⁰⁰³. L'administration redoutait en effet depuis longtemps ce type d'instrument difficilement contrôlable puisqu'effectuant un transfert temporaire de la propriété, source hypothétique d'évasion fiscale. La timidité du législateur à l'égard de la fiducie est indéniablement mue par la volonté d'empêcher le contournement des règles à forte incidence fiscale.¹⁰⁰⁴ Et c'est justement cette peur qui est la cause de la paralysie annoncée du mécanisme. C'est en effet la crainte de l'administration fiscale qui a amené le législateur à *sécuriser* le transfert de

¹⁰⁰¹ SERLOOTEN Patrick, *Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le XXI^e siècle*, Revue des sociétés 2000 p. 147

¹⁰⁰² CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique*, RTD Com. 2007 p. 734

¹⁰⁰³ HAZAN Sandra, *Fiducie à la française*, Option finance, 23 avril 2007, n°929, p. 37 s.

propriété en dotant la fiducie d'un régime fiscal complexe et inadapté aux besoins du marché. « *Quand on cède à la peur du mal* » écrivait Beaumarchais, « *on ressent déjà le mal de la peur* »¹⁰⁰⁵. Le manque de succès recueilli par l'instrument est à n'en pas douter le salaire de cette crainte. Déviant au gré des débats de son objectif initial, rivé sur le risque potentiel d'évasion fiscale, le Législateur a conçu un mécanisme, qui, s'il n'est pas dénué d'intérêt, semble inadapté aux besoins du marché. Il manque à l'épanouissement de la fiducie les attraits qui ont assuré le succès de son cousin anglo-saxon et que les acteurs économiques continuent de lui préférer. Le trust assure en effet à ces derniers la possibilité de combiner efficacité juridique et traitement fiscal sur mesure (Sous-section 2).

Sous-section 1. Régime fiscal de la fiducie

L'idée qui gouverne le traitement fiscal de la fiducie est la neutralité ainsi que l'indiquent les travaux parlementaires. En effet, tant devant le Sénat,¹⁰⁰⁶ que devant l'Assemblée Nationale,¹⁰⁰⁷ les rapports parlementaires présentent cette neutralité comme étant d'une évidence indiscutable et s'appuient notamment sur l'expérience italienne. C'est oublier d'une part que la conception française de la fiducie est radicalement différente de la conception italienne. Le régime fiscal des opérations fiduciaires en Italie est en effet celui de la neutralité. Tous les effets fiscaux incombent au fiduciaire,¹⁰⁰⁸ mais en raison des règles de confidentialité fondant l'institution fiduciaire italienne, les sociétés fiduciaires prélèvent l'impôt à la source, à titre d'acompte ou à titre libératoire, et effectuent les déclarations. Ces fiducies constituent ainsi des sujets fiscaux et présentent à ce titre une opacité fiscale. Il existe cependant des exceptions à cette règle s'agissant par exemple des fiducies associées commandités

¹⁰⁰⁴ BERRAUDO Jean-Paul, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ?* – Loi du 19 février 2007 créant la fiducie française, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 142

¹⁰⁰⁵ CARON BEAUMARCHAIS Pierre-Augustin, *Le barbier de Séville* (1775) Acte II, scène 2

¹⁰⁰⁶ V. préc. rapport Richemont, p. 25 et 33 qui invite à « *renforcer la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire* »

¹⁰⁰⁷ V. préc. rapport de Roux p. 20, dont le volet fiscal a pour titre « *Une neutralité fiscale effective* », et comme pour sous-titre « *Une activité qui n'échappera pas à l'impôt* »

¹⁰⁰⁸ PANICO Paolo, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – Régime fiscal des trusts et fiducies en Italie*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 201

de sociétés en commandite simple soumises à la transparence fiscale,¹⁰⁰⁹ ainsi que des fiducies détenant des parts de sociétés à responsabilité limitée.¹⁰¹⁰

Le principe au plan de la fiscalité française est ainsi celui d'une « *neutralité* » de la fiducie qui aboutit en somme à une négation fiscale du transfert de propriété. A l'occasion du projet de loi de 1991 visant à instituer la fiducie, Jean-Pierre Le Gall notait avec justesse la perversité de cette neutralité systématique : « *L'inexistence fiscale de la fiducie et du fiduciaire ne saurait effacer les conséquences économiques de la fiducie. Sinon, la neutralité serait pénalisante et cesserait donc d'être neutre* ». ¹⁰¹¹ Il apparaît à l'issue de la loi de 2007 que la neutralité fiscale est encore pénalisante puisque du point de vue des praticiens, « *l'existence des coûts fiscaux pour la mise en œuvre de la fiducie serait regardée comme rédhibitoire* ». ¹⁰¹² On étudiera le traitement fiscal de la fiducie de manière chronologique : lors de sa constitution (§1), au cours du contrat de fiducie (§2), et enfin à la fin du contrat (§3) afin de déterminer si le régime fiscal de l'instrument est réellement décourageant.

§1. Traitement fiscal de la fiducie lors de la formation du contrat

Conséquence de la neutralité fiscale, le transfert de biens en fiducie produit des conséquences au regard de l'ensemble des impôts. En effet, la mise en fiducie d'un bien constitue bien un transfert d'un droit d'un patrimoine à un autre. Ce type d'opération étant classiquement générateur de plus value, il est intéressant d'étudier l'éventuelle imposition au titre de l'impôt sur le revenu lors du transfert (A). Le transfert en fiducie produit tout aussi logiquement des effets en matière de TVA (C) ainsi qu'en matière de droits d'enregistrement (B) et de taxes locales (C). Nous étudierons donc successivement les conséquences du transfert en fiducie au regard de ces différents impôts.

¹⁰⁰⁹ Le Décret Royal du 29 mars 1942, n°239 oblige effectivement les fiducies à transmettre l'identité des propriétaires effectifs. v. Circulaire de l'administration fiscale italienne, n°136/E du 7 décembre 2006

¹⁰¹⁰ Circulaire de l'administration fiscale italienne, n°49/E du 22 novembre 2004

¹⁰¹¹ LE GALL Jean-Pierre, Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie, Droit fiscal, 1991, n°13, p. 558 à 569

¹⁰¹² GOUTHIERE Bruno, LOPATER Claude, *La fiducie – Mode d'emploi*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd. 2009, p. 39

A - Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu

Si le régime fiscal lors de la conclusion du contrat de fiducie semble à première vue unitaire, des différences de traitement apparaissent selon que le constituant est une personne physique (1) ou une personne morale (2).

1. La fiducie constituée par une personne morale

L'article 18 de la loi LME pose le principe de la neutralité fiscale pour le constituant lors du transfert en fiducie (a.). Les plus-values constatées à l'occasion de la conclusion de la fiducie sont soumises à une taxation différente selon la qualité du constituant (b.)

a. Principe de la neutralité fiscale du transfert des actifs

La neutralité fiscale apparaît dès le stade de la constitution de la fiducie dans la mesure où le constituant, personne morale, ne supporte aucune imposition immédiate à raison des plus-values constatées à l'occasion du transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire.¹⁰¹³ En réalité, le transfert des biens est fiscalement considéré comme une opération intercalaire. En effet, les **plus-values** constatées lors du transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire sont temporairement neutralisées et leur taxation n'intervient qu'ultérieurement selon des modalités calquées sur le régime spécial des fusions.

Afin de garantir cette neutralité, l'article 238 quater B du Code général des impôts exclut du résultat imposable de l'exercice de transfert les plus ou moins-values ainsi que les profits et les pertes résultant du transfert des actifs en fiducie. Cette neutralité est soumise à la réunion de conditions tenant au constituant, aux caractéristiques du contrat, à la qualité du bénéficiaire, ainsi qu'au respect d'engagements pris par le fiduciaire. Le législateur n'a cependant fixé aucune condition tenant aux actifs transférés, le transfert de tout actif quelle

que soit sa nature peut donc bénéficier du régime de neutralité. En effet, la neutralisation de l'imposition au titre des plus-values lors de l'apport en fiducie suppose que trois conditions cumulatives soient remplies.¹⁰¹⁴ Le constituant doit tout d'abord exercer une activité civile ou commerciale soumise à l'impôt sur les sociétés.¹⁰¹⁵ Il doit ensuite être désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de la fiducie. Enfin, le fiduciaire doit respecter certains engagements,¹⁰¹⁶ lesquels doivent impérativement apparaître dans le contrat de fiducie. Le régime de neutralité n'est applicable que si le fiduciaire s'engage à respecter certaines obligations. Ces engagements prévus au 3° du I de l'article 238 quater B doivent figurer dans le contrat de fiducie et une remise en cause du régime de faveur peut intervenir en cas de non respect de ces engagements ou dans l'hypothèse où ces engagements n'apparaîtraient pas dans le contrat de fiducie. A ce titre, le fiduciaire doit d'une part reprendre à son bilan certaines écritures du constituant, d'autre part se substituer au constituant pour l'accomplissement des obligations fiscales. Il est par ailleurs tenu de réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus-values qui auraient pu être constatées lors de l'apport. Il est enfin tenu de calculer les éventuelles plus et moins-values des éléments non amortissables si ceux-ci venaient à être cédés.¹⁰¹⁷ Si ces conditions sont satisfaites, le constituant est exonéré de toute imposition au titre d'éventuelles **plus-values** liées aux éléments d'actif transférés. Parallèlement, si le transfert laisse apparaître une **moins-value**, celle-ci n'est pas comprise dans le résultat imposable du constituant. Par ailleurs, les **provisions** pour pertes et charges¹⁰¹⁸ afférentes aux éléments d'actif transférés doivent être reprises au passif du bilan fiduciaire.¹⁰¹⁹

b. Modalités d'application de la neutralité

Tout comme dans le régime de faveur des fusions, le constituant ne supporte aucune imposition à raison des biens qu'il transfère. Cette imposition est reportée au niveau du

¹⁰¹³ Article 238 quater B du Code général des impôts

¹⁰¹⁴ Il s'agit de modalités identiques à celles applicables au régime spécial des fusions

¹⁰¹⁵ Article 238 quater B I 1° : « *Le constituant exerce une activité relevant des articles 34 ou 35, une activité agricole au sens de l'article 63, une activité professionnelle au sens du 1 de l'article 92 ou une activité civile soumise à l'impôt sur les sociétés* »

¹⁰¹⁶ Not. Incrire dans les écritures du patrimoine fiduciaire les biens ou droits transférés ainsi que les amortissements et provisions y afférents ; Calculer les plus-values réalisées à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables inscrites dans le patrimoine fiduciaire ; Réintégrer dans les bénéfices imposables au titre du patrimoine fiduciaire les plus ou moins-values dégagées lors du transfert de biens amortissables. v. article 238 quater B I 3°

¹⁰¹⁷ Par rapport à la valeur fiscale de ces biens et droits dans les écritures du constituant ainsi que le précise l'article 238 quater B, I-c du Code général des impôts

¹⁰¹⁸ Art. 39-1-5° du Code général des impôts

¹⁰¹⁹ Pour autant qu'elles aient conservé leur objet à la date de leur transfert en fiducie

résultat du patrimoine fiduciaire selon des modalités différentes, selon qu'elle porte sur des biens amortissables ou non amortissables et selon que le constituant est soumis à l'IS (i) ou à l'IR (ii).

i. Situation du constituant soumis à l'IS

Lors du transfert des actifs en fiducie, les profits et pertes ainsi que les plus ou moins-values d'actifs afférentes aux éléments d'actifs transférés sont exonérés. Parallèlement, les provisions afférentes aux biens ou droits transférés ne font l'objet d'aucune imposition au nom du constituant.

Plus values et profits de transfert. Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi instituant la **fiducie**, les dispositions fiscales du texte avaient pour but de rendre **l'opération fiduciaire, en principe**, « *totalelement transparente sur le plan fiscal* » évitant ainsi toute utilisation de la fiducie à des fins d'évasion fiscale. Afin de réaliser cet objectif, « *le constituant est en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, et est donc redevable de l'impôt à ce titre* ». ¹⁰²⁰ Une parfaite évaluation comptable des droits et biens entrant en fiducie est sans nul doute l'élément premier et essentiel de cette neutralité fiscale. Ainsi, il est prévu que les règles comptables gouvernant l'évaluation des biens et droits mis en fiducie dépendent du pouvoir de contrôle du constituant sur la fiducie. ¹⁰²¹ Dans son avis n°2008-03 du 7 février 2008, le Conseil national de la comptabilité a en effet précisé que le mode de transcription des actifs transférés à la fiducie dépend du contrôle que le constituant exerce sur les éléments au cours de la fiducie. Le contrôle conduit à apprécier si le constituant conserve ou perd les avantages et risques économiques relatifs aux éléments transférés. Le **contrôle** dont il est question est établi lorsque le constituant satisfait deux des trois critères suivants : pouvoir de décision sur les biens transférés, capacité de bénéficier de la majorité des avantages économiques de la fiducie et prise en charge de la majorité des risques.

¹⁰²⁰ RICHEMONT Henri (de), *Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie* (n° 11, 2006-2007), 11 octobre 2006

¹⁰²¹ Avis 2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité relatif au traitement comptable des opérations de fiducie

Lorsque les risques et avantages ne sont pas conservés par le constituant, les éléments transférés du patrimoine du constituant dans le patrimoine d'affectation de la fiducie doivent être transcrits sur la base des *valeurs vénales*, et une plus-value peut alors résulter du transfert. En pareille situation, le fiduciaire doit uniquement calculer pour le compte de la fiducie les amortissements et plus-values constatés sur **éléments d'actif amortissables**. Lorsqu'il conserve les risques et avantages, la transcription des actifs doit être réalisée aux *valeurs comptables* si bien qu'aucune plus-value de transfert n'est dégagée en comptabilité dans les comptes de la fiducie. Le fiduciaire doit simplement inscrire dans les comptes de la fiducie les biens ou droits transférés pour la valeur qu'ils avaient dans les comptes du constituant ainsi que les amortissements et provisions pour dépréciation constatés par ce dernier. Le fiduciaire poursuit alors le plan d'amortissement technique établi par le constituant et amorti les éléments reçus sur la période restant à courir à la date du transfert, à moins que les nouvelles conditions d'utilisation d'un élément ne justifient une modification de ce plan. Le non-respect de ces obligations comptables conduit au plan fiscal à l'imposition des écarts de réévaluation au nom du constituant au titre de l'exercice de sortie des actifs, conséquence logique de la règle de neutralité.

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, il résulte des dispositions de l'article 238 quater B que les profits, les pertes, les plus ou moins-values résultant d'un transfert en fiducie ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert. Il est alors nécessaire de connaître l'impact pour le constituant du traitement fiscal particulier des plus et moins-values nettes résultant d'un apport en fiducie puisque celui-ci influant fortement sur le résultat fiscal du constituant est un élément décisionnel lors de la conclusion d'un tel contrat. En effet, dans le cas où le transfert des éléments d'actifs fait apparaître une moins-value nette, celle-ci n'est pas comprise dans le résultat imposable du constituant. Les moins-values doivent être déterminées distinctement selon qu'elles portent sur des actifs amortissables ou sur des éléments non amortissables.¹⁰²² Alors que la moins-value nette sur éléments amortissables peut être déduite en totalité du premier exercice du patrimoine fiduciaire, la moins-value nette sur éléments non amortissables constatée lors de la conclusion du contrat est indirectement prise en compte. En effet, dans l'éventualité d'une cession ultérieure des

¹⁰²² Le calcul d'une moins-value dépend nécessairement du caractère amortissable puisque le montant de l'amortissement pratiqué diminue d'autant la moins value constatée

éléments apportés par le fiduciaire, la plus ou moins-value sera calculée par rapport à la valeur que le bien cédé avait du point de vue fiscal dans les écritures du constituant. Le traitement fiscal des moins values nettes ne semble donc pas constituer un élément essentiel dans la décision de conclusion d'un contrat de fiducie. Le sort incertain des plus values nettes sur biens amortissables lors d'un apport en fiducie, résultant par nature de la compensation entre des plus-values constatées sur certains actifs et des moins-values constatées sur d'autres biens, fait en revanche apparaître une difficulté technique de nature à influencer la décision de constitution d'une fiducie. L'imprécision des textes conduit à s'interroger sur le point de savoir si les réintégrations mises à la charge du fiduciaire de façon échelonnée porteront sur la plus-value nette afférente à chaque catégorie d'éléments ou si le fiduciaire peut pratiquer la déduction immédiate des moins-values et effectuer par ailleurs des réintégrations afférentes au montant brut des plus-values constatées sur chaque catégorie de biens. Dans le cadre du régime des fusions, c'est la première solution qui prévaut et il semble qu'il faille procéder, en l'absence de précisions ultérieures, par mimétisme dans le cadre de la fiducie.

Provisions afférentes aux éléments transférés. La neutralité fiduciaire apparaît aussi s'agissant des provisions dont sont dotés les éléments fiduciaires. Ainsi, les provisions afférentes aux éléments transférés n'ont pas à être réintégrées au résultat imposable du constituant sauf si elles deviennent sans objet. A ce titre, aucune perte d'objet ne peut être constatée lorsque les éléments d'actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire sont transcrits dans les comptes de la fiducie sur la base de valeurs comptables. Le fiduciaire en effet, est tenu de reprendre tel quel l'ensemble des provisions qu'avait dotées le constituant. Lorsque l'opération de mise en fiducie est en revanche transcrite d'après les valeurs vénales, l'application du régime de neutralité permet au constituant d'échapper à la réintégration des provisions ayant conservé leur objet. En contrepartie de l'exonération, le fiduciaire doit s'engager à reprendre les provisions au passif du bilan fiduciaire. Il en va ainsi des provisions pour risques lorsque le fiduciaire les assume effectivement, des provisions pour dépréciation, ainsi que des provisions réglementées.

ii. Constituant soumis à l'IR

Lorsque le constituant est soumis à l'impôt sur le revenu, il bénéficie du même régime de neutralité que le constituant soumis à l'impôt sur les sociétés, pour autant, cette neutralité tient compte des règles propres à l'impôt sur le revenu. Ainsi, comme pour le constituant soumis à l'impôt sur les sociétés, les profits ou pertes ainsi que les plus ou moins-values résultant du transfert dans le patrimoine fiduciaire de biens ou droits inscrits à l'actif du bilan du constituant ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert. Cette exonération s'applique au transfert des biens inscrits sur le registre des immobilisations d'un constituant titulaire de bénéficiaires non commerciaux. De la même façon, les provisions afférentes aux éléments transférés n'ont pas quant à elles à être réintégrées aux résultats imposables du constituant, sauf si elles s'avéraient dépourvues d'objet.

Le régime de faveur de l'article 238 quater B exonère les plus-values issues du transfert chez le constituant mais contraint le fiduciaire à rapporter au résultat imposable au taux plein la plus value de transfert.¹⁰²³ Ainsi, le constituant est dispensé d'une taxation au taux réduit de l'exercice de réalisation du transfert, mais le fiduciaire est en revanche taxé au taux plein. Le régime fiscal de la fiducie n'interdit pas formellement le cumul de la fiducie et des dispositifs d'exonérations propres à l'impôt sur le revenu et notamment de ceux relatifs à l'exonération des plus-values. Ainsi, il semble que l'abattement de 10% pour durée de détention d'un immeuble d'exploitation au-delà de la 5^{ème} année prévu à l'article 151 septies B s'applique. Par conséquent, en cas de transfert en fiducie d'un immeuble bénéficiant de cette mesure de faveur, le calcul de la plus value d'apport doit tenir compte de cet abattement. De la même façon, le transfert en fiducie d'une branche complète d'activité doit pouvoir ouvrir droit à l'exonération prévue à l'article 238 quindecies du CGI. Cette liberté de cumul n'est pas pour autant infinie puisque l'ordonnance n°2009-112¹⁰²⁴ prévoit que le régime d'exonération des plus-values constatées par les petites entreprises¹⁰²⁵ n'est pas applicable lors du transfert en fiducie. Cette mesure est sans incidence pour le constituant en cas d'application du régime de neutralité, mais elle affecte celle du fiduciaire qui doit rapporter au résultat du patrimoine fiduciaire les plus-values

¹⁰²³ Cette règle s'applique aussi pour la part de plus-value relevant du régime du long terme

¹⁰²⁴ Article 10 XII

¹⁰²⁵ Article 151 septies s. du Code général des impôts

constatées lors du transfert. Le fiduciaire devra alors procéder à la réintégration des plus values constatées lors du transfert de biens amortissables quand bien même le constituant aurait respecté les seuils prévus par cette disposition.

2. Traitement fiscal de la fiducie constituée par une personne physique

L'extension du régime de neutralité déjà applicable aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés concerne désormais les personnes physiques qui exercent une **activité** de nature **professionnelle** ainsi que les particuliers agissant dans le cadre de la gestion de leur **patrimoine privé**. Sous réserve du respect de certaines conditions, le **transfert de biens** ou de droits dans le patrimoine fiduciaire n'entraîne aucune taxation pour le constituant. L'article 18 de la loi du 4 août 2008 prévoyant que le transfert des biens en fiducie bénéficie de la neutralité fiscale, l'article 238 quater N reprend ce principe s'agissant des particuliers dès lors que les biens fiduciaires ont été transférés dans le cadre d'un contrat relevant de l'article 2011 du Code civil et répondant à la définition retenue dans le code civil. Sont ainsi visées les personnes physiques n'exerçant pas une profession commerciale, libérale ou agricole,¹⁰²⁶ ainsi que les personnes exerçant une telle activité mais pour lesquelles les biens transférés font partie de leur patrimoine privé.

Le constituant doit être désigné comme bénéficiaire dans le contrat de fiducie. Cette condition justifie que le transfert des biens et droits soit fiscalement considéré comme une opération intercalaire. Les biens ou droits ayant vocation à revenir dans le patrimoine du constituant, le transfert n'est pas considéré comme un fait générateur d'IR. Cette condition n'empêche nullement le transfert à la fin de la fiducie à un autre bénéficiaire. En revanche, les contrats de fiducie qui ne désignent pas le constituant comme bénéficiaire sont exclus du régime de neutralité. Le constituant n'a pas à être le bénéficiaire exclusif dans la mesure où un créancier peut être désigné comme bénéficiaire potentiel dans le cadre d'une fiducie sûreté, mais il est alors désigné comme bénéficiaire aux côtés du constituant même si en pratique à l'issue du contrat il est le seul bénéficiaire.

¹⁰²⁶ Ceux-ci bénéficient au demeurant de la neutralité fiscale mais sous le régime de l'article 238 quater B du CGI

L'article 238 quater N du CGI prévoit que le transfert de biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire n'est pas un fait générateur d'IR sous réserve que certaines conditions tenant aux caractéristiques du contrat et à la qualité du bénéficiaire soient remplies. Par ailleurs, le fiduciaire doit inscrire comptablement les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant. Quand une de ces conditions n'est pas satisfaite, le régime de neutralité ne s'applique pas. Le transfert des biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire est considéré comme une cession à titre onéreux. La plus-value constatée est alors imposable selon le régime d'imposition de droit commun applicable aux particuliers en fonction de la nature du bien : plus-value immobilière relevant dont le régime est déterminé par l'article 150 U du CGI, plus value sur cession de créances régie par l'article 124 B du CGI ou plus-value de valeurs mobilières et droits sociaux relevant du régime de l'article 150 OA du CGI.

Du fait de la neutralité fiscale, le constituant ne supporte aucune imposition du fait du transfert, les plus-values constatées lors du transfert étant imposées effectivement lors d'un transfert ultérieur par la fiducie ou par le constituant après retour du bien dans son patrimoine. Toutefois, pour que le constituant bénéficie de la neutralité fiscale, le fiduciaire doit inscrire dans les écritures du patrimoine fiduciaire les biens ou droits transférés pour le prix ou la valeur auquel le constituant les avait acquis. Lorsque le bien ou droit a été acquis à titre onéreux, il s'agit du prix stipulé dans l'acte et lorsque le bien a été reçu par succession ou donation, il est inscrit pour la valeur retenue pour l'assiette des droits de mutation à titre gratuit.

B - Droits d'enregistrement

L'article 2019 du Code civil crée sous peine d'une nullité de plein droit une **obligation d'enregistrement** des actes constatant la formation d'un contrat de fiducie. Cet enregistrement donne lieu à une inscription sur le **registre national des fiducies**,¹⁰²⁷

¹⁰²⁷ DE ROUX Xavier, Compte rendu de la Commission des lois n°30 : *Examen de la proposition de loi adoptée par le Sénat, instituant la fiducie (n° 3385)*, 1^{er} février 2007 : L'objectif de ce registre est « de recenser l'ensemble des contrats de fiducie, de manière à centraliser les informations et permettre, en tant que de besoin, un suivi plus efficace des services de l'État chargés de lutter contre les activités de blanchiment de capitaux »

dont les conditions de création et de fonctionnement¹⁰²⁸ sont précisées par le décret n°2010-219 du 2 mars 2010.¹⁰²⁹ Les droits d'enregistrement perçus à l'occasion de la formation d'un contrat de fiducie dépendent de la nature mobilière (1) ou immobilière (2) des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire.

1. Transfert de biens et droits mobiliers

En vertu de l'article 635, 1- 8° du Code général des impôts, les **actes** constatant la formation d'un contrat de fiducie et n'emportant transfert de propriété que de biens meubles doivent être enregistrés au service des impôts du siège du fiduciaire dans le **délai** d'un mois à compter du transfert. Ni l'article 2019, ni l'article 1133 du Code général des impôts ne prévoient le cas dans lequel il y aurait plusieurs fiduciaires relevant de la compétence territoriale de services des impôts territorialement différents. À cet égard, le décret du 7 mai 2007¹⁰³⁰ apporte ici une précision essentielle : en cas de pluralité de fiduciaires, le service des impôts compétent est celui du siège ou du principal établissement du fiduciaire expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie.

Cet enregistrement donne lieu à la perception d'un **droit fixe** de 125€ ainsi que le précise l'article 1133 quater du CGI. Par ailleurs, la loi ne précise pas à laquelle des parties incombe la réalisation de la formalité et le paiement des droits. Il apparaît que le législateur a souhaité donner la latitude la plus grande aux parties puisque le rapport de Henri de Richemont précise simplement qu'*il reviendra aux parties de désigner qui, du constituant ou du fiduciaire, devra procéder à cette formalité.*¹⁰³¹ Néanmoins, en

¹⁰²⁸ « Il ne constitue toutefois pas un préalable à la création de fiducies, et je suis à titre personnel plutôt favorable à ce que le registre ne soit pas public. Il est clair cependant que les incertitudes actuelles sur le fonctionnement du registre n'incitent pas les acteurs à franchir le pas ». **MARINI Philippe, L'adoption de la loi du 18 février 2007 a-t-elle enclenché la révolution attendue par les professionnels du droit ?, site officiel de Philippe Marini**

¹⁰²⁹ Le décret n°2010-219 du 2 mars 2010, Journal officiel du 4 mars 2010 précise que le registre a uniquement pour objet de référencer les informations concernant les contrats de fiducie afin de faciliter la lutte contre l'évasion fiscale et le blanchiment des capitaux. Le décret précise les informations relatives aux contrats de fiducie devant être inscrites au registre ainsi que ses conditions d'accessibilité (art. 6). « *Il est regrettable que, au nom de la sécurité du monde des affaires, ce registre n'ait pas été conçu, à l'instar du Registre du Commerce et des Sociétés, comme un registre de référencement aux fins d'information des tiers* ». SAND Clarisse, *Registre national des fiducies : tout vient à point à qui sait attendre !*, La Revue Fiscale Notariale n° 4, Avril 2010, alerte 20

¹⁰³⁰ Décret n° n°2007-725 ; Journal Officiel 8 Mai 2007

¹⁰³¹ Prec. p. 58

pratique il semble que c'est soit le fiduciaire qui se chargera d'enregistrer la fiducie et effectuera le paiement des droits et taxes puisque selon l'article 1712 du Code général des impôts ils sont supportés par le nouveau possesseur en cas de transfert de propriété, soit le notaire lorsque ce dernier rédige l'acte ainsi que le précise l'article 1705-1° du Code général des impôts.

2. Transfert d'immeubles et de droits réels immobiliers

Lorsque sont transférés des immeubles ou des droits réels immobiliers, l'acte constitutif doit être enregistré et publié au fichier immobilier en vertu des dispositions de l'article 28-1-a du décret 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, lequel prévoit l'enregistrement obligatoire des actes portant ou constatant entre vifs la mutation ou la constitution de droits réels immobiliers. Cet enregistrement doit se faire dans le délai de deux mois au bureau des hypothèques dont il relève ainsi que le précise l'article 2019 du Code général des impôts qui par renvoi aux articles 647 et 657 du même code soumet ces transferts de propriété à la formalité fusionnée.

Cette formalité conduit au paiement de la taxe de **publicité foncière** assise sur la valeur vénale des biens ou droits réels immobiliers transférés¹⁰³², au taux réduit de 0,60%¹⁰³³ majoré du prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement¹⁰³⁴ de 0,015% et de la taxe additionnelle¹⁰³⁵ de 0,10%, et du salaire du conservateur des hypothèques¹⁰³⁶ au taux de 0,10%. Le taux global de 0,815% est plus favorable que le régime des ventes d'immeubles taxées à 5,09% mais moins favorables que le régime propre aux apports d'immeubles à titre pur et simple à une société.¹⁰³⁷ Ces apports sont en effet exonérés sauf lorsque les immeubles ou les droits réels immobiliers sont apportés par une personne physique à une société passible de l'impôt sur les sociétés.¹⁰³⁸ Le traitement fiscal du transfert d'un bien en fiducie n'est donc pas parfaitement neutre.

¹⁰³² Article 666 du Code général des impôts

¹⁰³³ Article 1133 quater alinéa 1^{er} du Code général des impôts

¹⁰³⁴ Article 1647 V du Code général des impôts

¹⁰³⁵ Article 95 de la loi de finances rectificatives pour 2004

¹⁰³⁶ Article 296 de l'annexe III du Code général des impôts

¹⁰³⁷ Article 810 bis du Code général des impôts

¹⁰³⁸ En pareil cas, l'apport est taxé aux droits de mutation au taux de 5%

C – Taxe sur la valeur ajoutée

L'assujettissement du transfert de biens en fiducie à la taxe sur la valeur ajoutée est conditionné par l'assujettissement du constituant à cette taxe. Le cas où le constituant n'est pas assujetti ne pose guère de difficulté. En effet, le transfert d'un bien en fiducie par un constituant non assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée n'entraîne aucune conséquence au regard de cette taxe. Tel est le cas d'une personne physique agissant dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé qui ne peut transmettre au fiduciaire à cette occasion aucun droit à déduction. Le cas du constituant assujetti est en revanche plus délicat car il conduit à s'interroger sur le point de savoir si le contrat de fiducie constitue un fait générateur d'imposition (1.) et sur l'application du régime de faveur de l'article 257 bis (2.).

1. La fiducie, fait générateur d'imposition lorsque le constituant est assujetti à la TVA

Les opérations imposables à la TVA peuvent être classées en deux groupes. On distingue en effet les opérations effectuées à titre onéreux par un assujetti et les opérations désignées expressément par la loi. Aucune disposition légale ne précise si le transfert des actifs en fiducie constitue ou non un fait générateur d'impôt, aussi convient-il de revenir à la définition de la TVA et de rechercher des indications sur la nature du fait générateur de l'impôt. L'article 256 I du Code général des impôts dispose que « *sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel* ». Ni la nature d'assujetti ni l'acte de livraison de biens ne semblent poser de problème. S'agissant de ce dernier élément, l'article 256 II livre une information précieuse dans la mesure où il précise qu'est « *considéré comme livraison d'un bien, le transfert du pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire* ». Le contrat de fiducie opérant un transfert de propriété du constituant au fiduciaire peut parfaitement constituer le fait générateur d'imposition. Cependant, l'article 256 I du Code général des impôts prévoit que sont soumises à la TVA les livraisons de biens réalisées à titre onéreux. Il est dès lors nécessaire de se pencher sur ce dernier caractère afin de savoir si l'opération peut être soumise à la TVA.

Les opérations effectuées à titre onéreux sont celles qui impliquent que le bénéficiaire fournisse une **contrepartie**, quelle qu'en soit la nature ou la valeur. Peu importe donc

que les opérations soient effectuées sans **but** lucratif ou sans **bénéfice**.¹⁰³⁹ La notion d'opération effectuée à titre onéreux suppose uniquement l'existence d'un *lien direct* entre le bien livré et la contre-valeur reçue. Un tel lien n'est caractérisé que si **deux conditions** sont remplies. D'une part, le **service** doit être rendu directement à un bénéficiaire déterminé et d'autre part, il doit exister une *relation nécessaire* mais pas forcément équivalente **entre le niveau des avantages** retirés par le bénéficiaire du service **et la contre-valeur** qu'il verse au prestataire¹⁰⁴⁰. S'agissant de la notion de lien direct, l'administration a apporté¹⁰⁴¹ plusieurs précisions. D'une part, la condition relative au service individualisé est remplie lorsqu'il y a un **engagement** exprès du prestataire **de fournir un service déterminé** à la personne qui assure le financement. D'autre part, l'existence d'une relation entre le service rendu et le prix perçu peut exister alors même que le prix ne reflète pas la **valeur normale** de l'opération, prend la forme d'un **rabais**, n'est pas **payé par** le bénéficiaire mais par **un tiers** ou est acquitté sous forme d'**abonnement**.

La mise en fiducie emporte le transfert, au profit du fiduciaire, du pouvoir de disposer de biens, comme un propriétaire, au sens de l'article 256, II-1° du Code général des impôts. En conséquence, la mise en fiducie doit, en principe, être traitée comme une cession, entraînant un assujettissement à la TVA des biens transmis. **Il existe, c'est certain, un lien direct entre le transfert du pouvoir de disposer des biens et droits et les avantages de la gestion de ces biens et droits par le fiduciaire. Le service est par ailleurs rendu directement par le fiduciaire au constituant si bien que le service rendu est individualisé. Il apparaît que la dernière des conditions posée par l'article 256 du Code général des impôts est remplie si bien que le transfert en fiducie semble constituer, en l'absence de disposition spécifique, un fait générateur d'imposition. En conséquence, la fiducie devrait être considérée comme une cession entraînant l'assujettissement à la TVA dans les conditions de droit commun. Le principe de neutralité de la fiducie connaît ici une faille.**

2. Application du régime des transmissions d'universalités

¹⁰³⁹ Instruction fiscale du 15 février 1979, BOI 3 CA-79 p. 8 ; Instruction fiscale du 31 juillet 1992, BOI 3 CA-92 n° 21 et 97 ; Doctrine administrative 3 A-1122 n° 2

¹⁰⁴⁰ CJCE, 8 mars 1988, n°102/86 ; RJF 8-9/88 n° 970 ; Conseil d'Etat, 9 mai 1990, n°82611 ; RJF 6/90 n° 676 ; Conseil d'Etat, 6 juillet 1990, n°88224 ; RJF 8-9/90 n° 989

L'application du droit commun de la TVA à la fiducie conduit à considérer que la dispense de TVA prévue par l'article 257 bis du Code général des impôts en faveur des transmissions d'universalités trouve à s'appliquer dans le cadre des opérations fiduciaires. L'article 257 bis dispense en effet de la taxe les transmissions effectuées à titre gratuit ou onéreux d'une universalité totale ou partielle, réalisées entre deux redevables de la taxe. En revanche, lorsque le transfert en fiducie ne porte que sur un ou plusieurs actifs isolés, ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme une universalité totale ou partielle de biens, et le transfert doit, en principe, être soumis à la TVA. A titre d'exemple, sont considérés comme étant des universalités partielles ou totales, les fonds de commerce, les parties autonomes d'entreprises susceptibles de poursuivre une activité autonome ainsi que les portefeuilles de valeurs mobilières. Dès lors que les éléments transférés en fiducie permettent la poursuite d'une activité autonome, le transfert bénéficie de la dispense de TVA pour autant que les conditions de dispense de la taxe soient remplies. A cet égard, il est nécessaire que le transfert en fiducie soit effectué par un constituant assujetti, à un fiduciaire lui-aussi assujetti redevable de la TVA. De plus, le fiduciaire étant réputé continuer la personne du cédant doit pouvoir poursuivre l'exploitation des biens fiduciaires. En pratique, cette dernière condition ne fait aucun doute puisque la mission du fiduciaire réside le plus souvent dans la gestion des biens fiduciaires.

D – Taxes locales

1. Taxes foncières

Faisant application des principes du droit civil, le droit fiscal tire toutes les conséquences du transfert de propriété. En l'absence de personnalité fiscale du patrimoine fiduciaire, c'est logiquement le fiduciaire qui est redevable des impôts locaux sur les biens apportés. La loi désigne en effet le fiduciaire comme redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties ou non bâties au titre des immeubles transférés

¹⁰⁴¹ Doctrine administrative 3 A-1112 n° 1 à 15

en fiducie. L'article 1415 du Code général des impôts prévoit cependant que la taxe est établie pour l'année entière d'après les faits existant au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. Par conséquent, hormis le cas de la constitution de la fiducie le 1^{er} janvier, c'est toujours le fiduciaire qui est imposé au titre de ces taxes. L'article 1400 du Code général des impôts¹⁰⁴² intéressant les taxes foncières a été complété en ce sens. Ainsi que le précise l'article 1518 C du Code général des impôts,¹⁰⁴³ la valeur locative qui sert de base à ces impôts n'est pas affectée par la mise en fiducie des biens concernés puisque « *les transferts et transmissions résultant de l'exécution d'un contrat de fiducie sont sans incidence sur la valeur locative des biens concernés* ». Par conséquent, on ne peut minorer l'assiette fiscale en créant une fiducie et en lui faisant apport de biens dépréciés.

2. Contribution économique territoriale

Sous l'empire de la taxe professionnelle, si les biens fiduciaires constituaient une activité imposable à ladite taxe, la constitution d'une fiducie constituait un changement d'exploitant au regard de la taxe professionnelle. Comme pour les taxes locales, la taxe professionnelle était due par année entière par le redevable qui exerçait l'activité au 1^{er} janvier.¹⁰⁴⁴ Dans la majorité des cas, il s'agit du constituant au titre de la première année. Ainsi que le précisait l'article 1477 II-b du Code général des impôts, alors en vigueur, le constituant devait déclarer le changement d'exploitant au service des impôts avant le 1^{er} janvier de l'année suivant la création de la fiducie, ce qui lui permettait d'éviter par conséquent l'établissement de l'imposition en son nom l'année suivante. Il appartenait au fiduciaire de déposer parallèlement une déclaration 1003 P au plus tard le 31 décembre de l'année de constitution. Il s'agit d'une déclaration estimative préalable à sa future imposition.

La contribution économique (CET) ayant remplacé la taxe professionnelle à compter du 1^{er} janvier 2010, il est nécessaire de s'intéresser au traitement fiscal qu'elle accorde à la fiducie. La CET est composée de la cotisation foncière des entreprises, assise sur

¹⁰⁴² Article 1400- IV du Code général des impôts (nouveau) modifié par l'article 108 de la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008

¹⁰⁴³ Créé par l'article 9 de la loi n°2007-211 du 19 février 2007

les bases foncières, et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, dont le taux est fixé au niveau national selon un barème progressif et qui est due par les entreprises réalisant un chiffre d'affaires au moins égal à 152 500 EUR. Conformément aux dispositions de l'article 1447 du CGI, sont redevables de la CFE, les personnes physiques ou morales, les sociétés non dotées de la personnalité morale ou les fiduciaires pour leur activité exercée en vertu d'un contrat de fiducie qui exercent à titre habituel une activité professionnelle non salariée.¹⁰⁴⁵

§2. Traitement fiscal en cours de contrat

Si le principe du traitement fiscal de la fiducie est celui de la neutralité, la neutralité fiscale impose de tenir compte de la réalité de l'opération. En effet, la mise en fiducie d'un bien générateur de revenus n'a pas pour conséquence d'exonérer les résultats de l'imposition sur les revenus (A). Le transfert en fiducie produit tout aussi logiquement des effets en matière de TVA (C) ainsi qu'en matière de droits d'enregistrement (D) et de taxes locales (B). Nous étudierons ici encore successivement les conséquences du transfert en fiducie au regard de ces différents impôts.

A - Imposition des résultats du patrimoine fiduciaire

On devra ici distinguer selon que le constituant agit dans le cadre de son activité professionnelle (1) ou selon qu'il agit dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé (2).

¹⁰⁴⁴ Article 1478 I du Code général des impôts

¹⁰⁴⁵ Réponse Aboud, n°95886, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse Delcourt, n°97018, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse Depierre, n° 97564, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse Féron, n°95064, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse Goua, n°95803, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse Guibal, n° 97085, JO AN 5 avril 2011, p. 3402 ; Réponse de La Raudière, n°98998, JO AN 5 avril 2011, p. 3402

1. Constituant exerçant une activité de nature professionnelle

a. Détermination du résultat au niveau du patrimoine affecté

L'article 238 quater F dispose que l'imposition du résultat de la fiducie est établie selon des modalités similaires à celles des sociétés de personnes. Ainsi, le résultat est déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire et le constituant est redevable de l'impôt correspondant. En la matière, le législateur a privilégié la neutralité de l'opération fiduciaire et la semi-transparence fiscale¹⁰⁴⁶ du patrimoine fiduciaire, offrant ainsi à ces profits un régime d'imposition identique à celui qui s'appliquait si ces biens figuraient dans le patrimoine de la société constituante.¹⁰⁴⁷ Ainsi, le résultat imposable est calculé au niveau de la fiducie, à partir de sa comptabilité, mais il est imposé chez les associés, en proportion de leur participation. L'imposition du **résultat** de la fiducie est établie selon les modalités applicables aux sociétés de personnes. L'article 238 quater F du Code général des impôts¹⁰⁴⁸ précise en effet que : « *Lorsque les droits du constituant [...] dans le patrimoine fiduciaire sont inscrits à son bilan, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le constituant* ». Le texte précise que le constituant est 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. Le résultat est ainsi imposé directement au nom du constituant et s'agrège à son propre résultat. Dans l'hypothèse d'une **pluralité de constituants**, le résultat est réparti proportionnellement entre eux en fonction de la valeur réelle des biens ou droits mis en fiducie par chacun. On retrouve peu ou prou le mécanisme complexe¹⁰⁴⁹ de détermination du résultat imposable des sociétés de

¹⁰⁴⁶ Article 8 du Code général des impôts

¹⁰⁴⁷ BISSY Arnaud (de), *Aspects fiscaux de la fiducie - Loi du 19 février 2007*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 17, 27 Avril 2007, 1165 & JCP E 2007, 1516

¹⁰⁴⁸ Institué par l'article 10 de l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009

¹⁰⁴⁹ HAGELSTEEN Marie-Dominique, *La « translucidité » fiscale des sociétés de personnes*, Revue de droit fiscal 1978, n°4, p. 106 s. ; COZIAN Maurice & PEIGNELIN Anne-Sophie, *Un sac d'embrouilles : le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu*, Droit Fiscal 1994, n°5, p. 205 s. ; COZIAN Maurice, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, Les petites affiches, 24 janvier 1996, n°11, p.5 s., MAÏA Jean, *Le passage au régime fiscal des sociétés de personnes – Du risque d'entrer dans un sac d'embrouilles*, RJF 11/00, p. 766 s., CHAULIN Vincent, *Retour sur la transparence fiscale des sociétés de personnes françaises*, Revue de droit fiscal 2004, n°4, p. 192 s.,

personnes dicté par l'article 238 bis K du CGI. Il convient donc de distinguer deux situations : celle où le constituant est soumis à l'impôt sur les sociétés (i.) et celle où il est soumis à l'impôt sur le revenu (ii.).

Si les résultats bénéficiaires de la fiducie sont imposés au nom du ou des constituants, cette transparence fiscale est limitée puisque, ainsi que le précise l'article 238 quater G du Code général des impôts, en cas de perte de valeur des actifs transférés en fiducie, les droits inscrits à l'actif du bilan du constituant ne peuvent pas donner lieu à la déduction d'une **provision au bénéfice du constituant. Néanmoins**, lorsque la détermination du régime d'imposition des résultats ou l'application des régimes d'exonération dépend du montant du chiffre d'affaires (tel que le régime d'exonération en faveur des entreprises nouvelles), le chiffre d'affaires provenant de la gestion du patrimoine fiduciaire s'ajoute à celui réalisé par le constituant.¹⁰⁵⁰ Il convient alors d'additionner le chiffre d'affaires propre du constituant et celui de la fiducie. En cas de pluralité de constituants, le chiffre d'affaires est réparti proportionnellement à la valeur des biens ou droits mis en fiducie.

i. Constituant soumis à l'impôt sur les sociétés

La situation dans laquelle le constituant est soumis à l'impôt sur les sociétés pose peu de problèmes en pratique. En effet, peu importe que le constituant soit désigné bénéficiaire de la fiducie, lorsqu'il est soumis à l'impôt sur les sociétés, le résultat de la fiducie est imposé à son nom suivant les règles qui régissent l'impôt sur les sociétés. A ce titre, les dépenses engagées par la fiducie constituent classiquement des charges déductibles pour la détermination du résultat fiscal dès lors qu'elles répondent aux conditions de déductibilité et ne sont pas exclues par une disposition particulière. Il faut ainsi qu'elles soient régulièrement enregistrées et qu'elles soient exposées dans l'intérêt de la fiducie. Ces charges doivent par ailleurs être passées dans le cadre d'une gestion normale de la fiducie. Si le critère de détermination de la normalité est strict concernant les sociétés commerciales dans lesquelles l'objet est la réalisation de bénéfices, l'administration fiscale doit considérer les objectifs de la fiducie et

CAPPALAERE Jean-Jacques, *Translucidité fiscale ou transparence fiscale ; l'épreuve du droit conventionnel*, Revue Banque, n°672 Septembre 2005, p. 88 s.

¹⁰⁵⁰ Article 238 quater H du Code général des impôts

apprécier la normalité de la charge à l'aune de la mission confiée au fiduciaire dans le contrat instituant la fiducie.

ii. Constituant soumis à l'impôt sur le revenu

Lorsque le constituant est soumis à l'impôt sur le revenu et que ses droits dans la fiducie sont inscrits à son bilan ou au registre des immobilisations, la part des bénéficiaires lui revenant doit être déterminée selon les règles applicables à la détermination de ses bénéfices propres. Ainsi, les résultats lui revenant doivent-ils être déterminés d'après les règles gouvernant les BIC, les BA ou les BNC selon les règles s'appliquant au constituant lui-même. Il n'y a donc pas lieu d'opérer la distinction des sociétés de personnes que pose l'article 238 bis K du Code général des impôts.

La simplicité du mode de détermination des revenus de la fiducie dont le constituant est soumis à l'impôt sur le revenu n'est qu'apparente. En effet, la cession de biens par le fiduciaire fait naître une difficulté de taille en matière de plus values puisque les textes sont peu loquaces sur ce sujet. Les résultats de la fiducie sont déterminés en application des règles propres au constituant si bien que les cessions réalisées par la fiducie sont soumises au régime des plus values professionnelles. La détermination du montant de la plus value est alors conditionnée par le mode d'acquisition du bien par la fiducie. Ainsi, lorsque le bien cédé a été acquis par le patrimoine fiduciaire, la plus ou moins value est déterminée par différence entre son prix d'acquisition et sa valeur nette de cession. Lorsque le bien cédé est entré dans le patrimoine fiduciaire par un transfert du constituant au patrimoine fiduciaire, les modalités de détermination de la plus ou moins value de cession varie selon la nature de l'immobilisation. Si l'immobilisation n'est pas amortissable, la plus value doit être calculée d'après sa valeur fiscale dans les écritures du constituant¹⁰⁵¹ ; si l'immobilisation est amortissable, la plus ou moins value doit être déterminée par différence entre le prix de cession et la valeur fiscale dans les écritures de la fiducie.

¹⁰⁵¹ Article 238 quater B – 3° - c du Code général des impôts

Les principes de transparence et de neutralité imposent pour le calcul de la plus ou moins value que soit prise en compte la distinction entre le court et le long terme. La loi est muette sur ce point et l'on ne sait en conséquence quelle est la date à apprécier pour le décompte du délai de deux ans. Bruno Gouthière¹⁰⁵² préconise sur ce point d'utiliser comme critère de distinction la conservation du contrôle de la fiducie par le constituant. En cas de conservation du contrôle, le délai de détention de l'immobilisation serait décompté depuis l'inscription au bilan du constituant afin de garantir la neutralité de l'opération de mise en fiducie. En case de perte de contrôle, le délai serait décompté à partir de son inscription au bilan de la fiducie. Ainsi, dans le premier cas, les amortissements passés par le constituant et le fiduciaire seraient directement pris en compte dans le calcul de la plus value.

La dernière difficulté tenant à la détermination de la plus value de cession par la fiducie dont le constituant est soumis à l'impôt sur le revenu tient aux abattements pour durée de détention. En effet les articles 151 septies et septies B n'ont pas subi de modification du fait de l'introduction de la loi sur la fiducie. Concernant les plus values immobilières, l'article 151 septies B¹⁰⁵³ ne prévoit pas comment calculer la durée de détention. Il semble qu'il faille apprécier la date de départ du délai de détention au jour de l'inscription au bilan du constituant afin de conserver la neutralité fiscale de la fiducie. Le cas de l'exonération des plus values en fonction du chiffre d'affaire prévu par l'article 151 septies du Code général des impôts peut vraisemblablement trouver application dans l'hypothèse où la fiducie développe une activité professionnelle. Ici encore, il est nécessaire de tenir compte du contrôle de la fiducie. Lorsque le constituant perd le contrôle, il semble qu'il faille apprécier les conditions au niveau de la fiducie et lorsqu'il le conserve, il faut apprécier les conditions au niveau du constituant. Ainsi, dans ce dernier cas, le seuil d'exonération devrait être apprécié en totalisant les recettes de la fiducie et celles du constituant.

¹⁰⁵² GOUTHIERE Bruno, LOPATER Claude, *La fiducie – Mode d'emploi*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd. 2009, p.155 s.

¹⁰⁵³ Qui prévoit un abattement de 10% par année de détention au-delà de la 5^{ème} année

b. Imposition au nom du constituant

Ainsi que le précise l'article 238 quater F du Code général des impôts, le résultat de la fiducie est imposé au nom du constituant. (ii.) En présence d'un seul constituant, la totalité du résultat est imposée en son nom et s'ajoute à son propre résultat. En cas de pluralité de constituants se pose la question de la répartition des résultats entre eux. (i.)

i. Répartition du résultat

On l'a vu, en présence d'un seul constituant, ce dernier recueille l'intégralité du résultat. En cas de pluralité de constituants, le résultat est réparti proportionnellement à la valeur de leurs apports en fiducie au jour du transfert.¹⁰⁵⁴ Contrairement au cas des sociétés de personnes dans lesquelles les associés peuvent (sous réserve du caractère léonin) fixer une clef de répartition inégale du résultat, les constituants d'une fiducie ne peuvent pas déroger à la règle de répartition au prorata de leurs apports. En effet, les textes ne précisent aucunement qu'une clef de répartition conventionnelle dérogatoire peut être privilégiée. Ici encore, la simplicité du dispositif n'est que de façade et l'hypothèse d'une augmentation de participation de l'un des constituants laisse apparaître la pauvreté du dispositif légal. Rien n'indique en effet si la répartition des droits doit être opérée en prenant en considération la valeur des éléments transférés au jour du transfert initial ou à la date du nouveau transfert en fiducie.

ii. Imposition du résultat

Le résultat de la fiducie est retenu chaque année par le bénéficiaire par une évaluation des droits dans la fiducie présents à son actif.¹⁰⁵⁵ Corrélativement, le fiduciaire effectue les déclarations incombant aux sociétés de personnes au titre du résultat de la fiducie ; ainsi, il doit produire une déclaration n°2031.¹⁰⁵⁶ Conformément aux règles prévues

¹⁰⁵⁴ La date de transfert de propriété n'ayant pas été précisée par le législateur, cette date est fixée dans le contrat de fiducie.

¹⁰⁵⁵ Les tableaux 2050 à 2057 de la liasse fiscale sont ainsi établis à partir des comptes annuels établis par le fiduciaire

¹⁰⁵⁶ Articles 238 quater L et M du Code général des impôts

pour les sociétés de personnes, les bénéfices répartis par la fiducie ne sont pas imposables en eux-mêmes puisque le résultat a précédemment été imposé au niveau du constituant. Les bénéfices et les pertes réalisées par la fiducie ont vocation à s'agréger au résultat fiscal du constituant. Lorsque ce dernier est soumis à l'impôt sur les sociétés, le déficit s'impute indéfiniment sur ses propres résultats et il peut reporter en arrière sur ses propres bénéfices le déficit transmis. De la même façon, le bénéfice transmis par la fiducie peut servir de base d'imputation à ses futurs déficits.¹⁰⁵⁷ Lorsque le constituant est soumis à l'impôt sur le revenu, il est personnellement soumis à cet impôt au titre des résultats bénéficiaires de la fiducie. Les déficits subis par la fiducie s'imputent quant à eux sur le revenu global du constituant. Si ce revenu global est insuffisant, le déficit de la fiducie peut être reporté sur le bénéfice global du constituant des six années suivantes. Les plus ou moins values nettes constatées par la fiducie se compensent par ailleurs avec les plus ou moins values nettes de même nature du constituant. Lorsque les biens ont été transférés à la fois par des personnes physiques exerçant une activité professionnelle et par des personnes agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé, il y a lieu d'effectuer une double détermination des résultats en retenant les règles qui leurs sont propres, c'est-à-dire celles de l'activité du constituant exerçant une activité professionnelle et s'agissant du constituant agissant à titre privé des règles propres à la nature de la fiducie.

2. Constituant agissant dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé

a. Principes

Comme dans le cas précédent, le résultat de la fiducie est imposé au nom du constituant. En revanche contrairement au constituant agissant dans le cadre de son activité professionnelle, et ainsi qu'en dispose l'article 238 quater O du Code général des impôts, le résultat est déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire en tenant compte de sa nature et de son activité ; c'est-à-dire en tenant compte des règles propres à la catégorie de bénéfice ou de revenu dont relève l'activité de la fiducie. On se souvient que s'agissant du constituant soumis à l'impôt sur le revenu et agissant dans le cadre de son activité professionnelle, le résultat de la fiducie est déterminé en tenant

¹⁰⁵⁷ Dans les conditions de l'article 220 quinquies du Code général des impôts

compte du régime fiscal propre à son activité. On retrouve ici encore la marque de la neutralité fiscale de la fiducie, neutralité qui se prolonge en matière de plus values. En effet, en cas de cession en cours de fiducie des biens transférés par le constituant sous le régime de neutralité de l'article 238 quater N, les plus ou moins values sont déterminées en retenant la valeur d'acquisition des biens par le constituant et non la valeur d'entrée dans le patrimoine fiduciaire. Le résultat dégagé par la fiducie, ainsi déterminé est imposé au nom du constituant ou au prorata des droits des constituants dans l'hypothèse d'une pluralité. Ici encore,¹⁰⁵⁸ le résultat est réparti proportionnellement à la valeur vénale de leurs apports au jour du transfert. Le résultat fiduciaire et le cas échéant la quote part de résultat est ainsi ajouté aux autres revenus catégoriels du foyer fiscal du constituant pour la détermination de son revenu global, et ce même en l'absence de toute distribution des résultats. En cas de résultat déficitaire de la fiducie, le constituant peut imputer le montant du déficit sur ses revenus de même nature tout en respectant les conditions de déductibilité de droit commun.¹⁰⁵⁹

b. Exceptions liées aux objectifs poursuivis par la fiducie

La gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières par un fiduciaire oblige ce dernier à procéder à des arbitrages conduisant à l'encaissement des revenus de titres et à la réalisation de plus-values. Le résultat des fiducies de gestion de portefeuille est alors déterminé au niveau de la fiducie, en vertu des dispositions de l'article 238 quater O, dans les conditions de détermination des revenus de capitaux mobiliers puis imposé au nom du constituant comme si ce dernier avait lui-même effectué la cession. La plus-value de cession est déterminée conformément au droit commun par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition par la fiducie ou par leur prix ou valeur¹⁰⁶⁰ d'acquisition par la fiducie lorsque les titres cédés ont eux même été apportés par le constituant. Le constituant n'est cependant imposé au titre des plus values de cession de valeurs mobilières que dans la mesure où il dépasse le seuil de cession de

¹⁰⁵⁸ Une clef de répartition conventionnelle ne saurait ici encore être opposée à l'administration fiscale

¹⁰⁵⁹ Tunnélisation des déficits de RCM et report sur six ans ; Tunnélisation des moins values de RCM sur 10 ans ; Imputation sur le revenu global des 6 années suivantes du déficit foncier dans la limite de 10700€ et imputation du solde de ce déficit sur les revenus fonciers des 10 années suivantes

¹⁰⁶⁰ Il s'agit ici de se référer à la valeur déclarée des titres en cas de succession ou de donation. Celle-ci fait référence en cas de succession à la valeur au jour du décès ou à la moyenne des 30 derniers cours précédant le décès et à la valeur au jour de la donation pour les transmissions à titre gratuit

25 730€¹⁰⁶¹ prévu à l'article 150-O-A, I-1 du Code général des impôts. Afin d'assurer la neutralité fiscale de la fiducie, pour apprécier le seuil de cession précité, les particuliers doivent ajouter au montant de leurs cessions directes les cessions réalisées par l'intermédiaire de la fiducie.¹⁰⁶² Un particulier acquérant des droits dans une fiducie n'est quant à lui imposable sur sa quote part de résultat au titre de l'année que sur les gains nets de cession réalisés depuis l'acquisition de ses droits dans la fiducie.¹⁰⁶³ On retrouve enfin un indice de la neutralité fiscale de la fiducie en matière d'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D bis du Code général des impôts¹⁰⁶⁴ lequel commence à courir lors de l'acquisition des titres par le constituant peu important que ceux-ci aient été placés en fiducie.

La fiducie peut aussi avoir pour objectif la gestion de biens immobiliers. Dans ce cas, des règles particulières sont prévues en matière de fiscalité immobilière en raison du principe de neutralité fiscale. Quand la fiducie cède un droit réel immobilier qu'elle a acquis, la plus value de cession est déterminée par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition ainsi que le précise le cinquième alinéa de l'article 150 VB-I du Code général des impôts. Lorsque la cession porte sur un droit réel immobilier transféré par le constituant de la fiducie sous le régime de neutralité de l'article 238 quater N, le prix d'acquisition à retenir pour le calcul de la plus value est celui d'acquisition par le constituant. Le calcul de la durée de détention pour la mise en

¹⁰⁶¹ Pour 2009 et 25 000€ pour 2008

¹⁰⁶² Article 150-O-A, I-1 du Code général des impôts « [...] les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120, de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu lorsque le montant de ces cessions excède, par foyer fiscal, 25 000 € pour l'imposition des revenus de l'année 2008 et 25 730 € pour l'imposition des revenus de l'année 2009 ».

¹⁰⁶³ S'agissant de cessions réalisées par l'intermédiaire d'une société civile de portefeuille, v. Rescrit n°2007/32 FP du 25 septembre 2007 ; Droit fiscal 2007, n°40, 1040 : « Il s'ensuit que lorsque la cession à titre onéreux de titres ou droits est réalisée par une personne interposée, telle que par exemple une société civile de portefeuille, le gain net retiré de cette cession est imposé au nom de chacun des associés personnes physiques présents dans la société lors de cette cession, comme s'ils avaient eux-mêmes directement effectué cette cession. » d'autre part l'« associé qui acquiert des parts (...) en cours d'année n'est imposable à l'impôt sur le revenu au titre de cette année que sur les gains nets de cession réalisés par la société depuis l'acquisition de ses parts et à hauteur de ses droits dans la société au cours de cette période » ; PIERRE Jean-Luc, *Imposition des associés d'une société fiscalement translucide*, Droit des sociétés n°12, décembre 2007, comm. 229 ; *Conditions d'imposition des gains nets de cession de titres réalisés par l'intermédiaire d'une société civile de portefeuille*, JCP N n°41, 12 Octobre 2007, act. 632

œuvre de l'abattement prévu à l'article 150 VC du Code général des impôts¹⁰⁶⁵ prévoit que la date de départ est celle de l'acquisition du droit par le constituant¹⁰⁶⁶ ou par la fiducie quand le bien a été acquis par cette dernière.

B – Fiscalité locale

Le cas de la taxe foncière sur les propriétés bâties et non bâties ne pose en lui-même que peu de difficulté dans la mesure où l'article 1400, IV du Code général des impôts précise que la taxe foncière est établie au nom du fiduciaire lorsque l'immeuble a été transféré en vertu d'un contrat de fiducie. Le I de l'article 1400 dispose quant à lui que la taxe foncière est due par le « *propriétaire actuel* » de l'immeuble. On le voit ici, le droit fiscal tire pleinement les conséquences du contrat de fiducie et du transfert de propriété des biens dans le patrimoine fiduciaire auquel il donne lieu et dont le titulaire ne saurait être fiscalement que le fiduciaire. Cette prise en compte fiscale du transfert de propriété opéré juridiquement est cependant troublante puisque s'agissant des revenus tirés de la fiducie ou des droits d'enregistrement, le principe régissant le dispositif est celui de la neutralité. En effet, en matière de fiscalité locale, seul le fiduciaire est imposé à l'exception du constituant. Il est difficilement compréhensible que le droit fiscal tire les conséquences du transfert de propriété au plan de la fiscalité locale tout en continuant à l'ignorer superbement en d'autres matières. La fiscalité de la fiducie est ainsi tiraillée entre neutralité, opacité et translucidité ce qui rend son régime d'imposition extrêmement complexe expliquant sans doute le faible succès recueilli par l'instrument. Le cas de la taxe professionnelle et de son récent prolongement nous donne la même impression de flou et d'imperfection.

¹⁰⁶⁴ Abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième. Cet abattement qui ne vaut que pour l'IR à l'exception des contributions sociales s'appliquera aux cessions réalisées après le 1^{er} janvier 2012 compte tenu de la durée de détention qui ne joue que depuis le 1^{er} janvier 2006.

¹⁰⁶⁵ Abattement de 10% par année de détention au-delà de la cinquième année

¹⁰⁶⁶ Lorsque les biens ont été transférés sous le régime de neutralité fiscale. Lorsque les biens n'ont pas été transférés sous le régime de l'article 238 quater N, la durée de détention court à compter de la date d'acquisition par la fiducie

En effet, s'agissant de la taxe professionnelle, il est nécessaire de distinguer l'activité de gestion de la fiducie de l'activité de la fiducie elle-même. L'article 1447 ancien du Code général des impôts dispose que la taxe professionnelle est due annuellement par les personnes physiques et morales exerçant à titre habituel une activité non salariée. Lorsque la fiducie développe une activité professionnelle, c'est-à-dire si elle n'est pas limitée à la simple gestion d'un patrimoine, elle est soumise à la taxe professionnelle. En revanche, lorsque l'activité déployée se cantonne à une pure gestion du patrimoine fiduciaire, elle n'est pas soumise à cette taxe. Le nouvel article 1447 du Code général des impôts¹⁰⁶⁷ institue une contribution économique territoriale remplaçant la taxe professionnelle. La rédaction de l'article 1447 n'est que peu modifiée dans la mesure où seul l'intitulé de la taxe a subi une modification. On peut par conséquent appliquer le même raisonnement concernant la soumission de la fiducie à la contribution économique territoriale d'autant que les articles¹⁰⁶⁸ relatifs à l'exonération¹⁰⁶⁹ de cette contribution ne mentionnent aucunement la fiducie au titre des activités exonérées. L'article 1476 al. 4 du Code général des impôts prévoit que lorsque l'activité est déployée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire. Ici encore, cette règle vaut tant pour la taxe professionnelle que pour la contribution économique territoriale. C'est donc le fiduciaire qui est tenu aux obligations déclaratives prévues à l'article 1477 du même code. Ainsi lui incombe t'il de déclarer une déclaration provisoire n°1003 P au titre de la première année puis de déposer une déclaration n°1003 les années suivantes. Alors que pour l'ancienne taxe professionnelle, les bases d'imposition de la fiducie étaient celles de droit commun, c'est-à-dire assise sur la valeur locative des immobilisations passibles de la taxe foncières sur les propriétés bâties et non bâties et sous réserve de certains paliers¹⁰⁷⁰ sur la valeur locative des équipements et biens mobiliers, la contribution économique territoriale n'est pas assise sur la seule valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière mais prend également en compte 5,5 % de leurs recettes. Il s'agit d'un régime particulier pour les titulaires de bénéfices non commerciaux, les agents d'affaires, les fiduciaires pour l'accomplissement de leur mission et les intermédiaires de commerce,

¹⁰⁶⁷ Modifié par l'article 2 (V) de la loi n°2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010

¹⁰⁶⁸ Articles 1449 à 1466 F du Code général des impôts

¹⁰⁶⁹ V. le II de la section V du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} de la 2^{ème} partie du Code général des impôts relatif aux exonérations

employant moins de cinq salariés et non soumis à l'impôt sur les sociétés que le Conseil Constitutionnel a jugé contraire à la constitution au motif que le dispositif prévu conduisait « à traiter de façon différente des contribuables se trouvant dans des situations identiques au regard de l'objet de la loi » ce qui constitue « une rupture caractérisée du principe d'égalité devant l'impôt ». ¹⁰⁷¹ La base d'imposition de cette nouvelle taxe est donc constituée ¹⁰⁷² par la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière situés en France, à l'exclusion des biens exonérés de taxe foncière sur les propriétés bâties en vertu des 11° et 12° de l'article 1382. La valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière est calculée suivant les règles fixées pour l'établissement de cette taxe, cependant, la valeur locative des immobilisations industrielles est diminuée de 30 %.

C – TVA

Ainsi qu'en dispose l'article 256 IV 1° du Code général des impôts, les prestations réalisées par le fiduciaire dans le cadre de sa mission tirée du contrat sont considérées comme étant des prestations de service soumises à la taxe sur la valeur ajoutée. Le fiduciaire est par voie de conséquence soumis à cette taxe sur sa rémunération dès lors qu'il y est assujetti. La rémunération que peut percevoir le fiduciaire est de deux ordres. Il peut s'agir d'une rémunération directe de la part du constituant ou d'une rémunération indirecte prélevée sur les résultats bénéficiaires de la fiducie. Au titre de cette rémunération, le consistant doit se voir délivrer une facture établie dans les conditions de l'article 289 du Code général des impôts ce qui lui permet lorsqu'il est lui-même un assujetti, de déduire de son chiffre d'affaires la taxe facturée par le fiduciaire. ¹⁰⁷³

¹⁰⁷⁰ 61 000€ de recettes annuelles pour les prestataires de services et 152 000€ dans les autres cas

¹⁰⁷¹ Conseil Constitutionnel, 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC On notera ici que le Conseil Constitutionnel a récemment étayé sa jurisprudence sur le principe d'égalité en matière de taxation d'office v. Cons. Const. 21 janv. 2011, n° 2010-88DC sur la décision du Conseil d'État, 22 octobre 2010 n° 342565

¹⁰⁷² Article 1467 du Code général des impôts

¹⁰⁷³ Encore faut-il qu'il ait agi dans le cadre de son activité

Par ailleurs, les opérations réalisées par le fiduciaire pour le compte de la fiducie sont imposées dans les conditions de droit commun. Ainsi que le précise l'article 285 A du Code général des impôts :¹⁰⁷⁴ « *le fiduciaire est considéré comme un redevable distinct pour chaque contrat de fiducie* ». De cette qualité de redevable découle pour le fiduciaire l'obligation de se soumettre aux obligations déclaratives auprès du centre des impôts dont il relève. Les opérations ainsi réalisées peuvent être soumises à la TVA des marchands de biens¹⁰⁷⁵ lorsque le fiduciaire continue l'activité de marchand de biens du constituant ou à la TVA immobilière¹⁰⁷⁶ lorsque la fiducie concourt à la production ou à la livraison d'immeubles.

D – Droits d'enregistrement et ISF

En matière de droits de succession et de publicité foncière, le constituant est réputé demeurer propriétaire des biens fiduciaires ce qui constitue une négation du transfert de propriété opéré civilement tout en assurant la neutralité fiscale. Il en est de même pour tous les actes constatant la modification de la fiducie, la transmission des biens fiduciaires ou de la fiducie elle-même.

Cette neutralité fiscale réfute aussi en matière d'impôt de solidarité sur la fortune le transfert de propriété opéré au plan civil. En effet, les biens et droits transférés dans le patrimoine fiduciaire demeurent au regard de cet impôt dans le patrimoine du constituant personne physique. Les personnes morales sont en effet exonérées ce qui ne signifie pas qu'il suffise au constituant d'interposer une personne morale entre la fiducie et lui pour s'exonérer de l'impôt. En effet, dans ce dernier cas, la personne physique est imposée indirectement.

Lorsque le constituant est une personne physique, il est soumis à l'ISF lorsque la valeur de son patrimoine est supérieure à la limite de la première tranche fixée à l'article 885 U du Code général des impôts. Lorsque le constituant est une personne

¹⁰⁷⁴ Article 8 de la loi n°2007-211 du 19 février 2007

¹⁰⁷⁵ Article 257, 6° du Code général des impôts

¹⁰⁷⁶ Article 257, 7°-1-a et b du Code général des impôts

morale étrangère, elle est soumise à la taxe de 3% visée à l'article 990 D du CGI aux **immeubles** possédés par une fiducie.

Les actes constatant la **modification du contrat** de fiducie doivent être enregistrés dans les mêmes conditions et donnent lieu à la perception des mêmes droits et taxes que les actes ayant constaté sa formation. Il en est de même des actes constatant le **transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire**. En cas de **transmission à titre onéreux** de 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 selon la nature des biens et droits transmis dans les conditions de droit commun puisque les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire.¹⁰⁷⁷ Ils sont calculés sur la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en remploi, à la date du fait générateur de l'impôt. Si, en dépit de la nullité dont il est menacé, le contrat de fiducie procédait d'une intention libérale¹⁰⁷⁸ conduisant à une transmission **à titre gratuit** de biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire ainsi que des fruits tirés de leur exploitation, l'article 792 bis du CGI trouverait application. A cette occasion, et se fondant sur l'article L 64 C du Livre des procédures fiscales, qui institue une procédure de rectification rendant inopposables les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale, l'administration considérerait que l'opération fiscale conduit à une minoration des droits dus par l'une des parties au contrat et serait en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. Seraient alors dus des droits de mutation à titre gratuit au **taux de 60%** auxquels s'ajouterait la **majoration de 80%** en cas de découverte d'une activité occulte.¹⁰⁷⁹

Il a récemment été envisagé d'augmenter significativement les droits d'enregistrement pour financer l'aide juridictionnelle. Cette augmentation intéresse la fiducie puisque l'acte constatant la création de la fiducie doit être enregistré dans le délai d'un mois.

¹⁰⁷⁷ Articles 1378 septies et 668 bis du Code général des impôts

¹⁰⁷⁸ Tel est le cas lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle

¹⁰⁷⁹ CGI, Art. 1728 & 1729 ; Le Conseil Constitutionnel a récemment jugé que les majorations fiscales de 40 % en cas de non-dépôt de ou de mauvaise foi ainsi que la majoration de 80 % étaient conformes aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines si bien que ces majorations sont conformes à la Constitution : Conseil Constitutionnel, 17 mars 2011, n° 2010-103 à 2010-106 QPC.

Les rapports Bouchet de 2001¹⁰⁸⁰ et du Luart de 2007¹⁰⁸¹ concluaient qu'il est nécessaire d'augmenter rapidement les ressources de financement de l'aide juridictionnelle. « *En 2009, les crédits consommés pour financer l'AJ se sont élevés à 372 millions d'euros. [...] Pour abonder le financement de l'aide juridictionnelle dans des conditions acceptables et répondre aux nouveaux besoins, il serait idéalement souhaitable d'augmenter de 300 millions d'euros environ le montant actuel des crédits* ». ¹⁰⁸² La Proposition n° 18 de la mission d'information créée le 16 juin 2010 par la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, consiste à créer un fond de soutien à l'accès au droit et à l'aide juridictionnelle qui serait alimenté par une hausse de 3,5 % des droits d'enregistrement¹⁰⁸³ portant sur « *les actes opérant une mutation de biens ou de droits potentiellement porteurs de litiges* ». Le rapport inclut dans ces opérations les actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie visés par l'article 635 du CGI et qui doivent par conséquent être enregistrés dans le délai d'un mois.

§3. Traitement fiscal à l'issue du contrat de fiducie

Ainsi que le précisent les dispositions de l'article 238 quater I du CGI, la cession ou l'annulation de tout ou partie des droits du constituant dans la fiducie oblige le fiduciaire et le constituant à tirer à l'égard du patrimoine fiduciaire les conséquences fiscales d'une cessation ou d'une transformation d'entreprise prévue à l'article 201 du CGI.¹⁰⁸⁴ Ainsi, « *l'impôt sur le revenu dû en raison des bénéfices réalisés dans cette*

¹⁰⁸⁰ BOUCHET Paul, CHARVET Dominique, FRAGONARD Bertrand, Rapport de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, juin 2001

¹⁰⁸¹ DU LUART Roland, Rapport n° 23 de la commission des Finances du Sénat sur *l'aide juridictionnelle*, 9 octobre 2007 : De 1992 à 2006, la dépense est passée de 131 millions d'euros à 300,4 millions d'euros, soit une augmentation de + 129,3 %. Rapportée aux crédits de la justice en France, la dépense de l'AJ représentait dans le PLF pour 2008, 4,9 % de l'enveloppe budgétaire globale consacrée à la justice.

¹⁰⁸² GOSSELIN Philippe & PAU-LANGEVIN George, Rapport n° 3319 de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, *en vue d'améliorer l'accès au droit et à la justice*, 6 avril 2011, p. 85

¹⁰⁸³ Droits fixes, proportionnels et progressifs. D'après les estimations de la commission des lois Cette augmentation devrait générer un surplus de 313,16 millions d'euros.

¹⁰⁸⁴ En revanche, ainsi que le précise l'article 238 quater C, le transfert dans un patrimoine fiduciaire de l'ensemble des éléments d'actif et de passif du constituant n'entraîne pas la cessation de son activité au sens des articles 201 et 202 lorsque ce transfert bénéficie des dispositions de l'article 238 quater B ; *Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine privé*, Droit fiscal n° 17, 23 Avril 2009, comm. 287

[...] *exploitation et qui n'ont pas encore été imposés est immédiatement établi.* » La **fin du contrat de fiducie** se traduit donc par l'imposition immédiate de l'ensemble des bénéfices non encore taxés, y compris les plus-values constatées lors de la cessation de la fiducie et les provisions non encore réintégrées. Le patrimoine fiduciaire doit également être fiscalement liquidé en cas de décès, de cessation ou de **dissolution du constituant** ou en cas de **cession des droits** détenus au titre du contrat de fiducie. Néanmoins ainsi qu'en dispose l'article 238 quater K du Code général des impôts, un **régime de neutralité** s'applique dans l'hypothèse d'un retour des biens dans le patrimoine du constituant dès lors que le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire et que le constituant respecte les engagements pris par le fiduciaire pour l'application de la neutralité lors du transfert initial des actifs dans la fiducie. A cette occasion, le fiduciaire est tenu de souscrire une **déclaration de résultats** ainsi qu'un **état de suivi** des plus-values en sursis d'imposition¹⁰⁸⁵ dans les soixante jours suivant la date de l'événement qui met fin au contrat de fiducie.

Droits d'enregistrement perçus à l'issue du contrat de fiducie. Les actes constatant l'**extinction du contrat** doivent être enregistrés dans les mêmes conditions et donnent lieu à perception des mêmes droits et taxes que les actes constatant la formation du contrat de fiducie. Par exception, les actes constatant le **retour de tout ou partie du patrimoine fiduciaire** au constituant ne donnent pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière sur les biens et droits immobiliers. Ce traitement est justifié par une fiction fiscale dans la mesure où le transfert fiduciaire est réputé ne pas s'être produit. En cas de transfert des biens **au bénéfice d'un tiers**, les droits de mutation de droit commun sont exigibles.

¹⁰⁸⁵ Article 54 septies I du Code général des impôts

Sous-section 2 – Analyse comparative du traitement des mécanismes fiduciaires

Si la neutralité souhaitée lors des travaux parlementaires est la marque fiscale de la fiducie, cette neutralité laisse une place à une forme de semi-transparence qui ne parvient pas à corriger les inconvénients qu'elle fait naître pour le constituant (§1.). Le législateur a souhaité introduire en droit français un mécanisme de barrage au trust sans pour autant prendre les mesures fiscales nécessaires à son bon fonctionnement.¹⁰⁸⁶ La crainte liée à l'utilisation des fiducies comme moyen d'évasion fiscale est telle qu'elle paralyse l'évolution de l'instrument. La dynamique que suit la fiducie depuis la loi de 2007 est certes de bonne augure, mais elle se limite à un élargissement des acteurs en ignorant superbement les objectifs que ceux-ci souhaitent poursuivre lorsqu'ils entendent utiliser un trust. Il semble que les mesures prises en faveur de l'extension de la fiducie ne soient que de bien maigres remèdes¹⁰⁸⁷ auxquels il serait souhaitable de privilégier des solutions plus fondamentales. On se demande en effet quel est l'intérêt financier incitant les acteurs à privilégier la fiducie à un contrat de capitalisation ou d'assurance vie et plus encore à un trust anglo-saxon. Le régime fiscal de ces derniers semble être inévitablement la clef du succès qui fait défaut à son cousin français. (§2.)

§1. Conséquences de la neutralité

Si l'application du droit commun à la fiducie en compromettrait l'avenir, le Législateur, inspiré par une fiction fiscale, a doté la fiducie d'un régime uniforme quels que soient les objectifs poursuivis par les parties et n'a pas cherché à savoir si la

¹⁰⁸⁶ La volonté d'érection d'une telle barricade n'est pas récente puisque les premiers travaux préconisant l'introduction en droit français d'un tel mécanisme remontent à la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée par la France le 26 janvier 1991, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992

¹⁰⁸⁷ Puisqu'elles n'élargissent que le champ d'application *rationae personae*

fiducie était discrétionnaire ou non ou même révocable. Ce traitement aveuglé par le modèle de la fiducie gestion nuit à la cohérence fiscale de l'instrument.¹⁰⁸⁸

Ainsi que le relève Jérôme Turot,¹⁰⁸⁹ lorsque « *la neutralité revient à ignorer un fait juridique qui a produit des effets dans la réalité, elle peut se révéler pénalisante* ». Régime renégat, la schizophrène neutralité fiscale marquant la fiducie conduit à la négation même des fondements de l'instrument car en niant implicitement l'existence d'un transfert de propriété du patrimoine du constituant au patrimoine fiduciaire, le régime trahit son originalité principale. En effet, lors du transfert de propriété, tout se passe comme si les biens n'avaient pas été placés en fiducie si bien que les actifs fiduciaires sont réputés fiscalement être restés dans le patrimoine du constituant. En cours de fiducie, lorsque ces actifs sont générateurs de profits, les produits sont imposés au nom du constituant, la fiducie étant fiscalement traitée comme une société de l'article 8 dont l'associé serait le constituant. La fiducie est ainsi dotée d'un régime qui, niant le transfert de propriété, recherche de la matière imposable là où il n'y en pas, là où il n'y en a plus c'est à dire chez le constituant. Cette neutralisation ainsi est tantôt favorable au constituant et tantôt contraire à ses intérêts.

À l'avantage du constituant, d'une part, puisque la mise en fiducie des biens n'est pas considérée comme une cession. Par conséquent, elle n'entraîne pas d'imposition d'une plus-value de cession (la mise en fiducie des biens est traitée fiscalement comme une opération intercalaire). Dans le même esprit, la mise en fiducie ne donne pas ouverture aux droits proportionnels de mutation. Sur ce point la loi prend le contre-pied du premier avant-projet de régime fiscal pour la fiducie, élaboré en 1991, dans lequel des droits de mutation étaient exigibles, sauf lorsque la fiducie était destinée à revenir au constituant. Cette nouvelle approche doit être saluée comme un progrès considérable, car sur ce point l'avant-projet de 1991 était de nature à dissuader le recours à la fiducie.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁸ BLANLUET Gauthier, *Trusts & Fiducie : concurrents ou compléments – Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France*, op. cit. p. 347 s.

¹⁰⁸⁹ TUROT Jérôme, *Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question*, Droit fiscal n° 16, 19 Avril 2007, 433

¹⁰⁹⁰ WITZ Claude, *L'avant-projet de loi sur la fiducie à la lumière des expériences étrangères*, Banque et droit, novembre-décembre 1991, n°20, p. 225 à 229; GOLDSMITH Jean-Claude, *Quel statut fiscal pour la*

En revanche, cette neutralisation jouera à son détriment¹⁰⁹¹ au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune amenant la doctrine à appeler de ses vœux des aménagements en terme d'ISF.¹⁰⁹² En effet, le principe de neutralité conduit à considérer que les biens n'ont jamais quitté le patrimoine du constituant. « *L'imposition des biens est effectuée dans les mêmes conditions que s'ils étaient directement détenus par le constituant* ». ¹⁰⁹³ D'une part, les biens mis en fiducie ainsi que leurs fruits demeurent directement inclus dans l'assiette du constituant.¹⁰⁹⁴ D'autre part, cette neutralité influence indirectement sur l'assiette fiscale des associés d'une société constituante puisque ces associés risquent fort d'être imposés à l'ISF sur le patrimoine fiduciaire de la société, à travers la valorisation de leurs parts sociales. En effet, dès lors que la loi indique que, pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire, on s'attend fortement à ce que l'administration recommande aux associés de tenir compte, pour déterminer la valeur de leurs parts sociales, de la valeur de la créance que la société est réputée fiscalement détenir sur le patrimoine fiduciaire.

§2. La clef du succès du trust : le dédoublement du titre de propriété

Un amendement visant à compléter l'article 2011 du Code civil introduit dans la proposition de loi tendant à faciliter l'accès au crédit des PME fut adopté par le Sénat le 9 juin 2009. Cet amendement prévoyait que « *le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire, des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des*

fiducie : à propos du récent projet de l'administration Banque n°518, juillet-août 1991, p.725 à 731 ; *Fiducie* : -avant-projet de régime fiscal, Feuillet rapide Francis Lefebvre, 15 avril 1991, p. 10-11

¹⁰⁹¹ *Modalités d'imposition à l'ISF et aux droits de succession des biens ou droits transférés par des particuliers dans un patrimoine fiduciaire*, Droit fiscal n° 17, 23 Avril 2009, comm. 289

¹⁰⁹² SAND Clarisse, *La fiducie constituée par des personnes physiques : quel régime fiscal ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 4, Avril 2009

¹⁰⁹³ *Adaptation de la législation fiscale à l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques*, Droit fiscal n° 6, 5 février 2009, act. 31 ; *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, JORF n°0026 du 31 janvier 2009 page 1851

¹⁰⁹⁴ Article 885 G bis du Code général des impôts ; Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 10, XXVI

bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». ¹⁰⁹⁵ Le Rapport présenté au Sénat par Philippe Marini indique que cet alinéa apportait une amélioration à cet « *instrument imparfait* » qu'est la fiducie en ne donnant au fiduciaire qu'une propriété avec charge. Ce dernier ne recevrait ainsi qu'une propriété au titre de laquelle il ne pouvait qu'exercer les prérogatives de propriétaire sous les limites posées par le contrat de fiducie. Cet alinéa consommait ainsi le rapprochement des deux institutions et sonnait pour partie le glas de l'originalité de la fiducie française puisque « *le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens* ». ¹⁰⁹⁶ Une telle disposition aurait permis au contrat de fiducie de fractionner le droit de propriété entre le fiduciaire et les bénéficiaires en mettant en place une dissociation du droit de propriété ¹⁰⁹⁷ inconnue de notre droit civil. Cependant, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 14 octobre 2009 ¹⁰⁹⁸ annula cette disposition au motif qu'elle ne présentait « *aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* ». On le voit, ce n'est donc pas la dissociation de propriété qui est censurée mais le mode d'introduction du texte dans le droit français et l'on peut imaginer que le législateur verra dans ce refus partiel l'opportunité d'intégrer cette disposition lors d'une éventuelle modification de la fiducie lui offrant ainsi un nouvel élan. Chacun sait cependant que les trusts n'auraient pas acquis une telle importance dans les pays anglo-saxons s'ils ne bénéficiaient pas d'un régime fiscal favorable tiré d'un régime juridique particulier. Si cet instrument est quelque peu étranger au droit français, ses effets sont reconnus en droit interne. Le trust ne constitue ni une fiducie ni un *démembrement de propriété* mais conduit à une réelle division de la propriété, forme de manipulation horizontale, inconnue du droit français qui consacre une propriété absolue issue des théories du XIX^{ème} siècle (A). Cette division de la propriété permet ainsi la

¹⁰⁹⁵ Proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, Sénat n°96, article 6 sexies B, Article 16 de la « petite » loi du 17 septembre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

¹⁰⁹⁶ Rapport au Sénat par M. Philippe Marini fait au nom de la commission des finances, sur la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, n°442 (2008-2009) déposé le 27 mai 2009 p. 82

¹⁰⁹⁷ Le bien transféré en fiducie aurait ainsi fait l'objet de deux propriétés conjointes, l'une juridique, l'autre économique

¹⁰⁹⁸ N°2009-589 DC; JO 20 octobre 2009, p. 17412

distribution des prérogatives sur un bien entre divers titulaires ainsi qu'un dédoublement du titre de propriété ce qui justifie un traitement fiscal original (B).

A. Un succès fondé sur une division du droit de propriété

Le trust est une institution complexe pour les juristes français dans la mesure où la division de propriété qu'elle permet est inconnue du droit français puisqu'elle est contraire à la perception romaniste de la propriété (1) La compréhension de l'instrument est rendue d'autant plus délicate qu'à mi chemin entre institution et mécanisme juridique, le trust est un instrument protéiforme non défini par le droit anglo-saxon (2).

1. Une division contraire à la conception absolutiste du droit de propriété

La communion de langue et de pensée qui unit les pays de common law aboutit à un rapprochement des règles de droit gouvernant les concepts et les instruments,¹⁰⁹⁹ harmonie juridique à laquelle le trust n'échappe pas. Perméable aux classifications civilistes, le trust est souvent perçu comme un objet juridique non identifié qui perturbe un ordre juridique fondé sur l'absolutisme du droit de propriété. Comment pourrait-il en être autrement puisque le trust est un mécanisme de common law, laquelle parle non du droit de propriété mais de la détention d'un titre ? Le trust dérange donc mais son succès et ses multiples utilisations fascinent les juristes. Son succès il est vrai est inégalé. A en croire Pierre Lepaulle, le monde anglo-saxon est fondé autour de ce mécanisme. « *Si l'on demande à quoi sert le trust, on peut répondre à tout ! Il est plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine !* »¹¹⁰⁰ Il présente ainsi le trust comme le vecteur de réalisation de tous les fantasmes juridiques : « *Des Accords des plus grandes guerres au plus simple héritage, du plus audacieux complot de Wall Street à la protection des petits enfants, le trust*

¹⁰⁹⁹ BULLIER Antoine, *La common law*, Dalloz 2^{ème} édition, 2007, p. 2 & 63 s.

*voit défiler devant lui le cortège hétéroclite de tous les efforts de l'humanité : les rêves de paix, l'impérialisme commercial, les tentatives d'anéantir la concurrence ou d'atteindre le paradis, par haine ou par philanthropie, l'amour d'un proche, de sa famille ou le désir de la dépouiller de tout après un décès ; tout cela dans un défilé où les protagonistes sont habillés de robes ou de haillons, couronnés d'une auréole ou marchant en souriant. Le trust est l'ange gardien de l'anglo-saxon, l'accompagnant partout impassiblement ; du berceau jusqu'au tombeau ».*¹¹⁰¹

Au plan familial, le trust rend possible des opérations de structuration patrimoniale et résout bon nombre de difficultés. Le trust permet par exemple de garantir des actifs face à l'action des créanciers, de préserver des actifs de la dilution par répartition successorale, ou encore d'effectuer des sauts de génération. Au plan de la vie des affaires, le trust permet de réaliser des opérations de financement et de refinancement que la rigidité des structures françaises limite.¹¹⁰² Ils permettent ainsi de contrôler des entités ad hoc telles que des SPV,¹¹⁰³ ou des sociétés auxquelles sont cédées des dettes dans le cadre des opérations de défaisance. Mais le trust permet aussi d'optimiser la gestion d'une épargne salariale collective à travers l'utilisation offshore d'une de ses multiples facettes appelée *Employee Benefit Trust*.¹¹⁰⁴ Les trusts constituent ainsi le parfait véhicule de transmission successorale et d'optimisation fiscale.¹¹⁰⁵

¹¹⁰⁰ LEPAULLE Pierre in *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau & Cie, 1932, cité par RIBEYRE Marie-Anne, in *Trusts : Quelles perspectives pour l'optimisation patrimoniale ?*, Droit & Patrimoine, n°132, décembre 2004, p. 59

¹¹⁰¹ LEPAULLE Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau & Cie, 1932 p. 113

¹¹⁰² PRATS Jacques, *Trusts et patrimoine professionnel : amélioration des fonds propres et défaisance*, Droit et patrimoine n°132, décembre 2004, p. 66 s.

¹¹⁰³ Les *Special Purpose Vehicle* sont des entités juridiques permettant la titrisation de créance en finançant l'acquisition par l'émission de titres

¹¹⁰⁴ Ce mécanisme permet en effet de différer l'imposition des bénéficiaires du trust (ces derniers n'étant imposables qu'à la perception des sommes) mais aussi d'exonérer d'imposition les résultats et les plus-values réalisés par le trustee

¹¹⁰⁵ PRATS Jacques, *Trusts d'entreprises et optimisation fiscale*, Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, Lamy 2006, Etude n°449

L'instrument trustal n'existe pas à proprement parler en droit français puisque si la France a signé le 26 novembre 1991¹¹⁰⁶ la convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, elle ne l'a pas encore ratifiée.¹¹⁰⁷ Par conséquent, il ne semble pas possible pour un résident français de créer sur le fondement de l'autonomie de la volonté un trust sous l'empire du droit français.¹¹⁰⁸ Cette prohibition qui reste théorique ne nous semble pas satisfaisante dans la mesure où la jurisprudence a précisé que la liste donnée à l'article 543 du Code civil¹¹⁰⁹ n'était pas limitative.¹¹¹⁰ C'est au demeurant cette raison¹¹¹¹ qui explique la prohibition partielle du trust. Cette prohibition n'interdit cependant pas aux français tout accès aux trusts. En effet, dans la mesure où rien n'empêche un français de contracter à l'étranger, rien ne lui interdit non plus de constituer un trust à l'étranger dès lors que les biens mis en trust sont eux-aussi situés hors de France.¹¹¹² Il apparaît enfin que l'autonomie de la volonté permette de loger des biens situés en France dans un trust de droit étranger. Certains praticiens français rompus à ces instruments constituent en effet en France des trusts pour leurs clients français désireux de doter certains de leurs biens situés en France d'un régime juridique à la souplesse anglo-américaine. Il nous semble de ce fait indispensable de nous intéresser à l'instrument pour deux raisons.

D'une part parce que si la fiducie ressemble par certains aspects au trust, son régime fiscal n'est pas transposable à l'instrument anglo-saxon.¹¹¹³ Cette différence de

¹¹⁰⁶ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992

¹¹⁰⁷ LA RÉPONSE DU MINISTRE DE LA JUSTICE AU SÉNATEUR MARINI SEMBLE CEPENDANT PRÉVOIR CETTE RATIFICATION V. RÉP. MARINI N°06210, JO SÉNAT, 8 JANVIER 2009, P. 74

¹¹⁰⁸ MOTULSKY Henri, *De l'impossibilité de constituer un trust selon la loi française*, Rev. Crit. DIP 1948, p. 451 ; par opp. V. TOLEDO-WOLFSON, *Le trust et le droit civil français*, RLDC 2004/8, n°338 & RLDC 2004/9, n°375

¹¹⁰⁹ "Moreover, Art. 543 of the CC lays down an exclusive list of property interests (*numerus clausus*). Therefore it is not possible to create partial property interests different from those recognized by French law (*usufruct and bare ownership*)." TIRARD Jean-Marc, *Taxation of trusts*, IBFD 2010

¹¹¹⁰ Req. 13 février 1834, *Caquelard*, *op. cit*

¹¹¹¹ *Nemo dat quod non habet*

¹¹¹² WATERS Donovan, FORTIN Guy, KHAIRALLAH Georges, DOUVIER Pierre-Jean, *Régime du trust en droit français*, Dossier Francis Lefebvre, 2011, n°4

¹¹¹³ « L'institution n'est pas reconnue en droit français et l'adoption, par la loi du 19 février 2007, du mécanisme de la fiducie ne permet pas de répondre à la situation de la généralité des trusts ». Etude du ministère du Budget, *Rapport sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale par le biais de paradis fiscaux à la demande de monsieur Didier Migaud, Président et de Monsieur Gilles Carrez, rapporteur Général*, 2008, p.15

traitement nous semble tout à fait justifiée du fait de la différence de nature juridique de ces deux institutions. Le dédoublement du titre de propriété confère au trust un régime fiscal particulier qui constitue selon certains auteurs¹¹¹⁴ une des raisons de son succès. Selon eux, ce dédoublement de propriété permettait déjà aux vassaux anglais de se « soustraire à la fiscalité abusive de leur seigneur ». La manipulation du droit de propriété par l'interposition d'un trust aurait ainsi constitué au XVI^{ème} siècle une voie d'optimisation fiscale. Il apparaît que ce dédoublement horizontal du droit de propriété que permet le trust constitue aujourd'hui encore un moyen d'optimisation fiscale.

D'autre part parce que le droit fiscal français ne se désintéresse pas de l'instrument.¹¹¹⁵ La jurisprudence française reconnaît en effet depuis longtemps¹¹¹⁶ la validité des trusts valablement constitués à l'étranger¹¹¹⁷ et produisant des effets en France conformes à ses règles d'ordre public telles que la réserve successorale.¹¹¹⁸ Les résidents fiscaux français peuvent être parties à un trust soit qu'ils en soient les bénéficiaires soit qu'ils en soient les constituants, et les biens mis en trust par des résidents fiscaux étrangers peuvent parfaitement être situés en France. Les praticiens¹¹¹⁹ se retrouvent ainsi de plus en plus souvent confrontés à des problématiques liées aux effets en France de trusts valablement constitués à l'étranger soit en raison de l'application de règles de droit international privé, soit en raison du dernier domicile du de cujus, soit en raison du lieu de situation des biens.¹¹²⁰

¹¹¹⁴ WATERS Donovan, WATERS Donovan, FORTIN Guy, KHAIRALLAH Georges, DOUVIER Pierre-Jean., op. cit., n°41

¹¹¹⁵ L'administration fiscale s'est attaquée à de multiples reprises à cet instrument du fait de son impossible transparence. V. PANDO Annabelle, *Bercy s'en prend au trust ! - Entretien avec Me François Tripet*, Petites affiches, 25 avril 2008 n°84, p.4 ; *Rapport sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale par le biais de paradis fiscaux*, Droit fiscal, n° 16, 17 avril 2008, 273

¹¹¹⁶ CA Paris, 10 janvier 1970, *Courtois c/consorts de Ganay*, Rev. Crit. DIP 1971, p. 518 ; TGI Bayonne, 28 avril 1975, JCP éd. G 1975, II, 18168 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, n°82-13.112, JDI 1985, p.115

¹¹¹⁷ Le trust est valable au sens du droit français dès lors qu'il est conforme à la loi d'autonomie choisie par les parties, v. Tribunal Civil de la Seine 16 mai 1906, Singer ; v. LEQUETTE Yves, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, Recueil Dalloz 1996, p. 231

¹¹¹⁸ HOHL Bertrand, LETELLIER Hugues, *Où les juges tirent les conséquences en matière d'ISF d'un trust discrétionnaire constitué aux Etats-Unis*, Note sous TGI Nanterre, 4 mai 2004, n°03/09350, Revue juridique personnes et famille, n°12, décembre 2004, p. 27 s.

¹¹¹⁹ Ainsi que le remarquait le Garde des Sceaux dans la Rép. Charasse, n°07965, JO Sénat du 18 décembre 2003, p. 3653, les avocats français peuvent parfaitement être trustees dès lors que cela n'implique pas pour eux « l'exercice d'activités qui leurs sont interdites ».

¹¹²⁰ LE GRAND DE BELLEROCHE Diane, *Vers une reconnaissance des trusts successoraux valablement créés à l'étranger*, Lamy Droit Civil, mars 2006, n°25 p. 72

Si le trust est « *irréductible aux catégories juridiques traditionnelles* », ¹¹²¹ il n'est pas un instrument dont le régime juridique est reconnu en droit français si bien que le droit fiscal est pratiquement silencieux sur le régime lui étant applicable. La réglementation fiscale est en effet fragmentaire et le traitement fiscal de ces institutions résulte, en l'absence d'application des dispositions de la convention de la Haye, d'une analyse selon la méthode de l'assimilation ou de l'adaptation comparative. ¹¹²² « *Il s'agit de connaître le droit étranger pour procéder à la qualification selon le droit français [il ne s'agit pas de se plier à la qualification retenue par le droit étranger mais de connaître le droit étranger pour procéder à la qualification selon le droit français]* ». ¹¹²³ Il est alors nécessaire pour qualifier une institution au regard du droit fiscal de l'analyser au plan du droit civil dans la mesure où, comme le remarquait le Professeur Cozian, ¹¹²⁴ l'application de la règle fiscale est soumise à la qualification civile. Cette étude ne peut se faire qu'en conformité avec la loi d'autonomie ¹¹²⁵ et de ce fait par référence à la loi régissant le trust. ¹¹²⁶ Il est ainsi indispensable de déterminer les contours de l'institution avant d'en rechercher le traitement fiscal.

¹¹²¹ BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre, *Le trust au pied du mur*, JCP Entreprises et Affaires, n°36, 8 septembre 2005, 1297, p. 1447 s.

¹¹²² BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, 1992

¹¹²³ GUTMANN Daniel, *Liber amicorum Cyril David*, LGDJ 2005, *Le juge fiscal et la loi étrangère*, p. 191, note. 28 ; Comp. LE GALL Jean-Pierre, *L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?*; Dr. fisc. 2000, n°15, p. 621 s.

¹¹²⁴ COZIAN Maurice, *Grands principes de la fiscalité des entreprises – op. cit.*

¹¹²⁵ La Cour d'appel d'Aix en Provence a ainsi reconnu en 2004 la spécificité du trust et a appliqué la loi d'autonomie (britannique) permettant au trustee d'agir en justice en France, v. CA Aix-en-Provence, 4 février 2004, M. Phil Pollock c/ Cie Axa ; note. ZULIAN Isabelle, *La qualité à agir du trustee*, Petites affiches, n°204, 12 octobre 2004, p. 11 s. Le trust, ne répond pas aux qualifications d'association, de fondation ou de société et ne dispose pas de la personnalité morale si bien qu'il ne jouit pas de la capacité juridique. La Cour permet ainsi au trustee de défendre en justice les intérêts du trust pour pallier cette incapacité v. Le bloc-notes du financement, Freshfields Bruckhaus Deringer, Printemps 2005, p.2

¹¹²⁶ TIRARD Jean-Marc, *Trust patrimonial et droit français*, Droit et patrimoine n°132, décembre 2004, p.63 ; TIRARD Jean-Marc, *Les trusts patrimoniaux*, Les nouvelles fiscales, n°918, 15 juillet 2004, p.23

2. Détermination des contours de la notion de trust

Le trust est une institution fondée en équité¹¹²⁷ et qui ne connaît aucun équivalent dans les pays de droit civil. Il est tout d'abord extrêmement difficile de définir le trust dans la mesure où il n'en existe pas de définition légale officielle. En effet, le *Trustee Act* de 1925 ne livre aucune définition exhaustive de l'instrument alors même que sa section 68 y est consacrée. Cette lacune a ainsi conduit nombre d'auteurs¹¹²⁸ ainsi que le juge australien Mayo à constater dans l'arrêt *Re Scott* de 1948,¹¹²⁹ qu'« aucune définition du trust ne semble avoir été acceptée comme complète et exacte ». Enfin, la définition présente à l'article 2 de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985¹¹³⁰ relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ne nous semble pas pertinente puisqu'elle définit le terme trust dans le contexte de la convention et non dans l'absolu ce qui conduit à simplifier un mécanisme aussi versatile que perméable aux simplifications. Le trust « ne peut être défini car une définition lapidaire ne rendrait pas justice à la richesse du concept et une description exhaustive ne serait plus une définition ».¹¹³¹ Véritable « caméléon du droit anglo-saxon »,¹¹³² le trust est en effet un instrument protéiforme qui présente autant de facettes que d'utilisations. Il serait par conséquent

¹¹²⁷ KEETON Georges W., *The Law of Trusts*, Pitman & Sons 1937, 2^{ème} éd., Londres, p. 3: "All that can be said of a trust, therefore, is that it is the relationship which arises wherever a person called the trustee is compelled in Equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed cestuis que trust) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustee, but to the beneficiaries or other objects of the trust"; « c'est une relation qui naît à chaque fois qu'une personne appelée le trustee est tenue en Equity de garder des biens ou droits (property) réels ou personnels, à un titre soit légal soit équitable, au profit de personnes, dont elle peut être l'une d'elles, et qui sont nommées cestui que trust, ou pour objet permis par la loi, de telle façon que le véritable bénéficiaire des biens profite non pas au trustee mais aux bénéficiaires ou aux autres objets du trust »

¹¹²⁸ "A trust is very difficult if not impossible to define, but its essential elements are easily described and really understood" (*Un trust est vraiment difficile sinon impossible à définir mais ses éléments essentiels peuvent être facilement décrits et sont compréhensibles*) : EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel, *Trust & Equity*, Pitman, 2^{ème} éd. 1995, p. 8

¹¹²⁹ *Re Scott* [1948] SASR 193, v. MOFFAT Graham BEAN Gerry, DEWAR John, *Trust Law : text and materials*, Cambridge University Press, 4^{ème} éd. 2005, p.3

¹¹³⁰ « Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant par acte entre vifs ou à cause de mort lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. [...] »

¹¹³¹ CHAMBAZ Laurent, *Le mandat posthume, le trust et la fiducie*, Lamy Droit Civil, décembre 2006, supplément au n°33, p. 11

¹¹³² DWARKA Ahsvin, MICHEL Frédéric, *Trust et (in) transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, Gazette du Palais, 11 mai 2000, p. 18

prétentieux de proposer ici une définition de cet instrument aussi nous nous restreindrons à déterminer les contours de cette institution.

Définir un concept anglo-saxon non défini par la common law elle-même se révèle d'autant plus difficile quand le concept traduit une entité qui ne se nomme jamais. Ainsi que le note le Queen's Counsel Donovan Waters « *bien que les avocats de common law utilisent les expressions « un trust » ou « le trust », en vérité, il n'existe en common law ni une entité juridique ni une personne morale qui serait appelée un trust* ». ¹¹³³ L'approche la plus prudente est donc d'abord celle d'une définition négative du trust. Le trust tout d'abord n'est pas un contrat puisqu'il prend naissance par un engagement unilatéral de volonté et non d'un accord de volonté entre le *settlor* et le *trustee* ou le *beneficiary*. Contrairement au contrat qui donne naissance à des droits personnels, le trust crée un droit réel, l'*equitable property*. Il s'oppose sur ce point à la fiducie ¹¹³⁴ qui est instituée par un contrat ainsi que le précise l'article 2012 du Code civil. D'autre part, le trust ne dispose pas de la personnalité morale ¹¹³⁵ et n'a donc ni associés ni actionnaires. Il ne se rapproche ni d'une société ni d'un *partnership*, d'une fondation, d'une association ou d'un fonds de dotation. Le trust ne peut ainsi ni être propriétaire des biens, ni contracter des obligations. Le trust n'est donc ni une personne morale ni un mécanisme contractuel. S'il n'est pas un mécanisme contractuel, le trust crée une obligation équitable, c'est-à-dire reconnue et exécutée en *equity*, de détenir des biens et de les gérer dans l'intérêt d'un tiers. ¹¹³⁶ Il s'agit donc d'un instrument qui opère un dédoublement de la propriété inconnu du droit français « *Fructus est tuus, mancipium illius* ». ¹¹³⁷ L'approche du trust sous l'angle de sa nature juridique nous semble donc moins pertinente qu'une approche fonctionnelle de l'instrument.

Le trust est un mécanisme juridique tripartite en vertu duquel le *settlor* se dessaisit irrévocablement ou non de la propriété de certains de ses biens au profit d'un ou

¹¹³³ WATERS Donovan, FORTIN Guy, KHAIRALLAH Georges, DOUVIER Pierre-Jean, *op. cit.*, n°8

¹¹³⁴ TIRARD NAUDIN, International Tax Newsletter, avril 2007, p. 2

¹¹³⁵ Réponse Morot n°9058, JO AN 8 octobre 1970, BOI 7 G-14-70

¹¹³⁶ PAPANDREOU-DETERVILLE Marie-France, *Droit des trusts et droit des biens*, Lamy Droit Civil, n°25, mars 2006, p. 57 s.

¹¹³⁷ « *A l'un la jouissance, à l'autre la propriété* ». CICERON, Correspondance, Lettres à des familiers, livre VII, lettre 29 de Curius à Cicéron

plusieurs *trustees*,¹¹³⁸ à charge pour ce dernier de les administrer pour le compte d'un ou plusieurs bénéficiaires, le *Cestui*, avant de le remettre à un attributaire en capital qui bénéficiera de la pleine propriété de ces biens, le *beneficiary*. Le trust résulte d'un acte unilatéral de volonté formalisé par le biais d'un acte (*trust deed* ou *deed of trust*) dont dépend l'étendue des pouvoirs du trustee. Lorsque ces pouvoirs sont étendus, la jurisprudence britannique¹¹³⁹ considère que le trustee a le devoir de se comporter en « *reasonably prudent businessman* ». ¹¹⁴⁰ Le *deed of trust* est au besoin accompagné par un acte indépendant reprenant les volontés du *settlor*, la *letter of wishes*. Ce document non exécutoire, rédigé comme une série de recommandations, ne saurait en théorie lier le trustee d'un trust discrétionnaire.¹¹⁴¹ En pratique on remarque cependant que ces lettres de souhaits ont un effet d'autant plus fort sur les décisions des trustees que le settlor a nommé un *protector*, sorte de supra-trustee qui dispose d'un véritable droit de veto sur les actions de ce dernier.

Cette institution ressemble par ses acteurs à la fiducie française mais l'instrument ne saurait y être assimilé. En effet, il présente un particularisme juridique fondé sur une propriété temporelle dans la mesure où il conduit à un dédoublement du titre de propriété inconnu du droit français. Ce n'est pas tant le mode de détention du bien qui est inconnu de notre droit que ce dédoublement du titre. En effet, en cours de trust, le bien est détenu au moyen d'un patrimoine distinct de celui du *trustee* ce qui permet aux biens d'échapper aux éventuelles poursuites de ses créanciers personnels. Le *trustee* détient donc les biens séparés de ses biens propres au sein d'un patrimoine d'affectation qui n'est plus véritablement original en droit français. La réelle particularité de l'instrument réside dans la coexistence de titres de propriété sur un

¹¹³⁸ Il s'agit généralement de banques ou de sociétés spécialisées dans la gestion

¹¹³⁹ V. notamment : *National Trustee Co of Australasia v General Finance Co of Australasia Ltd* [1905] ; *Re Waterman's Will Trust* [1952] ; *Re Pauling's Settlement Trusts* [1964] ; *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd* [1980] ; v. GOLDSWORTH John, *Exculpation: a Trustee's Last Hope* , Oxford University Press – Trust & Trustees, octobre 1997, Vol. 3, issue 10, p.24 s.

¹¹⁴⁰ On notera ici la différence de conception de la bonne gestion. Le droit français voit dans la prudence du bon père de famille (sur l'évolution de la notion, v. Thèse, OUDIN Martin, *L'exécution du contrat en bon père de famille - L'obligation de comportement en droit civil comparé*, Paris 11, 2000) la garantie de la bonne exécution ou de la bonne gestion tandis que droit anglais décale le curseur sur un homme d'affaire raisonnablement prudent.

¹¹⁴¹ Au cas contraire (c'est-à-dire si une telle lettre engageait le trustee) la lettre permettrait une requalification du trust en trust simple ce qui aurait des conséquences fiscales non négligeables. V. SCHOLEFIELD C, *Le trust anglo-américain*, Revue de droit bancaire, n°56, juillet – août 1996, p. 135

même objet. Le droit de propriété subit en effet une mutation lors de la mise en trust et se sépare en deux propriétés, celle revenant au *trustee* correspond à une propriété légale appelée le *legal ownership*, l'autre revenant au bénéficiaire est appelée *equitable interest* ou *beneficial ownership*. Le terme de propriété peut sembler inapproprié dans la mesure où le *beneficial ownership* est souvent un droit précaire.¹¹⁴² Pourtant, c'est en raison de ce droit que le beneficiary peut obliger le trustee, qui n'est pas engagé envers lui, à remplir les obligations mises à sa charge par le *deed of trust*.¹¹⁴³

Cette division de la propriété ressemble à première vue à un simple démembrement¹¹⁴⁴ de propriété au titre duquel le trustee serait usufruitier des biens tandis que le beneficiary détiendrait la nue-propriété. Cette analyse bien que tentante doit être écartée pour trois raisons. Tout d'abord parce que l'usufruitier bénéficie des fruits tirés de son droit de jouissance du bien tandis que le *trustee* se contente de gérer les biens afin de faire profiter une tierce personne des fruits de sa gestion. Il est ainsi impossible d'assimiler le *trustee* ou le *beneficiary* à l'un des acteurs du démembrement. Cette analyse doit encore être écartée car en toute hypothèse, l'usufruitier a la certitude de toucher les fruits de son droit tandis que cette certitude n'est offerte ni par les trusts simples ni par les trusts discrétionnaires. Cette analyse doit enfin être écartée car le *démembrement de propriété* conduit à une répartition des prérogatives entre différents titulaires tandis que le trust conduit à lui à un dédoublement du droit de propriété au titre duquel l'intégralité du bien appartient ainsi à deux personnes distinctes.¹¹⁴⁵ Cette superposition du titre est d'une importance capitale car elle fonde tant l'originalité de l'instrument que son intérêt fiscal. En effet, le traitement fiscal des trusts repose sur ce dédoublement du titre dont l'étendue doit être analysée au regard des règles caractéristiques du trust. Les relations entre les différents acteurs du trust ainsi que

¹¹⁴² Tel est le cas en matière de trusts discrétionnaires en vertu desquels les bénéficiaires potentiels n'ont qu'un espoir d'être désignés

¹¹⁴³ Ce droit est théoriquement si puissant qu'en cas de conflit, la propriété équitable prévaut sur la propriété légale v. *Earl of Oxford's Case*, Court of Chancery, 1615. Il s'agit d'une décision particulièrement importante car elle a conduit le Roi Jacques 1^{er} à intervenir pour établir le principe de la suprématie de l'équité sur le droit strict. V. DESCHEEMAER Eric, *La question de la fusion de la common law et de l'equity en droit anglais*, Revue juridique Thémis, Montréal, 2007, n°41, p.640

¹¹⁴⁴ Cette position est soutenue par une partie de la doctrine. V. GOUTHIERE Bruno, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 7^{ème} éd. 2007, p. 583, n°1800

¹¹⁴⁵ Ce mode de propriété diffère ainsi de l'indivision dans laquelle chaque coïndivisaire détient seulement une fraction de la valeur mathématique représentative du bien

l'étendue et la pérennité de leurs droits respectifs varient essentiellement en fonction des termes du *trust deed*.¹¹⁴⁶ Il est par conséquent nécessaire de dresser une typologie des trusts. Les facettes du trust sont si multiples et les situations qu'il recouvre si diverses qu'une typologie nécessairement incomplète, sous peine d'être un catalogue fastidieux, ne saurait rendre justice à la richesse de l'instrument. Les distinctions que nous présenterons ici sont à dessein utilitaristes et nous nous limiterons à distinguer les éléments ayant une incidence en droit fiscal français. Nous présenterons ainsi quatre distinctions majeures du droit des trusts.

On distingue classiquement les trusts volontaires ou *express trusts*, dont l'origine se trouve dans un acte juridique manifestant la volonté du *settlor*, des trusts dits légaux ou *implied trusts*¹¹⁴⁷ qui sont imposés par la loi ou par le juge dans certains cas pour régler des situations telles que la gestion des biens d'un mineur. Si les praticiens français ne rencontrent qu'épisodiquement ces derniers, tel n'est pas le cas des trusts volontaires sur lesquels nous concentrerons notre étude.

Les utilisations pratiques du trust sont multiples ce qui a conduit la pratique et la jurisprudence à opérer une distinction entre les trusts constitués entre vifs (*trusts inter vivos*) et les trusts constitués à cause de mort (*trusts testamentaires*). Ces derniers présentent un intérêt réduit en matière fiscale puisque les biens ne sont transférés qu'au décès du constituant. La situation au regard tant de l'imposition sur les revenus qu'au regard des droits d'enregistrement ou des droits de succession est assez simple.¹¹⁴⁸ Le trust ne prenant effet qu'au décès du constituant, le settlor demeure ainsi redevable de l'imposition sur le patrimoine et sur les revenus générés par le patrimoine. S'agissant des droits de mutation, les biens mis en trust sont assez logiquement intégrés au patrimoine du de cujus. La situation des *trusts inter vivos* soulève plus d'interrogations puisque la propriété est divisée et que le droit anglo-saxon considère qu'un bien peut n'appartenir à personne. Les trusts testamentaires ne présentant aucune difficulté

¹¹⁴⁶ JUILHARD Philippe, *Fiscalité internationale du patrimoine*, EFE, 2008, p. 310 s.

¹¹⁴⁷ Cette catégorie de trusts connaît deux subdivisions : les *resulting trusts* qui constituent des trusts par interprétation de la loi et les *constructive trusts* qui constituent des trusts par détermination de la loi.

¹¹⁴⁸ TIRARD Jean-Marc, *Trust patrimonial et droit français*, Droit et patrimoine, n°132, décembre 2004, p. 60s. ; TIRARD Jean-Marc, Les trusts patrimoniaux, Les nouvelles fiscales, n°918, 15 juillet 2004, p. 22 s.

fiscale, nous concentrerons par conséquent notre analyse sur les règles d'imposition de ces seuls trusts patrimoniaux.

Il est nécessaire de distinguer les trusts révocables des trusts irrévocables. Un trust est dit irrévocable si le settlor s'est dessaisi irrévocablement de la propriété de ses biens. Les trusts révocables n'impliquent pas quant à eux un dessaisissement effectif et complet des biens dans la mesure où le settlor a la possibilité de mettre fin au trust à tout moment. Ce type de trust s'oppose au principe du droit français en vertu duquel « donner et retenir ne vaut ». Ainsi, le transfert de propriété opéré dans un trust révocable n'est pas définitif et l'on considère que les biens n'ont jamais quitté le patrimoine du constituant. L'analyse fiscale de ces trusts conduit à appliquer un principe de neutralité fiscale. Pour Jean-Marc Tirard, cette neutralité devrait aussi s'appliquer en matière de trusts irrévocables dès lors que le settlor conserve des pouvoirs substantiels sur les biens mis en trust.¹¹⁴⁹

La distinction la plus importante en matière d'analyse fiscale des trusts utilisés à des fins de gestion patrimoniale est celle fondée sur l'étendue des obligations du *trustee* qui oppose les trusts discrétionnaires aux trusts simples. Un trust est dit discrétionnaire lorsque le *trustee* dispose en vertu du *deed of trust* d'un pouvoir discrétionnaire de distribution des capitaux ou des revenus aux bénéficiaires. Le trust discrétionnaire est par ailleurs un trust par lequel le *settlor* désigne une classe de bénéficiaires potentiels en permettant au *trustee* d'ajouter ou de supprimer certains individus de cette liste. Les bénéficiaires n'ont de ce fait qu'un espoir d'être désignés par le trustee. L'acte fondateur du trust laisse ainsi au trustee un large pouvoir d'appréciation quant aux bénéficiaires et quant à la politique de distributions à mener. Le *trustee* a ainsi la faculté d'accumuler les revenus ou de les distribuer. Les trusts simples (*simple trust* aux Etats unis ou *fixed trusts* en Grande Bretagne)¹¹⁵⁰ sont en revanche des trusts aux termes desquels les bénéficiaires ont un droit acquis ou *fixed entitlement* à percevoir au fur et à mesure de leur réalisation les revenus générés par la gestion des biens mis en

¹¹⁴⁹ TIRARD Jean-Marc, *Trust patrimonial et droit fiscal français*, op. cit. p. 64

¹¹⁵⁰ Par mesure de clarté on retiendra dans notre étude cette terminologie pour identifier un trust simple par opposition aux trusts discrétionnaires.

trust. L'acte fondateur oblige ainsi le trustee à se conformer à une politique de distribution ou d'attribution du capital fixée par le *settlor*.

B. Le traitement fiscal français des trusts

L'appréhension fiscale des trusts est d'autant plus délicate que le traitement fiscal dépend des caractéristiques mêmes du trust ce qui empêche une généralisation des règles. La difficile identification du titulaire du patrimoine affecté conduit à des incertitudes quant au régime fiscal applicable à l'institution. Le droit fiscal des pays connaissant le trust a eu l'occasion d'évoluer et de s'adapter à la diversité des montages ayant recours à l'instrument. Le droit fiscal américain a ainsi créé la notion de grantor pour désigner les settlor conservant un contrôle effectif des biens mis en trust et appliquer un régime fiscal adapté aux « *grantor trusts* ». Les trusts constituent donc des instruments complexes auxquels les règles de droit fiscal doivent s'adapter. Mais cette adaptation reste délicate car le mécanisme est inconnu du droit français qui s'en méfie. Ainsi, en l'absence de règles fiscales clairement établies, il appartient au juge et à l'administration de respecter les notions et qualifications privatistes. Le trust étant un instrument protéiforme, il est nécessaire d'analyser chaque trust en fonction de ses caractéristiques propres pour en déterminer le régime fiscal au titre de l'impôt sur le revenu (1), des droits de mutation (2) et de l'ISF (3) et de la taxe de 3% (4).

1. Impôt sur le revenu

L'étude de l'imposition des trusts à l'impôt sur le revenu français impose de distinguer la soumission des produits encaissés par les trusts à l'IR de l'imposition des produits versés par les trusts. L'imposition des revenus générés par le trust et distribués à des personnes physiques est prévue à l'article 120-9° du CGI. Cet article précise que les revenus provenant d'un trust sont assimilés à des produits de valeurs mobilières si bien que l'administration fiscale n'est pas tenue de rechercher ou de prouver l'origine ou la nature mobilière des biens mis en trust¹¹⁵¹ pour imposer les revenus à l'IR dans la

¹¹⁵¹ Doc. Adm. 5 I 21, n°15 du 1^{er} décembre 1997

catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Comme le rappelle François Tripet¹¹⁵² « *En fait, l'article 120-9° du CGI a été instauré en 1936 pour simplifier les règles d'assiette des produits versés par des trusts : plutôt que de s'épuiser à distinguer ceux des produits qui sont tantôt des revenus fonciers, tantôt des dividendes, tantôt des intérêts, tantôt des redevances, l'article 120-9 a décidé que les produits de trusts seraient classés comme s'il s'agissait de dividendes.* ».

Aucune distinction n'est donc opérée en fonction de l'origine des produits qui sont tous soumis au même régime. Ainsi, quelle que soit la nature des biens détenus dans les trusts et générateurs de revenus, les produits des trusts sont assimilés à des revenus de capitaux mobiliers de source étrangère.¹¹⁵³ Cette opacité fiscale pose problème et conduit nombre de conseils anglo-saxons à déconseiller à leurs clients de détenir des biens situés en France par ce biais.¹¹⁵⁴ En effet, le fait que les revenus soient générés à l'intérieur d'un trust ôte aux revenus leur nature originelle et fait disparaître pour le bénéficiaire la possibilité d'appliquer le régime fiscal de faveur attaché au bien générateur de revenus. Tel est le cas en matière mobilière des dividendes bénéficiant de l'abattement de 40% ou en matière immobilière de l'exonération de plus value au bout de quinze années. Si les revenus générés par le trust et bénéficiant à des personnes physiques sont imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu, certaines conventions fiscales, comme la convention franco-américaine,¹¹⁵⁵ apportent plus de transparence fiscale à certains trusts en garantissant une plus grande neutralité.

L'article 120-9° du CGI ne permet que d'imposer les revenus distribués par un trust mais ne permet pas de soumettre à l'impôt les revenus réalisés par un trust lorsqu'ils ne sont pas distribués. Le mécanisme trustal permet en effet au trustee de ne pas distribuer les revenus tirés de la gestion des biens mis en trust mais de les capitaliser. Le trust peut ainsi encaisser et capitaliser des revenus de source française. Le traitement fiscal de ces revenus ne pose pas de difficulté lorsque l'élément générateur des revenus

¹¹⁵² PANDO Annabelle, *Bercy s'en prend au trust ! - Entretien avec Me François Tripet*, Petites affiches, 25 avril 2008 n°84, p. 4

¹¹⁵³ Pour un exemple d'application, v. Conseil d'Etat, 17 avril 1991, n°62002, *Tebib*, RJF 6/91, n°727

¹¹⁵⁴ Ils privilégient alors le recours à des sociétés telles que des SCI en matière immobilière, lesquelles sont soumises à un régime fiscal très rigoureux en Grande-Bretagne.

¹¹⁵⁵ V. Convention Franco-américaine du 31 août 1994, art. 10 & 13

encaissés par le trust est un immeuble puisque l'Etat disposant du droit d'imposer est bien l'Etat de situation du bien. La situation est cependant plus complexe lorsque les biens générateurs de revenus perçus par le trust sont des valeurs mobilières françaises. En effet, en pareille situation, la France effectue une retenue à la source de 25%, généralement réduite à 10% ou 15% selon la convention internationale dont relève le trust. La difficulté réside dans le fait que sauf exception, le trust n'est pas considéré en tant que tel comme résident fiscal,¹¹⁵⁶ il est de ce fait complexe de le faire bénéficier des dispositions d'une convention appropriée. Afin de déterminer la résidence fiscale du trust, l'administration fiscale a ainsi tendance à assimiler les trusts à des sociétés. Le trust ne saurait cependant être assimilé à une personne morale pour déterminer la résidence fiscale dans la mesure où il ne dispose ni d'un siège social ni de la personnalité morale.

Cette tentative d'assimilation de l'instrument à des classifications internes apparaît encore dans le dispositif anti-évasion. Le droit fiscal français se méfie du trust qu'il considère souvent comme un vecteur de fraude et d'évasion fiscale. Aussi, le législateur a-t-il introduit en 1999¹¹⁵⁷ un dispositif anti-évasion, inspiré de l'article 209 B, intéressant les personnes physiques. Ce dispositif codifié à l'article 123 bis du CGI permet de taxer aux revenus de capitaux mobiliers les personnes physiques résidentes françaises détenant plus de 10% dans une structure implantée dans un pays bénéficiant d'une fiscalité privilégiée. Cette mesure permet ainsi de taxer les revenus des trusts alors même qu'ils ne seraient pas distribués ou appréhendés par un contribuable français. L'administration fiscale assimile les droits du bénéficiaire sur les revenus générés par l'instrument à une participation¹¹⁵⁸ et considère en l'absence de clôture annuelle d'exercice que les bénéfices sont réputés acquis au 31 décembre de l'année d'imposition.

L'application de cet article nous semble cependant sujette à caution dans la mesure où le trust ne constitue pas une personne morale dont le capital serait divisé en parts et

¹¹⁵⁶ La solution inverse reviendrait à appliquer la réponse Dailly de 1960 (Rép. Dailly JO Sénat, 4 septembre 1960) qui reconnaissait à un trust américain la qualité de résident fiscal. Cette réponse avait été rendue sous l'empire de la Convention Franco américaine de 1939 et nous semble inapplicable tant les textes ont évolué.

¹¹⁵⁷ Article 101 de la loi n°98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999

¹¹⁵⁸ Instruction fiscale du 18 février 2000, BOI 5 I-1-00

actions. On comprend ainsi difficilement comment cette participation de 10% pourrait être caractérisée. Si des distributions régulières pourraient à la rigueur permettre de déterminer une sorte de pourcentage de détention, on peut s'interroger sur le calcul de cette participation en l'absence d'attribution de droits ou parts aux bénéficiaires comme c'est le cas dans les trusts discrétionnaires irrévocables dans lesquels le beneficiary ne bénéficie d'aucun droit décisionnel ou financier. Selon Bruno Gouthière, la solution retenue en matière d'ISF par le tribunal de grande instance de Nanterre dans l'affaire *Poillot*¹¹⁵⁹ est de nature à fragiliser la portée pratique de l'article 123 bis du CGI. Le tribunal avait jugé à cette occasion que le titulaire des revenus générés par un trust ne bénéficiait d'aucun droit réel relatif au trust. Selon cet auteur, l'application des dispositions de l'article 123 bis est ainsi conditionnée à la décision préalable du trustee de distribuer au moins 10% au bénéficiaire or une telle condition fait défaut aux trusts discrétionnaires et est de nature à les soustraire du champ de l'article 123 bis.

2. Droits de mutation

Il est nécessaire en matière de droits de mutation de distinguer les trusts testamentaires simples des *trusts inter vivos*. Dans les premiers, les biens ne sont transférés du patrimoine du settlor qu'à son décès et sont alors compris dans le patrimoine du de cujus. L'administration considère le trust comme une libéralité¹¹⁶⁰ si bien que le régime fiscal ne pose aucune difficulté pratique lorsque les bénéficiaires disposent d'un droit acquis à percevoir tout ou partie du capital ou des revenus,¹¹⁶¹ et les droits de succession sont perçus en fonction du lien de parenté existant entre le *settlor* et le *beneficiary*. Les bénéficiaires en revenu disposent ainsi d'une sorte de créance variant selon le type de trust.¹¹⁶² Dans bon nombre de cas, cette créance est susceptible d'être financièrement valorisée soit par une actualisation de flux de revenus futurs, soit

¹¹⁵⁹ TGI Nanterre, 4 mai 2004, n°03-9350, *Poillot*, RJF 11/04, n°1201

¹¹⁶⁰ BOI 7 G-14-70

¹¹⁶¹ Tel est le cas des *life interest trusts*

¹¹⁶² Selon qu'il est simple ou complexe

lorsque cela est possible par l'utilisation du barème de l'article 669 du CGI.¹¹⁶³ Le droit du bénéficiaire en capital permet quant à lui de reporter l'exigibilité des droits au moment de leur attribution effective. Le cas des trusts testamentaires-discrétionnaires est en revanche plus complexe car les bénéficiaires ne disposent d'aucun droit acquis à percevoir le capital ou les revenus et doivent ainsi être rapprochés fiscalement des trusts *inter vivos* irrévocables discrétionnaires. Une partie de la doctrine¹¹⁶⁴ considère qu'en pareille situation, le paiement des droits est suspendu à la réalisation de la condition octroyant aux bénéficiaires un droit certain à percevoir le capital ou les revenus.

Les trusts *inter vivos* doivent eux aussi être distingués selon qu'ils sont ou non révocables. Le critère de révocabilité est particulièrement important dans la mesure où il conditionne l'existence de droits de mutation. Dans ces situations, le droit fiscal faisant application de la maxime selon laquelle « *donner et retenir ne vaut* », constate l'absence de transfert du droit de propriété des biens dans le patrimoine du bénéficiaire si bien que les conditions d'imposition de la mutation ne semblent pas réunies et que seul le droit fixe d'enregistrement de 125€ pourrait être dû.¹¹⁶⁵ Il n'existe donc pas de transfert de propriété des biens si bien qu'aucune imposition n'est due par le beneficiary. La doctrine administrative est cependant muette sur le point de savoir si cette absence de dessaisissement véritable bénéficie d'une neutralité fiscale ou des conséquences de l'absence de mutation.

Le point le plus délicat est donc celui du traitement fiscal des trusts *inter vivos* irrévocables. Ces trusts conduisent effectivement à un dessaisissement irrévocable au profit d'un bénéficiaire. Il est alors nécessaire de s'interroger sur l'étendue des pouvoirs que le trustee tire du *deed of trust*. La création par le settlor d'un trust *inter vivos* simple ne permet pas au trustee de choisir les bénéficiaires si bien que les donataires sont déterminés de manière irrévocable. Cette création conduit à un transfert de propriété au titre duquel le settlor se dépouille irrévocablement de la chose donnée. Le settlor s'est en effet dessaisi juridiquement au profit du trustee et économiquement

¹¹⁶³ En effet, pour certains praticiens, si les droits du bénéficiaire ne constituent pas un usufruit, ils peuvent être rapprochés d'une créance d'intérêts usufruitaires.

¹¹⁶⁴ V. notamment TIRARD Jean-Marc, *Trust patrimonial et droit fiscal français*, op. cit. p. 63

au profit du bénéficiaire. Les conditions posées par l'article 894 du Code civil ne sont pas pour autant nécessairement remplies. Cet article précise en effet que « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». Le trust conduit à un dédoublement de la propriété entre le titulaire du *legal ownership* et celui du *beneficial ownership*, il est donc nécessaire de déterminer lequel de ces deux titulaires est fiscalement considéré comme étant le donataire dans la mesure où il appartient à ce dernier de payer les droits de mutation. Cette situation est quelque peu délicate car si le *trustee* ne peut être qualifié de donataire, faute d'*animus donandi*¹¹⁶⁶ à son profit, le donataire ne peut être que le bénéficiaire qui en pratique n'accepte jamais la donation lors de la constitution d'un trust.

S'agissant d'un trust irrévocable, la Cour d'appel de Rennes¹¹⁶⁷ a appliqué en 2005 la qualification qu'avait retenue la 1^{ère} chambre civile à l'occasion de l'arrêt *Zieseniss*,¹¹⁶⁸ arrêt qui avait déjà plongé la doctrine dans la plus grande perplexité.¹¹⁶⁹ Elle précisait ainsi que la constitution d'un trust irrévocable avec attribution des biens à des personnes déterminées au décès du constituant devait être analysée comme une « *mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust* ». La constitution d'un trust irrévocable ne peut ainsi être considérée comme une donation indirecte que lorsque le *trustee* distribue les fonds aux bénéficiaires.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ JUILHARD Philippe, *Fiscalité internationale du patrimoine*, EFE, 2008, n°457, p. 319

¹¹⁶⁶ Laquelle est nécessaire en vertu d'une jurisprudence constante ; v. Cass. Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1965, Bull. Civ. I n°644 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 février 1967, Bull. Civ. I n°50 ; sur le caractère objectif de l'intention libérale v. Cass ; Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002, n°00-13.276, Bull. civ. I, n°276, p. 215, Dalloz 2003, p. 1873, obs. Marc Nicod

¹¹⁶⁷ Cour d'appel de Rennes, 4 mai 2005, n°03-4727, *Tardieu de Maleissye*

¹¹⁶⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 1996, n° 93-19855, *Zieseniss*, Bull. Civ. I, n°93 ; JCP éd.. G n° 22, 22647

¹¹⁶⁹ DROZ Georges, *De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust*, RCDIP, 1996, p. 692 ; PATARIN Jean, Assimilation d'un trust à une donation indirecte, RTD Civ. 1996, p. 454 ; PATARIN Jean, Détermination du rang de réduction des libéralités résultant d'un trust, RTD Civ. 1999, p. 682 ; . LEQUETTE Yves, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, op. cit

¹¹⁷⁰ TIRARD NAUDIN, International Tax Newsletter, août 2007, p. 2

L'arrêt de la Chambre commerciale du 15 mai 2007,¹¹⁷¹ sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt rendu en 2005 par la Cour d'appel de Rennes, a confirmé ces solutions en matière de trust constitué à des fins de libéralité en précisant que la création d'un trust ne pouvait fiscalement être analysée en une « *mutation à titre gratuit* » ce qui sans l'approuver expressément n'exclut pas la qualification de donation indirecte. Elle a ainsi jugé que « *le constituant du trust s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le trustee pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété du trust provoquée par son décès, en avait déduit à bon droit qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet lors de l'échéance du trust fixée au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust* ». En acceptant la qualification de mutation à titre gratuit, la Cour de cassation permet l'application de l'article 784 à une mutation qui comme le rappelle le Doyen Hatoux, n'était pas juridiquement une donation caractérisée.¹¹⁷² Si l'utilisation d'un trust discrétionnaire irrévocable permet de différer le paiement des droits de mutation, la qualification de donation indirecte n'interdit pas à l'administration d'utiliser la théorie de la propriété apparente et de considérer que la mise en trust n'est qu'une opération intercalaire entraînant le paiement des droits d'enregistrement lors de la constitution du trust.¹¹⁷³

Si la position du Doyen Hatoux,¹¹⁷⁴ nous paraît juridiquement incontestable si l'on accepte la qualification des effets du trust selon les catégories du droit français, elle demeure assez radicale et délicate en pratique. Selon lui, les trusts irrévocables et discrétionnaires ne sauraient être soumis aux droits de mutation à titre gratuit dans la mesure où le Code général des impôts ne pose aucun principe général d'imposition des mutations mais limite les cas d'imposition aux situations précisées à l'article 750 ter du CGI, c'est-à-dire aux donations et aux mutations par décès. Soumettre ces trusts aux

¹¹⁷¹ Cass. Com, 15 mai 2007 ; n° 05-18268

¹¹⁷² Ce volte face est au demeurant assez surprenant compte tenu de l'état de la jurisprudence sur le sujet, v. Cass. Com. 17 octobre 1995 n° 1845 P : RJF 1/96 n° 140 ; Cass. Com. 6 mai 1996 n° 810 D : RJF 8-9/96 n° 1087 ; Cass. Com. 31 mars 2004 n° 625 FS-PB : RJF 7/04 n° 801

¹¹⁷³ COUDERC Hervé-Antoine, SALIGNON Grégoire, *Trusts : attention aux conséquences fiscales en cas de résidence en France – 1^{ère} partie*, Option finance, n°621, décembre 2000, p. 22

¹¹⁷⁴ HATOUX Bernard, Lamy, *Contrôle fiscal et contentieux*, 2005, ét. 104 ; HATOUX Bernard, *Les affres de la qualification d'un trust ou De Charybde en Scylla...* RJF 10/07, p. 813 ; Note sous Cass. com. 15 mai 2007 n° 05-18.268

droits de mutation contreviendrait tant au principe de légalité de l'article 34 de la Constitution¹¹⁷⁵ qu'au principe d'indépendance des impôts¹¹⁷⁶ imposant l'interprétation stricte des textes fiscaux.

La classification du trust dans une catégorie du droit français est un exercice par définition impossible puisqu'il ne rentre par nature dans aucune des catégories de notre droit. Ainsi, s'il n'est pas envisageable de faire rentrer l'instrument dans une catégorie, le trust s'apparente cependant « *tout au moins dans ses effets à une donation dont l'acceptation est différée* ». ¹¹⁷⁷ Il semble que la Cour de cassation ait forcé les catégories juridiques pour pouvoir soumettre de façon somme toute assez pragmatique les trusts irrévocables discrétionnaires aux droits de mutation. Cette approche téléologique, qui pour certains « *est la plus à même de respecter les effets du trust* » ¹¹⁷⁸ a cependant plongé à plus d'un titre la doctrine dans la perplexité. Elle a en effet qualifié un instrument juridique perméable au droit français, tout en portant atteinte aux principes de légalité et d'indépendance des impôts. La transmission résultant d'un trust révocable ne constitue donc pas une opération sui generis exonérée d'impôt, mais une donation indirecte. ¹¹⁷⁹ La mutation n'existe ainsi qu'à l'expiration du trust et les droits de mutation seraient en conséquence reportés à la date du transfert effectif.

3. Impôt de solidarité sur la fortune

Les juges prennent soin de ne plus rapprocher le trust d'une institution française mais en déterminent les contours au moyen des principes de droit anglo-saxon et de l'acte constitutif

¹¹⁷⁵ Si bien que le fait pour l'administration de réclamer cet impôt devrait être pénalement sanctionné par les peines de la concussion (Code pénal, art. 431-10)

¹¹⁷⁶ Cass. Com. 12 novembre 1986, n°85-12.949, Sté Métrobus Publicité : Bull. civ. IV, n°211 ; Cass. Com. 6 juin 2001, n°1133 F-D : RJF 10/01, n°1331 ; Cass. Com. 13 novembre 2003, n°1536 FS-P, Fabergé : RJF 3/04, n°318

¹¹⁷⁷ Jean-Marc TIRARD, *Les conséquences d'un trust au regard des droits de mutation à titre gratuit - À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2007* Gazette du Palais, 18 décembre 2007 n° 352, p. 12

¹¹⁷⁸ BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, p. 146.

¹¹⁷⁹ Cette qualification est fortement débattue par la doctrine, v. HATOUX Bernard, *ibid*

lui-même¹¹⁸⁰ et démontrent leur « *réelle volonté de comprendre et d'expliquer le trust* ». ¹¹⁸¹ Cette recherche de compréhension du concept a ainsi permis en matière d'ISF, au tribunal de grande instance de Nanterre de préciser à l'occasion de l'arrêt Poillot¹¹⁸² que le trustee disposait de la liberté de choisir les bénéficiaires si bien qu'il était impossible de capitaliser les droits des bénéficiaires et de les assujettir à l'ISF. Dans cette affaire, une résidente fiscale française avait été nommée bénéficiaire d'un trust testamentaire irrévocable par un oncle américain. L'administration fiscale avait alors transposé la présomption de propriété de l'article 752 du CGI¹¹⁸³ en vertu de laquelle les droits sociaux et créances dont le de cujus a perçu les revenus moins d'un an avant son décès sont présumés lui appartenir et intégrer le patrimoine successoral. L'administration fiscale avait ainsi assimilé la bénéficiaire du trust à un « titulaire de droit de propriété sur les biens constitués de valeurs mobilières » et capitalisé au taux de 3% les revenus annuels qu'elle percevait. Le tribunal avait pris connaissance des spécificités de ce trust et avait conclu qu'elle ne disposait ni d'un droit de propriété sur les actifs du trust ni d'un droit de créance sur le trustee dans la mesure où ce dernier disposait d'un pouvoir discrétionnaire.

Le juge précise à cette occasion que le critère d'imposition à l'ISF réside dans la titularité de droits réels présentant une valeur patrimoniale, c'est-à-dire librement cessibles sur un marché libre.¹¹⁸⁴ Ainsi que le précise l'article 885 E du CGI, l'assiette de l'ISF est en cependant constituée de la valeur nette de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables et non des seuls droits de propriété dont le contribuable est titulaire, qu'ils consistent en des droits réels ou des créances.¹¹⁸⁵ Ainsi que le rappelle le Professeur Gauthier Blanluet, « *Ce qui importe c'est la valeur et sa vénalité, non la nature du droit. C'est pourquoi, en s'interrogeant sur la nature réelle du droit éventuellement exercé par le bénéficiaire d'un*

¹¹⁸⁰ HOHL Bertrand, LETELLIER Hugues, *Où les juges tirent les conséquences en matière d'ISF d'un trust discrétionnaire constitué aux Etats-Unis*, Lamy Personne et Famille 2004, n°12

¹¹⁸¹ LE GRAND DE BELLEROCHE Diane, *Trust et impôt sur la fortune : l'arrêt d'Elbée*, Lamy droit civil, n°64, octobre 2009, p. 53 s.

¹¹⁸² TGI Nanterre, 4 mai 2004, n°03/09350, *Poillot*, Dr. fisc. 2005, n°36 ; JCP E 2005, 1297, p. 1447

¹¹⁸³ On remarquera ici que le fondement de l'administration est pour le moins surprenant dans la mesure où elle fonde un redressement en matière d'ISF sur une disposition successorale

¹¹⁸⁴ JAILLAIS Luc, *Le trust de l'oncle d'Amérique, l'ISF et le juge de l'impôt*, Droit et patrimoine, n°131, novembre 2004, p. 22

¹¹⁸⁵ Pour une définition du critère d'imposition v. Cass. Com. 13 décembre 2005, n°03-18.756, *Kundera*, Bulletin 2005, IV, n°253 p. 280 ; LE GALL Jean-Pierre, *Assujettissement à l'ISF d'une créance de revenus*, RTD Com. 2006 p. 503 ;

trust, le juge s'est engagé sur une mauvaise piste ». ¹¹⁸⁶ En matière de trust, le bénéficiaire ne dispose en effet d'aucun droit réel sur les actifs du trust. Fonder la soumission à l'ISF sur la titularité d'un droit réel reviendrait à exonérer systématiquement les bénéficiaires de cet impôt. Si l'on peut s'interroger sur l'existence éventuelle d'un droit de créance, il apparaît qu'en présence d'un trust discrétionnaire, il est certain que le bénéficiaire ne dispose pas d'un droit de créance sur le trustee. Le droit du bénéficiaire est effectivement aléatoire puisque soumis au pouvoir discrétionnaire du trustee, est incessible et dénué de valeur patrimoniale. ¹¹⁸⁷ Le juge ne répond pas ici à la véritable question qui est celle de savoir si le droit du bénéficiaire représente une valeur patrimoniale.

Le rôle de la jurisprudence est primordial en matière de traitement fiscal des trusts dans la mesure où la loi et la doctrine administrative sont quasiment muettes. L'arrêt d'Elbée rendu par la Chambre commerciale ¹¹⁸⁸ concernant l'inclusion dans l'assiette de l'ISF de titres détenus à travers un trust révocable, non discrétionnaire est de ce fait particulièrement utile puis qu'elle apporte des précisions remarquables sur cette question qui avait été effleurée à l'occasion de la décision *Poillot*. ¹¹⁸⁹ Si les juges avaient eu à se pencher à l'occasion de l'arrêt *Poillot* sur l'inclusion de titres dans l'assiette de l'ISF des bénéficiaires, c'est la première fois à notre connaissance que la Cour de cassation a eu à connaître de cette question et que les juges ont eu à déterminer les critères d'imposition du settlor à l'ISF. Dans l'affaire d'Elbée, les requérants, héritiers du constituant agissant en qualité de codébiteurs solidaires sur le fondement de l'article 1723 ter-00 B du CGI, s'appuyaient sur le transfert de propriété opéré entre le settlor et le trustee à l'occasion de la création d'un trust révocable non discrétionnaire. Ils faisaient ainsi valoir que le settlor s'était totalement dépouillé au bénéfice de l'institution du trust. Se fondant sur le réel pouvoir de disposition du trustee ils soutenaient que ce dernier n'était pas un simple dépositaire si bien que l'opération ne pouvait se résumer en une simple opération intercalaire. L'administration, assimilant le trust à un contrat de dépôt, soutenait quant à elle que le constituant se trouvait dans une situation très proche de celle où il aurait été s'il était resté simple propriétaire des

¹¹⁸⁶ BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre, *Le trust au pied du mur*, op. cit. « Pour être imposable, il suffit donc que le contribuable soit titulaire d'une valeur capitalisée et que cette valeur capitalisée soit aussi une valeur patrimoniale, c'est-à-dire librement cessible à des tiers, à quelque titre que ce soit ».

¹¹⁸⁷ LE GALL Jean-Pierre, *Du bon usage du trust dans le droit patrimonial des affaires*, RTD Com. 2006, p. 230

¹¹⁸⁸ Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20.219 : Bull. civ. IV, n°46

biens mis en trust. La Cour de cassation s'était attachée à analyser le contrat et avait déduit de ses analyses les conséquences fiscales qui lui semblaient devoir s'imposer. Ne pouvant s'appuyer sur un texte prévoyant explicitement le fait générateur et l'assiette d'imposition de l'ISF, le juge a procédé à un raisonnement par « *analogie lui permettant de retenir la qualification juridique la plus proche du droit français* ». ¹¹⁹⁰ La Cour de cassation a ainsi recherché si la nature des droits du constituant pouvait s'analyser en un droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil c'est-à-dire si le constituant disposait du « *droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ».

La Cour de cassation ne s'est pas encombrée de la nature juridique du trust et a mené une fois encore en matière de trust une approche téléologique. Si les conséquences nous semblent justifiées, le fondement nous paraît douteux et ne tient pas compte des droits du constituant, droits qu'elle aurait simplement pu qualifier de *sui generis*. Si pour une partie de la doctrine, ¹¹⁹¹ la solution est claire et présente le mérite d'éclairer en pratique le traitement fiscal des trusts, puisqu'il suffit selon elle de distinguer les trusts révocables des trusts irrévocables, cette analyse nous semble cependant incomplète. En effet, elle revient à considérer d'une part que l'opération réalisée n'était qu'une opération intercalaire et d'autre part que les prérogatives priment sur le titre. La position du Professeur Libchaber ¹¹⁹² nous semble plus nuancée puisqu'elle tient compte de la nature juridique des opérations auxquelles le trust donne lieu et qu'elle rend au titre juridique son importance créatrice de valeur. ¹¹⁹³ Ainsi que le remarque François Tripet, ¹¹⁹⁴ « *le trustee a le titre de propriété du bien aussi parfaitement que l'avait le settlor avant le transfert mais qu'il ne peut en jouir pour lui-même, que les bénéficiaires ne sont pas des propriétaires encore qu'ils soient appelés à en bénéficier, qu'ainsi les biens mis en trust constituent une masse distincte* ». Le

¹¹⁸⁹ TGI Nanterre, 4 mai 2004, op. cit

¹¹⁹⁰ PIERRE Jean-Luc, Assujettissement à l'ISF du constituant et bénéficiaire d'un trust, *Droit des sociétés*, n°6, juin 2009, comm. 130, p. 42 s.

¹¹⁹¹ GINTER Eric, *Don't trust me*, *Option Finance*, n°1026, 27 avril 2009, p. 34

¹¹⁹² LIBCHABER Rémy, Trust & Impôt de solidarité sur la fortune, *Bull. Joly Sociétés*, Octobre 2009, p. 873 s. note sous Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20219

¹¹⁹³ Ainsi que l'a démontré Do Soto

¹¹⁹⁴ TRIPET François, *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Litec 1989, p. 4

trust ménage ainsi « *une parenthèse dans la propriété* »¹¹⁹⁵ tout en accordant le titre au trustee.

A l'occasion de l'arrêt d'Elbée, la Cour a simplement étudié les dispositions de l'acte de constitution pour déterminer les pouvoirs des parties tout en reprenant l'analyse développée par l'administration fiscale en 1981¹¹⁹⁶ selon laquelle, « *dans les grantor trusts, le fondateur est considéré comme ayant conservé en fait la disposition effective des biens mis en trust soit directement soit indirectement. Il en est ainsi des trusts qui réservent au constituant la possibilité de révoquer le trust, qui confèrent au constituant des pouvoirs de contrôle sur l'administration du trust ou qui contiennent des clauses de réversion à son profit* ». La Cour de cassation avait alors déduit du *deed of trust* que les droits du constituant étaient assimilables à un droit de propriété ce qui ne tient compte ni de la création d'un patrimoine affecté ni de la nature des droits créés par un trust dans la mesure où ce dernier permet la distribution des prérogatives aux différents acteurs du trust. En effet, il ne suffit pas de lire l'acte de constitution du trust pour conclure de l'importance des pouvoirs du settlor que ce dernier a conservé la disposition des biens. Il faut, comme le rappellent les professeurs Blanluet et Le Gall, déterminer si le droit du settlor s'exerce directement sur la chose ou s'il exige l'intervention d'une tierce personne. En effet, le trust fait perdre au constituant comme au bénéficiaire tout droit direct sur les biens transférés.¹¹⁹⁷

Ce dessaisissement juridique du titre n'est pas à l'évidence une opération strictement intercalaire dans la mesure où le *settlor* ne dispose plus d'un droit direct et absolu sur la chose. La mise en trust rend le trustee indispensable à toute opération et ce quelles que soient les prérogatives du constituant ou du bénéficiaire et rien ne saurait être acquis sans l'intervention de ce tiers. L'étendue des pouvoirs du *trustee* n'a ainsi aucune incidence sur la qualification juridique des droits dont dispose le *settlor*. En effet, la mise en trust des biens conduit à une mutation du droit puisqu'à l'issue de l'opération le *settlor* ne dispose que d'un droit indirect par rapport à la chose, d'un *jus ad rem*. Les droits du constituant ne peuvent

¹¹⁹⁵ BLANLUET, Gauthier, LE GALL Jean-Pierre, *Biens détenus dans un trust : inclusion dans l'assiette de l'ISF si le constituant peut être considéré comme ayant un droit de jouissance et de disposition*, Dr. fisc. n°24, 11 juin 2009, p. 25

¹¹⁹⁶ Instruction fiscale du 25 mars 1981, BOI 14 B-2-81, n°1

¹¹⁹⁷ NEAU-LEDUC Philippe, *Trusts, la valeur des titres confiés à un trust américain est soumise à l'ISF lorsque le constituant conserve le droit de jouir et de disposer des titres*, RDC, Octobre 2009, p. 1534 s.

par conséquent ni être assimilés à un droit de propriété qui est absolu ou n'existe pas ni à une propriété indirecte qui n'a par définition aucune existence juridique. La doctrine considère par ailleurs que les droits d'un constituant-bénéficiaire ne sont pas non plus constitutifs de droits d'usufruit puisque les fruits sont acquis indirectement et qu'il ne dispose pas d'un droit réel

Si la Cour de cassation n'a pas tenu compte de la nature juridique des droits des acteurs du trust elle ne s'est pas non plus interrogée sur l'existence d'une valeur patrimoniale. Cette détermination n'est cependant pas impossible tout en respectant la nature des trusts. La solution la plus simple et la plus exacte aurait été d'étudier effectivement les dispositions du *deed of trust* et de qualifier le trust par application de sa loi d'autonomie. Ce trust aurait ainsi pu être qualifié de *grantor trust* par la législation fiscale américaine¹¹⁹⁸ laquelle considère que le settlor ne s'est pas dessaisi effectivement des biens transférés. Cette absence de transfert implique l'assimilation de la valeur des droits du constituant-bénéficiaire à la valeur des actifs du trust. Dans ces trusts, si le constituant a bien transféré une partie des prérogatives du droit de propriété, il conserve un droit de jouissance sur le bien ainsi qu'un droit de retour du bien dans son patrimoine et ce en vertu d'un titre. Ces trusts transparents permettent donc au constituant d'appréhender la valeur de l'actif sous jacent et ont une valeur patrimoniale malgré leur inaccessibilité.

L'irrévocabilité du trust ôte en revanche toute valeur patrimoniale aux droits du constituant si bien que ceux-ci ne sauraient intégrer l'assiette taxable à l'ISF. Cette irrévocabilité empêche ainsi toute imposition du constituant mais pose la question de l'imposition du bénéficiaire. Il est alors nécessaire de s'interroger sur les pouvoirs de ce dernier pour déterminer si ceux-ci ont une valeur patrimoniale. Il est certain que les droits du beneficiary sont dénués de valeur patrimoniale si le trust est discrétionnaire puis qu'il ne dispose que d'un espoir. Le caractère simple et irrévocable d'un trust confère un droit de créance au bénéficiaire lequel entre dans la composition de l'assiette imposable à l'ISF¹¹⁹⁹ mais dont l'évaluation peut s'avérer complexe.

¹¹⁹⁸ Loi d'autonomie du trust

¹¹⁹⁹ Instruction fiscale du 19 mai 1982, BOI 7 R-2-82

4. Taxe de 3%

L'article 990 D du CGI soumet certaines entités à une taxe de 3% sur la valeur vénale des immeubles situés en France ou sur la valeur vénale des titres de sociétés à prépondérance immobilières pour la valeur représentative des immeubles situés en France. Cette taxe est applicable dès lors que l'immeuble n'est pas utilisé à des fins commerciales et est détenu par une entité située dans un pays n'ayant pas signé de convention fiscale avec la France.

Certains praticiens avaient opposé avec succès l'absence de personnalité morale des trusts pour soustraire l'instrument à la taxe de 3%. Jean-Luc Pierre¹²⁰⁰ nous livre à cet égard un exemple tiré de son expérience professionnelle et illustrant le raisonnement qui permettait avant 2007 de remettre en cause cet assujettissement. En l'espèce, un résident fiscal britannique détenant la totalité du capital d'une société de droit anglais, à l'actif de laquelle était logé un bien immobilier situé en France, avait placé les titres de ladite société dans un trust irrévocable dont le trustee était une société établie dans les îles anglo-normandes, et le « bénéficiaire », le conjoint du constituant. L'administration fiscale avait alors assimilé le trustee au propriétaire de l'immeuble et lui avait notifié un redressement en matière de taxe de 3%. Le trustee avait alors opposé à l'administration fiscale d'une part l'absence de personnalité morale du trust empêchant ainsi son assujettissement à cette taxe et d'autre part l'absence d'inclusion des parts de la société dans son patrimoine personnel ce qui empêchait son propre assujettissement à la taxe prévue à l'article 990 D du CGI. L'administration prenant acte du défaut d'existence des conditions d'application de l'article précité avait alors abandonné le redressement envisagé.

Le Législateur intervint pour combler ce vide en élargissant en 2007¹²⁰¹ le champ matériel de l'article 990 D du CGI aux « entités juridiques » jusqu'alors restreint aux personnes morales. Cet article ne vise cependant pas expressément les trusts ce qui impose de s'interroger sur l'applicabilité de la taxe de 3% aux trusts. La doctrine et les praticiens s'interrogent en effet sur l'applicabilité de la taxe de 3% aux trusts dans la mesure où la nouvelle formulation de l'article 990 D du CGI est particulièrement floue.

¹²⁰⁰ PIERRE Jean Luc, *Panorama des redressements fiscaux*, Dr. fisc. n°46, 16 novembre 2006, 64, p. 1960

¹²⁰¹ Article 20 de la loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007

Une partie de la doctrine considère ainsi que cette taxe est susceptible de concerner les trusts dans la mesure où le texte vise expressément les fiducies auxquelles on peut rattacher l'instrument anglo-saxon. Cette position ne saurait nous satisfaire tant les deux mécanismes sont différents.

L'analyse des termes retenus qu'effectue une seconde partie de la doctrine nous semble plus pertinente. Le terme « *entité juridique* » n'est effectivement pas très clair et s'il inclut à l'évidence les personnes morales, la question reste posée s'agissant des trusts. Si cette expression apparaît déjà à l'article 123 bis du CGI, l'administration fiscale française a considéré que les trusts étaient inclus dans le champ de cet article. Il apparaît cependant que le terme trust n'est pas ignoré du droit fiscal français puisqu'il est expressément utilisé à l'article 120 – 9 du CGI. On pourrait avancer que le législateur qui connaît ce mécanisme a choisi de ne pas viser le trust en ne le nommant pas expressément. Les praticiens¹²⁰² pensent cependant que l'administration fiscale française considèrera que les trusts sont couverts par la définition donnée à l'article 990 D du CGI. C'est aussi notre position mais il ne nous semble pas nécessaire d'opérer un détour par l'article 123 bis du CGI pour déterminer le champ matériel de l'article 990 D du CGI.

En effet, l'obscurité d'un texte impose de rechercher les travaux parlementaires de nature à répondre aux interrogations que font naître les lacunes rédactionnelles et ce n'est qu'à défaut de précision des travaux parlementaires que l'on peut procéder à une interprétation par analogie. En l'espèce, les travaux parlementaires sont particulièrement éclairants sur l'interprétation à donner au terme « *entité juridique* ». Le Rapport au Sénat de Philippe Marini précise en effet que « *la nouvelle rédaction de l'article 990 D¹²⁰³ [...] a essentiellement pour objet d'élargir le champ d'application de la taxe aux trusts, fiducies et autres institutions similaires* ». ¹²⁰⁴ L'inclusion du trust dans le champ *rationae materiae* de l'article 990 D ne fait par conséquent aucun doute. Le rapport d'information sur les paradis fiscaux déposé à l'Assemblée Nationale le 10

¹²⁰² TIRARD NAUDIN, International Tax Newsletter, février 2008, p. 2

¹²⁰³ L'article 20 (originellement 17 bis nouveau) de la loi de finances rectificative pour 2007 fut adopté sur amendement du Gouvernement

¹²⁰⁴ MARINI Philippe, *Rapport au Sénat, n°127 au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2007*, 12 décembre 2007, p. 123

septembre 2009¹²⁰⁵ confirme par ailleurs cette position puisqu'il précise que la taxe de 3% est bien applicable aux trusts. La position de l'administration fiscale confirme enfin cet assujettissement des trusts à la taxe de 3%. L'instruction du 7 août 2008 assimile ainsi les trusts aux fiducies¹²⁰⁶ et précise que le terme entité juridique « *visé les institutions comparables aux fiducies et aux organismes tels que des structures ou des arrangements comme les fondations de famille, les trusts ou les fonds d'investissement non dotés de la personnalité morale* ».

S'il est certain que le trust est bien assujéti à cette taxe, il est nécessaire d'en déterminer le redevable. Cette détermination du redevable est plus délicate car les travaux parlementaires n'apportent aucun élément de réponse sur ce point. L'article précise que le redevable est le possesseur de l'immeuble ou le titulaire de droits réels sur ces biens. Si le titulaire du droit de propriété sur l'immeuble est ainsi visé, on perçoit plus difficilement la nature des droits de possession sur un immeuble. La possession est un « *rapport de fait entre une chose et une personne, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir sur cette chose, personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, des actes qui dans leur manifestation extérieure, correspondant à l'exercice d'un droit, qu'elle soit ou non titulaire régulière de ce droit* ». ¹²⁰⁷ Il est nécessaire de se rappeler que la possession suppose un élément matériel ainsi qu'un élément moral, animus qui se concrétise par la volonté de se comporter comme le propriétaire de la chose. Il est évident que le trustee ne saurait avoir cette intention si bien qu'il ne peut avoir de possession sur la chose. Il n'est pas par ailleurs titulaire d'un droit réel sur la chose. Le settlor s'étant dessaisi de son droit sur le bien à l'occasion du transfert de propriété n'a pas non plus la possession de l'immeuble. Quel que soit le trust considéré, la position du bénéficiaire ne lui accorde aucun de ces deux droits. Cette inadaptation de la terminologie employée au trust ne doit cependant pas permettre de conclure à l'impossibilité d'imposer le trust à la taxe de 3% dans la mesure où l'objet même de la définition était d'en permettre l'assujettissement.

¹²⁰⁵ Rapport d'information sur les paradis fiscaux déposé à l'Assemblée Nationale le 10 septembre 2009 par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, p. 155

¹²⁰⁶ Instruction fiscale du 7 août 2008 BOI 7 Q-1-08, n°9

¹²⁰⁷ TERRE François, SIMLER Philippe, Les biens, op. cit. p. 145

L'administration fiscale précise en effet que « *le trust est redevable de la taxe de 3% à raison des biens ou droits immobiliers qu'il porte.* »¹²⁰⁸ Si cet assujettissement du trust lui-même nous paraît douteux dans la mesure où l'instrument correspond à un rapport d'obligation et non à une entité, l'administration précise à titre de « *règle pratique* » que les obligations de déclaration et de paiement doivent être remplies par le *trustee* en sa qualité de représentant légal du trust. Il nous semble que l'administration fiscale utilisera par conséquent la théorie de la propriété apparente pour déterminer le redevable de la taxe. Le *trustee* d'un trust irrévocable discrétionnaire serait par conséquent soumis à cette taxe en tant que propriétaire apparent tandis que le *settlor* d'un trust transparent pourrait être considéré comme redevable de cette taxe en vertu de cette même apparence.

¹²⁰⁸ Instruction fiscale du 7 août 2008 BOI 7 Q-1-08, n°18

Conclusion du chapitre premier

La naissance de la fiducie répond à une demande relativement ancienne d'introduire en droit français la notion de patrimoine d'affectation. Introduite timidement par la loi du 19 février 2007, le patrimoine fiduciaire constitue cependant une nouveauté puisque constituant un patrimoine autonome de celui des différents acteurs la fiducie ne bénéficie pas de la personnalité morale. En dépit de son caractère innovant, la fiducie française ne répond que très partiellement aux attentes des praticiens compte tenu de ses finalités limitées. En effet, la prohibition de la fiducie libéralité restreint l'utilisation du mécanisme dans un cadre de gestion patrimoniale à la fiducie gestion. Cette possibilité n'est cependant pas dénuée d'intérêt puisqu'elle permet au fiduciaire de gérer des biens détenus hors de son patrimoine en vertu d'un droit qui s'apparente à une propriété temporaire.

Le patrimoine fiduciaire constitue alors un patrimoine d'une nature très particulière puisque le fiduciaire est tenu d'établir une comptabilité et d'enregistrer les mouvements affectant le patrimoine à l'aide d'un bilan, d'un compte de résultat et d'une annexe qui peuvent faire l'objet d'une vérification par un commissaire aux comptes.

Ce patrimoine est encore particulier car s'il est théoriquement marqué par la neutralité fiscale, dans la mesure où le transfert en fiducie consiste en une opération intercalaire et n'est pas imposable au titre des plus values dès lors que certaines conditions sont respectées ; il donne lieu à un droit d'enregistrement somme toute supportable lorsque les biens apportés sont des biens meubles mais nettement plus important lorsque les biens transférés ont une nature immobilière. Si la neutralité fiscale ne pénalise pas vraiment l'instrument,¹²⁰⁹ elle ne lui apporte pas non plus un intérêt particulier. Par crainte du dispositif, le législateur n'a pas souhaité inciter son utilisation au moyen d'un dispositif de faveur. Le traitement fiscal de l'instrument est par ailleurs peu

¹²⁰⁹ Sauf en cas de transfert de droits immobiliers puisqu'un droit de 0,815% est du

incitatif dans la mesure où il ne tient pas compte des objectifs poursuivis par la fiducie. Le régime juridique et fiscal de l'instrument paraît inadapté aux besoins du marché et ne devrait pas faire concurrence à son cousin anglo-saxon qui bénéficie tant des effets de la déconstruction que de ceux de l'affectation présente un intérêt fiscal non négligeable.

Chapitre 2 – La structuration verticale du patrimoine

L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété recourant à la méthode de la structuration trouve sa pleine expression à l'occasion de l'apport du droit de propriété dans un véhicule que le contribuable dirige. Si la structuration verticale au moyen d'une personne morale (Section 1) constitue l'un des instruments privilégiés des ingénieurs patrimoniaux tant cette technique est efficace, on remarquera que le mode de structuration verticale au moyen d'une EIRL (Section 2) l'est nettement moins.

Section 1 – L'affectation verticale au moyen d'une personne morale

Le recours à une société dotée de la personnalité morale permet comme la mise en place d'une fiducie d'isoler un élément du patrimoine, qui à l'issue de l'opération de transfert n'appartient plus directement à l'associé mais à la société à laquelle il l'a apporté à la société. L'apport d'un bien à une société dotée de personnalité morale permet ainsi la transmission du titre de propriété tout en conservant indirectement la « *finance* » de l'actif. La différence fondamentale entre la société et la fiducie est liée à la personnalité morale qui fait défaut à ce second mécanisme contractuel. Ces instruments sont aussi différents dans leur conception des pouvoirs. Le constituant ne dispose pas d'un droit réel sur l'instrument fiduciaire tandis qu'il dispose d'un droit de créance contre la société formalisé par un droit réel sur des parts sociales. Si le constituant s'inscrit dans un rapport horizontal, l'associé se trouve quant à lui dans un rapport vertical par rapport à la société. Le patrimoine est une universalité juridique dont la partie active constitue une enveloppe dont les composants peuvent être juridiquement modelés. L'optimisation fiscale s'appuie ainsi fréquemment sur une modification de la consistance du patrimoine fondée sur l'apport de biens et droits à une personne morale. Cette dernière peut être une structure d'investissement ouverte à des contribuables auxquels elle assure un gain fiscal (Sous-section 1) ou un vecteur de structuration patrimoniale (Sous-section 2)

Sous-section 1. L'affectation horizontale dans des structures d'investissement

Le législateur détourne fréquemment l'impôt de sa fonction originelle pour lui conférer une mission économique ou sociale. Tantôt utilisé pour promouvoir une politique écologique, souvent utilisé pour développer les logements sociaux, le législateur utilise aussi l'impôt comme moyen de capitalisation des PME en période de crise à l'image des dispositifs de réduction d'impôt sur le revenu (§1) ou de solidarité sur la fortune (§2) qui constituent des vecteurs d'affectation du droit de propriété.

§1 – La réduction d'impôt sur le revenu pour investissement dans une société

L'article 199 terdecies 0 A du Code général des impôts introduit par l'article 26 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 accorde aux particuliers une réduction d'impôt sur le revenu en contrepartie d'un investissement au capital d'une PME réalisé jusqu'au 31 décembre 2012.¹²¹⁰ Perçu comme un mécanisme de limitation des risques, ce dispositif accorde à certains investisseurs une réduction d'impôt de 22%¹²¹¹ des sommes investies au capital¹²¹² d'une PME répondant à un certain nombre de conditions.¹²¹³

Les titres des PME éligibles au dispositif ne peuvent être admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article L. 422-1 du Code Monétaire et Financier. Il apparaît par conséquent que sociétés dont les titres admis sur un marché non réglementé tel qu'Alternext ou le marché libre peuvent ouvrir droit au dispositif de réduction d'impôt sur le revenu.¹²¹⁴

¹²¹⁰ La date limite était auparavant fixée au 31 décembre 2010

¹²¹¹ Le taux de 25% a été remplacé par celui de 22% par l'article 105 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

¹²¹² L'apport en compte courant ne permet pas de bénéficier de la réduction d'impôt ; il est toutefois possible de contourner cette contrainte en introduisant dans les statuts une clause de variabilité du capital qui garantit la même souplesse que des apports en compte courant dans la mesure où chaque associé dispose d'un droit de retrait

¹²¹³ La souscription dans une société holding animatrice est assimilée à un investissement direct dès lors que le holding est créé depuis moins de 12 mois et détient des titres éligibles depuis moins de 12 mois

¹²¹⁴ La position de l'administration confirme cette position, v. BOI 5 B-12-08, n°10

Les sociétés éligibles doivent par ailleurs être soumises en France à l'Impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou y seraient soumises dans les mêmes conditions si l'activité y était déployée. L'activité des sociétés éligibles est une activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale au sens des articles 34 et 35 du Code général des impôts. Sont ainsi exclues du dispositif les sociétés dont l'activité se limite à la gestion de leur patrimoine immobilier ou mobilier telles que les sociétés civiles de portefeuille.

Ne sont éligibles au dispositif que les sociétés dont le siège est situé dans un des Etat membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège,¹²¹⁵ répondant à la définition communautaire des PME issue de la recommandation de la Commission Européenne du 6 mai 2003,¹²¹⁶ et dont le capital n'est pas détenu à plus de 25% par des sociétés ne répondant pas à ces conditions. Il est par ailleurs nécessaire que le capital de la PME soit détenu à plus de 50% par des personnes physiques ou par des sociétés familiales. La loi de finances pour 2011 a enfin posé comme condition que ces sociétés emploient au moins deux salariés au moment de la clôture du 1^{er} exercice.¹²¹⁷

La réduction d'impôt sur le revenu ne peut s'appliquer qu'en cas de solde positif d'impôt sur le revenu sur lequel l'avantage s'imputera sans pouvoir rendre négatif le montant et ainsi donner lieu à restitution. La réduction est par ailleurs plafonnée par le montant des investissements. Ainsi, les investissements à retenir pour le calcul sont limités à 20 000€ pour un célibataire et à 40 000€ pour un couple marié ou pacsé. Le montant de réduction maximum pour un célibataire est donc fixé à 4 400€ par an pour un investissement de 20 000€. La fraction des investissements excédant la limite annuelle est reportable dans les mêmes conditions les quatre années suivantes.¹²¹⁸

¹²¹⁵ Les sociétés établies dans les collectivités d'outre mer ne sont ainsi pas éligibles au dispositif ; V. Annexe IV du Traité CE

¹²¹⁶ Recommandation 2003/361/CE JO L 124 du 20 mai 2003 (modifiant l'annexe 1 du Règlement CE n°70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 *concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat en faveur des PME*) : Ainsi, est une PME au sens communautaire une société de moins de 250 salariés, dont le chiffre d'affaire annuel est inférieur à 50 millions d'euros ou dont le total du bilan est inférieur à 43 millions d'euros et qui est détenue à au moins 75 % par des personnes physiques ou par des sociétés répondant aux critères précédents.

¹²¹⁷ Cette exigence est toutefois tempérée par l'inscription au répertoire des métiers. En pareille situation, le nombre de salariés est abaissé à un.

¹²¹⁸ L'utilisation du reliquat pour les années suivantes doit être fait en partant du plus ancien ; v. BOI 5 B-12-08, n°67

L'investissement de 30 000€ par un célibataire dans une PME éligible confèrerait donc à ce dernier une réduction d'impôt de 4 400€¹²¹⁹ au titre de l'année n et de 2 200€¹²²⁰ au titre de l'année n+1. Depuis le 1^{er} janvier 2009, les limites de versement sont respectivement portées à 50 000€ et 100 000€ en cas d'investissement dans une société en phase de démarrage, d'expansion, créée depuis moins de 5 ans, comptant moins de 50 salariés et réalisant un chiffre d'affaire inférieur à 10 millions d'euros.¹²²¹

Si cet investissement peut paraître attractif, il est nécessaire de préciser qu'il ne peut être cumulé ni avec la déductibilité des intérêts d'emprunt de l'article 83 2^o quater,¹²²² ni avec les mécanismes de souscription au capital de SOFIPECHE¹²²³ ou de SOFICA¹²²⁴ de l'article 199 quater viciés, ni avec l'exonération des plus values des jeunes entreprises innovantes, ni avec les investissements outre-mer de l'article 199 undecies A et B, ni avec le dispositif de réduction d'ISF pour investissement dans les PME de l'article 885-0 V bis.¹²²⁵ Il n'est pas non plus possible de faire bénéficier les titres acquis en contrepartie de cette réduction dans un PEA, un PEI, un PEE ou un PERCO.

Les investissements réalisés dans des PME et ouvrant droit à une réduction d'IR sont soumis au plafonnement global des avantages fiscaux codifié à l'article 200-0 A du CGI.¹²²⁶ Ce mécanisme issu de la loi de finances pour 2008¹²²⁷ empêche que les déductions, imputations et restitutions entraînent une réduction d'impôt supérieure à une certaine somme. Ce plafonnement des niches fiscales est soumis au rabot annuel et

¹²¹⁹ $20\,000\text{€} \times 22\%$

¹²²⁰ $(30\,000\text{€} - 20\,000\text{€}) \times 22\%$

¹²²¹ Le mécanisme du report du reliquat n'est alors pas permis.

¹²²² Déductibilité des intérêts d'emprunt contractés pour l'investissement au capital de sociétés nouvelles ou de sociétés de coopérative ouvrière de production

¹²²³ Réduction de 36% de l'investissement dans la limite annuelle de 25% du revenu net global plafonné à 19 000€ pour un contribuable célibataire et à 38 000€ pour un couple marié ou pacsé.

¹²²⁴ Réduction de 36% ou de 43% (sous condition) de l'investissement retenu dans la limite de 20% du revenu net global plafonné à 18 000€ par an ; v. art. 105 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011

¹²²⁵ BOI 7 S-2-08

¹²²⁶ L'instruction du 26 juillet 2010, BOI 5 B-19-10, dresse une liste exhaustive des avantages fiscaux soumis au plafonnement

¹²²⁷ Article 91 de la loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

le montant maximum d'avantage fiscal originellement fixé à 25 000€ plus 10% des revenus imposables 2009 a été abaissé en à 20 000€ plus 8% des revenus imposables 2010 pour être fixé à 18 000€ plus 6% des revenus 2011.¹²²⁸

§2 – La réduction d'ISF pour investissement dans une société

Soucieux d'accompagner le développement du tissu économique français, le législateur a mis en place un outil d'accompagnement financier des petites et moyennes entreprises à l'occasion de la loi TEPA.¹²²⁹ L'idée du dispositif de réduction d'impôt de solidarité sur la fortune pour investissement dans les PME était de financer le développement d'entreprises éligibles en leur permettant d'accéder au marché financier. Le législateur orientait à nouveau les investissements des particuliers vers des sociétés présentant un fort potentiel de croissance et un risque d'autant plus élevé que le bénéfice de la réduction d'impôt est conditionné à un engagement de conservation de 5 ans.¹²³⁰

Cette conception de l'aide au développement des PME est assez étonnante. En effet, les apports ouvrant droit à une réduction d'ISF sont limités aux apports en numéraire ainsi qu'aux apports en nature nécessaires à l'activité exclusion faite des apports de valeurs mobilières et d'immeubles.¹²³¹ Si l'exclusion des apports en industrie semble justifiée, l'exclusion des apports en nature précités ne paraît motivée que par la différence de traitement fiscal opérée entre les dividendes et les intérêts de la dette. En effet, si les premiers sont sources de recettes fiscales, les seconds sont déductibles pour les entreprises soumises à l'IS. En plus de leur éventuelle utilisation par l'entreprise, l'apport des titres et d'immeubles renforce fortement la capacité de financement

¹²²⁸ Pour un contribuable avec un revenu imposable de 100.000 € le plafond sera de 24.000 € (18.000€ + 6% de 100.000 €) alors qu'il était de 28.000 € (20.000 € + 8% de 100.000 €) au titre des revenus 2010

¹²²⁹ Article 16 de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 dite Loi TEPA ; dispositif codifié à l'article 885-0 V bis du CGI

¹²³⁰ Durée portée à 8 ans en cas d'investissement indirect

¹²³¹ Instruction fiscale du 11 avril 2008, BOI 7 S-3-08 n° 5s.

externe¹²³² d'une société en lui facilitant le recours aux dettes peu risquées¹²³³ dont le taux est d'autant plus réduit que la structure du bilan est renforcée par des actifs susceptibles de servir de garantie. Cette limitation des sources d'apport ouvrant droit à la réduction d'ISF a pour conséquence de limiter les futures sources de développement des PME et de limiter les effets bénéfiques du dispositif en raison d'un éventuel manque à gagner fiscal.

Le dispositif visait donc à « *renforcer le marché du capital-investissement et à amener plus de redevables de l'ISF à adopter un comportement d'investisseurs providentiels* »¹²³⁴ et était donc nature à relever du plafond des aides *de minimis*.¹²³⁵ Afin de garantir la pérennité du dispositif, les autorités françaises ont demandé¹²³⁶ à la Commission de lever ce plafond ce qu'elle a accepté à condition¹²³⁷ que la société bénéficiaire soit en phase d'amorçage, de démarrage ou d'expansion, ne soit pas qualifiable d'entreprise en difficulté¹²³⁸ et ne pas relève pas de certains secteurs.¹²³⁹ Le montant des apports de capitaux est alors limité à un plafond fixé par décret à 1,5 million d'euros par période de douze mois.¹²⁴⁰ Si ces conditions ne sont pas remplies, les aides dont bénéficie la société sont soumises aux règles *de minimis*.

Si ces investissements peuvent être effectués directement au capital des sociétés éligibles, ils peuvent aussi être effectués indirectement via des holdings¹²⁴¹

¹²³² Conformément à la théorie du « pecking order » issue des travaux de Gordon Donaldson, DONALDSON Gordon, *Corporate debt capacity : a study of corporate debt policy and the determination of corporate debt capacity*, Harvard University Division of research, 1961, Beard Books, Washington DC, 2000, p. 27 s.

¹²³³ VERNIMMEN Pierre, QUIRY Pascal, LE FUR Yann, *Finance d'entreprise*, Dalloz 2010, p. 805

¹²³⁴ Le régime ainsi aménagé a été autorisé par la Commission européenne dans sa décision du 11 mars 2008, Décision Aide d'Etat n°596/A//2007 France : JOEU 2008/C99/01

¹²³⁵ Les aides reçues sont subordonnées au respect de la réglementation communautaire relative aux aides « *de minimis* ». Le règlement (CE) 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006, prévoit les conditions d'application et d'octroi des aides « *de minimis* » et considère que sont des aides « *de minimis* », les aides dont le montant n'excède pas pour chaque entreprise un plafond de 200 000 € sur trois exercices fiscaux.

¹²³⁶ Lettre du 11 octobre 2007

¹²³⁷ Conditions cumulatives

¹²³⁸ 2004/C 244/02, JOUE du 1^{er} octobre 2004

¹²³⁹ Construction navale, de l'industrie houillère ou de la sidérurgie

¹²⁴⁰ Plafond non applicable aux holdings et fonds d'investissement

¹²⁴¹ Les holdings doivent remplir les mêmes conditions que les autres PME éligibles à l'exception de la condition portant sur l'objet de la société puisqu'elles ont pour objet exclusif de détenir des participations. Le

d'investissements¹²⁴² en fonds propres ou à travers des fonds communs de placement.¹²⁴³ Il est tout d'abord nécessaire de déterminer les contours de la notion de PME éligibles au sens de l'article 38 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010. Sont des PME éligibles les sociétés non cotées dont le siège est situé dans un des Etat membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège, répondant à la définition communautaire des PME issue de la recommandation de la Commission Européenne du 6 mai 2003,¹²⁴⁴ exerçant exclusivement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et dont les résultats sont soumis à l'impôt sur les bénéfices.¹²⁴⁵

L'investisseur utilisant ce mécanisme bénéficie d'une réduction d'imposition limitée aux souscriptions au capital initial¹²⁴⁶ de la PME ou à l'occasion d'augmentations de capital.¹²⁴⁷ En pareille situation, le montant de la souscription retenu pour le calcul de la réduction est égal à la valeur nominale des titres souscrits augmentée le cas échéant du montant de la prime d'émission.¹²⁴⁸ Originellement la réduction était égale à 75 % des versements effectués, directement ou indirectement, dans la limite annuelle de 50 000€ ou à 50 % des versements effectués à l'occasion de la souscription de parts de fonds, dans la limite de 20 000€ L'avantage fiscal étant jugé trop important pour que

holding doit avoir pour objet exclusif la détention des participations dans des sociétés opérationnelles. Cette condition d'exclusivité est réputée satisfaite lorsque la société détient au moins 90 % de son actif brut en titres de sociétés opérationnelles

¹²⁴² Un dispositif « *anti-abus* » applicable, à compter du 15.06.2009, aux investissements via des sociétés holdings limite à 50 le nombres d'associés d'une holding ISF, limite la qualité de mandataires sociaux aux personnes physiques et impose l'absence de garantie en capital et de mécanisme de sortie automatique.

¹²⁴³ FCPR, Fonds d'investissement de proximité, fonds d'investissement d'innovation

¹²⁴⁴ Recommandation 2003/361/CE JO L 124 du 20 mai 2003 (modifiant l'annexe 1 du Règlement CE n°70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 *concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat en faveur des PME*) : Ainsi, est une PME au sens communautaire une société de moins de 250 salariés, dont le chiffre d'affaire annuel est inférieur à 50 millions d'euros ou dont le total du bilan est inférieur à 43 millions d'euros et qui est détenue à au moins 75 % par des personnes physiques ou par des sociétés répondant aux critères précédents.

¹²⁴⁵ Ces conditions doivent être réunies au moment de la souscription au capital. La perte de cette qualité postérieurement à cette souscription n'est pas de nature à faire perdre l'avantage au bénéficiaire, v. BOI 7 S-3-08 n°33

¹²⁴⁶ Instruction fiscale du 11 avril 2008, BOI 7 S-3-08 n° 2. ; ce qui conduit notamment à l'exclusion des apports en compte courant du dispositif, v. BOI 7 S-3-08 n° 4

¹²⁴⁷ La réduction d'ISF pour investissement dans les PME ou dans certains fonds est subordonnée au respect d'obligations déclaratives ; v. Décret n° 2010-604, 4 juin 2010, JO 6 juin

¹²⁴⁸ Rép. Domergue, n°8034, JO AN 17 juin 2008, p. 5150

les contribuables se projettent dans un réel investissement, dans la mesure où ces derniers investissaient pour obtenir un gain fiscal et non dans le projet d'une société auquel ils croyaient,¹²⁴⁹ le Législateur décida à l'article 38 de la loi de finances pour 2011 de renforcer la limitation des abus et le respect de l'esprit de la Loi. Cet article assimile les sociétés holdings animatrices à des sociétés opérationnelles et diminue la réduction d'impôt. La loi abaisse ainsi le taux de la réduction d'ISF de 75% à 50% et le plafond de la réduction de 50 000€ à 45 000€¹²⁵⁰ La loi de finances pour 2011 exclut d'autre part les activités immobilières et financières du champ matériel du dispositif (car ces investissements procuraient des revenus garantis en raison de l'existence d'un tarif réglementé de rachat de la production), ainsi que les sociétés dont les actifs sont constitués de façon prépondérante: de métaux précieux, d'œuvres d'art, d'objets de collection ou d'antiquités; de chevaux de course ou de concours, de vins ou d'alcools.¹²⁵¹

Le particulier acquiert à cette occasion la propriété de titres bénéficiant d'une exonération d'ISF tant qu'ils sont conservés par l'investisseur. En effet, le dispositif de l'article 885-0 V bis du CGI est également susceptible d'ouvrir droit au bénéfice de l'article 885 I ter du même code. L'article 885 I ter¹²⁵² exonère d'ISF totalement et sans limitation de montant les titres reçus en contrepartie de la souscription au capital¹²⁵³ de certaines PME communautaires. Cette exonération bénéficie aussi aux souscriptions effectuées à travers une société holding, un fonds d'investissement de proximité,¹²⁵⁴ un

¹²⁴⁹ En 2009, plus de 960 millions d'euros ont été investis dans les fonds propres des PME. Ce montant d'investissements a atteint 1,1 milliard d'euros en 2010. Ces investissements ont ainsi conduit à une réduction globale de 720 millions d'euros en 2009 et de 825 millions d'euros de réduction en 2010. La comparaison de ces réductions au montant des recettes de l'impôt montre que cette réduction a conduit à une réduction de 23% des recettes d'ISF en 2009 et de 25% en 2010 ; Communiqué du ministère du Budget, 21 juillet 2010 ; *ISF 2010 : plus de 1,1 milliard d'euros ont été investis dans les fonds propres des PME*, Les Echos, 22 juillet 2007,

¹²⁵⁰ Un redevable de l'ISF devra investir 90 000€ dans une PME (ou une société Holding) pour avoir droit à la réduction optimum de 45 000€ alors que par le passé il avait à investir 66 666€ pour obtenir la réduction optimum de 50 000€ il devra donc investir 23 334€ de plus pour obtenir 5 000€ de réduction de moins.

¹²⁵¹ Sauf si l'objet même de l'activité consiste en leur consommation ou leur vente au détail

¹²⁵² Introduit par l'article 48 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003

¹²⁵³ Les titres déjà émis, reçus par succession ou donation, ou à l'occasion d'une fusion, sont par conséquent exclus du régime ; v. Instruction fiscale du 21 février 2005, BOI 7 S-3-05

¹²⁵⁴ Articles 16 de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007

FCPI ou un FCPR.¹²⁵⁵ L'inclusion de ces titres dans l'assiette de l'ISF aurait effectivement été néfaste au mécanisme puisque les titres auraient été comptabilisés pour leur valeur d'apport, alors que la liquidité des titres, qui n'est pas assurée, est l'élément conférant aux titres une valeur patrimoniale. La valeur de ces titres est fortement liée à leur liquidité ce qui a conduit certaines sociétés à proposer des paniers de titres de PME permettant un investissement direct, suffisamment diversifié pour répartir le risque par segmentation et ce tout en préparant la sortie des investisseurs.¹²⁵⁶ La liquidité de ces actifs dits « *visqueux* » est ainsi assurée par la signature dès l'apport de pactes d'actionnaires¹²⁵⁷ ou par des règlements de marché d'autorité publique.¹²⁵⁸ L'intermédiaire financier préparant ces montages prélevait ainsi des frais de distribution¹²⁵⁹ pouvant atteindre jusqu'à 35% des montants investis et justifiés à l'investisseur d'abord par l'absence de prise de risque ensuite par l'importance du gain fiscal.¹²⁶⁰ Si aucune réglementation ne limite ces commissions, le décret n°2010-1311 du 2 novembre 2010¹²⁶¹ créa une obligation d'information relative aux frais et commissions garantissant une meilleure transparence des frais pratiqués.

Sous-section 2 – L'affectation horizontale aux fins de structuration patrimoniale

Nous nous intéresserons dans un premier temps aux objectifs de la structuration sociétaire (§1) avant de voir que l'incidence fiscale constitue un élément décisionnel de la structure sociétaire (§2).

¹²⁵⁵ Article 38 de la loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007

¹²⁵⁶ Table ronde, *Investir dans les PME pour diminuer votre ISF*, Salon de l'ingénierie fiscale, patrimoniale et financière pour les investisseurs privés, 31 mars 2010.

¹²⁵⁷ C'est notamment le cas des produits proposés par ARKEON FINANCE

¹²⁵⁸ Méthode employée par ALTERNATIVA

¹²⁵⁹ Composés de droits d'entrée et de rétrocessions annuelles sur frais de gestion

¹²⁶⁰ Inspection Générale des Finances, Rapport, n°2009-M-066-03, *Les frais prélevés sur les produits financiers bénéficiant d'un avantage fiscal pour favoriser l'investissement dans les PME*, octobre 2009, p. 10 s.

§1 – Les objectifs de la structuration sociétaire

Nous verrons que comme souvent en droit fiscal, l'instrument présente un grand nombre d'intérêts (A), mais qu'il est nécessaire de prendre garde à ne pas centrer l'opération autour de l'intérêt fiscal que présente le recours à la société afin d'éviter la remise en cause de l'ensemble de l'opération sur le fondement de l'abus de droit (B).

A – La multiplicité des intérêts présentés par le recours à la forme sociale

Si les entrepreneurs reprochent aux sociétés d'alourdir la gestion, de faire peser des frais de constitution parfois importants ou de diluer les pouvoirs, le recours à la forme sociale présente des intérêts multiples tant en matière mobilière qu'immobilière. L'intérêt principal est financier car la création d'une société permet de développer les moyens financiers nécessaires à la poursuite ou à la croissance d'une activité en bénéficiant des effets positifs du regroupement de capitaux. La mise en société concentre effectivement le gage des créanciers sur le patrimoine social ce qui constitue un avantage considérable pour le créancier dès lors que la société est capitalisée.¹²⁶² Si la création d'une société permet dans certains cas de faire bénéficier certains dirigeants d'un statut social intéressant, l'intérêt du recours à la société est principalement juridique. En effet, la création d'une société conduit à la création d'une personne morale nouvelle dotée d'un patrimoine propre. Cette création permet une limitation du gage des créanciers dans les sociétés dont le risque est limité aux apports. En pratique, cette responsabilité est illusoire puisque les créanciers demandent souvent un élargissement de leur droit de gage sur le patrimoine personnel du dirigeant ou des associés. Cette limitation est d'autre part sans effet en cas de procédure collective lorsque le dirigeant a commis une faute de gestion.¹²⁶³ En pareille hypothèse, les dirigeants peuvent être condamnés à combler le passif au moyen de leurs biens

¹²⁶¹ Décret n°2010-1311 du 2 novembre 2010 *relatif à l'encadrement et à la transparence des frais et commissions prélevés directement ou indirectement par les fonds et sociétés mentionnés à l'article 885-0 V bis du CGI*

¹²⁶² La disparition d'un capital social minimum est de nature à contrarier ce postulat puisque la pauvreté du gage des créanciers incite ces derniers à recourir à des suretés multiples.

¹²⁶³ Code de commerce, art. L651-2

personnels. La mise en société permet par ailleurs de pérenniser des situations conduisant traditionnellement à l'indivision. La mise en société permet enfin de faciliter la transmission d'une entreprise¹²⁶⁴ en permettant notamment de diminuer les coûts de transmission.¹²⁶⁵

Les utilités du recours à l'instrument sociétaire en matière immobilière sont relativement nombreuses et tiennent tant à l'amélioration des règles de gestion des immeubles qu'à l'aménagement des règles de transmission. La mise en société d'un actif immobilier permet de réduire les droits à l'occasion d'une cession à titre onéreux. En effet, l'actif cédé n'est plus constitué par un immeuble mais par des parts sociales si bien que les droits d'enregistrement dus à cette occasion s'élèvent à 5% et non à 5,09%¹²⁶⁶ puisque les frais d'assiette ne sont pas dus en matière de cession de parts sociales. Mécanisme permettant de contourner la réserve héréditaire ou de limiter les droits à l'aide de comptes courants d'associés remboursés par les fruits du bien,¹²⁶⁷ l'apport d'un immeuble à une société opère aussi une mutation de la nature du droit de propriété. En effet, le propriétaire ne détient plus à l'issue d'un tel apport des droits réels immobiliers mais des droits réels mobiliers. Cette transformation de la nature du droit peut avoir des conséquences non négligeables en matière civile dans la mesure où cet apport est susceptible de modifier la loi applicable. En effet, en matière successorale, les biens immobiliers sont soumis à la *lex rei citae* tandis que les biens mobiliers sont soumis à la loi du pays du dernier domicile du de cujus. La transformation de la nature du droit par apport en société permet de modifier la loi

¹²⁶⁴ V. HOVASSE Henri, GENTILHOMME Rémi, DESLANDES Michel, *Restructurations de sociétés et droit patrimonial de la famille*, Dr. soc. Septembre - octobre 2002 ; GIRAY Michel, *La transmission de l'entreprise familiale aspects juridiques et fiscaux*, *Revue de droit civil*, 2004/37, p. 54

¹²⁶⁵ *Les nouvelles mesures fiscales facilitant la donation d'entreprise individuelle*, BF 4/05, p. 292

¹²⁶⁶ Si cette différence de taux peut paraître négligeable puisque la mise en société ne conduirait qu'à une économie de 900€ pour la vente d'un immeuble d'une valeur d'un million d'euros ; cette économie était nettement plus substantielle avant 2000 lorsque les cessions de parts sociales subissaient un prélèvement de 4,8% tandis que les cessions d'immeubles d'habitation étaient taxées au taux de 7,1%.

¹²⁶⁷ Le schéma sous jacent est celui d'un gratifiant constituant une société peu capitalisée et donnant un fort pourcentage du capital à un gratifié. Cette société acquiert un immeuble financé au moyen d'un compte courant du gratifiant qui sera lui-même remboursé par les revenus tirés de la location de l'immeuble.

applicable¹²⁶⁸ en matière de succession dès lors que la personne morale n'est pas fictive.¹²⁶⁹

Le recours aux sociétés civiles est une technique permettant de porter l'infrastructure immobilière des entreprises. En effet, la création d'une SCI par un entrepreneur permet à ce dernier de loger un immeuble commercial dans une société qui louera l'immeuble nu à une société commerciale. Si le recours à une SCI autorise la déduction des intérêts d'emprunt, cet écran permet d'une part l'établissement d'un cloisonnement entre les différents actifs, et d'autre part la création de charges déductibles au profit de la société commerciale. La séparation des actifs des entrepreneurs facilite les possibilités de rachat de la société commerciale en diminuant le prix de cession de la valeur de l'actif immobilier transféré à la SCI. L'entrepreneur pourra ainsi céder la société opérationnelle tout en conservant l'immeuble qu'il continuera à louer en s'aménageant des revenus immobiliers en vue de sa retraite.

Le recours à la société permet ensuite d'aménager les règles de gestion des actifs ayant fait l'objet de l'apport. Technique de protection du patrimoine dans la mesure où la mise en société complique¹²⁷⁰ l'action des créanciers, la mise en société sert aussi de technique de soustraction des biens à la gestion d'un tiers indésirable car elle permet d'aménager les règles de gestion du bien afin de faire échec aux règles légales. Si le recours aux sociétés permet d'organiser la jouissance d'une résidence secondaire en aménageant dans les statuts les rapports entre les associés, ce recours permet tout d'abord un financement collectif de l'immeuble tout en figeant les pouvoirs sur le bien et en évitant l'indivision.¹²⁷¹ Ce dernier objectif est particulièrement recherché dans la mesure où il est susceptible de régler les difficultés tenant au partage de la résidence principale en cas de divorce. Le recours à une société permet encore de gérer les biens d'un incapable. En effet, l'interposition d'une société permet par exemple à des parents de donner un immeuble à un mineur tout en se prémunissant contre une intervention du

¹²⁶⁸ Ces opérations ont une importance particulière pour les anglo-saxons puisque classiquement les pays de common law ne connaissent pas le mécanisme de la réserve héréditaire

¹²⁶⁹ Pour une société créée dans l'unique de contourner la loi française, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*

¹²⁷⁰ Sauf cas de fraude manifeste conduisant à la fictivité de la société et à son inopposabilité aux créanciers, v. Cass. Com. 3 décembre 2002, n°99-18.580, *Guillot* ; Cass. Com. 9 juin 2009, n°07-20.937, *SCI Emma*

juge des tutelles¹²⁷² et en s'assurant la possibilité de lever éventuellement une dette pour les besoins de la bonne gestion.¹²⁷³ Le recours à la forme sociale présente de nombreux avantages juridiques mais peut aussi présenter des avantages fiscaux puisque l'apport d'un bien productif de revenus à une société soumise à l'impôt sur les sociétés est considéré à juste titre¹²⁷⁴ comme une technique d'activation du bouclier fiscal.¹²⁷⁵

Le recours aux sociétés civiles et aussi un outil d'optimisation fiscale des *joint ventures*. Il est fréquent que des sociétés non liées souhaitent développer une activité commune afin de réaliser des économies d'échelle. Il est alors nécessaire d'encadrer juridiquement les rapports que ces sociétés entretiendront entre elles. Le recours aux sociétés translucides est particulièrement recommandé dans ces cas de création de *joint ventures* dans la mesure où les résultats seront répartis entre les associés au prorata de leurs participations au capital de cette société. La création d'une filiale transparente permet ainsi la remontée des pertes à ses associés ce à quoi la création d'une société opaque ne pourrait donner lieu. En effet, la participation des associés étant systématiquement inférieure à 95%, il est impossible aux associés d'intégrer fiscalement la société fille. L'utilisation de sociétés translucides est ainsi le seul recours judicieux dans le cadre de la création de *joint ventures* structurellement déficitaires.

Le recours à la société est encore une technique de gestion du patrimoine personnel. Les montages ayant recours à la société translucide permettent de constituer des véhicules de défiscalisation. La structuration des opérations de location meublée professionnelle est à cet égard une technique de défiscalisation efficace pour des particuliers disposant de faibles revenus professionnels. Ne peuvent en effet bénéficier de ce dispositif que les contribuables dont l'un des membres du foyer est inscrit au

¹²⁷¹ L'article 815 du Code civil permet en effet aux indivisaires de provoquer le partage

¹²⁷² S'ils souhaitaient céder l'immeuble

¹²⁷³ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n°98-13.660, *SCI Chanse* : Bull.2000, I, n°187, p. 120 ; il appartient cependant au banquier de vérifier l'âge des associés d'une SCI afin de voir si l'opération ne fait pas courir un risque trop élevé aux associés mineurs, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 28 septembre 2005, n°04-14.756

¹²⁷⁴ En réduisant les revenus fiscaux de référence du contribuable.

¹²⁷⁵ CGI, art. 1649-0 A ; lequel devrait disparaître progressivement

RCS et dont les revenus tirés de la location meublée représentent au moins 23 000€ et sont au moins égaux à l'ensemble des autres revenus professionnels du foyer fiscal.¹²⁷⁶ L'utilisation d'une structure sociétaire permet aux contribuables éligibles de sécuriser leurs opérations de locations immobilières tout en bénéficiant d'un avantage fiscal non négligeable. En effet, la création par une personne physique d'une société fiscalement translucide mais juridiquement opaque telle qu'une EURL ou une SARL de famille permet au contribuable d'endetter la société à hauteur de la quasi-totalité d'un investissement commercial. L'emprunt génère un déficit¹²⁷⁷ BIC imputable par application de l'article 156 I du CGI sur le revenu global imposable de l'année de sa réalisation et des six années suivantes. Les résultats positifs dégagés par la suite par la société seront imposables au titre des bénéfices industriels et commerciaux et non aux revenus fonciers dont les règles de détermination ne permettent qu'une prise en compte limitée des charges. Notons cependant que si le choix de la SARL de famille ne peut être retenu lorsque la société exerce une activité patrimoniale, « *la formule de la SARL de famille ne peut être revendiquée que par les sociétés qui exercent une activité professionnelle* »¹²⁷⁸ relevant du régime des bénéfices industriels et commerciaux ou des bénéfices agricoles. Cette option est donc fermée aux professionnels libéraux¹²⁷⁹ soumis aux bénéfices non commerciaux et ne repose que sur une discrimination purement arbitraire.

Le recours à la société est enfin un instrument de gestion du patrimoine familial. Si les opérations de LBO¹²⁸⁰ permettent aux repreneurs de bénéficier d'effets de levier

¹²⁷⁶ Art. 90 de la loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

¹²⁷⁷ Les déficits provenant d'amortissements sont exclus des charges déductibles

¹²⁷⁸ COZIAN Maurice, *Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 9, Septembre 2006, Alerte 35

¹²⁷⁹ Rép. Jeanjean, n°38115, JO AN du 15 mars 2005, p. 2735 ; A cette occasion, le ministre a justifié cette exclusion par le fait qu'un tel choix serait source de difficultés pour les professionnels libéraux dans la mesure où ils seraient obligés de tenir une double comptabilité. Ainsi que le remarque avec Justesse Maurice Cozian, cette difficulté n'est que de façade puisque ces derniers peuvent opter pour le régime de la comptabilité d'engagement.

¹²⁸⁰ Introduit en France dans les années 80, le LBO est une technique de financement permettant de racheter une société en ayant recours à l'endettement bancaire dont le remboursement est assuré par les cash flows futurs. Cette technique permet ainsi de prendre le contrôle majoritaire d'une société en limitant fortement l'apport initial. « *Le LBO est une technique consistant à racheter une entreprise par une combinaison de dette et de capital, en engendrant un effet de levier qui facilite l'acquisition et l'optimisation fiscale du projet. Les acquéreurs constituent une holding de participation dont le seul objet est le rachat de la société dite cible et qui acquitte le prix d'acquisition à la fois en s'endettant et grâce aux fonds propres apportés par l'acquéreur.*

financier,¹²⁸¹ juridique¹²⁸² et fiscal,¹²⁸³ cette technique semble inappropriée à la situation de contribuables détenant des petites entreprises. Un effet de levier peut cependant bénéficier à ces derniers à l'occasion d'opérations *d'owner buy out* (OBO) ou de *family buy out* (FBO)¹²⁸⁴ qui confèrent au patrimoine acquis la qualité d'outil de financement.

« *La vente d'un bien doit être comptée au nombre des techniques de financement : elle permet en effet d'obtenir des liquidités pour réaliser un projet. Mais aliéner un bien, c'est aussi y renoncer et donc s'appauvrir. L'OBO (ou vente à soi-même) permet de surmonter cette contradiction tout en réorganisant son patrimoine* ». ¹²⁸⁵ La technique est aussi simple qu'efficace¹²⁸⁶ : elle consiste à créer une société holding capitalisée par voie d'emprunt et à laquelle seront cédés les titres de la société cible. Le cédant

Ainsi, dans ces opérations, la dette d'acquisition présente la particularité d'être garantie non par des actifs externes liés à l'acquéreur, mais par les actifs mêmes de l'entreprise acquise ». LEGRAS Claire, *LBO et abus de droit*, note sous CE 27 janvier 2011 n° 320313, *Bourdon*, FR 13/11 inf. 10, p. 13

¹²⁸¹ Les fonds propres de la holding de rachat étant souvent insuffisants pour emprunter le montant total du prix de cession (le taux d'endettement est supérieur au ratio prudentiel), l'opération est adossée à un emprunt bancaire (« *dette senior* ») doublé d'un second emprunt (financement subordonné) à une société de capital investissement (« *dette mezzanine* » ou « *dette junior* ») qui, se situe entre les capitaux propres et la « *dette senior* ». Le remboursement de la « *dette mezzanine* » est en effet subordonné au remboursement de la « *dette senior* », elles constituent de ce fait des dettes risquées et onéreuses. L'utilisation d'une dette mezzanine permet d'obtenir un emprunt d'environ 4 à 7 fois l'excédent brut d'exploitation. DARSA Alexandre, *Qu'appelle t'on la dette mezzanine et à quoi sert-elle ?*, Newsletter Acetis Conseil

¹²⁸² Le montant de l'investissement permettant d'acquérir la majorité de la société cible est inférieur à la valeur vénale des titres garantissant la majorité. La détention de 51% du capital du holding de reprise suffit à assurer la majorité.

¹²⁸³ Via la déduction des intérêts d'emprunt et le régime de l'intégration fiscale sous réserve du respect des règles de l'amendement Charasse et des règles de sous capitalisation ; v. Instruction fiscale du 31 décembre 2007, BOI 4 H 8-07 & article 12 de la loi de finances pour 2001 qui étend les règles de la sous capitalisation aux prêts consentis hors du groupe mais garantis par une société du groupe

¹²⁸⁴ Technique permettant la transmission à moindre coût fiscal d'une entreprise tout en respectant les objectifs des différents acteurs, « *le Family Buy Out* porte sur la transmission de titres de sociétés. Il s'articule autour de la donation par le chef d'entreprise d'une partie de ses titres, de l'apport d'une partie des titres donnés à une holding de reprise, enfin de la vente par le chef d'entreprise d'une autre partie de ses titres et de la vente par certains gratifiés des titres reçus, l'ensemble de ces ventes se faisant au profit de la holding de reprise » : PICHARD Hervé & PICHARD Bruno, *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E, n°16, 17 avril 2008, 1534

¹²⁸⁵ GALLIEZ Lionel & POUZENC Florence, *L'OBO (owner buy out) ou vente à soi-même*, www.effl.fr; Zoom Francis Lefebvre 1^{er} avril 2011 ; Rapport du 107^{ème} Congrès des notaires de France : Le financement – Les moyens de ses projets – La maîtrise des risques, p. 61 & GALLIEZ Lionel & POUZENC Florence, *L'OBO (owner buy out) ou vente à soi-même*, Bulletin du patrimoine n°2/11, inf 99, p. 10

¹²⁸⁶ Ces montages peuvent cependant s'avérer coûteux (et notamment en matière d'OBO immobilier) puisque la société qui acquiert le bien devra payer les frais de vente, les droits d'enregistrement et les frais de constitution des garanties demandées par la banque.

détenant les titres du holding deviendra ainsi propriétaire indirect des parts qu'il a cédées, mais bénéficiera des liquidités issues de l'emprunt. Le prêteur de deniers sera ensuite remboursé par les produits d'exploitation revenant à la société holding.¹²⁸⁷ Ces derniers peuvent être faiblement fiscalisés en cas de mise en place d'une intégration fiscale¹²⁸⁸ ou de l'utilisation du régime mère / fille.¹²⁸⁹ Par ailleurs, si le bien vendu est productif de revenus, les associés de la société holding pourront déduire les intérêts d'emprunt de leur revenu imposable.

La technique de l'OBO permet ainsi de générer des liquidités bénéficiant à l'associé sans que ce dernier n'ait à céder le pouvoir sur le bien. Cette technique crée ainsi un écran permettant de faciliter la restructuration d'une société en créant les liquidités nécessaires à l'acquisition des parts d'un associé jugé indésirable ou au paiement des droits de succession lors de la transmission d'une entreprise familiale. L'OBO immobilier permet ainsi à un particulier d'externaliser un endettement en le faisant supporter par une personne morale distincte.

L'opération d'OBO permet enfin de transformer des dividendes en plus-values sur titres et d'échapper ainsi au barème progressif de l'impôt sur le revenu. L'acquisition des titres par un holding de reprise financée d'une part au moyen d'un emprunt et d'autre part au moyen du versement de dividendes de la fille à la mère¹²⁹⁰ permet effectivement à l'associé de transformer des dividendes en plus values. Une telle opération peut conduire à s'interroger sur les motivations de l'auteur du schéma. Il apparaît que si les opérations de LBO ne constituent pas par essence un abus de droit, les opérations d'OBO ne sont pas non plus susceptibles de tomber sous le coup de

¹²⁸⁷ « L'opportunité d'un OBO s'apprécie avant tout selon un montage financier : si le taux de rentabilité du bien acquis par la société dépasse le taux d'intérêt demandé par la banque, l'opération est financièrement pertinente. Par ailleurs, il faut tenir compte de l'usage que le vendeur fera du prix de vente : s'il emploie les fonds pour réaliser un autre investissement, il faudra tenir compte de la rentabilité de cette seconde opération pour évaluer l'intérêt global de l'OBO immobilier. » v. GALLIEZ Lionel & POUZENC Florence, *L'OBO (owner buy out) ou vente à soi-même, préc.*

¹²⁸⁸ Il est alors nécessaire de prendre garde à l'application de l'amendement Charasse de l'article 223 B alinéa 7 du CGI dont l'objectif est d'empêcher la déduction des charges financières du résultat d'ensemble

¹²⁸⁹ Ce régime permet en effet l'exonération des dividendes à l'exception d'une quote part de frais et charges de 5% ; v. CGI, Art. 145 & 216

¹²⁹⁰ Tout en bénéficiant du régime mère-fille : CGI, Art. 145 & 246

l'abus de droit dès lors que la création du holding présente un intérêt financier et patrimonial durable.¹²⁹¹

L'optimisation du patrimoine familial est souvent délicate du fait de la multiplicité et de la complexité des objectifs poursuivis par les parties. Il est ainsi fréquent que des parents désireux de prendre leur retraite souhaitent céder leur entreprise au meilleur prix tout en limitant le montant des plus-values de cession. Conscients de la lourdeur des droits de succession, ils souhaitent anticiper cette échéance en procédant à des donations mais souhaitent conserver la propriété économique de ces sommes. Seul le recours à la société permet de combiner ces objectifs à l'occasion d'une opération de *donation avant cession*. Dans un premier temps l'entrepreneur donne¹²⁹² la nue-propriété des titres de son entreprise à ses enfants ce qui permet de bénéficier de l'abattement de 159 325€¹²⁹³, du bénéfice du barème de l'article 669 du CGI ainsi que de la réduction de droit de 35% lorsque le donateur est âgé de moins de 70 ans.¹²⁹⁴ Dans un second temps, les titulaires de l'usufruit des parts et ceux de la nue-propriété cèdent conjointement leurs droits sociaux à un prix¹²⁹⁵ proche de celui retenu pour le calcul des droits de donation. Cette méthode permet ainsi de substituer les droits de donation à ceux qui auraient été dus à l'occasion de la constatation d'une plus-value de cession.¹²⁹⁶ Cette plus-value est constatée depuis 2011 dès le premier euro de

¹²⁹¹ Conseil d'Etat, 27 janvier 2011, n° 320313, *Bourdon* : RJF 4/11 n° 472, Concl. Mme Claire Legras, BDCF 4/11, n°51 ; Pour caractériser l'abus de droit, la Cour administrative d'appel (CAA Nantes, 23 juin 2008, n° 07NT00296) s'était fondée, d'une part, sur la similitude des associés dans les deux sociétés, le court laps de temps entre la création du holding, la cessions de titres de la société cible, la distribution par cette dernière d'un dividende intégralement versé au holding en dépit de l'existence d'autres actionnaires. Le Conseil d'Etat a considéré que la création du holding de rachat présentait pour les associés un intérêt financier et patrimonial durable car il permettait de dégager une capacité d'emprunt supérieure à celle des associés tout en facilitant l'acquisition d'autres entreprises. Enfin, le Conseil d'Etat n'exige pas que la société holding développe une activité économique propre (comp. Conseil d'Etat, 8 octobre 2010 n° 301934, *Bazire & n° 313139, Bauchart*, préc.).

¹²⁹² Les donations ne constituent pas, en général, des faits générateurs d'impôt sur les plus-values.

¹²⁹³ CGI, art. 779 I nouveau ; v. Instruction fiscale du 23 décembre 2010, BOI 7 G-7-10 ; l'abattement était de 156 974€ en 2010

¹²⁹⁴ CGI, art. 790.

¹²⁹⁵ La date de fixation du prix est relativement importante car le CADF recherche ainsi la date à laquelle le prix a été jugé déterminable pour déduire *in concreto* la date du transfert de propriété, v. CCRAD, avis n°2003-14 ; L'enregistrement de la donation n'est en effet indifférente et le CADF comme le juge recherchent la date de fixation du prix, v. CCRAD, avis n°94-17 & TA Rennes, 3 février 2005, n°01-3827, RJF 10/05, n°1033

¹²⁹⁶ FAUCHER Daniel, *Optimisation fiscale : donation d'un patrimoine à forte plus-value avant sa cession*, JCP n°2000, p. 1081.

cession¹²⁹⁷ et imposée au taux de 31,3%.¹²⁹⁸ La dernière étape consiste en la création d'une société civile¹²⁹⁹ capitalisée par l'apport du produit de cession et dont la répartition est organisée en transférant la nue propriété aux descendants et l'usufruit et la gérance aux ascendants. Le recours à la société permet ainsi de regrouper les objectifs économiques, juridiques et fiscaux sans pour autant constituer un abus de droit¹³⁰⁰ dès lors qu'il existe une véritable intention libérale¹³⁰¹ et que la donation est antérieure à la cession.¹³⁰²

La transformation de revenus en plus-values. On l'a vu le recours à l'instrument sociétaire permet effectivement à l'associé de transformer des dividendes en plus values. Cette modification de la nature du revenu est d'autant plus intéressante qu'elle se fonde sur une conception imparfaite de la notion de revenu. L'absence de définition légale du revenu imposable conduit classiquement à assimiler ce dernier à un revenu civil. Les revenus imposables sont ainsi assimilés aux fruits réguliers d'une source permanente résidant dans le travail dont les fruits sont le salaire ou les honoraires. La notion fiscale de revenu a néanmoins évolué¹³⁰³ depuis l'institution de l'impôt sur le revenu en 1914 dans la mesure où cet impôt frappe désormais des gains présentant un

¹²⁹⁷ Le seuil d'application des plus values des particuliers était préalablement établi à 25 830€ pour 2010 ; 25 730 pour 2009 ; 25 000€ pour 2008

¹²⁹⁸ Ce taux est composé de l'impôt sur le revenu au taux unique de 19% et des contributions sociales de 12,3% (depuis le 1^{er} janvier 2011). Si l'abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la 5^{ème} année de l'article 150-0 D bis du CGI bénéficie à l'impôt sur le revenu portant sur la plus value de titres de sociétés soumises à l'IS, les contributions sociales ne sont pas concernées par cet abattement si bien qu'un droit de 12,3% sera du même à l'issue d'une détention de huit années.

¹²⁹⁹ La constitution d'une société civile n'est pas constitutive d'un abus de droit CCRAD, « *le emploi du produit de la cession des actions démembrées dans la souscription du capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées et dans laquelle le donateur dispose de pouvoirs restreignant à son profit les prérogatives attachées aux droits des nus-proprétaires* » ; avis n°2005-21 & 2005-22 ; il s'agit là d'une modification du positionnement du CADF ; v. CCRAD avis, n°2003-10 & n°2004-68 ; GENTILHOMME Rémy & LERAY Gwénaëlle, *Réalité de l'intention libérale et abus de droit*, Droit et patrimoine, n°118, septembre 2003

¹³⁰⁰ ALLAIS Jean-Luc & DE CREVOISIER Charles, « *Donation Cession* » : *Cherchez l'abus ...*, Journal des sociétés n°48, novembre 2007, p. 35 s.

¹³⁰¹ Le fait que « *les donataires se soient engagés à signer les statuts de toute société civile créée par la donatrice et servant de support au emploi des cessions éventuelles des titres donnés* » ne remet pas en cause l'intention libérale ; CCRAD avis n° 2005-8 ; TA Orléans 24 septembre 2002, n° 99-2109 : RJF 04/03, n° 472

¹³⁰² CCRAD, avis n°2003-14 & 2003-39

¹³⁰³ RACINE Pierre-François, *Réflexions sur la notion de revenu*, Bulletin fiscal Francis Lefebvre, février 1984, p. 67 s.

caractère de capital¹³⁰⁴ s'éloignant ainsi de la conception civiliste de revenu. La seconde source de revenu au sens fiscal est constituée par le capital dont les fruits peuvent être des loyers ou des dividendes. Si le revenu imposable connaît une dualité de sources, les caractères de ce revenu doivent être eux aussi délimités. L'article 12 du CGI dispose que l'impôt sur le revenu est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année. Le revenu imposable présente ainsi un caractère de disponibilité dont l'article 156 du même code précise les contours. En effet, l'impôt sur le revenu est établi d'après le montant total du revenu annuel dont dispose chaque contribuable. L'impôt porte donc sur les revenus dont le contribuable a eu la disposition au cours de l'année d'imposition et dont la perception ne dépend que de la volonté du bénéficiaire.¹³⁰⁵ Il est dès lors nécessaire de distinguer la notion de revenu disponible des notions voisines avant d'étudier les manipulations influant sur son caractère imposable.

Précisions sur la notion de revenu. Il est nécessaire d'opérer une distinction entre revenu disponible et revenu simplement perçu puisque l'impôt porte sur des revenus disponibles quand bien même le contribuable ne les aurait pas effectivement perçus.¹³⁰⁶ Le réalisme fiscal prend ici une dimension spéciale puisque l'administration peut restituer à l'opération sa juste qualification quitte à taxer le contribuable apparent.¹³⁰⁷ Le revenu perçu envisagé comme un revenu encaissé par le contribuable bénéficie d'une présomption de disponibilité. La réduction de cette présomption de disponibilité des revenus perçus par la preuve contraire¹³⁰⁸ a amené la jurisprudence à ciseler les contours de la disponibilité en précisant qu'un revenu est disponible du jour où sa perception dépend de la seule volonté du contribuable d'en disposer ou non.

¹³⁰⁴ A cet égard, la loi n°76-600 du 19 juillet 1976 est un élément marquant puis qu'elle mit en place une imposition systématique des plus values au titre de l'impôt sur le revenu

¹³⁰⁵ DB 5 G 221 n°8 in fine

¹³⁰⁶ DB 5 B 214 n°1 du 1^{er} septembre 1999

¹³⁰⁷ Conseil d'Etat, 24 novembre 1976, n°96284

¹³⁰⁸ V. p. ex. Conseil d'Etat, 24 février 1971, n° 78783 dans lequel le Conseil d'Etat a jugé que les salaires versés au crédit du compte courant d'un dirigeant de société en redressement n'étaient pas disponibles dès lors que ce compte avait été bloqué par l'administrateur judiciaire si bien que la perception des sommes ne dépendait pas de la seule volonté du contribuable.

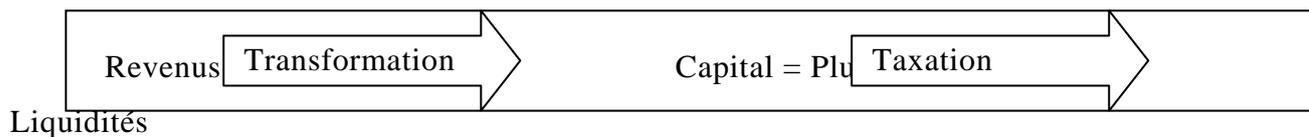
Il faut encore distinguer le revenu disponible du revenu simplement acquis. Un revenu est dit acquis lorsque le contribuable bénéficie d'un droit certain et incontestable sur un revenu alors que l'élément le rendant disponible n'a pas encore eu lieu. Tel est notamment le cas des loyers qui sont dus à des échéances régulières. Avant l'échéance, le revenu est acquis mais pas encore disponible si bien qu'il ne saurait exister d'imposition de ces sommes au titre de l'impôt sur le revenu. Dans certains cas cependant, la loi prévoit par exception l'imposition de revenus acquis même s'ils ne sont pas disponibles. Tel est le cas des bénéfices réalisés par une société de personnes dites sociétés de l'article 8, lesquels sont immédiatement imposables entre les mains des associés au prorata de leurs droits sociaux, et ce même s'ils n'en ont pas effectivement disposés.

Manipulation de la nature du revenu. Ainsi que le précisent les articles 12 et 156 du Code général des impôts, le revenu imposable est un revenu disponible. Le maniement de cette condition essentielle à l'établissement de l'impôt permet d'influer sur son caractère imposable. L'optimisation fiscale passe alors par une manipulation du caractère du revenu ou du droit sur le revenu résultant d'une modification du droit de propriété sur celui-ci. Si le façonnage du caractère du revenu est quelque peu hasardeux, la manipulation du droit sur le revenu par conversion est une technique éprouvée.

La première technique repose sur l'assimilation du revenu disponible à un revenu perçu. La tentation est alors forte, pour un contribuable désireux d'échapper à la progressivité du barème de l'impôt sur le revenu, de manipuler le droit de propriété sur ces sommes en articulant en sa faveur droit de propriété et créance afin de ne pas percevoir effectivement le revenu tout en conservant le bénéfice financier d'une créance. L'opération consiste pour un contribuable à demander à l'un de ses débiteurs de payer une tierce personne avec laquelle seul le contribuable créancier entretient une relation juridique. S'il est certain que le créancier ne percevra pas effectivement de revenu il est en revanche incertain que ces sommes ne soient pas soumises à l'impôt sur le revenu. En effet, le contribuable qui choisit que le versement d'une somme ne lui soit pas fait directement mais que ce versement soit fait à l'un de ses créanciers est

considéré par la jurisprudence¹³⁰⁹ comme ayant employé directement ces revenus si bien que même s'il n'a pas effectivement perçu ces revenus, il sera redevable de l'impôt sur ces sommes.

La seconde technique reposant sur la conversion du droit sur le revenu est quant à elle un mécanisme protéiforme qui témoigne de l'ingéniosité juridique. L'impôt sur le revenu frappe indistinctement les fruits réguliers d'une source aménagée de profit et les revenus du capital. Afin de minimiser le montant dû au titre de cet impôt, il est nécessaire de diminuer les revenus disponibles et d'éviter de réaliser des plus values non encore exonérées. L'optimisation fiscale en matière de revenus réside alors principalement dans la capitalisation des revenus, c'est-à-dire dans la transformation de gains périodiques en gains non périodiques, dans la transformation de flux en plus values ou en capital à terme.¹³¹⁰



La transformation de revenus en plus-values à terme,¹³¹¹ permet de limiter la base imposable puisque les revenus perdent momentanément leur caractère disponible (en décalant dans le temps, la plus-value peut ne peut être imposée) ce qui permet d'abaisser d'autant la tranche marginale d'imposition et de reporter le décaissement d'impôt.

¹³⁰⁹ Conseil d'Etat, 21 mars 1984, n° 42776 et 42778

¹³¹⁰ BRUNEAU Philippe & CHOUVELON Thierry, *Ingénierie fiscale du patrimoine*, EFE, 2007, p 12 s.

¹³¹¹ Les plus values latentes des personnes physiques n'étant pas imposées.

B – La prohibition du but exclusivement fiscal

Le recours aux sociétés présente de multiples intérêts en matière de structuration patrimoniale. Les intérêts de l'écran formé par la société sont tels que les contribuables ont parfois tendance à utiliser la personne morale en dehors de son objet social en poursuivant un but principalement fiscal. Si dans certains cas, la technique utilisée par le contribuable ne peut tomber sous le coup de l'abus de droit, les utilisations de la société peuvent être constitutives d'un abus de droit dans d'autres situations.

Les utilisations de la société peuvent dans certains cas frôler l'abus de droit mais les actes passés par les contribuables sont écartés par l'administration sur un autre fondement comme c'est le cas lorsque des contribuables souhaitent conférer le caractère de biens professionnels à des biens de leur patrimoine privé en ayant recours à l'instrument sociétaire. Il peut en effet être tentant pour un contribuable d'apporter des biens de son patrimoine à une société dont les parts ont pour lui la nature de biens professionnels. Ce transfert rémunéré par des parts ou actions permet de faire bénéficier les biens apportés par le contribuable de l'exonération au titre des biens professionnels. La règle « *de proportionnalité* » de l'article 885 O ter du CGI vise à éviter ces transferts abusifs de biens du patrimoine personnel dans le patrimoine de la société. L'article 885 O ter du CGI, dispose en effet que « *seule la fraction de la valeur des parts ou actions correspondant aux éléments du patrimoine social nécessaires à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société est considérée comme un bien professionnel* ». Ce dispositif permet ainsi à l'administration fiscale de réintégrer la valeur des parts correspondant aux éléments du patrimoine social excessifs et non nécessaires à l'activité. Si les valeurs inscrites au bilan sont présumées constituer des actifs nécessaires, l'administration peut cependant démontrer que des liquidités ou des titres de placement apportés ne sont pas nécessaires à l'accomplissement de l'objet social.¹³¹² L'exonération est alors limitée à la fraction de la

¹³¹² Instruction fiscale du 12 janvier 2005, BOI 7 S-1-05

valeur des parts correspondant aux éléments du patrimoine social autres que les liquidités et titres de placement.¹³¹³

Si la structuration patrimoniale ayant recours à la création d'une personne morale présente un intérêt fiscal, les objectifs fiscaux ne peuvent être que secondaires et ce pour deux raisons. Tout d'abord parce que le montage manquera de pertinence si l'objectif est essentiellement fiscal. Ensuite parce que le montage risque de tomber sous le coup de l'abus de droit si ses motivations sont purement fiscales. En effet, la mise en société de la résidence principale par un contribuable assortie d'une stipulation de loyers est constitutive d'un abus de droit car elle permet à ce dernier de déclarer un revenu foncier qui en raison de charges importantes peut conduire à la constatation d'un déficit foncier imputable sur le revenu global.¹³¹⁴

Le recours à la technique sociétaire en vue de faire obstacle à l'imposition des plus-values de cession constitue elle-aussi une parfaite illustration des risques que font peser ces montages si un certain nombre de précautions ne sont pas prises. En effet, l'apport cession constitue un mode de structuration au rendement fiscal élevé mais qui peut être considérée comme une technique à haut risque fiscal imposant aux acteurs de prendre quelques précautions. L'apport cession est un mécanisme par lequel une personne physique constitue un holding soumis à l'IS auquel elle apporte les titres d'une société soumise à l'IS et reçoit en échange des titres de ce holding. A l'issue de cette opération, le holding cède les titres pour une valeur proche de la valeur d'apport sans donner lieu à une imposition dans la mesure où la plus value d'échange bénéficie depuis le 1^{er} janvier 2000¹³¹⁵ d'un différé d'imposition jusqu'à la cession des titres du

¹³¹³ Sur l'appréciation du caractère normal du seuil de trésorerie en matière d'ISF. v. Cass. Com. 18 mai 1993, n° 91-15.463 ; Cass. Com. 13 janvier 1998, n° 96-10.156 : RJF 4/98, n°487 ; CA Paris, 25 janvier 2008, n° 06/02129 ; Cass. Com. 20 mai 2008, n° 07-14.426, *Epx. G* : RJF 10/08, n°1131 ; Cass. Com. 14 décembre 2010, n° 10-10.139 : RJF 4/11, n°522, BPAT 2/11, inf 149 ; Cass. Com. 27 avril 2011, n°10-16.539 ; LUBIN Jean-Jacques, *ISF : imposition des titres et liquidités excédant les besoins de l'entreprise*, Lexbase hebdo, Chronique de fiscalité du patrimoine, Mai 2011

¹³¹⁴ Conseil d'Etat, 10 novembre 1993, *Gianoli*

¹³¹⁵ Avant le 1^{er} janvier 2000, les apports bénéficiaient du régime du report d'imposition, c'est-à-dire que le fait générateur est réalisé mais que le paiement est différé. Depuis 2000, ces apports bénéficient d'un sursis d'imposition : c'est-à-dire que le fait générateur n'est pas réalisé mais reporté de plein droit à une cession ultérieure. Il apparaît que la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que le sursis d'imposition n'entraîne pas dans le champ de l'abus de droit dans la mesure où le décalage du fait générateur se fait de plein droit et non sur option. V. CAA Bordeaux, 9 octobre 2008, n°07BX00352 ; Cette justification semble

holding en application du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI. Ainsi que le remarque Luc Jallais,¹³¹⁶ le bénéfice de ce texte n'est subordonné ni à une condition de conservation des titres reçus par le holding, ni à la nature des investissements en emploi du produit de cession de ces titres. Il apparaît que ces montages permettant de se constituer une créance sur un holding sont assez risqués puisque le spectre de l'abus de droit entoure les opérations d'apport-cession conduisant à appréhender sans impôt le produit de la revente des titres par le holding.

L'interprétation extensive de l'abus de droit avait conduit la jurisprudence à considérer que l'opération dont l'intérêt était essentiellement de différer une imposition était constitutive d'un abus de droit.¹³¹⁷ Se fondant implicitement sur cette interprétation, l'administration fiscale avait tenté à de multiples reprises de remettre en cause ces montages au motif que ces opérations n'étaient mues que par un objectif fiscal. La jurisprudence administrative a heureusement rapidement mis un terme aux prétentions de l'administration fiscale¹³¹⁸ en précisant que l'opération n'était pas constitutive d'un abus de droit dès lors que le montage était justifié par des motifs économiques.¹³¹⁹ Le Conseil d'Etat faisant application de la nouvelle définition de l'abus de droit par fraude

pendant fragile, v. COSIMI Frédéric, LOYER Frédéric, *L'apport cession dans la stratégie patrimoniale et sociale*, Gestion de fortune, n°213, mars 2011, p. 58 s.

¹³¹⁶ JALLAIS Luc & DE SAINT CHAFFRAY Olivier, *Opérations « d'apport-cession » : ite missa est ?*, Option finance, n°1097, 25 octobre 2010, p. 24 s.

¹³¹⁷ La transformation d'une SCI en SA dix jours avant la vente des avait pour objectif de permettre à l'associé principal de la SCI de transposer à l'imposition des plus-values à l'IR le taux réduit de 15 % applicable (CGI, art. 219) aux plus-values à long terme des sociétés IS. v. Conseil d'Etat, 3 novembre 1986, n° 49462

¹³¹⁸ L'apport de titres en report d'imposition à une société suivie de leur revente quatorze jours plus tard a pour simple effet de minorer l'assiette de l'impôt. Ainsi, par application des dispositions de l'article 160 I ter 4° du CGI en vigueur au moment des faits (1997), l'interposition de la société civile avait uniquement pour but de permettre l'application d'un report d'imposition d'une plus value de 14 millions de francs. Cette interposition dissimulait donc la véritable portée de l'acte si bien que l'administration est fondée à se placer sous l'article L. 64 du LPF et à écarter les actes passés par le contribuable qui ne lui sont pas opposables : Conseil d'Etat, 6 avril 2011, n° 340484, *SC Minos*

¹³¹⁹ Compte tenu que le montage s'inscrivait dans « le cadre de sa réorientation professionnelle, [...], et d'une transmission progressive de son patrimoine [...] cette société lui procurant toujours ses revenus professionnels ; qu'il produit des éléments démontrant la réalité de l'activité de la société [...] laquelle, [...] a réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux » si bien que l'opération litigieuse n'était pas, contrairement à l'avis du CCRAD, constitutive d'un abus de droit. v. TA Versailles, 13 décembre 2005, n°04-4909, *Rouyer*: RJF 6/06, n°750, Conclusions Franck Locatelli, BDCF 6/06, n°77 ; Le transfert dans le temps de la base imposable ne constitue pas un transfert de bénéfices au sens de l'article L 64 du LPF, v. CAA Nantes, 18 décembre 2006, n°05-650, *Simmenauer* : RJF 5/07, n°598

a ainsi jugé dans trois arrêts du 8 octobre 2010¹³²⁰ que ces interpositions sont constitutives d'un abus de droit lorsque l'opération permet de disposer effectivement de disponibilités en sursis d'imposition. Par conséquent, les montages ayant conduit à un réinvestissement du produit de cession dans une activité économique ne sont pas passibles de l'abus de droit.¹³²¹ Il apparaît à la lecture de ces arrêts que la prise de participation dans des sociétés exerçant une activité industrielle et commerciale constitue un réinvestissement dans une activité économique. La jurisprudence du Conseil d'Etat ne nous livre cependant pas d'autre indication.

Le Conseil d'Etat a adopté dans ces trois arrêts un considérant de principe commun : « *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 reçus en échange lors de l'apport ; 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* ». A l'aune de ces décisions certains auteurs ont conclu que le réinvestissement du prix de cession dans des actifs patrimoniaux était constitutif d'un abus de droit lorsque le montage est constitué contrairement à l'objectif de restructuration des sociétés poursuivi par le Législateur dans la loi de finances du 30 décembre 1999.¹³²² Il apparaît cependant que l'objectif poursuivi par l'auteur du texte

¹³²⁰ Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, *Bazire* ; Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, *Bauchart* ; Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, *Four*. ; *Apports-cessions et abus de droit : retour sur les arrêts Bauchart, Bazire et Four du 8 octobre 2010*, La Revue Fiscale Notariale n° 2, février 2011, comm. 16 ; Le Conseil d'Etat considère dans les affaires *Bauchart* et *Bazire* que les opérations critiquées n'avaient pas un but exclusivement fiscal dans la mesure où le prix de cession avait été réinvesti dans une activité économique. Les faits de l'arrêt *Four* sont quelque peu différents dans la mesure où moins de deux mois après l'apport d'une entreprise individuelle, le holding a fortement réduit son capital et remboursé en conséquence l'apporteur.

¹³²¹ Le Conseil d'Etat est relativement bienveillant quant aux délais de réinvestissement dans la mesure où une période de trois ans a été acceptée dans les arrêts *Bauchart* et *Bazire*. Cette bienveillance empêche l'administration de contester les opérations ne donnant pas immédiatement lieu à un emploi des liquidités. V. BOUCHARD Jean-Christophe, *Apport-cession : abus ou bon usage des liquidités reçues ?*, Option finance, n°1098, 2 novembre 2010, p. 31

¹³²² POIRIER Roland, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, Dr. fisc. n°45, 11 novembre 2010, comm. 553 ; FERNOUX Pierre, *Abus de droit : revisitons le passé à l'aune de la nouvelle définition*, JCP N n°50, 17 décembre 2010, n°1380, p. 43 s.

n'est pas si évident. En effet, pour le rapporteur public Laurent Olléon, « *La finalité des mécanismes de report de taxation [...] est d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur cette plus-value, alors qu'elle ne s'est pas matérialisée, pour lui, par la perception de liquidités qui lui permettraient d'acquitter l'impôt* » si bien que « *l'application littérale contraire aux objectifs des auteurs consiste donc à rechercher simultanément le bénéfice du report d'imposition et l'appréhension effective des liquidités* ». Si cette position de principe suivie par le Conseil d'Etat nous semble justifiée, le caractère substantiel du réinvestissement économique demeure une notion vague dont le juge n'a qu'imparfaitement délimité les contours.

L'existence d'un abus de droit pour une raison autre que la fictivité suppose la réalisation cumulative des conditions de but exclusivement fiscal et d'application littérale des textes dans un sens contraire aux objectifs poursuivis par l'auteur du texte. A l'occasion des arrêts *Conseil* et *Picoux* des 3 et 11 février 2011, la Haute Assemblée se limite à reprendre le considérant commun aux arrêts du 8 octobre 2010 et fonde son raisonnement sur le but exclusivement fiscal sans pour autant se référer expressément à l'objectif des auteurs des textes instituant le report d'imposition. Or le recours aux intentions du législateur n'est utile que si le but exclusivement fiscal a été préalablement établi. Ainsi que le remarquent à juste titre certains auteurs,¹³²³ ni les travaux parlementaires¹³²⁴ relatifs au report d'imposition¹³²⁵ ni ceux relatifs au sursis d'imposition ne précisent la notion de réinvestissement économique. Le rapport de la Commission des Finances à l'Assemblée nationale sur la loi de finances pour 2000 précise en effet que « *la neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison même de leur intérêt pour l'économie.* »¹³²⁶ Cette exigence d'intérêt pour l'économie semble ainsi remplie lorsque l'opération poursuit simplement un objectif de restructuration. De plus, ainsi que le remarquent Christophe

¹³²³ RONTCHEVSKY Christophe & TOUTTEE Jean, *Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question*, Feuillet Rapide Fiscal Social n° 14/11, n°20

¹³²⁴ Sur l'article 24 de la loi du 26 juillet 1991 instituant le report d'imposition v. Déb. AN 13 juin 1991, p 3079

¹³²⁵ MIGAUD Didier, Rapport n°1861, fait au nom de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, T. III, Vol. 1, 14 octobre 1999

Rontchevsky et Jean Touttee,¹³²⁷ les réinvestissements patrimoniaux présentent à l'évidence « *un intérêt certain pour l'économie de même que la fluidité permise par les apports-cessions est également bénéfique à l'économie* ».

Dans l'arrêt du 3 février 2011,¹³²⁸ le Conseil d'Etat n'a en effet apporté qu'une précision sur la détermination du réinvestissement économique substantiel sans pour autant livrer de principe permettant de sécuriser ces opérations. Il apparaît cependant nécessaire, afin de prévenir tout risque d'abus de droit, que le réinvestissement porte sur une part significative du produit de cession. Si le juge ne donne pas d'ordre de grandeur mathématique de cette substantialité, il précise en précise le champ matériel. Dans les faits de l'espèce le holding n'avait réinvesti que 4% du produit de cession dans l'acquisition des titres d'une autre société et avait affecté 60% du produit de cession au compte courant de cette dernière société. La Haute juridiction considère que les avances en compte courant ont un caractère patrimonial et ne constituent pas un investissement dans une activité économique. Le Conseil d'Etat a enfin précisé dans un arrêt du 11 février 2011¹³²⁹ que le contribuable ne pouvait pas être privé du report d'imposition de la plus-value d'échange pour la seule raison qu'il aurait pu céder directement les titres de la société à un tiers puis réinvestir le produit de cette cession sans procéder à l'opération d'apport.

§2 – L'incidence fiscale, élément décisionnel de la structure sociétaire

L'entreprise individuelle : « *L'entreprise est considérée comme un contribuable indépendant* »¹³³⁰ disait le Doyen Ripert amenant certains auteurs à considérer que l'entreprise individuelle avait depuis longtemps déjà consacré la théorie du patrimoine

¹³²⁶ *ibid*

¹³²⁷ Préc.

¹³²⁸ Conseil d'Etat, 3 février 2011, n°329839, *M. et Mme Conseil*

¹³²⁹ v. Conseil d'Etat, 11 févr. 2011, n°314950 ; Le juge de cassation a ainsi réaffirmé le principe selon lequel l'exercice par le contribuable de l'option la plus avantageuse n'est pas en soi constitutif d'un abus de droit ; En effet, seules les conditions ayant permis de se trouver en situation d'exercer cette option peuvent être abusives, v Conseil d'Etat, 3 février 1984, n°38230, *Bilger Gillet*

d'affectation en droit français. Pour ces auteurs, l'entreprise unipersonnelle constituait une sorte de patrimoine fiscal d'affectation ou se voyait reconnaître une personnalité fiscale. Force est en effet de constater que lorsque l'entreprise est exploitée sous sa forme individuelle, le droit fiscal lui confère une certaine autonomie au sein du patrimoine de l'entrepreneur¹³³¹ alors même que ce dernier n'a pas souhaité créer une personne morale nouvelle pour les besoins de son exploitation. L'entreprise est en effet soumise à des règles particulières alors que c'est bien l'entrepreneur qui est le redevable de l'impôt. Le résultat de l'entreprise, bien qu'imposé directement au niveau de l'entrepreneur est déterminé de manière autonome et lorsque l'entrepreneur exploite plusieurs fonds de commerce, le Conseil d'Etat estime qu'ils constituent des entreprises distinctes et que les résultats doivent être déterminés séparément.¹³³² D'autre part, l'entrepreneur individuel est libre d'inscrire les biens qu'il souhaite au bilan de son entreprise¹³³³ ou au registre des immobilisations¹³³⁴. Cependant la jurisprudence fiscale estime que certains biens sont par nature affectés à l'entreprise et doivent nécessairement être inscrits¹³³⁵ tandis que d'autres sans lien avec l'activité ne peuvent être inscrits.¹³³⁶ Enfin, le choix de désaffectation du bien par l'entrepreneur individuel conduit à l'imposition des plus values tout comme si ce dernier effectuait une cession.¹³³⁷ Certains contrats peuvent par ailleurs être passés entre l'entrepreneur et son entreprise individuelle corroborant ainsi la thèse du patrimoine fiscal d'affectation. Validée par la jurisprudence dans un célèbre arrêt *Messonnier*¹³³⁸ puis par la doctrine administrative,¹³³⁹ la location à soi même ou bail fiscal permet à

¹³³⁰ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951

¹³³¹ Ce qui amène ce dernier à s'interroger sur la pertinence de l'affectation de ses biens personnels au bilan de son entreprise individuelle

¹³³² Conseil d'Etat, 17 novembre 1972, Droit Fiscal 1974, comm. 550

¹³³³ Si l'activité déployée est de nature industrielle ou commerciale

¹³³⁴ Si l'activité déployée est de nature libérale

¹³³⁵ V. p. ex. CAA Bordeaux, 12 mai 2003, n°99-1552, RJF 2003, n°1372 ; Conseil d'Etat, 27 mai 1983, n°33486, RJF 1983, n°878

¹³³⁶ V. p. ex. Conseil d'Etat 29 avril 1985, n°43759, Droit Fiscal, 1985, comm. 1617

¹³³⁷ Instruction fiscale du 14 janvier 2004, BOI 8M-1-04, Fiche n°13

¹³³⁸ Conseil d'Etat, 8 avril 1998, *Messonnier*, n°164457, RJF 8-9/1998, n 703, Droit fiscal, 1998, n°39, p.1154 ; Droit fiscal, 1998, n°42, comm. 896 concl. G. Bachelier

¹³³⁹ Instr. 23 mars 2007 : BOI 5 D-2-07, § 39 ; Droit fiscal, 2007, n°19, instr. 13704. Cette instruction précise que : « *Lorsqu'une propriété appartenant au patrimoine privé de l'exploitant est affectée à son activité*

l'entrepreneur de mettre à la disposition de son entreprise des biens immobiliers non inscrits au bilan et de déduire du résultat imposable le loyer correspondant. Longtemps réservée aux entreprises industrielles et commerciales, cette règle a récemment été étendue aux entreprises libérales¹³⁴⁰ ainsi qu'aux entrepreneurs agricoles pour les immeubles non bâtis demeurés dans leur patrimoine privé.¹³⁴¹ Enfin, lorsqu'un entrepreneur individuel prélève à des fins personnelles un bien sur la production de son entreprise il y a la livraison à soi-même considérée dans certains cas comme entrant dans le champ d'application de la TVA.

Nous verrons que le choix de la structure sociétaire est notamment dicté par des considérations fiscales tenant au régime auquel la société est soumise (A). Si le régime fiscal détermine le choix du type de structure, le recours à la société peut être dicté par le souhait de bénéficier d'une voie d'optimisation uniquement ouverte aux sociétés (B).

A – Le choix de l'opacité ou de la translucidité

L'option pour l'impôt sur les sociétés présente un certain nombre d'avantages. Le taux tout d'abord de l'impôt sur les sociétés peut s'avérer intéressant pour les contribuables ayant atteint la frange de l'impôt sur le revenu à 41%. Les revenus de la société sont en effet imposés, lorsque le chiffre d'affaires hors taxe est inférieur à 7 630 000€ à 15% pour la fraction de résultat inférieure à 38 120€ puis à 33,33% pour la fraction supérieure. La combinaison de cette diminution de taux à l'abattement pour durée de détention d'un tiers au-delà de la 5^{ème} année qui permet une exonération de plus values au bout de huit années est elle aussi fiscalement rentable.

Les associés des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ne sont pas ensuite impactés directement sur leurs revenus par les résultats de la société. La création d'une société

industrielle, commerciale ou artisanale, le loyer fictif constitue une charge du résultat professionnel et peut à ce titre être déduit. L'exploitant doit soumettre à l'impôt sur le revenu le revenu fictif correspondant, dans la catégorie des revenus fonciers ».

¹³⁴⁰ Conseil d'Etat, 11 avril 2008, Droit Fiscal 2008, comm. 351

¹³⁴¹ GARCON Jean Pierre, *L'autonomie fiscale des patrimoines privés et professionnels*, JCP N, 1999, p. 510

soumise à l'IS permet en effet de limiter l'imposition à l'IR aux seuls versements de dividendes. Le bénéfice de la société est soumis à l'IS et peut donner lieu à une distribution sous forme de dividendes qui sont seuls imposés à l'impôt sur le revenu. L'imposition des dividendes permet d'optimiser la fiscalité des résultats pour les contribuables lourdement imposés à l'IR. Les résultats dégagés par la société bénéficient d'une part de la taxation au taux réduit de 15% jusqu'à 38 200€ puis d'un abattement de 40% sur les distributions. L'absence de distribution n'entraîne par ailleurs aucune conséquence fiscale pour les associés. Ainsi à défaut de distribution, les associés personnes physiques ne sont pas impactés par les résultats dégagés par la société dont l'opacité est un moyen d'activation du bouclier fiscal. Le simple fait de loger tous les actifs productifs de revenus dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés est un moyen d'activation du bouclier fiscal.

L'imposition à l'IS permet enfin une déduction des frais d'acquisition des immobilisations. Les frais d'acquisition des immobilisations tels que les droits d'enregistrement, les frais notariés et les commissions ne constituent pas des charges déductibles des sociétés soumises à l'IR contrairement aux sociétés soumises à l'IS qui peuvent comptabiliser ces frais en charges déductibles au cours de l'exercice d'acquisition ou en étalant la déduction par voie de dotation aux amortissements. Ces déductions et dotations aux amortissements peuvent ainsi conduire à la constatation d'un résultat fiscal négatif susceptible d'être imputé sur les bénéfices des années suivantes.

L'assujettissement à l'impôt sur les sociétés comprend certains inconvénients. En effet, la sortie d'un actif d'une société soumise à l'IS ne permet pas de bénéficier des abattements pour durée de détention puisque ces actifs ont déjà bénéficié du régime favorable des amortissements. Tel est le cas en matière immobilière de l'exonération de plus values au bout de 15 années dans la mesure où ces immeubles ont bénéficié des amortissements. La fixité du taux de l'IS peut, si elle est intéressante pendant une période, se trouver désavantageuse à une autre époque. Le choix d'opter pour l'IS n'est donc pas évident, mais il est possible en superposant des sociétés de régime différent de limiter les contraintes fiscales amenées par un changement de situation.

Le champ de l'impôt sur les sociétés, fixé à l'article 206 du CGI prévoit une soumission de cet impôt soit à raison de la structure, soit à raison du caractère

commercial de l'activité développée. Sont ainsi soumises à l'IS quel que soit leur objet, les SA, les SCA, les SARL¹³⁴², les sociétés coopératives et leurs unions, certains établissements publics¹³⁴³, ainsi que les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière. Sont par ailleurs soumises à l'IS les sociétés¹³⁴⁴ se livrant à une exploitation visée aux articles 34 et 35. Cette inclusion naturelle dans le champ de l'impôt sur les sociétés est de nature à freiner le développement de l'économie puisque les pertes générées par les jeunes sociétés ne peuvent bénéficier aux associés en raison de l'opacité fiscale de ces structures. L'impossibilité de bénéficier des intérêts de la transparence dans la phase de démarrage puis l'intérêt de l'opacité dans les phases de croissance étaient de nature à freiner le développement des sociétés souhaité par le Gouvernement.

Conscient de cet enjeu,¹³⁴⁵ le législateur a introduit en 2008 un mécanisme « *parfaitement louable* »¹³⁴⁶ permettant dans un premier temps de faire remonter les pertes aux associés qui peuvent les imputer sur leurs revenus personnels sans attendre que la société devienne bénéficiaire puis dans un second temps de faire bénéficier les associés du bénéfice de cette opacité.¹³⁴⁷ L'article 30 de la loi LME¹³⁴⁸

¹³⁴² Hors SARL de famille, dans les conditions prévues au IV de l'article 3 du décret n° 55-594 du 20 mai 1955 modifié

¹³⁴³ Les établissements publics relevant du 6° et 6° bis du 1 de l'article 207 ne sont effectivement pas soumis à l'IS

¹³⁴⁴ Exception faite de celles visées à l'article 239 ter du CGI, c'est-à-dire des sociétés civiles ayant pour objet la construction d'immeubles en vue de la vente.

¹³⁴⁵ Les rapports de la Commission spéciale du Sénat (BÉTEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth & MARINI Philippe, *Rapport au Sénat n°413 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi de modernisation de l'économie, annexé au procès-verbal de la séance du 24 juin 2008, p. 140 s.*) et de la Commission mixte paritaire (CHARIÉ Jean-Paul & LAMURE Elisabeth, *Rapport fait au nom de la Commission Mixte Paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la modernisation de l'économie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juillet 2008, p. 269) classaient l'article 9 du projet (Devenu article 30 de la loi LME) dans un chapitre II intitulé « *Favoriser le développement des PME* »

¹³⁴⁶ MORTIER Renaud, *La modernisation du droit des sociétés*, JCP N, n° 39, 26 septembre 2008, 1296

¹³⁴⁷ L'étude d'impact de la mesure est pour le moins déconcertante. Si le dispositif est inspiré du régime fiscal américain du « *Subchapter S* », l'impact du dispositif est lui aussi mesuré en tenant compte de l'impact du programme américain du « *Small Business Investment Act* » de 1958, qui serait à l'origine de 10 à 20 % des créations d'entreprises outre Atlantique ; v. CHARIÉ Jean-Paul, *Rapport n°908, fait au nom de la Commission des Affaires Economiques sur le projet de loi de modernisation de l'économie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 22 mai 2008, p. 243 s ; Sur le fonctionnement du « *Subchapter S* » v. ZIMMERN Bernard, *Small Business Act & Small Business Investment Act: Gare aux confusions*, IFRAP, Société Civile n°72, 9 septembre 2007 ; HADZIMA Joseph G. Jr., *Subchapter S : Some Myths, Realities and Practical Considerations*, Boston Business Journal, MIT Sloan Management ; Internal Revenue Service 2010,

codifié à l'article 239 bis AB du CGI¹³⁴⁹ a offert la faculté d'opter pour l'impôt sur le revenu aux sociétés par actions et aux SARL constituées depuis moins de 5 ans et dont le capital et les droits de vote sont détenus à hauteur de 50 %¹³⁵⁰ au moins par une ou des personnes physiques et à hauteur de 34 % par un dirigeant.¹³⁵¹

Cette option présentée par ses détracteurs comme une *niche fiscale*¹³⁵² ne remet pas en cause les grands principes fiscaux car d'une part, elle est limitée à cinq années et que d'autre part les déficits ne peuvent être imputés que sur les revenus de même catégorie. Ainsi, soit les associés sont dits « *actifs* » et les déficits peuvent être imputés sur les revenus du travail soit les associés sont dits « *passifs* » et ils ne peuvent être affectés que sur les revenus mobiliers. Elle ne constitue pas selon nous une niche fiscale puisque le dispositif n'est pas considéré comme tel par l'administration et n'est pas soumis au plafonnement des niches fiscales. Ce dispositif ne saurait enfin être considéré comme une niche fiscale compte tenu de la fiscalité frappant le passage de l'impôt sur le revenu à l'impôt sur les sociétés. Conscient de l'insuffisance des mesures d'atténuations de l'article 202 ter à limiter les conséquences fiscales du

Instructions for Form 1120S, U.S. Income Tax Return for an S Corporation ; Internal Revenue Service, 2010, Instructions for Schedule E (Form 1040)

¹³⁴⁸ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie

¹³⁴⁹ « *Les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés à responsabilité limitée dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers, dont le capital et les droits de vote sont détenus à hauteur de 50 % au moins par une ou des personnes physiques et à hauteur de 34 % au moins par une ou plusieurs personnes ayant, au sein desdites sociétés, la qualité de président, directeur général, président du conseil de surveillance, membre du directoire ou gérant[...], peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes mentionné à l'article 8.*

¹³⁵⁰ Le seuil de détention initialement de 75% a été abaissé à 50% par les amendements n°754 rectif. et 1017 respectivement présentés le 2 juillet 2008 par les sénateurs François Trucy & Philippe Dominati

¹³⁵¹ L'article 239 bis AB II, subordonne cette option à une condition d'activité (industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale), à une condition de taille (moins de 50 salariés et CA ou total de bilan inférieur à 10 millions d'euros), à une condition d'âge (créée depuis moins de 5 ans).

¹³⁵² Présentée par certains comme étant une « *niche fiscale* » compte tenu de la dépense fiscale estimée à 60 millions d'euros pour l'Etat, v. BRICQ Nicole, Discussion sur l'amendement n°462, Débats au Sénat, Séance du 2 juillet 2008 ; sur ce montant et par opposition sur la qualification de niche fiscale, v. BÉTEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth & MARINI Philippe, *Rapport au Sénat n°413 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi de modernisation de l'économie, annexé au procès-verbal de la séance du 24 juin 2008, p. 145* ; cette analyse se fonde sur l'étude d'impact du dispositif, préc. fondé sur les chiffres du Trésor américain qui présentent les recettes fiscales des Subchapter S trois à quatre fois supérieures aux dépenses fiscales qu'elles engendrent.

changement de régime d'imposition,¹³⁵³ de l'IR à l'IS,¹³⁵⁴ des Sénateurs avaient déposé un amendement permettant¹³⁵⁵ une reconduction tacite de l'option afin que le dispositif demeure incitatif. Cependant tant le Gouvernement que le Rapporteur de la commission spéciale du Sénat, Elisabeth Lamure, jugèrent que cet amendement était de nature à dénaturer le dispositif puisque ce dernier vise simplement « *à permettre aux entrepreneurs de passer le cap des cinq premières années, [...] souvent synonymes de déficits et de trésorerie tendue. Pour le reste, la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux a vocation à perdurer.* »¹³⁵⁶. Le dispositif permet donc de bénéficier de la transparence dans la phase de lancement de l'activité mais ne saurait encourager le *nomadisme fiscal*¹³⁵⁷ d'un impôt à l'autre.

Cette option pour un assujettissement à l'impôt sur le revenu est notamment inspirée de la possibilité pour les sociétés soumises à l'IR d'opter pour un assujettissement à l'impôt sur les sociétés. A la différence de l'option pour l'IR qui est temporaire, l'option pour l'IS est irrévocable ainsi qu'en dispose l'article 239-1 al.2 du CGI. La soumission d'une société à l'IS pour limiter l'imposition en bénéficiant du taux réduit de 15% doit être contrebalancé par le caractère irrévocable de l'option. L'utilisation des sociétés IS comme technique de réduction de l'impôt sur le revenu des associés ou d'activation du bouclier fiscal n'est pas toujours un recours optimal. Certains praticiens préconisent la création d'une société d'interposition soumise à l'IS entre la société génératrice de revenus et le contribuable personne physique. Cette technique permet de bénéficier des avantages de l'opacité tout en contournant le problème de l'irrévocabilité. En effet, il suffira de faire disparaître la société d'interposition pour retrouver le bénéfice de l'impôt sur le revenu.

¹³⁵³ L'option par une SARL soumise à l'impôt sur les sociétés pour le régime fiscal des sociétés de personnes est analysée fiscalement (CGI, art. 221, 2-2) comme une cessation d'entreprise entraînant par principe l'imposition immédiate des résultats d'exploitation ainsi que des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes. Ces conséquences peuvent cependant être limitées par l'application des dispositions de l'article 221 bis s'il n'est pas procédé à aucune modification des écritures comptables et que l'imposition reste toujours possible par application du nouveau régime d'imposition.

¹³⁵⁴ CGI, art. 201 & 202

¹³⁵⁵ Amendement n°77, présenté le 30 juin 2008 par les Sénateurs Mortemousque, Barraux et César (Amendement retiré en raison de l'avis défavorable de la commission et du Gouvernement)

¹³⁵⁶ LAMURE Elisabeth, Discussion sur l'amendement n°77, Débats au Sénat, Séance du 2 juillet 2008

¹³⁵⁷ BEAUFILS Marie-France, Discussion sur l'amendement n°462, Débats au Sénat, Séance du 2 juillet 2008

On l'a vu, si certaines sociétés sont imposées en raison de leur forme, d'autres le sont à raison de leur objet. L'article 206-2 du CGI assujettit ainsi à l'impôt sur les sociétés les sociétés relevant de l'article 8 mais qui se livrent à des opérations industrielles et commerciales visées aux articles 34 et 35 du même code. La conception fiscale de la commercialité est renforcée en droit fiscal ce qui permet d'appréhender des activités civiles au plan du droit privé comme étant commerciales au sens du droit fiscal.¹³⁵⁸ Cette taxation qualifiée d'infamante par le Professeur Cozian assujettit la société civile à l'impôt sur les sociétés de manière rétroactive sans que cette dernière ne puisse pour autant pratiquer des amortissements. Dans les opérations de LBO, ce risque de requalification empêche ainsi que le holding soit constitué sous forme de société civile. En effet, les holdings de trésorerie effectuent des opérations de banque qui constituent des actes de commerce.¹³⁵⁹ Ainsi, ces activités ne peuvent être effectuées par des sociétés civiles sous peine de perdre leur transparence fiscale et de subir les conséquences du changement de régime fiscal.¹³⁶⁰

Ce risque est d'autant plus fort qu'il peut constituer un véritable « *traquenard fiscal* »¹³⁶¹ compte tenu de l'attraction opérée vers l'impôt sur les sociétés par le jeu de la commercialité par ambiance. La jurisprudence a en effet précisé qu'une activité devient commerciale alors qu'elle ne l'est pas initialement toutes les fois que cette activité est une activité commerciale. Cette précision fut posée initialement par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt *Bombe au Cobalt*.¹³⁶² Cette jurisprudence fut reprise par l'administration fiscale¹³⁶³

¹³⁵⁸ Tel est notamment le cas de la location de meubles ou de la location meublée.

¹³⁵⁹ Au sens de l'article L110-1 du Code de commerce

¹³⁶⁰ BERTREL Jean-Pierre, *Les pactes entre la holding de reprise et la « cible » dans un LBO, Droit et Patrimoine*, n°186, novembre 2009, p.80

¹³⁶¹ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec 16^{ème} éd. N°1519 ; « *disposition byzantine qui constitue un défi au bon sens* », « *l'application de l'article 206-2 tournant toujours au cauchemar* » COZIAN, Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, Doc. n°21, p.278 et s.

¹³⁶² Conseil d'Etat, 3 mars 1976, n°94-802, *Bombe au Cobalt*, En l'espèce, l'indexation partielle des loyers d'un immeuble nu sur le résultat d'une SA caractérise l'exercice d'une activité commerciale qui rejaillit sur l'ensemble des loyers de ce fait imposés à l'impôt sur les sociétés. Solution reprise dans un arrêt *SCI la maison médicale*, Conseil d'Etat 17 mai 1991, n°74-374, *La maison médicale* ; La location par une SCI d'un local de pharmacie est une activité commerciale, lorsque le loyer prévoit une participation aux résultats (5 % du CA), bien que cette dernière ne soit pas perçue : Conseil d'Etat, 28 mai 1984, n° 36308 ; Conseil d'Etat, 28 septembre 1984, n°40-666 en matière de panneaux d'affichage ; Conseil d'Etat, 9 décembre 1991, n°65-556 en matière de SCI dont les résultats étaient indexés sur 0,5% du CA d'un supermarché détenu par les associés de la SCI ; Cette attraction vers l'IS n'empêche cependant pas de prévoir des clauses de révision de prix ou d'indexation de prix dès lors que l'indexation n'est pas fixée en raison de connivences, v. GOUYET Rémi,

qui institua une tolérance de 10%. En vertu de cette précision, dès lors que les recettes commerciales ne dépassent pas 10% du montant des recettes totales, la société ne saurait être soumise à l'impôt sur les sociétés. En cas de dépassement occasionnel, ce seuil est calculé sur une moyenne de 4 années. La question de la suppression de l'article 206-2 du CGI fut enfin posée en 2001 à l'initiative d'un député de Moselle.¹³⁶⁴ La réponse¹³⁶⁵ précisait qu'il n'est pas envisagé d'abroger la disposition mais que compte tenu des « *conséquences excessives que peut entraîner, [...], la taxation à l'impôt sur les sociétés prévue à l'article 206-2, il a tout d'abord été décidé que les sociétés civiles [...] ne seraient pas soumises à l'impôt sur les sociétés tant que le montant hors taxes de leurs recettes de nature commerciale n'excédaient pas 10 % du montant de leurs recettes totales hors taxes.* »

B – Le recours à la société, instrument indispensable à certaines voies d'optimisation

La mise en société de biens peut constituer un mode d'optimisation fiscale en réduisant tant l'assiette de l'ISF que celle des droits de mutation. En effet, la mise en société d'actifs peut permettre de bénéficier d'une réduction d'assiette de 75% moyennant un engagement de conservation des titres, dès lors que l'activité exercée par la société¹³⁶⁶ est d'une nature industrielle commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Cette exonération partielle n'est donc pas attachée à un régime fiscal mais à la nature de l'activité. La mise en société d'actifs suivie de la signature d'un « *pacte Dutreil* » constitue ainsi une voie d'optimisation fiscale du patrimoine particulièrement

Clauses de variation de prix et fiscalité des sociétés civiles procédant à la location d'immeubles nus, JCP N n° 37, 14 septembre 2001, p. 1351

¹³⁶³ Rép. Berger JO AN Q, n°33993 du 11 mai 1981, p. 2009 s.

¹³⁶⁴ La question fut en réalité posée au député à la demande d'un étudiant, v. DANNENBERGER Frédéric Roger, *Le groupe formé d'une SCI et d'une société commerciale face à l'article 206-I-2 du Code général des impôts*, Mémoire DEA, Faculté de droit, Robert Schuman, Strasbourg III, 2001; il est intéressant de remarquer que la raison du refus de suppression de cet article n'ont pas évolué entre ces deux réponses et demeure la suivante : « *Il n'est pas envisagé d'abroger les dispositions de l'article 206. 2 du code général des impôts, car cette mesure serait de nature, notamment en ce qui concerne les sociétés civiles qui comportent un nombre important d'associés, à soulever plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait.* [...] »

¹³⁶⁵ Réponse à M. A. Warhouver, JO AN Q n°59162, 23 juillet 2001, p. 4246.

¹³⁶⁶ Ces régimes sont aussi applicables aux titres détenus dans une société détenant, directement ou indirectement (via un double niveau d'interposition), une participation dans une société dont les titres font

efficace¹³⁶⁷ puisque les dispositions des articles 885 I bis et 787 B du CGI, exonèrent d'ISF et de droits de mutation à titre gratuit pour 75% de leur valeur les parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation.

En matière d'imposition de solidarité sur la fortune, l'article 885 I bis du CGI issu de l'article 47 de la loi pour l'initiative économique¹³⁶⁸ exonère à concurrence de 75% de leur valeur,¹³⁶⁹ les parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un pacte Dutreil. L'engagement collectif de conservation est de nature à conduire à une indisponibilité de fait des titres puisque les titulaires des parts et actions ne peuvent les céder pendant une période de 6 ans sous peine de perdre le bénéfice de l'exonération partielle. Si les clauses d'indisponibilité conduisent généralement à la constatation d'une diminution de la valeur vénale du titre, l'indisponibilité issue des pactes Dutreil n'est qu'une indisponibilité fiscale de fait qui ne justifie nullement la prise en compte d'un abattement pour indisponibilité.¹³⁷⁰ En effet, le propriétaire des parts bénéficie toujours de la faculté juridique de céder ses titres. L'indisponibilité n'étant que fiscale, elle ne justifie nullement la prise en compte d'une décote puisque son objet même est le bénéfice d'une décote de 75% au titre de l'imposition sur le patrimoine. Ce dispositif d'exonération partielle n'est pas exclusif des autres modes d'exonération dans la mesure où le régime d'exonération d'ISF des biens professionnels prévu à l'article 885 O bis est susceptible de s'appliquer sur la fraction taxable de l'exonération partielle¹³⁷¹

l'objet du pacte Dutreil. Par application de l'article 787 C du CGI, le régime de faveur en matière de droits de mutation est aussi applicable aux entreprises individuelles.

¹³⁶⁷ Il n'est cependant pas possible de bénéficier d'une combinaison du pacte Dutreil et d'un *démembrement de propriété* tout en permettant au donateur de récupérer l'ensemble des droits de vote à l'issue de la durée d'engagement ce qui peut avoir un caractère dissuasif pour le chef d'entreprise. La loi autorise l'exonération partielle aux donations démembrées mais elle impose une limitation des droits de vote de l'usufruitier aux seules décisions concernant l'affectation des bénéficiaires. Cette restriction n'incite pas un chef d'entreprise à anticiper la transmission puisqu'il ne peut récupérer le droit de vote une fois le délai d'engagement dépassé. En effet, lorsqu'une entreprise est transmise en *démembrement de propriété*, et qu'elle fait l'objet d'un pacte Dutreil, l'usufruitier ne peut pas récupérer l'ensemble des droits de vote à l'issue du délai d'engagement puisque l'esprit même de ces pactes repose sur le transfert réel, immédiat ou à terme, du pouvoir décisionnel au donataire. v. Rép. Roubaud, n° 80202, JO AN 21 déc. 2010, p. 13754 ; Droit et Patrimoine, n°199, janvier 2011, p.84

¹³⁶⁸ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003, JORF n°179 du 5 août 2003 p. 13449 s.

¹³⁶⁹ L'article 26 de la loi n°2005-1719 du 30 décembre 2005 a porté le taux de 50% à 75%

¹³⁷⁰ Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 18.

¹³⁷¹ Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 41

dés lors que les conditions¹³⁷² tenant au caractère professionnel des biens sont remplies. Si les titres de sociétés dont l'objet est la location d'établissements industriels ou commerciaux munis d'équipements nécessaires à leur exploitation peuvent bénéficier du régime de l'article 886 I bis,¹³⁷³ les titres de sociétés ayant une activité civile prépondérante, d'entreprises individuelles et de sociétés unipersonnelles sont exclus du dispositif de faveur.

Le dispositif d'exonération partielle de l'article 885 I bis du CGI est susceptible d'être cumulé au dispositif de faveur en matière de transmission d'entreprises¹³⁷⁴ prévu à l'article 787 B du CGI.¹³⁷⁵ Sous certaines conditions, ce dispositif exonère de droits de mutation à concurrence de 75% de leur valeur, les mutations à titre gratuit de titres de sociétés. Originellement limitée aux mutations par décès, l'exonération partielle a été étendue¹³⁷⁶ aux donations en pleine propriété puis,¹³⁷⁷ à l'ensemble des donations. Les conditions sont sensiblement identiques au dispositif prévu en matière d'imposition sur la fortune. Lorsque le fait générateur d'imposition est constitué par le décès du propriétaire des titres, l'engagement de conservation doit être pris dans les six mois dudit décès un ou plusieurs héritiers ou légataires entre eux ou avec d'autres associés.

Le bénéfice de ces dispositifs est conditionné au respect de trois séries de conditions. La première condition tient à la durée de conservation. L'exonération repose en effet

¹³⁷² Le propriétaire des parts doit d'une part détenir plus de 25% des droits financiers de la société et d'autre part remplir des fonctions de direction. On notera à cet égard que le Président du Conseil de Surveillance qui se contente d'animer les débats sans intervenir activement dans les questions intéressant la gestion de la société n'est pas réputé exercer une activité effective : v. Cass. Com. 29 mars 2011, n°10-15.571. Ces fonctions doivent être effectivement exercées et donner lieu à une rémunération normale représentant plus de la moitié.

¹³⁷³ Rép. Marini, n°10021, JO Sénat, 15 juillet 2004, p. 1570

¹³⁷⁴ L'article 11 de la loi 99-1172 du 31 décembre 1999 modifié par l'article 5 de la loi 2000-1352 du 30 décembre 2000 permettait une exonération de 50% sur la valeur des titres en cas de transmissions par décès d'entreprises exploitées sous la forme de société (CGI ancien art. 789 A) ou sous la forme individuelle (CGI ancien art. 789 B). La loi pour l'initiative économique (Article 43 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003) a étendu par l'article 787B (Et article 787 C du CGI s'agissant des transmissions d'entreprises individuelles) ce régime aux donations en pleine propriété et a ainsi institué un dispositif commun aux successions et aux donations.

¹³⁷⁵ Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 42.

¹³⁷⁶ A compter du 1^{er} janvier 2004

¹³⁷⁷ A compter du 4 août 2005

sur la souscription d'un engagement collectif,¹³⁷⁸ d'une durée minimale de deux ans à compter de la date d'enregistrement de l'acte, combinée à une conservation individuelle.¹³⁷⁹ L'exonération n'est alors acquise qu'à l'issue d'un délai global de six ans. Le non respect de l'engagement collectif de conservation des titres entraîne la remise en cause de l'exonération pour tous les signataires. Le non-respect des engagements au-delà du délai de deux ans mais dans le délai de six ans entraîne en revanche la remise en cause¹³⁸⁰ de l'exonération pour le seul contribuable défaillant. L'exonération partielle peut cependant être acquise en cas de cession dans la mesure où cette exonération est attachée aux conditions de transmission des titres. Elle n'est ainsi pas remise en cause en cas de transmission à titre gratuit. En pareille hypothèse, le donataire ou l'héritier bénéficie de l'antériorité dont bénéficiait le donateur ou le *de cuius*.¹³⁸¹ De même, les cessions entre signataires du pacte ne conduisent pas non plus à la remise en cause de l'exonération.

La seconde condition tient quant à elle au volume de titres objets de l'engagement. En effet, l'engagement collectif doit porter sur au moins 34% des parts ou actions lorsque ces derniers ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. Ce taux est porté à 20% dans le cas contraire.

La troisième condition tient enfin à l'exercice d'une activité professionnelle. L'un au moins des associés signataires du pacte doit exercer pendant les cinq années¹³⁸² suivant la conclusion de l'engagement des fonctions professionnelles au sein de la société. En effet, l'exonération est conditionnée à l'exercice d'une activité professionnelle principale si la société est soumise à l'IR et à l'exercice d'une fonction de direction si la société est soumise à l'IS. Il n'est pas exigé que la direction soit exercée par la même personne pendant toute la durée de l'engagement, ainsi, lorsque le changement de

¹³⁷⁸ L'engagement doit être pris par acte sous seing privé ou par acte authentique puis enregistré dans les conditions de l'article 658 du CGI

¹³⁷⁹ Article 15 de la loi n°2007-1882 du 24 décembre 2007

¹³⁸⁰ Ce qui conduit au paiement d'un complément d'impôt assorti de l'intérêt de retard au taux mensuel de 0,40% ; v. Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 24

¹³⁸¹ Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04, n°5

¹³⁸² Article 15 de la loi n°2007-1882 du 24 décembre 2007

direction conduit à une vacance, le bénéfice du pacte n'est pas remis en cause si la vacance est inférieure à trois mois.¹³⁸³

Section 2 – La structuration verticale dénuée de personnalité morale

L'introduction en droit français de la fiducie avait timidement entraîné le déclin de la théorie de l'unicité du patrimoine. La reconnaissance en droit français du patrimoine d'affectation marque un pas décisif dans cette voie (Sous-section 1). Le droit fiscal n'était cependant que peu préparé à cette révolution civile. Le traitement fiscal de l'EIRL présente alors intérêt moins dû à l'utilisation de l'EIRL dans la cadre de l'ingénierie du patrimoine qu'à la perception fiscale d'un instrument inconnu jusqu'alors (Sous section 2).

Sous-section 1 - Le déclin de l'unicité du patrimoine

Nous étudierons ici l'évolution de la conception française du patrimoine (§1) ayant abouti à la renaissance de la théorie objective du patrimoine (§2)

§1. L'évolution de la conception française du patrimoine

Corollaire du célèbre adage selon lequel « *qui s'oblige oblige le sien* », le patrimoine était classiquement envisagé comme « [...] *une émanation de la personnalité, [...], il en résulte que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine. Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien. Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, [...]* ». ¹³⁸⁴ Si la théorie de l'unicité du patrimoine, développée par Aubry & Rau et

¹³⁸³ Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 13.

¹³⁸⁴ AUBRY Charles & RAU Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Marchal & Billard, 4^{ème} éd., 1873, T. 6, p. 229 s.

consacrée aux articles 2284 et 2285 du Code civil¹³⁸⁵ connaît certains tempéraments en matière de régimes matrimoniaux d'abord,¹³⁸⁶ en droit des successions ensuite¹³⁸⁷ et en droit maritime enfin ;¹³⁸⁸ il ne s'agit là que d'exceptions à la règle et le droit français refuse traditionnellement la séparation des patrimoines. « *Cette conception était subjective, et même éminemment subjective puisqu'elle considérait le patrimoine comme la projection de la personne dans l'ordre des biens. [...] Pour Aubry et Rau la garantie des dettes de la personne par ses biens manifestait un lien si étroit entre le patrimoine et son propriétaire qu'il convenait de traiter le patrimoine comme une composante même de la personnalité juridique* ». ¹³⁸⁹

Depuis longtemps cependant, les études préconisant la consécration d'un patrimoine d'affectation se succédèrent¹³⁹⁰ et la doctrine civiliste favorable¹³⁹¹ à la théorie objective du patrimoine, développée au 19^{ème} siècle par Alois Von Brinz,¹³⁹² découvrait que la cohérence de l'universalité qu'est le patrimoine résultait du but assigné aux biens, et non de la personnalité de son titulaire. Ainsi, pour Henri Gazin, le patrimoine est « *un ensemble de biens dont l'affectation commune, imposée par la loi*

¹³⁸⁵ Avant 2006, articles 2092 et 2093 (Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006)

¹³⁸⁶ Il existe en effet une distinction entre les biens propres et les biens communs

¹³⁸⁷ Deux patrimoines coexistent temporairement sur la tête d'une même personne dans la mesure où l'article 878 du code civil permet aux créanciers du défunt de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier

¹³⁸⁸ Puisque du fait de la « *fortune de mer* » le patrimoine terrestre du propriétaire d'un navire ne répond pas des dettes nées de son patrimoine maritime

¹³⁸⁹ REVET Thierry, *Allocution introductive à l'après midi-débats du 4 février 2010 sur le patrimoine professionnel d'affectation*

¹³⁹⁰ Le rapport du Professeur Claude Champaud de février 1978 (*RTD Com*, 1979, p. 21 s.) estimait inutile de conférer la personnalité morale à l'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Le rapport établi en février 1984 par Jean Denis Bredin préconisait encore la possibilité de séparer le patrimoine ; le rapport établi en 1996 par Philippe Marini, sur la modernisation du droit des sociétés préconisait plus récemment la reconnaissance d'un patrimoine fiscal d'affectation. v. Rapport de la commission des Lois, avis de M. Paul Girod, déposé le 2 février 2000, relatif à la proposition de loi Entreprises et territoires (<http://www.senat.fr/rap/a99-201/a99-201.html>). Ces études ont conclu à l'absence d'obstacle théorique dirimant à l'introduction du patrimoine d'affectation en droit français.

¹³⁹¹ GAZIN Henri, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, A. Rousseau, Paris 1910 ; DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911) éd. La Mémoire du Droit, septembre 2001, p. 383 s ; SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, Rousseau, 2^{ème} éd. 1922, p. 478 ; DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, t. III, 2^{ème} éd., 1913, p. 309

¹³⁹² BELLIVIER Florence, *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*, in BEAUD Olivier, WACHSMANN Patrick, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, (ouvrage collectif) Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 165 s. ; v. BOLLON Nicolas, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit des régimes matrimoniaux et des successions*, thèse Lyon, 2008, n 377 & n°384

ou par la volonté humaine, fait un tout cohérent et plus ou moins autonome vis-à-vis d'autres masses dont la destination n'est pas la même ».¹³⁹³ Ainsi, le patrimoine « n'appartient à personne, il appartient à sa destination, à son objet, à son but ». ¹³⁹⁴ C'est donc l'affectation à un objectif commun qui permet de constituer une universalité entre des éléments a priori distincts si bien que le lien les unissant est établi par le rattachement à un même objet et non à une même personne. Pour le doyen Guinchard, l'existence d'un patrimoine autonome suppose en guise de condition supplémentaire que les biens le composant soient affectés au service d'une d'un intérêt collectif.¹³⁹⁵ La doctrine française n'écarte pas pour autant entièrement la personnalité du titulaire du patrimoine dans la mesure où cette affectation passe nécessairement par un acte de volonté qui fonde cette affectation.

C'est dans ce contexte qu'un débat s'est engagé lors de l'examen en 1985, du projet de loi relatif à l'EURL,¹³⁹⁶ sur le choix de la formule juridique la mieux adaptée pour remédier à « l'indigence de la condition juridique ». ¹³⁹⁷ Deux solutions étaient à l'époque envisageables : la forme sociétaire unipersonnelle ou le système du patrimoine affecté. Le projet de loi s'inspirant du rapport Sudreau de 1975,¹³⁹⁸ optait, au grand dam d'une partie de la doctrine,¹³⁹⁹ pour la première solution ainsi qu'en témoigne l'allocution de Monsieur Gérard Gouzes, rapporteur de la commission des lois lors des débats à l'Assemblée Nationale.¹⁴⁰⁰ Le souci de protection des entrepreneurs individuels face aux procédures collectives avait conduit à la création d'une « véritable chimère juridique », ¹⁴⁰¹ car cette société à associé unique constituait

¹³⁹³ GAZIN Henri, op. cit., p. 478

¹³⁹⁴ GAZIN Henri, op. cit, p. 428, 429

¹³⁹⁵ GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n°425.

¹³⁹⁶ Loi n°85-697 du 11 juillet 1985

¹³⁹⁷ ARTHUIS Jean, Rapport n°287 (1984-1985) sur le projet de loi relatif a l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée fait au nom de la commission des lois, p. 4

¹³⁹⁸ SUDREAU Pierre, *La réforme de l'entreprise*. La documentation française, 1975

¹³⁹⁹ SERLOOTEN Patrick, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* : Dalloz 1985, chron. p. 187 à 194

¹⁴⁰⁰ Ce dernier rappelait en effet lors des débats que « M. Sudreau, dans son rapport célèbre sur la réforme de l'entreprise [...] déclarait « Dès lors que serait apporté un capital en rapport avec le volume d'activité de l'entreprise, il devrait être possible de constituer une société unipersonnelle », JO AN compte rendu de la séance du 11 avril 1985, p. 140

¹⁴⁰¹ REVET Thierry, op. cit. Allocution sur le patrimoine professionnel d'affectation

« un patrimoine d'affectation inavoué, parce que [...] les esprits n'étaient pas mûrs pour admettre une mise en cause ostensible du principe d'unicité du patrimoine ».¹⁴⁰²

Au demeurant, l'interposition de la personnalité morale entre le patrimoine professionnel et l'associé était fortement artificielle et ne suffisait pas à masquer le fait que « tout entrepreneur individuel qui le souhaitait était donc déjà en droit de se trouver à la tête de deux patrimoines, l'un professionnel, l'autre personnel ».¹⁴⁰³

L'EURL souvent présentée comme un « patrimoine d'affectation qui ne dit pas tout à fait son nom »¹⁴⁰⁴ n'a pas rencontré le succès escompté, amenant le législateur à réfléchir à une solution alternative.

Il fallut attendre 1994, pour que le législateur ait à nouveau l'occasion de se pencher sur ce sujet d'importance à l'occasion des débats sur la loi relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.¹⁴⁰⁵ Qualifiée de « boîte à outils » pour la fertilité économique des territoires¹⁴⁰⁶ la proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires déposée au Sénat le 9 mars 1999¹⁴⁰⁷ prévoyait dans sa première version l'introduction d'un patrimoine professionnel d'affectation. Le titre III de ce projet de loi permettait en effet aux entrepreneurs individuels de distinguer le patrimoine affecté à une activité économique de leur patrimoine personnel. Les articles 14 et 15 de la version initiale¹⁴⁰⁸ de cette proposition de loi visaient ainsi à consacrer la notion de patrimoine affecté à une activité professionnelle. L'objectif recherché était la reconnaissance de l'entreprise individuelle en tant qu'unité économique et juridique distincte permettant d'éviter la confusion des

¹⁴⁰² Cf. note préc.

¹⁴⁰³ REVET Thiery, *Rapport introductif du Colloque de la FNDP et du centre de droit de la concurrence, L'EURL : « La nouvelle donne pour l'entrepreneur »*, Université de Perpignan, 26 novembre 2010, *Droit & Patrimoine*, n°202, avril 2011, p. 44 s.

¹⁴⁰⁴ GLADEL Vincent, *Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Recueil Dalloz 2010 p. 560

¹⁴⁰⁵ Loi n° 94-126 du 11 février 1994

¹⁴⁰⁶ GRIGNON Francis, *Rapport au Sénat, n°189 fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan, sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre Raffarin, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, 26 janvier 2000

¹⁴⁰⁷ La proposition de loi n°91 tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires, déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale le 17 juillet 2002 fut renvoyée à la commission des finances alors que le chapitre relatif au patrimoine d'affectation avait déjà été supprimé.

¹⁴⁰⁸ Ces dispositions n'ont pas été reprises dans les conclusions de la commission des Affaires économiques.

patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel.¹⁴⁰⁹ Ainsi que le précise l'exposé des motifs de la loi, l'unicité du patrimoine de l'entrepreneur individuel est à l'origine de nombreuses difficultés des entreprises individuelles. En effet, l'absence de séparation entre le patrimoine individuel et le patrimoine professionnel du créateur constitue une source majeure d'insécurité au plan patrimonial mais aussi au plan fiscal puisque ce traitement unitaire conduisait à ne pas opérer de distinction au plan fiscal entre le bénéfice réinvesti dans l'entreprise et le revenu disponible pour l'entrepreneur.¹⁴¹⁰ Le dispositif envisagé se heurtait cependant à diverses difficultés. Tout d'abord, la séparation envisagée n'organisait pas une étanchéité totale entre les patrimoines de l'entrepreneur en ce qu'il ne mettait en place qu'un *système d'affectation prioritaire* ce qui amena le rapporteur de la commission économique à conclure que le dispositif proposé n'atteignait « *pas pleinement l'objectif de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur son patrimoine personnel* »¹⁴¹¹. Cette limitation de la responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur risquait ensuite de tarir le crédit du fait de la réduction du gage offert aux créanciers.¹⁴¹² Il semble enfin que l'ancrage de la théorie d'Aubry et Rau en droit français ait fortement joué en défaveur de l'introduction de ce mécanisme.

Les évolutions juridiques majeures s'effectuent par étapes et l'introduction du patrimoine d'affectation en droit français a subi ce processus de maturation. Avatar de l'affectation patrimoniale, la déclaration d'insaisissabilité,¹⁴¹³ introduite par la loi

¹⁴⁰⁹ GIROD Paul, *avis n° 201, présenté au Sénat au nom de la commission des lois sur les conclusions de la commission des affaires économiques et du plan sur la proposition de loi de mm. Jean-Pierre Raffarin, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, 2 février 2000, p.30 s.

¹⁴¹⁰ Exposé des motifs de la proposition de loi, n° 254 (1998-1999) *tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, présenté au Sénat, le 9 mars 1999

¹⁴¹¹ GRIGNON Francis, *Rapport au nom de la commission des Affaires économiques n° 189 (1999-2000)*, p. 103

¹⁴¹² Afin de pallier à cet inconvénient, le rapport Champaud préconisait d'organiser un système de caisse de garantie mutuelle

¹⁴¹³ Art. 8, loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 dite *pour l'initiative économique*. V. Décret n° 2004-303 du 26 mars 2004. Art. L.526-1 s. du Code de Commerce. Cette déclaration permettait à l'origine à l'entrepreneur individuel de déclarer sa résidence principale insaisissable, à l'égard de ses créanciers professionnels, de façon à protéger son patrimoine privé. Ce procédé reçut un accueil assez mesuré en pratique puisqu'on ne dénombrait que 10 000 déclarations en 2007, v. MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} éd. 2010, p. 12

Dutreil de 2003, instaurait un patrimoine « *désaffecté* ». ¹⁴¹⁴ Il fallut encore attendre quatre années pour que soit introduite cette séparation patrimoniale en droit français. Cette reconnaissance par la loi sur la fiducie était néanmoins quelque peu éventée puisqu'aucune référence textuelle à l'affectation ne fit son apparition dans le Code civil. L'incursion entamée par la fiducie en droit français semble avoir sonné le glas des théories du XIX^{ème} siècle. Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est sans conteste l'évènement le plus marquant de cette révolution juridique puisqu'il qu'il permet de procéder à une affectation en dehors de tout transfert de propriété. L'affectation ne résulte plus, comme en fiducie, d'un transfert accompagné d'une mission de gestion ou de constitution d'une sûreté ; elle résulte du regroupement par le propriétaire d'une partie de ses biens autour d'un objectif spécifique ayant pour cause son activité professionnelle.

§2. La reconnaissance de la théorie objective du patrimoine

Lors de la discussion de la loi LME du 4 août 2008, plusieurs parlementaires avaient relancé l'idée d'introduire en droit français un patrimoine affecté à l'exercice de la profession de l'entrepreneur individuel. Le Gouvernement, n'ayant pas souhaité à cette occasion s'engager dans cette voie, sollicitait l'avis du député Xavier De Roux le 18 juillet 2008 sur les enjeux liés à la notion de patrimoine d'affectation professionnel pour les entrepreneurs individuels et les modalités de l'éventuelle mise en place d'une « *entreprise à patrimoine affecté* ». Hervé Novelli, secrétaire d'État chargé du Commerce, recevait le 5 novembre 2008 ¹⁴¹⁵ le rapport sur la création d'un régime de patrimoine d'affectation pour les travailleurs indépendants. Monsieur Novelli avait par ailleurs demandé à François Hurel un rapport sur un statut spécifique de l'entrepreneur dont il présenta les conclusions à la presse le 10 janvier 2008. ¹⁴¹⁶ Un projet de loi sur

¹⁴¹⁴ ROUSSEL Frédéric, LARCHER Marie-Christine, HOAREAU Olivier et DOBIGNY Anne, *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, JCP N, n° 37, 12 Septembre 2008, 1282

¹⁴¹⁵ Communiqué de presse ministère des finances du 5 novembre 2008 ; http://www.economie.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?type=communiqu&id=2151&rub=1

¹⁴¹⁶ NOVELLI Hervé, discours à la presse, 14 janvier 2008 : « *François Hurel propose d'introduire en droit français un nouveau concept juridique, celui du patrimoine professionnel affecté. Il souhaite ainsi trouver une solution à une demande ancienne et justifiée des entrepreneurs individuels de protéger leur patrimoine personnel des aléas de leur activité économique, en créant un véritable patrimoine de l'entreprise individuelle, réceptacle à des capitaux propres dédiés. [...] Nous y réfléchissons sans a priori. [...] Je vous le*

l'EIRL, tenant compte des remarques des deux rapports mais s'inspirant principalement du rapport De Roux fut alors établi.¹⁴¹⁷ S'ils reprennent certaines des propositions antérieures, ni les rapports précités, ni le projet ne semblent cependant résoudre les difficultés pratiques qui avaient déjà été mises en lumière.¹⁴¹⁸ Ce texte fit couler rapidement beaucoup d'encre et si les partisans de la séparation du patrimoine se félicitèrent qu'une « *révolution juridique soit sur le point de s'opérer. C'est le principe de l'unicité du patrimoine qui s'apprête à tomber* », ¹⁴¹⁹ l'ensemble de la doctrine s'interrogea sur la mise en œuvre de cette EIRL que certains auteurs n'hésitèrent pas à qualifier de « *bombe juridique* » susceptible de « *saper les fondamentaux du droit français* ». ¹⁴²⁰

Présenté en Conseil des ministres le 27 janvier 2010, le projet de loi relatif à l'EIRL prévoit la possibilité pour un entrepreneur en nom propre de créer par une simple décision d'affectation un patrimoine professionnel affecté séparé de son patrimoine privé, sans création d'une personne morale. Ce projet de loi qualifié par ses auteurs d'« *innovation extraordinaire dans l'arsenal juridique de notre pays* » ¹⁴²¹ fut adopté par les députés en première lecture le 17 février 2010 ¹⁴²² tout en retenant contre l'avis du Gouvernement l'amendement visant à remettre en cause le droit de gage général des

dis clairement : je ne veux pas que le seul moyen pour un artisan ou un commerçant de protéger ses biens personnels soit de créer une société. [...] ».

¹⁴¹⁷ www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000716/index.shtml

¹⁴¹⁸ Difficultés tenant principalement à la constitution de garanties efficaces tout en restreignant le gage général des créanciers. La parade semble avoir été trouvée par le Gouvernement puisque « *le banquier s'il choisit le mécanisme de la caution personnelle ne pourra pas demander et appeler Oséo en garantie. Oséo renoncera à la garantie à 70% des crédits qu'il pourrait offrir si la banque choisit la caution personnelle* ». NOVELLI Hervé, réponse à Patrick Ollier, 17 février 2010, http://www.wat.tv/video/herve-novelli-l-entrepreneur-28kpt_176ba_.html

¹⁴¹⁹ CLEMENT Valentine, *L'EIRL sonne le glas du principe de l'unicité du patrimoine*, AGEFI actifs, 26 février 2010

¹⁴²⁰ DUBUISSON Étienne, *Projet de loi relatif à l'EIRL . - Comprendre la technique et les enjeux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°8, 26 février 2010, 1115

¹⁴²¹ NOVELLI Hervé, Réponse à Jean-Pierre Gorges, 2 février 2010 ; http://www.wat.tv/video/herve-novelli-entreprise-patrimoine-26f3j_176ba_.html

¹⁴²² V. *Adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 8, 25 Février 2010, act. 139

créanciers antérieurs à la déclaration d'affectation.¹⁴²³ Il est des plus étonnant que le législateur ait prévu dans un souci d'harmonisation d'aligner le statut des créanciers antérieurs à la déclaration à celui des créanciers postérieurs. Ainsi la déclaration d'affectation est opposable même aux créanciers « *dont les droits sont nés antérieurement* » dès lors que la déclaration le prévoit et que l'entrepreneur en a préalablement averti les créanciers concernés. Cette dangereuse rétroactivité constitue à n'en pas douter une atteinte sans précédent au principe de confiance que le législateur a pourtant souhaité conserver.

Adopté à l'unanimité par la commission des lois et la commission de l'économie du Sénat,¹⁴²⁴ le projet de loi relatif à l'EIRL, fut examiné au Sénat au début du mois d'avril 2010 et adopté le 8 du même mois en suivant les modifications arrêtées par sa commission des lois tout en retenant de nombreux amendements infléchissant la version transmise par l'Assemblée.¹⁴²⁵ La procédure accélérée ayant été retenue, une commission mixte paritaire s'est réunie le 28 avril. La publication de loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, définitivement adoptée par le Parlement le 12 mai 2010, fut retardée par un recours constitutionnel et le texte fut finalement publié le 15 juin 2010.¹⁴²⁶ « *La révolution est copernicienne. Elle oblige à rompre avec mille règles, mille habitudes, mille réflexes, mille schémas profondément ancrés dans les gènes et la pratique de notre système juridique* ».¹⁴²⁷

¹⁴²³ Dans une décision 2010-607 DC du 10 juin 2010, le Conseil constitutionnel déclarait le dispositif conforme à la constitution en formulant une réserve s'agissant de l'opposabilité de la déclaration aux créanciers. V. not. Feuillet rapide Francis Lefebvre n° 31/10 du 18 juin 2010, p. 9

¹⁴²⁴ Les 23 et 24 mars 2010 ; v. *Amendements sénatoriaux au projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 9 avril 2010, act. 355 ; *Adoption par le Sénat du projet de loi sur l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée*, Dépêches JurisClasseur, 13 avril 2010, 327

¹⁴²⁵ Ces amendements retiennent notamment : la possibilité de créer plusieurs EIRL (Toutefois, l'article L 526-6, al. 2 du Code de commerce précise qu'un « *même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* »), la non opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs, le maintien de la déclaration d'insaisissabilité de l'article L526-1 du Code de commerce ; v. LIENHARD ALAIN, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : adoption du projet de loi par les sénateurs*, Dalloz 12 avril 2010 ; NOTTE Gérard, *EIRL : adoption du projet de loi par le Sénat*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 15 Avril 2010, act. 196

¹⁴²⁶ Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 ; Le dispositif de l'EIRL fut par la suite étendu et adapté aux collectivités d'Outre-mer (Nouvelle-Calédonie, Wallis & Futuna, Mayotte, Saint-Pierre et-Miquelon, Saint-Barthélemy et Saint-Martin) v. Ordonnance n° 2011-322 du 24 mars 2011

¹⁴²⁷ REVET Thiery, *Rapport introductif du Colloque de la FNDP et du centre de droit de la concurrence, L'EIRL : « La nouvelle donne pour l'entrepreneur »*, Université de Perpignan, 26 novembre 2010, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 44

A nouveau¹⁴²⁸ le législateur a donc souhaité encadrer les entreprises individuelles en créant une nouvelle forme d'entreprise à responsabilité limitée afin de « *mettre fin à un véritable scandale français, [...] scandale qui a consisté à voir des entrepreneurs ruinés parce qu'ils avaient choisi le statut d'entrepreneur individuel* ». ¹⁴²⁹ Si le terme de scandale est pour le moins exagéré dans la mesure où l'entrepreneur bénéficie d'un large choix quant au mode d'exercice de son activité,¹⁴³⁰ le texte permet néanmoins à tout entrepreneur individuel d'affecter à son activité économique des biens,¹⁴³¹ qui constituent un patrimoine affecté autonome,¹⁴³² sans création d'une personne morale nouvelle. L'EIRL concrétise ainsi le passage d'une pluralité indirecte de patrimoines à une pluralité directe.¹⁴³³

Cette réforme présentée par ses auteurs comme étant un des éléments nécessaires à la stabilité sociale est en réalité fondée sur un postulat économique. En effet, le modèle des sociétés du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle fondé sur des sociétés de grande taille ayant recours à une masse salariale importante disparaît en Europe. « *On est dans une société dans laquelle on ne produit plus et dans laquelle il vaut mieux développer une activité de services et de services financiers. On passe du capitalisme rhénan au capitalisme de Chicago* »¹⁴³⁴ précisait Xavier de Roux, auteur du rapport éponyme, dans son allocution au colloque de la FNDP. Prenant acte de cette évolution du

¹⁴²⁸, PIERRE Jean-Luc, *L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer*, JCP E 2009, 2184 ; LUCAS François-Xavier, *L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une si bonne idée ?*, Bull. Joly 2008, p. 839

¹⁴²⁹ NOVELLI Hervé, réponse à Patrick Ollier, 17 février 2010, http://www.wat.tv/video/herve-novelli-l-entrepreneur-28kpt_176ba.html

¹⁴³⁰ L'entrepreneur peut en effet exercer son activité en choisissant de créer ou non une personne morale, laquelle peut avoir pour conséquence de réduire sa responsabilité.

¹⁴³¹ Le texte fait mention de la même liste d'actifs que ceux pouvant être fiduciaires « *Des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs* » marquant l'attachement du législateur à cette liste juridiquement maladroite dans la mesure où les éléments dont il est fait mention constituent à l'évidence des biens.

¹⁴³² C. com., art. L. 528-1

¹⁴³³ REVET Thiery, *Rapport introductif du Colloque de la FNDP et du centre de droit de la concurrence, L'EIRL : « La nouvelle donne pour l'entrepreneur »*, préc

¹⁴³⁴ DE ROUX Xavier, Allocution au colloque de la Fédération Nationale du Patrimoine, *Vers un patrimoine professionnel d'affectation*, Université Paris I – Sorbonne, 4 février 2010

paysage sociétaire, le projet très controversé¹⁴³⁵ conduit à une séparation du patrimoine de l'entrepreneur qui dispose désormais d'un patrimoine général et d'un second patrimoine uniquement dédié à son entreprise permettant en théorie de développer l'économie française sur des fondements nouveaux. « *L'enjeu est historique et national* » ainsi que le notait Maître Dubuisson avant de préciser qu'il est avant tout nécessaire de « *corriger les lacunes d'un texte truffé d'incohérences* ». ¹⁴³⁶

La loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée permet à tout entrepreneur individuel¹⁴³⁷ d'affecter une partie de son patrimoine à son activité afin de limiter son risque entrepreneurial. L'entrepreneur ne peut à l'heure actuelle constituer qu'un seul patrimoine affecté mais il pourra en constituer plusieurs à compter du 1^{er} janvier 2013 et compartimenter ainsi les biens nécessaires ou utiles à ses différentes activités puisqu'un bien ne peut intégrer qu'un seul patrimoine affecté. Cette affectation se fait par simple déclaration¹⁴³⁸ au registre du commerce et des sociétés¹⁴³⁹ ou au répertoire des métiers du registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu du principal établissement (si l'entrepreneur n'est pas tenu de s'immatriculer à un

¹⁴³⁵VALLANSAN Jocelyne, *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective. - Quelques observations à propos du projet de création d'entreprise à patrimoine affecté*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 4, 28 Janvier 2010, 1083 ; DAURIAC Isabelle et GRARE-DIDIER Clothilde, *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille*, Répertoire du notariat Defrénois, 15 avril 2010 n°7, p. 819 s.

¹⁴³⁶ DUBUISSON Étienne, *Projet de loi relatif à l'EIRL - Comprendre la technique et les enjeux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°8, 26 février 2010, 1115 ; Les incohérences que soulignait Maître Dubuisson demeurent pour la plupart dans la loi de juin 2010.

¹⁴³⁷ Les notaires et les avocats sont des professionnels libéraux qui pourraient a priori opter pour ce régime. A l'occasion de son assemblée générale le Conseil national des barreaux a pris le 19 juin 2010 une résolution confirmant l'éligibilité des avocats à ce statut. v. ABOUDARAM Paule, Rapport de la Commission des textes sur la loi relative à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité limitée & CNB, Résolution sur l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité limitée, Adoptée par l'Assemblée générale des 18 et 19 juin 2010 ; Quant à lui, le Conseil supérieur du notariat n'a pas encore précisé sa position. Son secrétaire, Frédéric Roussel, a cependant précisé qu'« *un notaire individuel peut opter pour le statut d'EIRL* » et que « *ce statut permet au notaire de limiter les effets dramatiques que pourrait avoir une défaillance* ». De plus, le notaire aurait la capacité « *d'opter pour l'impôt sur les sociétés ce qui lui permettrait de constituer des réserves et de se lancer dans une meilleure gestion prévisionnelle de son office* ». Frédérique Roussel cité par DELZANNO Clémentine, *Des avocats et des notaires en mode EIRL ?*, Droit & Patrimoine, n°201 mars2011, p. 16

¹⁴³⁸ Articles L526-7 à 9 du Code de commerce tel qu'il serait issu de l'article 1^{er} du projet de loi sur l'EIRL ; L'état descriptif de la composition du patrimoine affecté peut être modifié en cas d'affectation postérieure à la constitution de l'EIRL.

¹⁴³⁹Le tarif du dépôt de la déclaration d'affectation au répertoire des métiers a récemment été fixé à 42€ par le décret n°2010-1648 du 28 décembre 2010, JORF 29 décembre 2010

registre de publicité légale¹⁴⁴⁰) ou au registre de l'agriculture tenu par les chambres d'agriculture,¹⁴⁴¹ si l'entrepreneur est exploitant agricole.

Ainsi qu'en dispose l'article L. 526-6 du Code de commerce, le patrimoine affecté est composé « *de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle* ». Si les biens ne pouvant être utilisés que dans le cadre de l'activité professionnelle¹⁴⁴² sont affectés par nature à l'EIRL, les biens utiles mais non nécessaires à l'exercice de cette activité¹⁴⁴³ peuvent aussi faire l'objet d'une affectation. Soucieux d'adapter le statut de l'EIRL aux exploitants agricoles, les sénateurs ont permis la mise en place d'un statut spécial d'entrepreneur individuel agricole à responsabilité limitée (EIARL), intégré dans le Code rural. Ce régime permet aux exploitants agricoles d'exclure les terres agricoles dont ils sont propriétaires du patrimoine affecté à leur activité et ce malgré le caractère nécessaire de ces terres à l'activité déployée. Cette possibilité de conservation de biens par nature professionnels dans le patrimoine privé des exploitants agricoles est cependant soumis à l'exercice d'une option expresse en ce sens.¹⁴⁴⁴ Il appartient à l'entrepreneur individuel de valoriser chacun des biens rentrant dans la composition du patrimoine affecté. Les biens dont la valeur unitaire est supérieure à 30 000€¹⁴⁴⁵ doivent cependant faire l'objet d'un rapport établi par un évaluateur.¹⁴⁴⁶ L'entrepreneur n'est pas tenu de déclarer la valeur résultant de cette évaluation, mais une telle situation engage pour cinq ans l'intégralité du patrimoine à hauteur de la différence entre la valeur déterminée dans le rapport de l'évaluateur et la valeur déclarée.

¹⁴⁴⁰ Tel est le cas si l'entrepreneur exerce une activité libérale ou s'il est un auto-entrepreneur dispensé d'immatriculation

¹⁴⁴¹ V. Code rural art. 311-8 à 17 ; Article 1^{er} du décret n°2011-327 du 24 mars 2011 relatif au registre de l'agriculture et fixant le tarif des chambres d'agriculture pour les actes et formalités effectués au registre de l'agriculture, JORF n°0072 du 26 mars 2011 page 5394

¹⁴⁴² Il s'agit par exemple des fonds de commerce, des brevets, du matériel, de l'outillage, des installations et des biens d'équipements spécifiques à l'activité professionnelle

¹⁴⁴³ C'est notamment le cas des biens à usage mixte tel qu'un véhicule ou un immeuble d'habitation.

¹⁴⁴⁴ Article 40 de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, JO n° 172, 28 juillet 2010, p. 13925

¹⁴⁴⁵ v. Arrêté du 29 décembre 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n°0303 du 31 décembre 2010, p. 23464

¹⁴⁴⁶ Lequel peut être un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire s'il s'agit d'une évaluation immobilière.

Cette limitation du risque entrepreneurial est risquée puisque les députés avaient retenu, contre l'avis du Gouvernement, l'opposabilité de la déclaration aux créanciers antérieurs à la déclaration de création. Conscients du risque que cette opposabilité faisait peser sur la confiance des acteurs économiques, les sénateurs étaient revenus sur ce dispositif en limitant l'effet de l'affectation aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.¹⁴⁴⁷ L'article 1^{er} de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée introduisit finalement un article L. 526-12 dans le Code de commerce dont l'alinéa 2 prévoit une opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt. Cette opposabilité est cependant soumise à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers qui peuvent alors former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable.

Cette opposabilité du patrimoine affecté doit néanmoins être nuancée puisque pour préserver le gage des créanciers fiscaux, l'article L. 273 B du LPF institue une procédure permettant, sous le contrôle du juge, de supprimer le principe d'affectation des patrimoines pour obtenir le recouvrement des créances fiscales en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation des obligations de l'entrepreneur individuel.¹⁴⁴⁸ L'ordonnance portant sur les procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL¹⁴⁴⁹ a enfin apporté une précision de taille sur la consistance du gage des créanciers en cas de procédure collective. En pareil cas, l'instruction prévoit qu'« *en cas de difficulté, la procédure qui vise un patrimoine affecté à une activité professionnelle n'atteint que ce seul patrimoine* ».

Sous-section 2 – Le traitement fiscal de l'EIRL

¹⁴⁴⁷ Article L. 526-11 du Code de commerce dans la version de la petite loi adoptée par le Sénat le 8 avril 2010

¹⁴⁴⁸ LIENHARD Alain, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation*, Recueil Dalloz 2010 p. 252

¹⁴⁴⁹ Ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010

Le régime fiscal de l'EIRL est ouvert aux professions libérales¹⁴⁵⁰ comme aux entrepreneurs débutant leur activité ou transformant cette dernière et ce indépendamment de la catégorie¹⁴⁵¹ ou du régime¹⁴⁵² d'imposition dont ils relèvent. L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté doit faire l'objet d'une comptabilité établie selon les règles de la comptabilité commerciale¹⁴⁵³ et ce indépendamment du régime fiscal de l'entrepreneur. Par conséquent, en dépit du caractère commercial de la comptabilité de l'EIRL, les entrepreneurs soumis aux bénéfiques non commerciaux continuent d'appliquer fiscalement les règles de la comptabilité de caisse¹⁴⁵⁴ ce qui impose un certain nombre de retraitements extra comptables.¹⁴⁵⁵

La situation de l'entrepreneur individuel effectuant le choix de l'EIRL, doit être proche de celle du gérant de l'EURL, puisque la seule différence constatée par le législateur entre ces deux modes d'exercice est l'absence de personnalité morale.

Afin d'assurer une « *concurrence loyale* » entre les entrepreneurs, il est apparu au législateur que la neutralité fiscale entre ces différentes formes d'entreprises était un élément essentiel garantissant l'attractivité du nouveau dispositif.¹⁴⁵⁶ Afin d'assurer au chef d'entreprise un libre choix entre patrimonialisation et personnalisation, l'assimilation au plan fiscal de l'EIRL à l'EURL conduit à autoriser ce dernier à effectuer une option pour l'impôt sur les sociétés ce qui ne manque pas de surprendre puisque cet impôt est un impôt uniquement dû par les personnes morales, qualité dont ne dispose pas l'EIRL.¹⁴⁵⁷ Il demeure que le texte offre un choix à l'entrepreneur

¹⁴⁵⁰ Article R 526-10-1 du Code de commerce ; Décret n°2010- 1706 du 29 décembre 2010 ; Rép. Hunault, JO AN, 17 mai 2011, p. 5076, n°81745.

¹⁴⁵¹ BIC, BNC, BA

¹⁴⁵² Régime réel normal ou simplifié ou régime forfaitaire

¹⁴⁵³ Article L526-13 du Code de commerce

¹⁴⁵⁴ A défaut d'option pour la comptabilité d'engagement permise par l'article 93 A du CGI

¹⁴⁵⁵ Rép. Roubaud, JO AN 17 mai 2011, p. 5106, n°79162

¹⁴⁵⁶ DE LA RAUDIÈRE Laure, *Rapport n° 2298 de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (n° 2265) à l'Assemblée Nationale*, 10 février 2010, p. 11 s.

¹⁴⁵⁷ Article 1^{er} du projet de loi, Article 526-6 nouveau du Code de commerce, V. not. SERLOOTEN Patrick, *Patrimoine d'affectation, personnalité morale ? L'enjeu fiscal pour les PME*, Gaz. Pal. 2003, n°339 à 340, p. 57

individuel, puisque ce dernier peut soit être imposé au titre de l'impôt sur le revenu, comme c'est actuellement le cas pour les entrepreneurs en nom propre, soit opter pour une soumission à l'impôt sur les sociétés au taux de 15 % pour les revenus inférieurs à 38 120€ et de 33,33 % au-delà. L'intérêt d'option pour l'IS est donc de profiter du taux réduit de cet impôt à 15% pour la fraction de bénéfice inférieure à 38 120€, du régime de faveur d'imposition des dividendes,¹⁴⁵⁸ de l'assujettissement aux cotisations sur la seule rémunération de l'exploitant et du bénéfice de la prescription de contrôle fiscal abrégée à deux ans.¹⁴⁵⁹

Reste que si cette option est ouverte aux entrepreneurs individuels, le législateur n'a pas encore réellement encadré pratiquement les conséquences de cette option de sorte que l'on ignore comment seraient imposés les résultats de l'entreprise ayant opté pour l'IS. Le texte¹⁴⁶⁰ se contente d'assimiler fiscalement l'EIRL à une EURL sans pour autant préciser si l'intégralité des revenus professionnels sera soumise à cet impôt ou si l'entrepreneur pourra effectuer une distinction entre revenus de son travail et revenus de son capital.¹⁴⁶¹ La nouveauté qu'offre ce texte n'a cependant pas que des effets bénéfiques pour l'entrepreneur individuel souhaitant affecter les biens inscrits au bilan de son entreprise individuelle dans le cadre d'une EIRL. L'article L.526-6 du Code de commerce précise en effet que le patrimoine affecté ne saurait être composé que : « [...] de l'ensemble des biens, droits ou sûretés, dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. [...] ». Les critères d'affectation de tels biens sont alignés sur ceux des éléments pouvant intégrer le patrimoine professionnel d'un titulaire de BNC.¹⁴⁶² On distingue à ce titre les biens affectés par nature consacrés en totalité au patrimoine affecté,¹⁴⁶³ des biens mixtes

¹⁴⁵⁸ Lequel bénéficie de l'abattement de 40%, de l'abattement fixe annuel et du crédit d'impôt

¹⁴⁵⁹ En cas d'option pour l'IS, l'entrepreneur individuel peut demeurer adhérent d'un centre ou d'une association de gestion agréé ce qui permet de bénéficier d'une prescription de contrôle fiscal abrégée à 2 ans. v. CGI, art. L. 169, 2^{ème} al. & LPF art. L. 176, 2^{ème} al.

¹⁴⁶⁰ CGI, art. 1655 sexies

¹⁴⁶¹ La doctrine penche en faveur de cette seconde solution puisqu'elle seule permet de conserver la neutralité du régime ; v. SERLOOTEN Patrick, *Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, Droit fiscal n° 11, 18 Mars 2010, 225 ; le projet d'instruction semble aller dans le même sens.

¹⁴⁶² Feuillet rapide Francis Lefebvre, n°30/10, 11 juin 2010, p. 26

¹⁴⁶³ Rapport AN n°2298, p. 28, 37 s., 41; Rapport Sénat n°362, p. 23. Il peut s'agir par exemple du fonds de commerce ou des outils de l'artisan, Rapport Sénat n°362, p. 40.

(usage professionnel et personnel) affectés sur décision, des biens à caractère personnel ne pouvant être affectés en raison du caractère uniquement privé de leur usage. La composition du patrimoine d'affectation apparaît comme étant bien différente de celle du patrimoine professionnel de l'entreprise individuelle puisque seuls les biens professionnels peuvent faire partie du patrimoine affecté. Les biens figurant au bilan d'une entreprise individuelle sans pour autant lui-être matériellement affectés ne peuvent pas intégrer le patrimoine d'affectation. En conséquence, la déclaration d'affectation entraîne le retrait du bien non professionnel inscrit au bilan, susceptible de générer une plus-value imposable.¹⁴⁶⁴ Cette restriction posée par le législateur constitue sans nul doute une limitation à la liberté de gestion de l'entrepreneur individuel qui n'a d'autre choix que de conserver le risque de l'exploitation ou de risquer l'imposition de certains des éléments d'actif de son bilan. Cette décision d'affectation limitant son risque permet ainsi de limiter le gage des créanciers professionnels en l'absence même de création d'une personne morale.¹⁴⁶⁵ L'entrepreneur reste ainsi propriétaire de tous ses biens y compris de ceux affectés à l'activité, ce qui conduit à s'interroger sur le traitement fiscal de l'opération tant au moment de la décision d'affectation qu'en cours de vie de cette EIRL.

Cette neutralité fiscale est assez surprenante car elle permet l'assujettissement de l'EIRL dénuée de personnalité morale, à un impôt frappant uniquement les personnes morales. Tirant les conséquences de cette neutralité, le législateur a prévu que la liquidation de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée emporterait les mêmes conséquences fiscales que la cessation d'entreprise malgré l'absence de personnalité morale.¹⁴⁶⁶ L'expression neutralité prête en réalité à confusion puisque ce terme traduit un positionnement d'abstention que n'a pas le droit fiscal à l'égard de l'EIRL. Cette dernière constitue bien un sujet fiscal malgré l'absence de création d'une personnalité morale. Les transferts opérés du patrimoine personnel au patrimoine professionnel entraînent les conséquences habituelles d'un transfert entre deux patrimoines de deux personnes distinctes alors même que l'EIRL permet à une même personne de disposer de deux patrimoines.

¹⁴⁶⁴ Egale à la différence entre la valeur vénale de l'élément d'actif au jour de l'affectation et sa valeur comptable nette

¹⁴⁶⁵ Article L526-6 du Code de commerce tel qu'il serait issu de l'article 1^{er} du projet de loi sur l'EIRL

Le droit fiscal ne tient aucunement compte de la réalité de l'opération et impose la mutation comme en présence de deux personnes distinctes. En effet, le retrait d'un bien non nécessaire à l'EIRL entraîne une diminution de la valeur du patrimoine reflétée dans les comptes annuels de l'exercice pouvant conduire le cas échéant à la constatation d'une plus value au titre de la « *désaffectation* ». Celle-ci elle peut être imposée selon les règles de droit commun et conduire à une taxation immédiate et le cas échéant à une exonération. Le traitement fiscal de l'opération tient compte du fait que l'entrepreneur a souhaité compartimenter son patrimoine mais pousse le « *réalisme* » à l'absurde en imposant les plus values réalisées par un particulier lors du transfert de biens d'un compartiment de son patrimoine à un autre ce qui revient à imposer une plus value économiquement inexistante, une plus value latente. Il apparaît que la divergence de conception de la personnalité laisse une fois encore apparaître l'absence d'identité juridique et fiscale du concept de personnalité mais conduit à la taxation à l'IR de revenus non disponibles.

Si l'article 1655 sexies assimile, sur le plan fiscal, l'EIRL à une EURL, il y a tout lieu de penser que les affectations ultérieures à une EIRL soumise à l'IS ne donneront pas droit aux réductions d'impôt pour souscription au capital de PME des articles 199 terdecies OA et 885 OV bis du CGI. Le projet d'instruction publié par l'administration fiscale le 25 février 2011 commentant le régime fiscal applicable à l'EIRL¹⁴⁶⁷ organisé par l'article 1655 sexies du CGI, n'est à cet égard d'aucune aide. On peut cependant légitimement penser que l'absence de capital social de l'EIRL empêche de remplir la condition fondamentale de ces réductions. L'EIRL bénéficie par conséquent d'un traitement fiscal similaire à celui des EURL mais sa nature particulière prive l'instrument du bénéfice des réductions d'impôt propres aux PME et conduit à l'imposition de plus values en cas de simple retour des biens dans le patrimoine privé de l'entrepreneur. Le régime fiscal de l'instrument nous semble de ce fait de nature à rebuter les candidats à la création d'un patrimoine professionnel affecté.

¹⁴⁶⁶ CGI Art. 1655 sexies

¹⁴⁶⁷ Issu de l'article 4 de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'EIRL

§1. Imposition lors de l'affectation et de la désaffectation

L'EIRL constitue une universalité affectée au paiement de dettes professionnelles. Mais il s'agit d'une universalité d'une nature très originale puisqu'elle est susceptible de transmission à titre gratuit ou à titre onéreux.¹⁴⁶⁸ L'EIRL ou les biens qui la composent sont en effet susceptibles de transmission entre vifs¹⁴⁶⁹ ou à cause de mort.¹⁴⁷⁰ Si en l'absence de précisions contraires, ces opérations doivent être traitées classiquement, des droits de mutations sont dus en cas d'affectation à l'EIRL (A). L'EIRL est ainsi marqué par de multiples possibilités de mutations susceptibles de donner lieu à la constatation de plus-values (B).

A – Les droits de mutation

Ainsi que le précise l'exposé des motifs du projet de loi, le traitement fiscal de l'EIRL est aligné en tous points sur celui de l'EURL. L'article 1655 sexies nouveau du Code général des impôts tel qu'il ressort de la loi prévoit en effet que la déclaration d'affectation est traitée de la même manière que la constitution d'une EURL. Ainsi, afin de bénéficier de l'exonération des droits d'apport, l'entrepreneur déclarant devra¹⁴⁷¹ prendre l'engagement de conservation¹⁴⁷² des biens affectés pendant trois ans. Une question surgit alors s'agissant du droit d'apport ordinaire lequel, généralement exonéré, varie en fonction du capital social. Or il n'est pas prévu de capital dans les EIRL. L'assimilation proposée du capital social à l'ensemble des biens affectés pose

¹⁴⁶⁸ V. Article L. 526-17 du Code de commerce ; « *Voici qui, dans l'ordre juridique, marque une révolution : la consécration de la notion de cession de patrimoine [...] Cela n'allait pas de soi. C'est en effet la première fois que ce type de transfert de patrimoine – actif et passif – est admis pour une personne physique* ». MORTIER Renaud, *Les mutations de l'EIRL*, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 72 s.

¹⁴⁶⁹ Le transfert au cessionnaire n'emporte pas liquidation de l'EIRL (Code de commerce art. L. 526-17). En effet, en pareille situation, tant l'actif que le passif (Code de commerce, art. L. 526-17, III) du patrimoine affecté sont transmis au cessionnaire ou au donataire et ce en l'absence de novation ce qui permet aux créanciers de conserver leurs garanties ; v. MORTIER Renaud, *Les mutations de l'EIRL*, préc.

¹⁴⁷⁰ Ainsi que le précise l'article L. 526-15 du Code de commerce l'EIRL doit par principe être liquidée en cas de décès de l'entrepreneur, par exception elle peut continuer dans les conditions de l'article L. 526-16 du Code de commerce.

¹⁴⁷¹ Sous peine d'acquitter le droit d'apport majoré en cas d'option à l'IS, d'apport d'immeuble ou de fonds de commerce

¹⁴⁷² L'article 809 I bis du Code général des impôts prévoit la conservation des titres reçus en contrepartie de l'apport. Par transposition du mécanisme à l'EIRL, on ne peut concevoir un engagement de conservation que sur les biens affectés.

problème dans la mesure où d'une part l'affectation ultérieure à la décision d'affectation constituerait une augmentation de capital et où d'autre part l'évaluation des biens affectés peut ne refléter que partiellement la consistance du patrimoine. En effet, jusqu'à une limite qui sera vraisemblablement portée à 30 000€ par l'ordonnance (devant être publiée dans les 6 mois de la publication de la loi), l'entrepreneur individuel évalue lui-même les biens apportés à l'EIRL. Au-delà, il doit avoir recours à un expert évaluateur. Si l'entrepreneur n'est pas lié par le rapport de l'expert, il engagera sa responsabilité pour une durée de 5 ans sur la totalité de son patrimoine s'il passe outre cet avis faisant ainsi disparaître l'intérêt du recours à l'EIRL.¹⁴⁷³

S'agissant des droits de mutation, le législateur a pris le soin de préciser que par exception la déclaration d'affectation d'un bien immobilier publiée au bureau des hypothèques ne donnerait pas lieu à la taxe de publicité foncière ou à un droit d'enregistrement. L'article 846 bis alinéa 2 modifié du Code général des impôts tel qu'il résulterait de ce projet de loi précise en effet « *qu'aucune perception de droits n'est due lors de l'accomplissement des formalités* ». La déclaration d'affectation ne devrait entraîner aucune mutation de propriété imposable puisque si mutation il y a, cette mutation ne s'effectue que d'un compartiment à l'autre du patrimoine de l'entrepreneur individuel. Ainsi, cette « *technique de protection de l'entrepreneur par la patrimonialisation (EIRL) serait, [...] plus avantageuse que la technique par la personnalisation (EURL)* », ¹⁴⁷⁴ dans la mesure où elle dispense l'entrepreneur d'acquitter des droits d'apport, quand bien même ces derniers sont aujourd'hui le plus souvent symboliques ainsi que le remarque Patrick Serlooten. Au regard des droits de mutation, la déclaration d'affectation devrait donc avoir des conséquences identiques à celles liées à la décision d'inscription au bilan par un entrepreneur individuel. Afin de limiter les coûts de l'affectation d'un immeuble, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat a adopté, sur proposition de son rapporteur, un amendement à l'alinéa 18 de l'article 1^{er} du projet de loi visant à limiter le coût de l'affectation d'un bien immobilier reçue par acte

¹⁴⁷³ BABIN Pierrick, *Présentation de la loi sur l'Entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Les nouvelles fiscales, n°1050, 15 juillet 2010, p.4

¹⁴⁷⁴ SERLOOTEN Patrick, *Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, Droit fiscal n° 11, 18 Mars 2010, 225

notarié.¹⁴⁷⁵ Ainsi, les émoluments attachés à la rédaction de cet acte ne seront pas proportionnels à la valeur du bien affecté mais bénéficieront d'un taux fixe « *dans le cadre d'un plafond déterminé par décret* »¹⁴⁷⁶ reprenant ainsi les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 526-2 du code de commerce.¹⁴⁷⁷

B – Les plus-values de désaffectation et de liquidation

Désaffectation d'un bien. L'assimilation fiscale de l'EIRL à l'EURL conduit à traiter le transfert d'un bien du patrimoine professionnel au patrimoine personnel comme la cession d'un bien par une EURL suivie de la distribution des sommes réputées perçues en rémunération de cette cession. A défaut d'option pour l'IS et dès lors que l'EIRL est soumise à un régime réel d'imposition,¹⁴⁷⁸ la désaffectation est de nature à générer une plus ou moins-value, soumise à l'IR mais susceptible de bénéficier des exonérations des articles 151 septies et 151 septies B. Si en revanche l'entrepreneur a opté pour l'IS, la désaffectation est susceptible de générer une plus ou moins-value imposable. La désaffectation est par ailleurs analysée comme une cession du bien par l'entrepreneur suivie d'une distribution des sommes perçues en contrepartie de cette cession. Cette distribution n'est cependant pas fiscalement traitée comme une distribution car elle correspond à un remboursement d'apports ou de primes d'émission exonérées d'impôt pour leur valeur d'apport.¹⁴⁷⁹

Liquidation de l'EIRL. L'affectation cesse de produire ses effets en cas de renonciation de l'entrepreneur. La liquidation de l'EIRL est fiscalement traitée comme l'annulation de droits sociaux d'une EURL. Cette liquidation conduit de ce fait à

¹⁴⁷⁵ HOUEL Michel, Avis n° 358, présenté au nom de la commission de l'économie du sénat sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, enregistré à la présidence du Sénat le 23 mars 2010, p. 13

¹⁴⁷⁶ Texte de la commission, des lois constitutionnelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, enregistré à la présidence du Sénat le 24 mars 2010, n° 363, p.4

¹⁴⁷⁷ Le dernier alinéa précise en effet que : « *L'établissement de l'acte prévu au premier alinéa et l'accomplissement des formalités donnent lieu au versement aux notaires d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret* ».

¹⁴⁷⁸ En cas d'imposition de l'EIRL à un régime forfaitaire d'imposition, la désaffectation, génératrice d'une plus ou moins-value, est assimilée au retour dans le patrimoine privé de l'entrepreneur d'un bien provenant de l'entreprise individuelle.

l'imposition immédiate des résultats non encore imposés¹⁴⁸⁰ à la date de cette cessation. Ainsi que le précise le projet d'instruction,¹⁴⁸¹ la liquidation de l'EIRL est aussi de nature à donner lieu à l'imposition de la plus-value assimilée à une plus-value¹⁴⁸² d'annulation des « *parts* » si l'EIRL est soumise à l'IR ou à l'imposition de la distribution du « *boni de liquidation* » si l'EIRL a opté pour l'IS.

Si juridiquement l'affectation cesse de produire ses effets en cas de décès¹⁴⁸³ de l'entrepreneur, on pourrait penser que le droit fiscal tire les conséquences de ce décès. L'administration a cependant précisé que par principe le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne conduisait à la cessation fiscale de l'EIRL que si cette dernière était liquidée,¹⁴⁸⁴ puisqu'assimilée fiscalement à une EURL dont le décès de l'associé ne conduit à une cessation fiscale qu'en cas de liquidation ultérieure.¹⁴⁸⁵

§2. L'imposition des revenus de l'EIRL

Ainsi que le précise l'article L. 526-13 du Code de commerce, l'entrepreneur doit tenir une comptabilité commerciale spécifique au patrimoine affecté qu'il doit déposer annuellement au registre où il s'est déclaré. Un décret et un arrêté ont récemment précisé les obligations comptables des EIRL.¹⁴⁸⁶ La loi impose ainsi aux EIRL de déposer annuellement leurs comptes dans les six mois de la clôture de l'exercice¹⁴⁸⁷ et de tenir une comptabilité autonome conforme aux règles de la comptabilité

¹⁴⁷⁹ CGI, art. 112 1°

¹⁴⁸⁰ Et des plus-values en report de l'article 151 octies ou 151 nonies.

¹⁴⁸¹ v. Projet d'instruction, 22 février 2011, §56 ; FR 11/11, n°11 s.

¹⁴⁸² Cette plus value est déterminée selon les règles issues de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Pour le calcul de la plus-value, le prix de revient des parts doit être majoré des bénéfices déjà imposés et des pertes antérieures comblées, et minoré des déficits déjà déduits et des bénéfices appréhendés ; v. Conseil d'Etat, 16 février 2000, n° 133296, *Quemener*

¹⁴⁸³ Sauf si l'un de ses héritiers souhaite poursuivre l'activité

¹⁴⁸⁴ Cette liquidation est cependant présumée à défaut de manifestation de continuité exprimée par l'héritier

¹⁴⁸⁵ cf. doctrine administrative DB 4 A 6123, n° 4

¹⁴⁸⁶ Décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010 et arrêté du 29 décembre 2010, JORF n°0303 du 31 décembre 2010 page 23464

commerciale tout en prévoyant des obligations comptables simplifiées¹⁴⁸⁸ bénéficiant aux EIRL relevant d'un régime de micro ou du forfait agricole.¹⁴⁸⁹ L'existence de cette comptabilité permet de déterminer les résultats dégagés par l'activité professionnelle et qui seront soumis à l'IR (A) à défaut d'option en faveur de l'impôt sur les sociétés (B).

A - Imposition à l'IR

Les EIRL soumises à un régime réel d'imposition. L'article 1655 sexies assimile fiscalement les EIRL relevant d'un régime réel d'imposition aux EURL. Par conséquent, en dépit de l'absence de personnalité morale, l'EIRL bénéficie d'une personnalité fiscale autonome et du régime d'imposition des sociétés de l'article 8. En raison de cette assimilation aux sociétés de personnes, les résultats¹⁴⁹⁰ des EIRL sont déterminés suivant la nature de l'activité exercée¹⁴⁹¹ et sont imposés au nom de l'entrepreneur individuel comme s'il s'agissait d'un associé unique.¹⁴⁹² Si l'imposition des résultats de l'EIRL n'est pas choquante, cette assimilation purement fictive conduit à traiter comme une cession ou un apport les différents transferts opérés au sein des différents compartiments du patrimoine de l'entrepreneur. Le projet d'instruction précise à cet égard que le retrait de liquidités du patrimoine affecté est constitutif d'une distribution de dividendes¹⁴⁹³ ou d'un salaire qui n'est pas déductible du bénéfice imposable.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁸⁷ R 526-19 du Code de commerce

¹⁴⁸⁸ R 526-10-1 du Code de commerce

¹⁴⁸⁹ Ces EIRL doivent alors tenir un livre de recettes et le cas échéant un registre des achats (conformément aux dispositions de l'article L 123-28 du Code de commerce) ainsi qu'un relevé d'actualisation la déclaration d'affectation.

¹⁴⁹⁰ On notera ici que la tenue d'une comptabilité n'est pas de nature à conduire automatiquement à la détermination des résultats selon les règles de la comptabilité d'engagement

¹⁴⁹¹ En cas de pluralité d'activités, le bénéfice est déterminé après application des articles 75 et 75 A (si l'activité principale est de nature BA) ou de l'article 155 (si l'activité principale est de nature BIC), ou de la Doc. Ad. 5 G 1112, n° 10, (si l'activité principale est de nature BNC).

¹⁴⁹² Le calcul des cotisations et contributions sociales s'effectue alors selon les règles de droit commun conformément aux dispositions de l'article L. 131-6 du CSS ; v. Circulaire RSI n°2010/033 du 29 septembre 2010, p. 6

¹⁴⁹³ Projet d'instruction §15 & 19

¹⁴⁹⁴ Doc. Ad. 4 C 443 du 30 octobre 1997, n° 1

Les EIRL soumises à un régime forfaitaire d'imposition. La création d'une EIRL, relevant en revanche d'un régime forfaitaire ou du régime de l'auto-entrepreneur, n'a aucune conséquence fiscale. En effet en pareille hypothèse, la situation fiscale n'est pas modifiée par la création de l'EIRL et les opérations effectuées entre les différentes branches du patrimoine de l'entrepreneur bénéficient d'une parfaite neutralité fiscale. Si l'EIRL existe bien juridiquement et produit ses pleins effets à l'égard des créanciers, elle est fiscalement analysée comme un « *non évènement* ». Les EIRL relevant d'un régime d'imposition forfaitaire présentent deux spécificités. La première constitue une disposition anti-abus visant à empêcher les entrepreneurs de segmenter leur activité pour bénéficier du régime forfaitaire d'imposition. En effet, l'exercice simultané par l'entrepreneur d'une activité complémentaire à celle de l'EIRL est incompatible avec le régime d'imposition forfaitaire. En pareille hypothèse, il est fait masse des résultats et au résultat global ainsi obtenu est appliqué le régime forfaitaire ou le régime réel si les seuils sont franchis. La seconde spécificité tient au fait que les EIRL soumises à un régime d'imposition forfaitaire ne peuvent opter pour l'IS.

Imposition des plus-values d'apport. En vertu de l'article 1655 sexies nouveau du Code général des impôts, l'EIRL devrait être fiscalement assimilée à une EURL. Cette assimilation conduit à la constatation d'une plus-value d'apport qui doit être distinguée selon que l'affectation résulte de la création d'une entreprise individuelle ou que cette affectation résulte d'une transformation d'une entreprise individuelle déjà existante en EIRL. Dans le premier cas, l'alignement de l'EIRL sur l'EURL en matière fiscale n'est pas nécessairement de nature à convaincre l'ensemble des candidats à l'entreprise individuelle. En effet, l'affectation d'un immeuble lors de la création de l'entreprise entraîne une plus-value d'apport imposable aux plus-values immobilières des particuliers alors même que l'affectation n'a dégagé aucune liquidité ce qui restreint nécessairement l'accès à la protection patrimoniale. Dans l'hypothèse où la décision d'affectation résulte d'une modification d'une entreprise individuelle déjà existante, la déclaration constituerait fiscalement un apport en société générateur d'une plus-value égale à la différence entre la valeur vénale des éléments affectés et leur valeur au bilan ce qui risque d'échauder les entrepreneurs individuels candidats à l'EIRL et restreindre le succès de cette innovation. L'application de l'article 151 octies du CGI permettant le report des plus-values d'apport de biens non amortissables jusqu'à la date de la cession des biens apportés permettrait de limiter cet inconvénient. Cet inconvénient subsiste

cependant s'agissant des biens amortissables affectés dont la plus value d'apport ne peut bénéficier que d'un étalement sur cinq ou quinze ans.

La transformation d'une entreprise individuelle en EIRL soumise à un régime réel d'imposition¹⁴⁹⁵ entraîne la cessation totale ou partielle de l'entreprise individuelle ainsi qu'un transfert des biens du patrimoine de l'entreprise individuelle à celui de l'EIRL qui est traité comme un apport à une EURL. Si pour l'administration ce transfert des biens peut conduire à la constatation de plus ou moins-values professionnelles,¹⁴⁹⁶ cette imposition n'est pas évidente contrairement à ce que laisse croire l'administration puisque la constatation de la plus-value résulte non d'une cession à un tiers mais d'une cession à soi-même. La question écrite posée le 15 mars 2011 par le Député Jean-Luc Warsmann¹⁴⁹⁷ atteste de cette incertitude. En effet, ce député interrogeait le Ministre du budget sur le point de savoir si un entrepreneur serait imposé sur les éventuelles plus-values professionnelles générées par l'affectation patrimoniale et le cas échéant si ces plus-values professionnelles, étaient immédiatement imposables ou si elles bénéficiaient d'un report d'imposition.

Il est dès lors nécessaire de s'intéresser à la valorisation des éléments intégrant le patrimoine affecté puisqu'elle influe directement sur le calcul de la plus value. Le projet d'instruction de la Direction de la Législation Fiscale est particulièrement intéressant sur ce point.¹⁴⁹⁸ L'administration précise en effet que « *la valorisation des biens [...] se fait dans les conditions de droit commun, conformément à l'article 38 quinquies de l'annexe III, c'est-à-dire pour leur valeur d'origine* » du point de vue de l'EIRL. Cette valeur correspond donc à la valeur réelle¹⁴⁹⁹ du bien au jour de son entrée dans le patrimoine affecté et non la valeur déclarée par l'entrepreneur individuel lors de la constitution. C'est par conséquent sur cette valeur que sera pratiqué l'amortissement des biens affectés.

¹⁴⁹⁵ Puisque la création d'une EIRL soumise à un régime d'imposition forfaitaire constitue un non-événement sur le plan fiscal

¹⁴⁹⁶ Projet d'instruction sur le régime fiscal de l'EIRL présenté le 22 février 2011 §42 ; Pouvant bénéficier des dispositions des articles 151 septies et 151 septies B

¹⁴⁹⁷ Question Ecrite Jean-Luc Warsmann, n°102313, JO du 15 mars 2011, page 2397

¹⁴⁹⁸ V. Projet d'instruction sur le régime fiscal de l'EIRL présenté le 22 février 2011 ; §32 s.

¹⁴⁹⁹ Il semble qu'il faille assimiler la valeur réelle à la valeur vénale du bien

B – L’option pour l’impôt sur les sociétés

Afin d’assurer une égalité de traitement entre l’EIRL et l’EURL, l’article 1655 sexies du CGI permet à l’entrepreneur individuel d’effectuer une option¹⁵⁰⁰ permettant que les résultats de l’entreprise soient imposés à l’IS. « *L’entreprise individuelle, qui n’est pas une société, peut ainsi opter pour l’impôt réservé en principe à ces dernières, chassant ainsi sur les terres de la société unipersonnelle à responsabilité limitée* ». ¹⁵⁰¹ Cette possible soumission à l’IS d’une entreprise ne disposant pas de la personnalité morale semble marquer le retour d’une certaine forme de particularisme du droit fiscal, à défaut d’autonomie,¹⁵⁰² dans la mesure où cette faculté d’option distingue implicitement personnalité fiscale et personnalité morale et soumet une personne physique à un impôt propre aux sociétés.

Si « *la liberté d’entreprendre doit avoir pour corollaire la liberté dans le choix du régime fiscal et social* », ¹⁵⁰³ cette liberté est cependant limitée par son irrévocabilité mais aussi par le régime d’imposition de l’entrepreneur dans la mesure où l’option pour l’IS n’est ouverte qu’aux entrepreneurs relevant d’un régime réel d’imposition. Cette possibilité est ainsi circonscrite puisque les entreprises soumises au régime des micro-entreprises,¹⁵⁰⁴ au régime déclaratif spécial pour les professions libérales,¹⁵⁰⁵ ou à l’évaluation forfaitaire du bénéfice agricole,¹⁵⁰⁶ ne sont pas concernées par cette option dans la mesure où elles bénéficient déjà d’un régime fiscal simplifié et attractif.

¹⁵⁰⁰ Ainsi que le précise le projet d’instruction (§22) et conformément aux dispositions de l’article 239 du CGI, pour que l’EIRL soit assujettie à l’IS à compter de sa création, l’option doit être formulée avant la fin du deuxième mois suivant sa création

¹⁵⁰¹ BERTIN Pierre, *L’EIRL sur les terres de l’EURL*, Les nouvelles fiscales, n°1047, 1^{er} juin 2010, p. 3

¹⁵⁰² La position de Maurice Cozian sur l’autonomie du droit fiscal nous semble d’autant plus justifiée qu’il l’étaye d’une lettre du Doyen Trotabas, père de cette théorie, lequel précise que son attachement à cette théorie est sentimental et non le fait d’une intime conviction ; v. COZIAN Maurice, *Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l’autonomie et le réalisme du droit fiscal*, in Les grands principes de la fiscalité des entreprises, 4^{ème} éd. Litec, p. 3 à 15 ; Certains éléments marquent cependant la distance que le droit fiscal prend des autres branches du droit.

¹⁵⁰³ ROUSSEL Frédéric, *Un statut juridique et fiscal pour l’entrepreneur individuel : enfin !*, Droit & Patrimoine, février 2010, n°189

¹⁵⁰⁴ Article 50.0 du Code général des impôts

¹⁵⁰⁵ Article 102 *ter* du Code général des impôts

¹⁵⁰⁶ Article 64 du Code général des impôts

Cette option fait peser une différence de traitement dont on a du mal à trouver la justification. En effet, l'entrepreneur qui n'aurait pas choisi l'EIRL comme mode d'exercice de son activité ne pourra pas opter pour le régime fiscal favorable de l'impôt sur les sociétés. Ce régime est en effet favorable puisqu'il permet notamment la non-imposition des réserves non encore distribuées. Cette différence de traitement fait bénéficier l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée d'une prime à l'irresponsabilité. Le paradoxe est de taille puisque l'entrepreneur ayant opté pour le régime protecteur de l'EIRL bénéficie d'un avantage fiscal tandis que l'entrepreneur individuel qui ne limite pas sa responsabilité consent à exposer tous ses biens aux poursuites de ses créanciers sans obtenir aucune récompense fiscale. Cette situation est d'autant plus inégalitaire que la transformation d'une entreprise individuelle en EIRL est onéreuse sur le plan des droits de mutation ainsi que sur celui des plus-values.

Les conséquences fiscales du changement de régime d'imposition en cours de vie de l'EIRL peuvent elles aussi être onéreuses puisque ce changement est traité comme une cessation d'entreprise. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 202 ter du CGI, le passage de l'IR à l'IS conduit, dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés,¹⁵⁰⁷ à l'imposition immédiate de tous les bénéfices non encore imposés tels que les résultats de l'exercice en cours ou les plus-values latentes. Si les conséquences de la cessation d'entreprise en matière d'imposition directe s'appliquent en cas d'option par l'entrepreneur pour l'impôt sur les sociétés, il semble que les conséquences de la cessation en matière de droits d'enregistrement ne s'appliquent pas. En effet, les dispositions des articles 809 II et 810 III du CGI prévoient que le changement de régime fiscal en faveur de l'IS rend exigible un droit spécial de mutation sur certains apports en nature.¹⁵⁰⁸ Ce droit n'est cependant dû qu'en cas de changement de régime fiscal d'une personne morale ce qui ne saurait être le cas de

¹⁵⁰⁷ Par application de l'article 202 ter du CGI, l'EIRL peut échapper, tout comme les sociétés, à l'imposition immédiate au titre des impôts directs en application de l'article 202 ter, dès lors que l'option ne conduit à aucune modification comptable et que l'imposition des profits non encore imposés demeure possible malgré l'option.

¹⁵⁰⁸ Est ainsi perçu un droit de 5 % calculé sur la valeur vénale des immeubles ainsi qu'un droit de 3% ou 5% calculé sur la valeur du fond de commerce (ce droit de 3% s'applique sur la fraction comprise entre 23 000 € et 200 000 € puis de 5 % sur celle excédant 200 000 €). Un droit fixe de 375 € ou de 500 € (selon que le capital social est inférieur ou non à 225 000€) peut être substitué au droit spécial quand les associés s'engagent à conserver pendant trois ans les titres.

l'EIRL qui ne dispose pas de cette qualité. La nature particulière de l'EIRL permet donc l'assujettissement d'une personne physique à un impôt propre aux sociétés mais ne peut conduire à l'application de l'ensemble du régime fiscal de l'IS compte tenu de l'absence de personnalité morale et de capital social.

Cette option pour l'impôt sur les sociétés est relativement attirante puisqu'elle a pour conséquence immédiate de permettre la détermination du bénéfice imposable dans les conditions de droit commun. Par conséquent, si la rémunération de l'entrepreneur est imposée à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires,¹⁵⁰⁹ elle est aussi déductible du bénéfice imposable¹⁵¹⁰ de l'EIRL. De même, les dividendes que décide de se verser l'entrepreneur individuel constituent des revenus de capitaux mobiliers imposables¹⁵¹¹ au barème progressif de l'IR¹⁵¹² ou au prélèvement forfaitaire libératoire de 19%.¹⁵¹³ On comprend dès lors les réticences opposées par le ministère du budget. Ce dernier s'est en effet inquiété de la perte potentielle¹⁵¹⁴ de recettes fiscales pouvant résulter d'un tel système. L'étude d'impact¹⁵¹⁵ de ce nouveau dispositif justifie à cet égard les craintes d'Eric Woerth, alors ministre du budget, puisqu'elle révèle que 2/3 des EIRL auraient recours à cette option. Cette perte de recettes doit cependant être nuancée car afin de minimiser les coûts pour les finances publiques du fait de l'ouverture d'une option à l'impôt sur les sociétés, le législateur a prévu d'instaurer une clause « *anti abus* ». Ainsi, la part des dividendes supérieure à 10% de la valeur des biens du patrimoine affecté ou du bénéfice annuel net s'il est supérieur au patrimoine affecté est soumise à cotisations sociales. En effet, afin de limiter les effets possibles d'une optimisation dividendes / rémunération, le projet de loi prévoit que la part des revenus de l'activité professionnelle reversée par

¹⁵⁰⁹ CGI, art. 62 & 79. Ce qui permet à l'entrepreneur de pratiquer l'abattement forfaitaire de 10% au montant brut des rémunérations perçues (CGI, art. 83-3).

¹⁵¹⁰ CGI, art. 211 I

¹⁵¹¹ Et soumis aux contributions sociales de 12,3%

¹⁵¹² Après forfaitaire abattement de 40 % et abattement fixe de 1 525 € ou 3 050 € selon la situation matrimoniale de l'entrepreneur : v. CGI art. 158 3. 2° & 5° ; NB : Le crédit d'impôt sur les revenus distribués de 115 € ou 230 € a été supprimé par la loi de finances pour 2011.

¹⁵¹³ CGI, art. 117 quater

¹⁵¹⁴ Cette perte n'est en effet que potentielle compte tenu du fait que le rendement de l'impôt sur les sociétés est moins prévisible que celui de l'impôt sur le revenu

¹⁵¹⁵ *Etude d'impact du projet relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, janvier 2010, annexe 1 page 21

l'entrepreneur dans son patrimoine personnel soit assujettie aux cotisations sociales dans les conditions de droit commun si ceux-ci excèdent le plus élevé des deux montants suivants :

- 10% de la valeur des biens du patrimoine affecté,
- 10% du bénéfice annuel net.

L'appréciation de l'impact de l'option à l'impôt sur les sociétés sur les finances publiques suppose une évaluation du nombre potentiel de création d'EIRL. Les travaux parlementaires prévoient la création de 100 000 EIRL d'ici fin 2012 correspondant à 60 000 créations nouvelles, 35 000 transformations d'entreprises individuelles existantes en EIRL,¹⁵¹⁶ et 5 000 créations par transformations issues d'EURL. L'étude d'impact estime à 25% (soit 25 000) les créations d'EIRL qui, en l'absence du nouveau dispositif, auraient abouti à des créations d'EURL. Ces substitutions ayant un impact neutre sur les finances publiques. De même, les transformations d'EURL existantes en EIRL (5000) ont un impact neutre sur les finances publiques. Enfin, se fondant sur un pourcentage tiré des comportements d'option fiscale constatés dans les EURL, le rapport envisage que seuls 2/3 des EIRL devraient opter pour l'IS si bien que 45 000 EIRL seraient susceptibles d'opter à l'IS à fin 2012. L'étude estime que seuls les 2/3 des EIRL mettront en place des distributions de dividendes significatives.¹⁵¹⁷ Ainsi, d'ici fin 2012, 30 000 EIRL auraient un comportement de versement de dividendes significatifs. Le coût de l'option à l'IS pour les EIRL avec maximisation du versement de dividende serait compris unitairement entre 930 et 2 600€ Le coût statistique global pour les finances publiques à l'horizon de fin 2012 ne tenant pas compte des effets positifs du dispositif¹⁵¹⁸ (correspond à la multiplication des coûts individuels par le nombre d'EIRL concernées) serait compris entre 50 et 60 millions d'euros.

¹⁵¹⁶ L'étude d'impact du nouveau dispositif estime d'une part que le nombre d'EURL se transformant en EIRL sera très limité en raison du coût de la liquidation d'une EURL et d'autre part qu'une telle transformation n'aurait pas d'impact pour les finances publiques.

¹⁵¹⁷ L'entrepreneur pouvant choisir de privilégier le versement de salaires.

¹⁵¹⁸ Création d'entreprises, d'activités et d'emplois

Conclusion du Chapitre 2

L'affectation horizontale du droit de propriété constitue un aspect fondamental de l'instrumentalisation du droit de propriété. Si ici encore le recours au patrimoine d'affectation à travers l'EIRL ne présente aujourd'hui encore qu'un intérêt réduit en matière d'optimisation fiscale du patrimoine, on peut espérer que ses utilités se développeront au gré des modifications législatives. De telles modifications sont souhaitables car les régimes juridiques et fiscaux des deux formes de patrimoine d'affectation empêchent ces instruments de développer leurs multiples utilités théoriques et incitent de ce fait les contribuables à recourir à des instruments encore inconnus du droit français tel que le trust.

Le recours aux sociétés en revanche, instrument éprouvé de l'ingénierie fiscale du patrimoine constitue un voie d'optimisation d'une remarquable efficacité. Instrument incontournable de l'ingénierie du patrimoine, la société présente l'intérêt de créer un écran entre le bien et son propriétaire puisque le droit de propriété à la personne morale qui reçoit en échange un droit de créance sur cette dernière. La mise en société transforme donc le droit de propriété en droit de créance ce qui n'est pas neutre en terme fiscal.

Cette interposition de société entre l'objet et le sujet permet ensuite la mise en place de techniques combinant instrumentalisation par affectation et instrumentalisation par déconstruction. L'interposition justifie ensuite la prise en compte de décotes dans le cadre de l'opération d'évaluation puisque la détention indirecte limite les possibilités de cession. La valeur des parts n'équivaut pas en effet à la valeur des actifs de la société puisque la jouissance procurée par ces biens ne peut être qu'indirecte. Cette diminution de la faculté de jouissance explique à elle seule que les agents économiques privilégient systématiquement l'acquisition du bien à l'acquisition de parts d'une société détenant un tel bien.

La mise en société d'un bien productif de revenus est encore d'un intérêt puissant pour les contribuables fortement imposés dans la mesure où l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés leur permet de retarder une distribution et de réaliser ainsi un gain d'impôt temporaire ou définitif.¹⁵¹⁹ Le recours à la société apparaît ainsi comme un instrument essentiel de l'ingénierie patrimoniale qui s'avère indispensable dans le cadre de certaines stratégies de transmissions conditionnées par l'existence d'une société.¹⁵²⁰ Si le recours à l'instrumentalisation du droit de propriété par affectation horizontale présente un intérêt fiscal relativement fort, il apparaît ici encore que toute stratégie doit être étudiée à l'aune de l'abus de droit.

¹⁵¹⁹ Les résultats placés en réserve participeront à la création d'une plus value possiblement exonérée d'impôt à l'issue du délai de conservation de 8 ans.

¹⁵²⁰ Tel est le cas des pactes Dutreil qui permettent une réduction de droits de mutation s'élevant à 75%

Conclusion du Titre premier

L'introduction en droit français de la notion de patrimoine d'affectation ne peut encore remplir de réels objectifs patrimoniaux dans la mesure où le législateur, par crainte d'une instrumentalisation de cette technique à des fins d'évasion fiscale, a limité les possibilités d'utilisation de la fiducie. Ces limitations sont préjudiciables à l'instrument puisqu'elles l'empêchent de concurrencer le trust auquel les contribuables ont de plus en plus fréquemment recours.

L'affectation du droit de propriété dans une structure dotée ou non de la personnalité morale permet de modifier les règles fiscales applicables au droit de propriété. Il apparaît que cette forme d'affectation à des fins d'optimisation fiscale du patrimoine présente un intérêt d'autant plus fort que le droit de propriété est affecté de façon verticale dans une structure dotée de la personnalité morale. Le recours à la technique sociétaire constitue un écran entre l'objet et le sujet du droit de propriété conduisant à une réduction des droits d'enregistrement et des droits de mutation. Si la technique de réduction des droits de mutation la plus efficace est bien de limiter le nombre de mutations dont le droit de propriété fait l'objet et que l'apport d'un bien à une société constitue en soi une mutation, il apparaît que ce type de structuration est souvent indispensable en vue d'une transmission.

Cette technique permet aussi à travers l'opacité fiscale de localiser temporairement des revenus qui échappent ainsi temporairement ou définitivement à l'impôt sur le revenu. Le recours à la technique de l'affectation peut encore être combiné aux différentes techniques de déconstructions afin de multiplier les effets fiscaux favorables au contribuable. L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété par structuration patrimoniale peut enfin être combinée à une structuration géographique et temporelle.

TITRE 2. AFFECTATION PAR STRUCTURATION SPATIO-TEMPORELLE

L'affectation du droit de propriété peut résider, au-delà de l'affectation strictement juridique, en une affectation factuelle de nature géographique (Chapitre 1) ou temporelle (Chapitre 2). Ces deux formes d'instrumentalisation du droit de propriété par affectation produisent nécessairement des effets fiscaux car si le droit de propriété n'est pas affecté dans sa structure même, il est affecté par son environnement.

Chapitre 1. Structuration géographique du patrimoine

La manipulation du critère géographique produit des effets sur le traitement fiscal du droit de propriété. Si d'une part ces effets fiscaux de faveur s'expliquent par le caractère interventionniste de l'impôt qui incite parfois les contribuables à une structuration géographique (Section 2), la structuration géographique du patrimoine peut aussi résulter plus simplement de la volonté des contribuables de se soustraire à la souveraineté fiscale française. Manipulation du critère géographique (Section 1). Cette volonté d'échapper à l'impôt français a conduit un certain nombre de résidents français à recourir à des techniques d'évasion relativement simples tel que le dépôt de sommes sur un compte ouvert dans les livres d'une banque étrangère. La multiplication des conventions fiscales conclues par la France et l'obligation pour les résidents français de déclarer à l'administration les références des comptes bancaires dont ils sont titulaires à l'étranger¹⁵²¹ a amené les contribuables à développer des techniques plus complexes.

¹⁵²¹ Cette obligation ne porte pas atteinte à la libre circulation des capitaux Conseil d'Etat, 17 décembre 2010, n°330666, *Throude*

Section 1. Manipulation du critère géographique

Selon Gaston Jèze, l'impôt n'est dû par les contribuables qu'à raison de leur appartenance à une communauté politique. Selon lui, l'obligation fiscale n'est supportée qu'en raison de cette appartenance et l'importance de cette obligation dépend de la vigueur des liens unissant un individu à une communauté politique organisée. « *Cette idée explique pourquoi l'impôt s'applique non seulement aux nationaux mais encore aux étrangers qui séjournent ou passent sur le territoire : ce qui varie pour les étrangers c'est la force ou la durée du lien qui les rattache à la communauté politique dans laquelle ils séjournent.* »¹⁵²² Les stratégies d'optimisation patrimoniale ont fréquemment recours à une manipulation des critères territoriaux d'assujettissement à l'impôt et il apparaît que l'étendue du lien à la communauté politique organisée dépend tant de la localisation de la résidence fiscale du contribuable que de la localisation des biens dont ce dernier a la propriété. Cette manipulation recouvre un certain nombre de situations délicates et parfois constitutives de fraude fiscale. La réduction de ce lien impose aux contribuables des changements relativement importants allant de la réduction du pouvoir effectif de jouissance sur un bien à une modification de leur mode de vie. Si les contribuables désireux de recourir à ces techniques cherchent à conférer un effet fiscal maximum à leurs opérations de structuration territoriale, le plus souvent, ils souhaitent également que ces modifications impactent le moins possible leur situation personnelle,¹⁵²³ ce qui est impossible compte tenu de la nature même du lien justifiant l'impôt.

Le recours à la manipulation du critère de résidence (Sous-section1) visant à se soustraire à souveraineté jugée trop pesante constitue la manipulation la plus drastique sans être pour autant la plus complexe à mettre en œuvre. Elle impose en effet un changement de vie radical puisqu'elle consiste à rendre impossible l'application des

¹⁵²² JEZE Gaston, *Théorie générale sur le phénomène financier ; le crédit ; la taxe ; l'impôt*, M. Giard, 1928, p. 108

¹⁵²³ « *Tout vouloir procède d'un besoin, c'est à dire d'une privation, c'est à dire d'une souffrance. La satisfaction y met fin ; mais pour un désir qui est satisfait, dix au moins sont contrariés* » SCHOPENHAUER Arthur, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Traduit par A. Burdeau, 1912, Librairie Félix Alcan, 6^{ème} éd. Vol. 1^{er}, Livre 3^{ème}, §38, p. 202

critères de l'article 4B du CGI lesquels attachent à un territoire les éléments vitaux d'un individu. Le recours à la manipulation du critère de situation géographique des biens (Sous-section 2) permet quant à lui de diminuer dans certains cas le pouvoir d'imposition sur les biens objets de la manipulation sans pour autant amenuiser le lien unissant le contribuable à la communauté politique organisée.

Sous-section 1. La manipulation du critère personnel de résidence

La manipulation du critère de résidence permet au contribuable de se soustraire à la souveraineté fiscale de la France en lui privilégiant une souveraineté moins pesante (§1). Si le choix du pays d'accueil peut être mu par des obligations professionnelles ou par des considérations purement fiscales ; quelle que soit la motivation, la méthode de manipulation (§2) de ce critère est toujours la même et consiste à empêcher l'application par l'administration fiscale des critères internes et internationaux de résidence.

§1 – L'objectif de la manipulation du critère *rationae loci*

Si l'impôt frappe les flux,¹⁵²⁴ les revenus¹⁵²⁵ et le patrimoine,¹⁵²⁶ il frappe la perception, l'échange et la conservation de ce droit. L'imposition atteint ainsi le droit de propriété à chacune des étapes de son circuit économique.¹⁵²⁷ L'imposition intervient tout d'abord à l'occasion de l'acquisition de la propriété. En effet, lorsque l'acquisition du droit sur une somme d'argent est le fruit d'un travail, elle est soumise

¹⁵²⁴ Notamment par le biais de la TVA ou des droits de mutation et d'enregistrement

¹⁵²⁵ Impôt sur le Revenu, Impôt sur les sociétés

¹⁵²⁶ Impôt de solidarité sur la fortune ; Si l'émergence de l'Etat sous Philippe le Bel s'accompagne de la création des premières formes d'imposition sur le patrimoine, on remarque que la fiscalité sous l'ancien régime était essentiellement axée sur le patrimoine. La révolution française a conduit à une modification de la conceptualisation intellectuelle de la fiscalité, puisque l'impôt n'est désormais plus simplement envisagé comme une ressource au service de l'Etat mais répond aussi à une idée de justice. L'établissement des 4 vieilles (établies par l'Assemblée Constituante en 1790 : contribution foncière, contribution mobilière, patente et impôt sur les portes et fenêtres établi en 1798 sous le Directoire) ne modifie pas cependant les fondements de l'assiette imposable. La fiscalité demeure alors axée sur le patrimoine et l'essentiel du débat fiscal du XIX^{ème} est fondé sur l'introduction d'un impôt sur le revenu.

¹⁵²⁷ On distingue en effet, trois grandes matières imposables : les revenus (acquisition du droit), le patrimoine (conservation du droit), la dépense (utilisation économique du droit)

à l'impôt sur le revenu ; lorsqu'elle constitue le fruit d'un échange de droits,¹⁵²⁸ le transfert du droit de propriété donne lieu à la perception de droits d'enregistrement ou à l'imposition des plus-values réalisées. L'impôt frappe ensuite la valorisation du droit de propriété et ses échanges par le biais de la TVA. L'impôt frappe encore le droit de propriété au motif de sa simple conservation. L'impôt frappe enfin le droit de propriété au moment de sa transmission par la voie des droits de mutation à titre gratuit et des droits de succession.

Si le droit fiscal se concentre traditionnellement¹⁵²⁹ sur l'objet du droit pour déterminer les règles territoriales de l'impôt,¹⁵³⁰ on remarquera ici que c'est bien le droit de propriété et non l'objet du droit de propriété qui constitue l'assiette de l'imposition. Les abattements dont il est tenu compte ont en effet pour justification la diminution de valeur du droit de propriété lui-même et non de son objet dont la valeur n'est pas affectée par ces éléments juridiques. La prise en compte au titre des droits de mutation d'une décote de holding est justifiée par l'illiquidité du droit lui-même et non de son objet. De même la TVA frappe la valorisation économique du droit et son fait générateur est constitué par son échange. Ainsi, si les éléments de valorisation de l'objet du droit influent nécessairement sur la valorisation du droit, la réciproque n'est pas exacte et les facteurs de décote du droit ne modifient en rien la valeur de son objet. Ce n'est que la purge de ces éléments de valorisation qui conduit à créer une identité de valeur fiscale entre le droit de propriété et son objet. L'imposition frappe donc le droit de propriété à toutes les étapes de son cycle économique¹⁵³¹ et cette omniprésence

¹⁵²⁸ Tel est le cas de la vente d'un immeuble donnant lieu au transfert de droits réels immobiliers en échange d'une somme d'argent

¹⁵²⁹ D'autres critères territoriaux interviennent cependant tels que le lieu de résidences ou la nationalité des acteurs économiques intéressés à l'opération (comme c'est le cas en matière de droits de mutation)

¹⁵³⁰ Cette règle générale conduit le législateur à maintenir une fiscalité relativement lourde sur les assiettes imposables territorialement immuables et captives. Il est en effet plus facile de taxer le patrimoine immobilier (le patrimoine immobilier brut des ménages français s'élevait à 7076 milliards d'euros en 2007 selon l'INSEE) que les actifs financiers (en 2007 le patrimoine financier brut des ménages représentait la moitié du patrimoine immobilier) car d'une part, le premier est moins aisément dissimulable et que d'autre part, les règles de territorialité intéressant le patrimoine immobilier ne sont pas susceptibles de modification contrairement à celles intéressant les actifs financiers (et ce au moyen de modes de structuration horizontale ou de simple transfert). Cette facilité conduit à une taxation à outrance du patrimoine immobilier. Les propriétaires ont ainsi acquitté 40 milliards d'euros d'impôt au titre d'immeubles (dont 80% au titre de l'impôt sur le revenu et 5% au titre de l'ISF) V. TRANNOY Alain, *Imposer la propriété, est-ce du vol ? in Fiscalité et croissance*, PUF, avril 2011, p. 95

¹⁵³¹ Ce qui crée un sentiment d'injustice chez les contribuables qui voient dans cette multiplication des impositions en cascade une violation du principe du *non bis in idem*

explique pour partie la volonté des contribuables de s'y soustraire. L'internationalisation des activités économiques favorisée par les principes de libre circulation des biens, des personnes,¹⁵³² des services et des capitaux permet de manipuler fiscalement le critère de localisation géographique du droit de propriété.

Selon Pothier,¹⁵³³ le droit de propriété constitue un droit dans une chose (*jus in re*) et non dans un droit par rapport à la chose (*jus ad re*) qui ne consiste qu'en une action personnelle contre une personne qui a contracté une obligation, en un droit à une valeur.¹⁵³⁴ Le droit de propriété est ainsi conçu comme un droit réel principal c'est-à-dire un droit portant sur la matérialité même de la chose soumise au pouvoir privatif de son titulaire.¹⁵³⁵ Ce droit « *porte directement sur elle sans avoir à faire intervenir un tiers ; il n'établit donc de relations qu'entre la chose et le titulaire* ». ¹⁵³⁶ Le droit de propriété constitue donc un lien rattachant un objet à un titulaire et ne peut de ce fait être localisé géographiquement. La manipulation du critère de localisation doit alors être envisagée sous deux angles dans la mesure où le critère de localisation fiscal peut tenir soit à l'objet du droit de propriété soit à son titulaire. En effet, le critère de rattachement à l'impôt diffère selon l'impôt envisagé. L'impôt peut ainsi être dû en France soit parce que le titulaire du droit est résident fiscal français soit parce que l'objet ou la source du droit y est situé.

La modification du critère de rattachement du titulaire du droit de propriété impose donc de se pencher sur la notion de résidence fiscale. Il apparaît qu'il est possible de faire fluctuer ce critère de résidence fiscale en choisissant de se placer sous une souveraineté fiscale moins contraignante. Jugé accablant du fait de sa lourdeur et sa complexité, le système fiscal français fait ici preuve d'une volonté marquée d'imposer les revenus qui échappent à son imposition en quittant le territoire national.¹⁵³⁷ La

¹⁵³² Accords de Schengen de 1985 et sa convention d'application de 1990

¹⁵³³ POTHIER René-Joseph, *Traité du domaine de propriété*, Debure, 1772, p.1

¹⁵³⁴ GINOSSAR Samuel, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960

¹⁵³⁵ La chose appartient à son titulaire « *privativement à tous les autres* » : POTHIER René-Joseph, *Traité du domaine de propriété*, Debure, 1772, n°4

¹⁵³⁶ MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2010, p. 90

¹⁵³⁷ Les dispositions de l'article 238 bis-0 1 du CGI soumettent par exemple à l'IS les produits de certains actifs transférés hors de France ; v. également les dispositions de l'article 238 A qui soumettent certains paiements faits à des personnes domiciliées dans des paradis fiscaux à l'IS français

modification du critère territorial demeure cependant possible, mais impose un certain nombre de sacrifices. Conscients des possibilités de déplacement du curseur fiscal, certains parlementaires ont émis l'idée à l'occasion des débats sur la loi de finances pour 2011, de la mise en place d'une « *contribution de solidarité nationale* » fondée non sur les critères traditionnels de résidence fiscale mais sur la nationalité ce qui compliquerait fortement les possibilités d'échapper à l'impôt français. L'amendement I CF 62 déposé par Jérôme Cahuzac, président de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, visait effectivement à imposer les français de l'étranger soit sur la différence d'imposition dont ils bénéficient du fait de leur exil soit au moyen d'une taxation proportionnelle. Justifié par l'élection de députés des français de l'étranger,¹⁵³⁸ cet amendement fut retiré¹⁵³⁹ en raison du risque qu'il faisait courir de renoncement à la nationalité et du sentiment d'ostracisme ressenti par les français de l'étranger. Un tel critère de rattachement existe déjà dans certains Etats. En effet, aux Etats-Unis, le système du *World Wide Income*¹⁵⁴⁰ impose à tout citoyen américain de déclarer au fisc l'ensemble de ses revenus quelle qu'en soit la source et quel que soit leur lieu de résidence ce qui revient en fiscalité à passer d'un « *droit du sol* » à un « *droit du sang* ».

L'expatriation temporaire des salariés conduit, sauf exception, à l'imposition de leurs revenus d'activité dans l'Etat d'exercice. Cependant, les salariés détachés à l'étranger par leur entreprise conservent fréquemment des liens d'ordre familiaux ou patrimoniaux avec la France. Ces salariés peuvent ainsi être imposables en France sur leurs salaires de source étrangère lorsqu'ils sont réputés avoir conservé en France leur

¹⁵³⁸ « *Les Français de l'étranger vont désormais être représentés par des députés [...] ces députés voteront le consentement à l'impôt [...] il est donc anormal que ceux qui les élisent ne paient pas en France* ». Cette justification est pour le moins surprenante dans la mesure où les députés ne représentent pas leur circonscription mais la Nation v. Compte rendu de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale du 13 octobre 2010.

¹⁵³⁹ Et ce malgré l'absence d'hostilité de principe des députés

¹⁵⁴⁰ IRS Publication 4732 Federal Tax Information For US Taxpayers Living Abroad (1-2009), Catalog Number 52653T ; IRS Publication 54, Tax guide for US citizens and Residents Abroad, Nov. 23, 2010, Catalog Number 14999E, p. 2 “*This publication discusses special tax rules for U.S. citizens and resident aliens who work abroad or who have income earned in foreign countries. If you are a U.S. citizen or resident alien, your worldwide income generally is subject to U.S. income tax, regardless of where you are living. Also, you are subject to the same income tax filing requirements that apply to U.S. citizens or resident aliens living in the United States. Expatriation tax provisions apply to U.S. citizens who have renounced their citizenship and long-term residents who have ended their residency.*”

résidence fiscale.¹⁵⁴¹ En effet, les contribuables qui conservent leur résidence en France y sont, en vertu du principe de mondialité, imposables sur l'ensemble de leurs revenus et ce quelle qu'en soit l'origine. En revanche, les contribuables ne conservant pas en France leur résidence fiscale n'y seront imposables que sur leurs revenus de source française et le cas échéant sur leur patrimoine situé en France si la valeur nette¹⁵⁴² de celui-ci est supérieure à 800 000 euros.¹⁵⁴³

« *Le moins qu'on puisse dire des missions fiscales de la DGI est qu'auprès des populations autres que la parentèle directe de Jean Monet, elles ne suscitent en général pas une adhésion sans réserves* ». ¹⁵⁴⁴ Si le père de Jean Monet acquittait ses impôts en personne après avoir revêtu ses gants blancs, l'obligation fiscale demeure pour les contribuables une obligation douloureuse pour laquelle ils nourrissent une aversion psychologique. La manipulation du critère géographique semble donc permettre au salarié candidat à l'expatriation de choisir la localisation de ses obligations fiscales.¹⁵⁴⁵ Il suffit en théorie à ces contribuables de modifier la localisation de leur résidence fiscale pour que l'imposition frappant l'acquisition de la propriété des sommes versées en contrepartie de leur travail soit exonérée d'impôt français. De même, il suffirait en théorie que ces salariés ne conservent en France qu'un patrimoine¹⁵⁴⁶ dont la valeur nette serait inférieure au seuil d'imposition de l'ISF pour qu'ils soient exonérés de cet impôt.¹⁵⁴⁷ En pratique, ce choix de localisation est rendu extrêmement délicat tant les éléments déterminants de la résidence sont précis et complets. La manipulation du critère géographique impose, conformément au principe

¹⁵⁴¹ C'est notamment le cas lorsque la France n'a pas signé de convention visant à éviter les doubles impositions avec l'Etat d'exercice de l'activité

¹⁵⁴² Article 885 E du CGI ; hors placement financiers : article 885 L du CGI

¹⁵⁴³ Instruction du 4 janvier 2011, BOI 7 S-9-10 par application de l'article 2 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 modifiant l'article 885 U du CGI

¹⁵⁴⁴ ANGELS Bernard, Rapport d'information n° 205, fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur les *missions fiscales de la Direction Générale des Impôts*, 2 février 2000, p. 141

¹⁵⁴⁵ Le cas échéant, ce choix implique pour lui l'obligation de justifier de sa qualité de résident du pays dont il invoque l'application de la convention conclue entre ledit pays et la France, v. CAA Paris 15 juin 1993, n°92-56, Chuter ; RJF 1/94, n°74

¹⁵⁴⁶ Exception faite des placements financiers

¹⁵⁴⁷ On remarque à cet égard que l'affectation d'une dette aux immeubles situés en France constitue l'un des mécanismes utilisés par les non résidents pour s'exonérer de l'ISF. Encore faut-il que cette dette soit suffisamment importante pour que la situation nette du patrimoine, hors placement financier, localisé en France soit inférieure au seuil d'imposition.

de subsidiarité des conventions,¹⁵⁴⁸ d'étudier les critères internes puis les critères conventionnels de détermination de la résidence fiscale.

§2 – Les méthodes de manipulation du critère *rationae loci*

L'impôt frappe la propriété aux différents stades de son cycle économique dès lors qu'il existe un degré de proximité géographique suffisamment important. Conformément aux principes de mondialité de l'impôt sur le revenu¹⁵⁴⁹ et de territorialité de l'impôt sur les sociétés,¹⁵⁵⁰ l'impôt frappe ainsi la propriété au moment de son acquisition dès lors que le bénéficiaire dépend de sa souveraineté et ce quelle que soit l'origine territoriale de cette acquisition. L'optimisation fiscale de l'acquisition de la propriété¹⁵⁵¹ peut avoir recours à la manipulation du critère de rattachement géographique, lequel diffère selon l'impôt envisagé. La manipulation du critère *rationae loci* visant à transférer la résidence ou l'exploitation sous une souveraineté jugée plus bienveillante suppose que le contribuable ne remplisse plus les critères internes et que l'application des critères conventionnels de résidence détermine sa résidence dans un Etat étranger.

Il apparaît que les critères de territorialité en matière d'impôt sur les sociétés sont suffisamment souples pour permettre aux sociétés de loger facilement leurs bénéficiaires imposables dans des filiales étrangères et de répartir ainsi l'imposition de leurs résultats. Il n'est en revanche pas réellement possible de manipuler les critères de

¹⁵⁴⁸ « Il en est ainsi à l'égard de toute convention ayant cet objet [éviction de la double imposition] alors même qu'elle définit les critères de la résidence fiscale pour les besoins de son application » Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n°232276, Sté Schneider Electric ; Dr. fisc. 2002, n°36, comm. 657 ; Dr. Sociétés 2002, comm. 184, note J-L Pierre ; RJF 10/2002, n°1080, chron. L. Olléon, p. 755 ; BDCF 10/2002, n°120, concl. Austray. L'application des conventions est subsidiaire au droit interne y compris quand elles fixent le critère de résidence fiscale v. CE 11 avril 2008, n°185583, M. Cheynel, Dr. fisc. n°24, 12 juin 2008, comm. 377

¹⁵⁴⁹ CGI, art. 4A & 4B

¹⁵⁵⁰ CGI, art. 209 I 1^{er} alinéa, v. MELOT Nicolas, *Territorialité et mondialité de l'impôt - Etudes de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Thèse Paris II, septembre 2002, Dalloz 2004, principe mis en place afin d'assurer l'équilibre de la balance commerciale (v. CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 1^{ère} édition, 2002, p. 21), la France est avec Singapour le seul pays industrialisé à avoir adopté ce principe, v. COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, préc. n°1384

¹⁵⁵¹ Acquisition du revenu

résidence fiscale des personnes physiques.¹⁵⁵² Ceux-ci sont effectivement intimement liés aux éléments vitaux du contribuable et le caractère manichéen de la résidence fiscale ne permet pas qu'un contribuable ne puisse être que partiellement résident. Aussi, la manipulation se résume t'elle à s'assurer que les contribuables désireux de s'expatrier ne rempliront aucun des critères. A défaut, l'administration fiscale considèrerait que le contribuable est résident fiscal français ce qui attribuerait à ce dernier une obligation fiscale illimitée. Les conseils fiscaux des candidats à l'expatriation se contentent par conséquent de livrer à leurs clients des « *mémos d'expatriation* » reprenant les critères internes et conventionnels et leurs éventuelles applications jurisprudentielles. Ces mémos constituent un guide pratique de l'expatriation, mais aussi un guide des comportements à suivre afin que l'administration ne puisse remettre en cause la réalité du départ.

A – Les règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés

Principe d'imposition des entreprises exploitées en France. En vertu de l'article 209 I du CGI, l'impôt sur les sociétés frappe les bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France mais aussi les revenus des immeubles possédés en France ainsi que les revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions. Si le principe de territorialité issu de l'article 209 I connaît de nombreuses exceptions telles que la possibilité de déduction pour certaines PME des déficits de leurs filiales étrangères¹⁵⁵³ ou telles que les régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé,¹⁵⁵⁴ il est nécessaire de rappeler succinctement¹⁵⁵⁵ les règles de territorialité françaises en matière d'impôt sur les sociétés.

¹⁵⁵² L'optimisation fiscale international des particuliers résulte d'une manipulation de la localisation de l'objet du droit de propriété, cf. Sous-section 2

¹⁵⁵³ CGI, Art. 209 C

¹⁵⁵⁴ CGI, Art. 209 quinquies

¹⁵⁵⁵ Nous concentrerons notre analyse sur les critères de résidence des personnes physiques dans la mesure où les manipulations intéressant le droit de propriété sont plus fortement liées à ces dernières qu'aux personnes morales soumises à l'IS.

Critères internes de l'impôt sur les sociétés. Trois critères caractérisent l'exercice d'une activité en France ou à l'étranger. Le premier est relatif à l'existence d'un établissement. Celui-ci suppose une installation possédant un caractère de permanence et une autonomie propre formant un ensemble cohérent de nature à permettre la poursuite de certains objectifs économiques. Ainsi, le siège¹⁵⁵⁶ d'une entreprise ou une usine sont ils considérés comme étant des établissements. Le second critère tient quant à lui,¹⁵⁵⁷ à la présence de représentants ne bénéficiant pas d'une « *personnalité professionnelle distincte de celle de l'entreprise* », à l'image des préposés¹⁵⁵⁸ qui exercent bien une activité pour le compte de l'entreprise. Enfin, le dernier critère de territorialité est relatif à la réalisation d'opérations formant un cycle commercial complet. « *Un cycle complet correspond généralement à une série d'opérations commerciales, industrielles ou artisanales dirigées vers un but déterminé et dont l'ensemble forme un tout cohérent.* »¹⁵⁵⁹

Critères conventionnels de l'impôt sur les sociétés. Les conventions internationales signées par la France retiennent quant à elles la notion d'établissement stable comme critère de rattachement territorial des bénéfices. L'application de ce principe conduit d'une part à imposer en France les entreprises étrangères pour la part de bénéfices issues d'opérations effectuées dans des « établissements stables » situés en France et d'autre part à exclure de l'IS français les bénéfices provenant d'opérations effectuées dans des « établissements stables » situés dans le pays étranger.

B – Les critères de la résidence fiscale

Les critères internes de résidence fiscale. Le principe de mondialité connaît une exception¹⁵⁶⁰ conditionnée¹⁵⁶¹ dans la mesure où des exonérations sur les revenus de

¹⁵⁵⁶ Pour l'appréciation du siège social, il y a lieu de retenir le siège social effectif. v. Doc. Adm. 4 H-1413 n° 1 du 1^{er} mars 1995

¹⁵⁵⁷ En l'absence de toute installation

¹⁵⁵⁸ Par opposition à des commissionnaires ou à des courtiers bénéficiant d'un statut indépendant.

¹⁵⁵⁹ Navis fiscal, n° 19450 ; Doc. Adm. 4 H-1412 n° 21, 1er mars 1995

¹⁵⁶⁰ Exception issue de la loi du 29 décembre 1976

source étrangère des salariés temporairement détachés à l'étranger sont prévues à l'article 81 A du CGI¹⁵⁶². Ces exonérations concernent principalement les primes d'expatriation qui ne rentrent dès lors pas dans le calcul de l'impôt mais qui servent¹⁵⁶³ au calcul du taux effectif d'imposition des revenus non salariaux par application des dispositions de l'article 197 C du CGI. Hormis cette exception et par application des dispositions de l'article 4 B du Code général des impôts le salarié expatrié peut demeurer résident fiscal français dès lors qu'il maintient avec la France des liens suffisamment étroits¹⁵⁶⁴ présentant un caractère de permanence.¹⁵⁶⁵ Cette situation fait peser une obligation fiscale illimitée sur le salarié et conduit inmanquablement à l'imposition en France de l'ensemble de ses revenus, indifféremment de leur origine¹⁵⁶⁶ ou de leur transfert effectif.¹⁵⁶⁷

L'article 4B du Code général des impôts pose des critères alternatifs¹⁵⁶⁸ de caractérisation de la résidence fiscale auxquels le contribuable doit faire particulièrement attention dans le cadre de sa modification. Ni le critère d'exercice de l'activité professionnelle,¹⁵⁶⁹ ni le critère du lieu de séjour principal du contribuable¹⁵⁷⁰ ne semblent poser problème en cas d'expatriation. Les critères tenant au foyer ou au centre des intérêts économiques sont quant à eux d'autant moins façonnables que leurs contours ont été précisés à de multiples reprises par la jurisprudence.

¹⁵⁶¹ Etre fiscalement domicilié en France, exercer une activité salariée, être employé par une entreprise établie en France ou dans un autre Etat de UE, être envoyé par l'employeur dans un Etat autre que la France et que celui du lieu d'établissement de l'employeur.

¹⁵⁶² Tel que modifié par la loi de finances rectificative pour 2005 qui rend ce dispositif compatible au droit communautaire

¹⁵⁶³ Depuis la loi de finances pour 2005

¹⁵⁶⁴ Tel serait effectivement le cas d'un salarié qui s'expatrierait mais dont la famille ou dont la majorité du patrimoine resterait en France

¹⁵⁶⁵ Ce critère est notamment rempli dès lors que la France constitue le lieu habituel de rencontre de la famille

¹⁵⁶⁶ CGI art. 4 A

¹⁵⁶⁷ Les revenus de source étrangère sont en pareil cas imposables en France, alors même qu'ils n'y auraient pas été transférés. v. Conseil d'Etat, 21 mars 1960, n°43229, RO, p. 46

¹⁵⁶⁸ Conseil d'Etat, 13 mars 1968, n°66801, Dr. fisc. 1969. 314, Concl. Mehl

¹⁵⁶⁹ Dès lors que ne se pose pas la question du caractère accessoire, v. Conseil d'Etat 18 octobre 2002, n°224459, Cambay, RJF 2003. 10 ; concl. Austray, BDCF 1/03, n°2 ; Dr. fisc. 2003. 121

Le caractère personnel du critère du foyer est un élément peu malléable puisqu'il a trait au lieu avec lequel le contribuable entretient les relations les plus étroites.¹⁵⁷¹ S'il s'agit généralement du lieu de résidence habituelle de la famille, notion interprétée très extensivement par la jurisprudence,¹⁵⁷² il peut aussi s'agir du lieu où le contribuable célibataire a habituellement le centre de sa vie personnelle.¹⁵⁷³ La mise en œuvre de ce critère est délicate car les contribuables ont très souvent des attaches personnelles et professionnelles dans plusieurs Etats. Le juge doit alors rechercher celui avec lequel le contribuable entretient les liens les plus étroits et il a pour ce faire recours à la technique du faisceau d'indices.¹⁵⁷⁴ Cette interprétation large des textes amène les conseils fiscaux à préconiser à leurs clients de développer rapidement des relations amicales ou de rejoindre des associations dans leur pays d'accueil.

Le critère de l'article 4B dont la manipulation présente l'enjeu le plus lourd est un critère d'ordre économique. Est en effet considérée comme résident fiscal français la personne dont le centre des intérêts économiques est situé en France. Le droit interne entend par centre des intérêts économiques le lieu où le contribuable a ses principaux investissements, où réside le siège de ses affaires, d'où il administre ses biens mais aussi le lieu où il a le centre de ses activités professionnelles ou d'où il tire la majeure partie de ses revenus. L'étude de la localisation du centre des intérêts économiques d'un contribuable peut s'avérer complexe compte tenu du climat d'internationalisation des activités. Le critère du centre des intérêts patrimoniaux présente par ailleurs un intérêt tout à fait particulier car il rattache le titulaire du droit de propriété à un Etat en raison de la localisation de l'objet du droit de propriété. Le juge de l'impôt recherche

¹⁵⁷⁰ Peu importe le type de logement, seule importe la durée du séjour dans le pays. Ainsi, suffit-il qu'une personne ait séjourné en France plus de 183 jours au cours d'une même année pour qu'elle soit réputée avoir eu son séjour principal en France

¹⁵⁷¹ La détermination de la résidence habituelle ne doit pas tenir compte des séjours temporaires à l'étranger effectués en raison des nécessités de la profession ou de circonstances exceptionnelles, v. Conseil d'Etat, 3 novembre 1995, n°126513 ; RJF 12/95, n°1332 ; La simple production de factures d'eau et d'électricité ne suffisent pas à justifier de l'occupation de l'immeuble comme résidence principale : TA Montpellier, 31 mars 2011, n° 0904075, *Morabito*

¹⁵⁷² Le concubinage est pris en compte au même titre que le mariage pour l'appréciation du critère du foyer en France : Conseil d'Etat, 27 janvier 2010 n° 31987 ; FR 13/10 inf. 9 p. 25

¹⁵⁷³ Conseil d'Etat 17 mars 2010 n° 299770 & 300090 ; FR 24/10, inf.4 p.9

ainsi la localisation des biens du contribuable et définit la résidence fiscale en raison de la localisation prépondérante du patrimoine de l'intéressé. Cette analyse patrimoniale est en réalité quelque peu étonnante car elle conduit à localiser fictivement une universalité juridique dans un Etat. Or si l'universalité est une technique de détention des biens, il semble acquis que l'universalité juridique constitue un bien et non une représentation de la valeur des éléments le composant.¹⁵⁷⁵

L'utilisation de ce critère des intérêts patrimoniaux a donc pour conséquence de localiser un bien par référence à la situation géographique des biens le composant. Il est dès lors nécessaire de déterminer la localisation du patrimoine ce qui nécessite de déterminer la catégorie juridique dont il relève, or cette opération est pour le moins complexe dans la mesure où le patrimoine est par essence un bien en comprenant d'autres de multiples natures. En effet, le patrimoine est d'une part un ensemble de biens de natures différentes dont il faut tenir compte pour déterminer sa propre nature,¹⁵⁷⁶ d'autre part, le patrimoine est une universalité ayant pour conséquence de soumettre l'ensemble des biens à un régime unique. Le droit fiscal occulte cette seconde nature du patrimoine pour ne se concentrer que sur la règle de majorité de composition ce qui conduit à nier la qualification de bien de cette universalité.

Afin de faciliter cette localisation, la jurisprudence a tendance à considérer que le pays d'où le contribuable tire la majeure partie de ses revenus atteste du centre de ses intérêts économiques.¹⁵⁷⁷ La détermination du centre des intérêts économiques impose alors une comparaison entre la situation du contribuable en France et à l'étranger. Le juge de l'impôt mène à cette occasion une « *approche comparative géographique et*

¹⁵⁷⁴ Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 327804

¹⁵⁷⁵ COHEN Vincent, *L'universalité de droit : une technique renouvelée de gestion de patrimoine*, Paris I, 2009, p. 9s.

¹⁵⁷⁶ La nature incorporelle d'un fonds de commerce résulte de la nature incorporelle de la majorité des éléments du fonds v. Cass. Req., 13 mars 1888, D.P. 1888. 1.351

¹⁵⁷⁷ CAA Paris, 21 mai 1996, n°95-53, *Fabre* ; RJF 1996, n°1333 ; Doc. Adm. 5 B 1121 n°17 et 19, 1^{er} septembre 1999

financière », ¹⁵⁷⁸ ce qui l'amène à rechercher le pays d'où le contribuable tire la majorité de ses revenus. Ainsi qu'il l'a récemment rappelé dans une décision *Caporal*, ¹⁵⁷⁹ le Conseil d'Etat mène une approche financière dynamique de la notion et ne se cantonne pas à une approche comparative purement patrimoniale dans la mesure où il examine aussi si le patrimoine détenu respectivement en France et à l'étranger est productif de revenus, ¹⁵⁸⁰ si bien que le critère s'étudie au regard des revenus et non de la seule existence d'un patrimoine. ¹⁵⁸¹ Ainsi, les juges considèrent-ils que seuls les éléments productifs de revenus doivent être pris en compte dans cette détermination. ¹⁵⁸² La seule détention en France d'un patrimoine ne constitue donc pas un élément suffisant pour caractériser le centre des intérêts économiques mais elle constitue un des éléments du faisceau d'indices pouvant conduire à la remise en cause de la résidence fiscale.

Les critères conventionnels de résidence fiscale. Les conventions prévoient les critères applicables afin de régler les situations de double résidence. Afin de déterminer cette résidence, les conventions du modèle OCDE font référence à des critères classés par ordre d'importance. Le premier critère est celui du foyer d'habitation permanent, que l'on retrouve dans l'article 4B. Le critère du centre des intérêts vitaux recouvre une importance toute particulière dans le cadre de conventions passées entre la France et des pays à fiscalité privilégiée. En effet, les conventions liant la France à de tels Etats ¹⁵⁸³ présentent la particularité que le critère de résidence n'est pas celui du centre des intérêts patrimoniaux, mais celui du centre des intérêts

¹⁵⁷⁸ DIEU Frédéric, *Des nouvelles du domicile fiscal . - À propos de quelques décisions récentes du Conseil d'État relatives aux notions de foyer et de centre des intérêts économiques*, Droit fiscal n° 23, 10 Juin 2010, 358

¹⁵⁷⁹ Conseil d'Etat, 27 janvier 2010, n°294784, M. Caporal : Dr. Fisc. 2010, n°23, comm n°364

¹⁵⁸⁰ Conseil d'Etat, 17 mars 1993, n°85894, M. Memmi ; Conseil d'Etat, 27 mars 2000, n°188273, Mmes Agopoff et Hanimyan ; Dr. fisc. 2000, n°43, comm. 818 ; solution similaire en matière d'ISF, v. Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-12.600, *Mme Granier*, DELAUNAY Benoît, *Prise en compte des placements financiers en France pour la définition du domicile fiscal*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 18, 30 Avril 2009, 1465

¹⁵⁸¹ LAMULLE Thierry, *Domicile fiscal : le critère du centre des intérêts économiques s'apprécie au regard des revenus et non de la seule existence d'un patrimoine*, Droit fiscal n° 23, 10 Juin 2010, comm. 365

¹⁵⁸² Les immeubles et les voitures ne sont pas « susceptibles d'être productifs de revenus » et ne peuvent « être pris en compte dans l'analyse des intérêts financiers, fussent-ils patrimoniaux, de nature à localiser en France le centre des intérêts économiques du contribuable » CAA Paris, 11 décembre 1990, n° 89PA00450, Porcu : RJF 5/1991, n°540, v. not CAA Paris, 2e ch., 27 sept. 1994, n° 93PA00237, M. Reymondier ; Dr. fisc. 1995, n° 8, comm. 331, RJF 2/1995, n° 133

¹⁵⁸³ v. par exemple les dispositions de l'article 4 de la Convention Franco Suisse du 9 septembre 1966

familiaux. Ce critère de permanence du lien familial est bien la marque du « *réalisme* » et du pragmatisme du droit fiscal. A défaut d'application de ce principe, il convient d'appliquer les critères du lieu de séjour habituel et à défaut du critère de nationalité.¹⁵⁸⁴ Si aucun de ces critères ne permet de trancher la question, il appartient aux autorités compétentes des Etats contractants de le faire.

Sous-section 2. La manipulation de la localisation

Si la pression fiscale est relativement lourde en matière d'imposition sur le revenu, elle l'est tout autant en matière de droits de mutation ou d'imposition sur le capital. Le Conseil des Impôts¹⁵⁸⁵ ainsi que le rapport présenté par Didier Migaud¹⁵⁸⁶ constatent qu'entre 1959 et 1998, le taux moyen d'imposition au titre des droits de mutation à titre gratuit a été multiplié par 14,3 pour une part héritée de 150.000 euros, soit une augmentation de plus de 700%, par 2,8 pour une part héritée de 300.000 euros, soit une augmentation de 140% et par 2,3 pour une part héritée de 2,3 millions d'euros, soit une augmentation de 115%.¹⁵⁸⁷ L'importance de cette contrainte fiscale conduit à de nombreux exils¹⁵⁸⁸ principalement en direction des pays frontaliers mais amène aussi les contribuables à déplacer certains des biens mobiliers composant leur patrimoine à l'extérieur de la France. L'existence en France d'une imposition sur le capital ainsi que

¹⁵⁸⁴ L'utilisation du critère de nationalité est d'application subsidiaire par rapport aux autres critères v. Conseil d'Etat, 5 juillet 2010, n°303676, *M. Monniot* ; Dr. Fisc. n°37, 16 septembre 2010, comm. 479

¹⁵⁸⁵ *Conseil des Impôts, 16^{ème} rapport, L'imposition du patrimoine, 1998*

¹⁵⁸⁶ MIGAUD Didier, *Rapport d'information sur la fiscalité du patrimoine, juillet 1998*

¹⁵⁸⁷ MARINI Philippe, Rapport d'information, n° 65 fait au nom de la Commission des Finances, sur la *fiscalité des mutations à titre gratuit*, 20 novembre 2002, p. 72

¹⁵⁸⁸ 18 % des exilés choisissent la Belgique possédant un patrimoine moyen imposable au titre de l'ISF de 3,6 millions d'euros (il s'agit principalement de chefs d'entreprises désireux de céder leur entreprise en échappant au triptyque « impôt sur les plus-values, ISF, droits de succession » ; 16% choisissent la Suisse et possèdent en moyenne un patrimoine imposable au titre de l'ISF de 9 millions. Le nombre total de Français installés en Suisse pour des raisons fiscales s'élèverait à 12 000 à Genève et 10 000 dans le Valais. La valeur totale du patrimoine taxable à l'ISF ayant quitté la France pour la Suisse s'élèverait à plus de 100 milliards d'euros (Données du ministère des Finances pour 2001 reprises par DASSAULT Olivier, Rapport n°3246 de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, *sur la proposition de résolution (n° 3135) de M. Philippe Cochet, tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'appauvrissement de la France en raison de l'expatriation des patrimoines et des contribuables*, 5 juillet 2006, p. 16 s. ; Les États-Unis et le Royaume-Uni enfin sont ex-æquo et accueillent chacun 12 % des expatriés (patrimoine moyen imposable au titre de l'ISF de 2,5 millions d'euros) ; PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n° 14, 5 Avril 2007, 368

l'augmentation de la pression fiscale pesant sur les mutations conduit souvent les contribuables à manipuler le critère de localisation du droit de propriété soit en manipulant la localisation de l'objet du droit (§1) soit en modifiant la localisation de la source des revenus (§2).

§1 – La manipulation par localisation directe de l'objet du droit de propriété

Si le sujet du droit de propriété peut modifier son critère de rattachement territorial en changeant de résidence fiscale lors d'une expatriation, il dispose aussi de la possibilité de modifier le critère *rationae loci* propre à l'objet du droit de propriété. On se penchera donc sur les conséquences de la localisation à l'étranger de biens par un résident fiscal français (A) avant de s'intéresser aux incidences d'une telle opération assortie de la modification du critère de résidence fiscale (B).

A – Les incidences de la localisation de biens à l'étranger par des résidents fiscaux français

La question que se posent nombre de contribuables résidents fiscaux français est celle de savoir si la localisation de l'objet du droit de propriété peut avoir une incidence sur les impôts dont ils constituent l'assiette. Il apparaît tant en matière de droits de mutation qu'en matière d'ISF que le critère de territorialité tient compte du lieu de résidence du sujet du droit et à titre subsidiaire de la localisation de l'objet du droit.

Les règles françaises de territorialité en matière de droits de mutation à titre gratuit sont prévues à l'article 750 ter du CGI et ne s'appliquent que sous réserve des dispositions des conventions signées par la France en matière de droits de succession ou de donation. Ces conventions ont pour vocation de répartir les droits d'imposer en fonction de l'État de résidence du de cujus ou du donateur et du lieu de situation des biens faisant partie de la succession ou de la donation sans qu'il soit besoin de tenir compte de la situation des héritiers ou donataires. Si ces conventions privent la France du droit d'imposer les biens légués ou donnés par un défunt ou un donateur non résident à un bénéficiaire résident de France, lorsqu'ils sont situés hors de France, la

plupart des conventions permettent à la France de retenir la règle du « *taux effectif moyen* » qui permet de maintenir la progressivité des droits.¹⁵⁸⁹

En l'absence de convention internationale signée par la France¹⁵⁹⁰ avec le pays de résidence du bénéficiaire, du de cujus, du donateur, il y a lieu de distinguer selon que ce dernier est résident fiscal français. Ainsi que le précise l'article 750 ter 1 du CGI, lorsque le défunt ou le donateur a son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du CGI au jour de la mutation. Tous les biens meubles¹⁵⁹¹ et immeubles transmis à titre gratuit sont donc imposables en France, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger. Dans ce dernier cas, l'impôt ayant été réglé dans l'Etat de situation du bien s'impute sur l'impôt exigible en France ainsi que le précise l'article 784 A du CGI.¹⁵⁹²

Le critère de territorialité repose donc sur la résidence du sujet et non sur la localisation de l'objet. Cette règle apparaît aussi en matière d'ISF dans la mesure où les résidents fiscaux français sont imposables au titre de cet impôt sur la valeur nette de leur patrimoine mondial. L'article 885 A 1 du CGI dispose en effet que sont soumises à l'impôt « *les personnes physiques ayant leur domicile fiscal en France, à raison de leurs biens situés en France ou hors de France* ». La localisation de biens à l'étranger ne saurait donc permettre à un résident fiscal français d'optimiser sa situation au regard de cet impôt sur le stock mondial de capital du contribuable.

La soustraction d'un bien de l'assiette de l'ISF ou des droits de mutation par une manipulation du critère *rationae loci* ne peut de ce fait consister pour un contribuable résident français qu'en une localisation dans un pays ne pratiquant pas l'échange d'informations avec la France. Cette localisation est alors constitutive d'une fraude

¹⁵⁸⁹ Ce mécanisme est comparable à celui existant en matière d'impôt sur le revenu ; v. Navis fiscal n°82715

¹⁵⁹⁰ Ce qui est fréquemment le cas dans la mesure où la France n'avait signé que 37 conventions au 1^{er} janvier 2010 en matière de droits de mutation à titre gratuit, v. BOI 14-A- - 10

¹⁵⁹¹ « *notamment des fonds publics, parts d'intérêts, créances et généralement toutes les valeurs mobilières françaises ou étrangères de quelque nature qu'elles soient* ». v. Précis de fiscalité 2011 de l'administration fiscale n°4505-1 s.

¹⁵⁹² Tel est le cas des impôts payés à l'étranger ou dans les territoires français d'outre-mer. L'imputation nécessite que le contribuable remette le formulaire n° 2740 qui vaut demande d'imputation ainsi que d'une attestation délivrée par l'administration fiscale étrangère concernée. Il y a enfin lieu de pratiquer une conversion lorsque les droits versés l'ont été dans une monnaie différente de l'euro. En pareille situation, le cours du change à retenir est celui du jour du paiement de l'impôt étranger. V. Doctrine administrative du 20 décembre 1996, B 7 G246

fiscale dans la mesure où par nature, la valeur des biens n'est pas déclarée à l'administration fiscale française. Cette localisation frauduleuse est d'autant moins aisée à mettre en place que la France a multiplié depuis le G20 de 2009 les signatures de conventions et d'accords d'échange de renseignements avec des pays soucieux de sortir de la liste des paradis fiscaux non coopératifs¹⁵⁹³ compte tenu des conséquences de cette classification.¹⁵⁹⁴ Cette recherche d'opacité par les fraudeurs a conduit à une évolution de la notion et des critères du paradis fiscal et à lui préférer la notion d'Etat non coopératif¹⁵⁹⁵ comme le remarquent certains auteurs. En 1998, la notion répondait à quatre critères : une fiscalité inexistante, une faible transparence comptable, une absence d'activité économique réelle, une absence d'échange d'informations.¹⁵⁹⁶ Il apparaît que l'absence ou la faiblesse de l'imposition dans certains pays n'est plus en soi un critère. La lutte se concentre désormais contre le secret et l'opacité qui privent les autres pays de la possibilité d'obtenir des informations sur leurs ressortissants. L'ensemble du dispositif français de lutte contre l'évasion fiscale s'est ainsi déplacé de la notion de paradis fiscal vers la notion d'Etat ou territoire non coopératif¹⁵⁹⁷ définie à l'article 238-0 A du CGI.¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹³ V. accords signés par la France avec le : Belize du 22 novembre 2010 ; Iles Cook du 15 septembre 2010 ; Saint Vincent et les Grenadines du 13 avril 2010 ; Saint Kitts & Nevis du 1^{er} avril 2010 ; Sainte Lucie du 1 avril 2010 ; Grenade du 31 mars 2010 ; Antigua & Barbuda du 26 mars 2010 ; Uruguay du 28 janvier 2010 ; Vanuatu du 31 décembre 2009 ; Bahamas du 7 décembre 2009 ; Iles Caïmans du 5 octobre 2009 ; Bermuda du 8 octobre 2009 ; Iles Turques et Caïques du 24 septembre 2009 ; San Marin du 22 septembre 2009 ; Liechtenstein du 22 septembre 2009 ; Gibraltar du 22 septembre 2009 ; Andorre du 22 septembre 2009 ; Iles vierges britanniques du 17 juin 2009 ; Ile de Man du 26 mars 2009 ; Guernesey du 24 mars 2009 ; Jersey du 23 mars 2009

¹⁵⁹⁴ Cette classification conduit notamment à des majorations du taux des retenues à la source (taux majoré à 50%), à la non déductibilité des sommes versées à un établissement établi dans un ETNC ainsi qu'à l'inapplicabilité du régime mère fille.

¹⁵⁹⁵ L'article 1^{er} de Arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du code général des impôts (JO du 17 février 2010) dressait la liste des Etats et territoires non coopératifs en 2010 et retenait les Etats suivants : Anguilla, Guatemala, Niue, Belize, Iles Cook, Panama, Brunei, Iles Marshall, Philippines, Costa Rica, Liberia, Saint-Kitts-Et-Nevis, Dominique, Montserrat ,Sainte-Lucie, Grenade, Nauru, Saint-Vincent et les Grenadines.

¹⁵⁹⁶ SAÏAC Julien, *La nouvelle politique de la France à l'égard des paradis fiscaux*, *Option Finance*, 1^{er} mars 2010 : En 2000, l'OCDE listait 35 pays ne disposant pas de fiscalité, ne pratiquant ni l'échange de renseignements, ni la transparence et n'ayant pas d'activité économique réelle. Cette liste se réduisait à 7 Etats en 2002. Le rapport publié 2 avril 2009 par l'OCDE ne laissait enfin apparaître aucun Etat dans la liste noire.

¹⁵⁹⁷ HAZAN Sandra & MELAYE Maïté, *Quelle efficacité pour les clauses d'échanges de renseignements*, *Option Finance*, n°1104/1105, 13 décembre 2010, p. 39 s ; VAIL Morgan & BRICET Ambroise, *Paradis fiscaux : La lutte est-elle correctement orientée et coordonnée ?*, Débats et Prospective, 2010

¹⁵⁹⁸ v. loi de finances rectificative pour 2009, art. 22-I-A ; *Sont considérés comme non coopératifs, [...] les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par [l'OCDE] et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange*

Si la localisation de biens mobiliers dans des pays inscrits sur la « *liste grise* » est envisageable, et permet dans certains cas à des fraudeurs de diminuer leur patrimoine imposable à l'ISF ou de masquer une mutation, cette fraude pose deux séries de difficultés. D'une part, le transfert frontalier d'un bien en toute discrétion est loin d'être évident. L'alimentation d'un compte en banque étranger ne peut ainsi se faire qu'en espèces¹⁵⁹⁹ dans la mesure où les virements internationaux sont aisément repérables puisqu'ils nécessitent une identification au moyen d'un numéro alphanumérique tel que le numéro SWIFT¹⁶⁰⁰ ou IBAN.¹⁶⁰¹ D'autre part, le transfert d'un bien à l'étranger conduit à une diminution du pouvoir effectif de jouissance du bien. Les sommes inscrites dans les livres d'une banque établie dans un Etat ayant conservé le secret bancaire n'ont qu'une utilité réduite pour le contribuable dans la mesure où il ne peut les utiliser à sa guise sans prendre un risque fiscal non négligeable. C'est sans doute cette restriction de la faculté de jouissance économique des biens transférés à l'étranger qui a conduit les 3 000 contribuables français¹⁶⁰² à déclarer leurs avoirs étrangers à la cellule de régularisation de Bercy. Le transfert par un résident fiscal français de biens à l'étranger ne présente donc qu'un intérêt très limité et des risques très élevés.

de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention.

¹⁵⁹⁹ Ce qui n'est pas évident puisque l'article 464 du Code des Douanes impose que soient déclarés les capitaux supérieurs à 10 000€ transférés sans l'intermédiaire d'un établissement de crédit, ou d'un organisme ou service mentionné à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier et à destination ou en provenance de l'étranger. Ainsi qu'en dispose l'article 465 du Code des Douanes, la méconnaissance de ces obligations déclaratives est sanctionnée d'une amende égale à 25% de la somme sur laquelle a porté l'infraction. Article 3 du Règlement (CE) N°1889/2005 du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté, JOUE n° L 309/9 du 25 novembre 2005 : « *Toute personne physique entrant ou sortant de la Communauté avec au moins 10 000 euros en argent liquide déclare la somme transportée aux autorités compétentes de l'État membre par lequel elle entre ou sort de la Communauté, conformément au présent règlement. L'obligation de déclaration n'est pas réputée exécutée si les informations fournies sont incorrectes ou incomplètes.* »

¹⁶⁰⁰ Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication

¹⁶⁰¹ International Bank Account Number

¹⁶⁰² CROUZEL Cécile, *La « cellule de dégrèvement » de Bercy a fermé ses portes*, Le Figaro, 2 janvier 2010

B – Les incidences de la localisation de biens à l'étranger assortie d'un transfert de résidence

Si la manipulation du critère *rationae loci* n'a qu'un impact limité pour les résidents fiscaux français, cette technique s'avère réellement efficace lorsqu'elle est combinée à un changement de résidence. Le transfert de la résidence accompagné de la modification de la localisation de l'objet du droit de propriété ne permet pas cependant d'éviter toute imposition en France.

S'agissant des droits de mutation à titre gratuit, ainsi que le précise l'article 750 ter 2 et 3¹⁶⁰³ du CGI, lorsque le défunt ou le donateur n'a pas son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du CGI¹⁶⁰⁴ au jour de la mutation, il est nécessaire de distinguer deux situations.

Si l'héritier, le légataire ou le donataire a son domicile fiscal en France au jour de la mutation et y a été domicilié 6 ans au cours des 10 années précédant l'année de la transmission, tous les biens meubles ou immeubles situés en France ou hors de France transmis à titre gratuit sont passibles des droits de mutation à titre gratuit en France. En revanche, seuls les biens possédés directement ou indirectement, situés en France transmis à titre gratuit sont passibles des droits de mutation à titre gratuit en France si l'héritier, le légataire ou le donataire n'a pas son domicile fiscal en France au jour de la mutation ou ne l'a pas eu pendant au moins 6 ans au cours des 10 années précédant l'année de la transmission,

Ce n'est donc que si le bénéficiaire des sommes est résident fiscal étranger et l'a été plus de 6 ans au cours de la décennie précédant le fait générateur que la modification

¹⁶⁰³ Institue par l'article n°19 de la loi de finances pour 1999

¹⁶⁰⁴ La détermination de la résidence fiscale du défunt donnée par chacune des conventions prévaut les critères internes de résidence ; v. Doctrine Administrative du 20 décembre 1996, 7 G 2141, n° 5 s. ; Instruction fiscale du 5 mai 1999, BOI 7G-5-99. Les nationaux américains sont ainsi des résidents des Etats-Unis (art. 1 de la convention du 24 novembre 1978) ; Le Royaume-Uni retient quant à lui le concept de « *domicile of origin* » en vertu duquel, les natifs sont supposés avoir conservé toute leur vie leur résidence au Royaume –Uni sauf à avoir manifestement cessé toute relation ; v. TGI Bayonne, 8 septembre 1989, RJF 6/90, n°637 pour un conflit de résidence franco-espagnol ; Cass. Com. 2 novembre 1994, n°92-165.24, *Teyssou*, RJF 1/95, n°114 pour un conflit de résidence Franco-suisse ; v. Rép. Ehrmann, JO AN 24 février 1992, p. 884, 52232, pour les critères de détermination de domicile à Monaco.

du critère géographique trouve à jouer. Il est dès lors nécessaire de s'intéresser à la localisation de certains biens qui juridiquement peuvent être situés à l'étranger mais qui sont fiscalement localisés en France. Tel est le cas de créances sur un débiteur établi en France ainsi que des valeurs mobilières émises par une personne morale de droit public française ou une société qui a en France son siège social et qui sont réputées être des biens situés en France. Le droit fiscal pose ici une présomption irréfragable de territorialité de ces créances. L'apport de ces dernières à une société établie à l'étranger ne suffit pas à générer un écran suffisamment opaque pour éviter le paiement des droits de mutation en cas de donation ou de transmission successorale des parts de la société étrangère détentrice de parts françaises. Cette règle de territorialité s'étend aux actions ou parts de sociétés situées hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France. Les parts de ces sociétés sont en effet elles aussi réputées constituer des biens français pour la part que les immeubles représentent à l'actif social.¹⁶⁰⁵

La modification du lieu de résidence accompagnée du transfert géographique des biens a enfin une importance relativement importante en termes d'imposition sur le capital dans la mesure où les non résidents fiscaux demeurent imposables à l'ISF français¹⁶⁰⁶ pour la seule valeur des biens situés en France. Les biens situés à l'étranger n'y sont donc pas soumis. Par ailleurs, les non résidents bénéficient d'une exonération en France sur leurs placements financiers si bien qu'en pratique, ils ne sont imposés en France que sur les immeubles qu'ils possèdent en France. La limitation de l'imposition aux seuls biens français assortie de l'exonération sur les placements financiers¹⁶⁰⁷

¹⁶⁰⁵ Tout immeuble est « réputé possédé indirectement lorsqu'il appartient à des personnes morales ou des organismes dont le donateur ou le défunt, 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 CGI, quel que soit le nombre de personnes morales ou d'organismes interposés. » v. DB 7 G 2141 & Précis de fiscalité 2011 de l'administration fiscale n°4505-4

¹⁶⁰⁶ Ils peuvent par conséquent bénéficier du plafonnement (lequel devrait disparaître à l'occasion de la réforme de la fiscalité du patrimoine) ; v. Instruction du 29 décembre 2010, BOI 13 A-1-11 ; CGI, art. 885 V bis & 1649-0 A

¹⁶⁰⁷ Si par principe les titres de SCI ne constituent pas des placements financiers exonérés au titre de l'ISF pour les non résidents, il apparaît que cette exonération dépend de l'activité développée par la SCI. Ainsi, la valeur des titres d'une SCI qui exerce une activité principalement commerciale constitue un placement financier exonéré d'ISF : CA Paris, 25 janvier 2011, n° 2009/20870, *Desalbre c/ DRESG*

apparaît si incitative que certains auteurs décrivent la France comme un paradis fiscal pour les non résidents.¹⁶⁰⁸

§2 – La manipulation par localisation de la source des revenus

La manipulation de la localisation de la source des revenus permet au contribuable de modifier le lieu d'imposition de ces revenus. La technique de la manipulation de la source sources des revenus fait alors appel soit à une interposition (A) soit à une division internationale des sources de revenus (B).

A – La manipulation de la localisation par interposition : le « *rent-a-star system* »

Afin d'éviter l'imposition à l'IR français de certaines rémunérations, il est de plus en plus fréquent que des prestataires de services s'inspirent du système des *rent a star company* apparu aux Etats Unis dans les années 1960 et se fassent rémunérer certaines prestations exécutées sur le territoire français par le biais de sociétés établies dans des pays où le niveau d'imposition est relativement faible. Ces sociétés intermédiaires ont pour fonction officielle de fournir un certain nombre de services de gestion, de comptabilité ou de gestion du droit à l'image mais permettent en réalité de tenir en échec l'impôt sur le revenu français. Le législateur a introduit un mécanisme indépendant de la procédure de répression de l'abus de droit¹⁶⁰⁹ visant à appréhender la situation réelle en recherchant à travers le montage l'objectif poursuivi. Si le champ du mécanisme n'est pas limité aux activités sportives ou de spectacle,¹⁶¹⁰ ce mécanisme

¹⁶⁰⁸ « Contrairement à certains pays qui cherchent à réduire leur taux de prélèvement obligatoires, la France a paradoxalement choisi de sacrifier ses propres contribuables au bénéfice des non résidents et devient peu à peu un paradis fiscal pour non résidents », LAZIMI Vincent & DHONNEUR Rémi, *La France : paradis fiscal des non résidents ?*, Gestion de fortune, janvier 2009

¹⁶⁰⁹ Conseil d'Etat, 23 novembre 2001 n° 205132, *SA Cogedac* : RJF 2/02, n°196, Concl J. Courtial BDCF 2/02, n°26 ; obs. R. Beauvais BGFE 1/02, p. 15 ; La procédure de l'article 155 A coexiste avec la procédure de répression des abus de droit. L'administration peut par conséquent appliquer alternativement l'une ou l'autre des procédures. Elle n'est cependant pas tenue de mettre en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit, v. Conseil d'Etat, 18 octobre 2002, n°224459, *Cambay* : RJF 1/03, n°10

¹⁶¹⁰ Pour une activité d'intermédiaire dans la vente de lingerie, v. CAA Paris, 9 avril 2002, n° 97-1288, *Deiss* : RJF 11/02, n°1200 ; Concl. Dominique Kimmerlin BDCF 11/02, n°131 : « rien dans la rédaction du texte de

connu sous le nom de « *Rent a star system* »¹⁶¹¹ en raison de la fréquence de son utilisation par des célébrités permettait notamment à certains acteurs, chanteurs,¹⁶¹² mannequins¹⁶¹³ ou sportifs¹⁶¹⁴ de réaliser en France des prestations sans que celles-ci y soient imposées.¹⁶¹⁵ « *Il s'agit d'une disposition anti-abus qui cherche à appréhender le bénéficiaire réel sous couvert du montage consistant à interposer un tiers domicilié à l'étranger entre la partie versante et l'artiste.* »¹⁶¹⁶

Mécanisme. Le « *Rent a star System* » consiste en un montage fiscal combinant astucieusement les dispositions internes et conventionnelles relatives aux personnes physiques et aux personnes morales. Originellement, il consistait pour un prestataire résident fiscal français à réaliser en France des prestations mais de ne pas en percevoir directement la rémunération. L'opération reposait en effet sur le paiement de l'intégralité des sommes payées en contrepartie de la prestation à une société intermédiaire laquelle se contentait de verser au prestataire réel un faible salaire qui seul était imposable en France. La majeure partie de la rémunération échappait ainsi à l'impôt français. Ce montage était pleinement efficace dès lors que la société intermédiaire était établie dans un état ayant signé avec la France une convention visant à éviter les doubles impositions et contenant une clause d'échange de renseignements. En effet, dès lors que la société ne disposait pas d'un établissement

l'article - qui se borne à viser les personnes domiciliées ou établies en France - n'autorise une telle restriction (les travaux parlementaires ne visent que les artistes et sportifs), [...]. Ce texte est manifestement applicable à toute personne qui en remplit les conditions [...] ». Pour une activité d'agent d'affaires dans la vente d'hélicoptères CAA Paris 22 janvier 1998 n° 96-1439 : RJF 4/98, n°365 ; pour une activité de directeur artistique, v. CAA Paris 6 novembre 1997 n° 96-1298 : RJF 3/98, n°215 ; pour une activité d'acheteurs d'œuvres d'art v. Conseil d'Etat, 15 décembre 2004, n° 262325, *Tiroche* : RJF 2005, n° 288

¹⁶¹¹ « Société de location de star »

¹⁶¹² Conseil d'Etat, 28 mars 2008, n° 271366, *Aznavour* : RJF 6/08, n°629, Concl. M^{me} C. Landais : BDCF 6/08 n° 69, Dr. fisc. n°17, 24 avril 2008, comm. 293 ; Chron. M^{me} J. Burguburu RJF 5/08, p.447.

¹⁶¹³ TA Paris, 7 juillet 2010 n° 06-18227, *Mlle. Laëtitia Casta*

¹⁶¹⁴ CAA Lyon, 23 novembre 2010, n° 09-1539, *Edmilson* ; L'administration fiscale peut appliquer ces dispositions à des sportifs ayant cédé ou concédé leur droit à l'image à des sociétés ayant leur siège social hors de France Rép. Deprez, JO AN 14 mars 1994, p. 1253, n°5266, BF 5/94, n°567 ; Rép. Fosset JO Sénat, 17 mars 1994, p. 590, n° 2386 ; TA Nantes, 26 novembre 1996, n° 92-4768, *Vercauteren* : Dr. fisc. 1997, comm. 547

¹⁶¹⁵ Ce système empêche en effet l'application de l'article 10 al 3 du CGI en vertu duquel les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France, y sont imposables à raison des activités qu'elles y exercent

¹⁶¹⁶ FOUQUET Olivier, *Les clauses anti-abus à l'épreuve des conventions fiscales bilatérales*, RTD Com. 2008 p. 439

stable en France, l'existence d'une convention était de nature à empêcher l'application la retenue à la source de l'article 182 B du CGI si bien que le versement à la société intercalaire ne donnait lieu à aucune retenue à la source. L'ingéniosité fiscale de ces opérations conduisit le législateur à introduire dans la loi de finances pour 1973¹⁶¹⁷ un dispositif de lutte contre ces montages. Jugé conforme à la constitution¹⁶¹⁸ et au droit communautaire,¹⁶¹⁹ l'article 155 A du CGI, qui ne concernait originellement que les personnes physiques résidentes fiscales françaises, avait pour objectif de faire abstraction de l'écran sociétaire et d'imposer conformément à la « *réalité de l'opération entre les parties intéressées* », ¹⁶²⁰ c'est-à-dire en considérant le prestataire de service comme le bénéficiaire direct de ces sommes, en présumant que le bénéficiaire a lui-même réalisé les bénéfices.¹⁶²¹ Ce dispositif fit alors l'objet de modifications¹⁶²² lui garantissant une meilleure efficacité.

¹⁶¹⁷ Article 18 de la loi n°72-1121 du 20 décembre 1972

¹⁶¹⁸ Conformité au principe d'égalité devant les charges publiques, v. Conseil d'Etat, 24 septembre 2010, n° 341573, Moreau : RJF 12/10, n°1218 sous réserve que son application ne conduise pas à soumettre deux fois la même somme au même impôt ; v. Conseil Constitutionnel 26 novembre 2010, n° 2010-70 QPC, Moreau :RJF 2/11 n°210 : Le Conseil relève que l'article 155 A CGI a pour objectif d'imposer en France une rémunération versée à l'étranger, précisément aux fins d'éviter l'imposition française. Le Législateur a ainsi poursuivi l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale, en s'appuyant sur des critères objectifs et rationnels en instaurant l'article 155 A du CGI; v. Dalloz actualité 6 décembre 2010 comm. S. Lavric.

¹⁶¹⁹ La CJUE n'a jamais été interrogée sur la validité d'un dispositif national équivalent au mécanisme d'imposition français tel que le *Rent-a-Star System*. On peut cependant penser que la CJUE validerait le mécanisme du 155 A compte tenu des objectifs poursuivis par le texte d'une part et du principe de proportionnalité aux objectifs poursuivis d'autre part. En effet, « *une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné* » : CJCE, 13 mars 2007, Aff. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* : Dr. fisc. 2007, n° 29, comm. 764, note H. Kruger. CJCE, 13 décembre 2005, Aff. C-446/03, *Marks & Spencer*, Dr. fisc. 2005, n°51, act. 260 ; RJF 2/2006, n° 227 ; Compatibilité à la législation communautaire, v. CAA Lyon 23 novembre 2010, n° 09-1539, *Edmilson Gomes de Moares* : BF 3/11 inf. 312 en matière de football professionnel et du principe de liberté des prestations de services au sein de l'UE ; TA Marseille 22 décembre 2009 n° 07-3349 BF 8-9/10 inf. 771 ; TA Paris 7 juillet 2010 n° 06-18227, *Mlle. Laëtitia Casta* : RJF 1/11, n°1 Concl. Mme K. Weidenfeld, BDCF 1/11, n°1. P. opp. Incompatibilité de l'article 155 A du CGI avec le droit de l'Union européenne, CAA Douai 14 décembre 2010 n° 08-1103, *Deschilder* : RJF A/11, n°400, Concl. P. Minne BDCF 4/11, n°39 ; Dr. fisc. n°4, 27 janvier 2011, comm. 133; Pour une position plus nuance, v. DIEU Frédéric, *L'imposition « anti-célébrités » définitivement confortée par le Conseil constitutionnel ?*, Droit fiscal n° 6, 10 Février 2011, comm. 209 ; MARDIERE Christophe (de la), *Compatibilité avec le droit communautaire de l'article 155 A du CGI*, Dr. fisc. n°27, 2 juillet 2009, comm. 397

¹⁶²⁰ Rép. Deprez, JO AN 14 mars 1994, p. 1253 n° 5266 ; Rép. Fosset, JO Sénat, 17 mars 1994 p. 590 n° 02386.

¹⁶²¹ V. exposé des motifs 18 de la loi n°72-1121 du 20 décembre 1972, *Rapp. AN n° 2585, p. 52* : « *le prestataire réel est réputé avoir réalisé lui-même les bénéfices ou revenus retirés par la société de sa prestation de services* ».

Champ d'application de l'article 155 A. Le dispositif de l'article 155 A du CGI repose sur la présomption¹⁶²³ que la société interposée n'est qu'une façade qui a pour unique objectif d'atténuer la charge fiscale.¹⁶²⁴ Le champ d'application matériel de l'article 155A du CGI est par conséquent relativement étendu puisqu'il concerne toutes les personnes¹⁶²⁵ qui apportent directement ou indirectement¹⁶²⁶ leur concours à une autre personne¹⁶²⁷ établie ou domiciliée soit en France soit hors de France. Le bénéficiaire de la rémunération peut en effet être une personne physique résidente française ou une personne morale dont le siège social est fixé hors de France.¹⁶²⁸ Ainsi qu'en dispose l'article 155 A du CGI, les sommes perçues par une société établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France, ou hors de France rendant le service en France, sont imposables au nom de ces dernières, soit lorsque celles-ci contrôlent directement ou indirectement la société qui perçoit la rémunération des services, soit lorsqu'elles n'établissent pas que cette société exerce, de manière prépondérante,¹⁶²⁹ une activité industrielle ou commerciale,¹⁶³⁰ autre que la prestation de services, soit, en tout état de cause, lorsque la société qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un État étranger ou un territoire situé hors de France où elle est soumise à

¹⁶²² Loi n°80-30 du 18 janvier 1980, art. 71 ; Loi n°89-935 du 29 décembre 1989, art 30-II-2 ; Instruction fiscale du 5 octobre 1982, BOI 5 K-1-82 n° 3 à 6 ; Doc. Adm. 5 B-640 n° 1 à 7, 1^{er} août 2001.

¹⁶²³ Irréfragable si la société est établie dans un paradis fiscal

¹⁶²⁴ Gouthière Bruno, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 7^{ème} éd., 2007, p.126

¹⁶²⁵ Physiques ou morales

¹⁶²⁶ CAA Nancy, 28 février 2008, n°03-533, *SA Anaf France* : RJF 12/08, n°1282 ; CAA Douai, 6 février 2001, n° 98-385, *Santini* ; Dr. fisc. 2002, n° 6, comm. 111, concl. G. Mulsant

¹⁶²⁷ *Idem*

¹⁶²⁸ Conseil d'Etat, 30 juillet 2010, n°306319, *Pasco*, RJF 11/10, n°979 : L'application de l'article 155 A du CGI n'est pas subordonnée à la condition que le bénéficiaire de la rémunération soit une personne domiciliée ou établie en France. La circonstance que la société établie hors de France y dispose d'un établissement stable est sans incidence sur l'application de l'article 155 A.

¹⁶²⁹ Le caractère prépondérant fut introduit à l'occasion de la modification de l'article par la loi de finances pour 1980. Avant cette modification, une simple activité industrielle ou commerciale suffisait pour faire échec aux dispositions du 155 A ; v. Conseil d'Etat, 25 janvier 1989, n° 44787, *Mireille Mathieu* : Dr. fisc. 1989, n° 11, comm. 527, note B. Poujade : « Considérant, toutefois, [...] que la société "MEPA DISC SA" qui a, notamment, pour objet [...] la production et l'exploitation de spectacles de variétés et sportifs, la production, la reproduction, la vente et la diffusion de films, de disques et d'éditions musicales »

¹⁶³⁰ Conseil d'Etat, 21 avril 1989, n° 88983, *Sté Cinécustodia* : « [...] l'administration n'établit pas que la société Cinécustodia, qui gérait la carrière d'autres acteurs de renommée internationale, n'avait pas d'activité réelle dans le domaine du cinéma et ne contribuait pas à la promotion de l'artiste [...] »

un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du CGI.¹⁶³¹ Les dispositions de l'article 155 A intéressent donc le cas d'une dichotomie entre la personne qui rend réellement les services et celle qui perçoit la rémunération afférente auxdites prestations¹⁶³² si bien que contribuable peut échapper à l'application de l'article 155 A en établissant que la société intermédiaire exerce de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services.¹⁶³³ Cette possibilité d'échapper à la mise en œuvre des dispositions de l'article 155 A est somme toute délicate à mettre en œuvre puisque les critères posés par l'article sont alternatifs. Le contribuable devra par conséquent apporter la preuve de deux autres éléments. Les conventions liant l'entreprise intercalaire au prestataire de services effectif étant présumées fictives, le contribuable doit apporter la preuve négative du caractère non fictif dont on sait qu'elle est difficile à établir. La rémunération versée étant d'autre part présumée anormale ou exagérée, il appartient au contribuable de démontrer que la rémunération est proportionnée à la contrepartie obtenue.

Preuve. Si l'Administration doit apporter la preuve de la réalité des versements, elle n'a pas à établir que le contribuable a perçu les sommes. La seule preuve à apporter est celle de la mise en place d'un mécanisme de « *Rent a star system* », c'est-à-dire que les sociétés étrangères ont perçu des sommes en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France.¹⁶³⁴

Convention. L'analyse du Conseil d'Etat¹⁶³⁵ conduit à étudier simplement la relation entre le prestataire réel des services et la France si bien qu'il n'analyse que les dispositions de la convention liant la France à l'Etat de domiciliation du prestataire réel. Le lieu d'établissement de la personne interposée est par conséquent sans

¹⁶³¹ Régime au titre duquel les sociétés sont soumises à un taux notablement moins élevé qu'en France v. Conseil d'Etat, 21 mars 1986, n° 53002, *SA Auriège* ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1432, p. 267 et s. Concl. O. Fouquet

¹⁶³² SUBRA Frédéric, L'image de sportifs de haut niveau : pour une nouvelle approche fiscale ?, JCP E n° 12, 24 Mars 2005, 484

¹⁶³³ Conseil d'Etat, 25 janvier 1989, n° 44787 : Dr. fisc. 1989, n° 11, comm. 527

¹⁶³⁴ TA Nantes, 26 novembre 1996, n° 92-4768, *Vercauteren* : Dr. fisc. 1997, n° 19, comm. 547, Mme C. Jacquier

¹⁶³⁵ Conseil d'Etat, 28 mars 2008, n° 271366, *Aznavour*, préc

influence. La Haute juridiction revenant sur sa jurisprudence antérieure¹⁶³⁶ adopte dans l'arrêt *Aznavour* une position radicale¹⁶³⁷ et juge que la convention liant la France avec l'Etat de fixation de la société intercalaire, n'est applicable que dans les relations intéressant ce contribuable. La position retenue par le Conseil d'Etat est enfin relativement éclairante quant aux qualités requises pour pouvoir invoquer une convention fiscale. En effet, conformément aux décisions *Aznavour* et *Schneider Electric*,¹⁶³⁸ un contribuable doit, pour invoquer une disposition d'une convention fiscale internationale, être résident d'un des États contractants. Il ne peut par ailleurs invoquer une disposition conventionnelle que si cette dernière vise le revenu sur lequel il est imposé. Enfin, en application du principe jurisprudentiel de subsidiarité des conventions fiscales internationales, la qualification du revenu sur lequel le contribuable est imposé est définie par le droit interne.¹⁶³⁹

B – La manipulation par la multiplication des sources : le système des *salary split*

La mondialisation des échanges amène de plus en plus de personnes à exercer tout ou partie de leur activité hors des pays dont elles sont résidents fiscaux. Le législateur introduisit en 1976¹⁶⁴⁰ l'article 81 A du CGI afin d'une part de minimiser le risque de double imposition des salariés français qui développent une partie de leur activité dans un pays non conventionné et d'autre part de faciliter le développement international des sociétés en faisant bénéficier leurs salariés d'une taxation favorable. L'article 81A du CGI prévoit que les salariés résidents fiscaux français détachés à l'étranger peuvent

¹⁶³⁶ Conseil d'Etat, 30 décembre 1996, n° 128611, *Benmiloud* ; Conseil d'Etat, 11 juin 2003, n° 221075, *Biso* : en matière de clauses de non discrimination. Le Conseil d'Etat avait précisé à ces occasions qu'il n'existait pas de principe général en vertu duquel une convention fiscale bilatérale ne s'appliquait qu'aux résidents de l'un ou l'autre des deux États contractants.

¹⁶³⁷ de « hors champ » v. *Conventions fiscales bilatérales : invocabilité par un non-résident d'aucun des deux États contractants*, Les Nouvelles Fiscales, juin 2008, n°1003, p. 14

¹⁶³⁸ Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n° 232276, *Sté Schneider electric* : Dr. fisc. 2002, n° 36, comm. 657, *étude* 28, P. Dibout ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. Pierre ; RJF 2002, n° 1082, chron. L. Olléon, p. 755

¹⁶³⁹ VILLEMOT Dominique, *Le verrou posé par la décision Aznavour sur la porte d'accès aux conventions fiscales*, Dr. fisc. n°17, 23 avril 2009, 286

¹⁶⁴⁰ La loi n°76-1234 du 29 décembre 1976 modifié par l'article 51 de la loi n°2005-1720 du 30 décembre 2005 ; v. Instruction fiscale du 6 avril 2006, BOI 5-B-1-06

bénéficier d'une exonération d'IR pour les salaires tirés de la rémunération de cette activité s'ils sont soumis à un prélèvement d'IR au moins égal à deux tiers de l'IR qu'ils auraient supportés en France et s'ils ont exercé leur activité pendant au 183¹⁶⁴¹ ou 120¹⁶⁴² jours. Si les salariés ne remplissent pas ces conditions, les suppléments de rémunération dont ils bénéficient éventuellement sont toutefois exonérés d'IR en France s'ils sont versés en contrepartie de séjours effectués dans l'intérêt direct et exclusif de l'employeur, s'ils sont justifiés par un déplacement nécessitant une résidence d'une durée effective d'au moins vingt-quatre heures dans un autre Etat et si leur montant est inférieur à 40% de la rémunération principale.

Les résidents fiscaux français sont imposables en France sur l'ensemble de leurs revenus mondiaux. L'existence d'une convention fiscale internationale peut diminuer ou enlever, toute portée à cette règle générale lorsque la source des revenus est située à l'étranger. L'utilisation des dispositions des conventions fiscales internationales appliquées aux salaires, permettent en effet de bénéficier de tranches d'imposition plus basses à l'étranger, sur la partie de la rémunération qui y serait été imposée. Certains cadres ou chefs d'entreprises globe-trotters et désireux de diminuer leur IR tentent de répartir leurs revenus professionnels entre différents Etats et ont recours au système de partage de rémunération. D'origine anglo-saxonne,¹⁶⁴³ le système du « *salary split* »¹⁶⁴⁴ consiste pour l'employeur à fractionner le salaire de certains cadres entre plusieurs pays pour le compte d'un même employeur. Ce système réside pour les sociétés internationales ainsi que pour les groupes internationaux¹⁶⁴⁵ à répartir la charge

¹⁶⁴¹ Chantiers de construction ou de montage, activité se rapportant à un ensemble industriels ; Activité de recherche ou extraction de ressources naturelles ; Activité de navigation à bord de navires immatriculés au registre international français

¹⁶⁴² Activités de prospection commerciale

¹⁶⁴³ “*Split payroll is a method of compensating an expatriate employee in which part of the pay is made in home country currency (for all other compensation items). This method is especially common when the income tax rates in the host country are extremely high when compared to the home country. Before entering into a split payroll agreement the employer must be certain that all host and home country tax laws are being followed*” O'CONNELL John, *Encyclopedic dictionary of international management*, Blackwell, Volume 7, Oxford 1999, p. 259

¹⁶⁴⁴ Répartition des rémunérations

¹⁶⁴⁵ On rappellera ici que si la notion de groupe n'est pas définie en fiscalité (la jurisprudence retient l'intérêt des sociétés composantes d'un groupe et non l'intérêt de l'ensemble. V. Conseil d'Etat, 4 mars 1985, n°35.066 ; Conseil d'Etat, 17 février 1986, n°41.796 ; Conseil d'Etat, 19 décembre 1988, n°55.655, *Sté. Sonacar* ; Conseil d'Etat 21 juin 1995, n°132.531, *SA Sofige*) ; les contours de la notion se dessinent peu à peu dans le CGI (v. CGI art. 39-12 ; art 113 de la loi de finances pour 2006 ; régime mère / fille : sur les

salariale la plus importante entre les différentes filiales ou succursales établies dans des pays connaissant une fiscalité moins importante qu'en France. Cette technique d'optimisation des rémunérations est possible dès lors que les cadres y exercent effectivement des fonctions et sont physiquement présents dans les pays en cause. Les cadres ont ainsi 3 ou 4 employeurs distincts¹⁶⁴⁶ et le salaire le plus important est versé dans le pays où la pression fiscale est la moins forte. Le salaire est ainsi imposable dans les Etats où le contribuable exerce son activité salariale ce qui lui permet de bénéficier dans chacun des pays des tranches inférieures d'imposition.

La technique du « *salary split* » connaît plusieurs variantes. On parle en effet de « *split payroll* »¹⁶⁴⁷ ou de « *multiple payroll* » lorsque le cadre travaille pour deux ou plusieurs employeurs établis dans plusieurs pays qui rémunèrent chacun le cadre au titre des prestations effectuées pour leur compte respectif. On parle par ailleurs de « *single payroll* » ou « *dual employment* », lorsque le cadre réalise des prestations dans plusieurs Etats mais que la rémunération pour l'ensemble de ses activités est payée dans un pays par l'un des employeurs qui facture la partie de la rémunération afférente à l'activité étrangère à l'employeur étranger.¹⁶⁴⁸ Quelle que soit la variante utilisée, le « *salary split* »¹⁶⁴⁹ consiste en un split de taxation permettant le fractionnement du salaire ce qui permet ainsi d'augmenter les revenus nets d'un cadre à un niveau international sans que cela entraîne une augmentation des coûts salariaux pour l'employeur.¹⁶⁵⁰

Le salarié qui conserve sa résidence fiscale en France y est habituellement soumis à l'impôt sur ses revenus de source mondiale. Le droit conventionnel prévoit cependant

remontées de dividendes en franchise d'impôt v. CGI art. 145 et 216 ; régime du bénéfice mondial, v. CGI art. 209 quinquies ; régime de l'intégration fiscale, v. CGI art. 223 A) ainsi que dans la jurisprudence (CAA Nancy, 6 mars 1996, *Sté Nord Eclair*, RJF 12/96, n°1.464 ; CAA Marseille, 25 janv. 2000 RJF 1/01, n°18 ; Conseil d'Etat, 26 septembre 2001, n°209.825, *Bouygues* ; CAA Paris, 10 décembre 2004, n°00-36, *Sté SEEEE*).

¹⁶⁴⁶ Qui ne sont le plus souvent que les filiales étrangères d'une même société

¹⁶⁴⁷ Ce terme signifiant « salaire scindé » est généralement utilisé pour recouvrir les différentes variantes du « *salary split* »

¹⁶⁴⁸ GHAILANI DALILA, *LE SALARY SPLIT*, RAPPORT FINAL DE L'OBSERVATOIRE SOCIAL EUROPÉEN, AVRIL 2004

¹⁶⁴⁹ Partage de rémunération

que le salaire d'un résident est imposable dans le pays d'exercice de l'activité. Dès lors que le salarié exerce bien une partie de son activité à l'étranger, il est possible de mettre en place un « *salary split* ». Le système du « *salary split* » ne peut cependant fonctionner que si le cadre exerce effectivement une partie de son activité sur place. Par conséquent, si ce dernier effectue sa mission depuis la France, il y demeure imposable. Le système du « *salary split* » ne peut ainsi trouver à s'appliquer que dans le cadre de salariés français détachés à l'étranger.¹⁶⁵¹

S'il apparaît que le contribuable peut demeurer imposable dans son pays de résidence en cas de mission temporaire,¹⁶⁵² la clause de mission temporaire ne trouve généralement pas à s'appliquer dans ces situations si bien que le contribuable est imposable à l'étranger pour la rémunération afférente à son activité déployée sur place. Il échappe ainsi à la progressivité sur ces revenus mais cette situation n'a pas d'effet sur l'imposition des revenus de source française dans la mesure où la règle du taux effectif s'applique.¹⁶⁵³ Dans la mesure où le taux moyen de l'impôt appliqué aux autres revenus imposables est plus faible si certains d'entre eux sont exonérés, le taux effectif est une méthode permettant à l'État de résidence du bénéficiaire, qui exonère les salaires imposés à l'étranger, de retenir néanmoins ces salaires nets de l'impôt sur le revenu supporté à l'étranger afin de déterminer le taux moyen d'imposition applicable aux autres revenus de l'intéressé qui y sont effectivement imposables.¹⁶⁵⁴

L'établissement d'un *payroll* dans un pays étranger s'avère donc très intéressant¹⁶⁵⁵ puisque le salaire perçu est alors imposable dans l'état d'exercice de l'activité dès lors que ces Etats ont signé avec la France une convention fiscale visant à éviter les doubles

¹⁶⁵⁰ DAVAIN Jean-Louis, MERLA Corinne, ECTORS Diane, *Pensions complémentaires et mobilité internationale : le point sur la question*, Kluwer, 2006

¹⁶⁵¹ GOUTHIERE Bruno, *Les impôts dans les affaires internationales*, 7^{ème} édition, juillet 2007, p.802

¹⁶⁵² MCI Consultants, *Paradis fiscaux, Mythes et réalités*, Octobre 2000, p. 68 s.

¹⁶⁵³ DOUVIER Pierre-Jean, *Le régime des stock-options dans les relations transfrontalières*, 2^{ème} partie, BF 1/02, n°93 s.

¹⁶⁵⁴ La règle du taux effectif « consiste à calculer l'impôt afférent aux seuls éléments imposables en France, au taux de l'impôt correspondant à l'ensemble des éléments qui auraient été imposés en l'absence de disposition spécifique exonérant certains d'entre eux », Doc. Adm, 5 B 3221, 23 juin 2000, n°1

impositions. L'objectif des conventions internationales est notamment d'attribuer à tel ou tel état le droit d'imposer et il appartient à ce dernier d'appliquer ses propres règles d'assujettissement à l'impôt. L'article 15 du modèle OCDE permet l'imposition dans le pays d'exercice. L'article 15 du modèle OCDE prévoit en effet que les salaires et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre État. L'intérêt de ces opérations réside donc dans le fait que la charge fiscale demeure inférieure à celle qu'il supporterait s'il était imposable sur l'ensemble de ses revenus en France puisque dans ces situations la majeure partie de ces revenus est imposable à l'étranger.

Section 2. Manipulation par incitation à la structuration géographique

La définition de l'impôt a fortement évolué depuis la définition qu'en donnait Gaston Jèze. Les missions modernes de l'impôt transcendent en effet la notion de dépenses publiques pour lui conférer une vocation économique et sociale. La création de régimes fiscaux de faveur permet en effet au législateur d'influer sur les choix économiques des différents acteurs. Il incite ainsi les résidents fiscaux français à structurer leurs investissements ou leur domiciliation dans les zones du territoire les moins dynamiques (Sous-section 1). D'autre part, soucieux d'attirer en France des capitaux étrangers, le Législateur a introduit de multiples aménagements favorisant soit l'impatriation soit l'investissement des non résidents en France (Sous-section 2)

Sous-section 1 – Les invitations au tropisme fiscal

Les mesures incitatives que crée le Législateur en faveur des résidents fiscaux français ont pour objectif de redynamiser certaines parties du territoire économiquement

¹⁶⁵⁵ DAVAIN Jean-Louis, *Le régime spécial d'imposition des cadres et dirigeants étrangers*, Kluwer,

sinistrées. Plutôt que d'investir directement localement, l'Etat offre aux contribuables la possibilité de choisir l'affectation d'une partie de son imposition. La méthode de la réduction ou du crédit d'impôt permet ainsi à l'Etat d'investir indirectement dans les départements et collectivités d'Outre-mer (§1) ainsi que dans certaines parties du territoire métropolitain et ce en garantissant un effet financier généralement supérieur à un investissement direct (§2) puisque le taux de réduction effectif est le plus souvent inférieur à 100%.

§1 – Les régimes de faveur attachés aux départements et collectivités d'Outre-mer

Si les règles de droit fiscal français s'appliquent indistinctement sur l'ensemble du territoire national, les départements d'outre mer bénéficient d'avantages sociaux¹⁶⁵⁶ et fiscaux visant à dynamiser ces zones handicapées par leur éloignement et leur isolement géographique. Les dispositifs fiscaux favorisant la domiciliation (A) ou les investissements (B) dans ces zones visent à atténuer les contraintes économiques liées à cet éloignement tout en mettant à mal le principe d'égalité face à l'impôt

A – Les incitations à la localisation dans les départements d'outre-mer

Le calcul de l'impôt sur le revenu des français domiciliés dans les départements ultramarins a fait l'objet « *d'aménagements successifs pour tenir compte de la situation particulière des départements d'outre-mer* ». ¹⁶⁵⁷ Seuls les contribuables domiciliés dans ces départements¹⁶⁵⁸ bénéficient d'une réduction d'impôt codifiée à l'article 197, I, 3° du CGI qui n'est pas soumise au plafonnement général des avantages fiscaux de l'article 200-0 A du même code. L'article 200-0 A 2 b du CGI exclut expressément du

Bruxelles, juin 2003, p. 221 s.

¹⁶⁵⁶ On peut retenir à titre d'exemple le dispositif d'exonérations de cotisations sociales dans les départements d'Outre-Mer mis en place par la loi tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'Outre-Mer, du 25 juillet 1994, modifiée à de multiples reprises et notamment par la loi d'orientation pour l'Outre-Mer du 13 décembre 2000 ainsi que par l'article 159 de la loi de finances pour 2009 et l'article 25 de la loi pour le développement économique des Outre-Mer du 27 mai 2009.

¹⁶⁵⁷ MINEFI, Dispositions fiscales applicables à la réunion au 1^{er} janvier 2007, p. 1

¹⁶⁵⁸ Conseil d'Etat, 4 février 1987, n°42 344 ; RJF 4/87, n°393

plafonnement la réduction d'impôt sur le revenu bénéficiant aux contribuables domiciliés dans les DOM. Cet article conduit à une réduction s'appliquant après le plafonnement des effets du quotient familial. Il conduit à pratiquer un abattement sur l'impôt brut calculé. Cet abattement s'élève à 30% dans les départements de Guadeloupe, de Martinique et de la Réunion et à 40% en Guyane. Cet avantage est plafonné à 6 700€ pour ce dernier département et à 5 100€ pour les trois autres départements.

Le coût de cette réduction d'impôt **issue de l'article 3 de la loi du 21 décembre 1960**¹⁶⁵⁹ a évolué de plus de 50% en dix ans puisqu'il s'élevait à 190 millions d'euros en 2001 et est estimé à **290 millions pour 2011**.¹⁶⁶⁰ L'objectif poursuivi par la loi du 21 décembre 1960 était d'introduire **la législation métropolitaine dans les DOM** tout en adaptant le dispositif au contexte économique de l'outre-mer où le coût de la vie est plus élevé compte tenu de sa situation géographique.¹⁶⁶¹ Si un plafonnement fut introduit en 1980, la réévaluation de ce plafond indexée sur la limite supérieure de la dernière tranche du barème de l'impôt sur le revenu fut supprimée en 1991. **La différence de coût de la vie fait apparaître une différence largement inférieure aux taux de l'article 197 I 3° du CGI**. En effet, si le rapport d'information sur la situation des DOM présenté au Sénat en 2009¹⁶⁶² remarquait déjà cette différence, il ne fournissait que des données partielles et relevait la difficulté de comparaison des niveaux des prix.

Tant le rapport de la mission d'information que le rapport général au Sénat sur le projet de loi de finances pour 2011,¹⁶⁶³ précisent que le mode de rémunération des fonctionnaires des DOM tend à conduire à une augmentation structurelle des prix. En effet, ces deux rapports remarquent que **les fonctionnaires et agents des collectivités**

¹⁶⁵⁹ *Loi n°60-1368 du 21 décembre 1960 fixant les conditions d'application, dans les départements d'outre-mer, des dispositions de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 et portant divers aménagements fiscaux dans ces départements*

¹⁶⁶⁰ Selon les prévisions du Rapporteur Général de la Commission des Finances du Sénat, **470 000 ménages bénéficieraient de cette réduction**.

¹⁶⁶¹ MARINI Philippe, Rapport Général n°111 au Sénat, fait au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de finances pour 2011, T. III, *Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, enregistré à la Présidence du Sénat le 18 novembre 2010.

¹⁶⁶² *Rapport d'information n° 519 (2008-2009), « Les DOM : défi pour la République, chance pour la France, 100 propositions pour fonder l'avenir », Eric Doligé, rapporteur, fait au nom de la mission commune d'information sur la situation des départements d'outre-mer.*

territoriales travaillant en outre-mer « *bénéficient, en vertu d'une loi du 3 avril 1950, de majoration des rémunérations consistant en l'application d'un coefficient multiplicateur*¹⁶⁶⁴ au traitement brut versé à l'agent [...]»¹⁶⁶⁵ ce qui a un effet néfaste sur les mécanismes de formation des prix ». Il fallut attendre les résultats de l'étude menée par l'Insee à la demande du Gouvernement pour connaître avec plus de précision l'ampleur de l'écart de niveaux de prix. Ce rapport, rendu en juillet 2010¹⁶⁶⁶ remarque effectivement que « *les prix sont plus élevés dans les départements d'outre-mer qu'en France métropolitaine, de + 13 % en Guyane à + 6 % à La Réunion* », les abattements pratiqués au titre de l'article 197-I 3° du CGI sont ainsi dé-corrélés de la différence de niveau de prix et s'écartent des objectifs poursuivis par le Législateur en 1960 tout en maintenant un dispositif contraire au principe d'égalité face à l'impôt.¹⁶⁶⁷

Considérant les justifications historiques de cet abattement « *obsolète* », la **commission des finances du Sénat proposa à l'occasion des travaux parlementaires sur la loi de finances pour 2011 que soit pratiqué un coup de rabot de 10% à cette réduction d'impôt, portant ainsi la réduction d'impôt à 27% en Martinique, en Guadeloupe et à La Réunion, et à 36% en Guyane** tout en abaissant respectivement les plafonds à 4 590€ et à 6 030€¹⁶⁶⁸ Le sénateur Marini introduisit un amendement n°II-293 défendu le 30 novembre 2010¹⁶⁶⁹ qui fit l'objet de vives critiques. En effet, ses détracteurs avançaient d'une part que le vote d'un tel amendement raviverait le mouvement social qui a perturbé l'Outre Mer en

¹⁶⁶³ MARINI Philippe, Rapport Général n°111, *ibid.*

¹⁶⁶⁴ Coefficient de 1,4 en Guadeloupe, Guyane et Martinique, et de 1,53 à La Réunion

¹⁶⁶⁵ « *La sur-rémunération des fonctionnaires ne doit répondre qu'à un objectif de « compensation » du différentiel de coût de la vie dans les DOM par rapport à la métropole. Or, ainsi que la mission a pu le relever au cours de ses travaux, les majorations de traitement octroyées par l'État à ses agents vont bien au-delà d'une simple « compensation ». Elles ont, de ce fait, un effet néfaste sur les mécanismes de formation des prix et créent par ailleurs une inégalité durement ressentie entre la fonction publique et l'ensemble des salariés du secteur privé* ». Rapport d'information n°519 *ibid.*

¹⁶⁶⁶ Insee première n 1304, juillet 2010, « *Comparaison des prix entre les DOM et la métropole en 2010* ».

¹⁶⁶⁷ Principe dont Adam Smith a précisé l'importance dès le début du XIX^e siècle : « *Les sujets d'un Etat doivent contribuer au soutien du Gouvernement en proportion du revenu dont ils jouissent sous la protection de cet Etat* » ; « *The subjects of every State ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the State* ». SMITH Adam, *An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Livre V. Chap. II, James Decker 1801, p. 164 – 165

¹⁶⁶⁸ *Ce qui aurait conduit à la création d'une ressource fiscale annuelle d'environ 29 millions d'euros*

¹⁶⁶⁹ Retiré par le Président de la Commission des finances Jean Arthuis sur avis défavorable du Gouvernement

2009 et d'autre part que le rapport de la Commission des Finances ne tenait compte que d'une différence de prix sans tenir compte de la différence de revenus qui existe entre la métropole et les départements d'Outre Mer.¹⁶⁷⁰

B – Les incitations à l'investissement dans les départements d'outre-mer

Le développement économique des départements et collectivités d'outre mer nécessite des investissements localisés. Conscient de cet enjeu le Législateur a introduit une série de mécanismes de défiscalisation¹⁶⁷¹ incitant les particuliers à investir outre-mer moyennant une rentabilité annuelle de l'investissement très élevée. Ainsi que le remarque le rapport annuel de la Cour des Comptes de 2010¹⁶⁷² ces mécanismes permettent en réalité aux contribuables de consentir à l'Etat des avances de trésorerie que ce dernier rémunère par des réductions d'impôt. Le montant de ces réductions s'élevait à 1400 millions d'euros¹⁶⁷³ pour 2010 dont 800 millions au titre des réductions d'IR à raison des investissements productifs.¹⁶⁷⁴ Les détracteurs de ce système d'investissement se fondent sur deux arguments pour demander la remise en cause de ces niches ultra-marines.

D'une part, les investisseurs privés ne réalisent l'investissement qu'à des fins fiscales et inscrivent leurs souscriptions dans des opérations sécurisées si bien que l'investissement s'écarte de la logique d'un investissement classique dans la mesure où il présente un faible risque pour un rendement élevé.

¹⁶⁷⁰ Anne-Marie Payet précisait à cette occasion que le revenu médian par unité de consommation est inférieur de 38% dans les départements d'outre-mer ; v. PAYET Anne-Marie, Sénat, débats du 30 novembre 2010 sur l'article additionnel après l'article 57 du projet de loi de finances pour 2011.

¹⁶⁷¹ Loi Pons en 1986, Paul en 2001, Girardin en 2003

¹⁶⁷² Cour des Comptes, Rapport Public Annuel 2010 – *Le coût disproportionné de certaines niches fiscales en Nouvelle Calédonie & à Wallis et Futuna*, février 2010, p. 495 s.

¹⁶⁷³ Il nous semble ici nécessaire de mettre en perspective le coût de cette niche avec le manque à gagner de l'Etat dû à l'ensemble des 468 niches fiscales lequel est estimé à 74,8 milliards d'euros en 2010.

¹⁶⁷⁴ Ibid. p. 496

D'autre part, l'importance des allègements fiscaux est telle qu'elle fait peser sur l'Etat un taux d'intérêt de 10 à 20%¹⁶⁷⁵ sur ces avances de trésorerie. Si l'on compare ces taux aux taux d'emprunts classiques de l'Etat tels que les OAT TEC 10, on s'aperçoit que ces derniers n'ont pas dépassé 4% depuis 2005. L'utilisation d'une aide budgétaire semble à première vue moins onéreuse que l'aide fiscale si bien qu'il est plus avantageux pour l'Etat de privilégier un mode de subvention direct des opérations en ayant recours à une levée de dette.

Il apparaît cependant que si les investisseurs privés ne réalisent ces investissements qu'à des fins fiscales, sans pour autant courir le risque de l'abus de droit, la finalité n'est, dans les schémas les plus prisés, que celle de la constitution ou de la conservation d'un patrimoine ce qui justifie la différence de logique de rendement. Cette différence de logique explique que la limitation du risque de l'investisseur soit une condition légale d'octroi de l'agrément.¹⁶⁷⁶ La défiscalisation en faveur de l'outre-mer est d'autre part très efficace pour drainer des capitaux et ces niches fiscales jouent un rôle essentiel en permettant d'orienter l'épargne vers des types d'investissements jugés souhaitables dans le cadre de la politique d'ensemble de la nation.¹⁶⁷⁷ Ces mécanismes permettent encore une meilleure répartition de l'aide sur ces différents territoires sans que l'Etat ait besoin de recourir à une coûteuse multiplication des moyens humains sur place. Le mécanisme permet enfin de pallier aux difficultés financières¹⁶⁷⁸ des départements et collectivités d'outre-mer dont les ressources de fonctionnement sont structurellement faibles.

Ainsi que le note le Conseil des Prélèvements Obligatoires, la niche fiscale est une notion à géométrie variable dont la définition est complexe « *Les mesures dont la mise en œuvre entraîne une perte de recettes pour les finances publiques et un allègement pour ceux qui acquittent les prélèvements par rapport à ce qui aurait résulté de l'application de la norme sont qualifiées de « dépenses fiscales » et de « niches*

¹⁶⁷⁵ Pour les schémas de défiscalisation en faveur des investissements immobiliers ; ce rendement brut peut atteindre 60% s'agissant des investissements en Girardin technologique ; v. Rapport Annuel 2010 de la Cour des Comptes préc.

¹⁶⁷⁶ CGI, art. 217 undecies

¹⁶⁷⁷ JULIEN SAINT-AMAND Pascal, *Sus aux niches fiscales*, Droit et Patrimoine, n°195, septembre 2010, p. 3

sociales ». En l'absence de fixation d'une norme, la définition des dépenses fiscales et niches sociales demeure toutefois incertaine et varie au cours du temps. ».¹⁶⁷⁹ Notion à géométrie variable les niches sont des mesures de mise en œuvre de la politique fiscale¹⁶⁸⁰ ayant pour effet de diminuer les recettes fiscales et répertoriées en conséquence comme des charges dans le budget de l'État,¹⁶⁸¹ des dépenses publiques.¹⁶⁸² Si les niches dites « actives » ou « verticales » créent de la valeur en influençant le choix du contribuable¹⁶⁸³, d'autres¹⁶⁸⁴ sont accordées en raison de spécificités propres aux contribuables.¹⁶⁸⁵

S'il existe un florilège fiscal d'incitations à l'investissement dans des zones géographiquement circonscrites, on s'intéressera particulièrement aux schémas d'investissement Girardin industriel car ils représentent l'aboutissement de la manipulation de la valeur du droit de propriété en permettant de créer un droit dont la valeur n'est que fiscale. En effet, les droits sociaux acquis à l'occasion de ces montages sont frappés d'une incessibilité légale pendant une durée de cinq ans. Si cette incessibilité nuit à leur patrimonialité économique en cours d'opération, la valeur des parts de ces sociétés à l'issue du délai d'indisponibilité est proche de zéro, mais permet la réalisation d'une moins value reportable sur les bénéficiaires industriels et commerciaux de l'associé. La valeur des parts de ces sociétés n'est en réalité que fiscale et attachée à la personne de l'associé. En effet, si l'acquisition permet un crédit

¹⁶⁷⁸ Telles que celles issues des obligations nées de la loi SRU

¹⁶⁷⁹ Synthèse du rapport du Conseil des Prélèvements Obligatoires – *Entreprises et "niches" fiscales et sociales, des dispositifs dérogatoires nombreux*, octobre 2010, p. 7

¹⁶⁸⁰ Prenant la forme d'exonérations, d'abattements, de taux d'imposition réduits ou de réductions d'impôt

¹⁶⁸¹ DOUET Frédéric, MASSART Thibaut, RAYNOUARD Arnaud, *Le bridage des « niches fiscales » à l'aube de 2011*, Droit et Patrimoine, n°200, février 2011, p. 26

¹⁶⁸² « D'un point de vue économique, un dispositif dérogatoire fiscal ou social est avant tout une dépense publique, c'est à-dire une affectation de ressources, à un objectif donné. Les dispositifs dérogatoires font ainsi partie de la palette des instruments de politique publique », v. Synthèse du rapport du Conseil des Prélèvements Obligatoires, *ibid*, p. 11

¹⁶⁸³ A l'instar du mécanisme « Scellier » qui accorde une réduction d'IR lors de l'acquisition de logements neufs destinés à une location conditionnée ; v. CGI, art. 199 septuiesimes

¹⁶⁸⁴ Dites niches « passives » ou « horizontales »

¹⁶⁸⁵ Telles que la prime pour l'emploi de l'article 200 sexies du CGI. Cette prime représentait une dépense de 3,20 milliards d'euros pour l'Etat soit 4,28% du montant total des dépenses de l'Etat au titre des niches fiscales

d'impôt extraordinairement important justifié par l'absence d'objectif de création ou de conservation d'un patrimoine, la moins value de cession est nécessairement attachée au titulaire des parts puisqu'il ne peut les céder au cours du délai de cinq ans et qu'il est certain de réaliser cette moins value compte tenu de la nature de ces opérations.

Afin de « *doper* » l'économie de l'outre mer¹⁶⁸⁶ sans pour autant peser sur les dépenses publiques, il fut imaginé que l'Etat pourrait investir indirectement dans ces territoires par le biais d'une réduction d'impôts. Le mécanisme du Girardin industriel, issu de l'article 19 de la loi de finances pour 2001¹⁶⁸⁷ et prévu à l'article 199 undecies B du CGI incite les contribuables à effectuer des investissements transatlantiques générateurs de richesse et d'emploi en contrepartie d'un avantage fiscal.

Cet avantage réside dans une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs réalisés par des résidents fiscaux français au sens de l'article 4B du CGI dans des entreprises relevant de l'article 34 du code précité c'est-à-dire exerçant une activité agricole, commerciale, industrielle ou artisanale dans les départements d'outre-mer. Le taux de droit commun de cette réduction s'élève à 50% du montant hors taxe des investissements productifs¹⁶⁸⁸ et est porté à 60% pour les investissements réalisés en Guyane, à Mayotte,¹⁶⁸⁹ à Saint Pierre et Miquelon ainsi qu'à Wallis et Futuna.¹⁶⁹⁰

¹⁶⁸⁶ « Depuis 15 ans, les départements d'Outre-Mer bénéficient de dispositifs spécifiques d'exonérations des cotisations sociales. L'objectif principal de ces dispositifs est de favoriser l'emploi, via une réduction du coût du travail, dans des contextes économiques marqués par des taux de chômage importants. [...] Entre 1997 et 2007 les départements d'Outre-Mer ont été parmi les plus dynamiques de France : leur produit intérieur brut a enregistré une augmentation de 35 % en volume, contre 26 % en métropole. Cette croissance est allée de pair avec une forte progression de l'emploi, notamment salarié. » DARES, *L'emploi dans les DOM entre 1997 et 2007 : Une croissance marquée par les dispositifs d'exonération spécifiques*, Analyses, janvier 2011, n° 007, p.1

¹⁶⁸⁷ Modifié par l'article 15 de la loi pour le développement économique de l'outre-mer (n°2009-594 du 27 mai 2009)

¹⁶⁸⁸ Diminuée de la fraction de leur prix de revient financée par une subvention publique

¹⁶⁸⁹ On notera que Mayotte est devenu le 101^{ème} département français le 31 mars 2011. Le régime de droit commun devrait donc s'y appliquer comme c'est notamment le cas du régime d'aide aux logements sociaux des DOM est étendu à Mayotte, v. Arrêté du 14 mars 2011, JO 20 mars 2011

¹⁶⁹⁰ Ces taux sont encore majorés de 10 points pour les investissements réalisés dans le secteur de la production d'énergie renouvelable.

Si ce mécanisme fiscal comporte certains aspects communs à la plupart des investissements défiscalisés tels qu'une durée de détention minimale de 5 ans, contrairement à la plupart des investissements dits défiscalisés, la base de la réduction ne se situe pas dans l'investissement réalisé par le contribuable mais dans *l'investissement productif* réalisé par l'entreprise destinataire des fonds et ce même si ce second montant est supérieur à la somme initialement versée par le contribuable. Cette spécificité se retrouve d'ailleurs dans la quasi-totalité des opérations proposées par les monteurs de tels projets.¹⁶⁹¹ Ces promoteurs offrent en effet des opérations faisant intervenir des banques et des particuliers. Les premières garantissent aux seconds le risque de l'opération moyennant une distribution très inégalitaire des dividendes. L'inégalité de cette répartition du dividende est telle que l'intérêt pour les contribuables ne réside que dans la réduction d'impôt s'imputant sur l'impôt sur le revenu résultant de l'application du barème progressif ainsi qu'en dispose l'article 197-I-5 du CGI. La réduction est opérée au titre de l'année de réalisation de l'investissement productif, c'est-à-dire l'année de livraison en cas d'acquisition, année de l'achèvement en cas de création par l'entreprise ou l'année de mise à disposition en cas de crédit bail. La fraction non utilisée de la réduction d'impôt peut être reportée pendant 5 ans. A l'issue de ce délai, aucun remboursement de créance de la réduction d'impôt ne saurait bénéficier à un investisseur non professionnel. Les investisseurs professionnels au sens de l'article 156-I-1° bis du CGI peuvent quant à eux bénéficier dans la limite de 100 000€ par an d'un remboursement du solde de la réduction à compter de la troisième année. Cette créance sur le trésor est inaliénable et incessible ainsi que le précise l'article 16-I-A-7° de la LODEOM.

Rien n'est aussi parlant qu'un exemple dans une matière aussi pratique que le droit fiscal. Un contribuable soucieux d'optimiser sa situation fiscale et de bénéficier d'une réduction d'impôt au titre de l'année d'imputation¹⁶⁹² choisit d'effectuer un investissement en « Girardin technologique » et estime le montant de son impôt sur le revenu 2010 à 60 000€. Un « monteur » lui propose alors d'investir 25 000€ dans une SNC sous agrément commercialisant du matériel et de l'outillage. Un tel investissement bénéficie d'un crédit d'impôt de 50%. Le contribuable bénéficiera donc

¹⁶⁹¹ L'avantage fiscal est soumis à un agrément préalable du ministère du Budget

¹⁶⁹² « Produits One Shot » selon l'expression des praticiens

d'une réduction d'impôt de 50% du montant de l'investissement productif, c'est-à-dire du montant de l'acquisition par la SNC des actifs sous-jacents d'une valeur de 100 000€. La réduction d'impôt théorique de 50 000€ est cependant plafonnée à 40 000€ par an. Le contribuable ayant investi 25 000€ bénéficie dans notre exemple d'un crédit d'impôt de 40 000€. Le gain fiscal est relativement important puisqu'au lieu de payer 60 000€ il ne versera que 45 000€ (25 000€ d'investissement et 20 000€ d'IR).¹⁶⁹³ A l'issue du délai de conservation de 5 ans, la valeur vénale des titres de la SNC ayant fortement diminué, le contribuable réalise une importante moins value. Cette dernière est déductible depuis 2005 des bénéfices industriels et commerciaux professionnels et non professionnels réalisés par le contribuable.

Ce mécanisme est assimilable à une avance faite à l'Etat rémunérée par un intérêt qui n'est autre que fiscal. Ce gain fiscal est si attractif que les investissements ne sont désormais plus effectués dans l'espoir de réaliser un gain financier mais uniquement pour bénéficier de la réduction fiscale attachée à ce type d'investissements. L'acquisition de parts de sociétés situées en outre mer est dès lors uniquement motivée par un intérêt fiscal puisque l'investissement n'a pour les contribuables qu'une valeur temporaire et fiscale. Ce gain fiscal est plafonné afin de limiter certains abus, puisqu'ainsi que le précise l'article 199 undecies D du CGI issu de l'article 57 de la loi de finances rectificative pour 2009,¹⁶⁹⁴ la somme des réductions d'impôt sur le revenu mentionnées aux articles 199 undecies A, B et C du CGI est plafonnée à 40 000€ par année d'imposition. Ce type d'investissement est par ailleurs soumis au plafonnement global des avantages fiscaux de l'article 200-0-A 3° du CGI. L'acquisition du droit de propriété n'est donc mue dans ce type de montage que par l'intérêt fiscal auquel elle conduit.

¹⁶⁹³ Cet exemple ne tient pas compte du plafonnement des niches fiscales et se focalise sur l'intérêt de la notion « *d'investissement productif* »

¹⁶⁹⁴ Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009

§2 – Les régimes de faveurs métropolitains

Le Législateur, conscient des disparités au sein même de la Métropole a mis en place des régimes fiscaux de faveur visant à orienter les choix d'investissement des contribuables vers des zones peu attractives pour les investisseurs tels que certains quartiers des banlieues ou certaines zones rurales (A). Il a par ailleurs permis aux collectivités de réduire certaines impositions afin de permettre à ces dernières de pratiquer une forme de concurrence fiscale (B).

A – Les régimes favorables aux investissements localisés

L'interventionnisme fiscal permet au législateur d'orienter les choix d'investissement des contribuables. Les dispositifs d'exonérations mis en place sont de ce fait temporaires et si certains sont prorogés, d'autres disparaissent.¹⁶⁹⁵ Le régime de zone franche corse fait partie de cette seconde catégorie. L'article 44 decies du CGI dispose que les entreprises créées avant le 31 décembre 2001, implantées en Corse et y disposant de moyens d'exploitations bénéficient sur option d'une exonération totale d'impôt sur les bénéfices¹⁶⁹⁶ pendant 5 ans puis d'une exonération dégressive sur les bénéfices des 4 années suivantes.¹⁶⁹⁷ Cette exonération, soumise aux règles de minimis et limitée à 61 000€par an, ne bénéficie plus aux entreprises créées en Corse depuis le 1^{er} janvier 2002.¹⁶⁹⁸

¹⁶⁹⁵ V. Le régime de l'article 223 nonies A du CGI en faveur des entreprises en zone de recherche et de développement d'un pôle de compétitivité issu de l'article 24 de la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 accordait jusqu'au 17 novembre 2009 des exonérations fiscales aux entreprises implantées dans une zone de recherche et de développement qui participaient à un projet de recherche et de développement. Le régime de faveur consistait en une exonération totale d'impôts sur les bénéfices au titre des 3 premiers exercices puis en un abattement de 50% au titre des deux exercices suivants. Les entreprises éligibles bénéficiaient par ailleurs d'une exonération totale d'IFA, de taxe foncière sur les propriétés bâties et de CFE durant toute la période de faveur.

¹⁶⁹⁶ IR, IS

¹⁶⁹⁷ Abattement de 80 %, 60 %, 40 % et 20 %

¹⁶⁹⁸ Ces dernières peuvent cependant bénéficier du régime des entreprises nouvelles de l'article 44 sexies

Les incitations à l'investissement en zone franche urbaine. Issu de la loi du 14 novembre 1996,¹⁶⁹⁹ le dispositif en faveur des Zones Franches Urbaines¹⁷⁰⁰ visant à créer un ensemble de «*dispositions dérogatoires de droit commun en vue de compenser les handicaps économiques ou sociaux dont souffrent les quartiers en difficulté*»¹⁷⁰¹ fut étendu par les lois du 1^{er} août 2003¹⁷⁰² et du 31 mars 2006.¹⁷⁰³ Décrit comme une «*politique de discrimination territoriale positive*», le dispositif poursuit trois objectifs : «*faciliter le processus de réhabilitation urbaine des grands ensembles en contribuant à une revalorisation du foncier et à la mixité sociale ; consolider les services et les commerces de proximité offerts aux habitants ; stimuler le marché du travail localement et en faciliter l'accès aux demandeurs d'emploi ou aux actifs en situation précaire*». ¹⁷⁰⁴ La réalisation de ces objectifs est principalement assurée par des exonérations fiscales et sociales bénéficiant aux entreprises, aux professionnels libéraux ainsi qu'aux entrepreneurs individuels. Les différentes études de la DARES¹⁷⁰⁵ présentent les impacts positifs de cette mesure incitative et il semble que le dispositif de faveur aurait ainsi stimulé la création d'entreprises¹⁷⁰⁶ et d'emplois,¹⁷⁰⁷ en contrepartie d'une charge importante sur les finances publiques.¹⁷⁰⁸

¹⁶⁹⁹ La loi n°96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville a créé 44 zones franches urbaines

¹⁷⁰⁰ La loi a créé une «*géographie prioritaire à trois niveaux emboîtés, par degrés de difficultés économiques et sociales croissantes*» : les zones urbaines sensibles (ZUS), les zones de redynamisation urbaine (ZRU), et les zones franches urbaines (ZFU) qui constituent des subdivisions des ZRU les plus défavorisées, v. BARTOLONE Claude, Rapport au Parlement, *application de la loi du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville*, 4 mars 1999, p.1

¹⁷⁰¹ Article 1^{er} de la loi n°96-987 du 14 novembre 1996

¹⁷⁰² La loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 a créé 41 ZFU supplémentaires tout en étendant l'allègement d'impôt de l'article 44 octies

¹⁷⁰³ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances

¹⁷⁰⁴ GOURNAC Alain, Rapport n° 210, fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le *projet de loi pour l'égalité des chances*, 22 février 2006, p.9 s

¹⁷⁰⁵ THELOT Hélène, Synthèse du ministère de l'emploi sur les ZFU «*Premières Informations*», Dares, février 2006, n° 06.2 ; THELOT Hélène, Synthèse du ministère de l'emploi «*Les zones franches urbaines en 2003 : un dynamisme impulsé par la vigueur des nouvelles implantations*», *Premières Informations*, Dares, n° 19.1 ; THELOT Hélène, Synthèse du ministère de l'emploi «*Les embauches en zone franche urbaine en 2002*», *Premières Informations*, Dares, n° 35.1

¹⁷⁰⁶ Si le dispositif de faveur bénéficiant au ZRU ne semble pas avoir été couronné d'un grand succès (BARTOLONE Claude, Rapport au Parlement, *application de la loi du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville*, 4 mars 1999, p.18), le dispositif en faveur des ZFU semble avoir un impact très positif sur le tissu économique local. En effet, fin 2004, environ 13.500 sociétés bénéficiaient d'une du dispositif. Parmi celles-ci 45 % sont issues de créations pures et 32 % sont issues des transferts d'activité vers les ZFU. V. THELOT Hélène, Synthèse du ministère de l'emploi sur les ZFU «*Premières Informations*», Dares, février 2006, n° 06.2 & GOURNAC Alain, Rapport n° 210, fait au nom de la

Afin de développer l'emploi dans les quartiers défavorisés, le Législateur a institué un dispositif¹⁷⁰⁹ d'exonération d'impôt sur les bénéfices des sociétés et de CFE¹⁷¹⁰ pour les entreprises situées en ZFU, quelle que soit leur secteur d'activité¹⁷¹¹ et leur mode d'imposition.¹⁷¹² Ce dispositif est conditionné à une implantation matérielle réelle¹⁷¹³ dans la ZFU où l'activité doit être effectivement développée.¹⁷¹⁴ Ce dispositif ne concerne par ailleurs que les petites entreprises employant au plus 50 salariés¹⁷¹⁵ et dont le chiffre d'affaires ou le total de bilan est inférieur à 10 millions d'euros. Par ailleurs, pour bénéficier de cette exonération, la société ne peut être détenue à plus de 25 % par une entreprise de plus de 250 salariés, dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe excède 50 M€ ou dont le total du bilan annuel excède 43 M€¹⁷¹⁶

Les entreprises peuvent s'assurer auprès de l'administration fiscale qu'elles remplissent les conditions légales. Elles doivent alors effectuer une demande préalable auprès de

Commission des affaires sociales du Sénat sur le *projet de loi pour l'égalité des chances*, 22 février 2006, p.9 s

¹⁷⁰⁷ En 2004, 68.600 salariés bénéficiaient des exonérations de charges sociales et l'ACOSS prévoyait 88.400 bénéficiaires en 2006. V. *ibid*

¹⁷⁰⁸ « *Le coût des dispositifs d'exonération en ZFU et ZRU est en moyenne relativement élevé, en particulier au regard des implantations d'emplois dans les quartiers concernés. Le coût budgétaire global des ZFU est estimé à 651 millions de francs pour 1997 et à 1,424 milliard pour 1998. Le coût des ZRU est estimé à 517 millions pour 1997 et 639 millions pour 1998.* » BARTOLONE Claude, Rapport au Parlement, *application de la loi du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville*, 4 mars 1999, p. 22 ; « *Entre son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 et fin 2001, le coût budgétaire total du dispositif des zones franches urbaines a quasiment triplé, passant de 924,70MF à 2666,60 MF (+188%)* » Ministère délégué à la ville, Rapport au Parlement, Bilan des Zones Franches Urbaines, Décembre 2002

¹⁷⁰⁹ Exonération réservée aux entreprises qui créées ou exerçant leur activité entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2011

¹⁷¹⁰ Exonération pendant cinq années, suivie d'une période de trois ou neuf ans d'exonération dégressive : Instruction fiscale du 2 janvier 2009, BOI 6 E-1-09

¹⁷¹¹ Sont ainsi éligibles au dispositif les entreprises développant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale à l'exception de certains secteurs tels que la construction automobile et navale, la fabrication de fibres textiles artificielles, la sidérurgie, les transports routiers, le crédit bail mobilier ou l'agriculture.

¹⁷¹² CGI, art. 44 octies A

¹⁷¹³ C'est-à-dire un bureau, un cabinet, un atelier etc.

¹⁷¹⁴ Réception de clientèle, réalisation de prestations, expédition de marchandises

¹⁷¹⁵ Pour les salariés à prendre en compte v. Instruction fiscale du 6 février 2007, BOI 4 A-1-07, n°60

¹⁷¹⁶ La condition de non-détention doit être respectée tout au long de la période au titre de laquelle le régime est susceptible de s'appliquer ; v BOI 4 A-1-07, n°71

l'administration en présentant par écrit la situation de fait. L'administration dispose alors d'un délai de trois mois pour se positionner sur cette question de fait. L'article 23 de la loi de finances rectificative pour 2004¹⁷¹⁷ a inclus les demandes relatives à l'exonération des bénéficiaires dans la procédure d'accord tacite de l'administration prévue à l'article 44 *octies* dans le champ du rescrit de l'article L 80 B 2°b du LPF. Le silence gardé par l'administration vaut donc approbation tacite.

Le dispositif incitant la création d'entreprise en ZFU permet une exonération totale d'imposition des bénéficiaires soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés¹⁷¹⁸ pendant les cinq premières années¹⁷¹⁹ puis une exonération partielle dégressive pendant les neuf ans suivants. La société bénéficie ainsi d'une exonération de 60% les cinq années suivant la période d'exonération totale, puis une exonération de 40% pour les deux années suivantes, puis une exonération de 20% pour les deux années suivantes. En cas d'activité développée partiellement hors zone, l'entreprise bénéficie de l'exonération d'impôt sur la quote part de son bénéfice provenant de l'activité exercée dans la ZFU, dès lors qu'elle emploie au moins un salarié sédentaire à temps plein ou qu'elle réalise au moins 25 % de son chiffre d'affaires auprès de clients situés en ZFU.

Les incitations à l'investissement en zone rurale. Créées en 1995¹⁷²⁰ pour encourager l'installation d'entreprises dans des zones connaissant des difficultés liées tant au déclin démographique qu'à des contraintes géographiques, économiques et sociales,¹⁷²¹ les zones de revitalisation rurales (ZRR) offrent un régime fiscal privilégié aux entreprises qui s'y implantent. Si le classement en ZRR par le pouvoir réglementaire¹⁷²² semble limité

¹⁷¹⁷ V. CARREZ Gilles, Rapport, n°1976 fait au nom de la Commission des Finances, de l'Assemblée Nationale sur le *projet de Loi de Finances Rectificative pour 2004 (n° 1921)*, 7 décembre 2004, p. 127 s.

¹⁷¹⁸ Mais aussi d'IFA, de cotisations patronales de sécurité sociale, de la contribution au Fonds national d'aide au logement (Fnal) et du versement de transport, de - de cotisations sociales personnelles au titre de l'assurance maladie et de la maternité, de la taxe professionnelle (remplacée par la CET), de la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB).

¹⁷¹⁹ Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2006, le bénéfice exonéré ne peut pas dépasser 100 000 € par période de 12 mois.

¹⁷²⁰ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire

¹⁷²¹ MARINI Philippe, Rapport général n°111 de la Commission des Finances du Sénat sur le *projet de loi de finances pour 2011*, T. III, Vol. 1, 18 novembre 2010, p. 273 s.

¹⁷²² V. arrêté du 9 avril 2009 *constatant le classement de communes en zone de revitalisation rurale*

compte tenu de l'é étroitesse des critères de classification¹⁷²³ reposant tant sur **la densité démographique**,¹⁷²⁴ que sur des caractéristiques **socio-économiques**¹⁷²⁵ et **institutionnelles**,¹⁷²⁶ un tiers des communes françaises¹⁷²⁷ est cependant classé en ZRR.

Bien que soumise au respect des règles tenant aux aides *de minimis*,¹⁷²⁸ l'exonération prévue en faveur des **entreprises créées**¹⁷²⁹ ou reprises¹⁷³⁰ dans ces zones **jusqu'au 31 décembre 2010**¹⁷³¹ est relativement intéressante.¹⁷³² En effet, dès lors que l'entreprise éligible est soumise de plein droit ou sur option à un **régime réel d'imposition, elle peut bénéficier des dispositions de l'article 44 *sexies* du CGI qui prévoit une exonération d'impôt sur les bénéfices**¹⁷³³ **pendant quatorze ans**. L'exonération est totale **pendant les cinq premières années puis elle est dégressive les neuf années suivantes**.¹⁷³⁴

¹⁷²³ Art 52 I de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 & 1465 A II du CGI

¹⁷²⁴ Densité de population est inférieure à 31 habitants par km²

¹⁷²⁵ La commune doit soit avoir connu soit une perte de population, soit une perte de population active soit détenir un taux de population supérieur à 8,3 % de l'ensemble de la population active

¹⁷²⁶ Appartenance à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre

¹⁷²⁷ Ne représentant au demeurant que 8% de la population nationale ; v MARINI Philippe, Rapport général n°111 préc. ; v. DANIEL Christine, GARCIA Alain, ROCHE-BRUYN François, RUIZ Gérard, VERLHAC Eric, SARDAIS Claude, *Rapport interministériel - Evaluation des mesures en faveur des zones de revitalisation rurale (ZRR)*, novembre 2009, p.1

¹⁷²⁸ En application du règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006, le montant de l'exonération ne peut dépasser 200 000€par période de trois ans.

¹⁷²⁹ Cette exonération est réservée **entreprises nouvelles**, ce qui exclue du dispositif les sociétés nées d'une concentration ou d'une restructuration.

¹⁷³⁰ A compter du 1^{er} janvier 2011

¹⁷³¹ L'article 129 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011a en effet prorogé pour trois ans le dispositif d'exonération d'impôt sur les bénéfices et l'a étendu aux reprises de sociétés situées dans ces zones

¹⁷³² Si ces aides sont fortement intéressantes, elles sont raisonnablement utilisées ainsi que le laissent apparaître les coûts fiscaux de la mesure. Le coût des exonérations sociales et fiscales à la charge de l'Etat était estimé à 511 M€ en 2008. Les exonérations fiscales à la charge de l'Etat tenant à l'exonération de bénéfices au titre de l'IS ou de était estimée à 28 M€ en 2008, v. *Rapport interministériel - Evaluation des mesures en faveur des zones de revitalisation rurale, préc. p. 4*

¹⁷³³ Impôt sur le revenu ou d'impôt sur les sociétés ; Les entreprises éligibles peuvent aussi bénéficier d'une exonération de 2 à 5 ans de CFE, de CVAE et de taxe foncière sur les propriétés bâties si les collectivités territoriales ont délibéré en ce sens. Elles bénéficient enfin, dans une certaine mesure, d'une **exonération de cotisations sociales patronales** lorsqu'elles embauchent des salariés

¹⁷³⁴ 60 % de la 6^{ème} à la 10^{ème} année puis, 40 % les 11^{ème} et 12^{ème} années, puis 20 % les 13^{ème} et 14^{ème} années

L'article 129 de la loi de finances pour 2011¹⁷³⁵ a prorogé ce dispositif pour une période de trois ans¹⁷³⁶ tout en réduisant la durée de l'exonération et en limitant le champ matériel du dispositif. En effet, si le bénéfice de l'exonération demeure réservé aux entreprises exerçant une activité artisanale, industrielle, commerciale ou non dès lors que l'entreprise est soumise à un régime réel d'imposition, le législateur a accordé l'exonération aux petites entreprises comptant moins de dix salariés et n'étant pas détenue à plus de 50% par une autre personne morale. Désormais, les entreprises créées ou reprises dans ces zones du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013 bénéficient d'un régime d'exonération pendant une période réduite à 8 ans. Cette exonération est totale au titre des cinq premières années puis décroît annuellement de 25%.¹⁷³⁷

B – Les libertés laissées aux collectivités de pratiquer une forme de *dumping* fiscal

L'intérêt d'une décentralisation fiscale pour dynamiser certaines parties du territoire. Le législateur est parfaitement conscient de l'existence de disparités économiques sur le sol français et il semble utiliser l'impôt comme mesure d'allègement de ces disparités. S'il prend le plus souvent les dispositions lui-même en limitant géographiquement l'application de régimes de faveur, il utilise parfois une seconde technique permettant aux collectivités d'influer elles-mêmes sur les impositions les intéressant. Il s'agit pour la plupart de mécanismes de réduction de droits dont l'assiette est calculée sur des immeubles situés dans le périmètre d'un département. Le législateur laisse à cette occasion aux Conseils généraux la possibilité de réduire dans une certaine mesure les taux d'imposition ce qui permet à ces derniers de pratiquer une concurrence fiscale à l'intérieur du territoire français.

Abattements lors de l'acquisition de locaux d'habitation. Les ventes d'immeubles à usage d'habitation supportent une taxe départementale de 3,60% à laquelle s'ajoutent des frais d'assiette de 2,50% calculés sur le droit départemental, une taxe au profit de

¹⁷³⁵ Suivant ainsi les propositions faites dans le rapport interministériel de novembre 2009, préc.

¹⁷³⁶ V. CGI, Art. 44 quindecies

l'Etat¹⁷³⁸ de 0,20% et une taxe locale de 1,20% soit un taux global d'imposition de 5,09%. Par application de l'article 1594 F ter du CGI, les Conseils Généraux peuvent cependant instituer pour les immeubles d'habitation¹⁷³⁹ un abattement sur l'assiette de la taxe de publicité foncière ou sur les droits d'enregistrement. Cet abattement est conditionné pour l'acquéreur à l'engagement de ne pas affecter le bien à un autre usage pendant une période de trois ans. Le montant de cet abattement est nécessairement compris entre 7 600€ et 46 000€. Au 31 mai 2010, seuls 5 départements pratiquaient cet abattement : le calvados (46 000€), l'Isère (46 000€), la Manche (30 400€), la Marne (7 600€) et la Saône et Loire (30 400€).

Diminution de taux à la charge des collectivités. La loi n°2006-685 du 13 juin 2006,¹⁷⁴⁰ permet aux collectivités locales de réduire jusqu'à 0,5% le taux du droit départemental de 3,6% et le taux de la taxe communale de 1,20% pour l'acquisition d'un logement par lot dans le cadre d'une opération de « *vente à la découpe* ». En contrepartie, l'acquéreur doit s'engager à louer le bien pendant une période minimale de 6 ans.¹⁷⁴¹ Le non respect de cette obligation entraîne l'exigibilité des droits ayant bénéficié de l'abattement ainsi que l'application de l'intérêt de retard mensuel de 0,40%.¹⁷⁴² Cette faculté laissée à la commune a connu un succès encore plus insignifiant que la possibilité d'abattement sur l'assiette taxable précitée. En effet, pour la période allant du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2009, seule la commune de Niederbronn dans le Bas-Rhin a abaissé son taux de 1,20% à 1%.¹⁷⁴³

Les exonérations de droits soumises à l'accord des Conseils Généraux. Dans certaines situations, le Législateur a laissé aux Conseils généraux la faculté d'exonérer certaines personnes de taxe de publicité foncière et de droits d'enregistrement. Le dispositif

¹⁷³⁷ 75 % la 6^{ème} année, 50 % la 7^{ème} année et 25 % la 8^{ème} année

¹⁷³⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2006

¹⁷³⁹ L'abattement peut cependant être limité aux acquisitions de biens situés dans les zones de revitalisation rurale définies à l'article 1465 A du CGI

¹⁷⁴⁰ Loi n°2006-685 du 13 juin 2006, JO 14 juin, art 2

¹⁷⁴¹ V. CGI art. 1584 bis et 1594 sexies

¹⁷⁴² CGI, Art. 1727

¹⁷⁴³ Lamy Fiscal 2010, t. II, n°7333, p. 1057

d'exonération pour cession de logements par les organismes d'HLM et par les SEM à leurs locataires¹⁷⁴⁴ a connu un certain succès puisque 58 départements l'ont adopté.¹⁷⁴⁵ De même, le dispositif en faveur des rachats de certains logements par les organismes HLM et les SEM¹⁷⁴⁶ est relativement utilisé puisqu'il est en vigueur dans 39 départements. Ces possibilités d'exonérations offertes aux Conseils Généraux recueillent cependant un succès nuancé. En effet, certains dispositifs d'exonération ne reçurent qu'un accueil limité. Tel est le cas de l'exonération de droit départemental pour les acquisitions de logements par les organismes d'HLM dans le cadre de la mise en œuvre d'une garantie de rachat¹⁷⁴⁷ que seul le département de la Côte d'or a souhaité mettre en œuvre. Tel est aussi le cas de l'exonération de taxe de publicité foncière des baux de plus de douze ans portant sur des résidences de tourisme classées¹⁷⁴⁸ uniquement en vigueur dans le département de l'Hérault.

Si ces dispositifs visent à inciter les choix des contribuables, il apparaît que leur portée est relativement limitée. Leur étroitesse empêche effectivement aux dispositifs d'être réellement incitatifs. Or il semble que de tels mécanismes puissent permettre d'une part de lutter dans une certaine mesure contre la désertification de départements ruraux et d'autre part de dynamiser les périphéries des grandes agglomérations. Il pourrait être intéressant¹⁷⁴⁹ de faire peser davantage de dépenses publiques sur les collectivités locales et de transférer en conséquence l'établissement des règles d'assiette et le prélèvement d'un impôt tel que l'impôt sur le revenu. Les collectivités pourraient ainsi pratiquer des taux attractifs visant à attirer les contribuables. Si le transfert du pouvoir de détermination du taux aux collectivités s'oppose au principe de légalité, il semble plus envisageable d'accorder aux collectivités la possibilité de pratiquer des abattements sur des impôts dont l'impact est plus significatif pour les contribuables. Un tel dispositif serait relativement difficile à mettre en œuvre puisqu'il impose un calibrage difficile des transferts opérés, mais il présente l'intérêt de dynamiser d'une

¹⁷⁴⁴ Créé par l'article 61 de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 ce dispositif est codifié à l'article 1594G du CGI ; v. Instruction fiscale du 8 novembre 1999, BOI 7 C-4-99 n° 7 et 15

¹⁷⁴⁵ Memento fiscal 2011, n°97320

¹⁷⁴⁶ CGI, art.1594 H ; Doctrine administrative 7 C-1482 n° 45 s. du 1^{er} octobre 2001

¹⁷⁴⁷ CGI, Art.1594 H-0 bis issu de l'article 14 de la loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009

¹⁷⁴⁸ CGI, Art. 1594 J bis issu de l'article 17 de la loi 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques

¹⁷⁴⁹ Ainsi que le proposait Dominique Joly dans sa thèse ; v. JOLY Dominique, *L'organisation décentralisée des finances de la République*, Thèse Paris II, novembre 2010

part les politiques locales et de permettre d'autre part aux départements de pratiquer un concurrence fiscale au sein même de la France et de s'opposer ainsi à certaines formes de dumping fiscal européen.

Sous-section 2 – Les mesures d'attractivité en faveur des non résidents

Le principe gouvernant l'imposition des revenus de source française des non-résidents est celui de leur imposition en France.¹⁷⁵⁰ Le régime fiscal des non-résidents¹⁷⁵¹ dépend principalement de l'existence d'une convention fiscale entre la France et le pays de résidence. Au-delà de la conclusion de conventions internationales, le législateur a mis en place des régimes fiscaux de faveur visant à inciter les contribuables non-résidents à établir des liens avec la France soit par le biais d'investissements (§2) soit par le biais d'une impatriation (§1).

§1 – Les incitations à l'impatriation

Le droit fiscal français est favorable aux non résidents mais aussi aux nouveaux résidents français. En effet, le Législateur incite les non-résidents à venir travailler en France tout en bénéficiant d'un régime fiscal de faveur. Si le régime fiscal des impatriés (A) exonère ainsi d'impôt sur le revenu une partie des sommes perçues par le contribuable, les impatriés bénéficient aussi d'un avantage en matière de plus-values immobilières, puisque ces dernières sont exonérées sous certaines conditions (B).

¹⁷⁵⁰ A défaut de clause de mission temporaire (salarié séjournant moins de 183 jours) entre la France et le pays de résidence, les traitements & salaires supportent à cette occasion une retenue à la source (prélevée par l'employeur) de 20 % pour la fraction de rémunération supérieure à 40 716€ (imposition des revenus 2010) qui donne généralement lieu à l'octroi d'un crédit d'impôt dans le pays de résidence.

¹⁷⁵¹ FOURRIQUES Michel, *Le régime fiscal des non-résidents*, Petites affiches, 14 février 2008, n° 33, p.7

A – Le régime fiscal des impatriés

Le nouveau régime fiscal des impatriés. Mis en place en 2004¹⁷⁵² et complété par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le régime fiscal des impatriés vise à renforcer l'attractivité du territoire français et à favoriser en France l'installation de cadres de haut niveau en atténuant le caractère dissuasif de la fiscalité française des cadres et salariés. Le dispositif ne concerne en effet que les personnes appelées par une entreprise étrangère auprès d'une entreprise établie en France ou les personnes recrutées directement à l'étranger par une entreprise établie en France.¹⁷⁵³ Présenté comme un régime permettant de mobiliser l'attractivité au service de la croissance, le dispositif qui avait pour objet de rendre plus attractif le régime des impatriés appelés à exercer en France une activité pour une durée limitée à 5 ans constitue « *désormais l'un des régimes fiscaux d'Europe les plus favorables aux cadres étrangers* ». ¹⁷⁵⁴ Ce régime est ouvert à toute personne venant travailler en France,¹⁷⁵⁵ n'ayant pas été résident fiscal français pendant les cinq ans¹⁷⁵⁶ précédant sa date de prise de fonctions à condition que le bénéficiaire de ce régime fixe sa résidence fiscale en France au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle de la prise de fonction.

L'article 81 C du CGI,¹⁷⁵⁷ inspiré du régime britannique de la « *remittance basis* », ¹⁷⁵⁸ introduit par l'article 121 de la loi de modernisation de l'économie semble avoir

¹⁷⁵² Article 23 de la loi n°2003-1312 du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003, codifié à l'article 81 B du CGI modifié par l'article 54 de la loi n°2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005.

¹⁷⁵³ Instruction fiscale du 30 juillet 2009, BOI 5 F-13-09 n° 10

¹⁷⁵⁴ Invest in France Agency, Doing Business in France, éd. 2010, VF, mai 2010

¹⁷⁵⁵ Indépendamment de sa nationalité ainsi que de celle de la société établie en France pour laquelle il est appelé à travailler

¹⁷⁵⁶ 10 ans jusqu'en 2005

¹⁷⁵⁷ v. Instruction fiscale du 30 juillet 2009, BOI 5F-13-09

¹⁷⁵⁸ La « *remittance basis* », est un régime fiscal favorable applicable aux résidents et aux résidents de Grande Bretagne qui a pour effet « d'exonérer les revenus salariaux et non-salariaux de source exclusivement étrangère tant que ceux-ci ne sont pas transférés au Royaume-Uni. [...] L'application de la « *remittance basis* » revêt un intérêt particulier pour les cadres de haut niveau et contribue, dans l'industrie financière, à la concentration des talents à Londres. [...] Il bénéficie ainsi à pas moins de 130.000 cadres étrangers ». BÉTEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth, MARINI Philippe, Rapport n° 413, fait au nom de la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi de modernisation de l'économie, 24 juin 2008, Tome I, p.431

renforcé l'attractivité du dispositif préexistant puisque 8 734 foyers fiscaux déclaraient bénéficier de ce régime au titre de l'imposition des revenus de 2008.¹⁷⁵⁹ Le nouveau régime transféré à l'article 155 B du CGI par un décret du 7 avril 2009¹⁷⁶⁰ prévoit ainsi, une exonération pour une durée limitée à six ans¹⁷⁶¹ à compter de l'impatriation. Si l'impatrié continue ses fonctions en France au-delà de cette période, il devient imposable en France dans les conditions de droit commun.

Portée du dispositif. Les bénéficiaires de ce dispositif sont exonérés d'impôt sur le revenu sur leurs « *primes d'impatriation* » comprises pour son montant réel. Sur option du contribuable, la prime d'impatriation peut être évaluée forfaitairement à 30% de la rémunération nette totale si le montant de la prime n'est pas précisément déterminé.¹⁷⁶² L'intégralité de la prime est alors exonérée d'impôt sur le revenu dès lors que les rémunérations imposables en France sont au moins équivalentes aux rémunérations perçues par les salariés exerçant des fonctions comparables dans la même société ou le cas échéant dans une société comparable établie en France.

Le nouveau régime prévoit en outre une exonération à hauteur de 50 % des revenus de source étrangère dits « *revenus passifs* » c'est-à-dire des revenus qui ne proviennent pas d'une activité. Constituent à cet égard des revenus passifs les revenus de capitaux mobiliers dont le paiement est assuré par une personne établie dans un État ayant conclu avec la France une convention. Constituent aussi des revenus passifs les produits, dont le paiement est effectué par une personne établie hors de France,¹⁷⁶³ les droits d'auteur perçus par les écrivains, les compositeurs¹⁷⁶⁴ ainsi que les produits perçus par les inventeurs au titre de la concession de licences d'exploitation de leurs

¹⁷⁵⁹ MARINI Philippe, Rapport Général n°111 au Sénat, fait au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de finances pour 2011, T. III, *Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, 18 novembre 2010. Le dispositif préexistant garantissait « pas le retour ou l'installation en France de cadres de haut niveau et demeure (ait) peu utilisé », BÉTEILLE Laurent, LAMURE Elisabeth, MARINI Philippe, Rapport n° 413, préc. p. 428

¹⁷⁶⁰ Article 1^{er} du décret n°2009-389 du 7 avril 2009

¹⁷⁶¹ L'exonération est en effet applicable jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de la prise de fonctions.

¹⁷⁶² Cette faculté est donc fermée aux personnes appelées par une entreprise étrangère auprès d'une entreprise établie en France, pour lesquelles la prime d'impatriation doit être précisée dans le contrat de travail.

¹⁷⁶³ Etablie dans un État ayant conclu avec la France une convention

¹⁷⁶⁴ Par leurs héritiers ou légataires

brevets. Constituent enfin des revenus passifs les gains réalisés à l'occasion de la cession de valeurs mobilières et de droits sociaux, lorsque le dépositaire des titres ou la société dont les titres sont cédés est établi dans un État ayant conclu avec la France une convention.

Le régime prévoit en outre une exonération d'impôt sur le revenu pour la fraction de la rémunération correspondant à l'activité exercée à l'étranger limitée à 20 % de la rémunération imposable. Le régime de l'article 155 B donne ensuite la possibilité de déduire de la rémunération imposable les cotisations versées aux régimes supplémentaires de retraite et aux régimes de prévoyance complémentaire étrangers. Enfin, les impatriés bénéficient d'une exonération en matière d'ISF dans la mesure où, les biens détenus à l'étranger ne rentrent pas dans l'assiette imposable à l'ISF alors qu'ils sont fiscalement considérés comme des résidents fiscaux français.

B – Les exonérations de plus values immobilières des non résidents

Lors de la revente de son bien immobilier, un non résident ne supporte le plus souvent qu'un prélèvement libératoire en France correspondant au tiers de la plus value réalisée. Ce taux est cependant réduit à 19% pour les ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne ou porté à 50% si le cédant effectue des opérations de revente à titre habituel. Toutefois, depuis 2006, les personnes physiques non résidentes fiscales françaises, résidentes d'un Etat membre de l'Union,¹⁷⁶⁵ d'Islande ou de Norvège peuvent bénéficier sous certaines conditions d'une exonération totale de plus-values immobilières.

Sont ainsi exonérées d'impôt sur le revenu les plus-values immobilières réalisées par des particuliers lors de la cession d'immeubles constituant l'habitation en France de personnes physiques, non résidentes, mais ressortissantes d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique

¹⁷⁶⁵ Les nationaux français fiscalement domiciliés en Nouvelle-Calédonie, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Polynésie française, à Wallis et Futuna ou sont considérés comme des ressortissants de l'Union européenne et peuvent de ce fait bénéficier de l'exonération. v. Rép. Zimmermann, JO AN 26 juillet 2005, p.7404, n° 41771 ; Rép. Masson, JO Sénat 28 juillet 2005, p.2036, n° 12117

européen ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative.¹⁷⁶⁶ Cette exonération est conditionnée au fait que le cédant doit avoir été fiscalement domicilié en France de manière continue pendant au moins 2 ans à un moment quelconque avant à la cession, et doit d'autre part avoir la libre disposition du bien l'année précédant la cession.

Cette exonération s'appliquait dans la limite des deux premières cessions¹⁷⁶⁷ effectuées par le contribuable non-résident. L'exonération de la deuxième cession fut récemment supprimée si bien que les cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2011¹⁷⁶⁸ ne bénéficient de l'exonération que si elles constituent la première cession immobilière effectuée par le non-résident.

§2 – Les incitations à l'investissement

Le Législateur a mis en place un certain nombre de dispositifs visant à inciter les investissements. Certains dispositifs de faveur bénéficient indifféremment aux résidents et aux non résidents. (A). D'autres visant toujours à développer les investissements en France sont en revanche réservés à ces derniers (B). Les non-résidents doivent alors apporter la preuve de leur non-domiciliation fiscale en France pour pouvoir bénéficier de ces avantages fiscaux.¹⁷⁶⁹ Des formulaires de domiciliation fiscale peuvent être délivrés par l'administration fiscale étrangère. A défaut, la preuve peut être rapportée par la fourniture d'une attestation de résidence émanant des services fiscaux étrangers ; d'un certificat établi par le Centre des impôts des non-résidents français ; d'un avis d'imposition étranger, ou à défaut, d'une attestation sur l'honneur.

¹⁷⁶⁶ CGI, art. 150 U, II, 2°

¹⁷⁶⁷ Afin d bénéficier de cette exonération, la seconde vente devait intervenir plus de 5 ans après la première cession ; v. Instruction fiscale du 16 février 2006, BOI 8 M-1-06 ; v. PAYS Bruno, *Investissements immobiliers transfrontières : un environnement juridique et fiscal complexe*, Annales des loyers août septembre 2010, n°8-9, p. 2207 s.

¹⁷⁶⁸ CGI, art. 150 U, II, modifié par l'article 91 de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011

¹⁷⁶⁹ POIRIER Marie-Hélène, *Quelle est la fiscalité applicable aux non-résidents ?*, AGEFI Actifs, n°299, 27 avril – 3 mai 2007, p. 8

A – Les mesures bénéficiant aux résidents comme aux non résidents

Certains régimes de faveur incitent les résidents comme les non résidents à investir en France. Ces dispositifs qui constituent soit des exonérations temporaires soit des crédits d'impôts ont pour objectif de favoriser l'innovation, la création ou le développement.

Dispositif favorable à l'innovation. Créé par l'article 67 de la loi de finances pour 1983,¹⁷⁷⁰ le crédit d'impôt recherche fut pérennisé¹⁷⁷¹ et amélioré par l'article 87 de la loi de finances pour 2004¹⁷⁷² qui poursuivait le double objectif de rendre le dispositif plus incitatif¹⁷⁷³ et de favoriser l'effort national de recherche¹⁷⁷⁴ conformément aux objectifs fixés par le Conseil Européen.¹⁷⁷⁵ A nouveau réformé par les articles 69 et 70 de la loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, le crédit d'impôt recherche codifié à l'article 244 quater du CGI fut créé pour attirer en France des activités de recherche et développement. Consistant en l'octroi d'un crédit d'impôt assis sur le montant des dépenses de recherches engagées, le crédit d'impôt recherche est un mécanisme présenté comme « *l'un des plus incitatifs au monde* ». ¹⁷⁷⁶ Les entreprises industrielles, commerciales et agricoles effectuant des dépenses de recherche peuvent obtenir un crédit d'impôt. A défaut de bénéficiaires imposables le crédit d'impôt est remboursé à l'expiration d'une période de trois ans. Par dérogation à ce principe, une mesure temporaire pour les exercices 2009 et 2010 permettait un remboursement immédiat.¹⁷⁷⁷ Cette mesure fit l'objet d'une pérennisation en faveur des

¹⁷⁷⁰ Art. 67 de la loi n°82-1126 du 29 décembre 1982 de finances pour 1983

¹⁷⁷¹ Le dispositif avait fait l'objet de modifications incessantes ainsi que le note le conseil des impôts qui remarque que « *les modalités de calcul du crédit d'impôt recherche n'ont cessé de varier* » : v. Conseil des Impôts, Rapport d'information n° 55 (2003-2004) *sur les prélèvements obligatoires et leur évolution*.

¹⁷⁷² Art. 87 de la loi n°2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004

¹⁷⁷³ CARREZ GILLES, Rapport n°1110, fait au nom de la Commission des Finances, de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2004, 1^{ère} partie T. III, 9 octobre 2003, p. 97

¹⁷⁷⁴ MARINI Philippe, Rapport n°73 fait au nom de la Commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2004, 20 novembre 2003, T. III, p. 80 s.

¹⁷⁷⁵ Le Conseil européen réuni à Barcelone en mars 2002, souhaitant rattraper son retard sur les Etats-Unis ou le Japon s'était en effet fixé comme objectif d'atteindre un niveau de dépenses en recherche et développement représentant 3 % du PIB des pays membres dont 2 % pour la part des entreprises.

¹⁷⁷⁶ Invest in France Agency, *Doing Business in France*, éd. 2010, VF, mai 2010, p. 65 s

¹⁷⁷⁷ Le remboursement immédiat prend la forme d'une réclamation contentieuse susceptible de faire l'objet de demandes de justificatifs par l'administration

PME communautaires¹⁷⁷⁸ à l'occasion de la loi de finances pour 2011. Les dépenses de recherche engagées par l'entreprise ouvrent droit à un crédit d'impôt de 30 % des lorsqu'elles sont inférieures à 100 millions d'euros et de 5 % au-delà. Ce taux de 30 % est porté à 40 % et 35%¹⁷⁷⁹ respectivement la première et la seconde année pour les entreprises n'ayant jamais bénéficié du régime ainsi que celles qui n'en ont pas bénéficié depuis plus de cinq ans.¹⁷⁸⁰

Les dépenses de recherche ouvrant droit au crédit d'impôt recherche doivent d'une part relever de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée¹⁷⁸¹ ou du développement expérimental,¹⁷⁸² et d'autre part être éligibles au dispositif. Ce critère d'éligibilité restreint le champ des dépenses ouvrant droit au crédit d'impôt à une série de dépenses limitativement établie. Les dépenses éligibles comprennent les dépenses de personnel telles que les salaires des chercheurs, des techniciens de recherche¹⁷⁸³ et des jeunes docteurs.¹⁷⁸⁴ Elles comprennent par ailleurs les dépenses de dépôt, de maintenance et de défense des brevets¹⁷⁸⁵ mais aussi les dépenses de fonctionnement fixées forfaitairement à 50 % des dépenses de personnel éligibles.¹⁷⁸⁶ Elles comprennent encore les primes et cotisations afférentes à des contrats d'assurance-brevet.¹⁷⁸⁷ Les dotations aux amortissements des brevets acquis pour la réalisation de travaux de recherche ainsi que 75% de la dotation aux amortissements des immobilisations affectées à la recherche et au développement constituent encore des

¹⁷⁷⁸ Les JEI ainsi que les entreprises nouvelles en difficultés financières bénéficient aussi de ce dispositif de faveur

¹⁷⁷⁹ Le succès du mécanisme fut tel qu'il conduisit législateur à apporter des modifications restrictives à l'occasion de la loi de finances pour 2011. Les taux s'élevaient respectivement à 50 % et 40 % avant la loi de finances pour 2011

¹⁷⁸⁰ Le montant du crédit d'impôt n'est plus plafonné.

¹⁷⁸¹ Modèle probatoire de produit, d'opération ou de méthode

¹⁷⁸² Utilisation de prototypes ou d'installations pilotes

¹⁷⁸³ S'ils sont directement et exclusivement affectés à la recherche

¹⁷⁸⁴ Le double des salaires de ces derniers ouvre droit pendant deux ans au crédit d'impôt. Ce dispositif est issu des propositions faites dans le rapport Charzat : v. CHARZAT Michel, *L'attractivité du territoire français*, Rapport au 1^{er} ministre, juillet 2001, p. 44 (Ce rapport avait permis la prise en compte la 1^{ère} année de 100% des dépenses de recrutement des jeunes docteurs).

¹⁷⁸⁵ Ainsi que des certificats d'obtention végétale

¹⁷⁸⁶ Pour les dépenses engagées avant le 1^{er} janvier 2011 ce taux s'élevait à 75%

¹⁷⁸⁷ Dans la limite de 60 000 euros par an

dépenses éligibles.¹⁷⁸⁸ Enfin, il n'est pas impératif que les recherches soient effectuées directement par l'entreprise. En effet, les dépenses de recherche sous-traitées à des organismes de recherche publics et privés agréés ouvrent droit sous certaines conditions¹⁷⁸⁹ au crédit d'impôt recherche.

Dispositif favorable à la création. Certaines dépenses de production cinématographique ou audiovisuelle correspondant à des opérations effectuées en France pour la réalisation de longs métrages agréés ouvrent droit pour les entreprises de production cinématographique et audiovisuelle soumises à l'IS à un crédit d'impôt.¹⁷⁹⁰ Le taux de ce crédit d'impôt est égal à 20 % du montant des dépenses techniques éligibles telles que les salaires des techniciens, les dépenses de matériels techniques. Le montant de ces crédits d'impôt est soumis à un plafonnement général ainsi qu'à des plafonnements selon la nature de l'œuvre. Tout d'abord, le crédit d'impôt ne peut conduire à ce que le budget de production des œuvres soit supporté à plus de 50% par des fonds publics. Le crédit d'impôt cinéma est ensuite plafonné à 1 000,000 euros tandis que le crédit d'impôt audiovisuel¹⁷⁹¹ est plafonné à 1 150 € ou 1 200 € par minute produite et livrée, selon la nature de l'œuvre.

Afin de renforcer l'attractivité de la France dans ce secteur le Législateur a mis en place un crédit d'impôt international¹⁷⁹² ou C2I à l'occasion de la loi de finances pour 2009.¹⁷⁹³ Le dispositif mis en place pour favoriser les œuvres produites par les entreprises de production exécutives établies hors de France ouvre droit à un crédit

¹⁷⁸⁸ Le guide publié par le ministère de la recherche et de l'enseignement supérieur le 30 mars 2011 (qui n'a pas de valeur réglementaire) dresse une liste des dépenses ouvrant droit au CIR : v. Guide du Crédit d'impôt recherche 2011, p. 9 à 20

¹⁷⁸⁹ Si l'intégralité des dépenses de recherches sous-traitées est prise en compte. L'assiette du crédit d'impôt est limitée 10 millions d'euros par an en l'absence de lien de dépendance et 2 millions d'euros par an en cas de dépendance. Les dépenses de recherche sous-traitées et exposées à compter du 1^{er} janvier 2001 sont par ailleurs limitées à 3 fois le montant total des autres dépenses de recherches ouvrant droit au crédit d'impôt recherche. Enfin, l'entreprise qui sous-traite doit réaliser elle-même un 1/4 des dépenses de recherches retenues pour le calcul du crédit d'impôt.

¹⁷⁹⁰ CGI, Art. 220 F & 220 sexies

¹⁷⁹¹ Les films documentaires ne bénéficient du dispositif de faveur que si le montant des dépenses est au moins égal à 2 333 € par minute produite.

¹⁷⁹² CGI, Art. 220 quaterdecies & 220 Z bis autorisé par la Commission Européenne le 2 juillet 2009

¹⁷⁹³ Article 131 de la loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

d'impôt de 20% sur certaines dépenses¹⁷⁹⁴ se rapportant à des opérations ou prestations effectuées ou situées en France et engagées par elles entre le 1^{er} janvier 2009 et le 31 décembre 2012. Ce crédit d'impôt est plafonné à 80 % du budget de production de l'œuvre et à 4 000 000€ par œuvre. Celles-ci doivent être agréées par le CNC et doivent comporter des éléments de rattachement à la culture au patrimoine ou au territoire français.

Dispositif favorable au développement. Afin « *d'apporter un soutien spécifique, dans leur phase de démarrage, aux jeunes entreprises spécialisées dans l'innovation qui mènent des projets de recherche et développement* »¹⁷⁹⁵ le législateur introduisit dans la loi de finances pour 2004 un dispositif de faveur bénéficiant à certaines jeunes entreprises dites innovantes et réputé efficace en matière de création d'emplois.¹⁷⁹⁶ L'article 44 sexies 0 A du CGI¹⁷⁹⁷ a créé ainsi le statut de jeune entreprise innovante qui bénéficie aux PME créées depuis moins de 8 ans¹⁷⁹⁸ dont les dépenses de recherches dépassent 15% de leurs charges ou qui sont soit dirigées soit détenues à plus de 10% par des personnes limitativement énumérées¹⁷⁹⁹ et qui sont détenues¹⁸⁰⁰ à plus de 50% par des personnes physiques ou par des personnes elles aussi limitativement énumérées.¹⁸⁰¹

¹⁷⁹⁴ Constituent des charges déductibles les rémunérations versées aux auteurs, aux artistes-interprètes, aux artistes de complément, ainsi qu'au personnel de réalisation et de production. Sont également éligibles les dépenses liées aux industries techniques (article 46 quater-0 ZY ter de l'annexe III du CGI) au transport et à la restauration dès lors que ces dernières sont strictement nécessaires et qu'elles ne sont pas somptuaires. V. Instruction fiscale du 20 janvier 2010, 4 A-1-10 n° 25 à 30.

¹⁷⁹⁵ Projet de loi de finances pour 2004, n°1093, Exposé des motifs, p. 23

¹⁷⁹⁶ En 2020, 500 entreprises et 15.000 emplois auraient ainsi été créés grâce aux allègements dégressifs consentis : KOPP Pierre & PRUD'HOMME Rémy, *Le coût fiscal des allègements fiscaux pour JEM18*, juin 2002, p. 6 s

¹⁷⁹⁷ Issu de l'article 13 de la loi n°2003-1311 du 30 décembre 2003

¹⁷⁹⁸ Ce délai de 8 ans ne tient pas réellement compte de la réalité du démarrage des entreprises innovantes ainsi que le notait P. Marini (MARINI Philippe, Rapport n° 73 fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur *le projet de loi de finances pour 2004*, T. II, Fasc. 1, p.96 s.) : « *il faut, dans de nombreux domaines, de dix à vingt ans pour qu'une entreprise innovante nouvellement créée devienne viable* »

¹⁷⁹⁹ Il s'agit des étudiants, des personnes titulaires depuis moins de 5 ans d'un diplôme conférant le grade de master ou d'un doctorat, des personnes affectées à des activités d'enseignement ou de recherche.

¹⁸⁰⁰ L'objectif de ces restrictions relatives à la composition du capital des entreprises visées paraît être d'empêcher toute tentative d'évasion fiscale de grands groupes qui filialiseraient certaines de leurs activités, déjà bénéficiaires, orientées vers la recherche et développement : MARINI Philippe, Rapport n° 73 préc. p.100

¹⁸⁰¹ Par une société répondant aux mêmes conditions, par des sociétés de capital-risque (FCP à risques, sociétés financières d'innovation ou des sociétés unipersonnelles d'investissement à risque) par des fondations

Malgré leur soumission au respect des règles de minimis,¹⁸⁰² les JEI bénéficient d'un régime particulièrement attractif puisque les résultats¹⁸⁰³ des trois premiers exercices bénéficiaires sont exonérés d'IR ou d'IS et que les bénéfices réalisés au titre des deux exercices bénéficiaires suivants sont exonérés à hauteur de 50%.¹⁸⁰⁴ Les JEI bénéficient par ailleurs d'une exonération totale d'IFA pendant toute la période d'exonération des résultats.¹⁸⁰⁵ Les entreprises éligibles bénéficient sur délibération des collectivités territoriales¹⁸⁰⁶ d'une exonération pendant sept ans de taxe foncière sur les propriétés bâties et de CET. Enfin, les salaires des personnels de la JEI chargés des opérations de recherche sont exonérés de charges sociales patronales pendant 8 ans.

B – Les mesures propres aux non-résidents

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé dans un arrêt *Schumacker* du 14 février 1995¹⁸⁰⁷ que les États membres devaient traiter de façon similaire les non-résidents et les résidents se trouvant dans une situation comparable lorsque la source de la totalité ou de la quasi-totalité de leurs revenus¹⁸⁰⁸ est située dans cet Etat. Si les résidents des Etats membres de l'UE sont fiscalement traités comme des résidents fiscaux français, il apparaît qu'ils sont parfois mieux traités que les résidents eux-mêmes.

ou associations d'utilité publique à caractère scientifique, ou par des établissements publics de recherche et d'enseignement.

¹⁸⁰² Règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité

¹⁸⁰³ Les produits correspondant aux actions ou parts de société, aux subventions, libéralités et abandons de créances ainsi qu'aux produits de créances et d'opérations financières ne sont cependant pas exonérés.

¹⁸⁰⁴ CGI, Art. 44 sexies A

¹⁸⁰⁵ CGI, Art. 223 nonies A

¹⁸⁰⁶ Ou des établissements publics de coopération intercommunale dotés d'une fiscalité propre

¹⁸⁰⁷ CJCE, 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker* : Rec. CJCE, I, p. 225

¹⁸⁰⁸ Ainsi, les « *non-résidents Schumacker* » sont fiscalement domiciliés en France s'ils y perçoivent la majeure partie de leurs revenus professionnels ou non professionnels (revenus du patrimoine).

Le traitement fiscal des non résidents au regard de l'ISF est particulièrement éclairant sur ce point. Le régime d'impatriation limite pendant 5 ans l'assiette de l'impôt sur le capital des nouveaux résidents français aux seuls biens détenus en France. L'assiette de l'impôt diffère ensuite selon que le redevable est ou non résident fiscal français. Tandis que les résidents fiscaux français sont imposables sur leur patrimoine mondial, les non résidents ne sont imposables¹⁸⁰⁹ que sur une partie de leur patrimoine situé en France puisque leurs placements financiers sont exonérés d'impôt.¹⁸¹⁰ Il faut entendre par placement financier les placements dont les produits seraient traités comme des revenus de capitaux mobiliers.¹⁸¹¹ Les non résidents ne sont donc imposés au titre de l'ISF que sur leurs biens meubles corporels ayant une assiette matérielle en France,¹⁸¹² sur les immeubles et droits réels immobiliers qu'ils possèdent directement ou indirectement. Ils sont encore imposés sur les parts de sociétés à prépondérance immobilière ainsi que sur leurs créances sur un débiteur établi en France. Cette exonération est sans influence sur les règles de plafonnement et de bouclier ce qui marque bien la faveur qui est faite aux non résidents. L'administration¹⁸¹³ a en effet récemment précisé qu'en dépit de l'exonération des placements financiers dont ils bénéficient, les non résidents percevant la totalité ou la quasi-totalité de leurs revenus en France peuvent bénéficier des mêmes avantages que les résidents fiscaux français.¹⁸¹⁴ L'administration fiscale ayant tiré les conséquences de l'arrêt *Schumacker* vient de préciser que ces personnes, appelées « *non-résidents Schumacker* », étaient éligibles au plafonnement d'ISF¹⁸¹⁵ ainsi qu'au bouclier fiscal.¹⁸¹⁶

¹⁸⁰⁹ Dés lors que leur patrimoine net situé en France est supérieur à 800 000€(pour 2011)

¹⁸¹⁰ CGI art. 885 L ; Doc. Adm. 7 S-346 n° 1, du 1^{er} octobre 1999

¹⁸¹¹ C'est notamment le cas des dépôts à vue ou à terme, des obligations, actions et droits sociaux ainsi que des comptes courants d'associés, des contrats d'assurance-vie et des contrats de capitalisation

¹⁸¹² CGI, Art. 750 ter 2

¹⁸¹³ Instruction fiscale du 29 décembre 2010, BOI 13 A-1-11 & Instruction fiscale du 11 janvier 2011, BOI 13 A-1-11

¹⁸¹⁴ Lesquels sont, selon toute vraisemblance, amenés à disparaître dans un futur proche.

¹⁸¹⁵ Instruction fiscale du 31 janvier 2011, BOI 7 S-1-11

¹⁸¹⁶ Instruction fiscale du 29 décembre 2010, BOI 13 A-1-11

Conclusion du chapitre premier

L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété peut se traduire par une manipulation du critère géographique du droit de propriété. Il n'est pas évident de localiser géographiquement le droit de propriété dans la mesure où ce droit consiste en un rapport juridique entre un sujet et un objet qui peuvent être localisés dans deux endroits différents. Cette différence de localisation amène les contribuables à s'intéresser à des techniques d'optimisation fondées tant sur la localisation de l'objet que sur leur propre lieu de résidence.

Il apparaît que si les modifications du critère *rationae loci* sont relativement aisées s'agissant des personnes morales, cette manipulation des règles de localisation est en revanche extrêmement lourde pour les personnes physiques. En effet, la sécurisation des opérations d'ingénierie fondées sur la modification du lieu de résidence affecte radicalement la situation personnelle du contribuable.

La structuration géographique du patrimoine peut ainsi répondre à une volonté du contribuable de se soustraire à une souveraineté fiscale trop lourde, mais peut aussi résulter d'une incitation fiscale émanant d'une politique de développement économique menée par le législateur. Les dispositifs en faveur des départements d'Outre-mer ainsi que ceux accordant une fiscalité privilégiée aux zones franches constituent les meilleurs exemples de mesures d'incitation à la structuration géographique du patrimoine.

Si ces mesures d'incitation concernent de façon plus évidente les résidents fiscaux français, le législateur ne se désintéresse pas du cas des non résidents. Au contraire, le législateur a tendance à favoriser les non résidents. Cette attraction traditionnelle des non résidents passe en effet par des mesures d'incitation à l'investissement en France, ainsi que par des mesures d'incitation à l'impatriation. Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 contient des dispositions particulièrement intéressantes puisque revenant sur cette politique de faveur bénéficiant aux non résidents. En effet, le

dispositif proposé projette de soumettre les non résidents propriétaires d'une résidence secondaire en France à une taxe annuelle de 20 % de la valeur locative cadastrale.

Chapitre 2. Structuration temporelle du patrimoine

Si certains scientifiques ont démontré que le temps était relatif, cette notion est appréhendée plus simplement dans les consciences humaines. Le facteur temps est omniprésent en fiscalité, et son incidence est considérable sur bon nombre de mécanismes. Alors même que juridiquement, toute action s'inscrit dans le temps, il apparaît que la perception de ce facteur n'a été que peu étudiée en droit fiscal. Or ce facteur remplit deux fonctions essentielles. Il permet en effet de procéder à un découpage temporel et de mesurer l'écoulement du temps.

Le temps a tout d'abord une fonction de découpage temporel sans créer pour autant une unité temporelle fixe. L'unité temporelle n'existe pas en effet en droit fiscal et si la fiscalité retient souvent comme principe celui de l'annualité,¹⁸¹⁷ elle retient parfois une unité de mesure qui peut être plus courte comme le trimestre ou le mois.¹⁸¹⁸ Le temps permet encore de circonscrire des périodes qui, cloisonnées, sont indépendantes les unes des autres et empêchent ainsi que des actes postérieurs à ces périodes produisent des effets rétroactifs.¹⁸¹⁹ Le temps dans sa fonction fiscale de découpage temporel permet enfin de localiser temporellement le fait générateur de l'imposition. Là encore le droit fiscal ne retient pas une règle unique car la localisation temporelle du bénéfice imposable est différente selon la qualité de celui qui le réalise. Le système de comptabilité de caisse qui concerne traditionnellement les ménages s'oppose effectivement à celui de la comptabilité d'engagement¹⁸²⁰ qui concerne traditionnellement¹⁸²¹ les entreprises.

Le temps constitue par ailleurs une mesure d'écoulement et fiscalement, le simple fait

¹⁸¹⁷ Comme c'est le cas en matière d'impôt sur le revenu : v. CGI, Art. 12 & 36

¹⁸¹⁸ V. en matière de TVA

¹⁸¹⁹ V. principe d'indépendance des exercices fiscaux

¹⁸²⁰ Ou système des créances acquises, v. CGI art. 38-2 bis

¹⁸²¹ Les titulaires de BNC peuvent effectivement opter pour le système de la comptabilité d'engagement

que le temps passe produit des effets juridiques tantôt positifs tantôt négatifs susceptibles d'optimisation. « *Le déroulement normal des actes et opérations dans le temps peut être modifié de façon à entraîner une modification corrélative de leurs conséquences. Il y a ainsi une sorte de manipulation du temps.* »¹⁸²² L'écoulement du temps a tout d'abord un rôle négatif en droit fiscal puisqu'il permet de tenir compte de l'effet corrosif et destructeur du temps que le droit fiscal traduit en termes juridiques. La fiscalité tient ainsi compte de la dépréciation due au temps grâce au système des abattements. Le droit fiscal tient aussi compte du rôle négatif du temps à travers le système de la péremption qu'illustre le mécanisme du report en arrière. Contrairement au report en avant des déficits¹⁸²³ qui permet à une société soumise à l'IS de reporter indéfiniment ses déficits sur les résultats bénéficiaires des exercices futurs, le report en arrière des déficits¹⁸²⁴ ne permet à une société de reporter ses déficits que sur les bénéfices des trois exercices précédant l'exercice déficitaire. La structuration fiscale du patrimoine amène à manipuler le temps lui-même ou à manipuler l'incidence du temps sur le facteur économique le plus essentiel : la jouissance économique. La nature corrosive de ce facteur explique en effet que le renoncement temporaire aux effets économiques du droit de propriété justifie ainsi un traitement fiscal privilégié. (Section 2)

Le rôle positif de l'écoulement du temps est tout d'abord caractérisé par le mécanisme du paiement de l'impôt par acomptes. Ce mécanisme constitue à la fois une anticipation des rentrées fiscales de l'Etat et une anticipation des charges des contribuables. Il permet que l'impôt soit calculé à partir de l'impôt payé l'année précédente.¹⁸²⁵ Ce décalage s'avère favorable aux entreprises ou aux contribuables dont les bénéfices et revenus sont croissants d'une année sur l'autre dans la mesure où les acomptes retardent la date du paiement de l'impôt. L'écoulement du temps a par ailleurs un rôle positif car il permet au droit fiscal d'oublier des situations temporellement trop éloignées par le biais de prescriptions et d'exonérations.¹⁸²⁶ Ce

¹⁸²² SERLOOTEN Patrick, *Le temps et le droit fiscal*, RTD Com. 1997 p. 177

¹⁸²³ CGI, Art. 209 I al. 3

¹⁸²⁴ Ou "carry back" ; v. CGI art. 220 quinquies

¹⁸²⁵ Puis qu'intervienne une régularisation à la clôture de l'exercice

¹⁸²⁶ Comme c'est le cas en matière de plus-values lorsque l'acquisition est relativement ancienne

rôle positif de l'écoulement du temps se traduit ensuite à travers la manipulation fiscale de l'avenir. Cette manipulation apparaît à travers des techniques d'anticipation et de différé qui permettent dans un cas de prévoir les conséquences fiscales et dans l'autre de repousser les conséquences d'une action dans le futur et d'atténuer ainsi les conséquences de la progressivité de l'impôt. Selon le professeur Serlooten,¹⁸²⁷ « *un exemple particulièrement clair de manipulation du temps fiscal se trouve dans la technique des provisions. Il s'agit grâce aux provisions de traduire immédiatement la dépréciation d'un élément d'actif due à une autre cause qu'à l'usure ou au vieillissement* ». Si la provision traduit généralement un risque de perte future, une société peut constituer des provisions pour dépréciation en raison de la diminution de valeur subie par des éléments d'actif du fait d'un évènement qui affecte toujours l'exercice de constitution de la provision, alors même que cet évènement a débuté plusieurs années auparavant.¹⁸²⁸ L'intérêt de la technique des provisions est limité par des conditions relativement strictes et par des effets fiscaux limités. L'optimisation fiscale du patrimoine utilise la technique de la manipulation temporelle par anticipation mais privilégie des techniques à fort rendement fiscal telles que celles fondées sur la durée. (Section 1)

Section 1. La manipulation de la durée

Tantôt consolateur et favorisant l'oubli, tantôt destructeur et corrosif, le temps est un facteur essentiel en droit fiscal car il produit de multiples effets. Les effets fiscaux du temps sont effectivement variés et dépendent de la manière dont on l'appréhende. Ces effets sont effectivement différents selon que l'on étudie la durée comme un instrument de mesure des effets du temps ou qu'on l'étudie dans son interaction avec des évènements. En effet, c'est nécessairement par rapport au temps que les évènements s'ordonnent et cet ordonnancement peut se faire de façon périodique ou non (Sous-section 2). Le temps s'écoule inexorablement et indépendamment de toute action humaine. Cet écoulement inévitable s'accompagne d'un délabrement progressif des choses et des êtres. La durée constitue ainsi l'élément de mesure fiscale de l'altération

¹⁸²⁷ Op. cit. SERLOOTEN Patrick, *Le temps et le droit fiscal*

¹⁸²⁸ La crise immobilière justifie la constitution d'une provision pour dépréciation : CAA Versailles, 8 février 2011, n°09-1202, *SA Gecina*

liée aux effets du temps. Si les effets de la durée peuvent être positifs, la durée est alors créatrice de valeur fiscale lorsqu'elle permet une reconstruction de valeur¹⁸²⁹ ou une pérennisation fiscale d'une opération,¹⁸³⁰ ces effets sont généralement négatifs dans la mesure où le temps est le plus souvent corrélé à la dépréciation des biens. Le droit fiscal tient compte des effets négatifs du temps à travers la notion de « *durée de détention* » (Sous-section 1).

Sous-section 1. L'utilisation de la durée de détention

La durée de détention d'une chose permet au contribuable de tenir compte de l'effet corrosif du temps sur toute chose et de tenir compte fiscalement de la perte de valeur simplement due à l'écoulement du temps. La durée de détention n'est alors qu'une prise en compte fiscale des effets naturels de la durée. (§1) Si le traitement fiscal accordé à la durée de détention peut n'être que la constatation d'une diminution de valeur, la durée de détention est aussi utilisée en fiscalité pour produire des effets fiscaux artificiels. (§2) Le facteur temporel est utilisé en pareille situation comme condition de soumission à un traitement fiscal privilégié.

§1 – Les effets naturels de la durée de détention

Détenir c'est accepter que la chose perde de la valeur par le seul effet du temps. La simple conservation de la chose suffit à diminuer la valeur du bien. La valeur du bien est diminuée car la substance est altérée. Le droit comptable en application des principes de sincérité, de régularité¹⁸³¹ et de prudence¹⁸³² impose aux personnes tenues

¹⁸²⁹ Reconstitution de l'abattement de droits de donation en ligne directe de 159 325€ par période de 6 ans (CGI, Art. 784). L'augmentation de la durée de reconstitution de l'abattement de 6 à 10 ans montre bien que le temps a une valeur en droit fiscal. L'augmentation de ce délai conduit à une augmentation de recettes fiscales pour l'Etat estimée à 18 millions d'euros pour 2011 puis à 450 millions d'euros à compter de 2012 : v. Projet de loi n°3406 de finances rectificative pour 2011, 11 mai 2011, p. 192

¹⁸³⁰ Acceptation tacite en matière de rescrit

¹⁸³¹ Article L120-2 du Plan Comptable Général

¹⁸³² Article L120-3 du Plan Comptable Général

de tenir une comptabilité de pratiquer des abattements sur leurs immobilisations afin de prévoir les diminutions de valeurs liées à l'écoulement du temps.

Principe de l'amortissement. La pratique d'amortissements permet de tenir compte de cet effet dévastateur du temps. Un actif n'est ainsi amortissable que si sa durée d'utilisation prévisible¹⁸³³ est limitée dans le temps en raison de son usure physique, de son dépérissement juridique¹⁸³⁴ ou de son obsolescence technique. On ne peut donc amortir les biens produisant un avantage économique sans limitation de temps. Par conséquent, si certaines choses perdent de la valeur avec le temps, d'autres n'en perdent pas comme les terrains, le droit à construire, le fonds de commerce,¹⁸³⁵ le droit à construire,¹⁸³⁶ les œuvres d'art. Il n'est donc pas possible de pratiquer des amortissements sur ces biens et la perte de valeur ne peut être constatée que par la prise en compte d'une provision sur ces immobilisations non amortissables.

Eléments amortissables. En application des principes comptables, les immobilisations doivent être amorties, c'est-à-dire que le coût de l'immobilisation est réparti sur sa durée d'utilisation. Constituent des immobilisations¹⁸³⁷ les actifs identifiables, ayant une valeur économique positive se traduisant par des avantages économiques futurs attendus. La notion d'immobilisation suppose que l'actif puisse être évalué avec une fiabilité suffisante et qu'il soit contrôlé par l'entreprise.¹⁸³⁸ Tout comme la plupart des éléments corporels qui sont amortissables dans la mesure où leur usage est limité dans

¹⁸³³ En vertu de l'article 39 C du CGI, l'amortissement doit être pratiqué sur la durée normale de l'utilisation. Le fait que le bien soit donné en location n'est pas de nature à influencer la durée de l'amortissement (CGI annexe II, art. 30).

¹⁸³⁴ Protection légale ou contractuelle

¹⁸³⁵ Il est cependant possible de pratiquer des amortissements sur certains éléments du fonds de commerce dès lors que leur utilisation est limitée dans le temps. Conseil d'Etat, 1^{er} octobre 1999, n°177809, *Foncia Particimo*, Dr. fisc. 1999, n°45, comm. 824, Concl Goulard ; JCP G, n°15-16, 12 avril 2000, p. 704 s. en matière de portefeuille de mandat de gestion se dépréciant annuellement de 20%

¹⁸³⁶ **Les droits à construire acquis auprès d'un aménageur ou résultant d'un bail à construction ne sont pas amortissables car leur valeur ne se déprécie pas avec le temps : Conseil d'Etat, 23 décembre 2010, n°308206, *Thirode***

¹⁸³⁷ Les biens immobiliers appartenant à un marchand de biens constituent du stock et non des immobilisations si bien qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un abattement

¹⁸³⁸ La notion de contrôle est particulièrement intéressante car le droit fiscal rattache ce contrôle à la notion de propriété économique comme en cas de vente avec réserve de propriété ou de crédit bail : v. COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, préc. n°172, p. 72 ; BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc.

le temps, les éléments incorporels sont eux aussi généralement amortissables¹⁸³⁹ car l'avantage qu'ils procurent à l'entreprise prendra fin à une date déterminée.

Amortissement par composant. Les choses complexes peuvent être amorties en plusieurs parties car l'effet du temps est plus ou moins fort sur la structure et sur ses différents composants.¹⁸⁴⁰ En effet, depuis le 1^{er} janvier 2005, les immobilisations corporelles peuvent être amorties selon le rythme d'usure des composants. Il s'agit alors de ventiler le coût de l'immobilisation entre les différents composants. Cette ventilation est utilisée aussi bien pour les biens meubles¹⁸⁴¹ que pour les immeubles. La ventilation est obligatoire si la valeur du composant est supérieure ou égale à 15% de la valeur totale de l'immobilisation. Ce taux est diminué à 1% en matière immobilière. Il apparaît cependant qu'il n'y a pas lieu de ventiler l'amortissement pour les composants dont la durée d'utilisation est supérieure ou égale à 80% de celle de l'immobilisation.¹⁸⁴²

Durée et taux d'amortissement. La durée de l'amortissement est déterminée d'après la durée réelle d'utilisation d'un actif en fonction de ses caractéristiques techniques et de son utilisation. Les entreprises peuvent cependant privilégier le recours aux durées d'usage retenues par la profession¹⁸⁴³ sans que l'administration puisse y substituer la durée réelle d'utilisation.¹⁸⁴⁴ Par usages, « *il y a lieu d'entendre, sous le contrôle du juge de l'impôt, les pratiques qui, en raison notamment de leur ancienneté, de leur fréquence ou de leur généralité, sont regardées comme normales, dans chaque nature*

¹⁸³⁹ Pour une marque, v. Conseil d'Etat, 28 décembre 2007 n° 284899 & 285506, *SA Domaine Clarence Dillon*. Pour des dépenses d'acquisition de l'AMM (renouvelable) d'un médicament Conseil d'Etat, 14 octobre 2005, n° 260511, *SA Chiesi*, Concl S. Vercluyte, BDCF 1/06, n°2

¹⁸⁴⁰ PCG, Art. 311-2

¹⁸⁴¹ Dés lors que ces biens ont une certaine valeur : camions, avions, machines industrielles

¹⁸⁴² Instruction fiscale du 30 décembre 2005, BOI 4 A-13-05, n°32 s.

¹⁸⁴³ CGI, Art. 39 – 1° 2° & Instruction fiscale du 30 décembre 2005, BOI 4 A-13-05, n°97 & 117. Taux d'amortissement couramment admis : bâtiments commerciaux : 2 à 5 % ; bâtiments industriels : 5 % ; immeubles à usage de bureaux : 4 % ; maisons d'habitation : 1 à 2,5 % ; matériel : 10 à 15 % ; outillage : 10 à 20 % ; automobiles et matériel roulant : 20 à 25 % ; mobilier : 10 % ; matériel de bureau : 10 à 20 % ; micro-ordinateurs : 33,33 % ; agencements et installations : 5 à 10 % ; brevets, certificats d'obtention végétale : 20 %.

¹⁸⁴⁴ Conseil d'Etat, 9 décembre 1992, n°85864 & 85794

d'industrie, de commerce ou d'exploitation ». ¹⁸⁴⁵ Lorsque l'entreprise utilise l'immobilisation dans des conditions particulières, elle peut s'écarter des usages de la profession dans la limite de 20% sans que l'administration ne puisse le lui reprocher. ¹⁸⁴⁶ Le mode d'amortissement doit refléter la dépréciation effective de l'immobilisation. On peut imaginer que les effets du temps sont homogènes si bien que la dépréciation peut être constatée de façon linéaire. ¹⁸⁴⁷ Ce mode linéaire de prise en compte des amortissements constitue le régime fiscal de droit commun qui peut céder lorsque la valeur des biens est plus fortement impactée en début de vie par le facteur temporel. Le recours aux amortissements dégressifs, ¹⁸⁴⁸ consistant à pratiquer des annuités d'amortissement décroissantes, ne constitue qu'une possibilité ¹⁸⁴⁹ et le choix du mode d'amortissement constitue ainsi une décision de gestion. L'amortissement dégressif vise à appliquer un taux constant à la valeur d'origine puis à la valeur résiduelle à compter du second exercice. Ce taux est déterminé en appliquant un coefficient ¹⁸⁵⁰ au taux d'amortissement linéaire.

La technique de l'amortissement est elle aussi marquée par le développement de l'interventionnisme fiscal. En effet, alors que l'amortissement a vocation à tenir compte de la diminution de valeur d'une immobilisation dans le temps, certains biens peuvent être amortis sur des durées inférieures à leur durée effective d'utilisation. Les exemples d'application en la matière sont légion et si certains d'entre eux comme l'amortissement intégral des logiciels ¹⁸⁵¹ ou des les dépenses d'acquisition d'un site internet ¹⁸⁵² sur une période de 12 mois a une justification économique, d'autres ne sont justifiés que par la volonté du Législateur. Les amortissements exceptionnels en

¹⁸⁴⁵ Première définition des usages : Conseil d'Etat, 11 mars 1988, n° 46415, 50774, 80363 : RJF 4/88, n°385 & 386 ; Selon les usages de la profession, les rames de train sont amorties par la SNCF sur 20 ans : Conseil d'Etat, 18 mai 2005, n°261623 & 262791, *Banque Populaire Loire & Lyonnais*

¹⁸⁴⁶ Doc. Adm. 4 D 141, n°4

¹⁸⁴⁷ PCG, Art. 322-4,5

¹⁸⁴⁸ CGI, Art. 39 A

¹⁸⁴⁹ Réservée à certains biens et notamment aux d'équipement ou à des investissements hôteliers : v. CGI, Annexe II, art. 22

¹⁸⁵⁰ Depuis le 1^{er} janvier 2010 ce coefficient est le suivant : 1,25 lorsque la durée d'amortissement est comprise entre trois et quatre ans ; 1,75 si la durée est comprise entre 5 & 6 ans ; 2,25 si la durée est supérieure à 6 ans.

¹⁸⁵¹ l'article 236 II du CGI

¹⁸⁵² Instruction fiscale 4 C-4-03, n°15 s.

matière de lutte contre la pollution¹⁸⁵³ ou contre le bruit¹⁸⁵⁴, en faveur des économies d'énergie,¹⁸⁵⁵ des zones prioritaires¹⁸⁵⁶ ou de l'innovation¹⁸⁵⁷ ne trouvent effectivement leur justification ni dans un écoulement plus rapide du temps ni dans une durée d'utilisation plus rapide mais uniquement dans les objectifs du Législateur. Ces derniers sont à n'en pas douter fort louables, mais la technique de l'amortissement est dévoyée puisqu'utilisée à des fins qui lui sont parfaitement étrangères. L'amortissement constitue de ce fait un élément de manipulation de la valeur fiscale du droit de propriété.

§2 – Les effets artificiels de la durée de détention

Le législateur accorde des effets fiscaux à la simple détention d'un patrimoine. Si cette simple détention peut se traduire fiscalement par une imposition au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune, la détention prolongée d'un bien peut avoir pour conséquence de réduire l'imposition en cas de cession dudit bien alors même que le temps n'a pas conduit à une diminution de valeur. Grâce à cet effet artificiel de la durée de détention, le droit fiscal favorise la stabilité de l'actionnariat et limite la dynamique du marché immobilier. Cette diminution de la pression fiscale dans des investissements de moyen-long terme oriente ainsi l'investissement des ménages au moyen des abattements pour durée de détention. Si le législateur semble avoir rapproché le traitement fiscal des plus-values mobilières et immobilières en les soumettant au même taux de 19% et en faisant disparaître l'abattement annuel de 25 000€ en matière mobilière, cette matière demeure privilégiée. Elle bénéficie en effet d'un abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année¹⁸⁵⁸ ce qui permet une exonération totale après 8 années de détention tandis que les plus values immobilières des particuliers ne sont

¹⁸⁵³ CGI, Art. 39 quinquies E & F

¹⁸⁵⁴ CGI, Art. 39 quinquies DA

¹⁸⁵⁵ CGI 39 AB ; les installations des centrales photovoltaïques ouvrent aussi droit à de dispositif de faveur : Rép. Lamour, JO AN, 19 août 2008, p. 7151, n° 20408

¹⁸⁵⁶ CGI, Art. 39 quinquies D

¹⁸⁵⁷ CGI, Art. 39 quinquies A

¹⁸⁵⁸ CGI, Art. 150-0 D bis

réduites que de 10% par année au-delà de la cinquième année de détention,¹⁸⁵⁹ ce qui ne permet une exonération qu'au bout de quinze ans. Ce dispositif a récemment subi une modification de taille puisque la loi de finances pour 2011¹⁸⁶⁰ a limité l'abattement pour durée de détention en matière immobilière à l'impôt sur le revenu.¹⁸⁶¹ Ces abattements pour durée de détention ne sont pas liés à l'effet du temps si bien que le législateur confère ainsi des effets purement artificiels à la détention en matière de plus-value. Le législateur utilise ainsi le facteur temporel comme un facteur d'ajustement de l'interventionnisme fiscal et ce indépendamment des effets réels de ce facteur. Cette utilisation arrangée du facteur temporel apparaît fréquemment dans le Code général des impôts et les droits des mutations ne font pas exception.

« *Quel que soit le mode d'exploitation, il apparaît que seule une transmission organisée et progressive de l'entreprise permet d'optimiser le coût fiscal de la transmission.* »¹⁸⁶² Le poids croissant des droits de mutation¹⁸⁶³ incite les chefs d'entreprises à une certaine forme de « *générosité forcée* » en anticipant les conséquences juridiques et fiscales de leur décès. Cette anticipation leur permet effectivement de procéder à des arbitrages, d'effectuer des donations, ou de conclure des engagements de conservation de titres ayant pour objectif de réduire les droits de mutation. Cette anticipation de la fiscalité est tant la marque de l'aversion des contribuables pour les droits de succession que le signe visible de la valeur fiscale du temps. S'il est évident que le facteur temporel présente une valeur fiscale, la détermination de cette valeur est relativement complexe puisque cette valeur est protéiforme. La valeur du temps est différente selon le mécanisme sur lequel on se penche et si l'abattement en ligne de 159 325€ se reconstitue tous les 6 ans¹⁸⁶⁴ cela ne signifie pas que la valeur fiscale d'une année corresponde au quotient de ce montant sur le nombre d'années de reconstitution. L'exonération de 75% en contrepartie d'une conservation des titres pendant

¹⁸⁵⁹ CGI, Art. 150 VC-I al 1^{er}

¹⁸⁶⁰ Modification introduite dans le projet de loi de finances pour 2011 par l'amendement I-28 déposé par Gilles Carrez

¹⁸⁶¹ Les plus values immobilières des particuliers sont donc exonérées d'impôt sur le revenu mais soumises aux prélèvements sociaux de 12,3% lorsqu'elles sont réalisées après quinze années de détention.

¹⁸⁶² DUCCELLIER Christophe, *Le régime fiscal de la transmission d'entreprise*, Les Nouvelles Fiscales, 1^{er} mars 2004, n°909, p. 20 s.

¹⁸⁶³ V. Article 2 & 4 du projet de loi n°3406 de finances rectificative pour 2011, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 mai 2011

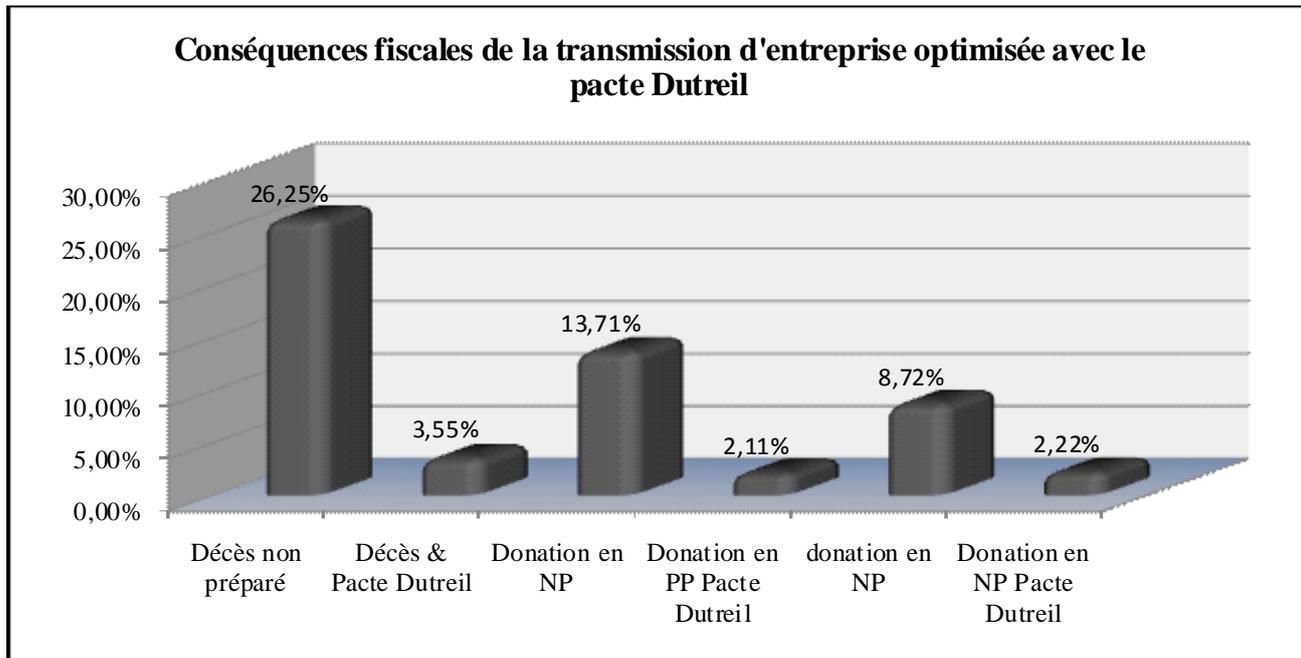
une période de 6 ans n'implique pas elle non plus qu'une année corresponde à un abattement de 12,5%. Si le temps possède une valeur fiscale, cette dernière ne saurait être immuable puisqu'elle dépend d'une part du mécanisme considéré et qu'elle n'est pas divisible annuellement. L'exemple du Pacte Dutreil en livre un parfait exemple puisque la rupture de l'engagement de conservation fait perdre au signataire l'intégralité de l'exonération et non uniquement le bénéfice de l'exonération pour l'année au cours de laquelle la rupture est intervenue.

Avant la loi de finances pour 2000, le dirigeant d'une entreprise familiale ne pouvait transmettre cette dernière sans que des droits de donation ou de succession relativement importants soient exigibles. Les repreneurs devaient en effet rechercher un financement externe pour payer les droits de mutation. Cette situation qualifiée de délétère par une partie de la doctrine amenait les repreneurs à se verser des primes, des dividendes ou à se distribuer des réserves ce qui retirait des fonds parfois nécessaires au développement de l'activité de la société. Cette situation était d'autant plus ubuesque que plus l'activité de l'entreprise était florissante plus sa valeur était importante, plus le coût de la transmission était lourd, plus les sommes prélevées étaient importantes. Conscient du caractère préoccupant de cette situation, et désireux de soutenir tant la transmission d'entreprises que le maintien d'un actionariat stratégique stable,¹⁸⁶⁵ le législateur a permis aux chefs d'entreprise, moyennant un engagement de conservation, de transmettre leur entreprise à leurs enfants sans que ces derniers ne supportent des droits de donation trop importants ou un impôt de solidarité sur la fortune trop étouffant. « *Les engagements de conservation font partie d'un ensemble de pratiques assez communes dans notre législation fiscale.* »¹⁸⁶⁶ Si l'on retrouve en effet ce mécanisme dans tous les domaines de la fiscalité et notamment en

¹⁸⁶⁴ L'article 3 du projet de loi n°3406 de finances rectificative pour 2011 projette d'allonger la durée de reconstitution à 10 ans.

¹⁸⁶⁵ « *gages de la pérennité des entreprises et de la mise en œuvre d'objectifs de long terme autour d'une équipe dirigeante solidaire* » : Rapport CARREZ Gilles, Rapport n° 276 fait au nom de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2008, T. II 11 octobre 2007, p. 125

¹⁸⁶⁶ LUBIN Jean-Jacques, *Dispositif Dutreil : la gestion fiscale des engagements collectifs de conservation*, La Revue Fiscale Notariale n°11, novembre 2008, 8



matière de logement dans le régime Robien,¹⁸⁶⁷ en matière d'apports partiels d'actifs,¹⁸⁶⁸ ou encore en cas d'apport à titre pur et simple,¹⁸⁶⁹ son utilisation dans le cadre des « Pactes Dutreil » est la plus marquante compte tenu de ses effets et de son succès.

Le régime de faveur permet de réduire d'environ 85%¹⁸⁷⁰ le coût fiscal de la transmission d'une entreprise d'une valeur de 1,5 million d'euros par héritier en ligne directe d'un de cujus âgé de moins de 71 ans ainsi que le présente le diagramme suivant.¹⁸⁷¹

Instauré par la loi de finances pour 2000,¹⁸⁷² le dispositif des pactes Dutreil a subi de nombreuses évolutions.¹⁸⁷³ Cette exonération a été étendue dans un premier temps¹⁸⁷⁴ aux

¹⁸⁶⁷ Engagement de conservation de logements ou de parts de sociétés immobilières de l'article 31, I, 1°, h du CGI

¹⁸⁶⁸ CGI, Art. 210 B

¹⁸⁶⁹ Apports soumis aux droits de mutation : CGI, art. 809, I, 3° et 810 bis, al. 1

¹⁸⁷⁰ Le coût fiscal de l'opération s'élève à 2,2% contre 26,25%

¹⁸⁷¹ Exemple livré par Stéphane de Lassus, v. LASSUS Stéphane (de), *Le jeu des engagements « Dutreil » et la réforme des successions*, JCP N, n°38, 22 septembre 2006, 1306)..

¹⁸⁷² Exonération de 50% de droits de succession en cas de transmissions d'entreprises

¹⁸⁷³ Projet de loi de finances rectificative pour 2011, Évaluation préalable de l'article, p.200 s.

¹⁸⁷⁴ Article 43 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003.

donations d'entreprises en pleine propriété puis¹⁸⁷⁵ aux donations de la nue-propriété des titres. Les conditions de l'exonération partielle ont-elles aussi subi des modifications dans la mesure où la durée de l'engagement individuel a été réduit de six à quatre ans.¹⁸⁷⁶ Le système des engagements collectifs de conservation de titres est un mécanisme utilisé par le Législateur pour stabiliser le capitalisme familial et éviter les disparitions de sociétés familiales en cas de transfert. Les titres de sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale¹⁸⁷⁷ faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation appelé « *Pacte Dutreil* » sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit¹⁸⁷⁸ et d'impôt de solidarité sur la fortune¹⁸⁷⁹ pour les trois quarts de leur valeur dès lors que certaines conditions sont remplies. Ces conditions sont à vrai dire relativement contraignantes puisqu'elles tiennent à la durée de conservation, à l'activité de la société et au nombre de parts objets de cet engagement.

Conditions tenant à la durée. Les titres doivent faire l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans.¹⁸⁸⁰ A l'issue de ce délai, chacun des héritiers, donataires ou légataires doit prendre pour lui et ses ayants cause à titre gratuit un engagement individuel de conservation¹⁸⁸¹ pour une période de quatre ans commençant à courir à compter de l'expiration de l'engagement collectif.

En cas de non respect de l'engagement de conservation des titres par un des signataires du pacte, il y a lieu de distinguer selon que la cession intervient au cours de la période de l'engagement collectif ou pendant la période d'engagement individuel. Dans la première

¹⁸⁷⁵ Article 28 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 ; Texte qui a notamment porté le taux d'exonération à 75%

¹⁸⁷⁶ Article 15 de la loi n° 2007-1882 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008

¹⁸⁷⁷ L'exonération bénéficie aussi aux sociétés qui exercent « à la fois une activité civile et une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale dans la mesure où cette activité civile n'est pas prépondérante » : Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04, n° 1 ; BONDUELLE Patrice & TERRIER Jérôme, *ISF : L'Administration précise les conditions applicables aux "pactes Dutreil"*, JCP E, n° 23, 3 juin 2004, 828 ; BONDUELLE Patrice & TERRIER Jérôme, *Associés et actionnaires : engagez-vous !* : JCP E 2003, n°45, 6 novembre 2003, 1587. L'exonération s'applique aussi aux titres de sociétés interposées et aux titres holdings animatrices : v. Inst. 7 G-6-01 n° 3 ; ARNAUD-EMERY Alexandra, *L'application du bénéfice de l'article 787-B du CGI aux sociétés holding*, JCP N, n°10, 11 mars 2011, 1099 .

¹⁸⁷⁸ CGI, Art. 787 B

¹⁸⁷⁹ Article 885 I bis du CGI issu de l'article 47 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 modifié notamment par l'article 26 de la loi n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (évolution du taux de 50 % à 75 %), l'article 15 de la loi n°2007-1882 du 24 décembre 2007 (Réduction de durée de l'engagement collectif de six à deux ans)

¹⁸⁸⁰ Le futur défunt ou le donateur s'engage à conserver 20 % ou 34 % des titres avec d'autres associés.

situation, une cession de titres au profit d'un tiers à l'engagement fait perdre le bénéfice du dispositif à l'ensemble des signataires.¹⁸⁸² En revanche, si cette cession intervient au cours du délai d'engagement individuel, la cession ne fait perdre les effets du dispositif qu'à l'associé cédant.¹⁸⁸³ Les conséquences de la rupture de ces conditions sont telles que les pactes Dutreil sont généralement doublés de pactes d'actionnaires assortis d'un droit de préférence et des formules calcul de prix.

Condition tenant à l'activité. L'un des signataires de l'engagement doit exercer dans la société son activité professionnelle principale, si elle relève de l'impôt sur le revenu ou une fonction de direction,¹⁸⁸⁴ si elle est soumise à l'IS.¹⁸⁸⁵ L'exonération partielle est remise en cause si cette condition n'est pas satisfaite et tous les signataires sont tenus d'acquitter un complément de droits majoré des intérêts de retard.¹⁸⁸⁶

Condition tenant au nombre de parts faisant l'objet de l'engagement de conservation. L'engagement collectif doit porter pendant toute sa durée sur au moins 34 % des titres de la société. Ce pourcentage est ramené à 20 % lorsque les titres qui font l'objet d'un engagement de conservation sont négociés sur un marché réglementé.

Le caractère contraignant de ces conditions est justifié par l'importance de l'exonération à laquelle l'engagement de conservation donne droit et qui a pour conséquence de favoriser les transmissions d'entreprises familiales. Cette transmission est d'autant plus facilitée que

¹⁸⁸¹ Si cet engagement ne porte que sur une partie des titres, l'exonération ne porte que sur cette partie.

¹⁸⁸² Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 devrait permettre à un nouvel actionnaire d'entrer dans le pacte sans que cette modification du périmètre ne remette en cause le bénéfice de l'engagement. Cette possibilité suppose cependant l'acceptation de l'engagement collectif ainsi qu'un prolongement de deux ans de l'engagement collectif.

¹⁸⁸³ Le non-respect de l'obligation individuelle intervenant dans le délai global de six ans, entraîne pour le cédant la remise en cause de l'ensemble des exonérations partielles. Cette remise en cause intervenant à l'issue du délai global de 6 ans ne fait perdre au cédant que le bénéfice de l'exonération partielle pour l'année en cours.

¹⁸⁸⁴ Une des fonctions énumérées à l'article 885 0 bis, 1° du CGI. C'est-à-dire, être soit gérant nommé conformément aux statuts d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions, soit associé en nom d'une société de personnes, soit président, directeur général, président du conseil de surveillance ou membre du directoire d'une société par actions.

¹⁸⁸⁵ Ces fonctions peuvent être exercées par des personnes différentes dès lors que cette condition est remplie par un des signataires pendant toute la durée du pacte. V. Inst. 7 G-6-01 n° 28

¹⁸⁸⁶ 0,4% par mois

le Législateur accorde aussi au donataire la possibilité de fractionner les droits de donation afin de les étaler dans le temps. Si les droits de succession peuvent faire l'objet d'un paiement fractionné¹⁸⁸⁷ ou d'un paiement différé,¹⁸⁸⁸ tel n'est pas en principe le cas des droits de donation qui doivent être payés comptant. Il existe cependant une exception en matière de transmission d'entreprises¹⁸⁸⁹ ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.¹⁸⁹⁰ En pareille hypothèse, l'Etat peut faire crédit au bénéficiaire de la donation¹⁸⁹¹ dans la mesure où le paiement peut être différé pendant cinq années.¹⁸⁹² Le bénéficiaire de la transmission verse pendant 5 ans les seuls intérêts de la dette d'impôt. A l'issue de ce délai, la dette fiscale peut encore être fractionnée sur dix ans. Le bénéficiaire de la transmission verse alors semestriellement 5% du capital de la dette fiscale ainsi que des intérêts. Ainsi que le remarquent certains praticiens¹⁸⁹³ le niveau du taux peut inciter les contribuables à pratiquer des transmissions puisque le taux pratiqué peut être nettement inférieur au prix du marché. Ainsi, le taux fixé pour 2010 à un niveau historiquement bas¹⁸⁹⁴ de 0,6 % a encore chuté en 2011 à 0,3 %.¹⁸⁹⁵

La conjonction de dispositifs de réduction d'assiette¹⁸⁹⁶ de réduction de droits de donation et d'étalement de l'imposition permet une réduction du coût fiscal d'une donation d'entreprise qui permet une stabilisation de l'actionnariat des sociétés françaises. Cette possible

¹⁸⁸⁷ Annexe III, CGI, Art. 396, 1

¹⁸⁸⁸ Annexe III, CGI, Art. 397

¹⁸⁸⁹ Articles 397A ; 404 GA à GD de l'annexe III du CGI

¹⁸⁹⁰ Les donations de parts de SCI n'ouvrent pas droit au paiement différé et fractionné de l'article 397 A de l'annexe III au CGI quand bien même les immeubles seraient affectés à une entreprise objet de la transmission : v. Rép. Dubourg, JO AN, 6 mars 1995, p. 1245 n° 16921.

¹⁸⁹¹ Quel la donation soit faite en pleine propriété, en nue-propriété ou en usufruit : Instruction fiscale du 1^{er} septembre 1993, BOI 7 A-3-93 & Instruction fiscale du 20 avril 2006, BOI 7 G-3-06 n° 4 à 7

¹⁸⁹² Le point de départ du paiement différé est alors la date d'exigibilité des droits 6 six mois à compter du décès pour les successions, un mois à compter de la date de l'acte pour les donations.

¹⁸⁹³ BREUIL Sophie, *Transmission intrafamiliale d'entreprise - Fenêtre d'opportunité éphémère ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 3, mars 2011, étude 5

¹⁸⁹⁴ Niveaux de taux pratiqués par l'Etat entre 2008 et 2011

| | 2011 | 2010 | 2009 | 2008 |
|--------------|--------|--------|--------|--------|
| Taux de base | 0,30 % | 0,60 % | 3,70 % | 3,90 % |
| Taux réduit | 0,10 % | 0,20 % | 1,20 % | 1,30 % |

Le taux réduit s'applique notamment lorsque plus de 10% des parts sont transmises par donataire

¹⁸⁹⁵ Décret 2011-137 du 1-2-2011

¹⁸⁹⁶ Tels que le démembrement, l'engagement de conservation de titres

conjonction a ainsi conduit la doctrine à considérer que « *ce sont des dispositifs de cette nature qui permettront l'émergence de nombre d'Entreprises de Taille Intermédiaire, futurs fleurons de la compétitivité économique de la France.* »¹⁸⁹⁷

Sous-section 2. La manipulation de la périodicité

Comme la comptabilité, le droit fiscal est un droit particulièrement rythmé. (§1) Rythmé tout d'abord dans sa création et son développement à l'occasion du vote annuel de la loi de finances ; Rythmé ensuite dans ses effets puisque tant les déclarations que le paiement de l'impôt répondent à un calendrier précis. Cette ritournelle fiscale se traduit aussi pour les contribuables par la périodicité de leurs revenus et de leurs obligations. Si la périodicité fiscale n'est pas la marque de tous les prélèvements, la rupture de ce rythme produit des réactions fiscales particulièrement intéressantes lorsqu'elle intervient en matière d'impôt périodique (§2).

§1 – Les manifestations de la périodicité

Le droit fiscal dans son ensemble est fondé sur la périodicité car les « *contraintes budgétaires exigent que l'impôt soit périodiquement levé afin que l'Etat puisse disposer des moyens de son action et appliquer sa politique économique et sociale* »¹⁸⁹⁸. La majeure partie des impôts est ainsi fondée sur la périodicité. L'impôt sur les sociétés frappe ainsi annuellement les revenus générés par certaines sociétés au cours de l'année. L'impôt sur le revenu frappe quant à lui les revenus que des particuliers et certaines sociétés ont perçus mais aussi au cours d'une période de temps déterminée et ayant vocation à se renouveler. Si l'imposition des revenus est marquée par un caractère périodique, l'impôt frappant l'échange et celui frappant la détention sont eux aussi marqués par une reproduction à des périodes déterminées. L'impôt est donc périodique car le fait générateur est lui-même périodique ou parce que l'assiette imposable a vocation à se reconstituer.

¹⁸⁹⁷ ROUSSEL Frédéric et MROZ Hubert, *Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009 - L'émergence d'un véritable « LBO familial » au service des PME et des ETI*, JCP N, n°10, 6 mars 2009, 1108

L'étendue de la période de récurrence est différente d'un impôt à l'autre si bien que la périodicité s'étudie impôt par impôt. En effet, la période de rattachement des événements fiscaux dépend de l'impôt considéré et de la personne du contribuable. En matière d'imposition des revenus, il s'agira de l'année civile pour les contribuables personnes physiques tandis que l'exercice fiscal propre aux personnes morales ne coïncide pas nécessairement avec l'année civile. La levée périodique de l'impôt entraîne nécessairement un découpage du temps. Ce découpage conduit obligatoirement à rattacher aux diverses périodes fiscales l'ensemble des faits et situations qui s'y sont produites.

Il apparaît donc que la périodicité est un élément omniprésent en droit fiscal et ce renouvellement marque tant les exercices fiscaux que le moment des déclarations ou celui du paiement de l'impôt. Cet élément, garant de la pérennité du système fiscal et des recettes de l'Etat recouvre une telle importance que sa rupture est de nature à conduire à une sanction fiscale. En effet, la rupture de la périodicité dans le paiement de l'impôt donne lieu à la perception de pénalités de retard, elles aussi marquées par une forme de récurrence temporelle. S'il est possible de rompre l'annualité du paiement de certaines impositions, telles que l'impôt sur le revenu,¹⁸⁹⁹ en effectuant l'option pour la mensualisation, cette modification de la période ne conduit pas à une rupture de la périodicité mais à une simple modification de la durée de la période. La rupture de la périodicité de déclaration conduit elle aussi à une sanction car elle peut permettre à l'administration fiscale d'arrêter d'office les bases imposables du contribuable. La rupture de la périodicité des exercices conduit enfin à l'application de sanctions. En effet, la modification d'un exercice, qui peut être justifiée par des transformations affectant la société, conduit à appliquer les règles fiscales de la cessation d'entreprise¹⁹⁰⁰ lesquelles sont souvent considérées par les contribuables comme des sanctions.

¹⁸⁹⁸ SERLOOTEN Patrick, *Le temps et le droit fiscal*, RTD Com. 1997 p. 177

¹⁸⁹⁹ Le projet de loi de finances rectificative pour 2011 prévoit

¹⁹⁰⁰ Imposition des bénéficiaires en sursis d'imposition et des plus values latentes etc.

L'essentiel des impôts sur le patrimoine provient en France des impôts périodiques,¹⁹⁰¹ on peut opposer en matière patrimoniale les impôts périodiques, tels que les impôts périodiques sur la propriété immobilière¹⁹⁰² et les impôts périodiques sur l'actif net,¹⁹⁰³ des impôts irréguliers tels que les droits de mutation. Cette seconde catégorie de prélèvements n'est pas par nature marquée par la périodicité puisqu'elle pour objectif de constater des actes théoriquement peu fréquents tels que des transmissions pour cause de mort, des donations, ou des apports. La différence entre ces catégories de prélèvement n'emporte pas réellement de conséquences en termes d'optimisation pour le contribuable. L'intérêt de la périodicité peut en effet résider pour lui dans la suppression de ce caractère à certains de ses revenus.

§2 – L'intérêt fiscal de l'absence de périodicité

Le droit fiscal est attaché à la régularité des situations. Cette fréquence conduit le plus souvent à appliquer les règles fiscales de droit commun.¹⁹⁰⁴ L'absence de récurrence conduit au contraire à appliquer un régime fiscal dérogatoire. Il semble par conséquent que l'application des règles de droit commun aux situations occasionnelles soit appréhendée comme étant préjudiciable au contribuable. L'absence de régularité semble donc mener à l'application de règles fiscales dérogatoires. Ainsi, l'application d'un taux particulier aux plus values nous semble notamment¹⁹⁰⁵ justifiée par l'absence de caractère périodique de ce type de revenus.

¹⁹⁰¹ OWENS Jeffrey, Compte rendu n° 52 de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale, 2 février 2011

¹⁹⁰² Taxe foncière, taxe sur l'enlèvement des ordures ménagères. Ces prélèvements qui existent dans tous les pays de l'OCDE sont réglés soit par les ménages, soit par les sociétés représentent 1 % pour la moyenne des pays de l'OCDE contre 2,2% en France

¹⁹⁰³ Tel que l'ISF qui représente 0,2% du PIB français

¹⁹⁰⁴ En effet, le régularité de la perception des revenus ou la régularité des annuités d'amortissement conduisent à appliquer les règles de droit commun de l'IR dans un cas et celles des amortissements linéaires dans l'autre

¹⁹⁰⁵ BLANCHER René, *La notion de revenu en droit fiscal*, Dalloz 1960, Chron. P. 142 ; GROSCLAUDE Jacques, *Une extension de la notion de revenus : l'imposition des plus-values*, JCP 1966, I, 1986 ; RACINE Pierre-François, *Réflexion sur la notion de revenus*, BF 2/84, p. 67 s. : le droit fiscal s'est écarté de la notion civiliste de revenus pour considérer comme les fruits et les produits comme des revenus

Le caractère périodique retire par conséquent aux opérations leur traitement fiscal privilégié. En effet, si la vente d'immeubles par un particulier fait apparaître une plus value immobilière imposable au taux de 19%,¹⁹⁰⁶ la cession de biens immobiliers par une personne physique marchand de biens est imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux.¹⁹⁰⁷ Cette différence de traitement fiscal est due à la personnalité du vendeur, laquelle est définie par le caractère habituel des opérations auxquelles il se livre. Est en effet un marchand de biens celui qui achète et revend à titre habituel des immeubles, des fonds de commerce, des actions ou des parts de sociétés à prépondérance immobilière. La qualité de marchand de biens se définit donc en fonction du caractère habituel¹⁹⁰⁸ et de l'intention spéculative.¹⁹⁰⁹

La manipulation des caractères du revenu en vue de le faire bénéficier d'un caractère exceptionnel conduit à conférer aux revenus concernés un traitement fiscal dérogatoire. Les dispositifs propres aux résultats agricoles exceptionnels de l'article 75-0 A et le système des revenus accidentels de l'article 163 0 A du CGI présentent tout l'intérêt pratique de cette absence de périodicité dans la perception des revenus

Résultats agricoles exceptionnels. Constitue un revenu exceptionnel le revenu tiré de l'exploitation habituelle mais dont la perception est irrégulière et indépendante des actions de l'exploitant.¹⁹¹⁰ La possibilité de fractionnement des résultats exceptionnels est possible dès lors que le bénéfice est supérieur à 25 000€ et excède une fois et demi

¹⁹⁰⁶ Plus 12,3% de prélèvements sociaux

¹⁹⁰⁷ Dispositif relativement ancien puisqu'issu de l'article 39 de la loi du 13 juillet 1925 aujourd'hui codifié à l'article 35-I-1° du CGI. En contrepartie de cette forme d'imposition, les marchands de biens sont exonérés de droits et taxes de mutation à l'exception des opérations immobilières qui supportent une taxation au taux global de 0,715% en cas d'engagement de revente dans un délai de 5 ans (v. CGI, Art. 1115)

¹⁹⁰⁸ D. adm. 8 D-1111 n° 1, 30 juin 1998 ; Le caractère habituel a donné lieu à une jurisprudence extrêmement abondante : v. Achat de biens revendus six semaines après la date de leur acquisition : Conseil d'Etat, 6 décembre 1952 n° 92945 ; Est habituel le fait de céder 23 appartements en deux ans : Conseil d'Etat, 6 juillet 1983 n° 35591. V. not. Conseil d'Etat 11 avril 2001, n° 196108, *Elyakim*, Conseil d'Etat, 25 avril 2003 n° 205099, *Blonde* : RJF 7/03 n° 837, concl. L. Vallée, BDCF 7/03 n° 93.

¹⁹⁰⁹ L'acquisition d'un immeuble suivi de sa division en vue de la revente suffit à conférer la qualité de marchand de biens : Conseil d'Etat, 12 juin 1992, n° 67758 & 67759, *SCI du 6 rue de l'Aude* ; Conseil d'Etat, 22 mars 1991, n° 69590, *Rancilio*. Cette solution ne s'applique cependant pas en cas de revente de l'immeuble en bloc même après division de celui-ci par lots : Conseil d'Etat, 28 mai 1980, n° 16695 ; Conseil d'Etat, 27 juillet 1985, n° 47826

¹⁹¹⁰ « Au sens de l'article 75-0 A du CGI, le caractère exceptionnel des revenus provient donc de leur irrégularité d'une année sur l'autre. Cette irrégularité peut résulter soit d'une récolte exceptionnelle, soit

la moyenne des résultats des trois exercices précédents. Les dispositions de l'article 75-0 A 1° du CGI¹⁹¹¹ permettent ainsi à l'exploitant agricole soumis à un régime réel d'imposition d'opter pour le retranchement de ses résultats d'exercice d'une partie des revenus exceptionnels qu'il a réalisés. En effet, à compter de l'imposition des revenus de 2006, les exploitants agricoles peuvent répartir sur 6 ans et par fractions égales l'imposition de leurs résultats exceptionnels dépassant la limite de 25 000€ ou la moyenne précitée.

Traitement fiscal exceptionnel des revenus accidentels.¹⁹¹² Le système des revenus exceptionnels ou différés permet d'atténuer la progressivité du barème de l'impôt sur le revenu portant sur des revenus « *accidentels* ». Un revenu est dit exceptionnel lorsqu'il présente simultanément un caractère occasionnel ainsi qu'un caractère proportionnel. Constituent ainsi des revenus exceptionnels les revenus inhabituels et insusceptibles de perception annuelle répétitive.¹⁹¹³ Les revenus tirés de l'exercice habituel d'une activité procurant par nature des revenus fluctuants d'une année sur l'autre ne constituent pas par conséquent des revenus exceptionnels. Ces revenus ne sont par ailleurs susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article 163-0 A du CGI que s'ils remplissent le second critère de proportionnalité c'est-à-dire s'ils sont supérieurs à la moyenne des revenus nets des trois années précédentes.¹⁹¹⁴ Le régime de faveur de l'article 163-0 A du CGI ou « *système du quotient* » conduit, sur option du contribuable, à diviser le revenu exceptionnel par un coefficient puis à ajouter cette somme au revenu net global habituel. Le système du quotient permet ainsi de différencier dans le revenu net global imposable la part correspondant à un revenu exceptionnel de celle correspondant à un revenu ordinaire et de réduire ainsi l'impôt sur le revenu dû.

d'une commercialisation particulièrement avantageuse, soit de tout autre événement d'origine climatique ou non, indépendant d'une action de l'exploitant. » Instruction fiscale du 17 mai 2006, BOI 5 E-5-06 n° 21.

¹⁹¹¹ Lesquelles peuvent être combinées avec les dispositions de l'article 163-0 A du CGI

¹⁹¹² CGI, Art. 163 0 A

¹⁹¹³ Distribution de réserves, prime d'expatriation. Si les dividendes constituent habituellement les revenus ordinaires des associés, une distribution importante de dividendes justifiée par la cession d'une partie substantielle du patrimoine immobilier d'une société ayant pour objet la location d'immeubles constitue un revenu exceptionnel pour les associés : Conseil d'Etat, 26 janvier 2011, n° 306897 & 306898, *Vandermeersch*

¹⁹¹⁴ Certains « revenus exceptionnels » tels que la prime de mobilité, le versement unique au titre des pensions de vieillesse ou les indemnités de départ en retraite peuvent cependant bénéficier du régime alors qu'ils ne dépassent pas la moyenne des revenus des trois dernières années

Calcul d'impôt au moyen du système du quotient. Le calcul de l'impôt sur le revenu se fait alors en quatre étapes. La première consiste à appliquer le barème de l'IR au revenu courant. La seconde conduit à diviser le revenu exceptionnel par quatre¹⁹¹⁵ puis à ajouter ce quotient au revenu ordinaire et enfin à appliquer à cette somme le barème de l'impôt sur le revenu. La troisième étape permet de déterminer la part d'impôt correspondant au revenu exceptionnel. Cette part correspond à la différence entre l'impôt calculé au cours des deux étapes précédentes qui est à son tour multipliée par le quotient. La dernière étape permettant de calculer l'impôt dû consiste à additionner l'impôt sur le revenu ordinaire à la cotisation correspondant au revenu exceptionnel.

Section 2. La manipulation par la jouissance : les délais d'indisponibilité

Le facteur temporel constitue un puissant réactif fiscal dans la mesure où son utilisation judicieuse permet de réaliser des économies substantielles d'impôt. Si l'utilisation de la composante durée de ce facteur produit des effets fiscaux, la relation établie entre le temps et l'utilité est elle aussi de nature à influencer sur les conséquences fiscales d'une opération juridique. Le renoncement temporaire à l'utilité procurée par un bien caractérise pour le contribuable un dépouillement passager des fruits que pourrait produire l'objet du droit de propriété. Ce renoncement temporaire n'implique pas pour autant que les fruits profitent à un tiers. Ces derniers peuvent effectivement être perçus par le contribuable mais indirectement ou à terme. L'instrumentalisation temporaire de la jouissance constitue donc un arbitrage auquel le contribuable peut se livrer. Il privilégie en effet une jouissance retardée moyennant une fiscalité atténuée à une jouissance immédiate dénuée d'avantage fiscal. L'utilisation de la jouissance peut se faire en anticipant la perception du revenu (Sous-section 1) et en décidant préalablement à sa disposition tant de son affectation que de son indisponibilité. Cette utilisation de l'indisponibilité temporaire peut aussi apparaître une fois le droit de propriété déjà acquis (Sous-section 2). En pareille situation, le contribuable fait le

choix d'affecter temporairement la valeur de son droit de propriété et bénéficie d'un avantage fiscal en contrepartie de la stabilité qu'il apporte au destinataire.

Sous-section 1 - La manipulation des caractères du revenu par affectation financière temporairement indisponible

L'affectation financière d'un revenu avant même sa perception effective par le contribuable permet à ce dernier de modifier en même temps le mode de perception dudit revenu et son traitement fiscal. Le revenu est ainsi affecté temporairement avant même qu'il ne soit disponible. Cette affectation constitue pour le contribuable un renoncement temporaire à l'utilité tirée du droit de propriété. Cette utilité ne disparaît cependant pas pendant la période d'indisponibilité, elle est simplement affectée à un objectif économique dont ne bénéficie pas directement le contribuable mais auquel elle apporte une dose de stabilité. Cette affectation constitue un emploi par anticipation du revenu professionnel qui peut être capitalisé (§1) ou transformé en titres (§2).

§1 - La transformation de revenus professionnels en retraite par capitalisation

Afin de limiter les effets de la progressivité du barème de l'IR, un salarié percevant d'importants revenus peut s'interroger sur l'opportunité d'une transformation d'une partie de ses revenus en capitaux à terme. Les différents systèmes de retraite par capitalisation des salariés permettent d'éviter qu'une partie de ses revenus ne soit imposée dans la tranche marginale de 40%.

Les plans d'épargne salariale sont des systèmes d'épargne collective bénéficiant d'un régime fiscal de faveur dans la mesure où les sommes placées sur ces plans, y compris les plus-values de cession, sont exonérées d'impôt sur le revenu. Les Perco¹⁹¹⁶ bénéficient de cet avantage dès lors que les fonds sont conservés jusqu'au départ en

¹⁹¹⁵ Pour les revenus différés, le coefficient est égal au nombre d'échéances de versement + 1

¹⁹¹⁶ Plans d'épargne pour la retraite collectif

retraite. Les retraités peuvent néanmoins continuer à effectuer des versements dans un Perco si les bénéficiaires ont effectué des versements sur ces plans avant la date du départ à la retraite et n'ont pas encore débloqué leurs avoirs. A compter du 5 décembre 2008, les dirigeants d'entreprises¹⁹¹⁷ et leur conjoint peuvent participer au plan d'épargne de l'entreprise où ils exercent leurs fonctions,¹⁹¹⁸ même s'ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail. Les plans sont d'une part nourris par des versements spontanés des salariés (ce type d'alimentation est alors plafonné annuellement au quart de la rémunération annuelle) et d'autre part grâce aux abondements de l'entreprise. Ces versements additionnels sont eux aussi limités puisqu'ils ne peuvent dépasser le triple des versements effectués par le bénéficiaire et, qu'ils sont plafonnés à 16 % du montant annuel du plafond de la sécurité sociale,¹⁹¹⁹ soit 5 489 € en 2009.¹⁹²⁰

Le droit de propriété du bénéficiaire d'un PERCO est limité par une indisponibilité temporaire des valeurs puisque le bénéficiaire n'obtiendra effectivement ces valeurs que sous forme de rente après la réalisation de la condition temporelle. Le droit fiscal tient compte de cette indisponibilité et si cette indisponibilité conduit à la constatation d'une absence de valeur vénale, il est de bonne logique que ces sommes échappent à l'ISF. L'abondement par l'entreprise sur le plan de retraite de son salarié conduit d'autre part au versement effectif d'une somme sur un compte dont le salarié est titulaire. Ces sommes échappent à la présomption de disponibilité frappant les revenus perçus car elles ne sont pas par définition disponibles bien que perçues, si bien qu'elles échappent à l'impôt sur le revenu et sont exonérées de cotisations sociales. Les produits des sommes placées sur un Perco,¹⁹²¹ ainsi que les dividendes ou les plus-values de cession sont par ailleurs définitivement exonérés d'impôt sur le revenu et de cotisations sociales dès lors qu'ils sont intégralement réinvestis dans le plan. Ces revenus du capital son en effet frappés d'indisponibilité et cette technique de manipulation du droit de propriété par la création volontaire d'une charge simplement temporaire fait

¹⁹¹⁷ Dont l'effectif est compris entre 1 et 250 salariés

¹⁹¹⁸ Loi 2008-1258 du 3-12-2008 art. 11

¹⁹¹⁹ Le plafond prévu à l'article L241-3 du Code de la sécurité sociale est celui dont fait mention l'article 1^{er} du décret n°2008-1394 du 19 décembre 2008 portant fixation du plafond de la sécurité sociale

¹⁹²⁰ L'employeur peut aussi effectuer un versement initial ne pouvant dépasser 1 % du plafond annuel de la sécurité sociale, soit 343 € en 2009, v. article 19 de la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 & décret n°2009-351 du 30 mars 2009.

perdre au revenu son caractère disponible l'exonérant ainsi d'impôt sur le revenu. La sortie du Perco entraîne une disponibilité partielle des sommes justifiant la soumission à l'IR. En effet, lorsque cette sortie s'effectue en rente viagère, le capital constitué est exonéré d'impôt sur le revenu mais soumis aux prélèvements sociaux. Par la suite, la rente n'est imposable à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales de 12,3% que sur la partie correspondant aux intérêts postérieurs à la conversion de la rente.

« *Les pensions de retraite servies après la cessation d'une activité professionnelle au titre de cette ancienne activité, qui ne sont ni cessibles ni transmissibles, sauf par voie de réversion, n'ont à ce titre pas de valeur patrimoniale et échappent par suite à l'ISF.* »¹⁹²² La valeur de capitalisation des rentes constituées dans le cadre d'un PERCO, bien qu'elles aient une valeur patrimoniale¹⁹²³ et soient soumises à l'ISF peuvent néanmoins bénéficier d'une exonération si certaines conditions sont réunies. L'article 885 J du CGI précise en effet que ne sont pas prises en considération dans l'assiette de l'ISF les rentes viagères constituées dans le cadre d'une activité professionnelle moyennant le versement de primes périodiques échelonnées pendant au moins 15 ans et dont l'entrée en jouissance est subordonnée à la cessation de l'activité professionnelle.¹⁹²⁴ Cette condition de cessation de l'activité professionnelle fut supprimée à compter du 1^{er} janvier 2005¹⁹²⁵ et remplacée par des conditions d'entrée en jouissance.¹⁹²⁶ Ainsi, pour que la rente viagère bénéficie de l'exonération, l'entrée en jouissance doit intervenir à compter de la date de la liquidation de la pension du redevable dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse, ou à l'âge fixé en application de l'article L 351-1 du Code de la sécurité sociale. Ainsi la valeur de capitalisation des rentes viagères constituées dans le cadre d'un PERCO n'entre pas dans le calcul de l'assiette de l'impôt du souscripteur ou de son conjoint si le plan a fait l'objet de

¹⁹²¹ Lesquelles sont gérées par un OPCVM

¹⁹²² Rép. Luca, n°38555, JO AN 30 juin 2009, p. 6504, *Modalités de prise en compte dans l'assiette de l'ISF de l'épargne-retraite*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 28, 10 Juillet 2009, act. 525

¹⁹²³ Rép. Cochet, n° 75705, JO AN 20 février 2007, p. 1815, Rép. Mignon, n° 78917, JO AN, 20 février 2007, p. 1815, Rép. Cinieri, n° 107289, JO AN 13 février 2007, p. 1580

¹⁹²⁴ Cette exonération peut s'appliquer aux rentes viagères constituées auprès d'organismes étrangers ; v. Rép. Plasait, n°34570, JO Sénat, 22 novembre 2001, p. 3702

¹⁹²⁵ Article 18 de la loi de finances pour 2005, loi n°2004-1484, 30 décembre 2004

¹⁹²⁶ *Nouvelles modalités d'exonération de la valeur de capitalisation des rentes viagères assimilées à des retraites*, La Revue Fiscale Notariale n° 1, Janvier 2005, comm. 26

versements réguliers pendant au moins 15 ans et si l'entrée en jouissance intervient à la retraite ou à 60 ans. L'article 885 J du Code général des impôts prévoit cependant que les contribuables ayant souscrit un PERCO avant le 31 décembre 2008 ne sont pas soumis à la condition de durée de constitution de la rente lorsque le plan a été souscrit moins de 15 années avant l'âge donnant droit à la liquidation d'une retraite à taux plein.¹⁹²⁷ L'article 40 de la loi de finances pour 2009¹⁹²⁸ proroge la durée d'application de cette exonération aux PERCO souscrits jusqu'au 31 décembre 2010 si bien que les redevables de l'ISF qui souscriront un PERCO moins de 15 ans avant d'atteindre l'âge donnant droit à la liquidation d'une retraite avant le 31 décembre 2010 pourront bénéficier de l'exonération quelle que soit leur durée de cotisation à ce plan.

§2 – La transformation de revenus professionnels en titres temporairement indisponibles

Inspiré du système des « *stock-options plan* » américain, le régime d'options de souscription d'actions permet à des salariés ou dirigeants d'acheter, à des conditions avantageuses, des actions de la société qui les emploie ou d'autres sociétés du même groupe.¹⁹²⁹ Les stock-options constituent pour les entreprises un moyen de fidéliser certains salariés en leur offrant la possibilité d'acheter des actions de la société. « *L'option d'achat d'actions [...] constitue une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixés* ». ¹⁹³⁰ La fixation du prix des options étant définitive les bénéficiaires du plan peuvent souscrire ou acquérir des actions à un prix inférieur à leur valeur du moment en cas de hausse de la valeur des titres. Le salarié ne lèvera ainsi ses options que si le cours de bourse est supérieur au prix d'exercice dont il bénéficie. En cas de levée des options, il bénéficiera d'un choix puisqu'il pourra

¹⁹²⁷ Valeur de capitalisation de certains plans d'épargne retraite, La Revue Fiscale Notariale n°1, Janvier 2009, comm. 38

¹⁹²⁸ Article 40 de la loi de finances pour 2009, n°2008-1425, 27 décembre 2008 ; JO 28 décembre 2008

¹⁹²⁹ v. Memento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2009, p. 1178 s.

¹⁹³⁰ Cass. Civ 2^{ème}, 20 septembre 2005, n° 03-30709, Bulletin 2005 II N° 223 p. 198

revendre les titres ou les conserver afin de minorer l'impact fiscal de l'opération. La source d'enrichissement du bénéficiaire peut comporter trois composants. Le gain financier peut tout d'abord comprendre un rabais¹⁹³¹ accordé par la société sur le prix d'achat des actions correspondant à la différence entre la valeur vénale du titre au moment où l'option est attribuée et le prix fixé pour l'exercice de l'option. Le second volet du gain financier est constitué par la plus-value d'acquisition.¹⁹³² Le dernier volet du gain financier réside dans l'éventuelle plus-value de cession au jour de la revente des titres.

Le mécanisme des options d'achat a longtemps bénéficié d'une fiscalité favorable tant pour la société émettrice que pour le salarié. En effet, ainsi que le précise l'article 217 quinquies du Code général des impôts, la société émettrice des actions peut déduire de son résultat les charges liées d'une part à la levée des options et d'autre part ainsi que l'a précisé le Conseil d'Etat¹⁹³³ aux moins-values résultant de la levée d'options d'achat. Le traitement fiscal favorable bénéficiait aussi au bénéficiaire du plan de stock options puisque les gains échappaient, en tout ou partie, au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Ce traitement fiscal de faveur a conduit les entreprises à utiliser les attributions d'options comme mode de rémunération à faible coût fiscal. Il pouvait par exemple sembler intéressant pour les entreprises d'attribuer des options de souscriptions à leurs salariés puis de rémunérer leur renonciation à la levée de l'option. Cette technique semblait pouvoir faire bénéficier le salarié du régime des attributions d'options sans pour autant que la société ne se dépouille de ses titres. Si un arrêt récent du Conseil d'Etat¹⁹³⁴ a mis fin à toute incertitude¹⁹³⁵ en approuvant la position de

¹⁹³¹ Le rabais est limité à 20 % de la moyenne des 20 cours de bourse précédant la date d'attribution

¹⁹³² Différence entre la valeur vénale de l'action au jour de la levée de l'option et le prix d'acquisition des titres.

¹⁹³³ Conseil d'Etat, 16 janvier 2006, n°260150 ; RJF 4/6, n°361

¹⁹³⁴ Conseil d'Etat 23 juillet 2010, n°313445, *M. Legendre*, Les nouvelles fiscales, n°1054, 15 octobre 2010, p. 22 s.

¹⁹³⁵ De nombreuses Cours d'appel s'étaient déjà rangées à la position de l'administration, v. CAA Douai, 31 janvier 2007, n°05DA01270, *Thellier* ; CAA Douai, 7 mars 2007, n°06DA00727, *Gaudichet* ; CAA Paris, 25 mai 2007, n°04PA01521, *Lagarrigue* ; CAA Nantes, 17 décembre 2007, n°07NA00397, *Pastol* ; CAA Versailles, 28 décembre 2007, n°04VE02397, *Bonetti* ; CAA Nancy, 20 novembre 2008, n°07NC00858, *Lorant*.

l'administration¹⁹³⁶ et en précisant qu'une telle renonciation consistait en une indemnité imposable dans la catégorie des traitements et salaires, cette technique présente une des formes d'instrumentalisation des options de souscription qui ont mené le régime fiscal des stock-options à sa perte. Depuis la mise en place du dispositif d'intéressement des salariés en 1970, le régime fiscal de l'attribution des gains financiers a subi un alourdissement continu de leur régime social et fiscal.¹⁹³⁷ Le traitement fiscal des stock-options est ainsi passé de l'exonération¹⁹³⁸ à une fiscalité pesante qui consiste moins en régime de faveur qu'en un simple régime complexe et dérogatoire au droit commun. A force de vouloir limiter les excès, le Législateur a effectivement transformé le régime fiscal des attributions d'options en un régime décourageant sur lequel il convient de se pencher.¹⁹³⁹

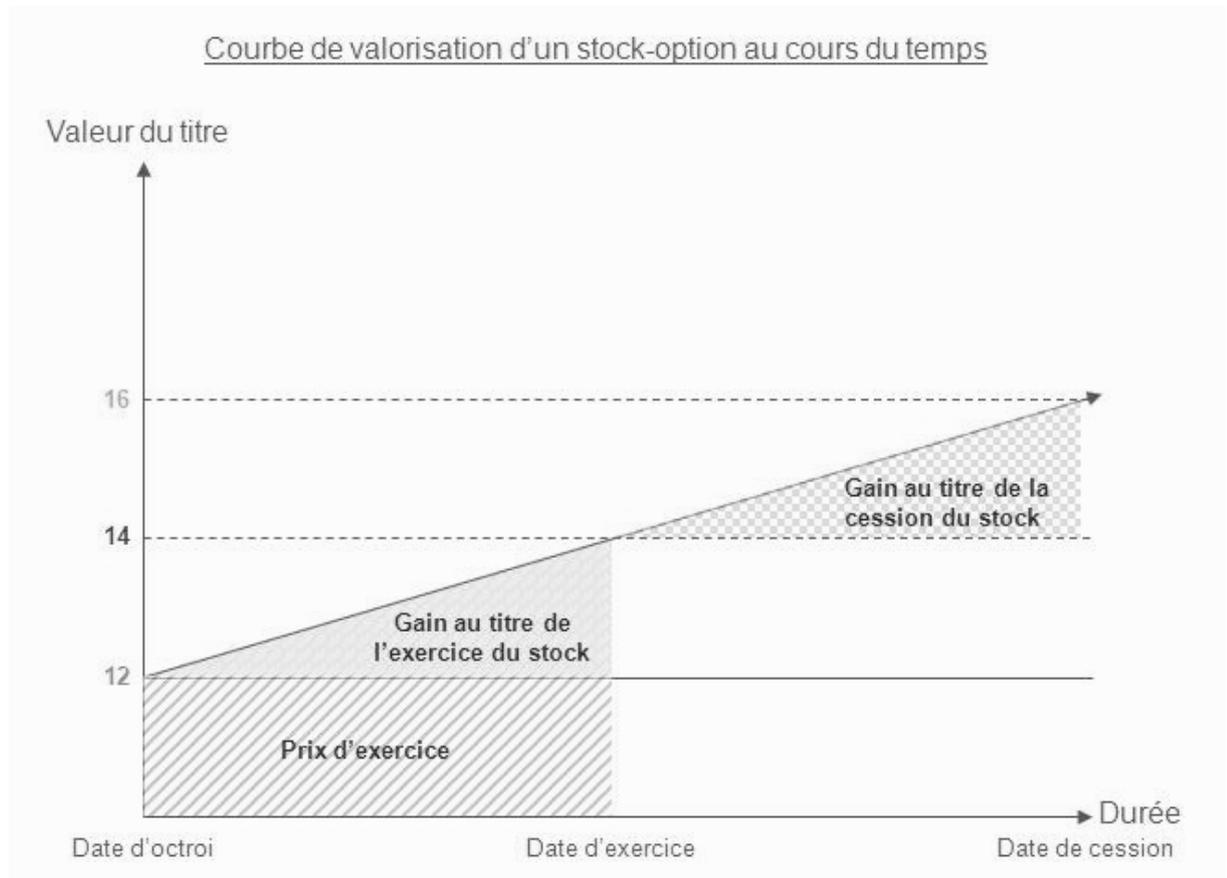
Le dispositif des options de souscription d'actions est susceptible d'offrir au bénéficiaire trois types d'avantages financiers susceptibles d'être imposés et reproduits schématiquement ci-après. Il s'agit du rabais sur le prix de souscription ou d'achat des actions, du gain de levée d'options et de la plus-value de cession.

¹⁹³⁶ Res, 14 février 2006, n°2006/19

¹⁹³⁷ Durcissement qui s'est accéléré avec l'article 22 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 qui limite fortement l'attribution d'options aux mandataires sociaux. ; C. com., art. L. 225-186-1 & L. 225-197-6.

¹⁹³⁸ Si les options étaient conservées pendant au moins cinq ans, le gain d'acquisition était totalement exonéré. Le rabais (dans la limite de 20%) était inclus dans le gain d'acquisition. Ce n'est qu'à compter de 1984 que la plus value de cession est imposable. FREMINET Patrick (de), *Revue historique du régime des options de souscription ou d'achat d'actions et des attributions gratuites d'actions*, Dr. Fisc. n°16, 22 avril 2010, 281

¹⁹³⁹ MORISSON-COUDERC Georges, MATHIOTTE William, ASSELIN DE WILLIENCOURT Augustin, *Stock-options: une lente agonie*, Les nouvelles fiscales n°1020, 15 mars 2009, p.23 s. ; « À la lumière des dernières évolutions législatives, d'aucuns se demandent ce qui subsiste du régime de faveur applicable aux stock-options. La proposition émise par Philippe Séguin d'instituer une nouvelle contribution patronale avait-elle pour objectif de tuer le système sans proposer de solution alternative ? (Rapp. Cour des comptes, 12 sept. 2007, application des lois de financement de la sécurité sociale) » : MORISSON-COUDERC Georges & MATHIOTTE William, *Stock-options et attributions gratuites d'actions : un durcissement sensible des règles du jeu*, Les nouvelles fiscales n°999, 1^{er} avril 2008, p. 20s. ; ERARD Bruno, *Stock options : vers l'âge de raison ou chronique d'une mort annoncée ?*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2010, dossier 28 ; BENOIT Guillaume, *La fiscalité des stock-options va s'alourdir encore*, Option finance, n°1085, 12 juillet 2010, p. 4 s.



Le gain financier est imposé en deux temps. D'une part, au moment de l'exercice de l'option la partie du rabais excédant 5% de la valeur du titre est imposée au titre de l'impôt sur le revenu au niveau du bénéficiaire comme un salaire.¹⁹⁴⁰ D'autre part, le gain financier est imposé lors de la vente des titres tant pour l'avantage tiré de la levée de l'option que de l'éventuelle plus-value de cession. Cette plus-value suivant le régime des plus values de valeurs mobilières subit une imposition lors de la revente des titres au taux de droit commun de 19%, auquel s'ajoute les contributions sociales de 12,3%. Cette plus value peut bénéficier de l'abattement pour durée de détention lequel ne peut porter que sur le gain net de cession à l'exclusion de la plus-value d'acquisition.¹⁹⁴¹

¹⁹⁴⁰Le rabais excédentaire est également soumis à la CSG et à la CRDS en tant que salaire aux taux respectifs de 7,5 % et 0,5 %.

¹⁹⁴¹Instruction fiscale du 22 janvier 2007, BOI 5 C-1-07 n° 18 et 34 ; Instruction fiscale du 5 janvier 2009, BOI 5 F-1-09 n° 45

L'imposition déclenchée par l'attribution des options. L'employeur peut consentir au salarié bénéficiaire du plan un rabais sur le prix d'achat des actions.¹⁹⁴² Ce rabais correspond à la différence entre la valeur réelle de l'action au moment où l'option est attribuée et le prix fixé pour la souscription ou l'achat du titre par le salarié bénéficiaire. Quand le prix auquel l'action est offerte est inférieur à 95% du cours de l'action, la différence¹⁹⁴³ est imposée comme complément de salaire¹⁹⁴⁴ au moment de l'exercice de l'option.¹⁹⁴⁵ La décision d'attribution conduit par ailleurs à une seconde conséquence fiscale. L'article 13 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008¹⁹⁴⁶ a par ailleurs instauré une cotisation patronale dont le taux initialement fixé à 10% fut porté à 14% par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011.¹⁹⁴⁷ Cette contribution, calculée sur 10% de la juste valeur des options ou sur 25% de la juste valeur des actions,¹⁹⁴⁸ n'est due que si le bénéficiaire de l'attribution est soumis à un régime obligatoire d'assurance maladie en France.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴² Correspondant à la différence entre la valeur réelle au moment de l'attribution et le prix fixé pour son exercice

¹⁹⁴³ Rabais excédentaire à 10% jusqu'au 20 septembre 1995 et 5% depuis cette date

¹⁹⁴⁴ Cette fraction est alors imposée aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires.

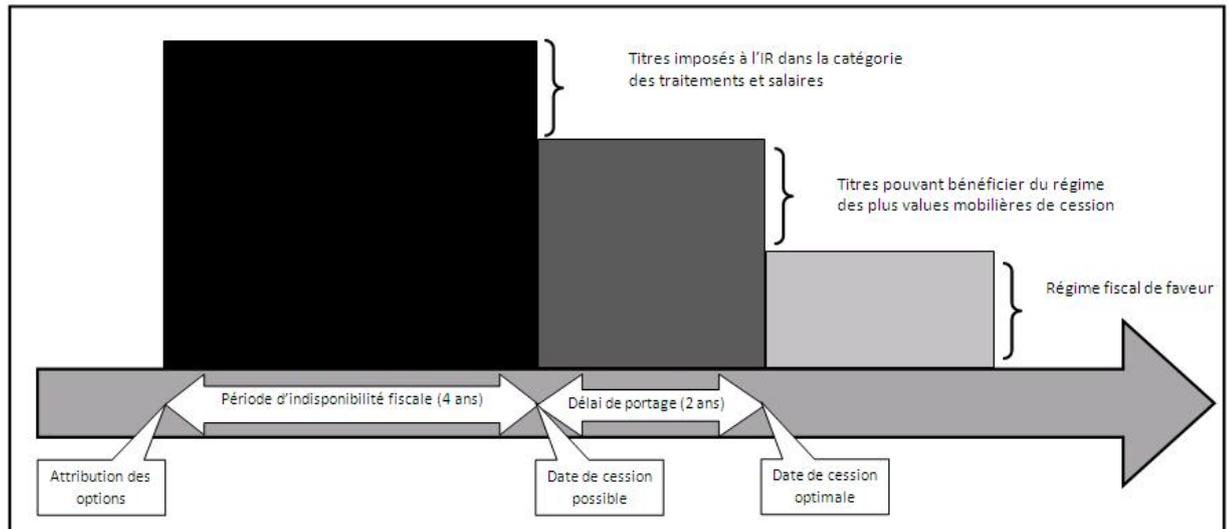
¹⁹⁴⁵ CGI, Art. 80 *bis* II

¹⁹⁴⁶ Loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007, JO 29 décembre 2007, p. 20603

¹⁹⁴⁷ CSS art. L.137-13 ; article 11 de la loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010

¹⁹⁴⁸ Règlement de la Commission des Communautés Européennes n°211/2005 du 4 février 2005,

¹⁹⁴⁹ L'attribution de stock options à des salariés étrangers impatriés en France échappe de ce fait à cette cotisation



Traitement fiscal de la plus-value d'acquisition depuis le 27 avril 2000.

La plus value d'acquisition. Le calcul de la plus value d'acquisition suppose de distinguer la date d'acquisition¹⁹⁵⁰ de la date de disponibilité juridique¹⁹⁵¹ et de la date de disponibilité fiscale¹⁹⁵² des options.¹⁹⁵³ En effet, l'avantage tiré de la levée de l'option ou plus value d'acquisition n'est imposé qu'au moment de la revente des titres¹⁹⁵⁴ et selon un calendrier marqué par une période d'indisponibilité des titres de quatre années. En cas de non respect de la période d'indisponibilité de 4 ans, toutes les sommes sont imposables comme du salaire. Si en revanche les actions restent indisponibles pendant quatre années¹⁹⁵⁵ à compter de la date d'attribution de l'option, l'avantage est imposé en tant que plus-value sur valeurs mobilières ; à défaut la plus-value d'acquisition est imposée dans la catégorie des traitements et salaires. Lorsque les titres sont cédés avant l'expiration d'un délai de portage de 2 ans à compter de la levée de l'option, la plus value est imposée à 30 % pour la partie de l'avantage

¹⁹⁵⁰ Date à laquelle les options sont effectivement acquises par le salarié

¹⁹⁵¹ Date fixée par la société à laquelle les options peuvent être levées par le salarié

¹⁹⁵² Date à partir de laquelle le salarié peut céder ses titres s'il veut bénéficier d'un régime d'imposition préférentiel

¹⁹⁵³ v. Memento Patrimoine Francis Lefebvre 2008-2009, p. 525

¹⁹⁵⁴ Dans l'hypothèse d'une cession de titres à un prix inférieur à leur valeur de levée de l'option, la moins-value réalisée est imputable sur le montant de la plus value d'acquisition

¹⁹⁵⁵ La période d'indisponibilité fiscale est portée à 5 ans pour les options attribuées avant le 26 avril 2000

inférieure à 152 500€ et de 41 % au delà.¹⁹⁵⁶ Lorsque les titres sont cédés après l'expiration du délai de portage la plus value d'acquisition est imposée au taux de 19% pour la partie de l'avantage inférieure à 152 500€ et de 30% au delà.¹⁹⁵⁷

L'imposition au moment de la cession. La cession des titres acquis dans le cadre d'un plan de stock options déclenche pour le salarié l'exigibilité d'une contribution sociale. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 a en effet instauré une taxation à la charge des bénéficiaires de stock options¹⁹⁵⁸ fixée à 2,5% et portée à 8% pour 2011.¹⁹⁵⁹ Comble de complexité, la base de cette contribution, exigible au moment de la cession, est constituée par le montant de la plus value d'acquisition.¹⁹⁶⁰ La cession peut par ailleurs laisser apparaître la troisième composante du gain financier. Celle-ci résulte de l'éventuelle plus-value de cession des titres et correspond à la différence entre la valeur de l'action au jour de la cession et la valeur de l'action au moment de la levée de l'option. La plus value est soumise au taux forfaitaire de 19% et aux contributions sociales de 12,3%. La plus value de cession, imposée au taux global de 31,3%¹⁹⁶¹ est alors susceptible d'être exonérée dès lors qu'elle est détenue depuis plus de 8 années.

Si pour la société, les systèmes d'intéressement des salariés utilisant l'attribution d'options ou d'actions gratuites demeurent en général moins onéreux que d'autres modes d'intéressement, il apparaît que pour le salarié, il est devenu fiscalement plus intéressant de percevoir un bonus que des options de souscription d'actions ou des actions gratuites.

Sous section 2 - La manipulation des caractères du capital par affectation financière : les contrats d'assurance vie

¹⁹⁵⁶ Soit respectivement un taux global de 42,3 % et de 52,3 % avec les prélèvements sociaux

¹⁹⁵⁷ Soit respectivement un taux global de 31,3 % et de 42,3 % avec les prélèvements sociaux

¹⁹⁵⁸ Code de la Sécurité Sociale, Art. L137-14

¹⁹⁵⁹ CSS art. L.137-14 ; article 11 de la loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010

¹⁹⁶⁰ C'est-à-dire la différence entre la valeur de l'action à la date d'exercice et la valeur d'octroi

L'assurance vie a un rôle majeur dans le financement de l'économie car elle permet un investissement durable tant dans des actions et obligations émises par des sociétés que dans des obligations d'Etat. « *Placement préféré des français* »,¹⁹⁶² le contrat d'assurance vie attire une part importante et stable de l'épargne des français. En 2010, les contrats d'assurance vie attiraient près de 1 400 milliards d'euros d'encours¹⁹⁶³ soit 15% de l'épargne totale¹⁹⁶⁴ de ménages français et 57% de l'épargne long terme financière des ménages.¹⁹⁶⁵ Le succès de cet instrument s'explique tant par la nature juridique de l'instrument (§1) que par son régime fiscal de faveur¹⁹⁶⁶ (§2), qui, s'il était alourdi conduirait 59% des souscripteurs à changer de stratégie d'épargne.¹⁹⁶⁷

§1 - Nature et variété des contrats d'assurance vie

Le contrat d'assurance-vie est analysé juridiquement comme étant un contrat par lequel un assureur s'engage, en contrepartie du paiement de primes versées par le souscripteur stipulant, à verser un capital ou une rente à une personne déterminée en cas soit de décès, soit de vie de l'assuré à une époque déterminée. Ces caractéristiques ont conduit la jurisprudence à assimiler le contrat d'assurance-vie à une stipulation pour autrui.¹⁹⁶⁸ En effet la stipulation pour autrui est un contrat par lequel le stipulant obtient du

¹⁹⁶¹ Pour 2010 le taux s'élevait à 30,1% correspondant au prélèvement forfaitaire libératoire de 18% et aux contributions sociales de 12,1%.

¹⁹⁶² *L'assurance-vie redevient le placement préféré des Français*, Les échos, 26 janvier 2010 ; Le placement préféré des Français, La tribune 13 mars 2010

¹⁹⁶³ 1 252 milliards d'euros en 2010

¹⁹⁶⁴ Estimé à 18 800 milliards d'euros et composé à 66% d'actifs financiers ; v. INSEE, Enquête sur le patrimoine des ménages 2009 – 2010 ; Conférence de presse de la FFSA, 23 juin 2010.

¹⁹⁶⁵ Estimée à 2 600 milliards d'euros ; v. INSEE, Enquête sur le patrimoine des ménages 2009 - 2010

¹⁹⁶⁶ Les français considèrent en effet que l'assurance vie est un placement peu taxé (59%) et sûr (66%). Seul 8% des français interrogés se prononcent en faveur d'une augmentation de la fiscalité sur ce type de produit. Sondage IPSOS LOGICA, *Les français, la réforme fiscale et l'assurance vie*, 18 et 19 mars 2011

¹⁹⁶⁷ Sondage IPSOS LOGICA, *Les français, la réforme fiscale et l'assurance vie*, préc. ; Ce risque n'est pas théorique car 64% des encours de l'assurance-vie ont plus de 8 ans : v. **VIAL Géraldine**, *Fiscalité de l'assurance-vie: les assureurs montent au créneau*, **Les Echos**, 2 avril 2011

¹⁹⁶⁸ v. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1983 n°81-12348 ; Cass. Civ 1^{ère}, 14 avril 2010 n°09-11633 ; Cass. Com. 13 avril 2010 n°09-13712, s'agissant d'une assurance de groupe,

promettant l'engagement qu'il donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers bénéficiaire. La désignation du tiers bénéficiaire confère à ce dernier un droit de créance propre, direct et rétroactif contre l'assureur de sorte que le capital assuré ne fait plus totalement partie du patrimoine du souscripteur si bien qu'il constitue en quelque sorte un « *patrimoine d'affectation* ». La stipulation pour autrui a pour conséquence de faire quitter les primes du patrimoine du souscripteur dès leur versement. Par voie de conséquence, dès lors que les primes ne présentent pas un caractère manifestement excessif,¹⁹⁶⁹ le capital investi sur le contrat est exclu de la succession du souscripteur et n'est pas soumis aux règles du rapport¹⁹⁷⁰ ou de réduction¹⁹⁷¹ pour atteinte à la réserve. Les conséquences fiscales de cette opération juridique sont rendues d'autant plus intéressantes que le projet de réforme de la fiscalité du patrimoine envisage d'alourdir fortement les droits de mutation pour les donations et les successions comprises entre 902 838€ et 1 805 677€ par part. « *L'assurance-vie a [...] désormais un attrait supplémentaire en termes de succession face à l'alourdissement des droits de donation et de succession* ». ¹⁹⁷² La nature juridique du contrat d'assurance vie subit cependant une modification de taille lors de l'acceptation du contrat par le bénéficiaire. En effet, en pareille hypothèse, la stipulation pour autrui laisse la place à un « *contrat d'irrévocabilité* »¹⁹⁷³ car depuis le 18 décembre 2007, l'acceptation du bénéficiaire doit elle-même être acceptée par le stipulant.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁶⁹ Article L132-13 du Code des assurances ; Il n'existe aucune définition légale des « *primes manifestement exagérées* », aussi la Cour de cassation a-t-elle progressivement élaboré les critères de l'excès. Le caractère manifestement exagéré s'apprécie au regard des facultés du souscripteur et s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge, ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur et de l'utilité de ce contrat pour ce dernier. Si le caractère excessif est retenu, seule la partie excessive des primes d'assurance vie est soumise à rapport ou à réduction. V. **Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 2009, n°08-20443 08 & 20541, Cass. Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2008 n°07-19550, Cass. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001 n°99-13964**. Il est ici utile de noter que le critère de l'utilité de l'opération combiné à celui de l'âge du souscripteur semble le devenir le critère déterminant au détriment du critère de proportionnalité des primes au patrimoine ainsi qu'en témoigne la jurisprudence (Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juillet 2007, n°06-14048, Bulletin 2007, II, n° 182) qui a récemment jugé non excessif une prime correspondant à 73 % du capital disponible de l'assuré.

¹⁹⁷⁰ Articles 843 s. du Code civil

¹⁹⁷¹ Articles 918 s. du Code civil

¹⁹⁷² GRANDIERE Bertrand (de la) cité par Carole Papazian, *Fiscalité : ce qu'il faut retenir de la réforme*, le Figaro, 17 mai 2011

¹⁹⁷³ GRIMALDI Cyril, *L'acceptation de l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie*, Répertoire du notariat Defrénois, n°15, septembre 2008, p.1645-1655

¹⁹⁷⁴ Cette « *acceptation acceptée* » qualifiée d'*OJNI* (Objet Juridique Non Identifié) par Cyril Grimaldi transforme la nature juridique du contrat sans pour autant transformer la nature fiscale de ce dernier. En effet, le droit fiscal ne tient pas compte de cette transformation juridique puisque si l'irrévocabilité du contrat fait disparaître la faculté de rachat du souscripteur (contra. v. Cass. Civ 2^{ème}, 16 mai 2005, n°940 s'agissant des

Les contrats d'assurance-vie constituent néanmoins plus des placements financiers de capitalisation que de véritables opérations d'assurance dans la mesure où ils sont fréquemment utilisés pour transmettre efficacement un patrimoine, préparer une succession ou constituer la garantie d'un prêt auxquels ils sont adossés.¹⁹⁷⁵ Institution protéiforme d'une souplesse telle qu'elle a su se transformer au gré de l'évolution des objectifs patrimoniaux des investisseurs, le contrat d'assurance vie instaure une relation triangulaire qui évoque la technique fiduciaire dont elle « *présente d'ailleurs une grande partie des avantages et attraits* » malgré un champ d'application plus restreint.¹⁹⁷⁶

Malgré cette limitation du champ d'application, ce type de contrat est devenu le placement préféré des épargnants¹⁹⁷⁷ tant du fait du rendement à long terme qu'ils assurent que dans leur traitement fiscal avantageux. Si la typologie de ces contrats est très variée,¹⁹⁷⁸ ils présentent comme caractéristique commune d'être souscrits sur la tête d'un assuré dont le décès entraîne le dénouement. Proches des contrats de capitalisation, les contrats d'assurance-vie de capitalisation constituent des opérations de placement financier déconnectées de tout risque de dommage, éloignant ces contrats de leur nature assurantielle initiale puisque l'objectif qu'ils poursuivent est de valoriser une épargne ou de rentabiliser un capital investi.

L'assurance vie constitue un placement de moyen-long terme fondé originellement sur des objectifs de rentabilité et de sécurité. Chaque contrat d'assurance vie fait ainsi

contrats souscrits avant le 18 décembre 2007 et Cass. Mixte, 22 février 2008, n° **06-11934 s'agissant des contrats d'assurance vie mixte**), elle n'introduit aucun changement de redevable au titre de l'ISF, le souscripteur restant seul redevable de l'ISF sur ces sommes ; v. Rép. Dolez, n° 18648, JO AN 16 février 2010, p.1691

¹⁹⁷⁵ Cette technique peut s'avérer dangereuse lorsque le prêt est adossé à un contrat d'assurance vie en unités de compte. En effet, si le profil de gestion est exposé aux aléas des marchés, la garantie peut fortement diminuer sans que l'épargnant puisse reprocher au professionnel d'avoir manqué à son devoir de conseil en lui proposant simplement un montage inadapté à sa situation (dès lors que celui-ci a informé son client sur les risques éventuels) : Cass. Com. 16 juin 2009, n° 08-11.618

¹⁹⁷⁶ CENAC Pierre et CASTERAN Bruno, *La fiducie avant la fiducie - Le cas du droit patrimonial de la famille*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 26, 26 juin 2009, 1218

¹⁹⁷⁷ **Sondage réalisé par l'institut CSA pour la Fédération française des sociétés d'assurance, 6 avril 2009**

l'objet d'un choix de gestion aux effets non négligeables. Le choix du support du contrat est en effet extrêmement important dans la mesure où il n'est pas possible de le modifier sans entraîner une novation,¹⁹⁷⁹ laquelle emporte les mêmes conséquences fiscales que si le souscripteur avait racheté son contrat pour en souscrire un nouveau. Le traitement fiscal de l'assurance vie favorise ainsi la stabilité de l'épargne.¹⁹⁸⁰

Il existe en effet deux catégories de support, les contrats investis sur un support en euros et les contrats en unités de compte, dont il est nécessaire de présenter brièvement les contours. Les sommes déposées sur le contrat en euros¹⁹⁸¹ sont investies dans l'actif général de la compagnie d'assurance. Cette dernière investit les sommes et réalise des plus values, perçoit des dividendes et des intérêts dont au moins 85% sont reversés à l'assuré. Le gestionnaire des comptes investis sur un support en euros effectue des investissements peu risqués et de fait peu performants car il est tenu de rembourser à l'échéance du contrat une somme égale aux primes nettes augmentée des intérêts capitalisés et diminuée des frais de gestion. Ces placements subissent un « effet de cliquet » puisqu'ils génèrent des intérêts définitivement acquis qui s'ajoutent au montant de l'épargne constituée pour devenir à leur tour productifs d'intérêts.¹⁹⁸² Les contrats en unités de comptes offrent quant à eux de meilleurs rendements, les primes versées étant investies le plus fréquemment en parts d'OPCVM, mais présentent l'inconvénient d'un risque élevé puisque l'assureur ne peut garantir la valeur du contrat au cours de son exécution.

¹⁹⁷⁸ On distingue trois grandes familles de contrats (l'assurance en cas de vie, l'assurance en cas de décès, l'assurance-mixte) chacune d'entre elles étant divisées en sous-catégories

¹⁹⁷⁹ Le dispositif « Fourgous » introduit à l'article 1^{er} de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 permet néanmoins de transformer un contrat mono support en euros en un contrat multi support en unités de compte, sans entraîner les effets fiscaux de la novation. Ainsi, au titre de l'IR, le contrat est réputé avoir été souscrit à la date du contrat d'origine.

¹⁹⁸⁰ La durée moyenne de détention des contrats d'assurance vie s'établit entre 10 et 15 ans : Intervention de Jean-Louis Chambon sur Canal Académie le 27 mars 2011

¹⁹⁸¹ Contrats mono support

¹⁹⁸² Afin d'assurer cet effet de cliquet des contrats en euros, il est possible d'assortir le contrat d'assurance d'une clause d'indisponibilité. Cette indisponibilité n'a pourtant pas pour effet de faire échapper lesdits contrats à l'ISF. v. Instruction fiscale du 4 janvier 2010, BOI n°5 S-4-10 du 12 janvier 2010 : « [...] une clause d'indisponibilité temporaire n'a pour conséquence que de différer la possibilité d'exercice du droit de rachat. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, et en application des dispositions des articles 885 E et 885 F du code général des impôts, la valeur du contrat correspondant à la créance qui

§2 - Traitement fiscal des contrats d'assurance vie

L'assurance vie est souvent présentée comme le placement préféré des français. Ce type de contrat présente à l'évidence l'intérêt de la sécurité dès lors que les sommes sont placées sur le fonds euro de la compagnie. Mais la raison principale de cet engouement des ménages français pour ce véhicule d'épargne est sans nul doute à rechercher dans son traitement fiscal de faveur. L'assurance vie est en effet un véhicule fiscalement performant en cours de contrat (A) dans la mesure où les gains sont peu imposés dès lors que le contribuable accepte de ne pas les retirer. La limitation temporelle de la jouissance produit ainsi des effets fiscaux particulièrement intéressants. Ce contrat présente ensuite un intérêt fiscal indéniable en matière de droits de succession car le droit fiscal est contraint par la nature juridique de l'opération (B).

A – Traitement en cours de contrat

Le traitement fiscal privilégié des contrats d'assurance vie constitue une des raisons du succès de ce type d'investissement. Les contrats d'assurance vie bénéficient effectivement d'un régime fiscal avantageux à deux égards : d'une part, le versement des primes peut ouvrir droit à une réduction d'impôt, d'autre part le traitement fiscal des gains tirés du contrat est relativement avantageux dès lors que la durée du contrat traduit une pérennité de l'investissement du contribuable. En effet, en vertu de l'article 199 septies du Code général des impôts,¹⁹⁸³ les primes versées sur des contrats de « *rente-survie* » et « *d'épargne handicap* »¹⁹⁸⁴ ouvrent droit sous certaines

figure dans le patrimoine du souscripteur est imposable à l'ISF. Elle doit donc être déclarée au titre des bases imposables à cet impôt au 1er janvier de chaque année ».

¹⁹⁸³ Créé par l'article 3 de la loi n°83-1179 du 29 décembre 1983 de finances pour 2004, JORF 30 décembre 1983

¹⁹⁸⁴ Contrats garantissant le versement d'un capital ou d'une rente à un enfant, à un parent (jusqu'au troisième degré), ou à toute personne à la charge de l'assuré, en cas de décès de ce dernier dès lors que le bénéficiaire souffre d'une infirmité l'empêchant d'exercer une activité professionnelle dans des conditions normales de rentabilité ou a moins de 18 ans.

conditions,¹⁹⁸⁵ à une réduction d'impôt sur le revenu de 25 % du montant des primes versées, dans la limite annuelle de 1 525€ augmentée de 300€ par enfant à charge.

L'intérêt fiscal de ces contrats réside cependant moins dans une éventuelle réduction d'impôt que dans le traitement fiscal avantageux des produits de ces contrats. En effet, les produits des contrats d'assurance-vie sont soumis au même régime que les produits des contrats de capitalisation souscrits de manière nominative. Pendant la durée du contrat, les produits sont provisoirement exonérés d'impôt sur le revenu et la taxation ne devient effective que lors du dénouement du contrat ou lors de son rachat total¹⁹⁸⁶ ou partiel. Le contrat d'assurance vie est particulièrement intéressant car en cas de rachat, seuls les gains afférents à la part rachetée sont imposables. Il importe dès lors de déterminer la part de gain imposable lors du rachat. Si cette part est évidente en cas de rachat total,¹⁹⁸⁷ en cas de rachat partiel, la part de gain imposable est calculée au moyen de la formule suivante¹⁹⁸⁸ :

$$\text{Montant du rachat partiel} - \left(\text{Total des primes versées} \times \frac{\text{Montant du rachat partiel}}{\text{Valeur totale du contrat}} \right)$$

Le rachat partiel peut laisser apparaître un gain ou une perte en capital. Si la perte en capital constatée à l'occasion du rachat ne peut faire l'objet d'aucune imputation sur le revenu global ou sur d'autres revenus de même nature,¹⁹⁸⁹ le dénouement positif du

¹⁹⁸⁵ Article 17 E de l'annexe IV du Code général des impôts

¹⁹⁸⁶ Il est conseillé de ne pas faire de rachat total et de laisser une somme sur le contrat afin de faire bénéficier les versements futurs éventuels de l'antériorité fiscale.

¹⁹⁸⁷ Différence entre la valeur de rachat et la valeur des primes versées

¹⁹⁸⁸ D. adm. 5 I-3225 n° 5

¹⁹⁸⁹ v. TA Poitiers 1^{er} mars 2007, *M. et Mme. Cholet*, n°06-721 ; RJF 7/07 n°805 : « Considérant [...] qu'en l'absence de toutes dispositions particulières, un déficit dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers ne peut résulter que de la déduction de dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conservation de ce revenu ou du reversement d'un revenu de cette catégorie imposé au cours d'une année antérieure [...] que la perte subie par les intéressés correspondant à la différence entre le montant d'un placement financier capitalisé et la valeur de celui-ci lors de son rachat, elle présente en réalité le caractère d'une perte en capital dont aucun texte n'autorise la déduction du revenu imposable ». Cette solution conforte ainsi la doctrine administrative 5 I 3225 n°4 s'agissant des moins values générées à l'occasion d'un contrat de capitalisation tout en s'alignant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de perte lors d'une cession de droits sociaux, v. Conseil d'Etat, 27 juillet 2006, n° 285580 et 285579 ; RJF 12/06, n°1541. Il apparaît cependant que l'application de la formule de détermination de la part imposable en cas de rachat partiel peut conduire à l'imposition de sommes alors même que le contrat est en moins value au moment du rachat partiel.

contrat laisse quant à lui un choix au souscripteur. Ce dernier peut en effet opter soit pour la taxation des produits au barème progressif de l'impôt sur le revenu soit pour un prélèvement libératoire dont le taux diminue avec la durée écoulée depuis la souscription.¹⁹⁹⁰

Ce taux est de 35%¹⁹⁹¹ si la durée du contrat a été inférieure à quatre ans, de 15 % si cette durée est supérieure à quatre ans et inférieure à huit années. Enfin, lorsque la durée du contrat a été supérieure à huit ans, les produits constatés ne sont soumis à l'impôt sur le revenu ou à un prélèvement libératoire de 7,5% sur la part de gain excédant 4 600€ pour les personnes seules ou 9 200€ pour les couples soumis à une imposition commune.¹⁹⁹² La possibilité de procéder à des rachats partiels est particulièrement intéressante lorsque le contrat a plus de 8 ans car l'assurance vie constitue dans une certaine mesure un instrument d'épargne totalement défiscalisé en raison du montant des rachats¹⁹⁹³ ou du type de contrat.¹⁹⁹⁴

Comme tout revenu du capital, les produits des contrats d'assurance-vie sont soumis aux prélèvements sociaux, quand bien même ces contrats seraient exonérés d'impôt sur le revenu. Ce prélèvement de 12,3% n'est dû que lors du rachat en cas de contrat multisupport en unités de compte tandis qu'il est dû annuellement en cas de contrat monosupport en euros. Comme c'est le cas de façon générale en matière d'impôt sur le revenu, les prélèvements sociaux ne sont pas déductibles des revenus imposables en cas d'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire tandis qu'ils bénéficient de cette déductibilité, lorsque les produits du contrat sont soumis au barème progressif. En

L'administration s'est engagée à revoir cette doctrine qui est de nature à conduire à des effets absurdes : Lettre de la DLF à la FFSA, 31 mai 2010

¹⁹⁹⁰ Article 125-0 A du Code général des impôts

¹⁹⁹¹ Ce taux est le plus élevé de tous les produits d'épargne

¹⁹⁹² Cet abattement se reconstitue annuellement

¹⁹⁹³ Un couple place la somme de 90 000€ sur un contrat d'assurance vie rémunéré à un taux d'intérêt approximatif de 4,5%. Au bout de 10 ans, le couple souhaite procéder à un rachat partiel de 15 000€ Le gain imposable sur ce rachat est égal à la différence entre le montant du rachat partiel (15 000€) et le produit du total des primes versées (90 000€) et du montant du rachat partiel (15 000€) sur la valeur de rachat à la date du rachat partiel (133 750€). Le gain imposable s'élèvera ainsi à 4 900€ et sera exonéré compte tenu de l'abattement annuel de 9 200€

¹⁹⁹⁴ Contrats en actions Sarkozy et DSK : Après 8 ans, les produits liés à tout dénouement ou rachat, ne font l'objet d'aucune taxation à l'IRPP (CGI Art 125 O-A quarter et I-Quinzies du CGI)

pareil cas, une quote-part de 5,8 % est déductible¹⁹⁹⁵ des revenus de l'année suivante lorsque les prélèvements sociaux ont été effectivement acquittés au titre de ces produits.

Rentes viagères. Par exception, les produits capitalisés dans ce type de contrat sont exonérés d'impôt sur le revenu quelle que soit la durée du contrat si ce dernier se dénoue par le versement d'une rente viagère constituée à titre gratuit.¹⁹⁹⁶ La rente viagère est en revanche soumise à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux, sur une fraction de son montant, lorsqu'elle a été constituée à titre onéreux. Tel est le cas lorsque l'obligation contractée par le débirentier a pour contrepartie le versement d'un capital en argent ou l'aliénation d'un bien. Le mécanisme civiliste de la stipulation pour autrui produit des effets fiscaux remarquables car il permet au bénéficiaire de profiter du caractère onéreux de la rente alors qu'il ne remplit pas lui-même les conditions. En effet, le fait que la rente soit constituée au profit d'un tiers grâce à une stipulation pour autrui ne modifie pas le caractère de la rente. On considère que la rente, qui trouve sa source dans l'aliénation d'un bien par un tiers, est constituée à titre onéreux de sorte que le crédirentier bénéficie du régime de taxation atténuée. Ce régime est particulièrement attractif car la fraction imposable est déterminée forfaitairement d'après l'âge du crédirentier au moment de l'entrée en jouissance dans les conditions de l'article 158, 6° du CGI.¹⁹⁹⁷

Exonération en raison d'évènements affectant les revenus du souscripteur. Indépendamment de la durée du contrat ou de la forme de versement, le rachat du contrat d'assurance vie est exonéré d'impôt dès lors qu'il intervient parallèlement¹⁹⁹⁸ à

¹⁹⁹⁵ Article 154 quinquies du Code général des impôts. Ce montant doit par conséquent être porté en case BH de la déclaration 2042

¹⁹⁹⁶ Article 125-0 A I du Code général des impôts. Cependant, selon l'administration, cette exonération ne s'applique qu'aux contrats prévoyant cette faculté lors de leur conclusion. v. Doctrine administrative 5 I 1172 n°3 : « [...] Cette exonération ne vaut que pour les produits des contrats qui se dénouent directement par le versement d'une rente viagère. En revanche, elle ne vaut pas pour les contrats qui se dénouent par le versement d'un capital ultérieurement converti en rente viagère [...] »

¹⁹⁹⁷ La fraction est fixée à 70% si l'intéressé a moins de 50 ans ; 50% s'il était âgé de 50 à 59 ans ; 40 % s'il était âgé de 60 à 69 ans inclus ; 30 % s'il était âgé de plus de 69 ans.

¹⁹⁹⁸ Le rachat et la survenance de l'évènement doivent être temporellement contemporains pour que l'opération puisse être regardée comme résultant de l'évènement. Pour une invalidité déclarée avant la souscription du contrat, v. CAA Bordeaux, 17 décembre 2002, n°00BX02798, *Quercia* : RJF 4/03, n°434.

certaines évènements intéressant le souscripteur ou son conjoint.¹⁹⁹⁹ Les gains tirés du rachat sont ainsi exonérés en application des dispositions de l'article 125-0 A du CGI lorsque le dénouement résulte du licenciement du bénéficiaire²⁰⁰⁰ ou de sa mise à la retraite anticipée ou de son invalidité²⁰⁰¹ ou de celle de son conjoint correspondant.

Impôt de solidarité sur la fortune. Le traitement fiscal des contrats d'assurance-vie au regard de l'ISF dépend du moment où l'on se situe dans la vie du contrat.

Pendant la phase d'épargne, il est nécessaire de distinguer selon que les contrats sont ou non rachetables.²⁰⁰² S'ils ne sont pas rachetables,²⁰⁰³ seules les primes versées²⁰⁰⁴ par le souscripteur après son soixante-dixième anniversaire sont imposables au titre de l'ISF. S'ils sont rachetables les contrats doivent être compris dans le patrimoine imposable du souscripteur pour leur valeur de rachat au 1^{er} janvier de l'année d'imposition²⁰⁰⁵ quand bien même le souscripteur se serait engagé à ne pas exercer son droit pendant une certaine durée.²⁰⁰⁶ Si le contrat est rachetable, on peut s'interroger sur les conséquences d'une acceptation du contrat par le bénéficiaire. L'acceptation de la stipulation pour autrui par le bénéficiaire rend la désignation irrévocable²⁰⁰⁷ si bien

¹⁹⁹⁹ Doc. Adm. 5 I-1172, n°4

²⁰⁰⁰ Dès lors que le licenciement est indépendant de sa volonté et que les contribuables doivent utiliser leur épargne : v. Rép. Jacquat, n°34335, JO AN, 5 octobre 2004, p. 7753

²⁰⁰¹ Dès lors que l'invalidité est classée dans la 2^{ème} ou 3^{ème} catégorie prévue à l'article L 341-4 du CSS. Il s'agit des invalides incapables d'exercer un emploi et des invalidités nécessitant l'assistance d'un tiers pour effectuer les actes ordinaires de la vie

²⁰⁰² V. CGI, Art. 885 F

²⁰⁰³ Selon l'article L 132- 23 du Code des assurances, ne sont pas rachetables les contrats suivants : assurance temporaire en cas de décès, assurance de capitaux de survie et de rente de survie, assurance en cas de vie sans contre-assurance et rentes viagères différées sans contre-assurance : Instruction du 11 février 1992, BOI 7 S-1-92

²⁰⁰⁴ Au titre de contrats souscrits à compter du 20 novembre 1991

²⁰⁰⁵ En matière d'ISF, le contrat de capitalisation souscrit nominativement bénéficie d'un régime fiscal plus favorable car il est soumis à l'ISF annuellement pour sa valeur nominale (valeur originelle) alors que le contrat d'assurance vie est soumis à l'ISF sur sa valeur acquise au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

²⁰⁰⁶ L'engagement pris par le souscripteur ne suffit pas à conférer aux sommes un caractère simplement virtuel puisque le contrat a une valeur « économique prédéterminée » par l'existence d'un taux d'intérêt : v. Cass. Com. 24 juin 1997, n°95-19.577, *Junca* ; Les contrats comportant une clause d'indisponibilité temporaire, prévue par l'article R 142-8 du Code des assurances ne remettent pas en cause l'existence d'une créance dans la mesure où ces clauses sont facultatives et l'indisponibilité seulement temporaire. Par voie de conséquence, ces contrats demeurent imposables au titre de l'ISF ; Instruction fiscale du 4 janvier 2010, BOI 7 S-4-10

²⁰⁰⁷ Article L 132-9 du Code des assurances (pour les contrats acceptés depuis le 18 décembre 2007). Pour les contrats antérieurs à cette date, le bénéficiaire ne pouvait s'opposer au rachat si bien que le souscripteur demeurait imposable au titre de l'ISF : v. Cass. Mixte, 22 février 2008, n°06-11.934, *Dupuy & Turcat* : RJF

que le souscripteur ne peut ni modifier le bénéficiaire ni procéder à un rachat sans l'accord du bénéficiaire. L'administration²⁰⁰⁸ a cependant précisé que le souscripteur demeure imposable au titre de l'ISF sur la valeur du contrat dans la mesure où l'acceptation du contrat ne le prive pas de toute possibilité de rachat puisqu'il lui suffit d'obtenir l'accord du bénéficiaire.

A l'échéance du contrat, le capital ou la valeur représentative de la rente sont à prendre en compte dans le patrimoine du bénéficiaire si le contrat se dénoue par le décès de l'assuré. L'assuré sera en revanche imposé au titre de l'ISF sur les sommes tirées du contrat que celles-ci soient versées sous forme de capital ou de rente.²⁰⁰⁹

B – Un régime de transmission attractif

Les assurances sur la vie se divisent en deux catégories, dont le traitement fiscal est quelque peu différent : « *l'assurance en cas de vie* » et « *l'assurance en cas de décès* ».

Contrat d'assurance-vie se dénouant en cas de vie. Ce type de contrat conduit au versement d'une somme sous forme de capital ou de rente si l'assuré est vivant à l'expiration d'un délai. Habituellement, il y a identité entre la personne du souscripteur et celle du bénéficiaire dans la mesure où ce type de contrat constitue une opération d'épargne. En raison de cette identité, le versement intervenant au dénouement du contrat constitue la simple conséquence d'une opération de placement financier ce qui ne saurait conduire au versement de droits de mutation à titre gratuit. Trois situations peuvent cependant se présenter en l'absence d'identité entre le souscripteur et le bénéficiaire.

6/08, n°755 (la doctrine considère que la solution de cet arrêt rende en matière d'acceptation est transposable à l'ISF)

²⁰⁰⁸ Rép. Dolez, n°18648, JO AN, 16 février 2010, p. 1691

²⁰⁰⁹ En pareille situation, il y a lieu de déclarer la valeur de capitalisation de la rente

L'administration fiscale considère tout d'abord que la souscription d'un contrat d'assurance en cas de vie au profit d'un tiers bénéficiaire caractérise une libéralité²⁰¹⁰ si bien que les capitaux versés par la compagnie d'assurance sont soumis aux droits de donation en fonction du lien de parenté existant entre le souscripteur et le bénéficiaire.

Lorsqu'un contrat d'assurance-vie souscrit conjointement comporte une clause de survie du contrat après le décès d'un des assurés, le survivant reçoit un avantage²⁰¹¹ dans la mesure où il dispose d'un droit de rachat sur le contrat bien que ce dernier ne soit pas dénoué. L'administration considérerait que cet avantage caractérisait une libéralité soumise aux droits de donation.²⁰¹² Il fallut attendre 2005 pour que la Cour de cassation²⁰¹³ précise que l'existence d'une donation suppose la réunion des conditions de l'article 894 du Code civil²⁰¹⁴ si bien que tant que le souscripteur bénéficie d'une faculté de rachat il ne saurait y avoir de dépouillement irrévocable soumise à taxation.

Le troisième cas est celui du contrat d'assurance vie souscrit à l'aide de fonds communs dont la valeur de rachat doit alors être comptabilisée pour moitié dans la succession en cas de décès d'un des co assurés.²⁰¹⁵ En vertu de l'article 796-0 bis du Code général des impôts,²⁰¹⁶ le conjoint survivant bénéficiant de l'actif successoral du

²⁰¹⁰ Dans la mesure où l'opération conduit à un dessaisissement irrévocable du souscripteur au profit du bénéficiaire qui l'accepte. La donation suppose que le transfert de propriété soit la conséquence d'une intention libérale (*animus donandi*) dont l'administration doit prouver l'existence. *L'animus donandi* peut ainsi être caractérisé par la transmission volontaire et sans contrepartie d'un bien de valeur v. Cass. Com. 1^{er} décembre 1998, n°96-16.010, *Lassalle* ; RJF 2/99, n°254

²⁰¹¹ La détermination de cet avantage se fait au moyen d'une simple règle de trois en l'absence de précisions, la détermination de l'avantage se fait par parts viriles.

²⁰¹² Rép. Lazaro, n°5703, JO AN 20 décembre 1993, p. 4608 : « *la dissociation de la personne du souscripteur de celle de l'assuré constitue un des éléments, parmi d'autres, susceptibles de constituer la preuve d'une donation indirecte* » ; v. ARDILLIER Alain, *Les incidences patrimoniales de l'assurance vie*, Brochure Cridon-Ouest n°60, juin 1996, p. 228

²⁰¹³ Cass. Com. 28 septembre 2005 n° 03-18 397

²⁰¹⁴ « *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* »

²⁰¹⁵ La valeur de rachat d'un contrat non dénoué et souscrit à l'aide de deniers communs constitue un bien commun : Cass. Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, n°90-16 343, *Praslika* ; Bull. civ. I n°95, RTD civ. 1992, p. 632 ; Cass. Civ. 1^{ère} 10 juillet 1996, n°94-18 733, *Daignan* ; Bull. civ. I n°309 ; Rép. Proriot, JO AN 10 novembre 2009, p. 10704 n° 27336 ; Rép. Bacquet, JO AN 29 juin 2010, p. 7283 n°26231 : cette solution est neutre pour le conjoint survivant qui est exonéré de droits de succession depuis la loi TEPA (CGI, Art. 796-0 bis) v. DEPONDT Axel & BÉRIAL Sami, *Réponse Bacquet : l'administration fiscale prise à son propre piège !*, Bulletin du patrimoine n°1/11, inf.6, p. 27

²⁰¹⁶ Créé par l'article 8 de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007

de cujus est exonéré de droits de succession.²⁰¹⁷ La position quelque peu bancal de l'administration s'agissant de la majoration de l'actif successoral dans les cas où il existe d'autres héritiers²⁰¹⁸ doit être éclairée par deux décisions de cours d'appel ayant conclu au caractère non taxable de la valeur de rachat du contrat au décès du premier assuré.²⁰¹⁹

Contrat d'assurance-vie se dénouant en cas de décès. Si aucun bénéficiaire n'a été déterminé par le souscripteur, les sommes intègrent alors l'actif successoral et sont soumises aux droits de successions dans les conditions de droit commun.²⁰²⁰ Les sommes transmises sous forme de capital ou de rente par une compagnie d'assurance à un bénéficiaire déterminé en exécution d'un contrat d'assurance vie en cas de décès sont quant à elles exonérées de droits de successions puisque le bénéficiaire en bénéficie en raison d'un droit personnel et direct issu de la stipulation pour autrui tirée du contrat.²⁰²¹ Un des attraits non négligeable de l'assurance-vie²⁰²² réside dans le fait que les sommes recueillies ne sont pas assujetties aux droits de succession. Ce principe d'exonération est cependant limité par une taxation des primes versées par le

²⁰¹⁷ Depuis la loi TEPA. L'exonération de droits de succession entre époux, l'augmentation de l'abattement en faveur des enfants et l'existence d'abattements multiples a pour effet d'exonérer 95% des successions en ligne directe. L'impôt a donc une rentabilité faible mais remplit son objectif de correction de « *la répartition de la fortune [...] qui pourrait fausser la juste valeur de la liberté politique et la juste égalité des chances* », RAWLS John, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997

²⁰¹⁸ Rép. Vasseur, n°37012, JO AN 8 novembre 1999 p. 420 ; Rép. Marsaudon ; n°55265, JO AN 19 novembre 2001 p. 6613, v. p. op. Rép. Bataille, n°35728, JO AN 3 juillet 2000, p. 3945 ; BOI N° 21 du 30 janvier 2001, 7 G-2-01 ; Rép. Doublet, n°28200 JO Sénat 18 janvier 2001 p. 172, v. not. PINEAU Pascal, *Praslicka : contours... et détours – Ou le sort civil et fiscal du contrat non dénoué, Droit et Patrimoine n°179, mars 2009, p. 46 s.*

²⁰¹⁹ CA Orléans 30 octobre 2003 n°02-2679 & CA Agen, 26 janvier 2005, n°03-1671

²⁰²⁰ L'administration a récemment précisé le traitement fiscal du versement d'un capital investi dans le cadre d'un contrat d'assurance vie à un bénéficiaire qui est décédé avant que la succession ne soit ouverte. Selon l'administration, lorsque le bénéficiaire est décédé alors qu'il a accepté le contrat, les capitaux entrent dans sa succession et l'ensemble de l'actif successoral est soumis aux droits de mutations des articles 777 s. du CGI. En revanche, lorsque le bénéficiaire est décédé sans avoir accepté le contrat, le bénéfice du contrat est transmis à ses héritiers : Rép. Meslot : JO AN 14 septembre 2010, p. 10062, n° 60434

²⁰²¹ En raison des dispositions de l'article L132-12 du Code des assurances & de l'article 1121 du Code civil

²⁰²² On remarquera à titre de comparaison qu'en matière successorale, le contrat de capitalisation entre dans l'actif successoral taxable aux droits de succession tandis que les sommes portées dans un contrat d'assurance vie sont soumises à une fiscalité dérogatoire qui dépend de l'âge du souscripteur au moment du versement des primes.

souscripteur après son soixante-dixième anniversaire²⁰²³ ainsi que par une taxation des versements réalisés par l'assureur et d'un montant supérieur à 152 500€

En application de l'article 787 B du CGI, les droits de succession sont exigibles sur les primes versées au-delà de 70 ans pour la seule fraction excédant 30 500 €²⁰²⁴ Cet abattement est global pour un assuré si bien qu'il s'applique quel que soit le nombre de contrats qu'il a ouvert ou le nombre de bénéficiaires. En cas de pluralité de bénéficiaires, l'abattement est réparti entre les différents bénéficiaires au prorata de la part leur revenant dans les primes versées après 70 ans.²⁰²⁵ Dans la mesure où les primes versées après 70 ans sont exonérées lorsque le bénéficiaire est exonéré de droits de succession, la question se posait de savoir s'il était nécessaire de retenir la part d'abattement non utilisée par les personnes exonérées. L'administration, qui considérait que la non-utilisation de l'abattement par un bénéficiaire exonéré de droits de succession ne profitait pas aux autres,²⁰²⁶ a modifié sa position pour ne pas tenir compte de la part revenant aux personnes exonérées pour répartir l'abattement entre les différents bénéficiaires.²⁰²⁷

Les sommes correspondant aux primes versées depuis le 13 octobre 1998 sur un contrat d'assurance vie, versées pour cause du décès de l'assuré, subissent un prélèvement²⁰²⁸ de 20% sur la fraction revenant à chaque bénéficiaire et excédant 152 500€²⁰²⁹ Si le redevable de ce prélèvement libératoire des droits de succession est bien le bénéficiaire, le prélèvement est directement versé par la compagnie d'assurance. Cette règle formelle est particulièrement utile compte tenu de la complexité croissante du

²⁰²³ Cette taxation ne concerne que les contrats souscrits depuis le 20 novembre 1991 si bien que les contrats souscrits avant cette date et n'ayant pas subi de modification essentielle échappent à cette règle. Tel serait le cas si le souscripteur modifiait la personne de l'assuré : Doc. adm. 7 G-2132 n° 8 ou ajoutait un co-adhérent : contrat : Réponse Cuq, JO AN 6 mars 2000 p. 1452, n°37181 ; Le versement de primes nouvelles ou disproportionnées ne constitue pas en revanche une modification essentielle du contrat.

²⁰²⁴ CGI, art. 757 B

²⁰²⁵ D. adm. 7 G-2132 n° 10

²⁰²⁶ Rép. Charié, JO AN 16 juillet 2001, p. 4111 n°59640

²⁰²⁷ Inst. 7 G-7-07 n° 58

²⁰²⁸ Qualifiée de taxation spécifique « sui generis » ce qui a pour conséquence de rendre inapplicable les exonérations propres aux droits de mutation à titre gratuit. En pratique, cette conséquence est limitée car le législateur a prévu les mêmes exonérations que pour le conjoint et les a étendu en faveur des frères et sœurs vivant ensemble : v. CGI Art. 990 I, I°

²⁰²⁹ CGI art. 990, I

régime fiscal de l'assurance vie. Le prélèvement de l'article 990 I du CGI ne s'applique pas en effet aux primes entrant dans le champ matériel des droits de succession. Ainsi, le prélèvement de 20% ne s'applique-t-il pas aux primes versées après le 70^{ème} anniversaire du souscripteur d'un contrat souscrit après le 20 novembre 1991. Il est étonnant de constater à l'aube de la réforme de la fiscalité du patrimoine que les compagnies d'assurance et la FFSA s'inquiètent du sort fiscal de l'assurance vie sans pour autant demander au législateur plus de simplicité dans le maniement du mécanisme.

Conclusion du chapitre 2

Nous avons vu que l'instrumentalisation fiscale du droit de propriété pouvait se faire au moyen d'une affectation juridique d'abord, géographique ensuite, temporelle enfin. Cette forme de structuration temporelle se traduit soit par une manipulation de la durée, soit par une manipulation temporelle de la jouissance procurée par le droit. En effet, cette forme d'instrumentalisation du droit de propriété par affectation temporelle se traduit tout d'abord par une manipulation de la durée, laquelle se manifeste au travers de la durée de détention et de la périodicité. La durée de détention permet effectivement de réduire progressivement l'assiette imposable de sorte que le droit bénéficie d'une exonération à l'issue de cette période.

La manipulation du critère temporel peut ensuite apparaître à l'occasion des manipulations frappant la périodicité. En effet, le droit fiscal est attaché à l'imposition de fruits et la modification de la récurrence permet de transformer fiscalement un revenu en produits, lesquels bénéficient d'une imposition à un taux fixe.

Si pour certains contribuables fortement imposés au titre de l'IR ce prélèvement forfaitaire s'avère intéressant, pour les contribuables imposés à un taux moyen inférieur à celui du prélèvement forfaitaire libératoire, cette technique ne présente pas un grand intérêt, si bien qu'ils peuvent choisir que les produits dont ils disposent soient imposés de manière classique au barème de l'impôt sur le revenu. Cette méthode d'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ne concerne donc que les contribuables les plus aisés.

La manipulation temporelle passe aussi par une manipulation temporelle à travers la jouissance que procure le bien. En effet, le droit fiscal français connaît de multiples dispositifs qui conditionnent l'obtention d'un avantage fiscal à un délai d'indisponibilité. Ce délai d'indisponibilité est plus ou moins contraignant. En effet, le délai d'indisponibilité prévu dans les pactes Dutreil empêche toute cession pendant une certaine période puisqu'une telle cession remet en cause le bénéfice jusqu'alors obtenu. Cette limitation du pouvoir de jouissance peut être décroissante dans le temps, comme c'est le cas en matière de contrat d'assurance-vie.

Conclusion du titre 2

L'optimisation fiscale du patrimoine s'appuie sur une structuration géographique et temporelle. La manipulation des caractères *rationae temporis* et *rationae loci* des dispositifs fiscaux s'appuient en réalité sur deux formes d'affectation factuelle du droit de propriété que sont l'affectation géographique et l'affectation temporelle du droit de propriété.

L'affectation géographique implique une modification de la localisation de l'objet du droit de propriété. Il apparaît que la localisation du sujet du droit de propriété implique des changements de vie importants rendus nécessaires par les critères personnels de résidence fiscale. La localisation directe et indirecte de l'objet du droit de propriété apparaît alors comme une affectation géographique moins brutale qui ne produit par conséquent que des effets fiscaux réduits.

Si le législateur redoute l'utilisation des techniques d'affectation géographique à des fins d'exil fiscal total ou partiel, il incite souvent les contribuables à localiser tout ou partie de leur patrimoine dans certaines zones du territoire telles que les DOM et les zones franches. Il apparaît de ce fait que le législateur favorise fréquemment l'affectation géographique.

L'impôt est ainsi couramment doté d'une mission économique ou sociale. Cet interventionnisme fiscal est aussi omniprésent dans les formes d'affectation temporelle. Le législateur cherche en effet à pérenniser certains investissements afin d'assurer la stabilité du marché ou de l'actionnariat. Si certaines techniques d'affectation temporelle telles que les attributions d'actions gratuites ou les attributions d'options de souscription perdent peu à peu de leur intérêt, c'est justement parce que les contribuables y ont vu une technique de rémunération fiscalement intéressante. Cette instrumentalisation fiscale du droit de propriété a conduit le législateur à modifier le traitement fiscal de ces mécanismes pour les doter d'un traitement fiscal plus en adéquation avec la réalité de leur utilisation à des fins de rémunération. L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété conduit ainsi le législateur à rapprocher le traitement fiscal de ces instruments de celui des salaires.

Conclusion de la partie 2

Tout mécanisme d'optimisation fiscale du patrimoine est fondé soit sur une déconstruction du droit ou de sa valeur soit sur une affectation. Si la déconstruction permet une simple réduction de l'assiette de l'impôt, l'instrumentalisation fiscale du droit de propriété par affectation produit des conséquences fiscales plus variées. En effet, l'instrumentalisation par affectation permet tantôt une réduction de droits, tantôt une réduction de l'assiette imposable tantôt un transfert de cette assiette.

Le mécanisme de l'affectation est donc un mécanisme aux effets diversifiés mais aussi une opération protéiforme. En effet, l'affectation peut être une opération juridique conduisant au transfert ou au cloisonnement du droit de propriété dans une société ou dans une universalité séparée du patrimoine personnel du contribuable. Nous avons vu que les nombreux effets fiscaux produits par le recours à l'instrument sociétaire et avons déjà eu l'occasion de formuler des critiques tenant à l'étroitesse de l'utilisation du patrimoine d'affectation en dépit des opportunités multiples que cette forme d'affectation est susceptible d'offrir dans le cadre de la gestion du patrimoine.

La technique de l'affectation permet au-delà de l'affectation juridique de modifier géographiquement la localisation de l'objet ou du sujet du droit de propriété et ce au gré des besoins et des souhaits du contribuable. Il nous est enfin apparu que la structuration patrimoniale par affectation pouvait enfin se traduire par une affectation temporelle visant à manipuler les éléments de rattachement temporel du droit de propriété.

Ce cheminement nous a donc conduit à réaliser que le droit de propriété était un élément d'autant plus essentiel en droit fiscal qu'il peut être modifié dans sa structure et dans son affectation. Le droit de propriété constitue par conséquent un droit susceptible d'une réelle instrumentalisation à des fins fiscales permise par une technique regroupant la plupart des dispositifs d'incitation fiscale. Il apparaît par conséquent qu'au-delà du recours à la déconstruction, l'ensemble des dispositifs fiscaux de faveur intéressant la fiscalité patrimoniale s'appuie simplement sur une affectation du droit de propriété.

Conclusion générale

Toute opération d'optimisation fiscale est fondée sur une manipulation juridique du droit de propriété. L'optimisation fiscale du patrimoine ne constitue dès lors que l'amélioration des conséquences fiscales de l'utilisation du droit de propriété. Ce droit ne bénéficie pas par conséquent d'un régime fiscal uniforme mais d'un traitement fiscal lié à son environnement ou aux modifications structurelles qu'il est susceptible de subir. L'optimisation fiscale repose ainsi sur deux mécanismes généraux que sont la déconstruction ou l'affectation, lesquels peuvent se combiner en vue d'une amplification des effets fiscaux.

Les opérateurs économiques effectuent des choix rationnels en finance comme en fiscalité et se retrouvent ainsi à procéder à des arbitrages de risque. Ainsi tout comme les investisseurs utilisent une « *capital market line* »²⁰³⁰ en vue d'effectuer des investissements présentant le ratio gain / risque optimal, les contribuables effectuent leurs placements et fondent leurs opérations juridiques en fonction du degré de risque fiscal qu'ils sont disposés à supporter.²⁰³¹ Si les sociétés d'investissement et certains organismes dressent des droites de marché permettant une quantification du risque en fonction de l'investissement envisagé, une hypothétique « *droite de marché fiscal* » devrait faire intervenir un paramètre de jouissance effective que le contribuable peut retirer de l'objet du droit à l'issue de l'opération juridique.

Les différents modes de structuration du patrimoine ne donnent pas pleine satisfaction aux contribuables français compte tenu la pression fiscale qui pèse sur eux. En effet,

²⁰³⁰ Dont l'origine est attribuée à l'économiste américain Harry Max Markowitz, auteur du modèle de diversification efficiente des portefeuilles d'actifs financier. V. VERNIMMEN Pierre, QUIRY Pascal, LE FUR Yann, *Finance d'entreprise*, 2010, Dalloz, p. 450 s.

²⁰³¹ Chaque investisseur a en effet un degré de sensibilité ou d'aversion au risque différent. Cette application de la « *théorie de la décision* » doit cependant être nuancée si l'on en croit la démonstration faite par Maurice Allais en 1953 devant l'American Economic Society. A cette occasion, Allais avait prouvé expérimentalement qu'en cas de risque extrême le choix de l'individu est principalement lié à l'importance de la prime de risque. De ce fait, il y a lieu de penser que les mécanismes fiscalement risqués seront d'autant plus choisis par les contribuables que le taux des prélèvements concernés sera important, ce qui conforte l'idée d'Arthur Laffer et constitue l'une des causes de diminution des recettes fiscales.

les mécanismes d'affectation et de déconstruction ne permettent pas de combiner suffisamment leurs objectifs juridiques aux critères décisionnels.

L'utilisation la déconstruction du droit de propriété à des fins de transmission à moindre coût fiscal implique en effet une limitation des prérogatives du donateur à laquelle il se plie compte tenu de l'intérêt fiscal de l'opération mais qu'il ne souhaite pas nécessairement concéder. A l'inconvénient que représente la limitation de pouvoirs peut s'ajouter un certain désagrément puisque le risque fiscal est d'autant plus présent que le *démembrement de propriété* est combiné à une autre forme d'instrumentalisation.

Le recours à la déconstruction de la valeur du droit de propriété ne conduit pas quant à lui à une diminution de jouissance de l'objet du droit et permet à l'évidence un rendement fiscal puisque son objet même est de réduire l'assiette de l'impôt, mais cette manipulation comporte un risque fiscal. S'il est en effet possible de limiter l'assiette de l'impôt en procédant à des évaluations judicieuses tenant compte d'éléments juridiques et factuels de nature à diminuer la valeur du droit, cette forme de manipulation fiscale du droit de propriété demeure limitée par le pouvoir dont dispose l'administration de restitution de la juste valeur.

L'instrumentalisation du droit de propriété par affectation ne constitue pas non plus la solution optimale aux attentes des contribuables personnes physiques. En effet, si l'évolution du droit civil a récemment permis l'introduction du patrimoine d'affectation en droit français à travers la création de la fiducie et de l'EIRL, le régime juridique et fiscal dont l'instrument est doté ne saurait permettre d'optimiser le patrimoine. L'EIRL tout d'abord n'est envisagée que comme une mesure de protection du patrimoine personnel d'un entrepreneur contre les poursuites des créanciers et non comme un instrument de détention ou de transmission du patrimoine. En dépit de son utilisation à des fins de gestion, le patrimoine d'affectation que permet la fiducie ne constitue qu'un vecteur limité d'optimisation patrimoniale puisqu'elle ne peut être utilisée à des fins de libéralités.

L'affectation sociétaire qui peut être combinée tant avec une déconstruction du droit de propriété qu'avec une déconstruction de la valeur de ce droit se révèle un instrument

d'une efficacité d'autant plus redoutable qu'elle peut simultanément faire l'objet d'une affectation temporelle au moyen d'un engagement de conservation. Il apparaît que les risques que font peser ces montages sont acceptables compte tenu du gain fiscal.

De même, l'affectation temporelle présente encore dans certains²⁰³² cas un réel intérêt. Le recours aux engagements de conservation ou à la stipulation pour autrui constituent assurément des instruments d'optimisation dont les effets sont ici encore améliorés par combinaison avec une déconstruction du droit de propriété à l'instar du démembrement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie.

L'affectation géographique constitue cependant pour bon nombre de contribuables la voie d'optimisation la plus efficace. Ce constat conduit fort souvent les contribuables concernés à privilégier cette forme de manipulation radicale du droit de propriété. Dans le meilleur des cas, ces contribuables choisissent de recourir, en raison de leur souplesse, à des instruments peu connus du droit français,²⁰³³ et choisissent dans les cas les plus extrêmes de se placer sous des souverainetés moins contraignantes ce que l'internationalisation des échanges rend d'autant plus simple.

On ne peut dresser une liste exhaustive des facteurs d'expatriation tant ces événements répondent à des attentes diverses des intéressés, mais il apparaît que la pression fiscale et le manque de souplesse juridique constituent deux causes éminentes des exils depuis la France. S'il ne fait aucun doute que le facteur fiscal est dominant,²⁰³⁴ il semble que la rigidité de conception française du droit de propriété constitue une des causes d'exil fiscal, en dépit de son aspect sécurisant. Cette rigidité ne permet au droit de propriété que de répondre imparfaitement aux problématiques nouvelles liées à la dématérialisation et au développement d'utilités nouvelles des biens. Ce phénomène

²⁰³² Le traitement fiscal des distributions d'actions gratuites et d'attributions d'options de souscription d'actions se rapprochant petit à petit de celui applicable aux salaires.

²⁰³³ Tels que les trusts ou les opérations de *nominee* (CHATAIN Lise, *Blanchiment de capitaux : À la recherche du bénéficiaire effectif*, JCP E, n°9, 2 mars 2006, 1328). Il s'agit d'une technique de droit anglo-saxon consistant à interposer dans une société un *nominee director*, personne qualifiable de mandataire prête nom, au dirigeant bénéficiaire économique désireux de masquer son identité. La relation la plus souvent contractuelle peut aussi résulter d'une division du droit de propriété inconnue du droit français que le juge français assimile à un démembrement du droit de propriété : v. TA Versailles, 11 juillet 2003, n°99-5645, *Sté SCDM*, RJF 1/04 n°79

qui a conduit à une fuite de la base imposable évaluée à plus de 200 milliards d'euros depuis la création de l'imposition sur le patrimoine²⁰³⁵ est d'autant plus préoccupant que les études publiées sur ce sujet ne peuvent tenir compte qu'imparfaitement d'une forme de transhumance fiscale à laquelle se livrent certains contribuables désireux de céder leurs participations en franchise d'imposition sur les plus-values et à laquelle la future « *exit tax* » tente de remédier.

Une réforme apparaît dès lors nécessaire pour endiguer ce phénomène, mais si le projet de réforme de la fiscalité du patrimoine démontre que le Législateur a conscience des enjeux, le champ du projet de loi de finances rectificative pour 2011 est étriqué puisqu'il se limite à une simple réforme technique. La modification des taux et des règles d'assiette constitue en effet le cœur d'une réforme qui fait peu de cas des problématiques juridiques. Les dispositions intéressant le trust sont à cet égard très marquantes car elles se limitent à doter l'instrument d'un traitement fiscal *sui generis* sans même s'intéresser aux spécificités juridiques de ce mécanisme et notamment à l'opposition entre la propriété juridique et la propriété économique.

Si l'objectif poursuivi par le Gouvernement est louable en son principe,²⁰³⁶ le postulat fondant la réforme est incomplet et il est à déplorer que la réflexion suivie ne soit que fiscale.²⁰³⁷ La multiplicité des pistes de réflexion envisagées depuis la genèse de cette

²⁰³⁴ Il s'agit pour le Conseil des impôts de l'un des facteurs d'expatriation, v. 22^{ème} rapport du Conseil des Impôts, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, 2004, p. 134 s.

²⁰³⁵ PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n° 14, 5 Avril 2007, 368 ; MANIERE Philippe, *ISF : Abolir un impôt coûteux pour la France*, 16 février 2008, Communiqué de l'Institut Montaigne

²⁰³⁶ L'objectif poursuivi par le gouvernement est double. Il vise tout d'abord à esquisser un rapprochement des systèmes fiscaux français et allemands (v. Cour des comptes – Rapport public, *Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, 2 mars 2011 ; AUJEAN Michel, *Présentation du rapport de la Cour des comptes : Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, Les nouvelles fiscales, n°1067, 1^{er} mai 2011, p.24 s.), il vise ensuite à mettre fin à la stigmatisation fiscale frappant les classes sociales élevées : « *A prendre aux riches, vous ne retirerez pas grand profit, car ils ne sont guère nombreux et vous vous priveriez au contraire de toute ressource en risquant de plonger le pays tout entier dans la misère* » Anatole France cité par Christine Lagarde le 3 mars 2011 lors du colloque patrimoine et fiscalité

²⁰³⁷ « *J'ai tendance à considérer que l'ISF n'est pas un impôt bien calibré, qu'il ne s'applique pas sur la bonne assiette, qu'il n'est pas juste et qu'enfin, il a rattrapé toute une partie de nos compatriotes qui, du fait de l'augmentation du prix de l'immobilier, se sont retrouvés taxés parce que la valeur de leur résidence principale avait augmenté.* » : Réponse de Christine Lagarde à Christian Eckert, JO AN débats, 2 mars 2011 ; « *Les contribuables ne comprennent pas pourquoi ils supportent une imposition dont les taux ont été établis à*

réforme est la preuve même de cette regrettable absence de réflexion fondamentale. La diversité des pistes suivies laisse à penser que les acteurs de cette réforme ont de façon lancinante le sentiment que la simple modification du taux et des règles d'assiette ne constitue pas la solution combinant efficacité économique et budgétaire et justice fiscale. La réforme du patrimoine doit être une réforme d'envergure qui doit être non pas seulement une réforme de technique fiscale mais une réforme à la fois fiscale et juridique. En effet, un système fiscal n'est efficace que s'il est cohérent or les réformes en la matière sont ponctuelles et non holistiques. En effet, cette réforme n'est précédée que d'une analyse budgétaire et aucunement civile. Or, il apparaît que compte tenu des enjeux qu'elle sous tend, la fiscalité du patrimoine ne peut faire l'économie d'une analyse civile. A défaut, la fiscalité envisage la propriété de manière partielle et ne tient compte ni des objectifs poursuivis par les parties à l'occasion des opérations auxquelles ils se livrent, ni de la multiplication des utilités que peut procurer un bien à son titulaire. Il est à craindre que l'instrument juridique et fiscal qu'est le droit de propriété ne puisse exprimer la plénitude de ses utilités créatrices de valeur et subisse une confrontation à des systèmes juridiques plus adaptés aux modifications économiques modernes.

Hernando de Soto a démontré que le titre juridique était le premier moteur de développement de toutes les économies en transformant le « *capital mort* » en « *capital vivant* ». ²⁰³⁸ L'enjeu de la réforme du patrimoine apparaît tout aussi important puisqu'il consiste à activer un capital vivant mais peu dynamique en raison du carcan juridique qui l'enserme.

une époque où une obligation d'Etat rapportait 15% sont demeurés inchangés à une époque où une obligation d'Etat rapporte 3,5% », Christine Lagarde, Colloque Fiscalité et Patrimoine, 3 mars 2011

²⁰³⁸ DE SOTO Hernando, *Les mystères du capital*, Flammarion 2005 préc.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, Traités et Manuels

II. Thèses & Mémoires

III. Etudes doctrinales et articles

IV. Jurisprudence

A. *Jurisprudence judiciaire*

B. *Jurisprudence constitutionnelle*

C. *Jurisprudence administrative*

D. *Jurisprudence communautaire, Décisions & Recommandations*

E. *Avis du Comité de l'abus de droit fiscal*

V. Documentation et rapports de l'administration

A. *Documentation française*

B. *Documentation étrangère*

VI. Réponses

VII. Rapports parlementaires, avis et exposés des motifs

VIII. Colloques, Conférences, Tables rondes

IX. Divers

I. Ouvrages généraux, Traités et Manuels

- ATIAS Christian, *Droit civil, Les biens*, Litec 2007
- ANTON MATTEI Paul-Henri & RAYNARD Jacques, *Droit civil – Contrats spéciaux*, Litec 6^{ème} éd, 2008
- AUBRY Charles & RAU Charles, *Droit civil Français – Tome II*, 7^{ème} éd., Librairies Techniques, 1961
- AUBRY Charles & RAU Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Marchal & Billard, 4^{ème} éd., 1873, T. 6
- AUJEAN Michel & LORENZI Jean-Hervé, *Fiscalité et croissance*, PUF, avril 2011
- AULAGNIER Jean, *L'usufruit et la nue-propriété dans la gestion de patrimoine*, Maxima 2001
- BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, p. 146.
- BEAUD Olivier, WACHSMANN Patrick, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, (ouvrage collectif) Presses universitaires de Strasbourg, 1997
- BENABENT Alain, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2004
- BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, 1992
- BERNARD Antoine, *Evaluation des biens*, 11^{ème} éd, Le Moniteur, 2004, p. 169
- BIENVENU Jean-Jacques, *Droit Fiscal*, PUF, 3^{ème} édition, 2003
- BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, 1999
- BONNEAU Thierry & DRUMMOND France, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2005
- BRUNEAU Philippe & CHOUVELON Thierry, *Ingénierie fiscale du patrimoine*, EFE, 2007
- BRUNEAU Philippe, *Fiscalité du patrimoine : un dispositif à bout de souffle*, in *Fiscalité et croissance*, PUF, 2011
- BULLIER Antoine, *La common law*, Dalloz, 2^{ème} édition 2007
- CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2002
- CAPITANT Henri, TERRE François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, t. III Les biens*, PUF, 1^{ère} éd. 1956
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, t III, Les biens*, PUF, 16^{ème} édition, 1995
- CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 1^{ère} édition, 2002
- CICERON, *Correspondance, Lettres à des familiers*, livre VII, lettre 29 de Curius à Cicéron
- CORNU Gérard, *Droit civil – Les personnes, les biens*, Montchrestien, 12^{ème} éd. 2005
- COZIAN Maurice, *Grands principes de la fiscalité des entreprises - L'autonomie et le réalisme du droit fiscal*, Litec, 1983
- COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, 31^{ème} édition, 2008
- COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd, 2010
- DALMAS Bruno & CORNILLEAU Vincent, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec 2007, p.185
- DEMANTE Antoine-Marie, *Cours analytique du Code civil*, Livre II, Plon 1896

- DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911) éd. La Mémoire du Droit, 2001
- DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code Napoléon*, T. IX, 2^{ème} éd. Hachette, 1861
- DELOT Druon, *La fiscalité personnelle des dirigeants d'entreprise*, LGDJ, 2003
- DE SOTO Hernando, *Les mystères du capital*, Flammarion 2005
- DIENER Pascal, *Droit de la défiscalisation dans les DOM-TOM – Réalité et mirages*, Dalloz 1994
- DONALDSON Gordon, *Corporate debt capacity : a study of corporate debt policy and the determination of corporate debt capacity*, Harvard University Division of research, 1961, Beard Books, Washington DC, 2000
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, t. III, 2^{ème} éd., 1913
- DUVERGER Maurice, *Institutions financières*, Thémis, PUF, 3^{ème} éd, 1960
- FERBOS Jacques, *L'impôt sur la fortune et l'évaluation fiscale du patrimoine*, éd. Le Moniteur, 1983
- FERNOUX Pierre, *Gestion Fiscale du Patrimoine, Groupe Revue Fiduciaire*, 13^{ème} éd, 2008
- FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento Pratique - Patrimoine 2007 à 2009*
- FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento Pratique - Fiscal 2007 à 2010*
- FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento Pratique - Sociétés Commerciales 2008 à 2009*
- FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento Pratique - Sociétés civiles 2008 à 2009*
- FRANCIS LEFEBVRE, *Dossiers pratiques - Evaluation*, 5^{ème} éd, 2007
- GAIUS, *Institutes*, Traduites et commentées par Charles Auguste PELLAT, Fain & Thunot, Paris, 1844
- GAUDEMET Paul-Marie, *Finances publiques*, Montchrestien, 1970
- GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2^{ème} édition, 2000
- GENTILHOMME Rémy, *Démembrement de propriété et société civile*, EFE 1997
- GINOSSAR Samuel, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960
- GOUTHIÈRE Bruno, LOPATER Claude, *La fiducie – Mode d'emploi*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd. 2009
- GOUTHIÈRE Bruno, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 7^{ème} éd. 2007
- GRILLET-PONTON Dominique, *La famille et le fisc*, PUF, 1998
- GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976
- GUTMANN Daniel, *Liber amicorum Cyril David*, LGDJ 2005, *Le juge fiscal et la loi étrangère*
- GUYON Yves, *Droit des affaires, T. I, Droit commercial général et sociétés*, Economica, 11^{ème} éd, 2001
- GUYON Yves, *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd, 2002
- HATOUX Bernard, *Lamy - Contrôle fiscal et contentieux*, 2005
- JEMMAR Soufiane, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, L'Harmattan, 2010
- JEZE Gaston, *Théorie générale sur le phénomène financier ; le crédit ; la taxe ; l'impôt*, M. Giard, 1928
- JUILHARD Philippe, *Fiscalité internationale du patrimoine*, EFE, 2008
- KEETON Georges W., *The Law of Trusts*, Pitman & Sons, Londres, 2^{ème} éd. 1937
- LAMORLETTE Thierry & RASSAT Patrick, *Stratégie fiscale internationale*, Maxima, 3^{ème} édition, 1997
- LARROUMET Christian, *Droit civil, T. II, Les biens*, PUF 2004
- LE CANNU Paul & DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd, 2009
- LEPAULLE Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau & Cie, 1932
- LIBCHABER Rémy, *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004
- MACHIAVEL Nicolas, *Le prince*, 1513

- MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Cours de droit civil – Les biens*, Cujas, 2001
- MALAURIE Philippe & AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} éd, 2010
- MALLET-BRICOUT Blandine, *Liber amicorum Christian Larroumet*, LGDJ, 2009
- MANKIW Gregory, *Macroéconomie*, 2^{ème} éd, 2001
- MEHL Lucien, *Science et technique fiscales – Tome I – Eléments de science fiscale*, Thémis, PUF 1^{ère} éd, 1959
- MEHL Lucien, *Science et technique fiscales*, Thémis 1959
- MERLE Philippe, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz 10^{ème} éd, 2005
- MOLIERE, *Le Malade Imaginaire*, 1675
- MONTANIER Jean-Claude & SAMUEL Geoffrey, *Le contrat en droit anglais*, Presses Universitaires de Grenoble, 1999
- MONTESQUIEU Charles, *De l'esprit des lois*, Firmin Didot, Paris, 1867
- MOREL Gervais, *Fiscalité, placements et réductions d'impôt*, CFPB, 2006
- MORETEAU Olivier, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1^{ère} éd, 2000
- MORGENSTERN Patrick, *Initiation à l'intégration fiscale*, Groupe revue fiduciaire, 2^{ème} éd. 2006
- O'CONNELL John, *Encyclopedic dictionary of international management*, Blackwell, Vol. 7, Oxford 1999
- PALOU Jean-Michel, *Les méthodes d'évaluation d'entreprise*, Groupe Revue Fiduciaire, 2003
- PELLAS Jean-Raphaël, *Le principe de sécurité juridique en droit fiscal*, Études en l'honneur de G. Dupuis, Paris, LGDJ, 1997
- PIKETTY Thomas, LANDAIS Camille, SAEZ Emmanuel, *Pour une révolution fiscale – Un impôt sur le revenu pour le XXIème siècle*, Editions du Seuil, Janvier 2011.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, LGDJ, Paris, 11^{ème} éd. 1928
- POTHIER René-Joseph, *Traité du domaine de propriété*, Debure, 1772
- PUVIANI Almicare, *Théorie des illusions financières*, Sandron, Palerme, 1903 ; [*Die Illusionen in der öffentlichen Finanzwirtschaft*](#), Duncker & Humblot, Berlin, 1960.
- RENAULT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, 2004
- REVEY Thierry et ZENATI-CASTAING Frédéric, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd, 2008
- RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951
- RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, « Les biens », 2^{ème} éd. LGDJ, Paris 1952,
- ROBAYE René, *Le droit romain*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2005
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997
- SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, Rousseau, 2^{ème} éd. 1922
- SCHILLER Sophie, *Droit des biens*, Dalloz, 2003
- SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain, Origines et sources – Famille – Biens – Successions*, T. I, Bruylant, 2008
- SMITH Adam, *An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, James Decker 1801
- SUDREAU Pierre, *La réforme de l'entreprise*. La documentation française, 1975
- TERRE François & SIMLER Philippe, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 7^{ème} éd, 2006
- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd, 2002
- TIRARD Jean-Marc, *Taxation of trusts*, IBFD 2010

TIXIER Gilbert, GEST Guy, *Droit fiscal*, LGDJ, 1978

TROTABAS Louis, COTTERET Jean-Marie, *Droit fiscal*, Précis Dalloz, 1973

VEDEL Georges, *Cours de législation financière 1952 – 1953*, Les cours de droit 1953

VERNIMMEN Pierre, QUIRY Pascal, LE FUR Yann, *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2010

VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978

WAHL Albert, *Traité de droit fiscal*, T. II, Paris, Chevalier Mareng, 1906

II. Thèses & Mémoires

- BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Thèse Paris II, 2001
- BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Thèse Paris II, 1999
- BOLLON Nicolas, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit des régimes matrimoniaux et des successions*, Thèse Lyon, 2008
- COHEN Vincent, *L'universalité de droit : une technique renouvelée de gestion de patrimoine*, Mémoire, Paris I, 2009
- DANNENBERGER Frédéric Roger, *Le groupe formé d'une SCI et d'une société commerciale face à l'article 206-I-2 du CGI*, Mémoire, Strasbourg III, 2001
- GAZIN Henri, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse Dijon, 1910
- JEMMAR Soufiane, *L'évaluation en droit fiscal*, Thèse Paris I, 2008
- JOLY Dominique, *L'organisation décentralisée des finances de la République*, Thèse Paris II, novembre 2010
- KNEPPERT Jean, *De la propriété apparente en matière de droits d'enregistrement*, Editions et publications contemporaines Pierre Bossuet, Thèse Paris 1929
- KOURALEVA Polina, *Le démembrement du droit de propriété et le droit fiscal*, Thèse Paris II, 2007
- MELOT Nicolas, *Territorialité et mondialité de l'impôt - Etudes de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Thèse Paris II, 2002
- OUDIN Martin, *L'exécution du contrat en bon père de famille - L'obligation de comportement en droit civil comparé*, Thèse, Paris XI, 2000
- PAERELS Hélène, *Le dépassement de la personnalité moral - Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, Thèse Lille II, 2008
- PIERACCINI Sylvie, *La « propriété temporaire », essai d'analyse des droits de jouissance a temps partagé*, Thèse Toulon, 2008
- PONTES VIEIRA Iure, *La valeur en droit fiscal et douanier*, Thèse Paris II, 2010
- VIANDIER Alain, *Recherches sur la notion d'associé en droit français des sociétés*, Thèse, Paris II, 1976

III. Etudes doctrinales et articles

- ADELLE Jean-François, *L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ?*, Analyses, Revue de droit bancaire et financier, mars – avril 2007, p. 48
- ALLAIS Jean-Luc & DE CREVOISIER Charles, « *Donation Cession* » : *Cherchez l'abus ...*, Journal des sociétés n°48, novembre 2007, p. 35 s.
- ARDILLIER Alain, *Les incidences patrimoniales de l'assurance vie*, Brochure Cridon-Ouest n°60, juin 1996, p. 228
- ARNAUD-EMERY Alexandra, *L'application du bénéfice de l'article 787-B du CGI aux sociétés holding*, JCP N, n°10, 11 mars 2011, 1099
- AULAGNIER Jean, *Analyse critique de l'estimation des droits démembrés de l'article 669 du CGI*, Droit et patrimoine n°129, septembre 2004, p. 88 s.
- AULAGNIER Jean, *Démembrement de propriété : 20 ans d'évolution*, Droit et patrimoine, n°167, février 2008, p.46 s.
- AULAGNIER Jean, *Aspects de droit civil : Evaluation des droits d'usufruit, de quasi-usufruit et de nue-propriété par la méthode d'actualisation des flux futurs*, Droit et Patrimoine, n°76, novembre 1999
- AUJEAN Michel, *Présentation du rapport de la Cour des comptes : Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, Les nouvelles fiscales, n°1067, 1^{er} mai 2011, p.24 s.
- AYNES Laurent, *Démembrement : entre doutes et opportunités*, Droit et patrimoine 2005, n°137
- AYNES Laurent, *La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?*, Recueil Dalloz 2007, p.961
- AYNES Laurent, *Le régime juridique de la fiducie*, RLDC 2009/60, p.67 s.
- BABIN Pierrick, *Présentation de la loi sur l'Entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Les nouvelles fiscales, n°1050, 15 juillet 2010, p. 4 s.
- BAFFOY Gérard, *Transmission d'entreprise à titre gratuit un nouvel obstacle en matière d'ISF*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 21, 21 mai 2004, 1260
- BAFFOY Gérard, *Modes de détention de l'immobilier d'entreprise*, La revue fiscale notariale n°5, mai 2009, étude 7
- BENOIT Guillaume, *La fiscalité des stock-options va s'alourdir encore*, Option finance, n°1085, 12 juillet 2010, p. 4 s.
- BARRIERE François, *Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007 (première partie)*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2007, n°4, p. 440
- BARRIERE François, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2053
- BARRIERE François, *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, JCP E 2008, n° 35, act. 385
- BARRIERE François, *La fiducie-sûreté*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 42, 16 Octobre 2009, 1291

- BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil – Approche juridique et fiscale*, Academy & Finance SA, Genève, 2006, n°34 s.
- BERGER Vincent, *La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme et le droit fiscal*, Revue de droit fiscal, n°24, 17 juin 2010, p. 11 s.
- BERLIOZ Pierre, *Le décret précisant les modalités de déclaration d'existence de la fiducie est paru*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 18 Mai 2007, act. 387
- BERTIN Pierre, *L'EURL sur les terres de l'EURL*, Les nouvelles fiscales, n°1047, 1^{er} juin 2010, p.3
- BERTREL Jean-Pierre, *Les pactes entre la holding de reprise et la « cible » dans un LBO*, Droit et Patrimoine, n°186, novembre 2009, p.80
- BISSY Arnaud (de), *Aspects fiscaux de la fiducie - Loi du 19 février 2007*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 17, 27 Avril 2007, 1165 &JCP E 2007, 1516
- BLANCHER René, *La notion de revenu en droit fiscal*, Dalloz 1960, Chron. p. 142
- BLANLUET Gauthier & LE GALL Jean-Pierre, *Biens détenus dans un trust : inclusion dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune si le constituant peut être considéré comme ayant un droit de jouissance et de disposition*, Droit fiscal n°24, 11 juin 2009, comm. 365
- BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre, *Le trust au pied du mur*, JCP Entreprises et Affaires, n°36, 8 septembre 2005, 1297, p. 1447 s.
- BLANLUET Gauthier & LE GALL Jean-Pierre, *La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 7 Septembre 2007, 1241
- BLANLUET Gauthier, *Trusts & Fiducie : concurrents ou compléments – Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 347 s.
- BONDUELLE Patrice & TERRIER Jérôme, *ISF : L'Administration précise les conditions applicables aux "pactes Dutreil"*, JCP E, n° 23, 3 juin 2004, 828
- BONDUELLE Patrice & TERRIER Jérôme, *Associés et actionnaires : engagez-vous !* : JCP E 2003, n°45, 6 novembre 2003, 1587.
- BOUCHARD Jean-Christophe, *Apport-cession : abus ou bon usage des liquidités reçues ?*, Option finance, n°1098, 2 novembre 2010, p. 31
- BOUDOT Michel, *L'image du « démembrement » dans la doctrine française* Revue « jurisprudence – revue critique », éd. Université de Savoie, mars 2010.
- BREUIL Sophie, *Transmission intrafamiliale d'entreprise - Fenêtre d'opportunité éphémère ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 3, mars 2011, étude 5
- CANTIN CUMYN Madeleine, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – La fiducie du Québec, un modèle imitable ?*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 85 s.
- CAPPALAERE Jean-Jacques, *Translucidité fiscale ou transparence fiscale ; l'épreuve du droit conventionnel*, Revue Banque, n°672 Septembre 2005, p. 88 s.
- CARPON Muriel & MICOLAU Guillaume, *Cadres et dirigeants : la France de plus en plus attractive*, La revue fiscale notariale n°11, novembre 2008, étude 17
- CASTAGNE Suzel, *L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété* : JCP N 1997, n° 19-20, p. 691 s.

- CASTERAN Bruno, *L'externalisation de l'immobilier d'exploitation : Benchmarking stratégique et fiscal*, Cahier de droit de l'entreprise n°3, mai 2008, 31
- CENAC Pierre, *Investissement immobilier en nue-propriété : quelle fiscalité ?*, La semaine juridique notariale et immobilière n°37, 12 septembre 2008, 1283
- CENAC Pierre et CASTERAN Bruno, *La fiducie avant la fiducie - Le cas du droit patrimonial de la famille*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 26, 26 juin 2009, 1218
- CERLES Alain, *Constituant personne physique*, Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, comm. 60
- CHAMBAZ Laurent, *Le mandat posthume, le trust et la fiducie*, Lamy Droit Civil, décembre 2006, suppl. au n°33, p. 11
- CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique*, RTD Com. 2007 p. 734
- CHARLIN Jacques, *Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara . - À propos de la finance islamique*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 38, 18 Septembre 2009, 1270
- CHATAIN Lise, *Blanchiment de capitaux : À la recherche du bénéficiaire effectif*, JCP E, n°9, 2 mars 2006, 1328
- CHAULIN Vincent, *Retour sur la transparence fiscale des sociétés de personnes françaises*, Revue de droit fiscal 2004, n°4, p. 192 s.
- CHOISNE Jean-Paul & JULIEN SAINT-AMAND Pascal, *Réserve de jouissance et revenus fonciers*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°11, 17 mars 2000, p.486
- CLEMENT Valentine, *L'EIRL sonne le glas du principe de l'unicité du patrimoine*, AGEFI actifs, 26 février 2010
- COQUELET Marie-Laure, *Conditions de la fictivité d'une société constituée par apport en nue-propriété avant donation*, Droit des sociétés n° 4, Avril 2009, comm. 66
- CORNILLEAU Vincent, *Associés usufruitiers, mettre en réserve n'est pas donner*, La revue fiscale notariale, n°5, mai 2009, 4
- COSIMI Frédéric, LOYER Frédéric, *L'apport cession dans la stratégie patrimoniale et sociale*, Gestion de fortune, n°213, mars 2011, p. 58 s.
- COUDERC Hervé-Antoine, SALIGNON Grégoire, *Trusts : attention aux conséquences fiscales en cas de résidence en France – 1^{ère} partie*, Option finance, n°621, décembre 2000, p. 22
- COZIAN Maurice, *Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?*, JCP E, 1994, I, 374
- COZIAN Maurice, *Variations fiscales sur le prix de vente ou l'art de contester le prix déclaré*, JCP N, 1994, n°48, chronique n°406
- COZIAN Maurice & PEIGNELIN Anne-Sophie, *Un sac d'embrouilles : le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu*, Droit Fiscal 1994, n°5, p. 205 s.
- COZIAN Maurice, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, Les petites affiches, 24 janvier 1996, n°11, p.5 s.
- COZIAN Maurice, *Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 9, Septembre 2006, Alerte 35

- CROCQ Pierre, *L'étrange refus de cession de créance de droit commun à titre de garantie*, RTD Civ 2007, p. 160
- CROCQ Pierre, *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?*, Recueil Dalloz, 20 mars 2009, p716
- DAMMANN Reinhard & PODEUR Gilles, *Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu*, Dalloz 2007, p. 319.
- DAIGRE Jean-Jacques, *Tribunal de commerce de Paris, 12 janvier 2004, SA LVMH c/ Sté Morgan Stanley. Le sens d'une histoire*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°7, 12 mars 2005, act. 33
- DAURIAC Isabelle et GRARE-DIDIER Clothilde, *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille*, Répertoire du notariat Defrénois, 15 avril 2010 n°7, p. 819 s.
- DAVAIN Jean-Louis, *Le régime spécial d'imposition des cadres et dirigeants étrangers*, Kluwer, Bruxelles, juin 2003, p. 221s
- DAVAIN Jean-Louis, MERLA Corinne, ECTORS Diane, *Pensions complémentaires et mobilité internationale : le point sur la question*, Kluwer, 2006
- DEBOISSY Florence, *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux*, JCP E, 2004, 1290
- DELAS Patrick, *Le risque de double imposition de la donation avec réserve d'usufruit d'un immeuble détenu par des britanniques*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°29, 17 juillet 2009, 1242
- DELORY Christian et FRULEUX François, *Les effets induits du nouveau barème d'évaluation forfaitaire de l'usufruit*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°50, 10 décembre 2004, 1599
- DELAUNAY Benoît, *Prise en compte des placements financiers en France pour la définition du domicile fiscal*, JCP E n° 18, 30 Avril 2009, 1465
- DELPECH Xavier, *Pas de consécration générale de la cession de créance à titre de garantie*, Dalloz 2007, p. 76 s.
- DELZANNO Clémentine, *Des avocats et des notaires en mode EIRL ?*, Droit & Patrimoine, n°201 mars2011, p. 16
- DEPOND Axel & BERIAL Sami, *Réponse Bacquet : l'administration fiscale prise à son propre piège !*, Bulletin du patrimoine n°1/11, inf.6, p. 27
- DERGATCHEFF Claire, *Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2060
- DOUET Frédéric, *Présentation de la loi instituant la fiducie*, Droit de la famille n° 6, Juin 2007, ét.26
- DERRUPE Jean, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts et actions*, Defrénois, 1994, p. 1137
- DESCHEEMAER Eric, *La question de la fusion de la common law et de l'equity en droit anglais*, Revue juridique Thémis, Montréal, 2007, n°41, p.640
- DIEU Frédéric, *Des nouvelles du domicile fiscal . - À propos de quelques décisions récentes du Conseil d'État relatives aux notions de foyer et de centre des intérêts économiques*, Dr. Fisc. n° 23, 10 Juin 2010, 358
- DIEU Frédéric, *L'imposition « anti-célébrités » définitivement confortée par le Conseil constitutionnel ?*, Dr. fisc. n° 6, 10 février 2011, comm. 209
- DOUVIER Pierre-Jean, *Le régime des stock-options dans les relations transfrontalières*, 2^{ème} partie, BF 1/02, n°93 s.

- DROZ Georges, *De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust*, RCDIP, 1996, p. 692
- DUBUISSON Étienne, *Projet de loi relatif à l'EIRL . - Comprendre la technique et les enjeux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°8, 26 février 2010, 1115
- DUCELLIER Christophe, *Vers une remise en cause des SCI nues-propriétaires ? Les arrêts Saunier et Wurstemberger*, Droit & Patrimoine n°201, mars 2011, p. 36 s.
- DUCELLIER Christophe, *Le régime fiscal de la transmission d'entreprise*, Les Nouvelles Fiscales, 1^{er} mars 2004, n°909, p. 20 s.
- DUCHENE Jean-François & EPSTEIN Marc, *Abus de droit : fictivité d'une SCI qui ne peut remplir son objet social faute de moyens financiers*, La semaine juridique Entreprise et Affaires n° 19, 7 mai 2009, 1500 ; JCP I, n° 24, 12 Juin 2009, 1205
- DUHEM Jacques, *Donation d'entreprise et rescrit fiscal : l'Administration propose un traitement préventif*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 19, 8 Mai 1998, p. 715
- DUPICHOT Philippe, *Opération fiducie sur le sol français*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 22 Mars 2007, act. 134
- DUPICHOT Philippe, *La fiducie-sûreté en pleine lumière - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 1er Avril 2009, I 132
- DWARKA Ahsvin, MICHEL Frédéric, *Trust et (in) transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, Gazette du Palais, 11 mai 2000, p. 18
- ERARD Bruno, *Stock options : vers l'âge de raison ou chronique d'une mort annoncée ?*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2010, dossier 28
- FAUCHER Daniel, *Optimisation fiscale : donation d'un patrimoine à forte plus-value avant sa cession*, JCP N n°2000, p. 1081.
- FAUCHER Daniel, *Chronique de fiscalité du patrimoine – avril 2009*, Lexbase hebdo n°346, 16 avril 2009
- FELTEN Bernard, *La fiscalité des investissements immobiliers en France au départ du Grand-duché de Luxembourg*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 3 Octobre 2008, 1302
- FERNOUX Pierre, *Stratégie d'immobilier d'entreprise fondées sur la transmission de la nue-propriété d'un immeuble – 2 – Aspects fiscaux*, La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°31, 31 juillet 2003, 1156
- FERNOUX Pierre, *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, Droit fiscal n°23, 5 juin 2008, comm. 358
- FERNOUX Pierre, *Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes*, BF Francis Lefebvre, avril 1999, p. 190 s.
- FERNOUX Pierre, *Monsieur le juge, persistez ... l'usufruit est un bien amortissable*, Bulletin Francis Lefebvre, février 1998, p. 77
- FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : contribuables ... résistez*, Droit et Patrimoine, n°60, mai 1998, p. 29 s.
- FERNOUX Pierre, *Contribuables, continuez la résistance*, Droit et Patrimoine, avril 2001, p.33
- FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance !* La semaine juridique notariale et immobilière, n°22, 1^{er} juin 2001, p. 978 ;

- FERNOUX Pierre & MATEU Jean-Marc, *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts : c'est possible !* La semaine juridique notariale et immobilière n°49, 5 décembre 2002, 1762
- FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°28, 13 juillet 2007, 1216
- FERNOUX Pierre, *SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap...*, La Revue Fiscale Notariale n° 7, Juillet 2008, étude 11
- FERNOUX Pierre, *Abus de droit : revisitons le passé à l'aune de la nouvelle définition*, JCP N n°50, 17 décembre 2010, n°1380, p. 43 s.
- FERRY Claude, « *Défaisance économique* » et fiducie, JCP E n° 6, 7 février 1991, 23
- FOUQUET Olivier, *La rétroactivité des lois fiscales*, La revue administrative, 1994, p. 142
- FOUQUET Olivier, *Complexité et instabilité de la loi fiscale, Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité*, Liber Amicorum Cyrille David, Paris, LGDJ, 2005, p. 8.
- FOUQUET Olivier, *Les clauses anti-abus à l'épreuve des conventions fiscales bilatérales*, RTD Com. 2008 p. 439
- FOUQUET Olivier & CHARPENTIER Catherine, *LBO et abus de droit*, Dr. fisc. n°15, 14 avril 2011, comm. 304
- FOURRIQUES Michel, *Le régime fiscal des non-résidents*, Petites affiches, 14 février 2008, n° 33, p.7
- FRAISSINIER-AMIOT Virginie, *Les entreprises face à l'insécurité juridique en matière fiscale : état des lieux (Ire partie) - Une norme fiscale source d'insécurité juridique pour les entreprises*, Les nouvelles fiscales n°1064 15 mars 2011, p. 17 s.
- FREMINET Patrick (de), *Revue historique du régime des options de souscription ou d'achat d'actions et des attributions gratuites d'actions*, Dr. Fisc. n°16, 22 avril 2010, 281
- GAUDEMMENT Paul-Marie, RIDC, 1984, Vol. 36, n°2, p. 431 s
- GARÇON Jean Pierre, *L'autonomie fiscale des patrimoines privés et professionnels*, JCP N, 1999, p. 510
- GARÇON Jean Pierre, *L'apport démembré d'un bien suivi d'une donation de titres ne constitue pas forcément un abus de droit*, Bull. Joly Sociétés, juillet 2008, p. 621 s.
- GARÇON Jean-Pierre, *En présence d'un démembrement de titres, l'affectation répétée des bénéficiaires en réserve peut-elle constituer une donation indirecte ?*, La semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°20, 15 mai 2009, 1711
- GENTILHOMME Rémy, *Affectation des résultats et distribution de dividendes dans les sociétés à capital démembré*, Droit fiscal n°12, 19 mars 2009, comm. 252, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°28, 10 juillet 2009, 1325
- GENTILHOMME Rémy & LERAY Gwénaëlle, *Réalité de l'intention libérale et abus de droit*, Droit et patrimoine, n°118, septembre 2003
- GICQUEL Eric, *Les prépondérances immobilières*, Droit fiscal n° 50, 15 Décembre 2005, 44
- GINTER Eric, *Objet de la donation régulière permettant d'éviter la présomption de fictivité du démembrement de propriété posée par l'article 751 du Code général des impôts*, Droit fiscal, n°26, 28 juin 2007, comm. 683.
- GINTER Eric, *Don't trust me*, Option Finance, n°1026, 27 avril 2009, p. 34

- GIRAY Michel, *La transmission de l'entreprise familiale aspects juridiques et fiscaux*, *Revue de droit civil*, 2004/37, p. 54
- GIRAY Michel, *Barèmes de l'usufruit et de la nue-propriété, la difficile cohabitation des articles 669 et 762 du CGI*, *JCP N* 2006, n°29
- GLADEL Vincent, *Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *Recueil Dalloz* 2010 p. 560
- GOLDSMITH Jean-Claude, *Quel statut fiscal pour la fiducie : à propos du récent projet de l'administration*, *Revue Banque* n°518, juillet-août 1991, p.725 à 731
- GOLDSWORTH John, *Exculpation: a Trustee's Last Hope*, Oxford University Press – Trust & Trustees, octobre 1997, Vol. 3, issue 10, p.24 s.
- GOUYET Rémi, *Clauses de variation de prix et fiscalité des sociétés civiles procédant à la location d'immeubles nus*, *JCP N* n° 37, 14 septembre 2001, p. 1351
- GRANIER Albert, *Le contrôle fiscal des valeurs vénales*, *Droit et patrimoine*, septembre 1995, n°30, p. 30
- GRIMALDI Cyril, *L'acceptation de l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie*, *Répertoire du notariat Defrénois*, n°15, septembre 2008, p.1645-1655
- GROSCLAUDE Jacques, *Une extension de la notion de revenus : l'imposition des plus-values*, *JCP* 1966, I, 1986
- HADZIMA Joseph G. Jr., *Subchapter S : Some Myths, Realities and Practical Considerations*, *Boston Business Journal*, MIT Sloan Management
- HAGELSTEEN Marie-Dominique, *La « translucidité » fiscale des sociétés de personnes*, *Revue de droit fiscal* 1978, n°4, p. 106 s.
- HATOUX Bernard, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : L'optimisation fiscale selon le juge judiciaire : tolérance ou liberté ?*, *Lamy optimisation fiscale de l'entreprise*, étude n°101, mai 2002
- HATOUX Bernard, *Les affres de la qualification d'un trust ou De Charybde en Scylla...RJF 10/07*, p. 813 ; Note sous Cass. Com. 15 mai 2007 n° 05-18.268
- HAZAN Sandra, *Fiducie à la française*, *Option finance*, 23 avril 2007, n°929, p. 37 s.
- HAZAN Sandra & MELAYE Maïté, *Quelle efficacité pour les clauses d'échanges de renseignements*, *Option Finance*, n°1104/1105, 13 décembre 2010, p. 39 s.
- HOHL Bertrand, *Une seule fiducie, ça suffit !*, *Gazette du Palais*, 4 juin 2005 n°155, p. 2
- HOHL Bertrand, *Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 36, 6 Septembre 2007, 2052
- HOHL Bertrand, LETELLIER Hugues, *Où les juges tirent les conséquences en matière d'ISF d'un trust discrétionnaire constitué aux Etats-Unis*, *Lamy Personne et Famille*, décembre 2004, n°12 ; p. 27 s.
- HOVASSE Henri, GENTILHOMME Rémi, DESLANDES Michel, *Restructurations de sociétés et droit patrimonial de la famille*, *Dr. soc.* Septembre - octobre 2002
- HOVASSE Henri, *Mise en réserve des bénéficiaires et donation indirecte*, *La Semaine Juridique Entreprise & Affaires*, n°20, 15 mai 2008, 1647
- HOVASSE Henri, *Usufruit de droits sociaux : mise en réserve des bénéficiaires et donation indirecte*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°12, 19 mars 2009, 1287

- IWANESKO Marc, *Le portefeuille de valeurs mobilières démembré*, Bulletin du patrimoine n°2/11, inf 100, p. 11
- JAFFAY, *Peut-on débarrasser l'article 751 du Code général des impôts de sa mauvaise réputation ?*, JCP N 1998, n°22, p. 860
- JAILLAIS Luc, *Le trust de l'oncle d'Amérique, l'ISF et le juge de l'impôt*, Droit et patrimoine, n°131, novembre 2004, p. 22
- JAILLAIS Luc & DE SAINT CHAFFRAY Olivier, *Opérations « d'apport-cession » : ite missa est ?*, Option finance, n°1097, 25 octobre 2010, p. 24 s.
- KAN-BALIVET Béatrice, *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, N°185
- KOPP Pierre & PRUD'HOMME Rémy, *Le coût fiscal des allègements fiscaux pour JEM18*, juin 2002
- KOURALEVA Polina, *L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?*, Petites affiches, 19 juin 2009, n°122, p.6
- LAITHIER Yves-Marie, *Le rejet en droit commun de la cession fiduciaire de créance*, Revue des Contrats n°2 – 2007, p. 273
- LAMULLE Thierry, *Domicile fiscal : le critère du centre des intérêts économiques s'apprécie au regard des revenus et non de la seule existence d'un patrimoine*, Dr. Fisc. n° 23, 10 Juin 2010, comm. 365
- LARROUMET Christian, *La fiducie inspirée du trust*, Dalloz 1990
- LARROUMET Christian, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, in dossier « La fiducie », Dalloz 2007, 135
- LARROUMET Christian, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie*, Dalloz 2007, p. 344 s.
- LASSUS Stéphane (de), *Le jeu des engagements « Dutreil » et la réforme des successions*, JCP N, n°38, 22 septembre 2006, 1306).
- LAZIMI Vincent & DHONNEUR Rémi, *La France : paradis fiscal des non résidents ?*, Gestion de fortune, janvier 2009
- LEDAN Jessica, *La contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombe constitue-t-elle une donation indirecte au profit des autres associés ?*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°46, 13 novembre 2009, 1312
- LE GALL Jean-Pierre, *Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie*, JCP E, 1991, I. 40, n°6
- LE GALL Jean-Pierre, *Le concept de la fiducie dans le projet de loi sur la fiducie*, Gazette du Palais 1^{er} juillet 1992, p.1
- LE GALL Jean-Pierre, *L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?*; Dr. fisc. 2000, n°15, p. 621 s.
- LE GALL Jean-Pierre, *Assujettissement à l'ISF d'une créance de revenus*, RTD Com. 2006 p. 503
- LE GALL Jean-Pierre, *Du bon usage du trust dans le droit patrimonial des affaires*, RTD Com. 2006, p. 230
- LEGEAIS Dominique, *Cession de créance à titre de garantie*, RTD Com 2007, p. 217.
- LEGEAIS Dominique, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance*, JCP G n° 16, 18 avril 2007, comm. 10067
- LEGEAIS Dominique, *Fiducie. Suite et... peut-être fin !*, RTD Com. 2009 p. 606
- LE GRAND DE BELLEROCHE Diane, *Vers une reconnaissance des trusts successoraux valablement créés à l'étranger*, Lamy Droit Civil, mars 2006, n°25 p. 72

- LE GRAND DE BELLEROCHE Diane, *Trust et impôt sur la fortune : l'arrêt d'Elbée*, Lamy droit civil, n°64, octobre 2009, p. 53 s.
- LEGRAS Claire, *LBO et abus de droit*, note sous CE 27 janvier 2011 n° 320313, *Bourdon*, FR 13/11 inf. 10, p. 13
- LEPAULLE Pierre, *Civil Law Substitutes for Trusts*, Yale L.J. 1927, 1126
- LEQUETTE Yves, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, Recueil Dalloz 1996, p. 231
- LEROND Sylvie, JAILLAIS Luc, DUMONT Grégory, *Démembrement des parts sociales de société civile : quel traitement civil et fiscal ?*, *Option Finance*, 16 mars 2009
- LEROYER Anne-Marie, *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, RTD Civ.2009, p.381
- LIBCHABER Rémy, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, *Defrénois* 2000, p. 149
- LIBCHABER Rémy, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19février 2007 – 1^{ère} partie*, *Defrénois*, 30 août 2007, n°15, p.1094
- LIBCHABER Rémy, *Trust & Impôt de solidarité sur la fortune*, *Bull. Joly Sociétés*, Octobre 2009, p. 873 s. note sous Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20219
- LIENHARD Alain, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation*, Recueil Dalloz 2010 p. 252
- LIENHARD ALAIN, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : adoption du projet de loi par les sénateurs*, Dalloz 12 avril 2010
- LOUVEAU Jean-Paul & JOSSO Samuel, *Le statut fiscal du nu-propriétaire : Mythe et réalité*, *Droit fiscal* n°14, 2 avril 2009, 260
- LUBIN Jean-Jacques, *Dispositif Dutreil : la gestion fiscale des engagements collectifs de conservation*, *La Revue Fiscale Notariale* n°11, novembre 2008, 8
- LUBIN Jean-Jacques, *ISF : imposition des titres et liquidités excédant les besoins de l'entreprise*, *Lexbase hebdo*, *Chronique de fiscalité du patrimoine*, Mai 2011
- MAÏA Jean, *Le passage au régime fiscal des sociétés de personnes – Du risque d'entrer dans un sac d'embrouilles*, *RJF* 11/00, p. 766 s.
- MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *La taxe de 3 % et l'Espace économique européen : quel scénario pour le « spin off » de l'affaire Elisa ?*, *Droit fiscal* n° 17, 23 Avril 2009, comm. 292
- MAILLEY Bernard, *Usufruit, nue-propriété et viager : L'actualité juridique. Propriété immobilière*, 10 avril 1985, p. 199
- MALAUURIE Philippe, *La réforme des successions et des libéralités*, *Répertoire Defrénois* 2006, art. 38482, p. 1719 s.
- MALAUURIE Philippe, *Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux*, *JCP N*, n°50, 17 décembre 2010, p. 6 s.
- MALLET BRICOURT Blandine & REBOUL-MAUPIN Nadège, *Vice d'équivoque et preuve de la propriété*, Recueil Dalloz 2006, p. 2363
- MALLET-BRICOUT Blandine, *Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?*, *Droit & Patrimoine*, octobre 2009, n°185

- MARDIERE Christophe (de la), *Compatibilité avec le droit communautaire de l'article 155 A du CGI*, Dr. fisc. n°27, 2 juillet 2009, comm. 397
- MARINI Philippe, *La fiducie, enfin !*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 Septembre 2007, 2050
- MARINI Philippe, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : Comment réduire le besoin d'optimisation fiscale*, in Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, étude n°105, mai 2002
- MAUBLANC Jean-Pierre, *Modalités d'évaluation de demeures historiques présentant un caractère exceptionnel*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°19, 9 mai 2008, 1201, La revue fiscale notariale n°5, mai 2008, comm.68
- MAUBLANC Jean-Pierre, *Le contribuable peut-il tenir en échec le caractère confiscatoire de l'ISF ?*, AJDI 2005, p. 823
- MEIER Eric, TORLET Régis, *Requalification d'un contrat constitutif d'une fraude à la convention fiscale franco-britannique*, La Semaine Juridique – Entreprise, 3 mai 2007
- MOFFAT Graham BEAN Gerry, DEWAR John, *Trust Law : text and materials*, Cambridge University Press, 4^{ème} éd. 2005, p.3
- MONÉGER Joël, *Expertise immobilière : libres propos sur la recherche de références*, AJDI 2002, p.280
- MORISSON-COUDERC Georges, MATHIOTTE William, ASSELIN DE WILLIENCOURT Augustin, *Stock-options: une lente agonie*, Les nouvelles fiscales n°1020, 15 mars 2009, p.23 s
- MORISSON-COUDERC Georges & MATHIOTTE William, *Stock-options et attributions gratuites d'actions : un durcissement sensible des règles du jeu*, Les nouvelles fiscales n°999, 1^{er} avril 2008, p. 20s.
- MORTIER Renaud, *Notion de société fictive*, Dr. Sociétés 2007, n°10, comm. 174
- MORTIER Renaud, *Usufruitier de parts : mettre en réserve n'est pas donner au nu-propriétaire*, Droit des sociétés n°6, juin 2008, comm. 123
- MORTIER Renaud, *Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque ! . - À propos de Cass. Com., 26 mars 2008; Cass. com., 20 mai 2008*, JCP N, n° 28, 11 Juillet 2008, 1239
- MORTIER Renaud, *La modernisation du droit des sociétés*, JCP N, n° 39, 26 septembre 2008, 1296
- MORTIER Renaud, *Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation – Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif*, La revue fiscale notariale, n°2, Février 2009, étude 2
- MORTIER Renaud, *Pour la Cour de cassation aussi, mettre en réserve n'est pas donner*, Droit des sociétés, n°4, avril 2009, comm 71
- MORTIER Renaud & KERAMBRUN Yann, *Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul !*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°37, 11 septembre 2009, 1264
- MORTIER Renaud, *1990-2010 : les dates clés des stratégies de démembrement de propriété*, La Revue Fiscale Notariale n°10, octobre 2010, dossier 3
- MORTIER Renaud, *Les mutations de l'EIRL*, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 72 s.
- MOTULSKY Henri, *De l'impossibilité de constituer un trust selon la loi française*, Rev. Crit. DIP 1948, p. 451 ;
- MOUCHEROUD Dimitri & TERLY Pélagie, *Démembrement de propriété : la cure de jouvence d'une technique classique*, AGEFI actifs, 4 / 10 juillet 2008, p. 8 à 11

- MOUSSERON Pierre, *Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux*, RJDA 3/06, p. 199. s.
- NEAU-LEDUC Philippe, *Trusts, la valeur des titres confiés à un trust américain est soumise à l'ISF lorsque le constituant conserve le droit de jouir et de disposer des titres*, RDC, Octobre 2009, p. 1534 s.
- NEGRIN Olivier, *Une légende fiscale : la définition de l'impôt de Gaston Jèze*, RDP n°1-2009, p.139 s.
- NOTTE Gérard, *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 12 Février 2009, act. 74
- NOTTE Gérard, *EIRL : adoption du projet de loi par le Sénat*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 15 Avril 2010, act. 196
- NUSSENBAUM Maurice, *Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité*, in La prise de contrôle, RJ com. 1998, n°spéc. Nov. p. 15
- OLIVIE Jacques, *L'estimation des immeubles et l'expert immobilier* AJDI 1994, p.918
- PALAN Ronen, *Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'Etat*, L'économie politique n°15, juillet 2002, p.79 s.
- PANDO Annabelle, *Les avocats s'estiment compétents pour procéder à des évaluations à des fins fiscales*, Les Petites Affiches, 9 janvier 2008 n° 7, p. 3
- PANDO Annabelle, *La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques*, Les petites affiches, 23 janvier 2009 n°17, p. 3
- PANDO Annabelle, *Bercy s'en prend au trust ! - Entretien avec Me François Tripet*, Petites affiches, 25 avril 2008 n°84, p. 4
- PANICO Paolo, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – Régime fiscal des trusts et fiducies en Italie*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 201
- PAPANDREOU-DETERVILLE Marie-France, *Droit des trusts et droit des biens*, Lamy Droit Civil, n°25, mars 2006, p. 57 s.
- PATARIN Jean, *Assimilation d'un trust à une donation indirecte*, RTD Civ. 1996, p. 454
- PATARIN Jean, *Détermination du rang de réduction des libéralités résultant d'un trust*, RTD Civ. 1999, p. 682
- PAYS Bruno, *Investissements immobiliers transfrontières : un environnement juridique et fiscal complexe*, Annales des loyers août - septembre 2010, n°8-9, p. 2207 s.
- PERRINET-MARQUET Hughes, JCP G 2009, I, 127, n°9
- PERRINET-MARQUET Hugues, *Droit des biens*, JCP G, n°43, 24 octobre 2005, I – 181
- PERROTIN Frédérique, *La Cour de cassation a conclu, de façon inédite, à la fraude fiscale pour une sous évaluation en matière d'ISF*, Petites affiches, 28 septembre 2010, n°193, p. 4 s.
- PERROTIN Frédérique, *ISF, bouclier fiscal: les expatriations au cœur du débat fiscal*, Petites affiches, 8 novembre 2010 - n°222, p. 3 s.
- PICHARD Hervé & PICHARD Bruno, *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E, n°16, 17 avril 2008, 1534
- PICHET Éric, *Les conséquences économiques de l'impôt sur la fortune*, Droit fiscal n° 14, 5 Avril 2007, 368
- PIEDELIEVRE Stéphane, *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal. 26 mai 2007, n°146, p. 2

- PIERRE Jean-Luc, *Imposition des associés d'une société fiscalement translucide*, Droit des sociétés n°12, décembre 2007, comm. 229
- PIERRE Jean-Luc, *Assujettissement à l'impôt de solidarité sur la fortune du constituant et du bénéficiaire d'un trust*, Droit des sociétés n°6, juin 2009, comm. 130, p.42 s.
- PILLEBOUT Jean-François, *Fatal dessous de table*, Revue fiscale notariale, n°4, avril 2010, p. 1
- PINEAU Pascal, *Praslicka : contours... et détours – Ou le sort civil et fiscal du contrat non dénoué*, Droit et Patrimoine n°179, mars 2009, p. 46 s.
- POIRIER Marie-Hélène, *Quelle est la fiscalité applicable aux non-résidents ?*, AGEFI Actifs, n°299, 27 avril – 3 mai 2007, p. POIRIER Roland, *Détermination de la valeur vénale de titres à l'aide du barème de l'article 762 du CGI*, La Revue Fiscale Notariale n° 5, Mai 2010, comm. 50
- POIRIER Roland, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, Dr. fisc. n°45, 11 novembre 2010, comm. 553
- POITRINAL François-Denis, *L'usufruit réservé par une personne morale*, Droit et Patrimoine, octobre 1996, p.46
- PRATS Jacques, *Trusts et patrimoine professionnel : amélioration des fonds propres et défaisance*, Droit et patrimoine n°132, décembre 2004, p. 66 s.
- PRATS Jacques, *Trusts d'entreprises et optimisation fiscale*, Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, Lamy 2006, Etude n°449
- PRIEUR Jean, SCHILLER Sophie, REVET Thierry & MORTIER Renaud, *L'usufruit de droits sociaux - Quelle place pour la liberté contractuelle ?*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, 11 Juin 2010, 1221
- PRIOL Jean-Marc & SCHIELE Pascal, *L'ISF, une infortune !*, LPA 13 février 2003, p. 7 s.
- QUILICI Sandrine, *ISF et biens démembrés : le nu-proprétaire est un propriétaire comme les autres*, Droit fiscal n°23, 4 juin 2009, comm. 358, p.31 et s. ; La revue fiscale notariale, Juin 2009, p. 27 et s.
- QUILICI Sandrine, *ISF et caractère confiscatoire : choix de gestion n'est pas raison !*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°42, 15 octobre 2009, 1985
- QUILICI Sandrine, *Le casse-tête du contentieux de l'évaluation*, Droit fiscal n°28, 15 juillet 2010, p. 22 s.
- RACINE Pierre-François, *Réflexions sur la notion de revenu*, Bulletin fiscal Francis Lefebvre, février 1984, p. 67 s.
- RACINE Pierre-François, *Libres propos sur l'optimisation fiscale : Le regard du magistrat administratif*, in Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, étude n°103, mai 2002
- RACINE Jean-Baptiste, *La notion de prix en droit contemporain des contrats*, Revue internationale de droit économique, 1/1991, p.77.
- RAYNOUARD Arnaud, *Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, JCP N n° 24, 12 juin 2009, 439
- RAYNOUARD Arnaud, *Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 3, 22 Janvier 2010, 1014
- REJET Thierry, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et Patrimoine, mars 2004

- REVET Thiery, *Rapport introductif du Colloque de la FNDP et du centre de droit de la concurrence, L'EIRL* : « La nouvelle donne pour l'entrepreneur », Université de Perpignan, 26 novembre 2010, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 44 s.
- RIBEYRE Marie-Anne, in *Trusts : Quelles perspectives pour l'optimisation patrimoniale ?*, Droit & Patrimoine, n°132, décembre 2004, p. 59
- ROCHFELD Judith, *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, RTD Civ. 2007 p. 412
- RODRIGUEZ-AZUERO Sergio, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 107 s.
- RONTCHEVSKY Christophe & TOUTTEE Jean, *Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question*, Feuillet Rapide Fiscal Social n° 14/11, n°20
- ROUSSEL Frédéric, LARCHER Marie-Christine, HOAREAU Olivier et DOBIGNY Anne, *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, JCP N, n° 37, 12 Septembre 2008, 1282
- ROUSSEL Frédéric et MROZ Hubert, *Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009 . - L'émergence d'un véritable « LBO familial » au service des PME et des ETI*, JCP N, n°10, 6 mars 2009, 1108
- ROUSSEL Frédéric, *Un statut juridique et fiscal pour l'entrepreneur individuel : enfin !*, Droit & Patrimoine, février 2010, n°189
- SAÏAC Julien, *La nouvelle politique de la France à l'égard des paradis fiscaux*, Option Finance, 1^{er} mars 2010
- SAINT-ÉTIENNE Christian & LE CAHEUX Jacques, *Croissance équitable et concurrence fiscale : Conseil d'analyse économique*, La Documentation française. Paris, 2005, p. 48
- SAINT-ETIENNE Christian, *Quelle réforme fiscale pour la France ? - Note pour l'Institut Montaigne*, 8 Mars 2011
- SALAÛN Yvon, *IFRS et droit*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2005, n°4, p.449
- SALVADOR Olivier, *Démembrement familial de propriété immobilière : quelques techniques de réinvestissement*, JCP N n°17, 26 avril 2002
- SAND Clarisse, *La fiducie constituée par des personnes physiques : quel régime fiscal ?*, La Revue Fiscale Notariale n° 4, avril 2009
- SAND Clarisse, *Dernières précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats - À propos du décret du 23 décembre 2009*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 25 Janvier 2010, 76
- SAND Clarisse, *Registre national des fiducies : tout vient à point à qui sait attendre !*, La Revue Fiscale Notariale n° 4, Avril 2010, alerte 20
- SERLOOTEN Patrick, *Le temps et le droit fiscal*, RTD Com. 1997 p. 177
- SEUBE Jean-Baptiste & REVET Thierry, *QPC et droit des biens : en avant toute...*, Droit et patrimoine, n°199, janvier 2011, p.73 s
- SCHOLEFIELD C, *Le trust anglo-américain*, Revue de droit bancaire, n°56, juillet – août 1996, p. 135
- SERLOOTEN Patrick, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* : Dalloz 1985, chron. p. 187 à 194
- SERLOOTEN Patrick, *Le temps et le droit fiscal*, RTD Com. 1997 p. 177

- SERLOOTEN Patrick, *Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le XXI^e siècle*, Revue des sociétés 2000 p. 147
- SERLOOTEN Patrick, *Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, Droit fiscal n° 11, 18 Mars 2010, 225
- STAUB Antonin & DELAVENNE Jean-François, *Loi sur la fiducie : un trust à la française, mais à minima (de l'Anstalt à l'Ersatz)*, Revue Hammonds Hausmann 20 février 2007
- SUBRA Frédéric, *L'image de sportifs de haut niveau : pour une nouvelle approche fiscale ?*, JCP E n° 12, 24 mars 2005, 484
- TALY Michel & MANESME Amédée, *Où va l'abus de droit ?*, Les nouvelles fiscales n°993 – janvier 2008
- TALY Michel, *Fiscalité du patrimoine : les termes du débat*, Droit & Patrimoine, n°202, avril 2011, p. 18 s.
- TERLY Pélagie, *La nue-propriété pour doper la plus-value*, AGEFI actifs 27 juillet / 2 août 2007
- TIRARD Jean-Marc, *Trust patrimonial et droit français*, Droit et patrimoine, n°132, décembre 2004, p. 60s.
- TIRARD Jean-Marc, *Les trusts patrimoniaux*, Les nouvelles fiscales, n°918, 15 juillet 2004, p. 22 s.
- TIRARD Jean-Marc, *Les conséquences d'un trust au regard des droits de mutation à titre gratuit - À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2007* Gazette du Palais, 18 décembre 2007 n° 352, p. 12
- TOLEDO-WOLFSOHN, *Le trust et le droit civil français*, RLDC 2004/8, n°338 & RLDC 2004/9, n°375
- TORCK Stéphane, *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*, Revue de droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2008, étude 2
- TRIPET François, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gazette du Palais, 20 octobre 2006, p. 6 à 10
- TUROT Jérôme, *Les lois fiscales rétroactives*, RJF 10/90, p. 665
- TUROT Jérôme, *Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question*, Droit fiscal n° 16, 19 Avril 2007, 433
- UETTWILLER Jean-Jacques, *Avocat et fiducie*, Droit & Patrimoine, mars 2009, n°179, p. 26
- VAUPLANE Hubert (de), *La fiducie avant la fiducie - Le cas du droit bancaire et financier*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 6 septembre 2007, 2051
- VILLEMOT Dominique, *Le verrou posé par la décision Aznavour sur la porte d'accès aux conventions fiscales*, Dr. fisc. n°17, 23 avril 2009, 286
- WATERS Donovan, FORTIN Guy, KHAIRALLAH Georges, DOUVIER Pierre-Jean, *Régime du trust en droit français*, Dossier Francis Lefebvre, 2011, n°4
- WITZ Claude, *L'avant-projet de loi sur la fiducie à la lumière des expériences étrangères*, Banque et droit, novembre-décembre 1991, n°20, p. 225 à 229
- WITZ Claude, *Trusts et fiducies, concurrents ou compléments ? – Les caractères distinctifs de la fiducie*, Academy & Finance SA, Genève, 2007, p. 65 s.
- ZIMMERN Bernard, *Small Business Act & Small Business Investment Act: Gare aux confusions*, IFRAP, Société Civile n°72, 9 septembre 2007
- ZULIAN Isabelle, *La qualité à agir du trustee*, Petites affiches, n°204, 12 octobre 2004, p. 11 s.

IV. Jurisprudence

A. Jurisprudence judiciaire

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 1963, Bull. civ. I, n°103, Gaz. Pal. 1963, 2, p. 82

Cass. Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1965, Bull. Civ. I n°644

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 février 1967, Bull. Civ. I n°50

Cass. Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, n°76-11.551

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, RTD civ. 1983, p. 173

Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1983 n°81-12348

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, n°82-13.112, JDI 1985, p.115

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1983, n°82-12.237

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1984, n°83-12.510, *Epx. Carin & Raphaël*, Bull. civ. 1984, I, n°312, JCP G 1986, II, 20751

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*

Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, n°85-15.736

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1987 : Bull. civ. n° 276

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1988 : Bull. civ. n° 181

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1990, Bull. Joly 1990, p. 1029, n°330

Cass. Civ. 1^{ère}, 29 octobre 1990, Bull. Joly 1990, p. 1052, n°343

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, n°89-17.351, Bulletin 1991, I n°129 p. 86

Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, n°90-16 343, *Praslika* ; Bull. civ. I n°95, RTD civ. 1992, p. 632

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 1996, n° 93-19855, *Zieseniss*, Bull. Civ. I, n°93 ; JCP éd.. G n° 22, 22647

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1996, n°94-18 733, *Daignan* ; Bull. civ. I n°309

Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 1997, n°94-20.785, Bulletin 1997 I, n° 76, p. 50, RTD civ. 1999, p. 655

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n°96-18.041, *Baylet*, Bull. 1998, I, n°315, p. 217

Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n°98-13.660, *SCI Chanse* : Bull.2000, I, n°187, p. 120 ;

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°98-177.31

Cass. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001 n°99-13964

Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002, n°00-13.276, Bull. civ. I, n°276, p. 215, Dalloz 2003, p. 1873, obs. Nicod

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2002, n° 00-178.70

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 septembre 2003, n°00-199.38

Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n°03-14.610, JurisData n°2005-027442

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n°04-18.185

Cass. Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, n°06-142.30

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 2009, n°08-20443 08 & 20541

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2009, n°08-13.276

Cass. Civ. 1^{ère}, 14 avril 2010 n°09-11633

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, n°09-17.298

Cass. Civ. 2^{ème}, 27 juin 1985, n°94-14.663, Bull. civ. 1985 II, n°131, p. 86

Cass. Civ. 2^{ème}, 12 novembre 1986, n°84-137.48

Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, n°97-171.45

Cass. Civ. 2^{ème}, 9 juillet 1997, n°95-21.038 : Bull. civ. 1997 II, n°220, p. 128

Cass. Civ. 2^{ème}, 2 octobre 1997, n°95-19.358 : Bull. civ. II, n°239

Cass. Civ. 2^{ème}, 16 mai 2005, n°940

Cass. Civ. 2^{ème}, 16 juin 2005, n°02-10.046 : RJF 12/05, n°1486

Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005, n°02-15.904, Joly soc. 2006, §43, p. 217, note Le Cannu.

Cass. Civ. 2^{ème}, 20 septembre 2005, n° 03-30.709, Bulletin 2005 II n°223 p. 198

Cass. Civ. 2^{ème}, 29 mars 2006, n°04-20.013, Bull. 2006, II, n°91, p. 86

Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juillet 2007, n°06-14048, Bull. 2007, II, n° 182

Cass. Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2008 n°07-19550

Cass. Civ. 3^{ème}, 3 juillet 1991 : Bull. civ. n° 203

Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2002, n°00-221.58

Cass. Civ. 3^{ème}, 29 novembre 2006, n°05-17.009, *Lenaerts Candelot c/ Wautier* ; Dr. Soc. 2007, n°25, note F-X Lucas

Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n°06-125.68, Bull. 2007, III, n°36, RJDA 7/07 n° 793

Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mai 2004, n°02-19.800

Cass. Civ. 3^{ème}, 28 septembre 2005, n°04-14.756

Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2011, n°10-10.528, *Ollans c/ Sté. Garrot Chaillac*

Cass. Com. 18 novembre 1968, Bulletin 1968, IV n° 324

Cass. Com. 3 mars 1975, Rev. Sociétés, 1975, p.454

Cass. Com. 23 octobre 1984, n°82-12.386, Bull. 1984, IV, n°281

Cass. Com. 12 novembre 1986, n°85-12.949, *Sté Métrobus Publicité* : Bull. civ. IV, n°211

Cass. Com. 19 avril 1988, n°19079, *Dozinel*

Cass. Com. 10 mai 1988, n°86-18.929, *Turcas*

Cass. Com. 6 juin 1990, n°88-17.133

Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-13.999, Bull. civ. 1990, IV, n°247, p. 171

Cass. Com. 16 juin 1992, n°90-17.237, Bull. civ. IV, n° 243, RJDA 1/93, n°27

Cass. Com. 24 novembre 1992, n°90-20.500 : RJF 2/93 n°292

Cass. Com. 6 avril 1993, n°91-11.720, Bull. civ. IV, n°143

Cass. Com. 18 mai 1993, n° 91-15.463

Cass. Com. 7 décembre 1993, n° 1950, RJF 3/1994, n°356

Cass. Com. 4 janvier 1994, n°91-20.256, *Consorts de Gaste*, RJDA 5/94 n° 526, Dr. Soc. 1994, comm. 45, obs. Bonneau

Cass. Com. 10 mai 1994 n°92-18.455: RJF 8-9/94 n° 997

Cass. Com. 2 novembre 1994, n°92-165.24, *Teyssou*, RJF 1/95, n°114

Cass. Com. 29 novembre 1994, n°92-21.898, RJF 3/95 n°416

- Cass. Com. 21 mars 1995, n° 96-16.404 : RJF 7/95 n°919
- Cass. Com. 4 avril 1995, n° 93-15.395 : RJF 7/95 n°918;
- Cass. Com. 17 octobre 1995, n°94-10.196, Bull 1995 IV, n°240, p.222
- Cass. Com. 17 octobre 1995 n° 1845 P : RJF 1/96 n° 140
- Cass. Com. 13 février 1996, n°93-20.985
- Cass. Com. 13 février 1996, n°93-20.878, *Fleury*
- Cass. Com. 6 mai 1996 n° 810 D : RJF 8-9/96 n° 1087
- Cass. Com. 21 mai 1996, n°94-20.517, *M. Bracourd* ; Dr. fisc. 1996, n°30, comm. 984 ; RJF 8-9/1996, n°1086
- Cass. Com. 1^{er} avril 1997, n°95-12.723, RJF 7/1997 n°752
- Cass. Com. 24 juin 1997, n°95-19577, *Junca*
- Cass. Com. 8 juillet 1997 : RJF12/1997 n°1197
- Cass. Com. 16 décembre 1997, n°95-20.712, *M. Gilles* ; Dr. fisc. 1998, n°25, comm. 574, RJF 4/1998, n°502
- Cass. Com. 16 décembre 1997, n°96-11.679, *Grundberg*, Bull. 1997 IV, n°340, p. 295
- Cass. Com. 13 janvier 1998, n° 96-10.156 : RJF 4/98, n°487
- Cass. Com. 20 octobre 1998, n°96-20.128, *Lansard* ; RJF12/98, n°1504
- Cass. Com. 1^{er} décembre 1998, n°1873 ; RJF 2/99, n°254
- Cass. Com. 12 janvier 1999, n°129 P, *Cellier* : RJF 4/99, n°501
- Cass. Com. 9 février 1999, n°96-17.661, *Château d'Yquem*
- Cass. Com. 23 février 1999, RJF 1999, n°935
- Cass. Com. 22 juin 1999, n°98-13.611
- Cass. Com. 5 octobre 1999, n°07-17.377, Bull. 1999, IV, n°163, p. 137
- Cass. Com. 14 décembre 1999, n°97-16.661, RJF 2000. n°569
- Cass. Com. 14 décembre 1999, n°97-18.810, *Leflaive* : RJF 4/00, n°572
- Cass. Com. 11 janvier 2000, n°97-16.257, *Ginez* : RJF 4/00, n°571
- Cass. Com. 8 février 2000, n°97-17.307
- Cass. Com. 8 février 2000, n°97-19.000, *M. Quié* ; BOI 7 G-3-01
- Cass. Com. 22 février 2000, n°97-17.821, *Ferrière* ; Bull 2000 IV, n°37, p. 32.
- Cass. Com. 18 avril 2000, n°97-18.042, *Praz* : RJF 7-8/00 n°1019
- Cass. Com. 5 décembre 2000, n°97-21.553, *SCI du Merlot* : RJF 3/01 n°393
- Cass. Com. 6 juin 2001, n°1133 F-D : RJF 10/01, n°1331
- Cass. Com. 20 novembre 2001, n°98-22.708, *Continental SA*
- Cass. Com. 4 juin 2002, n°1099 : RJF 12/02 n°1418
- Cass. Com. 15 octobre 2002, n°00-14.328
- Cass. Com. 3 décembre 2002, n°99-18.580, *Guillot*
- Cass. Com. 28 janvier 2003, n°01-12.373, *Teiro*
- Cass. Com. 11 février 2003, n°01-12.301 : RJF5/03, n°648
- Cass. Com. 11 mars 2003, n°00-19.154, RJF 2003 n°779
- Cass. Com. 6 mai 2003, n° 01-12.567, Bull. 2003 IV, n°70, p. 79
- Cass. Com. 6 mai 2003, n°01-13.118, *Crts. Dupouy* : RJF 8-9/03 n°1056
- Cass. Com. 13 novembre 2003, n°1536 FS-P, *Fabergé* : RJF 3/04, n°318

- Cass. Com. 3 décembre 2003, n°02-10.753
- Cass. Com. 7 janvier 2004, n°00-16.786 *Despature*
- Cass. Com. 31 mars 2004, n°03-16.694, *Hénoux*, Bull. civ. IV, n°70, p.71
- Cass. Com. 31 mars 2004 n° 625 FS-PB : RJF 7/04 n° 801
- Cass. Com. 12 mai 2004, n°01-13.697, *Poirel* : RJF10/04, n°1050
- Cass. Com. 9 juin 2004, n°01-02.356, JurisData n°2004-024213, JCP E 2004, p. 1132
- Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421, *Gérard* ; JCP E, 2005, 1046, n°3, obs. Caussain
- Cass. Com. 19 avril 2005, n°03-11.750, *Lambrey de Sousa* : RJF 8-09/05, n°973
- Cass. Com. 31 mai 2005, n°03-18.840, *Propper* : RJF 11/05 n°1321
- Cass. Com. 28 septembre 2005, n° 03-18 397
- Cass. Com. 11 octobre 2005, n°03-20.572, *Roux* : RJF 2/06 n°222
- Cass. Com. 22 novembre 2005, n°04-12.183, Bull. 2005, IV, n° 234, p. 256 ; RJDA 4/06, n°396
- Cass. Com. 13 décembre 2005, n° 02-10.359, *Sté Elisa* ; Dr. soc. 2006, n°3
- Cass. Com. 13 décembre 2005, n°03-18.756, *Kundera*, Bull. 2005, IV, n°253 p. 280
- Cass. Com. 14 février 2006, n°03-18.742
- Cass. Com. 7 juin 2006, n°03-20.228, *Santier*
- Cass. Com. 3 octobre 2006, n° 04-14.272, *DGI c/ Botherel* : Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 302
- Cass. Com. 19 décembre 2006, n°05-16.395, *Sté DIVA c/ Crédit Mutuel*, Bull. civ. IV, n°250, p. 275
- Cass. Com. 6 février 2007, n°05-12.939, *Pérouse*
- Cass. Com. 6 mars 2007, n°05-21.216, *Sellier* : RJF 7/07, n°863
- Cass. Com. 20 mars 2007, n°05-16.751, *Vrillaud* : RJF 7/07, n°858 ;
- Cass. Com. 15 mai 2007, n° 05-18268
- Cass. Com. 15 mai 2007, n° 06-14.262, *Saunier Streck* ; JCP N 2008, n° 6, 1072
- Cass. Com. 15 mai 2007, n°06-11.701, *M. Vuillième*, RJF 2007, n°1173
- Cass. Com. 6 novembre 2007, n°06-16.407, *Granit Rose de Ploumanach*
- Cass. Com. 20 novembre 2007, n°06-13.055, *SCI Remequinox*, Bull. 2007 IV, n°250
- Cass. Com. 4 décembre 2007, n°06-17.683, *Cavelier* : Dr. fisc. 2008, n°4, comm. 86, not. J-P Maublanc, RJF 2008 n°520
- Cass. Com. 12 février 2008, n°07-10.242, *d'Oultremont de Beauchamp* : RJF 5/08 n°613, Dr. fisc. n°10, 6 mars 2008
- Cass. Com. 12 février 2008, n°05-17.085
- Cass. Com. 26 mars 2008, n°06-21.944, *DGI c/ Cere*, Dr. fisc. 2008, n°16, comm. 283
- Cass. Com. 8 avril 2008, n°02-10.359, *Sté. Elisa* ; Dr. fisc. 2008, n°17 comm. 291
- Cass. Com. 20 mai 2008, n° 07-14.426, *Epx. G* : RJF 10/08, n°1131 ;
- Cass. Com. 20 mai 2008, n°07-18.397, *DGI c/ Tabourdeau*
- Cass. Com. 23 septembre 2008, n°07-15.210, *Lamarque*
- Cass. Com. 7 octobre 2008, n°07-13.600, *M. Paillaud*
- Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-18.770, *Thurin*
- Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-16.835, *Henriot*
- Cass. Com. 4 novembre 2008, n°07-19.870, *DGI c/Beneteau*

- Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185, *Plastholding* ; Dr. Soc., 2009, n°198, obs. Coquelet
- Cass. Com. 13 janvier 2009, n°07-20.097, *de Wurstemberger*
- Cass. Com. 10 février 2009, n°07-21.806, *Cadiou*, JCP N 2009, n°11, 1114
- Cass. Com. 10 février 2009, n° 07-13.448, et n° 07-13.562, *Etablissements Rimbaud*
- Cass. Com. 3 mars 2009, n°08-13.278, n°08-13.279, n°07-20.871, *Sauvage*
- Cass. Com. 3 mars 2009, n° 08-12.600, *Mme Granier*,
- Cass. Com. 31 mars 2009, n°08-14.645, *M. Theiller & Mme Beauvair*
- Cass. Com. 31 mars 2009, n°08-14.053
- Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20.219, *d'Elbée c/ DGFIP*, Bull. civ. 2009 IV n° 46
- Cass. Com. 26 mai 2009, n°08-14.486, *SCI Coubertin* : RJF 10/09 n°886
- Cass. Com. 9 juin 2009, n°07-20.937, *SCI Emma*
- Cass. Com. 16 juin 2009, n° 08-11.618
- Cass. Com. 23 juin 2009, n°08-17.681, *M. et Mme Cailliau*
- Cass. Com. 23 juin 2009, n°08-15.494, *M. Loge*
- Cass. Com. 7 juillet 2009, n°08-16.762, *Epx. Bacou*
- Cass. Com. 7 juillet 2009, n°08-14.855, *M. Zorn* ; Dr. fisc. 2009, n°37, comm. 463
- Cass. Com. 29 septembre 2009, n°08-14.358, *Sté Temis*, Dr. fisc. n°47, 19 novembre 2009
- Cass. Com. 27 octobre 2009, n°08-11.362, *Epoux de Leusse de Syon* ; Dr. fisc. n°28, 15 juillet 2010, comm. 417
- Cass. Com. 15 décembre 2009, n°09-11.137, *Bendel*
- Cass. Com. 19 janvier 2010, n° 09-10.836, *Goldfarb*
- Cass. Com. 23 mars 2010, n°09-65.820 : Dr. fisc. 2010, n° 205, comm. 316, note S. Quilici.
- Cass. Com. 13 avril 2010 n°09-13712**
- Cass. Com. 23 novembre 2010, n°09-17.295
- Cass. Com. 7 décembre 2010, n° 10-10.054 ; Droit et patrimoine, n°199, janvier 2011, p. 85
- Cass. Com. 14 décembre 2010, n° 10-10.139 : RJF 4/11, n°522, BPAT 2/11, inf 149
- Cass. Com. 18 janvier 2011, n°10-11.942, *Derville*
- Cass. Com. 1^{er} mars 2011, n° 08-19.354
- Cass. Com. 15 mars 2011, n°10-11.575, *DGFIP c/ Felciai*
- Cass. Com. 15 mars 2011, n°11-14.729, *Cami*
- Cass. Com. 15 mars 2011, n°10-14.886, *Olivaux*
- Cass. Com. 29 mars 2011, n°10-15.571
- Cass. Com. 27 avril 2011, n°10-16.539
- Cass. Com. 10 mai 2011, n° 07-13.448, *Etablissements Rimbaud*
- Cass. Crim. 30 juin 2010, n°09-86.249, *Michel D* ; RJF 12/10, n°1233 ; BF 12/10, n°1147 ;
- Cass. Mixte, 22 février 2008, n°06-11.934, *Dupuy & Turcat* : RJF 6/08, n°755
- Cass. Req. 13 février 1834, *Caquelard*
- Cass. Req. 13 mars 1888, D.P. 1888. 1.351
- Cass. Req. 18 juillet 1892 : S.1893-I-54
- Cass. Req. 30 mars 1926, Recueil Dalloz 1926, p.217

Cass. Req. 26 octobre 1926 : S-1927-I-73.
 Cass. Req. 29 mars 1938, DP 1939, 1, p. 5
 CA Aix-en-Provence, 4 février 2004, *M. Phil Pollock c/ Cie Axa*
 CA Agen, 26 janvier 2005, n°03-1671
 CA Bourges, 2 octobre 2000, n°99/00456, *Lumet c/ Direction des services fiscaux*
 CA Caen, 24 janvier 1995, n°RG9302503 ; Defrénois 1996. 392
 CA Caen, 19 février 2008, n°06-2901, *Rapeaud c/ Sté Plastholding*
 CA Douai, 21 mars 2011, n°10/887
 CA Lyon, 16 octobre 2007, n°06-3323, *Cadiou*, Dr. fisc. 2008, n°19-20, comm.319
 CA Orléans, 30 octobre 2003 n°02-2679
 CA Paris, 10 janvier 1970, *Courtois c/consorts de Ganay*, Rev. Crit . DIP 1971, p. 518
 CA Paris, 15 novembre 1976 ; JCP G, 1979, II, 19129
 CA Paris, 21 octobre 2005, n°03-21809, *Louvel* : RJF 10/06 n°1284
 CA Paris, 5 mai 2006, n°04-12187, *Cavelier* : Dr. fisc. 2006, n°49, comm. 774, RJF 2006, n°1634 ;
 CA Paris, 30 juin 2006, n°04-06308
 CA Paris, 29 juin 2007, n°05-17124
 CA Paris, 25 janvier 2008, n° 06-02129
CA Paris, 14 décembre 2010, n°10-11125, *Namur c/ SA Continental Investments & Management*
 CA Paris, 25 janvier 2011, n° 2009-20870, *Desalbre c/ DRESG*
 CA Poitiers, 20 novembre 2002, n°02505
 CA Rennes, 4 mai 2005, n°03-4727, *Tardieu de Maleissye*
 TA Montpellier, 23 mars 2006, n°00-4068, RJF 2/07, n°194
 TA Poitiers, 21 novembre 1996, n°951701
 TA Poitiers, 1^{er} mars 2007, *M. et Mme. Cholet*, n°06-721 ; RJF 7/07 n°805
 TGI Bayonne, 28 avril 1975, JCP éd. G 1975, II, 18168
 TGI Bayonne, 8 septembre 1989, RJF 6/90, n°637
 TGI Créteil, 20 juin 2000, n° 00446, *Mlle Despouys*
 TGI Nanterre, 16 janvier 2001, n° 99-14941, *Bouvet*
 TGI Nanterre, 4 mai 2004, n°03/09350, *Poillot*, Dr. fisc. 2005, n°36 ; JCP E 2005, 1297, p. 1447
 TGI Troyes, 1^{er} mars 2000, n°1998/02838, *Lacroix*,
 Tribunal Civil de la Seine, 16 mai 1906, *Singer*

B. Jurisprudence constitutionnelle

Conseil Constitutionnel, n°81-133DC, 31 décembre 1981 : Dr. fisc. 1982, n°2-3, comm. 90
 Conseil Constitutionnel, n°81-132 DC, 16 janvier 1982, JO 17 janvier 1982 ; Les grandes décisions du
 Conseil constitutionnel, Dalloz, 12^{ème} éd., n° 2
 Conseil Constitutionnel, n°82-139 DC, 11 février 1982, JO 12 février 1982
 Conseil Constitutionnel, n°86-207 DC, 25 juin 1986, JO 26 juin 1986

Conseil Constitutionnel, n°86-217 DC, 18 septembre 1986, JO 19 septembre 1986
Conseil Constitutionnel, n°98-403 DC, 29 juillet 1998, D. 1999. 269
Conseil Constitutionnel, n°98-405 DC, 29 décembre 1998, RJF 1999, n°194
Conseil Constitutionnel, n°2009-589 DC, 14 octobre 2009; JO 20 octobre 2009, p. 17412
Conseil Constitutionnel, n°2009-599 DC, 29 décembre 2009
Conseil Constitutionnel, n°2010-607 DC, 10 juin 2010
Conseil Constitutionnel, n°2010-70 QPC, 26 novembre 2010 : RJF 2/11 n°210
Conseil Constitutionnel, n°2010-88 DC, 21 janvier 2011
Conseil Constitutionnel, n°2010-103 à 2010-106 QPC, 17 mars 2011

C. Jurisprudence administrative

Conseil d'Etat, 6 décembre 1952 n° 92945
Conseil d'Etat, 21 mars 1960, n°43229, RO, p. 46
Conseil d'Etat, 13 mars 1968, n°66801, Dr. fisc. 1969. 314, Concl. Lucien Mehl
Conseil d'Etat, 24 février 1971, n° 78783
Conseil d'Etat, 17 novembre 1972, Dr. fisc. 1974, comm. 550
Conseil d'Etat, 11 avril 1973, n°81154
Conseil d'Etat, 7 février 1975, n°90196, Dr. fisc. 1975, n°13, comm. 461
Conseil d'Etat, 25 juin 1975, n°92185, RJF 9/75, n°399
Conseil d'Etat, 19 novembre 1975, n°92041, RJF 1/76, n°21
Conseil d'Etat, 3 mars 1976, n°94-802, *Bombe au Cobalt*,
Conseil d'Etat, 24 novembre 1976, n°96284
Conseil d'Etat, 14 juin 1978, n°9403, RJF 7-8/78 ; Dr. fisc. 1978, n°46-47, comm. 1813
Conseil d'Etat, 21 février 1979, n°4896, RJF 4/79, n°226
Conseil d'Etat, 28 novembre 1979, n°10150 : RJF 2/80, n°135
Conseil d'Etat, 28 mai 1980, n°16695
Conseil d'Etat, 21 novembre 1980, n°17055 : Dr. fisc. 1981, n°7 ; RJF 1/1981, p. 15
Conseil d'Etat, 10 juin 1981, *Vignobles Bordelais*
Conseil d'Etat, 26 mai 1982, n°29053 ; Dr. fisc. 1983, n°5, comm. 123
Conseil d'Etat, 27 mai 1983, n°33486, RJF 1983, n°878
Conseil d'Etat, 6 juillet 1983 n° 35591
Conseil d'Etat, 6 juillet 1983, n°33695, *Francis Garnier*
Conseil d'Etat, 3 février 1984, n°38230, *Bilger Gillet*
Conseil d'Etat, 21 mars 1984, n° 42776 et 42778
Conseil d'Etat, 28 mai 1984, n° 36308
Conseil d'Etat, 6 juin 1984, n°35415, RJF 8-9/1984, n°940
Conseil d'Etat, 28 septembre 1984, n°40-666

Conseil d'Etat, 4 mars 1985, n°35.066

Conseil d'Etat 29 avril 1985, n°43759, Dr. fisc, 1985, comm. 1617

Conseil d'Etat, 27 juillet 1985, n°47826

Conseil d'Etat, 17 février 1986, n°41.796

Conseil d'Etat, 21 mars 1986, n° 53002, *SA Auriège* ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1432, p. 267 s. Concl. O. Fouquet

Conseil d'Etat, 3 novembre 1986, n° 49462

Conseil d'Etat, 11 mars 1988, n° 46415, 50774, 80363 : RJF 4/88, n°385 & 386

Conseil d'Etat, 19 décembre 1988, n°55.655, *Sté. Sonacar*

Conseil d'Etat, 25 janvier 1989, n° 44787, *Mireille Mathieu* : Dr. fisc. 1989, n° 11, comm. 527, note B. Poujade

Conseil d'Etat, 21 avril 1989, n° 88983, *Sté Cinécustodia*

Conseil d'Etat, 21 février 1990, n° 84.483, *SARL Solodet* : RJF 4/90, n° 376.

Conseil d'Etat, 9 mai 1990, n°82611 ; RJF 6/90 n° 676

Conseil d'Etat, 6 juillet 1990, n°88224 ; RJF 8-9/90 n° 989

Conseil d'Etat, 8 octobre 1990 n° 75436, *Walter*

Conseil d'Etat, 9 novembre 1990, *Gauthier*

Conseil d'Etat, 22 mars 1991, n°69590, *Rancilio*

Conseil d'Etat, 27 mars 1991, *M. Croize*, n°81119, Dr. fisc. 1991, n°39, comm. 1705

Conseil d'Etat, 17 avril 1991, n°62002, *Tebib*, RJF 6/91, n°727

Conseil d'Etat 17 mai 1991, n°74-374, *La maison médicale*

Conseil d'Etat, 9 décembre 1991, n°65-556

Conseil d'Etat, 12 juin 1992, n°67758 & 67759, *SCI du 6 rue de l'Aude*

Conseil d'Etat, 9 décembre 1992, n°85864 & 85794

Conseil d'Etat, 17 mars 1993, n°85894, M. Memmi

Conseil d'Etat, 10 novembre 1993, *Gianoli*

Conseil d'Etat 21 juin 1995, n°132.531, *SA Sofige*

Conseil d'Etat, 3 novembre 1995, n°126513 ; RJF 12/95, n°1332

Conseil d'Etat, 30 décembre 1996, n° 128611, *Benmiloud* ;

Conseil d'Etat, 8 avril 1998, *Messonnier*, n°164457, RJF 8-9/1998, n 703, Dr. fisc. 1998, n°39, p.1154

Conseil d'Etat, 1^{er} octobre 1999, n°177809, *Foncia Particimo*, Dr. fisc. 1999, n°45, comm. 824, Concl. Goulard

Conseil d'Etat, 29 décembre 1999, n°171859, *M. Robardey* ; Dr. fisc. 2000 n°21, comm. 427 ; RJF 2/00, n°153

Conseil d'Etat, 16 février 2000, n°133296, *Quemener*

Conseil d'Etat, 27 mars 2000, n°188273, Mmes Agopoff et Hanimyan ; Dr. fisc. 2000, n°43, comm. 818

Conseil d'Etat, 24 mai 2000, n°209699 & 209891, *CRCAM Normand*

Conseil d'Etat, 26 février 2001, *Anzalone*, RJF 5/01, n°619, Dr. fisc. 2001, n°27, comm. 611

Conseil d'Etat 28 février 2001, n°199295

Conseil d'Etat 11 avril 2001, n° 196108, *Elyakim*

- Conseil d'Etat, 4 juillet 2001, n°215223, *Snoofinances*
- Conseil d'Etat, 26 septembre 2001, n°209.825, *Bouygues*
- Conseil d'Etat, 23 novembre 2001 n° 205132, *SA Cogedac* : RJF 2/02, n°196, Concl. J. Courtial BDCF 2/02, n°26
- Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *Moitié*
- Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n°232276, *Sté Schneider Electric* ; Dr. fisc. 2002, n°36, comm. 657
- Conseil d'Etat 18 octobre 2002, n°224459, *Cambay*, RJF 1/03, n°10 ; Concl. Austray, BDCF 1/03, n°2
- Conseil d'Etat, 25 avril 2003 n°205099, *Blonde* : RJF 7/03 n° 837, Concl. L. Vallée, BDCF 7/03 n° 93.
- Conseil d'Etat, 11 juin 2003, n° 221075, *Biso*
- Conseil d'Etat, 14 novembre 2003, n°229446, *M. Lafarge* ; Dr. fisc. 2004, n°25, comm. 560 ; RJF 2/2004, n°124
- Conseil d'Etat, 15 décembre 2004, n° 262325, *Tiroche* : RJF 2005, n° 288
- Conseil d'Etat, 18 mai 2005, n°267087, *Sagal*
- Conseil d'Etat, 18 mai 2005, n°261623 & 262791, *Banque Populaire Loire & Lyonnais*
- Conseil d'Etat, 14 octobre 2005, n° 260511, *SA Chiesi*, Concl. S. Verclytte, BDCF 1/06, n°2
- Conseil d'Etat, 16 janvier 2006, n°260150 ; RJF 4/6, n°361
- Conseil d'Etat, 27 juillet 2006, n°285580 et 285579 ; RJF 12/06, n°1541
- Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, *Janfin*, n°26050 : Dr. fisc. 2006, n°47
- Conseil d'Etat, 29 décembre 2006, n°283314, *Bank of Scotland*
- Conseil d'Etat, 28 décembre 2007 n° 284899 & 285506, *SA Domaine Clarence Dillon*.
- Conseil d'Etat, 28 mars 2008, n° 271366, *Aznavour* : RJF 6/08, n°629, Concl. C. Landais : BDCF 6/08 n° 69
- Conseil d'Etat 11 avril 2008, n°185583, *M. Cheynel*, Dr. fisc. n°24, 12 juin 2008, comm. 377
- Conseil d'Etat, 27 janvier 2010, n°294784, *M. Caporal* : Dr. Fisc. 2010, n°23, comm n°364
- Conseil d'Etat, 27 janvier 2010 n° 31987 ; FR 13/10 inf. 9 p. 25
- Conseil d'État, 16 mars 2010, n° 324240 Société SOGEBAIL et n° 324239 Société CIMEP
- Conseil d'Etat 17 mars 2010 n° 299770 & 300090 ; FR 24/10, inf.4 p.9
- Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 2010, n°304673, *Sté. Financière du Val*
- Conseil d'Etat, 5 juillet 2010, n°303676, *M. Monniot* ; Dr. Fisc. n°37, 16 septembre 2010, comm. 479
- Conseil d'Etat, 23 juillet 2010, n°308019, *M. Marmajou* : Dr. fisc. novembre 2010, comm. 541, p. 23 s.
- Conseil d'Etat 23 juillet 2010, n°313445, *M. Legendre*, *Les nouvelles fiscales*, n°1054, 15 octobre 2010, p. 22 s.
- Conseil d'Etat, 30 juillet 2010, n°306319, *Pasco*, RJF 11/10, n°979 :
- Conseil d'Etat, 24 septembre 2010, n° 341573, *Moreau* : RJF 12/10, n°1218
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, *Bazire* ; *La Revue Fiscale Notariale* n° 2, février 2011, comm. 16
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, *Bauchart* ; *La Revue Fiscale Notariale* n° 2, février 2011, comm. 16
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, *Four.* ; *La Revue Fiscale Notariale* n° 2, février 2011, comm. 16
- Conseil d'État, 22 octobre 2010 n°342565
- Conseil d'État, 29 octobre 2010, n°339202

Conseil d'Etat, 10 novembre 2010, n°309148, *Sté Corbfi*
 Conseil d'Etat, 17 décembre 2010, n°330666, *Throude*
Conseil d'Etat, 23 décembre 2010, n°308206, *Thirole*
 Conseil d'Etat, 3 février 2011, n°329839, *M. et Mme Conseil*
 Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 327804
 Conseil d'Etat, 9 février 2011, n° 314992
 Conseil d'Etat, 11 février 2011, n°314950, *M. et Mme. Picoux*
 Conseil d'Etat, 26 janvier 2011, n° 306897 & 306898, *Vandermeersch*
 Conseil d'Etat, 27 janvier 2011, n° 320313, *Bourdon* : RJF 4/11 n° 472, Concl. C. Legras, BDCF 4/11, n°51
 Conseil d'Etat, 2 mars 2011, n°342099, *Sté Soutiran & Cie*
 Conseil d'Etat, 6 avril 2011, n° 340484, *SC Minos*
 Conseil d'Etat, 7 avril 2011, avis n°344962, *Reinhart*
 Conseil d'Etat, 7 avril 2011, n° 329339, *Société commerciale des hôtels économiques*
 CAA Bordeaux, 17 décembre 2002, n°00BX02798, *Quercia* : RJF 4/03, n°434
 CAA Bordeaux, 12 mai 2003, n°99BX01552, RJF 2003, n°1372
 CAA Bordeaux, 9 octobre 2008, n°07BX00352
 CAA Douai, 6 février 2001, n°98DA00385, *Santini* ; Dr. fisc. 2002, n° 6, comm. 111, concl. G. Mulsant
 CAA Douai, 31 janvier 2007, n°05DA01270, *Thellier*
 CAA Douai, 7 mars 2007, n°06DA00727, *Gaudichet*
 CAA Douai 14 décembre 2010 n° 08DA01103, *Deschilder* : RJF A/11, n°400, Concl. P. Minne BDCF 4/11, n°39
 CAA de Lyon, 6 juillet 1993, n°92LY00463, *SCI Les Mimosas*.
 CAA Lyon 26 janvier 2006, n° 01LY00599, *Tolou Hashemi*
 CAA Lyon, 23 novembre 2010, n° 09LY01539, *Edmilson Gomes de Moares* : BF 3/11 inf. 312
 CAA Marseille, 25 janvier 2000 RJF 1/01, n°18
 CAA Nancy 26 janvier 1995, n°92NC00240, *SARL Moulin de la Chée* : RJF 6/95, n° 71
 CAA Nancy, 6 mars 1996, *Sté Nord Eclair*, RJF 12/96, n°1.464
 CAA Nancy, 28 février 2008, n°03NC00533, *SA Anaf France* : RJF 12/08, n°1282
 CAA Nancy, 20 novembre 2008, n°07NC00858, *Lorant*.
 CAA Nantes, 18 décembre 2006, n°05NT00650, *Simmenauer* : RJF 5/07, n°598
 CAA Nantes, 17 décembre 2007, n°07NT00397, *Pastol*
 CAA Nantes, 23 juin 2008, n° 07NT00296, *Bourdon*
 CAA Paris, 11 décembre 1990, n° 89PA00450, *Porcu* : RJF 5/1991, n°540
 CAA Paris 15 juin 1993, n°92PA00056, *Chuter* ; RJF 1/94, n°74
 CAA Paris, 27 sept. 1994, n° 93PA00237, *M. Reymondier* ; Dr. fisc. 1995, n° 8, comm. 331, RJF 2/1995, n° 133
 CAA Paris, 21 mai 1996, n°95PA00053, *Fabre* ; RJF 1996, n°1333
 CAA Paris 6 novembre 1997 n° 96PA01298 : RJF 3/98, n°215
 CAA Paris 22 janvier 1998 n° 96PA01439 : RJF 4/98, n°365
 CAA Paris, 13 février 2001, n°97PA01308, RJF 10/01, n°1192

CAA Paris, 9 avril 2002, n° 97PA01288, *Deiss* : RJF 11/02, n°1200 ; Concl. D. Kimmerlin BDCF 11/02, n°131

CAA Paris, 27 février 2004, n°99PA02598

CAA Paris, 10 décembre 2004, n°00PA00036, *Sté SEEEE*

CAA Paris, 10 novembre 2006, n°04PA01970, Dr. fisc. n°51, 20 décembre 2007

CAA Paris, 25 mai 2007, n°04PA01521, *Lagarigue*

CAA Versailles, 28 décembre 2007, n°04VE02397, *Bonetti*

CAA Versailles, 8 février 2011, n°09VE01202, *SA Gecina*

TA Marseille 22 décembre 2009 n° 07-3349 :BF 8-9/10 inf. 771

TA Montpellier, 31 mars 2011, n° 0904075, *Morabito*

TA Nantes, 26 novembre 1996, n° 92-4768, *Vercauteren* : Dr. fisc. 1997, comm. 547

TA Orléans, 24 septembre 2002, n° 99-2109, RJF 04/03, n° 472

TA Paris, 7 juillet 2010 n° 06-18227, *Mlle. Laëtitia Casta*, RJF 1/11, n°1 Concl. K. Weidenfeld, BDCF 1/11, n°1

TA Rennes, 3 février 2005, n°01-3827, RJF 10/05, n°1033

TA Versailles, 11 juillet 2003, n°99-5645, *Sté SCDM*, RJF 1/04 n°79

TA Versailles, 13 décembre 2005, n°04-4909, *Rouyer*: RJF 6/06, n°750, Concl. Franck Locatelli, BDCF 6/06, n°77

D. Jurisprudence communautaire, Décisions & Recommandations

CEDH, 20 novembre 1995, série A332, *Pressos Compania Naviera SA*

CEDH, 23 octobre 1997, n°21319/93, *National and provincial building society c/ Royaume-Uni*

CEDH, 18 mars 2003, n°69825/01, *Faivre c/ France*

CEDH, 6 octobre 2005, n°11810/03, *Maurice c/ France*

CEDH, 6 octobre 2005, n°1513, *Draon c/ France*

CEDH, 4 janvier 2008, n°25834/05 & 27815/05, *Imbert & Tremiolles c/ France* ; Dr. fisc. n°15, comm. 264

CEDH, 29 avril 2008, n°13378/05, *Burden c/ Royaume-Uni*

CJCE, 8 mars 1988, Aff. n°102/86 ; RJF 8-9/88 n° 970

CJCE, 14 février 1995, Aff. n°C-279/93, *Schumacker* : Rec. CJCE, I, p. 225

CJCE, 16 juillet 1998, Aff. n° C-264/96, *Imperial Chemical Industrie c/ Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* : Rec. CJCE 1998, I, p. 4695, pt 28 ; Dr. fisc. 1998, n° 48, p. 1475 à 1481

CJCE, 5 février 1991, Aff. n°C-249/89, Dr. fisc. 1991, n°21-22, comm.1181

CJCE, 11 mars 2004 Aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*

CJCE, 13 décembre 2005, Aff. C-446/03, *Marks & Spencer*, Dr. fisc. 2005, n°51, act. 260 ; RJF 2/2006, n° 227 ;

CJCE, 7 septembre 2006, Aff. C-470/04, *N / Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo*

CJCE, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*

CJCE, 13 mars 2007, Aff. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* : Dr. fisc. 2007, n° 29, comm. 764, note H. Kruger
CJCE, 11 octobre 2007, Aff. C-451/05, *Elisa c/ DGI*, Dr. fisc. 2008, n°8-9 étude 183, note J-L Pierre
CJCE, 22 décembre 2008, Aff. n°C-48/07 ; *Etat Belge c/ SA, Les Vergers du Vieux Tauves*
CJUE, 28 octobre 2010, Aff. C-72/09, *Etablissements Rimbaud c/ Directeur Général des Impôts*
CJUE, 5 mai 2011, Aff. 384/09, *Prunus SARL*

E. Avis du Comité de l'abus de droit fiscal

CCRAD, Avis n°94-17
CCRAD, Avis du 6 décembre 1996, n°96-13 : Droit fisc. 1997, n°10, p.365
CCRAD, Rapport annuel 2002, BOI 13 L-1-03, 14 mai 2003
CCRAD, Rapport annuel 2003, BOI 13 L-2-04, 16 mars 2004 ; JCP N 2004, n°26, 1305 ;
CCRAD, Rapport annuel 2004, BOI 13 L-2-05, 13 avril 2005, JCP N 2005, n°21, 1285
CCRAD, Rapport annuel 2005, BOI 13 L-3-06, 30 mars 2006
CCRAD, Rapport annuel 2006, BOI 13 L-1-07, 3 avril 2007
CCRAD, Rapport annuel 2007, BOI 13 L-4-08, 16 mai 2008
CCRAD, Avis n°2001-6
CCRAD, Avis n°2003-10
CCRAD, Avis n°2003-20
CCRAD, Avis n°2003-23
CCRAD, Avis n°2003-14
CCRAD, Avis n°2003-39
CCRAD, Avis n°2004-9
CCRAD, Avis n°2004-16
CCRAD, Avis n°2004-68
CCRAD, Avis n°2005-8
CCRAD, Avis n°2005-21
CCRAD, Avis n°2005-22

F. Jurisprudence étrangère

Earlof Oxford's Case [1615]
National Trustee Co of Australasia v General Finance Co of Australasia Ltd [1905]
Re Scott [1948]
Re Waterman's Will Trust [1952]
Re Pauling's Settlement Trusts [1964]
Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd [1980]
House of Lords, Regina vs. Allen, 11 octobre 2001

V. Documentation et rapports de l'administration

A. Documentation française

Circulaire UHC/FB3/29 n°2003-79 du 30 décembre 2003

Circulaire du Ministère du Budget « *Principes d'organisation du contrôle fiscal* », 2 novembre 2010

Etude du ministère du Budget, *Rapport sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale par le biais de paradis fiscaux à la demande de Didier Migaud, et de Gilles Carrez*, 2008

LEPINE Jean-Luc, GOUIFFÈS Pierre-François, CARMONA Julien, Rapport de synthèse de l'Inspection Générale des Finances n°98-M-041-11, *Mission d'analyse comparative des administrations fiscales*, mars 1999

DGI, Fiche descriptive n°3034 « *Les principales méthodes d'évaluation* »

DGI, Formulaire n°2725-NOT, « *ISF – Notice pour remplir votre déclaration 2009* »

Doctrines administratives 3 A 1112

Doctrines administratives 3 A 1122

Doctrines administratives 4 D 123

Doctrines administratives 4 B 373

Doctrines administratives 5 B 1121

Doctrines administratives 5 B 214

Doctrines administratives 5 B 3221

Doctrines administratives 5 B-640

Doctrines administratives 5 D 123

Doctrines administratives 5 D 2226

Doctrines administratives 5 D 3122

Doctrines administratives 5 G 221

Doctrines administratives 5 I 1172

Doctrines administratives 5 I 21

Doctrines administratives 5 I 3225

Doctrines administratives 7 G-2311

Doctrines administratives 7 S-3212

Doctrines administratives 7 S 351

Doctrines administratives 7 S 352

Doctrines administratives 7 S 361

Doctrines administratives 8 D 1111

Doctrines administratives 13 L-1513

Instruction de la Régie, n°2.575§2 du 18 juin 1877

Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04

Instruction fiscale du 15 février 1979, BOI 3 CA-79

Instruction fiscale du 25 mars 1981, BOI 14 B-2-81

Instruction fiscale du 5 octobre 1982, BOI 5 K-1-82
Instruction fiscale du 16 décembre 1988, BOI 13-L-1-89
Instruction fiscale du 30 décembre 2005, BOI 4 A-13-05
Instruction fiscale du 11 mai 2011, BOI 14 A-4-11
Instruction fiscale du 15 décembre 1991, BOI 7-G-23-12
Instruction fiscale du 31 juillet 1992, BOI 3 CA-92
Instruction fiscale du 26 février 1997, BOI 7 G-2-97
Instruction fiscale du 5 décembre 1997, BOI 7-G-7-97
Instruction fiscale du 17 mai 2006, BOI 5 E-5-06
Instruction fiscale du 18 février 2000, BOI 5 I-1-00
Instruction fiscale du 26 juillet 2010, BOI 5 B-19-10
Instruction fiscale du 30 janvier 2001, BOI 7 G-2-01
Instruction fiscale du 6 février 2007, BOI 4 A-1-07
Instruction fiscale du 2 janvier 2009, BOI 6 E-1-09
Instruction fiscale du 12 janvier 2005, BOI 7 S-1-05
Instruction fiscale du 14 janvier 2004, BOI 8-M-1-04
Instruction fiscale du 16 février 2006, BOI 8 M-1-06
Instruction fiscale du 6 avril 2006, BOI 5-B-1-06
Instruction fiscale du 9 septembre 2004, BOI 7 G-6-04
Instruction fiscale du 4 août 2005, BOI 8-M-1-05
Instruction fiscale du 26 juillet 2010, BOI 5 B-19-10
Instruction fiscale du 22 janvier 2007, BOI 5 C-1-07
Instruction fiscale du 23 mars 2007, BOI 5-D-2-07
Instruction fiscale du 5 janvier 2009, BOI 5 F-1-09
Instruction fiscale du 6 février 2009, BOI 7-G-1-09
Instruction fiscale du 11 mars 2009, BOI 14 A-1-09
Instruction fiscale du 27 mars 2009, BOI 7-Q-1-09
Instruction fiscale du 12 mai 2009, BOI 5-B-17-09
Instruction fiscale du 6 octobre 2009, BOI 5-D-4-09
Instruction fiscale du 6 octobre 2009, BOI 5 B-26-09
Instruction fiscale du 8 avril 1998, BOI 7 G-6-98
Instruction fiscale du 10 novembre 2009, BOI 7 Q-2-09
Instruction fiscale du 7 août 2008 BOI 7 Q-1-08, n°9
Instruction fiscale du 4 janvier 2010, BOI 5 S-4-10
Instruction fiscale du 23 février 2004, BOI 7 S-3-04 n° 13.
Instruction fiscale du 21 février 2005, BOI 7 S-3-05
Instruction fiscale du 11 avril 2008, BOI 7 S-3-08
Instruction fiscale du 31 janvier 2011, BOI 7 S-1-11
Instruction fiscale du 27 mai 2008, BOI 7 S-4-08
Instruction fiscale du 29 octobre 2010, BOI 7 S-6-10

Instruction fiscale du 11 novembre 2010, BOI 7 S-7-10
Instruction fiscale du. 9 décembre 2010, BOI 7 S-8-10
Instruction fiscale du 4 janvier 2011, BOI 7 S-9-10
Instruction fiscale du 29 décembre 2010, BOI 13 A-1-11
Rescrit n°2006/19, 14 février 2006,
Rescrit n°2007/32 FP, 25 septembre 2007, Dr. fisc. 2007, n°40, 1040
Rescrit n°2007/49, 4 décembre 2007, Dr. fisc. 2007, n°50, 1133
Rescrit n°2007/53, 11 décembre 2007, Dr. fisc. 2007, n°50, 1133

B. Documentation étrangère

IRS Publication 17, Catalog Number 10311G, *Your Federal Income Tax for Individuals*
IRS Publication 536, Catalog Number 46569U, *Net Operating Losses for individuals, estates and trusts*, March 2009
IRS Publication 4732, Catalog Number 52653T, *Federal Tax Information for US Taxpayers Living Abroad*, Jan. 2009
IRS Publication 54, Catalog Number 14999E, *Tax guide for US citizens and Residents Abroad*, Nov. 23, 2010,
IRS, Instructions for *Form 1120S, U.S. Income Tax Return for an S Corporation*, 2010
IRS, Instructions for *Schedule E (Form 1040)*, 2010

VI. Réponses

- Rép. Aboud, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n°95886
- Rép. Bataille, JO AN 3 juillet 2000, p. 3945, n°35728
- Rép. Bérard, JO Sénat 13 décembre 1990, p. 2644
- Rép. Berger, JO AN, 11 mai 1981, p. 2009, n°33993
- Rép. Biancheri, JO AN 28 mars 2006, p.3385, n°38802
- Rép. Bobe, JO AN 13 mars 2007, p.2665, n°111457
- Rép. Charasse, JO Sénat, 18 décembre 2003, p. 3653, n°07965
- Rep. Chatel, JO AN 9 août 2005, p.7692, n°50207
- Rép. Cinieri, JO AN 13 février 2007, p. 1580, n° 107289
- Rép. Cochet, JO AN 20 février 2007, p. 1815, n° 75705
- Rép. Dailly JO Sénat, 4 septembre 1960
- Rép. Dassault, JO Sénat, 21 septembre 2006, p. 2432, n°24054
- Rép. Dassault, JO Sénat, 7 mai 2009, p. 1119, n°02652
- Rép. Delcourt, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n°97018
- Rép. Denais, JO AN 18 juillet 1950, p. 5513
- Rép. Depierre, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n° 97564
- Rép. Deprez, JO AN 14 mars 1994, p. 1253, n°5266,
- Rép. Dolez, JO AN 16 février 2010, p.1691, n° 18648
- Rép. Domergue, JO AN 17 juin 2008, p. 5150, n°8034
- Rép. Douay, JO AN 30 juillet 2001, p. 4394, n°54977
- Rép. Doublet, JO Sénat 18 janvier 2001, p. 172, n°28200
- Rép. Ehrmann, JO AN 24 février 1992, p. 884, 52232
- Rép. Féron, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n°95064
- Rép. Fosset, JO Sénat, 17 mars 1994, p. 590, n° 2386
- Rép. Gilard, JO AN 16 août 2005, p.7848, n°65260
- Rép. Goasguen, JO AN 12 avril 1999, p. 2209, n°22836
- Rép. Goasguen, JO AN 24 décembre 2001, p. 7426, n°66974
- Rép. Grosskost, JO AN 28 juin 2005, p.6466, n°55175
- Rép. Grosskost, JO AN 15 janvier 2008, p. 366, n°1241
- Rép. Goua, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n°95803
- Rép. Guibal, JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n° 97085
- Rép. Havard, JO AN 9 juin 2009, p.5647, n°26470
- Rép. Hunault, JO AN, 17 mai 2011, p. 5076, n°81745
- Rép. Jacquat, JO AN 5 octobre 2004, p. 7753, n°34335
- Rép. Jeanjean, JO AN 15 mars 2005, p. 2735, n°38115
- Rép. Julia, JO AN 15 avril 1991, p.510, n°38735

- Rép. Krieg, JO AN 13 janvier 1973, p. 82
- Rép. Lamour, JO AN, 19 août 2008, p. 7151, n° 20408
- Rép. Lazaro, JO AN 20 décembre 1993, p. 4608, n°5703
- Rép. Le Fur, JO AN 31 août 2010, p. 9489, n° 60573
- Rép. Luca, JO AN 30 juin 2009, p. 6504, n°38555
- Rép. Malvy, JO AN 5 septembre 1983, p. 3869, n°30749
- Rép. Marsaudon, JO AN 19 novembre 2001, p. 6613, n°55265
- Rép. Marini, JO Sénat, 15 juillet 2004, p. 1570, n°10021
- Rép. Marini, JO Sénat, 8 janvier 2009, p. 74, n°06210
- Rép. Masson, JO Sénat 28 juillet 2005, p.2036, n° 12117
- Rép. Mermaz, JO Sénat, 20 avril 2005, p. 1134, n°20629
- Rép. Mignon, JO AN 20 février 2007, p. 1815, n° 78917
- Rép. Morel-A-L'Huissier, JO AN 5 décembre 2006, p.12779, n°100604
- Rép. Morel-A-L'Huissier, JO AN 1^{er} juillet 2010, p. 1697, n°30313
- Rép. Morisset, JO AN 27 février 2007, p.2146, n°94878
- Rép. Morot, JO AN 8 octobre 1970, n°9058
- Rép. Murat, JO Sénat, 6 décembre 2007, p. 2228, n°01489
- Rép. Pecresse, JO AN 20 avril 2004, p.3064, n°27670
- Rép. Perruchot, JO AN 9 août 2005, p.7692, n°60024
- Rép. Petit, JO AN 18 mars 1950, p. 2174
- Rép. Plasait, JO Sénat, 22 novembre 2001, p. 3702, n°34570
- Rép. Raudière (de la), JO AN 5 avril 2011, p. 3402, n°98998
- Rép. Richemont, JO Sénat, 14 avril 2005, p. 1068, n°14752
- Rép. Roubaud, JO AN 21 décembre 2010, p. 13754, n° 80202
- Rép. Roubaud, JO AN 17 mai 2011, p. 5106, n°79162
- Rép. Straumann, JO AN 5 mai 2009, p.4357, n°28171
- Rép. Türk, JO Sénat, 29 juillet 1993, p. 1261, n° 01268
- Rép. Vasseur, JO AN 8 novembre 1999 p. 420, n°37012
- Rép. Warhouver, JO AN 23 juillet 2001, p. 4246, n°59162
- Rép. Warsmann, JO AN 11 décembre 2007, p.7819, n° 2685
- Question Ecrite Warsmann, n°102313, JO AN du 15 mars 2011, page 2397
- Rép. Zimmermann, JO AN 26 juillet 2005, p.7404, n° 41771

VII. Rapports parlementaires, avis et exposés des motifs

ANGELS Bernard, Rapport d'information n° 205, fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur les *missions fiscales de la Direction Générale des Impôts*, 2 février 2000, p. 141

ARTHUIS Jean, Rapport n°287 (1984-1985) sur le projet de loi relatif a l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée fait au nom de la commission des lois

BARTOLONE Claude, Rapport au Parlement, *application de la loi du 14 novembre 1996 relative a la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville*, 4 mars 1999

BÉTEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth, MARINI Philippe, Rapport n° 413, fait au nom de la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner *le projet de loi de modernisation de l'économie*, 24 juin 2008, Tome I

BOUCHET Paul, CHARVET Dominique, FRAGONARD Bertrand, Rapport de la commission de réforme de *l'accès au droit et à la justice*, juin 2001

CARREZ Gilles, Rapport, n°1976 fait au nom de la Commission des Finances, de l'Assemblée Nationale sur le *projet de Loi de Finances Rectificative pour 2004 (n° 1921)*, 7 décembre 2004

CARREZ Gilles, Rapport n° 276 fait au nom de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur le *projet de loi de finances pour 2008*, T. II 11 octobre 2007, p. 125

CHARIÉ Jean-Paul & LAMURE Elisabeth, *Rapport fait au nom de la Commission Mixte Paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif a la modernisation de l'économie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juillet 2008

CHARIÉ Jean-Paul, *Rapport n°908, fait au nom de la Commission des Affaires Economiques sur le projet de loi de modernisation de l'économie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 22 mai 2008

CHARTIER Jérôme, Rapport « *Réflexions pour une convergence fiscale franco-allemande* », janvier 2011

COCHET Philippe, Proposition de résolution n°3135 tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'appauvrissement de la France en raison de l'expatriation des patrimoines et des contribuables, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 juin 2006.

DASSAULT Olivier, Rapport AN, n°3246 Au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur la proposition de résolution (n° 3135) de M. Philippe cochet, *tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'appauvrissement de la France en raison de l'expatriation des patrimoines et des contribuables*, du 5 juillet 2006

DE ROUX Xavier, *Rapport à l'Assemblée Nationale au nom de la commission des finances sur la proposition de loi n°3385 instituant la fiducie*, 1^{er} février 2007, n°3655

DE ROUX Xavier, *La création d'un patrimoine d'affectation*, Rapport remis à Hervé Novelli le 5 novembre 2008

DOLIGE Eric, *Rapport d'information n°519 (2008-2009) fait au nom de la mission commune d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, « *Les DOM : défi pour la République, chance pour la France, 100 propositions pour fonder l'avenir* »

DU LUART Roland, Rapport n° 23 de la commission des Finances du Sénat sur *l'aide juridictionnelle*, 9 octobre 2007

GIROD Paul, *avis n° 201, présenté au Sénat au nom de la commission des lois sur les conclusions de la commission des affaires économiques et du plan sur la proposition de loi de mm. Jean-Pierre Raffarin, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, 2 février 2000

- GOSSELIN Philippe & PAU-LANGEVIN George, Rapport n° 3319 de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, *en vue d'améliorer l'accès au droit et à la justice*, 6 avril 2011
- GOURNAC Alain, Rapport n° 210, fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le *projet de loi pour l'égalité des chances*, 22 février 2006
- GRIGNON Francis, Rapport n°189, fait au nom de la Commission des Affaires économiques du Sénat sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre Raffarin, *tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, 26 janvier 2000
- HUYGHE Sébastien, Rapport n°2850, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale sur le *projet de loi (n°2427) portant réforme des successions et des libéralités*, 15 février 2006
- MARINI Philippe, Rapport d'information, n° 65 fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur la *fiscalité des mutations à titre gratuit*, 20 novembre 2002, p. 72
- MARINI Philippe, *Débats sur l'article 26 bis de la loi sur l'initiative économique*, Sénat Débats 27 mars 2003
- MARINI Philippe, Rapport n° 73 fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur le *projet de loi de finances pour 2004*, T. II, Fasc. 1, 20 novembre 2003
- MARINI Philippe, Rapport n°127 au nom de la Commission des Finances du Sénat sur le *projet de loi de finances rectificative pour 2007*, 12 décembre 2007
- MARINI Philippe, Rapport n°442 fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur la *proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*, 27 mai 2009
- MARINI Philippe, Rapport n°111, fait au nom de la Commission des Finances du Sénat sur le *projet de loi de finances pour 2011*, T. III, *Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, 18 novembre 2010.
- MIGAUD Didier, Rapport d'information n°1065 fait au nom de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur la *fiscalité du patrimoine et de l'épargne*, 16 juillet 1998
- MIGAUD Didier, Rapport n°1861, fait au nom de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur le *projet de loi de finances pour 2000*, T. III, Vol. 1, 14 octobre 1999
- MIGAUD Didier & CARREZ Gilles, Rapport d'information de la commission des finances à l'Assemblée Nationale sur *les paradis fiscaux*, 10 septembre 2009
- PORTALIS Jean Etienne, *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété* (26 nivôse an XIII), in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, édition du Centre de philosophie du droit de l'Université d'Aix-Marseille, 1988
- RAFFARIN Jean-Pierre, Exposé des motifs de la proposition de loi, n° 254 (1998-1999) *tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, présenté au Sénat, le 9 mars 1999
- RICHEMONT Henri (de), *Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie* (n° 11, 2006-2007), 11 octobre 2006
- RICHEMONT Henri (de), *Rapport au nom de la commission des lois concernant le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités* (n°343, 2005-2006), déposé le 10 mai 2006
- RUEFF Jacques & ARMAND Louis, *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, 21 juillet 1960
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112, du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, JORF n°0026 du 31 janvier 2009
- Rapport du Conseil des prélèvements obligatoires à la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, sur « Le patrimoine des Ménages », 4 mars 2009

Compte rendu de la Commission des finances du Sénat, 14 février 2007 ; Sénat communiqué de presse du 14 février 2007, *La commission des finances examine les dernières données disponibles en matière d'ISF et de délocalisations fiscales*

VIII. Colloques, Conférences, Tables rondes

- BARRIERE François, *La fiducie ou le réveil chaotique de la Belle au bois dormant*, Atelier de droit civil de l'Université Mc Gill (Montréal, Canada), 12 septembre 2008
- BLANLUET Gauthier, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011
- BOUDOT Michel, *L'image du « démembrement » dans la doctrine française*, conférence prononcée aux Quarte giornate di studio roma tre – poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, Rome, 16 et 17 juin 2006
- BOURIANE Gérard, Colloque « *L'abus de droit en fiscalité* », Université Paris Dauphine 16 mai 2002
- BRETON Thierry, Colloque « Paris Place de droit », 16 novembre 2005, Communiqué MINEFI 16 novembre 2005
- CANTIN CUMYN Madeleine, *Réflexions autour de la diversité des modes de réception du trust dans les pays de droit civil*, 5^{ème} atelier de droit civil de l'Université de Mc Gill (Montréal, Canada), 6 mars 2009
- CARREZ Gilles, Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009
- FILLON François, LAGARDE Christine, BAROIN François, Colloque Fiscalité et Patrimoine, Bercy, 3 mars 2011
- GALLIEZ Lionel & POUZENC Florence, *L'OBO (owner buy out) ou vente à soi-même*, Bulletin du patrimoine n°2/11, inf 99, p. 10
- HOHL Bertrand, Intervention au colloque du Magistère de juriste d'affaires-DJCE de Paris II, *La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires*, 29 juin 2007
- JULIEN SAINT AMAND Pascal, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011
- NEAU-LEDUC Philippe, Colloque de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine, *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses du projet de loi*, 20 mai 2011
- PERRINET MARQUET Hugues, Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009
- PINAULT Christophe (DGA - Métiers des particuliers - Crédit Foncier), Table ronde « *L'immobilier résidentiel reste-t-il un support d'épargne attractif à moyen et long terme ?* » Premières assises de la nue-propriété, 30 janvier 2009
- REJET Thierry, *Allocution introductive à l'après midi-débats du 4 février 2010 sur le patrimoine professionnel d'affectation*
- ROBERT Eric, *Les nomades fiscaux contre les sédentaires fiscaux*, 15^{èmes} universités fiscales européennes de printemps, 12 avril 2008
- SAERENS Patrick, *La magie fiscale : entre Houdini et Garcimore*, 15^{èmes} universités fiscales européennes de printemps, 12 avril 2008
- TERRE François, *Destinée du Code civil*, Discours à l'Académie – Bicentenaire du Code civil, 15 mars 2004
- Table ronde, *Investir dans les PME pour diminuer votre ISF*, Salon de l'ingénierie fiscale, patrimoniale et financière pour les investisseurs privés, 31 mars 2010.

IX. Divers

Conseil National de la Comptabilité - Avis n°2008-03 du 7 février 2008, Traitement comptable des opérations de fiducie

Conseil des Impôts, 16^{ème} rapport, L'imposition du patrimoine, Paris, Direction des Journaux Officiels, 1998

Conseil des Impôts, 22^{ème} rapport, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, Paris, Direction des Journaux Officiels, 2004

Conseil des prélèvements obligatoires - *Le patrimoine des ménages*, mars 2009

Cour des Comptes - Rapport public annuel, *L'assiette des impôts locaux : la détermination des bases cadastrales et leur gestion par les services de l'Etat*, février 2009

Cour des Comptes - Rapport public annuel, février 2010

Cour des Comptes - Rapport public : *Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, 2 mars 2011

Inspection Générale des Finances - Rapport, n°2009-M-066-03, *Les frais prélevés sur les produits financiers bénéficiant d'un avantage fiscal pour favoriser l'investissement dans les PME*, octobre 2009, p. 10 s.

CHARTIER Jérôme, *Réflexions pour une convergence fiscale franco-allemande*, 19 janvier 2011

Résumé :

Le droit de propriété est un pilier sur lequel s'appuie le droit fiscal et autour duquel s'articule la fiscalité patrimoniale. Il apparaît que l'optimisation fiscale n'est que l'amélioration des conséquences fiscales d'une opération juridique se fondant sur l'instrumentalisation du droit de propriété. Les techniques juridiques utilisées pour façonner le droit de propriété influent donc sur le traitement fiscal

Cette instrumentalisation du droit de propriété à des fins fiscales répond-elle cependant à une règle générale ? Cette règle générale permet-elle de classer les éléments d'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ? Il apparaît que ces éléments ne constituent que des mécanismes juridiques consistant, soit en une déconstruction du droit lui-même ou de sa valeur, soit en une affectation juridique ou spatio-temporelle du droit de propriété.

Descripteurs :

- | | |
|----------------------------|---------------------|
| 1 Droit de propriété | 5 Valeur |
| 2 Démembrement | 6 Traitement fiscal |
| 3 Affectation | 7 Fiducie |
| 4 Patrimoine d'affectation | 8 Imposition |

Title and Abstract:**Tax manipulation and property rights**

Legal ownership is one of the main pillars on which tax law is based and around which property taxation revolves. It appears that tax optimisation is merely about improving the tax consequences of a legal operation based on the manipulation of legal ownership. The means used to shape the property rights affect the legal and tax consequences.

Is such manipulation of legal ownership for tax purposes subject to a fixed rule? Does this rule allow to draw a categorisation of all instruments used in order to exploit legal ownership for tax purposes? It appears that these instruments are but legal mechanisms. They consist either in a deconstruction of ownership itself or of its value, or in a specific ownership assignment in legal or spatiotemporal terms.

Keywords :

- | | | | |
|---|-----------------------------|---|------------------|
| 1 | Property rights | 5 | Tax value |
| 2 | Division of property rights | 6 | Tax consequences |
| 3 | Dedication | 7 | Fiducia |
| 4 | Estate vehicle | 8 | Taxation |