

IMPÔT DE SOLIDARITÉ SUR LA FORTUNE (ISF)

1285

Pour une cohérence des régimes d'exonération applicables aux sociétés translucides détenant une résidence principale ou des œuvres d'art

La détention d'œuvres d'art ou d'une résidence principale par le biais d'une société civile ferme la voie à l'exonération partielle ou totale de ces biens au regard de l'ISF. Dans un souci de cohérence, de neutralité fiscale, et de simplicité, il est proposé de mettre fin à ces situations injustes.

Étude rédigée par :

Renaud Mortier,
professeur agrégé de droit privé, président de la FDNP,
directeur du Centre de Droit des Affaires (CDA)

et **Pascal Julien Saint-Amand,**
notaire à Paris, Président du groupe Althémis, docteur en droit

de la réforme proposée, nous nous attacherons à révéler ses vertus : garantir la nécessaire neutralité technique de notre droit fiscal (A), et mettre fin à une fiscalité des œuvres d'art discriminatoire (B).

A. - Garantir la nécessaire neutralité technique de notre droit fiscal

4 - Pourquoi exonérer d'ISF les objets d'antiquité, d'art ou de collection lorsqu'ils sont détenus directement par une personne physique, et les taxer à l'ISF en cas de détention indirecte par cette même personne, via une société ? L'interposition d'une société change-t-elle fondamentalement la nature juridique de l'actif sous-jacent ? Évidemment non. Certes, on objectera que juridiquement, le porteur des titres d'une société qui détient des objets d'antiquité, d'art ou de collection, est propriétaire non pas de ces derniers (le propriétaire étant la société), mais de droits sociaux qu'il n'y a pas lieu d'exonérer par nature. Mais cette considération purement juridique ne doit pas masquer la réalité économique de la situation. Économiquement en effet, la valeur des titres sociaux reflète celle de l'actif sous-jacent (objets d'antiquité, d'art ou de collection) : sans ce dernier, les titres ne valent rien. Surtout, la mise en société d'actifs est et ne doit rester qu'une pure technique juridique, que le législateur ne doit ni encourager, ni décourager, car elle n'est en soi ni bonne ni mauvaise.

REMARQUE

→ Bref, c'est la neutralité fiscale qui, tout spécialement au regard de l'ISF, devrait prévaloir en droit positif.

5 - Tel n'est pas le cas en matière d'objets d'antiquité, d'art ou de collection : la fiscalité dissuade en ce domaine de recourir à une société civile, en dépit des nombreux avantages que procure par

1 - Le sort des objets d'art (1) et de la résidence principale (2) au regard de l'ISF varie selon qu'ils sont détenus directement par une personne physique ou par l'intermédiaire d'une société civile. Il est proposé de revenir sur cette anomalie fiscale.

1. Détection d'œuvres d'art par le biais d'une société civile et exonération d'ISF

2 - On sait que les objets d'antiquité, d'art ou de collection sont exonérés d'impôt de solidarité sur la fortune¹. Cependant, pour ouvrir droit à cette exonération, ces différents biens doivent être détenus directement par l'un des membres du foyer imposable à l'ISF, et en aucun cas par le biais d'une personne morale, même lorsque cette dernière est une simple société civile. Ainsi n'est-il pas conseillé d'inclure dans une société civile des objets d'antiquité, d'art ou de collection. Là est l'anomalie.

3 - Nous proposons sur ce point de modifier la loi, modification extrêmement simple, avare de mots et des deniers de l'État (C). Ces caractéristiques devraient suffire à lever la suspicion légitime de notre législateur, mais comme il faut encore démontrer l'utilité

¹ CGI, art. 885 I ; BOI-PAT-ISF-30-40-20-20150108, n° 1 à 210.

ailleurs cette technique. Car les vertus reconnues depuis longtemps aux sociétés civiles immobilières sont également celles des sociétés civiles détentrices d'œuvres d'art : éviter l'indivision ; favoriser la gestion collective des actifs ; gérer avec souplesse le patrimoine d'un incapable, mineur ou majeur ; transmettre le patrimoine dans les meilleures conditions civiles, en permettant par exemple au donateur, demeuré gérant de la société, d'exercer sur le patrimoine social un pouvoir de contrôle... Ajoutons que les œuvres d'art peuvent faire partie d'une collection, dont la dispersion, familiale ou extra-familiale, peut se révéler économiquement et culturellement dévastatrice : la société civile peut se révéler un extraordinaire sanctuaire des collections. Le contribuable n'a pas à attendre du législateur une récompense fiscale lorsqu'il entre en société. Les avantages civils devraient lui suffire. Mais pourquoi subirait-il une sanction fiscale ? Pourquoi faudrait-il ici payer au prix fort (la privation subite d'une exonération d'ISF) l'accès à une technique ultra-classique et banale de gestion et de transmission du patrimoine ? L'opportunité s'y oppose évidemment. Mais davantage, le juriste doit s'efforcer de démontrer que la logique de notre système fiscal, considéré en son entier ou par branche, condamne radicalement la solution actuellement imposée par notre droit positif.

6 - Or, notre système fiscal consacre le plus souvent à juste titre la neutralité fiscale des techniques sociétaires. C'est ainsi que la mise en société est parfaitement neutre au regard de la qualification de biens professionnels exonérés d'ISF : peu importe que l'actif professionnel soit détenu par le biais d'une société, le législateur a prévu les dispositifs permettant de qualifier les parts sociales ou actions de biens professionnels exonérés (CGI, art. 885 O et 885 Obis). Mieux, lorsque l'immobilier affecté à l'exploitation de l'entreprise (individuelle ou sociétaire) n'est pas inscrit à son bilan, cet immobilier ouvre droit à l'exonération au profit de l'exploitant, et ce, même si ce dernier le détient par le biais d'une société (exonération des titres).

7 - Comment pourrait-on d'ailleurs envisager qu'il en fût autrement ? Sauf à considérer qu'il est souhaitable de pénaliser en France le recours aux sociétés, particulièrement le recours aux sociétés civiles dites de patrimoine, ce qui serait absurde. C'est d'ailleurs pourquoi la neutralité fiscale des sociétés innervé de nombreux autres impôts : impôts sur les plus-values (notion de prépondérance immobilière, permettant tout spécialement de taxer selon le régime des plus-values immobilières les cessions de parts de SCI non soumises à l'impôt sur les sociétés ; extension de l'exonération d'impôt sur la plus-value attachée à la résidence principale aux parts de la SCI qui détient cette résidence², ou encore droits d'enregistrement (notion de prépondérance immobilière appliquée aux droits d'enregistrement, permettant de taxer dans des conditions quasi-identiques les cessions d'immeubles et

les cessions d'actions ou de parts de sociétés dont l'actif est constitué principalement d'immeubles).

B. - Mettre fin à une fiscalité des œuvres d'art discriminatoire

8 - Nous ne suggérons donc rien d'autre que la suppression d'une anomalie, une remise en cohérence de notre droit : l'exonération d'ISF des parts sociales des sociétés détenant des objets d'antiquité, d'art ou de collection, va en ce sens. Elle ne constituerait d'ailleurs pas une révolution : elle existe déjà, mais uniquement lorsque la société détient par ailleurs un immeuble historique (non exonéré d'ISF, quant à lui). Il suffirait de généraliser à toutes les sociétés cette solution parfaitement neutre fiscalement, et sensée. Rappelons brièvement la consistance de ce modèle qu'il appartiendrait au législateur de généraliser. Elle figure à l'article 885 I alinéa 2 du CGI, texte qui dispose : « *Cette exonération [celle des objets d'antiquité, d'art ou de collection, posée au premier alinéa] s'applique également aux parts de sociétés civiles mentionnées au troisième alinéa de l'article 795 A [sociétés civiles détenant en pleine propriété et gérant des immeubles classés ou inscrits sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques] à concurrence de la fraction de la valeur des parts représentatives des objets d'antiquité, d'art ou de collection* ». Il est difficile de justifier que ce qui est bon et juste pour les sociétés détenant un monument historique ne l'est pas pour les sociétés ne détenant pas ce type d'immeuble. Pourquoi le monument historique exonérerait-il ce qu'il touche³, alors que les objets d'antiquité, d'art ou de collection sont exonérés d'ISF pour eux-mêmes ? Rien ne le justifie.

REMARQUE

→ Ainsi l'exonération de l'article 885 I, alinéa 2, du CGI se révèle-t-elle discriminatoire, en ce qu'elle réserve à quelques

3 Pour bénéficier de l'exonération, la société qui détient les objets d'antiquité, d'art ou de collection doit :

- être constituée sous la forme de société civile ;
- détenir en pleine propriété et gérer un monument historique tel que défini au premier alinéa de l'article 795 A du CGI ;
- présenter un caractère familial, l'exonération n'étant applicable qu'aux parts de sociétés constituées uniquement entre des personnes parentes en ligne directe ou entre frères et sœurs, leurs conjoints et, le cas échéant, les enfants de ces différentes personnes ;
- réaliser des revenus imposables dans la catégorie de revenus fonciers ;
- avoir conclu avec les ministres chargés de la culture et des finances la convention à durée indéterminée mentionnée au premier alinéa de l'article 795 A du CGI.

En outre, l'exonération ne peut s'appliquer qu'aux parts détenues depuis plus de deux ans par le donateur ou le défunt, lorsque celui-ci les a souscrites ou acquises à titre onéreux.

Enfin, les bénéficiaires de la mutation doivent prendre l'engagement d'adhérer à la convention mentionnée au premier alinéa de l'article 795 A du CGI ; les parts doivent, de plus, rester leur propriété durant un délai de cinq années à compter de la date de la transmission à titre gratuit.

Quant à la portée du texte : l'exonération d'impôt de solidarité sur la fortune ne s'applique qu'à concurrence de la fraction de la valeur nette des parts de la société représentative des objets d'antiquité, d'art ou de collection.

La fraction de la valeur des parts représentative des immeubles historiques demeure, quant à elle, soumise à l'impôt de solidarité sur la fortune en application des dispositions de l'article 885 H du CGI.

2 V. notamment en ce sens CAA Bordeaux, 1^{er} févr. 2000 : Dr. fisc. 2000, n° 49, comm. 970. - CAA Paris, 25 nov. 1999 : Dr. fisc. 2000, n° 40, comm. 741. - CAA Nantes, 2 févr. 1999 : Dr. fisc. 1999, n° 43, comm. 785.

contribuables faisant figure de privilégiés le bénéfice d'une exonération destinée à profiter à tous.

Position de la FNDP

Ainsi suggérons-nous la réforme suivante : modifier l'article 885 I, alinéa 2, du CGI pour le rédiger comme suit : « Cette exonération s'applique également aux parts de sociétés civiles [ajouter éventuellement : « non soumises à l'impôt sur les sociétés » (il est vrai que la neutralité fiscale que nous avons largement évoquée concerne pour l'essentiel les sociétés civiles fiscalement translucides, c'est-à-dire non soumises à l'impôt sur les sociétés)], à concurrence de la fraction de la valeur des parts représentatives des objets d'antiquité, d'art ou de collection »⁴. Ce qui pourrait résulter d'une disposition légale rédigée comme suit : « À l'article 885 I alinéa 2 du CGI, les mots « mentionnées au troisième alinéa de l'article 795 A » sont supprimés ». Avare de mots, la réforme le serait également d'euros : elle ne coûterait rien à l'État. La fiscalité actuelle est en effet dissuasive. Pourquoi mettrait-on en société des objets d'antiquité, d'art ou de collection, puisque la mesure se traduit par un basculement dans le champ de l'ISF ? La neutralité de notre droit fiscal ne fournira pas au contribuable le moyen de faire échapper son patrimoine à la taxation. Elle l'autorisera simplement à envisager la transmission et la gestion de son patrimoine artistique sans écarter systématiquement l'une de ses voies les mieux carrossables : la mise en société.

2. Détenzione de la résidence principale par une société civile et décote ISF

9 - Pourquoi exonérer partiellement d'ISF la résidence principale lorsqu'elle est détenue directement par une personne physique, et la taxer intégralement en cas de détention via une société ? L'interposition d'une société change-t-elle fondamentalement la nature de l'actif sous-jacent ? Évidemment non.

A. - Position du problème

10 - Aux termes de l'article 885 S du CGI : « *La valeur des biens est déterminée suivant les règles en vigueur en matière de droits de mutation par décès.*

Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 761, un abattement de 30 % est effectué sur la valeur vénale réelle de l'immeuble lorsque celui-ci est occupé à titre de résidence principale par son propriétaire.

L'administration fiscale refuse d'étendre le bénéfice de cet abattement à la résidence principale détenue par le biais d'une société civile translucide.

« En revanche, sont exclus de ce dispositif les titres de sociétés civiles de gestion ou d'investissement immobilier, alors même que

⁴ V. en ce sens *R. Mortier, ISF et détention d'objets d'art via une société civile : pourquoi et comment réformer l'article 885 I du CGI* ; *JCP E 2007, act. 484* ; *RFN 2007, 8 et JCP N 2007, n° 44, act. 685.*

l'immeuble détenu par le redevable constituerait sa résidence principale »⁵.

B. - Analyse des textes

11 - Aux termes de l'article 885 D du CGI : « *L'impôt de solidarité sur la fortune est assis et les bases d'imposition déclarées selon les mêmes règles et sous les mêmes sanctions que les droits de mutation par décès sous réserve des dispositions particulières du présent chapitre* ».

En ce qui concerne l'évaluation des biens immobiliers, l'article 761 énonce :

« Pour la liquidation des droits de mutations à titre gratuit, les immeubles, quelle que soit leur nature, sont estimés d'après leur valeur vénale réelle à la date de la transmission (...)

« Pour les immeubles dont le propriétaire a l'usage à la date de la transmission, la valeur vénale réelle mentionnée au premier alinéa est réputée égale à la valeur libre de toute occupation (...)»

L'article 885 S prévoit (V. préc.) « *un abattement de 30 % est effectué sur la valeur vénale réelle de l'immeuble lorsque celui-ci est occupé à titre de résidence principale par son propriétaire* ».

REMARQUE

→ L'article 885 S ne vise donc pas l'évaluation des titres de société civile semi-transparente détenant la résidence principale de ses associés. L'abattement de 30 % sur « la valeur vénale réelle » qu'il prévoit ne s'applique donc pas pour minorer la base imposable des parts de la société civile.

C. - Évaluation des parts d'une société civile détenant la résidence principale de ses associés

12 - Pour l'assiette des droits de succession, comme pour l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), les biens sont évalués à leur valeur vénale au jour du fait générateur de l'impôt, soit, en ce qui concerne l'impôt de solidarité sur la fortune, à leur valeur vénale au 1^{er} janvier de chaque année.

La jurisprudence définit la valeur vénale comme le prix normal qu'eût accepté de payer un acquéreur quelconque n'ayant pas une raison exceptionnelle de convenance de préférer plus particulièrement le bien litigieux à d'autres similaires.

La valorisation des parts de la société civile doit donc tenir compte, d'une part, de la valeur à la date du fait générateur des biens qu'elle détient (1^{er}) et, d'autre part, de la moindre liquidité des parts par rapport au bien (2^{er}).

1^{er} Valeur de la résidence principale détenue par la société

13 - Par un jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 22 juillet 1993, les juges du fond avaient retenu que si l'appartement était occupé à titre de résidence principale par son propriétaire et sa famille, mais non par un tiers titulaire d'un engagement

⁵ BOI-PAT-ISF-30-50-10, n° 120.

de location, il devait être considéré comme libre ; qu'une telle occupation ne modifiait pas l'étendue des droits de propriété du propriétaire et donc la valeur marchande du bien ; qu'il n'existaient, en effet, aucun obstacle juridique à ce que le propriétaire puisse vendre ce bien à un acquéreur éventuel, sans que les dispositions protectrices du logement familial prévues à l'article 215 du Code civil modifient cette situation et le caractère de bien libre ;

14 - Par un arrêt du 13 février 1996⁶, la Cour de cassation a cassé ce jugement en relevant qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'état de fait relevé par le jugement, le bien était occupé et devait être évalué en fonction de cette circonstance, le tribunal a violé les textes applicables.

La valeur au 1^{er} janvier de l'année des parts d'une société civile détenant la résidence principale de ses associés est déterminée en tenant compte de la valeur du bien immobilier au 1^{er} janvier de l'année considérée. Ce bien étant occupé à titre de résidence principale par le propriétaire des parts de la société doit donc, pour les mêmes raisons que celles expressément admises par la Cour de cassation dans l'arrêt Fleury, tenir compte de la circonstance de fait résultant de cette occupation. Une décote doit donc être appliquée car à la date du fait générateur de l'imposition, le bien est occupé.

Cette décote pourrait être de l'ordre de 20 % (abattement couramment admis pour les biens donnés en location).

2^o Décote pour moindre liquidité

15 - Le marché de parts de société civile détenant un bien immobilier est plus étroit que le marché des biens immobiliers détenus directement.

Par ailleurs, en fonction du nombre d'associés de la société civile, la cession des parts peut être sensiblement plus complexe que la cession du bien.

La cession du bien immobilier par la société civile est également une option, mais l'appréhension du prix de cession par les associés est plus complexe qu'en cas de détention directe du bien.

Une décote pour moindre liquidité devrait donc être appliquée. L'importance de cette décote dépend de chaque situation de fait. Une décote de l'ordre de 10 % à 15 % pourrait être défendue.

C. - Proposition

16 - Si l'on retient une décote de 20 % pour occupation sur le bien et de 10 % pour moindre liquidité des parts, la décote serait de l'ordre de $20\% + (10\% \times 80\%) = 28\%$.

Si l'on retient une décote de 20 % pour occupation sur le bien et de 15 % pour moindre liquidité des parts, la décote serait de l'ordre de $20\% + (15\% \times 80\%) = 32\%$.

La décote qui peut être défendue dans le cadre d'une détention de la résidence principale par le biais d'une société civile est du même ordre que la décote prévue par la loi (*CGI, art. 885 S*) en cas de détention directe.

Il est proposé d'appliquer à la résidence principale détenue par le biais d'une société civile le même abattement qu'à la résidence principale détenue en direct et ceci dans un souci de neutralité du mode d'organisation de la détention.

Position de la FNDP

Pour atteindre ce résultat deux voies nous semblent envisageables.

- La première passe par la voie législative et consiste à modifier la rédaction de l'article 885 S comme suit :

Rédaction actuelle de l'article 885 S :

« La valeur des biens est déterminée suivant les règles en vigueur en matière de droits de mutation par décès. Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 761, un abattement de 30 % est effectué sur la valeur vénale réelle de l'immeuble lorsque celui-ci est occupé à titre de résidence principale par son propriétaire. En cas d'imposition commune, un seul immeuble est susceptible de bénéficier de l'abattement précité. »

Proposition de nouvelle rédaction de l'article 885 S :

« La valeur des biens est déterminée suivant les règles en vigueur en matière de droits de mutation par décès.

*Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 761, un abattement de 30 % est effectué sur la valeur vénale réelle de l'immeuble lorsque celui-ci est occupé à titre de résidence principale par son propriétaire. **Un abattement de 30 % est également effectué sur la valeur vénale de l'immeuble détenu par une société lorsque ce bien constitue la résidence principale de l'un ou plusieurs de ses associés.***

En cas d'imposition commune, un seul immeuble est susceptible de bénéficier de l'abattement précité ».

- La seconde voie consiste à modifier la doctrine administrative

Rédaction actuelle du BOI-PAT-ISF-30-50-10

« 1. Notion de résidence principale

120

Il est précisé que ce dispositif concerne également les parts de sociétés mentionnées à l'article 1655 ter du CGI, dont les associés sont réputés être directement propriétaires des logements correspondant à leurs droits.

En revanche, sont exclus de ce dispositif les titres de sociétés civiles de gestion ou d'investissement immobilier, alors même que l'immeuble détenu par le redéuable constituerait sa résidence principale ».

Proposition d'adaptation du BOI-PAT-ISF-30-50-10

1. Notion de résidence principale

120

Il est précisé que ce dispositif concerne également les parts de sociétés mentionnées à l'article 1655 ter du CGI, dont les associés sont réputés être directement propriétaires des logements correspondant à leurs droits.

Lorsque la résidence principale du redéuable est détenue par une société, la valeur vénale des parts est déterminée par application à la valeur du bien immobilier d'un abattement pour

6 Cass. com., 13 févr. 1996, n° 93-20.878.

occupation et par application à la valeur des parts d'un abattement pour tenir compte de la moindre liquidité des parts par rapport à une détention directe de la résidence principale. (Et supprimer la phrase : En revanche, sont exclus de ce dispositif les titres de sociétés civiles de gestion ou d'investissement immobilier, alors même que l'immeuble détenu par le redéposable constituerait sa résidence principale »).

¹⁷ - Les adaptations de notre droit positif ci-dessus proposées n'ont pas vocation à faire bénéficier les contribuables d'un avantage indu, mais simplement d'assurer une totale neutralité dans le mode d'organisation juridique choisie par le contribuable. ■

PATRIMOINE

1286

L'attribution gratuite d'actions à l'époux commun en biens

L'attribution gratuite d'actions à un époux commun en biens pose des difficultés liées aux étapes jalonnant l'acquisition des actions. Le débat peut être inspiré de celui relatif aux stock-options. Toutefois, les mécanismes à l'œuvre diffèrent sensiblement, ce qui invite à une analyse précise de l'opération.

Étude rédigée par :

Estelle Naudin,
professeur à l'université de Strasbourg

et Sophie Schiller,
présidente du comité juridique de la FNDP, professeur
à l'université Paris-Dauphine

¹ - L'attribution gratuite d'actions à un époux commun en biens pose des difficultés liées aux étapes jalonnant l'acquisition des actions (1). La patrimonialité de ces droits, au cœur du débat, doit être reconnue (2). Ne saurait donc être éludée la question de leur qualification sous le régime légal (3).

1. Exposé du problème

² - L'attribution d'actions gratuites ouvre une période dite « d'acquisition » d'une durée d'au moins un an pendant laquelle les attributaires ne sont qu'actionnaires potentiels sans possibilité de voter ou de percevoir des dividendes. Leurs droits sont subordonnés à la réalisation de critères de performance, individuelle ou collective, ou à un niveau d'un cours de bourse à atteindre. Ils sont alors inaccessibles sauf décès ou inva-

lidité. Une fois les actions attribuées, le plan peut prévoir une période dite « de conservation », désormais facultative, dont la durée cumulée avec celle d'acquisition doit dépasser deux ans. Les attributaires sont actionnaires, mais soumis à une interdiction de louer, céder, transmettre... sauf décès ou invalidité. Les actions gratuites ont donc des caractéristiques très proches des stock-options. Les deux mécanismes s'étalent sur plusieurs années. Pendant cette longue période, leurs titulaires peuvent se marier ou dissoudre leur régime, ce qui est susceptible de poser des problèmes et ils doivent exercer une activité au sein de la société pour que soient conservés et optimisés leurs droits. Les deux mécanismes sont dotés d'une valeur patrimoniale, constituent des rémunérations et sont inaccessibles afin de fidéliser leurs titulaires, les uns par une contrainte légale et les autres conventionnelle. Néanmoins, à la différence des stock-options, les actions gratuites ne changent pas de nature lorsqu'elles sont exercées.

³ - L'attribution gratuite d'actions à un époux commun en biens pose ainsi des difficultés liées aux étapes jalonnant l'acquisition des actions.

⁴ - Lorsque la communauté prend fin après « l'attribution définitive » des actions, le débat ne porte que sur la valorisation des actions, dont le caractère commun n'est pas contesté. Les actions acquises en cours