

# DOSSIER

## LA NOUVELLE DONNE FISCALE EN GESTION DE PATRIMOINE

♦ **L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale** .....

♦ **Réforme de la fiscalité des revenus et des gains patrimoniaux** .....

♦ **Réforme de l'ISF : retour vers le passé** .....

♦ **Fiscalité des entreprises** .....

DOSSIER RÉALISÉ PAR  
MARCEAU CLERMON,  
JEAN-FRANÇOIS DESBUQUOIS,  
PASCAL JULIEN **SAINT-AMAND**  
ET PHILIPPE NEAU-LEDUC

« **L**a nouvelle donne fiscale en gestion de patrimoine ». Tel est l'intitulé retenu par les organisateurs de l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 et de l'Université Paris-Dauphine pour un colloque organisé le 17 janvier 2013 dont les actes sont ici publiés. L'idée d'une nouvelle donne était un peu provocatrice, supposant à la fois un changement des règles à venir tout en laissant augurer, de manière subliminale, que l'on était néanmoins dans une forme de jeu. Malheureusement, la réalité budgétaire confirme que la fiscalité n'est pas un jeu. Moyen pour l'État d'assurer le financement de sa politique, la fiscalité est également, pour le contribuable, un ressort pour se projeter sur son avenir et décider de ses arbitrages patrimoniaux. La règle d'airain qui veut que la loi soit générale, s'adressant à tous, et permanente, s'inscrivant dans la durée, semble bien avoir vécu, surtout en matière fiscale. Si les lois de finances se multiplient depuis quelques années à l'envi, les troisième loi de finances rectificative pour 2012 et loi de finances pour 2013 emportent pour l'année 2013 leur lot de réformes et de changements.

Le programme présidentiel avait été clair et sa mise en œuvre cohérente, les différentes crises financières et

économiques nécessitaient un budget de combat. Pour autant, le monde des fiscalistes, qui n'est pas en mal d'imagination, se trouva fort dépourvu lorsque la nouvelle donne fiscale fut annoncée et votée. En effet, les lois de finances évoquées refermaient la porte sur un certain nombre de schémas précédemment et couramment envisagés, ne laissant que peu de latitude pour l'avenir. Condamnées les cessions temporaires d'usufruit, ralentis les apports-cessions, oubliées les optimisations en matière d'ISF, hypothétiques les transferts de sièges sociaux à l'étranger...

La rigueur budgétaire nous conduit donc à reprendre les différents aspects de la nouvelle donne fiscale concernant les divers dispositifs « anti-abus », la réforme de la fiscalité des revenus et gains patrimoniaux, l'évolution des règles en matière d'ISF et la problématique de la fiscalité des entreprises. En attendant la suite !...

Par **Philippe Neau-Leduc**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1,  
Directeur du master 2 Droit et fiscalité de l'ingénierie  
sociétaire et patrimoniale (Université Paris 1)



# L'ENCADREMENT DE CERTAINS SCHÉMAS D'OPTIMISATION FISCALE

LA TROISIÈME LOI DE FINANCES RECTIFICATIVE POUR 2012 (1) S'EST NOTAMMENT DONNÉ POUR AMBITION D'ENCADRER TROIS SCHÉMAS D'OPTIMISATION FISCALE : LA CESSION D'USUFRUIT TEMPORAIRE ET LES OPÉRATIONS DITES D'« APPORT-CESSION » ET DE « DONATION-CESSION ».

PAR **MARCEAU CLERMON**, NOTAIRE, **JEAN-FRANÇOIS DESBUQUOIS**, AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET FIDAL, **PASCAL JULIEN SAINT-AMAND**, NOTAIRE, ET **PHILIPPE NEAU-LEDUC**, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE PARIS 1, DIRECTEUR DU MASTER 2 DROIT ET FISCALITÉ DE L'INGÉNIERIE SOCIÉTAIRE ET PATRIMONIALE (UNIVERSITÉ PARIS 1)

**S**i les trois articles relatifs à ces schémas ont été adoptés par le Parlement, qui a toutefois dû procéder à une réécriture presque complète de certains des projets de textes compte tenu de leur imprécision, seuls les deux premiers ont survécu au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, qui a purement et simplement annulé le dispositif concernant la « donation-cession » (2).

## I - CESSION À TITRE ONÉREUX D'USUFRUIT TEMPORAIRE

Initions nos propos par un rappel textuel. La troisième loi de finances rectificative pour 2012 (3) est venue modifier l'article 13 du Code général des impôts (CGI), lequel est désormais complété par un 5 ainsi rédigé : « 5.1. Pour l'application du 3 et par dérogation aux dispositions du présent code relatives à l'imposition des plus-values, le produit résultant de la première ces-

sion à titre onéreux d'un même usufruit temporaire ou, si elle est supérieure, la valeur vénale de cet usufruit temporaire est imposable au nom du cédant, personne physique ou société ou groupement qui relève des articles 8 à 8 ter, dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession, le bénéfice ou revenu procuré ou susceptible d'être procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé.

Lorsque l'usufruit temporaire cédé porte sur des biens ou droits procurant ou susceptibles de procurer des revenus relevant de différentes catégories, le produit résultant de la cession de cet usufruit temporaire, ou le cas échéant sa valeur vénale, est imposable dans chacune de ces catégories à proportion du rapport entre, d'une part, la valeur vénale des biens ou droits dont les revenus se rattachent à la même catégorie et, d'autre part, la valeur vénale totale des biens ou droits sur lesquels porte l'usufruit temporaire cédé.

2. Pour l'application du 1 du présent 5 et à défaut de pouvoir déterminer, au jour de la cession, une catégorie de revenus, le produit résultant de la cession de l'usufruit temporaire, ou le cas échéant sa valeur vénale, est imposé :

a) Dans la catégorie des revenus fonciers, sans qu'il puisse être fait application du II de l'article 15, lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à un bien immobilier ou à des parts de socié-

tés, groupements ou organismes, quelle qu'en soit la forme, non soumis à l'impôt sur les sociétés et à prépondérance immobilière au sens des articles 150 UB ou 244 bis A ;

b) Dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à des valeurs mobilières, droits sociaux, titres ou droits s'y rapportant, ou à des titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, mentionnés à l'article 150-0 A ;

c) Dans la catégorie des bénéfices non commerciaux, dans les autres cas ».

Ce nouveau dispositif, applicable aux cessions intervenues à compter du 14 novembre 2012, s'intègre dans les récentes dispositions légales anti-optimisation fiscale. La cession d'un usufruit réalisée par une personne physique est désormais traitée comme un revenu.

À ce titre, deux conséquences doivent être soulignées. D'une part, ce gain est assujéti à l'impôt sur le revenu, aux prélèvements sociaux ainsi que, comme les plus-values, à la contribu-

## NOTES

(1) L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, JO 30 déc., p. 20920, texte 2.

(2) Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC.

(3) L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 15.



tion exceptionnelle sur les hauts revenus. D'autre part, et surtout, le temps ne permet plus d'être progressivement exonéré de tout impôt comme en matière de plus-value immobilière. C'est principalement en cette dernière matière que le nouvel article 13, alinéa 5, du CGI s'appliquera, même si le dispositif est plus général, visant également les cessions mobilières et professionnelles.

Les ambiguïtés rédactionnelles du texte invitent à ce stade à se référer abondamment aux travaux parlementaires pour en connaître les conditions d'application (A) mais également sa réelle portée (B).

## A - LES CONDITIONS D'APPLICATION DU DISPOSITIF

### 1°/ La première cession à titre onéreux, sauf exception

Tout d'abord, une première lecture permet d'exclure les donations d'usufruit, même temporaires. En effet, si celles-ci encourent toujours le risque de la qualification d'abus de droit, elles ne sont pas visées par le texte, celui-ci ne mentionnant que les opérations à titre onéreux.

Parmi ces dernières, entrent principalement les apports et les ventes.

Ensuite, notons une sage exception réservée par la commission des finances de l'Assemblée nationale (4) : « *L'usufruit locatif social (ULS), tel qu'organisé par les articles L. 253-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, n'est pas plus concerné lorsqu'il s'agit d'une acquisition séparée ab initio de la nue-propriété par un investisseur privé et de l'usufruit de logements par des bailleurs, notamment sociaux* ». Cette exception ne représente néanmoins que peu d'opérations (5).

Hormis ce cas, peu importe la qualité du bénéficiaire de l'apport ou de la cession.

En effet, c'était le premier doute existant sur le dispositif. Trouve-t-il application uniquement dans le cas d'opérations dites « main gauche, main droite », c'est-à-dire en circuit fermé ? L'amendement de M. Hervé Mariton était en ce sens (6). Il a été rejeté. Le dispositif est donc plus large. L'acquéreur, même tiers au cédant, fait dégénérer l'opération. Certains professionnels, se portant acquéreurs de l'usufruit de

biens immobiliers locatifs, regretteront ce nouveau dispositif.

Enfin, il s'agit de la première cession. Il faut en conclure que lorsque l'usufruit a déjà fait l'objet d'une cession, il est exclu du nouvel article 13 du CGI. Cette réserve pourrait sembler pertinente si elle était mieux écrite.

En effet, nous pensons à un usufruitier, conjoint survivant ou donateur, qui céderait son usufruit avec le nu-propriétaire pour acheter un nouveau bien en démembrement. Nous comprendrions mal que cet usufruitier soit taxé sur son prix de cession de l'usufruit comme un revenu. Or, à la lettre du texte, il s'agit bien de la première cession de l'usufruit. Nul besoin toutefois de cette réserve pour l'essentiel des situations, l'usufruitier cédant son usufruit pour une durée viagère, ce dernier étant, nous le constaterons plus loin, exclu du nouveau texte.

La maladresse rédactionnelle, ou plutôt son champ d'application très large, sanctionnerait-elle des opérations moins courantes ? Il s'agirait, par exemple, du cas d'un donateur d'un usufruit à durée déterminée qui déciderait de céder ses droits en cours de démembrement. Il faudrait alors prévenir le donateur d'usufruit « temporaire » qu'en cas de cession de cet usufruit pendant la durée du démembrement, il serait taxé à l'impôt sur le revenu sur sa quote-part. En d'autres termes, une exclusion textuelle des démembrements existants ou en cas de remploi en démembrement par subrogation aurait assuré une plus grande sécurité juridique.

### 2°/ Un usufruit déterminé pour une durée à terme fixe

La formule est pléonastique. Un usufruit est par définition temporaire. Pour mieux comprendre sa portée, il convient de se référer à l'interprétation de la commission des finances (7) : « *L'usufruit est par essence un droit temporaire : selon les articles 617 et suivants du Code civil, il cesse notamment, soit au décès de l'usufruitier personne physique, soit au plus tard après trente ans si l'usufruitier est une personne morale, soit à l'expiration du temps pour lequel il a été accordé. Une fois l'usufruit éteint, le nu-propriétaire redevient plein propriétaire. Lorsqu'il est fait référence à un usufruit temporaire, cela cor-*

*respond à un usufruit déterminé pour une durée à terme fixe lors de sa constitution même* ».

Il faut ainsi retenir que la cession à titre onéreux d'un usufruit viager demeure taxable comme une plus-value. Cette plus-value est taxée en fonction de la nature du bien démembré : plus-value mobilière, immobilière ou professionnelle. En effet, la commission formule expressément cette exclusion : « *en sont donc exclues les cessions d'usufruit viager, dont la durée n'est pas prédéterminée. L'article 617 du Code civil distingue ces deux types d'usufruit* ».

### 3°/ Par une personne physique ou société ou groupement qui relève des articles 8 à 8 ter du CGI

Le cédant relevant de l'impôt sur le revenu sera débiteur de l'impôt s'il cède son usufruit. Le dispositif ne vise pas les structures à l'impôt sur les sociétés ; ces dernières connaissant quant à elles une autre forme de risque ouverte par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 12 juin 2012 (8) que nous analyserons plus loin.

Le texte actuel est critiquable sur ce point. En effet, aucune distinction n'est faite selon que l'usufruit est cédé distinctement ou conjointement à la nue-propriété. Pour le cédant, débiteur de l'impôt, l'opération peut consister à son niveau en une cession de la pleine

## NOTES

(4) Rapp. comm. finances AN n° 465, sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012, n° 403, présenté par M. Christian Eckert, rapporteur général.

(5) Comme le souligne Monsieur le président Gilles Carrez : « *Nous parlons de 6 000 logements sociaux en démembrement de propriété* ».

(6) M. Hervé Mariton : « *Nous proposons non pas de supprimer la mesure, mais de mieux la cibler. Nous ne nions ni l'existence d'abus, ni la nécessité de légiférer. Nous proposons de recentrer le dispositif sur un abus de droit identifiable qu'il convient d'empêcher : le cas où le contribuable cède l'usufruit de son bien immobilier à une société qu'il contrôle. Si la mesure est profitable au budget de l'État, tant mieux. Mais nous ne voulons pas aller au-delà de la lutte contre l'abus de droit, qui demeure sanctionnable en tant que tel* ».

(7) Rapp. comm. finances AN n° 465, précité, n° 2.

(8) CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 12 juin 2012, n° 11LY01293, Ministre c/ Glas.



propriété. C'est là le principal problème.

Les notaires pensent, par exemple, aux facultés de substitution, communément incluses dans les avant-contrats. Pour le cas où, entre la promesse de vente et la vente, l'acquéreur, sous sa seule initiative, puisse faire une substitution partielle en démembrement, il existerait un risque pour ce cédant. L'acquéreur, si son usufruit est à durée déterminée, rendra le cédant redevable de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux sur cette partie du prix. Le problème se posera, dans un premier temps, au notaire chargé de la vente, qui pourra analyser la cession en une cession de la pleine propriété, prélevant l'impôt de plus-value apparent ; puis, plus tard, au cédant, lequel sera à nouveau taxé au titre de l'article 13 du CGI.

À ce stade, et dans le doute, il est nécessaire d'interdire dans les facultés de substitution la possibilité de substituer partiellement un acquéreur de l'usufruit pour une durée fixe.

#### **4°/ L'assiette taxable**

La nouvelle rédaction de l'article 13 du CGI reprend la théorie générale des droits d'enregistrement. L'assiette taxable est déterminée par « le produit résultant de la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire ou, si elle est supérieure, la valeur vénale de cet usufruit temporaire ».

Pour plus de précisions sur ses éléments constitutifs, il faut, là aussi, reprendre textuellement les observations de la commission des finances : « Cette nouvelle règle d'assiette comporterait trois éléments :

1. La définition de l'imposition des cessions d'usufruit temporaire par dérogation aux règles concernant les plus-values, en retenant soit le prix de cession, soit la valeur vénale de l'usufruit si elle est supérieure. L'administration (fiscale) disposera ainsi d'un fondement légal pour rectifier la base d'imposition en cas de sous-évaluation manifeste du prix de cession. Sont concernés tous les contribuables à l'impôt sur le revenu, directement ou par transparence fiscale au travers de sociétés de personnes. Dès lors que les règles d'imposition aux prélèvements sociaux pour les revenus du capital sont "décalquées" automatiquement de celles applicables pour le calcul de l'impôt sur le

revenu, le changement du régime d'imposition s'appliquera de plano pour les prélèvements sociaux ;

2. Une règle de prorata, lorsque l'usufruit est susceptible de procurer des revenus se rattachant à plusieurs catégories de revenus. L'imposition se fera dans chaque catégorie de revenus à due proportion du rapport entre la valeur de l'usufruit par catégorie et sa valeur totale ;

3. Une présomption de répartition de la valeur de l'usufruit temporaire entre catégorie de revenus, si l'acte de cession ne permet pas de réaliser une répartition réelle ;

– lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à un bien immobilier ou à des parts de société à prépondérance immobilière (par exemple une société civile immobilière – SCI), le produit résultant de la cession de l'usufruit est réputé constituer un revenu foncier, sans chercher notamment à savoir si, le cas échéant, il pourrait s'agir d'une location en meublé non professionnelle relevant des BIC. Les charges relatives à ce bien sont déductibles (notamment, le cas échéant, les intérêts d'un emprunt en cours s'il existe d'autres revenus fonciers). Afin d'éviter tout risque de détournement, il est prévu que le produit soit taxé quand bien même, malgré la cession de l'usufruit, le propriétaire se réserverait la jouissance du bien ;

– lorsque l'usufruit temporaire cédé est relatif à des valeurs mobilières, le produit résultant de la cession de l'usufruit est réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers ;

– par défaut, dans tous les autres cas, le produit résultant de la cession de l'usufruit est réputé constituer un bénéfice non commercial (BNC) ».

L'analyse faite ne nécessite pas d'autre commentaire. Remarquons seulement que le dispositif permet d'imposer non seulement les biens frugifères, mais également les biens de jouissance. La mise à disposition gratuite du bien dont l'usufruit est cédé augmentera cette assiette.

### **B – LA RÉELLE PORTÉE DU DISPOSITIF**

#### **1°/ Les pratiques antérieures**

Quelles sont les pratiques réellement visées ? La lecture des travaux de la commission des finances est intéressante sur ce point. « Le montage d'op-

timisation fiscale fréquemment mis en œuvre résulte de la différence entre l'imposition d'une plus-value et celle d'un revenu : taxer en une fois la plus-value de cession de l'usufruit est plus avantageux, du point de vue du contribuable, que taxer les flux de revenus qui auraient été procurés par le bien pendant une durée équivalente à celle de l'usufruit. En effet, d'une part, la valeur de l'usufruit est plus faible que celle du bien en pleine propriété, ce qui réduit le montant de la plus-value taxable (du fait que le prix d'acquisition du bien n'est retenu qu'à hauteur de la valeur de l'usufruit déterminée selon le barème, fonction de l'âge de l'usufruitier, prévu par le I de l'article 669 du Code général des impôts) ; d'autre part, il existe des taux forfaitaires et des abattements pour durée de détention, pouvant par exemple aboutir à une exonération totale de la plus-value immobilière après trente ans de détention. Même avec le nouveau régime d'imposition des plus-values mobilières prévu par l'article 6 du projet de loi de finances pour 2013, la cession d'un usufruit temporaire peut demeurer avantageuse, du fait du maintien d'un taux forfaitaire dans certains cas ou de l'application d'abattements pour durée de détention aux plus-values mobilières. En transformant des revenus futurs fiscalisés en une plus-value le plus souvent totalement exonérée, la cession d'usufruit temporaire permet au contribuable avisé de réaliser une opération particulièrement rentable, fiscalement parlant ».

Plusieurs pratiques existaient. De la plus critiquable à la moins critiquable, nous connaissons de l'apport d'usufruit à une structure assujettie à l'impôt sur les sociétés, au refinancement d'usufruit à une société autocontrôlée jusqu'à la simple vente de l'usufruit à un tiers. Le texte sanctionne toutes ces pratiques sans hiérarchie ni distinction.

Par l'appréhension du produit de cession, le cédant ne faisait que capitaliser un flux de revenus futurs susceptibles d'être générés par le bien cédé sur la période d'usufruit déterminée. Or, cette perception était non seulement immédiate, mais s'accompagnait généralement d'un faible coût fiscal. En effet, par minoration de l'assiette taxable liée à la valorisation de l'usufruit mais aussi par simple application des



règles de taxation des plus-values, et concrètement de l'abattement pour durée de détention, on pouvait aisément obtenir une franchise totale d'imposition.

L'appât fiscal permettait même d'aller plus loin, en présence notamment d'une société assujettie à l'impôt sur les sociétés contrôlée par le cédant. En effet, l'acquisition de l'usufruit temporaire étant réalisée par emprunt, il était possible à cette société, grâce à l'amortissement et à la déduction de la charge des intérêts de l'emprunt, de neutraliser les revenus effectivement générés par le bien. Autrement dit, le contribuable pouvait jouir d'une absence totale d'imposition en qualité de cédant mais également d'associé de la société cessionnaire.

## 2°/ Des deux risques antérieurs, l'abus de droit demeure

Deux risques principaux coexistaient. D'une part, le risque d'une requalification de la plus-value en revenu ainsi qu'il vient d'être expliqué. C'est dans certains domaines que le risque existait et demeure. On pense aux structures à l'impôt sur les sociétés, mais aussi aux plus-values professionnelles. En effet, par un arrêt du 12 juin 2012 (9), la cour administrative d'appel de Lyon a jugé que la cession de l'usufruit temporaire d'un fonds libéral par une entreprise détentric de sa pleine propriété devait être regardée non comme génératrice d'une plus-value d'actif, mais comme entraînant la perception d'un produit d'exploitation. « La somme reçue par un orthodontiste en contrepartie de la cession pour une durée de sept ans, de l'usufruit de son fonds libéral n'entraîne pas la réalisation d'une plus-value à long terme mais constitue un produit d'exploitation dès lors que le caractère temporaire de cette cession implique nécessairement le retour de l'usufruit entre les mains du nu-propriétaire au terme du délai prévu, en application de l'article 617 du Code civil ». À ce jour, il est prudent de noter que cet arrêt n'a aucune valeur normative et ne constitue pas la jurisprudence au sens strict. Il fait d'ailleurs l'objet d'un pourvoi en instance devant le Conseil d'État.

Néanmoins, les travaux de la commission des finances illustrent une volonté de « légaliser » l'arrêt de la cour administrative d'appel, mais aussi de l'étendre :



dre : « Il est proposé de requalifier le produit de la cession d'un usufruit temporaire dans la catégorie de revenu sous-jacent, tant pour l'impôt sur le revenu que pour les prélèvements sociaux. Il s'agit en quelque sorte de généraliser et de légaliser le critère retenu par la cour administrative d'appel de Lyon dans son arrêt précité : le produit de la cession sera désormais imposé au titre de la catégorie de revenu à laquelle se rattachent les fruits susceptibles d'être procurés par le bien sur lequel porte l'usufruit temporaire ».

D'autre part, le classique risque d'abus de droit. Sans plus étendre le champ de la critique, la mise en place des « refinancements d'usufruit » prêtait le flanc à une qualification d'abus de droit, principalement par fictivité. La commission des finances l'a précisément relevé. « Enfin, les nouvelles règles d'assiette concernant la cession d'usufruit temporaire ne sont pas exclusives de la possibilité demeurant pour l'administration (fiscale) de remettre en cause, sur le fondement de la procédure de répression des abus de droit, des montages à but exclusivement fiscal utilisant cet outil de gestion patrimoniale. On peut penser au cas de la cession d'un tel usufruit à une société contrôlée par le cédant, qui emprunterait pour financer l'acquisition de l'usufruit et annulerait l'impôt sur les sociétés portant sur les revenus retirés de

l'usufruit du fait de l'amortissement de l'usufruit dans son bilan et de la déduction des charges financières de l'emprunt ainsi contracté ».

## 3°/ L'atteinte indirecte portée aux acquisitions démembrées par ricochet : un nouveau risque pour le cédant

Nous soulignons, il y a quelques années déjà, le risque de démembrements hasardeux (10). Le fait de légiférer est symptomatique des dérives. Cela est néanmoins regrettable, en ce qu'à certains excès, le législateur a répondu par un autre.

Certains s'interrogent sur les conséquences du texte au regard des acqui-

### NOTES

(9) CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 12 juin 2012, n° 11LY01293, précité, n° 6.

(10) M. Clermon, Acquisitions en démembrement : entre usage abusif et abus d'usage, Actes prat. et stratégies patrimoniales : « Les stratégies privées ou professionnelles d'acquisition démembrée de l'immobilier sont, en principe, d'application opportune et pérenne. En témoigne l'achoppement en 2009 du statut fiscal de l'usufruit social. La critique se focalise sur des schémas de détention dans lesquels les conditions économiques dénaturent et dégradent le démembrement. À trop s'écarter du chiffre, voire "du bon sens", le droit instrumentalise les abus ».



sitions en démembrement. Qu'ils s'en réjouissent, elles ne sont pas directement visées. Toutefois, celles-ci semblent atteintes par ricochet. Plus précisément, les cédants, et non les cessionnaires, seront sanctionnés. En effet, comme nous le soulignons plus haut, les personnes physiques ou assimilées trouveront un risque rédhibitoire à autoriser une cession distincte, même si concomitante à la cession de la nue-propriété, à un usufruitier pour une durée déterminée.

#### **4°/ Certaines opportunités à la marge**

Finir sur une note positive serait ambitieux, tant le dispositif est large et sa rédaction hasardeuse. Néanmoins, l'assujettissement des cessions d'usufruit à l'impôt sur le revenu peut, dans certains cas, s'avérer opportuniste.

Nous pensons, d'une part, que cette cession ne sera pas assujettie à la nouvelle contribution (de 2 à 6 %) sur les plus-values immobilières d'un montant supérieur de 50 000 euros, décrite plus loin. L'effet est ici pour le moins surprenant.

Nous pensons, d'autre part, aux contribuables faiblement taxés à l'impôt sur le revenu l'année de réalisation de cette opération. Il peut s'agir d'une personne ayant de faibles revenus, d'une personne maîtrisant ceux-ci ou encore d'une personne bénéficiant de déficits imputables sur les revenus de même nature. L'impôt sur le revenu acquitté sur des cessions d'usufruit de faible montant pourra alors être inférieur au taux de l'impôt de plus-value.

## **II - APPORT DE TITRES PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE À UNE SOCIÉTÉ SOUMISE À L'IS**

La deuxième mesure « anti-abus » adoptée par le législateur dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2012 concerne l'encadrement du régime fiscal applicable à l'apport de titres par des personnes physiques à une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

Jusqu'à l'adoption de ce texte, l'apport de droits sociaux d'une société (parts ou actions) à une autre société (existante ou spécialement constituée à cet

effet) soumise à l'impôt sur les sociétés était soumis au régime du sursis d'imposition. Cette opération étant considérée comme une opération « intercaulaire », la plus-value constatée lors de l'apport n'était pas taxée à ce moment mais au jour de la mutation à titre onéreux des titres de la société bénéficiaire rémunérant l'apport. Parallèlement les titres apportés étaient revalorisés et inscrits au bilan de la société bénéficiaire de l'apport pour leur valeur réévaluée. En cas de cession ultérieure des titres apportés, le montant de la plus-value était déterminé par différence entre le prix de cession et la valeur retenue dans le cadre de l'apport.

Le nouveau dispositif, présenté ci-après (A), écarte l'application du sursis d'imposition lorsque l'apporteur contrôle la société bénéficiaire de l'apport, mais soumet la plus-value d'apport à un régime de report d'imposition automatique (CGI, art. 150-0 B ter). Le régime du sursis d'imposition reste, en revanche, applicable dans les mêmes conditions, qu'avant la réforme, lorsque l'apporteur ne contrôle pas la société bénéficiaire de l'apport (B).

### **A - APPORT DE TITRES PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE À UNE SOCIÉTÉ SOUMISE À L'IS CONTRÔLÉE PAR L'APPORTEUR**

Nous analyserons successivement les conditions relatives à l'apport (1°), celles concernant l'apporteur (2°), les incidences des opérations portant sur les titres apportés ou reçus en rémunération de l'apport (3°), le départ à l'étranger (4°) et les conséquences liées à la fin du report (5°).

#### **1°/ Conditions relatives à l'apport**

Le régime de report d'imposition s'applique aux apports réalisés au profit de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés en France ou à un impôt équivalent au sein de l'Union européenne ou dans un pays ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative.

L'apport de titres ayant bénéficié d'un report d'imposition à une autre société remplissant les conditions susvisées ne remet pas en cause le bénéfice du report. La plus-value complémentaire constatée le cas échéant lors du second apport est reportée dans les mêmes conditions.

#### **2°/ Conditions relatives à l'apporteur**

Les conditions sont au nombre de deux. L'apporteur doit être une personne physique (ou une société de l'article 8 détenue par des personnes physiques) et celui-ci doit contrôler la société bénéficiaire de l'apport. Cette condition est appréciée à la date de l'apport, en tenant compte des droits détenus par le contribuable à l'issue de celui-ci. Un contribuable est considéré comme contrôlant une société :

- a) Lorsque la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société est détenue, directement ou indirectement, par le contribuable ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs ;
- b) Lorsqu'il dispose seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires ;
- c) Ou lorsqu'il y exerce en fait le pouvoir de décision.

Le contribuable est présumé exercer ce contrôle lorsqu'il dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux égale ou supérieure à 33,33 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne. Le contribuable et une ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérés comme contrôlant conjointement une société lorsqu'ils déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

#### **3°/ Incidences des opérations portant sur les titres apportés ou reçus en rémunération de l'apport**

##### **a) Incidences des opérations portant sur les titres apportés**

**Cession plus de trois ans après l'apport.** – La cession par la société bénéficiaire des titres apportés, plus de trois ans après l'apport, ne remet pas en cause le bénéfice du régime fiscal du report d'imposition. La société peut utiliser librement le produit de la cession pour le réinvestir au sein d'une activité économique ou non. Elle peut ainsi acquérir des biens immobiliers



ou un patrimoine mobilier par exemple sans incidence sur le régime de faillite.

**Cession dans les trois ans de l'apport** – La cession des titres dans les trois ans de l'apport remet en cause le bénéfice du report d'imposition, à moins que la société qui a cédé prenne l'engagement de réinvestir dans les deux ans plus de 50 % du produit de la cession dans une activité économique. Les délais de trois ans ou de deux ans s'apprécient de date à date. En ce qui concerne l'activité économique, l'article 150-0 B ter exige que le produit de la cession soit investi dans le financement d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier, ou dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une telle activité, sous la même exception, et qui a pour effet de lui en conférer le contrôle au sens défini précédemment.

La condition relative au réinvestissement est également respectée en cas d'apport à une ou plusieurs sociétés répondant aux conditions de l'article 150-0 D bis, II, 3°, b, du CGI (sociétés susceptibles de bénéficier d'un apport dans le cadre du régime de report sous condition de emploi).

La sanction du non-respect de la condition de réinvestissement est la fin du report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire.

#### **b) Incidences des opérations portant sur les titres de la société bénéficiaire de l'apport**

**Cession à titre onéreux.** – Le régime de report d'imposition est remis en cause en cas de cession à titre onéreux, de rachat par la société, de remboursement ou d'annulation des titres reçus en rémunération de l'apport (ou des parts ou droits dans les sociétés ou groupement interposés).

Toutefois, en cas d'apport des titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés des titres reçus en rémunération de l'apport (ou des titres des groupements ou sociétés interposés), l'opération bénéficie du régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) ou du régime du report d'imposition (CGI, art. 150-0 B ter). Le report initial est

maintenu sous réserve du respect de l'ensemble des conditions susvisées.

**Donation des titres reçus en contrepartie de l'apport.** – La donation des titres reçus en rémunération de l'apport purge la plus-value en report d'imposition, mais ne supprime pas l'obligation de réinvestir le produit de la vente en cas de cession dans les trois ans de l'apport.

Lorsqu'à la suite de la donation, le donataire contrôle, au sens susvisé, la société bénéficiaire de l'apport, la plus-value en report est ainsi imposée à son nom, si la société cède les titres apportés dans les trois ans sans procéder à un réinvestissement économique du produit de la cession dans les conditions évoquées précédemment.

De même, lorsque le donataire contrôle la société bénéficiaire de l'apport, la plus-value en report d'imposition est taxable en son nom en cas de vente, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de dix-huit mois à compter de la donation (sauf en cas de licenciement, d'invalidité ou de décès du donataire ou de son conjoint ou partenaire de pacte civil de solidarité soumis à imposition commune).

Cette condition dans le cadre de l'apport cession n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, ce qui explique qu'elle perdure alors même qu'elle a été supprimée dans le cadre du texte général (v. *infra*, III). Dans l'attente d'une modification éventuelle du texte, le donataire devra donc éviter pendant les dix-huit mois de la donation les cessions à titre onéreux, rachats, remboursements ou annulations de titres, au risque de voir le régime du report tomber. Dans une telle situation, la plus-value en report serait imposée après déduction des frais de donation et après abattement pour durée de détention prévu par la loi de finances pour 2013 (L. fin. 2013, n° 2012-1509, 29 déc. 2012, JO 30 déc.), le délai étant alors calculé en fonction de la date d'acquisition des titres par le donateur.

#### **Transmission par décès des titres reçus en contrepartie de l'apport.**

– Le décès du détenteur des titres reçus en contrepartie de l'apport devrait purger la plus-value en report, même en cas de cession à titre onéreux, rachat, remboursement ou annulation

des titres dans les dix-huit mois du décès. L'obligation de conservation de dix-huit mois ne visant que l'hypothèse de la donation.

#### **4°/ Transfert du domicile fiscal à l'étranger**

Lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France, les dispositions relatives à l'*exit tax* s'appliquent (CGI, art. 167 bis).

#### **5°/ Fin du report**

**Cession des titres ayant rémunéré l'apport.** – En cas de cession à titre onéreux, rachat, remboursement ou annulation de titres ayant rémunéré l'apport, la plus-value en report n'est imposable qu'en proportion des titres cédés, rachetés, remboursés ou apportés. L'imposition est due au titre de l'année de survenance du fait générateur de la remise en cause du report.

**Cession des titres apportés dans les trois ans non suivie d'un réinvestissement dans une activité économique dans les deux ans.** – Dans cette hypothèse, la plus-value en report est intégralement taxable au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire. L'impôt sur la plus-value d'apport est majoré des intérêts de retard décomptés à partir de la date d'apport des titres.

#### **6°/ Obligations formelles**

Le contribuable bénéficiant du régime du report d'imposition doit indiquer sur sa déclaration annuelle de revenus le montant de la plus-value en report d'imposition.

En cas de donation, et si le donataire contrôle la société bénéficiaire de l'apport, celui-ci doit déclarer la fraction de plus-value en report afférente aux titres qui lui ont été donnés.

En cas de cession des titres apportés dans les trois ans de l'apport, la société doit prendre l'année de la cession l'engagement de réinvestir dans les deux ans le produit de la vente dans une activité économique. Ces obligations déclaratives seront précisées par un décret pris en Conseil d'État.

#### **B – APPORT EN SURSIS D'IMPOSITION**

Le régime de l'apport en sursis d'imposition continue à s'appliquer de ma-



nière inchangée lorsque l'apporteur personne physique apporte les titres qu'il détient à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qu'il ne contrôle pas.

En la matière, les enseignements du Comité de l'abus de droit fiscal et de la jurisprudence permettent de tirer certaines conclusions (11).

Le caractère automatique du sursis ne permet pas d'écarter l'abus de droit. L'apport en sursis d'imposition non suivi d'une cession n'est pas répréhensible au regard de la procédure de l'abus de droit. Il en va de même lorsque

la cession des titres apportés intervient longtemps après l'apport (12).

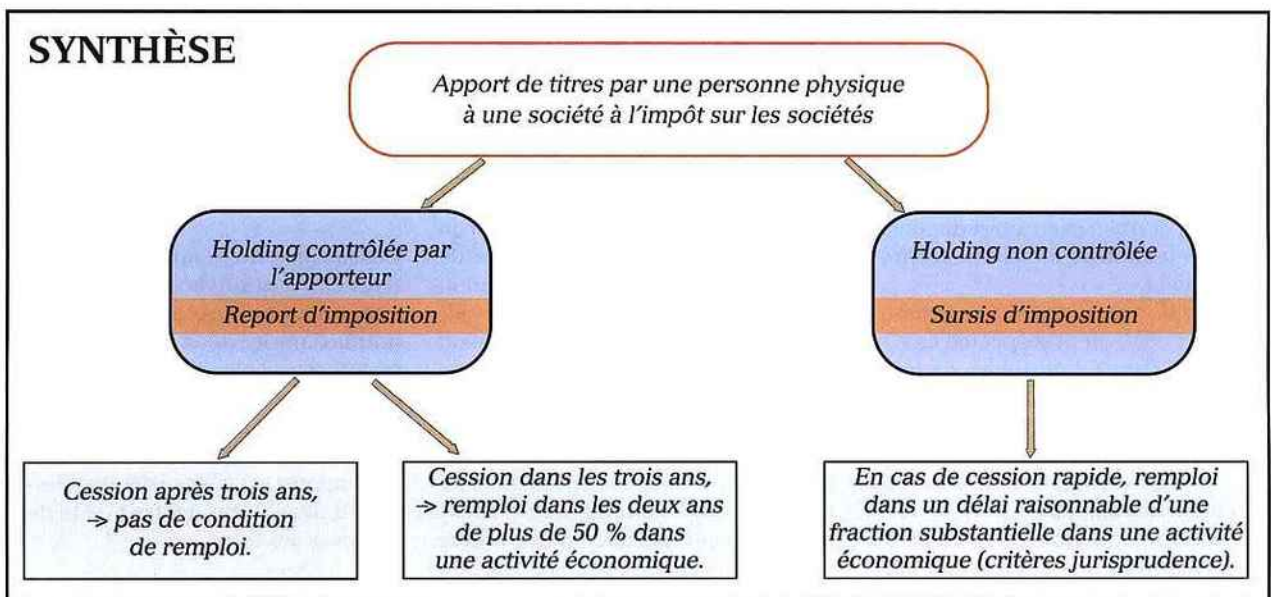
En cas d'apport suivi de la cession des titres apportés, la société doit réinvestir le produit de la vente dans une activité économique (13). Que l'apport soit réalisé en report d'imposition (CGI, art. 150-0 B ter) ou en sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B), la condition du réinvestissement dans une activité économique s'applique.

La fraction du produit de la vente à réinvestir doit être substantielle. Au regard de la position du Comité de l'abus de droit fiscal et de la jurisprudence, un réinvestissement d'une fraction pré-

pondérante (c'est-à-dire plus de 50 %) paraît raisonnable. Cette approche est d'ailleurs confortée par le seuil retenu en matière d'apport-report d'imposition par l'article 150-0 B ter.

Le délai de réinvestissement à respecter en cas de cession des titres apportés n'est pas fixé par l'article 150-0 B applicable au sursis d'imposition. La jurisprudence a pu valider une absence d'abus dans le cadre d'un délai de deux ou trois ans (14). Une approche prudente consisterait à se caler sur le délai de deux ans retenu en matière d'apport report d'imposition de l'article 150-0 B ter.

## SYNTHÈSE



Le nouveau dispositif de l'apport-report d'imposition applicable aux opérations réalisées depuis le 14 novembre 2012 apparaît finalement plutôt positif. En effet, il donne aux contribuables un cadre clair au sein duquel ils peuvent évoluer en toute sécurité fiscale.

La multitude de régimes applicables en matière d'imposition des plus-values sur titres offre un large choix aux contribuables. Convient-il qu'ils apportent dès à présent leurs titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés en prévision d'une vente qui pourrait intervenir dans quelques années afin de bénéficier d'une totale liberté de réinvestissement du produit de la cession ? Doivent-ils conserver en dehors de la structure bénéficiaire de l'apport une fraction des titres pour

placer le produit de la cession sous le régime de l'article 150-0 D bis dont les conditions drastiques d'application ont été assouplies par la troisième loi de finances rectificative pour 2012. Convient-il qu'ils soumettent leur participation ou une fraction de celle-ci au régime du départ à la retraite applicable jusqu'au 31 décembre 2017 (CGI, art. 150-0 D ter). Doivent-ils coupler cette approche avec une cession intra-familiale (CGI, art. 150-0 A, 1, 3°). Ne devraient-ils pas articuler cette réflexion avec l'anticipation de la transmission dans le cadre du régime « Dutreil » (CGI, art 787 B). La diversité des régimes et, reconnaissons-le, leur complexité incitent les contribuables, aujourd'hui plus encore qu'hier, à se rapprocher de leurs conseils afin d'anticiper la stratégie à retenir.

## III - LA DISPOSITION ANNULÉE VISANT LES « DONATIONS-CESSIONS »

Dernière ambition, la troisième loi de finances pour 2012 tentait enfin de s'opposer aux stratégies de « donation-cession » de titres sociaux (A),

### NOTES

(11) Pour une étude complète, v. P. Julien Saint-Amand, *Abus de droit fiscal, l'abus est-il toujours du côté du contribuable ?*, Dr. & patr. 2011, n° 205, p. 54.

(12) En ce sens, pour une cession étant intervenue quatre ans après l'apport, v. CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284565, Ministre c/ Mme Persicot.

(13) CE, 8 oct. 2010, n°s 301934, 313139 et 321361, Bauchard, Bazire et Four.

(14) CAA Lyon, 27 oct. 2009, n° 07-2295, et 4 mai 2010, n° 08-144.



pourtant régulièrement validées par la jurisprudence. Cette réforme a toutefois été invalidée par le Conseil constitutionnel, après son adoption (B).

## **A - LES DONATIONS-CESSIONS AVANT LA RÉFORME**

### **1°/ La stratégie**

La « donation-cession » de titres est une opération de réorganisation patrimoniale qui consiste pour le dirigeant ou l'actionnaire à donner, le plus souvent à ses enfants, des titres d'une société imposable à l'impôt sur les sociétés avant leur cession. Elle est motivée par le souhait du cédant d'associer ses enfants à son enrichissement au moment où son patrimoine va devenir plus liquide et deviendra moins tributaire des aléas de la vie des affaires. En outre, la question du droit de vote attaché aux titres sociaux perd de son importance pour l'actionnaire en raison de leur vente prochaine. L'opération présente également un intérêt en matière fiscale. Pour le calcul de la plus-value qui sera due par les enfants lorsqu'ils vendront les titres reçus par donation, le prix de revient sera égal à la valeur exprimée lors de la donation. La donation-cession permet ainsi de « purger » la plus-value latente dans le patrimoine du donateur à hauteur de la valeur retenue pour la donation. Si le montant donné dépasse les abattements, les donataires acquittent toutefois des droits de donation, mais ces derniers constituent souvent une anticipation fiscale intéressante par rapport aux droits de succession qu'ils auront à acquitter au décès du donateur.

### **2°/ L'état de la jurisprudence avant la réforme**

L'administration fiscale a parfois tenté de remettre en cause de telles opérations au motif qu'elles constitueraient un abus de droit. La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'ancienne rédaction de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (15), a en général rejeté ses prétentions, sauf dans les hypothèses où la donation se révélait être une pure fiction dont les donateurs ne respectaient pas même les effets juridiques.

#### **a) Le principe : une donation-cession n'est pas abusive**

**CE, 30 déc. 2011.** – Dans un arrêt de principe en date du 30 décembre

2011 (16), le Conseil d'État a censuré un arrêt d'appel rendu par la cour administrative d'appel de Douai (17) qui avait cru pouvoir déceler un abus de droit dans une opération consistant pour des parents à procéder dans un premier temps à une donation-partage de titres d'une société sous différentes charges et conditions (clause d'inaliénabilité, charge d'apporter les titres donnés à une société à première demande des donateurs, clause de blocage des fonds en cas de cession des actions et jusqu'aux 25 ans des donataires). Cette donation avait aussi eu pour effet de purger le report d'imposition des plus-values prévu par l'ancien article 92 B du CGI existant du chef des donateurs. Puis les enfants avaient cédé ces titres à une société contrôlée par l'un des donateurs. La portée de cette décision est très importante, puisqu'elle confirme qu'une donation réalisée avant cession ne constitue pas nécessairement un abus de droit, même si elle est assortie de clauses et conditions bien particulières, lorsque ces dernières sont justifiées, comme en l'espèce, par des motifs tels que la jeunesse des donataires, ou la nécessité d'empêcher la vente d'une partie des titres donnés qui aurait conduit le groupe familial à devenir minoritaire dans l'entreprise. Elle induirait également, selon certains commentateurs (18), que dans une opération de donation-cession, l'abus de droit ne peut jamais résulter d'un but exclusivement fiscal, la donation ayant par essence même un objectif patrimonial et familial. Le seul risque demeurerait donc l'éventuelle fictivité de l'opération.

**CAA Lyon, 7 juill. 2011 (19).** – Saisie d'une affaire assez proche, dans laquelle le donateur avait dans un premier temps donné la seule nue-propriété des actions sous différentes charges et conditions (interdiction d'aliéner, interdiction faite aux nuspropriétaires de demander leur part du prix en cas de vente, faculté laissée à l'usufruitier de choisir seul les supports du réinvestissement), puis les avaient vendues conjointement avec le donataire, en reportant alors l'usufruit sur le prix de cession, la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé le même raisonnement : des charges et conditions particulières imposées aux

donataires ne suffisent pas à rendre la donation abusive, si la réalité de la donation n'en est pas remise en cause.

#### **b) La limite : respecter les effets de la donation**

Une telle stratégie n'est toutefois pas à l'abri de la critique si le donateur ne respecte pas les effets juridiques de la donation postérieurement à sa réalisation. La jurisprudence récente donne deux exemples de remise en cause de ce chef.

#### **CAA Bordeaux, 1er sept. 2011 (20).**

– La cour administrative d'appel de Bordeaux a pu conclure à l'abus de droit dans une affaire où des parents, après avoir consenti à leurs enfants des donations de titres, pour l'essentiel en nue-propriété, les avaient ensuite apportés avec eux à neuf sociétés civiles constituées en reportant le démembrement sur les parts. Les sociétés civiles, dont les statuts assuraient aux parents de très larges prérogatives de gestion, avaient alors vendu les titres apportés. En outre, lors d'un contrôle ultérieur, l'administration fiscale avait constaté que les parents avaient effectué sans cause juridique des prélèvements sur la trésorerie sociale excédant leurs droits. La cour administrative d'appel en a conclu que les parents s'étaient ainsi réappropriés les biens donnés et que la donation n'avait été effectuée que pour atténuer l'impôt.

**CE, 27 juill. 2011 (21).** – Le Conseil d'État a confirmé le bien-fondé d'un arrêt de la cour administrative d'appel

## **NOTES**

(15) Antérieure à la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 (JO 31 déc.).

(16) CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, M. et Mme Motte-Sauvaige, Dr fisc. 2012, comm. 193, concl. N. Escaut, note R. Mortier.

(17) CAA Douai, 16 juin 2009, n° 089DA00548.

(18) R. Gentilhomme, La donation de droits sociaux avant cession, Defrénois 2012, p. 256.

(19) CAA Lyon, 7 juill. 2011, n° 09LY02997 et 09LY02748.

(20) CAA Bordeaux, 1<sup>er</sup> sept. 2011, n° 10BX02051.

(21) CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 27 juill. 2012, n° 327295.



de Bordeaux (22) considérant que le redevable avait commis deux abus de droit, l'un au titre d'un apport-cession, et l'autre au titre de la donation en nue-propriété de titres intervenue la veille de leur cession, dans la mesure où lors de la vente les parents s'étaient comportés comme les seuls propriétaires des titres prétendument démembres, et qu'il n'était pas établi que les enfants aient reçu la contre-valeur de la nue-propriété leur appartenant lors du paiement du prix.

Au final, la jurisprudence considère donc que la donation-cession n'est pas une stratégie abusive si la donation consentie par le donateur est réelle et véritable, dans la mesure où ses effets patrimoniaux sont toujours indéniables.

## **B - LA RÉFORME ENVISAGÉE**

La troisième loi de finances rectificative pour 2012 avait pour objectif de limiter l'intérêt de cette stratégie lorsqu'elle porte sur des titres sociaux de sociétés imposables à l'impôt de solidarité sur la fortune (mais pas sur les biens d'autre nature tels que des immeubles) en neutralisant artificiellement l'effet fiscal de purge de la plus-value de telles donations-cessions.

### **1°/ Le projet**

La mesure principale (art. 19, I) consistait à modifier l'assiette de la plus-value en cas de cession, apport, remboursement ou annulation des titres réalisés par le donataire dans un délai de moins de dix-huit mois après avoir reçu la donation, sauf en cas d'accidents de la vie. Le prix de revient des titres pour l'enfant donataire était alors, non pas, comme actuellement, leur valeur retenue pour le calcul des droits de mutation dus sur la donation, mais le prix d'acquisition historique par le parent donateur, augmenté des seuls droits de mutation éventuellement supportés par le donataire. Si le donataire cédait les titres moins de dix-huit mois après les avoir reçus par donation, l'impôt sur la plus-value latente qui existait dans le patrimoine du donateur lors de la libéralité restait donc taxable, comme si la donation n'avait pas eu lieu, mais du chef du donataire.

Le II de l'article 19 modifiait l'article 167 bis du CGI pour appliquer ces nou-

velles dispositions lors d'un transfert de domicile fiscal hors de France intervenant dans les dix-huit mois à compter de la donation.

Enfin, ce dispositif devait s'appliquer aux donations consenties à compter du 14 novembre 2012 (art. 19, III).

### **2°/ La censure par le Conseil constitutionnel**

Dans sa décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a censuré la totalité de cette disposition, en considérant qu'elle faisait peser sur les enfants donataires la charge de payer une imposition supplémentaire sans lien avec leur propre situation, mais résultant d'un enrichissement du donateur. Sa décision est justifiée comme suit : « *Considérant que les dispositions contestées font peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec leur situation mais est liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières ; que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'éviter le paiement de l'imposition des plus-values ; que le législateur n'a donc pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi ; que, par suite, il a méconnu les exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789* ».

En conséquence, le Conseil constitutionnel a donc purement et simplement annulé l'article 19 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012.

## **C - CONCLUSION**

### **1°/ Appréciation**

On ne peut qu'approuver cette décision. Le dispositif envisagé revenait à taxer les donataires sur l'enrichissement d'autrui, alors même qu'ils ont déjà acquitté les droits de donation sur la valeur réelle du bien, ce qui en soi est parfaitement injuste et méconnaît le principe de répartition de la charge de l'impôt entre tous les citoyens en raison de leurs facultés. Le présupposé qu'une donation-cession pratiquée rapidement est nécessairement frauduleuse est également totalement erroné.

La donation avant cession repose sur une libéralité entre vifs, acte d'appauvrissement immédiat et irrévocable du donateur. Dès lors qu'elle n'est pas fictive, il est impossible de prétendre que son unique but, fût-elle suivie rapidement d'un autre acte, est d'éviter l'impôt.

### **2°/ Conséquences pratiques**

Les « donations-cessions » ne sont donc assujetties actuellement à aucun dispositif légal spécifique, mais doivent bien entendu rester respectueuses des critères fixés par la jurisprudence, rappelés ci-dessus, pour ne pas encourir un risque de contestation au titre de l'abus de droit.

## **CONCLUSION**

Des trois dispositifs envisagés par la troisième loi de finances rectificative pour 2012, seuls deux ont survécu à la censure du Conseil constitutionnel, l'article concernant les « donations-cessions » n'ayant pas résisté compte tenu du caractère artificiel et profondément choquant du transfert de la charge de l'impôt au donataire.

Demeurent toutefois les deux autres, avec lesquels il faudra composer à l'avenir et qui vont à n'en pas douter poser des difficultés d'application en pratique compte tenu de leur complexité et de leur relative imprécision rédactionnelle.

Plus fondamentalement, on peut d'ailleurs s'interroger sur le bien-fondé d'une telle intervention législative fin 2012 sur ces schémas, alors que la jurisprudence leur avait déjà donné, par de nombreuses décisions récentes, un cadre précis et clair qui permettait d'en déterminer les limites et d'éviter une utilisation abusive, sans bouleverser l'ordre juridique. En choisissant de modifier profondément les modalités d'imposition (la plus-value devient revenue, le sursis devient dans certains cas un report sous conditions multiples et alternatives), le législateur contribue de nouveau à complexifier les régimes fiscaux existants et à les rendre de moins en moins lisibles. Était-ce bien nécessaire ? ■

## **NOTES**

(22) CAA Bordeaux, 17 févr. 2009, n° 07BX00711.



# RÉFORME DE LA FISCALITÉ DES REVENUS ET DES GAINS PATRIMONIAUX

LES RÉCENTES LOIS DE FINANCES ONT MANIFESTEMENT PRIS LE PARTI DE L'ALIGNEMENT DE LA FISCALITÉ DE L'ÉPARGNE SUR CELLE DU TRAVAIL.

PAR **MARCEAU CLERMON**, NOTAIRE, **JEAN-FRANÇOIS DESBUQUOIS**, AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET FIDAL, **PASCAL JULIEN SAINT-AMAND**, NOTAIRE, ET **PHILIPPE NEAU-LEDUC**, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE PARIS 1, DIRECTEUR DU MASTER 2 DROIT ET FISCALITÉ DE L'INGÉNIERIE SOCIÉTAIRE ET PATRIMONIALE (UNIVERSITÉ PARIS 1)

**L**a loi de finances pour 2013 a considérablement modifié le régime fiscal applicable aux revenus distribués et aux produits de placement à revenu fixe, prévoyant leur assujettissement au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le régime des plus-values mobilières et immobilières a également été revu. Toutefois, le Conseil constitutionnel a sanctionné certaines dispositions qui avaient été votées, notamment la volonté d'application rétroactive du barème progressif de l'impôt sur le revenu aux dividendes et produits de placement à revenu fixe qui avaient déjà été soumis à un prélèvement forfaitaire libératoire pour 2012 et pour lesquels l'impôt avait donc déjà été définitivement acquitté. Selon la Haute juridiction, la volonté du législateur d'assurer pour 2013 des recettes supplémentaires en assujettissant dès 2012 les revenus de capitaux mobiliers au barème progressif de l'impôt sur le revenu ne constitue pas un motif d'intérêt général suffi-

sant pour remettre en cause rétroactivement le caractère libératoire des prélèvements qui avaient déjà été acquittés. De même, le Conseil constitutionnel a jugé que l'assujettissement des plus-values immobilières des terrains à bâtir au barème progressif de l'impôt sur le revenu emportait, au regard des autres impositions en la matière, une charge excessive au regard de la capacité contributive du contribuable qui s'avérerait contraire au principe d'égalité devant les charges publiques.

## **I - RÉFORME DE LA FISCALITÉ DES DIVIDENDES ET DES PRODUITS DE PLACEMENT À REVENU FIXE**

### **A - SITUATION ANTÉRIEURE**

Jusqu'en 2012, les contribuables avaient le choix entre deux modalités d'imposition différentes pour les dividendes et les revenus de placement. Soit ils pouvaient opter pour une imposition prenant la forme d'un prélèvement forfaitaire libératoire (PFL) de l'impôt sur le revenu. Le prélèvement était pratiqué au taux de 21 % pour les revenus distribués et au taux de 24 % pour les produits de placement à revenu fixe éligibles. Soit les contribuables pouvaient choisir de soumettre ces mêmes revenus au barème progressif de l'impôt sur le revenu dans l'hypothèse favorable où leur tranche

marginale d'impôt sur le revenu était inférieure au taux du PFL.

Au-delà de l'imposition *stricto sensu*, ces revenus de capitaux mobiliers supportaient également le poids des prélèvements sociaux (15,5 %), quelle que soit leur modalité d'imposition, PFL ou barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Contrairement à ce que bon nombre de contribuables avaient conçu, l'option pour le PFL sur les dividendes n'était pas nécessairement favorable. En effet, les contribuables qui soumettaient leurs revenus distribués au barème de l'impôt sur le revenu bénéficiaient d'un abattement en base de 40 %, auquel s'ajoutait un abattement forfaitaire de 1 525 euros pour les contribuables seuls et de 3 050 euros pour les contribuables soumis à une imposition commune. En revanche, le choix d'une imposition au PFL ne permettait plus aux contribuables de bénéficier de cet abattement de 40 %. L'arbitrage était donc délicat puisque, si les taux étaient différents, les assiettes l'étaient également. D'autant que la première option formulée pour le PFL à l'égard d'une société distributrice emportait immédiatement la perte de l'abattement de 40 % pour tous les dividendes perçus sur l'année par le contribuable, qu'il ait opté ou non pour le PFL, à l'égard des autres structures.



Par ailleurs, certains revenus de placement à revenu fixe étaient expressément exonérés d'imposition à l'impôt sur le revenu, par exemple les intérêts des sommes inscrites sur un Livret A, un Livret de développement durable, un compte ou un Livret épargne logement, un Livret jeune, etc.

De plus, certains revenus de placement à revenu fixe pouvaient être soumis d'office à un PFL, par exemple les intérêts des bons du Trésor (CGI, art. 125 A, II).

## **B - SITUATION NOUVELLE**

Les revenus distribués et les produits de placement à revenu fixe sont, à compter de 2013, imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu. De plus, un prélèvement forfaitaire obligatoire, mais non libératoire, est institué au taux de 21 % pour les revenus distribués et 24 % pour les produits de placement à revenu fixe.

S'ajoutent à cette imposition fiscale, bien évidemment, les prélèvements sociaux au taux de 15,5 % qui sont retenus à la source par l'établissement payeur. La part de la contribution sociale généralisée (CSG) afférente aux revenus distribués soumis au barème progressif, déductible du revenu imposable à l'impôt sur le revenu l'année de son paiement, est abaissée de 5,8 à 5,1 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

### **1°/ Les produits de placement à revenu fixe**

Les produits de placement à revenu fixe sont dorénavant, par principe, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu, le périmètre des exonérations n'étant pas modifié. Toutefois, à compter de 2013, un prélèvement forfaitaire obligatoire au taux de 24 % est prévu, qui n'est pas libératoire de l'impôt sur le revenu.

Le prélèvement forfaitaire obligatoire pour les revenus de placement à revenu fixe est pratiqué au taux de 24 %, calculé sur l'assiette du montant brut des produits. Son fait générateur est la date de perception des produits par le contribuable. Ce prélèvement n'est qu'un simple acompte. En ce sens, il n'est plus libératoire pour les produits concernés, mais obligatoire, les produits en cause étant ensuite soumis au

barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le prélèvement réglé par le contribuable s'impute ensuite sur l'impôt dû au titre de l'année au cours de laquelle il a été opéré. L'excédent éventuel est restitué.

L'établissement payeur doit procéder à la déclaration et au règlement du prélèvement dans les quinze premiers jours du mois qui suit la mise en paiement des revenus. Le prélèvement devra également être déclaré sur l'imprimé fiscal unique (IFU) n° 2561. L'établissement payeur devra également produire, à la demande des services fiscaux, l'attestation sur l'honneur des contribuables qui ont procédé à une demande de dispense.

En cas de défaut de déclaration ou de dépôt tardif, l'administration fiscale appliquera un intérêt de retard de 0,40 % par mois et une majoration de 10 ou 40 %. En cas de retard de paiement, un intérêt de retard de 0,40 % par mois et une majoration de 5 % du montant des sommes dont le paiement a été différé seront appliqués par l'administration fiscale.

Certains produits de placement à revenu fixe restent cependant soumis au régime du PFL. Il en va ainsi de certains produits particuliers comme les bons anonymes, les produits de l'épargne solidaire, les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation et aux contrats d'assurance-vie qui demeurent éligibles aux régimes anciens.

Le régime nouveau prévoit, en revanche, que l'option pour le PFL au taux de 24 % est toujours possible pour les contribuables qui ne perçoivent pas plus de 2 000 euros par an et par foyer fiscal de produits de placement à revenu fixe. Dans cette mesure, le prélèvement initial libère de l'impôt.

De même, mais à titre de sanction, les revenus à destination d'un État ou un territoire non coopératif sont soumis à un prélèvement forfaitaire obligatoire dont le taux est fixé à 75 % au lieu de 50 % auparavant.

En revanche, les personnes dont le revenu fiscal de référence de l'avant-der-

nière année est inférieur à 25 000 (contribuables seuls) ou 50 000 euros (contribuables soumis à une imposition commune) peuvent être dispensées du paiement du prélèvement forfaitaire mais non de la déclaration des revenus pour une imposition au barème de l'impôt sur le revenu. Pour ce faire, elles doivent produire une demande de dispense qui doit être déposée au plus tard le 30 novembre de l'année précédant le paiement des revenus auprès de l'établissement payeur. Cette demande prend la forme d'une attestation sur l'honneur réalisée sous la seule responsabilité du contribuable indiquant que le revenu fiscal de référence de l'avant-dernière année précédant le paiement est inférieur aux seuils susvisés.

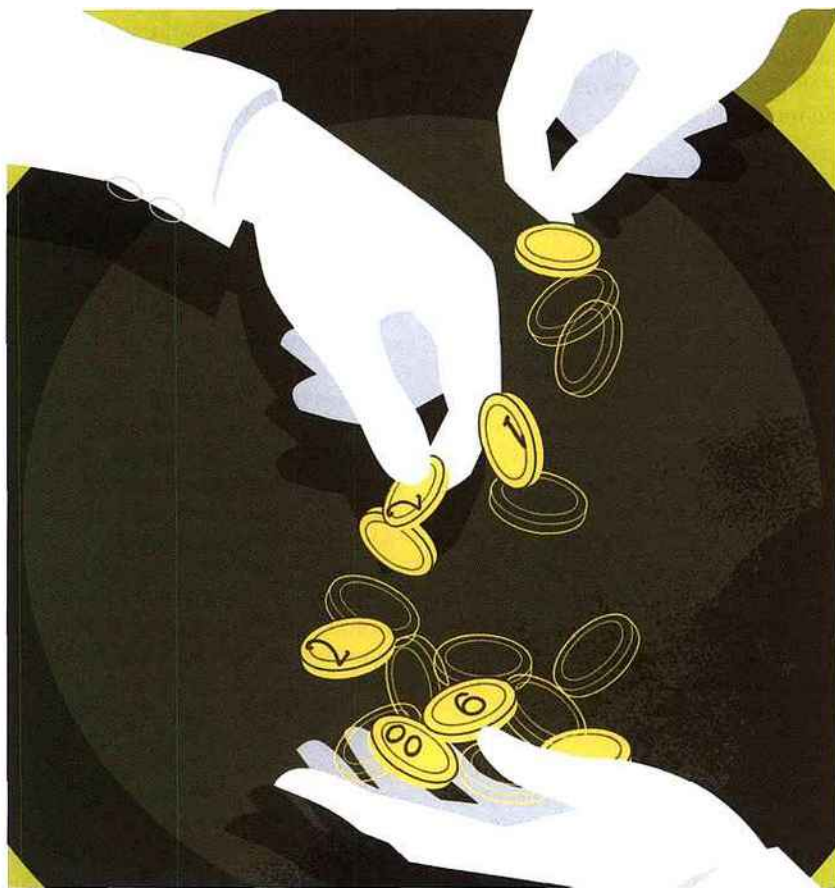
### **2°/ Les revenus distribués**

Les revenus distribués sont à compter de 2013, par principe, imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Sont concernés tous les revenus mentionnés aux articles 108 à 117 bis du Code général des impôts (CGI) pour les distributions de sociétés dont le siège est établi en France, de même que ceux mentionnés aux articles 120 à 123 dudit code bis pour les distributions de sociétés étrangères.

De plus, les personnes physiques fiscalement domiciliées en France (CGI, art. 4 B) qui bénéficient de revenus distribués soumis au barème de l'impôt sur le revenu, qu'ils soient de source française ou étrangère (CGI, art. 117 quater, I, 1), sont dorénavant assujetties à un prélèvement forfaitaire obligatoire au taux de 21 %.

Toutefois, les contribuables dont le revenu fiscal de référence de l'avant-dernière année est inférieur à 50 000 (contribuables seuls) ou 75 000 euros (contribuables soumis à une imposition commune) peuvent produire une demande de dispense de versement du prélèvement forfaitaire obligatoire qui doit être formalisée au plus tard le 30 novembre de l'année précédant le paiement des revenus. Cette demande de dispense est présentée à l'établissement payeur, sous la seule responsabilité du contribuable, et prend la forme d'une attestation sur l'honneur indiquant que le revenu fiscal de référence de l'avant-dernière année précédant le





## **II - IMPOSITION AU BARÈME PROGRESSIF DE L'IR DES GAINS DE CESSIION DE VALEURS MOBILIÈRES**

### **A - SITUATION ANCIENNE**

Les revenus des gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux étaient en principe imposables à l'impôt sur le revenu dès le premier euro de gain au taux proportionnel de 19 %.

Il existait toutefois deux régimes dérogatoires. Un report d'imposition en cas de réinvestissement de la plus-value de cession au capital de sociétés non cotées (CGI, art. 150-0 D bis) était possible, à condition que le produit de la plus-value soit réinvesti au moins à hauteur de 80 % de son montant dans un délai de trente-six mois à compter de la cession. Un régime d'exonération était, d'autre part, envisageable pour les cessions réalisées par des dirigeants partant à la retraite (CGI, art. 150-0 D ter). Ceux-ci pouvaient prétendre à un abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année, soit une exonération totale au bout de huit ans de détention. Ce dernier dispositif était prévu pour s'appliquer aux cessions réalisées entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 31 décembre 2013.

### **B - SITUATION NOUVELLE**

#### **1<sup>er</sup>/ Régime transitoire d'imposition des revenus de 2012**

Le régime transitoire d'imposition des revenus de 2012 maintient le principe d'une imposition des plus-values à un taux forfaitaire mais qui passe de 19 (2011) à 24 % pour 2012.

Sont donc imposables au taux de 24 %, lorsqu'ils sont réalisés ou perçus en 2012, les distributions, gains et produits suivants :

- les gains nets mentionnés à l'article 150-0 A du CGI (à l'exception des gains nets réalisés sur un PEA) ;
- les profits financiers réalisés en France à titre occasionnel sur le MATIF ;
- le gain net constaté lors d'un don en pleine propriété de titres de sociétés cotées et pour lesquels le contribuable bénéficie de la réduction d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) pour

paiement est inférieur aux seuils susvisés.

Le prélèvement forfaitaire obligatoire a pour fait générateur la date de perception des produits par le contribuable. Son assiette est calculée sur le montant brut des produits, sans application de l'abattement de 40 %. Son taux est fixé à 21 %. Ce prélèvement est considéré comme un acompte. Il n'est donc pas libératoire. Les revenus distribués seront ensuite imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le prélèvement payé par le contribuable s'impute sur l'impôt dû au titre de l'année au cours de laquelle il a été opéré. L'excédent éventuel est restitué.

L'établissement payeur doit procéder à la déclaration et au paiement du prélèvement dans les quinze premiers jours du mois qui suit le paiement des revenus. Le prélèvement devra également être déclaré sur l'IFU n° 2561. L'établissement payeur doit également produire, à la demande des services fiscaux, l'attestation sur l'honneur des

contribuables qui ont procédé à une demande de dispense.

En cas de défaut de déclaration ou de dépôt tardif, l'administration fiscale appliquera un intérêt de retard de 0,40 % par mois et une majoration de 10 ou 40 %. En cas de retard de paiement, un intérêt de retard de 0,40 % par mois et une majoration de 5 % du montant des sommes dont le paiement a été différé seront appliqués par l'administration fiscale.

Sont, en revanche, exclus du nouveau régime les revenus pris en compte pour la détermination du bénéfice imposable d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole ou non commerciale ainsi que les revenus afférents à des titres détenus dans un plan d'épargne en actions (PEA).

Les revenus distribués au profit d'un bénéficiaire établi dans un État ou un territoire non coopératif restent soumis à un prélèvement forfaitaire obligatoire de 75 %, au lieu de 55 % auparavant.



dons de l'article 150 duodecies du CGI ;

- les distributions de plus-values de cession de titres effectuées par les sociétés de capital-risque (SCR) ;
- les distributions de plus-values de cession de titres effectuées par les fonds de placement immobilier.

## **2°/ Régime d'imposition applicable à compter de 2013**

À compter de 2013, les revenus des gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux visés à l'article 150-0 A du CGI réalisés par des personnes physiques fiscalement domiciliées en France (CGI, art. 4 B) sont par principe imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Sont donc concernés par l'imposition au barème de l'impôt sur le revenu :

- les cessions de valeurs mobilières : cession ou rachat de droits sociaux, cession ou rachat de parts ou actions d'OPCVM, cession de titres de SCR ;
- le gain net constaté lors d'un don en pleine propriété de titres de sociétés cotées à certains organismes d'intérêt général pour lequel le contribuable bénéficie de la réduction « ISF » (CGI, art. 885-0 V bis A) ;
- les profits financiers réalisés en France à titre occasionnel sur le MATIF.

Sont, en revanche, exclus du nouveau dispositif de droit commun et demeurent soumis au taux forfaitaire les gains nets de cessions de titres ou droits réalisés par les créateurs d'entreprises (v. *infra*) et les gains nets réalisés en cas de retrait, de rachat ou de clôture de PEA et les gains réalisés lors de la cession de titres souscrits en exercice des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE).

Pour les revenus des gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux dorénavant soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu, il est prévu un abattement pour durée de détention qui se substitue au régime ancien tout en lui étant moins favorable. Le taux de l'abattement est de :

- 20 % si les titres sont détenus depuis au moins deux ans et moins de quatre ans ;

- 30 % si les titres sont détenus depuis au moins quatre ans et moins de six ans ;
- 40 % si les titres sont détenus depuis au moins six ans.

L'abattement est applicable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013 en tenant compte de la durée réelle de détention acquise avant cette date. Le point de départ est fixé à la date d'acquisition ou de souscription. En cas de cession par personne interposée, le point de départ est fixé à la date de souscription ou d'acquisition par la personne interposée. En cas de vente ultérieure de titres reçus à l'occasion d'opérations d'échange (CGI, art. 150-0 B et 150 UB), le point de départ est fixé à la date de souscription ou d'acquisition des titres remis à l'échange.

Le terme du délai est la date du fait générateur de l'imposition, c'est-à-dire la date du transfert de propriété juridique des titres ou des droits.

Les gains nets des cessions à titre onéreux de droits sociaux, de valeurs mobilières ou de droits portant sur ces droits ou valeurs continuent d'être soumis aux prélèvements sociaux au taux global de 15,5 %. La part de la CSG afférente aux gains soumis au barème progressif déductible du revenu imposable à l'impôt sur le revenu est abaissée de 5,8 à 5,1 % à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

Le régime du report d'imposition en cas de réinvestissement est maintenu, moyennant un certain nombre d'aménagements (CGI, art. 150-0 D bis). Le délai octroyé au cédant pour réinvestir est réduit à vingt-quatre mois. Le montant de la plus-value devant être réinvesti est réduit de 80 % à au moins 50 %. En revanche, seule la part effectivement réinvestie justifiera une exonération. Le réinvestissement peut être réalisé dans une ou plusieurs sociétés. L'impôt afférent à la fraction non réinvestie devient exigible à l'issue du délai de vingt-quatre mois et sera soumis au paiement d'un intérêt de retard de 0,40 % par mois.

### **a) Plus-values réalisées par des non-résidents (CGI, art. 244 bis B)**

Les plus-values de cession de participations substantielles réalisées par des non-résidents sont désormais taxées à 45 % (au lieu de 19 %). Ce taux est porté

à 75 % (au lieu de 50 %) lorsque ces personnes sont domiciliées dans un État ou territoire non coopératif. Ces plus-values sont prises en compte pour la détermination du revenu fiscal à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

### **b) Modalités d'imposition en cas de transfert du domicile fiscal (exit tax)**

En fonction de la date du départ à l'étranger, les modalités d'imposition sont différentes.

Pour les transferts de domicile fiscal hors de France intervenus entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 27 septembre 2012, les plus-values latentes sur certains droits sociaux, valeurs, titres ou droits, de même que certaines plus-values en report d'imposition et les créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix, relèvent d'une imposition au taux forfaitaire de 19 %.

Pour les transferts de domicile fiscal hors de France intervenus entre le 28 septembre et le 31 décembre 2012, ces sommes relèvent du taux forfaitaire de 24 %.

Enfin, lorsque le transfert est intervenu à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'ensemble de ces sommes est imposable au barème progressif de l'impôt sur le revenu, sous réserve de la possibilité du sursis de paiement de l'impôt et de l'éventuelle exonération à terme.

### **c) Plus-values réalisées par les créateurs d'entreprises (CGI, art. 200 A, 2 bis)**

Par exception au principe d'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu, les personnes qui cèdent leur entreprise après l'avoir développée peuvent continuer, sur option, à bénéficier d'une imposition forfaitaire au taux de 19 %, sous certaines conditions cumulatives. Ces conditions sont relatives à la société dont les titres sont cédés, aux titres cédés eux-mêmes et, enfin, au contribuable qui cède les titres.

Conditions relatives à la société : la société dont les titres sont cédés doit exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à l'exclusion de certaines activités, financières ou de gestion de patrimoine immobilier notamment. La société peut également être une hol-



ding animatrice. Cette condition est appréciée de manière continue pendant les dix ans précédant la cession.

Conditions relatives aux titres :

- les titres doivent avoir été détenus directement ou par personne interposée ou par l'intermédiaire du conjoint, ascendants, descendants, frères et sœurs, de manière continue au cours des cinq ans précédant la cession. La durée de détention est appréciée à partir de la date d'acquisition ou de souscription des titres ;
- les titres détenus doivent avoir représenté de manière continue pendant au moins deux ans au cours des dix ans précédant la cession 10 % des droits de vote ou des droits aux bénéfices de la société dont les titres sont cédés ;
- les titres détenus doivent représenter au moins 2 % des droits de vote ou des droits aux bénéfices de la société dont les titres sont cédés à la date de la cession.

Conditions relatives au cédant :

- le contribuable doit avoir exercé au sein de la société dont les titres sont cédés de manière continue au cours des cinq ans précédant la cession et dans les conditions prévues au 1<sup>er</sup> de l'article 885-0 bis l'une des fonctions mentionnées à cet article (fonction de direction) ou avoir exercé une activité salariée au sein de la société ;
- la fonction doit avoir été exercée de manière effective, en donnant lieu à une rémunération normale qui représente plus de la moitié des revenus professionnels du cédant.

La réforme mise en place est donc d'importance, qui permet d'aligner la fiscalité des revenus du capital sur la fiscalité des revenus du travail.

### **III - MISE AU POINT SUR LE TRAITEMENT FISCAL DES PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES**

L'actualité législative de la fiscalité des plus-values immobilières a d'abord été marquée par la volonté, exprimée par le gouvernement et que l'on retrouve au sein des travaux parlementaires, de fluidifier le marché immobilier en provoquant un « choc d'offre » (1) à l'aide de mesures fiscales phares.

Ainsi, la loi de finances pour 2013 (2) devait répondre à deux objectifs, dont la réalisation aurait été permise par la création d'une dichotomie fiscale entre les cessions d'immeubles bâtis et celles des terrains à bâtir. En effet, le premier objectif était de freiner la rétention foncière des terrains à bâtir en provoquant, au contraire, une augmentation des transactions par la création d'un régime fiscal propre. Le second objectif était de favoriser les cessions d'immeubles bâtis pour l'année 2013 avec la possibilité de bénéficier d'un abattement exceptionnel de 20 %.

Cette volonté bienfaitrice ne doit néanmoins pas occulter l'existence d'un autre dispositif en sens contraire ; la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (3) ayant instauré, quant à elle, une taxe supplémentaire frappant les plus-values immobilières d'un montant supérieur à 50 000 euros à l'article 1609 nonies G du CGI.

Dans sa décision du 29 décembre 2012 (4), le Conseil constitutionnel a censuré l'ensemble du dispositif envisagé par la loi de finances pour 2013, en ce qu'il remettait en question l'égalité des contribuables devant les charges publiques. Le Conseil s'est fondé essentiellement sur le caractère confiscatoire de la fiscalité des plus-values des cessions de terrains à bâtir, estimant ainsi que l'institution d'une différence de traitement entre l'impôt sur la plus-value de cession des terrains à bâtir et des immeubles bâtis était de nature contraire à la Constitution.

Par la censure du Conseil Constitutionnel, le dispositif final est contraire aux objectifs poursuivis :

- les cessions d'immeubles bâtis se trouvent plus taxées, tant par la censure des 20 % d'abattement exceptionnel que par la création d'une taxe supplémentaire sur les plus-values significatives ;
  - les cessions de terrains à bâtir sont quant à elles réduites au statu quo, et qui plus est, non assujetties à cette taxe supplémentaire.
- Il est à prédire rapidement une prochaine loi de finances visant à corriger ce résultat.

## **A - LE MAINTIEN D'UN RÉGIME UNITAIRE DE TAXATION**

### **1<sup>er</sup>/ Les mesures prévues par l'article 15 de la loi de finances pour 2013**

L'objectif du législateur était d'abord de créer un régime fiscal de taxation des plus-values immobilières, propre aux terrains à bâtir. L'article 15 de la loi de finances pour 2013 prévoyait ainsi de supprimer l'abattement pour durée de détention à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 et d'assujettir la plus-value de cession au barème progressif de l'impôt sur le revenu à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015.

Concernant les immeubles bâtis, en revanche, le but était d'instaurer un abattement exceptionnel de 20 % pour l'année 2013 exclusivement.

### **2<sup>nd</sup>/ La censure du Conseil constitutionnel**

Les travaux parlementaires ont manifestement poursuivi l'objectif d'installer une rupture profonde du traitement fiscal des cessions d'immeubles bâtis et des terrains à bâtir, ce qui a été sanctionné par le Conseil constitutionnel reprenant point par point les mesures prévues.

Le Conseil a d'abord relevé que l'imposition globale des plus-values de cession de terrains à bâtir revêtait un caractère confiscatoire et que l'institution d'une différence d'imposition au sein de la catégorie des plus-values immobilières, entre les terrains à bâtir et les autres biens immobiliers, conduisait à méconnaître le principe d'égalité devant les charges publiques. En outre, l'absence d'abattement prévu pour durée de détention conduisait à ignorer les capacités contributives réelles des contribuables et mènerait à les soumettre à une charge

## **NOTES**

- (1) Rapp. comm. finances AN n° 251, sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235), présenté par M. Christian Eckert, rapporteur général.  
(2) L. fin. 2013, n° 2012-1509, 29 déc. 2012, JO 30 déc., n° 0304, p. 20859, texte n° 1.  
(3) L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, JO 30 déc., p. 20920, texte 2, art. 70.  
(4) Cons. const., 29 déc. 2012, 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC.



excessive vu le taux marginal d'imposition.

Il en résulte que l'article 15 devait être déclaré contraire à la Constitution, rendant toutes les dispositions prévues en son sein inapplicables. Par conséquent, et en dépit du souhait du législateur de provoquer le « choc d'offre » également concernant les immeubles bâtis, aucune distinction n'a été opérée entre le traitement des plus-values des immeubles bâtis et des terrains à bâtir. La fiscalité antérieure des cessions immobilières est donc conservée.

En revanche, un doute a subsisté à propos du champ d'application de l'article 1609 nonies G du CGI instauré par l'article 70 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012. Si le Conseil constitutionnel a sauvegardé l'unité du traitement fiscal des cessions immobilières quelles qu'elles soient, nous verrons que la réponse apportée par M. Jérôme Cahuzac, alors ministre délégué chargé du Budget, à la question du président du Conseil supérieur du notariat (5), vient finalement réintroduire une différence d'imposition entre les terrains à bâtir et les autres immeubles.

## B - UNE TAXE SUPPLÉMENTAIRE PROPORTIONNELLE SUR LES PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES SIGNIFICATIVES AFFÉRENTES AUX IMMEUBLES BÂTIS

L'article 70 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 institue une taxe sur les plus-values immobilières d'un montant supérieur à 50 000 euros, codifiée sous l'article 1609 nonies G du CGI et dont le dispositif est détaillé dans le tableau ci-dessous :

MONTANT DE LA PLUS-VALUE IMPOSABLE	MONTANT DE LA TAXE
De 50 001 à 60 000	2 % PV – (60 000 – PV) × 1/20
De 60 001 à 100 000	2 % PV
De 100 001 à 110 000	3 % PV – (110 000 – PV) × 1/10
De 110 001 à 150 000	3 % PV
De 150 001 à 160 000	4 % PV – (160 000 – PV) × 15/100
De 160 001 à 200 000	4 % PV
De 200 001 à 210 000	5 % PV – (210 000 – PV) × 20/100
De 210 001 à 250 000	5 % PV
De 250 001 à 260 000	6 % PV – (260 000 – PV) × 25/100
Supérieur à 260 000	6 % PV

La rédaction de l'article 70 instaure une certaine ambiguïté en faisant un renvoi à l'article 150 VC du CGI, modifié par l'article 15 : « La taxe ne s'applique pas aux plus-values réalisées lors de la cession de terrains à bâtir mentionnés au I de l'article 150 VC ou de droits s'y rapportant ». Or, ce renvoi au I de l'article 150 VC du CGI pose des difficultés dans la mesure où le Conseil constitutionnel a décidé que l'ensemble de l'article 15 de la loi de finances pour 2013 était contraire à la Constitution.

La réponse du précédent ministre délégué chargé du Budget, M. Jérôme Cahuzac, vient lever cette incertitude du champ d'application de la taxe sur les plus-values de cession de terrains à bâtir :

« (...) En effet, conformément au deuxième alinéa du I de l'article 1609 nonies G du CGI, les plus-values résultant de la cession de terrains à bâtir ou de droits s'y rapportant sont exclues du champ de la taxe. Toutefois, par un renvoi de l'alinéa précité aux dispositions de l'article 150 VC du CGI, renvoi devenu sans objet du fait de la censure du Conseil constitutionnel de l'article 15 de la loi de finances pour 2013, des interrogations sont apparues sur la portée effective de cette exonération. (...) en dépit de ce renvoi devenu sans objet, et conformément à la volonté du législateur, les plus-values de cession de terrains à bâtir ou de droits se rapportant à de tels terrains, qui sont définis au 1° du 2 du I de l'article 257 du CGI, ne sont pas soumises à la taxe sur les plus-values immobilières élevées prévue à l'article 1609 nonies G du même code (...) ».

La réponse ministérielle exclut les plus-values de cession de terrains à bâtir ou de droits s'y rattachant du champ d'application de l'article 1609 nonies G du CGI. L'ambiguïté levée, il apparaît finalement une différence de traitement fiscal entre les plus-values de cessions immobilières ; différence qui reste limitée au champ d'application d'une taxation, et non d'une catégorie de revenu comme l'article 15 de la loi de finances pour 2013 le prévoyait.

Ainsi, hormis la taxe sur les plus-values élevées de l'article 1609 nonies G du CGI, la fiscalité immobilière reste indifférenciée pour tous les immeubles bâtis ou non bâtis ainsi que les droits relatifs à ces biens : application de l'abattement pour durée de détention d'après l'article 150 VC du CGI ; imposition de la plus-value au taux proportionnel libérateur de l'impôt sur le revenu de 19 %, majoré des prélèvements sociaux de 15,5 %.

Enfin, il convient de préciser que cette taxe s'ajoutera à la contribution sur les hauts revenus assujettissant certains contribuables aux revenus élevés.

## CONCLUSION

Au-delà de la vigilance particulière du Conseil constitutionnel, force est de constater que la loi de finances pour 2013 a accru la pression fiscale pesant sur les particuliers et rendu plus délicates leurs décisions de gestion patrimoniale. Il n'est dès lors pas certain que ces modifications fréquentes et pressantes des règles fiscales incitent les contribuables à bouger, la raréfaction des opérations et l'atonie des marchés, au-delà de la hausse globale des taux, n'étant alors pas nécessairement favorables aux recettes budgétaires. ■

## NOTES

(5) Lettre-circ. Min. Budget, 23 janv. 2013, BUD/2013/4502/C.

(6) *Ibid.*, n° 13.



# RÉFORME DE L'ISF : RETOUR VERS LE PASSÉ...

LA LOI DE FINANCES POUR 2013 PROCÈDE À UNE NOUVELLE RÉFORME DE L'ISF REVENANT PEU OU PROU À ANNULER TOUS LES EFFETS DE CELLE DE 2011.

PAR MARCEAU CLERMON, NOTAIRE, JEAN-FRANÇOIS DESBUQUOIS, AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET FIDAL, PASCAL JULIEN SAINT-AMAND, NOTAIRE, ET PHILIPPE NEAU-LEDUC, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE PARIS 1, DIRECTEUR DU MASTER 2 DROIT ET FISCALITÉ DE L'INGÉNIERIE SOCIÉTAIRE ET PATRIMONIALE (UNIVERSITÉ PARIS 1)

**R**appelons qu'après un débat de plusieurs mois sur la réforme de la fiscalité du patrimoine, la première loi de finances rectificative pour 2011 (1) avait en effet procédé à une refonte importante de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF). Prenant en compte l'érosion continue de la rentabilité des patrimoines, elle avait relevé le seuil d'imposition à 1 300 000 euros, réduit le nombre de tranches et abaissé les taux de l'impôt (0,25 % pour les patrimoines nets taxables jusqu'à 3 000 000 d'euros et 0,5 % pour ceux au-delà), puis simplifié les modalités déclaratives pour certains redevables. Le bouclier fiscal et le plafonnement de l'ISF avaient corrélativement été supprimés. Souvenons-nous également que l'équilibre budgétaire de cette réforme avait été obtenu en contrepartie d'un alourdissement très important des droits de mutation à titre gratuit : suppression des réductions de droits de donation, augmentation du droit de partage, rallongement du délai de « rappel fiscal » porté à dix ans, relèvement des deux dernières tranches du barème.

Ce nouvel ISF s'est appliqué au 1<sup>er</sup> janvier 2012... puis fut corrigé en fin d'année par la création d'une contribution exceptionnelle (2) ne visant ni plus ni moins qu'à imposer globalement les redevables comme si la réforme de 2011 n'avait pas eu lieu. Il s'agissait d'une mesure prise en urgence par le nouveau gouvernement, qui ne pouvait plus modifier le barème pour 2012 dans la mesure où l'impôt avait été liquidé, mais annonciatrice de la philosophie de la réforme à venir. La loi de finances pour 2013 (L. fin. 2013, n° 2012-1509, 29 déc. 2012, JO 30 déc., art. 13) contient cette réforme de fond. L'ISF est désormais doté de six tranches allant de 0,5 à 1,5 %, avec un seuil d'imposition toutefois maintenu à 1 300 000 euros. Quelques règles d'as-

siette sont également modifiées, mais la censure du Conseil constitutionnel a limité cette partie de la réforme. Un plafonnement de l'impôt est également rétabli mais selon des modalités qui ont elles aussi été largement censurées. Au final le nouvel ISF ressemble fort à celui qui s'appliquait jusqu'en 2011.

## I - LE NOUVEL ISF

### A - NOUVELLES MODALITÉS DE CALCUL

#### 1°/ Le tarif

**Nouveau barème.** – La loi de finances pour 2013 rétablit un nouveau barème affichant une forte progressivité de l'impôt (CGI, art. 885 U) :

FRACTION DE LA VALEUR NETTE TAXABLE DU PATRIMOINE	TARIF APPLICABLE (EN %)
N'excédant pas 800 000 €	0
Supérieure à 800 000 € et inférieure ou égale à 1 300 000 €	0,50
Supérieure à 1 300 000 € et inférieure ou égale à 2 570 000 €	0,70
Supérieure à 2 570 000 € et inférieure ou égale à 5 000 000 €	1
Supérieure à 5 000 000 € et inférieure ou égale à 10 000 000 €	1,25
Supérieure à 10 000 000 €	1,50

#### NOTES

(1) L. fin. rect. n° 2011-900, 29 juill. 2011, JO 30 juill.

(2) L. fin. rect. n° 2012-958, 16 août 2012, JO 17 août.





Le taux de la tranche la plus élevée est légèrement moins lourd que celui en vigueur jusqu'en 2011 (il existait alors sept tranches dont la plus élevée au taux de 1,8 % pour la part du patrimoine net taxable supérieure à 16 790 000 euros). Il l'est en revanche beaucoup plus que celui applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2012 (tranche marginale à 0,5 % pour les patrimoines au-delà de 3 000 000 d'euros). Les tranches sont également beaucoup plus resserrées puisque la tranche maximale débute désormais à 10 000 000 d'euros au lieu de 16 790 000 euros jusqu'en 2011. En cela il est très révélateur d'une spécificité de la fiscalité française qui a une perception de la fortune extrêmement concentrée. On observe de la même manière qu'en droits de mutation à titre gratuit, la tranche maximale en ligne directe à 45 % est atteinte dès 1805 677 euros taxables, alors que, par exemple, dans le barème allemand en ligne directe la tranche marginale à 30 % n'est atteinte qu'à partir de 25 560 000 euros. La fiscalité française sur le patrimoine semble donc avoir des difficultés à apprécier de façon nuancée les différents degrés de la richesse.

**Suppression du mécanisme d'actualisation annuelle.** – Entre 2005 et 2011, les tranches d'imposition du barème de l'ISF étaient automatiquement actualisées tous les ans en fonction de l'évolution de la limite supérieure de la première tranche du barème de l'impôt sur le revenu. La

dernière loi de finances rectificative pour 2011 avait toutefois gelé la revalorisation automatique du barème de l'impôt sur le revenu et donc indirectement celle des tranches du tarif de l'ISF.

La loi de finances pour 2013 va plus loin en supprimant le principe même de l'actualisation du barème de l'ISF, de sorte que, si à l'avenir un « printemps budgétaire » provoquait le dégel du barème de l'impôt sur le revenu, le tarif de l'ISF ne pourrait pas en bénéficier.

## 2°/ Seuil d'imposition et décote

**Un seuil d'imposition maintenu à 1 300 000 euros.** – Une des rares avancées préservées de la réforme de 2011 sera le seuil d'imposition qui reste fixé à 1 300 000 euros (rappelons qu'auparavant il était de 800 000 euros). Le redevable dont le patrimoine net taxable est inférieur à 1 300 000 euros reste donc non imposable. En revanche, une fois ce seuil dépassé, il devient taxable, étant toutefois précisé que les premiers 800 000 euros de son patrimoine net ne seront pas soumis à impôt. Le dépassement du seuil d'imposition fait toutefois mécaniquement apparaître immédiatement une assiette taxable de 500 000 euros (1 300 000 – 800 000 euros).

**Décote.** – Afin d'atténuer cet effet de seuil, l'article 885 U, 2, du Code général des impôts (CGI) maintient un système de décote pour les redevables

dont la valeur nette taxable du patrimoine est comprise entre 1 300 000 et 1 400 000 euros. Le montant de leur impôt est réduit d'une somme égale à (17 500 euros – 1,25 % x P), où P correspond à la valeur nette taxable du patrimoine.

**Exemple :** Un redevable est taxable sur un patrimoine net de 1 350 000 euros au 1<sup>er</sup> janvier 2013. Son ISF se détermine comme suit :

- ISF théorique : (500 000 x 0,5 %) + (50 000 x 0,7 %) = 2 850 euros ;
- montant de la décote : 17 500 (1 350 000 x 1,25 %) = 625 euros ;
- montant de l'ISF dû : 2 850 – 625 = 2 225 euros.

## 3°/ Conséquence pour les trusts

Le relèvement du tarif de l'ISF a pour conséquence de tripler le taux du prélèvement spécifique qui frappe désormais les avoirs non déclarés placés dans un *trust* (CGI, art. 990 J), ce taux étant égal à celui de la tranche la plus élevée du barème. Le nouveau taux est donc désormais fixé à 1,5 % (au lieu de 0,5 %).

## 4°/ Suppression de la réduction pour charges de famille

Au titre de l'ISF pour 2012, les redevables avaient pu soustraire du montant de leur impôt une réduction de 300 euros par personne à charge (150 euros pour les années précédentes). À compter de 2013, cette réduction (CGI, art. 885 V) est entièrement abrogée.

## B - MODIFICATION DES RÈGLES D'ASSIETTE

La loi de finances pour 2013 avait aussi pour ambition de réformer deux des modalités de détermination de l'assiette imposable. L'une d'elles a toutefois fait l'objet d'une censure totale de la part du Conseil constitutionnel après son adoption.

### 1°/ Non-déductibilité du passif grevant les biens exonérés ou non pris en compte dans l'assiette de l'ISF

#### a) Avant la réforme

Jusqu'à présent les principes de déductibilité du passif en matière d'ISF étaient les mêmes qu'en matière de droits de mutation à titre gratuit (sur renvoi de CGI, art. 885 D).



**Déductibilité de principe.** – Pour être déductibles, les dettes devaient :

- exister au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition ;
- être à la charge personnelle du redevable, de son conjoint soumis à imposition commune, ou de ses enfants mineurs ;
- être justifiées par tous modes de preuve compatibles avec la procédure écrite.

**Limite pour le passif afférent à des biens exonérés.** – Toutefois, l'article 769 du CGI, applicable sur renvoi en matière d'ISF, disposait que les dettes contractées pour l'achat de biens « exonérés » ou dans l'intérêt de tels biens, s'imputaient en priorité sur la valeur des biens exonérés, seul l'excédent de la dette par rapport au patrimoine exonéré étant effectivement déductible de l'assiette de l'impôt. Il en résultait deux conséquences :

- si la dette se rapportait à un bien partiellement exonéré, elle n'était déductible que dans les mêmes proportions que l'actif concerné ;
- lorsque le montant du passif excédait la valeur taxable du bien auquel il était affecté, le solde négatif était déductible du surplus du patrimoine taxable.

**S'agissant des biens non pris en compte dans l'assiette du redevable.**

- Aucune règle légale particulière n'interdisait la déduction du passif y afférent. Ainsi, la jurisprudence (3) avait confirmé que le nu-propriétaire d'un bien, qui ne le déclare pas à l'ISF puisque la valeur en pleine propriété est en principe comprise dans le patrimoine de l'usufruitier pour la totalité, pouvait déduire de son ISF le passif afférent à la nue-propriété, et ce, que l'usufruitier soit effectivement imposable à l'ISF ou non.

**b) Avec la réforme**

La réforme entend rompre avec cette règle traditionnelle et crée un principe spécifique de non-déductibilité à l'ISF de certains passifs (CGI, art. 885 G quater nouveau) : « *Les dettes contractées par le redevable pour l'acquisition ou dans l'intérêt de biens qui ne sont pas pris en compte pour l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune dû par l'intéressé ou qui en sont exonérés ne sont pas imputables sur la valeur des biens taxables. Le cas échéant, elles sont im-*

*putables à concurrence de la fraction de la valeur de ces biens qui n'est pas exonérée* » (nous soulignons).

L'article 885 G quater emporte deux conséquences :

- d'une part, il empêche désormais la déductibilité d'un éventuel excédent de passif afférent à un bien exonéré (œuvres d'art, biens professionnels) si la valeur de ce dernier est inférieure au passif. En cas d'exonération partielle (ex. : titres sociaux sous pactes « Dutreil » ISF), la déduction se fait au prorata de la valeur du bien incluse dans l'assiette de l'ISF ;
- d'autre part, en étendant le principe de non-déductibilité aux biens non pris en compte dans l'assiette de l'ISF, il empêche désormais la déduction d'un endettement souscrit pour acquérir un bien non soumis à imposition dans le patrimoine du redevable tel qu'une nue-propriété.

**2°/ La mesure invalidée consistant à faire déclarer fictivement par le redevable certains actifs des sociétés dont il est associé**

**a) Avant la réforme**

Avant la réforme, le redevable qui revendiquait l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels sur des droits sociaux ne pouvait en bénéficier que pour la fraction de leur valeur correspondant aux éléments de l'actif social nécessaires à l'activité éligible de la société (industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale). Cette limitation prévue par l'article 885 O ter du CGI avait pour corollaire que le contribuable devait déclarer et était taxé sur l'autre fraction de la valeur du titre (celle correspondant aux actifs non nécessaires à l'activité éligible).

**b) La loi de finances pour 2013**

La loi de finances pour 2013 (art. 13, I, C) entendait modifier l'article 885 O ter du CGI. La limitation de l'exonération de la valeur du titre aux seuls biens nécessaires à l'activité éligible était supprimée : les titres pouvaient donc bénéficier d'une exonération totale. En revanche, l'associé devait désormais déclarer fictivement comme s'ils lui appartenaient personnellement, et à concurrence du pourcentage qu'il détenait dans la société, les biens non nécessaires à l'activité faisant partie de l'actif de la société ou de ses filiales

(sans limitation du nombre de niveaux d'interposition).

Cette réforme avait été unanimement critiquée (4), tant en raison de son caractère choquant au regard des principes généraux de l'ISF (le redevable est en principe imposé sur son patrimoine et non sur celui d'autrui), qu'en raison des difficultés inextricables d'application qui s'annonçaient déjà pour réussir à articuler une telle fiction avec les règles ordinaires de l'ISF.

**c) L'annulation par le Conseil constitutionnel**

Dans sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, estimant à bon droit que le législateur « *ne pouvait asseoir l'impôt de solidarité sur la fortune sur ces éléments du patrimoine de la société à concurrence du pourcentage détenu dans cette dernière alors même qu'il n'est pas établi que ces biens sont, dans les faits, à la disposition de l'actionnaire ou de l'associé ; que le*

## NOTES

(3) Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-10.645 :

« *Sur le moyen unique : vu les articles 769 et 885 G du Code général des impôts ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Nancy, 28 janvier 2008), que M. X... a acquis le 30 octobre 1992 la nue-propriété d'un bien immobilier ; que l'acquisition et les travaux ont été financés par un emprunt dont le capital a été déduit par M. X... et Mme Y... de l'actif taxable à l'impôt de solidarité sur la fortune pour les années 1994 à 1997 ; que l'administration fiscale a remis en cause cette déduction ; qu'après mise en recouvrement des impositions et rejet de leur réclamation, M. X... et Mme Y... ont saisi le tribunal de grande instance afin d'obtenir le dégrèvement des impositions mises à leur charge ; Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que les dettes contractées pour l'achat de biens exonérés ou dans l'intérêt de tels biens doivent être imputées en priorité sur la valeur desdits biens, et que la nue-propriété litigieuse constitue effectivement un bien exonéré par le jeu de l'article 885 G du Code général des impôts (...).* »

(4) J.-F. Desbuquois, ISF : les dirigeants devront déclarer fictivement certains actifs de leurs sociétés, Les Échos Business 28 nov. 2012 ; O. de Saint-Chaffray, Quand le législateur confond ISF et biens professionnels..., Les Échos 30 nov. 2012.



*législateur a défini une assiette sans lien avec les facultés contributives ».*

La réforme est donc purement et simplement annulée sur ce point, et seul demeure en vigueur l'article 885 O ter dans son ancienne rédaction.

## **II - LE PLAFONNEMENT**

En contrepartie de l'allègement du barème de l'ISF, la première loi de finances rectificative pour 2011 avait supprimé le plafonnement et le bouclier fiscal, devenus moins nécessaires. Le Conseil constitutionnel avait validé cette réforme, porteuse d'un équilibre global, estimant que « *le législateur, en modifiant le barème de l'impôt de solidarité sur la fortune, a entendu éviter que la suppression concomitante du plafonnement prévu par l'article 885 V bis du Code général des impôts (plafonnement de l'ISF) et du droit à restitution des impositions directes en fonction du revenu prévu par les articles 1<sup>er</sup> et 1649-0 A du même code (bouclier fiscal) aboutisse à faire peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives* » (5).

De plus, lors de l'examen de la loi créant la contribution exceptionnelle sur la fortune pour 2012, le Conseil constitutionnel (6) avait jugé conforme à la Constitution l'absence de plafonnement de celle-ci en se fondant sur son caractère exceptionnel (impôt éphémère, dû au titre de la seule année 2012). Il avait toutefois pris soin de rappeler à cette occasion la nécessité de prévoir un tel plafonnement, pour ne pas entraîner de rupture de l'égalité devant les charges publiques, si les taux de l'ISF venaient à être relevés de façon permanente à l'avenir...

L'ISF institué par la loi de finances pour 2013 ne pouvait donc pas faire l'économie d'un mécanisme de plafonnement, permettant de corriger le brutal rehaussement du barème (triplement de la tranche marginale) dans la mesure où celui-ci avait vocation à s'appliquer de façon permanente.

### **A - LE PRINCIPE**

L'article 885 V bis du CGI fixe ce nouveau mécanisme de plafonnement de l'ISF. Réservé aux redevables ayant leur domicile fiscal en France, le plafonnement vise à éviter que le total formé par l'ISF et l'impôt sur le revenu

n'excède 75 % des revenus de l'année précédente du redevable. Ce taux est plus faible que celui qui s'est appliqué de 1991 à 2011 (85 %) et semble correspondre à ce qui est perçu actuellement comme étant approximativement le taux maximal de prélèvement supportable par le contribuable (v. la contribution exceptionnelle sur les très hauts revenus calée sur le même pourcentage de 75 %, et la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2012 (7) annulant la majoration des cotisations salariales sur les stock-options).

Pour l'heure, le plafonnement du plafonnement n'est pas rétabli, le législateur ayant tenté dans son projet, mais en vain compte tenu de l'invalidation partielle du texte par le Conseil constitutionnel, de mieux maîtriser les revenus de référence pour éviter toute optimisation du plafonnement par certains redevables.

En cas d'excédent, celui-ci viendra en diminution de l'ISF à payer, mais ne pourra pas s'imputer sur l'impôt sur le revenu ni faire l'objet d'un remboursement. Ce nouveau plafonnement fera l'objet d'une auto-liquidation par les contribuables.

## **B - LES MODALITÉS DU PLAFONNEMENT**

### **1°/ Impôts à prendre en compte (au numérateur)**

Les impôts à prendre en compte sont constitués par l'addition de l'ISF, ainsi que des impôts dus en France et à l'étranger au titre des revenus et produits du redevable au titre de l'année précédente. Devraient donc être retenus notamment l'impôt sur le revenu calculé à taux progressif ou à taux proportionnel, les prélèvements sociaux, et probablement la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (point restant à confirmer par l'Administration). Ces éléments seront retenus avant imputation des seuls crédits d'impôt représentatifs d'une imposition acquittée à l'étranger et des retenues non libératoires (cette règle est donc moins favorable que celle applicable jusqu'en 2011 qui retenait l'impôt avant imputation de tous les crédits d'impôt).

Par ailleurs, lorsque l'impôt sur le revenu a été établi sur une assiette incluant les revenus de personnes dont

les biens n'entrent pas dans l'assiette de l'ISF (notamment ceux d'enfants majeurs rattachés), il est réduit suivant le pourcentage du revenu de ces personnes par rapport au revenu total.

### **2°/ Les revenus à prendre en compte (au dénominateur)**

**Les revenus retenus comme base du calcul du plafonnement.** – Ces revenus sont les suivants :

- les revenus mondiaux nets de frais professionnels du redevable au titre de l'année précédente (traitements et salaires ; pensions et rentes viagères à titre gratuit ; bénéfices industriels et commerciaux, agricoles et non commerciaux ; revenus de capitaux mobiliers ; revenus fonciers), après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du CGI ;

- les revenus exonérés d'impôt sur le revenu ;

- les produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France. Les plus-values et revenus sont retenus sans considération des exonérations, seuils, réductions et abattements prévus au CGI, à l'exception de ceux représentatifs de frais professionnels.

**Les « revenus fictifs » qui n'auront en définitive pas à être pris en compte.** – La loi de finances pour 2013 prévoyait par ailleurs que soient intégrés dans le revenu de référence du contribuable certains revenus théoriques, voire « fictifs » :

- les intérêts et produits capitalisés de certains supports d'investissement (intérêts de plans d'épargne logement ; variation nette sur l'année de la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie et des contrats de capitalisation ; produits capitalisés dans un *trust*), même en l'absence de tout retrait par le souscripteur au titre de l'année considérée ;
- le bénéfice distribuable du dernier exercice clos des sociétés patrimo-

## **NOTES**

(5) Cons. const., 28 juill. 2011, n° 2011-638 DC.

(6) Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC.

(7) Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC.



niales (n'ayant pas une activité prépondérante de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale) imposables à l'impôt sur les sociétés lorsque le redevable avait contrôlé la société à un moment quelconque au cours des cinq dernières années, et ce, même si le résultat n'était pas mis en distribution par l'assemblée générale ;

– les plus-values en sursis ou en report d'imposition au titre de l'année de l'opération.

Ces dispositions visaient certainement à empêcher le contribuable de développer des stratégies de capitalisation de ses revenus pour activer le plafonnement de l'ISF. Le Conseil constitutionnel a bien entendu censuré cette disposition, considérant à bon droit « qu'en intégrant ainsi, dans le revenu du contribuable pour le calcul du plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune et de la totalité des impôts dus au titre des revenus, des sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année, le législateur a fondé son appréciation sur des critères qui méconnaissent l'exigence de prise en compte des facultés contributives ; que, par suite, les troisième à seizième alinéas du F du paragraphe I de l'article 13 doivent être déclarés contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, au dix-septième alinéa de ce F, des mots : "y compris celles mentionnées au 5° du II" » (8).

### **III - AMÉNAGEMENTS DIVERS**

#### **A - AMÉNAGEMENT DES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES**

Les obligations déclaratives allégées instituées par la première loi de finances rectificative pour 2011 pour les plus petits redevables sont maintenues par la loi de finances pour 2013... mais déjà alourdies.

##### **1°/ Abaissement du seuil**

Jusqu'ici, les redevables dont le patrimoine net taxable était égal ou supérieur à 1 300 000 euros et inférieur à 3 000 000 d'euros déclaraient uniquement leur actif net taxable sur leur déclaration annuelle d'impôt sur le revenu (Cerfa n° 2042), et étaient corrélativement dispensés de souscrire une déclaration spécifique d'ISF au 15 juin. À compter de l'année 2013,

l'article 885 W, I, 2, abaisse ce seuil à 2 570 000 euros au lieu de 3 000 000 d'euros.

##### **2°/ Déclaration du patrimoine brut et net**

Par ailleurs, le même texte oblige désormais ces redevables à mentionner sur leur déclaration annuelle des revenus non plus seulement la valeur nette taxable de leur patrimoine taxable, mais également aussi sa valeur brute. Cette modification viserait à permettre à l'administration fiscale de disposer d'éléments suffisants pour élaborer son programme de contrôle, et d'estimer le montant des exonérations appliquées par les redevables.

#### **B - MESURES DE CONTRÔLE ET SANCTIONS**

##### **1°/ Mesures de contrôle de l'ISF 2011 pour les contribuables soumis aux obligations déclaratives simplifiées**

Aucune mesure de contrôle spécifique n'avait été prévue pour les redevables soumis aux obligations déclaratives simplifiées au titre de l'ISF pour 2011. La loi de finances pour 2013 rectifie cette omission en leur étendant les dispositions spécifiques instituées par la première loi de finances rectificative pour 2011 pour le contrôle desdits redevables à compter de l'ISF pour 2012. Cette mesure ne devrait concerner que les contrôles engagés au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

##### **2°/ Point de départ de l'intérêt de retard**

En matière d'ISF, l'intérêt de retard (CGI, art. 1727) est calculé à partir du premier jour du mois suivant celui au cours duquel l'impôt aurait dû être acquitté. En matière d'impôt sur le revenu, le point de départ est le 1<sup>er</sup> juillet de l'année suivant celle au titre de laquelle l'impôt a été établi.

Pour les redevables soumis aux obligations déclaratives simplifiées, aucune harmonisation n'avait été prévue par la réforme de 2011. C'est désormais chose faite.

Un deuxième alinéa inséré au 1 du IV de l'article 1727 du CGI précise : « En matière d'impôt de solidarité sur la fortune, le point de départ du calcul de l'intérêt de retard est le 1<sup>er</sup> juillet de l'année au titre de laquelle l'imposition est éta-

blie si le redevable est tenu à l'obligation déclarative prévue au premier alinéa du 2 du I de l'article 885 W ».

Par dérogation, pour l'ISF dû au titre de l'année 2012, le point de départ est fixé au 1<sup>er</sup> décembre 2012.

### **CONCLUSION**

Le nouvel ISF ressemble donc beaucoup à celui applicable jusqu'en 2011 : un barème élevé, encore accentué par la suppression de l'actualisation automatique du barème et la forte concentration des tranches sur les patrimoines intermédiaires.

La réforme de la fiscalité du patrimoine de 2011 est donc quasiment annulée... sauf tous les alourdissements de la fiscalité successorale qui avaient servi à financer l'allègement de l'ISF.

Désormais, la France a probablement une des fiscalités sur le patrimoine les plus lourdes d'Europe : droits de succession à 45 % en ligne directe, ISF à 1,5 %, et plus-values sur cessions de valeurs mobilières au barème progressif (64,5 % avec la contribution exceptionnelle et les prélèvements sociaux). Nul doute que de tels taux, s'ils sont maintenus, auront un impact dissuasif sur le comportement des redevables concernés et brideront la circulation des biens ainsi que les transferts intergénérationnels, ce qui entraînera aussi une réduction rapide des rentrées budgétaires.

Seules nouvelles favorables dans ce tableau assez sombre :

– un plafonnement très proche de celui qui existait jusqu'en 2011 est maintenu, à l'exception notable du plafonnement du plafonnement. Mais ce dernier point résulte plus de la censure du Conseil constitutionnel que d'un choix délibéré du législateur ;

– les mesures les plus attentatoires aux principes fondamentaux de l'ISF (prise en compte d'actifs n'appartenant pas au redevable dans l'assiette, prise en compte de revenus fictifs dans le plafonnement) auront été annulées par le Conseil constitutionnel, évitant sans doute aux redevables et à leurs conseils des retraitements complexes et injustes. ■

### **NOTES**

(8) Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, précité.



# FISCALITÉ DES ENTREPRISES

LA TROISIÈME LOI DE FINANCES RECTIFICATIVE POUR 2012 A PROFONDÉMENT MODIFIÉ LES RÈGLES FISCALES APPLICABLES EN CAS DE TRANSFERT D'UN SIÈGE SOCIAL OU D'UN ÉTABLISSEMENT STABLE HORS DE FRANCE, AU RISQUE D'UNE CRITIQUE FONDÉE SUR L'EURO-COMPATIBILITÉ DU DISPOSITIF.

PAR MARCEAU CLERMON, NOTAIRE, JEAN-FRANÇOIS DESBUGUOIS, AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET FIDAL, PASCAL JULIEN SAINT-AMAND, NOTAIRE, ET PHILIPPE NEAU-LEDUC, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE PARIS 1, DIRECTEUR DU MASTER 2 DROIT ET FISCALITÉ DE L'INGÉNIERIE SOCIÉTAIRE ET PATRIMONIALE (UNIVERSITÉ PARIS 1)

**E**n effet, à compter du 14 novembre 2012, les plus-values latentes comme les plus-values en report ou en sursis d'imposition constatées sur les éléments d'actifs qui sont transférés à l'occasion du transfert dans l'Union européenne d'un siège social ou d'un établissement stable sont soumises, en fonction de la décision du contribuable, soit à une imposition immédiate, soit à une imposition fractionnée sur cinq ans.

## I - SITUATION ANCIENNE

Le droit français prévoyait l'imposition immédiate des plus-values latentes existant au jour du transfert par une société française, passible de l'impôt sur les sociétés, de son siège social au sein de l'Union européenne dès lors que les actifs de cette société ne demeuraient pas inscrits au bilan d'un établissement stable français de cette société.

Or, la Cour de justice de l'Union européenne, par un arrêt « National Grid Indus BV » du 29 novembre 2011 (CJUE, 29 nov. 2011, aff. C-371/10), confirmé par un arrêt du 6 septembre 2012 « Commission c/ République

portugaise » (CJUE, 6 sept. 2012, aff. C-38/10), a reconnu aux États membres le droit d'imposer les plus-values latentes afférentes aux actifs des sociétés qui transfèrent leur siège social et leurs actifs dans un autre État membre de l'Union européenne sous réserve que la restriction à la liberté d'établissement, du fait de cette imposition, soit proportionnée à l'objectif de préservation du droit d'imposition des États membres.

La CJUE a ainsi jugé qu'une taxation immédiate et systématique des plus-values ne constituait pas une restriction proportionnée à l'objectif de préservation du droit d'imposition des États membres. La Cour a, en revanche, considéré qu'une imposition différée des plus-values pouvait s'avérer conforme à l'exigence de proportionnalité.

## II - SITUATION NOUVELLE : PAIEMENT IMMÉDIAT OU FRACTIONNÉ

Dans ce contexte, l'article 30 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, JO 30 déc.) prévoit en faveur du contribuable une option pour un paiement fractionné de l'impôt sur les plus-values latentes, ou sur les plus-values en report ou en sursis d'imposition, qui sont constatées à raison du transfert des actifs hors de France dans le cadre d'un transfert de siège social ou d'un établissement stable au sein de l'Union européenne ou, sous certaines conditions, dans un État de l'Espace écono-

mique européen, opérations de transfert intervenues à compter du 14 novembre 2012.

Le nouveau dispositif prévoit donc la possibilité pour le contribuable de choisir entre :

- le paiement immédiat de l'impôt sur les plus-values latentes, ou en sursis ou en report d'imposition, dans un délai de deux mois suivant le transfert ;
- ou, sur demande expresse, un paiement du montant de l'impôt fractionné par cinquième au titre de l'année du transfert et des quatre années suivantes (20 % au moment du transfert, puis 20 % chacune des quatre années suivantes). Cette option est assortie de l'obligation de souscrire chaque année un état de suivi des actifs et des plus-values concernés sous peine d'une amende de 5 % des plus-values imposables.

## III - LE PRINCIPE DU PAIEMENT FRACTIONNÉ EN QUESTION

Contrairement au principe du paiement différé proposé par la CJUE dans l'arrêt « National Grid Indus BV », une imposition fractionnée des plus-values latentes (ou en report ou en sursis) conduit à une imposition systématique de ces plus-values, alors même que la société ne s'est pas dessaisie de la propriété juridique des actifs concernés.

Ainsi, le principe de l'option entre une imposition immédiate et une imposition fractionnée des plus-values latentes retenu par le nouveau dispositif



de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 semble discutable dans la mesure où elle n'assure pas la neutralité fiscale requise par le droit de l'Union européenne avec l'exigence de proportionnalité de l'atteinte au principe de liberté d'établissement. Ce n'est, en effet, évidemment pas la même chose que d'envisager un différé d'imposition (jurisprudence de la CJUE) et un paiement fractionné (troisième loi de finances rectificative pour 2012). Il faudra donc être attentif à la réponse de la Cour de Hambourg à une

question préjudicielle concernant la compatibilité avec le Traité du système d'imposition des plus-values latentes dans le cadre de transferts de sièges sociaux actuellement en vigueur en Allemagne et dont s'est largement inspiré le nouveau dispositif introduit par l'article 30 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012.

### CONCLUSION

Alors même que le dispositif a été présenté comme devant permettre à la lé-

gislation française d'être conforme à la réglementation communautaire, plus particulièrement avec le principe de liberté d'établissement, les critiques sont déjà nombreuses sur l'euro-compatibilité de la règle nouvelle. Il est vrai que l'interprétation tirée de la jurisprudence récente de la CJUE est quelque peu extensive pour tenter d'assimiler paiement différé et paiement fractionné. La construction européenne, notamment sur le plan fiscal, peine à l'évidence à s'extraire des priorités nationales. ■

