

# 17 Présomption de l'article 751 dans un contexte transfrontalier et dispositifs équivalents de droit étranger



Eric PORNIN,  
avocat fiscaliste cabinet Loubeyre Entremont Pornin,  
consultant auprès du Cridon de Paris



et Pascal JULIEN SAINT-AMAND,  
notaire à Paris,  
président du groupe Althémis

## 1. - DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ ET DISPOSITIF ANTI-ABUS DANS QUELQUES DROITS ÉTRANGERS

- A. - Les pays qui ne connaissent pas le démembrement de propriété
- B. - Les législations qui connaissent le démembrement de propriété, mais n'y attachent aucun régime fiscal de faveur
- C. - Les pays qui connaissent le démembrement de propriété et y attachent un régime fiscal de faveur

## 2. - DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ ET ARTICLE 751 DANS UN CONTEXTE TRANSFRONTALIER

- A. - Les acquisitions d'immeubles en France par des non-résidents
  - 1° Les règles de territorialité applicables
  - 2° La preuve contraire
- B. - Les investissements immobiliers à l'étranger des résidents français

La multiplication des investissements immobiliers tant des étrangers en France que des français à l'étranger nécessitait de traiter dans une étude spécifique, non seulement de la mise en œuvre de la présomption de l'article 751 dans un contexte transfrontalier, mais plus généralement de l'incidence des législations étrangères sur les acquisitions démembrées, soit que ces législations ne connaissent pas cette institution en tirent des solutions différentes, soit que, la connaissant, elles instituent également des dispositifs anti-abus. De tels investissements nécessitent ainsi une vigilance renforcée pour éviter les pièges des pays concernés, celui de la situation des biens comme celui de la résidence des investisseurs.

1 - Que les acquisitions démembrées soient réalisées en France par des non-résidents ou à l'étranger par des résidents de France, dans un contexte international, l'analyse des conséquences de l'extinction de l'usufruit doit s'étendre aux différentes législations concernées.

Lorsque le droit d'imposer un bien appartient au pays étranger, il faut s'assurer qu'aucun régime anti-abus ne s'y applique en cas de détention en démembrement de propriété et à défaut remplir les conditions requises pour en éviter les effets (1).

Lorsque le droit d'imposer appartient à la France, il convient d'éviter d'être dans le champ d'application de l'article 751 et lorsque l'on s'y trouve d'être en mesure d'apporter la preuve contraire faisant tomber la présomption (2).

## 1. Démembrement de propriété et dispositif anti-abus dans quelques droits étrangers

2 - Les législations étrangères peuvent être classées en trois grandes catégories :

- celles qui ne connaissent pas le démembrement de propriété (A) ;
- celles qui le connaissent et n'y attachent aucun régime fiscal favorable (B), et enfin ;

- celles qui, comme la législation Française, connaissent le démembrement de propriété et y attachent un régime de faveur (C).

### A. - Les pays qui ne connaissent pas le démembrement de propriété

3 - **Démembrement de propriété et pays anglo-saxons.** – Au premier rang des pays ne connaissant pas le démembrement de propriété figurent les pays anglo-saxons. Ceux-ci connaissent d'autres divisions du droit de propriété et en particulier la division entre la propriété légale et la propriété économique organisée par le *trust*.

Très logiquement, aucun dispositif anti-abus contre le démembrement n'existe dans ces législations.

4 - **La problématique du traitement fiscal.** – Lors de l'extinction d'un démembrement de propriété existant sur des biens étrangers, la législation fiscale du pays de résidence de l'usufruitier défunt assimilera l'usufruit à une notion de droit interne qu'il considère proche pour en tirer les effets fiscaux. Classiquement, et sans trop entrer ici dans le détail, l'usufruit est généralement assimilé à un « *life interest trust* », notion propre à la *common law* qui désigne une somme de droits rattachés à la pleine propriété, donnant notamment à son détenteur le droit d'user du bien sans en avoir la pleine propriété. La conséquence qui en découlera sur le plan fiscal sera, en règle générale, de taxer la

pleine propriété du bien au décès de son détenteur. Il existe toutefois des exceptions liées à la date à laquelle le démembrement de propriété a été constitué. Si l'usufruitier n'était pas considéré, lors de la constitution du démembrement, comme fiscalement résident/*domiciled* du pays dans lequel il décède, il n'y aura généralement pas de fiscalité successorale applicable. C'est le cas, par exemple, du résident français ayant réalisé une donation de nue-propriété alors qu'il était résident de France (et *domiciled* en France au sens des règles de *common law*), avant de venir s'installer durablement au Royaume-Uni et d'y décéder. Ces questions de qualification fiscale et d'assimilation sont complexes et méritent en toutes circonstances de se rapprocher d'un fiscaliste du pays concerné afin d'affiner l'analyse.

## B. - Les législations qui connaissent le démembrement de propriété, mais n'y attachent aucun régime fiscal de faveur

5 - **La reconnaissance du démembrement de propriété n'implique pas forcément un régime fiscal favorable.** – De nombreuses législations connaissent le démembrement de propriété. C'est le cas dans la plupart des pays dont le système juridique est d'origine romano-germanique (romano-civiliste).

Parmi ces législations, certaines n'attachent aucun régime favorable au démembrement de propriété ou l'appliquent dans des cas limités ne justifiant pas la mise en œuvre d'une procédure anti-abus.

Quelques illustrations.

6 - **La situation aux Pays-Bas.** – En droit néerlandais, il est possible d'anticiper la transmission d'un bien en donnant la nue-propriété. Les droits de donation seront calculés sur la valeur de la nue-propriété donnée en fonction de la valeur du bien et de l'âge du donateur au jour de la donation. Au décès de l'usufruitier, le nu-propriétaire devra payer les droits sur la valeur en pleine propriété du bien en fonction de la valeur de celui-ci à cette date (comme si la transmission n'avait pas été réalisée) et imputera sur ce montant les droits payés lors de la donation de la nue-propriété. La donation anticipée n'a donc pas d'intérêt fiscal, ce qui explique sa faible utilisation aux Pays-Bas et l'absence de dispositif anti-abus fondé sur une fiction de propriété, puisque le régime de droit commun a en définitive ce même effet.

7 - **La situation en Suisse.** – En droit suisse, l'extinction de l'usufruit par le décès ne donne lieu à aucune fiscalité. Comme pour les impôts de succession, les impôts de donation varient en fonction du lien de parenté entre le donateur et le donataire et du montant de la donation. Cependant, tous les cantons exonèrent les donations entre conjoints et seulement trois cantons (Neuchâtel, Vaud et Appenzell RI)<sup>1</sup> appliquent des droits de donation à l'égard des descendants (et ceux-ci restent limités, 3 % à Neuchâtel, 7 % à Vaud). L'enjeu de l'anticipation, par le démembrement de propriété, qui prend la forme, en Suisse, d'une cession dans laquelle le cédant se réserve une servitude d'usufruit, est donc moins déterminant que dans des pays comme la France où le taux maximal en ligne directe atteint 45 %. Pour autant, et comme l'extinction de l'usufruit ne donne pas lieu à fiscalité, l'acquisition démembrée peut avoir un intérêt, en ligne directe dans les trois cantons susvisés, mais aussi plus généralement dans le cadre des transmissions entre personnes dont le lien de parenté est plus éloigné. La valorisation fiscale du droit démembré est différente d'un canton à l'autre. En revanche, les mêmes tables s'appliquent au niveau national pour le calcul écono-

mique de l'usufruit (appelé « *valeur capitalisée de l'usufruit* ») et, par conséquent, de la nue-propriété. Il n'existe pas en droit suisse de législation prévoyant une fiction fiscale de détention en pleine propriété dans le patrimoine de l'usufruitier au jour de son décès, si bien que le recours au démembrement entre personnes dont le lien de parenté est éloigné, ou même en ligne directe dans les trois cantons susvisés peut s'envisager. En pratique, cependant, cette utilisation reste marginale.

La transmission de la maison de famille dans le cadre familial, avec réserve d'usufruit en faveur du cédant, est plus fréquemment opérée dans le cadre de la planification à long terme, sans objectif fiscal particulier. Le but est plutôt de garantir le maintien du bien dans le patrimoine familial, même si le cédant est un jour forcé de quitter le bien pour aller dans une maison pour personnes âgées.

8 - **La situation en Espagne.** – En droit espagnol, le système d'imposition en cas de démembrement prévoit une taxation de la nue-propriété lors de la transmission et une imposition de l'usufruit au moment du décès en fonction de l'âge de l'usufruitier au jour de son décès. Il n'existe pas de dispositif anti-abus créant une fiction de propriété chez l'usufruitier.

9 - **La situation au Portugal.** – En droit portugais, il n'existe pas de fiscalité successorale à l'égard du conjoint, des descendants et des ascendants en ligne directe. Dès lors, bien que le démembrement de propriété existe, l'acquisition démembrée n'est pas (ou peu) utilisée. En présence d'un démembrement, et lorsque le nu-propriétaire n'est pas le conjoint, un descendant ou un ascendant, une taxation est due lors de l'extinction de l'usufruit selon un mécanisme proche de celui connu en Espagne.

10 - **La situation en Italie.** – En droit italien, la fiscalité en ligne directe ou à l'égard du conjoint et des enfants est limitée (4 % au-delà d'un million d'euros par héritier), ce qui explique également le faible intérêt du recours à l'acquisition en démembrement de propriété et l'absence en conséquence de dispositif anti-abus.

## C. - Les pays qui connaissent le démembrement de propriété et y attachent un régime fiscal de faveur

11 - **Acquisition démembrée et fiction fiscale en Belgique.** – L'acquisition en démembrement de propriété est connue en droit belge sous la terminologie d'achat scindé. L'exemple type est l'acquisition d'une résidence secondaire par les parents pour l'usufruit viager et les enfants pour la nue-propriété.

Comme en France, le droit belge prévoit une extinction de l'usufruit, en principe, sans fiscalité. Toutefois, comme en France, la Belgique a mis en place, de longue date, un dispositif anti-abus lui permettant, par une fiction fiscale, de considérer que l'usufruitier est resté plein propriétaire.

En Flandre, cette fiction trouve son fondement à l'article 2.7.1.0.7 du Code flamand de la fiscalité (CFF) ; pour la région bruxelloise et la Wallonie, il s'agit de l'article 9 du Code des droits de succession (C. succ.)<sup>2</sup>.

12 - **Fiction fiscale et preuve contraire en Belgique.** – Le bien est présumé faire partie en pleine propriété de la succession de l'usufruitier défunt et l'administration fiscale traite la transmission comme un legs de la pleine propriété par le défunt au profit

1. Rappelons qu'il existe également une imposition en ligne directe dans le canton de Genève, mais uniquement pour les résidents qui sont au forfait fiscal en Suisse.

2. « *Les biens meubles ou immeubles qui ont été acquis à titre onéreux par le défunt pour l'usufruit et par un tiers pour la nue propriété, ainsi que les titres au porteur ou nominatifs qui ont été immatriculés au nom du défunt pour l'usufruit et au nom d'un tiers pour la nue-propriété sont considérés, pour la perception des droits de succession et de mutation par décès exigibles du chef de l'hérédité du défunt, comme se trouvant en pleine propriété dans la succession de celui-ci et comme recueillis à titre de legs par le tiers, à moins qu'il ne soit établi que l'acquisition ou l'immatriculation ne déguise pas une libéralité au profit du tiers.* »

du nu-proprétaire. Toutefois, la preuve contraire est possible pour échapper à cette présomption légale. Le contribuable doit démontrer qu'il n'y a pas eu « *libéralité déguisée* » lors de l'achat du bien immobilier.

La position actuelle de l'administration fiscale fédérale belge résulte indirectement de l'arrêt du Conseil d'État du 12 juin 2018. Pour les achats scindés effectués à partir du 1<sup>er</sup> août 2020 (Bruxelles et Wallonie) et à partir du 14 octobre 2020 (Flandres), l'application de la fiction peut être écartée si le nupropriétaire démontre que lors de l'acquisition de la nue-proprété, il disposait des fonds propres lui permettant d'en financer l'acquisition et qu'il les a effectivement utilisés à cette fin.

En cas de donation des fonds au profit du nu-proprétaire, il convient de prouver que la donation est intervenue avant l'acquisition.

Les régions (Bruxelles, Wallonie et Flandres)<sup>3</sup> considèrent, pour que la présomption de propriété soit écartée, que la donation doit être intervenue avant tout paiement lié à l'acquisition. Si un montant quelconque (acompte, dépôt de garantie...) est réglé au vendeur lors du compromis de vente, l'Administration considère que la présomption fiscale susvisée n'est pas écartée. En revanche, si le prix est payé intégralement lors de la signature de l'acte authentique d'achat, il suffit que la donation soit effectuée avant cet acte.

L'administration fiscale de la région Flandres est un peu plus souple sur ce point et n'exige pas que la donation des fonds soit antérieure au paiement d'un acompte à l'occasion de la signature du compromis de vente.

La région compétente pour vérifier le respect des critères pour écarter la fiction fiscale n'est pas celle de la résidence de l'usufruitier au moment de l'opération d'acquisition démembrée, mais celle où l'usufruitier défunt a résidé le plus durant les 5 ans avant son décès. *Il sera donc prudent de respecter dès l'acquisition l'approche la plus stricte, c'est-à-dire la donation avant la signature du compromis, pour ne pas risquer de ne plus pouvoir combattre la fiction fiscale à la suite d'un déménagement de l'usufruitier de Flandres vers la Wallonie ou la région de Bruxelles.*

**13 - Incidences de la présomption fiscale en Belgique.** – Quelle que soit la région belge concernée, lorsque la présomption fiscale ne peut être écartée, le nu-proprétaire doit payer les droits de succession sur la valeur de la pleine propriété du bien démembré au jour du décès comme si le défunt le lui avait légué. Il existe toutefois un mécanisme d'atténuation de la base imposable prenant en considération le nombre d'années complètes pendant lesquelles l'usufruitier a effectivement joui de l'usufruit.

## 2. Démembrement de propriété et article 751 dans un contexte transfrontalier

14 - Lorsque le droit d'imposer appartient à la France, il convient d'éviter d'être dans le champ d'application de l'article 751 et, lorsque l'on s'y trouve, d'être en mesure d'apporter la preuve contraire faisant tomber la présomption.

**15 - La présomption suppose que les biens acquis en démembrement soient dans le champ des droits de succession français.** – Dans un contexte international, la présomption de l'article 751 du CGI n'est susceptible de s'appliquer que si la transmission par décès concernée est dans le champ des droits de succession en France. Apprécier la portée de la présomption

nécessite de vérifier les règles de territorialité des droits de succession en présence ou en l'absence de convention.

**16 - Combattre la présomption : la question de la preuve contraire.** – Lorsque la présomption est susceptible de s'appliquer à des investissements transfrontaliers, la question de la preuve contraire de la sincérité du démembrement et de l'origine du financement du nu-proprétaire se pose généralement dans les mêmes termes qu'en droit interne.

La donation préalable de deniers soulève néanmoins des difficultés spécifiques dans un contexte international tenant à l'imposition de la donation elle-même ainsi qu'à l'administration de sa preuve.

Lorsque le droit d'imposer appartient exclusivement à la France seules les conditions de l'article 751 doivent être respectées, mais lorsque plusieurs droits sont concernés (en l'absence de convention, en particulier, ou car la législation finalement applicable n'est pas celle qu'on anticipait du fait d'un changement de résidence de l'usufruitier), il convient dès l'origine de veiller de respecter les conditions posées par chaque législation nationale.

Pour la commodité de l'analyse, l'on distinguera le cas des acquisitions en démembrement réalisées par des non-résidents en France, des achats de biens démembrés à l'étranger par des résidents de France. Nous concentrerons nos commentaires sur la situation fiscale la plus classique en matière de démembrement dans le cadre international : l'acquisition immobilière.

### A. - Les acquisitions d'immeubles en France par des non-résidents

#### 1° Les règles de territorialité applicables

**17 - Une imposition systématique en France.** – Les droits de donation ou de succession sont dus pour toute transmission à titre gratuit d'un immeuble situé en France (CGI, art. 750 ter, 2°, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> al.).

La même règle s'applique en présence d'une convention fiscale. En effet, toutes les conventions fiscales conclues par la France réservent à l'État de situation le droit d'imposer les immeubles situés sur son territoire.

Par conséquent, l'on peut d'ores et déjà conclure que tout achat direct en démembrement d'un immeuble en France est susceptible d'entrer dans le champ de la présomption de l'article 751 du CGI, quel que soit l'État de résidence de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

**18 - Le mécanisme pour éviter une double imposition avec l'État de résidence des investisseurs.** – En son principe, une imposition en France n'est pas exclusive d'une taxation dans l'État de résidence des acquéreurs ou plus précisément de l'usufruitier puisque c'est sa succession qui est susceptible d'être imposée. L'imposition à l'étranger n'est cependant possible que si l'État de résidence applique lui aussi un mécanisme anti-abus similaire ou ne connaissant pas l'institution du démembrement assimile de toute façon le décès de l'usufruitier à une mutation au profit du nu-proprétaire.

Dans cette hypothèse, en droit commun comme en présence d'une convention, la double imposition ne peut jamais être évitée dans l'État de situation, mais seulement le cas échéant dans l'État de résidence. Nous reviendrons dans la deuxième partie concernant les investissements transfrontaliers des résidents français, sur l'évitement des doubles impositions dans l'État de résidence.

#### 2° La preuve contraire

**19 - La question de la donation de deniers.** – Les modes d'admission de la preuve contraire ne présentent pas de diffé-

3. La réglementation en matière de droits de succession a été régionalisée en 2015, si bien que les règles fiscales peuvent diverger depuis lors entre les trois régions (Bruxelles, Wallonie et Flandres).

rence fondamentale avec les règles exposées<sup>4</sup> en droit interne lorsqu'il s'agit de non-résidents. Ces derniers subiront les mêmes contraintes que les résidents (preuve de la détention des fonds par le nu-proprétaire, de la souscription d'un emprunt, etc.)<sup>5</sup>, sous réserve bien sûr des particularités tenant à la production de preuve écrite établie à l'étranger.

La donation préalable de deniers aux nus-proprétaires<sup>6</sup> appelle toutefois quelques développements.

**20 - La territorialité des droits de donation sur une somme d'argent.** – La donation de deniers est susceptible d'être taxée en France dans trois cas :

- le donateur est résident français, quels que soient la localisation des fonds et le lieu de résidence du donataire (CGI, art. 750 ter, 1°) ;
- quelles que soient la résidence du donateur et celle du donataire, les fonds donnés sont en dépôt dans un compte ouvert au nom du donateur dans une banque française. En effet, un tel dépôt assimilable à une créance « sur un débiteur qui est établi en France » constitue un bien français (CGI, art. 750 ter, 2°) ;
- le donataire réside en France depuis au moins 6 ans appréciés sur une période de 10 ans (CGI, art. 750 ter, 3°), quelles que soient la résidence du donateur et la localisation des fonds donnés.

Il est à souligner que le lieu de passation de l'acte de donation est indifférent. Ces règles de territorialité sont applicables que l'acte soit passé à l'étranger ou devant un notaire français.

Recevoir l'acte de donation en France et l'enregistrer auprès des autorités fiscales françaises peut ainsi s'avérer, en pratique, une solution adaptée pour se préconstituer la preuve permettant d'être hors champ d'application de l'article 751 ou d'apporter la preuve contraire.

**21 - L'incidence des conventions internationales.** – Aucune des rares conventions conclues par la France en matière de droits de donation ne déroge au principe d'imposition des donations de liquidités dans l'État de résidence du donateur même si la somme d'argent est localisée dans l'autre État. Cette imposition dans l'État de résidence est en général exclusive (V. not. États-Unis<sup>7</sup>).

Si l'on excepte la convention avec l'Allemagne<sup>8</sup>, l'existence d'une convention fait en principe échec au critère d'imposition en France fondé sur la résidence du donataire<sup>9</sup>.

**22 - S'assurer de la localisation des fonds.** – Dans la plupart des situations rencontrées, le donateur parent du donataire souvent acquéreur de l'usufruit, est non-résident. Le donataire, futur nu-proprétaire, peut être lui-même non-résident ou résident français de fraîche date. L'acquisition d'un appartement pour un enfant décidant de s'installer en France après y avoir fini ses études est un exemple assez fréquent.

Si l'enfant n'est pas résident de France au moment de la donation ou s'il l'est, mais ne l'a pas été pendant au moins 6 années au cours des 10 dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les liquidités, la donation n'est imposable en

France que si les fonds sont situés en France, c'est-à-dire en pratique si la somme d'argent provient d'un compte bancaire français ouvert au nom du donateur.

Si la transmission s'opère sous forme de don manuel depuis un compte étranger par virement d'une somme d'argent sur un compte bancaire français au nom du donataire, déclaré avec le formulaire 2735-SD, l'exonération ne présente aucune difficulté.

Il en sera de même d'une donation faite à l'étranger à condition que cette donation soit dûment enregistrée en France ou déposée au rang des minutes d'un notaire français pour lui conférer date certaine.

Une donation devant notaire français qui sera souvent celui chargé également de l'acte d'acquisition, permettra une meilleure conservation et en conséquence une meilleure capacité d'apporter la preuve contraire au jour de la succession. Cet acte mérite quelque attention concernant le mouvement des fonds. Il faut éviter en effet que ces liquidités soient préalablement virées par le donateur sur un compte ouvert à son nom à l'étude. En effet, la donation sera alors réalisée à partir de ce compte, lequel constitue une créance sur un débiteur établi en France (l'étude du notaire). Il serait préférable que les sommes d'argent proviennent directement du compte étranger sur le compte du donataire, l'acte de donation mentionnant que le transfert des fonds est opéré hors la comptabilité du notaire en précisant notamment les références du virement<sup>10</sup>.

**23 - Focus sur la question de la date certaine d'une donation passée à l'étranger devant notaire.** – Pour être opposable au regard de l'article 751 du CGI, la donation doit avoir acquis date certaine. Une donation consentie par acte notarié devant un notaire étranger devrait selon nous remplir cette exigence. En effet, un acte notarié établi à l'étranger devrait normalement être reconnu tel quel en France et se voir conférer date certaine au sens de l'article 1377 du Code civil. Il devrait en être ainsi tout particulièrement lorsque l'acte de donation a été passé dans un État membre de l'Union internationale du notariat<sup>11</sup>. Pour autant, l'Administration assimile de façon générale les actes étrangers à des actes sous seing privé<sup>12</sup>. Le défaut d'enregistrement auprès de l'administration française les rendrait ainsi inopposables aux services fiscaux<sup>13</sup>.

Par prudence, il est donc préférable de conférer date certaine à la donation étrangère par son enregistrement en France. Cette donation sera alors opposable aux services fiscaux, y compris pour l'application de l'article 784 du CGI en cas de nouvelle transmission entrant dans le champ territorial de l'impôt français (transfert ultérieur de la résidence en France du donateur, ou maintien de la résidence en France du donataire au-delà des 6 ans). La formalité s'effectuera au Centre des impôts des non-résidents dans un délai porté à 3 mois par mesure de tempérament. L'acte rédigé dans une langue étrangère devra être accompagné d'une traduction en langue française, certifiée par un traducteur juré. La mention d'enregistrement et la quittance des droits sont apposées sur la traduction et une mention analogue est apposée par duplicata sur l'original<sup>14</sup>.

4. V. J.-J. Lubin : La préconstitution de la preuve contraire : libéralités transgénérationnelles, partage, origine de deniers, etc. : Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 12, n° 1 et s.

5. J.-J. Lubin : La préconstitution de la preuve contraire : libéralités transgénérationnelles, partage, origine de deniers, etc. : Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 12, n° 13.

6. Sur les conditions à respecter en droit interne pour écarter la présomption dans ce cas, V. C. Colombeau et P. Bonduelle, Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 13, n° 19 et s.

7. Conv. franco-américaine, 24 nov. 1978, art. 8, en matière d'impôts sur les successions et les donations.

8. Conv. franco-allemande, 12 oct. 2006, art. 11. 1, c, en matière d'impôts sur les successions et les donations.

9. BOI-ENR-DMTG-10-10-30, 12 sept. 2012, § 350 et s.

10. Pratique encore plus nécessaire ici qu'en droit interne, V. C. Colombeau et P. Bonduelle : Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 13, n° 19 et s. et F. Bonte et S. de Lassus : Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 14, n° 14.

11. A. Olivier, Rappel fiscal des donations antérieurement consenties hors du champ de l'impôt français : quand ? pourquoi ? vraiment ? : Rev. Ingénierie du patrimoine, éd. JFA, janv. 2021, p. 189 et s., spéc. n° 25.

12. BOI-ENR-DG-20-10, 11 avr. 2016, § 110. – Également BOI-ENR-DMTG-10-50-50, 13 févr. 2017, § 180, concernant le rappel de donations au visa de l'article 784 du CGI.

13. V. G. Bonnet et X. Favrie, De l'utilité d'enregistrer les donations passées à l'étranger : L'Agefi Actifs n° 741, févr. 2019, p. 26 et s.

14. BOI-ENR-DMTG-20-10-30, 12 sept. 2012, § 10.

## B. - Les investissements immobiliers à l'étranger des résidents français

24 - **Existence du démembrement.** – Le démembrement de propriété doit exister dans la législation de l'État dans lequel est réalisé l'investissement.

25 - **Le principe d'une imposition de l'immeuble en France.** – En l'absence de convention avec l'État de situation du bien relative aux droits de succession, les immeubles situés à l'étranger dépendant de la succession de résidents français sont dans le champ des droits de mutation à titre gratuit (CGI, art. 750 ter, 1°). La double imposition est évitée du côté français par l'imputation des droits de mutation à titre gratuit payés à l'étranger sur les droits dus en France dans la limite de l'impôt français dû sur ce bien (CGI, art. 784 A, 1<sup>er</sup> al.). La France a vocation à appliquer pleinement ces règles d'imposition (valorisation du bien, liquidation des droits). Par conséquent, la présomption de propriété de l'article 751 du CGI a également vocation à s'appliquer et l'immeuble situé à l'étranger est susceptible d'être imposé en France dans la succession de l'usufruitier.

La question se pose de savoir si les droits de mutation acquittés à l'étranger seraient imputables sur les droits de succession français. Cette déduction nous paraît pouvoir être défendue dès lors que le dernier alinéa de l'article 751 du CGI énonce en termes généraux l'imputation des droits « *de mutation acquittés par le nu-propriétaire* ». De même, s'agissant des droits acquittés au titre d'une donation consentie moins de trois mois avant le décès, un argument pourrait être tiré de la rédaction de l'article 784 A du CGI précité qui autorise l'imputation des « *droits de mutation à titre gratuit* » acquittés hors de France sans distinguer entre droits de donation et de succession.

26 - **Les mécanismes conventionnels.** – En présence d'une convention, deux mécanismes pour éviter la double imposition sont susceptibles de s'appliquer.

Les conventions les plus récentes épousant le modèle de convention type OCDE de 1982<sup>15</sup>, ainsi que certaines conventions dérogatoires plus anciennes<sup>16</sup> utilisent la méthode du crédit d'impôt.

Ainsi, l'imposition de l'immeuble n'est pas seulement réservée à l'État de situation du bien mais s'applique également à l'État du domicile du défunt. La double imposition est alors généralement évitée par l'imputation de l'impôt dû dans l'État de situation du bien sur celui dû dans l'État de résidence dans la limite de l'impôt payé dans ce dernier. Dans cette hypothèse, la présomption de l'article 751 du CGI aurait vocation à s'appliquer. Ces conventions ne restreignent pas en effet le droit d'imposer de l'État de résidence qui a ainsi vocation à appliquer pleinement ses règles internes, peu important que l'État de situation du bien prélève ou non des droits. Si un impôt successoral y est prélevé il sera déductible des droits français dans la limite de leur montant.

Dans l'hypothèse d'une donation de moins de 3 mois, les droits de donation acquittés à l'étranger ne sont normalement pas déductibles des droits de succession français. Au demeurant, ces droits ont déjà dû être imputés sur les droits exigibles en France au titre de la donation.

Les conventions les plus anciennes appliquent généralement la méthode de l'imposition exclusive dans l'État de situation corrigée par la règle du taux effectif dans l'État du domicile du défunt. Si l'on reprend la clause type de la convention franco-

pagnole<sup>17</sup>, situation fréquente eu égard aux nombreux investissements des Français en Espagne : « *Chaque État conserve le droit de calculer l'impôt sur les biens héréditaires qui sont réservés à son imposition exclusive, d'après le taux qui serait applicable s'il était tenu compte de l'ensemble des biens qui seraient imposables d'après sa législation interne.* »

Si les conditions de la présomption de propriété de l'usufruitier sont réunies selon les critères de l'article 751 du CGI, la valeur de l'immeuble espagnol devrait ainsi être retenue pour la liquidation des droits sur la succession d'un usufruitier résident français. En effet, la fixation du taux théorique de l'impôt suppose une liquidation des droits en faisant abstraction de la convention, autrement dit comme si l'immeuble espagnol était imposable en France dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire en l'occurrence en faisant application de la présomption. Lorsque cette présomption résulte du décès du donateur dans les 3 mois de la donation, il y aurait lieu également, pour le calcul du taux effectif seulement, d'imputer les droits de donation acquittés en France<sup>18</sup>.

27 - **Le sort des droits de succession acquittés à l'étranger au titre d'un dispositif anti-abus.** – La question se pose enfin du sort des droits qui pourraient être acquittés à l'étranger au titre d'un dispositif anti-abus. Ainsi en droit interne espagnol, en cas de donation de la nue-propriété, l'extinction de l'usufruit déclenche un complément de droit en fonction de l'âge de l'usufruitier au jour du décès.

Dans d'autres législations, l'effet défavorable peut provenir d'une différence de qualification. C'est le cas notamment avec le Royaume-Uni, en cas de donation de la nue-propriété d'un bien situé en France par un résident du Royaume-Uni, puis de son décès dans les 7 ans du don. Dans cette situation, les droits de donation seraient dus du côté Royaume-Uni, du fait du décès dans les 7 ans de la donation, avec un risque qu'ils ne puissent être imputés sur les droits de succession potentiellement dus en France. En effet, la convention applicable en matière de succession ne prévoit pas l'imputation de droits dus à raison de la donation lorsque le décès intervient dans les 7 années de celle-ci.

Plus généralement, en l'absence de convention (CGI, art. 784 A) ou dans certaines conventions, la double imposition est évitée par l'imputation des droits acquittés à l'étranger sur ceux dus en France. Si, par application de la présomption de l'article 751, l'imposition est également due en France, il n'y aura aucune difficulté à imputer l'impôt étranger. En revanche, si aucune imposition n'est due en France au titre de la présomption, l'imputation des droits acquittés hors de France serait impossible car cette imputation est plafonnée à l'impôt français sur les biens étrangers.

28 - **La preuve contraire par la donation de deniers.** – La preuve contraire peut être établie dans les mêmes conditions que pour un immeuble qui serait acheté en démembrement en France.

À cet égard, il faut souligner que bien que l'investissement soit réalisé à l'étranger, il est essentiel de bien respecter les conditions d'opposabilité à l'administration d'une donation préalable de deniers au nu-propriétaire. C'est pourquoi il est indispensable que le don manuel soit déclaré en France ou que la donation soit faite en France et, si elle est faite à l'étranger, qu'elle soit bien enregistrée en France<sup>19</sup>. Au demeurant, quels que soient sa forme et le lieu de passation de l'acte, cette donation d'une

15. Par ex. Conv. franco-italienne, 20 déc. 1990. – Conv. France-États-Unis, 24 nov. 1978, mod. par l'avenant du 8 décembre 2004. – Conv. franco-allemande, 12 oct. 2006.

16. Conv. franco-belge, 20 janv. 1959. – Ou avec le Royaume-Uni du 21 juin 1963.

17. Conv. franco-espagnole, 8 janv. 1963, art. 36.

18. V. sur cette question l'étude de K. Comorassamy et E. Dale, *Fiscalité internationale des successions* : BIM 10/21, p. 201 et s.

somme d'argent qui serait consentie par un résident français est imposable en France (CGI, art. 750 ter, 1°).

**Remarque :** Pour reprendre l'exemple d'un achat en Espagne, il est indifférent au regard des droits dus en France que les fonds aient déjà été transférés en Espagne antérieurement à la donation. En revanche, au regard des règles de territorialité espagnole, une donation qui porterait sur des fonds localisés en Espagne y serait également imposable. La double imposition serait alors évitée du côté français par l'imputation des droits espagnols sur les droits français dans la limite de leur montant. Aussi, il paraît plus simple d'effectuer le don manuel ou la donation en France avant le transfert des fonds en Espagne par le nu-propriétaire.

## Conclusion

29 - La gestion du démembrement de propriété dans un cadre international impose une vigilance particulière, car il s'agit d'éviter la présomption de propriété de l'article 751 tout en veillant à écarter également les dispositifs de droits étrangers pouvant conduire à une fiscalité au moment de l'extinction de l'usufruit.

Du point de vue français, il conviendra en premier lieu de veiller à rester en dehors de la présomption de propriété de l'article 751 du CGI et, à défaut, de se préconstituer la preuve contraire, à chaque fois que la transmission peut être soumise à la fiscalité française.

Rester en dehors du champ de la présomption :

- l'interposition d'une SCI à capital démembrement peut dans certains cas être une solution alternative. Il en est ainsi lorsque les investisseurs résident dans un État comportant une convention avec la France n'assimilant pas les titres de société à prépondérance immobilière à des immeubles et réservant ainsi leur taxation à l'État de la dernière résidence du défunt ;

- une autre approche consisterait à faire acquérir la nue-propriété par une société et l'usufruit en direct, après avoir analysé les incidences d'un tel schéma au regard d'autres impôts en France mais surtout à l'étranger.

30 - **Apporter la preuve contraire pour sortir de la présomption de propriété.** – On observera que de façon générale, la solution la plus adaptée pour les non-résidents sera d'acquérir au

moyen d'une donation de deniers. Cette démarche sera favorisée par l'exonération de droits de donation en France dès lors que le donateur et les donateurs sont non-résidents de France et que les fonds sont localisés hors de France.

Cette vigilance en cas d'acquisition en démembrement d'un bien français doit l'être également en cas d'acquisition par un résident fiscal français de biens à l'étranger puisqu'en principe ces biens sont imposables en France en tant qu'État de dernière résidence du défunt, à moins qu'une convention réserve le droit d'imposer à l'État de situation des biens

Cette attention est requise également lorsqu'un non-résident de France envisage l'acquisition de l'usufruit de biens situés hors de France, dès lors qu'il envisage dans le futur de devenir résident fiscal de France. La situation est alors plus complexe car elle demande plus d'anticipation.

Lorsque l'acquisition est déjà réalisée, qu'elle est dans le champ d'application de la présomption du fait du changement de résidence fiscale vers la France, il pourra être judicieux, selon les cas, d'analyser les voies permettant de sortir du démembrement : vente et partage, donation de l'usufruit, interposition d'une société entre le nu-propriétaire et la nue-propriété, etc.<sup>20</sup>

Du point de vue du droit étranger, il conviendra, par ailleurs, d'étudier les incidences liées au démembrement propre aux pays concernés par la transmission du bien démembrement (pays de situation de l'actif, pays de résidence du défunt, pays de résidence de l'héritier ou du légataire, pays de la nationalité du défunt le cas échéant) afin de s'assurer, si leur législation leur permet d'imposer, qu'il n'existe pas un dispositif anti-abus ou une imposition indirecte qu'il convient également de gérer.

Dans un monde idéal, c'est au moment de l'acquisition du bien en démembrement qu'il convient de s'interroger sur tous ces points. Il est plus aisé de structurer correctement les opérations dès l'origine que de devoir ultérieurement corriger les effets d'une organisation inadéquate.

Les auteurs remercient les avocats et notaires mentionnés ci-dessous, membres du réseau international Lexunion, dont le groupe Althémis est co-fondateur et qui leur ont apporté une aide précieuse, spécialement sur les aspects nationaux de leurs pays respectifs.

Pays	Ville	Nom	Cabinet
Suisse	Bern	FRESARD Philippe	Kellerhals Carrard
Espagne	Madrid	HERRERO Carmen	Herrero & Hidalgo
Belgique	Bruxelles	VINCKE Jean	Actalys
Portugal	Lisbonne	FERNANDES Rogerio FERREIRA	RFF
Italie	Ferrare	TASSINARI Federico	Tassinari & Damascelli
Italie	Novara	CAFAGNO Gian Vittorio	Cafagno Bertocelli
Royaume-Uni	Londres	GODFREY Andrew	Russell Cooke
Pays-Bas	Hardenberg	BRINKMAN Ronald	Vechtstede

19. V. A., n° 8 et 9.

20. En ce sens, F. Gachon et P. Bonduelle : Actes prat. strat. patrimoniale 2023, n° 2, dossier 15, n° 5 et s.