

ÉLÉMENTS DU PATRIMOINE

Chronique d'actualité



Régis VABRES,
Agréé des facultés de droit,
Professeur à l'Université de Bourgogne
Directeur du Centre Innovation et Droit (EA 7531)



Béatrix ZILBERSTEIN,
Avocat associé - direction technique
nationale du département Droit fiscal
de FIDAL

AVEC LA PARTICIPATION DE :



Sébastien COMPAROT,
Avocat associé au sein du département Droit
du patrimoine de FIDAL Paris



Sophie CHUPIN,
Avocat associé, directrice des départements
Droit du patrimoine et Droit immobilier
de FIDAL Bretagne

Actifs financiers et titres sociaux

- > **Fiscalité des plus-values** - Le Conseil d'État décide que lorsque les titres d'une société sont apportés à une autre société par un contribuable soumis à l'impôt sur le revenu, les titres reçus en rémunération de l'apport doivent être réputés être entrés dans le patrimoine de l'apporteur aux conditions dans lesquelles y étaient entrés les titres dont il a fait apport ; il en résulte que la réduction de capital non motivée par les pertes subséquente constitue un remboursement d'apport à hauteur des apports initialement consentis à la société dont les titres ont été apportés (V. § 1).
- > La loi PACTE prévoit que dans le cadre d'un contrat de partage de plus-values, les associés d'une société pourront fournir un complément de rémunération aux salariés d'une entreprise ou du groupe, dans un cadre fiscal avantageux (V. § 6).
- > Le Conseil d'État abandonne la jurisprudence *Lupa* et la référence faite à la double imposition, pour considérer que la jurisprudence *Quemener* a été

instaurée pour assurer une neutralité de la loi fiscale (V. § 11).

- > La Cour de cassation décide de soumettre la rémunération issue de l'exercice de bons de souscription d'actions aux cotisations de sécurité sociale à la date à laquelle les titulaires ont bénéficié de la libre disposition des bons (V. § 17).
- > La loi PACTE modifie en profondeur les régimes du PEA et du PEA-PME sur plusieurs points, notamment en prévoyant une nouvelle articulation du plafond de versement du PEA-PME et du total représenté par les versements sur un PEA classique et un PEA-PME, une nouvelle possibilité pour un enfant majeur rattaché au foyer de ses parents d'ouvrir son propre PEA (dans une limite de 20 000 € de primes), l'absence de blocage du plan en cas de retrait après 8 ans et l'élargissement de l'univers d'investissement de ces enveloppes (V. § 19).

...

Assurance vie et contrats de capitalisation

- > **Régime juridique** - La loi PACTE modifie en profondeur le régime juridique de l'assurance vie sur plusieurs points. Parmi eux se trouvent l'interdiction du paiement de la prime d'assurance en nature, l'élargissement des véhicules de capital-investissement éligibles sur les contrats de droit français, la sécurisation de la sortie de contrat en nature ainsi qu'un renforcement de son encadrement, et l'admission de la transformation de certains contrats au sein d'une même compagnie d'assurance sans que l'opération n'ait les conséquences fiscales d'un dénouement de contrat (V. § 26).
- > La Cour de cassation juge que la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie peut être réalisée par l'une des formes prescrites par l'article L. 132-8 du code des assurances, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification (V. § 40).
- > La Cour de cassation juge qu'une cour d'appel a pu valablement estimer que la rédaction matérielle de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance par son bénéficiaire lui-même, sous la dictée du souscripteur, ne prouvait pas l'acceptation tacite du bénéfice du contrat (V. § 43).
- > La Cour de cassation juge que l'existence d'un abus dans l'exercice de la faculté de renonciation s'apprécie à la date où le souscripteur exerce cette faculté (V. § 45).
- > **Régime fiscal** - L'administration expose sa doctrine à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation admettant que l'adhésion d'un nouvel assuré (conjoint du souscripteur marié sous un régime de communauté) à un contrat d'assurance vie en cours de vie du contrat n'emportait pas novation et donc perte de son antériorité fiscale. Elle considère que la question de savoir si la co-souscription à un contrat d'assurance vie en cours de contrat emporte novation est une question de fait (V. § 47).

Actifs immobiliers

- > **Impôt sur la fortune immobilière** - L'administration fiscale détaille, pour les parts de GFA donnant à bail à métayage des biens agricoles, les possibilités d'exonération au titre du régime de l'outil professionnel prévu à l'article 975 du CGI, ou celles (totale ou partielle) relevant du IV de l'article 976 du même code (V. § 50).

- > L'administration fiscale met à jour ses commentaires IFI, notamment en ce qui concerne les modalités de déduction des dettes pour l'évaluation de la fraction imposable de titres de sociétés détenant directement ou indirectement des actifs immobiliers (prise en compte des prêts in fine ou sans terme). L'administration profite de cette mise à jour pour revoir à la marge ses commentaires en matière de justification de l'absence de but principalement fiscal de certaines dettes prise en compte dans le cadre de l'évaluation des titres de société. L'essentiel de ces commentaires ayant été analysé lors du colloque « L'immobilier sociétaire à l'épreuve de l'IFI », nous vous renvoyons aux actes de celui-ci, publiés dans le présent numéro (IP 2-2019, n° 02.3, § 9, 23 et 26).

ISF

- > **Évaluation des biens** - La Cour de cassation juge qu'une cour d'appel a pu valablement écarter la prise en compte de l'état d'indivision de la résidence principale d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens pour son évaluation à l'ISF en soulignant notamment qu'il était « peu probable » que l'un des époux envisage de céder sa quote-part sur ce bien (décision transposable à l'IFI) (V. § 54).
- > **Exonération des biens professionnels** - La Cour de cassation écarte la présomption de commercialité s'attachant à l'activité d'une société poursuivant prétendument une activité de marchand de biens en soulignant notamment : l'inscription de quatre immeubles en immobilisation à son bilan, leur affectation à une activité locative, une activité de louage prépondérante, l'absence d'acte de marchand de biens sur ces immeubles et, pour certains, une durée de détention excluant l'intention spéculative (décision transposable à l'IFI) (V. § 56).
- > **Déduction du passif** - La déduction d'une dette familiale de l'assiette ISF du débiteur était conditionnée par un formalisme plus rigoureux (prêt authentique ou sous seing privé enregistré) qu'en cas de prêt non familial, duquel dépendait la possibilité de prouver qu'elles n'étaient pas fictives, et cela indépendamment de l'assujettissement à l'ISF de la créance corrélative du chef du prêteur. Le Conseil constitutionnel juge que cette différence de traitement poursuivait l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en ce qu'elle permettait un contrôle de la sincérité de dettes dans des situations où le risque de minoration de l'assiette de l'ISF était plus élevé (V. § 60).

> La Cour de cassation casse un arrêt d'appel ayant refusé la déduction d'une dette litigieuse, par son débiteur, pour le calcul de son ISF pour les années antérieures à la date à laquelle la dette est devenue certaine dans son principe. Selon le juge du droit, en matière d'ISF, « *une dette, incertaine du fait d'une contestation, est rétroactivement déductible pour le montant ultérieurement arrêté par la décision mettant fin à la contestation* ». (V. § 62).

> **Plafonnement** - La Cour de cassation juge que la non-distribution par une SCI translucide de bénéfices réalisés n'empêche pas leur prise en compte par les associés personnes physiques dans le calcul du plafonnement de l'ISF, sans que ce mécanisme, qui prévoit la prise en compte corrélative de l'impôt afférent au revenu réalisé, porte une atteinte disproportionnée au droit de propriété garanti par l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH (solution transposable à l'IFI) (V. § 65).

Actifs financiers et titres sociaux

Fiscalité des plus-values

Règles générales

1. Réduction de capital - Plus-values en sursis d'imposition - Remboursement d'apport - Le Conseil d'État décide que lorsque les titres d'une société sont apportés à une autre société par un contribuable soumis à l'impôt sur le revenu, les titres reçus en rémunération de l'apport doivent être réputés être entrés dans le patrimoine de l'apporteur aux conditions dans lesquelles y étaient entrés les titres dont il a fait apport ; il en résulte que la réduction de capital non motivée par les pertes subséquentes constitue un remboursement d'apport à hauteur des apports initialement consentis à la société dont les titres ont été apportés.

CE, 8^e et 3^e ch., 7 mars 2019, n° 420094, Min. c/ Elkaïm, concl. R. Victor (IP 2-2019, n° 6, annexe 2)

2. Le mécanisme du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts (CGI) présente la particularité d'assimiler l'apport de titres réalisé par une personne physique au profit d'une société (non contrôlée par l'apporteur) à une opération intercalaire, neutre au plan fiscal, à l'image de ce qui est prévu en matière de fusion. Ce caractère intercalaire conduit à considérer qu'il n'y a pas de rupture dans la détention des titres, en dépit de la substitution qu'opère l'échange de titres résultant de l'apport. C'est ainsi que lorsqu'une société a bénéficié d'un apport de titres placé sous le régime de faveur de l'article 210 A du CGI et a ultérieurement procédé à leur annulation, il y a lieu, pour apprécier la durée de détention de ces titres, de retenir comme date d'acquisition la date à laquelle les titres apportés sont initialement entrés

dans le capital de la société ayant consenti l'apport, et non celle de réalisation de l'apport¹. Cette continuité fiscale, en totale dissidence par rapport à la réalité juridique, éteint le fait générateur de l'impôt constitué par l'apport et conduit à calculer l'impôt sur la plus-value en cas de cession ultérieure des titres reçus en échange de l'apport sur la base de la valeur d'acquisition des titres apportés. Le mécanisme du sursis d'imposition est à ranger dans les dispositifs fiscaux qui diffèrent l'impôt sur la plus-value lorsque l'opération en cause ne confère pas au cédant l'accès immédiat à des liquidités. Toutefois, à la différence du report d'imposition qui fige la plus-value d'apport tout en décalant dans le temps l'imposition, la loi ne précise pas les conséquences éventuelles d'une opération sur le capital de la société bénéficiaire de l'apport. Tandis que l'article 150-0 B ter du CGI, qui prévoit un report d'imposition en cas d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur, précise que le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres apportés met fin au report, l'article 150-0 B est silencieux.

3. Comme le montre l'arrêt commenté, la neutralité fiscale engendrée par le mécanisme du sursis d'imposition n'empêche pas la mise en œuvre du régime propre aux distributions dans le cadre d'une réduction de capital. Dans cette affaire, une personne décide d'apporter à une société civile, soumise à l'impôt sur les sociétés, les 175 actions qu'elle détient dans le capital d'une société anonyme, acquises pour un prix total de 40 775 euros. L'apporteur reçoit, en contrepartie de cet apport, 105 838 actions de la société civile, d'une valeur totale de 1 613 500 euros, ainsi que 4,97 euros en numéraire. La plus-value réalisée à l'occasion de cette opération est placée sous le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI, dans sa version applicable à l'époque des faits. Après avoir procédé, en mai 2005, à une première réduction de son capital d'un montant de 152 449 euros, la société réduit, en juin 2010, son capital social de 613 335,87 euros, en le ramenant de 1 613 504,97 euros à 1 000 169,10 euros, la valeur nominale de chaque part sociale étant réduite de 15,24 euros à 9,45 euros. La somme de 613 335,87 euros résultant de cette réduction de

¹ CE, 11 févr. 2013, n° 356519, Min. c/ Sté Heineken France : RJF 5/13 n° 474.
- CE, 20 mars 2013, n° 349669, Min. c/ Société Générale.

capital est inscrite au crédit du compte-courant d'associé de l'apporteur ouvert dans les écritures de la société civile et n'a pas été incluse dans la déclaration de revenus au titre de cette année. De son côté, l'administration fiscale a estimé que cette somme de 613 335,87 euros constituait, pour l'apporteur et sa conjointe des revenus de capitaux mobiliers imposables au titre de l'année 2010. Les contribuables concernés ont contesté la rectification opérée par l'administration et ont obtenu gain de cause devant la cour administrative d'appel de Nancy.

4. Le Conseil d'État commence par rappeler qu'en adoptant l'article 150-0 B du CGI, « le législateur a entendu faciliter les opérations de restructuration d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines de ces opérations, notamment d'échanges de titres. Il a, pour ce faire, entendu assurer la neutralité au plan fiscal de ces opérations d'échanges de titres et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires ». Il en résulte que « lorsque les titres d'une société sont apportés par un contribuable soumis à l'impôt sur le revenu qui reçoit, en échange, des titres de la société bénéficiaire de l'apport et bénéficie, s'agissant du gain le cas échéant réalisé à cette occasion, du régime du sursis automatique d'imposition prévu par l'article 150-0 B, les titres reçus en rémunération de l'apport doivent être réputés être entrés dans le patrimoine de l'apporteur aux conditions dans lesquelles y étaient entrés les titres dont il a fait apport ». Dès lors, « si la société bénéficiaire de l'apport procède à une réduction de son capital social, non motivée par des pertes, par réduction de la valeur nominale de ses titres, les sommes mises en conséquence à la disposition d'un associé qui a acquis ces titres en rémunération de l'apport de titres d'une autre société ne peuvent constituer des remboursements d'apports non constitutifs de revenus distribués, au sens du 1^{er} de l'article 112 du code général des impôts et sous réserve du respect des conditions auxquelles ces dispositions subordonnent leur application, que dans la limite des apports initialement consentis par cet associé à la société dont il a apporté les titres ».

En d'autres termes, les **titres reçus en échange sont représentatifs des apports réalisés lors de la souscription aux titres apportés, et cela en dépit de la valeur réelle actuelle de ceux-ci**. Par conséquent, la cour ne pouvait juger que la somme de 613 335,87 euros inscrite au crédit du compte-courant d'associé de l'apporteur constituait un remboursement d'apports au sens du 1^{er} de l'article 112 du CGI et qu'elle n'était dès lors pas imposable en tant que revenu distribué, sur la base du montant des sommes réparties par la société bénéficiaire de l'apport et de celui de ses réserves. Les juges du fond devaient également prendre en considération les conséquences du caractère intercalaire de l'opération d'apport de titres, placée sous le régime de l'article 150-0 B du CGI et se baser sur les apports effectués initialement.

Ainsi, entre la position de l'administration qui consistait à retenir la qualification de revenus distribués sur la totalité de la somme attribuée à l'associé et celle de la cour administrative d'appel consistant à retenir la qualification de remboursement d'apport non imposable, **le Conseil d'État retient une solution tout en nuance qui consiste à combiner les**

articles 150-0 B et 112 du CGI. Au terme de cette dernière disposition, les répartitions effectuées au profit des associés qui présentent le caractère d'un remboursement d'apports ne sont pas considérées, comme des distributions de revenus. Le 1^{er} de l'article 112 du CGI assimile ici à un remboursement du capital proprement dit celui des primes d'émission. Toutefois, l'article 112 comporte trois restrictions pour que la réduction de capital soit qualifiée de remboursement d'apport : les bénéfices et les réserves, autres que la réserve légale, doivent être auparavant répartis ; les réserves incorporées au capital ne peuvent être considérées comme des apports ; les sommes incorporées au capital ou en réserve à l'occasion d'une fusion ou d'une scission ne peuvent être considérées comme des apports. De manière synthétique, l'imposition des sommes remboursées est donc limitée à la fraction des bénéfices et des réserves autres que la réserve légale non encore répartis. La combinaison de ces règles avec celles de l'article 150-0 B du CGI conduit à un ajustement. En effet, la valeur d'apport à prendre en compte est celle correspondant aux apports effectués à l'origine et représentés par les titres apportés et non celle prise en compte au moment de l'apport des titres à la société bénéficiaire.

5. La **solution est satisfaisante sur un point : elle évite que le mécanisme du sursis d'imposition soit utilisé pour purger la prise de valeur latente des titres apportés**. Au fond, si le Conseil d'État avait suivi la cour administrative d'appel, il aurait été possible d'apporter des titres à une société, puis de procéder à une réduction de capital en franchise d'impôt en assimilant les sommes distribuées à un remboursement d'apport à hauteur de la valeur réelle des titres apportés.

La **solution laisse néanmoins planer une incertitude. Peut-on considérer que la solution serait la même si les faits de l'espèce s'étaient déroulés après la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 20 juin 2014**² ? Certains en doutent, considérant que la réduction de capital non motivée par les pertes et prenant la forme d'une réduction de la valeur unitaire des titres est assimilable aux opérations de rachat³. Nous pensons au contraire qu'il faut distinguer les deux types d'opération. L'opération de rachat entraîne le passage des titres d'un patrimoine à un autre, de sorte que c'est le régime des plus-values qui doit s'appliquer, même si les titres sont annulés dans le cadre d'une réduction de capital subséquente. En revanche, la réduction de capital par diminution de la valeur des titres ne relève pas des opérations de cession et c'est donc le régime des distributions qui est applicable, y compris pour les opérations réalisées postérieurement au changement législatif⁴ opéré à la suite de la décision du Conseil constitutionnel.

R. VABRES ■

2 CC., 20 juin 2014, n° 2014-404 QPC, Épx M. : Dr. fisc. 2014, n° 30, comm. 467, note A. de Bissy et M. Ferré ; Dr. sociétés 2014, comm. 157, note J.-L. Pierre.

3 E. Ginter et E. Chartier, Quand le juge tend une main secourable à l'administration, à propos de CE 8e-3e ch., 7 mars 2019, n° 420094 : FR 22/19, inf. 9, p. 14.

4 R. Vabres, La fiscalité des rachats de titres : les changements opérés par la seconde loi de finances rectificative pour 2014 : Dr. sociétés 2015, ét. 8.

6. Partage des plus-values avec les salariés - Nouveau dispositif de faveur - La loi PACTE prévoit que dans le cadre d'un contrat de partage de plus-values, les associés d'une société pourront fournir un complément de rémunération aux salariés d'une entreprise ou du groupe, dans un cadre fiscal avantageux.

L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 162 : JO 23 mai 2019, texte n° 2 (V. annexe 1)

7. La loi PACTE instaure un **nouvel outil d'intéressement des salariés** : le contrat de partage de plus-values. Si cette convention semble faire écho, à première vue, aux mécanismes parfois utilisés dans un management package, peu sophistiqué⁵ et quelque peu risqué sur le plan fiscal⁶, il s'agit, en réalité, de **dispositions nouvelles sur le plan légal qui ne visent que les salariés et non les dirigeants**. Ce nouvel outil n'implique pas pour les salariés d'investir dans la société dont les titres sont cédés ou dans des bons permettant d'accéder au capital, ni d'acquérir la qualité d'associé. Le texte intègre ainsi de nouvelles dispositions dans le code de commerce, le code du travail mais également dans le code général des impôts.

8. Sur le **plan juridique**, aux termes du nouvel article L. 23-11-1 du code de commerce, « *tout détenteur de titres d'une société peut prendre, vis-à-vis de l'ensemble des salariés de celle-ci, l'engagement de partager avec eux une partie de la plus-value de cession ou de rachat de ses titres au jour où il en cédera ou rachètera tout ou partie* ». Cet engagement peut bien entendu réunir une pluralité de détenteurs de titres, ceux-ci étant soit parties à un seul et même contrat de partage des plus-values, soit parties à des contrats de partage des plus-values distincts.

En tout état de cause, cet engagement se matérialise par un contrat conclu avec la société dont les titres pourront être cédés, qui elle-même s'engage à transférer aux salariés concernés le montant résultant de l'engagement de partage sur le PEE des salariés, à charge pour elle de déduire au passage les charges fiscales et sociales que ce transfert engendre. À la lecture du texte, on comprend que **celui qui prend l'engagement peut être une personne physique ou une personne morale**, la loi visant « tout détenteur », sans opérer de distinction.

Toutefois, le champ d'application du texte fait l'objet d'une importante limitation en ce qui concerne la société dont les titres sont susceptibles de faire l'objet d'une plus-value partagée. En l'occurrence, les titres concernés ne peuvent être que ceux émis par une **société exerçant une activité économique au sens de la première phrase du b du 2° du I de l'article 150-0 B ter du code général des impôts**⁷. Les titres des sociétés holding pure sont donc exclus de ce nouveau dispositif,

alors même que les plus-values réalisées sur ce type de titres peuvent parfaitement être liées aux résultats d'une société opérationnelle détenue par cette société holding. Cependant, dès lors qu'un engagement de partage de plus-value peut être pris par une personne morale, une société holding pure pourrait parfaitement participer à ce type d'engagement.

En outre, le nouveau dispositif prend soin d'envisager les **groupes de sociétés**. Précisément, lorsque la société dont les titres font l'objet de l'engagement, contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, directement ou indirectement une ou plusieurs sociétés opérationnelles, l'engagement doit être pris vis-à-vis de l'ensemble de leurs salariés. Il en est de même lorsque la société concernée est contrôlée, au sens de l'article L. 233-3, directement ou indirectement, par une ou plusieurs sociétés opérationnelles.

9. Au-delà de son champ d'application, le régime juridique du contrat de partage fait l'objet d'un **encadrement strict**. C'est ainsi que la **signature d'un tel contrat implique au préalable qu'un plan épargne entreprise (PEE) ait été conclu** au sein des entreprises concernées. De surcroît, la loi détaille le contenu de la convention. Celle-ci est obligatoirement conclue pour une durée de cinq ans, elle doit prévoir les modalités de calcul des sommes versées aux salariés, qui tiennent compte de l'évolution de la valeur des titres cédés entre le jour de leur acquisition et celui de leur cession et qui ne peuvent excéder 10 % du montant de la plus-value, ce montant incluant, le cas échéant, le montant des compléments de prix afférents à cette même cession ou encore la durée minimale entre la date de la conclusion du contrat de partage et la date de la cession des titres, qui ne peut être inférieure à trois ans.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On peut imaginer que le partage de plus-values s'opère à la fois au moment de la cession et du versement du prix, mais également dans l'hypothèse où un complément de prix serait versé. Toutefois, le **respect du plafond de 10% de la plus-value, complément de prix compris pourrait susciter des difficultés**. Il appartiendra aux praticiens de se saisir de cette question, mais également de l'hypothèse où le cédant serait amené à supporter la mise en œuvre d'une garantie de passif ou d'actif... sans doute pour exclure toute remise en cause d'une rémunération déjà partagée.

10. Sur le **plan fiscal**, plusieurs mesures d'accompagnement sont adoptées. C'est ainsi que le cédant qui partage une partie de sa plus-value ne subit aucune imposition sur les sommes ainsi transmises. La plus-value réalisée est diminuée de la plus-value partagée⁸, et cela tant en ce qui concerne l'impôt sur le revenu que les prélèvements sociaux. En outre, l'article 797 A du CGI prévoit que « *sont exonérés de droits de mutation à*

5 J.-L. Médus, La convention de rétrocession de plus-value, ou l'âge de pierre du management package, note ss CAA Versailles 1re ch., 26 janv. 2017, n° 14VE02824, Min. c/ Lefèvre : Dr. fisc. 2017, n° 49, comm. 568, concl. S. Rudeaux.

6 CE, 15 févr. 2019, n° 408867, Lefèvre, concl. E. Cortot-Boucher : IP 1-2019, n° 2, § 5, comm. R. Vabres.

7 Le texte vise les activités suivantes : commerciale au sens des articles 34 ou 35, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière.

8 Pour les plus-values professionnelles, l'article 39 duodecimes du CGI est complété par un 11 ainsi rédigé : « 11. Les plus-values mentionnées au 1 sont minorées du montant résultant de l'engagement de partage dû en application des articles L. 23-11-1 à L. 23-11-4 du code de commerce. ». Pour les plus-values privées réalisées sur titres, l'article 150-0 A, 7 prévoit que le régime des plus-values ne s'applique pas « à la fraction de plus-values due dans les conditions prévues aux articles L. 23-11-1 à L. 23-11-4 du code de commerce ».

titre gratuit les versements réalisés par un cédant à une entreprise dans les conditions prévues aux articles L. 23-11-1 à L. 23-11-4 du code de commerce ».

En ce qui concerne les salariés bénéficiaires, les sommes mises à leur disposition suivent le même régime que l'abandonnement sur un PEE⁹. Concrètement, cela signifie donc que les sommes sont considérées comme des traitements et salaires et sont soumises à l'impôt sur le revenu, à l'exception de celles ne dépassant pas 30% du plafond annuel de la sécurité sociale¹⁰.

R. VABRES ■

11. Plus-values sur parts d'une société de personnes - Jurisprudence *Quemener* - Dissolution-confusion - Double imposition de l'associé -

Le Conseil d'État abandonne la jurisprudence *Lupa* et la référence faite à la double imposition, pour considérer que la jurisprudence *Quemener* a été instaurée pour assurer une neutralité de la loi fiscale.

CE, plén. fisc., 24 avr. 2019, n° 412503, Sté Fra SCI, concl. K. Ciavaldini (IP 2-2019, n° 2.2)

12. Adoptée par le Conseil d'État pour tenir compte de la spécificité du régime fiscal des sociétés relevant de l'impôt sur le revenu, la célèbre jurisprudence *Quemener*¹¹ suscite toujours autant de difficultés de mise en œuvre. L'article 8 du CGI prévoit en effet que les associés des sociétés de personnes, sont, sauf pour l'impôt sur les sociétés, personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour leur part de bénéfices sociaux à hauteur de leur quote-part dans le capital de la société. En d'autres termes, dès que la société réalise un bénéfice, les associés supportent l'impôt, indépendamment de la question de savoir s'ils ont bénéficié d'une distribution ou non. Toutefois, lorsque l'associé d'une société de personnes décide de céder ses droits sociaux, un nouvel impôt (ici l'impôt sur la plus-value) va frapper une richesse (la prise de valeur de la société, dans l'hypothèse où les bénéfices n'ont pas été distribués effectivement) qui a déjà été taxée. Ce risque de cumul d'imposition a justement été pris en compte par l'arrêt *Quemener*. Cette solution jurisprudentielle repose, en effet, sur un mécanisme correctif du prix de revient des parts de sociétés dites de personnes qui vise à prendre en compte les bénéfices déjà imposés entre les mains du contribuable ou les déficits déjà déduits. En somme, la correction apportée permet d'éviter que l'associé qui cède ses parts soit taxé sur la plus-value (ou puisse constater une moins-value), alors qu'il a déjà été imposé au moment de la réalisation du bénéfice (ou qu'il a déjà déduit le déficit réalisé par la société). Ce correctif a

progressivement été étendu par le juge aux différents régimes et faits générateurs de plus-values¹². On se souvient néanmoins que dans la décision *Lupa*¹³, le juge administratif avait durci les conditions d'application de cette jurisprudence en soumettant sa mise en œuvre à une double imposition (ou double déduction) effective. Fortement critiquée, la décision *Lupa* est désormais abandonnée. Dans une décision du 24 avril 2019, le **Conseil d'État revient à une position qui apparaît plus orthodoxe**.

13. Dans cette affaire, la société Fra SCI a été créée le 18 avril 2008 par la société à responsabilité limitée (SARL) de droit luxembourgeois French Residential Acquisitions (FRA) et par la société par actions simplifiée (SAS) de droit français French Residential Acquisitions (FRA). À la date du 10 juin 2008, la SARL FRA a apporté en nature 999 des 1 000 parts de la société civile immobilière (SCI) Foncière Costa, dont l'objet social est de détenir et de donner à bail un ensemble immobilier situé 35 et 37 avenue George V à Paris (VIIIe). Lors de cet apport, les titres ont été évalués à hauteur de 23 000 000 euros, sur la base de la valeur réelle des immeubles détenus. Le 27 novembre 2009, la SCI Foncière Costa procède à une réévaluation libre de son actif, fixant à 15 810 000 euros la valeur de l'immeuble du 35 avenue George V, alors inscrit à son bilan pour 1 817 437 euros. Elle constate ainsi dans ses comptes un profit de réévaluation égal à 13 992 563 euros. Après avoir fait l'acquisition pour 15 484 euros auprès de la SAS FRA de l'unique part de la SCI Foncière Costa qui n'était pas en sa possession, la société Fra SCI dissout celle-ci et opère une transmission universelle de patrimoine à son profit, avec date d'effet fiscal anticipée au 1^{er} décembre de la même année.

Pour déterminer son résultat imposable de l'exercice clos au 31 décembre 2009, la société Fra SCI a pris en compte le bénéfice issu de l'écart de réévaluation. Mais elle a également déterminé le gain né de l'annulation des titres de la SCI Foncière Costa en calculant la différence entre la valeur des actifs transférés et la valeur d'acquisition des titres, majoré de l'écart de réévaluation mentionné précédemment.

L'administration fiscale a remis en cause ces corrections extracomptables, en estimant qu'elles révélaient l'existence d'un abus de droit. Ce fondement est rejeté par le tribunal administratif de Paris qui a considéré dans un jugement du 11 février 2016 que les conditions de mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 64 du LPF n'étaient pas réunies. Par un arrêt du 17 mai 2017, la cour administrative d'appel de Paris, statuant après une substitution de base légale opérée par l'administration, a jugé que la société Fra SCI n'était pas fondée à se prévaloir du mécanisme correctif du prix d'acquisition des titres prévu par la jurisprudence du Conseil

9 C. trav., art. L. 3332-11.

10 Art. 80 sexdecies du CGI : « les sommes mentionnées au 2° de l'article L. 3332-11 du code du travail sont imposables à l'impôt sur le revenu selon les règles applicables aux traitements et salaires, à l'exception de celles n'excédant pas le plafond prévu au même 2° qui bénéficient de l'exonération prévue au 4 du 18° de l'article 81 du présent code ».

11 CE, 16 févr. 2000, n° 133296, SA Étis Quemener : Rec. Lebon 2000, p. 52 ; Dr. fisc. 2000, n° 14, comm. 283, concl. G. Bachelier, note J. Tuot.

12 Pour la plus-value résultant de la dissolution d'une société avec transmission universelle de son patrimoine, v. CE, 27 juill. 2015, n° 362025, Sté Matériels électriques ascenseurs (MEA) ; Dr. sociétés 2015, comm. 224, note J.-L. Pierre.

13 CE, 6 juill. 2016, n° 377904, SARL Lupa Immobilière France et n° 377906, SARL Lupa Patrimoine France : Dr. fisc. 2016, n° 39, comm. 514, concl. N. Escaut, note F. Lugand ; Dr. sociétés décembre 2017, comm. 218, note J.-L. Pierre ; D. Gutmann, Quel impact de la décision « Lupa » sur le régime des cessions de titres de sociétés de personnes ? : FR Lefebvre 37/2016, inf. 5, p. 8.

d'État, en l'absence de situation de double imposition de la société ayant réalisé l'opération de dissolution-confusion. En effet, « si le profit résultant de la réévaluation libre opérée par la SCI Foncière Costa avant sa dissolution avait été inclus dans les bénéfices taxables de la société Fra SCI en vertu du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts, il n'aurait pas été pris en compte une seconde fois au titre du résultat de l'opération de dissolution-confusion de la SCI Foncière Costa, de sorte que la société Fra SCI n'aurait subi aucune double imposition et ne pouvait par suite pas se prévaloir de la règle » prétorienne précitée. Elle a en conséquence remis les impositions litigieuses à la charge de la société Fra SCI dans la limite de bases imposables à l'impôt sur les sociétés de 6 027 122 et 1 121 997 euros au titre des exercices clos en 2009 et 2010.

14. Statuant sur le pourvoi, le Conseil d'État décide que « dans le cas où une société vient à retirer de l'actif de son bilan, à la suite d'une cession ou de la dissolution sans liquidation avec confusion de patrimoine prévue à l'article 1844-5 du code civil, les parts qu'elle détenait jusqu'alors dans une société relevant du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts, le résultat de cette opération doit être calculé en retenant comme prix de revient de ces parts leur valeur d'acquisition, majorée en premier lieu, d'une part, de la quote-part des bénéfices de cette société revenant à l'associé qui a été ajoutée aux résultats imposés de celui-ci, antérieurement à la cession et pendant la période d'application du régime visé ci-dessus, d'autre part, des pertes afférentes à des entreprises exploitées par la société et ayant donné lieu de la part de l'associé à un versement en vue de les combler, puis minorée en second lieu, d'une part, des déficits que l'associé a déduits pendant cette même période, à l'exclusion de ceux qui trouvent leur origine dans une disposition par laquelle le législateur a entendu conférer aux contribuables un avantage fiscal définitif et, d'autre part, des bénéfices afférents à des entreprises exploitées en France par la société et ayant donné lieu à répartition au profit de l'associé ». C'est là rappeler la jurisprudence *Quémener*.

Comme le rappelle la Haute juridiction administrative, cette règle « a pour objet d'assurer la neutralité de l'application de la loi fiscale, compte tenu de la nature spécifique du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts et trouve notamment à s'appliquer à la quote-part de bénéfices revenant à l'associé d'une société soumise à ce régime lorsque ces bénéfices résultent d'une réévaluation des actifs sociaux, qu'elle soit opérée par l'administration fiscale dans le cadre de ses pouvoirs de contrôle et ait pour effet d'accroître rétroactivement la base d'imposition de la société au titre de la période d'imposition close par la dissolution de la société et l'annulation consécutive des parts détenues par l'associé ou que cette réévaluation intervienne au moment de la dissolution de la société soumise au régime spécifique ».

Au cas présent « en subordonnant (...) la mise en œuvre du mode de détermination du prix de revient des parts d'une société relevant du régime prévu à l'article 8 (...) à la condition que la valeur à laquelle les parts en cause sont inscrites à l'actif de l'associé reflète la valeur comptable de ces actifs et non leur valeur réelle et que, par conséquent, ces bénéfices soient pris en compte une seconde fois, au titre du résultat de l'opération de dissolution-confusion, dans les résultats de l'associé, la cour a commis une erreur de droit ».

15. La décision rendue par le Conseil d'État marque une rectification nette de la construction jurisprudentielle. En abandonnant la référence faite à « la double imposition » dans l'arrêt *Lupa*, le **juge administratif revient au fondement de la jurisprudence *Quémener* : assurer la neutralité fiscale du régime des sociétés de personnes.**

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Au cas présent, la décision d'appliquer la nouvelle jurisprudence à la société FRA SCI est bienvenue, car elle permet d'éviter l'application d'un impôt à un contribuable qui n'a bénéficié d'aucun enrichissement. En schématisant, faire l'acquisition de parts sociales représentatives du capital d'une société détenant un immeuble, sur la base d'une évaluation correspondant à l'actif net de celle-ci, puis se voir octroyer cet immeuble, à la suite de la dissolution de la société détenue et de l'annulation des parts subséquentes, n'entraîne pas, le plus souvent, d'enrichissement, sauf si les opérations d'acquisition et de dissolution-confusion sont éloignées dans le temps et si l'actif net de la société a augmenté depuis l'acquisition des parts.

R. VABRES ■

16. À NOTER

> Plus-values sur titres - Abattement renforcé pour durée de détention (régime ancien) - Garantie en capital

- Le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise juge que la garantie de prix de rétrocession prévue dans une promesse de rétrocession signée par un salarié concomitamment à l'acquisition des actions de la société qui l'emploie est une garantie de capital au sens du f du 2° de l'article 199 terdecies-O A du CGI. Cette garantie de prix faisait donc obstacle à ce que le salarié bénéficie de l'abattement renforcé prévu à l'article 150-0 D du CGI dans sa rédaction applicable au 1^{er} janvier 2013.

TA Cergy-Pontoise, 2^e ch., 13 mars 2019, n° 1308454, Roque-maurel (V. annexe 2)

En l'espèce, un salarié achète, au prix prévu par le pacte d'actionnaire, des actions de la société qui l'emploie. Simultanément, il signe, conformément au même pacte d'actionnaire, une promesse unilatérale de rétrocession de ces actions au directeur général de la société. Cette promesse prévoit un prix minimum de vente égal à celui auquel le salarié les achète. Le salarié rétrocède une partie de ses actions en 2013 et réalise, à cette occasion, une plus-value qu'il déclare, au titre de ses revenus perçus en 2013, pour un montant net réduit à hauteur de l'abattement renforcé prévu à l'article 150-0 D du CGI dans sa version applicable au litige.

L'application de cet abattement est toutefois conditionnée. Le f du 2° de l'article 199 terdecies-O A du CGI prévoyait notamment, dans sa version applicable au 1^{er} janvier 2013, que cet abattement ne pouvait s'appliquer que si la société émettrice des droits cédés n'accordait aucune garantie en capital à ses associés ou actionnaires en contrepartie de leurs souscriptions.

Management packages

17. Bons de souscription d'actions - Management package - Cotisation sociales - La Cour de cassation décide de soumettre la rémunération issue de l'exercice de bons de souscription d'actions aux cotisations de sécurité sociale à la date à laquelle les titulaires ont bénéficié de la libre disposition des bons.

Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2019, n° 17-24.470 (IP 1-2019, n° 2.1)

18. S'écarter de la jurisprudence du Conseil d'État rendu à propos des management packages qui tient compte de l'existence ou non d'un aléa financier¹⁴, la Cour de cassation considère que dès lors qu'ils sont proposés aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail et acquis par ceux-ci à des conditions préférentielles, les bons de souscription d'actions constituent un avantage qui entre dans l'assiette des cotisations sociales (pour un commentaire détaillé, v. IP 1-2019, n° 2.1, comm. R. Poirier).

R. VABRES ■

Plan d'épargne en actions (PEA)

19. PEA et PEA-PME - Réforme législative - La loi PACTE modifie en profondeur les régimes du PEA et du PEA-PME sur plusieurs points, notamment en prévoyant une nouvelle articulation du plafond de versement du PEA-PME et du total représenté par les versements sur un PEA classique et un PEA-PME, une nouvelle possibilité pour un enfant majeur rattaché au foyer de ses parents d'ouvrir son propre PEA (dans une limite de 20 000 € de primes), l'absence de blocage du plan en cas de retrait après 8 ans et l'élargissement de l'univers d'investissement de ces enveloppes.

L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 89, 90, 91, 92 : JO 23 mai 2019, texte n° 2 (V. annexe 3)

20. Outil de placement sur titres permettant de bénéficier d'un cadre fiscal avantageux, le plan d'épargne en actions (PEA) n'en demeure pas moins soumis à des contraintes relativement lourdes qui peuvent limiter son utilisation. En particulier, les retraits effectués de manière anticipée sont susceptibles d'entraîner une taxation et/ou une clôture du plan, selon un dispositif relativement complexe car prévoyant plusieurs délais. Le 5° bis de l'article 157 du CGI dispose ainsi que les produits et plus-values que procurent les placements effectués dans le cadre d'un PEA sont exonérés d'impôt sur le revenu. Cette exonération n'est toutefois acquise que si aucun retrait ou rachat n'est intervenu sur le plan pendant

un délai de cinq ans à compter du premier versement. Les retraits ou rachats qui interviennent avant l'expiration de la huitième année de fonctionnement du PEA entraînent de surcroît la clôture du plan. En outre, le gain net réalisé depuis l'ouverture du plan est dans cette hypothèse soumis à l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues au 2 du II de l'article 150-0 A du CGI pour les gains résultant d'opérations de cession de valeurs mobilières.

21. Afin de relancer l'attractivité du PEA, la loi PACTE y consacre plusieurs articles. C'est ainsi que les **enfants majeurs rattachés au foyer fiscal de leurs parents pourront ouvrir leur propre PEA** (et non un PEA-PME), pour des versements limités à 20 000 euros. Outre cette mesure ponctuelle qui permet d'individualiser davantage la détention du PEA classique, **deux séries de mesures assouplissent le fonctionnement des deux types de plan d'épargne.**

22. D'une part, les **retraits partiels sont facilités**. Avant l'adoption de la loi PACTE, tout retrait de sommes ou de valeurs figurant sur le plan ou tout rachat avant l'expiration de la huitième année entraînait également la clôture du plan. Désormais, le **délai de référence entraînant la clôture n'est plus de huit ans mais de cinq ans**¹⁵. Même **en cas de retrait avant le délai de cinq ans, la clôture du PEA ne sera pas automatique** si les sommes retirées sont réinvesties dans la création d'une entreprise (ce qui était le cas auparavant) ou sont justifiées par **un licenciement, une situation d'invalidité ou de la mise à la retraite anticipée du titulaire du plan ou de son époux** ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité (ce qui constitue une nouveauté). Ces dernières dérogations sont inspirées de celles applicables en matière d'assurance vie.

De la même façon, sous l'empire des anciens textes, la loi prévoyait qu'au-delà de la huitième année, les retraits partiels n'entraînaient pas la clôture du plan mais aucun nouveau versement n'était possible, de sorte que le plan continuait à fonctionner sans pouvoir être alimenté par de nouvelles liquidités. Désormais, les modifications opérées par la loi du 22 mai 2019 conduisent à **supprimer le blocage des nouveaux versements lorsque le premier retrait est intervenu après huit ans.**

Le **régime fiscal des retraits anticipés est également modifié**. Aux termes de l'article 200 A, 5 du CGI, le gain net réalisé depuis l'ouverture du plan n'est plus imposé au taux de 19 %¹⁶ ou au taux de 22,5 %¹⁷ : il relève désormais du prélèvement forfaitaire unique (soit 12,8 % d'impôt et 17,2 % de prélèvements sociaux).

La modification des délais de référence du PEA entraîne également **deux ajustements législatifs complémentaires**. En premier lieu, l'article 157, 5° ter du CGI prévoit désormais une **exonération d'impôt sur le revenu de la rente viagère**, lorsque le PEA se dénoue après cinq ans par le versement

¹⁵ CMF, art. L. 221-32, II.

¹⁶ Si la clôture intervient entre l'expiration de la deuxième et celle de la cinquième année de fonctionnement du plan.

¹⁷ Si la clôture intervient avant l'expiration de la deuxième année.

¹⁴ CE, 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet.

d'une telle rente. En second lieu, pour l'application de l'**abattement pour durée de détention** en cas de cession après clôture ou retrait (et non plus seulement le retrait au-delà de la huitième année) d'un PEA, le décompte s'effectue à partir de la date de souscription ou d'acquisition des actions, parts, droits ou titres figurant sur le plan et jusqu'à la date à laquelle le titulaire du PEA le cédant a cessé de bénéficier des avantages de celui-ci¹⁸.

23. D'autre part, la loi du 22 mai 2019 **modifie les titres éligibles au PEA-PME ainsi que l'articulation des plafonds de versements**.

> **Titres éligibles au PEA-PME** - La nouvelle version de l'article L. 221-32-2 du CMF prévoit que les versements opérés sur le PEA-PME pourront être utilisés pour un investissement portant sur :

- des obligations convertibles ou remboursables en actions, à l'exclusion des obligations convertibles en actions qui ne sont pas admises aux négociations sur une plateforme de négociation mentionnée à l'article L. 420-1 ;
- sur des titres participatifs et obligations à taux fixe faisant ou ayant fait l'objet d'une offre proposée par l'intermédiaire d'un prestataire de services d'investissement ou d'un conseiller en investissements participatifs, au moyen d'un site internet remplissant les caractéristiques fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;
- sur des minibons.

En d'autres termes, la loi entend faire bénéficier les investisseurs des avantages fiscaux du PEA-PME lorsqu'ils engagent des fonds sur des titres de dette non cotés sur un marché ou lorsqu'ils investissent via les plateformes de *crowdfunding*. La loi PACTE adopte ici une mesure cohérente ; dès lors que le législateur a entendu favoriser le développement de ces nouvelles formes de collecte de fonds, il apparaît cohérent d'accompagner ce mouvement par des mesures d'incitation fiscale. Néanmoins, les travaux parlementaires ont montré que l'investissement sur des titres hybrides soulève des difficultés d'évaluation : un titre non coté donnant accès au capital peut potentiellement avoir une valeur plus élevée que le montant nominal de l'obligation. Aussi pour éviter les effets d'aubaine et le contournement des règles du PEA-PME, la loi prévoit deux mécanismes de plafonnement :

- les placements effectués en obligations remboursables en actions lorsque ces obligations ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou un système de négociation ou sont remboursables en actions qui ne sont pas admises aux négociations sur lesdits marchés ou systèmes, ne bénéficient de l'exonération fiscale que dans la limite de 10 % du montant de ces placements ;
- les plus-values procurées par des placements effectués en obligations remboursables en actions lors de la cession ou du retrait desdites obligations ou des actions reçues en remboursement de celles-ci ne bénéficient de l'exonération fiscale que dans la limite du double du montant de ce placement.

> **Articulation des plafonds de versements** - Jusqu'à l'adoption de la loi PACTE, le titulaire d'un PEA-PME ne

pouvait effectuer des versements en numéraire que dans une limite de 75 000 €. Ce plafond est rehaussé et à présent, l'article L. 221-32-1 du CMF prévoit que le titulaire d'un PEA-PME peut effectuer des versements en numéraire dans une limite de **225 000 €** depuis l'ouverture du plan. Toutefois, si ce dernier est également titulaire d'un PEA classique, l'ensemble des versements en numéraire effectués sur ces deux plans depuis leur ouverture ne peut excéder la limite de 225 000 €. Si le plafond du PEA classique demeure à 150 000 euros et si le plafond global des deux PEA reste également inchangé, la mesure adoptée permet néanmoins d'avoir une gestion plus souple des versements opérés sur les deux types de PEA. Elle n'en reste pas moins encore rigide et expose les épargnants qui ne respecteraient pas les règles en cause à l'amende prévue par l'article 1765 du CGI¹⁹.

R. VABRES ■

24. À NOTER

> **PEA - Plafond de versement - Augmentation de capital** - Le Ministre de l'économie et des finances rappelle que la loi ne prévoit aucune dérogation spécifique au plafond des versements en numéraire pour souscrire à une augmentation de capital.

RM Leleux n° 2843 : JO Sénat 23 mai 2019, p. 2572 (V. annexe 4)

Le plafond de versement sur un PEA doit être respecté, même dans l'hypothèse où il prive le titulaire de la possibilité de souscrire à une augmentation de capital.

R. VABRES ■

> **PEA - Management package - Abus de droit** - Un schéma de management packages, mis en place dans le cadre d'un LBO, faisant intervenir des actions ordinaires et de préférence, des BSA et des OCA est requalifié par l'administration en complément de rémunération et le PEA au sein duquel ont été acquis les actions et bons est clôturé. Le Comité de l'abus de droit fiscal estime infondée la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal. L'Administration a décidé de ne pas se ranger à cet avis.

CADF, 15 nov. 2018, aff. n° 2018-16 et 2018-17 (V. annexe 5)

Selon l'administration, la fraude repose sur un contournement du régime fiscal attaché aux PEA concernant la nature des revenus éligibles à ce régime et non le plafond légal de souscription. Elle estime qu'en l'espèce des sommes constitutives de salaires ont été frauduleusement soustraites à l'impôt au travers de leur inscription en PEA, et a donc décidé de ne pas se ranger à l'avis du Comité.

18 CGI, article 150-0 D, 1 quinquies, 3°.

19 Le titulaire du plan qui a sciemment contrevenu à la condition prévue à la seconde phrase du dernier alinéa des articles L. 221-30 ou L. 221-32-1 du CMF est passible d'une amende fiscale égale à 2 % du montant des versements surnuméraires.

Fiscalité des dividendes

25. À NOTER

> Dividendes - Notion de distribution régulière ouvrant droit à l'abattement de 40% - Le Conseil d'État juge qu'une décision de distribution de dividendes qui n'est pas consignée dans le procès-verbal d'assemblée générale ne rend pas cette distribution irrégulière au sens des dispositions fiscales.

CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2019, n° 421211

Une décision de distribution de dividendes n'est irrégulière que si elle n'a pas été prise par l'organe compétent, si elle est le résultat d'une fraude ou si elle n'entre dans aucun des cas pour lesquels le code de commerce autorise la distribution de sommes prélevées sur les bénéfices. La seule circonstance que la décision de distribution ne soit pas consignée dans le procès-verbal d'assemblée générale prévoyant cette distribution et n'a pas fait l'objet de la consignation au registre prévue par les dispositions de l'article L. 223-31 du code de commerce n'est pas de nature à justifier la remise en cause du bénéfice de l'abattement de 40 % prévu par le 2° du 3 de l'article 158 du code général des impôts. Le non-respect du formalisme prévu par le code de commerce ne permet de regarder la distribution ni comme n'ayant pas été décidée par l'organe compétent de la société, ni comme entachée de fraude, ni comme n'entrant pas dans l'un des cas pour lesquels le code de commerce autorise la distribution de sommes prélevées sur les bénéfices.

R. VABRES ■

> Distributions occultes - Bénéfices réputés distribués - Cumul d'impositions - Majoration - QPC - Caractère confiscatoire - Principe d'égalité devant les charges publiques - Le Conseil d'État décide de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité s'appuyant sur le caractère potentiellement confiscatoire des dispositions relatives aux distributions occultes et aux bénéfices réputés distribués.

CE, 3^e et 8^e ch., 16 avr. 2019, n° 428401

Aux termes de l'article 158, 7, 2° du CGI, le montant de certains revenus de capitaux mobiliers (notamment les rémunérations et avantages occultes visés à l'article 111, c du CGI et les revenus réputés distribués visés à l'article 109, 1, 1° du CGI en raison d'une rectification) est multiplié par un coefficient de 1,25 pour le calcul de l'impôt sur le revenu. Dans le cadre d'une QPC renvoyée devant le Conseil constitutionnel, un requérant considère que ces dispositions présentent un caractère confiscatoire et portent atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques, compte tenu du cumul de l'impôt sur le revenu, de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus et des autres prélèvements assis sur les mêmes revenus.

R. VABRES ■

Assurance vie et contrats de capitalisation

Régime juridique

26. Assurance vie - Réforme législative - La loi PACTE modifie en profondeur le régime juridique de l'assurance vie sur plusieurs points. Parmi eux se trouvent l'interdiction du paiement de la prime d'assurance en nature, l'élargissement des véhicules de capital-investissement éligibles sur les contrats de droit français, la sécurisation de la sortie de contrat en nature ainsi qu'un renforcement de son encadrement, et l'admission de la transformation de certains contrats au sein d'une même compagnie d'assurance sans que l'opération n'ait les conséquences fiscales d'un dénouement de contrat.

L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 72

27. La loi PACTE modernise le régime de l'assurance vie afin d'offrir aux épargnants des rendements plus attractifs que ceux des supports en euros tout en favorisant l'investissement des PME. Cette modernisation passe notamment par une rénovation des contrats euro-croissance. En outre, afin d'inciter les souscripteurs à orienter leur épargne vers ces nouveaux supports, il est permis aux épargnants de transformer leurs anciens contrats en nouveaux contrats sans frottement fiscal. Enfin, la loi renforce les obligations des assureurs dans la recherche des bénéficiaires et dans l'information des assurés en renforçant la transparence sur les frais et les performances des contrats.

♦ Élargissement des supports d'investissement

28. Modernisation des contrats euro-croissance - Face au succès très mitigé des contrats euro-croissance²⁰ dont le but était de réorienter les investissements vers l'économie, la loi PACTE procède à une rénovation de ces supports en ouvrant ces contrats au capital-investissement non coté, favorisant par là-même l'investissement dans les PME. Parallèlement, la mécanique du contrat est revue avec la mise en place d'une nouvelle poche d'actifs exprimée uniquement en parts de provisions de diversification avant l'échéance et le maintien d'une garantie à l'échéance exprimée en euros (C. assur., art. L. 134-1, 2° modifié)²¹. L'objectif est ainsi de permettre à l'assureur d'exposer davantage le contrat aux risques pour obtenir un meilleur rendement et, en conséquence, de rendre le contrat plus attractif et plus lisible avec l'affichage d'un taux de rendement unique.

20 Contrats créés par l'ordonnance n° 2014-696 du 26 juin 2014 favorisant la contribution de l'assurance-vie au financement de l'économie.

21 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 8°.

29. Développement des unités de compte « vertueuses »

- La loi PACTE impose aux assureurs de proposer, à compter de 2020, au moins l'une des trois unités de compte suivantes : fonds labellisé investissement socialement responsable (ISR), fonds « vert » finançant la transition écologique ou fonds solidaire. Puis, à compter de 2022, ce sont ces trois unités de compte qui devront être proposées par les assureurs (C. assur., art. L. 131-1-1 et L. 131-1-2, nouveaux)²².

30. Renforcement de la faculté d'un paiement en titres lors du dénouement du contrat

- La loi PACTE renforce également la faculté permettant au souscripteur et au bénéficiaire d'opter pour un paiement en titres non négociables lors du dénouement du contrat ou en cas de rachat. D'une part, il est prévu que lorsque le souscripteur déclare opter irrévocablement pour la remise de titres ou parts en cas de rachat, cette option s'impose désormais également au bénéficiaire du contrat d'assurance, sauf mention expresse contraire (C. assur., art. L. 131-1, 2°)²³. D'autre part, il est précisé que ce paiement ne peut s'opérer qu'avec des titres ou des parts qui ne confèrent pas de droit de vote et à la condition que le contractant et les membres de sa famille n'aient pas détenu directement ou indirectement, au cours des cinq années précédant le paiement, plus de 10 % des titres ou des parts de la même entité que ceux remis par l'assureur (C. assur., art. L. 131-1, al. 6)²⁴.

31. Interdiction du paiement de la prime des contrats d'assurance par apport de titres

- Afin d'éviter que les résidents français logent leurs propres titres de société dans des contrats d'assurance vie souscrits à l'étranger, notamment au Luxembourg, à des fins d'optimisation fiscale, la loi PACTE interdit le paiement des primes des contrats d'assurance par voie d'apport de titres. Il est désormais apporté la précision que la prime est payable « en numéraire » (C. assur., art. L. 113-3, al. 1^{er} modifié), ce qui a pour effet de prohiber un paiement en nature. Cette mesure est ainsi destinée à faire échec à l'opération d'apport par un résident français des titres de sa société à un contrat d'assurance vie luxembourgeois par un versement en nature des primes, procédé dont la validité a été reconnue par la Cour de cassation en 2016²⁵.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Dès lors que cette nouvelle mesure présente selon nous un caractère d'ordre public, elle devrait prohiber tout versement de titres de société à titre de primes, y compris au sein de contrats étrangers commercialisés en France.

◇ Transferts de contrats d'assurance vie sans perte de l'antériorité fiscale²⁶

32. Transférabilité limitée des contrats - Afin de réorienter l'épargne vers des investissements plus dynamiques, spécialement vers les nouveaux contrats euro-croissance censés être plus rémunérateurs, les titulaires d'anciens contrats pourront transformer, totalement ou partiellement, leurs anciens contrats en nouveaux contrats euro-croissance, sans perte de l'antériorité fiscale. Cette transformation de contrats, en neutralité fiscale, est rendue possible par une extension du dispositif « Fourgous »²⁷. Il est donc possible désormais de transformer non seulement un contrat monosupport mais également un contrat multisupport en un nouveau contrat multisupport ou un nouveau contrat euro-croissance, sous réserve qu'une partie des primes soit affectée à l'acquisition de droits exprimés en unités de compte ou de droits donnant lieu à la constitution d'une provision de diversification. Cette extension du dispositif Fourgous est toutefois limitée aux transferts de contrats d'assurance vie au sein d'une même compagnie d'assurance. Le transfert de contrats d'un assureur à un autre, un temps envisagé aux cours des discussions parlementaires, a été abandonné (CGI, art. 125-0 A, I, 2°, al. 1^{er})²⁸.

33. Transformation des anciens contrats euro-croissance

- Afin de favoriser le passage des anciens contrats euro-croissance vers les nouveaux, la loi PACTE prévoit que la transformation d'un ancien contrat euro-croissance vers un nouveau contrat n'entraîne pas les conséquences fiscales d'un rachat ou d'un dénouement (CGI, art. 125-0 A, I, 2°, c, nouveau)²⁹.

34. Transfert de l'épargne investie en assurance vie vers le nouveau Plan d'épargne retraite

- L'article 71 de la loi PACTE envisageant la création d'un nouveau plan d'épargne retraite (PER) d'ici 2020, celle-ci s'est accompagnée de la mise en place d'un régime fiscal de faveur destiné à favoriser les transferts de l'épargne investie en assurance vie vers ces nouveaux PER. Ce dispositif fiscal se traduit par la création d'une exonération de 9 200 € pour les contribuables soumis à imposition commune ou 4 600 € pour les contribuables célibataires, veufs ou divorcés³⁰ applicable en cas de rachat total ou partiel sur un contrat d'assurance vie d'une durée d'au moins huit ans. Cette exonération est subordonnée à ce que le rachat soit exercé avant le 1^{er} janvier 2023 par un souscripteur qui doit être à plus de cinq ans de l'ouverture de son droit à pension de retraite et qui reverse l'intégralité des sommes reçues sur un PER avant le 31 décembre de l'année du rachat (CGI, art. 125-0 A, I, 1°, dernier al.)³¹.

26 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, II.

27 Dispositif issu de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2015 pour la confiance et la modernisation de l'économie qui autorise sans perte de l'antériorité fiscale la transformation des contrats monosupport en euros vers des contrats multisupports en unités de compte.

28 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, II, 2°.

29 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 3°.

30 Exonération cumulée avec l'abattement de même montant applicable aux contrats d'assurance vie d'une durée d'au moins huit ans.

31 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 1°.

22 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 3°.

23 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 2°.

24 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 2°.

25 Cass. civ. 2^e, 19 mai 2016, n° 15-12.767 : JCPN 2016, 1265, comm. P. Pailler ; D. 2016, p. 1791, note B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia ; Gaz. pal. 13 sept. 2016, p. 59, note S. Garcia ; RFP 2016, comm. 15, note M. Buchet ; RLDA déc. 2016, p. 25, note M. Robineau.

◆ Renforcement des obligations des assureurs

35. Transparence sur les rendements des fonds en euros

- La loi renforce l'obligation d'information des souscripteurs en imposant à l'assureur de communiquer annuellement sur son site Internet « *le rendement garanti moyen et le taux moyen de la participation aux bénéfices attribué pour chacun de ses contrats d'assurance vie* » (C. assur., art. L. 132-22, dernier al.)³².

36. Transparence sur les frais de fonctionnement

- S'agissant des contrats en unités de compte, l'assureur doit désormais communiquer au contractant, au moins de manière trimestrielle, les valeurs de ces unités de compte, leur évolution annuelle à compter de la souscription du contrat, les frais prélevés par l'entreprise d'assurance au titre de chaque unité de compte, les frais supportés par l'actif en représentation de l'engagement en unités de compte au cours du dernier exercice connu et, le cas échéant, les rétrocessions de commission perçues au titre de la gestion financière des actifs (C. assur., art. L 132-22, al. 9 modifié)³³.

37. Nouvelle information concernant les unités de compte responsables, vertes et solidaires

- Afin d'inciter l'assureur à proposer un maximum d'unités de compte responsables, vertes ou solidaires, la loi PACTE lui impose, à compter du 1^{er} janvier 2022, de communiquer aux souscripteurs, avant toute conclusion de contrat, la proportion de ces unités de comptes dans le contrat. L'assureur devra également informer annuellement le souscripteur sur la part des actifs détenus qui est effectivement investie dans des fonds solidaires, socialement responsables et finançant la transition écologique au titre des contrats de même catégorie que le sien et sur « *la manière dont sa politique d'investissement prend en compte les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance* » (C. assur., art. L. 132-22, al. 9 modifié).

38. Renforcement du régime imposant la recherche des bénéficiaires

- Faisant suite aux constats exprimés par l'ACPR lors de son rapport annuel³⁴ selon lequel les assureurs détiendraient des fonds importants au nom d'assurés centenaires sans que leur décès ne puisse être prouvé, la loi PACTE impose aux assureurs, lorsque l'assuré est âgé de plus 120 ans et qu'aucune opération n'a été effectuée à son initiative depuis les deux dernières années, de rechercher le bénéficiaire afin de l'aviser de l'existence du contrat à son profit. Si la recherche n'aboutit pas, les sommes dues au titre de ces contrats seront transférées à la Caisse des dépôts et consignations au terme d'un délai de 10 ans dont le point de départ est constitué par le cent vingtième anniversaire de l'assuré (C. assur., art. L. 132-27-2, I, al. 1^{er} modifié)³⁵.

39. Accélération des versements aux bénéficiaires sous peine de sanction

- Depuis la loi « Eckert »³⁶, l'assureur dispose

d'un délai de 15 jours, après réception de l'avis de décès et des coordonnées du bénéficiaire pour demander à ce dernier de lui fournir l'ensemble des pièces nécessaires au paiement. À réception des pièces, l'entreprise dispose ensuite d'un mois pour verser le capital garanti. Faute de règlement dans le délai imparti, le capital produit intérêt au double du taux légal pendant deux mois, puis au triple du taux légal. Afin d'accélérer encore davantage le versement des fonds garantis par les assureurs, la loi PACTE renforce les sanctions applicables en cas de versement tardif. Désormais, le capital non versé produira de plein droit intérêt, 15 jours après que l'assureur aura eu connaissance à la fois du décès et de l'identité du bénéficiaire, au double du taux légal durant un mois puis, à l'expiration de ce délai d'un mois, au triple du taux légal (C. assur., art. L. 132-23-1 modifié)³⁷.

S. COMPAROT ■

40. Assurance vie - Clause bénéficiaire - Modification

- La Cour de cassation juge que la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie peut être réalisée par l'une des formes prescrites par l'article L. 132-8 du code des assurances, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification.

Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2019, n° 18-14.640 (IP 2-2019, n° 5, annexe 4)

41. Par testament authentique d'août 1997, le souscripteur de deux contrats d'assurance vie désigne comme bénéficiaires son épouse pour l'usufruit et ses enfants pour la nue-propriété. En 2005 et 2006, il modifie par avenants les bénéficiaires de ses contrats pour y désigner son conjoint et trois de ses cinq filles. À son décès, l'une des filles évincées par la modification intervenue en 2005 et 2006 conteste la validité de la modification opérée par avenant au motif, notamment, que l'article 1035 du code civil impose la forme testamentaire ou un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté pour révoquer un testament antérieur.

42. L'argument est rejeté par la Cour d'appel de Bordeaux dont l'arrêt est confirmé par la Cour de cassation. Pour la haute juridiction, « *la cour d'appel a exactement décidé que les avenants modificatifs étaient valables, dès lors que la modification des bénéficiaires pouvait intervenir soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du code civil, soit par voie testamentaire, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification* ».

La solution doit être approuvée.

D'une part, l'article L. 132-8 du code des assurances envisage trois formes pour la désignation ou la substitution d'un

32 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 6°.

33 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 6°.

34 Rapp. annuel de l'ACPR au Parlement, juin 2018.

35 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 71, V.

36 L. n° 2014-617, 13 juin 2014 relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance vie en déshérence.

37 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 72, I, 7°.

bénéficiaire : l'avenant au contrat, la voie testamentaire ou le respect des formalités édictées par l'article 1690 du code civil³⁸. L'usage par le souscripteur de l'une de ces formes est parfaitement libre que ce soit au jour de la désignation initiale du bénéficiaire ou, ultérieurement, lors de la modification d'un bénéficiaire précédemment désigné³⁹. Il n'existe donc pas, comme le précise expressément la Cour de cassation, de principe de parallélisme des formes qui voudrait que la forme retenue pour la modification du bénéficiaire soit similaire à celle usitée pour sa désignation initiale⁴⁰.

D'autre part, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 1035 du code civil qui impose le formalisme testamentaire ou un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté pour révoquer un testament antérieur. Si la solution est claire, son fondement demeure cependant incertain. Il pourrait être soutenu que la notion de testament, au sens de l'article 1035 du code civil, doit être comprise selon la définition qu'en donne l'article 895 du même code, autrement dit comme « *un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer* ». Les articles 895 et 1035 du code civil ne viseraient ainsi que les seules dispositions patrimoniales constituant des legs mais non l'*instrumentum* lui-même⁴¹. À suivre cette analyse, chaque fois que le testament comporterait des dispositions de dernière volonté autres que des legs telles des clauses organisant les obsèques du testateur, la reconnaissance d'enfant naturel ou la désignation d'un bénéficiaire de contrats d'assurance vie, il ne serait pas soumis à l'article 1035 du code civil. On voit mal cependant ce qui justifierait une telle différence de traitement entre dispositions patrimoniales et dispositions extrapatrimoniales contenues dans un testament⁴².

Aussi, à notre sens, cette solution repose certainement sur une application des règles édictées par l'article L. 132-8 du code des assurances qui déroge en matière de substitution de bénéficiaires de contrats d'assurance vie, aux dispositions de l'article 1035 du code civil.

S. COMPAROT ■

38 Cette liste n'est pas limitative, la jurisprudence admettant de manière très souple que la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie n'est subordonnée à aucune règle de forme (Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997 : RCA 1997, p. 278 ; RGAT 1997, p. 815, note L. Mayaux. – Cass. civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-27.215 : RGDA 2016, p. 104, note J. Kullmann ; D. 2016, 1523, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy).

39 Sous réserve bien entendu que le bénéficiaire n'ait pas accepté le bénéfice du contrat dans les conditions fixées par l'article L. 132-9 du code des assurances.

40 De manière plus générale, il n'existe pas de principe général imposant un parallélisme des formes en droit civil, contrairement à ce qui était envisagé par le projet de réforme du droit des contrats soumis à consultation publique par la Chancellerie. Sur ce sujet, v. not. L. Andreu, Article 1173 : le parallélisme des formes : RDC 2015, p. 765.

41 Sur les deux sens du mot « testament », v. not. Association H. Capitant (dir. G. Cornu), Vocabulaire juridique, PUF, 12^e éd., 2018, V^e Testament.

42 Pour une application de l'article 1035 du code civil à toutes les dispositions testamentaires, patrimoniales ou non, v. F. Terré, Ph. Simler et S. Gaudemet, Droit civil, Les successions, Les libéralités : Dalloz, 4^e éd., 2014, n° 488, note 1.

43. Assurance vie - Clause bénéficiaire - Acceptation tacite - La Cour de cassation juge qu'une cour d'appel a pu valablement estimer que la rédaction matérielle de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance par son bénéficiaire lui-même, sous la dictée du souscripteur, ne prouvait pas l'acceptation tacite du bénéfice du contrat.

Cass. civ. 2^e, 18 avr. 2019, n° 18-11.049 (V. annexe 7)

44. Après avoir désigné nominativement la bénéficiaire de son contrat d'assurance vie par une lettre du 15 octobre 2007, le souscripteur du contrat adresse une semaine plus tard à l'intermédiaire d'assurance une lettre recommandée précisant avoir déposé chez son notaire la clause bénéficiaire de son contrat. Au décès de l'assuré, l'assureur verse les capitaux-décès à la nièce de l'assuré, désignée légataire universelle et bénéficiaire du contrat. La bénéficiaire initialement désignée réclame à l'assureur le montant des capitaux-décès arguant d'une part, qu'en rédigeant elle-même sous la dictée du souscripteur la lettre du 15 octobre 2007 signée par ce dernier et la désignant comme bénéficiaire, elle a tacitement accepté la stipulation faite à son profit et, d'autre part, que l'acceptation tacite du contrat d'assurance vie par son bénéficiaire, dès lors qu'elle est intervenue antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1175 du 17 décembre 2007, prive le souscripteur assuré de sa faculté de révocation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, en considérant que « la seule rédaction matérielle [par la bénéficiaire initialement désignée] de la lettre du 15 octobre 2007 la désignant comme bénéficiaire du contrat n'emportait pas acceptation de sa part de cette désignation, la cour d'appel a souverainement estimé que celle-ci ne rapportait pas la preuve d'une acceptation tacite du bénéfice du contrat d'assurance sur la vie ».

Si la jurisprudence a pu admettre que l'acceptation d'un contrat d'assurance vie pouvait être tacite lorsqu'elle avait lieu antérieurement au 18 décembre 2007, c'était toutefois à la condition qu'elle résulte d'actes non équivoques du bénéficiaire⁴³. Tel n'est manifestement pas le cas de la seule rédaction matérielle par le bénéficiaire de la lettre signée par le souscripteur et le désignant bénéficiaire.

S. COMPAROT ■

45. Assurance vie - Faculté de renonciation - Abus - Appréciation dans le temps - La Cour de cassation juge que l'existence d'un abus dans l'exercice de la faculté de renonciation s'apprécie à la date où le souscripteur exerce cette faculté.

Cass. civ. 2^e, 28 mars 2019, n° 18-15.612 (V. annexe 8)

43 Exemples d'actes ayant permis l'acceptation tacite du contrat : paiement des primes par le bénéficiaire en lieu et place du souscripteur (CA Paris, 3 janv. 1918 : DP 1918, II, p. 33) ; communication à l'assureur de l'avis de décès de l'assuré (CA Douai, 10 déc. 1895 : DP 1896, II, p. 417, note Dupuich, S. 1898, jur., p. 243) ; accord donné au nantissement du contrat en garantie d'un prêt souscrit par le bénéficiaire (Cass. civ. 2^e, 14 janv. 2010, n° 09-65.582 : RGDA 2010, p. 403, note L. Mayaux).

46. La Cour d'appel de Versailles avait retenu que pour rapporter la preuve de la mauvaise foi de l'assuré et de l'abus de droit dans l'exercice de la faculté de renonciation prorogée, l'assureur devait établir que l'assuré était au moment de la souscription du contrat mieux informé que lui-même du manquement par ce dernier à son obligation d'information et qu'il n'aurait souscrit le contrat qu'en considération de la possibilité d'y renoncer ultérieurement.

Cette décision est cassée au visa de l'article L. 132-5-1 du code des assurances pour s'être déterminée en fonction de la date de souscription du contrat et non au jour de l'exercice de la faculté de renonciation par l'assuré.

S. COMPAROT ■

Régime fiscal

47. **Assurance vie - Co-souscription - Novation - Antériorité fiscale** - L'administration expose sa doctrine à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation admettant que l'adhésion d'un nouvel assuré (conjoint du souscripteur marié sous un régime de communauté) à un contrat d'assurance vie en cours de vie du contrat n'emportait pas novation et donc perte de son antériorité fiscale. Elle considère que la question de savoir si la co-souscription à un contrat d'assurance vie en cours de contrat emporte novation est une question de fait.

RM Malhuret, n° 00260 : JO Sénat 30 mai 2019, p. 2859 (V. annexe 9)

48. Le régime fiscal de l'assurance vie dépend notamment de la date de souscription du contrat. L'article 757 B du CGI, applicable aux contrats souscrits à compter du 20 novembre 1991, soumet aux droits de succession les sommes versées par un assureur à un bénéficiaire déterminé à raison du décès de l'assuré, à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans qui excède 30 500 €.

Dans une espèce jugée par la Cour de cassation le 19 mars 2015⁴⁴, l'enjeu était en droits de succession ; la question était de savoir si la co-souscription de l'épouse après le 20 novembre 1991 au contrat d'assurance vie souscrit par son mari avant cette date avait remis en cause l'antériorité du contrat pour l'application de ce texte.

Dans sa décision, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation du contrat d'assurance vie litigieux, jugé qu'au rapport d'obligation contracté entre l'assureur et le souscripteur initial avant le 20 novembre 1991 ne s'était pas substitué un nouveau rapport d'obligation, mais s'était ajouté, du fait de la souscription conjointe de l'épouse sept ans plus tard, un rapport d'obligation complémentaire entre l'assureur et l'épouse, sans que l'existence du second n'ait un quelconque effet extinctif sur le premier, et d'avoir conclu

que la souscription conjointe de l'épouse n'avait pas emporté novation du contrat.

Ainsi, en l'absence de novation du contrat, celui-ci était considéré comme ayant été souscrit avant le 20 novembre 1991 et échappait aux droits de succession.

49. Quelle est la **position de l'administration à ce sujet** ?

Sans surprise, dans la réponse commentée⁴⁵, l'administration précise que le point de savoir si la souscription conjointe à un contrat d'assurance vie emporte novation du contrat est une **question de fait, qui doit être appréciée en fonction notamment des stipulations dudit contrat, de la volonté des parties, des dates des souscriptions et de la situation et de l'espérance de vie de chacun des assurés lors de la co-souscription**.

En effet, il n'a pas échappé à l'administration que la co-souscription peut dans certains cas emporter novation du contrat, ou plus généralement que la souscription d'un contrat d'assurance vie peut être le support d'une donation indirecte.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'administration s'abrite, sans surprise, derrière les circonstances de fait de chaque espèce et se réserve ainsi la possibilité de conclure à l'existence ou pas d'une novation du contrat selon les hypothèses. Elle rejoint ainsi le juge de cassation qui s'est retranché derrière l'appréciation du contenu du contrat litigieux par les juges du fond. En pratique, il convient donc d'être vigilant et de procéder à une analyse au cas par cas lorsqu'une co-souscription de contrat d'assurance vie est envisagée.

B. ZILBERSTEIN ■

Actifs immobiliers

Fiscalité

Impôt sur la fortune immobilière

50. **IFI - Biens agricoles détenus par un GFA et donnés à bail à métayage** - L'administration fiscale détaille, pour les parts de GFA donnant à bail à métayage des biens agricoles, les possibilités d'exonération au titre du régime de l'outil professionnel prévu à l'article 975 du CGI, ou celles (totale ou partielle) relevant du IV de l'article 976 du même code.

RM Simian, n° 7982 : JOAN 21 mai 2019, p. 4699 (V. annexe 10)

44 Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2015, n° 13-28.776, F-P+B, Zarifi et a.

45 La même solution a été affirmée dans une autre réponse ministérielle du même jour (RM Frassa, n°01398 : JO Sénat 30 mai 2019, p. 2859).

51. Le ministre de l'action et des comptes publics est interrogé sur la situation des GFA donnant à bail à métayage, fréquemment rencontrée dans le secteur viticole ou agricole, et qui soulève la question de savoir si les biens agricoles appartenant à ces groupements sont exclus de l'assiette de l'IFI.

En effet, en application de l'article 965, 2°, al. 6, a, du CGI, ne sont pas pris en compte, pour déterminer la fraction imposable des parts ou actions, notamment les biens ou droits immobiliers détenus directement par la société ou l'organisme, lorsque ces biens ou droits sont affectés à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société ou de l'organisme qui les détient. Ce qui suppose, pour que les biens concernés soient exclus de l'assiette de l'IFI, qu'ils soient affectés à une activité éligible, notamment agricole, laquelle n'est pas définie en matière d'IFI.

L'interrogation vient du fait que, **d'une part l'article 63 du CGI définit le métayage comme une activité agricole en matière d'impôt sur le revenu, alors que d'autre part le bail à métayage constitue une location (activité civile) d'un point de vue civil et rural.**

Nous remarquerons que dans sa réponse, le ministre ne fait aucunement référence à la règle d'exclusion, rappelant simplement qu'il existe des exonérations légales, notamment en faveur des actifs professionnels (art. 975 du CGI), mais que sont toujours imposables les biens affectés à une activité civile, c'est-à-dire de gestion de son propre patrimoine, sous réserve des exceptions limitativement prévues au V de l'article 975 du CGI en faveur de certaines activités de location meublée ou équipée et à l'article 976 du même code concernant certaines formes de location de biens ruraux.

En d'autres termes, les seules dispositions susceptibles de s'appliquer aux parts de GFA donnant à bail à métayage sont les exonérations prévues aux articles 975 et 976 du CGI.

Il s'ensuit qu'en application des II et III de l'article 975 précité, les parts du redevable membre d'un GFA donnant à bail à métayage *« peuvent être considérées comme des actifs professionnels lorsque, d'une part, le redevable remplit l'ensemble des conditions prévues aux II et III précités, ce qui suppose notamment qu'il exerce de manière effective son activité professionnelle principale au sens de ces II et III dans le groupement et, d'autre part, que le GFA exerce une activité d'exploitation agricole de ces biens, en participant notamment de manière active et habituelle au devenir et aux choix de l'exploitation donnée en bail à métayage »*. Cette dernière condition implique la *« constatation d'une participation effective, la seule existence du bail à métayage ne pouvant suffire »*.

Ainsi, **l'administration admet que le GFA bailleur, dans le cadre d'un bail à métayage, soit considéré comme un exploitant agricole** ; solution retenue sous l'empire de l'ISF pour qualifier les biens ruraux donnés à bail à métayage de biens professionnels⁴⁶ dès lors qu'ils répondaient à la définition de l'article 885 N du CGI (exercice effectif d'une véritable profession par l'exploitant individuel).

52. En reconnaissant que le GFA donnant à bail à métayage exerce une activité d'exploitation agricole de ces biens rendant

les parts éligibles à l'exonération, les autres conditions étant supposées remplies par le redevable, **l'administration ne devait-elle pas aller jusqu'au bout de cette logique et autoriser l'exclusion de ces biens de l'assiette de l'IFI pour déterminer le coefficient immobilier des parts de GFA ?**

En effet, les règles d'exclusion et d'exonération ont un tronc commun : l'affectation du bien à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, avec la particularité cependant que l'exclusion ne peut s'appliquer qu'en cas d'affectation dudit bien à l'activité éligible de la société qui le détient ou d'une autre société du groupe sous certaines conditions, alors que l'exonération vise également le cas où le bien est affecté à l'activité d'une autre société ne faisant pas partie du groupe et dans laquelle le redevable, propriétaire du bien directement ou via une société, exerce son activité professionnelle principale.

Dès lors que le GFA « bailleur à métayage » est par hypothèse propriétaire des biens ruraux loués, comment justifier que l'exclusion ne puisse pas s'appliquer auxdits biens alors que les parts du groupement seraient éligibles à l'exonération de l'article 975, II et III du CGI, ce qui implique leur affectation à une activité agricole ?

On a le sentiment que pour écarter l'exclusion légale, l'administration fait prévaloir l'alinéa 1^{er} de l'article 966 du CGI qui requalifie en activité civile de gestion de son propre patrimoine, l'activité agricole de « bailleur à métayage » du GFA. Elle indique précisément que *« sont toujours imposables les biens affectés à une activité civile, c'est-à-dire de gestion de son propre patrimoine, sous réserve des exceptions limitativement [...] »*.

Elle introduit ainsi une nouvelle exception à l'article 966 concernant l'activité de « bailleur à métayage » du GFA, qui ne serait plus civile mais deviendrait agricole, rendant ainsi les parts du groupement éligibles à l'exonération des II et III de l'article 975 du CGI lorsque les conditions ci-dessus rappelées sont remplies.

À défaut, ces parts et celles de groupements agricoles fonciers (GAF)⁴⁷ bénéficient d'exonérations spécifiques dérogatoires, totale ou partielle, respectivement prévues au IV, alinéas 1 et 2 de l'article 976 du CGI.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La situation des GFA donnant à bail à métayage est désormais clarifiée, même si l'exclusion radicale de la règle de l'article 965 précité peut être contestable lorsque le GFA participe notamment de manière active et habituelle au devenir et aux choix de l'exploitation donnée en bail à métayage. Le contrat peut en effet associer le GFA propriétaire, avec le métayer, à la direction effective de l'exploitation. Cette précision apportée, nous constatons à l'issue de la période déclarative, que le traitement fiscal, au regard de l'IFI, des parts de groupement forestier soulève également des interrogations, notamment sur le point de savoir si les bois et forêts exploités par les groupements propriétaires de ces biens peuvent être exclus de l'assiette de l'IFI.

⁴⁶ BOI-PAT-ISF-30-30-10-10, 5 août 2013, § 210.

⁴⁷ Sont visés les GFA et les GAF soumis à la loi n° 62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole et à l'article 11 de la loi n° 70-1299 du 31 décembre 1970 relative aux GFA.

L'activité agricole n'étant pas définie pour l'IFI, les critères demeurent ceux fixés par le CGI pour l'imposition des revenus des exploitants individuels dans la catégorie des bénéfices agricoles (CGI, art. 63). Reste la particularité du groupement forestier qui juridiquement est une « [...] société civile créée en vue de la constitution, l'amélioration, l'équipement, la conservation ou la gestion d'un ou plusieurs massifs forestiers ainsi que de l'acquisition de bois et forêts » (C. forestier, art. L 331-1), et dont chacun des membres, personne physique, est personnellement passible, pour la part des bénéfices sociaux correspondant à ses droits de l'impôt sur le revenu, en principe dans la catégorie des bénéfices agricoles (selon les modalités d'évaluation forfaitaire du revenu des exploitations forestières pour les bénéfices provenant des coupes de bois) ou, pour certains revenus, dans la catégorie des revenus fonciers (CGI, art. 238 ter).

Il pourrait donc être soutenu que les bois et forêts appartenant aux groupements forestiers peuvent bénéficier de l'exclusion de l'article 965 du CGI, dès lors qu'ils sont affectés à l'activité agricole de la société qui les détient (affiliation à la MSA, revenus relevant de l'article 63 précité).

Mais la solution retenue par l'administration dans la réponse ministérielle commentée pourrait laisser penser que la règle d'exclusion ne s'appliquerait jamais à ces parts, ce qui, dans certaines hypothèses, peut être contestable.

À l'inverse, que resterait-il de l'exonération de 75% prévue à l'article 976, II du CGI, si par une application mécanique des règles fiscales et sociales susvisées, on exclut systématiquement les bois et forêts exploités par les groupements propriétaires de ces biens de l'assiette de l'IFI alors que dans certaines hypothèses l'activité du groupement s'apparente à une activité de gestion de son propre patrimoine ?

Aussi, il nous semble que la diversité de ces groupements oblige d'apprécier leur situation au cas par cas en considération des circonstances de fait (affiliation à la MSA, revenus relevant de la catégorie des revenus agricoles, emploi de salariés, etc.), lesquelles peuvent conduire :

- soit à une exclusion de ces biens de l'actif taxable du groupement ;
- soit à une exonération des parts lorsque celles-ci peuvent être qualifiées d'actifs professionnels en application de l'article 975, II du CGI ;
- soit à une exonération partielle des parts en application de l'article 976, II, du même code.

B. ZILBERSTEIN ■

53. IFI - Assiette - Déduction du passif - Commentaires administratifs de la loi de finances pour 2019 - L'administration fiscale met à jour ses commentaires IFI, notamment en ce qui concerne les modalités de déduction des dettes pour l'évaluation de la fraction imposable de titres de sociétés détenant directement ou indirectement des actifs immobiliers (prise en compte des prêts *in fine* ou sans terme). L'administration profite de cette mise

à jour pour revoir à la marge ses commentaires en matière de justification de l'absence de but principalement fiscal de certaines dettes prises en compte dans le cadre de l'évaluation des titres de société. L'essentiel de ces commentaires ayant été analysé lors du colloque « L'immobilier sociétaire à l'épreuve de l'IFI », nous vous renvoyons aux actes de celui-ci, publiés dans le présent numéro (IP 2-2019, n° 02.3, § 9, 23 et 26).

BOI-PAT-IFI-20-30, BOI-PAT-IFI-20-30-30, BOI-PAT-IFI-20-40-20, BOI-PAT-IFI-30-10-10-10, BOI-PAT-IFI-60, BOI-PAT-IFI-60-30, 2 mai 2019

ISF

54. ISF - Évaluation d'une résidence principale indivise - Époux séparés de biens - La Cour de cassation juge qu'une cour d'appel a pu valablement écarter la prise en compte de l'état d'indivision de la résidence principale d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens pour son évaluation à l'ISF en soulignant notamment qu'il était « peu probable » que l'un des époux envisage de céder sa quote-part sur ce bien (décision transposable à l'IFI).

Cass. com., 27 mars 2019, n° 18-10.933 (V. annexe 11)

55. L'évaluation des biens est un sujet délicat qui alimente un important contentieux ainsi que l'illustre l'affaire commentée, dans laquelle l'administration refuse d'appliquer à un hôtel particulier acquis conjointement en cours de mariage par des époux séparés de biens, et constituant leur résidence principale, un abattement supplémentaire pour tenir compte de l'état d'indivision de ce bien et déterminer ainsi sa valeur imposable à l'ISF.

Après avoir rappelé que la valeur vénale d'un immeuble correspond au prix qui pourrait en être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande sur un marché réel, compte tenu de la situation de fait et de droit dans laquelle l'immeuble se trouve lors du fait générateur de l'impôt, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir écarté la prise en compte de l'état d'indivision de la résidence principale desdits époux, en soulignant que ces derniers s'étaient abstenus de mentionner l'état d'indivision du bien dans leurs déclarations d'ISF et qu'il était « peu probable » que l'un d'eux envisage de céder sa quote-part sur ce bien.

Or, la Cour de cassation a déjà jugé que la situation d'indivision peut constituer un obstacle à la cession du bien susceptible d'en réduire sa valeur vénale. Elle a ainsi rappelé, en matière d'IGF⁴⁸, qu'il incombe à l'administration d'établir

⁴⁸ Cass. com., 19 juin 1990, n° 89-10.394 : Dr. fisc. 1990, n° 32, comm. 1677.

le bien-fondé de ses évaluations par le recours à des éléments de comparaison tirés de la cession de biens intrinsèquement similaires et spécialement de droits immobiliers indivis, dont la valeur propre diffère de la seule fraction de la valeur vénale totale du bien correspondant à la proportion des droits indivis. Cette solution a été confirmée sous l'empire de l'ISF⁴⁹, alors même que dans cette espèce particulière, l'administration ne disposait pas, dans la commune concernée, d'éléments de comparaison relatifs à des cessions isolées de droits indivis portant sur un immeuble.

À l'appui de leur pourvoi, les époux invoquaient **ces arguments qui ont été écartés, à notre sens, en raison vraisemblablement du fait que l'immeuble considéré constitue leur résidence principale**.

On soulignera que quel que soit le régime matrimonial, les époux ne peuvent l'un sans l'autre, à peine de nullité, disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni (C. civ., art. 215, al. 3). Ainsi, lorsque le logement de la famille est un bien propre de l'un des époux, celui-ci ne peut pas librement en disposer en vertu de cette disposition légale. Lorsque le logement de famille appartient indivisément aux époux séparés de biens, doit-on en conclure, comme l'insinue cette décision, que l'éventualité d'une cession par l'un des époux de sa quote-part indivise dudit bien est alors tellement hypothétique qu'elle ne saurait en affecter sa valeur ?

Cette décision aboutirait ainsi à faire la distinction entre la situation d'indivision non conjugale et l'indivision des époux, dont les mécanismes civils diffèrent quelque peu : dans la première situation, l'indivisaire désireux de céder sa quote-part à un tiers à l'indivision est susceptible de connaître le droit de préemption de ses coindivisaires ; à défaut de préemption, la cession intervient au profit du tiers. En revanche, dans la seconde situation, l'époux indivisaire est susceptible de s'opposer à la cession par son conjoint de sa quote-part indivise sur le fondement de l'article 215, alinéa 3, du code civil précité, l'article 815 du même code ne s'appliquant pas.

Sans que l'argument ne soit explicite, il semble bien que l'article 215, alinéa 3 soit à l'origine de la position du juge.

Nous comprenons que la Cour n'ait pas retenu le choix délibéré des époux indivisaires de se placer dans l'indivision, motif qui a déjà été jugé comme inopérant par opposition à l'indivision résultant d'une succession⁵⁰.

Est-ce à dire que les conséquences de cette décision ne seraient réservées qu'aux époux propriétaires indivis de leur résidence principale, excluant ainsi la résidence principale des partenaires soumis à un PACS, régime patrimonial qui ne connaît pas l'article 215, alinéa 3, du code civil ?

À l'instar de l'ISF, la valeur des actifs imposables à l'IFI étant déterminée selon les règles en vigueur en matière de droits de mutation par décès (CGI, art. 973, al. 1^{er}), cette décision est transposable à cet impôt.

B. ZILBERSTEIN ET S. CHUPIN ■

56. ISF - Exonération de l'outil professionnel - Marchand de biens -

La Cour de cassation écarte la présomption de commercialité s'attachant à l'activité d'une société poursuivant prétendument une activité de marchand de biens en soulignant notamment : l'inscription de quatre immeubles en immobilisation à son bilan, leur affectation à une activité locative, une activité de louage prépondérante, l'absence d'acte de marchand de biens sur ces immeubles et, pour certains, une durée de détention excluant l'intention spéculative (décision transposable à l'IFI).

Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-23.178 (V. annexe 12)

57. La problématique ISF soulevée en l'espèce est celle de savoir si la société, au titre de laquelle son principal actionnaire revendique l'exonération de ses titres en tant que biens professionnels, exerçait au titre des années contrôlées une activité commerciale de marchand de biens, ou si elle a uniquement géré un patrimoine immobilier.

L'administration estime que les actions de l'intéressé ne peuvent pas être considérées comme des biens professionnels, dès lors que la société exerce une activité de gestion de son propre patrimoine et non de marchand de biens. Les titres d'une société ayant une telle activité sont en effet exclus de l'exonération en application de l'ancien article 885 O quater du CGI. Le redevable est alors redressé au titre de l'ISF pour les années 1999 à 2001. En première instance, il avait obtenu l'annulation du redressement devant le TGI de Bobigny.

Interjetant appel de cette décision, l'administration soutient que le jugement repose sur des erreurs de faits concernant l'acquisition des immeubles en qualité de marchand de biens, et ne tient pas compte de la réalité de l'exercice par la société de deux activités distinctes de nature civile (gestion de patrimoine) pour l'une, et de nature commerciale (achat-revente) pour l'autre. Elle estime que l'activité commerciale de la société n'était pas maintenue pour la période litigieuse, l'activité prépondérante de celle-ci, à cette époque, étant la gestion patrimoniale « *puisque elle se contentait de liquider son stock* »⁵¹.

En appel, le redevable souligne que la position de l'administration est contraire à ce qu'elle a soutenu dans le cadre d'un précédent contentieux en matière d'IS et de TVA portant sur les mêmes immeubles, la société étant expressément qualifiée de marchand de biens, et relève que toute transaction immobilière effectuée par un professionnel du commerce des biens est présumée être faite dans le cadre de son activité commerciale.

La Cour d'appel retient les arguments de l'administration et considère que l'activité prépondérante de la société pour les années redressées a une nature civile, non exclusive d'une activité effective mais peu importante de marchand de biens. Sur les années contrôlées, l'activité locative de la société représentait respectivement 89,10%, 98,57% et 92,13% de son chiffre d'affaires.

49 Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-23.301 ; Dr. fisc. 2016, n° 11, comm. 222 ; Dr. fisc. 2017, n° 17, comm. 275, note S. Quilici.

50 Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-17.821, Ferrière.

51 CA Paris, 15 mai 2017, n° 14-07388.

58. Dans la décision commentée, la **Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir écarté la présomption de commercialité s'attachant à l'activité de la société**, après avoir relevé que celle-ci avait accompli, au cours de la période contrôlée, certains actes procédant de son activité de marchand de biens, et constaté qu'elle détient quatre immeubles acquis, le dernier hors régime marchand de biens, qu'elle n'a accompli aucun acte de marchand de biens sur ces immeubles qui sont affectés à une activité locative, que l'intention spéculative qui a présidé à l'achat des premiers ne peut plus être invoquée en l'absence de revente après un aussi long délai, et que son activité de louage a été prépondérante.

59. La qualité de marchand de biens est reconnue aux personnes morales qui, indépendamment de leur forme juridique, réalisent des opérations immobilières présentant un caractère habituel et volontaire (CGI, art. 35, I, 1°). Le caractère habituel de ces opérations et l'intention de revendre sont, le plus souvent, révélés par la définition de l'objet social donnée par les statuts.

La doctrine administrative précise que lorsque les statuts de la société prévoient la réalisation d'opérations d'achat-revente, le caractère habituel et l'intention spéculative peuvent être présumés, et c'est seulement lorsque l'activité réelle de la société ne correspond pas aux statuts que la présomption résultant de ces derniers doit être écartée⁵². En jurisprudence, il a été reproché à des juges d'appel d'avoir confirmé l'imposition des profits réalisés à l'occasion de la vente d'un ensemble immobilier dans la catégorie des BIC en application de l'article 35, I, 1° au motif que l'opération avait été réalisée conformément à l'objet de la société dont l'activité était celle de marchands de biens, sans rechercher si la condition d'habitude à laquelle est en outre subordonnée l'application de ce dispositif était remplie⁵³.

Cette décision rappelle que **ce qui détermine l'activité d'une société indépendamment des stipulations de l'objet social, c'est son activité réelle et effective**.

Dès lors que l'activité réelle de la société n'est pas une activité de marchand de biens mais une activité civile de gestion de son patrimoine, les titres détenus par son principal actionnaire ne sont pas éligibles à l'exonération des biens professionnels de l'article 885 O bis du CGI.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision est à notre sens transposable à l'IFI, qu'il s'agisse des règles d'exclusion introduites pour cet impôt ou des règles d'exonération prévues à l'article 975, II à VI du CGI. En effet, les règles d'exclusion et d'exonération s'appliquent

sous certaines conditions lorsque le bien est affecté à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Les activités commerciales s'entendent en principe de celles mentionnées à l'article 966 du CGI qui renvoient aux activités commerciales définies aux articles 34 et 35 du CGI (CGI, art. 975, V). Il s'agit notamment des activités de marchand de biens⁵⁴.

L'article 966 précité prévoit toutefois que, par exception aux articles 34 et 35 du CGI, n'est jamais considérée comme une activité commerciale l'exercice par une société ou un organisme d'une activité de gestion de son propre patrimoine immobilier, à l'exception de l'activité des sociétés holdings animatrices de leur groupe.

En l'espèce, la Cour ayant écarté la présomption de commercialité s'attachant à l'activité de la société, celle-ci est donc qualifiée d'activité civile.

Dans ces conditions, au regard de l'IFI, les biens et droits immobiliers détenus par cette société seraient pris en compte pour déterminer la fraction imposable de la valeur des titres sociaux, l'article 965, 2°, a du CGI n'étant pas applicable. De même, les titres du redevable ne pourraient pas bénéficier de l'exonération d'IFI prévue à l'article 975, III précité.

B. ZILBERSTEIN ■

60. ISF - Déduction du passif - Prêt familial - Constitution - La déduction d'une dette familiale de l'assiette ISF du débiteur était conditionnée par un formalisme plus rigoureux (prêt authentique ou sous seing privé enregistré) qu'en cas de prêt non familial, duquel dépendait la possibilité de prouver qu'elles n'étaient pas fictives, et cela indépendamment de l'assujettissement à l'ISF de la créance corrélative du chef du prêteur. Le Conseil constitutionnel juge que cette différence de traitement poursuivait l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en ce qu'elle permettait un contrôle de la sincérité de dettes dans des situations où le risque de minoration de l'assiette de l'ISF était plus élevé.

CC, 17 mai. 2019, n° 2019-782 QPC, Elise D. (V. annexe 13)

61. Dans ce contentieux ISF, nous soulignerons que le Conseil constitutionnel avait déjà été saisi par la Cour de cassation d'une QPC portant sur les dispositions du 2° de l'article 773 du CGI, rendues applicables à l'ISF par l'article 885 D du même code, et qui institueraient selon la redevable une différence de traitement injustifiée entre les redevables de cet impôt. Considérant dans sa décision du 1^{er} décembre 2017⁵⁵ que « *cette différence ne [résultait] pas du 2° de l'article 773 du (CGI), relatif aux droits de mutation à titre gratuit pour cause de décès, mais de l'article 885 D du même code, selon lequel*

52 CE, 16 janv. 1931, 17 mars 1951 et 30 avr. 1954 citées au BOI-BIC-CHAMP-20-10-10, 4 janv. 2017, § 90. - CE, 21 juill. 1972, n° 78793 : jugé que la société qui s'est livrée non pas à l'activité prévue par ses statuts, mais à l'opération consistant à acquérir, en l'état futur d'achèvement, et en contrepartie de la cession d'une partie du terrain en cause audit associé, des logements destinés à la location, doit être regardée comme ayant exercé l'activité de bailleur de locaux d'habitation, laquelle a un caractère civil. Cette cession n'entre pas dans le champ du 1° du I de l'article 35 du CGI ancien. - BOI-BIC-CHAMP-20-10-20-40, 12 sept. 2012.

53 CE, sect., 20 nov. 1992, n° 114667, Joseph : RJF 1/93, n° 139.

54 BOI-PAT-IFI-20-20-20-30, 8 juin 2018, § 20.

55 CC. 1^{er} déc. 2017 QPC, n° 2017-676 QPC

l'impôt de solidarité sur la fortune est assis selon les mêmes règles que ces droits de mutation », le Conseil déclara ces dispositions conformes à la Constitution.

D'où la seconde saisine du Conseil par la Cour de cassation⁵⁶, cette fois sur la conformité de l'article 885 D du CGI aux droits et libertés que la Constitution garantit.

L'article 885 D précité, dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 1989, disposait en effet : « *L'impôt de solidarité sur la fortune est assis et les bases d'imposition déclarées selon les mêmes règles et sous les mêmes sanctions que les droits de mutation [...]* », notamment celle de l'article 773, 2° qui conditionne la déductibilité d'une dette familiale à un formalisme plus rigoureux (prêt authentique ou sous seing privé enregistré), qu'en cas de prêt non familial.

Or, la redevable avait souscrit deux emprunts auprès de ses parents sans respecter ce formalisme et les avait déduits de son patrimoine taxable à l'ISF au titre des années 2008 à 2011, déductions remises en cause par l'administration, faute pour ces dettes d'avoir été consenties par acte sous seing privé ayant date certaine ou par acte authentique.

L'intéressée soutenait que l'article 885 D du CGI en ce qu'il rendait applicable à l'ISF le 2° de l'article 773 du même code contrevenait aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques respectivement garantis par les articles 6 et 13 de la DDHC de 1789, et relevait une méconnaissance du droit de propriété.

Il est indiqué dans le commentaire de cette décision que dès lors que l'article 885 D précité opère un renvoi général aux règles et sanctions applicables aux droits de mutation par décès, « *il n'était [...] pas possible pour le Conseil constitutionnel de circonscrire le champ de la QPC en limitant, au sein de cet article 885 D qui lui était renvoyé, la référence à la disposition effectivement contestée.*

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence pour tenir compte de cette manière d'écrire la loi par renvoi à d'autres dispositions. Il a ainsi identifié, au sein de l'article 885 D du CGI, le renvoi particulier dont la constitutionnalité était contestée. Compte tenu des griefs invoqués, il a donc jugé que la QPC portait sur "le renvoi opéré par l'article 885 D du code général des impôts au 2° de l'article 773 du même code" (paragr. 7) »⁵⁷.

Il résulte de ce renvoi que les dettes contractées par le redevable de l'ISF à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées ne peuvent pas être déduites de l'assiette de cet impôt, sauf si la dette a fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé ayant date certaine avant la date du fait générateur de l'impôt.

Dans un premier temps, le Conseil conclut que la différence de traitement entre les redevables selon que la dette a été contractée auprès d'un membre de sa famille ou auprès

d'un tiers reposait sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec l'objet de la loi.

Il souligne en effet que « *le législateur a entendu permettre le contrôle de la sincérité de ces dettes et ainsi réduire les risques de minoration de [l'ISF] qu'il a jugés plus élevés dans le premier cas compte tenu des liens unissant une personne et ses héritiers* ». Le législateur a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

Dans un second temps, le Conseil précise que ces dispositions n'interdisaient pas à l'emprunteur de prouver l'existence et la sincérité de la dette contractée auprès d'un héritier ou d'une personne interposée, mais seulement exigeaient « *à cette fin qu'elle ait fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé ayant date certaine* ».

Il relève enfin que dans l'hypothèse où une dette, regardée comme non déductible, serait imposée à l'ISF à la fois dans le patrimoine du prêteur et de l'emprunteur, les dispositions contestées n'avaient pas pour effet d'imposer deux fois une même personne sur un même patrimoine.

Il s'ensuit que le Conseil a conclu à la conformité à la Constitution du renvoi opéré par l'article 885 D du CGI au 2° de l'article 773 du même code.

À la différence de l'ISF, l'IFI a ses propres règles de détermination du passif déductible. C'est l'article 974 du CGI qui définit les dettes admises, en totalité ou en partie, en déduction de l'actif imposable. Cette disposition précise notamment la nature des dettes déductibles, les modalités particulières d'imputation applicables à certaines d'entre elles et les exclusions de principe. Ainsi, si le législateur a abandonné la référence aux règles successorales pour la détermination du passif déductible en matière d'IFI, il « *a maintenu en vigueur un dispositif destiné à prévenir les risques de fraude du fait d'une collusion familiale* » comme le souligne le commentaire de cette décision. Des règles anti-abus sont également applicables à certaines dettes sociales présumées créées à des fins d'optimisation fiscale en raison notamment de la personne du prêteur (CGI, art. 973, II).

B. ZILBERSTEIN ■

62. ISF - Passif déductible - Dette litigieuse devenue certaine - Rétroactivité - La Cour de cassation casse un arrêt d'appel ayant refusé la déduction d'une dette litigieuse, par son débiteur, pour le calcul de son ISF pour les années antérieures à la date à laquelle la dette est devenue certaine dans son principe. Selon le juge du droit, en matière d'ISF, « *une dette, incertaine du fait d'une contestation, est rétroactivement déductible pour le montant ultérieurement arrêté par la décision mettant fin à la contestation* ».

Cass. com., 13 mars. 2019, n° 17-13.305 (V. annexe 14)

63. À l'occasion d'un litige entre associés concernant la répartition des bénéfices sociaux pour les années 1988 à 1994, une procédure a été engagée, rendant incertaine la dette du débiteur jusqu'en 2006, date du rejet du pourvoi formé contre la décision le condamnant. Au titre de l'ISF 2007 à 2011 (année

⁵⁶ Cass. com., 20 févr. 2019, n° 301.

⁵⁷ Le commentaire de la décision indique que « cette évolution permet au Conseil de répondre précisément à la question qui lui est posée sans statuer sur la constitutionnalité des renvois opérés par l'article 885 D à d'autres dispositions qui n'étaient pas contestées en l'espèce et qui pourraient, le cas échéant, faire l'objet d'autres QPC.

Cette solution ne constitue en revanche pas un revirement de jurisprudence quant au refus du Conseil constitutionnel de contrôler une combinaison de dispositions législatives [...] ».

de son décès), l'intéressé a déclaré son estimation du montant de la dette pouvant être mise à sa charge. À son décès, son épouse a poursuivi l'instance. Un jugement de 2012 a fixé le montant des sommes dues par la veuve qui, par deux réclamations contentieuses, a demandé que ces sommes soient prises en compte pour le calcul de l'ISF pour les années 1989 à 2011. L'administration a fait droit à sa demande uniquement pour l'ISF 2007 à 2011. Déboutée en première instance puis en appel, elle a formé un pourvoi en cassation.

Dans cette décision publiée au bulletin, la Cour de cassation rappelle que pour être déductible de l'assiette de l'ISF, une dette doit être certaine au jour du fait générateur de l'impôt, soit au 1^{er} janvier de l'année d'imposition⁵⁸, et qu'une dette, incertaine du fait d'une contestation, est rétroactivement déductible pour le montant ultérieurement arrêté par la décision mettant fin à la contestation⁵⁹.

Est ainsi cassé et annulé l'arrêt d'appel ayant refusé la déduction de la dette litigieuse, par son débiteur, pour le calcul de son ISF pour les années antérieures à la date à laquelle la dette est devenue certaine dans son principe, alors que cette dette était devenue certaine pour les années antérieures à la décision de 2006, selon les montants fixés par le jugement de 2012. L'affaire est renvoyée devant la même cour autrement composée.

64. Cette solution n'est pas nouvelle et nous remarquons que dans les affaires précédemment jugées en 1998, 2006 et 2008, la Cour de cassation conclut de la même manière à la cassation de l'arrêt d'appel.

Doit-on y voir une résistance des juges du fond à appliquer cette solution qu'ils ne maîtrisent peut-être pas ?

Doit-on comprendre que cette dette est déductible du patrimoine taxable à l'ISF de la redevable pour les années 1989 à 2006⁶⁰, à condition que cette dernière dépose sa réclamation au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la décision modifiant rétroactivement l'assiette de l'ISF (LPF, art. R.* 196-1), c'est-à-dire au plus tard le 31 décembre 2021 ?

La portée pratique de cette décision mérite d'être précisée.

Nous relevons enfin que **le principe de la solution est transposable à l'IFI**, mais comme les dettes admises en passif sont limitées en matière d'IFI aux seules dettes afférentes à des actifs imposables, c'est-à-dire aux biens et droits immobiliers et aux parts et actions représentatives de ceux-ci, **l'impact de cette décision doit être relativisé**. La dette litigieuse entre associés ne constituerait pas par exemple un passif déductible au regard de l'IFI.

B. ZILBERSTEIN ■

58 Cass. com., 13 janv. 1998, n° 96-10.352, Picoty, à propos d'une dette fiscale jugée non déductible de l'ISF aussi longtemps qu'elle reste litigieuse.

59 Cass. com., 14 nov. 2006, n° 04-16.419 : à propos d'une dette non fiscale, il a été jugé que seule la transaction qui avait réduit la dette, avait mis fin à la contestation, rendant cette dette rétroactivement certaine dans le montant qu'elle avait ainsi fixé. - Cass. com. 4 nov. 2008, n° 07-19.800 : à propos d'une dette non fiscale, il a été jugé qu'une dette, incertaine du fait d'une contestation, reste cependant déductible pour le montant ultérieurement arrêté par la décision mettant fin à la contestation, c'est-à-dire à la date de signature du protocole d'accord.

60 Pour les années 2007 à 2011, la déductibilité de cette dette était admise.

65. ISF - Plafonnement - Plus-value immobilière réalisée par une SCI translucide - La Cour de cassation juge que la non-distribution par une SCI translucide de bénéfices réalisés n'empêche pas leur prise en compte par les associés personnes physiques dans le calcul du plafonnement de l'ISF, sans que ce mécanisme, qui prévoit la prise en compte corrélatrice de l'impôt afférent au revenu réalisé, porte une atteinte disproportionnée au droit de propriété garanti par l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH (solution transposable à l'IFI).

Cass. com., 28 mars 2019, n° 17-23.671 (V. annexe 15)

66. Il était demandé à la Cour de cassation si la plus-value immobilière réalisée par une SCI relevant du régime des sociétés de personnes soumise à l'IR doit être prise en compte dans le calcul du plafonnement de l'ISF de l'associé à hauteur de sa participation dans le capital social de cette société.

Nous comprenons des faits succinctement rappelés dans la décision que l'associée d'une SCI, redevable de l'ISF au titre de 2008, n'avait pas pris en compte pour le calcul du plafonnement de cet impôt, la plus-value immobilière réalisée en 2007 par cette société, ultérieurement mise en réserve suivant décision des associés. L'administration lui avait notifié une proposition de rectification, estimant qu'à proportion de sa participation et de celle de ses enfants mineurs dans la société, la plus-value 2007 entrait dans le calcul du plafonnement, ce qui avait pour conséquence de la priver du bénéfice du plafonnement. Déboutés en première instance puis en appel, les époux requérants ont formé un pourvoi en cassation qui a été rejeté.

67. La Cour de cassation devait examiner un **premier argument tiré de la violation de l'article 885 V bis du CGI, dans sa rédaction applicable au litige, et des articles 1842 et 1852 du code civil**. Les requérants rappelaient que quel que soit le régime fiscal de la société, les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant que l'organe social compétent n'ait constaté l'existence de sommes distribuables et déterminé la part attribuée à chaque associé. Ils reprochaient donc aux juges d'appel d'avoir intégré dans les revenus à prendre en compte pour le calcul du plafonnement, la plus-value immobilière 2007 réalisée par la SCI, dont le résultat avait été mis en réserve, alors qu'elle constituait un revenu latent non-perçu, au seul motif que la société n'ayant pas opté pour l'imposition à l'IS, son résultat bénéficiaire était directement imposé à l'IR entre les mains de ses associés à proportion de leur part dans le capital social indépendamment de la distribution d'un dividende à ces derniers.

Après avoir rappelé, d'une part, que le mécanisme de plafonnement de l'ISF repose sur la détermination du total des revenus nets réalisés par le contribuable au cours de l'année précédant celle de l'imposition ; d'autre part, que le résultat bénéficiaire d'une société de personnes (CGI, art. 8) est directement imposé entre les mains de ses associés à proportion de leur part dans le capital social, indépendamment de la distribution d'un dividende à ces derniers, la Cour écarte l'argument du contribuable.

Elle affirme que les **revenus nets du contribuable entrant**

dans le calcul du plafonnement de l'ISF s'entendent des revenus réalisés et non nécessairement perçus par le contribuable et qu'il est indifférent que les bénéfices réalisés par la société n'aient pas été distribués, ce qui a pour conséquence d'inclure dans la détermination du plafonnement de l'ISF la plus-value immobilière réalisée par une SCI, tout comme l'imposition correspondante à raison des parts sociales détenues par le contribuable.

Cette **solution est surprenante au regard du mécanisme du plafonnement et en totale opposition avec les décisions du Conseil constitutionnel** qui exigent que soient prises en compte les facultés contributives du contribuable pour déterminer les revenus à intégrer dans le calcul du plafonnement de l'ISF ; ces revenus s'entendant des seuls revenus réalisés ou disponibles, et non des revenus « potentiels » ou « latents »⁶¹. Le Conseil a, à plusieurs reprises, déclaré contraire à la Constitution la prise en compte de sommes ne correspondant pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année⁶².

On a le sentiment, à la lecture de cet arrêt, que la Cour est guidée davantage par des considérations d'ordre économique et fiscal que par des principes juridiques qu'elle écarte totalement, dans une logique de symétrie entre les revenus pris en compte au dénominateur du calcul du plafonnement et l'impôt figurant au numérateur de ce rapport.

En effet, en retenant, au titre des revenus entrant dans le calcul du plafonnement, « *des revenus réalisés et non nécessairement perçus par le contribuable* », et en précisant « *qu'il est indifférent que les bénéfices réalisés par la société n'aient pas été distribués* », la Cour, d'une part, nie l'existence de la personnalité morale de la société ainsi que le relèvent les requérants ; d'autre part, ne tient pas compte de sa jurisprudence, plusieurs fois réaffirmée, selon laquelle les dividendes n'acquiescent d'existence juridique qu'à compter de l'assemblée qui décide de leur mise en distribution⁶³.

Nous comprenons que **pour tendre à la solution recherchée de « symétrie » entre les impôts et les revenus à retenir dans le calcul du plafonnement, la Cour s'éloigne des principes juridiques qui s'opposeraient au résultat attendu** et fonde sa solution sur le régime fiscal des sociétés de personnes qui impose directement le résultat bénéficiaire de la société entre les mains de ses associés à proportion de leur part dans le capital social, indépendamment de la distribution d'un dividende à ces derniers.

Or, d'un point de vue juridique, il est inexact de considérer que la quote-part de plus-value réalisée par une société de personnes constitue un revenu réalisé par l'associé à proportion de sa participation dans le capital, au seul prétexte que dans le régime fiscal des sociétés de personnes les associés sont imposables à raison des résultats réalisés par la société même s'ils ne les ont pas appréhendés. Ce raisonnement est erroné et contraire à la logique du mécanisme du plafonnement de l'ISF, puisque cela aboutit à retenir comme revenu dans le

calcul du plafonnement, une somme dont l'associé n'a pas disposé et qui ne peut donc pas participer à la détermination de sa capacité contributive⁶⁴.

68. Enfin, les époux requérants reprochaient aux juges d'appel de les avoir privés du bénéfice du plafonnement en retenant un revenu seulement latent qu'ils n'avaient pas perçu et qu'ils n'avaient pas la certitude de percevoir dans le futur, ce qui constituait une **atteinte disproportionnée à leur droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 à la Convention EDH**.

Sans plus amples développements, la Cour qui devait examiner ce second argument l'a écarté, ne voyant pas dans le mécanisme du plafonnement de l'ISF, qui prévoit la prise en compte corrélatrice de l'impôt afférent au revenu réalisé, une telle atteinte.

69. Bien que juridiquement critiquable, **cette décision est transposable à l'IFI qui prévoit un mécanisme de plafonnement** (CGI, art. 979) se rapprochant de l'ancien dispositif ISF. On peut donc imaginer que l'administration n'hésitera pas, en pareille circonstance, à redresser le redevable qui n'aurait pas pris en compte une telle plus-value dans le calcul de son plafonnement IFI. En cas de contentieux, la voie de la QPC pourrait alors être explorée, et l'attention du Conseil appelée sur le risque que soient prises en compte dans le calcul du plafonnement des sommes dont l'associé n'a pas disposé, au mépris de ses facultés contributives.

B. ZILBERSTEIN ■

70. À NOTER

> ISF - Réduction « ISF-PME » - Sociétés constituées de façon prépondérante de biens précieux ou d'alcools - Le Conseil d'État refuse de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC dirigée contre le I de l'article 885-0 V bis (réduction « ISF-PME ») en tant qu'il exclut de son bénéfice les investissements dans une société constituée de façon prépondérante de métaux précieux, d'œuvres d'art, d'objets de collection, d'antiquités, de chevaux de course ou de concours ou, sauf si l'objet même de son activité consiste en leur consommation ou en leur vente au détail, de vins ou d'alcools. Le Conseil valide la distinction opérée entre les entreprises qui ont pour activité la consommation et la vente au détail d'alcools et les autres entreprises. Il juge par ailleurs inopérante l'invocation d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, vue du point de vue des entreprises bénéficiaires des investissements (qui ne sont pas les contribuables).

Enfin, le Conseil annule les commentaires administratifs⁶⁵ relatifs aux modalités d'appréciation du caractère prépondérant des actifs en question.

CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2019, n° 424953, Dulac et Legaret (V. annexe 16)

61 CC, 15 janv. 2019, n° 2018-755 QPC : IP 1-2019, n° 2, § 60.

62 CC, 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, consid. 95.

63 Jurisprudence citée in S. Quilici, ISF et caractère confiscatoire : choix de gestion n'est pas raison ! : Dr. fisc. 2009, n° 38, comm. 472.

64 Rapp. S. Quilici, ISF et caractère confiscatoire : choix de gestion n'est pas raison !, préc.

65 BOI-PAT-ISF-40-30-10-20, § 200, dans ses versions successives des 12 sept. 2012, 5 juin 2014, 10 avr. 2015, 6 juill. 2016 et 2 nov. 2016.

> ISF - Réduction « ISF-PME » - Absence de distinction entre les phases d'amorçage, de démarrage et d'expansion

- Le Conseil d'État rejette un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une instruction fiscale interprétant la réduction « ISF-PME » de l'article 885-0 V bis du CGI, qui traite de la phase de « démarrage » de l'entreprise, définie par renvoi aux lignes directrices de la Commission européenne concernant les aides d'État. Le Conseil relève que, contrairement à ce qui est soutenu, les textes ne font aucune distinction entre les phases d'amorçage, de démarrage et d'expansion, qui sont traitées de manière identique au regard du dispositif.

CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2019, n° 426269, Fourquemin (V. annexe 17)

> ISF - Réduction « ISF-PME » - Illégalité de l'exclusion de l'activité de courtage

- Le Conseil d'État juge que pour l'application de la réduction d'IR ou d'ISF en cas de souscription au capital d'une PME (art. 199 terdecies-O A du CGI et art. 885-0 V bis du CGI), une activité de courtage en assurance, qui est une activité commerciale, n'a pas la nature d'une « activité financière » exclue du bénéfice des dispositifs.

CE, 8^e et 3^e ch., 9 mai 2019, n° 428692, Cohen (V. annexe 18)

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 162 : JO 23 mai 2019, texte n° 2

Annexe 2 : TA Cergy-Pontoise, 2^e ch., 13 mars 2019, n° 1308454, Roquemaurel

Annexe 3 : L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 89, 90, 91, 92 : JO 23 mai 2019, texte n° 2

Annexe 4 : RM Leleux n° 2843 : JO Sénat 23 mai 2019, p. 2572

Annexe 5 : CADF, 15 nov. 2018, aff. n° 2018-16 et 2018-17

Annexe 6 : L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 71, V et 72 : JO 23 mai 2019, texte n° 2

Annexe 7 : Cass. civ. 2^e, 18 avr. 2019, n° 18-11.049

Annexe 8 : Cass. civ. 2^e, 28 mars 2019, n° 18-15.612

Annexe 9 : RM Malhuret, n° 00260 : JO Sénat 30 mai 2019, p. 2859

Annexe 10 : RM Simian, n° 7982 : JOAN 21 mai 2019, p. 4699

Annexe 11 : Cass. com., 27 mars 2019, n° 18-10.933

Annexe 12 : Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-23.178

Annexe 13 : CC, 17 mai 2019, n° 2019-782 QPC

Annexe 14 : Cass. com., 13 mars 2019, n° 17-13.305

Annexe 15 : Cass. com., 28 mars 2019, n° 17-23.671

Annexe 16 : CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2019, n° 424953, Dulac et Legaret

Annexe 17 : CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2019, n° 426269, Fourquemin

Annexe 18 : CE, 8^e et 3^e ch., 9 mai 2019, n° 428692, Cohen