

PATRIMOINE

Chronique d'actualité



Eric CHARTIER
Avocat associé,
Altitude Avocats



Pierre DEDIEU
Avocat associé
CMS Francis Lefebvre
Avocats



Ariane PÉRIN-DUREAU
Professeur à l'Université
de Strasbourg

Revenus du patrimoine

> **Impôt sur le revenu** - Le Conseil d'État tire les conséquences de l'arrêt rendu par la CJUE le 18 septembre 2019 qui a censuré la législation française n'accordant pas le bénéfice des abattements pour durée de détention aux plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013, et transmet au Conseil constitutionnel la QPC dont il a été saisi sur ce sujet (V. § 1).

Immobilier

> **Revenus fonciers** - Infirmant un arrêt de la CAA de Lyon, le Conseil d'État refuse l'imputabilité des déficits

fonciers afférents à un immeuble situé dans un autre État dès lors que la convention fiscale internationale conclue entre la France et l'État de situation de l'immeuble attribue le droit d'imposer les revenus de l'immeuble à ce dernier État exclusivement (V. § 9).

Trusts et institutions comparables

> La Cour de cassation juge que les versements reçus par un résident de France d'un trust canadien irrévocable *inter vivos* dont le constituant est inconnu, doivent être qualifiés de donation indirecte et taxés comme tels, au taux de 60% (régime antérieur à 2011) (V. § 16).

Revenus du patrimoine

Impôt sur le revenu

1. Plus-values sur titres - Report d'imposition - Abattements pour durée de détention - Constitution- Le Conseil d'État tire les conséquences de l'arrêt rendu par la CJUE le 18 septembre 2019 qui a censuré la législation française n'accordant pas le bénéfice des abattements pour durée de détention aux plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013, et transmet au Conseil constitutionnel la QPC dont il a été saisi sur ce sujet.

CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 423044, Galbert Defforey et CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 423118, Simoncini, concl. K. Ciavaldini (V. annexe 1)

2. Il n'est pas inintéressant de revenir sur les aspects procéduraux de cette affaire avant d'en évoquer la portée.

♦ Sur les aspects procéduraux

3. Selon une technique désormais bien rodée, les requérants ont introduit un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des commentaires administratifs confirmant que les plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013 ne pouvaient pas bénéficier des abattements pour durée de détention institués à compter de cette date.

Ils soutenaient qu'un tel régime d'imposition était contraire à la directive « fusions » (n° 2009/133/CE) qui prévoit, en son article 8.6, que les plus-values doivent être imposées « *de la même manière* » selon que l'échange est, ou non, intervenu. Dès lors, les requérants ont soutenu que ce sont les règles applicables à la date de la cession, et non pas celles en vigueur au moment de l'apport, qui doivent s'appliquer : si, entre-temps, ces règles ont changé et prévoient des abattements pour durée

de détention, de tels abattements doivent donc bénéficier aux plus-values en report.

Ils en concluaient que, pour les opérations entrant dans le champ de la directive (échange de titres entre deux sociétés de l'UE), l'abattement pour durée de détention était nécessairement applicable, ce qui n'est pas le cas des opérations purement internes, ce dont il résulte une **discrimination « à rebours »** contraire au principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt¹.

Un tel raisonnement doit, nécessairement, s'appuyer sur une demande de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), visant à saisir le Conseil constitutionnel de cette problématique de discrimination, le juge fiscal n'étant pas directement compétent pour statuer sur la conformité d'une norme législative à la Constitution.

4. Étonnamment, les contribuables avaient cru pouvoir se dispenser de produire une telle QPC et solliciter une censure directe de la loi au visa des principes constitutionnels, ce que le Conseil d'État n'a pas manqué de leur rappeler dans un premier temps en rejetant leur requête².

Se ressaisissant rapidement, les contribuables concernés ont à nouveau saisi le Conseil d'État en prenant soin de joindre à leur requête une question prioritaire de constitutionnalité.

Pour examiner les suites à donner à une telle demande, il fallait à titre préalable valider la thèse des requérants, selon laquelle la directive s'oppose bien à ce qu'une plus-value placée en report soit taxée dans des conditions différentes de celles applicables en l'absence d'échange. Or, il n'existait aucune décision susceptible d'apporter des éclaircissements en la matière.

Dans la lignée d'une jurisprudence désormais établie³, le Conseil d'État a donc à titre préalable saisi la CJUE d'une question préjudicielle⁴, qui a donné la décision que l'on connaît⁵.

Sur un plan procédural, il faut rappeler que ce faisant, le Conseil d'État avait dû **rejeter** la demande de QPC présentée initialement par les requérants, obligeant donc ces derniers à **introduire de nouveau** une telle demande. Celle-ci se fonde sur la décision rendue par la CJUE qui, constituant un événement nouveau, autorise les magistrats à revenir sur leur première décision de rejet, en dépit de l'autorité de la chose jugée dont elle est investie.

C'est ainsi que, par les deux décisions commentées, le Conseil d'État a finalement accepté de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

5. Cette transmission n'a pas été empêchée par la circonstance que le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé, en 2016, sur la conformité à la Constitution de l'absence de

prise en compte des abattements pour durée de détention aux plus-values placées en report d'imposition⁶.

Le rapporteur public, Mme Ciavaldini a relevé sur ce point que « *formellement* », le Conseil avait été saisi en 2016 d'autres dispositions que celles dont il est à nouveau saisi, et que « *en tout état de cause, l'arrêt de la CJUE du 18 septembre 2019 constitue sans aucun doute un changement des circonstances, au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958* ».

Il sera tout de même intéressant de voir la motivation que retiendra le Conseil constitutionnel sur ce point, qui pourra constituer un précédent sur une problématique aussi particulière mais qui pourrait être amenée à se réitérer.

♦ Sur la portée des principes dégagés dans cette affaire

6. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que les conclusions rendues par la CJUE dans son arrêt du 18 septembre 2019 sont d'application immédiate dans un contexte transfrontalier⁷.

Mme Ciavaldini le confirme avec force et clarté dans ses conclusions (reproduites en annexe) sous les deux affaires commentées :

« *Pour les opérations entrant dans le champ matériel et territorial de la directive Fusions, il convient donc d'appliquer ces règles dégagées par la CJUE, qui mettent à mal le régime français du report d'imposition*. »⁸.

Dans ce contexte, le régime d'imposition des plus-values en report d'imposition tel qu'on le connaît aujourd'hui est **déjà condamné**, sans même attendre la décision que rendra le Conseil constitutionnel (et que l'on imagine difficilement ne pas censurer à son tour la réglementation française au nom du principe d'égalité devant l'impôt).

Pour autant, les pouvoirs publics n'ont pas cru utile d'en tirer de façon immédiate les conséquences, que ce soit au plan législatif (alors que l'article 150-0 B ter du CGI a été modifié sur d'autres points dans la loi de finances pour 2020) ou même administratif (le BOFiP commentant l'article 150-0 B ter du CGI a été mis à jour au 20 décembre 2019, sans dire un mot de la décision rendue par la CJUE). On regrettera cette position conservatrice qui laisse subsister dans le droit positif des dispositions qui n'ont plus lieu de s'appliquer.

Sur la base des principes posés par la CJUE, une plus-value en report est donc taxable selon les seules règles d'assiette et de taux en vigueur à la date de cession des titres (de la même façon qu'une simple plus-value en sursis), et donc, notamment, il y aurait lieu d'établir clairement que les plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013 sont éligibles à l'ensemble des dispositifs en vigueur l'année de la cession, tels que :

- les abattements pour durée de détention ;
- ou bien l'abattement fixe en cas de départ à la retraite ;
- ou bien, encore, le taux réduit du prélèvement forfaitaire unique (PFU, ou « *flat tax* »).

1 Raisonnement tiré de la désormais célèbre décision « Métro Holding » (Cons Constit. 3 février 2016, n° 2015-520 QPC).

2 CE, 11 juill. 2018, n° 403672, Galbert Defforey et 396413, Simoncini.

3 V. not. CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, Jacob : RJF 8-9/16 n° 761.

4 CE, 12 oct. 2018, n° 423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini : FI 1-2019, n° 8, § 1, comm. J. Bellet et E. Ginter.

5 CJUE, 18 sept. 2019, C-662/18 et C-672/18, AQ et DN : FI 4-2019, n° 8, § 1, comm. E Chartier.

6 CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC.

7 V. notre commentaire in FI 4-2019, n° 8, § 1

8 Souligné par nos soins.

7. Les contribuables qui seraient en mesure de se prévaloir de l'arrêt de la CJUE, c'est-à-dire ceux qui auraient procédé à un échange de titres entre deux sociétés membres de l'UE, et qui auraient cédé les titres reçus en échange pourraient dès à présent introduire une réclamation contentieuse, portant sur les plus-values réalisées au titre des années 2017 et 2018 (les années antérieures étant en revanche prescrites).

Pour les autres (notamment ceux qui auraient réalisé un apport entre deux sociétés françaises), dont les droits ne résulteraient que de la future décision du Conseil constitutionnel, l'introduction d'une telle réclamation par anticipation serait également avisée. Rappelons en effet qu'en règle générale le Conseil constitutionnel limite l'application de ses décisions aux « *contentieux en cours* ».

E. CHARTIER ■

8. À NOTER

> **Fiscalité du capital - Réforme - Premières évaluations d'impact** - Deux institutions publient les premiers rapports d'évaluation de la réforme instaurant le PFU sur les revenus de l'épargne et remplaçant l'ISF par l'IFI.

France Stratégie, communiqué, 1^{er} oct. 2019

IPP, actualité, 11 oct. 2019

En décembre 2017, une réforme de la fiscalité du capital a été adoptée, instaurant un prélèvement forfaitaire unique (PFU) sur les revenus de l'épargne et remplaçant l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) par un impôt recentré sur la fortune immobilière (IFI).

À la suite de cette réforme, un comité d'évaluation, piloté par France Stratégie, a été installé en décembre 2018. Il publie un rapport constituant une première exploration des effets de la réforme ainsi qu'une Note d'Analyse qui a alimenté ce rapport et exploite de façon inédite les données fiscales sur l'impôt sur la fortune, l'impôt sur le revenu et l'IFI. Les travaux du comité ont visé, pour ce premier rapport, à **rappeler le contexte qui précédait ces réformes, à recenser les apports de la littérature économique, à rassembler les études d'impact ex ante aux réformes, et à présenter les premiers éléments chiffrés ex post.**

Par ailleurs, à la demande de la Commission des finances du Sénat, l'Institut des Politiques Publiques (IPP) a réalisé une étude sur les impacts de la mise en place du PFU en 2018. Dans cette étude, une attention particulière est donnée à l'évaluation d'impact de la fiscalité sur les revenus du capital sur la distribution de dividendes, sur les possibles effets d'optimisation ou de déplacement des revenus, ainsi que sur les effets économiques réels sur l'investissement. Sont également présentées, à titre de comparaison, les **principales expériences internationales** se rapprochant de la mise en place du PFU et plus spécifiquement les réformes fiscales réalisées en Suisse, en Finlande et aux États-Unis.

Immobilier

9. **Revenus fonciers - Déficit foncier de source étrangère - Convention fiscale franco-allemande du 21 juillet 1959** - Infirmant un arrêt de la CAA de Lyon, le Conseil d'État refuse l'imputabilité des déficits fonciers afférents à un immeuble situé dans un autre État dès lors que la convention fiscale internationale conclue entre la France et l'État de situation de l'immeuble attribue le droit d'imposer les revenus de l'immeuble à ce dernier État exclusivement.

CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 428443, Min. c/ Lindner, concl. R. Victor (FI 1-2020, n° 2, § 21)

10. Le refus d'imputation des déficits et pertes étrangers est régulièrement critiqué au regard du droit de l'Union européenne comme du droit conventionnel lui-même. Si le Conseil d'État refuse, en effet, de reconnaître un principe de non-aggravation conventionnelle de la situation du contribuable, les juges estiment encore que la renonciation au droit d'imposer les bénéfices étrangers n'emporte perte du droit d'imputer les déficits de même nature que si la convention le prévoit expressément. **Le principe de symétrie du traitement fiscal des revenus positifs et négatifs de même nature peut ainsi être mis en cause au regard des conventions internationales souscrites pas la France.**

En ce sens, la Cour administrative d'appel de Lyon avait admis, par un arrêt rendu le 8 janvier 2019, l'imputation des déficits fonciers de source allemande sur le revenu global soumis à impôt sur le revenu en France dans les conditions de droit commun compte tenu des stipulations de la convention fiscale franco-allemande⁹. Par un arrêt rendu le 19 décembre 2019, le Conseil d'État censure cette analyse au motif que la renonciation au droit d'imposer les revenus fonciers à la faveur exclusive de l'État de situation de l'immeuble emporte, corrélativement, perte du droit d'imputer les déficits dans l'État de résidence du contribuable.

11. Un couple de contribuables, fiscalement domicilié en France et résident français au sens de la convention fiscale franco-allemande, était propriétaire de plusieurs immeubles situés en Allemagne et donnés en location. Ces immeubles ont généré, en 2010, un déficit foncier que les époux ont imputé sur leur revenu global soumis à l'impôt sur le revenu en France à hauteur de 10 700 €, le reliquat étant quant à lui reporté sur leurs revenus fonciers des années 2011 et 2012, conformément à l'article 156, I, 3^e du CGI. L'administration a refusé l'imputation de ces déficits au motif que l'article 3 de la convention fiscale franco-allemande attribue le droit d'imposer les revenus immobiliers à l'État de situation de l'immeuble, soit en l'espèce l'Allemagne, attribution exclusive du droit d'imposer

9 CAA Lyon, 8 janv. 2019, n° 17LY02151, Min. c/ Lindner, concl. J.-P. Vallecchia : FI 2-2019, n° 8, § 14, comm. A. Périn-Dureau.

interdisant, selon elle, l'imputation des déficits fonciers sur le revenu global du contribuable.

La Cour administrative d'appel de Lyon avait réfuté cette interprétation dès lors que la renonciation au droit d'imposer en faveur de l'Allemagne ne se traduit pas par une exonération pure et simple du revenu en France mais par l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé dans l'État de source. Aussi la juridiction d'appel avait-elle admis que les déficits étrangers afférents à ces immeubles demeuraient imputables dans les conditions de droit commun, sans qu'aucune stipulation de la convention fiscale franco-allemande n'y fasse obstacle.

À l'inverse, la Cour administrative d'appel de Versailles s'était prononcée en faveur du refus d'imputabilité des déficits étrangers par un arrêt du 8 juillet 2015¹⁰. Les juges avaient alors condamné toute possibilité de déduction sur le revenu global soumis à impôt en France des déficits commerciaux et non commerciaux provenant d'activités exercées en Allemagne, jugeant, de manière générale et définitive qu'« une convention fiscale internationale qui prive la France de son pouvoir d'imposer les bénéfices non commerciaux provenant d'une activité libérale réalisée hors de France fait obstacle à ce que le déficit résultant d'une telle activité soit pris en compte pour la détermination du revenu imposable à l'impôt sur le revenu » et ce, sans égard quant à la méthode de suppression des doubles impositions retenue par la convention.

12. Par l'arrêt rendu le 19 décembre 2019, le Conseil d'État se livre à un jugement de Salomon, approuvant le raisonnement emprunté par la Cour administrative d'appel de Lyon tout en concluant à l'absence d'imputabilité des déficits compte tenu des stipulations de la convention fiscale pertinente. En effet, les juges du Palais Royal ne déduisent pas le défaut d'imputabilité des déficits fonciers dans l'État de résidence de la seule attribution du droit d'imposer les revenus afférents à l'immeuble à l'État de *situs*. Ils relèvent, tout d'abord, que la convention attribue un droit d'imposition exclusive à l'État de situation de l'immeuble avant de se référer ensuite à l'article 20 de la convention fiscale franco-allemande, relatif à la méthode de la suppression de la double imposition. Si le Conseil d'État considère alors, à l'instar de la Cour administrative d'appel de Lyon, que la renonciation au droit d'imposer ne se traduit pas par une exonération pure et simple du revenu en France mais par l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé dans l'État de situation de l'immeuble, il constate que le dispositif est expressément limité aux bénéfices et revenus positifs par la convention. Dès lors, le Conseil d'État juge que la cour ne pouvait déduire de l'article 20, 2, a de la convention l'imputabilité des déficits fonciers du revenu net global dans les conditions de droit commun et conclut à l'annulation de l'arrêt rendu par la cour.

13. Le Conseil d'État confirme ainsi que la portée de la renonciation conventionnelle au droit d'imposer et, ainsi, le sort des revenus négatifs, dépendent nécessairement de la méthode de la suppression de la double imposition

10 CAA Versailles, 8 juill. 2015, n° 13VE02067 : Dr. fisc. 2016, n° 20, p. 75.

convenue entre les États contractants et non simplement de la clause relative à la répartition du droit d'imposer. En ce sens, le Conseil d'État confirme sa décision *BNP Paribas* du 12 juin 2013 par laquelle il jugeait que l'exonération, en France, des plus-values sur titres de sociétés étrangères en application de la convention fiscale conclue entre la France et l'État de résidence de la filiale emportait perte de la déductibilité des moins-values correspondantes et, donc, des provisions sur titres y afférentes¹¹. Dans cette affaire, la convention fiscale ne prévoyait pas expressément une attribution exclusive du droit d'imposer les plus-values à l'État de source, soit l'État de résidence de la société cible. Cependant, le Conseil d'État tirait toutes les conséquences de l'exonération des plus-values dans l'État de résidence du cédant prévue par la clause relative à la suppression des doubles-impositions, conformément aux conclusions du rapporteur public. Dès lors que la renonciation au droit d'imposer de la France se traduisait par une exclusion pure et simple du revenu de l'assiette soumise à l'impôt sur les sociétés en France, cette exclusion s'appliquait tant aux revenus positifs qu'aux revenus négatifs issus de la même opération. Le refus de déductibilité des plus-values sur titres de sociétés étrangères se déduisait ainsi, non de la répartition du droit d'imposer en tant que telle, mais de la méthode de la suppression de la double imposition retenue par la convention, laquelle a précisément pour objet d'apprécier la portée de la renonciation conventionnelle au droit d'imposer.

La symétrie entre le droit d'imposer les revenus positifs et négatifs d'une même opération ne semble donc pas érigée en principe par le Conseil d'État. Au contraire, la solution conduit en l'espèce à admettre une dissymétrie entre le traitement des revenus fonciers positifs et le traitement fiscal des déficits fonciers : si les premiers ressortissent encore, aux termes de la convention, de la compétence fiscale française, tel n'est pas le cas des seconds. Comme le relève le Conseil d'État, le refus d'imputabilité des déficits fonciers de source allemande se déduit ici de ce que les États contractants ont souhaité limiter strictement la prise en compte des revenus de source allemande dans le revenu net global soumis à imposition en France, avec imputation de l'impôt payé en Allemagne, aux bénéfices et revenus positifs de source allemande.

La solution ne devrait donc pas s'interpréter en faveur de l'exclusion générale du revenu net global des déficits fonciers en cas de recours à la méthode de l'imputation sans limitation conventionnelle expresse aux revenus positifs et bénéfices. À cet égard, le rapporteur public estimait quant à lui que cette solution se déduit de la nature même de la méthode de l'imputation¹². Aux termes de ses conclusions, en effet, seule la méthode de l'exonération avec prise en compte du taux effectif permet de prendre en compte les revenus étrangers, positifs ou négatifs, pour l'appréciation de la capacité contributive du contribuable. En revanche, la méthode de

11 CE, 12 juin 2013, n° 351702, *BNP Paribas* : Rec. Lebon ; Dr. fisc. 2013, n° 46, p. 24, note E. Dinh ; Option finance 2013, n° 1238, p. 24, obs. D. Gutmann ; RTD com 3/13, p. 607, note O. Fouquet.

12 Sur cette question, v. les conclusions du rapporteur public Romain Victor, § 10 et 11, ainsi que ses observations sous l'arrêt commenté (FI 1-2020, n° 2, § 21).

l'imputation serait, par sa nature même, réservée aux revenus positifs, la réalisation de revenus négatifs excluant toute imposition dans l'État de source. Intrinsèquement réservée à l'existence de revenus positifs, la méthode de l'imputation devrait nécessairement s'entendre d'une exclusion des revenus négatifs, du moins lorsqu'elle est couplée à une attribution exclusive du droit d'imposer en faveur de l'autre État. En ce sens, le passage de la méthode de l'exonération avec prise en compte du taux effectif à la méthode de l'imputation, tel qu'opéré par l'avenant à la conclusion franco-allemande du 28 septembre 1989, témoignerait encore de la volonté des États contractants d'exclure les revenus négatifs de source allemande de la compétence fiscale française.

Cependant, nous ne souscrivons guère à cette analyse. En effet, dans le cas d'une suppression de la double imposition par imputation de l'impôt payé à l'étranger, la France maintient, au moins partiellement, sa compétence fiscale à l'égard des revenus étrangers dès lors que l'impôt afférent à ces revenus de source étrangère est supérieur à l'impôt afférent à ces mêmes revenus dans l'État de source. La méthode de l'imputation permet précisément les mêmes avantages que la méthode de l'exonération avec prise en compte du taux effectif en termes d'appréciation de la capacité contributive du contribuable, tout en permettant de maintenir l'impôt dû en France lorsqu'il est supérieur à l'impôt payé dans un autre État. Corrélativement, la méthode de l'imputation ne saurait être interprétée dans le sens d'une exclusion pure et simple des revenus négatifs de la compétence fiscale française, sauf précision expresse en ce sens, à l'instar de la convention fiscale franco-allemande. En ce sens, la méthode de l'imputation doit également être distinguée de la méthode de l'exonération pure et simple.

14. À cet égard, le Conseil d'État pourrait être à nouveau saisi de la question puisque l'**avenant à la convention fiscale franco-allemande du 31 mars 2015** est venu modifier à nouveau l'article 20 de la convention. Si le recours à la méthode de l'imputation est confirmé en ce qui concerne la renonciation du droit d'imposer de la France à l'égard des revenus de source allemande, l'article 20, 2, a de la convention stipule désormais que « *Les revenus qui proviennent de la République fédérale et qui y sont imposables conformément aux dispositions de la présente Convention sont également imposables en France lorsqu'ils reviennent à un résident de France et lorsqu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française.* » Aussi, la rédaction de la convention ne limite plus la prise en compte des revenus de source allemande aux bénéficiaires et autres revenus positifs mais envisage, plus largement, les revenus qui reviennent à un résident de France sauf l'hypothèse d'une exemption d'impôt sur les sociétés. Restera donc à vérifier si l'attribution exclusive du droit d'imposer les revenus fonciers à l'État du *situs*, telle que prévue par l'article 3 de la convention, suffit à exclure, de manière générale et définitive, la compétence fiscale française à raison des déficits fonciers de source allemande.

15. Enfin, et comme nous le soulignons dans nos observations sous l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon dans cette affaire, **il conviendra encore de vérifier**

si le refus d'imputation des déficits fonciers de source allemande ne crée pas une restriction à la libre circulation des capitaux incompatible avec les exigences du marché intérieur. À cet égard, le Conseil d'État censure l'arrêt d'appel sans régler l'affaire au fond, renvoyant les parties devant la cour. Celle-ci pourrait alors être amenée à statuer sur la compatibilité de cette aggravation conventionnelle de la situation du contribuable investissant dans un autre État membre avec le principe de libre circulation des capitaux, principe bénéficiant également aux opérations engageant les États tiers.

A. PÉRIN-DUREAU ■

Trusts et institutions comparables

16. Trusts - Droits de mutation à titre gratuit - Versements provenant d'un trust irrévocable inter vivos - Donation indirecte (régime antérieur à 2011) - La Cour de cassation juge que les versements reçus par un résident de France d'un trust canadien dont le constituant est inconnu, doivent être qualifiés de donation indirecte et taxés comme tels, au taux de 60%.

Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985 (V. annexe 2)

16. La jurisprudence fiscale française en matière de trusts est suffisamment rare pour que l'on s'intéresse de près à chaque nouvelle décision venant l'enrichir, même lorsqu'elle se rapporte à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 modifiant la législation fiscale en matière de trusts (« loi trust »).

17. Dans son arrêt *Tardieu de Maleissye*¹³, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait confirmé son analyse en matière civile en estimant que le transfert par un constituant d'actifs à un trust irrévocable américain suivi par la remise de ces actifs aux bénéficiaires à la clôture du trust provoquée par le décès du constituant s'analyse comme « *une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust* ». En présence d'un trust prenant fin au décès du constituant, la Cour a donc considéré que les biens du trust avaient valablement été intégrés à la succession du défunt.

¹³ Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268.

18. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation s'est prononcée sur les versements effectués en 2003 par un trust canadien irrévocable et discrétionnaire *intervivos* dont le constituant est inconnu au profit d'un bénéficiaire résident de France. Dans la lignée de son arrêt *Zieseniss* rendu en matière civile¹⁴, la Cour a confirmé que ces versements matérialisaient des donations indirectes valablement soumises aux droits de mutation à titre gratuit au taux de 60% dans la mesure où aucun lien de parenté ne pouvait être retenu entre le bénéficiaire et le constituant. Cet **arrêt, qui est le premier rendu par la Cour de cassation après la loi trust, ne revient pas sur l'analyse traditionnelle concernant les opérations antérieures à l'entrée en vigueur de cette loi.**

Le contribuable a vainement tenté de soutenir que le transfert des biens au trust irrévocable et discrétionnaire constituait une première libéralité, puis que la remise des biens par le trustee au bénéficiaire en constituait une seconde que le droit français n'appréhendait pas antérieurement à la loi trust, mais la Cour ne l'a pas suivi dans cette analyse. La Haute cour considère que l'intention libérale du constituant, alors que celui-ci est inconnu, est suffisamment matérialisée par la documentation du trust dès lors que « *la désignation formelle, par ce dernier, de M.B... en tant que bénéficiaire suffit à établir son intention libérale, peu important que son identité soit ignorée* ». Elle précise à cet égard que l'intention libérale peut dans ce cas être présumée, même en l'absence de stipulations expresses prévoyant la remise des actifs au bénéficiaire. Il a ainsi suffi à la Cour de constater que la documentation « *n'excluait pas la possibilité, pour le constituant du trust Nahanni, de transmettre, en dépit du dessaisissement irrévocable opéré au profit du trust, une partie du capital affecté à un ou des bénéficiaires* ».

Le caractère discrétionnaire du trust et la liberté d'action laissée à ses administrateurs ne sont donc pas des obstacles à la caractérisation d'une donation indirecte entre le constituant et le bénéficiaire : la Cour précise ainsi que « *si le trustee dispose de larges pouvoirs de gestion, voire d'annulation, des clauses de désignation des bénéficiaires, son intervention n'emporte pas pour autant, en l'absence de modification des dispositions de l'acte de trust, anéantissement de l'intention libérale exprimée par le constituant* ».

La décision de la Cour est également intéressante en ce qu'elle précise **la chaîne de propriété résultant de l'apport d'actifs à un trust**. Elle indique en effet que « *le trustee disposait de la propriété des biens affectés au trust pour en assurer la délivrance aux bénéficiaires conformément aux prévisions de l'acte qui l'avait établi* ». Elle vient confirmer que dans le cas d'un trust irrévocable, la propriété du bien est transférée au trustee, mais que compte tenu du caractère particulier de la mission exercée par le trustee il convient de ne pas tirer toutes les conséquences fiscales de ce transfert de propriété en considérant que les parties à la donation sont le constituant et le bénéficiaire, mais pas le trustee. La Cour en déduit logiquement que « *le trustee ne pouvait, de ce fait, être tenu au paiement des droits* » (seules les parties à la donation étant solidairement redevables des droits).

19. L'arrêt du 6 novembre 2019 **laisse cependant ouvertes certaines questions concernant les situations antérieures à la loi trust.**

> On peut ainsi se demander si le **décès du constituant d'un trust discrétionnaire avant l'entrée en vigueur de la loi trust** peut être considéré comme un fait générateur d'imposition sans qu'il s'accompagne d'une remise des actifs aux bénéficiaires (hypothèse d'un trust dynastique). Les arrêts de 2007 et 2019 ne répondent pas directement à cette question. Il semble toutefois qu'à défaut d'appréhension effective des actifs par les bénéficiaires, le juge de l'impôt ne devrait pas pouvoir présumer l'acceptation d'une libéralité. Dans sa décision du 6 décembre, la Cour prend soin de préciser que le bénéficiaire « *a implicitement accepté la donation qui lui avait été faite en acquiesçant à l'encaissement des trois virements opérés à son profit par le trustee* ». Sauf circonstances particulières, la transmission serait ainsi différée à la distribution effective des biens. Cette approche serait du reste la seule viable dans un cadre où le bénéficiaire serait le redevable des droits de mutation à titre gratuit, comme dans l'affaire de 2019.

> Une autre question non résolue à ce jour consiste à **savoir si le constituant ou le bénéficiaire peuvent être assujettis à l'ISF avant l'entrée en vigueur de la loi trust** au titre d'actifs détenus au travers d'un trust irrévocable et discrétionnaire. La Cour de cassation avait décidé par un arrêt de 2009 concernant des trusts *intervivos* révocables que les biens n'étaient pas sortis du patrimoine du constituant et que ce dernier restait donc redevable à ce titre de l'ISF¹⁵. L'arrêt commenté semble aboutir à la conclusion que le bénéficiaire ne saurait être considéré comme le redevable de l'ISF tant que les biens du trust ne lui ont pas été transférés (puisque c'est à la date de ce transfert que la libéralité à son profit intervient). En revanche cette décision ne permet pas de prendre position sur le fait de savoir si le constituant peut rester soumis à l'ISF lorsqu'il a transféré des actifs à un trust irrévocable : d'un côté, la Cour confirme que le trustee devient bien propriétaire de ces actifs, ce qui militerait pour un non-assujettissement du constituant, mais de l'autre elle tient compte du rôle particulier du trustee pour considérer que la mutation intervient indirectement entre le constituant et le trustee, sans que ce dernier y soit partie.

Il est fort probable que **la réponse à ces questions pourra varier selon les circonstances d'espèce**. Dans une décision récente¹⁶, la Cour d'appel de Versailles a ainsi considéré que les dispositions prises par le constituant résident des États-Unis d'un trust intergénérationnel (versement des revenus à ses enfants pendant leur vie durant, puis remise du capital résiduel à ses petits-enfants au décès du premier de ses enfants) pouvaient valablement être assimilées à un démembrement, auquel la nature du trust ne s'opposait pas, permettant d'éviter les droits de succession français au décès de l'enfant domicilié en France, réputé simple usufruitier.

15 Cass. com., 31 mars 2009 n° 07-20.219, d'Elbée : RJF 7/09 n°702.

16 CA Versailles, 12 janv. 2018, n° 16/01231.

14 Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, n° 93-19.855, *Zieseniss*

20. Pour éviter d'entrer dans cette casuistique, **la loi trust a fait prévaloir un raisonnement par transparence** selon lequel les biens ou droits mis en trust sont réputés faire partie du patrimoine du constituant (puis des bénéficiaires au jour de son décès), quelles que soient les caractéristiques du trust. La transmission des biens est ensuite réputée intervenir au décès du constituant, indépendamment de leur remise effective aux bénéficiaires. Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 885 ter G du CGI, sous réserve des cas où les biens, droits et produits ne confèrent aucune capacité contributive au constituant résultant notamment des avantages directs ou indirects qu'ils tirent de ces biens, droits ou produits¹⁷.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'arrêt commenté s'inscrit dans un **contexte antérieur à la loi trust qui peut aujourd'hui sembler désuet. Sa portée ne doit toutefois pas être négligée compte tenu de certaines lacunes de ladite loi.** En effet, le II de l'article 792-0 bis du

CGI prévoit que « *la transmission par donation ou succession de biens ou droits placés dans un trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés est, pour la valeur vénale nette des biens, droits ou produits concernés à la date de la transmission, soumise aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et le bénéficiaire* ». Ce texte prévoit ensuite les modalités d'imposition nouvelles « *[d]ans les cas où la qualification de donation et celle de succession ne s'appliquent pas* », mais uniquement dans l'hypothèse du décès du constituant. Il en résulte que les **distributions d'actifs à un bénéficiaire du vivant du constituant** ne constituent pas un cas spécifiquement traité par la loi et ne sont imposables que dans l'hypothèse où elles peuvent être qualifiées de donation. À défaut de précision, il nous semble nécessaire de continuer à se référer à l'analyse traditionnelle de la Cour de cassation pour qualifier l'existence d'une donation imposable. De ce point de vue, l'arrêt commenté ne constitue pas une décision obsolète venant nourrir des débats d'arrière-garde mais apporte un éclairage utile aux trusts existants.

P. DEDIEU ■

¹⁷ CC. 15 déc. 2017, n° 2017-679 QPC.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini, concl. K. Ciavaldini

Annexe 2 : Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985

