

5.4

Le régime fiscal de la tontine peut-il résister à la fragilisation des présomptions irréfragables ?



Karl LAFAURIE

Enseignant-chercheur contractuel à l'université de Caen

Faisant l'objet de diverses controverses, la tontine pose avant tout, dans la pratique, une difficulté liée à son régime fiscal. En prévoyant l'application des droits de mutation à titre gratuit à la transmission opérée par le jeu du pacte tontinier, l'article 754 A du CGI diminue sensiblement l'intérêt du recours à cette technique, pourtant très utile pour des personnes, notamment âgées, qui, sans être en couple, partagent le même toit et se portent assistance (V. § 2). Au-delà de l'inopportunité d'une telle imposition, l'article 754 A du CGI s'expose à une autre critique au regard des droits fondamentaux. En tant que clause anti-abus (V. § 6), reposant sur une présomption irréfragable de gratuité (V. § 12) qui remet

en cause le caractère onéreux de la tontine (V. § 7), l'article 754 A du CGI s'expose effectivement à un certain nombre de griefs d'invalidité (V. § 18), notamment celui de l'inconstitutionnalité au regard du principe d'égalité devant les charges publiques (V. § 19). Deux solutions peuvent alors être proposées pour remédier à cette contrariété du régime fiscal de la tontine aux droits fondamentaux. La première vient modifier l'article 754 A du CGI en substituant une présomption simple de gratuité à la présomption irréfragable (V. § 23). La seconde, plus radicale, consiste à abroger le texte, laissant s'appliquer la procédure de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF (V. § 24).

Introduction

1. Opposition entre l'analyse civile et l'analyse fiscale de la tontine - Si la tontine procède d'une construction juridique qui « *n'a pas fini de susciter de savantes discussions et non moins savantes distinctions* », selon les termes, toujours actuels¹, de Jean Patarin², sans doute la difficulté essentielle à son sujet

repose-t-elle sur l'opposition existant entre son analyse civile et son analyse fiscale tant les conséquences pratiques en sont sensibles. Constituant un pacte³ liant plusieurs personnes en vertu duquel le bien⁴ qui en est l'objet appartiendra en totalité au survivant, la tontine répond à une analyse qui, du point de vue du droit civil, lui permet de produire aujourd'hui utilement tous ses effets.

1 V., plus récemment, C. Grimaldi, *Mystérieuse tontine*, in Mél. G. Champenois : Lextenso, 2012, p. 417.

2 J. Patarin, obs. ss CA Aix-en-Provence, 13 déc. 1988 : RTD civ. 1990, p. 538, spéc. p. 540.

3 Généralement accessoire à un acte d'acquisition (qu'il soit inclus au moment de l'acquisition, ou postérieurement), sachant néanmoins qu'il peut avoir pour support un autre type d'acte, comme des statuts de société (V. § 3).

4 La tontine porte le plus souvent sur la propriété du bien, mais elle peut avoir pour objet un démembrement de propriété ou une quote-part indivise.

La transmission du bien objet de la tontine au survivant des tontiniers n'a pas été sans poser des difficultés juridiques que la doctrine, consciente de l'utilité de cette technique, s'est efforcée de surmonter. Il convient de rappeler en effet que la qualification initiale du pacte tontinier de clause d'accroissement, en vertu de laquelle chacune des parties transmet à ses coacquéreurs pour l'époque de son décès sa part du bien commun, avait conduit la Cour de cassation à en décider l'annulation sur le fondement de la prohibition des pactes sur succession future⁵. Plutôt qu'une critique de la jurisprudence, la réaction de Marcel Nast⁶ et de René Savatier⁷ consista alors, pour chacun, à proposer une nouvelle analyse de nature à faire échapper la tontine à cette cause d'invalidité, ce qui supposait que ce pacte n'ait plus pour objet la transmission d'un bien faisant partie de la succession du tontinier décédé en premier. Si les deux conceptions s'opposaient sur le statut du bien avant le décès du prémourant, le premier auteur retenant une propriété indivise, le second une propriété conditionnelle, elles se rejoignaient sur le mécanisme d'attribution de la propriété du bien aux tontiniers, reposant sur une double condition : une condition suspensive de leur survie aux autres et une condition résolutoire de leur prédécès. En conséquence de cette analyse⁸, reprise par la Cour de cassation⁹, la qualification de pacte sur succession future est exclue, puisque l'acquéreur survivant est réputé propriétaire du bien depuis le jour de l'acquisition, ce bien étant censé n'avoir jamais intégré le patrimoine du prémourant.

Le risque de l'invalidation de la tontine étant de la sorte écarté, les praticiens pouvaient à nouveau la conseiller et faire bénéficier les tontiniers de son plus grand atout, reposant sur son caractère d'acte à titre onéreux, toujours reconnu par la jurisprudence¹⁰. De fait, cette exclusion de la qualification de libéralité met la transmission à l'abri de toute action en réduction et, surtout, conduit à l'application des droits de mutation à titre onéreux. L'avantage fiscal pour des concubins et des personnes sans lien de famille¹¹, taxés à 60 %, était de ce point de vue évident, de même que celui des époux qui, à l'époque, étaient soumis à des droits

de mutation à titre gratuit non négligeables¹². La tontine, instrument de mutualisation du risque permettant d'assurer au survivant le maintien dans son cadre de vie, fut alors parfois détournée afin d'alléger le coût fiscal d'une transmission successorale : le pacte tontinier n'était qu'une donation déguisée, le financement de l'acquisition étant significativement déséquilibré, ou les chances de survie de l'un des tontiniers à l'autre étant nulles¹³.

Bien que la procédure de l'abus de droit de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales permette de sanctionner de tels détournements, le législateur opta pour une solution plus radicale pour réguler cette technique, considérée comme source d'évasion fiscale¹⁴. En 1980¹⁵ fut ainsi institué un texte spécialement consacré à l'imposition de la tontine, l'article 754 A, alinéa 1^{er} du code général des impôts, aux termes duquel « *Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition¹⁶ en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement* »¹⁷. La tontine, répondant en droit civil à la qualification d'acte à titre onéreux, fut dès lors considérée du point de vue du droit fiscal, à partir de 1980, comme un acte à titre gratuit pour être en conséquence soumise aux droits de mutation qui y sont afférents.

2. Inopportunité du régime fiscal : le découragement des solidarités interindividuelles - Sans entrer d'ores et déjà dans le détail de ce texte mis en œuvre pour lutter contre l'évasion fiscale, il convient d'en mesurer les résultats. À l'heure où la donation au dernier vivant pour les époux, mais aussi le legs pour les partenaires pacsés, constituent, au regard de leur exonération d'impôt¹⁸, des outils efficaces de protection du survivant, la tontine demeure un instrument tout à fait adapté aux concubins et, davantage encore, aux personnes, notamment âgées, qui, sans être en

5 V. Cass. req., 24 janv. 1928 : RTD civ. 1928, p. 458, obs. R. Savatier ; S. 1929, I, 137, note H. Vialleton.

6 M. Nast, De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant : Defrénois 1928, art. 21759.

7 R. Savatier, obs. ss Cass. req., 24 janv. 1928, préc.

8 S'il n'est point le lieu d'aborder ce sujet ici, il convient de relever que la nécessité de retenir cette analyse afin d'échapper à la prohibition sur les pactes sur successions futures ne convainc pas certains auteurs, proposant d'autres solutions (V. not. F. Zénati, Clause d'accroissement : RTD civ. 1995, p. 51 ; P. Delmas Saint Hilaire, Variations sur le pacte tontinier : Droit et patrimoine janv. 1998, n° 56, p. 53).

9 Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1959, préc. - Cass. ch. mixte, 27 nov. 1970 : D. 1971, p. 81, concl. R. Lindon, note R. Savatier ; JCPG 1971, II, 16823, note H. Blin ; Defrénois 1971, art. 29786, note G. Morin. S'agissant de l'analyse *pendente conditione*, c'est celle de Savatier qui a été retenue, donnant lieu à la reconnaissance d'une curieuse indivision de jouissance (V. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986 : D. 1987, p. 139, note G. Morin ; JCPG 1987, II, 20763, note M. Dagot ; Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 2011, n° 10-21.710 : RDC 2012, p. 445, note R. Libchaber).

10 Sur cette jurisprudence et sa justification, V. § 8.

11 Ou au-delà du 4^e degré.

12 Ce n'est en effet que depuis la loi « TEPA » du 21 août 2007 que les conjoints et partenaires de PACS sont exonérés des droits de succession (CGI, art. 796-0 bis). V. CGI, art. 777 (taux) et 779 (abattements), dans leurs versions antérieures à 2007.

13 Sur ce constat, v. not. A. Depondt, Les applications du pacte tontinier : Droit et patrimoine mars 1995, p. 42, spéc. p. 43 : « *La multiplication des pactes tontiniers inclus dans des acquisitions immobilières, notamment entre époux séparés de biens et entre concubins, alors qu'il paraissait évident que l'un seul avait payé et que son espérance de vie était plus faible que celle de l'autre, a fini par provoquer un raidissement de l'administration fiscale qui, plutôt que de chercher à établir l'existence de donations déguisées (ce qui faisait peser sur elle la charge de la preuve), a préféré procéder par une mesure d'interdiction générale* ».

14 V. § 13.

15 L. n° 80-30, 18 janv. 1980 de finances pour 1980.

16 Il fut précisé par la suite que le moment d'insertion de la clause dans l'acte d'acquisition est indifférent (RM : JO Sénat, 22 nov. 1984, p. 1869).

17 Une exception est prévue au second alinéa lorsque la valeur globale du bien est inférieure à 76 000 € (sur le caractère illusoire de cette exception, V. § 20).

18 CGI, art. 796-0 bis.

couple, partagent le même toit et se portent assistance¹⁹. Il n'existe effectivement aucun statut juridique permettant de reconnaître ce type de vie en commun, de « vie à deux » pour reprendre l'expression utilisée lors d'un congrès des notaires ayant fait état de cette difficulté²⁰. En dépit notamment de la proposition de Jean Hauser de créer un « pacte d'intérêt commun »²¹, permettant d'organiser toute forme de vie commune, que la communauté de toit se conjugue avec une communauté de lit ou non²², le pacte civil de solidarité, adopté par la loi du 15 novembre 1999, a été conçu comme un statut juridique réservé aux couples²³. La France ne s'est par la suite jamais dotée d'un statut juridique ouvert à la vie commune en dehors du couple, dont le droit comparé donne pourtant quelques illustrations²⁴, notamment au Portugal²⁵. Alors que les pouvoirs publics sont de plus en plus sensibles à la question de l'isolement et de la dépendance²⁶, il est regrettable que les personnes s'assurant un secours mutuel ne bénéficient pas davantage de la sollicitude du législateur²⁷.

Le régime fiscal actuel de la tontine ne fait qu'accentuer le constat : alors qu'un tel outil permettrait à deux personnes, ayant peu de moyens, d'acquérir en commun un logement et d'être assuré d'y demeurer sans surcoût après le décès de l'une d'elles, cette transmission sera regardée, du point de vue

fiscal, comme une libéralité, ce qui ne rend pas l'opération envisageable entre des personnes sans lien de famille²⁸. Le droit fiscal, qui encourage pourtant volontiers les solidarités interindividuelles²⁹, fait obstacle à ce fonctionnement vertueux, au sujet, pourtant essentiel, du logement. À cet égard, les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence pour assurer l'efficacité de la tontine tranchent avec la démarche du législateur fiscal qui mine son attractivité.

3. Effet pervers du régime fiscal : l'incitation au détournement du texte - La pratique de la tontine n'a pas été pour autant abandonnée³⁰, la technique sociétaire ayant été présentée comme un moyen de contourner l'application de l'article 754 A du CGI³¹. Selon certains auteurs en effet, dans la mesure où ce texte ne vise que les clauses contenues dans un contrat d'acquisition, l'insertion, dans les statuts d'une société, d'une tontine ayant pour objet les titres sociaux détenus par les associés tontiniers permettrait d'échapper aux droits de mutation à titre gratuit³². La loi fiscale étant d'interprétation stricte, l'extension de l'application de l'article 754 A du CGI à des actes autres que ceux expressément visés serait difficile à défendre³³, ainsi que l'ont d'ailleurs reconnu la doctrine administrative³⁴ et des juges du fond³⁵.

Est-ce à dire que le recours à la société constituerait la solution offrant à la tontine les avantages fiscaux qu'elle a perdus depuis 1980 lorsqu'elle est insérée dans un acte d'acquisition ? Ce serait sans compter sur la procédure de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF dont l'objet est notamment de sanctionner les actes « *inspirés par aucun autre motif que celui d'échapper ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé* », autrement dit, constitutifs d'une fraude à la loi. Or les risques de l'application de cette sanction aux sociétés tontinières ont

19 V. J. Carbonnier, Droit civil, tome 1 : Introduction. Les personnes. La famille l'enfant, le couple : PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 654, au sujet de l'usage de la tontine : « la combinaison avait été pratiquée fort innocemment entre frères célibataires, vieilles dames faisant ménage commun, bien avant que l'on ne se fût avisé de l'intérêt qu'elle pouvait présenter entre concubins pour assurer un gain de survie à la concubine ».

20 Tel était le thème du 106^e congrès des notaires en 2010 (Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux, ss dir. J. Sagaut : ACNF, 2010), dont la première commission, nommée « s'unir », avait proposé la reconnaissance du droit de vivre à deux autrement qu'en couple.

21 J. Hauser, Le Projet de pacte d'intérêt commun (PIC), rapport au ministre de la Justice : La Documentation française, 1998.

22 V. aussi Proposition de loi relative au contrat d'union sociale n° 94, 23 juill. 1997 : « on note également l'émergence de nouvelles formes de solidarité et d'entraide entre les individus notamment chez les personnes âgées qui tentent de remédier à leurs difficultés économiques et sociales et de lutter contre l'isolement ».

23 V. CC, 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; la vie commune mentionnée par la loi suppose, outre une résidence commune, une vie de couple ». – Comp. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685 : D. 2017, p. 1292, note M. Saulier ; Dr. famille 2017, comm. 91, note S. Dumas-Lavenac ; RTD civ. 2017, p. 358, obs. J. Hauser, admettant un pacte civil de solidarité entre un homme de quatre-vingt-quatre ans sous curatelle renforcée et un autre homme de quarante-quatre ans son cadet, reconnaissant que leur lien correspondait à celui unissant un père et son fils.

24 V. J. Poussou-Petit, Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser : Dalloz, LexisNexis, p. 563, spéc. p. 572 et s.

25 Il s'agit de la « *Vida em economia comum* » (L. n° 6/2001, 11 mai 2001). L'article 2 de la loi donne la définition suivante de « l'économie commune » : « l'économie commune s'entend de la situation des personnes qui ont vécu en communauté de table et de logement pendant plus de deux ans et qui ont établi une expérience commune d'aide ou de partage des ressources ».

26 V. le plan national MONALISA (mobilisation nationale contre l'isolement des personnes âgées) lancé en 2012.

27 Pour un tel constat, v. F. Deboissy et G. Wicker, La société universelle ou le possible avenir d'un passé révolu, in Histoire, théorie et pratique du droit : études offertes à Michel Vidal : PUB, 2010, p. 365, n° 4.

28 Un tel constat est tiré depuis des années, là encore, par les notaires. V. Couple et modernité, Gestion et transmission du patrimoine – 84^e congrès des notaires : impr. Maury, 1988, n° 113 : « Cette clause pouvait rendre d'incontestables services en assurant la tranquillité du survivant, en lui maintenant son cadre de vie, éventuellement son outil de travail. Le législateur a eu tort de l'assassiner ».

29 Notamment à travers l'abattement pour les contribuables ayant des personnes à charge en matière de taxe d'habitation (CGI, art. 1411), la déductibilité des pensions alimentaires versées aux ascendants et alliés dans le besoin (CGI, art. 156, II, 2^e), ou encore l'exonération fiscale des libéralités consenties par le défunt à son frère ou sa sœur âgé de plus de cinquante ans ou infirme cohabitant avec lui (CGI, art. 796-0 ter).

30 Dans un article relativement récent, des notaires relèvent toutefois que « la clause de tontine est peu utilisée en pratique » (H. Lemaire, J. Lefebvre, Tontine et société : l'alliance contre nature ? : JCPN 2011, 1055).

31 Pour une application au contrat d'assurance vie, et ses risques, v. A. Depondt, Les applications du pacte tontinier, préc., spéc. p. 46.

32 V. J.-G. Raffray, Tontine et société : JCPN 1988, I, 33. - A. Chappert, Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause : Defrénois 2002, art. 37494, n° 4. - G. Baffoy, L'usage de la tontine en droit des sociétés : JCPE 2003, 276.

33 V. F. Deboissy, La clause de tontine insérée dans les statuts d'une SCI à l'épreuve de l'abus de droit : RTD com. 2003, p. 190, spéc. p. 192.

34 BOI-ENR-DMTG-10-10-10-10, 12 sept. 2012, § 280 (DB 7-G-2121, 15 déc. 1991, § 25).

35 Seuls deux arrêts sont connus en la matière : un premier ayant reconnu la validité d'une telle opération (CA Paris, 15^e ch. B, 10 sept. 1993 : JCPN 1994, 100750, note J.-P. Garçon), et un second ayant admis l'application des droits de mutation à titre onéreux aux transmissions intervenues (CA Chambéry, 18 juin 2002 : JCPE 2003, chron. 627, n° 11, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; RTD com. 2003, p. 190, note F. Deboissy).

été soulignés maintes fois³⁶, non sans raison, tant il apparaît difficile d'expliquer autrement que par ses avantages fiscaux le recours à la société dans le cadre d'une tontine classique³⁷. Il n'est dès lors pas étonnant que le Comité de l'abus de droit fiscal ait, dans deux avis du 31 mars 2016³⁸, validé l'abus de droit retenu par l'administration au sujet d'une clause tontinière introduite dans les statuts d'une société civile immobilière familiale, en se fondant tant sur la simulation que sur la fraude à la loi³⁹.

Quoi qu'il en soit, le bilan de l'article 754 A du CGI est négatif : donner sa pleine efficacité à la société tontinière conduit à condamner ce texte ; sanctionner cette dernière par l'abus de droit en démultiplie les effets pervers.

4. Le régime fiscal de la tontine, manifestation de l'autonomie du droit fiscal ? - Outre ces résultats concrets peu satisfaisants, l'article 754 A du CGI procède d'une méthode législative qui n'est guère favorable à la cohérence de l'ordre juridique. Sur le même sujet en effet, à savoir la qualification juridique de la tontine, le droit positif apporte deux réponses opposées : selon le droit civil, il s'agit d'un acte à titre onéreux, alors que, selon le droit fiscal, il s'agit d'un acte à titre gratuit. Du point de vue de la légistique, cette divergence est d'autant plus discutable que le droit fiscal, surtout en matière d'enregistrement, est, pour reprendre la classification proposée par Carbonnier, un « *droit de mise en œuvre* »⁴⁰ s'appuyant sur des réalités juridiques préexistantes. Il a pu néanmoins être relevé que la liberté ainsi prise ne serait que le fruit de l'autonomie du droit fiscal⁴¹, théorie selon laquelle cette législation bénéficierait d'une indépendance par rapport aux autres branches du droit lui permettant d'établir ses propres règles⁴². Si l'autonomie du droit fiscal a été assez largement nuancée⁴³,

notamment au sujet des pouvoirs du juge, il faut reconnaître qu'il n'existe pas de principe de hiérarchie qui empêcherait le législateur fiscal de déroger aux qualifications du droit civil. Même Gény, qui avait combattu la théorie, s'y résolvait : « *Sur le terrain du droit positif, on ne saurait refuser à la loi, qui, par ailleurs, ne méconnaît pas le droit supérieur, la faculté de modifier les situations juridiques, telles qu'elles sont communément déterminées, pour leur adapter ses prescriptions proprement fiscales* »⁴⁴.

5. Limite de l'autonomie de la règle fiscale : clauses anti-abus et droits fondamentaux - La poursuite de la lecture de Gény n'invite néanmoins en rien à la résignation : « *si regrettables et inopportunes qu'il puisse parfois les juger, le jurisconsulte doit accepter toutes ces altérations juridiques, et les appliquer comme parfaitement valables, du moment que, respectant les principes supérieurs, elles n'entameraient que le droit commun, toujours susceptible d'être remanié ou transformé par la loi* »⁴⁵. Précisément, la qualification de la tontine retenue par le droit fiscal ne constitue-t-elle pas une atteinte aux principes supérieurs à toute loi ? La question se pose aujourd'hui avec une acuité d'autant plus grande que les clauses dites « anti-abus » ont connu, ces derniers temps, de nombreuses remises en cause par le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, ces textes, qui ont pour objet de déjouer des stratégies d'optimisation, d'évasion ou de fraude fiscale⁴⁶, reposent souvent sur une présomption de fictivité ou de fraude, présomptions qui posent des difficultés au regard des droits fondamentaux des contribuables lorsqu'elles ne mettent pas ces derniers en mesure de démontrer l'absence d'irrégularité de leur situation ; autrement dit, lorsqu'elles sont irréfragables⁴⁷. Se pose donc la question de savoir s'il est possible de voir dans l'article 754 A du CGI une clause anti-abus puisqu'il disqualifie la tontine, qui est par principe un acte à titre onéreux, dans le but de faire échec à une stratégie de fraude fiscale, comme le ferait le juge civil face à une donation déguisée. La fragilité du texte résiderait alors dans l'impossibilité dans laquelle il place le contribuable de démontrer que le pacte tontinier n'est pas le déguisement d'une libéralité puisque la présomption de gratuité est irréfragable. Après avoir qualifié l'article 754 A du CGI de clause anti-abus (I), il sera donc possible d'en soutenir l'invalidité (II).

36 B. Pacaud, R. Pujol, La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées : analyse fiscale : Defrénois 1991, art. 35045, n° 17. - M. Cozian, La clause tontinière : Droit et patrimoine 1994, p. 22, spéc. p. 23. - A. Depondt, Les applications du pacte tontinier, préc., p. 45. - F. Deboissy, La clause de tontine insérée dans les statuts d'une SCI à l'épreuve de l'abus de droit, préc., p. 193-194. - F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille : LexisNexis, 18^e éd., 2019, n° 1561.

37 À cela peut être ajouté le risque que soit retenue la fictivité de certaines sociétés tontinières, correspondant au second type de comportement sanctionné par l'article L. 64 du LPF, à savoir la simulation (V. F. Deboissy, La clause de tontine insérée dans les statuts d'une SCI à l'épreuve de l'abus de droit, préc., p. 193).

38 CADF/AC n° 03/2016, 31 mars 2016, affaire n° 2015-21.

39 Sur ces avis, v. P. Camelo Cassan, Du bon usage de la roulette russe dans le contrat de société : tontine, aléa et abus de droit : Dr. fisc. 2016, n° 28, étude 408, spéc. n° 6 et s.

40 J. Carbonnier, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur : LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 406. - Rapp. M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises : LexisNexis, 43^e éd. 2019, n° 84, parlant de « droit de superposition ».

41 Pour un tel constat, au sujet de la tontine, v. not. B.-H. Dumortier, Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future : RTD civ. 1986, p. 643, spéc. n° 84.

42 V. not. L. Trotabas, Les rapports du droit fiscal et du droit privé : D. H. 1926, chron. p. 29.

43 V. not. M. Cozian, Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal, in Les grands principes de la fiscalité des entreprises : LexisNexis, 4^e éd., 1999, rééd. 2015, p. 3 et s.

44 F. Gény, Le particularisme du droit fiscal : RTD civ. 1931, p. 797, n° 9.

45 Ibidem, n° 90.

46 Pour une présentation générale, accompagnée d'illustrations en droit fiscal des affaires, v. M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises, préc., n° 1378 et s.

47 V. L. Ayrault, La fin des présomptions ? À propos des présomptions irréfragables : REIDF 2018, n° 1, p. 17.

I. La nature de clause anti-abus de l'article 754 A du CGI

6. Une exclusion de la qualification civile par une présomption de simulation - En disposant que les biens recueillis en vertu du pacte tontinier « *sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement* », l'article 754 A du CGI qualifie la tontine d'acte à titre gratuit. En cela, ce texte peut être considéré comme une clause anti-abus puisqu'il vient modifier la qualification juridique de la tontine, acte à titre onéreux ne pouvant être qualifié de libéralité qu'en cas de simulation. C'est dire qu'en « *réputant* » la tontine comme étant une transmission à titre gratuit, le législateur fiscal présume que l'acte repose sur une simulation, ce que le contribuable ne peut contester, cette présomption étant irréfragable. L'article 754 A du CGI constitue ainsi une clause anti-abus en ce qu'il contredit la nature de contrat à titre onéreux de la tontine (A) en posant une présomption irréfragable de contrat à titre gratuit (B).

A. La nature de contrat à titre onéreux de la tontine

7. Qualification civile de la tontine - Comme tout acte à titre onéreux, la tontine peut être utilisée pour dissimuler une libéralité. Malgré cette possibilité de détournement de la tontine à titre de libéralité (2°), le principe demeure celui de l'onérosité de la tontine (1°).

1° Le principe de l'onérosité de la tontine

8. L'aléa : critère d'onérosité de la tontine - Le critère de distinction de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit, qui est aujourd'hui clairement posé par l'article 1107 du code civil, est l'existence d'un avantage reçu réciproquement par les parties : l'acte est à titre onéreux « *lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* » et à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». Approuvée par une grande majorité de la doctrine⁴⁸, la jurisprudence qualifie depuis longtemps, tant dans les litiges fiscaux⁴⁹ que

dans les litiges civils⁵⁰, le pacte tontinier d'acte à titre onéreux, en raison de son caractère aléatoire. L'onérosité réside en effet dans l'existence d'un avantage réciproque que se consentent les tontiniers : chacun s'oblige, dès le jour de l'acte, à transmettre à l'autre sa part s'il vient à mourir en premier⁵¹. De cet engagement réciproque va résulter une transmission, mais dont le caractère aléatoire du résultat, dû à la condition relative au prédécès, permet de maintenir la qualification d'acte à titre onéreux. Effectivement, comme l'expose l'article 1108 du code civil, dans le contrat aléatoire, « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Si les parties acceptent que l'opération soit plus avantageuse pour l'une ou pour l'autre, c'est parce qu'au moment de la conclusion du contrat, l'événement dont dépend l'issue du contrat est incertain. C'est l'acceptation de ce risque, partagée par les parties, qui exclut la gratuité. La tontine s'inscrit dans cette logique : au moment de la conclusion du pacte tontinier, les coacquéreurs ne savent pas qui sera le survivant et se verra attribuer la propriété entière du bien, la condition du prédécès renvoyant à un événement incertain⁵². Il existe donc un avantage réciproque consistant en l'engagement conditionnel de transfert du bien auquel chacune des parties consent et par lequel celles-ci acceptent de partager le risque du prédécès. Il faut préciser par ailleurs que la rétroactivité attachée à la tontine est indifférente⁵³ : il ne peut être considéré qu'en raison de la rétroactivité, les prestations des parties sont dépourvues de contrepartie dès le jour de la conclusion du contrat puisque la contrepartie résidait justement dans l'acceptation initiale d'un aléa sur lequel le temps n'a pas de prise.

9. L'intention libérale : critère insuffisant de gratuité de la tontine - En dépit de cette qualification d'acte aléatoire de la tontine, certains auteurs refusent d'admettre l'exclusion de toute idée de gratuité, dans la mesure où l'acte peut être animé par l'intention de gratifier le survivant, pour le protéger⁵⁴. Il est vrai que la distinction entre l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit ne saurait reposer que sur des éléments

48 J.-J. Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, thèse : LGDJ, 1955, préf. J. Maury, n° 48. - J. Mazeaud, Les clauses d'accroissement ou de réversion et la jurisprudence de la Cour de cassation : Defrénois 1961, p. 286 et s. - B.-H. Dumortier, Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future, préc. - L. Bélanger, La condition de survie et l'acte juridique, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 474, 2007, préf. P. Delmas Saint-Hilaire, n° 602 et s.

49 V. not. Cass. civ., 15 déc. 1852 : DP 1852, 1, p. 336. - Cass. req., 26 juill. 1880 : DP 1881, 1, p. 170.

50 V. not. Cass. req., 24 janv. 1928 : S. 1929, 1, p. 137, note H. Vialleton ; Rev. crit. lég. et jurispr. 1929, p. 459, note A. Trasbot. - Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1959 : D. 1960, p. 592, note E.S. de la Marnière ; JCPG 1960, II, 11823, note P. Voirin ; RTD civ. 1960, p. 692, obs. R. Savatier. - Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 2004 : D. 2005, p. 2263, note C. Le Gallou ; AJ fam 2005, p. 109, obs. F. Chénéde ; Defrénois 2005, art. 38142, note R. Libchaber.

51 Cette idée fonde au demeurant le rejet de la qualification de pacte sur succession future, sans qu'il soit besoin de passer par l'idée de rétroactivité : la tontine n'a pas en effet pour objet un bien de la succession des tontiniers, puisqu'elle engage ces derniers dès la conclusion de l'acte, même s'il ne produit ses effets qu'après le premier décès. En cela, elle répond davantage à la qualification de pacte *post mortem* (v. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, Droit civil. Les successions, Les libéralités : Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2013, n° 694 et s.).

52 Encore faut-il qu'il s'agisse, au jour de la conclusion du pacte, d'un aléa réel, exclu en cas d'une importante différence d'âge, d'état de santé, ou un déséquilibre trop important dans le financement de l'acte (V. § 10).

53 *Contra* P. Voirin, note ss Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1959 : JCP 1960, II, 11823.

54 A. Trasbot, note ss Cass. req., 24 janv. 1928 : Rev. crit. lég. et jurispr. 1929, p. 459. - A. Ponsard, Les donations indirectes en droit civil français, thèse : Sirey, 1946, p. 47. - Q. Guiguet-Schiélé, La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative, thèse : Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », t. 146, 2015, préf. M. Nicod, n° 119 et s.

objectifs puisque la libéralité comporte également un élément subjectif qui est l'intention libérale. Outre qu'elle impliquerait une recherche fort complexe des intentions des parties, cette conception accorde une place trop importante au seul élément subjectif de l'acte dans sa qualification⁵⁵. Comme cela a été démontré, de manière générale, dans la théorie de l'acte juridique, les éléments objectifs et subjectifs doivent être envisagés au regard des liens qui les unissent⁵⁶. Or si, dans la tontine, la volonté de se protéger mutuellement peut résulter de l'affection réciproque des parties, il n'en demeure pas moins que ce qui justifie l'engagement de ces dernières, c'est l'aléa reposant sur le risque de prédécès et le lien qui unit la volonté des parties et l'objet du contrat, qui consiste en une mutualisation du risque⁵⁷. Contrairement à deux personnes se consentant chacune une libéralité, les tontiniers lient directement leur engagement à la considération de l'aléa, ce qui permet d'expliquer l'engagement de l'un au transfert du bien en cas de prédécès par l'engagement de l'autre, qui est identique. Que l'idée des parties soit de se protéger personnellement ou de protéger l'autre, l'opération vise toujours à prémunir le survivant contre les conséquences pécuniaires qui découlent du prédécès du cocontractant, ce qui constitue une mutualisation du risque, au demeurant peu éloignée de celle des actes de prévoyance collective. Dans les deux cas, l'opération est toujours de nature onéreuse, car elle repose sur la volonté d'obtenir une contrepartie, chaque engagement s'expliquant par l'engagement de l'autre.

2° Le détournement de la tontine à titre de libéralité

10. Le moyen du détournement : la simulation par acte déguisé - La tontine, en tant qu'acte à titre onéreux, présentait, avant l'introduction de l'article 754 A du CGI, l'avantage d'être soumise aux droits de mutation à titre onéreux, lesquels sont souvent moins élevés que les droits de mutation à titre gratuit. Pour la même raison, elle permet une transmission non soumise au rapport et à la réduction en matière de succession⁵⁸. Cela a pu conduire à des abus consistant à déguiser une libéralité sous l'apparence d'une tontine dans laquelle tout aléa est absent⁵⁹, soit qu'il existe une différence d'âge ou d'état de santé importante entre les parties, soit que le déséquilibre dans le financement du bien ne soit pas justifié par un déséquilibre dans les chances de survie⁶⁰. Dans ces hypothèses,

il est en effet exclu que les parties aient pu considérer leur survie comme un risque qu'elles auraient entendu mutualiser grâce au pacte tontinier. L'acte est présenté comme une tontine – et donc à titre onéreux – mais constitue en réalité une libéralité. Il s'agit donc d'occulter, par cette simulation, le fait que l'engagement du tontinier dont les chances de décès sont plus fortes ou qui a, sans justification, davantage financé l'acquisition, est déséquilibré⁶¹.

11. La sanction du détournement : la requalification de l'acte - Détournée de la sorte, la tontine a pour objet de dissimuler sa contrepartie réelle – c'est-à-dire, la cause de l'acte qu'est l'intention libérale –, ce qui renvoie à l'hypothèse particulière du déguisement⁶². La tontine qui dissimule une libéralité répond donc à la qualification de donation déguisée⁶³. En matière de simulation, l'article 1201 du code civil prévoit que la contre-lettre n'est pas opposable aux tiers, lesquels peuvent néanmoins s'en prévaloir. Ainsi les principaux intéressés que sont les héritiers réservataires et, dans le passé, l'administration fiscale, peuvent se prévaloir de l'acte occulte, à savoir la libéralité, ce qui permet aux premiers d'agir en réduction et à la seconde d'appliquer les droits de mutation à titre gratuit. C'est donc à une requalification en libéralité qu'aboutit la reconnaissance de la simulation de la tontine ne reposant sur aucun aléa⁶⁴. Néanmoins, la preuve de la simulation n'est plus nécessaire pour l'administration fiscale puisque l'article 754 A du CGI pose, du point de vue fiscal, une présomption irréfragable de contrat à titre gratuit.

B. La présomption irréfragable de contrat à titre gratuit

12. Une requalification révélatrice d'une clause anti-abus - Le principe étant l'onérosité de la tontine, la disqualification en libéralité nécessite la preuve d'un détournement du mécanisme. Le législateur peut lutter contre ce type de pratique en posant une clause anti-abus qui facilite la tâche de l'administration, l'abus étant présumé. L'article 754 A du CGI

55 Ce reproche a déjà été adressé à l'analyse subjectiviste de la libéralité : v. not. J.-J. Dupeyroux, thèse préc., n° 15 et s. - H. Meau-Latour, La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184, 1985, préf. P. Raynaud, n° 58 et s.

56 V. J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 117, 1971, préf. P. Raynaud, n° 149 et s.

57 V. H. Meau-Latour, thèse préc., n° 438 et s. - L. Bélanger, thèse préc., n° 565 et s.

58 V. not. Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, préc.

59 V. not. M. Henry, Une pratique critiquable, la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial : JCPN 1987, 415, n° 26.

60 Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-21.011 : Bull. civ. I. 173 ; D. 2007. 1510, obs. C. Delaporte-Carré ; JCPN 2007. 1215, note F. Garçon ; AJ fam. 2007. 316, obs. F. Bicheron ; LPA 18 mars 2008, obs. B. Vareille ; RLDC 2007, n° 41, p. 2672, note B. Xemard ; RDC 2007, p. 1165, obs. A. Bénabent.

61 Dans la mesure où est ici étudié le détournement de la tontine, est mise de côté l'hypothèse – rare – où l'un des tontiniers n'aurait pas pris la mesure de l'absence d'aléa et donc la très faible chance de survivre à son cocontractant. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de simulation, mais l'acte peut être annulé sur le fondement de l'article 1169 du code civil, en raison du caractère illusoire de la contrepartie. Comme pour la cause en effet, le défaut de contrepartie d'un contrat aléatoire repose sur le défaut d'aléa (v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, Droit civil. Les obligations : Dalloz, coll. « Précis », 12^e éd., 2018, n° 412).

62 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, Droit civil. Les obligations, préc., n° 730.

63 Comp. L. Bélanger, thèse préc., n° 611 et s., qui considère que la libéralité doit être qualifiée de donation déguisée dans l'hypothèse de la disqualification pour grande différence d'âge ou d'état de santé, et de donation indirecte dans l'hypothèse d'un financement déséquilibré (faute de mensonge dans le pacte tontinier lui-même, le déséquilibre ne résultant que d'un paiement pour autrui du prix de l'acquisition, distincte de la tontine).

64 Pour des illustrations, v. TGI Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989 : D. 1991, jur. p. 7, note D. Martin. - Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, préc. : « en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu décider que l'opération litigieuse, qui ne présentait aucun aléa, constituait une libéralité ».

procède bien de cette méthode puisqu'il pose comme principe que le pacte tontinier constitue, du point de vue fiscal, une libéralité. La portée de cette requalification, résultant d'une présomption de donation (1°), est d'autant plus forte que cette présomption est irréfragable (2°).

1° Une présomption de donation

13. Une règle de lutte contre la fraude fiscale - Pour reprendre les termes mêmes de l'article 754 A du CGI, les biens recueillis en vertu du pacte tontinier « sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement ». À l'évidence, le droit fiscal retient « une vision déformée de la clause d'accroissement au profit du survivant »⁶⁵. Mais de quelle manière ? Le terme « réputé », employé par le texte, marque fréquemment l'existence d'une présomption⁶⁶, qui est elle-même, en matière fiscale, la marque d'une clause anti-abus. À cet égard, la tontine, acte à titre onéreux, ne pouvant être qualifiée de libéralité que si les parties ont, dans un but de gratification, conclu un acte dépourvu d'aléa, l'administration devait, auparavant, apporter la preuve de ces faits pour justifier cette requalification en acte à titre gratuit. Par le jeu de l'article 754 A du CGI, cette preuve fait l'objet d'une dispense, caractéristique d'une présomption. D'ailleurs, les travaux préparatoires relatifs à la loi de finances ayant introduit l'article 754 A du CGI expriment de manière très claire la façon dont ce texte est conçu par le législateur : ce texte figure, dans la loi, dans une subdivision intitulée « Mesures de lutte contre la fraude fiscale ». Or la tontine ne peut être considérée comme une fraude fiscale que si les parties ont détourné l'acte, autrement dit, lorsque l'acte est, en réalité, une libéralité. En relevant que « le recours à ce genre de stipulation tendant à se développer, il est proposé de mettre fin à cette forme d'évasion fiscale qui permet d'éluder le paiement des droits de succession »⁶⁷, l'exposé des motifs présenté par le Gouvernement exprime bien l'idée que le texte a pour objet de taxer des transmissions qui, normalement, devraient être soumises aux droits de mutation à titre gratuit et donc constituent en réalité des libéralités⁶⁸. Quelques années plus tard, une réponse ministérielle a repris cette idée en indiquant que « L'abrogation de l'article 754 A du code général des impôts n'est pas souhaitable dès lors qu'elle ne manquerait pas de susciter les mêmes abus que ceux constatés par le passé »⁶⁹. L'utilisation de la tontine pouvant être une source d'abus, le moyen d'y remédier a donc été de présumer qu'il s'agit en toutes circonstances d'une libéralité pour la soumettre aux droits de mutation à titre gratuit.

65 F. Deboissy, La simulation en droit fiscal, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 276, 1997, préf. M. Cozian, n° 852.

66 A.-B. Caire, Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme, thèse : A. Pedone, 2012, préf. J.-P. Marguénaud, p. 81, note 303.

67 V. AN, Rapport n° 1292 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finance pour 1990 (n° 1290) par F. Icart.

68 Adde, la réponse du ministre à la proposition d'un amendement excluant le jeu de l'article 754 A du CGI pour le logement principal : « J'espère les avoir convaincus du risque d'encouragement à ce type de fraude et, en définitive, d'atteinte à la famille qu'entraînerait l'adoption de leur amendement » (JO déb. AN, 18 nov. 1979, p. 10257).

69 JO Sénat 8 déc. 1988, p. 1394.

14. Exclusion de la qualification de simple règle d'assiette - Il pourrait néanmoins être opposé à ce raisonnement que le législateur n'a pas posé une présomption de gratuité mais s'est contenté de mettre en place une règle de fond, une règle d'assiette, qui a simplement pour objet d'inclure la tontine parmi les actes soumis aux droits de mutation à titre gratuit. Cette objection ne serait pas sans portée dans la mesure où le Conseil constitutionnel⁷⁰ laisse beaucoup plus de marge de manœuvre au législateur dans l'édiction de règles d'assiette que dans la mise en œuvre de présomptions. C'est ainsi qu'il a récemment exclu, pour conclure à leur conformité à la Constitution, la qualification de présomption de deux dispositions fiscales. La première est l'article 974, II du CGI prévoyant, en matière d'impôt sur la fortune immobilière, des règles de déductibilité fiscale moins intéressantes pour le contribuable s'agissant des prêts prévoyant le remboursement du capital au terme du contrat. Certains y ont vu une présomption de fraude fiscale en ce que le législateur présumerait que ces dettes d'emprunt n'ont pas de réalité. Le Conseil constitutionnel a au contraire considéré qu'« en adoptant les dispositions du paragraphe II de l'article 974, le législateur a entendu éviter que la conclusion de contrats de prêts prévoyant un remboursement de la totalité du capital à l'issue d'un délai important permette au contribuable de diminuer artificiellement la base taxable à l'impôt sur la fortune immobilière » de sorte que ces dispositions « n'instituent pas une présomption de fraude fiscale »⁷¹. Il est vrai que ce texte vient simplement déterminer une règle exclusivement fiscale, relative à l'assiette de l'IFI, prévoyant quel type de dette peut être déduite, le texte ne niant pas l'existence de ces dettes mais prévoyant un régime de déductibilité particulier. C'est en se fondant sur le même raisonnement que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 20 avril 2018, a reconnu la constitutionnalité de l'article 223 B du CGI connu sous le nom d'« amendement Charasse », qui impose, en cas d'achat, par une société membre d'un groupe fiscalement intégré, auprès de l'un de ses actionnaires, de titres d'une société qui devient ensuite membre de ce groupe, la réintégration des charges financières exposées pour cette acquisition pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe soumis à l'impôt sur les sociétés⁷².

De manière tout à fait logique, le Conseil constitutionnel a en revanche émis une réserve d'interprétation au sujet de l'ancien article 885 G ter du CGI relatif au régime fiscal du *trust* en matière d'ISF qui considérait que les biens et droits objets d'un *trust* sont compris dans le patrimoine du constituant. Il a en effet relevé qu'« en adoptant les dispositions contestées applicables aux biens ou droits placés dans un *trust*, le législateur a instauré, à des fins de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, une présomption de rattachement au patrimoine du constituant de ces biens, droits ou produits »⁷³. Par une telle disposition, le

70 Suivi par le Conseil d'État, lorsqu'il se prononce sur le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité (V. not. CE, 30 mai 2018, n° 412964, Sté HighCo ; Dr. fisc. 2018, n° 42-43, comm. 426, note S. Espasa-Mattei, J.-P. Renaudin, N. Dragutini).

71 CC, 28 déc. 2017, n° 2017-758 DC, consid. 75.

72 CC, 20 avr. 2018, n° 2018-701 QPC.

73 CC, 15 déc. 2017, n° 2017-679 QPC, consid. 7 : Dr. fisc. 2018, n° 10, comm. 212, note S. de Monès, J.-F. Mandelbaum et P.-M. Roch.

législateur ne se contente pas de poser une règle d'assiette ayant pour objet de prévoir une taxation particulière pour les biens ou droits placés dans un *trust*, mais vient, pour appliquer une règle fiscale, remettre en cause la réalité juridique préexistante en rattachant de manière systématique au patrimoine d'un constituant un bien dont le contrat de *trust* emporte pourtant le transfert dans un autre patrimoine.

Il convient donc de bien distinguer les règles d'assiette, qui se contentent de poser une règle fiscale défavorable, et les règles qui remettent en cause une réalité juridique préexistante et donc les faits à l'origine de la qualification. L'article 754 A du CGI est assurément de celles-ci : ce texte ne vient pas aménager des règles d'assiette relatives aux droits de mutation applicables en présence d'une tontine mais, de manière plus fondamentale, présume que l'acte a une nature gratuite, pour que s'appliquent en conséquence les droits de mutation à titre gratuit. Il peut de ce point de vue être rapproché de l'article 751 du CGI, d'ailleurs reconnu sans difficulté par la doctrine⁷⁴ et la jurisprudence⁷⁵ comme une présomption, selon lequel « *est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux [...]* » à moins que le démembrement ou la donation soit intervenu plus de trois mois avant le décès. Ce texte ne définit pas un régime fiscal spécial au démembrement de propriété mais, en amont, présume qu'est fictif un transfert de propriété réalisé entre deux personnes. La différence est que l'article 751 du CGI pose une présomption simple, là où la présomption de l'article 754 A du CGI est pour sa part irréfragable.

2° Une présomption irréfragable

15. Caractère irréfragable de la présomption - Remplaçant l'article 1352 du code civil, dont la rédaction était ambiguë⁷⁶, l'article 1354, issu de la réforme du 10 février 2016, distingue clairement les présomptions légales selon la force qui y est attachée, la présomption simple pouvant être renversée par tout moyen de preuve, la présomption mixte seulement par certains moyens visés par la loi, et la présomption irréfragable ne pouvant jamais l'être. S'agissant de l'article 754 A du CGI, il a toujours été considéré qu'il posait une présomption irréfragable de gratuité de la tontine⁷⁷. En effet, le texte « *répute* » que la part est transmise à titre gratuit et ne réserve aucunement la preuve contraire, comme le fait par exemple

l'article 751 précité. L'idée est donc bien d'empêcher de manière absolue – sous réserve de l'exception illusoire du logement principal valant moins de 76 000 €⁷⁸ – l'application des droits des mutation à titre onéreux.

16. Nature de la présomption irréfragable - En écho à la démonstration précédente selon laquelle l'article 754 A du CGI pose une véritable présomption, et non une règle d'assiette, il convient de souligner que la qualification de présomption irréfragable ne conduit pas à remettre en cause cette idée. Certes, une présomption, en ce qu'elle est basée sur des probabilités et n'a pour but que de faciliter une preuve, « *ne saurait aboutir à une certitude invincible* »⁷⁹ et devrait donc laisser la possibilité d'une « *contre-preuve* »⁸⁰. Faute ainsi de donner une possibilité au débat probatoire d'évoluer, la présomption irréfragable est décrite comme se rapprochant fortement de la fiction, en posant une règle de fond⁸¹. La doctrine souligne néanmoins majoritairement que la présomption irréfragable n'a pas, contrairement à la fiction⁸², pour objet de contredire la réalité, son but premier demeurant l'établissement de la vérité, ce qui lui fait conserver sa nature probatoire⁸³. Les discussions parlementaires auxquelles a donné lieu l'adoption de l'article 754 A du CGI, où le champ lexical de la suspicion et de la probabilité est très présent, confirment cette nature probatoire de la présomption irréfragable⁸⁴. Le texte repose sur une suspicion de fraude qu'il s'est agi de traduire juridiquement par une présomption de gratuité, à l'égard de laquelle le législateur ferme toute possibilité de remise en cause, afin de la rendre la plus efficace possible. Cette recherche d'efficacité pourrait néanmoins aujourd'hui trouver de sérieuses limites au regard du traitement réservé aux présomptions irréfragables, ce qui pose la question de la validité de la clause anti-abus prévue par l'article 754 A du CGI au regard des droits fondamentaux.

74 V. not. L. Martin, La présomption de propriété de l'article 751 du Code Général des Impôts : JCPN 1998, p. 1629.

75 V. Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-14403 : Dr. fisc. 2007, n° 26, comm. 683, note E. Ginter : « la donation régulière permettant d'écarter la présomption de fictivité du démembrement est celle de la nue-propriété ou de l'usufruit du bien [...] » (nous soulignons).

76 V. not. J.-F. Cesaro, Le doute en droit privé, thèse : éd. Panthéon-Assas, 2003, préf. B. Teyssié, n° 327 et s.

77 V. not. M. Vion, Les modifications apportées aux droits de mutation à titre gratuit par la loi de finances pour 1980 : Defrénois 1980, art. 32217, n° 18 et s. - A. Chapper, Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause : Defrénois 2002, p. 285, n° 3.

78 Sur cette exception et son caractère illusoire, V. § 20.

79 F. Génys, Science et technique en droit privé positif, t. III : Élaboration technique du droit positif : Sirey, 1921, n° 232, p. 282.

80 Ibid.

81 V. F. Génys, préc., n° 234, p. 299. - G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997, préf. J. Amiel-Donat, n° 3. 2.

82 V. G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique : PUF, 12^e éd., 2018, V° Fiction : « *procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques* ». - Comp. G. Wicker, V° Fiction, in Dictionnaire de la culture juridique : PUF, 2003 p. 716 et s., spéc. p. 717 qui, plutôt qu'opposer les notions, retient que la présomption irréfragable est une forme qu'épouse la fiction lorsqu'elle supprime une condition d'application d'une règle de droit.

83 V. not. F. Génys, préc., n° 232, p. 285. - R. Decottignies, Les présomptions en droit privé, thèse : LGDJ, 1949, n° 40. - A.-B. Caire, Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme, thèse préc. p. 50-51. - C. Quéstand-Finet, Les présomptions en droit privé, thèse : IRJS éditions, 2013, préf. E. Jeuland, n° 55 et s.

84 « *Il n'est pas douteux que cette clause puisse donner lieu à évasion fiscale* » (AN, Rapport n° 1292 préc.). - « *Le Gouvernement voudrait que vous demeuriez aux aguets à propos des astuces propres du régime de la tontine, dont personne ne s'étonnera [...] qu'il ait été inventé par un banquier napolitain du XVII^e siècle et qu'il soit, par conséquent, frappé au coin de la subtilité* » (JO déb. AN 18 nov. 1979, p. 10257).

II. L'invalidité de la clause anti-abus prévue par l'article 754 A du CGI

17. Un traitement fiscal à corriger - Gény avait déjà souligné la gravité de la mise en œuvre des présomptions irréfragables, qui ne pouvait selon lui « être admise, par le droit objectif, que sur des raisons d'intérêt social majeures »⁸⁵ ce qui était d'ailleurs en parfaite cohérence avec ses propos sur l'autonomie du droit fiscal selon lesquels le législateur devait, en posant des qualifications dérogoires, respecter les principes supérieurs⁸⁶. Ce qui à l'époque constituait une préconisation faite au législateur revêt, à l'heure où la loi peut être censurée en cas de violation des droits fondamentaux, une dimension plus coercitive, ce qu'illustre particulièrement le sort des présomptions irréfragables posées par les clauses anti-abus. Il est ainsi possible de considérer que l'article 754 A du CGI ne passe pas l'épreuve de l'examen de sa validité au regard des textes supérieurs. Il faudra examiner les motifs de son invalidité *de lege lata* (A) avant de proposer les correctifs de cette invalidité, *de lege ferenda* (B).

A. De lege lata : les motifs d'invalidité

18. Nature procédurale et substantielle de la présomption - Règle de preuve faisant accéder un fait à la sphère juridique, la présomption irréfragable n'en est pas moins une règle substantielle⁸⁷, puisqu'elle confère une portée juridique à un fait inconnu et réduit de la sorte les conditions d'application d'une règle juridique⁸⁸. Cette double nature de la présomption irréfragable permet de vérifier la validité de l'article 754 A du CGI tant au regard des principes fondamentaux substantiels (1°) que des principes fondamentaux processuels (2°).

1° L'atteinte aux principes fondamentaux substantiels

19. Le principe d'égalité devant les charges publiques - La conséquence inéluctable de la présomption irréfragable posée par l'article 754 A du CGI qu'est l'application des droits de mutation à titre gratuit pose tout d'abord la question de sa conformité au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques. Ce principe, tiré de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁸⁹, fait l'objet d'une application fréquente par le Conseil constitutionnel qui juge que cette disposition « ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de

contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives »⁹⁰. Pour contrôler la conformité d'un texte à ce principe, le Conseil raisonne en trois étapes : premièrement, il vérifie si la différence de traitement fiscal correspond à une différence effective de situation ayant un rapport direct avec la loi qui l'établit ; deuxièmement, il s'assure que cette rupture d'égalité est fondée sur une raison d'intérêt général ; troisièmement, il vérifie que la rupture d'égalité repose sur des critères objectifs et rationnels permettant d'obtenir un résultat proportionné à l'objectif poursuivi⁹¹.

Appliquée à l'article 754 A du CGI, la première vérification devrait conduire à constater que les personnes qui recourent à la tontine font l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport aux personnes qui recourent à tout autre type d'acte à titre onéreux, puisque sont appliqués, pour cet acte à titre onéreux, les droits de mutation à titre gratuit. Ensuite, il ne fait pas de doute que cette imposition est fondée sur une raison d'intérêt général qu'a clairement affichée le législateur : la lutte contre la fraude fiscale⁹². C'est le dernier contrôle, reposant sur la proportionnalité du dispositif par rapport à l'objectif, qui est toujours le plus délicat. Or c'est à ce sujet que le Conseil constitutionnel retient, depuis 2015, une position stricte à l'égard des présomptions irréfragables⁹³, puisqu'il les censure indirectement en émettant à leur sujet une réserve d'interprétation exigeant que la présomption soit simple. En effet, le Conseil a retenu, à plusieurs reprises, que les dispositions contestées ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que le contribuable puisse être admis à apporter la preuve contraire au fait présumé par le texte déféré⁹⁴. Pour reprendre l'exemple de la décision du Conseil constitutionnel relative au régime fiscal du *trust* que posait l'article 885 G ter du CGI en matière d'ISF⁹⁵, il a considéré que ce texte porterait atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques en présumant que les biens placés dans un *trust* sont rattachés au patrimoine du constituant, sans permettre à ce dernier d'établir que ces biens ont été réellement transférés à une autre personne et ne lui confèrent aucune capacité contributive⁹⁶. Des auteurs soutiennent depuis que le Conseil pose une interdiction absolue des présomptions irréfragables d'évasion ou de fraude fiscale⁹⁷, ce qui conduirait donc à la censure de l'article 754 A du CGI sur la tontine.

90 CC, 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

91 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises, préc., n° 14.

92 V. § 13.

93 Dès lors qu'elles sont ainsi qualifiées, puisque sa position est différente en présence de règles d'assiettes ne constituant pas des présomptions de fraude (V. § 14).

94 V. CC, 20 janv. 2015, n° 2014-437 QPC, au sujet de l'article 238-0 A du CGI. – CC, 1^{er} mars 2017, n° 2016-614 QPC, au sujet de l'article 123 bis du CGI.

95 V. § 14.

96 CC, 15 déc. 2017, n° 2017-679 QPC, préc.

97 V. not. L. Ayrault, La fin des présomptions ? A propos des présomptions irréfragables, préc., p. 22 et s. - S. Austry, L'interdiction constitutionnelle des présomptions irréfragables et l'article 209 B : Dr. fisc. 2016, n° 21, étude 342.

85 F. Gény, préc., n° 234, p. 299. – Rapp. F. Douet, Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 280, 1997, préf. B. Nél, n° 429.

86 V. § 5.

87 C. Quéstand-Finet, Les présomptions en droit privé, thèse préc., n° 67.

88 G. Wicker, V° Fiction, préc., loc. cit.

89 « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

20. La protection du droit de propriété - Même si le Conseil constitutionnel préfère, à ce sujet, se fonder sur l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est possible de considérer que l'imposition résultant de l'article 754 A du CGI, au vu de la différence qu'elle implique entre l'application des droits de mutation à titre onéreux et des droits de mutation à titre gratuit pour les personnes sans lien de famille, a un caractère confiscatoire et porte ainsi atteinte au droit fondamental de propriété⁹⁸. L'application de cette présomption irréfragable a effectivement pour conséquence de faire passer un taux d'imposition de 5,81 %⁹⁹ à 60 %, ce qui peut être considéré comme excessif. Cette présomption emporte en effet une multiplication par dix du taux d'imposition, ce qui a pour conséquence de priver le tontinier survivant de plus de la moitié de la part qui lui échoit. Les garanties semblent bien minces : aucune preuve contraire de l'absence de gratuité n'est possible et l'application des droits de mutation à titre onéreux est admise par l'alinéa 2 de l'article 754 A du CGI uniquement si le bien, dans lequel habitent les tontiniers à titre d'habitation principale, a une valeur inférieure à 76 000 €, ce qui apparaît illusoire au regard des prix de l'immobilier actuels, étant ajouté qu'il sera difficile et risqué pour les tontiniers de compter sur le jeu de cette exception puisque le dépassement de la valeur, appréciée au jour du premier décès, conduit à l'application, pour toute la valeur du bien, des droits de mutation à titre gratuit. Il n'est donc pas exclu que la Cour européenne des droits de l'homme, qui a déjà invalidé une disposition reposant sur une présomption irréfragable, sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel relatif à la protection des biens¹⁰⁰, et inclut la matière fiscale dans le champ de ce texte¹⁰¹, considère que ce dispositif porte atteinte au droit de propriété protégé par la Convention.

98 Sur l'application de cette protection, v. F. Pezet, Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises : Dr. fisc. 2013, n° 22, comm. 300 ; D. Larbre, Le caractère confiscatoire de l'impôt : Dr. fisc. 2012, n° 20, comm. 291.

99 Pour les immeubles. Si l'acte porte sur un fonds de commerce, le taux est plus faible (barème progressif prévu à l'article 719 du CGI : 0 % de 0 à 23 000 €, 3 % de 23 000 à 200 000 € et 5 % au-delà de 200 000 €). Si la tontine porte sur des titres sociaux, il faut distinguer, en application de l'article 726 du CGI, selon qu'il s'agit d'actions (taux de 0,1%), de parts sociales (taux de 3%) ou de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière (taux de 5%).

100 CEDH, 15 nov. 1996, Katikaridis et a. c/ Grèce et Tsomtsos et a. c/ Grèce : JDI 1997, 255, obs. P.T. (présomption irréfragable existant en droit grec selon laquelle le riverain d'une route nationale profitant de l'élargissement de celle-ci, le montant de l'indemnité qui lui est due est réduit d'autant ; ce système a été jugé « excessif » en ce qu'il « ne tient aucun compte de la diversité des situations », et est « manifestement dépourvu de base raisonnable ».

101 V. CEDH, 2 déc. 1985, Svenska Management gruppen AB c/ Suède, D. et R. : « La perception d'un impôt ou autre contribution ne serait contraire au respect des biens que si elle imposait à l'intéressé une charge intolérable ou bouleverserait sa situation financière ». Certes, la Cour laisse une large marge d'appréciation aux États en soulignant que la législation en cause n'est pas « dépourvue de base raisonnable » (v. par ex. CEDH, 31 janv. 2006, Dukmedjian c/ France). Mais n'est-ce pas cette base qui fait défaut, en présence d'une présomption irréfragable, comme cela a été exprimé dans la décision précitée Katikaridis et a. c/ Grèce ?

2° L'atteinte aux principes fondamentaux processuels

21. Atteinte au droit à un recours effectif - Évoquer une invalidité de l'article 754 A du CGI du point de vue des droits de la défense pourrait paraître vain au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, par une interprétation assez stricte de la rédaction de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a exclu le contentieux fiscal du champ de ce texte¹⁰². Comme l'a néanmoins déjà démontré un auteur¹⁰³, l'article 6, § 1 de la Convention n'est sans doute pas le fondement le plus approprié pour discuter de la validité des présomptions irréfragables, ce qui s'explique par la nature particulière des présomptions. En soi, la présomption irréfragable ne vient pas interdire une preuve contraire, mais rend simplement le fait établi « insusceptible d'exercer une quelconque influence sur une situation érigée par le législateur en certitude absolue et incontestable »¹⁰⁴.

S'il ne peut donc être considéré que la présomption irréfragable interdit ou entrave l'accès à un juge¹⁰⁵, sa conséquence n'en reste pas moins de « ruiner, avant tout débat de fond, la prétention qu'elle contredirait »¹⁰⁶. Appliqué au régime fiscal de la tontine, l'article 754 A du CGI n'empêche pas, en lui-même, de saisir le juge pour remettre en cause le traitement fiscal de la tontine, mais rend inopérant l'argument fondé sur le défaut de qualité d'acte à titre gratuit du pacte litigieux. Cette conséquence des présomptions irréfragables ne peut pour autant être négligée, puisque « ce sont l'effectivité et l'adéquation du recours qui paraissent altérées »¹⁰⁷, de sorte qu'il a pu être soutenu qu'existe une potentielle violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme défendant le droit à un recours effectif¹⁰⁸. Bien qu'il ne jouisse pas d'une indépendance totale, en ce qu'il ne peut être invoqué qu'en relation avec un autre droit reconnu par la Convention¹⁰⁹, le droit à un recours effectif se voit reconnaître une portée certaine dans la mesure où un requérant peut s'en prévaloir sans que soit établie la violation d'un autre article de la Convention¹¹⁰. Il suffit en effet qu'une personne soit dans une situation lui permettant d'alléguer la violation d'un droit reconnu par la Convention sans être mise réellement en mesure de défendre cette alléguation¹¹¹. Tel est le cas des tontiniers qui pourraient défendre leur

102 CEDH, 12 juill. 2011, Ferrazzini c/ Italie : JCPG, I, 105, n° 6, obs. F. Sudre.

103 A.-B. Caire, Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme, thèse préc., p. 344 et s.

104 A. Bergeaud, Le droit à la preuve, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 525, 2010, préf. J.-C. Saint-Pau, n° 362.

105 F. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. III : Élaboration technique du droit positif, préc., n° 234, p. 307.

106 Ibid.

107 A.-B. Caire, thèse préc., p. 345.

108 Ibid., p. 345 et s.

109 V. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel, Droit européen et international des droits de l'homme : PUF, 14^e éd., 2019, n° 430.

110 CEDH, 6 sept. 1978, Klass c/ Allemagne : JDI 1980, 463, obs. P. Rolland.

111 CEDH, 18 déc. 1996, Valsamis c/ Grèce : JCPG 1997, I, 4000, n° 43 et 45, obs. F. Sudre.

droit de propriété auquel porte atteinte cette imposition en remettant en cause la qualification d'acte à titre gratuit de leur convention. L'impossibilité absolue de cette allégation du fait du caractère irréfragable de la présomption de gratuité prive ainsi le contribuable d'un droit à un recours effectif. Quels correctifs s'offrent alors au législateur pour faire échapper le régime fiscal de la tontine à tous ces griefs d'invalidité ?

B. De lege ferenda : les correctifs de l'invalidité

22. Deux directions envisageables - Deux solutions peuvent être proposées pour remédier à l'invalidité du régime actuel de l'imposition de la tontine. La première vient simplement modifier l'article 754 A du CGI en substituant une présomption simple à la présomption irréfragable (1°). La seconde, plus radicale, consiste à abroger le texte, laissant s'appliquer la procédure de l'abus de droit (2°).

1° La substitution d'une présomption simple à une présomption irréfragable

23. Une substitution admise - Cette première solution, consistant à remplacer une présomption irréfragable par une présomption simple, est celle qu'a retenue le Conseil constitutionnel, lorsque lui étaient soumises des impositions qu'il n'a pas considérées comme entièrement conformes à la Constitution. Par la technique de la réserve d'interprétation, les juges, sans décider de l'inconstitutionnalité – et donc de l'abrogation – du texte déferé, exigent qu'il soit interprété de telle manière qu'il laisse au contribuable la possibilité de renverser la présomption établie¹¹². De façon comparable, c'est une substitution d'une présomption simple à une présomption irréfragable que le législateur français a dû réaliser à la suite d'une condamnation d'un de ses dispositifs fiscaux par la Cour de justice de l'Union européenne¹¹³. Même si le régime fiscal français de la tontine, en ce qu'il ne pose pas de discrimination entre les ressortissants de l'Union européenne, ne pourrait donner lieu à un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne, il n'est pas inintéressant de relever que la Cour de justice a, à plusieurs reprises, condamné les présomptions irréfragables en matière fiscale, par l'effet d'un contrôle de proportionnalité entre l'objectif de lutte contre les montages purement artificiels de ces mesures et les atteintes à la liberté de circulation ou d'établissement qu'elles portent. Selon le juge européen en effet, l'utilisation de présomptions fiscales ne doit pas consister en l'expression d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale mais en un examen précis de la situation du contribuable, de telle sorte que la mise en

œuvre de la présomption de fraude doit être circonstanciée¹¹⁴.

En dehors de la matière fiscale, la démarche consistant à abandonner des présomptions irréfragables pour les remplacer par des présomptions simples s'est développée ces derniers temps, au point que l'on a pu parler de « *chasse aux présomptions illégitimes* »¹¹⁵ : ainsi, par exemple, la présomption d'interposition de personne de l'article 911 du code civil est passée d'irréfragable à simple, à l'occasion de la loi du 23 juin 2006, de même que la présomption de libération du débiteur du fait de la remise volontaire du titre de créance par le créancier, depuis l'ordonnance du 10 février 2016 (C. civ., art. 1342-9)¹¹⁶. L'intérêt de cette substitution est d'aboutir à un point d'équilibre entre l'objectif de facilitation de la preuve recherchée par le législateur en faveur d'une partie ou d'une cause particulière – ici, la lutte contre la fraude fiscale –, et la protection de la personne contre laquelle joue la présomption. L'article 754 A du CGI serait rédigé, comme l'article 751 du CGI, en réservant la preuve contraire que pourrait apporter le contribuable : « *les biens recueillis [...] sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement, sauf preuve contraire* ». Cela permettrait à l'administration fiscale d'appliquer directement les droits de mutation à titre gratuit, en laissant néanmoins au contribuable la possibilité de prouver que l'acte est en réalité conclu à titre onéreux. Il est néanmoins possible de se demander si une telle facilité accordée à l'administration fiscale se justifie encore aujourd'hui. Du fait de l'absence d'imposition des transmissions à cause de mort entre époux et partenaires pacsés, la tontine a surtout une utilité pour les personnes se trouvant dans une situation de vie moins commune¹¹⁷. Si pour ces dernières, tout détournement n'est pas à exclure¹¹⁸, ce risque est donc beaucoup moins présent aujourd'hui qu'au

114 CJCE, 17 juill. 1997, C-28/95, Leur-Bloem. - CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas. - CJUE, 5 juill. 2012, C-318/10, Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA : Dr. fisc. 2013, n° 3, comm. 71, note E. Meier et A. Calloud. - Comp. CJUE, 28 oct. 2010, C-72/09, Ets Rimbaud SA : Dr. fisc., 2010, n° 49, comm. 588, note A. Maitrot de la Motte et E. Dubout qui ne remet pas en cause une telle présomption irréfragable dans le contexte particulier des relations entre un État membre et certains États tiers à l'Union européenne couvertes par la liberté de circulation des capitaux (v. à ce sujet, L. Ayrault, La fin des présomptions ? A propos des présomptions irréfragables, préc., p. 21-22).

115 A.-B. Caire, thèse préc., p. 366.

116 Reste notamment l'imputation sur la quotité disponible de la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, prévue à l'article 918 du code civil, qualifiée de présomption irréfragable de gratuité (Cass. civ. 1^{re}, 29 janv. 2014, n° 12-14.509 et 13-16.511 : AJ fam. 2014, p. 199, note N. Levillain). Cette règle a été considérée comme conforme à la Constitution (CC, 1^{er} août 2013, n° 2013-337 QPC), ce qui a donné lieu à certaines critiques (V. not. S. Deville, L'article 918 du code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée : Dr. famille mai 2014, étude 8), un auteur ayant émis des doutes quant à la compatibilité de la solution avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH (M. Nicod, Maintien du caractère irréfragable de la présomption de gratuité édictée par l'article 918 du code civil : Dr. famille avr. 2014, comm. 64).

117 Il s'agit principalement des personnes partageant leurs vieux jours (V. § 3).

118 Il en va ainsi notamment de la pratique consistant pour un oncle ou une tante, qui n'a pas d'enfant, d'acquérir un bien en tontine avec son neveu ou sa nièce.

112 V. les décisions citées *supra* (V. § 19, note 77).

113 Il s'agit de la modification des articles 990 D et suivants du CGI à la suite de la décision rendue par la Cour de justice (CJCE, 11 oct. 2007, C-451/05, Sté Elisa). V., à ce sujet, A. Maitrot de la Motte, La taxe de 3 % et le droit communautaire : Dr. fisc. 2008, hors-série, étude 5.

moment de l'édiction de l'article 754 A du CGI¹¹⁹. Pour cette raison la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit suffirait sans doute, d'où la proposition d'abroger l'article 754 A du CGI.

2° L'abrogation de l'article 754 A du CGI

24. Équilibre de la procédure de l'abus de droit - Proposer l'abandon pur et simple de l'article 754 A du CGI revient à appliquer le droit commun à la tontine, autrement dit à la soumettre aux droits de mutation correspondant à sa qualification, que seule la procédure de l'abus de droit permettrait de remettre en cause. Le pacte tontinier devrait donc, en tant qu'acte à titre onéreux – car telle est sa véritable qualification¹²⁰ – être taxé au titre des droits de mutation à titre onéreux. Ce serait alors à l'administration d'apporter la preuve du caractère en réalité gratuit de l'acte, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF. S'agissant de remettre en cause la qualification d'un acte, ce n'est pas la fraude à la loi¹²¹, mais le « *caractère fictif* » de l'acte dont il s'agit ici, afin d'en « *restituer le véritable caractère* », selon les termes du texte, ce qui revient à démontrer l'existence d'une simulation¹²² pour permettre à l'administration de se prévaloir de l'acte réel. Dans ses conséquences comme dans sa détermination, la simulation fonctionne, en matière fiscale,

de la même manière que dans les rapports de droit privé¹²³. La simulation consistant en matière de tontine à déguiser une donation sous la qualification de pacte tontinier¹²⁴, il reviendra donc à l'administration d'établir des éléments démontrant le caractère gratuit de l'acte, ce qui doit résulter d'une analyse combinée de l'équilibre du financement, de l'âge et de l'état de santé des tontiniers au jour de l'acte¹²⁵. De par ses effets, la mise en œuvre de cette procédure permettra, de plus, d'infliger une véritable sanction aux fraudeurs, ce que ne permet qu'indirectement et de manière injuste le régime actuel, faute de distinguer selon les tontines frauduleuses ou non. Ainsi, en plus de l'application des droits de mutation à titre gratuit résultant de l'inopposabilité de l'acte simulé à l'administration fiscale prévue par l'article 64 du LPF, la démonstration de l'abus de droit permettrait d'assortir le montant des droits mis à la charge du contribuable d'une amende de 80% des droits dus, en vertu de l'article 1729, b du CGI¹²⁶. L'équilibre de cette procédure, mettant à la charge de l'administration la preuve de l'abus, mais lui permettant de le sanctionner plus lourdement, conviendrait parfaitement pour le régime fiscal de la tontine, acte juridique qu'il est aujourd'hui excessif de regarder comme une technique de fraude fiscale, et dont il serait bon d'apprécier les bienfaits dans une société où l'allongement de la durée de vie peut facilement rimer avec précarisation de la fin de vie.

K. LAFAURIE ■

119 C'était effectivement davantage les couples mariés qui, utilisant massivement la tontine à une époque, avaient été suspectés de vouloir contourner ainsi les droits de mutation pour cause de décès normalement dus.

120 V. § 7 et s.

121 Que peut davantage constituer, à l'heure actuelle, le recours à la société tontinière pour contourner l'article 754 A du CGI (v. B. Pacaud et R. Pujol, La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées : analyse fiscale : Defrénois 1991, art. 35045, n° 17).

122 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises, préc., n° 2566.

123 V. M. Cozian, La notion d'abus de droit, in Les grands principes du droit fiscal, préc., p. 17 et s. - F. Deboissy, La simulation en droit fiscal, thèse préc., n° 223 et s. et 737 et s.)

124 V. § 11.

125 Sur ces critères, V. § 10.

126 Cette majoration est ramenée à 40%, selon ce texte, « *lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire* », hypothèse peu plausible en ce qui concerne les parties au pacte tontinier.