



# La lettre des Masters Fédérés

## Édition Paris-Dauphine

Numéro 1 - Octobre 2019



# Numéro 1



## Le mot de la directrice

Créé en 2001 par le professeur Jean Prieur, père de l'ingénierie patrimoniale, le Master 2 Droit du Patrimoine Professionnel de l'Université Paris-Dauphine est aujourd'hui une offre de formation particulièrement appréciée par les banquiers, compagnies d'assurance, cabinets d'avocats et notaires.

Il accueille chaque année une trentaine d'étudiants qui suivent presque tous la formation en alternance. Il a été à l'origine de la fondation de la FNDP, sous l'impulsion de son fondateur et de sa directrice actuelle qui lui a succédé. Les directeurs des masters fédérés ont décidé que la lettre de la FNDP consacrerait sept numéros spéciaux par an à la publication d'articles rédigés par des étudiants, le challenge étant relevé à tour de rôle par chacun des masters.

C'est avec enthousiasme que les étudiants de Dauphine ont accepté d'inaugurer cette formule et ils vous livrent leurs réflexions. Tous les articles traitent d'un sujet au cœur de l'actualité de ces derniers mois, ont été encadrés par un professionnel et permettent de parcourir les champs nombreux, mais également variés de l'ingénierie patrimoniale.

Très bonne lecture !



**Sophie Schiller**

Professeur agrégée de droit privé à l'Université Paris-dauphine  
Directrice du master droit du Patrimoine professionnel (223)  
Co-Présidente de la FNDP

## Sommaire

Nos rédacteurs	4
Droit patrimonial de la famille	6
Immobilier	14
Fiscalité	16
Assurance Vie	30
Fiscalité Européenne	32



**Mélanie DIAKITE**

Etudiante du Master 2 - Droit du patrimoine professionnel à l'Université Paris-Dauphine



**Mathilde FEUGEAS**

Etudiante au sein du Master 213 Droit notariat et diplômée du Master 223 Droit du Patrimoine professionnel de l'Université Paris-Dauphine



**Julien HENRY**

Etudiant au sein du Master 2 Droit notarial de l'Université Paris II Panthéon-Assas. Diplômé du Master 2 DJCE de l'Université de Strasbourg et du Master 223 de l'Université Paris-Dauphine



**Justine CAULLERY**

Justine CAULLERY, notaire salariée, Etude GUILLAUD-BATAILLE (Paris) et étudiante du Master II Droit du patrimoine professionnel, Université Paris Dauphine



**Laure Emonet**

Banquier Privé à la Banque Populaire Rives de Paris, Diplômée du Master 223 Droit du patrimoine professionnel de l'Université Paris-Dauphine ainsi que du Master 2 Droit et gestion bancaire du patrimoine de l'Université Paris-Descartes



**François CELLARD**

Après avoir suivi un double cursus en droit des affaires et du patrimoine professionnel (La Sorbonne, Université Paris Dauphine) ainsi qu'en finance d'entreprise à l'Em Lyon (programme Grande Ecole), j'ai intégré l'école de formation du barreau de Paris. Je rejoindrai le cabinet d'avocats Jeusserand Audouard pour mon stage final après avoir travaillé sous la direction de Maître Cénac, notaire



**Karl GALLET**

Etudiant du Master 223 Droit du patrimoine professionnel à l'Université Paris-Dauphine



**Jean-Baptiste HASLE**

Diplômé Master Droit du Patrimoine Professionnel (223)



**Emilie FEIX**

Etudiante au sein du Master 221 Fiscalité de l'entreprise et diplômée du Master 223 Droit du patrimoine professionnel de l'Université Paris-Dauphine



**Caroline MIGNAVAL**

Diplômée de l'Université Paris Dauphine : Master 2 Gestion de Patrimoine et Banque Privée (261) puis Master 2 Droit du Patrimoine Professionnel (223). Elle a réalisé son cursus en apprentissage chez Natixis Wealth Management puis à la Banque Privée Européenne et désormais au pôle Family Office d'ODDO-BHF. Elle a également obtenu le Diplôme Fédéral de Juriste du Patrimoine (FNDP) et le Certificat d'Études Musicales (CNRR Nice).



**Pénélope BOCQUET**

Diplômée notaire à l'Université Paris II Panthéon Assas, Pénélope Bocquet a poursuivi sa formation à l'Université Paris Dauphine où elle a récemment obtenu son deuxième Master 2 spécialité Droit du patrimoine professionnel



**Romain MARAIS**

Ingénieur Patrimonial au sein de la Banque Privée Caisse d'Épargne Ile-de-France et diplômé du Master 2 (223) – Droit du Patrimoine Professionnel à l'Université Paris Dauphine



**Roxane CONTET**

Etudiante du Master 2 Droit du patrimoine professionnel de l'Université Paris-Dauphine

# Le notaire, nouveau garant de l'intérêt de la famille en matière de régimes matrimoniaux ?

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a modifié en profondeur la procédure de changement de régime matrimonial en présence d'enfants mineurs en supprimant l'homologation systématique du juge des tutelles.

Le juge étant délesté de son contrôle de conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille, le notaire se retrouve au cœur de cette nouvelle procédure (I). Cette place décisive qui lui est réservée par le législateur suscite de nombreux enjeux pratiques (II).

## I - Du juge au notaire

### A - Une procédure simplifiée

Par cette réforme, le législateur poursuit son objectif de désencombrer les juridictions en évitant les recours inutiles à ces dernières. Il simplifie, harmonise et optimise la procédure pour tous les époux.

Désormais, l'autorisation par le juge n'est requise que dans la situation où le notaire aura connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci.

Le principe devient la conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille. Les exceptions sont les situations à risques pour les intérêts du mineur nécessitant l'intervention du juge.

Ce principe tire les conséquences du fait que peu de changements de régime matrimonial sont contraires à l'intérêt de la famille. Les juges ont admis qu'un changement de régime matrimonial dans l'intérêt d'un seul des époux est conforme à l'intérêt de la famille. A titre d'exemple, sont aussi conformes à l'intérêt de la famille, un changement de régime matrimonial qui permettait l'amélioration de la situation pécuniaire du conjoint survivant ainsi qu'un changement de régime matrimonial dans un seul intérêt fiscal.

Ainsi, se pose la question du rôle à jouer par le notaire dans cette nouvelle procédure.

### B - L'appréciation de l'intérêt de la famille

Dans le but d'une simplification de la procédure, le législateur aurait pu confier l'appréciation de l'intérêt de la famille aux époux eux-mêmes, éléments centraux de cette famille. Cette solution poserait des difficultés puisque les époux seraient juges et parties de leur changement de régime matrimonial et donc manqueraient d'objectivité. S'ajoutant à cette difficulté, celle pour les époux d'appréhender les contours et le contenu de la notion juridique d'« intérêt de la famille ».

Le législateur a préféré confier cette mission au Notaire qui est le conseil des époux, le rédacteur du changement de régime matrimonial et un juriste averti. Le notaire devra donc apprécier l'intérêt de la famille mais aussi les intérêts de l'enfant mineur et décider de l'opportunité de saisir le juge afin d'obtenir son autorisation.

Comment le notaire va-t-il désormais apprécier les intérêts patrimoniaux de l'enfant mineur ? A l'aune de la jurisprudence antérieure, l'intérêt de la famille était principalement celui d'un ou des deux époux et non celui des enfants.

S'il faut tenir compte de l'intérêt de l'enfant mineur, comment articuler l'intérêt de la famille et l'intérêt de l'enfant lorsqu'ils sont divergents ? En matière du droit des personnes protégées, est pris individuellement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant alors que l'intérêt de la famille doit « faire l'objet d'une appréciation d'ensemble » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 1976, no 74-12.212).

En l'absence de plus de précisions, le notaire devra, pour apprécier ces deux intérêts distincts, se référer à la jurisprudence existante et porter une attention particulière aux intérêts de l'enfant mineur.

Force est de constater que le notaire se trouve, dorénavant, investi d'une partie de la mission de « surveillance générale des administrations légales et des tutelles de leur ressort » (article 388-3 Code civil) incombant au juge des tutelles, en matière de régime matrimonial et cela n'est pas sans conséquence.

## II - Les enjeux pratiques

### A - Les risques pour le notaire

L'élargissement des missions du notaire s'accompagne, corrélativement, d'un accroissement de sa responsabilité civile. Un des époux ou notamment le mineur devenu majeur peuvent reprocher à leur notaire la non-sollicitation d'une autorisation judiciaire ou invoquer le défaut de conseil.

S'ajoutant à la responsabilité civile du notaire, la nullité de l'acte contenant le changement de régime pourrait être une sanction envisageable. Cependant, le vieil adage « pas de nullité sans texte » apparaît comme un principe directeur du droit des contrats et pourrait faire obstacle à la nullité de l'acte.

## Le notaire, nouveau garant de l'intérêt de la famille en matière de régimes matrimoniaux ?

Sous l'égide de l'homologation judiciaire, la question de savoir si un époux pouvait contester l'acte contenant le changement de régime matrimonial en invoquant la nullité de ce dernier au moyen que le changement n'était pas conforme à l'intérêt de la famille, s'est déjà posée. La Cour suprême avait répondu par la négative aux motifs que « l'époux signataire d'une convention portant changement de régime matrimonial ne peut se prévaloir d'une prétendue contrariété à l'intérêt de la famille pour, hors de tout vice du consentement et de tout motif d'ordre public, demander l'annulation de cette convention » (Civ. 1re, 29 mai 2013, no 12-10.027).

Malgré ces considérations, il est important de rappeler que les enfants communs des époux recevront, au plus tard, les biens visés par le changement de régime matrimonial au décès de leur second parent qui aura été diligent. Le changement de régime ne fait que retarder leur accès à la propriété.

Quant aux enfants non communs, ils disposent de l'action en retranchement prévue à l'article 1527 du Code civil leur permettant de faire réduire l'avantage matrimonial excessif dépassant la quotité disponible entre époux.

Avant d'en arriver là, le notaire peut prendre certaines mesures afin d'éviter ou du moins diminuer ses risques.

### **B - Les précautions à prendre**

Le notaire précautionneux peut prévoir dans son acte des clauses lui permettant de motiver l'adéquation du changement de régime matrimonial avec l'intérêt de la famille et de préciser que le changement ne méconnaît pas l'intérêt de l'enfant eu égard à son patrimoine, aux donations qu'il a reçues...

En cas de doute, le notaire a toujours la possibilité de procéder à la saisine du juge des tutelles des mineurs afin de solliciter son autorisation judiciaire. Toutefois, le notaire devra trouver un juste équilibre afin de ne pas solliciter le juge de manière automatique et éviter une rejudiciarisation de la procédure. Ceci n'étant pas l'objectif du législateur.

Enfin, le notaire peut refuser d'instrumenter. Cela n'empêchera pas les époux de solliciter un autre notaire qui aura une perception différente de l'intérêt de la famille et des risques patrimoniaux pour l'enfant mineur et acceptera de procéder au changement de régime matrimonial projeté par les époux



**Mélanie DIAKITE**

sous la direction de Fabrice LUZU,  
Notaire à Paris

## Donation de bien commun réalisée par des époux ayant adopté le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale : clair-obscur sur le rapport ...

Deux époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts font donation d'un bien commun à l'un de leurs enfants, se réservant l'usufruit. Puis, ils adoptent le régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au dernier vivant. Dès lors, comment assurer l'égalité successorale via le rapport, alors que la convention matrimoniale aboutit, semble-t-il, à vider de son contenu la succession du prémourant ? Tel est l'enjeu de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 avril 2019 (pourvoi n° 18-16.577).

Veuf, un époux décède à son tour, laissant pour lui succéder ses deux enfants, dont l'un a reçu de ses parents donation de la nue-propriété d'un immeuble commun. Des difficultés apparaissent quant à la valeur rapportable à la succession du défunt, d'autant plus qu'aucune disposition particulière n'a été prise dans l'acte de donation.

Par arrêt en date du 12 mars 2018, la cour d'appel de Pau estime que le rapport doit s'effectuer lors du décès du second parent donateur et qu'il porte sur l'entière valeur du bien donné car, à la faveur de la convention matrimoniale, ledit parent s'est trouvé « attributaire de l'intégralité de la communauté ». Pour justifier cette décision, la cour d'appel se fonde sur les articles 1438 et 1439 du Code civil dont il résulterait que « lorsque deux époux, conjointement ou l'un d'eux avec le consentement de l'autre, ont fait une donation à un enfant issu du mariage, à l'aide de biens communs, la charge définitive de la libéralité incombe, sauf clause contraire, à la communauté ». En somme, le rapport ne devrait être fait pour le tout qu'à la succession de l'époux donateur ayant recueilli l'entière communauté.

Débitrice du rapport, la fille donataire forme alors un pourvoi. La question est de savoir à quelle succession une donation de bien commun doit être rapportée lorsque les deux époux donateurs ont adopté le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale au dernier vivant.

Au visa de l'article 850 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 23 juin 2006 (laquelle n'a pas évolué depuis), et des articles 1438 et 1439 du même code, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, considérant qu'« en l'absence de clause particulière dans l'acte, seule la moitié de la valeur du bien objet de la donation était rapportable à la succession de [l'époux donateur décédé en second lieu] ». A noter qu'en un second moyen, le pourvoi portait également sur la question du rapport des frais afférents à la donation litigieuse et pris en charge par les parents donateurs. Or, selon l'article 624 du Code de procédure civile, la cassation « s'étend également à l'ensemble des dispositions [de la décision cassée] ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire »

; tel serait le cas de la disposition relative au rapport des frais précités. Privilégiant, dès lors, le premier moyen du pourvoi, la Cour de cassation procède à une mise au point éclairante (I), non sans maintenir des zones d'ombre persistantes (II).

### I - Une mise au point éclairante

Procédant à une mise au point éclairante, la Cour de cassation rappelle la nécessité du dédoublement du rapport en présence d'époux codonateurs (A), ce dont on induit l'indifférence de l'attribution intégrale de la communauté au survivant des époux codonateurs (B).

#### A - Le dédoublement du rapport en présence d'époux codonateurs

D'abord mentionnés par la cour d'appel, les articles 1438 et 1439 du Code civil visent en réalité la constitution de dot. Or, une donation ne peut être qualifiée de dot qu'à la condition de pourvoir à l'établissement autonome du donataire (Cass. com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-14.365). Tel n'est pas le cas d'une donation réalisée en nue-propriété, laquelle prive le donataire de la jouissance et des fruits du bien donné, et ne permet pas son établissement autonome. L'opération a donc seulement le caractère de donation ordinaire.

Repris en son visa par la Cour de cassation, ces articles ne servent pas pour autant de fondement explicite à la cassation. En effet, la Haute Juridiction se positionne principalement sur le terrain du rapport dont traite l'article 850 du Code civil, lui-même inscrit au visa.

Or, la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur cette question, retenant cette même solution notamment pour les donations ordinaires (Cass. 1ère civ., 12 juillet 1989, pourvoi n° 88-13.446). De cette solution, s'induit l'indifférence de l'attribution intégrale de la communauté au survivant des époux codonateurs.

#### B - L'indifférence de l'attribution intégrale de la communauté au survivant des époux codonateurs

Récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'en cas de donation de bien propre consentie par l'un des époux, avant que ceux-ci n'adoptent une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au dernier vivant, le rapport est néanmoins dû à la succession du prémourant : est donc indifférente la clause d'attribution intégrale au dernier vivant adossée à la communauté universelle (Cass. 1ère civ., 3 avril 2019, pourvoi n°18-13.890).

## Donation de bien commun réalisée par des époux ayant adopté le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale : clair-obscur sur le rapport ...

Toutefois, dans l'arrêt ici commenté, la Cour de cassation ne s'explique pas expressément sur la comptabilité du rapport avec une communauté universelle doublée d'une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. Et pourtant, la Cour de cassation censure les juges du fond pour violation de la loi, ce qu'il convient d'expliquer. De fait, si la convention matrimoniale précitée ne permet pas de recenser des biens existants à l'ouverture de la succession de l'époux prémourant, du moins existe-t-il une masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve, comprenant les libéralités entre vifs donnant lieu à réunion fictive. Dès lors, le risque de réduction et/ou de rapport est important pour l'enfant gratifié lorsque ses frères et sœurs ne l'ont pas été. D'où l'intérêt pour les parents de recourir à la donation-partage en allotissant tous leurs enfants héritiers réservataires : l'opération permet de geler les valeurs à la date de la donation, aux conditions de l'article 1078 du Code civil, tout autant que d'échapper au rapport.

### II - Des zones d'ombre persistantes

Malgré la clarté de l'attendu de principe, la Cour de cassation ne se prononce ni sur la question de l'évaluation du rapport (A) ni sur les conséquences de la présence d'une « clause particulière » (B), laissant ainsi persister des zones d'ombre.

#### A - La question de l'évaluation du rapport

L'enfant non gratifié doit être vigilant lors du règlement de la première succession et demander la mise en œuvre du rapport par moitié, même en cas d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant. Or, en l'espèce, aucun rapport n'était manifestement intervenu, fût-ce par moitié, à la succession du prémourant des époux donateurs. L'enjeu, pour l'enfant non gratifié, était alors d'obtenir que le rapport puisse s'effectuer en totalité lors du second décès. La Cour de cassation n'ayant pas retenu cette solution, l'égalité entre héritiers ne peut être ici totalement rétablie.

Mais, lorsque le rapport se fait effectivement par moitié à la succession de chacun des époux codonateurs, quelle valeur prendre en compte ? Selon l'article 860 du Code civil, « le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation ». Toutefois, la valeur rapportable pourrait être différente en fonction de la date du décès des parents, et ce d'autant qu'au second décès, le donataire initialement gratifié en nue-propriété aura reconstitué la pleine propriété du bien donné, du fait de l'extinction de l'usufruit réservé. Non soulevée par le pourvoi, cette question n'est pas réglée par la Cour de cassation.

#### B - Les conséquences de la présence d'une « clause particulière »

La Cour de cassation précise que la solution retenue ne vaut qu'en l'absence de « clause particulière ». Il pourrait s'agir d'une clause d'imputation exclusive de la donation sur la succession du donateur prémourant ou encore d'une clause d'imputation principale sur la succession du prémourant et subsidiaire sur celle du survivant.

Civilement, les effets de ces deux clauses concordent : la donation constituée en avancement de part successorale est réputée être réalisée uniquement par le prémourant. Fiscalement, l'administration distingue. Dans le premier cas, le prémourant est considéré comme le seul donateur et la perception effectuée sur la donation doit être révisée en conséquence. Cela peut entraîner un supplément de droits en raison du jeu des abattements et de la progressivité de l'impôt. En revanche, les autres héritiers voient leur part taxable diminuée de l'excédent du rapport. Dans le second cas, la révision de la perception sur la donation entraîne en général un supplément d'impôt plus faible, mais les autres héritiers supportent les droits de mutation par décès sur la totalité de leur part. Où l'on voit que lesdites clauses sont à stipuler avec précaution...



#### **Mathilde FEUGEAS**

sous la direction de Anne KARM,  
Professeur à l'Université Paris-Dauphine,  
Directrice du Master 2 de Droit notarial

## Communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant : l'impossible éviction des règles successorales au premier décès !

L'adoption par des époux d'un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant n'évite pas de procéder à la liquidation de la succession du conjoint prémourant. C'est ce que rappelle l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 avril 2019 (pourvoi n° 18-13.890).

Un époux décède en laissant deux filles et son épouse avec laquelle il s'est marié en secondes noces sous le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au dernier vivant. En l'espèce, le litige ne porte pas tant sur les relations entre les enfants et la seconde épouse de leur auteur – ayant procédé à leur adoption simple – que sur les relations entre les seuls enfants, l'un ayant été gratifié par le de cujus et non l'autre. En effet, après le décès de leur père et beau-père, l'une des descendantes et son époux invoquent l'existence de libéralités consenties par le de cujus à leur sœur et belle-sœur. Ils introduisent alors une requête en partage judiciaire de la succession.

Par arrêt en date du 18 janvier 2018, la cour d'appel de Colmar déboute l'enfant non gratifié de sa demande. Selon les juges du fond, il n'y aurait aucune masse à partager dans la succession en raison de l'adoption par les époux du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. La question posée par le pourvoi est alors la suivante : malgré l'inexistence de biens présents par l'effet de la clause d'attribution intégrale au conjoint survivant, la succession du de cujus peut-elle tout de même donner lieu à des opérations de liquidation-partage ?

La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, considérant que l'héritière non gratifiée pouvait prétendre au rapport et à la réduction des libéralités litigieuses. Elle précise que les libéralités ont été consenties par le de cujus avant le changement de régime matrimonial, en sorte qu'elles avaient pour objet un bien qui n'était pas entré en communauté.

Dès lors, il convient de distinguer, d'une part, la nécessaire liquidation de la succession de l'époux donateur prémourant, malgré la clause d'attribution intégrale au conjoint survivant (I), et, d'autre part, l'articulation délicate entre les libéralités consenties par les époux et la clause d'attribution intégrale au conjoint survivant (II).

### I - La nécessaire liquidation de la succession de l'époux donateur prémourant, malgré la clause d'attribution intégrale au conjoint survivant

Il importe d'abord d'opérer une distinction entre l'inexistence de biens présents et l'inexistence d'une masse à partager (A), puis d'attirer l'attention sur le risque de rapport ou de réduction de la donation consentie à l'un seulement des enfants (B).

#### A - La distinction entre l'inexistence de biens présents et l'inexistence d'une masse à partager

La clause d'attribution intégrale au conjoint survivant permet d'assurer l'avenir de l'époux survivant et facilite le règlement de la succession du prémourant en évitant la naissance d'une indivision. Cela étant, il serait faux de penser que, du fait de la communauté

universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant, il n'y a pas de succession à liquider.

D'abord, l'article 720 du Code civil affirme que la succession d'une personne s'ouvre automatiquement par sa mort ; ainsi, la succession de l'époux prémourant s'ouvre en principe à son décès.

Ensuite, l'inexistence de biens présents, tenant à la convention matrimoniale, n'équivaut pas à l'absence de toute masse successorale à partager. Il est vrai que le de cujus ne laisse aucun bien à son décès, du fait du régime matrimonial choisi par les époux : tels sont les effets des articles 1397 et 1526 du Code civil qui prévoient respectivement la possibilité de changer de régime matrimonial et la faculté de choisir la communauté universelle, au cas présent assortie d'une clause d'attribution intégrale. Pour autant, sa succession peut tout de même donner lieu à liquidation et partage en présence de libéralités portant sur des biens qui ne sont pas entrés en communauté. Il existe, en effet, une masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve héréditaire comprenant, au titre de la réunion fictive, les libéralités entre vifs ; dès lors, la masse à partager comprendra, le cas échéant, indemnité(s) de réduction et valeur(s) rapportable(s).

Cette solution n'est d'ailleurs pas nouvelle (V. Cass. 1ère civ., 19 déc. 2012, pourvois n°11-23.378 et n°11-25.400).

### B - Le risque de rapport ou de réduction de la donation consentie à l'un seulement des enfants

En pratique, il existe un risque fort de rapport et de réduction pour l'héritier gratifié. D'une part, l'héritier gratifié en avancement de part successorale est tenu au rapport afin de rétablir l'égalité entre cohéritiers. Or, de l'article 843, alinéa 1er, du Code civil, il résulte qu'une donation faite à un héritier est présumée avoir été consentie en avancement de part successorale, sauf disposition expresse contraire, absente en l'espèce. D'autre part, la réduction, prévue à l'article 920 du Code civil, sanctionne les libéralités excessives en ce qu'elles portent atteinte à la réserve. Sans doute, l'article 1525 du Code civil précise que l'attribution de l'entière communauté à l'époux survivant est réputée constituer, non une donation, mais une convention de mariage et entre associés. Néanmoins, pour les besoins de la liquidation successorale, et spécialement pour déterminer une éventuelle atteinte à la réserve, on traite cet avantage matrimonial comme une libéralité. Or, sous l'effet de la clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant, l'actif successoral est vidé mécaniquement ; la communauté absorbe tous les biens existants, sous réserve de propres par nature et sauf l'éventuelle reprise des apports par les héritiers du prémourant.

## Communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant : l'impossible éviction des règles successorales au premier décès !

Dès lors, la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve, établie conformément à l'article 922 du Code civil, ne comprend que les biens donnés, ce qui expose le donataire à subir la réduction.

Aussi, pour prévenir le risque de rapport et/ou de réduction, il est opportun de recourir à la donation-partage au profit de tous les héritiers réservataires du disposant. Celle-ci permet d'exclure le rapport et de figer les valeurs au jour de l'acte, aux conditions posées à l'article 1078 du Code civil.

### II - L'articulation délicate entre les libéralités consenties par les époux et la clause d'attribution intégrale au conjoint survivant

Il convient de distinguer selon la qualité du/des donateurs : soit un époux seul a qualité de donateur (A), soit les deux époux ont qualité de codonateurs (B).

#### A - Le cas d'un parent unique donateur

La Cour de cassation insiste sur la date des libéralités, en l'espèce « consenties par le défunt avant le changement de régime matrimonial » portant adoption de la communauté universelle. Précisément, elles portent sur « un bien qui n'était pas entré en communauté », c'est-à-dire un bien propre, en sorte qu'un époux seul a pris qualité de donateur. Sous le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant, l'enfant gratifié encourt donc rapport et réduction lors du règlement de la succession du seul époux prémourant donateur.

Dès lors, il apparaît opportun d'organiser les règles du partage de la communauté afin de gonfler la masse à partager pour que tous les enfants puissent être allotés. Pour ce faire, plusieurs moyens sont envisageables. Tout d'abord, la clause d'attribution peut être aménagée, par exemple limitée au quart des biens communs ou ne porter que sur l'usufruit des biens communs. Par ailleurs, il est possible d'exclure certains

biens de la communauté universelle. Enfin, la clause d'attribution intégrale peut être tout simplement supprimée : dans ce cas, à la dissolution du régime matrimonial par décès de l'époux prémourant donateur, seule la moitié des biens revient au conjoint survivant. Tous ces aménagements ont alors pour effet d'augmenter la masse à partager et ainsi de rétablir, en tout ou partie, l'équilibre entre héritiers.

#### B - Le cas des deux parents codonateurs

Si les libéralités avaient été consenties après le changement de régime matrimonial, par les deux parents agissant en qualité de codonateurs de biens communs, elles n'auraient été présumées consenties que pour moitié par l'époux prémourant. Or, la Cour de cassation considère que la donation d'un bien commun par deux époux à l'enfant commun est rapportable par moitié à la succession de chacun des époux codonateurs, nonobstant l'adoption ultérieure, par ceux-ci, du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant (Cass. 1ère civ., 17 avr. 2019, pourvoi n°18-16.577). Ainsi, le régime matrimonial n'a pas pour effet de dispenser le donataire du rapport successoral au décès du prémourant des époux.

Dès lors, en amont de tout changement de régime matrimonial, il est nécessaire d'analyser les opérations faites par les époux en vue de définir une stratégie patrimoniale adaptée. Il peut notamment apparaître opportun d'insérer dans la donation une clause d'imputation sur la succession du survivant des donateurs. Cette clause produira deux effets : la donation n'est rapportable qu'au décès du survivant des époux, renforçant l'éventualité d'un simple rapport en moins prenant, tandis que le risque de réduction s'amenuise considérablement car tous les biens communs que le conjoint survivant laissera à son décès seront des biens existants venant gonfler la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve puis la masse à partager. Reste que d'autres répercussions s'ensuivront, notamment sur la qualité de donateur...



#### **Julien HENRY**

sous la direction de Anne KARM,  
Professeur à l'Université Paris-Dauphine,  
Directrice du Master 2 de Droit notarial

## Financement des biens acquis par des époux soumis au régime de la séparation de biens : la « saga » jurisprudentielle se poursuit

Le financement des biens immobiliers acquis par des époux soumis au régime de la séparation de biens fait couler beaucoup d'encre, et constitue un sujet de discorde intarissable encombrant nos juridictions depuis de nombreuses années. Si durant le mariage, cette problématique ne suscite que très peu de contentieux, c'est le plus souvent en cas de divorce et plus particulièrement lors des opérations de liquidation et de partage que les difficultés apparaissent.

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 mars 2019 (n°18-14.571) en constitue une parfaite illustration.

En l'espèce, un couple marié sous le régime de la séparation de biens a adopté la clause suivante « Les futurs époux contribueront aux charges du mariage, en proportion de leurs facultés respectives, conformément aux dispositions des articles 214 et 1537 du Code civil. Chacun d'eux sera réputé avoir fourni au jour le jour, sa part contributive, en sorte qu'ils seront assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre. »

### I - Le principe de la contribution aux charges du mariage

Cette clause par laquelle les époux conviennent que la contribution est acquittée au jour le jour dans la proportion de leurs facultés respectives se rencontre très fréquemment en pratique. Elle repose, en effet, sur le principe, consacré à l'article 214 du Code civil, de la liberté des conventions matrimoniales pour régler la contribution des époux aux charges du mariage. Cette dérogation au régime primaire connaît comme seule limite l'impossibilité d'exonérer totalement un époux de toute contribution aux charges du mariage. Ainsi, conformément à l'alinéa 1er de l'article 214 du Code civil, ce n'est qu'en l'absence de disposition dans la convention matrimoniale que la règle d'une contribution proportionnelle aux facultés des époux s'applique.

Les charges du mariage dépendent du train de vie que les époux se sont donné d'un commun accord, conformément à l'article 213 du Code civil.

Dans la présente affaire, les époux avaient acquis conjointement pendant leur union une résidence secondaire. Lors du divorce, l'époux revendique contre l'indivision une créance

au titre de son financement excédentaire du bien immobilier. La Cour d'Appel accède à sa demande. Les juges du fond considèrent, en effet, que l'épouse n'apporte pas la preuve que son mari n'avait pas contribué au jour le jour aux charges du mariage mais, avait au contraire rempli ses obligations en finançant l'acquisition du bien litigieux.

La Cour de Cassation censure cette position, au visa de l'article 1315, devenu 1353 du Code civil, en rappelant que c'est à l'époux revendiquant la créance qu'il appartient de renverser la charge de la présomption stipulée dans le contrat de mariage. Pour y parvenir, l'époux solvens devra établir que sa participation a excédé ses facultés contributives.

### II - Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond à l'égard de la contribution aux charges du mariage

L'arrêt s'inscrit dans une continuité jurisprudentielle en rappelant deux principes majeurs dégagés antérieurement.

D'une part, les juges confirment l'étendue de la contribution aux charges du mariage puisque ce n'est pas uniquement la résidence principale mais toute résidence secondaire qui est concernée par la notion de contribution aux charges du mariage (1ère Civ. 20 mai 1981 confirmation 1ère Civ. 18 décembre 2013). Cette solution est en conformité avec la position doctrinale qui admet depuis longtemps « que les charges du mariage peuvent encore englober les dépenses en capital pour autant qu'elle sont conformes à l'intérêt de la famille » (J.Flour et G Champenois, Les régimes matrimoniaux). Pour autant, même si les tribunaux retiennent une conception large de cette contribution, le financement d'un immeuble locatif ne relève pas des charges du mariage (1ère Civ., 5 octobre 2016).

D'autre part, la Cour de cassation confirme une nouvelle fois qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère simple ou irréfutable de la présomption de contribution aux charges du mariage acquittées au jour le jour par les époux.

## Financement des biens acquis par des époux soumis au régime de la séparation de biens : la « saga » jurisprudentielle se poursuit

Si le caractère irréfugable de la présomption est retenu, celle-ci ne pourra supporter la preuve contraire. Il sera donc interdit à un époux de faire valoir une créance à l'égard de l'autre, même si son apport pécuniaire à la vie commune excède sa faculté contributive ou n'est pas proportionnelle à ses revenus (1ère Civ. 3 octobre 2018). Toutefois, si les juges retiennent, comme en l'espèce, le caractère simple de la présomption, la charge de la preuve contraire c'est-à-dire de la sur-contribution incombe à l'époux solvens.

Le point délicat de la contribution aux charges du mariage réside donc dans sa délimitation incertaine. En conséquence, l'adoption de la clause régissant cette participation doit être particulièrement réfléchie et sa rédaction soignée.

### III - La « contractualisation » judiciaire des charges du mariage

Au regard du contentieux abondant soumis à la Cour de Cassation la contractualisation « sur-mesure » du régime matrimonial est donc un moyen efficace de lutter contre les éventuels conflits. Ainsi, afin d'éviter toute incertitude sur le sort du financement lors de la dissolution du régime matrimonial, il peut être opportun de déterminer les modalités et l'étendue de la contribution aux charges du mariage dans la convention matrimoniale. Celle-ci pourra notamment prévoir que la participation s'effectuera au moyen des revenus du couple, à l'exclusion de ceux qui seraient considérés comme propres dans le régime de communauté. Elle pourra également envisager que les dépenses d'investissement relatives à l'acquisition de la résidence principale ou de la résidence secondaire, ainsi que les dépenses d'amélioration afférentes à ces biens soient exclues.

La Cour de cassation rappelle avec constance que les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation s'agissant du caractère simple ou irréfugable de la présomption prévue par les époux séparés de biens en matière de

contribution aux charges du mariage. Afin de soustraire les futurs époux à cet aléa, il pourra donc être judicieux de leur conseiller de mentionner expressément le caractère de cette présomption dans leur convention matrimoniale et éviter ainsi toute incertitude à la dissolution du mariage.

Lors de l'adoption du régime de la séparation de biens, il est donc important d'évoquer avec les futurs époux cette problématique du financement des biens acquis conjointement pendant l'union et dans l'intérêt de la famille ainsi l'étendue de la contribution des charges du mariage doit être définie avec précision. La contractualisation sur mesure permettra d'anticiper les conséquences engendrées par la dissolution du régime matrimonial.



**Justine CAULLERY**

sous la direction de Diane Brunet Courtois  
Diplômée notaire  
Experte en stratégie patrimoniales

## Blockchain, le nouveau maillon de l'immobilier

Le 25 juin dernier, pour la première fois en Europe, une plateforme numérique a transféré un actif immobilier situé en région parisienne, à un promoteur par l'utilisation de la blockchain.

Cet évènement soulève de multiples interrogations sur les liens existants entre immobilier et blockchain mais également sur le potentiel de cette passerelle.

### Comment matérialiser un transfert de propriété immobilière en utilisant la blockchain ?

La Blockchain est une technologie de stockage et de transmission d'information qui se développe sur le réseau internet. Les informations qui y sont partagées sont logées dans des blocs qui composent cet univers. Elles sont ensuite copiées et partagées entre de multiples ordinateurs ou serveurs. Pour récupérer ces données, il faut rassembler les éléments contenus dans chaque ordinateur et vérifier que tout soit conforme. Ainsi la base de données est théoriquement infalsifiable.

En l'espèce, un acte notarié inscrit et valide la valeur de l'immeuble à l'actif d'une Société par Actions Simplifiées. La plateforme d'investissements enregistre cette société en tant qu'émetteur dans son système et fractionne ces parts en « tokens ».

Les droits de propriété des parts de la société détentrice de l'immeuble sont enregistrés et valorisés sur la blockchain. Ce procédé n'est pas sans rappeler l'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat qui dispose que « Les notaires sont les officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique » soit l'enregistrement au cadastre et à la sécurisation des opérations immobilières.

### Les promesses de la tokenisation

L'utilisation de la « tokenisation » peut toucher une diversité d'actifs qu'ils soient traditionnels ou complexes, liquides ou non. Ce mécanisme permet de faciliter l'accès des particuliers aux marchés habituellement destinés aux institutionnels grâce à la division des parts de propriété qui semble sans limite via les jetons numériques. On pourrait alors envisager que tout investisseur puisse acheter un fragment d'un centre commercial à New York ou bien d'un immeuble locatif à Shanghai pour quelques centaines d'euros. Comme l'a rappelé le 111e congrès des notaires de France en 2015, l'acte authentique du notaire répond à un besoin primaire de sécurité juridique dans le cadre de la constitution du pa-

trimoine notamment immobilier. La législation étrangère en matière d'acquisition immobilière peut-être soumise à des procédures différentes. Ce traitement est complexe à aborder pour l'investisseur français. C'est en harmonisant l'accès aux immeubles à travers le monde que le mécanisme de tokenisation permettra de fluidifier le marché.

### Utilisation des smart contracts, une révolution est en marche.

Avec l'utilisation de la technologie blockchain, il devient aisé de connaître de façon incontestable et instantanée quels étaient les précédents propriétaires et/ou locataires. L'accès aux incidents qui ont pu survenir devient immédiat et systématique. En résumé l'ensemble des données est accessible et la consommation énergétique ou encore les factures dématérialisées sont visibles en un clic, aidé il est vrai par le développement des objets connectés. Cette data plus fine, abondante d'informations et totalement transparente permet alors de réduire les risques, liés à l'acquisition du bâtiment proposé à la vente et d'améliorer son attractivité, entraînant ainsi une fluidification du marché.

Prenons pour exemple une vente, si les parties sont d'accord sur le prix de la transaction, l'acquéreur pourrait devenir immédiatement propriétaire du bien. La blockchain, combinée au smart contrat, serait en mesure de vérifier que l'acquéreur soit solvable, mais aussi comparer les taux de crédit sur le marché, transmettre les diagnostics obligatoires, détecter d'éventuels recours voire l'existence d'un droit de préemption. Verser l'acompte au vendeur et programmer le ou les versements complémentaires viendraient compléter le processus d'acquisition. La rémunération des différents intermédiaires comme l'État, le notaire, la banque ou encore l'agent immobilier serait également intégrée.

La remise en cause de certaines pratiques ou l'utilité de certains métiers est une question qui a le mérite d'être posée. Le notaire n'interviendrait plus dans l'accompagnement et l'enregistrement de la transaction mais se réorienterait naturellement vers plus de conseil. Cette désintermédiation accrue permettra une réduction des coûts et surtout des délais, les transactions étant effectuées de façon instantanée. On pourrait alors envisager un marché immobilier liquide, disposant d'une cotation en continue bénéficiant aux investisseurs, aux banques pour la valorisation de leur garantie, mais aussi au contribuable dans le cadre de ses obligations fiscales, notamment quant à sa déclaration à l'impôt sur la fortune immobilière.

## Blockchain, le nouveau maillon de l'immobilier

### Et la réglementation dans tout ça ?

La réglementation Française est favorable aux offres ouvertes au public si le montant est inférieur à 8 millions d'euros bénéficiant d'une procédure simplifiée avec pour seule obligation de produire un document d'information synthétique (DIS). Ce dernier est non visé par l'AMF. (Article 211-2 du Règlement Général de l'Autorité des marchés financiers (RGAMF) version en vigueur en Juillet 2018). L'ordonnance « blockchain » du 8 décembre 2017 dont le décret d'application a été publié le 24 décembre 2018 autorise l'inscription de titres émis en France dans un « dispositif d'enregistrement électronique partagé » (DEEP) ou « blockchain » sous condition de présenter des garanties pour les propriétaires de titres notamment disposer de relevés d'opérations et d'un système sécurisé d'identification.

### Face aux opportunités offertes par l'innovation restons attentifs aux menaces qui en découleront.

La « Financial Conduct Authority » (FCA) au Royaume Uni s'est prononcée le 12 septembre 2017 au travers d'une « alerte consommateurs » rappelant les risques de fraude, de volatilité des prix des jetons, d'absence de réglementation sans parler du blanchiment et financement du terrorisme. En effet, depuis l'essor des crypto monnaies, la blockchain

porte plusieurs milliards de capitaux et attire ainsi les hackers. Ce « coffre inviolable » semble dévoiler quelques failles qui ont déjà coûté plusieurs millions de dollars. Il faut être attentif à ces incidents car sans sécurité toutes ces évolutions perdront la confiance de tous et l'engouement de ce nouvel outil risque de vite retomber. Abordons cette faiblesse de façon positive : le temps de ces ajustements permettra aux différentes parties prenantes du monde immobilier de prendre le train du changement qui se dessine, inévitablement.



**Laure Emonet**

sous la direction de Mehdi Ali-Larbi,  
CEO Family Office Business Services

## L'évolution de la notion d'abus de droit fiscal : tempête dans un verre d'eau ?

Assurément, la question de l'abus de droit en matière fiscale n'a pas fini d'inquiéter les professionnels du droit ! En attestent deux nouvelles réponses ministérielles des 13 et 18 juin 2019 relatives à l'interprétation du nouvel article L. 64A du Livre des procédures fiscales. Celui-ci étend la procédure de répression des opérations inspirées d'un motif exclusivement fiscal (RM C.Procaccia, JOS Q n°09965 ; RM T.Degois, JOAN Q n°16264).

La nouvelle procédure d'abus de droit pour fraude à la loi permet à l'administration d'écarter les actes qui ont pour motif principal d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales. A compter du 1er janvier 2021 pour les actes passés ou réalisés à compter du 1er janvier 2020, l'administration pourra donc tout autant se prévaloir en la matière du motif exclusivement fiscal prévu par l'article L.64 dudit livre que du nouveau motif principalement fiscal énoncé à l'article L.64A. Toutefois, leurs champs d'application respectifs diffèrent. L'administration fiscale pourrait ainsi entretenir le flou qui lui serait profitable.

### L'extension du champ de l'abus de droit

L'extension du champ de l'abus de droit fiscal en France s'inscrit dans un mouvement d'harmonisation européenne et de convergence avec le droit conventionnel. D'après ces conventions internationales, les considérations fiscales ne sauraient constituer «l'objet principal d'une opération ou l'un de ses objets principaux» (modèle OCDE de clause anti-abus).

Plus encore, la Cour de Justice de l'Union européenne prend appui sur le principe général du droit de l'Union en vertu duquel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir de réglementations. Dans deux arrêts rendus le 26 février 2019, la Cour fait primer ce principe du droit européen en le rendant applicable même en l'absence de dispositions de droit national (Affaires C-116/16 ; C-117-16). Elle soumet alors la qualification d'abus de droit à ce que l'objectif poursuivi par la réglementation n'ait pas été atteint (i) et que la création artificielle des conditions du dispositif recherché témoigne de la volonté d'obtenir un avantage indu (ii).

Dans le prolongement de ce courant jurisprudentiel, sous l'égide de l'article 64 LPF (motif exclusif), le Conseil d'Etat admettait déjà l'abus de droit pour fraude à la loi lorsque l'objet fiscal était «déterminant», malgré d'autres avantages dérisoires ou minimes (CE. n°352989, 17 jui. 2013).

L'inflexion vers un concept plus englobant semblait donc avoir déjà été entamée, de sorte que l'on peut s'interroger sur la portée normative d'une telle évolution législative en France.

### Un abus de droit fiscal à deux étages

Il s'agirait, selon Bénédicte PEYROL, Rapporteuse des travaux de la mission d'information relative à l'évasion fiscale internationale des entreprises, d'un «abus de droit à deux étages». Cela se traduit notamment par la mise en œuvre de la majoration de 40 à 80 % pour manquement délibéré ou abus de droit prévue par l'article 1729 du CGI, uniquement applicable lorsqu'un motif exclusif est retenu. Le motif principal ne sera donc pertinent que pour faire application des règles d'assiette de l'impôt et non des pénalités pouvant être prononcées en cas de manquement de l'intéressé.

Ce nouveau mécanisme s'inscrit dans le prolongement de l'article 205 A du CGI introduit par la même loi de finances pour 2019 et transposant l'article 6 de la directive ATAD. Depuis le 1er janvier, ce dispositif spécial écarte, pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, tout montage mis en place pour obtenir à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable.

Dès lors, à compter du 1er janvier 2021, cohabiteront donc en matière d'abus de droit pour fraude à la loi deux dispositifs, l'un spécial, l'autre général, de détermination de l'assiette de l'impôt ainsi qu'un mécanisme entraînant, en plus du retraitement, une pénalité.

On peut regretter que la modification du champ de l'abus de droit n'ait pas conduit à la clarification du concept et se demander en quoi cela entraîne des changements dans la manière d'aborder désormais «l'optimisation fiscale».

## L'évolution de la notion d'abus de droit fiscal : tempête dans un verre d'eau ?

### L'appréciation du motif principalement fiscal au regard des stratégies actuelles

En l'attente de parution de commentaires au Bulletin officiel des Finances publiques, l'administration s'est refusée à tout développement général. Elle rappelle cependant qu'il convient pour chaque texte de se référer à l'esprit de la loi, c'est-à-dire à la volonté du législateur (Rep. C.Procaccia, ci-avant évoquée). En l'état, l'administration renvoie les praticiens à titre de précaution à l'exercice du rescrit fiscal (Rep. T.Degois, aussi évoquée). Cette appréciation subjective du motif principalement fiscal, imprécise, est source d'insécurité tant les conflits d'interprétation éventuels sont nombreux et l'exercice du rescrit imparfait.

L'interrogation porte à notre sens sur certaines opérations complexes fréquemment soumises au Comité de l'abus de droit fiscal. A titre d'illustration, en 2018, la moitié des avis émis portait sur des opérations d'apport avec soulte soumises au report d'imposition (article 150-0 B ter du CGI). Dans ces avis, renouvelés durant les séances du 10 janvier et 29 mars 2019, le Comité réaffirme avec fermeté que la soulte n'excédant pas 10 % de la valeur nominale des titres est permise en cas d'apport seulement si son versement est justifié économiquement. Elle fait ainsi prévaloir la justification économique de toute opération sur son intérêt patrimonial et fiscal. A l'aune de la nouvelle définition de l'abus de droit, la prévalence de l'intérêt fiscal pourrait être discutée. Reste que le choix par le contribuable de la voie fiscale la moins onéreuse a été admis par l'administration et les juges (RM Christ, 10 novembre 2015), ce qui conforte notre position prenant pour valides de telles opérations.

S'agissant des opérations de donation avant cession, éluder ou atténuer les charges fiscales en transmettant un instant de raison avant la cession un bien pour en purger la plus-value pourrait s'apparenter à un motif principa-

lement fiscal. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 9 avril 2014, a toutefois rappelé que l'intention libérale et le transfert de propriété primaient sur l'avantage fiscal, de sorte que cette opération ne devrait pas être remise en cause. Si cet argument devait persister sous l'emprise du nouveau texte, l'on pourrait considérer que la nouvelle définition de l'abus de droit est une tempête dans un verre d'eau.

L'administration fiscale a d'ailleurs d'ores-et-déjà écarté toute inquiétude en matière de donation de droits démembrés. En effet, la stratégie qui consiste pour le donateur à se réserver l'usufruit pour ne transmettre que la nue-propriété de biens, et réduire la base taxable, n'est pas remise en cause en ce qu'elle poursuit l'objectif du législateur d'anticiper et de préparer les successions. Cette position a notamment été confirmée par le communiqué n°568 du ministère de l'Action et des Comptes publics paru le 19 janvier 2019.

La modification dudit concept nous semble donc, sous réserve de futures précisions, non un changement d'envergure mais plutôt la marque d'une vigilance accrue de l'administration fiscale. Il restera de bonne pratique, demain comme hier, de ne pas laisser les sirènes de l'optimisation fiscale guider les choix patrimoniaux de nos clients..



**François CELLARD**  
sous la direction de Pierre CENAC  
Notaire au sein de C&C Notaires

## Déclaration des comptes étrangers : définition par le Conseil d'État de la notion de « compte utilisé »

Chaque année, tout résident français a la possibilité de déclarer les comptes qu'il détient à l'étranger durant la période déclarative. L'article 1649 A du Code Général des Impôts (CGI) prévoit que les personnes physiques domiciliées ou établies en France sont tenues de déclarer en même temps que leurs revenus les références des comptes ouverts, utilisés ou clos à l'étranger. Le non-respect de cette obligation est sanctionné. Toutefois, la rédaction imprécise de cet article a conduit le Conseil d'État, le 4 mars 2019, à ne pas sanctionner pécuniairement un couple ayant omis de déclarer un compte étranger. La loi du 23 octobre 2018 est intervenue entre temps afin de corriger cette imprécision.

**Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> – 9<sup>ème</sup> chambres réunies, 4 mars 2019, n°410492, mentionné dans les tables du recueil Lebon**

Des époux ont fait l'objet d'un examen contradictoire de leur situation fiscale personnelle portant sur les années 2008 à 2010. Au cours de cette procédure, l'administration fiscale a relevé que les époux n'avaient pas déclaré l'existence de deux comptes bancaires qu'ils détenaient au Luxembourg. En conséquence, l'administration fiscale leur a infligé une amende pour chaque compte non déclaré en application du IV de l'article 1736 du CGI. Les époux ont contesté en justice ces deux amendes.

Par un jugement rendu le 24 avril 2015, le Tribunal Administratif de Nice a déchargé les époux de l'amende infligée au titre d'un seul des deux comptes étrangers non déclarés. Le ministre de l'économie et des finances a interjeté appel de ce jugement. Par un arrêt du 11 avril 2017, la Cour Administrative d'Appel de Marseille a confirmé le jugement rendu en première instance. Les juges du fond ont constaté que « *le compte luxembourgeois litigieux n'avait enregistré, au cours de l'année 2009, que des opérations de crédit relatives au versement d'intérêts que ce compte a rapportés et de débit portant sur des frais bancaires* ». Ils en ont conclu que « *l'administration, qui n'allègue pas que les époux auraient effectué de leur propre initiative au moins une opération de crédit ou de débit sur le compte litigieux, n'apporte pas la preuve qui lui incombe que le compte aurait été utilisé en 2009* ».

Estimant que la Cour administrative d'appel n'a pas correctement appliqué l'article 1649 A du CGI, le ministre de l'économie et des finances s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'État.

L'enjeu est de savoir si le compte luxembourgeois litigieux peut être qualifié de compte utilisé. De cette qualification découlerait l'obligation pour les époux de le déclarer en application de l'article 1649 A du CGI.

Le Conseil d'État rejette le pourvoi dans son arrêt du 4 mars 2019. Il reprend l'appréciation souveraine des juges du fond et adopte une définition négative de la notion de compte utilisé. En effet, il affirme « **qu'un compte bancaire ne peut être regardé comme ayant été utilisé par un contribuable pour une année donnée que si ce dernier a, au cours de cette année, effectué au moins une opération de crédit ou de débit sur le compte** ». Puis, il ajoute que « ne constituent pas de telles opérations, d'une part, toute inscription en compte des intérêts produits par les sommes déjà déposées au titre des années précédentes, et, d'autre part, tout paiement des frais de gestion pour la tenue du compte ».

Cette définition du Conseil d'État comporte des inconvénients. Elle conduit à considérer qu'un compte étranger n'est pas utilisé alors même que des intérêts liés aux sommes versées sont comptabilisés et potentiellement imposables selon la rédaction de la convention fiscale internationale. Ainsi, un résident français ouvrant un compte à l'étranger ne serait plus tenu de le déclarer dès lors qu'aucun mouvement de fonds ne serait réalisé de sa propre initiative au cours d'une année. En revanche, il serait tenu de le déclarer dès lors qu'il réalise une opération de gestion.

A l'appui de son arrêt, le Conseil d'État se réfère aux travaux préparatoires de la loi de finances pour 1990 dont est issu l'article 1649 A du CGI. L'objectif de cette loi de finances est de permettre aux résidents français d'ouvrir un compte à l'étranger mais à la condition de le déclarer chaque année à l'administration fiscale. Cette obligation déclarative a été introduite aux fins de prévenir et de poursuivre la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, objectifs à valeur constitutionnelle depuis la décision n° 99-424 DC rendue le 29 décembre 1999 par le Conseil Constitutionnel. Ceci explique l'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de non-respect. Il semble que la définition de compte utilisé donnée par le Conseil d'État n'est pas en cohérence avec l'objectif affiché par les textes auxquels il se réfère.

## Déclaration des comptes étrangers : définition par le Conseil d'État de la notion de « compte utilisé »

L'administration fiscale dispose de larges pouvoirs pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. En effet, elle peut procéder à un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle des contribuables en vertu de l'article L.12 du Livre des Procédures Fiscales. En l'espèce, grâce à cette procédure, l'administration fiscale avait découvert l'existence des deux comptes étrangers non déclarés par les époux. Elle bénéficie également de renseignements sur les résidents français provenant des États avec lesquels la France a conclu une convention fiscale internationale.

Par une démarche qui pourrait s'expliquer par une anticipation de cet arrêt du Conseil d'État, la loi n°2018-898 du 23 octobre 2018 a apporté des modifications à l'article 1649 A du CGI. Désormais, les personnes physiques domiciliées ou établies en France sont tenues de déclarer en même temps que leurs revenus les références des comptes ouverts, **détenus**, utilisés ou clos à l'étranger. La simple détention d'un compte étranger, utilisé ou non, doit être déclarée chaque année aux services fiscaux par le biais du formulaire n° 3916. En revanche, l'arrêt du Conseil d'État aura tout de même vocation à s'appliquer

aux contentieux ouverts avant le 25 octobre 2018, le nouvel article 1649 A du CGI n'ayant pas de portée rétroactive.

La révision de cet article le rapproche de l'esprit des textes dont il est issu. Ceci nourrit l'espoir d'une efficacité accrue dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.



**Karl GALLET**

Sous la direction de Monsieur Stéphane DE LASSUS, Associé, Charles Russell Speechlys Société d'Avocats

## Constitutionnalité du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI en cas de donation postérieure des titres

Le transfert, sur la tête du donataire, du report d'imposition applicable aux plus-values d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur est-il constitutionnel ? Jugeant la question sérieuse, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité. Par une décision du 12 Avril 2019 (N°2019-775), les sages ont prononcé la conformité à la constitution des dispositions du II de l'article 150-0 B ter du CGI qui prévoient ledit transfert, sur la tête du donataire, de la plus-value en report attachée aux titres transmis.

### 1 - Genèse du mécanisme du report d'imposition de la plus-value en présence d'un apport à une société contrôlée par l'apporteur.

Face aux difficultés de l'administration fiscale à remettre en cause les schémas de donation-cession sur le fondement de l'abus de droit, la loi du 29 décembre 2012 a exclu du mécanisme du sursis d'imposition les plus-values réalisées à l'occasion d'un apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur. Le contribuable bénéficie désormais d'un report d'imposition de la plus-value dont le principe et le montant sont fixés dès l'opération d'apport. Ce report est maintenu, sous conditions, aussi longtemps que le contribuable conserve les titres reçus. En d'autres termes, le report est maintenu tant que le contribuable ne dispose pas, directement ou indirectement, des liquidités provenant de la cession. Quant à la donation entre vifs, aux termes de l'article 150-0 B ter, II, du CGI, lorsque les titres reçus en rémunération de l'apport sont transmis à titre gratuit, « la plus-value en report est imposée au nom du donataire en cas de cession [...] des titres reçus dans un délai de 18 mois à compter de la donation [...] ». C'est précisément sur le II dudit article que portait la QPC renvoyée par le Conseil d'Etat devant le Conseil Constitutionnel.

### 2 - Faits

Le requérant, à la suite d'opérations d'apport en chaine, détenait 50 % des titres d'une société. L'imposition des plus-values réalisées à l'occasion des différents apports avait bénéficié d'un report. Le requérant a fait donation, le 29 mai 2018, d'une quote-part des titres détenus à son épouse et ses enfants. Ces derniers ont cédé les titres transmis le 28 Juin 2018, soit un mois après la donation. A ce titre, la plus-value a dû être déclarée (les enfants, mineurs, étaient rattachés au foyer fiscal du donateur). Le requérant, donateur, considérait que le II de l'ar-

ticle 150-0 B ter du CGI (Al. 2, 3 et 4) portait atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques. A l'appui de sa demande, il invoquait notamment une décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2012.

### 3 - La décision du Conseil Constitutionnel du 29 décembre 2012 (N°2012-661).

Le projet de loi de finances pour 2012 prévoyait que la plus-value résultant de la cession des titres reçus dans les 18 mois suivant la donation était déterminée comme suit : prix de cession des titres reçus par le donataire – prix d'acquisition desdits titres par le donateur. Le donataire était alors imposé sur la plus-value réalisée depuis l'origine par le donateur. Le Conseil constitutionnel censura cette mesure en considérant, d'une part, qu'elle faisait peser sur le donataire une imposition liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert des titres, et que, d'autre part, le critère de la durée séparant la donation de la cession des titres était insuffisant pour présumer de manière irréfragable que l'opération avait pour seule fin d'éluider l'impôt.

Les dispositions de l'article 150-0 B ter ayant été inspirées par celles censurées en 2012, il aurait légitimement pu être envisagé qu'elles subiraient le même sort. Le schéma présenté aux sages était cependant différent, bien que les mécanismes en cause soient très proches.

### 4 - La décision du 12 Avril 2019.

Le Conseil constitutionnel énonce que :

- Les dispositions contestées s'inscrivent dans un mécanisme de report qui vise à favoriser les restructurations d'entreprises susceptibles d'intervenir par échanges de titres. Afin de maintenir le bénéfice du report d'imposition en présence d'une donation, le législateur a transféré la charge sur la tête du donataire ;

- L'article 150-0 B ter du CGI prévoit que la plus-value, au moment de l'apport, est constatée et déclarée par le contribuable et placée en report. Lorsque le donataire reçoit les titres, il mentionne, dans sa déclaration, le montant de la plus-value en report ;

- La plus-value est définitivement exonérée lorsque le donataire conserve les titres plus de 18 mois à compter de la transmission.

## Constitutionnalité du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI en cas de donation postérieure des titres

Le Conseil constitutionnel conclut que « le législateur s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi et n'a pas méconnu l'exigence de prise en compte des capacités contributives. Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques doit être écarté ».

Premièrement, selon les sages, il faut regarder le transfert du report de plus-value sur la tête du donataire comme un avantage en ce qu'il permet de ne pas faire tomber le report, pour le donateur comme pour le donataire. Prévoir un tel transfert sur la tête du donataire serait donc en parfaite adéquation avec l'objet de la loi (son but), qui est de favoriser les restructurations d'entreprises.

Deuxièmement, les sages affirment que les dispositions contestées, bien que faisant peser sur le donataire une imposition liée à l'enrichissement antérieur du donateur, ne sont en rien contraires au principe d'égalité devant les charges publiques. Les justifications avancées peinent à convaincre : le donataire a connaissance de la « charge » afférente à la donation. En acceptant la donation, il consent au transfert sur sa tête du report d'imposition. Charge lui est faite, personnellement cette fois, de conserver les titres 18 mois durant pour bénéficier d'une exonération totale. L'exigence d'une telle conservation semble se rattacher à l'objet de la loi : la donation ne doit pas être guidée uniquement par l'objectif de réaliser une cession sans acquitter l'impôt sur la plus-value en report. Il n'en reste pas moins que le donataire qui céderait à bref délai se verrait imposer sur la plus-value réalisée par le donateur.

Quid de l'hypothèse fréquente d'une donation en nue-propriété avec clause de remploi ? Dans ce cas, le nu-propriétaire qui céderait dans les 18 mois suivant la donation ne disposerait d'aucunes liquidités liées à la cession mais devrait s'acquitter de l'impôt de plus-value. Est-ce prendre en compte les facultés contributives de chacun ? Une telle décision interroge sur la stabilité de la jurispru-

dence du Conseil constitutionnel et sur la mise en œuvre des critères d'appréciation de l'égalité devant l'impôt.

### 5- Conclusion - Anticiper le traitement de la plus-value en report.

Un chef d'entreprise (ou un associé réputé avoir le contrôle) animé d'une intention libérale, qui prévoit une cession à moyen-long terme de son entreprise, serait bien avisé d'anticiper progressivement la transmission de son patrimoine. Les opérations de cession ne permettent que rarement d'attendre 18 mois pour se mettre en place. La transmission anticipée des titres, en pleine propriété ou en nue-propriété, permettrait de purger la plus-value à hauteur des titres transmis.



**Jean-Baptiste HASLE**  
Sous la direction d'Arlette Darmon,  
Notaire associée,  
Présidente du groupe Monassier

## L'inégale imposition des non-résidents aux prélèvements sociaux

Depuis longtemps la CSG et la CRDS animent le débat. Ces dernières ayant pour but de rembourser la dette de la sécurité sociale, s'est posée la question de savoir s'il s'agissait de cotisations sociales ou de prélèvements obligatoires. La France, les assimilant à des prélèvements obligatoires, a tenté d'imposer les non-résidents sur leurs revenus immobiliers. La CJUE, les qualifiant de cotisations sociales, a refusé une telle imposition pour les non-résidents affiliés à un régime de sécurité sociale d'un état membre de l'EEE (UE, Norvège, Lichtenstein) et de la Suisse. Tout comme le juge constitutionnel, elle a néanmoins admis, que soient imposés les non-résidents affiliés à un régime de sécurité sociale d'un état tiers à l'EEE et à la Suisse, ce que la Cour administrative d'appel de Versailles a confirmé le 29 janvier 2019.

### I - Un long processus jurisprudentiel

L'imposition des non-résidents aux prélèvements sociaux sur leurs revenus immobiliers opérée en 2012 par la loi de finance rectificative a été remise en cause par l'arrêt De Ruyter. Cet arrêt consacre le principe selon lequel les personnes non-affiliées au régime de sécurité sociale français ne sont pas redevables des prélèvements sociaux.

En 2017, le Conseil Constitutionnel a déclaré que l'imposition des non-résidents affiliés à un régime de sécurité sociale d'un Etat tiers à l'EEE et à la Suisse était conforme à la Constitution. Au niveau européen, la CJUE a confirmé cette décision dans un arrêt Jahin, estimant qu'une telle imposition ne contrevenait pas au principe de libre circulation des capitaux. L'arrêt de la Cour d'appel administrative de Versailles vient confirmer cette jurisprudence.

Les faits de l'espèce sont les suivants : M.X résident fiscal américain a perçu des revenus fonciers de source française. Ces revenus ont été soumis à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux. M.X a alors demandé la décharge des dits prélèvements. Il a fait valoir deux arguments : l'absence de toute prestation sociale en France et la contrariété d'une telle imposition au principe de libre circulation des capitaux.

Les juges du fond ont appliqué à l'espèce la solution de l'arrêt Jahin. Ils ont commencé par admettre la différence de traitement qu'établissait la France entre les non-résidents affiliés au régime de sécurité sociale d'un état membre de l'EEE ou de la Suisse et ceux affiliés au régime de sécurité sociale d'un état tiers. Ils ont ensuite énoncé que cette différence était justifiée en ce qu'elle découlait de la diffé-

rence de situation objective dans laquelle se trouvait les deux types de non-résidents. Ils en ont alors déduit que l'imposition des non-résidents affiliés au régime de sécurité sociale d'un état tiers ne contrevenait pas au principe de libre circulation des capitaux et été donc conforme au droit de l'UE.

Pour connaître l'imposition de chaque non-résident, il convient donc de se référer à leur lieu d'affiliation. Les non-résidents affiliés à un régime de sécurité sociale de l'EEE et de la Suisse sont exonérés de prélèvements sociaux mais restent soumis au prélèvement de solidarité au taux de 7,5 %. Les non-résidents affiliés à un régime de sécurité sociale d'un état tiers sont, quant à eux, imposés aux prélèvements sociaux au taux de 17,2%.

### II - Une imposition inégale des non-résidents aux prélèvements sociaux

Afin de mettre la loi en conformité avec le droit européen, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 a exonéré de CSG et de CRDS les non-résidents affiliés au régime de sécurité sociale d'un état de l'EEE et de la Suisse.

La loi de finances pour 2019 a, elle aussi, modifié l'imposition des non-résidents en tentant d'aligner leur situation sur celle des résidents français. A ce titre, les personnes transférant leur résidence principale dans un autre Etat membre de l'UE ou ayant conclu une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt bénéficient désormais des mêmes conditions d'exonération que les résidents (article 150 U II-1° du CGI). Auparavant, ils n'avaient droit qu'à une exonération partielle de 150 000 euros (article 244 bis A II-1° du CGI). Le régime de cette exonération partielle a également été modifié à la faveur des non-résidents qui ont désormais 10 ans pour céder leur résidence principale ou secondaire au lieu de 5.

Les dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 prévoyant l'exonération de CSG et de CRDS semblent aller à contre-courant de cet alignement de situation entre résidents et non-résidents ressortissants d'Etats membres de l'EEE. Elles ont néanmoins un point commun : elles améliorent la situation des non-résidents. Elles ne concernent qu'une partie d'entre eux : les non-résidents d'Etats membres de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse.

## L'inégale imposition des non-résidents aux prélèvements sociaux

Les grands perdants de ces réformes sont donc les non-résidents ressortissants ou affiliés à un régime de sécurité sociale d'un état tiers, ces derniers étant soumis aux prélèvements sociaux sur leurs revenus immobiliers aussi bien dans leurs pays qu'en France où le taux d'imposition s'élève à 17,2 %. A contrario, les non-résidents affiliés au régime de sécurité sociale d'un Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse n'étant soumis qu'au prélèvement de solidarité voient leur risque de double imposition considérablement réduit. Ne faut-il pas y voir les simples effets de la politique européenne d'harmonisation fiscale ?



**Emilie FEIX**

sous la direction de Stéphane De Lassus,  
Avocat au Barreau de Paris,  
Cabinet Charles Russel Speechlys

## La cession de titres à un prix minoré : les clarifications défavorables du Conseil d'Etat

La décision du Conseil d'Etat du 6 février 2019 fait application des principes édictés dans deux affaires récentes, en apportant des clarifications sur les conséquences d'une sous-évaluation des titres cédés

*En 2008, la SARL Alternance céda à une société luxembourgeoise les parts qu'elle détenait à un prix unitaire de deux euros par titre. À la suite d'une vérification comptable, l'administration avait considéré que leurs valeurs étaient en réalité de 111 euros et 105 euros par titre. Dans sa décision, le Conseil d'Etat confirme l'arrêt d'une cour administrative d'appel. Dans le cadre de son pourvoi, la société contestait d'une part la méthode de valorisation des titres appliquée par l'administration pour caractériser l'insuffisance de prix et la mise en œuvre de la théorie de l'acte anormal de gestion sans avoir à établir l'intention de la société de consentir une libéralité. D'autre part, elle soutenait que la Cour avait commis [?] une erreur de droit en taxant l'insuffisance de prix au taux normal de l'IS et non selon le régime des plus-values à long terme sur titres de participation*

Cet arrêt confirme, si besoin était, **la nécessité de céder les titres d'une société à une valeur de marché/vénale en respectant les préconisations du guide de l'administration fiscale**. Nous présenterons les différentes méthodes d'évaluation et les conséquences encourues en cas de cession de titres à un prix minoré : juridiques (acte anormal de gestion, qualification de donation déguisée) et fiscales (sous-estimation de la plus-value taxable, imposition aux droits de mutation à titre gratuit).

La valeur vénale ne fait l'objet d'aucune définition légale. Selon la jurisprudence, **c'est la valeur qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande dans un marché réel**. Dès lors, l'administration ne doit pas chercher une valeur de détention mais une valeur de transmission.

La théorie de l'acte anormal de gestion trouve également sa source dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. **C'est la dépense à la charge de l'entreprise ou privant cette dernière de recette, à des fins étrangères à son intérêt**. Cette théorie justifie que la charge ou le produit qui en résulte soit réintégré dans son résultat imposable, qui est augmenté d'autant (Articles 38 et 39 du CGI).

### I - La juste évaluation des titres cédés : application du guide de l'administration fiscale

Le guide de l'administration fiscale [citer avec une note de bas de page le titre précis du guide et sa date de publication]

apporte une ligne de conduite large pour évaluer les entreprises et les titres de société. Dans un souci de transparence, il permet d'harmoniser les pratiques d'évaluation et de faire le lien entre l'administration et les contribuables. Ces derniers connaissent ainsi les méthodes qui orientent l'évaluation de l'administration, afin de limiter les contentieux avec la direction générale des impôts. En effet, l'administration fiscale peut notifier un redressement fiscal lorsqu'elle estime que la valeur déclarée est inférieure à sa valeur vénale.

Le guide préconise de réaliser préalablement une **analyse qualitative** de la société à partir de ses éléments intrinsèques (par exemple sa structure financière), de ses éléments extérieurs (le secteur, la concurrence, la réglementation...) et de ses perspectives (évolution du chiffre d'affaires, du résultat d'exploitation etc.).

Ensuite, l'administration peut procéder à **l'évaluation des titres** :

- Par comparaison : à partir de valeur de titres similaires (cession antérieure de moins de 24 mois dans des conditions comparables, ou transactions d'entreprises de taille et de secteur proches).

- À partir de la valeur globale de l'entreprise : l'administration emprunte une démarche plurielle : elle pondère différentes méthodes d'évaluation selon la nature, l'activité ou la taille de l'entreprise. Il existe deux grandes approches pour déterminer la valeur vénale de la société :

Une approche patrimoniale : la valeur mathématique.

C'est la somme des valeurs vénales des éléments de l'actif moins la somme des éléments du passif réel et des provisions. Passer des valeurs comptables aux valeurs réelles nécessite de réaliser des retraitements des postes comptables, parfois incompatibles avec la réalité économique et financière (absence de comptabilisation de certains éléments incorporels, dépréciation monétaire, réserves occultes...).

Une approche fondée sur la rentabilité dégagée par l'entreprise : valeur de productivité déterminée à partir du bénéfice, valeur de rendement à partir du dividende distribué, valorisation par un multiple du résultat d'exploitation (REX) ou de l'excédent brut d'exploitation (EBE), la marge brute d'autofinancement, la méthode des cash-flows actualisés (DCF).

## La cession de titres à un prix minoré : les clarifications défavorables du Conseil d'Etat

Entre ces deux modèles, la méthode de la survaleur ou du goodwill emprunte aux deux approches. C'est le supplément de valeur de l'entreprise dû à sa réputation, son nom, sa marque etc., apprécié en fonction des fonds propres de l'entreprise (approche patrimoniale) et de leur rentabilité. Toutefois, la valeur de tous les titres d'une société n'est pas nécessairement égale à la valeur globale de celle-ci. Dans cette valeur globale ne sont pris en compte ni le pouvoir de décision ni les réglementations légales ou statutaires propres à chaque titre transmis, pouvant constituer une cause de moins-value. Il est donc parfois nécessaire d'opérer ensuite à des retraitements (ex : décote de 10% en cas de clause d'agrément).

### II - Le risque juridique d'une cession de titres à un prix minoré : la qualification d'acte anormal de gestion ou de donation déguisée

Traditionnellement, pour mettre en œuvre la théorie de l'acte anormal de gestion en cas de cession d'un actif immobilisé à un prix minoré, l'administration devait rapporter la preuve d'un élément objectif par l'appauvrissement sans contrepartie et d'un élément subjectif résultant de l'intention de la société de s'appauvrir. Néanmoins, la démonstration de cet élément intentionnel prêtait à débat. Le Conseil d'Etat est venu clarifier la pratique de l'administration qui doit simplement montrer l'existence d'un écart significatif entre le prix de cession et la valeur vénale des biens cédés. Le contribuable pourra alors contester le redressement s'il prouve que l'évaluation de l'administration n'est pas pertinente, ou que la cession à un prix inférieur à sa valeur vénale est bien conforme à l'intérêt de la société. Il est donc primordial de documenter **en amont** les preuves justifiant l'intérêt d'un éventuel prix de cession décorrélé de la valeur de marché. De plus, la décote du prix de vente qui n'est pas justifiée eu égard au marché peut révéler en réalité une **donation déguisée**. Elle résulte de la dissimulation d'une libéralité sous l'apparence d'un autre acte valable, le plus souvent une vente, aux fins de diminuer la fiscalité (les droits de mutation à titre onéreux étant moins élevés que ceux à titre gratuit). À ce titre, **les ventes intrafamiliales sont particulières suspectées par**

**l'administration fiscale**, qui conseille de faire appel, en amont de la transaction pour l'évaluation, à un expert indépendant.

### III - Les conséquences fiscales : la sous-estimation de la plus-value taxable ou la taxation aux droits de mutation à titre gratuit

Selon l'article 219 I a quinquies du CGI, **les plus-values à long terme réalisées à l'occasion de la cession de titres de participation profitent d'une fiscalité avantageuse** : elles sont exonérées à condition que les titres aient été détenus depuis au moins deux ans, et sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 12% dans le résultat de l'exercice, taxable au taux normal de l'IS.

Si l'acte anormal de gestion est confirmé, l'insuffisance de prix constatée en cas de cession à un prix minoré est appréhendée comme une libéralité imposable dans les conditions de droit commun, ne pouvant donc pas bénéficier du régime des plus-values à long terme. Néanmoins, se posait toujours la question de la nécessité de prouver la « libéralité ». En l'espèce, le Conseil d'Etat va réintégrer les sommes éligibles au régime de faveur des plus-values dans le résultat de la société, imposable au taux normal. Il va procéder ainsi sans caractériser l'existence d'une intention libérale, ce qui permet d'infirmier une telle interprétation. Le simple fait que l'administration fiscale établit l'existence d'une insuffisance de prix significative lors d'une cession de titres immobilisés, sur le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion semble donc, au sens de ce courant jurisprudentiel, permettre la caractérisation d'une « libéralité » entraînant l'imposition des sommes réintégréées au taux normal de l'IS.

D'autre part, si les soupçons de donation déguisée se trouvent vérifiés par l'administration, alors les droits de mutation à titre gratuit et non à titre onéreux sont exigés, assortis d'une pénalité de retard. En cas de mauvaise foi démontrée, la pénalité sera de 40%, voire de 80% en cas de manœuvres frauduleuses.



#### Caroline MIGNAVAL

sous la direction de Nicolas KLAPISZ,

Associé,

Responsable du département Valuation,

Modeling & Economics pour l'Europe de l'Ouest  
chez EY

## Le règlement européen 2016/1191 et la circulation des documents publics à l'étranger : un allègement procédural bienvenu mais qui ne résout pas tout

Acte de naissance, contrat de mariage, extrait de casier judiciaire... autant de documents publics qui, jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement (UE) n°2016/1191 le 16 février 2019, peinaient à circuler d'un pays européen à l'autre, entravant ainsi la liberté de circulation effective des citoyens de l'Union européenne.

### Un règlement aux objectifs ambitieux

Le règlement part du constat que le citoyen européen rencontre encore de nombreux obstacles dans l'exercice de sa liberté de circulation, notamment lorsqu'il s'agit de produire, à l'étranger, des documents attestant de sa situation personnelle et familiale. Jusqu'à présent, la présentation de la plupart des documents publics en dehors du pays d'origine suppose, très souvent, de supporter un parcours administratif contraignant et long, et d'autant plus compliqué que les formalités diffèrent d'un pays à l'autre. La règle de principe en la matière consistait, en effet, à faire traduire, par un traducteur habilité, le document dans la langue du pays d'accueil, et de le faire légaliser par les autorités du pays d'origine afin de pouvoir attester de son authenticité. Autant de procédures longues et coûteuses, et ce même si, avec la convention de La Haye du 5 octobre 1961, la légalisation avait été remplacée partiellement par le mécanisme plus souple de l'apostille, moins contraignant, et qui constitue une sorte de certification préalable, apposée sur l'acte ayant vocation à circuler, par les autorités dont il émane. Comparativement, le règlement 2016/1191 impose aux États membres de s'accorder une confiance mutuelle dans la délivrance des documents publics attachés à la personne, leur véracité étant présumée pour des raisons de foi liée à l'intervention d'une autorité publique.

### Un domaine d'application large

Pour l'application du règlement, on doit entendre par « document public » les documents émanant d'une autorité ou d'un fonctionnaire relevant d'une juridiction d'un État membre, y compris ceux qui émanent du ministère public, d'un greffier ou d'un huissier de justice, mais aussi les documents administratifs et les actes notariés. Sont donc notamment exclus les documents délivrés sous seing privé. Toutefois, les mentions d'enregistrement, les visas pour date certaine et les certifications de signatures apposées sur un acte sous seing privé entrent dans le champ du règlement. Le domaine

matériel du règlement, quant à lui, porte essentiellement sur l'état, la capacité des personnes et la famille, ce qui intéressera particulièrement les notaires. Relèvent ainsi du règlement les documents publics qui permettent d'établir la naissance, le fait d'être en vie, le décès, le nom, le mariage (y compris la capacité à se marier et la situation matrimoniale), le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage, le partenariat enregistré (y compris la capacité à conclure un partenariat enregistré), le statut, la dissolution et l'annulation du partenariat enregistré, la filiation, l'adoption, le domicile et/ou la résidence, la nationalité et l'absence de casier judiciaire.

### Des procédés efficaces de simplification

Pour faciliter la circulation de ces documents et de leurs copies certifiées conformes, le règlement prévoit plusieurs mesures de simplification. D'abord, depuis, le 16 février 2019, il n'existe plus aucune obligation de légaliser ou d'apostiller entre les États membres les actes publics qui entrent dans le domaine d'application du règlement. De ce point de vue, le règlement présente le mérite d'uniformiser la règle sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne là où les contraintes administratives d'un pays à l'autre étaient très peu lisibles du fait de la multiplication des conventions applicables en la matière. Ensuite, l'article 6 prévoit deux hypothèses dans lesquelles la traduction préalable du document ne sera plus exigée. La première est celle où le document est établi dans l'une des langues officielles de l'État où il est présenté. Ainsi, un document public français n'aura pas besoin d'être traduit s'il est présenté en Belgique, même dans la partie flamande de l'État. La seconde hypothèse est celle où le document public est accompagné d'un formulaire type multilingue, délivré par l'autorité du pays émetteur, pour autant que l'État d'accueil considère que les informations y figurant sont suffisantes. Le texte aspire à ce que l'on puisse, grâce à ces formulaires multilingues, se dispenser de faire traduire le document par un traducteur habilité. Le règlement a par ailleurs pris soin de prévoir un système de coopération administrative transnationale, grâce au système d'information du marché intérieur (IMI), qui doit permettre un échange transfrontalier d'informations rapide et sûr en cas de doute quant à l'authenticité d'un document.

## Le règlement européen 2016/1991 et la circulation des documents publics à l'étranger : un allègement procédural bienvenu mais qui ne résout pas tout

### Un texte de portée encore modeste

En supprimant notamment la contrainte de la légalisation et de l'apostille de manière unitaire et globale, le règlement pose un cadre uniformisé, ce dont on peut se réjouir. Pour autant, son apport substantiel doit être relativisé, le texte se révélant finalement assez frileux dans les choix qu'il opère. La proposition initiale de règlement était en effet beaucoup plus ambitieuse en ce qu'elle envisageait, par exemple, de donner aux formulaires multilingues « la même force probante que les documents publics équivalents ». Il était donc envisagé de créer des documents publics européens ayant vocation à remplacer les documents publics nationaux, à l'instar du certificat successoral européen. La version définitive du règlement affiche des ambitions bien plus modestes. Les formulaires multilingues sont relégués au simple rôle d'outil de traduction, dépourvu de toute valeur juridique autonome. Surtout, on pourra reprocher à la Commission européenne d'avoir revu à la baisse son ambition initiale, qui consistait à simplifier la circulation des documents publics non seulement via leur instrumentum, mais aussi via leur negotium. Il avait ainsi été proposé dans le livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil » publié en 2010 que les États membres reconnaissent les effets d'une situation juridique créée dans un autre État membre. Une telle reconnaissance aurait par

exemple permis que le nom de l'enfant, la filiation ou encore le mariage soient reconnus à l'étranger, même si l'application du droit de l'État d'accueil conduisait à une autre solution. Ce sont finalement, et on peut le regretter, les réserves liées aux différences persistantes entre les systèmes juridiques internes qui l'ont emporté, et l'appréciation de la validité de la situation contenue dans le document public restent finalement à la discrétion des États membres. C'est donc une avancée en demi-teinte qu'offre le nouveau règlement européen.



**Pénélope BOCQUET**

sous la direction de Louis PERREAU-SAUSSINE,  
Professeur à Paris-Dauphine

## L'affaire FRA SCI remet le correctif Quemener au goût du jour

Une récente décision du Conseil d'Etat est venue contredire la Jurisprudence Lupa, confortant ainsi l'application du correctif Quemener lors de la dissolution sans liquidation d'une SCI translucide préalablement acquise.

La genèse du correctif Quemener» (CE, 16/02/2000, n°133296):

Pour rappel, les associés de sociétés «translucides» (sociétés soumises, de plein droit ou sur option, à l'impôt sur le revenu) subissent une imposition du bénéfice au moment de sa réalisation, peu importe qu'il soit distribué ou mis en réserve. La conséquence d'une telle règle est qu'elle conduit, en cas de cession des parts, à une double taxation du bénéfice non distribué (le raisonnement est symétrique s'agissant de la **double imputation**, par les associés, des pertes réalisées par la société mais non comblées):

-Une première fois **lors de sa réalisation**, et une seconde fois **lors de la taxation de la plus-value de cession des parts** du fait que le prix de cession tient compte de la totalité des actifs composant la société (réserves incluses).

Afin « d'assurer la neutralité de la loi fiscale » face à ce phénomène, et ainsi éviter pour l'associé cédant une situation de double imposition (ou de double déduction), le Conseil d'Etat a instauré le correctif suivant:

### Correctif Quemener

La plus-value de cession de titres d'une société « translucide » est déterminée en retenant comme prix de revient de ces parts, un **prix d'acquisition majoré du montant des bénéfices imposés et des pertes comblées, et minoré des bénéfices distribués et des pertes déduites.**

### L'évolution de la pratique :

Suite à cette décision, l'évolution de la pratique a tenu compte du correctif Quemener pour **neutraliser une situation de double imposition provoquée par la dissolution sans liquidation (valant confusion de patrimoine) d'une société civile immobilière (SCI) suite à la réévaluation libre de ses actifs immobiliers** (rescrit n°2007/54 et CE, 27/07/2015, n°362025).

La réévaluation libre des actifs d'une société translucide en-

traine, pour ses associés soumis aux Bénéfices Industriels et Commerciaux ou à l'Impôt sur les sociétés, la taxation d'un produit égal à l'écart de réévaluation. Dans cette situation, **l'application du correctif Quemener lors de la dissolution sans liquidation de la SCI (valant cession des titres au plan fiscal) permet d'éviter la double imposition du produit de réévaluation** qui représente un bénéfice imposé mais non distribué.

### Application à la gestion privée

La **démocratisation de cette technique a permis de neutraliser l'impact fiscal d'une réévaluation des actifs d'une SCI suivant son acquisition.** Cette réévaluation était jusqu'alors compensée par le recours à une décote sur le prix de cession des parts tenant compte des plus-values latentes préexistantes dans la société.

En outre, le correctif Quemener présente **l'intérêt de faciliter la sortie d'un associé personne physique d'une société de personnes.** En effet, il lui permet, en cas de réduction de capital en sa faveur, d'impacter sur sa plus-value de sortie les produits déjà imposés (y compris sous un régime de faveur) et non distribués issus notamment de la cession d'actifs ayant permis de financer l'opération de sortie :

- Validation du correctif pour la prise en compte des plus-values immobilières des particuliers pour leur montant brut avant abattement pour durée de détention (CE, 08/11/17, n°389990).

### La jurisprudence Lupa (CE, 6/07/16, n°377904) :

L'affaire Lupa illustre l'application du correctif lors de la dissolution sans liquidation d'une SCI **après la réalisation d'opérations de restructuration interne d'un groupe de sociétés.**

Dans sa décision, le Conseil d'Etat a tout d'abord réaffirmé, **sans l'explicitier, la validité du rescrit n°2007/54.** En effet, il rappelle que le correctif Quemener « trouve à s'appliquer à la quote-part de bénéfices revenant à l'associé d'une société translucide lorsque ces bénéfices résultent d'une réévaluation des actifs sociaux » opérée lors de la dissolution sans liquidation de la société.

## L'affaire FRA SCI remet le correctif Quemener au goût du jour

Toutefois, l'application du correctif s'est vu refusée au cas d'espèce au motif que cette règle « ne peut trouver à s'appliquer que pour éviter une double imposition de la société qui réalise l'opération de dissolution ». Ainsi, tout en occultant les circonstances particulières de l'affaire qui ont permis l'appropriation des biens par une Holding sans taxation du produit de réévaluation des actifs, le Conseil d'État a recentré l'application du dispositif aux situations de double imposition d'un même contribuable et non d'un même bénéficiaire.

### L'affaire Fra SCI (CE, 24/04/19, n°412503) :

Dans cette affaire, la mise en œuvre du correctif intervient également lors de la dissolution sans liquidation d'une SCI mais dont les titres ont préalablement été apportés pour une valeur réelle supérieure à la valeur comptable de l'actif la composant :

- Etape n°1: Apport par une société holding luxembourgeoise (SARL FRA) à sa filiale à l'IS (SCI FRA) des titres de la SCI translucide Foncière Costa, pour une valeur réelle (15,8 M€) supérieure à la valeur comptable de l'actif la composant (1,8 M€);
  - En application de la convention fiscale France-Luxembourg de l'époque, la plus-value d'apport ne subit aucune imposition entre les mains de la SARL FRA.

- Etape n°2: Application du correctif Quemener lors de la dissolution sans liquidation de la SCI Foncière Costa avec réévaluation de ses actifs. Cette opération génère un produit de réévaluation de 14M€ imposable dans les comptes de la SCI FRA qui sera finalement compensé par une moins-value de cession issue de l'application du correctif Quemener sur un prix d'acquisition des titres déjà réévalué.

Se basant sur les conclusions rendues par le Conseil d'Etat lors de l'affaire Lupa, la Cour d'appel précise que ce dispositif « n'a pour objet que de faire obsta-

cle à une double imposition du même contribuable ».

À ce titre, la cour exclut son application au cas d'espèce au motif que le prix d'acquisition des parts de SCI tient déjà compte de la valeur vénale de l'immeuble et permet d'éviter une situation de double imposition du produit de réévaluation entre les mains de la SCI FRA.

**Enfin, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt de la cour d'appel** précisant, qu'en ces termes, la cour vient subordonner la mise en œuvre du dispositif « à la condition que la valeur à laquelle les parts en cause sont inscrites à l'actif de l'associé reflète la valeur comptable des actifs et non leur valeur réelle ». **On comprend ainsi que le Conseil d'État abandonne la condition, pourtant affirmée lors de l'affaire Lupa, d'une double imposition effective de la société qui réalise la dissolution.**

L'issue de cette affaire renvoie ainsi la décision Lupa à une simple décision d'espèce, et permet de conforter la transposition fréquente du correctif Quemener aux opérations de dissolution-confusion et plus largement aux opérations de restructuration de sociétés translucides.



**Romain MARAIS**

Sous la direction de Bertrand COSSON,  
Directeur ingénierie patrimoniale Banque Transatlantique

## Loi Pacte et transférabilité des contrats d'assurance-vie : une réelle évolution ?

La Loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises a pour objectif de redynamiser le contrat d'assurance-vie et d'harmoniser l'épargne retraite.

Placement préféré des français, « 39% des ménages détenaient au moins une assurance-vie en 2018 » (Patrimoine des ménages, INSEE statistiques, décembre 2018), l'assurance-vie a été remaniée par la loi PACTE. Il conviendra d'étudier dans un premier temps, l'évolution législative de l'assurance-vie pour dans un second temps, appréhender les conséquences de sa transférabilité.

### I - Évolution législative de l'assurance-vie : de l'amendement Fourgous à la loi Pacte

#### A - Assurance-vie et amendement Fourgous : un transfert de contrat encadré

L'amendement Fourgous (Loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie) a permis le transfert des avoirs issus d'un contrat d'assurance-vie monosupport vers un contrat multisupport.

En raison d'une baisse des taux d'intérêt des OAT, ce transfert est un véritable levier financier et fiscal pour l'épargnant. En effet, il permet de transférer avec un engagement minimum d'investissement en unités de compte, l'intégralité des sommes d'un contrat investi en fonds euros, vers un contrat multisupport composé à la fois de fonds euros et d'unités de compte. Ces contrats offrent une perspective de rendement plus favorable ainsi qu'une allocation diversifiée des actifs investis. L'assuré conserve l'antériorité fiscale de son contrat initial, à savoir la fiscalité en cas de rachat, de décès etc.

Bien que la condition monosupport vers multisupport encadre le transfert, depuis 2005 « sur les 54 millions de contrats d'assurance-vie souscrits » (Bernard Spitz, Président FFA, Chiffres de l'assurance vie 2018, Etudes et chiffres clés, Fédération française de l'assurance, février 2019), « 2,784 millions de contrats ont bénéficié du dispositif Fourgous » (Transformation Fourgous, Assurances de personnes : données clés 2017, FFA, 29 juin 2018, p.27).

#### B - Assurance-vie et loi Pacte : une extension de la portabilité des contrats

Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises a été lancé en octobre 2017. Le projet de loi

PACTE a été adopté par l'Assemblée Nationale, le Sénat et a été soumis au Conseil Constitutionnel qui s'agissant des dispositions relatives à l'assurance vie les a déclarées conforme à la Constitution. Depuis leur publication au journal officiel, le principe de la portabilité est devenu définitif.

Toutefois, le transfert entre compagnie a été écarté afin d'éviter une forte instabilité chez les assureurs. Selon, le gouverneur de la Banque de France, François Villeroy de Galhau, « le contrat d'assurance-vie est l'un des pourvoyeurs les plus importants de fonds propres pour les entreprises. Par conséquent, réduire l'investissement de l'assurance-vie fragiliserait son rendement ainsi que le développement des entreprises » (Assurance vie : portabilité totale des contrats, pas une bonne solution, AFP, Wolters Kluwer, mars 2019).

Désormais, la loi offre la possibilité pour un épargnant de transférer l'épargne constituée d'un ancien contrat d'assurance-vie vers un nouveau contrat et ce, quel que soit son support au sein d'une même compagnie. De ce fait, la loi Pacte vient compléter le dispositif Fourgous en élargissant le champ d'application de la transférabilité du contrat d'assurance-vie. Cette mesure a pour objectif de réorienter l'épargne vers des supports solidaires et de participer à la croissance des PME.

Il convient à présent, d'exposer dans une deuxième partie, les conséquences de la transférabilité du contrat d'assurance-vie.

### II - Conséquences de la transférabilité d'un contrat d'assurance-vie : neutralité fiscale et relance de l'épargne retraite

#### A - Transfert d'un contrat d'assurance-vie vers un nouveau contrat : une opération sans incidence fiscale

Le transfert des fonds d'un contrat d'assurance-vie vers un nouveau contrat est fiscalement neutre pour l'épargnant. Ce dernier conserve les avantages fiscaux liés à l'antériorité du contrat initial. Par conséquent, le prélèvement forfaitaire libératoire pour les primes versées avant le 27 septembre 2017, le prélèvement forfaitaire unique pour les primes versées à compter du 27 septembre 2017, les abattements et les fiscalités en cas de décès prévus aux articles 990 I et 757 B du Code général des impôts, ainsi que la clause bénéficiaire du contrat seront conservés.

## Loi Pacte et transférabilité des contrats d'assurance-vie : une réelle évolution ?

Les contours d'application de cette nouvelle mesure qui élargit le transfert des contrats intra compagnie restent à définir législativement et pourraient faire l'objet d'aménagements contractuels par les assureurs.

Outre une portabilité partielle de l'assurance-vie, la loi Pacte a pour objectif de relancer l'épargne retraite.

### **B - Transfert d'un contrat d'assurance-vie vers un plan épargne retraite : une redynamisation de l'épargne retraite ?**

La loi Pacte offre la possibilité aux épargnants, de racheter leurs anciens contrats pour investir vers un PER, dont la mise en place est prévue pour octobre 2019. Ce rachat-investissement est possible sous réserve d'être titulaire d'un contrat d'assurance-vie de plus de 8 ans et d'être à plus de 5 ans du départ à la retraite. L'intégralité des sommes rachetées devant être réinvesties avant le 31 décembre de l'année du rachat. Par ailleurs, les épargnants auront jusqu'au 1er janvier 2023 pour procéder au rachat des sommes perçues d'un contrat d'assurance-vie vers un PER.

Afin de rendre ce PER le plus attractif possible, les sommes issues du contrat d'assurance-vie bénéficieront d'un double abattement de 9200€ ou de 4600€. De plus, les versements volontaires effectués sur le Plan Epargne Retraite Individuel pourront être déductibles, sauf plafond supplémentaire, dans la limite de 10% du revenu imposable de l'épargnant. Ce dispositif permettra de redynamiser l'épargne retraite tout en facilitant la mobilité professionnelle de l'épargnant qui conservera une enveloppe identique tout au long de sa carrière professionnelle.

S'agissant des développements que nous venons de présenter, la portabilité partielle de l'assurance-vie offre aux épargnants de nouvelles opportunités de transferts. Elle pourrait ne pas leur paraître suffisante en raison de l'évolution cantonnée chez un même assureur. En comparaison avec la loi Lagarde qui reconnaît le principe de libre concurrence

pour les assurances décès invalidité, dispositif renforcé par l'amendement Bourquin, la loi Pacte ne concède pas à son tour, une libre et totale concurrence entre les compagnies.

S'agissant du PER facilité par les transferts d'assurance-vie, doté de nouvelles gestions des allocations euros et unités de compte et de nouveautés fiscales en entrée comme en sortie, il est en passe de devenir l'enveloppe retraite 2.0 de 2020.



**Roxane CONTET**

sous la direction de Madame Soline METAIS,  
Responsable en Ingénierie patrimoniale, Société  
Générale Assurances

## DECRETO CRESCITA

### L'attraction fiscale comme levier pour capter les capitaux de l'industrie du sport professionnel : Une situation de concurrence entre Etats au sein même de l'Union Européenne.

La course pour rapatrier et/ou conserver les capitaux internationaux constitue un enjeu majeur pour les différents gouvernements. Entre un besoin permanent de recettes et un contexte d'extrême mondialisation auxquels les Etats doivent faire face, l'industrie du sport, qui pèse de plus en plus lourd, tient désormais une place importante sur le plan économique, mais aussi sur le plan politique au regard de son influence médiatique.

Cette recherche conduit parfois les Etats à mener de véritables campagnes de communications, telle une agence marketing, afin de vanter les multiples avantages de leur territoire. Bien que ce raisonnement paraisse assez cohérent au premier regard ; et pour cause, comment reprocher à un Etat de mettre en place un plan de développement favorable à sa croissance ? ; ce plan se fait néanmoins souvent au détriment des autres Etats qui se livrent alors une véritable bataille sur le terrain fiscal. La surenchère d'innovations législatives conduit alors à une insécurité juridique faute de stabilité des régimes.

Or, la stabilité du système juridique et l'intelligibilité des normes sont fondamentaux pour établir une planification patrimoniale sereine, tout comme pour instaurer un climat de confiance à destination des investisseurs privés, sans lesquels une croissance pérenne serait illusoire.

Dans ce contexte, existe-t-il un lien entre l'essor de l'industrie du sport et la pratique croissante du dumping fiscal ?

Le décret croissance, « decreto crescita », adopté par le gouvernement italien le 30 avril et publié au Journal Officiel par la loi du 28 juin dernier illustre parfaitement l'influence du sport, puis-qu'adopté 3 jours seulement après l'ouverture du mercato (période des transferts pour les joueurs du championnat Italien).

Avant le Décret, le régime destiné aux impatriés, offrait un abattement de 50% et était réservé aux contribuables dits qualifiés, notamment les professeurs-chercheurs (loi « retour des cerveaux »).

Aux termes de ce nouveau texte, il est prévu que toute personne physique qui transfère sa résidence en Italie après au moins deux ans de non résidence, et qui s'engage à y rester pendant au moins deux années verra pendant cinq ans sa base d'imposition s'établir sur 30% seulement de ses revenus d'activité. L'abattement pourra même atteindre 90% si la résidence est située dans l'une des régions du Sud.

Ces avantages pourront donc désormais profiter entre autres aux sportifs et aux dirigeants, et non plus seulement aux travailleurs autonomes ou salariés. Pour les sportifs, une disposition spécifique prévoit que le taux d'abattement demeure

à 50%, sans bénéfice de l'abattement renforcé. Bien qu'ils soient ciblés par un taux d'abattement moins favorable, l'extension du régime à tous les con-tribuables respectant les conditions, leur permet toutefois de profiter d'un avantage fiscal.

Un autre dispositif concernant les impatriés a également vu le jour en Italie aux termes de la loi de finances pour 2017, applicable cette fois aux gains et revenus réalisés à l'étranger. A l'inverse du decreto crescita, le contribuable reste soumis au régime de droit commun concernant ses revenus de source italienne. Le dispositif permet au contribuable concerné d'être redevable d'une contribution forfaitaire de 100 000€ par an (flat tax), ceci pour une durée de 15 ans. La notion d'impatrié s'apprécie ici différemment puisque le fait de ne pas avoir été résident fiscal italien plus d'un an au cours des dix dernières années est suffisant. Ce dispositif avait d'ailleurs été surnommé « Ronaldo Tax », du nom du portugais néo joueur de la Juventus de Turin, les médias voyant un lien évident entre l'arrivée du footballeur et le caractère rétroactif de la loi, très profitable dans son cas.

Une question parlementaire du 11 juillet 2019 évoque elle aussi le ciblage implicite des footballeurs professionnels, ce qui selon les propos de son auteur pose question quant à la conformité du decreto crescita avec le droit de la concurrence de l'Union Européenne.

L'adoption de ces différentes mesures, le calendrier et leur contenu favorable aux sportifs (notamment la durée de cinq ans, particulièrement adaptée à un contrat de prestation sportive) ne paraît pas être l'effet d'une simple coïncidence. Si nous focalisons notre exemple sur le milieu du sport, l'impact est considérable au regard du poids de la masse salariale dans le budget d'un club professionnel. Cette dernière représente environ 555 millions d'euros annuellement, ne serait-ce que pour les six premiers clubs du championnat Italien.

Comme c'est essentiellement le cas en pratique dans ce milieu, considérons que l'employeur (le club) négocie avec le sportif un salaire net de fiscalité. Bien que pouvant profiter aux sportifs in fine, ce dispositif génère pour le club une économie substantielle et par suite un avantage compétitif non négligeable.

A titre d'exemple, le tableau ci-dessous, volontairement simplifié, synthétise l'impact de ce décret pour une personne physique répondant aux conditions d'application.

## DECRETO CRESCITA

L'attraction fiscale comme levier pour capter les capitaux de l'industrie du sport professionnel : Une situation de concurrence entre Etats au sein même de l'Union Européenne.

	AVANT	APRES
Salaire Brut	27,9	20,25
Base d'imposition	100%	50%
	27,9	10,13
Taux marginal	43%	
Impôt	12,00	4,35
Salaire Net	15,90	
Économie pour le club pour un salaire NET identique	7,65	

	Italie	France
Salaire Brut	20,25	23,22
Base d'imposition	50%	70%
	10,13	16,254
Taux marginal	43 %	45 %
Impôt	4,35	7,31
Salaire Net	15,90	
Avantage concurrentiel pour le club Italien pour un salaire NET identique	2,9	

Une telle économie permet aux clubs d'attirer de nouveaux talents en provenance d'autres Etats membres. Ce décret constitue-t-il alors une entrave à une saine concurrence, notamment au sein de l'Union Européenne ? Regardons ce qui existe dans d'autres pays, pour ensuite en analyser les ressorts et nous apercevoir que l'outil fiscal est déjà largement utilisé, la spécificité du sport étant pleinement intégrée par le législateur. Nous pourrions évoquer le cas de la Turquie ou encore de l'Espagne (avec sa célèbre loi Beckham), où le sur-mesure en faveur du sport professionnel est courant, mais nous choisissons d'observer le cas particulier de la France. Il est intéressant de se pencher sur l'intégration de la spécificité du sport par le législateur d'un Etat loin d'être considéré comme un paradis fiscal... La loi Braillard, du 1er Mars 2017, prévoit la possibilité pour un club sportif français de rémunérer, en partie et sous certaines conditions, son salarié sous forme de droit à l'image, rémunération beaucoup plus favorable, notamment pour le club, en termes de charges patronales. C'est un changement majeur et notable dans la politique nationale. La France dispose également d'un régime des impôts codifié sous l'article 155 B du Code général des impôts. Celui-ci bénéficie pleinement aux sportifs en permettant de soustraire 30% de leur rémunération à l'impôt sur le revenu, cela pendant 8 ans (article 71 de la Loi de finances 2017, qui allonge la durée auparavant limitée à 5 ans).

Comparons son efficacité avec celle du système italien :

Le régime français, bien qu'attractif, souffre de la comparaison avec celui de l'Italie. Cette surenchère d'avantages (taux plus avantageux, durée plus compétitive, etc..) à laquelle se livre les différents Etats, dénote clairement une instabilité qui interroge sur les bien faits à long terme de ces mesures, qui pourront faire l'objet de nouvelles modifications au gré de la politique menée au sein des autres pays, ou encore d'un simple changement de gouvernement interne. Ceci rejoint l'idée d'une réflexion autour d'une politique fiscale commune au niveau européen afin d'assurer stabilité et saine concurrence entre Etats membres. Aussi, la problématique de la recherche d'attractivité fiscale accentuant la concurrence entre Etats membres, pourrait être analysée à l'aune d'autres fondements. D'une part, sur celui de l'égalité devant la charge publique, ceci au regard du ciblage indirect d'une catégorie de contribuables, celle des footballeurs professionnels en l'espèce. D'autre part, sur le fondement du plafonnement européen de l'aide publique. Les mesures spéciales d'imposition des personnes physiques constituent-elles des aides indirectes d'Etats en faveur des clubs ?

**Maxime BARRAL**

sous la direction de Monsieur Bertrand COSSON,  
Directeur ingénierie patrimoniale Banque  
Transatlantique

**FNDP**

Fédération  
Nationale  
Droit du  
Patrimoine

# La Lettre des Masters Fédérés

Numéro 1 - Octobre 2019



Numéro 1