

Donner et céder sans abuser

Le mécanisme consistant à donner préalablement à la cession est désormais bien connu. Il s'inscrit dans le cadre d'une stratégie d'optimisation de la transmission du patrimoine, qu'il soit constitué d'immeubles ou de titres de sociétés. Pierre Deniau présente ce montage fiscal qui fleurte parfois avec l'abus de droit.

► **Par Pierre DENIAU**

*Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine
Rédigé sous la direction
de Maître Marceau Clermon*

Le schéma présente un intérêt fiscal évident : « gommer » une large part de l'impôt de plus-value normalement exigible lors de la cession des actifs. À titre d'exemple, la cession de titres suivie de leur donation entraîne une double, voire une triple taxation : une première à l'impôt de plus-value au taux de 19 % (majoré des prélèvements sociaux), une deuxième aux droits de mutation et, potentiellement, une troisième à l'ISF. Inverser l'ordre des opérations (donner puis céder) engendre toujours une taxation aux droits de mutation mais permet au donateur de faire l'économie de l'impôt de plus-value : le prix de revient des titres étant constitué de la valeur retenue dans l'acte de donation, la cession quasi concomitante permet de ne constater aucune plus-value (ou d'un montant très faible).

Bien que le dispositif ait été sécurisé par de nombreux avis du comité de l'abus de droit fiscal (anciennement CCRAD), il est néanmoins impératif de respecter un certain nombre de conditions sous peine de voir resurgir le spectre de l'abus de droit brandit facilement par l'administration fiscale.

Récemment, le Conseil d'État, par un arrêt rendu le 30 décembre 2011, s'est prononcé sur la question inédite de la qualification d'abus de droit d'une donation avant cession de titres purgeant une plus-value d'échange en report d'imposition⁽¹⁾. La Haute juridiction a estimé que la donation de titres aux enfants purgeant une plus-value en report, suivie de leur cession rapide à une société familiale n'était pas constitutive d'un abus de droit. Elle met ainsi fin à la polémique déclenchée par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai rendu le 16 juin 2009 qui avait qualifié ce dispositif d'abusif⁽²⁾.

L'apport de cette décision est double. D'une part, la Haute juridiction opère une clarification quant à la faculté de retenir ou non la qualification d'abus de droit. La donation, étant

en l'espèce inspirée par des considérations juridiques réelles, ne peut être qualifiée de fictive. D'autre part, la validation d'un certain nombre de clauses restrictives insérées dans l'acte est de nature à permettre une pratique plus apaisée de la donation avant cession, écartant ainsi le risque de réappropriation des fonds par le donateur.

Cet arrêt permet d'évoquer de nouveau l'attrait de la donation avant cession comme outil d'optimisation du paiement de l'impôt de plus-value. Elle permet également de valider la faculté d'encadrer la transmission, notamment par des clauses restrictives du pouvoir des donataires qui n'entraînent pas une réappropriation des fonds par le donateur.

I. La donation avant cession : un outil d'optimisation du paiement de l'impôt de plus-value

L'arrêt rendu le 30 décembre 2011 par les 8^e et 3^e sous-section du Conseil d'État a permis de mettre fin à la polémique initiée par l'arrêt de la Cour administrative de Douai du 16 juin 2009.

La donation avant cession purgeant une plus-value en report d'imposition n'est pas constitutive d'un abus de droit. Au-delà du cas d'espèce, diverses conditions doivent être satisfaites afin d'obtenir une sécurisation optimale de l'opération.

A. Une donation cession purgeant une plus-value en report d'imposition non constitutive d'un abus de droit

→ La faculté de soumettre le schéma au contrôle de la procédure de l'abus de droit

En l'espèce, les époux Motte-Sauvaige ont apporté en 1997 les actions d'une société opérationnelle à une holding constituée à cette occasion et dont l'objet était de regrouper les participations de la famille. Les plus-values constatées lors de l'apport furent placées sous le régime du report d'imposition (ancien *article 92 B du CGI*). En 2003, les époux ont transféré par une donation-partage à leurs enfants, mineurs ou rattachés au foyer fiscal, la propriété de 110 actions de la société holding sur les 161 qu'ils détenaient. Cinq semaines

après la donation, les enfants cédèrent les parts à une société familiale détenue majoritairement par la mère et minoritairement par le père. Madame Motte-Sauvaige a parallèlement réalisé la même opération sur les titres de la holding qu'elle n'avait pas donnés.

L'administration fiscale considéra que l'opération relevait de l'abus de droit. Le tribunal administratif rejeta cette qualification. En revanche, la Cour administrative d'appel de Douai l'accueillit favorablement aux motifs « *que la donation-partage suivie de la cession des titres par les enfants reposait sur une construction visant exclusivement à atténuer la charge fiscale qu'ils auraient normalement supportée eu égard à leur situation et à leurs activités réelles, s'ils n'avaient pas passé ces actes* ». Le Conseil d'État, par son arrêt du 30 décembre 2011, infirme l'arrêt d'appel et valide l'opération.

La Haute juridiction se prononçait pour la première fois sur une opération de donation préalable à une cession de titres placés sous le régime du report d'imposition. Le régime du report d'imposition⁽³⁾ a été remplacé depuis le 1^{er} janvier 2000 par le sursis d'imposition, régi par les dispositions de l'article 150-0 B du CGI. Contrairement au régime du report pour lequel les époux Motte-Sauvaige avaient opté, le sursis d'imposition revient à calculer la plus-value non pas au taux en vigueur au jour de l'apport mais au taux effectif lors de la revente des titres.

Dans la présente affaire, le Conseil d'État confirme la faculté pour l'administration fiscale de recourir à la procédure d'abus de droit pour remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par le report d'imposition d'une plus-value d'échange.

Cette position avait déjà été soutenue par la Haute juridiction dans trois arrêts rendus en 2010⁽⁴⁾. Cependant la faculté ne signifie pas que le caractère abusif sera retenu. Il faut pour cela que les conditions permettant de le caractériser soient remplies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

→ Une absence de fictivité excluant la recherche d'un but exclusivement fiscal

L'analyse du fond de la décision du Conseil d'État ne peut faire l'économie d'un rappel du régime applicable à l'abus de droit. L'ancienne définition légale présente à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (LPF) disposait que ne pouvaient être opposés à l'Administration les actes qui dissimulaient la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses permettant de s'acquitter de droits d'enregistrement d'un montant inférieur à celui normalement dû. La jurisprudence, depuis une décision du 10 juin 1981⁽⁵⁾, opère une distinction entre l'abus de droit par simulation qui repose sur un acte à caractère fictif et

l'abus de droit par fraude à la loi constitué par des actes réels mais qui n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement dû supporter.

La loi n° 2008-1443 de finances rectificative pour 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a donné une nouvelle définition de l'abus de droit codifiée au même article L. 64 du LPF. Le législateur a repris dans la nouvelle définition les deux critères alternatifs – abus de droit par simulation et abus de droit par fraude à la loi – opérant ainsi la synthèse des critères jurisprudentiels traditionnels. En revanche, une modification est introduite en cas d'absence de fictivité de l'acte. Désormais, la qualification de l'abus de droit selon le second critère (fraude à la loi) nécessitera la réunion de deux conditions cumulatives : la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs de leurs auteurs, d'une part, et la poursuite d'un but exclusivement fiscal, d'autre part. Le législateur, comme l'ont évoqué certains auteurs, semble avoir ici consacré la création d'un « *délit d'application littérale* » qui « *sanctionnerait l'excès d'intelligence*⁽⁶⁾ ». Le concept « *d'objectifs poursuivis par leurs auteurs* » est source d'insécurité juridique. Il peut être en effet relativement complexe de déterminer de manière précise l'intention de l'auteur des textes ou des décisions.

En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Douai s'est trouvée dans l'impossibilité de retenir la qualification d'acte fictif. Dès lors, elle s'est donc tournée vers le second critère, à savoir la recherche d'un but exclusivement fiscal pour caractériser l'abus de droit.

Le Conseil d'État se base sur l'ancienne définition légale de l'abus de droit applicable aux faits d'espèce. Suivant les conclusions de son rapporteur public, il aboutit à la distinction de deux hypothèses. Dans le cas où l'acte est considéré comme fictif, il n'est pas nécessaire de se tourner vers le second critère de la recherche du but exclusivement fiscal comme l'avait fait la juridiction d'appel. En effet, si la donation est fictive, il n'y a, par principe, pas de transmission des titres. Les époux Motte-Sauvaige restent alors propriétaires des titres et sont imposés sur la plus-value dont le report prend fin lors de la cession. En revanche, si l'acte litigieux n'est pas considéré comme fictif, la plus-value, par le biais du régime de report d'imposition pour lesquels les donateurs avaient opté, se trouve définitivement purgée. L'imposition ayant alors disparue, l'Administration ne dispose plus de la faculté de rechercher une volonté d'éluder la charge fiscale. C'est cette seconde hypothèse que la Haute juridiction a retenu.

B. La sécurisation fiscale de l'opération de donation avant cession

→ L'importance du respect de la chronologie

Il est désormais parfaitement admis qu'entre deux options, le contribuable dispose de la faculté de choisir celle qui lui sera la moins onéreuse fiscalement. Cette liberté d'optimisation du paiement de l'impôt doit néanmoins s'inscrire dans le cadre du respect de certains aspects, notamment la chronologie des opérations de donation et de cession. La donation des titres doit précéder leur cession. À défaut, cette dernière rendra exigible l'impôt de plus-value et le bénéfice fiscal de l'opération sera perdu. L'administration fiscale est donc prompte à tenter de démontrer que l'intention libérale n'a été manifestée qu'après l'accord sur la chose et le prix. Elle peut ainsi soumettre l'opération à une double taxation : une première à l'impôt de plus-value et une seconde aux droits de mutation à titre gratuit.

Dans un premier temps, l'administration fiscale a tenté de fonder ses redressements sur la chronologie des opérations. La simple éventualité que la donation soit suivie d'une cession suffisait selon elle à justifier un redressement sur le fondement de l'abus de droit. Fort heureusement pour le contribuable, le Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD), désormais Comité de l'abus de droit fiscal (CAD) n'a jamais suivi l'Administration sur ce terrain et a toujours admis l'impossibilité de se fonder sur l'article L. 64 du LPF en cas de donation antérieure à une cession avec une réelle intention libérale.

La procédure de répression des abus de droit est également inapplicable en cas d'accord des parties sur la chose et le prix intervenant avant la donation. En effet, si l'accord sur la chose et le prix vaut vente, la conséquence d'un accord préalable sur ces deux éléments avant l'acte de donation est que la vente est parfaite.

L'impôt de plus-value est alors pleinement exigible et le contribuable qui ne s'en acquitterait pas serait soumis à la procédure de recouvrement de droit commun. Le CCRAD, saisi dès 2002 d'affaires ayant trait à ces problématiques, a confirmé en 2004 que les réclamations fondées sur la chronologie des opérations relevaient de la procédure de droit commun et non de la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF⁽⁷⁾.

En l'espèce, les époux Motte-Sauvaige disposaient donc de la faculté d'opter pour un schéma de transmission fiscalement plus attractif que la traditionnelle cession des

titres suivie de leur donation. L'économie d'impôt ainsi dégagée n'est pas frauduleuse dès lors qu'elle est accompagnée d'une réelle intention libérale.

→ L'indifférence quant à la rapidité de l'opération

La chronologie des opérations ne peut être remise en cause sur le fondement de l'article L. 64 du LPF. La proximité entre les dates de donation et de cession ne peut constituer une preuve de cet abus de droit. Malgré une jurisprudence constante du Conseil d'État et de la Cour de cassation, confirmée par la présente décision ainsi que par les multiples avis rendus par le CAD, l'administration fiscale persiste à invoquer cet aspect au soutien de ses prétentions. Le contribuable ayant la liberté de choisir la solution la moins onéreuse, le bref délai entre les actes de donation et de cession ne peut être invoqué.

En effet, aucune obligation légale n'impose de respecter un délai minimum entre la réalisation des deux opérations dès lors que la décision de procéder à la cession est clairement prise et que la chronologie est respectée. Ce bref délai est souvent motivé par des raisons pratiques et d'efficacité. Dans le cas de restructurations de patrimoines privés ou professionnels, l'efficacité commande de ne pas laisser s'éterniser les opérations qui sont parfois sources de multiples interrogations pour les donateurs, notamment quant au risque de remise en cause par l'Administration. On ne peut qu'espérer que la récente jurisprudence du Conseil d'État, réaffirmant clairement la non-incidence de la rapidité entre la transmission et la revente des titres, puisse mettre un terme définitivement à la tentation de l'Administration d'invoquer ce motif.

La donation de titres – soumis ou non au mécanisme du report ou sursis d'imposition – préalablement à leur cession est donc un puissant outil d'optimisation fiscale. Sa remise en cause sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, bien que strictement encadrée, reste possible. Cependant, l'arrêt d'espèce précise que l'encadrement de la transmission par des clauses restrictives du pouvoir des donataires n'emporte pas réappropriation des fonds par les donateurs.

II. L'encadrement de la transmission n'entraîne pas réappropriation des fonds

Les différentes clauses restrictives du pouvoir des donataires répondent à des impératifs juridiques et économiques que la Haute juridiction a su apprécier en procédant à la validation de l'acte (A). Toutefois, le risque de qualification abusive demeure intact, notamment en cas de défaut d'intention libérale de la part des donateurs (B).

A. La prise en compte de considérations juridiques et économiques

→ Le réalisme économique au cœur de la transmission

Le Conseil d'État, dans son arrêt du 30 décembre 2011, s'appuie également sur des considérations d'ordre économique afin de valider certaines clauses litigieuses de la donation. Est, en l'espèce, notamment visée la clause d'apport des fonds à une société familiale constituée conjointement entre les donataires et les donateurs mais contrôlée par ces derniers. Dans le cadre de la transmission par les époux Motte-Sauvaige, il est indéniable que la préservation de l'unité familiale face à un actionnaire extérieur, détenant en l'espèce 50 % des titres, pouvait exiger d'imposer aux donataires une telle clause afin d'éviter une dilution du capital. En effet, un seul donataire, en cas de rupture avec les autres, risquait de faire basculer le contrôle au profit de l'actionnaire extérieur à la famille. La validation de la clause par la Haute juridiction relève d'une analyse casuistique mêlant plusieurs paramètres, dont l'économique est naturellement essentiel dans le cadre de la préservation de la cohésion d'un groupe familial.

→ La nécessité de conserver un *animus donandi*

La jurisprudence offre une large faculté au donateur d'encadrer la transmission de ses actifs. Sous réserve de ne violer l'exigence d'une réelle intention libérale, la donation peut être strictement encadrée notamment quant au emploi des fonds issus de la cession des titres. Malgré la validation des clauses restrictives du pouvoir des donataires par la Haute juridiction, il est possible de s'interroger sur l'esprit même de ces restrictions et sur leurs effets bénéfiques sur l'équilibre du patrimoine, mais également potentiellement néfastes pour les donataires et la préservation d'un réel *animus donandi*. Si l'on prend le cas de clause précitée faisant obligation aux donataires d'apporter à première demande le produit de la cession à une société familiale contrôlée par les donateurs, un risque non négligeable et soulevé par certains auteurs peut amener à « transformer de facto le donataire en un incapable durant la vie de ses parents⁽⁸⁾ ». Les jeunes donataires risquent en effet de se retrouver sous la tutelle de leurs parents, probablement peu âgés eu égard au jeune âge des enfants, jusqu'à ce qu'ils atteignent eux-même un âge avancé. La restriction, compréhensible dans son principe, peut donc dans ses effets s'avérer particulièrement préjudiciable. Il est alors possible de s'interroger sur la réelle volonté des donateurs de se départir du bien faisant l'objet de la transmission.

B. Des clauses restrictives conformes à la réalité de l'intention libérale

→ La distinction du « pouvoir » et de « l'avoir »

L'intention libérale commande un réel dessaisissement de la part du donateur au profit des donataires. En pratique, le donateur qui transmet des actifs d'un montant important à des donataires – le plus souvent ses enfants encore jeunes – peut souhaiter conserver un pouvoir de contrôle sur les biens transmis. Ce contrôle s'opèrera alors au moyen d'un certain nombre de clauses restrictives qui seront insérées dans l'acte de donation. La jurisprudence ainsi que le CAD ont opéré une véritable distinction du « pouvoir » et de « l'avoir » en matière de transmission. Autrement dit, l'administration fiscale n'est pas fondée à s'appuyer sur la présence de conditions et charges grevant l'acte de donation, notamment la clause de emploi des fonds, pour en conclure à une absence d'intention libérale de la part des donateurs. La validité de principe de ces clauses restrictives ne s'oppose cependant pas à leur invalidation par le juge dans le cas où leur application conduirait à ruiner l'intention libérale exigée.

Il est possible d'évoquer la validité de certaines de ces clauses à travers l'analyse du présent arrêt. La Haute juridiction se livre en l'espèce à une analyse civiliste minutieuse des clauses de la donation consentie par les époux Motte-Sauvaige à leurs enfants pour conclure à la validité de celles-ci.

Tout d'abord une clause d'interdiction d'aliéner⁽⁹⁾ le bien donné du vivant des donateurs avait été prévue dans l'acte. Ce type de clause est fréquemment inséré et constitue le complément naturel de la clause de droit de retour qui permet un retour du bien dans le patrimoine du donateur en cas de prédécès de l'un des donataires. En l'espèce, l'intérêt sérieux et légitime devant justifier la clause tient au jeune âge des donataires. Il en aurait peut-être été différemment si les bénéficiaires de la transmission avaient été plus âgés. Cependant la jurisprudence s'était déjà prononcée sur le caractère temporaire d'une clause d'inaliénabilité stipulée jusqu'au décès des donateurs⁽¹⁰⁾.

Précédemment évoquée, la clause d'apport des titres à une société familiale contrôlée par les donateurs aurait pu faire l'objet d'une remise en cause sur le fondement du défaut d'intention libérale. Les donataires peuvent se voir privés de la libre disposition des fonds issus de la donation. Cette clause pour être valable doit répondre à des justifications précises, notamment la volonté de préserver un contrôle familial sur l'entreprise.

La clause de cession des titres subordonnée au versement du produit de cession sur des comptes bloqués du vivant ►

des donateurs est valable dans l'optique d'une transmission à des jeunes donataires (en l'espèce mineurs et encore rattachés au foyer fiscal des donateurs).

Il est en effet délicat pour l'équilibre familial de transmettre des biens d'un montant souvent conséquent à des donataires parfois totalement inexpérimentés.

→ L'absence de réappropriation des fonds par les donateurs

« Donner et retenir ne vaut ». Cet adage résume fort bien les prescriptions contenues dans les dispositions légales concernant l'intention libérale en matière de donation⁽¹¹⁾. L'administration fiscale s'inspire donc bien évidemment de ce principe dans le cadre de sa remise en cause des dispositifs sur le fondement de l'abus de droit. Car si, comme cela a été évoqué précédemment, la procédure de l'article L. 64 du LPF ne peut être valablement invoquée pour remettre en cause la chronologie des opérations, elle trouve, en revanche, une parfaite application en matière de défaut d'intention libérale.

Le CAD subordonne la caractérisation de l'abus de droit à l'apport par l'administration fiscale de la preuve d'une réappropriation effective des fonds par le donateur. Une des illustrations majeures de cette réappropriation se trouve dans le sort qui est réservé au produit de la cession des titres. À titre d'exemple, lorsque les parents procèdent à une donation de titres en pleine propriété à leurs enfants mineurs ou encore rattachés à leur foyer fiscal puis à la cession desdits titres, le produit de cession doit être versé sur un compte ouvert au nom des enfants donataires. À défaut, il y a réappropriation des fonds par les parents donateurs et absence d'intention libérale.

CONCLUSION

La donation de titres préalablement à leur cession constitue un outil efficace d'optimisation patrimoniale. La suppression

par la loi n° 2011-900 du 28 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 des réductions de droits en fonction de l'âge du donateur a certes atténué l'intérêt fiscal du dispositif mais ne l'a pas fait disparaître. La faculté de gonfler l'impôt de plus-value, ainsi que l'opportunité de la prise en charge par le donateur des frais et droits liés à la transmission font de ce schéma un outil précieux au service des nombreux chefs d'entreprises qui seront amenés à céder prochainement leurs actifs. Afin d'obtenir une sécurisation optimale du dispositif, il est impératif que le recours à la donation avant cession s'inscrive dans le cadre d'une réflexion globale incluant prioritairement des paramètres juridiques et financiers. Une attention toute particulière doit être portée à la rédaction des clauses de l'acte de donation. Cette rédaction doit être inspirée par la mesure et correspondre à un schéma juridiquement équilibré. À défaut le spectre de l'abus de droit resurgira et anéantira tous les efforts réalisés. ✚

NOTES

- ▲ (1) CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, Dr. fisc. 2012, n° 1, act. 33 ▲ (2) CAA Douai, 2^e ch., 16 juin 2009, Dr. fisc. 2009, n° 28, comm. 411, concl. Minne P., JCP N 2009, 1317, note Gentilhomme R. ▲ (3) CGI, anc. art. 92 B II, et 160 I ter 4^o ▲ (4) CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, Bauchart, Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. Olléon L., note Poirier R., Dr. sociétés 2011, comm. 20, note Pierre J.-L., JCP E 2011, 1045, RFN 2010, comm. 100, note Lubin J.-J., RFN 2011, comm. 16, note Hovasse H., RJF 12/2010, n° 1205, BDCF 12/2010, n° 132, concl. Olléon L., BGFE 2011, n° 1, p. 12 et s., obs. Turot J., FR Lefebvre 44/2010, p. 21, note Fouquet O., Apport-cession et apport d'entreprise individuelle en société ; CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, Bazire M., Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. Olléon L., note Poirier R., RJF 12/2010, n° 1204 ; CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, Min. c/ Cts Four, Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. Olléon L., note Poirier R., RJF 12/2010, n° 1206, RFN 2011, comm. 16, note Hovasse H., LPA 24 juin 2011, p. 11, note Tauzin E. ▲ (5) CE, plén., 10 juin 1981, n° 19079, Dr. fisc. 1981, n° 48-49, comm. 2187, concl. Lobry P., RJF 9/1981, n° 787 ▲ (6) Bonduelle P., L'abus d'abus, RFN n° 9, sept. 2009, étude 12 ▲ (7) CCRA, avis n°s 2002-15, 2002-15 bis et 2002-16, 2003-14, 2004-39, 2004-57 ▲ (8) Hublot G., Réflexions pour une pratique plus apaisée des libéralités, D. patr. mars 2010, n° 190 ▲ (9) C. civ., art. 900-1 : « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime » ▲ (10) Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1975, n° 73-11.648, Bull. civ. I, n° 8 ▲ (11) C. civ., art. 894 : « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ».

Nouvelles exigences sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change

L'autorité de contrôle prudentiel, organe régulateur du secteur bancaire, est inquiète. Les ménages ne comprennent pas les conséquences du risque de change et les professionnels profitent de cette confusion pour ne valoriser que les avantages des prêts comportant un risque de change afin de les vendre. Sarah Kelman nous présente l'encadrement de ces prêts.

► **Par Sarah KELMAN**
Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine
Rédigé sous la direction de Maître Xavier Pérrine, chargé d'enseignement

Pour séduire les clients, les banques leur expliquent qu'en souscrivant un prêt avec un risque de taux de change, ils peuvent gagner sur le taux de crédit, alors même que le risque de change est faible. Celui-ci est lié à la variation du cours d'une devise, par rapport à la monnaie de référence utilisée par un établissement bancaire, entre la date de l'engagement et la date du règlement financier. Il traduit le fait qu'une baisse des cours de change peut entraîner une perte de valeur d'avoirs libellés en devises étrangères, et inversement.

Beaucoup de particuliers ont été attiré par ce discours et ont souscrit des prêts avec un risque de taux de change sans en comprendre réellement les enjeux.

Cette constatation apparaît à la suite de la flambée du franc suisse en 2011, qui a notamment entraîné pour certains particuliers un fort endettement dans cette devise (d'après l'association française des usagers de banque, le surcoût aux emprunteurs peut atteindre jusqu'à 30 % d'augmentation).

L'autorité de contrôle prudentiel (ACP), fondée en janvier 2010 par fusion de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), du comité des entreprises d'assurance et du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), est une autorité administrative indépendante, sans personnalité morale, qui surveille l'activité des banques et des assurances en France. Elle est chargée de contrôler le respect par les banques des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés. Elle veille également à la qualité de leur situation financière et au respect des règles de bonne conduite de la profession.

Alerté par cette situation, le collège de l'ACP a souhaité réagir et a publié une recommandation identifiant les bonnes pratiques relatives à la commercialisation de prêts comportant un risque de change afin d'améliorer l'information des particuliers⁽¹⁾.

Cette recommandation est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2012.

Contexte de la recommandation

Les particuliers, après avoir souscrit un crédit libellé en francs suisses pour financer des opérations immobilières en France, se trouvent confrontés à la situation suivante : malgré les remboursements mensuels de leur emprunt immobilier, le montant du capital restant dû continue d'augmenter et provoque en conséquence un allongement de la durée du prêt. Ce phénomène s'explique par la hausse de 25 % du cours de la monnaie helvétique par rapport à l'euro depuis le mois de janvier 2012. Fin 2011, des poursuites pour pratiques commerciales déloyales et trompeuses ont été engagées contre les banques *BNP Paribas* et certains intermédiaires qui proposaient (entre mars 2008 et décembre 2009) des prêts immobiliers en francs suisses remboursables en euros. D'autres actions ont été introduites contre le *Crédit Agricole de Lorraine* sur le fondement du démarchage illicite.

Les banques se sont appuyées sur la stabilité de la parité euro/franc suisse des dix dernières années, pour faire contracter, à des ménages non avertis, des prêts en devise étrangère plutôt qu'en euro, en omettant de leur dire que cet avantage de rendement pouvait comporter un risque. Aujourd'hui, les prêts en devises suisses représentent déjà dix milliards d'euros.

Crise des subprimes ?

On ne peut que faire un rapprochement de cette situation avec celle de la crise des *subprimes*. La situation est assurément moins grave car, en l'espèce, le montant de la mensualité ne bouge pas. Les emprunteurs français ne risquent ►

donc pas la faillite, comme cela a été le cas aux États-Unis. Toutefois, le principe reste le même : des particuliers ont souscrit un emprunt afin de se lancer dans des opérations immobilières et se rendent compte aujourd'hui qu'ils ont investi dans des produits spéculatifs.

L'ampleur de cette déroute est encore plus grande qu'elle ne touche pas que les ménages. En effet, de nombreuses communes et villes de France seraient au bord de la faillite, à cause de l'envolée du franc suisse...

Toutefois, le rôle de l'ACP est de protéger le consommateur et non les collectivités locales, c'est pourquoi elle a publié une recommandation sur la commercialisation de prêts comportant un risque de change, en visant particulièrement ceux libellés en francs suisses, pour alerter le client particulier.

Respect de certaines directives

L'ACP demande aux professionnels de s'assurer que les informations communiquées à l'emprunteur lui permettront de bien comprendre les risques liés aux prêts comportant un risque de change. Le particulier ne doit pas être trompé et doit avoir accepté l'offre de manière « éclairée ». La compréhension par le client des informations fournies et la clarté des explications données doivent se poursuivre tout au long de l'exécution du contrat. Il faut donc sensibiliser les conseillers aux risques potentiels, ainsi que les employés des établissements de crédits ou les courtiers.

Dans la même perspective, la communication publicitaire doit respecter un certain formalisme. Ainsi, elle doit notamment présenter les inconvénients de l'opération de prêt. Elle devra aussi « mentionner, de manière claire, apparente et compréhensible pour l'emprunteur, le risque de change associé à l'opération et ses conséquences, notamment sur le coût du prêt et/ou sa durée ». La communication publicitaire doit expliquer le risque de change, et ne pas minimiser sa possible survenance. Le client doit comprendre l'ampleur d'un potentiel mouvement de change. De plus, dans leurs publicités, les établissements bancaires ne doivent pas utiliser comme argument commercial « la stabilité ou la faible variation du taux de change d'une devise par rapport à une autre », ni insinuer que « le prêt comportant un risque de change améliore la situation financière ou le budget de l'emprunteur ou permet un gain financier par rapport à un prêt ne présentant pas un tel risque ».

Il faut également fournir au client certaines informations avant l'émission de l'offre de prêt. Ainsi, l'établissement ban-

caire devra délivrer un document distinct des autres, comportant les explications liées aux risques de change associé au prêt, telles que :

- le fait que le taux de change puisse potentiellement « évoluer, à tout moment, à la hausse ou à la baisse et avoir des conséquences financières importantes sur le coût total du prêt » ;
- la description du risque aux différentes étapes de la conclusion du contrat ;
- les modalités d'accès au taux de change applicable ;
- la nature, le montant et les modalités de calcul des frais éventuellement perçus lors des opérations de change ;
- la possibilité ou non de conversion du prêt en devises en prêt en euro ;
- la présentation de simulations visant à illustrer les impacts d'une évolution du taux de change permettant d'expliquer « les impacts sur les mensualités, la durée du prêt, les intérêts à la charge de l'emprunteur, et le capital restant à rembourser en appliquant une variation défavorable du taux de change de 10 % ou 20 % par rapport à celui constaté le jour de la proposition ».

Enfin, une fois par an, l'établissement doit envoyer une information annuelle à l'emprunteur qui « récapitule le capital restant à rembourser, la durée résiduelle du prêt ainsi que le taux de change au jour de l'envoi ». Cette lettre d'information comparera ces informations à ce qu'elles étaient au jour de signature de l'offre. En cas d'« événement affectant significativement le fonctionnement de son prêt », le prêteur doit aussi en informer l'emprunteur.

Champ d'application de la recommandation

La présente recommandation concerne des crédits proposés aux particuliers, dès lors qu'un taux de change est appliqué au moment de l'octroi du prêt et/ou au cours de son exécution.

Ces prêts, à taux fixe ou variable, peuvent être « des crédits à la consommation régis par les articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation ; des crédits immobiliers régis par les articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation ; ou des prêts encadrés par les dispositions du Code civil ». Ils s'adressent à des ménages français « frontaliers » disposant de revenus d'activité en devise étrangère et à des particuliers n'ayant aucun revenu en devise étrangère, mais qui peuvent toutefois être intéressés par de tels prêts dans le but de financer une résidence principale, mais aussi afin réaliser un investissement locatif défiscalisant. Les opérateurs concernés par cette recommandation sont les établissements de crédit ainsi que les intermédiaires en opérations de banque (« IOB »).

Sanctions en cas de non-respect de la recommandation

Dans un document de nature explicative datant de juillet 2011 intitulé « *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel* »⁽²⁾, l'ACP a précisé la portée juridique de ces recommandations.

En cas de méconnaissance des bonnes pratiques constatées ou recommandées par l'ACP, les sanctions disciplinaires ne sont pas immédiates. Des mesures de police sont, en revanche, prévues en amont. Ainsi, après une mise en garde individuelle de l'ACP, si elle constate qu'une personne contrôlée « *a des pratiques différentes, susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients* », alors elle pourra ouvrir une procédure disciplinaire qui pourra conduire à un avertissement, un blâme, à l'interdiction d'effectuer certaines opérations pour une durée maximale de dix ans, à la suspension temporaire de dirigeants pour une durée maximale de dix ans, à la démission d'office de dirigeants, au retrait partiel

ou total d'agrément ou d'autorisation, à la radiation de la liste des personnes agréées, et soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 100 millions d'euros.

Le projet d'une disposition plus contraignante qu'une simple recommandation pour les établissements de crédit en cas de manquement à leurs devoirs d'informations et de transparence envers l'emprunteur français devrait, peut-être, être élaboré, notamment pour contrôler les emprunts des collectivités territoriales. ❖

NOTES

▲ (1) *Recommandation sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change*, n° 2012-R-01 du 6 avril 2012, consultable sur : http://www.acp.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/Recommandation-2012-R-01-de-l-ACP.pdf ▲ (2) Consultable sur : http://www.acp.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/2011-Politique-de-transparence-de-l-ACP.pdf. Lorsque l'ACP adopte et publie une recommandation, les bonnes pratiques qu'elle mentionne prennent « *une portée générale pour l'ensemble des personnes concernées par le champ d'application qu'elle mentionne* »

Droits d'enregistrement : encore un nouveau régime ?

Après une année 2011 marquée par de multiples réformes fiscales, on pouvait espérer un retour au calme. Mais dès le 29 février 2012, une première loi de finances rectificative est venue de nouveau agiter une fiscalité décidément pleine de remous. En plein cœur de ce mouvement fiscal, se trouvent les droits d'enregistrement. Antoine Herlin nous expose les nouvelles dispositions applicables.

► Par Antoine HERLIN

*Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine
Rédigé sous la direction de Frédéric Douet,
Maître de conférences à l'Université
Paris-Dauphine*

Nous nous concentrerons sur les changements concernant les droits sociaux, qui touchent notamment les droits d'enregistrement, sur les actions et les droits sociaux dans les sociétés à prépondérance immobilière.

I. Les cessions d'actions en pleine mutation

Il convient tout d'abord de distinguer le régime des actions cotées et non cotées. En effet, même si, depuis le 1^{er} janvier 2012, elles sont soumises au même barème, les cessions d'actions cotées ne sont imposées que s'il y a rédaction d'un acte. Il s'agit là d'une survivance du droit d'acte, l'écrit étant alors le déclencheur de l'imposition. En revanche, les cessions d'actions de sociétés non cotées (qui ne remplissent pas les critères d'une personne morale à prépondérance

immobilière) non constatées par un acte demeurent soumises aux droits d'enregistrement s'il s'agit de sociétés françaises. Le fait générateur de l'imposition est constitué par la mutation et non la rédaction de l'acte.

Jusqu'en 2012, les droits d'enregistrement en matière de cession d'actions ne posaient que très peu de questions. Rappelons qu'alors le taux d'imposition était de 3 % avec un plafonnement à 5 000 euros par mutation. Ce régime était très avantageux : il limitait le coût fiscal pour l'acheteur et était plus intéressant que le transfert de parts sociales soumis, lui, au taux de 3 % avec un abattement de 23 000 euros réparti entre toutes les parts sociales.

Mais, le législateur a durci l'imposition des droits d'enregistrement. En premier lieu, un barème dégressif a été instauré : 3 % pour les cessions en deçà de 200 000 euros, 0,5 % entre 200 000 et 500 millions d'euros, et 0,25 % au-delà. On aurait pu considérer l'impact de ce changement comme nul si le législateur n'avait pas aussi supprimé le plafonnement.

De plus, cette loi étend la territorialité de l'impôt. Ainsi, est passible des droits d'enregistrement, toute cession d'actions par acte passées à l'étranger portant sur des sociétés ayant leur siège en France.

La loi de finances pour 2012 a aussi institué des exonérations de droit d'enregistrement pour certaines opérations : le rachat de ses titres par une société, l'achat de titre par augmentation de capital, lorsqu'on acquiert des titres de sociétés sous sauvegarde ou redressement judiciaire, lors des opérations d'apports partiels d'actifs, ou lors d'achats de titre dans un même groupe, groupe étant ici entendu comme intégré fiscalement.

Toutefois, le barème susmentionné a cessé de s'appliquer depuis le 31 juillet 2012. La première loi de finances rectificative pour 2012 soumet en effet, depuis le 1^{er} août 2012 (*L. fin. 2012, n° 2012-354, 14 mars 2012*), les cessions d'actions cotées et non cotées à un taux de 0,1 % (sans plafonnement à 5 000 euros) afin d'aligner le taux des droits d'enregistrement avec celui de la taxe sur les transactions financières qui frappe les cessions d'actions cotées (*CGI, art. 726*). Néanmoins, il convient de noter que ce taux ne s'applique pas aux transactions soumises à la taxe sur les transactions financières.

Des changements sont aussi apportés sur les exonérations posées par la loi de finances pour 2012. Ainsi l'exonération pour le rachat des titres par la société est limitée aux titres qui vont être cédés aux adhérents des plans épargnes entreprises. Ensuite, l'exonération pour les achats d'actions dans les sociétés membre du même groupe est étendue aux cas de fusion ou de rachat d'entreprise par les salariés, et, enfin, un nouveau cas d'exonération est créé pour les cessions soumises à la taxe sur les transactions financières.

Cette taxe sur les transactions financières comporte plusieurs volets, mais l'exonération des droits d'enregistrement concerne les acquisitions à titre onéreux de titre de capital. Il faut que le titre soit admis sur un marché réglementé (qui peut être étranger), qu'il y ait un transfert de propriété, et que le titre concerne une entreprise ayant son siège social en France et dont la capitalisation boursière dépasse un milliard d'euros au 1^{er} janvier de l'imposition. Le taux de la taxe est de 0,1 %. En conséquence, les cessions d'actions ou de titres de sociétés sont dorénavant plus taxées. Ces changements, dans une courte période, provoquent une réelle incertitude juridique.

Néanmoins les droits d'enregistrements pour les cessions d'actions ne sont pas les seules à être impacté par les récents changements.

II. Les sociétés à prépondérance immobilière dans le viseur du législateur

La loi de finances pour 2012 amène aussi un changement dans le calcul des droits d'enregistrement lors des cessions de droits sociaux des sociétés à prépondérance immobilière. Rappelons que la prépondérance immobilière est entendue comme le fait pour une société d'avoir un actif de bilan composé de plus de 50 % de droit ou bien immobiliers. Pour ces sociétés, l'assiette des droits d'enregistrement est déterminée en fonction de la valeur réelle des biens et droits immobiliers détenus dans la société, de laquelle on déduit uniquement le passif affecté à l'acquisition de ces biens ou droits immobiliers. Ce changement signe donc la fin des comptes courants d'associés entièrement déductibles pour les droits d'enregistrement. En effet, les comptes courants ne sont pas spécialement affectés à l'achat d'un bien, et une simple spécification de l'utilisation des fonds dans une convention ne sera pas forcément considérée comme une affectation. Il faudra donc surveiller l'évolution et les précisions sur cette notion d'affectation.

L'ancien régime applicable jusqu'au 31 décembre 2011 avait pour assiette des droits d'enregistrement le prix de cession ou la valeur nette des parts cédées si elle est supérieure. Il faudra désormais passer par un prêt spécialement affecté à l'acquisition des biens. La convention de prêt devra spécifier l'usage des capitaux prêtés. Ce nouveau régime est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012.

Seule exception : les sociétés civiles de placements immobiliers (SCPI) dont les titres sont offerts au public ne sont pas concernées par ce nouveau régime.

Il y a ici une sorte de peine fiscale pour les sociétés à prépondérance immobilière. Celles-ci sont déjà soumises au taux à 5 % pour les droits d'enregistrement (pour l'alignement avec les droits d'enregistrement pour cession d'immeuble classique, de 5,09 %). Outre ce taux plus important, il va donc falloir maintenant justifier de l'affectation du passif. ❖

LES ÉTUDIANTS TIENNENT À REMERCIER LEUR PROFESSEUR SOPHIE SCHILLER, RESPONSABLE DU MASTER 2 « DROIT DU PATRIMOINE PROFESSIONNEL » DE L'UNIVERSITÉ PARIS-DAUPHINE, POUR TOUTE L'ATTENTION QU'ELLE A PORTÉ À LA RELECTURE DE LEURS ARTICLES. ❖

Actualisation de l'ouvrage

↓ DIVORCE

Étendue des pouvoirs du JAF au prononcé du divorce

La Cour de cassation a rendu trois arrêts en matière de divorce le 7 novembre dernier rappelant l'étendue des pouvoirs du juge aux affaires familiales, notamment concernant le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Dans le premier arrêt (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-10.449), la Cour d'appel de Toulouse avait retenu qu'il n'y avait pas lieu d'ores et déjà d'ordonner le partage de la communauté alors que « la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux doivent être ordonnés par le juge qui prononce le divorce ».

Dans le second arrêt, (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 12-17.394), la Cour d'appel de Toulouse avait infirmé la décision du juge aux affaires familiales qui avait désigné un notaire pour procéder à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux, retenant « qu'elle ne pouvait procéder à cette désignation ».

Dans son troisième arrêt (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-17.377), la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande de la requérante tendant à voir fixer l'indemnité d'occupation due par son époux, alors que « le juge aux affaires familiales a le pouvoir, en cas de désaccord persistant, de fixer l'indemnité d'occupation à l'occasion du prononcé du divorce ».

Au visa de l'article 267 du Code civil précisant qu'« à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux », et le cas échéant désigne

un notaire, la Cour de cassation censure la décision des cours d'appel estimant qu'elles ont méconnu l'étendue des pouvoirs du juge. ✦

Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-10.449 ;
Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-17.377 ;
Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-10.449 –
à paraître au Bulletin

→ Lamy Patrimoine, n° 270-265, n° 640-25

↓ ISF ET DROITS D'ENREGISTREMENT

Assouplissement (pour l'Administration) de la procédure de dation en paiement

Le décret du 7 novembre 2012 expose les nouvelles conditions d'agrément de la procédure de dation d'œuvres d'art permettant à l'Administration de disposer d'un délai de réponse plus long.

Initialement créée par la loi n° 68-1251 du 31 décembre 1968 (dite « loi Malraux »), afin notamment de retenir sur le territoire français des œuvres d'art de valeur, la dation en paiement permet aux redevables de droits de mutation à titre gratuit, du droit de partage ou de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), à titre exceptionnel, d'acquitter ces droits par la remise à l'État d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection ou de documents de haute valeur artistique ou historique (CGI, art. 1716 bis). Cette procédure, subordonnée à un agrément (CGI, ann. II, art. 384 A et 384-0 A bis), avait été modifiée par la loi de finances rectificative pour 2011 (L. fin. rect. 2011, n° 2011-1978, art. 53).

Le décret n° 2012-1241 du 7 novembre 2012 assouplit (pour l'État) la gestion de cette procédure. Jusqu'à présent, l'Admi-

nistration devait étudier l'offre de dation en paiement dans un délai de six à neuf mois. L'offre était considérée comme refusée en l'absence de réponse dans un délai d'un an. Désormais, ce délai est porté à deux ans, permettant ainsi à la commission de donner un avis consultatif plus éclairé à l'Administration. Pour le contribuable, aucun changement concernant le paiement des intérêts de retard, s'il refuse la dation avec la valeur libératoire proposée : le bénéfice de la suspension des intérêts de retard est alors supprimé...

Ces dispositions sont applicables depuis le 10 novembre 2012, même aux offres en attente d'agrément ou de refus. ✦

D. n° 2012-1241, 7 nov. 2012, JO 9 nov.

→ Lamy Patrimoine, n° 355-225

Dons de sommes d'argent consentis entre le 1^{er} juin 2004 et le 31 décembre 2005

L'administration fiscale précise que les dons de sommes d'argent destinés à financer une opération de création ou de reprise d'une PME et consentis en pleine propriété à un enfant, un petit-enfant, un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, un neveu ou une nièce, effectués entre le 1^{er} juin 2004 et le 31 décembre 2005, enregistrés ou déclarés avant le 31 janvier 2006, ne sont pas soumis au rapport fiscal prévu à l'article 784 du CGI.

Toutefois, ces dons restent rapportables au plan civil. ✦

BOI-ENR-DMTG-20-30-20-10-20121116

→ Lamy Patrimoine, n° 355-240, n° 275-150, n° 280-680

↓ MAJEUR INCAPABLE

Extension des mesures de protection juridiques aux territoires d'Outre-mer

L'ordonnance n° 2012-1222 du 2 novembre 2012 étend et adapte à Wallis-et-Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie les dispositions du droit civil et du droit de l'action sociale relatives à la protection juridique des majeurs (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, mandat de protection future, mesure d'accompagnement judiciaire).

Ces dispositions, issues pour la plupart de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, redéfinissent notamment les conditions dans lesquelles une personne peut être placée sous protection et les modalités de mise en œuvre des mesures de protection juridique (fonction de mandataire judiciaire). ✚

Ord. n° 2012-1222, 2 nov. 2012, JO 3 nov.

→ Lamy Patrimoine, n° 430-45

↓ PLUS-VALUES

Exit tax : le nouveau dispositif commenté

Lors du transfert du domicile fiscal à l'étranger, les personnes domiciliées en France pendant au moins six des dix années précédant ce transfert sont redevables au titre de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux sur les plus-values latentes constatées sur les droits sociaux, valeurs, titres ou droits et des créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix détenus (directement ou indirectement).

Institué par la première loi de finances rectificative pour 2011 (CGI, art. 167 bis, créé

par L. fin. rect. 2011, n° 2011-900, 29 juill. 2011, art. 48 et modifié par L. fin. rect. 2011, n° 2011-1978, 28 déc. 2011, art. 38), le dispositif prévu par nouvel article 167 bis du CGI vise à imposer à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux certaines plus-values latentes sur les droits sociaux, valeurs, titres ou droits, sous conditions tenant à l'importance des participations détenues, les créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix et certaines plus-values en report d'imposition lors du transfert par les personnes physiques de leur domicile fiscal hors de France.

Assiette de la plus-value latente

L'assiette de la plus-value latente est égale à la différence entre la valeur des titres à la date du transfert et leur prix ou valeur d'acquisition, éventuellement diminuée de l'abattement pour durée de détention (CGI, art. 150-0 D ter).

S'agissant de la créance trouvant son origine dans une clause de complément de prix, il appartient au contribuable d'estimer sa valeur à la date du transfert.

Paiement de l'exit tax

En cas de transfert du domicile fiscal dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, hors Liechtenstein, un sursis de paiement sans prise de garanties est accordé par l'Administration.

À défaut, le paiement de l'impôt est en principe immédiat lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal dans un autre État. Toutefois, l'administration fiscale peut accorder, sur demande de l'intéressé et sous réserve de prise de garanties adéquates, un sursis de paiement.

Dégrèvement ou restitution

L'imposition établie lors du transfert du domicile fiscal est dégrévée ou restituée en cas de retour en France, de donation des titres ou de la créance, de décès du contribuable et, pour le seul impôt sur le revenu relatif aux plus-values latentes, à l'expiration d'un délai de huit ans suivant le transfert.

En fonction de la plus ou moins value effectivement réalisée ou du complément de prix effectivement perçu par le contribuable domicilié à l'étranger, l'impôt relatif à la plus-value latente ou à la créance issue d'une clause de complément de prix pourra être diminué. Par ailleurs, afin d'éviter une double imposition, l'impôt éventuellement acquitté dans le pays de résidence est imputable sur l'impôt dû en France dans la limite de ce dernier et à proportion de la part d'assiette taxée par la France.

Obligations déclaratives

Dans le cadre du dispositif de l'exit tax, les contribuables doivent se soumettre à des obligations déclaratives spécifiques (CGI, ann. II, art. 91 undecies à 91 septdecies ; D. n° 2012-457, 6 avr. 2012). Des dispositions transitoires ont été prévues, sous conditions, pour les transferts de domicile fiscal intervenus du 3 mars 2011 au 1^{er} juin 2012.

Le dispositif de l'exit tax, commenté du BOI-RPPM-PVBMI-50 au BOI-RPPM-PVBMI-50-30, est applicable aux transferts de domicile fiscal hors de France intervenus depuis le 3 mars 2011. Le dispositif antérieur commenté au BOI-RPPM-PVBMI-50-40 était applicable aux transferts de domicile fiscal hors de France intervenus entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004.

OBSERVATIONS

À noter que la loi de finances pour 2012 (L. fin. 2012, n° 2011-1977, 28 déc. 2011) a étendu le champ d'application de l'exit tax : dès lors que le contribuable détient des participations d'un montant cumulé de

1 300 000 euros et que le seuil de détention dans chacune des sociétés est au moins égal à 1 % du capital, il est soumis au dispositif de l'*exit tax*. ❖

BOI-RPPM-PVBMI-50-20121031

→ Lamy Patrimoine, n° 435-175, n° 550-231, n° 550-192, n° 550-230

↓ PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

Pacs « californien » et impôt sur le revenu

L'administration fiscale a étendu les règles applicables, en matière fiscale, aux partenaires liés par un Pacs au partenariat enregistré en Californie. La liste des partenariats étrangers assimilés à un Pacs a de ce fait été actualisée.

Conformément aux dispositions de l'article 515-7-1 du Code civil, « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». Un partenariat civil régulièrement constitué à l'étranger est donc assimilé au Pacs et produit les mêmes effets juridiques en France, sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public international.

L'administration fiscale avait établi une liste non exhaustive des partenariats civils étrangers équivalant au Pacs (BOI-IR-CHAMP-

20-10-20121115, n° 90), sur laquelle figurent désormais les partenariats (« *domestic partnership* ») enregistrés en Californie, conformément aux articles 297 et suivants du Code de la famille californien (« *California family code* »).

Dès lors, les règles d'imposition, d'assiette et de liquidation de l'impôt ainsi que celles concernant la souscription des déclarations, prévues par le Code général des impôts en matière d'impôt sur le revenu pour les contribuables pacés ou mariés, sont applicables dans les mêmes conditions aux partenaires liés par un partenariat enregistré en Californie. Ce partenariat entraîne, de plein droit, le régime de l'imposition commune prévue pour les personnes ayant contracté un Pacs, toutes conditions pour bénéficier de ce mode d'imposition étant par ailleurs remplies. ❖

BOI-IR-CHAMP-20-10-20121115, n° 190

→ Lamy Patrimoine, n° 535-15, n° 280-700, n° 360-85

↓ TESTAMENT

Validité du testament-partage transgénérationnel

La Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 7 novembre 2012 qu'une personne peut librement partager ses biens entre ses enfants et ses petits-enfants par un testament-partage.

La défunte avait pour seule héritière sa fille, mère de trois enfants. L'un d'eux a assigné sa mère pour faire reconnaître ses droits dans la succession en se prévalant d'un testament-partage (acte authentique). L'héritière a opposé la nullité de cet acte, estimant que, conformément aux dispositions de l'article 1075 du Code civil, le testament-partage ne pouvait bénéficier qu'aux héritiers présomptifs. Seule une donation-partage transgénérationnelle aurait, selon la requérante, permis aux héritiers non présomptifs de faire valoir leurs droits.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, rappelant qu'aux termes des articles 1075 et 1075-1 du Code civil un ascendant peut partager ses biens entre ses héritiers présomptifs sous forme de donation-partage ou de testament-partage (C. civ., art. 1075), mais également au profit d'héritiers non présomptifs (C. civ., art. 1075-1). Ainsi, « un ascendant peut valablement partager ses biens entre ses enfants et ses petits-enfants par un testament-partage régi par l'article 1079 du Code civil ». ❖

Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-23.396, P+B+I

→ Lamy Patrimoine, n° 265-10, n° 292-30, n° 565-505, n° 690-15, n° 710-5, n° 730-55

À NOTER

Projet de loi de finances rectificative pour 2012 : la fraude fiscale en ligne de mire

Présenté en Conseil des ministres le 14 novembre dernier, l'article 7 du PLFR 2012 est consacré à la lutte contre les fraudes patrimoniales. Il est proposé de créer ou d'aménager certains dispositifs de contrôle.

Ainsi, afin d'inciter les contribuables à révéler l'origine réelle des sommes placées à l'étranger (compte ou contrat d'assurance-vie), non déclarées et dont le contribuable ne peut justifier la provenance, il est proposé de considérer ces fonds comme étant reçus à titre gratuit et taxés au taux de 60 % (CGI, art. 755 *nouv.*). La taxation pourrait intervenir à l'expiration du délai de réponse (60 jours ou 90 jours en cas de réponse insuffisante) qui est accordé au contribuable pour fournir les justifications demandées. La base imposable serait évaluée d'office à partir de la valeur la plus élevée connue de l'Administration du compte ou du contrat d'assurance-vie au cours des 10 années précédentes. Le taux de 60 % correspond au tarif applicable aux mutations à titre gratuit entre personnes non-parentes.

En outre, actuellement, l'Administration ne peut disposer des relevés bancaires des contribuables sans engager au préalable un examen de la situation fiscale personnelle et/ou une vérification de comptabilité (contrôle fiscal externe). Désormais, l'administration fiscale pourrait consulter, dans le cadre d'un contrôle sur pièces, les relevés de comptes bancaires des redevables n'ayant pas respecté leurs obligations déclaratives en matière d'actifs détenus à l'étranger, sans avoir à procéder à un contrôle fiscal externe (LPF, art. L. 10-0 A *nouv.*). Enfin, à l'heure actuelle, l'Administration peut demander au contribuable des justifications sur les encaissements figurant sur ses relevés de compte bancaire lorsqu'elle a réuni des éléments permettant d'établir qu'il a des revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés (LPF, art. L. 16). En cas d'absence de réponse, la procédure de taxation d'office s'applique, ce qui entraîne un renversement de la charge de la preuve en cas de contestation ultérieure de l'imposition supplémentaire ainsi établie. Selon le juge de l'impôt, un contribuable est présumé disposer de revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés lorsque le total des encaissements figurant sur ses relevés de compte représente au moins le double de ses revenus déclarés (la règle « du double »). Cette condition est particulièrement difficile à remplir que le montant total des revenus déclarés est élevé. C'est pourquoi il est proposé d'élargir les possibilités de demander à un contribuable de justifier les encaissements sur ses comptes dès lors qu'ils dépassent de 200 000 € par an ses revenus déclarés.

Ces trois mesures s'appliqueraient aux demandes adressées par l'Administration à compter du 1^{er} janvier 2013.

Projet de loi de finances rectificatives pour 2012, n° 403, déposé le 14 novembre 2012.



Wolters Kluwer
France

LAMY PATRIMOINE ACTUALITÉS

Directeur de la publication, Président Directeur Général

de Wolters Kluwer France : Michael KOCH

Rédacteur en chef : Safia CHAMOULARD - EL BAKKALI

A participé à ce numéro : Camille JUE-MOHR

Réalisation P.A.O. : Manuela BRESCIA - Corinne VILLENAVE

Editeur : WOLTERS KLUWER FRANCE

SAS au capital de 300 000 000 €

Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot

92856 Rueil-Malmaison cedex

RCS Nanterre 480 081 306

N° Indigo : 0 825 08 08 00 - Fax : 01 76 73 48 09

Associé unique : HOLDING WOLTERS KLUWER FRANCE

N° Commission paritaire : 0913 F 88363 -

Dépôt légal : à parution - N° ISSN : 1951-8498

Prix de l'abonnement : 1 012 € HT « TTC selon TVA en

vigueur » - Périodicité : mensuelle

Imprimerie Comelli, Avenue des Deux-Lacs, BP 389,

91959 Courtabœuf Cedex

Le Lamy Patrimoine et sa lettre d'information Lamy Patrimoine

Actualités sont indissociables.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 06/01/78, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS - Direction Commerciale.