

Focus sur les donations-partages et les plus-values de cession de titres

Le 22 janvier 2015 était organisée par Francis Lefebvre Formation et CMS Bureau Francis Lefebvre une conférence-débat sur l'actualité fiscale du patrimoine. Trois interventions ont particulièrement retenu notre attention concernant les donations-partages, les plus-values mobilières et les voies alternatives du contentieux.

Transmission de patrimoine

1 Isabelle Fleuret, avocat CMS Bureau Francis Lefebvre, revient sur deux arrêts de la Cour de cassation de 2013 (Cass. 1^{er} civ., 6-3-2013 n^o 11-21892 et Cass. 1^{er} civ. 20-11-2013 n^o 12-25681) rendus en matière de **donations-partages** qui ont de lourdes conséquences fiscales à l'ouverture de la succession. En théorie, les biens donnés dans une donation-partage ne sont jamais réincorporés dans la masse de partage. De plus, au décès du donateur, lorsque chacun des descendants a reçu un lot, la valeur du bien donné est définitivement fixée au jour de la donation-partage pour le calcul de la quotité disponible et des parts réservataires.

2 Il en va tout autrement pour les biens donnés qui ne confèrent aux donataires que des **droits indivis**. Dans ce cas, en l'absence de partage divis, sous l'égide du donateur, des biens objets de la « donation-partage », alors que celle-ci est par nature un acte répartiteur, la donation-partage s'analyse en une **donation simple** entre vifs et ce, même si des biens divis ont été également donnés dans le cadre de cette même donation-partage. Cela a pour effet de rendre rapportables dans la masse de partage les biens donnés ou acquis en remploi et ce, au surplus, en fonction de leur **valeur au jour du partage**.

3 En outre, la donation simple de droits indivis est également rapportée à la succession pour la valeur réévaluée au jour du décès des **biens donnés ou acquis en remploi** pour le calcul des droits héréditaires de chacun. Cette conséquence de nature civile emporte des conséquences sur le montant des droits de succession puisque ces droits sont établis sur la base de la liquidation civile de la succession.

4 Enfin, les régimes de faveur en matière de plus-values et de droits d'enregistrement réservés aux partages de biens ayant pour origine une donation-partage risquent de ne plus être applicables.

5 En conclusion, Isabelle Fleuret invite à **réviser, du vivant des donateurs, les actes dits de « donation-partage » qui ne réalisent pas de partage**.

Plus-values mobilières

6 Olivier de Saint Chaffray, avocat associé, et Thomas Laumière, avocat CMS Bureau Francis Lefebvre, ont fait le point sur les commentaires administratifs mis en consultation du 14 octobre au 14 novembre 2014 concernant les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux. Les modalités d'imposition des compléments de prix se rapportant à des cessions antérieures au 1^{er} janvier 2013 et les apports et cessions de titres démembrés constituent des points de vigilance, de même que les conditions d'application de l'abattement renforcé pour les cessions de titres de « jeunes PME ».

Dans le cadre de cette consultation, le cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre a contribué aux commentaires transmis par l'IACF à l'administration sur ces différents thèmes.

7 Pour les cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2013, imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu, le **complément de prix** prévu à l'article 150-0 A, 2 du CGI, afférent à une cession de titres mentionnée à cet article est réduit de l'abattement applicable à cette cession (CGI art. 150-0 D, 1-3^e al.). Les commentaires administratifs sont silencieux sur le point de savoir si un complément de prix afférent à une **cession intervenue avant 2013**, n'ayant donc pas bénéficié de l'abattement, peut ou non être abattu en fonction de la durée de détention des titres cédés.

A la lettre du texte, l'abattement s'applique au complément de prix suivant les règles d'abattement applicables à la cession à laquelle ce complément se rapporte, ce qui exclut l'application de l'abattement pour les cessions antérieures au 1^{er} janvier 2013. Néanmoins, deux décisions du Conseil constitutionnel militent pour que la durée de détention soit prise en compte pour la détermination de l'assiette d'imposition de plus-values mobilières ou immobilières (Cons. const. 29-12-2012 n^o 2012-662 DC : RJF 3/13 n^o 335 et 29-12-2013 n^o 2013-685 DC : RJF 3/14 n^o 267). L'**absence de prise en compte de la durée de détention** pour l'imposition d'un complément de prix dans une telle situation serait **impropre** d'un point de vue économique et **fragile** d'un point de vue juridique.

8 Concernant les cessions de **titres démembrés**, les règles de décompte de la durée de détention peuvent être pénalisantes. Une plus-value de cession de titres démembrés se calcule soit entre les mains de l'usufruitier et du nu-proprétaire selon leurs droits respectifs lorsque le prix de cession est réparti entre eux, soit entre les mains du nu-proprétaire si le prix est remployé dans l'acquisition de nouveaux titres, valeurs ou droits eux-mêmes démembrés, soit au nom de l'usufruitier en cas de quasi-usufruit.

Si les cessions avec répartition du prix de vente ne posent pas difficulté particulière, en cas de **cession** par l'un ou l'autre de l'usufruitier ou du nu-proprétaire **sans répartition du prix de vente** mais avec une obligation de remploi, l'administration soutient que le **point de départ** du calcul de la durée de détention se situe à la **date d'acquisition du droit démembré par le cédant**.

Cette approche peut s'avérer particulièrement préjudiciable lorsque le donataire vend la nue-proprété qu'il vient de recevoir et remploie le prix de cession. L'imposition entre les mains du nu-proprétaire de la totalité de la plus-value réalisée a pour effet de « rajeunir » les droits de l'usufruitier. La lettre du texte (CGI art. 150-0 D) commanderait de procéder au calcul de deux plus-values distinctes.

9 Les plus-values issues de cessions ou d'apports concomitant(e)s de l'usufruit et de la nue-propriété de titres à une société pourraient ne pas être imposées selon les règles des plus-values. En effet, les commentaires administratifs, objet de la consultation publique et non définitifs à ce jour, rappellent qu'en application de l'article 13, 5 du CGI les cessions portant sur l'usufruit temporaire d'actions, parts, droits ou titres, s'il s'agit de la première cession à titre onéreux de l'usufruit concerné, intervenues depuis le 14 novembre 2012, ne relèvent pas du régime d'imposition des plus-values des particuliers mais de la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession, le bénéfice ou revenu procuré ou susceptible d'être procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé, soit, au cas particulier, de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Les intervenants croient savoir que l'administration fiscale envisagerait d'appliquer le même raisonnement en cas de cession ou d'apport concomitant à une même société de l'usufruit (nécessairement temporaire car consenti à une société) et de la nue-propriété de titres. Cette approche conduirait à taxer la valeur d'apport de l'usufruit (son « prix de cession ») dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache le bénéfice susceptible d'être procuré par le droit démembré (à l'exclusion donc du régime de différé d'imposition des plus-values d'apport). Cette approche (qui impacterait notamment les opérations d'apport de titres démembrés préalable à leur cession) est choquante. L'optimisation censurée par le législateur consistait, en effet, à transformer des revenus imposables au barème progressif en une plus-value exonérée ou plus faiblement imposée. Dès lors que la pleine propriété se reconstituera, à l'expiration de l'usufruit, entre les mains d'un nu-propriétaire distinct du cédant, la plus-value réalisée à l'occasion de la cession présente réellement le caractère d'un gain en capital, et non celui d'un revenu. A fortiori dans le cas d'un apport, le report de droits démembrés s'effectuant selon le mécanisme de la subrogation réelle et non par l'effet d'une cession.

10 L'application de l'abattement renforcé aux plus-values de cession de titres de « jeunes PME » (CGI art 150-0 D, 1^{er} quater) pose des difficultés en cas de détention via une société holding. Cet abattement dont le taux peut atteindre 85 % s'applique à condition que la société émettrice des titres cédés exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, à l'exception de la gestion de son propre patrimoine. Cette restriction, sans équivalent pour l'application de l'abattement de droit commun ou l'abattement renforcé propre aux dirigeants de PME partant à la retraite, pourrait, si elle n'est pas assouplie, écarter du régime de faveur nombre de cessions de holdings purs relevant de l'impôt sur les sociétés, interposés entre le contribuable et la PME opérationnelle, quand il s'agit pourtant d'une structuration usuelle.

11 Lorsque la société émettrice des titres cédés est une société holding animatrice, les conditions d'éligibilité au bénéfice de l'abattement renforcé doivent être respectées par cette société et par chacune de ses filiales directes. Entre autres conditions, dont celle d'être créée depuis moins de dix ans, la société ne doit pas être issue d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes. Le projet de Bofip ne tranche pas avec précision le point de savoir si l'apport de titres en sursis (et à plus forte raison en report d'imposition) à la société holding s'analyse en une opération de concentration, de restructuration, excluant ipso facto l'application de l'abattement renforcé ou si, à l'inverse, l'opération revêt un caractère purement intercalaire.

Dé même, la condition d'activité (appréciée tant au niveau de la société holding animatrice que de chacune de ses filiales) ne devant pas se limiter à la gestion par les sociétés concernées de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier, les filialisations

fréquentes de l'immobilier de groupe (préconisées par l'administration elle-même pour les besoins de l'ISF) pourraient s'avérer, sauf mesures ad hoc, particulièrement pénalisantes.

Les voies alternatives du contentieux

12 Daniel Gutmann et Luc Jaillais, avocats associés CMS Bureau Francis Lefebvre, ont présenté les voies alternatives du contentieux appliquées à la fiscalité du patrimoine que sont notamment le recours pour excès de pouvoir, la question prioritaire de constitutionnalité et l'invocation de règles de droit international.

13 Le recours pour excès de pouvoir (REP) constitue une voie de recours indirecte contre la loi permettant d'attaquer la doctrine administrative dès lors qu'elle a un caractère impératif (CE section 18-12-2002 n° 233618 : RJS 5/03 n° 688). Présente un tel caractère impératif une doctrine qui se borne à reprendre les termes exacts de la loi (CE 2-6-2006 n° 275416 : RJF 8-9/06 n° 1035). C'est ainsi qu'a été annulée une doctrine qui prévoyait la clôture immédiate d'un PEA et l'assujettissement du gain net de clôture aux prélèvements sociaux, en cas de transfert dans un autre Etat de l'UE du domicile fiscal du titulaire d'un plan ouvert depuis plus de cinq ans. On notera que le champ d'action du REP est plus limité contre une réponse ministérielle qui doit contenir une interprétation formelle de la loi fiscale au sens de l'article L 80 A du LPF.

Le contentieux de l'excès de pouvoir présente le double avantage de la rapidité de la procédure et de réserver une action perpétuelle contre la doctrine dès lors que la publication au Bofip ne fait pas courir le délai de droit commun de deux mois prévu pour le recours en annulation (CE 20-12-2013 n° 371157, 372625 et 372675 : RJF 3/14 n° 284).

14 La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) offre la possibilité d'un contrôle de conformité de la loi aux « droits et libertés garantis par la Constitution » et peut être soulevée à l'occasion d'un litige devant le juge. Les délais stricts dans lesquels est encadré l'examen d'une QPC garantissent une procédure courte. La QPC est une voie de recours potentiellement efficace comme en témoignent les décisions QPC sur l'inconstitutionnalité de la rétroactivité de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus introduite fin 2011 (Cons. const. 5-12-2014 n° 2014-435 QPC : RJF 2/15 n° 145 à paraître), de la soumission au régime des plus-values de certains rachats de titres seulement (Cons. const. 20-6-2014 n° 2014-404 QPC : RJF 10/14 n° 927) ou encore des modalités de calcul des créances à terme entrant dans le champ de l'ISF (Cons. const. 15-1-2015 n° 2014-436 QPC : FR 4/15 5 p. 6).

15 En droit fiscal international, la contrariété de la loi avec les libertés fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut être utilement invoquée comme dans la décision récente rendue en matière de plus-values immobilières des non-résidents (CE 20-10-2014 n° 367234 : RJF 1/15 n° 84) dans laquelle le taux du prélèvement d'un tiers est ramené à celui applicable aux plus-values immobilières des résidents en raison de l'atteinte à la libre circulation des capitaux (TUE art. 63). Sur ce même thème des plus-values immobilières des non-résidents, le recours cette fois-ci aux dispositions conventionnelles de non-discrimination constitue un ressort tout aussi efficace pour faire du taux réservé aux résidents la norme (CE 20-11-2013 n° 361167 : RJF 2/14 n° 149).

16 Enfin, la revendication d'une clause conventionnelle de la nation la plus favorisée permet l'application pour une matière donnée, en lieu et place du taux de la retenue à la source prévu par une convention fiscale franco-étrangère, du taux plus favorable négocié par la suite par l'Etat partenaire dans une autre convention fiscale bilatérale que celle conclue avec la France pour cette même matière.