

Ce rapport a été établi sous la seule responsabilité de ses auteurs.  
Il n'engage pas le Conseil des prélèvements obligatoires.

RAPPORT PARTICULIER n° 2

**LE CADRE JURIDIQUE  
DES PRÉLÈVEMENTS SUR LE CAPITAL**

**Ophélie CHAMPEAUX**

Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État

**Lucile POIVERT**

Administratrice civile à la Direction de la Législation Fiscale

Rapporteurs

---

Juin 2017



## SOMMAIRE

<b>SYNTHÈSE .....</b>	<b>6</b>
<b>1. LES RÈGLES D'ASSIETTES ET DE TAUX D'IMPÔTS SUR LE CAPITAL SONT SOUMISES PRINCIPALEMENT À DEUX PRINCIPES PROTÉGÉS AUX NIVEAUX CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL : LE RESPECT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET DE LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ .....</b>	<b>10</b>
1.1. Le cadre constitutionnel et conventionnel de la fiscalité du patrimoine : assurer le respect du principe d'égalité et la protection de la propriété .....	
1.1.1. <i>Le cadre constitutionnel</i> .....	10
1.1.2. <i>L'encadrement par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme</i> .....	14
1.2. La détention du capital : les contraintes pesant sur la définition de l'assiette taxable et d'un tarif garantissant l'absence de caractère confiscatoire de l'impôt .....	15
1.2.1. <i>La taxation de biens non productifs de revenus ne méconnaît pas l'exigence de prise en compte des facultés contributives</i> .....	15
1.2.2. <i>La prise en compte de la composition de foyer ne constitue pas, contrairement à l'imposition du revenu, une exigence constitutionnelle</i> ..	16
1.2.3. <i>Les prélèvements sur la détention du patrimoine ne peuvent porter sur des biens dont le contribuable n'a pas la disposition</i> .....	16
1.2.4. <i>Des exonérations d'ISF prévues pour des raisons économiques, culturelles ou sociales sont possibles dès lors qu'elles répondent à des critères objectifs et rationnels</i> .....	18
1.2.5. <i>En matière de taxe foncière, les exonérations centrées sur certaines catégories de contribuables et de biens ont fait l'objet de peu de décisions du Conseil constitutionnel</i> .....	20
1.2.6. <i>Il est difficile de savoir si l'abattement sur la résidence principale constitue une exigence constitutionnelle</i> .....	20
1.2.7. <i>Le plafonnement en fonction des revenus peut, lorsque le barème est trop élevé, constituer une exigence constitutionnelle</i> .....	22
1.2.8. <i>Outre le mécanisme du plafonnement, le montant de l'ISF liquidé est corrigé de réductions d'impôt et d'une décote, qui ne relèvent pas constitutionnellement de la prévention du caractère confiscatoire de l'impôt</i> .....	26
1.2.9. <i>La mise en œuvre du plafonnement : seuls les revenus dont le contribuable a effectivement disposé peuvent être pris en compte</i> .....	29
1.3. La taxation des revenus du patrimoine et des plus-values : une taxation variable selon l'assiette et autorisant des taux d'imposition élevés .....	35
1.3.1. <i>Les règles de calcul du revenu ou de la plus-value ne peuvent dépendre que du revenu dont a effectivement disposé le contribuable</i> .....	35
1.3.2. <i>Les critères d'application d'exonérations, d'abattements d'assiette, de réductions d'impôt ou de report d'imposition doivent être objectifs et rationnels</i> .....	37
1.3.3. <i>La possibilité d'imposer à taux forfaitaire des revenus du capital est peu encadrée</i> .....	39

1.3.4. <i>Il apparaît possible d'imposer les revenus du patrimoine à un taux élevé.....</i>	41
1.4. La fiscalité de la transmission du capital : les contraintes juridiques spécifiques d'un régime inspiré par l'objectif historique du contrôle de la dispersion des patrimoines.....	43
1.4.1. <i>Les exonérations et les réductions d'impôt doivent être justifiées par la poursuite d'objectifs d'intérêt général.....</i>	45
1.4.2. <i>La modulation locale du tarif de l'impôt sur le territoire national est en revanche admise pour les DMTG.....</i>	51
1.4.3. <i>L'assiette de l'impôt est définie à partir de la qualification de l'acte juridique de transmission du capital.....</i>	52
1.4.4. <i>La valeur déclarée de l'actif donné ou transmis par décès et le prix de l'actif vendu, objets du contrôle de l'administration et du juge .....</i>	55
1.4.5. <i>Le tarif et la liquidation des DMTG, fonction du lien entre le transmettant et le bénéficiaire, et des donations antérieurement consenties entre eux, ne sont pas soumis à des contraintes constitutionnelles particulières.....</i>	58
1.4.6. <i>Le périmètre du champ et de l'assiette de l'impôt, qui conduit à une taxation importante du capital, ainsi que l'application d'un barème très peu différencié en fonction du type de transmission choisi, entraîne le développement de stratégies d'optimisation.....</i>	61
<b>2. LA FISCALITÉ DU PATRIMOINE, ENCADRÉE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE, DOIT RESPECTER LES QUATRE LIBERTÉS ET NE PAS INDUIRE DE DISTORSIONS DE CONCURRENCE.....</b>	<b>64</b>
2.1. La nécessité de respecter les quatre libertés au premier rang desquelles figure la libre circulation des capitaux .....	65
2.1.1. <i>L'imposition des revenus du capital a été la première forme d'imposition du patrimoine encadrée par la liberté de circulation des capitaux.....</i>	67
2.1.2. <i>La jurisprudence de la CJUE a par ailleurs récemment encadré davantage l'imposition des transmissions à titre gratuit et des libéralités.....</i>	68
2.1.3. <i>En matière de détention du patrimoine, la CJUE a été aussi amenée à préciser récemment le cadre applicable.....</i>	70
2.1.4. <i>Les contraintes liées à la liberté de circulation des capitaux s'appliquent de façon assez extensive quand les régimes fiscaux en cause concernent des États tiers.....</i>	71
2.2. L'encadrement des aides d'État en matière de fiscalité du patrimoine.....	73
2.3. Le respect du droit dérivé.....	75
2.3.1. <i>Directive « fusions ».....</i>	75
2.3.2. <i>Règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale.....</i>	77
<b>3. L'APPLICATION DE LA FISCALITÉ DU PATRIMOINE DANS L'ESPACE : TERRITORIALITÉ ET COORDINATION INTERNATIONALE POUR LIMITER LES DOUBLES IMPOSITIONS ET L'ÉVITEMENT DE L'IMPÔT .....</b>	<b>81</b>
3.1. La territorialité de l'impôt sur le capital : l'application de la loi fiscale nationale aux situations transnationales.....	81
3.1.1. <i>Imposer les résidents sur le territoire : une garantie de sécurité juridique et un instrument de politique fiscale.....</i>	81
3.1.2. <i>Le domicile fiscal n'interdit pas de prendre en compte le territoire où sont détenus les actifs taxables dans une perspective de lutte contre les abus .....</i>	85

3.1.3. <i>L'impôt frappe également le capital du fait de sa localisation sur le territoire national ou de sa visibilité juridique, quel que soit le domicile fiscal du redevable, pour éviter les pertes d'assiette à la source.....</i>	88
3.2. Imposer dans un contexte de concurrence internationale et de mobilité accrue du capital : l'outil conventionnel pour prévenir les abus grâce au partage d'informations, et répartir le droit de taxer .....	92
3.2.1. <i>Les instruments négociés en vue d'améliorer la transparence fiscale internationale.....</i>	92
3.2.2. <i>Les conventions fiscales répartissant le droit d'imposer : le difficile équilibre entre élimination de la double imposition et conservation de l'assiette taxable.....</i>	97
<b>4. LA FISCALITÉ DU PATRIMOINE PRÉSENTE DES ENJEUX IMPORTANTS EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DE QUALITÉ DU DROIT .....</b>	<b>102</b>
4.1. La fiscalité du patrimoine est marquée par une forte instabilité normative .....	102
4.2. L'instabilité normative pose la question des effets de la loi fiscale dans le temps et des exigences constitutionnelles et conventionnelles qui leur sont attachées .....	104
4.2.1. <i>Sur le fondement de l'article 16 de la DDHC (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »), le Conseil constitutionnel opère un contrôle strict de l'atteinte portée à une situation légalement acquise ou aux effets légitimement attendus.....</i>	105
4.2.2. <i>La CESDH a développé une jurisprudence sur l'espérance légitime en matière fiscale sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention (article 1P1).....</i>	108
4.3. Au total, l'imposition du patrimoine apparaît complexe du fait de la juxtaposition de nombreux dispositifs et soulève la question de la clarification des objectifs poursuivis en matière de politique fiscale .....	110
<b>ANNEXES.....</b>	<b>113</b>

## SYNTHÈSE

1/ Conformément au cahier des charges adopté par le CPO, le rapport particulier n° 2 a pour objet l'analyse des contraintes juridiques à prendre en compte dans la définition de toute réforme de la fiscalité du capital, détenu et transmis, et de ses revenus.

Le rapport traite de **l'ensemble des prélèvements frappant le capital des ménages, prélèvements sociaux pesant sur les revenus et produits du capital inclus**<sup>1</sup>. Des développements sont par ailleurs réservés au régime et à l'impact de ces prélèvements sociaux sur la charge fiscale globale, compte tenu de l'imbrication particulière des différents prélèvements en matière, en particulier, de revenus du capital.

2/ L'analyse du cadre juridique constitutionnel, conventionnel et européen conduit à mettre en évidence les contraintes qui s'imposent au législateur :

- **Le législateur doit veiller à ce que l'imposition ne méconnaisse pas les facultés contributives des contribuables, qu'il s'agisse des règles d'assiette ou de taux.**

- La possibilité pour le législateur de mettre en place des **avantages fiscaux** sous la forme d'une réduction d'assiette (exonération, abattement), d'une réduction de taux ou encore d'une réduction ou d'un crédit d'impôt est conditionnée au **respect du principe d'égalité**.

- Le Conseil constitutionnel s'assure ainsi que les **distinctions** introduites entre contribuables répondent à des **différences de situations** ou à un **objectif d'intérêt général**, et sont **cohérentes avec le but poursuivi** par le législateur et **ne créent pas de rupture d'égalité entre contribuables placés dans la même situation**. En matière de **fiscalité incitative**, le **contrôle du Conseil constitutionnel est plus approfondi** qu'en matière de fiscalité à finalité de simple rendement.

- Dans le **cas où les avantages fiscaux instituent des aides indirectes à certaines entreprises ou productions**, par exemple dans le **cas des réductions d'impôt incitant à investir dans certains types d'entreprises**, le législateur est tenu de respecter le **droit européen des aides d'États** qui a pour objet d'assurer une concurrence libre et non faussée au sein du marché intérieur.

---

<sup>1</sup> Les prélèvements sociaux sont, sauf mention particulière, implicitement inclus dans les références à la « fiscalité » sur les revenus et produits du patrimoine dans le corps du rapport, conformément à la jurisprudence constitutionnelle (décisions n°90-285 DC du 28 décembre 1990 et 2012-654 DC du 9 août 2012).

La conformité de ces mesures fiscales est ainsi soumise à des conditions de fonds et à des conditions procédurales, au premier rang desquelles figure l'obligation de notification à la Commission européenne. En effet, sauf cas particuliers, une aide d'État doit être autorisée préalablement par la Commission européenne pour entrer en vigueur.

- **En matière de détention**, les impôts ne sont **pas soumis aux mêmes exigences de prise en compte de la composition du foyer que l'impôt sur le revenu : le quotient familial n'est pas requis** en matière d'ISF dès lors que **les capacités contributives sont prises en compte** selon d'autres modalités.

S'agissant des règles d'assiette, **l'exonération des biens professionnels ne découle pas en tant que telle d'une exigence constitutionnelle mais du respect des facultés contributives, le critère déterminant étant que le contribuable dispose du bien afin de respecter de telles facultés**. En outre, **l'existence et le niveau de l'abattement sur la résidence principale n'ont pas été consacrés au plan constitutionnel**.

- **En matière de transmission** : le Conseil constitutionnel admet **une autonomie entre droit civil et droit fiscal**, pourvu que les différences qui résultent du régime d'imposition reposent sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec les objectifs poursuivis. Les montages faisant intervenir la souscription d'une assurance-vie au profit d'un bénéficiaire identifié, qui produit les mêmes effets qu'une donation sans en supporter la fiscalité, ne peut être jugé abusif que si le juge décèle l'intention de dissimuler le caractère libéral de l'opération.

- S'agissant du **taux applicable**, le Conseil constitutionnel s'assure que, compte tenu des règles d'assiette tels que les abattements, **l'impôt dû n'a pas un caractère confiscatoire**. La Cour européenne des Droits de l'Homme réalise un contrôle assez proche au regard du droit de propriété.

- Ainsi, **en matière de revenus**, il apparaît qu'un **taux marginal maximal d'imposition des deux tiers** quelle que soit la source des revenus, pourrait être regardé comme le seuil au-delà duquel une mesure fiscale risque d'être censurée par le Conseil constitutionnel.

Il est en revanche difficile de savoir si la possibilité pour le législateur de **soumettre à un taux forfaitaire les revenus du capital pourrait être contrainte par un principe de progressivité de l'imposition globale du revenu**.

- En matière de **droits de mutation**, la jurisprudence du Conseil constitutionnel **ne permet pas, en l'état, de définir quel serait ce seuil maximal**.

- En matière d'impôt sur la détention, un **plafonnement** de l'impôt dû en fonction des revenus disponibles **apparaît nécessaire lorsque le taux applicable est élevé pour ne pas être confiscatoire**. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'ISF ne permet pas de savoir précisément à quel niveau se situe ce taux : **un taux de 0,5 % a été validé en l'absence de plafonnement tandis qu'un taux de 1,8 % nécessite un plafonnement**.

- **La taxation du patrimoine ne doit pas entraîner de discrimination ou entraver l'exercice** des quatre libertés protégées par le droit de l'Union européenne, notamment la **liberté de circulation des capitaux**, sauf si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Cela peut conduire à **écarter par exemple des régimes de taxation qui reposeraient sur la territorialisation d'un avantage** ou encore qui **traiteraient plus favorablement les résidents des non résidents, d'États membres ou d'États tiers**.

- La déclinaison de ces principes fondamentaux par certains textes de droit dérivé a notamment pour conséquence d'**exclure la possibilité d'imposer sur le revenu, les bénéfiques ou les plus-values d'un contribuable lors d'une fusion, d'une scission ou d'un échange de titres**. Elle conduit aussi à **exclure la possibilité pour un État membre d'assujettir aux prélèvements sociaux sur des revenus du patrimoine un contribuable relevant de la législation d'un autre État membre en matière de sécurité sociale**.

- Dans un contexte de mobilité du capital, le législateur a la possibilité de mettre en place des **mécanismes répondant à l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale**, à la condition de respecter les autres principes constitutionnels comme le principe d'égalité, ainsi que le droit européen. Le Conseil constitutionnel a une **approche assez souple s'agissant de tels mécanismes « désincitatifs »**, il **accepte par exemple des taux d'imposition plus élevés** que dans le cas des régimes « normaux ».

Le législateur doit tenir compte **des traités internationaux organisant la répartition du droit d'imposer**. Les instruments relatifs à **l'échange d'informations en matière fiscale** ont également un impact sur l'application des règles fiscales nationales.

- **En méthode, les possibilités pour le législateur d'adopter des mesures rétroactives ou de revenir sur des avantages** fiscaux accordés à des contribuables sont **encadrées**. Le Conseil constitutionnel opère en effet un **contrôle strict de l'atteinte portée à une situation légalement acquise ou aux effets légitimement attendus**, de même que la **Cour européenne des Droits de l'Homme** qui a développé une jurisprudence sur **l'espérance légitime** en matière fiscale.

3/ Sans préempter d'éventuelles propositions de réforme paramétrique ou systémique de la fiscalité du capital qui seraient étayées économiquement, cette étude du cadre juridique conduit à formuler quatre recommandations de politique fiscale.

Les deux premières expriment **la préoccupation de définir un « bon impôt »**, c'est-à-dire un impôt répondant à plusieurs critères qui peuvent évoluer dans le temps : rendement élevé, équité, efficacité économique, coûts limités de gestion en recouvrement comme en contrôle, absence de double imposition, stabilité, acceptabilité et intelligibilité. Les deux dernières visent à **permettre au législateur de regagner des marges de manœuvre dans un contexte de forte mobilité du capital** :

- Le constat d'une forte instabilité normative en matière de fiscalité du capital, générant de nombreuses interrogations sur l'application de la loi fiscale dans le temps et le respect des situations légalement acquises, appelle à **rechercher à moyen terme davantage de stabilité normative.**

- La **juxtaposition** de nombreux régimes et la **complexité** de certain d'entre eux interrogent quant à la capacité de la loi fiscale à être intelligible et à permettre aux acteurs économiques de répondre aux effets incitatifs recherchés par certains dispositifs.

La **multiplication des frontières entre catégories juridiques** (par exemple : détention directe ou indirecte, revenus du travail ou du capital, revenus disponibles ou non disponibles, biens mobiliers ou immobiliers, biens professionnels ou non professionnels) impliquant des régimes fiscaux distincts posent aussi question, notamment du fait des stratégies menées par certains contribuables pour éviter l'impôt.

**Une mise en cohérence et une simplification des dispositifs devraient à court terme ainsi être recherchées, dans le cadre d'une clarification des objectifs poursuivis par le législateur.**

- En matière de fiscalité du capital, **le droit de l'Union contraint sur un champ et avec une prégnance croissants le législateur national** sans que cela apparaisse toujours justifié au regard de l'objectif d'approfondissement du marché intérieur. Ce constat appelle à s'interroger sur **l'opportunité pour le législateur de regagner des marges de manœuvres dans le cadre d'une renégociation de certains textes européens.**

- **Dans un contexte de forte mobilité du capital**, afin d'atteindre le double objectif de **lutte contre l'évitement de l'impôt** et **d'élimination des situations de double imposition**, il est proposé de poursuivre la stratégie fiscale menée par la France : approfondissement des mécanismes **d'échange automatique d'informations** en matière fiscale, **recours aux clauses anti-abus** dans le cadre des conventions fiscales, développement de **l'approche multilatérale pour négocier des textes organisant la répartition du droit d'imposer et la lutte contre la fraude.**

\*  
\*                      \*

## **1. Les règles d'assiettes et de taux d'impôts sur le capital sont soumises principalement à deux principes protégés aux niveaux constitutionnel et conventionnel : le respect du principe d'égalité et de la protection de la propriété**

### **1.1. Le cadre constitutionnel et conventionnel de la fiscalité du patrimoine : assurer le respect du principe d'égalité et la protection de la propriété**

#### **1.1.1. Le cadre constitutionnel**

1. Selon une jurisprudence constante, **il appartient au législateur de déterminer librement l'assiette et le taux d'une imposition, sous réserve du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle<sup>2</sup>. Le législateur a dans ce cadre un pouvoir d'appréciation assez large** puisque le Conseil constitutionnel veille à ne pas substituer son appréciation à celle du législateur et ne sanctionne que les atteintes caractérisées aux principes constitutionnels.

2. Le pouvoir du législateur en matière d'assiette et de taux est **encadré principalement par deux principes constitutionnels** : le principe d'égalité devant l'impôt et le principe d'égalité devant les charges publiques. La garantie des droits et l'encadrement de la rétroactivité, autres principes fondamentaux qui s'imposent au législateur, sont étudiés dans la partie consacrée à la sécurité juridique<sup>3</sup>.

3. **Le principe d'égalité devant l'impôt découle de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)<sup>4</sup>**. Ce principe « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qu'il établit »<sup>5</sup>. Le Conseil constitutionnel s'assure ainsi que les distinctions introduites entre contribuables répondent à des différences de situations ou à un objectif d'intérêt général, et sont cohérentes avec le but poursuivi par le législateur et ne créent pas de rupture d'égalité entre contribuables placés dans la même situation.

---

<sup>2</sup>Par exemple pour l'ISF, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, cons. 5 à 10

<sup>3</sup>D'autres principes constitutionnels s'imposent au législateur en matière fiscale : obligation pour le législateur d'user de sa pleine compétence, objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et de clarté de la loi, protection des droits et libertés notamment le droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

<sup>4</sup>L'article 6 de la DDHC dispose que « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

<sup>5</sup>Considérant de principe repris par exemple dans la décision n° 2014-436 QPC du 15 janvier 2015

4. **Le principe d'égalité devant les charges publiques résulte de l'article 13 de la DDHC**<sup>6</sup>. Il appartient ainsi au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, « de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »<sup>7</sup>. Le Conseil constitutionnel s'assure ainsi que l'imposition ne méconnaît pas les facultés contributives des contribuables.

### Encadré 1 : Le contrôle du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel

« Lorsque le Conseil contrôle la conformité aux **principes d'égalité devant la loi et les charges publiques d'une loi établissant une imposition**, il :

- circonscrit les spécificités de la situation examinée pour déterminer si la différence de traitement peut être justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi ;
- à défaut, recherche la raison d'intérêt général en rapport direct avec la loi qui pourrait justifier une différence de traitement ;
- examine, de manière spécifique au principe d'égalité devant les charges publiques, le caractère objectif et rationnel des critères qui fondaient la différence de traitement en fonction des buts que le législateur se propose ;
- enfin, également de manière spécifique, contrôle l'éventuelle rupture « caractérisée », c'est-à-dire manifeste, d'égalité devant les charges publiques. »<sup>8</sup>

S'agissant du **principe d'égalité devant les charges publiques**, le Conseil constitutionnel s'assure :

- de l'adéquation de l'assiette aux capacités contributives du contribuable ;
- du caractère non confiscatoire de l'imposition due compte tenu des capacités contributives du contribuable, en tenant compte à la fois des taux d'imposition et de règles venant réduire l'imposition comme les abattements, les décotes ou le plafonnement ;
- du caractère non excessif des éventuels effets de seuil (voir encadré dédié).

---

<sup>6</sup>L'article 13 de la DDHC dispose que « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. »

<sup>7</sup>Considérant de principe repris par exemple dans la décision n° 2014-436 QPC du 15 janvier 2015

<sup>8</sup>Méthode explicitée dans le commentaire de la décision n° 2015-466 QPC du 7 mai 2015

5. Le Conseil constitutionnel admet que le législateur adopte des **mesures fiscales incitatives** car « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »<sup>9</sup>.

6. En matière de fiscalité incitative, « le **contrôle du Conseil constitutionnel est plus approfondi qu'en matière de fiscalité à finalité de simple rendement**. En effet, lorsque les différences de traitement imposées résultant des différences d'assiette ou de taux de l'impôt sont fondées sur la volonté du législateur de susciter des comportements favorables à des buts d'intérêt général que le législateur a définis, le Conseil procède à un contrôle de l'adéquation entre la définition de l'assiette ou du taux et l'objet ainsi poursuivi par la loi »<sup>10</sup>.

7. Le Conseil constitutionnel contrôle la **proportionnalité de la différenciation** induite entre contribuables du fait de la mesure avec le but poursuivi, en mettant en balance **l'avantage accordé au contribuable et l'objectif à atteindre** qui est le comportement souhaité. En effet, « si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition qu'il fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu »<sup>11</sup>.

8. Le Conseil peut être amené à **vérifier dans son appréciation de l'intérêt général le rapport existant entre le coût ou le gain pour l'État et l'objectif poursuivi**. Ainsi, dans le cas de la mise en place par la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat de 2007 d'un crédit d'impôt sur le revenu au titre des intérêts des prêts contractés pour l'acquisition ou la construction d'un logement affecté à l'habitation principale de contribuable, il a censuré l'application du dispositif pour les prêts déjà contractés notamment pour deux motifs :

- le choix d'accorder un avantage fiscal seulement aux contribuables ayant acquis ou construit leur habitation principale depuis moins de cinq ans n'était pas en adéquation avec l'objectif poursuivi qui, selon les travaux parlementaires, était de soutenir la consommation et le pouvoir d'achat ;
- cet avantage fiscal faisait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 34 ; décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, cons. 80

<sup>10</sup>Commentaire de la décision n° 2012-251 QPC du 8 juin 2012

<sup>11</sup>Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, cons. 3

<sup>12</sup>Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, cons. 20

## Encadré 2 : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'effets de seuil est limitée

En matière d'effets de seuil, le Conseil constitutionnel s'assure :

- « que les effets de seuil résultant des dispositions examinées sont cohérents avec l'objectif poursuivi par le législateur, sans pour autant rechercher si l'objectif aurait pu être atteint par d'autres voies ;
- que les effets produits par l'application de ces seuils ne sont pas excessifs, l'excès pouvant être constaté soit par la disproportion de la différence de traitement par rapport à la différence de situation soit par l'effet antiprogressif (inversion de l'échelle des revenus bruts et des revenus nets après impôt) ;
- que les effets de seuils, lorsqu'ils portent sur des dispositifs fiscaux, ne font pas obstacle à la prise en compte des facultés contributives des contribuables. »<sup>13</sup>

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'effet de seuil est cependant limitée. Cela s'explique sans doute par le fait que le « **contrôle du Conseil constitutionnel est un contrôle restreint, conséquence du fait que le droit fiscal génère inévitablement des effets de seuil** »<sup>14</sup>.

Une seule décision de 2015<sup>15</sup> est venue censurer un dispositif social, la contribution patronale additionnelle sur les « retraites chapeau », du fait des effets de seuil excessifs. Le Conseil a relevé « que la contribution additionnelle s'applique au taux de 45 % à l'intégralité du montant de la rente versée au cours de l'année dès lors que ce montant excède huit fois le plafond annuel défini à l'article L. 241-3 du code de la sécurité sociale ». Il a également relevé « qu'aucun mécanisme n'atténue l'effet de seuil provoqué par l'application de ce taux ». Il a précisé « que, pour apprécier l'ampleur d'un effet de seuil résultant de l'imposition principale et d'une imposition additionnelle, il convient de rapporter cet effet au total de cette imposition additionnelle et de l'imposition principale » (cons. 7).

Il est donc **difficile de savoir précisément quelles limites encadrent ces effets en matière de fiscalité du capital**. Le Conseil a par exemple admis<sup>16</sup> la constitutionnalité d'une disposition supprimant un abattement sur certains revenus de capitaux mobiliers pour les contribuables assujettis à la dernière tranche du barème de l'impôt sur le revenu. Il a jugé que l'objectif de la mesure, destinée à encourager l'acquisition de valeurs mobilières par de nouveaux épargnants, ne justifiait pas que l'avantage fiscal bénéficie aux revenus les plus élevés et constaté que les effets de seuil induits n'étaient pas excessifs.

En tout état de cause, **un dispositif prévoyant un seuil d'entrée à l'imposition emportant ensuite taxation de l'ensemble de l'assiette à un niveau élevé pourrait être problématique, notamment si ce dispositif conduit à des effets antiprogressifs avec l'inversion de l'échelle de l'assiette taxable entre le brut et le net après impôt**. Des mécanismes de lissage sont alors nécessaires, comme c'est le cas par exemple en matière d'ISF avec la décote, afin de réduire le seuil effectif d'imposition à 1,3 million d'euros. Il faut ainsi noter que le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de la réforme de l'ISF par la loi de finances rectificatives du 29 juillet 2011 qui prévoyait l'application des différents taux du barème à l'ensemble du patrimoine net taxable du contribuable, en l'assortissant d'un lissage<sup>17</sup>.

<sup>13</sup>Méthode explicitée dans le commentaire de la décision n° 2015-466 QPC du 7 mai 2015

<sup>14</sup>Commentaires de la décision n° 2015-498 QPC du 20 novembre 2015

<sup>15</sup>Décision n° 2015-498 QPC du 20 novembre 2015

<sup>16</sup>Décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, cons. 5

<sup>17</sup>Décision n°2011-638 DC du 28 juillet 2011

9. Traditionnellement, **le Conseil constitutionnel s'assure du respect du principe d'égalité pour chaque imposition prise isolément** et n'apprécie pas les effets globaux du système fiscal pris dans son ensemble : pour l'application du principe d'égalité « la situation des redevables s'apprécie au regard de chaque imposition prise isolément »<sup>18</sup>. **Ce constat doit cependant être nuancé car le juge constitutionnel a eu depuis 2012 à plusieurs reprises une approche globale des impositions relatives au revenu pour apprécier leur caractère confiscatoire.** En 2012<sup>19</sup> il a ainsi estimé que pour « apprécier le respect du principe d'égalité devant les charges publiques il convient de prendre en compte l'ensemble des impositions portant sur le même revenu et acquittées par le même contribuable ».

### 1.1.2. L'encadrement par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme

10. Les principes constitutionnels susmentionnés font écho à d'autres principes fondamentaux consacrés au niveau conventionnel.

11. **L'article premier du Protocole additionnel à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) protège en effet le droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens.** La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en a déduit la **protection de l'espérance légitime**, qui fera l'objet de développements dans la dernière partie du présent rapport. La protection de la propriété permet de garantir le juste équilibre entre l'intérêt général et la protection des libertés fondamentales de chaque individu.

12. La CEDH a **rendu peu d'arrêts s'agissant de la protection de la propriété en matière fiscale**, compte tenu certainement des modalités de saisine de cette juridiction qui sont conditionnées à l'épuisement des voies de recours internes. En matière de fiscalité du capital, la Cour a été amenée à examiner la conformité de l'impôt de solidarité sur la fortune à ce principe (cf. ci-dessous).

13. D'autres principes<sup>20</sup> consacrés par la Convention relèvent des procédures, notamment en matière de contrôle fiscal et ne sont pas traités dans le présent rapport.

---

<sup>18</sup>Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990: « 28. Considérant que les contributions concernant respectivement les revenus d'activité et les revenus de remplacement, les revenus du patrimoine, et les produits de placement constituent des impositions distinctes ; que, pour l'application du principe d'égalité devant l'impôt, la situation des personnes redevables s'apprécie au regard de chaque imposition prise isolément ; que, dans chaque cas, le législateur doit, pour se conformer au principe d'égalité, fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels. »

<sup>19</sup>Décision n°2012-662 DC du 29 décembre 2012

<sup>20</sup>Notamment : droit à un procès équitable à l'article 6 de la Convention ; légalité des peines à l'article 7 de la Convention ; droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance à l'article 8 de la Convention ; droit à ne pas être jugé ou puni deux fois à l'article 4 du Protocole n° 7.

## **1.2. La détention du capital : les contraintes pesant sur la définition de l'assiette taxable et d'un tarif garantissant l'absence de caractère confiscatoire de l'impôt**

### **1.2.1. La taxation de biens non productifs de revenus ne méconnaît pas l'exigence de prise en compte des facultés contributives.**

14. Au moment de la création de l'impôt sur les grandes fortunes (IGF) par la loi du 30 décembre 1981 de finances pour 1982, la question s'est posée de savoir comment apprécier les facultés contributives.
15. **Dans un premier temps, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu être interprétée comme n'autorisant la taxation que des seuls biens producteurs de revenus.** L'IGF avait en effet pour objet « de frapper la capacité contributive que confère la **détention d'un ensemble de biens** et qui **résulte des revenus en espèce ou en nature procurés par ces biens** »<sup>21</sup>. Le Conseil constitutionnel a estimé en effet que la capacité contributive se trouvait non pas entre les mains du nu-proprétaire mais de l'usufruitier, ce dernier étant le seul appelé à jouir des revenus produits par le bien.
16. Il a d'ailleurs, pour justifier la **prise en considération du foyer familial comme unité d'imposition**, mis en avant que l'IGF était appelé « à être acquitté sur les revenus des biens imposables », or « il est de fait que le centre de disposition des revenus à partir duquel peuvent être appréciées les ressources et les charges du contribuable est le foyer familial ».
17. Ce lien entre l'ISF et les **revenus justifiait aussi le plafonnement en fonction des revenus** tel qu'il avait été conçu en 1988 puis sous d'autres formes par la suite.
18. Dans sa décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, il reprend ce principe en indiquant que le législateur a méconnu le principe d'égalité devant l'impôt en assujettissant à l'ISF celui qui ne perçoit pas les revenus des biens ou droits taxables. Reprenant le considérant de principe de 1981, il considérait en effet que l'ISF « a pour objet de frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens et qui résulte des revenus en espèce ou en nature procurés par ces biens » et qu'en « raison de son taux et de son caractère annuel, l'impôt de solidarité sur la fortune est appelé normalement à être acquitté sur les revenus des biens imposables ».
19. **Néanmoins, dans un second temps, le Conseil constitutionnel a jugé clairement que tous les biens composant le patrimoine sont taxables, qu'ils soient productifs de revenus ou non**, la prise en compte de la capacité contributive n'impliquant pas que seuls les biens productifs de revenus entrent dans l'assiette de l'ISF <sup>22</sup>. Cette interprétation avait déjà été retenue par la Cour de CCassation en 2005<sup>23</sup>, qui a admis

---

<sup>21</sup>Décision n° 81-133 DC du 31 décembre 1981, cons. 12

<sup>22</sup>Décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, cons. 10 et 11

<sup>23</sup>Cour de Cassation, chambre commerciale, 25 janvier 2005, n° 03-10068, publié au Bulletin

que pouvaient figurer dans l'assiette de l'ISF des biens non productifs de revenu, dès lors que la jouissance de ces biens par son propriétaire constituait un revenu en nature.

20. Compte tenu de la définition de la capacité contributive retenue par le Conseil constitutionnel en 1981 et 1998, l'idée selon laquelle la décision de 2010 constitue un revirement de jurisprudence doit être nuancée. En effet, dès 1981, les revenus visés étaient non seulement des revenus en espèce mais aussi **des revenus en nature** procurés par ces biens.

### **1.2.2. La prise en compte de la composition de foyer ne constitue pas, contrairement à l'imposition du revenu, une exigence constitutionnelle.**

21. Le Conseil constitutionnel a **validé en matière d'ISF la différence de traitement entre les contribuables mariés, pacsés et les concubins notoires, qui sont soumis à une imposition commune et les personnes ne vivant pas en concubinage notoire, qui sont imposées séparément**<sup>24</sup>.
22. Il a également **validé l'absence de quotient familial**, estimant que « l'exigence résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789 ne suppose pas l'existence d'un quotient familial dès lors que les capacités contributives sont prises en compte selon d'autres modalités<sup>25</sup> ».
23. L'appréciation du principe d'égalité en matière de fiscalité sur la détention du patrimoine s'éloigne ainsi de celui applicable en matière de fiscalité sur les revenus du fait de l'absence de quotient familial.

### **1.2.3. Les prélèvements sur la détention du patrimoine ne peuvent porter sur des biens dont le contribuable n'a pas la disposition.**

24. **Le Conseil constitutionnel a invalidé des dispositions qui venaient intégrer à l'assiette de l'ISF des biens détenus par la société dont le contribuable est actionnaire ou associé qui n'étaient pas à la disposition du contribuable car le législateur avait alors « défini une assiette sans lien avec les facultés contributives**<sup>26</sup> ». Le principe d'égalité devant les charges publiques s'oppose donc à l'imposition de biens qui ne sont pas détenus par le contribuable. On peut en outre se demander si l'exonération des biens professionnels n'est pas rendue nécessaire par l'exigence de prise en compte des facultés contributives.
25. La jurisprudence constitutionnelle est ainsi venue **préciser comment déterminer la part des biens nécessaires à l'activité professionnelle** afin de respecter les capacités contributives du contribuable et d'appliquer des critères objectifs et rationnels.

---

<sup>24</sup>Décision n° 81-133 DC du 30 décembre 1981, cons. 4 à 9 et décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010

<sup>25</sup>Décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010

<sup>26</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 96

26. Le Conseil constitutionnel a ainsi validé dans sa décision de 1983<sup>27</sup> que soient considérés comme des **biens professionnels les parts d'une société à responsabilité limitée détenues par un gérant minoritaire si elles représentent 25 % du capital de la société ainsi que les actions de sociétés lorsque leur propriétaire possède plus de 25 % du capital de la société et y exerce effectivement des fonctions de direction, de gestion ou d'administration**, à la condition que les propriétaires de ces parts ou actions exercent leurs fonctions professionnelles dans la société à titre principal.
27. **En 1983, dans le cas où la valeur des parts ou actions détenues directement par le dirigeant dépassait 75 % de la valeur brute de l'ensemble de ses biens imposables, CGI n'exigeait cependant pas la détention d'un minimum de 25 % des droits financiers et des droits de vote.** Le Conseil constitutionnel<sup>28</sup> a validé en 2003 le **fait de baisser de 75 % à 50 % ce ratio** considérant que cette mesure, qui s'expliquait par le souhait du législateur de 2003 d'adapter le seuil adopté en 1983 à l'évolution des marchés de valeurs mobilières, était proportionnée et n'entraînait pas de rupture caractérisée d'égalité devant les charges publiques.
28. **Les tentatives du législateur pour préciser la portée de la définition des biens professionnels afin d'éviter les mécanismes de contournement** visant à dissimuler des actifs personnels au sein de la société constitutive du bien professionnel ou au sein de filiales ont conduit **le juge constitutionnel à affiner les critères à retenir afin de respecter les facultés contributives du contribuable.**
29. A l'occasion d'une première tentative en 2012, le Conseil constitutionnel a précisé que **le législateur pouvait, pour la détermination du patrimoine non professionnel des contribuables, prendre en compte la fraction de la valeur des parts ou actions correspondant aux éléments du patrimoine des sociétés qui ne sont pas nécessaires à l'activité de la société.** En revanche, **il ne pouvait inclure dans le patrimoine soumis à l'ISF d'un associé d'une société les biens du patrimoine de celle-ci s'il n'était pas établi que ces biens sont, en fait, à la disposition de l'associé**<sup>29</sup>.
30. Examinant la loi de finances rectificative (LFR) pour 2016 qui prévoit l'exclusion du bénéficiaire de l'exonération les biens non nécessaires à l'activité de la société constitutive du bien professionnel et détenus par l'intermédiaire d'une société ou de plusieurs sociétés, le Conseil constitutionnel a suivi le même raisonnement<sup>30</sup>. **Il a ainsi validé le fait que le législateur exclut de l'exonération la fraction de la valeur des titres de la société qui représente des éléments patrimoniaux non nécessaires à l'activité de la société lorsque ces titres sont bien à la disposition du redevable de l'ISF**<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup>Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, cons. 7.

<sup>28</sup>Décision n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003

<sup>29</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012

<sup>30</sup>Cette clarification législative était apparue nécessaire car la Cour de Cassation avait considéré dans un arrêt du 20 octobre 2015, n° 14-19598, (publié au Bulletin) que les biens non nécessaires à l'activité de la société constitutive du bien professionnel et détenus par l'intermédiaire d'une société ou de plusieurs sociétés devaient être exonérés.

<sup>31</sup>Décision n° 2016-743 DC du 29 décembre 2016

La disposition en question prévoit qu'aucun rehaussement ne sera effectué à raison des éléments pour lesquels le redevable, de bonne foi, n'est pas en mesure de disposer des informations nécessaires.

**1.2.4. Des exonérations d'ISF prévues pour des raisons économiques, culturelles ou sociales sont possibles dès lors qu'elles répondent à des critères objectifs et rationnels.**

31. En matière de fiscalité de la détention du patrimoine, traiter différemment des contribuables selon notamment la nature de leur patrimoine est possible dès lors que cette distinction repose sur des critères objectifs et rationnels et qu'elle est proportionnée au motif d'intérêt général poursuivi. Certaines de ces exonérations sont communes avec celles applicables en matière de DMTG.
32. **S'agissant d'exonérations ayant un motif économique, le Conseil constitutionnel a été amené à plusieurs reprises à préciser quels critères sont conformes à la Constitution :**
33. Le Conseil constitutionnel a ainsi validé la mise en place du **pacte Dutreil<sup>32</sup> dont l'objectif est de « garantir la stabilité du capital des entreprises, notamment familiales, et, partant, leur pérennité », dès lors que l'avantage était proportionné car encadré par certaines conditions en lien avec l'objectif poursuivi.** Le Conseil constitutionnel a de la même manière validé **l'exonération totale d'ISF sur les titres reçus en contrepartie de souscriptions en numéraire ou en nature au capital de PME compte tenu du rôle joué par ce type d'entreprises dans la création d'emplois et le développement de l'économie et compte tenu du caractère proportionné de l'avantage accordé<sup>33</sup>.**
34. Dans son contrôle, le Conseil constitutionnel s'assure que le principe d'égalité s'applique à l'intérieur de catégories **homogènes, en lien avec l'objectif poursuivi.** Il a ainsi reconnu la possibilité pour le législateur d'appliquer un **régime fiscal différent selon qu'il s'agisse de sociétés ou d'entreprises individuelles** en matière d'exonération de tirs de PME et de pacte Dutreil ou de **sociétés cotées ou non cotées** concernant le pacte Dutreil<sup>34</sup>.
35. Le Conseil constitutionnel a aussi validé l'article 885 I *quater* du CGI qui prévoit que les parts ou actions de sociétés détenues par les salariés et les mandataires sociaux exerçant leur activité principale dans la société sont exonérées d'ISF à concurrence des trois quarts de leur valeur, compte tenu de **l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir stabiliser le capital des entreprises afin d'assurer leur pérennité et leur dynamisme, dans l'intérêt de l'emploi,** et compte tenu de **l'encadrement de l'avantage octroyé<sup>35</sup>.** Il est noté que le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la nouvelle rédaction de cet article issue de la LFR pour 2016 qui est venue préciser

---

<sup>32</sup>Décision n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003, cons. 13 à 15

<sup>33</sup>Décision n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003

<sup>34</sup>Décision n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003,

<sup>35</sup>Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 49 à 51

la condition d'activité principale afin d'éviter que ne bénéficient de cette exonération les contribuables ayant une activité professionnelle fictive et non rémunérée<sup>36</sup>.

36. S'agissant de l'exonération partielle des biens ruraux et des parts de groupements fonciers agricoles qui avait pour **objectif d'inciter à l'acquisition et à la détention de ce type de biens**, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur modifie les paramètres de cet avantage en réduisant la fraction de valeur de ces biens qui fait l'objet d'une exonération de 75 % et non plus de 50 % et en supprimant toute indexation annuelle du plafond de la fraction exonérée<sup>37</sup>.
37. **S'agissant d'exonérations ayant un motif culturel ou social, à l'instar de l'exonération des œuvres d'art : le Conseil constitutionnel n'ayant jamais examiné expressément ces dispositifs, il n'a pas été amené à préciser quels critères seraient conformes à la Constitution en la matière.**

### Encadré 3 : Exonération des œuvres d'art

L'exonération des œuvres d'art a été introduite dès la loi de finances pour 1982 instituant l'IGF, aux fins de conserver le patrimoine culturel français sur le territoire : le texte initial conditionnait l'exonération au respect d'un engagement de non exportation des biens, retiré en cours de débats au Sénat qui avait pointé l'obstacle ainsi posé au rayonnement de la création française. En contrepartie de cette exonération sectorielle, le taux de la taxe sur les ventes des œuvres d'art a été rehaussé de trois points<sup>38</sup>.

La proposition consistant à supprimer cette exonération totalement ou partiellement (au-delà d'une certaine valeur notamment) a régulièrement été faite par des parlementaires mais n'a pas prospéré. Juridiquement **cependant il n'a pas été détecté d'obstacle particulier pour réaliser une telle suppression**. L'évaluation de ces objets pourrait être faite par référence notamment aux transactions sur le marché de l'art<sup>39</sup>.

38. Il est difficile de définir précisément, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, quel type d'avantage serait hors de proportion avec l'effet incitatif attendu. En tout état de cause, une exonération totale d'un bien, hors de proportion avec l'objectif poursuivi, pourrait entraîner la censure du juge constitutionnel. De la

---

<sup>36</sup>En effet, contrairement aux dispositions de l'article 885 O bis du CGI, qui, pour les biens professionnels, prévoit que le redevable devait exercer dans la société une fonction donnant lieu à une rémunération normale devant représenter plus de 50 % des revenus du contribuable, l'article 885 I quater n'apportait, jusqu'à la LFR pour 2016, aucune précision sur la notion d'activité principale.

Le juge judiciaire a ainsi pu considérer que l'activité principale au sens de l'article 885 I quater du CGI n'impliquait pas nécessairement de percevoir une rémunération (Cour de Cassation 5 janvier 2016, n° 14-23681, publié au Bulletin)

<sup>37</sup>Décision n° 2014-707 DC du 29 décembre 2014

<sup>38</sup>Voir le tome II du rapport fait au nom de la commission des finances du Sénat, loi 81-1160, pp. 35 s.

<sup>39</sup>Il faut toutefois noter que, pour certaines œuvres, il n'existe pas nécessairement de marché ; ce qui peut rendre leur évaluation plus difficile. ; cette **difficulté concerne toutefois également d'autres actifs ou biens uniques, par exemple immobiliers, qui pourtant sont taxés.**

même manière, cet avantage doit s'appliquer sur une catégorie homogène en lien avec l'objectif poursuivi afin d'éviter la censure constitutionnelle.

### 1.2.5. En matière de taxe foncière, les exonérations centrées sur certaines catégories de contribuables et de biens ont fait l'objet de peu de décisions du Conseil constitutionnel

39. **Ainsi, une seule décision est venue valider une exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB).** Aux termes du I de l'article 1389 du CGI, les contribuables peuvent obtenir le dégrèvement de la TFPB en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location à usage d'habitation ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même à usage commercial ou industriel. Le dégrèvement est subordonné à la triple condition que la vacance ou l'inexploitation soit indépendante de la volonté du contribuable, qu'elle ait une durée minimale de trois mois et qu'elle concerne la totalité de l'immeuble ou une partie susceptible d'exploitation ou de location séparée, conditions appréciées strictement par le juge administratif. Dans une décision récente le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes à la Constitution<sup>40</sup>. Il a en particulier considéré qu'elles ne méconnaissent pas le principe d'égalité, ni en ce qu'elles excluent les emplacements de stationnement du droit à dégrèvement en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location, ni en ce qu'elles subordonnent, pour un immeuble à usage commercial ou industriel, le bénéfice du dégrèvement à une condition supplémentaire tenant à ce qu'il soit utilisé par le contribuable lui-même.

### 1.2.6. Il est difficile de savoir si l'abattement sur la résidence principale constitue une exigence constitutionnelle.

40. L'ISF, comme les DMTG, reposent sur **le concept souple de valeur vénale** qui permet notamment pour le contribuable d'appliquer une décote à la valeur brute du bien pour tenir compte de certains éléments de dépréciation de l'actif (voir annexe 1).
41. Parmi les circonstances de fait susceptibles de justifier une décote de la valeur vénale du bien, figure l'occupation de celui-ci par le propriétaire ou un tiers. Dans ce cas, la jurisprudence a admis que la valeur d'un immeuble occupé, à titre de résidence principale ou secondaire, pouvait être déterminée, pour la liquidation de l'impôt de solidarité sur la fortune ou des droits de succession, après application d'un abattement dont le montant pouvait être fixé par voie d'expertise sous le contrôle des tribunaux<sup>41</sup>.
42. Dans le cadre de la loi 30 décembre 1998 de finances pour 1999, le législateur a repris à son compte cette solution prétorienne en appliquant un abattement de 20 % à la seule

---

<sup>40</sup>Décision n° 2016-612 QPC du 24 février 2017

<sup>41</sup>Deux décisions de principe ont constaté la perte de la valeur vénale réelle d'un immeuble à raison de son occupation aux fins d'habitation à la date du fait générateur de l'impôt : s'agissant de l'évaluation de l'immeuble passible de l'impôt sur les grandes fortunes et occupé par le contribuable, la décision Cass. com. 13 février 1996, n° 93-20.878 (publié au Bulletin) ; s'agissant de la détermination de l'actif successoral occupé par les héritiers, la décision Cass. com. 16 décembre 1997, n° 96-11.679 (publié au Bulletin).

résidence principale en matière d'ISF (article 885 S alinéa 2 du CGI) et de droit de mutation à titre gratuit (article 764 bis du CGI).

43. La loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA) a porté de 20 à 30 % l'abattement consenti en matière d'ISF sur la valeur vénale de la résidence principale. Cette augmentation a été justifiée par les auteurs de l'amendement par la hausse des prix des l'immobilier<sup>42</sup>.

44. **Bien que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais prononcé sur de telles mesures, les propositions visant à exonérer la résidence principale apparaissent risquées au plan constitutionnel dès lors qu'une telle exonération procurerait à ce bien un avantage injustifié par rapport aux autres biens**, eu égard à la contrainte qui pèse sur le propriétaire du bien considéré. **La question de la hausse de l'abattement soulève la même interrogation** : jusqu'à quel niveau l'abattement applicable uniquement à la résidence principale est-il justifié au regard de la contrainte qui pèse sur le propriétaire du bien et en comparaison des autres biens, notamment les immeubles occupés ?

45. **A l'inverse, l'abattement n'ayant pas été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, il est difficile de savoir s'il serait risqué d'un point de vue constitutionnel de revenir sur cet abattement. La question est en effet de savoir si cette suppression pourrait être considérée comme remettant en cause la prise en compte des capacités contributives** alors même que le contribuable a la possibilité de déprécier le bien comme pour les autres biens entrant dans l'assiette de l'ISF.

46. Il est à cet égard noté que ne peuvent bénéficier de l'abattement les titres de sociétés civiles de gestion ou d'investissement immobilier, alors même que l'immeuble détenu par le redevable constituerait sa résidence principale.

47. De la même façon, il n'est pas prévu d'abattement sur la résidence principale en matière de TFPB. Le cas de la TF soulève cependant une difficulté spécifique : la non adéquation entre l'assiette et la valeur locative réelle du logement et donc les capacités contributives du contribuable pourraient poser problème sur le plan du principe d'égalité (cf. annexe 1).

48. **Au total, l'assiette de l'ISF présente deux enjeux juridiques essentiels :**

◆ L'existence de nombreuses exonérations ou encore du recours à la notion de valeur nette qui **ouvrent la possibilité pour le contribuable de piloter la composition de son patrimoine**. Cette possibilité résulte des choix opérés dans la définition même de l'impôt et ne constitue pas nécessairement un acte frauduleux en tant que tel. Si l'exonération des biens professionnels apparaît nécessaire, le « mitage » de l'assiette par différents régimes d'exonération interroge plus globalement sur la **pertinence des effets incitatifs recherchés**.

<sup>42</sup>Selon les auteurs de l'amendement « il s'agit de neutraliser la hausse sensible des prix de l'immobilier pour les redevables qui voient augmenter leur impôt sans avoir vendu leur résidence principale ».

◆ **La question du degré de précision possible et souhaitable** dans la définition de l'assiette, des mesures législatives anti-abus étant devenues nécessaires avec le temps afin de préciser certaines règles, sortes de mesures préventives *a priori*. La possibilité de recourir aux procédures existantes afin de **contrer les actes frauduleux conduisant à l'érosion de l'assiette**, selon des mesures *a posteriori*.

49. Sur ce dernier point, au-delà de la question de la définition de l'assiette à retenir, il est à noter que l'administration fiscale peut contrer les effets d'une réduction frauduleuse du patrimoine d'un redevable en exerçant l'**action paulienne** (article 1167 du code civil). L'action consiste à rendre inopposable à son égard les conséquences d'un acte d'appauvrissement, lorsqu'un contribuable se dépouille de son patrimoine dans le but d'éluider le paiement de l'impôt en réduisant ses facultés contributives. A la différence de l'action en déclaration de simulation évoquée dans la partie relative aux droits de mutation, l'action paulienne n'entraîne pas la disparition de l'acte frauduleux, mais le prive d'effet sur celui qui l'exerce. L'action paulienne est utilisée par les services fiscaux détenteurs d'une créance certaine antérieure à l'acte intentionnellement frauduleux ; elle présente l'intérêt d'obtenir la réintégration au patrimoine du contribuable des actifs litigieux afin de procéder aux mesures de recouvrement forcé<sup>43</sup>.

50. **S'agissant de la TF, deux enjeux apparaissent :**

- ◆ la question de la justification du maintien pour certaines exonérations de la condition d'âge ;
- ◆ les enjeux liés à la réforme des valeurs à retenir pour les bases de l'impôt, et les obstacles associés.

### 1.2.7. **Le plafonnement en fonction des revenus peut, lorsque le barème est trop élevé, constituer une exigence constitutionnelle.**

51. Les dispositions de la loi de finances pour 1989 instituant le plafonnement de l'ISF à 70% des revenus nets de l'année précédente n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel. En revanche, c'est une décision du 24 juillet 1991, rendue à l'occasion de l'examen de la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, et en particulier de son article 7-I faisant rétroagir la définition légale des prestations de service pour l'application des règles de taxe sur la valeur ajoutée, qui va donner un indice sérieux sur les limites de l'impôt au regard des facultés contributives, qu'invoqueront d'ailleurs ensuite les requérants agissant sur le terrain de l'ISF : le Conseil constitutionnel juge que « l'application de l'article 7-I ne saurait avoir pour conséquence, par ses effets sur le patrimoine des contribuables, de porter atteinte au droit de propriété ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ». C'est donc **une réserve d'interprétation, qui fait pour la première fois référence**

---

<sup>43</sup>Pour une illustration récente dans un litige fiscal, voir Cass. Civ. 1, 18 juin 2014, n° 13-16.238 (non publié)

**explicite au droit de propriété du contribuable, dont la protection est inhérente<sup>44</sup> à l'égalité devant les charges publiques.**

52. La jurisprudence du Conseil reste peu précise jusqu'aux années 2000 s'agissant de la définition des critères de l'impôt confiscatoire quand il frappe le capital détenu. Cela s'explique par le défaut de sa saisine sur de nombreux textes qui lui auraient donné l'occasion de se prononcer, en particulier pour les dispositions de la loi de finances pour 1991, relevant le plafond de l'ISF à 85 % des revenus nets.
53. Le Conseil n'a pas davantage été saisi *a priori* de l'introduction du « plafonnement du plafonnement » par l'article 6 IV de la loi de finances pour 1996, limitant la réduction de la cotisation d'ISF générée par l'application du plafonnement à une somme égale à 50 % du montant de la cotisation résultant de l'application de l'article 885 V (cotisation avant plafonnement, diminuée du seul abattement au titre des personnes à charge<sup>45</sup>), ou, s'il est supérieur, au montant de l'impôt correspondant à un patrimoine taxable égal à la limite supérieure de la troisième tranche du tarif fixé à l'article 885 U (soit 1 M€).
54. Dans sa décision du 29 décembre 1998 <sup>46</sup>, **le Conseil constitutionnel justifie l'absence de caractère confiscatoire par la seule référence au barème** : saisi des dispositions de la loi de finances pour 1999 créant, sur la fraction de la valeur nette taxable du patrimoine supérieure à 100 millions de francs, une nouvelle tranche d'ISF au taux de 1,8 %, il juge en effet « qu'un tel taux prend en compte les facultés contributives des citoyens concernés ; qu'en particulier, contrairement à ce que soutiennent les députés requérants, il n'a pas pour conséquence, par ses effets sur le patrimoine de ces contribuables, de porter atteinte à leur droit de propriété » (considérant n° 23). Le Conseil opère donc un contrôle centré sur le barème de l'impôt pour apprécier la conformité de ce dernier au droit de propriété, sans toutefois étayer son raisonnement des critères retenus.
55. Il convient de noter que les députés requérants sollicitaient explicitement la fixation d'un plafond à 50 % des revenus nets susceptibles d'être produits par le patrimoine taxé, et arguaient du caractère confiscatoire du barème pour la tranche supérieure.
56. **Le contrôle de la constitutionnalité du barème de l'impôt sur le patrimoine** avait déjà donné lieu à deux décisions de conformité, rendues sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques : **la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social est validée « alors même » que son taux est le double du taux de l'ISF.**

---

<sup>44</sup>Le professeur E. de Crouhy-Chanel évoque à ce propos un « droit de propriété qui marque l'ensemble des lois fiscales comme une sorte de bruit de fond, sans caractère anormal ou spécial. L'atteinte excessive à ce droit de propriété se traduit presque toujours par une violation du principe d'égalité », et un « droit de propriété de base, dissimulé derrière le principe d'égalité » dans *Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ?*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011/4 n° 33.

<sup>45</sup>Abattement demeuré modeste : 1000 F puis 150 € depuis 1989, 300 € en LFR pour 2011, avant sa suppression en loi de finances pour 2013.

<sup>46</sup>Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998

Cette décision<sup>47</sup> est remarquable en tant qu'elle relève que le taux élevé retenu par le législateur n'est pas contraire aux articles 13 et 17 de la DDHC « eu égard à l'objectif » de « dissuader les contribuables assujettis initialement à l'impôt sur les grandes fortunes et présentement à l'impôt de solidarité sur la fortune d'échapper à une telle imposition en créant, dans des États n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, des sociétés qui deviennent propriétaires d'immeubles situés en France », de sorte que **l'objectif de lutte contre les pertes d'assiette patrimoniales semble constituer l'un des critères essentiels de la constitutionnalité du barème**. En l'espèce, il apparaît même comme le critère exclusif retenu, le Conseil se refusant à entrer sur le terrain de l'atteinte au droit de propriété.

57. La décision de 1998 sur l'ISF livre certes une appréciation chiffrée très claire (**l'instauration d'un taux de 1,8 % sur la tranche supérieure ne conduit pas à donner à l'impôt un caractère confiscatoire**), mais se garde de faire une référence explicite à l'existence du plafonnement : en d'autres termes, la question de savoir si c'est ce plafonnement, c'est-à-dire la limitation du taux marginal d'imposition, ou d'autres critères plus qualitatifs qui permettent de conclure à la constitutionnalité du barème, n'est pas encore tranchée.
58. **En 2005<sup>48</sup>, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du dispositif de plafonnement des impôts directs dit du « bouclier fiscal » limitant à 60 % des revenus de l'année N-1 le total des cotisations d'IR, d'ISF et de taxe foncière et de taxe d'habitation de l'année N, le Conseil constitutionnel affirme**, sur le fondement de l'article 13 de la DDHC, que l'exigence d'égalité des citoyens devant les charges publiques « ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives ; [que] **dès lors, (...) dans son principe, l'article contesté, loin de méconnaître l'égalité devant l'impôt, tend à éviter une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques** » (considérants n° 65 et 66). Cette fois, c'est bien le plafonnement même, défavorable aux finances publiques, qui fait l'objet de la saisine du Conseil. Ainsi, la fixation d'une cotisation maximale d'impôt sur les revenus du travail et sur le capital, en fonction du revenu du contribuable, non seulement ne contrevient pas au principe d'égalité, mais participe en outre de la protection de cette égalité<sup>49</sup>.
59. Si cette décision est importante dans l'œuvre de balisage constitutionnel du niveau autorisé de la charge fiscale frappant le patrimoine (les modalités du bouclier fiscal

<sup>47</sup> Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 33 et 78, RJF 1990/195. La taxe de 3 % est codifiée à l'article 990 D du CGI.

<sup>48</sup> Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005

<sup>49</sup> Comparer avec la décision de la cour constitutionnelle fédérale allemande rendue dix ans auparavant, qui conditionnait explicitement la constitutionnalité de l'impôt sur la fortune à l'instauration d'un plafond constitutionnel applicable à la charge fiscale globale, au visa du droit de propriété, enjoignant le législateur de mettre en œuvre le plafond (décision n° 2BvL 37/9 du 22 juin 1995, seconde chambre : « L'impôt sur la fortune ne peut s'ajouter aux autres impôts sur le revenu pour autant que, tout en adoptant une appréciation standardisée des revenus, des charges déductibles et des autres allègements fiscaux, la charge fiscale totale du rendement prévu demeure proche d'un partage pour moitié entre les individus et la collectivité »). Cette décision a toutefois été par la suite remise en cause.

entraînant son application essentiellement en faveur des contribuables détenteurs d'un capital important taxé à l'ISF et à la taxe foncière) en fonction des facultés contributives, elle ne donne pas d'indications quant à la méthode à appliquer pour déterminer le caractère confiscatoire de l'impôt<sup>50</sup>.

60. Certaines modalités du plafond, et notamment les modalités de restitution et « la fixation de la part des revenus au-delà de laquelle le paiement d'impôts directs ouvre droit à restitution », c'est-à-dire le niveau du plafond, si elles ne sont pas jugées inappropriées à la réalisation des objectifs du législateur, échappent au contrôle du Conseil constitutionnel et sont appréciées ensemble, de sorte qu'il est difficile d'identifier les marges de manœuvre du législateur pour en faire varier l'une seulement.
61. La décision rendue relativement à la disposition de la loi « TEPA »<sup>51</sup> qui a abaissé le plafond des impôts directs à 50 % des revenus (2007-555 DC du 16 août 2007, considérant n° 24) reprend à l'identique la motivation de 2005 quant à la nécessité du plafond au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, et précise que le **contrôle du taux-plafond ne relève que de l'erreur manifeste d'appréciation.**
62. **Depuis 2010, l'ensemble des critères de la constitutionnalité du plafonnement ont été affinés, d'une part par la réaffirmation du lien avec le niveau du barème, et d'autre part par la prise en compte des effets d'aubaine pour justifier le mécanisme du « plafonnement du plafonnement ».** Ainsi, dans sa décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, le Conseil constitutionnel valide notamment la suppression du plafonnement de l'ISF en présence d'un taux d'ISF maximum de 0,5 %.
63. **Il est renvoyé en annexe 5 pour l'approfondissement de cette jurisprudence.**
64. On relèvera enfin que la non-application du plafonnement aux non-résidents n'a pas fait l'objet, à ce jour, de contrôle de constitutionnalité.
65. **Il est en revanche plus difficile de dégager les critères constitutionnels applicables au taux et au barème<sup>52</sup>.** Si, en l'absence d'un plafonnement, un taux maximal de 1,8 % est jugé manifestement trop élevé et qu'un taux de 0,5 % a été jugé constitutionnel<sup>53</sup>, le Conseil constitutionnel n'a pas éclairci les liens entre le taux, le nombre et le niveau des tranches.
66. Il est par ailleurs intéressant de relever que compte tenu de l'assiette composite de l'ISF, **l'application du taux ne génère pas la même pression fiscale, au sens économique,** sur tous les actifs patrimoniaux, et ce, compte tenu de l'existence d'une seconde taxation par un autre impôt (liquidités dégagées par la plus-value taxées à l'ISF, patrimoine immobilier) et/ou de leur différence de rentabilité<sup>54</sup>. Dans le cas où le

<sup>50</sup>Voir sur ce point les développements d'E. J. Van Brustem in *L'ISF et la notion d'«impôt confiscatoire» sous l'angle de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CEDH*, RDF n° 15, 10 avril 2008, comm. 264

<sup>51</sup>Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat

<sup>52</sup>L'évolution du tarif de la première et de la dernière tranche de l'ISF est représentée graphiquement en annexes 3 et 3 bis

<sup>53</sup>Décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011

<sup>54</sup>Voir sur ce point l'étude de l'OFCE, G. Allègre, C. Antonin, H. Sterdyniak, V. Touzé, *Quelles réformes de l'imposition sur le capital pour les hauts revenus ?*, 24 octobre 2016 –tableau des auteurs reproduit en annexe 4

législateur envisagerait de corriger ces effets, par l'introduction d'abattements forfaitaires par exemple, la question de l'égalité devant les charges publiques, centrale dans le contrôle du Conseil constitutionnel, se poserait avec acuité : le grief d'une rupture d'égalité des contribuables selon leur choix d'investissement, sauf à le rattacher à un motif d'intérêt général non identifié à ce stade, pourrait être accueilli.

**1.2.8. Outre le mécanisme du plafonnement, le montant de l'ISF liquidé est corrigé de réductions d'impôt et d'une décote, qui ne relèvent pas constitutionnellement de la prévention du caractère confiscatoire de l'impôt**

67. **Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé explicitement sur l'introduction en 2011 du mécanisme de décote** applicable à chacune des deux tranches de l'impôt (alinéa 2 de l'article 885 U du CGI), même s'il a validé globalement l'article 1<sup>er</sup> de la LFR pour 2011 qui l'a institué : la décote maximale pouvait atteindre 60 000 € pour un patrimoine net taxable de 3,2 M€. Depuis 2013, la décote ne s'applique qu'aux patrimoines dont la valeur nette est comprise entre 1,3 et 1,4 M€, pour un impact très faible.
68. **Depuis la suppression de la réduction pour charges de famille en 2013, deux mécanismes coexistent :**
69. **La réduction d'impôt au titre de l'investissement dans les PME, les fonds communs de placement dans l'innovation (FCPI) et les fonds d'investissement de proximité (FIP)**, instituée par la loi TEPA en 2007 (article 885-0 V bis du CGI)<sup>55</sup>. Initialement, la disposition prévoyait l'imputation de 75 % des sommes investies sur le montant de l'impôt dû ; la réduction a été abaissée à 50 % par l'article 38 de la loi de finances pour 2011.
70. Le Conseil constitutionnel a jugé<sup>56</sup> que **l'avantage fiscal introduit n'entraînait pas une rupture caractérisée du principe d'égalité devant les charges publiques eu égard :**
- ◆ à l'objectif d'intérêt général que constitue l'incitation à l'investissement productif dans les PME compte tenu du rôle qu'elles jouent dans la création d'emploi et le développement de l'économie,
  - ◆ aux conditions prévues pour l'application de la réduction, qui ne résulte que des sommes effectivement « payées » par l'investisseur, à savoir l'existence d'un **plafonnement**, l'exigence d'une **durée minimale de conservation des titres** et, pour les investissements indirects par le biais de FIP et de FCPI, un plafonnement plus bas compte tenu du moindre risque affectant le placement.
71. **Ce dispositif de réduction est devenu complexe compte tenu de l'accumulation des critères d'éligibilité des investissements.**

**Encadré 4 : Principales conditions d'éligibilité au dispositif ISF-PME**

---

<sup>55</sup>La réduction s'applique aussi aux investissements dans les SCOP.

<sup>56</sup>Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007

- **- L'investisseur doit être indépendant** : cette condition réserve le bénéfice de la réduction aux souscriptions effectuées par un redevable qui n'est ni associé ni actionnaire (premier investissement), sauf lorsqu'elles s'inscrivent dans un « investissement suivi ». Ce point est issu de la mise en conformité, par la LFR pour 2015, du droit national au cadre communautaire relatif aux aides d'État.
- **- L'investissement dans une holding animatrice** : le troisième alinéa du V de l'article 885-0 V bis du CGI prévoit que les versements afférents aux souscriptions réalisées au capital d'une société holding animatrice ouvrent droit à la réduction d'impôt, de la même façon qu'une société éligible aux investissements en direct, lorsque la société est constituée et contrôle au moins une filiale depuis douze mois. La holding doit avoir pour objet de détenir des participations dans des sociétés opérationnelles éligibles à la réduction et satisfaire à certaines conditions d'animation du groupe et de participation active à sa conduite.
- **- L'obligation de conservation des titres jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit la souscription** : la jurisprudence a précisé que cette condition s'apprécie indépendamment de celle tenant au caractère éligible de l'activité. Ainsi, la condition tenant à l'exercice d'une activité éligible doit s'entendre d'une activité qui, si elle est exercée, doit par nature être éligible sans que son exercice continu pendant cinq ans soit imposé ; la réduction d'impôt n'est donc pas subordonnée au maintien de l'activité de la société pendant cinq ans<sup>57</sup>.

72. **La réduction d'impôt au titre des dons à des organismes d'intérêt général** : sont déduits de la cotisation d'impôt 75 % des dons en numéraire ou de titres en pleine propriété opérés au bénéfice d'organismes d'intérêt public, dans la limite d'un plafond de 50 000 euros. La disposition, également introduite par la loi TEPA, n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.
73. Elle a été modifiée en LFR pour 2009 (article 35) afin d'étendre le bénéfice de la réduction aux dons effectués au bénéfice d'organismes dont le siège est situé dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale, agréés ou justifiant poursuivre des objectifs et présente des caractéristiques similaires aux organismes dont le siège est situé en France. Le Conseil constitutionnel<sup>58</sup> a validé les modalités ainsi retenues par le législateur pour tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 janvier 2009<sup>59</sup>.
74. **Les dispositions instaurant puis modifiant le plafonnement des deux taxes foncières n'ont pas fait l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel, ni a priori ni, à ce jour, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).**

<sup>57</sup>Cass. Com. 2 févr. 2016, n° 14-24441 (publié au Bulletin), *RJF* 2016. 488; *Dr. fisc.* 2016. 221

<sup>58</sup>Décision n° 2009-600 DC du 29 décembre 2009, cons. 2 à 4.

<sup>59</sup>Affaire n° C-318/07 du 27 janvier 2009

75. Relevons seulement que le plafonnement de la taxe foncière doit être réclamé<sup>60</sup> par le contribuable, ce qui n'est pas le cas du plafonnement de l'ISF dont l'application est à l'initiative du contribuable et s'impose à l'administration<sup>61</sup>.
76. La comparaison avec le plafonnement de la taxe d'habitation, maintenu pour 2017 à 3,44 % des revenus, sous la forme d'un dégrèvement d'office de la fraction de cotisation qui l'excède, n'apparaît pas pertinente dans l'étude du plafonnement des impôts sur le patrimoine dès lors qu'il vise à introduire de la progressivité dans le cas de contribuables ayant de faibles revenus et n'apparaît pas comme un mécanisme de plafonnement visant à éviter le caractère confiscatoire de l'impôt.

**77. Il est donc établi que l'instauration d'un plafonnement est la condition de la constitutionnalité de l'impôt sur le capital détenu dès lors que le risque d'absorption des revenus du contribuable ou d'aliénation de son patrimoine n'est pas écarté par l'application d'un barème suffisamment protecteur de l'égalité devant les charges publiques.**

**A ce stade, les principes suivants peuvent être mis en évidence pour guider l'action du législateur :**

- ◆ le plafonnement ne « naît » pas de l'impôt sur le capital détenu, mais bien de l'instauration d'un taux élevé, d'un faible nombre de tranches tendant à concentrer la charge fiscale, ou de la définition d'une assiette large, qui constituent, au regard de la jurisprudence, un faisceau d'indices de non-conformité au principe d'égalité devant les charges publiques ;
- ◆ la suppression d'exonération ou l'élargissement de l'assiette de l'ISF impliqueraient dès lors d'équilibrer la charge fiscale par l'outil du tarif de l'impôt, à plafonnement inchangé, sans pour autant que le juge constitutionnel ait explicitement défini la méthode d'appréciation globale de l'impôt : la variation des taux d'intérêt économiques devrait-elle par exemple être prise en compte pour élaborer une réforme de l'ISF ? L'argument de la faiblesse des

<sup>60</sup>Le caractère « quérable » du plafonnement de la taxe foncière a eu des effets sur le coût de la mesure, le rapport d'information n° 1328 déposé par la commission des finances de l'Assemblée nationale sur l'application des mesures fiscales en juillet 2013 lui imputant la différence entre le coût cumulé constaté en 2012 de 1,3 M€ (591 € d'économie par bénéficiaire) au lieu des 7 M€ figurant dans l'évaluation préalable de la mesure.

<sup>61</sup>La Cour de Cassation en a déduit une charge non négligeable pour l'administration dans le cadre de ses fonctions de contrôle : « l'administration des impôts répare les omissions totales ou partielles constatées dans l'assiette de l'impôt, les insuffisances, les inexactitudes ou les erreurs d'imposition, commises par le contribuable ou par l'administration, quel que soit le mode de liquidation de l'impôt primitif ; que dans le cadre de ce pouvoir général de rectification, **il appartient à l'administration fiscale, sous le contrôle du juge de l'impôt, de recalculer l'impôt en appliquant les lois et règlements applicables, fussent-ils en faveur du contribuable** ; qu'en jugeant que l'administration des impôts qui procède à la rectification de l'impôt de solidarité sur la fortune dû par un redevable n'est pas tenue d'appliquer les règles de plafonnement de cet impôt prévues par la loi, et qu'il appartient au redevable de cet impôt de liquider ce plafonnement une fois que les impositions sont devenues définitives, et de demander par voie de réclamation le dégrèvement correspondant, la Cour d'appel a violé les articles 168 et 190 du livre des procédures fiscales, ensemble 885 V bis du code général des impôts. » (Cass. Com. 27 mai 2015, n° 14-14257, non publié).

rendements n'ayant pas été jusqu'ici retenu<sup>62</sup> par le Conseil constitutionnel, qui au contraire rappelle de façon constante que l'ISF n'a pas pour vocation d'être acquitté par les seuls revenus du patrimoine taxé, plaide pour une réponse négative ;

- ◆ si la détermination du barème relève du pouvoir du législateur, sans que le juge constitutionnel n'opère un contrôle autre que celui de l'erreur manifeste d'appréciation, la suppression totale du plafonnement ne permet de garantir l'absence de rupture d'égalité que si le barème est « fortement » revu à la baisse ;
- ◆ l'instauration d'un taux élevé ou d'une limitation des effets du plafonnement est admise dès lors que l'objectif de lutte contre les stratégies d'évasion de l'impôt est justifié par le législateur ;
- ◆ le Conseil constitutionnel prend en compte l'ensemble des modalités du plafonnement pour mesurer l'atteinte des objectifs, de sorte que la modification de l'une des variables ne doit pas modifier l'économie générale du dispositif ;
- ◆ les mêmes critères trouveraient à s'appliquer si le poids de la fiscalité sur la détention du capital était en partie transféré sur ses revenus, puisque le risque d'amputation du patrimoine et/ou d'absorption des revenus se retrouverait également –un tel mouvement de réforme devrait donc mesurer, au regard des critères constitutionnels, la nécessité d'un plafonnement ;
- ◆ au stade contentieux, le juge judiciaire se livre à une appréciation *in concreto* du caractère excessif de l'atteinte au droit de propriété, en se référant notamment aux choix de gestion de son patrimoine opérés par le contribuable.

### 1.2.9. La mise en œuvre du plafonnement : seuls les revenus dont le contribuable a effectivement disposé peuvent être pris en compte

78. En annexe 2, une analyse plus détaillée des contraintes juridiques applicables aux deux termes du calcul du plafonnement (impôts et revenus) est présentée.
79. **En loi de finances pour 2013, le législateur entendait introduire des revenus qualifiés de « latents » par les commentateurs** : les intérêts des PEL, la valeur de rachat des bons ou contrats de capitalisation, des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance-vie, ainsi que des instruments financiers de toute nature visant à capitaliser des revenus, les produits capitalisés dans des trusts, le bénéfice distribuable des parts ou actions d'une société passible à l'IS, quand le redevable porteur de parts en exerce le contrôle, et les plus-values ou les gains nets ayant donné lieu à sursis ou report d'imposition, au titre de l'année de l'opération. **Le juge constitutionnel censure l'inclusion, dans les revenus pris en compte pour le calcul du plafonnement, de sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou**

---

<sup>62</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 89, par exemple, où le grief a été soulevé par les requérants

**revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année<sup>63</sup>.**

80. Le commentaire de la décision indique en outre, d'une part, que les revenus dont il s'agit sont **présumés et non certains** (ils pourraient, dans certains cas, ne jamais se réaliser), de sorte qu'ils ne correspondent pas à la capacité contributive réelle des contribuables et, d'autre part, que **l'inclusion de ces revenus, sur lesquels aucun impôt n'a été acquitté, ne serait pas accompagnée de l'inclusion des taxes correspondantes à l'autre terme du plafonnement.**
81. En ce qui concerne les loyers implicites, il demeure malaisé de déterminer si ce raisonnement conduirait à valider leur inclusion dans la masse des revenus : la circonstance qu'il s'agit de revenus dont le contribuable propriétaire-occupant a bien disposé sous la forme de moindre dépense de logement, et leur inclusion à l'assiette de l'ISF, pourraient entraîner sa constitutionnalité, sous réserve d'une lecture restrictive du caractère « latent » du revenu, qui ne paraît pas d'actualité.

### **Encadré 5 : « Loyers implicites » et plafonnement de l'ISF**

**Ne constituent pas des revenus réalisés les « loyers implicites »,** c'est-à-dire les revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance, exonérés d'impôt (article 15 du CGI). L'absence de fiscalité sur ces loyers est contestée notamment par le conseil d'analyse économique<sup>64</sup> qui relève qu'ils constituent bien un revenu du capital, et que l'absence de taxe crée une distorsion par rapport aux autres supports d'épargne. Le CAE propose de taxer ces loyers implicites, sur la base d'un loyer net des intérêts d'emprunt pour tenir compte de l'endettement du propriétaire.

Si cette réforme était mise en œuvre, les loyers implicites auraient-ils leur place au nombre des revenus à inclure au calcul du plafonnement, à partir du moment où l'impôt sur le revenu les concernerait ? **Si le Conseil constitutionnel n'a pas statué explicitement sur le point de savoir si l'inscription d'un impôt au numérateur du plafonnement entraîne l'inscription du revenu correspondant au dénominateur, sa décision de 2013-684 DC du 29 décembre 2013 laisse entendre que non.** Le Conseil constitutionnel a en effet accepté dans cette décision le principe selon lequel des prélèvements reposent sur des revenus qui ne sont pas réalisés au sens du plafonnement et ne peuvent donc pas figurer dans la base « revenus »<sup>65</sup>.

Au commentaire de cette décision, il est précisément affirmé, en réponse à un argument du Gouvernement, que « c'est parce que des revenus doivent être inscrits au dénominateur dans le calcul du plafonnement que les impôts acquittés sur ces revenus doivent être inscrit au numérateur, et non l'inverse. ». Si les loyers implicites devaient être qualifiés de revenus taxables

<sup>63</sup> Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 86 à 96, RJF 2013/335

<sup>64</sup> Les notes du CAE, *Fiscalité des revenus du capital*, P. Artus, A. Bozio, C. Garcia-Penalosa, septembre 2013

<sup>65</sup> Le Commentaire au cahier résume ainsi : « la circonstance que les revenus de certains bons ou contrats de capitalisation soient soumis annuellement aux prélèvements sociaux n'implique pas qu'ils soient qualifiés de revenus « réalisés » au sens de la décision n° 2012-662 DC. Cette anticipation de l'acquittement des prélèvements sociaux (lesquels sont définitivement arrêtés lorsque le contrat est soldé) a été décidée pour faire face aux difficultés financières de la sécurité sociale et anticiper des recettes. Elle ne rend pas disponibles les revenus en question. Elle ne rend pas ces prélèvements libératoires, un solde de prélèvements sociaux devant dans certains cas être acquitté lors de la liquidation du contrat ou à l'inverse une restitution du trop-perçu pouvant avoir lieu, notamment si la fraction en unités de comptes d'un contrat multi-supports a dégagé des moins-values. »

par le législateur en matière d'imposition sur le revenu, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, il n'est pas exclu qu'ils ne réunissent cependant pas les conditions de disponibilité et de réalité suffisantes pour être également inclus dans la base « revenus » du calcul du plafonnement, les critères de « réalité » de l'assiette taxable apparaissant plus exigeants en la matière, quand bien même la base « impôts » inclurait l'imposition afférente à ces loyers fictifs.

82. **L'année suivante, en loi de finances pour 2014, le législateur tente de réintroduire une catégorie de revenus latents**, les « revenus des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance-vie, souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies en France ou à l'étranger ». Notons qu'il s'agissait d'un amendement gouvernemental conçu pour rétablir l'instruction fiscale parue le 14 juin 2013<sup>66</sup> qui exigeait l'inclusion de ces revenus, et dont les dispositions en cause ont été annulées par le Conseil d'État le 20 décembre 2013<sup>67</sup> comme comportant des prescriptions relevant du domaine de la loi.
83. **Le Conseil d'État s'était déjà prononcé<sup>68</sup> sur le caractère latent des revenus tirés du fonds en euros de contrats d'assurance-vie multi-supports, qui comportent une faculté d'arbitrage de l'épargnant entre unités de comptes (impliquant le risque financier des supports en actions ou obligations) et fonds en euros (sans risque), considérant que, pour le calcul du plafonnement des impôts directs, ces revenus ne peuvent être réputés réalisés à la date de leur inscription en compte dès lors que la décision de l'épargnant d'affecter tout ou partie des actifs dans des unités de compte est possible durant toute la vie du contrat. Les revenus ne sont donc ni disponibles ni acquis avant le dénouement du contrat**, à la différence des revenus tirés des contrats mono-supports, comportant exclusivement des supports euros.
84. **Le Conseil constitutionnel a également censuré cette disposition, sur le fondement de l'autorité attachée à sa précédente décision<sup>69</sup>.**
85. L'assurance-vie multi-supports constitue-t-elle alors une opportunité d'optimisation fiscale idéale pour les détenteurs d'un patrimoine mobilier élevé ? Le cumul de l'avantage lié au plafonnement et de l'absence de taxe sur les plus-values au-delà de huit ans plaide en ce sens<sup>70</sup>.
86. La validation constitutionnelle de l'introduction, en loi de finances pour 2017<sup>71</sup>, des capacités contributives des redevables obtenues par capitalisation des revenus dans une société holding patrimoniale interposée (*cash box*) au calcul du plafonnement, marque un intéressant tournant, qui donne à réfléchir sur les perspectives ouvertes pour d'autres catégories de revenus : **les revenus ne sont pas, ici, dissimulés sur le territoire d'un État étranger, mais « encapsulés » ou métabolisés par une société qui perçoit et retient les dividendes et, en retour, contribue parfois directement**

<sup>66</sup>BOI-PAT-ISF-40-60-20130614, § 200

<sup>67</sup>Trois décisions rendues en sous-sections réunies, n° 371157, 372625 et 372675.

<sup>68</sup>CE, 13 janvier 2010, n° 321416, décision fichée au recueil Lebon

<sup>69</sup>Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013

<sup>70</sup>La note du CAE précitée recommande d'ailleurs de limiter les avantages fiscaux des assurances-vie à des sorties en rente (épargne retraite).

<sup>71</sup>Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016, article 7

**au financement du train de vie du redevable –ce dernier ayant également recours, soit à un endettement bancaire garanti par des actifs, soit aux liquidités et à l'épargne.** Ce sont ainsi, *stricto sensu*, des revenus dont le redevable n'a plus la disposition qui sont intégrés à la masse des revenus pour le calcul du plafonnement. **L'angle retenu par le législateur pour justifier leur prise en compte est donc celui d'un abus de droit** : c'est parce qu'un **élément intentionnel d'évasion fiscale** est caractérisé, et dans la mesure de ce dernier<sup>72</sup>, que l'intégration des revenus capitalisés peut opérer, puisque la réintégration des revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlées par le redevable n'est opérée que :

- ◆ si l'existence de cette société et le choix d'y recourir **ont pour objet principal d'éviter tout ou partie de l'ISF**, en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du plafonnement ;
- ◆ **et dans la seule proportion des revenus distribués correspondant à une diminution artificielle des revenus** pris en compte pour le calcul de ce plafonnement.

87. Le Conseil constitutionnel juge cette clause anti-abus conforme à l'article 13 de la DDHC en relevant dans un premier temps les modalités d'application de réintégration des revenus encapsulés, notamment leur proportionnalité à la « diminution artificielle » des revenus, et en émettant dans un second temps une réserve d'interprétation soumettant la réintégration à la démonstration, par l'administration fiscale, « **que les dépenses ou les revenus du contribuable sont, au cours de l'année de référence du plafonnement et à hauteur de cette réintégration, assurés, directement ou indirectement, par cette société de manière artificielle** ». Est ainsi créée une sorte de « perception indirecte » des revenus, transformés par la société interposée, et qui doit être regardée comme le fait générateur de l'impôt justifiant l'inclusion au plafonnement. L'objet de la preuve mise à la charge de l'administration apparaît difficile à apporter, notamment dans les situations où les revenus capitalisés ne sont pas redirigés, via la société holding, vers le contribuable : l'interprétation, par les juridictions judiciaires, des « dépenses ou revenus assurés directement ou indirectement par la société » sera en pratique très attendue pour baliser l'application de cette clause.
88. Si la prise en compte de l'objectif du législateur, consistant à éviter l'abus de droit constitué par l'encapsulation frauduleux du capital, aurait pu ouvrir une porte à la réintégration de certaines catégories de revenus latents au calcul du plafonnement, la réserve d'interprétation marque la limite de ce mouvement : appliquer une clause anti-abus aux investissements en contrats d'assurance-vie multi-supports apparaît ainsi difficile dès lors que le contrat ne fournit ni directement ni indirectement des ressources à son souscripteur, sauf à considérer que l'assurance-vie nantie à fin de garantie dans le cadre d'une opération d'endettement, ou servant à optimiser le placement des fonds empruntés dans le cadre d'un « crédit lombard »<sup>73</sup> remboursé par

<sup>72</sup>L'impact en termes de recettes fiscales est évalué à +50 M€ en 2017 (Voies et moyens, PLF 2017, tome I, page 54).

<sup>73</sup> Le crédit lombard est un prêt octroyé par une banque contre la mise en gage, par le client, d'une partie ou de la totalité de son épargne.

des actifs occultes, est assimilable à la fourniture indirecte de revenus <sup>74</sup>. La jurisprudence judiciaire ne permet pas, en l'état, d'émettre des prévisions sur une telle interprétation.

89. **Le mécanisme juridique retenu par cette clause anti-abus suscite des interrogations des commentateurs<sup>75</sup>** : l'interrogation principale provient de ce que la clause retient **une définition nouvelle de l'abus de droit** par rapport à l'article L.64 du LPF qui définit depuis 2008 la fraude à la loi fiscale comme l'acte fictif ou celui qui n'a pas pu « être inspiré par **aucun autre motif** que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales ». En d'autres termes, l'abus de droit est caractérisé dès lors que l'acte qui conduit à éluder ou minorer la charge fiscale de celui qui le commet poursuit un but **exclusivement** fiscal. En revanche, la clause anti-abus relative aux revenus encapsulés prévoit leur réintégration (c'est-à-dire juridiquement, le rétablissement de la situation expurgée de la fraude) dans le cas où l'évasion fiscale est « **l'objet principal** » de l'acte commis. C'est la seconde fois que le Conseil constitutionnel, qui s'était montré soucieux d'une définition stricte de l'abus de droit <sup>76</sup>, admet cet assouplissement après la validation de la transposition de la directive mère-fille en loi de finances rectificatives pour 2015<sup>77</sup>, et qui contenait une clause anti-abus faisant référence à l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux. Le Conseil constitutionnel fait usage de deux critères : la clause anti-abus détermine une assiette suffisamment précise, et elle ne prévoit pas de sanction en dehors du rétablissement de la situation normale. **Des clauses anti-abus « ciblées » sur les parcelles d'assiette taxable objets de montage d'optimisation spécifiques sont donc admises.** La loi a par ailleurs prévu les modalités d'articulation avec la saisine du comité de l'abus de droit, subsidiaire en cas de désaccord sur les rectifications qui seraient notifiées sur le fondement de la clause spéciale.

---

Fiscalement, le schéma abusif est le suivant : « un contribuable domicilié fiscalement en France détient des avoirs à l'étranger. Ces avoirs n'ont pas été déclarés à l'IR, ni à l'ISF. Ce contribuable souscrit auprès d'un organisme établi hors de France un contrat d'assurance-vie et un emprunt in fine. Le remboursement du prêt est notamment garanti par les avoirs occultes. La somme prêtée dans le cadre du prêt in fine est placée sur le contrat d'assurance-vie. Le souscripteur peut alors disposer des sommes investies en sollicitant le rachat total ou partiel du contrat. Au terme du prêt in fine, le remboursement du capital emprunté est effectué par le transfert au prêteur des avoirs étrangers non déclarés. En définitive, ce montage permet au contribuable de disposer en France de sommes équivalentes à celles des avoirs non déclarés tout en bénéficiant du régime fiscal de l'assurance-vie. » selon la fiche de juin 2015 « souscription d'un contrat d'assurance-vie et d'un emprunt in fine afin de rapatrier, en franchise d'impôts, des avoirs étrangers non déclarés » publiée par la DFiP.

<sup>74</sup>Sur l'analyse juridique de ces montages, voir *Assurance-vie, contrat de capitalisation : instruments de garantie*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 décembre 2015, 1232, étude de M. Leroy, et la chronique « *Le droit fiscal en quête d'équilibre ?* » déc. 2014-nov. 2015, revue Droit et Patrimoine n° 255 (1<sup>er</sup> février 2016).

<sup>75</sup>Article 4 du PLF pour 2017 : *requiem pour l'article L. 64 du LPF ?*, étude de J. Ardouin in RDF n° 47, 24 novembre 2016, 601.

<sup>76</sup>Censure, pour violation de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et du principe de légalité des délits et des peines, de la définition de l'abus de droit en cas d'actes ayant « pour motif principal » d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales -décision n° 2013-685 DC, précitée.

<sup>77</sup>Loi n°2015-1786 du 29 décembre 2015, article 39, déclaré conforme à la Constitution par la décision n° 2015-726.

90. L'instauration de cette règle d'assiette, a pour objectif d'inciter en amont les redevables à réintégrer les revenus générés par l'encapsulation des dividendes. Au stade du contrôle, voire, dans un deuxième temps, du recours contentieux, l'administration devra dégager les critères permettant de qualifier le caractère « principalement » fiscal du montage, dont l'éloignement effectif du caractère « exclusivement » fiscal reste à apprécier, et qui en l'état est difficilement prévisible pour les agents économiques. La doctrine administrative relative à la clause anti-abus applicable aux rapports mère-filles dans les groupes fiscalement intégrés renvoie à la notion de « **motif économique valable** » pour apprécier le caractère abusif du montage, issue de la directive et développée dans la jurisprudence de la CJUE<sup>78</sup>. On peut s'attendre à ce que ce critère soit transposé pour l'application de la clause anti-abus relative au plafonnement.
91. On peut par ailleurs s'interroger, d'une part, sur **le fondement juridique du recours subsidiaire au comité de l'abus de droit**, alors même que la clause anti-abus en cause ne prévoit que des conséquences en terme d'assiette taxable sans être assortie des sanctions habituellement liées à l'abus de droit, et qui justifient la garantie d'un tel recours, et d'autre part, sur le maniement, par le comité, d'un critère non défini dans le cadre des avis rendus sous l'empire de l'article L. 64 du LPF.
92. **La seconde interrogation entourant le mécanisme anti-abus consiste à relever qu'il implique une « immixtion accrue de l'administration fiscale dans la gestion des holdings patrimoniales »**<sup>79</sup>, le critère de diminution artificielle des revenus du contribuable conduisant à exiger qu'il procède, en sa qualité d'actionnaire, à des remontées de dividendes, ce qui relève d'un arbitrage purement économique.
93. **La comparaison avec le cadre juridique des revenus pris en compte pour le plafonnement de la taxe foncière sur les propriétés bâties n'apporte pas d'élément particulier pour l'analyse** : sont pris en compte le revenu net global et les produits et gains nets des PEL, PEA, plans d'épargne salariale et les revenus de capitaux mobiliers exclus du revenu global, **sous réserve de leur disponibilité**. Le régime est stable depuis sa création en 2011 (article 1391 B ter du CGI).

**94. Les contraintes juridiques pesant sur les modalités du plafonnement de l'impôt concernent donc :**

- ◆ la nécessité de déterminer un plafonnement en fonction de revenus disponibles permettant au redevable de disposer d'une capacité contributive, et ce y compris pour les impôts dont l'assiette n'est pas nécessairement constituée de biens productifs de revenus ;
- ◆ en cas de montage ayant pour but principal d'éluder ou de réduire la charge de l'impôt, le législateur peut prévoir, de manière ciblée, une réintégration des revenus

<sup>78</sup>CJUE, 10 novembre 2011, C-126/10 : « est susceptible de constituer un motif économique valable une opération de fusion qui est fondée sur plusieurs objectifs, parmi lesquels peuvent également figurer des considérations de nature fiscale, à condition toutefois que ces dernières ne soient pas prépondérantes dans le cadre de l'opération envisagée » (point 35).

<sup>79</sup>Mise en place d'un mécanisme anti-abus en matière de plafonnement de l'ISF, F. van Hassel et F. Leroux in RDF n° 1, 5 janvier 2017, comm. 33.

non réalisés. Pour cela, le montage abusif doit conduire à procurer, directement ou indirectement, des ressources au redevable ;

◆ dans le cas d'un plafonnement calculé par rapport entre le total des impôts acquittés et le total des revenus disponibles, le législateur ne peut déduire de l'inscription d'un impôt au numérateur l'inscription symétrique des revenus taxés au dénominateur ; à l'inverse, l'inclusion de revenus n'est pas admise s'ils se trouvent hors du champ de l'impôt.

### **1.3. La taxation des revenus du patrimoine et des plus-values : une taxation variable selon l'assiette et autorisant des taux d'imposition élevés**

95. Les débats sur la taxation des revenus du patrimoine, qui couvrent les revenus fonciers, les revenus des capitaux mobiliers ainsi que les plus-values, mobilières ou immobilières en cas de cession du patrimoine, s'articulent autour de deux comparaisons :
- ◆ la comparaison avec la fiscalité des revenus du travail : contrairement au travail, les revenus du patrimoine ont pu être considérés comme provenant d'une source qui « ne s'use pas » mais également une source plus mobile ;
  - ◆ la comparaison avec la fiscalité de la détention du patrimoine : contrairement au « stock », le flux semble soulever moins d'interrogations sur la notion de capacité contributive.
96. Par ailleurs, les plus-values, qui correspondent à un accroissement de valeur d'un bien pendant une période donnée, interrogent quant à leur nature. Elles peuvent en effet soit être considérées comme un gain en capital soit comme un revenu, ce qui correspond plutôt à la logique du régime fiscal applicable aujourd'hui<sup>80</sup>.

#### **1.3.1. Les règles de calcul du revenu ou de la plus-value ne peuvent dépendre que du revenu dont a effectivement disposé le contribuable**

97. **Dans son contrôle du respect des capacités contributives, le Conseil constitutionnel veille à ce que l'imposition repose sur les revenus ou produits dont le contribuable a effectivement disposé.** Cette appréciation est cependant assez large en matière de revenu du capital puisqu'il est possible d'imposer des revenus en nature, par exemple les loyers fictifs ou loyers implicites (annexe 9).
98. En matière de plus-values, ne sont **imposées que les plus-values effectivement réalisées** et non les plus-values qui sont encore latentes, sous réserve du dispositif *d'exit tax* (voir annexe 6 pour des précisions en matière de calcul des plus-values).

---

<sup>80</sup>La loi n° 76-660 du 19 juillet 1976 « portant imposition des plus-values et création d'une taxe forfaitaire sur les métaux précieux, les bijoux, les objets d'art, de collection et d'antiquité » laisse penser que la « théorie de la source », plutôt que celle de « l'enrichissement », a été consacrée par le législateur avec la taxation des plus-values au titre des revenus du contribuable.

99. Le régime actuel prévoit ainsi qu'il n'y a **pas de plus-value taxable si la cession a lieu à titre gratuit, par succession ou donation. La remise en cause de ce principe, par exemple par l'imposition du donataire à la valeur d'acquisition du titre par le donateur, risquerait la censure du Conseil constitutionnel pour rupture d'égalité devant les charges publiques, compte tenu de la décision de 2012 sur la loi de finances rectificative pour 2012<sup>81</sup> sur les donations-cessions.**

### Encadré 6 : Donations-cessions avec stipulation de réserve de quasi-usufruit

La donation-cession est une forme de transmission de titres permettant de « purger » les plus-values latentes. Le donateur acquitte les DMTG sur la valeur des titres transmis, déclarée à la date du transfert, le donataire cède ensuite les titres, pour une valeur proche de cette valeur déclarée (qui constitue le prix de revient des droits sociaux acquis à titre gratuit) : les plus-values échappent à l'impôt grâce à la revalorisation du prix des titres dans la donation.

Les donations initiales peuvent être assorties de clauses d'usufruit au bénéfice du donateur, reportées sur le prix de cession (devenant, ainsi, des clauses de quasi-usufruit, car portant sur un actif consommable) : ainsi, le donateur se réserve la faculté de jouir du produit de la cession, à charge pour lui de reconstituer, au terme des clauses, la valeur de l'actif qu'il aurait consommée.

Le législateur a tenté de faire obstacle à ce schéma en prévoyant en LFR pour 2012 une règle d'évaluation des actifs qui avaient fait l'objet d'une donation ou d'un don manuel dans un délai de dix-huit mois avant leur cession faisant référence à « **la valeur d'acquisition par le donateur** ». **Le Conseil constitutionnel a censuré<sup>82</sup>** cette disposition comme violant l'article 13 de la DDHC au motif qu'elle **faisait peser « sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec leur situation mais est liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières [et] que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'é luder le paiement de l'imposition des plus-values ».**

Ce montage a donné lieu à des **décisions du Conseil d'État** qu'il est utile de présenter de manière synthétique :

- la rapidité d'une cession après la donation est sans incidence, par elle-même, sur la réalité de la libéralité et notamment de la volonté de gratification (CE, 9 avril 2014, n° 353822) ;
- lorsque le donateur se réapproprie, à la suite de la donation, tout ou partie du produit de la cession de la chose, la donation revêt un caractère fictif dès lors que manque la condition de dépouillement immédiat et irrévocable de son auteur : ainsi, la donation suivie de la cession des titres et d'une convention de quasi-usufruit, « au demeurant » non assortie de garantie (ce qui fait encourir un risque de déperdition de la créance des donataires), a été jugée, dans des circonstances de montage intra-familial, comme caractérisant l'absence d'intention libérale (CE, 14 octobre 2015, n° 374440).

L'utilisation par les services de contrôle de l'abus de droit en la matière est donc très limitée par l'appréciation de l'intention libérale.

<sup>81</sup>Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012

<sup>82</sup>Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012

Une interrogation demeurerait sans réponse : le défaut de garantie constituée par le quasi-usufructier (article 601 du code civil) rend-elle nulle la donation ? On savait déjà que la Cour de Cassation admet assez largement la possibilité pour les parties à une convention d'usufruit de prévoir une dispense de caution, notamment du fait de l'existence de mesures conservatoires que le nu-propiétaire peut actionner si l'actif est en péril et risque de ne pas être restitué. **Le Conseil d'État a rendu le 10 février 2017 une décision écartant explicitement la qualification d'acte fictif, sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, d'un acte de donation-partage contenant une clause de quasi-usufruit non assortie d'une caution : les données juridiques sont désormais très clairement posées** –CE, n° 387960, RDF n°7, 16 février 2017, act. 90.

### 1.3.2. Les critères d'application d'exonérations, d'abattements d'assiette, de réductions d'impôt ou de report d'imposition doivent être objectifs et rationnels

100. Comme en matière de détention du patrimoine, le Conseil constitutionnel apprécie le respect du principe d'égalité compte tenu du caractère rationnel et objectif de la règle introduite par rapport aux buts poursuivis par le législateur et du caractère proportionné de l'avantage accordé.
101. **Le Conseil constitutionnel a pu ainsi valider des exonérations ou des abattements d'assiette reposant sur la nature de l'actif compte tenu de leur objectif incitatif poursuivi ou encore sur la situation du contribuable.**
102. Le Conseil constitutionnel a par exemple validé le fait de ne **faire bénéficier d'abattements sur le revenu de capitaux mobiliers que les contribuables dont les revenus ne sont pas imposables** au taux marginal de l'impôt sur le revenu compte tenu de l'objectif de promotion de l'épargne populaire<sup>83</sup>.
103. Le Conseil constitutionnel a admis la **mise en place d'un régime fiscal spécial s'agissant des titres de SIIC**, sociétés françaises d'investissements immobiliers cotées, et la possibilité notamment pour les actions des SIIC de figurer dans un plan d'épargne en actions, compte tenu de l'objectif qui était de **promouvoir, directement et indirectement, la construction et la rénovation d'immeubles destinés à la location et d'accroître la capitalisation boursière de la place de Paris**<sup>84</sup>.
104. Le Conseil constitutionnel a **validé également l'exonération des plus-values de cession de parts ou actions de JEI réalisées par les personnes physiques, simples apporteurs de capitaux**, qui ne participaient pas à la gestion des JEI mais qui accompagnaient leur développement<sup>85</sup>.
105. La soumission au barème dès le premier euro des plus-values et la création d'un nouveau revenu net catégoriel afférent aux plus-values mobilières en loi de finances pour 2013 s'est accompagnée l'année suivante de la mise en place **d'abattements pour durée de détention** : 50% en cas de détention de 2 à 8 ans et 65% en cas de détention de plus de 8 ans. Le Conseil constitutionnel a validé ces taux d'abattement pour durée de détention, **croissants en fonction de la durée de détention des titres, en**

<sup>83</sup>Décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, cons. 5

<sup>84</sup>Décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, cons. 35 et 36

<sup>85</sup>Décision n° 2015-466 QPC du 7 mai 2015

**considérant qu'ils créaient un avantage reposant sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objectif de la loi, de favoriser la détention des valeurs mobilières sur une longue durée<sup>86</sup>.**

### Encadré 7 : Application des abattements pour durée de détention dans le temps

Dans une décision 2016-538 QPC du 22 avril 2016, le Conseil constitutionnel a confirmé la **non application des règles d'abattement pour durée de détention sur les plus-values placées en report avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2014**. Les contribuables ayant dégagé des plus-values placées en report d'imposition avant l'entrée en vigueur de la disposition prévoyant les abattements pour durée de détention ont un traitement fiscal analogue entre eux, mais différent des autres contribuables, par exemple ceux bénéficiant des abattements sur des plus-values dégagées après l'entrée en vigueur de la disposition en cause, justifié par leur différence de situation.

Cependant, le Conseil a émis **deux réserves d'interprétation en indiquant que les plus-values placées en report d'imposition sur option du contribuable devaient être corrigées d'un coefficient d'érosion monétaire entre l'acquisition et l'opération ayant générée le report** (échange ou cession selon le cas) et que **les plus-values placées en report d'imposition obligatoire doivent être déterminées et imposées suivant les règles en vigueur l'année de leur réalisation, ie à la date de l'apport**. Si la première précision apparaît prétorienne, la seconde rompt avec la doctrine et la jurisprudence puisqu'elle conduit à considérer que les règles de taxation applicables ne sont plus celles de l'année d'expiration du report mais celles de l'année de réalisation de l'opération plaçant cette plus-value en report.

**La LFR pour 2016 a tiré les conséquences de cette décision** en adaptant les régimes en cause en prévoyant un coefficient d'érosion monétaire pour les plus-values en report d'imposition optionnel avant 2013 (coefficient d'actualisation appliqué au prix d'acquisition des titres) et l'imposition des plus-values d'apport en report d'imposition obligatoire suivant le taux applicable à la date de cet apport (voir annexe 7).

106. **Le raisonnement du Conseil constitutionnel au regard du principe d'égalité est le même s'agissant de réductions de l'impôt sur le revenu correspondant à des investissements « patrimoniaux »<sup>87</sup>**. Le juge constitutionnel a ainsi validé le fait de **ne pas soumettre au dispositif de réduction globale de dépenses fiscales la réduction d'impôt accordée au titre d'investissements dans le logement social outre-mer compte tenu de l'objectif incitatif poursuivi par le législateur<sup>88</sup>**. Il a

<sup>86</sup>Décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, cons. 9

<sup>87</sup>Elles sont nombreuses, par exemple :

- en matière de logement : réduction d'impôt Pinel, réductions d'impôt Scellier, réduction d'impôt en faveur des investissements locatifs dans la location meublée, réduction d'impôt en faveur des résidences hôtelières à vocation sociale (supprimée) ;

- en matière d'investissements dans les entreprises : réduction d'impôt Madelin au titre des souscriptions en numéraire au capital initial ou aux augmentations de capital de PME, réductions d'impôt au titre de la souscription de parts de fonds d'investissement de proximité (FIP), réductions d'impôt au titre de la souscription de parts de fonds communs de placement dans l'innovation (FCPI), réduction d'impôt SOFICA, réduction d'impôt en faveur des investissements productifs en outre-mer.

<sup>88</sup>Décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, cons. 20, 21 et 24

aussi validé le fait de **traiter différemment, au regard du bénéfice d'une réduction d'impôt, les contrats d'assurance-vie à primes uniques ou périodiques et ceux à versements libres, compte tenu des différences objectives de situation des souscripteurs, relatives aux effets de l'éventuelle remise en cause de leurs engagements du fait de la modification du régime fiscal prévu par la loi** <sup>89</sup> (voir annexe 8).

107. **Il convient de souligner que certains aménagements, par exemple des reports de plus-values, sont rendus nécessaires dans le système fiscal actuel et ne pourraient pas être remis en cause de la même façon que des régimes incitatifs.**
108. Ainsi, à côté de dispositifs « de faveur », à l'instar du compte PME innovation issu de la LFR pour 2016, **des régimes de report de plus-value sont rendus nécessaires afin de respecter le droit de l'Union européenne**, notamment afin d'assurer la neutralité fiscale d'opérations de fusion, scission, absorption (article 150-0 B du CGI et l'article 150-0 B ter, accessoire anti-abus).

### **1.3.3. La possibilité d'imposer à taux forfaitaire des revenus du capital est peu encadrée**

109. **L'encadrement de la possibilité pour le législateur de soumettre tout ou partie des revenus du capital à un prélèvement forfaitaire est assez limité.**
110. La possibilité de **ne pas faire dépendre l'imposition des revenus et produits du capital soumis à taux forfaitaire à la situation du foyer fiscal a été par exemple reconnue**<sup>90</sup>.
111. **Le Conseil constitutionnel admet aussi qu'un taux forfaitaire ne s'applique qu'à certains types d'assiette dès lors que cela procède de critères objectifs et rationnels.** Il a validé ainsi le fait d'imposer sur option à un taux forfaitaire de 19 %, et non au barème de l'impôt sur le revenu, les plus-values de cession de titres d'entrepreneurs. Les critères retenus pour pouvoir bénéficier de ce dispositif (domaine d'activité de la société, durée de détention des titres, proportion dans le capital de la société, exercice de fonctions de direction ou de contrôle ou d'une activité salariée par le cédant) ont été considérés comme objectifs et rationnels, en lien avec l'objectif du législateur de favoriser le développement d'activités économiques et de ne pas dissuader les entrepreneurs d'investir. Le juge constitutionnel a aussi considéré que l'avantage accordé n'était pas disproportionné au regard de l'objectif poursuivi puisque

---

<sup>89</sup>Décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, cons. 2 à 6

<sup>90</sup>Décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999 : "Considérant qu'à la différence de la taxation des revenus du foyer fiscal par application du barème progressif de l'impôt sur le revenu, la disposition critiquée prévoit l'imposition, selon un taux unique, du produit d'opérations de gestion du patrimoine ; que le seuil de cession, repris du I de l'article 92 B du code général des impôts par l'article 150 0A, répond à un objectif de simplification, en dispensant d'obligations déclaratives les contribuables ne réalisant que des opérations de faible ampleur ; qu'il est en revanche dépourvu de lien avec le montant des plus-values qui constitue l'assiette de l'impôt ; qu'en ne faisant pas dépendre de la situation familiale du contribuable le seuil de déclenchement de l'imposition, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité devant l'impôt".

l'avantage n'était pas cumulable avec le dispositif d'abattement pour durée de détention<sup>91</sup>.

112. La possibilité pour le législateur de soumettre à un taux forfaitaire les revenus du capital est en principe contrainte par un **principe de progressivité de l'imposition globale du revenu résultant de l'article 13 de la DDHC** et dégagé par le Conseil constitutionnel en 1993<sup>92</sup>. Si le Conseil constitutionnel **n'a pas érigé en tant que tel le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu en principe autonome**, il prend en compte le **caractère progressif du montant de l'imposition du revenu des personnes physiques lorsqu'il est amené à statuer sur le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant l'impôt**<sup>93</sup>.
113. Le Conseil constitutionnel a ainsi admis que ne soit rendue **déductible de l'assiette de l'impôt sur le revenu que la CSG acquittée** au titre des revenus et produits du patrimoine et des produits de placement assujettis au barème de l'impôt sur le revenu et **non ceux soumis à un taux proportionnel**, afin de **ne pas remettre en cause le caractère progressif du montant de l'imposition du revenu des personnes physiques** <sup>94</sup>.
114. **Ce principe n'a cependant pas conduit à une censure de dispositions mettant en place l'imposition à taux forfaitaire de certains revenus du capital**. Ainsi le Conseil constitutionnel a validé le fait que les **prestations sous forme de capital soient imposées à un taux forfaitaire** en précisant que cela ne remettait pas en cause le caractère progressif du montant de l'imposition globale du revenu des personnes physiques<sup>95</sup>.
115. L'application d'un taux forfaitaire à un ensemble large de revenus et produits du capital n'a jamais été jugée contraire à la Constitution, le passage par exemple à un taux forfaitaire des dividendes dans le cadre de la loi de modernisation de l'économie n'ayant pas été contrôlé par le Conseil constitutionnel<sup>96</sup>.
116. Au total, il est difficile de savoir s'il pourrait être opposé le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu au passage de l'ensemble des revenus du capital à un prélèvement forfaitaire libératoire. Dans l'affirmative, il pourrait être envisagé d'assortir ce **basculement de la totalité des revenus et produits du capital de mécanismes visant à assurer une certaine forme de progressivité, par exemple en offrant la possibilité pour le contribuable d'opter pour le barème ou encore par des mécanismes d'abattement**.

---

<sup>91</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 60 et 61

<sup>92</sup>Décision n° 93-320 DC du 21 juin 1993

<sup>93</sup>Cf. commentaire de la décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011

<sup>94</sup> Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, cons. 29 à 32

<sup>95</sup>Décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011

<sup>96</sup>La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

#### 1.3.4. Il apparaît possible d'imposer les revenus du patrimoine à un taux élevé

117. **S'agissant du taux d'imposition**, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a permis de définir quel niveau maximal était compatible avec le **respect du principe d'égalité devant les charges publiques**.
118. Depuis sa décision n° 2012-662 DC censurant l'article 12 de la loi de finances pour 2013 instituant une contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus, le Conseil constitutionnel **examine le respect du principe d'égalité non pas uniquement au sein d'un même impôt mais avec une approche « consolidée »**, tenant compte de l'ensemble des prélèvements, fiscaux et sociaux, applicables aux revenus considérés : il convient « de prendre en compte l'ensemble des impositions portant sur le même revenu et acquittées par le même contribuable » (cons. 18). **S'agissant d'impôts à taux progressif, il considère l'hypothèse la plus défavorable au contribuable**
119. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé en 2012 qu'étaient **excessives** les impositions des revenus du patrimoine suivantes<sup>97</sup> :
- ◆ une imposition des plus-values immobilières réalisées lors de la cession de terrains à bâtir aboutissant à un taux marginal d'imposition de **82 % au maximum**<sup>98</sup> ;
  - ◆ une imposition sur les gains et avantages correspondant à la levée d'une option de souscription ou d'achat d'actions ou à l'attribution gratuite d'actions aboutissant à des taux de **77 % ou 72 % et de 73,2 % ou 68,2 %**, dès lors que les autres revenus du contribuable excèdent 150 000 euros<sup>99</sup> ;
  - ◆ une imposition des produits des bons et titres anonymes aboutissant à un taux de **90,5 %**<sup>100</sup>.
120. Au contraire, il a jugé dans la même décision que **l'assujettissement au barème de l'impôt sur le revenu des dividendes et produits de placement n'entraînait pas de rupture d'égalité devant les charges publiques compte tenu des aménagements particuliers et dispositifs dérogatoires prévus par le législateur**<sup>101</sup>. Il a notamment validé la réforme de l'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières dès lors que l'augmentation de l'imposition pesant sur ces plus-values était accompagnée de **mécanismes d'abattement pour durée de détention qui permettaient de diminuer le montant assujéti à l'impôt sur le revenu**<sup>102</sup>. Le juge constitutionnel a

---

<sup>97</sup>Il a également censuré dans la même décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 (cons. 19 à 21) une imposition sur les retraites chapeau aboutissant à un taux marginal maximal de 75,04 % s'agissant des rentes excédant 284 000 euros annuels en 2012 et à un taux de 75,34 % s'agissant des rentes perçues à compter de 2013.

<sup>98</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 100 et 101

<sup>99</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 81

<sup>100</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 51

<sup>101</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 50, 65 et 79

<sup>102</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 57 et 58

ainsi écarté l'argument des requérants selon lequel le nouveau régime créerait une rupture d'égalité devant les charges publiques car les revenus en cause subiraient des prélèvements sociaux à des taux supérieurs à ceux des prélèvements sociaux sur les revenus d'activité et de remplacement et que l'assiette considérée serait plus large que celle des revenus d'activité et de remplacement.

121. Il a également validé dans cette décision la réduction de la fraction de CSG acquittée sur les revenus du patrimoine et les produits de placement déductible de l'assiette de l'impôt sur le revenu alors que cette réduction n'était pas accompagnée d'une baisse concomitante du taux CSG : **le législateur peut modifier la déductibilité d'un impôt de l'assiette d'un autre impôt « dès lors qu'en modifiant ainsi la charge pesant sur les contribuables, il n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité entre ceux-ci »**<sup>103</sup>. Il a en effet estimé qu'en réduisant la déductibilité de 5,8 % à 5,1 % de CSG sur une assiette dont le barème de taxation marginale s'élève à 45 %, la majoration d'impôt à acquitter était faible, au maximum à un taux de 0,315 %.
122. L'année suivante il a **jugé inconstitutionnelle l'instauration d'un taux d'imposition de 75 %** sur les profits réalisés sur des instruments financiers à terme lorsque le teneur de compte était établi dans un État ou Territoire Non Coopératif (ETNC), **ce taux de 75 %, ajouté aux prélèvements sociaux de 15,5 %, ayant pour effet de porter la taxation des revenus en cause à un taux de 90,5 %**<sup>104</sup>.
123. Il a également jugé **inconstitutionnelle l'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu du montant brut de plus-values de cession de terrains à bâtir, sans aucun dispositif d'abattement pour durée de détention ni prise en compte de l'érosion monétaire**<sup>105</sup>.
124. De la même manière, il a formulé dans sa décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016 une réserve d'interprétation dans le cas des plus-values en report d'imposition : en l'absence d'application des règles d'abattement pour durée de détention sur les plus-values en report dont l'assiette est déjà constatée, la plus-value doit être abattue du coefficient d'érosion monétaire constaté au cours de la période pendant laquelle les titres ont été détenus. En effet, **« faute de tout mécanisme prenant en compte cette durée pour atténuer le montant assujéti à l'impôt sur le revenu, l'application du taux marginal maximal à cette plus-value méconnaîtrait les capacités contributives des contribuables »**<sup>106</sup>, le taux marginal maximal étant ici d'environ 62 %.
125. Au total, il semble, ainsi que le formule la section des finances du Conseil d'État dans son **avis n° 387402 du 21 mars 2013**, **« qu'un taux marginal maximal d'imposition des deux tiers, quelle que soit la source des revenus, doit être regardé comme le seuil au-delà duquel une mesure fiscale risque d'être censurée par le juge constitutionnel comme étant confiscatoire ou comme faisant peser une charge**

<sup>103</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 46

<sup>104</sup>Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, cons. 31 à 33. Le Conseil constitutionnel a raisonné sans inclure l'éventuel prélèvement de l'article 1609 nonies G du code général des impôts, pouvant porter le taux marginal maximal de taxation à 96,5 %.

<sup>105</sup>Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. 46

<sup>106</sup>Décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, cons. 11

**excessive sur une catégorie de contribuables en méconnaissance du principe d'égalité** ». Les mécanismes réduisant le niveau d'imposition, tels les abattements, la prise en compte de l'érosion monétaire ou encore la déductibilité d'une fraction de la CSG, sont pris en compte par le Conseil constitutionnel pour l'appréciation du respect du principe d'égalité devant les charges publiques (voir annexe 10 pour les dividendes).

126. Compte tenu de cette jurisprudence, le Conseil d'État, dans ce même avis, a souligné qu'il était **risqué constitutionnellement d'augmenter l'imposition des revenus dont le taux marginal maximal d'imposition se situe déjà dans la zone limite des deux-tiers**, par exemple les gains de parts de « *carried interest* » imposés dans la catégorie traitements et salaires qui sont soumis à une contribution salariale de 30 % et à un taux marginal maximal de 45 % à l'impôt sur le revenu.

127. Le fait que le Conseil constitutionnel raisonne en taux marginal et non en taux moyen d'imposition est à souligner dans une perspective d'application d'un principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, deux contribuables placés dans des situations différentes peuvent être soumis au même taux marginal mais pas au même taux moyen d'imposition, qui représente pourtant la charge fiscale réelle supportée *in fine* par le contribuable.

128. **Au total, en matière d'imposition des revenus du capital, il apparaît possible de mettre en place des régimes distincts, de taux, d'assiette, de reports d'imposition ou des réductions d'impôts, dès lors qu'ils reposent sur des critères objectifs et rationnels.** A côté de régimes de faveurs « facultatifs », certains de ces régimes apparaissent comme une composante nécessaire au système fiscal, par exemple s'agissant des régimes découlant du droit de l'Union européenne.

129. Si la possibilité pour le législateur d'appliquer un taux forfaitaire semble contrainte par le respect du principe de progressivité de l'impôt sur le revenu, **il est difficile de savoir précisément si le passage à un taux forfaitaire de l'ensemble des revenus et produits du capital nécessiterait des mécanismes instituant de la progressivité.**

130. Par ailleurs, il apparaît, bien que **le Conseil constitutionnel n'ait jamais jugé explicitement ce point, qu'un taux marginal maximal d'imposition des deux tiers, quelle que soit la source des revenus, pourrait être regardé comme le seuil au-delà duquel une mesure fiscale risque d'être censurée.**

#### **1.4. La fiscalité de la transmission du capital : les contraintes juridiques spécifiques d'un régime inspiré par l'objectif historique du contrôle de la dispersion des patrimoines**

131. **Taxer la détention et la productivité du capital ou taxer sa mobilité ne relèvent pas de la même logique fiscale** : dans la première série de situations, la contribution à l'impôt est assise sur la création de richesse résultant arithmétiquement de l'accumulation et de la jouissance d'un capital et de sa capacité à produire des revenus au sein d'un même patrimoine ; dans le second cas, le pic de valeur taxable naît au

moment de la perception du capital par le bénéficiaire, qui est redevable de l'impôt (ou débiteur définitif s'agissant des mutations à titre onéreux) à raison de l'accroissement de son patrimoine concomitant de la réduction symétrique de celui d'un autre agent économique.

132. Structurés par la loi d'enregistrement du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798), les droits perçus par l'autorité publique sur les mouvements du capital répondent à deux préoccupations, dont la première est probablement plus remise en cause aujourd'hui que la seconde : dans un État de citoyens-propriétaires<sup>107</sup>, la fiscalité sur la transmission du capital permet d'en contrôler la dispersion, et en particulier la dispersion hors de la famille, et de garantir un niveau de ressources fiscales élevé compte tenu du nombre d'opérations de ce type au cours de la vie<sup>108</sup>.
133. La fiscalité de la transmission est en effet inséparable du **caractère formel imposé à ces transferts de propriété** : les cessions à titre onéreux, les libéralités, les successions, sont des opérations civiles soumises à la formalisation d'un acte juridique (ou de déclarations régularisant la convention verbale<sup>109</sup>) encourageant la requalification en acte juridique si elles sont dissimulées, de sorte qu'elles acquièrent une visibilité publique permettant à l'administration d'établir l'impôt<sup>110</sup>. En outre, alors que l'impôt sur la détention ou les revenus du capital frappe directement sa consistance économique (sa valeur intrinsèque ou le flux qu'il génère), l'impôt sur la transmission, qui porte sur le moment de l'opération de translation, frappe le capital par acte juridique interposé. Son assiette est ainsi, pour de nombreux actes, fonction d'une définition plus juridique qu'économique : le prix dans le cas des mutations à titre onéreux, la part nette de l'héritier. Par ailleurs, se sont maintenus depuis la Révolution, à côté des droits d'enregistrement frappant la consistance économique de l'opération de mutation, les taxes de publicité foncière (TPF), dues au titre de la conservation des actes permettant leur opposabilité aux tiers.
134. Le caractère proportionnel ou progressif (article 677 du CGI) de l'impôt, dans ces deux composantes, **assis sur la valeur des actifs transmis au cessionnaire redevable** est mis à mal par la multiplicité des régimes spéciaux permettant d'échapper au taux plein.

---

<sup>107</sup>« On a besoin de bouleverser tout le système des successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires. », extrait du discours préliminaire du premier projet de Code civil, J-E-M. Portalis, 1801.

<sup>108</sup>Loi adoptée après déclaration d'urgence. Considérant introductif : « Le Conseil des Cinq-cents, après avoir entendu sa commission des finances : considérant qu'il est nécessaire de simplifier les droits d'enregistrement, d'en régler les taux et quotités dans de justes proportions, d'étendre cette contribution à toutes les mutations qui en sont susceptibles, pour améliorer les revenus publics, et de prendre, sans délai, des mesures propres à en assurer la perception ».

<sup>109</sup>Articles 638 s. du CGI

<sup>110</sup>Symétriquement, l'absence d'exigence de formalité emporte dispense d'imposition (voir par exemple les actes relatifs aux successions qui ne concernent pas la détermination de l'actif successoral), et les actes formels non imposés ne peuvent contenir de stipulation translatrice de propriété.

L'application d'un droit fixe ne concerne plus que quelques opérations (ainsi des cessions de brevets d'invention ou de certains fonds agricoles) ainsi que les actes « innommés » définis par défaut (ainsi des cessions à titre onéreux de biens meubles « non soumis au droit proportionnel »).

135. L'impôt sur la transmission du capital frappe toutes les modalités de sa transmission, qu'il s'agisse des mutations à titre gratuit et mutations à titre onéreux, concernant des actifs meubles ou immeubles, qu'elle soit notamment effet de la volonté ou non.

#### **1.4.1. Les exonérations et les réductions d'impôt doivent être justifiées par la poursuite d'objectifs d'intérêt général**

136. **Deux abattements sur la base des DMTO sur les immeubles ont été introduits au titre de l'action pour le logement :**

137. Un abattement de 91 000 euros sur l'assiette des droits d'enregistrement et de la TPF sur l'acquisition d'une construction nouvelle cédée pour la première fois et qui a été affectée durant cinq ans à l'habitation principale (LFR pour 1993) ; cet abattement s'applique également à l'assiette des droits de donation, ce qui avait notamment motivé la saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement du principe d'égalité. L'abattement a été validé pour deux motifs<sup>111</sup> :

◆ **la circonstance que des avantages fiscaux de même nature soient consentis, quel que soit le mode de transmission ou de cession des immeubles concernés, n'est pas susceptible de porter atteinte au principe d'égalité ;**

◆ **le législateur a pu, sans méconnaître ce principe, eu égard au motif d'intérêt général que constitue le soutien à l'activité du bâtiment, subordonner l'octroi des avantages fiscaux susmentionnés à des conditions de délai.**

138. Un abattement maximal de 46 000 euros, par fraction de 7 600 euros, sur l'acquisition d'immeubles affectés à l'habitation, sous condition de durée (trois années), peut être voté par les conseils départementaux en vertu de l'article 1594 F ter (loi de finances pour 1993), qui n'a pas fait l'objet de contrôle par le Conseil constitutionnel, mais qui répond aux critères dégagés lors de l'examen de la LFR.

139. Enfin, l'article 726 du CGI<sup>112</sup> prévoit **un abattement sur la valeur des parts sociales de sociétés non immobilières dont le capital n'est pas divisé en actions**, calculé

---

<sup>111</sup>Décision n° 93-320 DC du 21 juin 1993, cons. 24 à 27.

<sup>112</sup>Disposition introduite par l'article 46 de la loi 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2013.

par rapport entre le montant de 23 000 euros et le nombre de parts sociales total, destiné à favoriser la transmission de ces sociétés, et qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel.

140. **Les abattements et exonérations en matière de transmission à titre gratuit (libéralités entre vifs et successions) sont liés à la nature des actifs transmis ou à la situation du bénéficiaire et au lien de parenté l'unissant au transmettant.** Il est renvoyé aux annexes 11 à 13 sur ces points.

141. **Les abattements en fonction du lien de parenté**

142. **Le Conseil constitutionnel ne déduit pas d'un régime fiscal différencié en fonction du lien de parenté une méconnaissance du droit de mener une vie familiale normale :** c'est l'exclusion des enfants adoptés simples du bénéfice des abattements pour parenté qui a fait apparaître ce principe. En effet, les adoptés simples, mineurs ou majeurs à la date de la donation ou du décès, ne bénéficient du tarif en ligne directe que s'ils ont reçu du *de cuius*-adoptant des soins ou secours ininterrompus pendant cinq ans au moins (ou dix ans si les soins ou secours sont reçus en totalité ou en partie durant leur majorité)<sup>113</sup>. La loi de protection de la famille<sup>114</sup> a toutefois récemment supprimé cette condition pour les adoptés simples mineurs au moment du décès. Saisi sur QPC de la conformité de ces dispositions (qui se sont progressivement assouplies depuis les années 2000) au principe d'égalité et au droit à une vie familiale normale, le Conseil constitutionnel juge que<sup>115</sup> :

- ◆ en se fondant sur les différences établies par le code civil entre l'adoption simple et plénière, en en atténuant les effets fiscaux différenciés par l'introduction de la prise en compte des liens particuliers nés d'une prise en charge de l'adopté par l'adoptant, et en favorisant les soins ou secours dispensés durant la minorité de l'adopté, ce qui **repose sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec les objectifs poursuivis**, le législateur n'a pas méconnu les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques ;
- ◆ les règles fiscales en cause sont **sans incidence sur les règles relatives à la filiation et ne font pas obstacle aux relations entre l'enfant et l'adoptant simple**, de sorte qu'elles ne méconnaissent pas le droit à une vie familiale normale.

---

<sup>113</sup>Article 786 3° et 3° bis du CGI, harmonisés en loi de finances pour 2017.

<sup>114</sup>Article 36 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

<sup>115</sup>Décision n° 2013-361 QPC du 28 janvier 2014, commentaire in RTD Civil avril-juin 2014, n° 2, p. 356 (J. Hauser)

143. Par un arrêt du 15 décembre 2009<sup>116</sup>, la chambre commerciale de la Cour de Cassation s'était prononcée sur **la conventionnalité de ces dispositions**, saisie d'un pourvoi invoquant en particulier la violation de l'article 14 de la CESDH. La Cour avait **relevé la « justification objective et raisonnable » de la différence de traitement fiscal, qui ne tient pas compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple mais « rétablit l'équilibre » en prévoyant que l'existence de soins ininterrompus permet d'écarter son application.**

### Encadré 8 : L'interprétation par le juge judiciaire du lien de parenté en matière de DMTG

La Cour de Cassation a précisé son interprétation de l'article 786 du CGI, la prise en compte du lien de parenté ne pouvant résulter d'une prise en charge qui n'est ni continue ni **principale**,<sup>117</sup>. Ne constituent ainsi pas des soins ou secours ininterrompus le lien entre une adoptée simple et ses adoptants (en l'espèce ses oncle et tante) dès lors qu'elle ne justifie pas « d'un délaissement particulier de ses parents ayant amené les adoptants à se substituer à eux, dans une prise en charge matérielle et financière quotidienne »<sup>118</sup>. **La prise en charge n'a pas toutefois à être exclusive** (Cass. Com., 6 mai 2014, n° 12-21.835, publié au Bulletin), interprétation contraire à la doctrine administrative, qui a été modifiée en conséquence.

On retient de cette jurisprudence **une approche matérielle de la distinction opérée en droit civil adoption simple et adoption plénière**<sup>119</sup> : si le traitement fiscal de faveur est réservé à la parenté « de sang » ou assimilée (la parenté « plénière »), des circonstances de fait reflétant une possession d'état rapprochant le rapport entre le *de cuius* et l'enfant d'un rapport de parenté plénière autorise la modération de la différence de traitement. Ajoutons que ce n'est pas uniquement sur le fondement des règles civiles de filiation que le Conseil constitutionnel valide la loi fiscale instituant cette distinction de régime : au commentaire publié sous la QPC n°2013-361, il est en effet rappelé que le législateur de 1930 avait cherché essentiellement à mettre un terme à une pratique abusive, par laquelle « certaines personnes qui n'ont pas d'enfants recourent à l'adoption pour éluder le paiement de la majeure partie des droits de succession qui devraient normalement être versés au Trésor »<sup>120</sup>. **Le risque de maximisation du profit fiscal** existe en effet pour l'enfant adopté par la voie simple, qui pourrait cumuler les avantages fiscaux dans sa famille naturelle (avec laquelle le lien de filiation est maintenu) et dans sa famille adoptive.

<sup>116</sup> Cass. Com., 15 décembre 2009, n° 08-19.406 (non publié)

<sup>117</sup> Cass. Com., 7 avril 2009, n° 08-14.407 (publié au Bulletin)

<sup>118</sup> Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-16.124 (non publié)

<sup>119</sup> *Transmissions en faveur d'adoptés simples : état du droit positif et perspectives d'amélioration*, F. Fruleux, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, 6 juin 2014, 1216.

<sup>120</sup> Sénat, débats publics, 15 février 1930 (loi du 16 avril 1930 portant fixation du budget général 1930-1931)

144. **Les exonérations visant à promouvoir la transmission des entreprises et des droits sociaux compris dans un pacte fiscal** constituent la catégorie principale des exonérations de DMTG :

145. **Le Conseil constitutionnel admet de manière constante que de telles mesures de faveur soient instituées, sous la condition que l'équilibre entre le but d'intérêt général économique, qui doit être strictement entendu, et l'égalité devant les charges publiques soit respecté.**

146. Il juge :

◆ que l'extension de l'exonération au régime des donations n'avait pas pour effet d'entraîner une rupture d'égalité devant les charges publiques compte tenu de **l'objectif d'intérêt général retenu par le législateur, à savoir l'instauration des conditions permettant de garantir la pérennité de l'appareil productif et la sauvegarde de l'emploi ;**

◆ que **le cumul de l'exonération et du régime de réduction sur les droits liquidés lié à l'âge du donateur (article 790 du GCI) ne créait pas un avantage excessif contraire à l'article 13 de la DDHC**, d'une part, les dispositions de l'article 790 du CGI poursuivant un but spécifique, la transmission accélérée du patrimoine entre générations pour compenser les effets du vieillissement de la population, et, d'autre part, la combinaison des deux avantages contribuant au caractère incitatif de la mesure. Le commentaire de la décision précise que le cumul des mesures ne peut conduire à réduire à néant les droits finalement acquittés (décision n°2003-477 DC du 31 juillet 2003) ;

◆ relativement au régime antérieur<sup>121</sup>, que « **si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur décide de favoriser par l'octroi d'avantages fiscaux la transmission de certains biens, c'est à la condition que celui-ci fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose** » ; à cet égard, « l'abattement de 50% sur la valeur des biens professionnels transmis entre vifs à titre gratuit à un ou plusieurs donataires, à la seule condition que ceux-ci conservent ces biens pendant une période de cinq années, **sans exiger qu'ils exercent de fonction dirigeante au sein de l'entreprise** et en étendant le bénéfice de cette mesure aux transmissions par décès accidentel d'une personne âgée de moins de soixante-cinq ans, la loi a établi vis-à-vis des autres donataires et héritiers des différences de situation qui ne sont **pas en relation directe avec l'objectif d'intérêt général** ci-dessus rappelé » ;

---

<sup>121</sup>Décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, cons. 7 à 10

- ◆ les parts et actions peuvent être détenues dans une holding animatrice (voir l'annexe 14).

147. **Les exonérations visant à favoriser l'épargne de long terme** : on retrouve ici la situation de l'assurance-vie, modalité de détention et –donc- de transmission du capital objet d'un traitement fiscal *ad hoc* soulevant d'intéressantes observations juridiques. Le traitement fiscal avantageux de la transmission du capital au moyen du dénouement d'un contrat d'assurance-vie a été corrigé à plusieurs reprises jusqu'à la loi de finances rectificative pour 2013 dans le sens d'une taxation renforcée.

### **Encadré 9 : La LFR pour 2013 a également instauré le FICOVIE (fichier des souscripteurs des contrats d'assurance-vie).**

**Le Conseil constitutionnel a validé la création du fichier FICOVIE<sup>122</sup>** et ses modalités de renseignement par les sociétés d'assurance, poursuivant un **but d'intérêt général** dès lors que le législateur « a entendu favoriser la connaissance par l'administration de ces contrats afin de mieux prendre en compte la matière imposable et de faciliter la lutte contre la fraude fiscale ».

Le FICOVIE se distingue en effet des autres fichiers d'actifs mobiliers (le FICOBA en particulier, s'agissant des comptes bancaires) par l'obligation de déclaration par les sociétés d'assurance, non seulement des souscriptions et des dénouements des contrats, mais également du montant cumulé des primes versées et de la valeur de rachat ou du montant garanti. Si les sociétés d'assurance établies à l'étranger ne sont pas soumises à cette obligation de renseignement<sup>123</sup>, c'est le souscripteur de ces contrats qui est tenu de déclarer les informations (article 1649 AA du CGI).

Le Conseil d'État a rejeté un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté du 29 février 2016 (remplacé par un arrêté du 1er septembre 2016 qui en reprend les termes en en étendant l'objet), considérant que l'arrêté ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté du

<sup>122</sup>Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, con.1 à 14

<sup>123</sup>« Dans l'état actuel des accords bilatéraux conclus par la France... il n'est pas possible d'exiger des organismes étrangers qu'ils déclarent les personnes qui ont souscrit des contrats d'assurance-vie auprès d'eux », rapport de M. C. Eckert pour la commission des finances sur le PLFR pour 2013 n° 1590 AN, p. 122. Les contrats d'assurance sont néanmoins désormais inclus dans le champ de l'échange automatisé d'informations de l'OCDE (voir partie 3.2).

commerce et de l'industrie en ce qu'il permet aux notaires<sup>124</sup> d'avoir accès aux données contenues dans ce traitement automatisé.

148. Si seule une partie des versements, en fonction de leur ancienneté, est totalement exonérée, la taxation des produits des assurances-vie demeure très avantageuse pour l'héritier (abattement de 152 500 € et taux maximal de 31,25 % ou taxation au taux de droit commun des DMTG après application d'un abattement de 30 500 € mais sur le seul capital à l'exclusion des produits pour les primes versées après 70 ans). De nombreux analystes suggèrent de réintégrer l'assurance-vie à la base taxable, sans exonération ni seuil d'entrée par abattement. Si le Conseil constitutionnel accepte de considérer que l'assurance-vie est un support d'épargne de long-terme qui justifie, pour des motifs économiques, un traitement fiscal particulier<sup>125</sup>, **il ne semble pas que l'instauration d'une taxation au taux normal, ou d'un plafonnement du bénéfice de ces avantages en fonction de la valeur totale des actifs transmis par le *de cujus* encourrait sa censure.**
149. La doctrine fiscale est, à ce jour, **muette sur l'application des avantages fiscaux aux bénéficiaires de contrats d'assurance-vie souscrits à l'étranger.** Il semble d'une part qu'il conviendrait, dans un souci de sécurité juridique et d'accessibilité du droit, que le champ d'application de la loi fiscale aux héritiers résidents nationaux soit en la matière explicitement défini. Le sujet nécessite d'autre part une réelle analyse juridique, en raison de **la variété de clauses contractuelles que l'assurance-vie souscrite à l'étranger peut révéler, parfois sans conformité au droit national.** Ainsi, on citera l'arrêt récent de la Cour de Cassation<sup>126</sup> statuant pour la première fois sur la conformité à la loi française de la souscription auprès d'un assureur de droit luxembourgeois d'un contrat d'assurance sur la vie à fonds dédié fermé dont la prime est versée non en numéraire mais sous la forme d'un apport de titres (le souscripteur en l'espèce avait souscrit des parts du fonds d'investissement Groupement Financier (de droit des Iles Vierges Britannique, impliqué dans le montage des fonds dits « Madoff ») et donné instruction de les transférer sur son contrat d'assurance). L'enjeu fiscal de cette affaire dépasse la question de la transmission du capital, puisque l'abondement d'un support assurantiel par des titres concerne également l'impôt sur la détention. La Cour de Cassation a en tout état de cause jugé, sur conclusions conformes de l'avocat général, que « que si le droit français n'envisage le versement des primes d'assurance qu'en numéraire, **aucune disposition légale d'intérêt général ne prohibe la distribution en France par un assureur luxembourgeois de contrats d'assurance sur la vie qui sont régis par la loi française mais dont les caractéristiques techniques et financières relèvent du droit luxembourgeois conformément à l'article 10-2 de**

<sup>124</sup>CE, 9e et 10e ch., 18 janv. 2017, n° 400298.

<sup>125</sup>Et même l'application de mesures visant à limiter ou bloquer les retraits et les arbitrages sur les contrats en cas de crise financière, la prévention des risques qui résulteraient d'une décollecte massive des fonds qui y sont placés relevant de l'intérêt général (décision n°2016-741 DC du 8 décembre 2016).

<sup>126</sup>Cass. Civ. 2, 19 mai 2016, n° 15-13606, publié au Bulletin

**la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 et permettent l'apport de titres sur des fonds dédiés fermés** », de sorte que le contrat n'est pas nul.

150. **La censure des exonérations à raison du critère territorial: instaurer des différences de régime fiscal sur le capital selon la localisation territoriale du bien transmis ou du bénéficiaire de la mutation encourt une censure constitutionnelle si le critère n'est pas objectif et rationnel.**
151. **On citera le cas des exonérations des droits de mutation<sup>127</sup> sur les immeubles et les droits immobiliers situés en Corse**, dont l'extinction progressive d'abord prévue au 1<sup>er</sup> janvier 2018 a été décalée. En 2013, le Conseil constitutionnel avait censuré le report du terme au 1<sup>er</sup> janvier 2023 au motif que « le maintien du régime fiscal dérogatoire applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse conduit à ce que, **sans motif légitime**, la transmission de ces immeubles puisse être dispensée du paiement de droits de mutation ; que la nouvelle prorogation de ce régime dérogatoire **méconnaît le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques** »<sup>128</sup>. La prorogation au 31 décembre 2027, introduite par la loi n° 2017-285 du 6 mars 2017 visant à favoriser l'assainissement cadastral et la résorption du désordre de propriété, qui a également créé une nouvelle exonération partielle pour les partages et les licitations (article 750 bis B du CGI), n'a pas fait l'objet de contrôle de constitutionnalité.
152. Le principe d'égalité devant les charges publiques en droit interne limite très fortement le législateur dans son pouvoir de réserver ou d'écarter le bénéfice d'une exonération à raison de la localisation du bénéficiaire ou de la base taxable.

#### **1.4.2. La modulation locale du tarif de l'impôt sur le territoire national est en revanche admise pour les DMTO**

153. Le Conseil constitutionnel a considéré<sup>129</sup> que l'instauration de la possibilité de relever le taux de l'impôt sur les mutations à titre onéreux, contemporaine de la création d'un prélèvement sur les recettes fiscales des collectivités locales aux fins d'abonder un fonds de péréquation, est conforme aux dispositions de l'article 72-2 de la Constitution qui prévoit que les collectivités peuvent modifier l'assiette et le taux des impositions de toute nature qu'elles perçoivent, dans les limites de la loi, instituées en l'espèce pour « permettre aux départements de financer la hausse des dépenses de solidarité dans un contexte de crise ». C'est donc par le biais d'une sorte de contrôle de nécessité que

---

<sup>127</sup> Exonération partielle sur les DMTG et les droits de succession (8° du 2 de l'article 793 du CGI et article 1135 bis du CGI) et exonération totale sur les droits de partage (articles 748 et 750 du CGI).

<sup>128</sup>Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons.129 à 133. Le Conseil constitutionnel avait censuré une disposition analogue dans sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

<sup>129</sup>Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. 53 à 68

le Conseil constitutionnel valide la conformité du dispositif de modulation locale de l'impôt.

### **1.4.3. L'assiette de l'impôt est définie à partir de la qualification de l'acte juridique de transmission du capital**

154. **Il n'appartient pas à l'administration de réduire l'assiette des libéralités excédant la quotité disponible.** L'action en réduction de ces libéralités est en effet une simple faculté pour les héritiers réservataires, qu'il leur appartient d'exercer ou non (article 929 du code civil). Les droits acquittés par le donateur sur l'excédent réintégré à la réserve de l'héritier feront l'objet d'une restitution de manière à ne pas être perçus une deuxième fois lors de la succession.
155. **L'assiette de l'impôt est déterminée à partir de l'acte** formalisant la transmission du capital. Pour les mutations à titre onéreux, c'est l'acte de vente (sous seing privé ou judiciaire) qui détermine l'assiette de l'impôt. Pour les mutations à titre gratuit, c'est l'acte portant libéralité ou la déclaration de succession qui joue ce rôle.
156. **Situations de qualification et de requalification :**
157. L'administration fiscale affronte parfois une situation dans laquelle un capital est transmis de manière non formalisée, notamment parce qu'il n'existe aucune exigence civile d'établir un acte, mais qui est taxable : c'est le cas, topique, du **don manuel**, qui ne devient taxable que lorsqu'il est « révélé » par le donataire à l'administration (article 757 alinéa 2 du CGI). La doctrine fiscale considère que la découverte d'un don manuel lors d'une vérification de comptabilité constitue une révélation du don (BOI-ENR-DMTG-20-10-20-10 n° 60), interprétation dite de la révélation subie qui a dans un premier temps été retenue par la jurisprudence jusqu'à un arrêt de principe de la Cour de Cassation de 2013<sup>130</sup> jugeant que « la procédure de vérification de comptabilité mise en œuvre [qui avait fait apparaître les dons manuels litigieux] ne pouvait être le support de l'appel des droits de donation ». La doctrine administrative, au bénéfice de la référence à quelques décisions de Cours d'appel faisant un sort bienveillant aux révélations de dons manuels intervenues sur interrogation des services de contrôle, n'a pas été modifiée. Or, la Cour de Cassation vient de réaffirmer le principe avec force dans **un arrêt du 6 décembre 2016**<sup>131</sup>, jugeant très clairement que « **la découverte d'un don manuel lors d'une vérification de comptabilité, résulterait-elle de la réponse apportée par le contribuable à une question de l'administration formée à cette occasion, ne peut constituer une révélation par le donataire au sens de l'article 757 du CGI** ».

---

<sup>130</sup>Cass. com. 15 janvier 2013 n° 12-11.642 (publié au Bulletin)

<sup>131</sup>Cass. com. 6 décembre 2016 n° 15-19.966 (publié au Bulletin) RJF 3/17 n° 278

158. Les DMTO étant beaucoup plus avantageux pour le contribuable que les DMTG pour les actifs d'une valeur supérieure à un certain montant en fonction des abattements applicables, **des donations peuvent être déguisées en cessions à titre onéreux**. En outre, les contribuables peuvent avoir intérêt à dissimuler le bénéfice d'une libéralité dans la perspective de ne pas entamer, par la règle du rapport, leur part successorale, ce qui contrevient à l'égalité entre les héritiers. A l'inverse, des donations apparentes peuvent être requalifiées en actes à titre onéreux lorsqu'elles n'ont eu pour objet que de dissimuler à l'administration fiscale le paiement d'un prix.
159. Les donations se caractérisent par l'intention libérale du donateur qui consent à s'appauvrir, l'enrichissement corrélatif du bénéficiaire, et le caractère irrévocable de la transmission du capital. Elles sont conclues par acte authentique à peine de nullité (article 931 du code civil). A défaut d'acte formel c'est par application des critères ici rappelés que le juge requalifie une transmission en libéralité à partir des éléments de preuve apportés par celui qui s'en prévaut –l'intention libérale ne se présume pas, ni ne s'induit du déséquilibre économique d'un contrat<sup>132</sup>.
160. La donation déguisée peut prendre la forme d'une vente fictive (le plus souvent, par non paiement du prix), d'un apport fictif en société ou d'une rente en viager à un âge très avancé faisant obstacle à ce qu'elle soit jamais versée.
161. Dans tous les cas, lorsque l'administration entend voir requalifier une opération de transmission du capital pour lui appliquer le régime fiscal idoine, il lui appartient d'apporter la preuve de sa fictivité, au moyen de **l'action en déclaration de simulation**. L'action consiste à révéler l'acte secret (la contre-lettre au sens de l'article 1201 du code civil<sup>133</sup>) aux termes duquel l'acte formel est privé d'effets juridiques à l'égard des tiers.
162. L'administration fiscale doit ainsi supporter la charge de la preuve, et respecter la procédure de l'abus de droit dès lors qu'elle soulève la volonté d'éluder l'impôt : « En s'attachant, dans la proposition de rectification afférente aux droits d'enregistrement relatifs à une vente, à démontrer la réunion des éléments constitutifs d'une donation, **tout en invoquant la volonté manifeste et délibérée d'éluder les droits et soutenant que les actes en cause n'avaient que l'apparence de mutations à titre onéreux, l'administration s'est nécessairement placée sur le terrain de l'abus de**

---

<sup>132</sup>Cass. 3e Civ., 31 mai 1989, n° 88-11.524, publié au Bulletin, Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 14 février 1989, n° 87-14.205, publié au Bulletin, Cass. Com. 19 décembre 2006, n° 05-17.086, publié au Bulletin

<sup>133</sup>Dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties ; il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

**droit.** Faute pour elle de s'être conformée à la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, la procédure de redressement et celle subséquente de recouvrement sont entachées d'irrégularité. » (Cass. Com. 23 juin 2015 n° 13-19486, publié au Bulletin).

163. L'abus de droit est en effet constitué soit lorsque cet acte présente un caractère fictif, soit lorsque l'acte passé par un contribuable, non fictif, a pour seul but d'éluder l'impôt, (Cas. Com. 19 avril 1988 n° 86-19.079, publié au Bulletin).

164. A cet égard, **la chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu le même jour deux décisions<sup>134</sup> très commentées illustrant l'alternative de la qualification de l'abus de droit, en matière de droits de mutation :**

◆ la première, qualifiant de fictive une opération d'apport-donation au sein d'une SCI dépourvue des moyens financiers de fonctionner pour un autre objet que la transmission du patrimoine qu'elle détenait (décision qui invite à s'interroger sur les effets de seuil supportés par des SCI se limitant à gérer un patrimoine immobilier sans rechercher pour autant à éluder l'impôt) ;

◆ la seconde, précisant que la qualification du but exclusivement fiscal attaché à une opération (en l'espèce, la transmission d'actifs par la location-gérance aux fins d'éluder les DMTO) s'analyse à la date de la conclusion de l'opération, et non au regard d'effets apparus postérieurement.

165. La primauté du consentement des parties à un contrat, principe cardinal de droit civil, ne doit pas être négligée par l'administration fiscale qui entend voir reconnaître le caractère fictif d'un acte : ainsi, la Cour de Cassation censure le raisonnement du tribunal qui a, pour appliquer le droit des mutations à titre onéreux à une transmission de parts de SARL, excipé des circonstances de fait que le bénéficiaire n'avait pas accepté la donation dans l'acte authentique, jugeant, au visa de l'article 1134 ancien du code civil, que **la requalification ne pouvait être opérée compte tenu des mentions expresses selon lesquelles l'acte était conclu « à titre gratuit »<sup>135</sup>.**

166. On en déduit que l'administration fiscale doit apporter au juge des éléments de preuve particulièrement forts pour que l'expression de la volonté des parties au contrat puisse être écartée, la Cour de Cassation envisageant bien l'abus de droit comme une limite au principe de la liberté contractuelle, d'interprétation stricte comme toute limite.

---

<sup>134</sup>Cass. Com, 13 janvier 2009, n° 07-20.097 (non publié) et n° 07-14.835 (publié au Bulletin)

<sup>135</sup>Cass. Com., 16 janvier 2001, n° 98-12.381 (non publié), RJF 5/01 n°713

167. Les conséquences fiscales de l'action de déclaration de simulation sont l'imposition aux droits de mutation correspondant à la nature de l'acte réel (en sus des droits acquittés en vertu de l'acte apparent), la prise en compte de la valeur de l'actif à la date de la révélation et non à celle de sa transmission, et l'imposition des pénalités de 40 % ou de 80 %.
168. La jurisprudence de la Cour de cassation et les avis du comité de l'abus de droit permettent de définir les critères de l'intention libérale, y compris dans le cas particulier des donations onéreuses (prévoyant la prise en charge du paiement, par le donataire, de charges dans l'intérêt du donateur ou d'un tiers) : la doctrine fiscale reprend ces critères, dont on n'observe pas qu'ils sont envisagés différemment par le juge judiciaire, le juge administratif et le comité de l'abus de droit.
169. Il est renvoyé en annexe 15 à un focus sur l'absence de donation indirecte au profit du nu-propriétaire en cas d'actions d'amélioration des actifs par l'usufruitier.

#### **1.4.4. La valeur déclarée de l'actif donné ou transmis par décès et le prix de l'actif vendu, objets du contrôle de l'administration et du juge**

170. Aux termes de l'article 666 du CGI « les droits proportionnels ou progressifs d'enregistrement et la taxe de publicité foncière sont assis sur **les valeurs** ». En matière de succession, la valeur des biens meubles est déterminée, sauf preuve contraire, par le prix exprimé dans l'acte de vente (si celle-ci a eu lieu publiquement dans les deux ans précédant le décès), par l'estimation contenue dans l'inventaire du commissaire-priseur s'il en a été faite une, ou par l'évaluation des parties (article 764 du code civil).
171. La valeur vénale est définie, selon la doctrine et la jurisprudence judiciaire, en référence au prix qui pourrait être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel compte tenu de l'état dans lequel se trouve le bien avant la mutation et des clauses de l'acte de vente. S'agissant de l'évaluation des immeubles, les données relatives au marché sont accessibles pour le contribuable grâce notamment aux bases de données mises en ligne par l'administration (PATRIM) et par les notaires de France (baromètre immobilier des notaires).
172. La diversité des actifs composant l'assiette de l'imposition génère toutefois, d'une part, des situations dans lesquelles la référence à un « marché » est totalement inopérante (cas des actifs rares ou uniques), et d'autre part, le recours à une combinaison de méthodes d'évaluation dont le maniement est peu aisé pour l'administration comme pour le juge de l'impôt. La fixation par la loi de tables d'évaluation par types d'actifs ne paraît pas devoir résoudre ces difficultés pratiques, compte tenu de la nécessaire souplesse que requiert le champ extrêmement large des actifs composant l'assiette taxable ; une réflexion sur **l'actualisation du Guide de l'évaluation des biens**

(dernière version : novembre 2006) diffusé par l'administration semblerait utile, et ce même s'il est établi que ce guide n'a qu'un caractère indicatif et ne constitue pas une interprétation formelle de la loi fiscale dont les contribuables peuvent se prévaloir sur le fondement de l'article L 80 A du LPF<sup>136</sup>.

173. **Les modalités d'évaluation des créances à terme et des créances exigibles pour la détermination de l'assiette des DMTG** (et de l'ISF), l'absence de prise en compte pour l'évaluation des créances des intérêts qu'elles sont susceptibles de produire et l'évaluation spécifique des créances à terme détenues sur des débiteurs en faillite ou en procédure collective ont fait l'objet d'une QPC récente<sup>137</sup>. L'article 760 du CGI prévoit en effet que les créances à terme sont évaluées par leur valeur nominale, et par leur valeur estimée déclarative en cas de débiteur en faillite ou en procédure de sauvegarde ou collective. Le Conseil constitutionnel a jugé, sur le fondement des articles 6 et 13 de la DDHC :

- ◆ d'une part, que la différence de traitement entre les créances exigibles et les créances à terme était justifiée par un critère rationnel et objectif en lien avec l'objectif de permettre l'appréciation de leur valeur,
- ◆ que le principe d'égalité devant les charges publiques n'imposait pas de prévoir des modalités d'évaluation spécifiques pour les créances productives d'intérêt,
- ◆ et d'autre part, que la différence de traitement entre les créanciers détenteurs de créance à terme instituée pour tenir compte des difficultés particulières rencontrées par les débiteurs ne méconnaît pas le principe d'égalité devant les charges publiques.

174. En revanche, **le Conseil constitutionnel a censuré, sur le fondement de l'article 13 de la DDHC, le troisième alinéa de l'article 760** qui prévoit que « lorsqu'une créance à terme a été soumise à l'impôt sur une base estimative en application du deuxième alinéa de ce même article, le créancier est tenu de déclarer toute somme supplémentaire recouvrée postérieurement à l'évaluation en sus de celle-ci » **au motif que le législateur n'ayant pas fait dépendre la surimposition d'une sous-évaluation à la date du fait générateur de l'impôt, le contribuable n'est pas en mesure d'apporter la preuve de ce que la capacité du débiteur de payer une somme excédant la valeur à laquelle la créance avait été évaluée résulte de circonstances postérieures au fait générateur de l'impôt, ce qui prive les modalités de fixation de l'assiette de lien avec les facultés contributives.**

175. Enfin, s'agissant de l'évaluation des titres transmis, se placer à la date de l'acte entraîne des conséquences non négligeables, notamment en la défaveur du contribuable : ainsi,

---

<sup>136</sup>CE 16 octobre 2013, n° 339166 et n° 339165

<sup>137</sup>Décision n°2014-436 QPC du 15 janvier 2015

la transmission, par le détenteur de la totalité ou de la majorité des droits sociaux, d'une partie minoritaire d'entre eux ne conduit pas à une décote de minorité de leur valeur, car à la date de la donation, la valeur des titres pouvait encore se calculer sur la base des droits de vote majoritaires qui y étaient attachés : ce n'est que postérieurement au transfert de propriété que les droits en cause perdent ce caractère. **L'évaluation à la date de l'acte est pourtant la position constante de la Cour de Cassation<sup>138</sup> et du Conseil d'État.** Cette situation, peu satisfaisante d'un point de vue économique et du point de vue du respect des facultés contributives de l'assujetti aux droits de mutation, apparaît assez indépassable compte tenu du critère cardinal de transfert de propriété : les actifs n'ayant pas quitté le patrimoine du donateur avant que l'acte de donation ne soit parfait, leur évaluation ne peut être opérée au regard des conditions dans lesquelles ils pourront être exploités une fois ce patrimoine quitté.

176. Symétriquement, **pour évaluer la valeur de l'actif d'une succession, il convient de se placer à la date du décès** afin de « dresser l'inventaire » du patrimoine du *de cuius*. La Cour de Cassation allège pour les actifs les moins « traçables » la charge de la preuve de l'administration fiscale : ainsi, pour évaluer le capital détenu en liquidités à la date du décès après des retraits d'espèces effectués quelques jours auparavant, « il suffit, pour que l'administration réintègre dans l'actif successoral une somme provenant d'un retrait d'un compte du défunt, qu'elle rapporte, **par des présomptions de fait**, la preuve que les fonds ont été conservés par le défunt jusqu'au jour du décès ». <sup>139</sup>
177. **La fraude sur le prix** en matière de mutations à titre onéreux est sanctionnée en application de la théorie de la simulation déjà exposée ; la jurisprudence constante de la Cour de Cassation <sup>140</sup> devant la dissimulation d'une partie du prix de vente d'un immeuble (« dessous de table ») consiste à annuler l'acte secret (la contre-lettre) et à laisser subsister l'acte ostensible : en d'autres termes, le vendeur doit restituer la fraction du prix payée en fraude, et supporte les effets du moindre prix apparent. L'administration fiscale conserve évidemment la possibilité de redresser les droits de mutation si la sous-évaluation dans l'acte peut être établie.
178. Il est renvoyé en annexe 16 pour un focus sur la jurisprudence en matière de responsabilité civile des notaires au titre des conséquences fiscales des actes.

---

<sup>138</sup>Voir par exemple l'arrêt de la CA de Lyon **refusant de prendre en compte pour l'évaluation de titres cédés les charges qui résulteraient d'une « fiscalité latente »** (pourvoi, portant sur un autre point de l'arrêt, rejeté par Cass, Civ. 2, 3 septembre 2015, n° 14-21.809, diffusé).

<sup>139</sup>Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-16.027 (non publié)

<sup>140</sup>Voir Cass. Civ. 1, 17 décembre 2009, n° 08-13.276 (publié au Bulletin), comm. L. Leveneur *L'incroyable danger du dessous de table pour le vendeur !* in La Semaine Juridique, n° 12, 22 mars 2010, n° 315.

**1.4.5. Le tarif et la liquidation des DMTG<sup>141</sup>, fonction du lien entre le transmettant et le bénéficiaire, et des donations antérieurement consenties entre eux, ne sont pas soumis à des contraintes constitutionnelles particulières**

179. S'agissant du premier paramètre, **il n'y a pas de balisage constitutionnel sur les niveaux de progressivité du taux en fonction du lien de parenté**. On notera également sur ce point qu'aucune discordance entre la loi civile et la loi fiscale n'est à relever (notamment sur l'égalité des filiations, assurée depuis 2011, ou sur la reprise des critères légaux du concubinage –application aux personnes de même sexe)<sup>142</sup>.
180. S'agissant du second paramètre, dit du **rappel fiscal** (article 784 du CGI), la règle consiste à considérer au moment de la succession ou de la donation les libéralités déjà consenties entre le transmettant et le bénéficiaire, et à déterminer, à la fois l'assiette et l'application du barème progressif, au regard des montants transmis. L'objectif est d'empêcher le recours à des libéralités successives optimisées afin de bénéficier, pour chaque transmission, des abattements d'assiette et des tranches les plus basses du barème.
181. Depuis la LFR pour 2012, le délai de déclaration et de rappel des donations antérieures est passé de dix à quinze ans.
182. **Les propositions de réforme tendant à voir imposer les transmissions successives reçues par une personne tout au long de sa vie selon un barème progressif en fonction de son âge<sup>143</sup> renvoient à une variante de rappel fiscal illimité et élargi des donations pour le calcul de l'imposition des suivantes, que le donateur soit ou non le même**. Cette réforme reviendrait ce faisant, au plan des principes, à faire passer la fiscalité de la transmission du capital d'un régime d'imposition lié à l'acte juridique ou à l'opération à un régime d'imposition sur le stock de capital accumulé et détenu entre les mains de la personne de l'héritier.

**Encadré 10 : Focus sur la règle de non-rappel fiscal des donations-partages transgénérationnelles**

---

<sup>141</sup>Les taux applicables au 1<sup>er</sup> janvier 2017 sont rappelés en annexe 13 bis.

<sup>142</sup>Par souci d'exhaustivité, on relèvera que la réduction de droits pour charges de famille a été supprimée en LFI pour 2017, sans appeler d'observation de principe juridique (réduction plafonnée à 610 €).

<sup>143</sup>J. Meade, *The Structure and reform of Direct taxation*, 1978; A. Atkinson, *Inequality, What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2015, et analyse in note France Stratégie n° 51 janvier 2017 (précitée).

La donation-partage transgénérationnelle (article 1078-4 du code civil) a été introduite par l'article 23 de la loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités afin d'étendre la possibilité de disposer de son patrimoine et de le distribuer de son vivant. La situation typique est la transmission d'actifs d'un grand-parent à un petit-enfant : avant la loi de 2006, elle ne s'effectue que par donation simple, et s'impute donc sur la quotité disponible du donateur, ce qui limite sa portée ; la donation-partage transgénérationnelle permet en revanche de gratifier un petit-enfant **en imputant l'actif transmis sur la part réservataire du descendant direct** (l'enfant du donateur, qui doit consentir à l'acte)<sup>144</sup>.

La fiscalité appliquée à cette libéralité se caractérise par :

- ◆ pour le calcul de la base taxable : seul l'abattement applicable au donataire co-partagé est pris en compte (et pas l'abattement de l'enfant qui renonce à son lot) ;
- ◆ la donation-partage inclut une donation antérieurement consentie au bénéfice de l'enfant, afin de donner le bien à la génération suivante, seul le droit de partage (2.5 %) s'applique ;
- ◆ le consentement de l'enfant qui renonce, condition de validité de la donation-partage, n'est pas assimilée à une « donation tacite » de sa part : il en résulte que la donation-partage est une **transmission directe** du grand-parent au petit-enfant. **Les donations de moins de quinze ans ne sont dès lors pas rapportées dans la succession des père et mère (article 776 ter du CGI).**

1. Plus intéressant sur le plan juridique est **le barème du droit d'enregistrement applicable aux droits sociaux selon le capital ou l'activité de la société** (article 726 du CGI) : le taux varie de 0,1 % pour les parts et actions de sociétés par actions, à 3 % pour les parts des sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions, et à 5 % pour les participations de sociétés à prédominance immobilière.
2. Les sociétés à prédominance immobilière, étrangères ou françaises, se caractérisent par la détention **d'un actif qui est, ou a été au cours de l'année précédant la cession des participations en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France** ou de participations dans d'autres sociétés à prépondérance immobilière.
3. L'introduction de ce taux élevé (en loi de finances pour 1999) poursuit un objectif de lutte contre les montages consistant à transférer la propriété d'un patrimoine immobilier à des sociétés dont les parts sont ensuite cédées de manière à contourner le régime fiscal sur les biens immobiliers (« pierre-papier »). La disposition n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

---

<sup>144</sup>L'exposé des motifs du projet de loi souligne qu'« il s'agit ici de s'adapter à l'évolution démographique de la population. Cet élargissement est le corollaire logique de la création des nouveaux pactes successoraux. En effet, la part dévolue aux petits-enfants lors de la donation-partage sera imputée sur la réserve du descendant direct qui devra intervenir à l'acte afin de consentir à l'atteinte portée à sa part de réserve. »

4. L'application de ce taux élevé a pu faire l'objet de critiques en raison de l'effet de seuil parfois subi par des personnes morales disposant de plus de 50 % d'actif immobilier affecté aux besoins de son activité professionnelle. On relèvera qu'il ne s'agit pas là d'un « oubli » du législateur, mais bien d'un choix positif, l'exclusion de ces sociétés de l'application du taux maximal (4,8 % initialement), proposée par le Sénat, ayant été supprimée en deuxième lecture.

**5. Il se dégage un tableau juridique moins contraignant pour la fiscalité de la transmission du capital que pour celle de sa détention.** La transmission relève en effet d'arbitrages plus libres pour les acteurs économiques, toujours libres de renoncer à une libéralité ou à une succession, que la détention, qui s'impose à eux faute d'actes de disposition. On comprend donc que le contrôle du Conseil constitutionnel soit plus strict en matière de respect du principe d'égalité devant l'impôt et du droit de propriété pour la phase durant laquelle le capital est détenu.

**6. Les contraintes juridiques à prendre en considération dans la perspective d'une réforme de la fiscalité de la transmission du capital sont donc limitées :**

◆ l'octroi d'un avantage fiscal doit être en relation directe avec l'objectif d'intérêt général poursuivi, et l'avantage peut être limité pour éviter la création d'effets d'aubaine ;

◆ **aucun critère contraignant ne s'impose à la définition des modalités de prise en compte du lien et du degré de parenté pour l'application d'un régime fiscal** ; aucun taux n'a davantage été jugé « excessif » s'agissant de la transmission du capital, ni pour les membres de la famille ni pour les tiers ; **on peut expliquer cette absence de censure par la condition d'acceptation de la donation ou de la succession**, même s'il est permis d'objecter que, dans le cas de la détention du capital, la soumission à l'impôt repose également sur des arbitrages du redevable générant une accumulation de valeur volontaire ;

◆ **l'application en elle-même d'un régime fiscal sur la transmission d'actifs ne porte pas atteinte au droit à une vie familiale normale** ;

◆ le principe d'égalité ainsi que la liberté de circulation interdit en revanche de limiter l'effet des avantages fiscaux sur le territoire et au sein de l'Union ;

◆ **enfin, c'est à la date de l'acte de transmission, fait générateur de l'impôt, que la base taxable doit être établie** ; le contribuable ne peut légitimement attendre que les règles fiscales en vigueur à la date d'une transmission produisent des effets déterminés sur une transmission future.

**1.4.6. Le périmètre du champ et de l'assiette de l'impôt, qui conduit à une taxation importante du capital, ainsi que l'application d'un barème très peu différencié en fonction du type de transmission choisi, entraîne le développement de stratégies d'optimisation**

1. La fiscalité de la transmission, en frappant l'accroissement du patrimoine de celui qui reçoit, succède à la taxation du capital jusqu'alors détenu par le transmettant. C'est le fondement de la critique majeure de ce régime, consistant à relever l'insuffisance d'incitation fiscale à faire circuler le capital, notamment entre générations, puisque la charge fiscale demeure au niveau familial<sup>145</sup>.
2. Cette critique appelle peu de développements juridiques : en effet, il résulte des points précédents qu'aucune contrainte constitutionnelle ne s'oppose au développement de dispositifs incitatifs à la transmission, plus fréquente et/ou plus précoce, que ce soit en créant des exonérations spécifiques en lien avec un objectif d'intérêt général, notamment d'ordre économique, ou en allongeant le délai du rappel fiscal ou modifiant les règles de tarif, notamment en fonction de l'âge du transmettant.
3. Une autre critique peut toutefois être étudiée sous un angle juridique : **compte tenu de l'application de taux non différenciés sur les transmissions entre vifs ou après décès, des schémas d'optimisation se sont développés** afin d'échapper à l'impôt.
4. S'est ainsi développée l'activité d'« *estate planning* » ou planification successorale, consistant à anticiper la transmission d'un patrimoine en optimisant les modalités de sa distribution tout au long de la vie au regard des règles fiscales applicables.
5. La stratégie d'optimisation privilégiée a longtemps été **le transfert du capital au sein d'un trust qui le redistribue en tout ou partie à un bénéficiaire déterminé**. La dissociation entre le patrimoine du constituant et celui du trust, lorsque ce dernier est irrévocable, ainsi que la localisation du trust en dehors du territoire impliquaient pour l'administration fiscale cherchant à imposer les capitaux transmis d'une part à identifier les flux, et d'autre part à les requalifier en mutation taxable.
6. Les solutions jurisprudentielles se caractérisaient par la grande difficulté, d'une part à localiser le patrimoine juridique auquel appartenaient les actifs en cause, et d'autre

---

<sup>145</sup>On traite ici des mutations à titre gratuit, étant entendu que le prix vient, dans les mutations à titre onéreux, neutraliser en grande partie l'effet de la charge fiscale, en l'intégrant comme une des composantes de la transaction économique.

part, à qualifier la distribution opérée par le trust de donation ou de succession. Ainsi, la Cour de Cassation a considéré, dans un arrêt en date du 15 mai 2007<sup>146</sup>, que **les bénéficiaires désignés d'un trust «ont acquis [la] propriété [des biens portés par un trust] à la clôture du trust provoquée par [le] décès [de son constituant qui s'était défait irrévocablement de la propriété desdits biens] », ce qui caractérise « une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust »**. Par cet arrêt, la Cour avait autorisé la taxation de ladite mutation, sans la qualifier ni de succession, compte tenu de la dissociation des personnes juridiques du constituant défunt et du trust, ni de donation, compte tenu de la non concomitance entre le dépouillement et la gratification des donataires.

7. **La LFR pour 2011** <sup>147</sup> **a comblé l'incertitude juridique en soumettant les transmissions réalisées par l'intermédiaire de trusts à compter du 30 juillet 2011 à un mécanisme d'imposition binaire** : soit la transmission réalisée est constitutive d'une donation ou d'une transmission par décès, et les DMTG de droit commun sont appliqués, soit aucune de ces deux formes juridiques ne peut être qualifiée et l'acte est imposé selon les règles spéciales de l'article 792-0 bis, II-2 du CGI (approchant le droit commun des successions : taux de 45 % à 60 %). **La règle de rappel fiscal s'applique aux transmissions via trusts.**
  
8. Ce système permet **d'éviter toute perte d'assiette**, puisque l'ensemble des transmissions sont taxées. La définition fiscale du trust qui résulte de la loi de 2011 n'est cependant identique ni à la définition donnée par la jurisprudence de la Cour de Cassation, ni à celle du code monétaire et financier, ce qui peut rendre plus incertaine la couverture cohérente d'une même situation dans le cadre de différents contentieux. Le choix du législateur, tel qu'il apparaît dans les travaux préparatoires, a été d'adopter une définition proche de celle retenue dans la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée et non ratifiée par la France<sup>148</sup>. Ces dispositions n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.
  
9. L'instauration des modalités de taxation s'est accompagnée d'une **obligation de déclaration des trusts** (article 1649 AB du CGI), portant à la fois sur les événements de leur vie propre, et sur la valeur vénale des actifs placés et de leurs produits

<sup>146</sup>Cass. Com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, publié au Bulletin

<sup>147</sup>Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011

<sup>148</sup> Le Gouvernement explique en mai 2016 que la ratification conduirait à reconnaître, en droit interne, l'ensemble des trusts constitués à l'étranger, au risque qu'ils soient soumis à des règles de transparence inférieures aux standards français, sans possibilité pour la France d'activer la mesure de sauvegarde de l'article 13 de la convention dès lors qu'existent désormais en droit interne les fiducies, institutions assimilables aux trusts objets du texte. Le risque de « fuite à l'étranger d'opérations internes qui relèveraient du droit français et seraient ainsi soumises à un droit étranger que la France devrait reconnaître » est ainsi pointé (QE n° 16451, rép. Min. de la justice publiée au JO Sénat du 5 mai 2016, p. 1905).

capitalisés, sanctionnée d'une amende (article 1736 du CGI, qui a fait l'objet d'une **QPC, renvoyée par le Conseil d'État le 23 décembre 2016 sur le fondement de la conformité au principe de proportionnalité des peines** découlant de l'article 8 de la DDHC). Par sa décision n° 2016-618 QPC du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions créant, en complément de l'amende forfaitaire, une amende « dont le montant, non plafonné, est fixé en proportion des biens ou droits placés dans le trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés, pour un simple manquement à une obligation déclarative, même lorsque les biens et droits placés dans le trust n'ont pas été soustraits à l'impôt », au motif qu'elle constituait une sanction disproportionnée.

10. Le registre public des trusts (article 1649 AB alinéa 2 du CGI) faisant apparaître le nom de l'administrateur, du constituant, des bénéficiaires et la date de constitution du trust, a fait l'objet d'une décision de non-conformité par le Conseil constitutionnel (2016-591 QPC du 21 octobre 2016). Il était conçu comme **un instrument de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en instaurant une transparence totale sur les trusts**<sup>149</sup>.
11. Le Conseil constitutionnel a rappelé que cet objectif du législateur était de valeur constitutionnelle (considérant n° 5), avant de juger que l'accessibilité au public des « informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine » portait **une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée** et que le législateur aurait dû épuiser sa compétence en prévoyant une limitation du cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre (considérant n° 6).
12. Notons que le Conseil constitutionnel avait jugé<sup>150</sup> que l'atteinte au droit à la vie privée n'était pas manifestement disproportionnée s'agissant des déclarations de situation patrimoniale du Président de la République et des candidats à l'élection présidentielle, compte tenu de la place institutionnelle du Président ; de la même manière, la publicité des déclarations de situation patrimoniale des parlementaires ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée au regard de l'objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité des membres du Parlement.
13. **La frontière constitutionnelle semble donc se situer entre personnes assumant une charge publique ou de représentation nationale, et citoyens particuliers.**

---

<sup>149</sup>Voir *Censure du registre public des trusts : vie et mort d'un OVNI juridique*, M. Khayat et S. Pannetier, in RDF n° 48, 1<sup>er</sup> décembre 2016, comm. 620

<sup>150</sup>Décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013

14. En annexe 17 est présenté le raisonnement suivi par le tribunal de correctionnel de Paris dans le jugement du 12 janvier 2017 relatif à la succession « W. » et au recours aux trusts.
15. Enfin, on peut citer **l'abus dans l'utilisation des contrats d'assurance-vie** : en effet, en tant que stipulation pour autrui, la souscription d'une assurance-vie au profit d'un bénéficiaire identifié produit les mêmes effets qu'une donation dès l'acceptation du bénéficiaire (la stipulation devenant irrévocable). Le recours à ce contrat n'est pas en lui-même abusif, et la donation produira ses effets en termes de réduction et de rapport.
16. En revanche, **l'importance des sommes transférées sur un contrat d'assurance-vie par rapport au patrimoine de l'assuré, et la date du transfert, notamment lorsqu'il précède d'une très courte période son décès prévisible, constituent pour le juge<sup>151</sup> des critères d'abus de droit**, compte tenu de l'intention de dissimuler le caractère de libéralité de l'opération afin de bénéficier du régime fiscal favorable de l'assurance-vie.
17. **Le comité de l'abus de droit fiscal** considère de son côté<sup>152</sup> que dans le cas d'une donation-cession de titres en nue-propriété, dont le produit avait été investi par l'usufruitier et le nu-propriétaire dans des contrats de capitalisation, dans le cadre d'une convention prévoyant une faculté de rachat des contrats par l'usufruitier (donateur), la réappropriation par l'usufruitier des actifs transmis n'était pas caractérisée, et l'intention libérale existait, l'aménagement des conditions d'un contrat d'assurance-vie en vue de permettre à l'usufruitier d'appréhender les fruits du placement ne pouvant être considéré comme la remettant en cause. Dans cette espèce toutefois, la convention entre l'usufruitier et le nu-propriétaire prévoyait une clause de restitution au profit de ce dernier. A défaut, on peut penser que l'abus de droit aurait pu être retenu compte tenu du risque de perte des fruits pesant sur le donataire.

---

<sup>151</sup>CAA Douai, 29 septembre 2003, n° 02-2277

<sup>152</sup>2006-11, BO 13 L-1-07.

## 2. La fiscalité du patrimoine, encadrée par le droit de l'Union européenne, doit respecter les quatre libertés et ne pas induire de distorsions de concurrence

1. L'exercice de la compétence fiscale par les États membres est soumis au respect des traités européens et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). La CJUE juge en effet que « si en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leur compétence dans le respect du droit communautaire». <sup>153</sup>
2. Afin de ne pas entraver la réalisation du marché intérieur, **deux grandes obligations s'imposent au législateur en matière fiscale** :
  - ◆ celle du **respect des quatre libertés prévues par les traités** <sup>154</sup> : liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Toute discrimination ou entrave à l'exercice de ces libertés est prohibée, sauf si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi.
  - ◆ celle du **respect des règles en matière d'aide d'État**, conformément à l'article 107 paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui prohibe les aides faussant ou menaçant de fausser la concurrence.
1. Le législateur fiscal doit également respecter **le droit dérivé** (directives et règlements).

### 2.1. La nécessité de respecter les quatre libertés au premier rang desquelles figure la libre circulation des capitaux

1. Si la fiscalité doit respecter toutes les libertés prévues par les traités, **la liberté de circulation des capitaux représente un enjeu particulier en matière de fiscalité du patrimoine.**

---

<sup>153</sup>CJUE 14 février 1995, 279/93

<sup>154</sup>Conformément à l'article 3 du Traité de Rome de 1957, l'action de l'Union européenne comporte notamment « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux ». Cet objectif a été réaffirmé dans le cadre de l'Acte Unique Européen avec un nouvel article qui correspond à l'actuel article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) :

« 1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.

2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités.

3. Le Conseil, sur proposition de la Commission, définit les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés. »

2. Alors que la liberté de circulation des capitaux relevait initialement davantage d'un **objectif à fin d'achèvement du marché intérieur** que d'une liberté à part entière, **cette liberté s'est progressivement affirmée** dans les traités et les actes dérivés<sup>155</sup> mais aussi dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>156</sup>.
3. Cette liberté, **consacrée par les articles 63 à 66 du TFUE** porte sur les mouvements de capitaux, non définis par le Traité mais par une directive de 1988 qui comporte une liste non exhaustive de mouvements<sup>157</sup> ainsi que par la CJUE. Il s'agit « **des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation** »<sup>158</sup> ou encore de « **tout transfert au-delà des frontières d'un État membre de capitaux qui ne sont pas liés à une livraison de marchandise ou à une prestation de service** »<sup>159</sup>.
4. **Un impôt sur le capital peut ainsi constituer une entrave illégale à la liberté de circulation.** Le Traité prévoit la possibilité de restrictions à cette liberté (cf. annexe 18), notamment du fait de la « **clause de gel** » et de la disposition permettant aux États membres de prendre des mesures limitant la liberté de circulation des capitaux pour une **raison impérieuse d'intérêt général** à la condition qu'elle soit proportionnée à l'objectif poursuivi.
5. **Certains régimes français d'imposition du capital ont ainsi dû évoluer compte tenu de la jurisprudence de la CJUE :** l'avoir fiscal, la réduction d'impôt sur les dons.

### **Encadré 11 : Articulation de la liberté de circulation des capitaux et des autres libertés en matière de fiscalité du patrimoine**

La **liberté de circulation des capitaux est exclusive de la liberté de circulation des marchandises** mais s'articule de façon **plus complexe avec la liberté d'établissement** consacrée par les articles 49 à 55 du TFUE. En cas de doute pour déterminer laquelle des deux libertés est principalement affectée par une situation litigieuse donnée, la CJUE s'appuie à la fois sur l'objet de la mesure nationale en cause, et si nécessaire, sur les faits en présence<sup>160</sup>. Lorsque sont en cause des participations permettant d'exercer une influence sur les décisions d'une entreprise, le juge considère que la liberté d'établissement s'applique ; au contraire, **en cas de participations minoritaires, par exemple 10 %**<sup>161</sup>, le juge considère que la liberté de

<sup>155</sup>Il a fallu attendre la directive n°88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 sur la mise en œuvre de l'article 67 du traité, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1990, pour que la circulation des capitaux et des moyens de paiement soit consacrée comme liberté en tant que telle.

<sup>156</sup>L'arrêt CJUE du 23 février 1995, C-358/93 a consacré l'effet direct de la liberté de circulation des capitaux.

<sup>157</sup>La « nomenclature des mouvements de capitaux » figurant à l'annexe I de la directive n°88/361/CEE visait notamment : les investissements directs, les investissements immobiliers, les opérations sur titres bancaires, les emprunts, les dons et les successions.

<sup>158</sup>CJUE 28 octobre 2010, C-72/09

<sup>159</sup>CJUE 19 janvier 2006 C-265/04, conclusion de l'avocat général Kokott

<sup>160</sup>CJUE 13 avril 2000, C-251/98

<sup>161</sup>CJUE 10 février 2011, C-436/08

**circulation des capitaux est en cause**<sup>162</sup>. Il en va de même lorsque la restriction à la liberté de circulation des capitaux n'est que la conséquence de la restriction de la liberté d'établissement, le juge considèrera la liberté d'établissement et non celle de circulation des capitaux.

Ainsi, **c'est au regard de liberté d'établissement que la CJUE a censuré le dispositif d' « exit tax »**, mécanisme d'imposition immédiate des plus-values non encore réalisées en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable dans un autre État membre, alors que le fait générateur de l'impôt pour les personnes n'ayant pas transféré leur domicile à l'étranger intervient uniquement lors de la réalisation effective des plus-values<sup>163</sup> (voir plus loin). Cette position a été réaffirmée dans le cas de l'« exit tax » néerlandais ou portugais<sup>164</sup>. La question de savoir si ce raisonnement est applicable, s'agissant de l'« exit tax » française, à un ressortissant d'un État membre ayant transféré son domicile en Suisse a été posée dans une question préjudicielle récente<sup>165</sup>.

Autre exemple de l'application des libertés de circulation à l'imposition du capital, la CJUE<sup>166</sup> a jugé **contraire au droit de l'UE un avantage fiscal consistant à n'exonérer de la taxe sur les mutations de biens immobiliers que les seuls résidents permanents sur le territoire national**, alors que les non-résidents qui ont l'intention de s'installer à l'avenir sur ce territoire ne sont pas exonérés de cette taxe, et qui exonère également, sous certaines conditions, de la même taxe les seuls ressortissants grecs ou les personnes d'origine grecque lors de l'acquisition d'une première résidence sur le territoire national. La Cour a en effet estimé que cette mesure, justifiée par la Grèce par des motifs de politique sociale visant à préserver les liens entre les grecs émigrés et leur État d'origine, créait **une discrimination selon la nationalité interdite par les traités et était contraire aux libertés de circulation des citoyens de l'UE, des travailleurs et à la liberté d'établissement**.

### 2.1.1. L'imposition des revenus du capital a été la première forme d'imposition du patrimoine encadrée par la liberté de circulation des capitaux.

1. La CJUE a examiné pour la première fois la fiscalité directe au regard de la liberté de circulation des capitaux en 2000 dans un arrêt **Verkooijen**<sup>167</sup> qui concernait l'imposition des revenus du capital.
2. La CJUE **contrôle aussi bien les entraves à l'entrée qu'à la sortie des capitaux, c'est-à-dire les entraves portant sur les revenus distribués par une société non-résidente à un actionnaire résident ou sur les revenus distribués par une société résidente à un actionnaire non-résident**.

<sup>162</sup>CJUE 4 juin 2009, C-439/07

<sup>163</sup>CJUE 11 mars 2004, C-9/02

<sup>164</sup>CJUE 17 septembre 2006, 470/04 N et CJUE 21 décembre 2016, C-503/14, . A noter cependant l'arrêt du 29 novembre 2011, C-371/10 : affaire dans laquelle la Cour a reconnu pour la première fois qu'une législation nationale en matière d'imposition à la sortie applicable à des personnes morales, et non à des personnes physiques, était susceptible d'être justifiée par l'objectif visant à assurer la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres.

<sup>165</sup>CE, 23 juin 2016, n°378008, question préjudicielle C-355/16

<sup>166</sup>CJUE 20 janvier 2011, C-155/09

<sup>167</sup>CJUE 6 juin 2000, C-35/98,

3. Ainsi, dans l'arrêt Verkooijen, la Cour a jugé qu'était non conforme aux traités une disposition néerlandaise **excluant la possibilité pour un résident néerlandais détenant des actions d'une société belge de déduire de l'impôt sur le revenu le montant versé en Belgique au titre de l'impôt sur les dividendes (entrave à la sortie)**. Plus récemment<sup>168</sup>, elle a jugé non conforme une disposition néerlandaise consistant à ne **pas permettre aux contribuables non résidents, contrairement aux contribuables résidents, de déduire de l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés une retenue à la source sur les dividendes (entrave à l'entrée)**.

**Encadré 12 : L'adaptation du régime d'avoir fiscal et de précompte rendue nécessaire par la jurisprudence de la CJUE**

**C'est aussi sur le fondement de la libre circulation des capitaux que la CJUE a censuré le mécanisme d'avoir fiscal, en Finlande et en Allemagne, et de son corollaire, le précompte, en France.** La liberté de circulation des capitaux s'oppose en effet à une réglementation prévoyant pour un contribuable résident un mécanisme d'élimination de la double imposition économique au titre des seuls dividendes perçus auprès de sociétés établies dans le même État, à l'exclusion des dividendes versés par une société établie dans un autre État membre<sup>169</sup>. Dans le cas de la France<sup>170</sup>, la CJUE a condamné le dispositif du précompte, supprimé depuis 2005, car **en cas de redistribution par une société mère française de dividendes perçus de ses filiales, seuls ceux provenant de filiales françaises ouvraient droit à un avoir fiscal imputable sur le précompte, aucune imputation n'étant possible en cas de redistribution provenant de filiales établies dans d'autres États membres.**

**2.1.2. La jurisprudence de la CJUE a par ailleurs récemment encadré davantage l'imposition des transmissions à titre gratuit et des libéralités.**

1. La CJUE assure un **contrôle strict des avantages territorialisés en matière de transmission, qu'il s'agisse de durées de prescription ou encore d'avantages d'assiette (exonération ou abattements)**. Elle veille ainsi à la proportionnalité à l'objectif poursuivi de la raison impérieuse d'intérêt général invoquée par les États membres.
2. **S'agissant des durées de prescription dans le cas de successions** : la CJUE a jugé contraire à la liberté de circulation des capitaux un dispositif prévoyant un **délai de prescription de deux ans** pour l'évaluation d'actions d'une société dont le défunt était actionnaire et dont le **siège de direction effective était dans l'État membre** alors que ce délai était de **10 ans lorsque le siège était dans un autre État membre**<sup>171</sup>.
3. **S'agissant d'abattements** : selon la même logique, est contraire aux traités, une **disposition prévoyant l'imposition d'un bien situé dans un autre État membre à**

<sup>168</sup>CJUE 17 septembre 2015, C-10/14,

<sup>169</sup>CJUE 7 septembre 2004, C-319/02, dans le cas de la Finlande et CJUE 6 mars 2007, 292/04, dans le cas de l'Allemagne

<sup>170</sup>CJUE 15 septembre 2011 C-310/09

<sup>171</sup>CJUE 15 septembre 2011, C-132/10

**la valeur vénale alors qu'un bien situé dans l'État membre en cause bénéficie d'une procédure spéciale d'évaluation conduisant à minorer la valeur vénale, en moyenne égale à 10 % de cette dernière, ainsi que d'un abattement<sup>172</sup>.**

4. **En matière d'exonération, la Cour a pu valider des dispositifs de nature incitative ou visant à préserver la cohérence d'un régime fiscal.**
5. Ainsi : la CJUE a validé<sup>173</sup> dans le cas de l'Allemagne, un avantage, consistant en **une exonération de droits de succession**, accordé seulement aux biens ayant déjà fait l'objet au cours des 10 années précédentes de droits de succession en Allemagne. La CJUE a reconnu que **ce régime visait à préserver la cohérence du régime fiscal allemand**, puisqu'il était destiné à **éviter partiellement une double imposition du même patrimoine** de manière rapprochée dans le temps et qu'il existait un lien direct entre la réduction des droits de succession et la perception antérieure de droits de succession, cet avantage fiscal et ce prélèvement antérieur concernant le même impôt, le même patrimoine et les membres proches d'une même famille. L'absence d'octroi de la réduction desdits droits dans le cas d'une acquisition antérieure exclusivement imposée à l'étranger était justifiée par le fait que l'Allemagne n'a pas pu imposer cette acquisition et percevoir les recettes fiscales correspondantes.
6. Elle a aussi jugé<sup>174</sup> conforme à la liberté de circulation des capitaux la **législation d'un État membre limitant le bénéfice d'une exonération de droits de donation sur certaines propriétés protégées en raison de leur appartenance au patrimoine culturel et historique national aux seules propriétés situées sur le territoire de cet État membre**, compte tenu de l'objectif de promotion de la conservation du patrimoine culturel national. La CJUE précise cependant qu'elle valide cette exonération **dès lors qu'elle n'est pas exclue s'agissant des propriétés susceptibles de se rattacher au patrimoine culturel et historique dudit État membre en dépit de leur localisation sur le territoire d'un autre État.**

### **Encadré 13 : L'adaptation du régime français en matière de dons et legs rendue nécessaire par la jurisprudence de la CJUE**

La CJUE a considéré, dans le cas de l'Allemagne, que **l'imposition des donations consenties à des organismes étrangers, contrairement à celles consenties à des organismes nationaux, constitue un obstacle injustifié à la liberté de mouvement des capitaux<sup>175</sup>**. Or, le régime français prévoyait, jusqu'à la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour

<sup>172</sup>CJUE 17 janvier 2008, C-256/06

<sup>173</sup>CJUE 30 juin 2016, C-123/15

<sup>174</sup>CJUE 18 décembre 2014, C-87/13 et C-133/13. La Cour relève dans l'arrêt X que c'est d'ailleurs au regard de la finalité de la loi que les Pays-Bas ont ouvert l'avantage fiscal aux non résidents propriétaires de monuments historiques. Dès lors, ajoute la Cour, le fait de réserver l'avantage aux seuls propriétaires de monuments historiques situés aux Pays-Bas est inhérent à l'objectif poursuivi par la législation nationale. Elle a ainsi validé qu'un contribuable propriétaire d'une propriété située à l'étranger et non rattachée au patrimoine des Pays-Bas ne bénéficie pas du régime favorable en cause compte tenu de l'objectif de la mesure qui est de promouvoir la conservation du patrimoine culturel national.

<sup>175</sup>CJUE 27 janvier 2009, C-318/07

2014, que les exonérations des dons et legs n'étaient applicables que pour ceux effectués en faveur d'organismes publics ou d'utilité publique établis en France ou à l'étranger, sous réserve d'une clause de réciprocité conventionnelle, les dons et legs effectués en faveur d'organismes comparables établis hors de France ne respectant pas cette condition subissant un taux d'imposition de 35 % ou 45 %. **La Cour a ainsi confirmé l'incompatibilité de cette disposition avec la liberté de circulation en 2015<sup>176</sup>, la France n'ayant invoqué « aucune raison impérieuse d'intérêt général qui serait susceptible de justifier la restriction à la liberté de circulation des capitaux », clôturant ainsi la procédure en manquement lancé par la Commission en 2008 contre la France.**

**Le régime français en matière de dons et legs a été adapté en conséquence avec l'adoption en loi de finances rectification pour 2014 de l'article 795-0 A du CGI.** Cet article prévoit une exonération de DMTG sur les dons et legs effectués au profit de personnes morales ou d'organismes de même nature que ceux mentionnés à l'article 794 du CGI et à l'article 795 du CGI, dont le siège est situé dans un État membre de UE ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

### **2.1.3. En matière de détention du patrimoine, la CJUE a été aussi amenée à préciser récemment le cadre applicable**

1. Comme en matière de transmission, la CJUE veille à la proportionnalité de la raison impérieuse d'intérêt général évoquée par les États membres pour mettre en place des régimes fiscaux sur la détention du capital restreignant la liberté de circulation des capitaux.
2. **En matière de capitaux mobiliers, la Cour réalise ainsi un contrôle étroit des avantages bénéficiant à certains titres.** La CJUE a ainsi **condamné le Portugal en manquement car il accordait un traitement fiscal préférentiel en matière de détention pour les seuls titres de dette émis par l'État portugais, les titres de dette émis par d'autres États membres ne bénéficiant pas de ce régime fiscal préférentiel.** Ce régime pouvait en effet dissuader les contribuables d'investir dans des titres de dette d'autres États membres ou de conserver de tels titres, enfreignant ainsi la liberté de circulation des capitaux sans aucun motif impérieux d'intérêt général<sup>177</sup>.
3. **La CJUE a reconnu que la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle fiscal était un motif impérieux d'intérêt général s'agissant de la taxe de 3 % sur les immeubles détenus en France par des personnes morales étrangères.** La CJUE a en effet considéré compatible avec la libre circulation des capitaux, qu'une personne morale établie au Liechtenstein ne soit pas admise à échapper à la taxe de 3 % à l'article 990 D du CGI, dès lors que la condition permettant d'échapper à cette taxe, à savoir l'existence d'une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales, n'était pas remplie avec le Liechtenstein. L'exigence d'une telle convention afin de postuler l'exonération de taxe était certes constitutive d'une

<sup>176</sup>CJUE 16 juillet 2015, C-485/14

<sup>177</sup>CJUE 7 avril 2011, C-20/09

restriction à la libre circulation des capitaux, mais elle était justifiée par la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle fiscal<sup>178</sup>.

**Encadré 14 : S'agissant de dispositifs incitatifs, la Cour réalise un contrôle renforcé de la justification de territorialiser l'avantage au regard de l'objectif poursuivi.**

Dans son contrôle, le CJUE analyse très précisément l'avantage en cause et son impact possible en matière de liberté de circulation. **Elle va même jusqu'à envisager les autres moyens dont aurait pu user le législateur national pour atteindre l'objectif poursuivi.**

**Deux exemples illustrent le contrôle réalisé par la Cour :** La CJUE a jugé contraire à la liberté de circulation des capitaux, une **mesure d'exonération de plus-values immobilières conditionnée à un réinvestissement sur le territoire national**<sup>179</sup>. La République portugaise faisait valoir que la mesure visait à assurer la protection et le maintien de l'habitation propre de l'assujetti et de son ménage et que, partant, elle garantissait à celui-ci un droit au logement, lequel constituait un impératif constitutionnel. La CJUE a jugé que la restriction allait **au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé**. En effet, si l'objectif de ladite disposition nationale était de garantir un droit au logement, cet objectif pouvait être poursuivi sans qu'il soit nécessaire de prévoir une condition de réinvestissement sur le territoire national. La République portugaise a argué que la suppression de la condition de réinvestissement des plus-values sur le territoire national aurait pour conséquence le financement indirect de la politique du logement des autres États membres. La CJUE a estimé que cet argument, à supposer même qu'il soit fondé, n'était pas de nature à démontrer que la disposition litigieuse était nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. En revanche, **l'objectif de garantir un droit au logement était tout autant atteint si l'assujetti choisissait de transférer son domicile sur le territoire d'un autre État membre plutôt que sur le territoire portugais**. Par conséquent, la CJUE a jugé qu'au regard dudit objectif, la circonstance du prétendu financement indirect de la politique de logement des autres États membres était sans pertinence.

De la même manière, **la Cour a considéré comme contraire à la libre circulation des capitaux la législation allemande excluant les propriétaires des immeubles situés dans d'autres États membres d'un avantage fiscal, l'application de l'amortissement dégressif dans le cadre de la détermination des recettes de location des requérants**<sup>180</sup>. Ce mécanisme était en effet plus avantageux pour la trésorerie du contribuable que l'amortissement linéaire, qui n'était admis par la législation nationale que pour les immeubles situés en Allemagne. La Cour n'a pas admis que la limitation de la possibilité d'amortissement dégressif soit justifiée par un objectif sociopolitique constitutif de raison impérieuse d'intérêt général, à savoir favoriser la construction des logements à usage locatif, au motif que leur nombre est insuffisant en Allemagne. **La Cour relève à cet effet que la législation allemande ne prenait pas en compte les besoins différents d'une région à l'autre en Allemagne et n'opérait pas de distinction entre les logements "simples" et "luxueux"**. Dans ces conditions, elle a considéré qu'il ne saurait être présumé que les investisseurs privés, motivés notamment pas des considérations financières, satisfassent à l'objectif prétendument sociopolitique de cette législation.

Faisant application de tels raisonnements, **la Commission européenne a jugé non conforme à la liberté de circulation des capitaux des dispositifs en faveur de l'investissement locatif**

<sup>178</sup>CJUE 28 octobre 2010, C-72/09

<sup>179</sup>CJUE 26 octobre 2006 affaire, C-345/05

<sup>180</sup>CJUE, 15 octobre 2009, C-35/08

(Périsso, Besson, Robien, Borloo neuf) dans le cadre d'un avis motivé du 16 février 2011. Ces dispositifs n'autorisaient en effet **pas ces avantages fiscaux pour des investissements similaires à l'étranger, cela dissuadait les contribuables d'investir à l'étranger.**

#### **2.1.4. Les contraintes liées à la liberté de circulation des capitaux s'appliquent de façon assez extensive quand les régimes fiscaux en cause concernent des États tiers**

- 1. L'application de la liberté de circulation avec les pays tiers qui est prévue par le TFUE n'est pas absolue et est soumise à certaines conditions.** Ainsi, la CJUE<sup>181</sup> a validé la législation d'un État membre qui réservait le bénéfice d'une exonération de l'impôt sur le revenu de dividendes au cas où la société distributrice était établie dans un État membre de l'Espace économique européen ou dans un État avec lequel une convention fiscale prévoyant l'échange de renseignements avait été conclue par l'État membre d'imposition. La Cour a ainsi jugé que la jurisprudence relative à **la liberté de circulation des capitaux « ne saurait être intégralement transposée aux mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers, de tels mouvements s'inscrivant dans un contexte juridique différent ».**
- La CJUE a cependant eu une **interprétation assez extensive du champ de la liberté de circulation des capitaux** par rapport à la liberté d'établissement qui, elle, ne s'applique pas aux États tiers. Ainsi dans l'arrêt Test Claimant<sup>182</sup> la Cour a posé comme principe que **lorsqu'une législation en cause s'applique indépendamment de l'ampleur de la participation, la liberté d'établissement doit être écartée au profit de la liberté de circulation des capitaux** lorsque la société bénéficiaire des dividendes ne peut pas invoquer la liberté d'établissement en raison de son rattachement à l'ordre juridique d'un État tiers.
- Par ailleurs la « clause de gel » prévue à l'article 64 du TFUE prévoit la possibilité de maintenir l'application de dispositifs fiscaux retreignant la liberté de circulation du capital à l'égard d'État tiers dès lors qu'ils existaient le 31 décembre 1993.**
- Ainsi, un an après l'arrêt de 2010 sur la taxe à 3 %, **la CJUE<sup>183</sup> a validé cette taxe non pas du fait de l'existence d'un motif impérieux d'intérêt général mais dès lors qu'elle existait avant le 31 décembre 1993, appliquant ainsi la « clause de gel ».**

<sup>181</sup>CJUE, 18 décembre 2007, C-101/05

<sup>182</sup>CJUE 13 novembre 2012 C-35/11

<sup>183</sup>CJUE 5 mai 2011, C-384/09 : « l'article 64, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que l'article 63 TFUE ne porte pas atteinte à l'application d'une législation nationale, existant au 31 décembre 1993, qui exonère de la taxe sur la valeur vénale des immeubles situés sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne les sociétés qui ont leur siège social sur le territoire de cet État et qui subordonne cette exonération, pour une société dont le siège social se trouve sur le territoire d'un pays et territoire d'outre-mer, à l'existence d'une convention d'assistance administrative conclue entre ledit État membre et ce territoire en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou à la circonstance que, par application d'un traité comportant une clause de non-discrimination selon la nationalité, ces personnes morales ne doivent pas être soumises à une imposition plus lourde que celle à laquelle sont assujetties les sociétés établies sur le territoire de ce même État membre.»

5. De la même manière, le Conseil d'État a considéré que si la « **clause de gel** » autorisait d'assujettir à l'impôt sur le revenu des personnes physiques disposant d'habitation en France mais dont le domicile fiscal est situé dans un pays tiers, sur une base au moins égale à trois fois la valeur locative réelle des biens concernés conformément à l'article 164 C du CGI, il n'est pas autorisé d'appliquer cette mesure pour une personne domiciliée dans un pays de l'UE<sup>184</sup>.
6. Suite à un arrêt de la CJUE <sup>185</sup> dans lequel la Cour a clairement indiqué que les « investissements directs » et les « investissements immobiliers patrimoniaux » étaient soumis à des régimes distincts s'agissant de l'application de la « clause de gel », le Conseil d'État a opéré deux ans plus tard un revirement de sa jurisprudence en considérant que les **investissements immobiliers patrimoniaux ne constituaient pas des « investissements directs », au sens de l'article 64 du TFUE. La « clause de gel » étant inapplicable, le Conseil d'État a considéré que l'article 164 C du CGI était contraire à la libre circulation des capitaux**<sup>186</sup>. En conséquence, la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 a abrogé cet article.

## 2.2. L'encadrement des aides d'État en matière de fiscalité du patrimoine

1. Deux grands types de dispositifs fiscaux peuvent relever du régime des aides d'État :
  - ◆ les régimes fiscaux, par exemple une réduction de l'assiette imposable, une réduction totale ou partielle du montant de l'impôt, un ajournement, une annulation ou un rééchelonnement exceptionnel de la dette fiscale ou sociale, favorisant certaines entreprises ou productions ;
  - ◆ les impositions spécifiquement levées pour financer une aide d'État. Dans ce cas, bien que les dispositifs fiscaux ne constituent pas en tant que tels une aide d'État, l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide suffit à considérer que l'imposition fait partie intégrante de la mesure qualifiée d'aide.
1. Les impositions sur le patrimoine étant pour leur grande majorité affectées au budget général et à tout le moins pas à un dispositif budgétaire d'aide particulier, le cas d'une taxe spécifiquement levée pour financer une aide d'État est écarté de fait. **Les régimes fiscaux pour les particuliers constituant une aide indirecte aux entreprises peuvent en revanche entrer dans le champ des aides d'État, par exemple les réductions d'impôt en faveur d'investissements dans certaines catégories d'entreprises.**

---

<sup>184</sup>CE, 28 juillet 2011, n° 322672

<sup>185</sup>CJUE, 17 octobre 2013, C-181/12

<sup>186</sup>CE, 26 décembre 2013, n° 360488

2. La Commission a en effet **une interprétation large de ce qui est une aide d'État, considérant également les aides indirectes à certaines entreprises ou certaines productions.**
3. Les régimes fiscaux relevant de la fiscalité du patrimoine qui favorisent certaines entreprises et qui sont constitutifs d'aides d'État doivent en principe être notifiés à la Commission européenne, sauf à ce que le dispositif puisse être regardé comme exonéré de notification, soit sur le fondement du règlement général d'exemption par catégories (RGEC) qui déclare certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur, soit sur le fondement du plafond *de minimis* dans le cas d'aides d'un faible montant (cf. annexe 19).
4. S'agissant des revenus du patrimoine, **l'exonération plafonnée de contribution patronale visant à inciter les PME ayant privilégié une politique de réinvestissement à amorcer une politique d'actionnariat salarié a été placée par le législateur, sous de *minimis*<sup>187</sup>.**
5. De la même manière **les réductions d'impôt sur le revenu visant à favoriser l'investissement dans certaines entreprises de certains territoires sont encadrées par le régime des aides d'État.** Tel est le cas de la réduction d'impôt sur le revenu en faveur des contribuables domiciliés en France qui réalisent, jusqu'au 31 décembre 2017, des souscriptions au capital de sociétés de développement régional ou de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés qui effectuent en outre-mer des investissements productifs neufs<sup>188</sup>, placée **sous RGEC.**
6. S'agissant de la fiscalité sur la détention du patrimoine, le **régime ISF-PME** a fait l'objet de deux procédures distinctes afin d'assurer sa conformité au droit des aides d'État. La réduction d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) au titre des investissements directs ou via une société holding au capital des petites et moyennes entreprises (PME) a été placée sous RGEC et a fait l'objet d'une information à la Commission en février 2016<sup>189</sup>. Par ailleurs, en novembre 2015<sup>190</sup>, la Commission a validé, compte tenu des **lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques**, le nouveau dispositif ISF-PME pour les investissements fonds communs de placement dans l'innovation (FCPI) ou de fonds d'investissements de proximité (FIP) qui avait été notifié par les autorités françaises, considérant que ce dispositif palliait « à une véritable carence du marché sans affecter de manière indue la concurrence dans le marché unique ». Considéré comme un **régime d'aide d'État de grande ampleur par le RGEC<sup>191</sup>, ce régime doit faire l'objet d'un suivi régulier matérialisé notamment par un plan d'évaluation notifié à la Commission européenne.**

<sup>187</sup>Article L137-13 du code de la sécurité sociale

<sup>188</sup>Article 199 undecies A 2 f du CGI

<sup>189</sup>Déjà autorisé par une décision de la Commission de 2008 sous l'empire des Lignes directrices en faveur du capital investissement, les autorités françaises ont renouveau le régime ISF-PME afin de le mettre en conformité avec les nouvelles règles en vigueur.

<sup>190</sup>Aide d'État SA.41265 (2015/N) – France, décision du 5 novembre 2011

<sup>191</sup>Le régime représente un coût de 600 millions d'euros, le critère retenu par le RGEC pour être qualifié de régime de grande ampleur est un coût de 150 millions d'euros.

7. La Commission européenne **tire toutes les conséquences d'une aide indirecte**. Ainsi, dans le cas d'une incitation fiscale à l'investissement par des particuliers, elle examine non seulement l'avantage reçu **par l'entreprise qui bénéficie directement de l'incitation fiscale** à l'investissement mais aussi l'avantage éventuel dont **pourrait bénéficier des entreprises liées à cette entreprise, par exemple parce que la première investit dans les deuxièmes**. Ainsi dans le cas du régime des sociétés de financement de l'industrie cinématographique et de l'audiovisuel (SOFICA), la Commission a considéré que **ce régime ne comportait par d'aide au niveau des bénéficiaires des investissements effectués par les sofica. Au niveau des SOFICA elles-mêmes**, la Commission a considéré qu'il s'agissait d'une **aide compatible** compte tenu des dispositions du traité en matière d'aides destinées à promouvoir la culture.

### 2.3. *Le respect du droit dérivé*

1. Le législateur est enfin tenu de respecter le droit dérivé, c'est-à-dire les directives et règlements de l'UE qui encadrent explicitement ou implicitement les dispositifs nationaux en matière de fiscalité du patrimoine. Deux textes en particulier encadrent les pouvoirs du législateur en matière de fiscalité du patrimoine, la directive fusion et le règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale.

#### 2.3.1. *Directive « fusions »*<sup>192</sup>

1. La directive dite « fusions » de 2009, qui codifie de précédentes directives sur le sujet<sup>193</sup>, organise la **neutralité fiscale des opérations de restructuration entre États membres** (fusions, scissions totales ou partielles, apports partiels d'actifs, échanges d'actions, transfert de siège de sociétés européennes ou de sociétés coopératives européennes).
2. Elle énonce ainsi à l'**article 8** que **l'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un échange d'actions, de titres d'une société à un associé de la société apporteuse, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé**. Le même article dispose que l'application de ces dispositions « n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition ».
3. La question de l'interprétation à donner à l'article 8 de la directive s'est posée récemment (voir encadré ci-dessous). L'enjeu est en effet de savoir si la neutralité fiscale d'une opération d'échange prévue par cet article pouvait être assurée par un

---

<sup>192</sup>Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre

<sup>193</sup>Notamment directive du Conseil 90/434/CEE du 23 juillet 1990

régime de report d'imposition des plus-values ou s'il était nécessaire de passer par un régime de sursis d'imposition

4. **L'article 15** de la directive prévoit en outre la possibilité pour un État membre de **ne pas appliquer ces dispositions lorsque l'opération en cause « a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales »**.
5. La Cour de Justice a une interprétation stricte de cet article. Ainsi, la simple circonstance qu'un assujetti réalise un projet légitime d'entreprise en choisissant, **parmi plusieurs montages légaux, celui qui lui est fiscalement le plus avantageux ne justifie pas le grief d'évasion fiscale au sens de cet article**<sup>194</sup>. Dans la même décision elle a précisé que **les droits de mutation, à moins qu'ils ne frappent spécialement la différence entre la valeur réelle et la valeur comptable fiscale des éléments d'actif transférés, n'entrent pas dans le champ de la directive**.
6. En revanche entre dans le champ d'application de cet article le cas d'une opération de fusion qui **n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables**. Tel est le cas par exemple d'une opération de fusion dans laquelle la société absorbée n'exerce aucune activité, ne détient aucune participation financière et ne fait que transférer à la société absorbante des pertes fiscales dont le montant est élevé et l'origine indéterminée, alors même que cette opération a un effet positif en termes d'économie de coûts structurels pour ce groupe<sup>195</sup>.

### Encadré 15 : interrogations sur la portée de l'article 8 de la directive « fusions »

Le Conseil d'État a renvoyé récemment<sup>196</sup> une question préjudicielle à la CJUE afin de préciser si la neutralité fiscale d'une opération d'échange prévue par l'article 8 de la directive pouvait être assurée par un régime de report d'imposition des plus-values ou s'il était nécessaire de passer par un régime de sursis d'imposition<sup>197</sup>. Le régime de report des plus-values en cause dans l'affaire conduisait en effet à imposer le requérant domicilié fiscalement en France au moment de la cristallisation de la plus-value mais non résident fiscal au moment de la cession des titres.

<sup>194</sup>CJUE, 16 juillet 2009, C 352/08

<sup>195</sup>CJUE, 10 novembre 2011, C-126/10

<sup>196</sup>CE, 31 mai 2016, n°393881 « J. », question préjudicielle C327/16

<sup>197</sup>En effet, selon les conclusions du rapporteur public Emmanuelle Cortot-Boucher « les conclusions de Mme Sharpston sur l'arrêt CJUE 11 décembre 2008 aff. 285/07, A. T. c/ Finanzamt Stuttgart-Köperschaften vont contre l'idée que l'article 8 de la directive autoriserait la cristallisation de la plus-value d'échange. On y lit en effet que « l'objectif de l'article 8 (...) de la directive est simplement de reporter l'impôt à la date de réalisation des actifs. Il n'est pas de garantir qu'un impôt sera toujours perçu à cette occasion. C'est de la valeur des actifs au moment de leur cession que dépendra l'existence ou non d'une charge fiscale » (point 40). Une telle interprétation de l'article 8 est incompatible avec la notion même de cristallisation de la plus-value d'échange, qui implique au contraire que l'imposition de celle-ci soit assurée à l'État qui est compétent pour y procéder, quelle que soit la valeur des titres en cause au moment de leur cession. Il existe donc un doute sur la portée du principe de neutralité institué par l'article 8 de la directive « fusions » et sur les modalités selon lesquelles il doit être mis en œuvre en cas de transfert de la résidence fiscale de l'associé postérieur à l'échange, mais antérieur à la cession des titres. »

En effet, les dispositions de l'ancien article 92 B, II et de l'ancien article 160, I ter du CGI instituent un régime de report d'imposition dans lequel la plus-value réalisée lors de l'échange de titres est cristallisée l'année de l'échange puis imposable lors de l'événement mettant fin au report, par exemple lors de la cession des titres reçus en échange. Dans un tel régime, la circonstance que le contribuable ait, postérieurement à l'échange, transféré son domicile dans un autre État européen, demeure sans incidence sur le droit de l'État français d'imposer la plus-value, cristallisée lors de l'échange, à la date où l'intéressé a cédé les titres reçus en échange dans l'autre État où il est désormais domicilié<sup>198</sup>.

Dans l'hypothèse où la directive impliquerait d'appliquer un régime de sursis d'imposition, l'opération d'échange est neutralisée de sorte qu'aucune plus-value n'est cristallisée lors de cet échange. Dans cette hypothèse, l'opération ne saurait être imposée en France.

La problématique soulevée dans cette affaire a été complétée par une autre question préjudicielle qui interroge la CJUE sur la nécessité de prendre en compte une éventuelle moins-value imputable sur la plus-value dans le cas où la Cour reconnaîtrait le droit pour l'État français d'imposer la plus-value cristallisée<sup>199</sup>.

Selon l'interprétation de l'article 8 de la directive fusions qui sera donnée par la CJUE, trois hypothèses sont envisagées par la doctrine, le Conseil constitutionnel pouvant être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la base de la décision de la CJUE<sup>200</sup> : si la loi nationale n'est pas compatible avec le droit de l'UE et qu'elle ne peut donc pas s'appliquer aux situations transnationales, il peut en résulter « par ricochet » une discrimination à rebours inconstitutionnelle, les situations nationales, soumises à la loi nationale, étant traitées moins favorablement que les situations transnationales<sup>201</sup> ; si la loi nationale peut être interprétée de façon compatible à la directive il n'en résultera pas de discrimination à rebours<sup>202</sup> ; si la loi nationale est compatible avec la directive il ne peut y avoir de discrimination à rebours.

Selon certains auteurs d'autres dispositifs français pourraient de la même façon être mis en cause au regard de l'article 8 de la directive fusions<sup>203</sup>.

<sup>198</sup>CE, 1<sup>er</sup> février 2012, n°330006, et CE 2 mars 2005, n° 354932

<sup>199</sup>CE, 19 juillet 2016, n° 360352, question préjudicielle C421/16

<sup>200</sup>Revue de Jurisprudence Fiscale août/ septembre 2016

<sup>201</sup>Selon la même logique que la décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016

<sup>202</sup>Selon la logique de la décision CE, 15 décembre 2014, n° 380942

<sup>203</sup>Par exemple *Le contentieux fiscal des discriminations à rebours : un jeu de billard à trois bandes* – Louis Nayberg – RTD com. 2016. 593 : « La même stratégie pourrait être appliquée au régime du report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du CGI, qui concerne les apports de titres à des sociétés contrôlées par l'apporteur : un tel mécanisme serait grandement fragilisé dans l'hypothèse d'une issue favorable au contribuable dans l'affaire « J. », aussi bien en cas d'apport à une société holding étrangère que française. »

### 2.3.2. Règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale<sup>204</sup>

1. Le règlement n°1408/71<sup>205</sup> du Conseil institue un système de coordination portant notamment sur la détermination de la ou des législations applicables aux travailleurs salariés et non salariés en matière de sécurité sociale. Ce règlement vise notamment à éviter l'assujettissement à des cotisations sociales dans deux États membres (principe de l'unicité de la législation applicable<sup>206</sup>), cette « double cotisation » pouvant nuire à la libre circulation des personnes ou induire des disparités de traitement entre travailleurs migrants.
2. La **question de savoir quel type de prélèvement entrainait dans le champ du règlement** a été tranchée par la CJUE dans deux arrêts de 2000 et un arrêt de 2015. Dans deux arrêts de 2000 *Commission contre France*<sup>207</sup> la CJUE a considéré que les **prélèvements de CSG et CRDS sur des revenus d'activité et de remplacement** de travailleurs résidant en France mais soumis à la législation sociale d'un autre État membre étaient incompatibles avec le droit de l'UE.
3. En 2015, la CJUE a décliné le même raisonnement en matière de fiscalité du patrimoine dans un **arrêt de Ruyter**<sup>208</sup>, considérant qu'un ressortissant néerlandais, résident fiscal en France et relevant de la législation des Pays-Bas en matière de sécurité sociale, **ne devait pas être assujéti aux prélèvements sociaux sur des revenus du patrimoine** non liés à l'activité professionnelle, en l'espèce des contrats de rentes viagères conclus aux Pays-Bas. En effet, la CJUE a considéré qu'un prélèvement obligatoire peut entrer dans le champ d'application du règlement bien que n'instaurant pas de droit à prestation, « l'existence ou l'absence de contrepartie en termes de prestations étant dépourvue de pertinence aux fins de l'application du règlement n°1408/71 » et la qualification en droit national d'impôt ou de cotisation sociale n'ayant pas d'impact sur l'appréciation du juge communautaire. Les prélèvements en cause étaient directement et spécifiquement affectés au financement de certaines branches de la sécurité sociale ou à l'apurement des déficits ou dettes de ces branches, la CJUE a donc considéré qu'il y avait un « **lien direct et suffisamment pertinent** » avec les lois régissant les **branches de la sécurité sociale prévues à l'article 4 du règlement**. Ce critère du « lien direct et suffisamment pertinent » étant peu précis et prétorien, **il n'est pas évident de savoir précisément quelle est la ligne de partage entre les prélèvements entrant dans le champ du règlement et ceux qui n'y entrent pas**.
4. Saisi du cas de la **contribution additionnelle au prélèvement social sur les revenus du patrimoine et les produits de placement**, le Conseil d'État<sup>209</sup> a écarté l'application de la jurisprudence de Ruyter à ce prélèvement obligatoire considérant que cette

<sup>204</sup>Règlement n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté

<sup>205</sup> Ainsi que le règlement n°574/72 précisant les modalités d'application. Ces deux règlements ont été modifiés par les règlements n° 883/2004 et n° 987/2009.

<sup>206</sup>Règle posée par l'article 13 du règlement

<sup>207</sup>CJUE, 15 février 2000, C-34/98 et C-169-98

<sup>208</sup>CJUE, 26 février 2015, C-623/13, repris par CE 27 juillet 2015, de Ruyter n°334551

<sup>209</sup>CE, 19 juillet 2016, n°392784

contribution est spécifiquement affectée au financement du revenu de solidarité active, prestation non contributive qui relève de **l'assistance sociale non prévue à l'article 4 du règlement n°1408/71 et qui est donc hors champ du règlement.**

5. Tirant les conséquences de l'arrêt de Ruyter, l'administration française a publié les modalités de remboursement des prélèvements sociaux indûment acquittés en France jusqu'en 2015 par les personnes affiliées à un régime de sécurité sociale d'un autre État membre sur les revenus du capital. Cette publication a cependant fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État à l'occasion duquel a été soulevée la **question de savoir si une personne affiliée à un régime de sécurité sociale dans un État tiers pouvait bénéficier de cette jurisprudence.** Le Conseil d'État a ainsi saisi d'une **question préjudicielle la CJUE afin de déterminer si cet assujettissement constituait une restriction à la liberté de circulation des capitaux au sens de l'article 63 du TFUE** et s'il existait une base juridique pour autoriser une telle restriction, si restriction il y avait. Parallèlement le Conseil d'État a renvoyé une **QPC** au Conseil Constitutionnel **qui a jugé que l'imposition à la CSG sur les revenus du patrimoine des affiliés dans un État tiers était conforme au principe d'égalité**<sup>210</sup>.

6. En outre, l'article 24 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 a prévu de **réaffecter les prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine des non-résidents au financement exclusif de prestations sociales non contributives (principalement au FSV et accessoirement à la CADES et à la CNSA).** Cette réaffectation a pour **objectif d'assurer, pour l'avenir, la conformité au droit communautaire du maintien de l'assujettissement aux prélèvements sociaux des revenus du patrimoine des contribuables, résidents ou non, assujettis à la législation sociale d'un autre État membre**<sup>211</sup>.

**Au total, force est de constater que le droit de l'Union européenne encadre de plus en plus le pouvoir du législateur en matière de fiscalité du patrimoine** ce qui soulève des questions :

◆ Au plan des aides d'État la définition extensive de la Commission interroge sur la limite à donner à la définition des aides d'État en matière fiscale, dès lors qu'il s'agit de mécanismes avantageant indirectement certains producteurs ou productions. Elle interroge aussi sur les objectifs poursuivis par une telle approche. En effet un taux réduit sur l'ensemble d'un champ fiscal ne sera pas considéré comme une aide d'État alors qu'un taux élevé accompagné de nombreuses dérogations peut être incompatible avec les Traités. Le premier

<sup>210</sup> Décision n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017. Le Conseil Constitutionnel a relevé que l'objet des dispositions contestées était d'assurer le financement de la protection sociale dans le respect du droit de l'UE qui exclut leur application aux personnes relevant d'un régime de sécurité sociale d'un autre État membre. Au regard de cet objet, il existe une différence de situation, qui découle notamment du lieu d'exercice de l'activité professionnelle entre ces personnes et les personnes affiliées dans un État tiers. La différence de traitement établie par ces dispositions est ainsi en rapport direct avec l'objet de la loi.

<sup>211</sup> Les juridictions compétentes ne se sont pas encore prononcées sur cette nouvelle affectation.

n'est pas considéré par la Commission comme une distorsion de concurrence alors même que peut être en jeu une concurrence fiscale importante au plan territorial, entre les États membres.

◆ En matière de liberté de circulation des capitaux, la jurisprudence de la CJUE visant à appliquer le même régime fiscal aux États tiers qu'aux États membres interroge quant aux objectifs poursuivis initialement par les Traités et la justification économique de cette approche. Cette question apparaît d'autant plus prégnante que le Royaume-Uni devrait quitter prochainement l'Union Européenne et basculer dans un statut d'État tiers. De même, la remise en cause de la territorialité de certains avantages ou mécanismes incitatifs interroge sur les objectifs et la justification de cette interprétation des libertés de circulation.

◆ Les interrogations entourant l'interprétation à donner au règlement sur la sécurité sociale et la jurisprudence de la CJUE et les conséquences potentiellement structurantes qu'elles pourraient avoir s'agissant des choix d'organisation du système de protection sociale et de son financement conduisent aussi à s'interroger sur l'adéquation entre les dispositions du règlement et les objectifs poursuivis par le législateur européen.

◆ Au total la question d'une révision des textes européens, qu'il s'agisse du droit primaire ou dérivé, peut être posée. L'enjeu serait de redonner des marges de manœuvres au législateur national en matière de politique fiscale tout en réaffirmant les objectifs poursuivis par le législateur européen en matière de concurrence libre et non faussée et de liberté de circulation au sein du marché unique.

### **3. L'application de la fiscalité du patrimoine dans l'espace : territorialité et coordination internationale pour limiter les doubles impositions et l'évitement de l'impôt**

1. La loi fiscale prévoit elle-même les modalités de son application aux redevables dont le capital taxable est localisé hors du territoire national, de manière pérenne ou transitoire, et aux redevables non-résidents. Cet intérêt de la loi nationale pour les situations transfrontalières s'explique par la grande mobilité du capital, largement susceptible d'être localisé et relocalisé au cours de la vie indépendamment du domicile fiscal de celui qui le détient, le transmet ou en perçoit les fruits. Pour cette raison, la territorialité de l'impôt est définie à la fois à raison du critère du domicile fiscal des redevables et à raison de la situation des actifs composant l'assiette taxable.

#### **3.1. La territorialité de l'impôt sur le capital : l'application de la loi fiscale nationale aux situations transnationales**

##### **Encadré 16 : la détermination du domicile fiscal**

Le domicile fiscal s'établit, en application des dispositions des articles 4 A et 4 B du CGI, soit du fait :

- de l'implantation du foyer, entendu comme le lieu où la personne ou sa famille habite normalement, c'est-à-dire du lieu de la résidence habituelle<sup>212</sup> ;
- du lieu du séjour principal (plus de 183 jours au cours d'une même année en France) ;
- du lieu d'exercice de l'activité professionnelle ;
- de la localisation du centre des intérêts économiques de la personne, par référence prioritaire à la disposition d'actifs productifs de revenus<sup>213</sup>.

Un contribuable qui satisfait l'un de ces critères est en principe soumis au droit français. La définition des conventions internationales peut être cependant différent de cette définition, avec la conséquence de soumettre le contribuable au droit interne d'un autre État.

#### **3.1.1. Imposer les résidents sur le territoire : une garantie de sécurité juridique et un instrument de politique fiscale**

1. **Le domicile fiscal, critère premier de l'application de la loi fiscale :**

---

<sup>212</sup>CE, Section, 3 novembre 1995, n° 126513, RJF 12/95 n° 1332 : sans qu'il soit tenu compte des séjours effectués temporairement ailleurs en raison des nécessités de la profession ou de circonstances exceptionnelles

<sup>213</sup>CE, 27 janvier 2010, n° 294784, RJF 2010 n° 311 : une personne qui perçoit d'importants revenus professionnels en Grèce alors qu'elle ne dispose en France que d'un patrimoine, constitué de biens immobiliers et d'avoirs en compte courant dans des sociétés, non productif de revenus, n'a pas en France le centre de ses intérêts économiques.

2. La loi prévoit explicitement que l'impôt sur le capital est dû à raison de la domiciliation des redevables en France :

◆ **en matière d'ISF** (article 885 A 1° du CGI), la domiciliation s'apprécie au 1er janvier de l'année d'imposition<sup>214</sup>, et sont pris en considération pour qualifier l'existence du centre des intérêts économiques du redevable sur le territoire l'ensemble des actifs détenus en France et à l'étranger et susceptibles de générer des revenus, y compris ceux qui sont exonérés de l'ISF pour les non-résidents<sup>215</sup> : **en effet, l'exclusion de certains actifs de l'assiette de l'impôt (en l'espèce les placements financiers effectués en France) en application de l'article 885 L du CGI n'est qu'une conséquence de l'absence de domicile fiscal en France, et non sa cause ;**

◆ **en matière de revenus mobiliers**, l'article 158 3-1°, 1° alinéa, du CGI s'intègre au régime général applicable à l'impôt sur le revenu net global des personnes domiciliées en France ;

◆ **s'agissant du capital transmis à titre gratuit**, le critère du domicile fiscal intervient à deux niveaux conformément à l'article 750 ter du CGI: l'ensemble des actifs immobiliers et mobiliers de toute nature, y compris les biens ou droits composant un trust et les produits qui y sont capitalisés, situés en France ou hors de France sont assujettis lorsque **le donateur ou le défunt a son domicile en France, ou lorsque l'héritier, le donataire ou le bénéficiaire a son domicile fiscal en France** et qu'il a été domicilié en France pendant au moins six des dix dernières années à la date de transfert des biens (disposition introduite en loi de finances pour 1999). Ce champ élargi de l'impôt sur les successions et donations par la « clause héritiers » a eu un impact limité en pratique pour ce qui concerne la Suisse et la Belgique, compte tenu des conventions bilatérales en vigueur, qui faisaient obstacle à sa pleine application. La dénonciation de la convention avec la Suisse a donc notamment pour effet de révéler la portée de cet outil de politique fiscale, jusqu'ici plutôt tenu en échec.

1. La loi (articles 167 et 167 bis du CGI) prévoit également un dispositif dit d'**exit tax** : **la taxation du stock des revenus et des plus-values latentes afférentes à des participations supérieures à 50% détenu par un contribuable domicilié en France** (au moins six des dix années précédant le départ pour les plus-values latentes) **et qui transfère son domicile à l'étranger.**

---

<sup>214</sup>Cass. Com. 21 juin et 20 septembre 2011 (non publiés, pourvois 10-23136 et 10-24523, voir RJF 2011 n° 1386)

<sup>215</sup>Cass. Com. 3 mars 2009, n° 08-12600 (publié au Bulletin), et commentaire in Droit fiscal n° 16, 16 avril 2009/284, *Prise en compte des placements financiers en France pour la définition du domicile fiscal*, B. Delaunay

**Encadré 17 : La mise en conformité de l'*exit tax* avec le droit de l'Union européenne**

L'*exit tax* a été rétablie en LFR pour 2011, après avoir été abrogée en 2005 du fait de sa non-conformité au droit communautaire. Elle représentait pour 2011 et 2012 un total de 522 déclarations pour un montant cumulé de 4.6 Md€ de plus-values<sup>216</sup>.

Le régime en vigueur entre 1999 et 2004, qui prévoyait notamment un sursis de paiement sur option des impositions dues au titre de l' « *exit tax* », une évaluation des plus-values sur la base de la valeur réelle de cession et un dégrèvement total en cas de non cession dans un délai de cinq années suivant le départ, a été censuré par la CJUE, sur question préjudicielle du Conseil d'État saisi d'un recours contre le décret pris pour l'application de l'ancien article 167 bis du CGI, par un arrêt du 11 mars 2004<sup>217</sup> qui relève que :

- même si l'article 167 bis du CGI n'interdit pas à un contribuable français d'exercer son droit d'établissement, cette disposition est néanmoins de nature à restreindre l'exercice de ce droit en ayant, à tout le moins, un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre (point 45) ;
- une mesure qui est susceptible d'entraver la liberté d'établissement consacrée par l'article 52 du traité ne saurait être admise que si elle poursuit **un objectif légitime compatible avec le traité et est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général** (point 49) ;
- l'article 167 bis du CGI n'a pas pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la législation fiscale française, mais vise, de manière générale, toute situation dans laquelle un contribuable détenant des participations substantielles dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés transfère, pour quelque raison que ce soit, son domicile hors de France (point 50) ;
- l'objectif envisagé, à savoir empêcher qu'un redevable ne transfère temporairement son domicile fiscal avant de céder des titres mobiliers dans le seul but d'éviter le paiement de l'impôt sur les plus-values dû en France, peut être atteint par des mesures moins contraignantes ou moins restrictives de la liberté d'établissement, ayant trait spécifiquement au risque d'un tel transfert temporaire (point 54) ;
- le sursis de paiement n'est pas automatique et est soumis à des conditions strictes notamment la constitution de garanties. La Cour en déduit que le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 52 (devenu 49) du traité doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values latentes, tel que celui prévu à l'article 167 bis du CGI, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet État.

Par décision du 10 novembre 2004, le Conseil d'État a jugé que les dispositions étaient inapplicables aux contribuables transférant en vertu de la liberté d'établissement leur domicile dans un autre État membre de l'UE et a annulé les dispositions réglementaires attaquées.

Il résultait de la décision de la CJUE une interprétation stricte de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale. La Cour a notamment recommandé d'atteindre cet objectif par d'autres moyens, en particulier en instaurant un dispositif centré sur le retour du contribuable après un transfert temporaire de résidence lui ayant permis de réaliser les plus-values, ce qui d'une part, apparaît relever d'une ingénierie normative délicate, et d'autre part, comme l'ont relevé

<sup>216</sup>Rapport au nom de la commission d'enquête sur l'exil des forces vives de France, Ass. Nat., n°2250, 8 octobre 2014.

<sup>217</sup>CJUE, 11 mars 2004, C-9/02

certain commentateurs<sup>218</sup>, risquerait de se heurter aux stipulations de conventions fiscales relatives à la répartition de l'impôt entre les États.

Notons que les juridictions administratives<sup>219</sup> ont étendu le principe d'incompatibilité avec le droit communautaire dégagé pour l'imposition des plus-values latentes au régime du report d'imposition des plus-values sur titre également abrogé en 2005. Ce régime (article 167 1 bis ancien du CGI, rétabli au II de l'article 167 bis) prévoyait en effet l'assujettissement des plus-values d'échange en report lors du transfert de domicile hors de France, ce qui faisait courir le risque d'une majoration de la charge fiscale pour les expatriés qui, cédant ultérieurement les titres obtenus par échange, dégageaient finalement une moins-value.

Le rétablissement de l'*exit tax* en 2011 a été validé par le Conseil constitutionnel qui a déclaré l'article 48 de la LFR pour 2011 dans son ensemble conforme à la Constitution. Il a fait l'objet d'un contrôle spécifique sous l'angle de la conformité au principe d'égalité devant les charges publiques de l'instauration d'un seuil pour la participation détenue et de l'exclusion des participations détenues dans une SICAV. Le Conseil constitutionnel a rappelé à cet égard, d'une part, que l'objectif du législateur est de limiter l'évasion fiscale, et d'autre part, que les différences de traitement retenues sont en rapport avec l'objet de la loi<sup>220</sup>.

La compatibilité du nouveau régime avec le droit de l'Union a été assurée par le **caractère automatique du sursis d'imposition pour les transferts de domicile à l'intérieur de l'Union** ou de l'espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative. Le principe de ce report d'imposition à la sortie est désormais consacré et précisé au niveau communautaire (article 5 de la directive 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

2. En cas de donation des titres, la LFR pour 2013<sup>221</sup> a institué la règle de **dégrèvement ou de restitution d'office de l'impôt sur les plus-values latentes lorsque le contribuable a transféré son domicile dans un État membre de l'UE**. Le législateur tire ainsi les conséquences de la décision rendue par le Conseil d'État le 12 juillet 2013<sup>222</sup>, aux termes de laquelle l'obligation qui était faite aux contribuables de démontrer l'absence de montage destiné à éluder l'impôt allait au-delà de ce qu'implique la lutte contre la fraude fiscale, et la liberté d'établissement s'opposait dès lors à cette règle de preuve. Lorsque le contribuable a transféré son domicile en dehors de l'espace économique européen, le dégrèvement est conditionné à la preuve par le donateur qu'il ne poursuit pas un but principalement fiscal.

<sup>218</sup> B. Gouthière, *L'exit tax déclarée contraire au droit communautaire*, Feuille de fiscalité (EFL), n° 21/04, inf. 11.

<sup>219</sup> CAA Lyon, 30 novembre 2006 n°06-901, statuant sur une demande de restitution sur le fondement de l'événement constitué par l'arrêt de la CJUE, puis CE 1<sup>er</sup> février 2012, n° 330006

<sup>220</sup> Décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, cons.29 à 31

<sup>221</sup> Article 42 I-F de la loi 2013-1279 du 12 décembre 2012

<sup>222</sup> CE, 12 juillet 2013, n° 359994

3. On retiendra que **ce régime fiscal a conduit indirectement à élargir le périmètre de la notion de domicile** : la liberté d'établissement implique en effet de ne pas imposer les plus-values potentielles et non réalisées tant que le contribuable conserve sa résidence au sein de l'Union, compte tenu du sursis d'imposition de droit et du dégrèvement d'office en cas de transmission gratuite des titres. Cette **extension favorable** déborde d'ailleurs des conclusions de l'arrêt de la CJUE en 2004 *stricto sensu*, puisque si la liberté d'établissement, comprise au sens strict, requiert de ne pas discriminer le ressortissant communautaire qui s'établit sur le territoire d'un autre État membre pour l'exercice de son activité économique, le régime de l'*exit tax* ne distingue pas selon que le transfert du contribuable intervient pour des motifs d'ordre professionnel ou privé : c'est donc davantage au regard du principe de la liberté de circulation que nos modifications législatives doivent se lire.
  
4. On retiendra également que la taxation des produits latents est contrainte par la nécessité et la proportionnalité de la lutte contre l'évasion fiscale, même si le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi, ni *a priori* ni à ce jour par voie de QPC, aux fins de contrôler si, en particulier, l'accroissement du délai de « purge » des plus-values latentes de huit à quinze ans en 2014, était conforme à cet objectif.

### 3.1.2. Le domicile fiscal n'interdit pas de prendre en compte le territoire où sont détenus les actifs taxables dans une perspective de lutte contre les abus

1. Le législateur a introduit **des mécanismes de taxation majorée pour les revenus mobiliers de source étrangère réalisés dans les États ou territoires non coopératifs**, alors que les autres revenus mobiliers perçus de l'étranger sont imposés au barème progressif de l'IR.

#### Encadré 18 : mécanisme de taxation majorée pour les revenus mobiliers de source étrangère réalisés dans les États ou territoires non coopératifs

**Ce régime anti-abus a d'abord été censuré par le Conseil constitutionnel**, le taux forfaitaire de 75 % retenu en LFR pour 2013 pour l'imposition des profits nets réalisés par les opérateurs occasionnels ou habituels sur des instruments financiers à terme dans les ETNC, qui aboutissait à un taux global de 90,5 % avec les prélèvements sociaux, ayant été jugé contraire au principe d'égalité devant les charges publiques du fait de la charge excessive qu'elle faisait porter aux contribuables au regard de leur capacité contributive<sup>223</sup>.

<sup>223</sup> Décision n° 13-684 DC du 29 décembre 2013, RJF 3/14 n° 269. Le Conseil constitutionnel a validé dans cette même décision un **prélèvement global de 75,5 % sur les intérêts des bons anonymes** (article 125 A du CGI), soit au-dessus du plafond des deux tiers dégagé dans l'avis de section du Conseil d'État quelques mois plus tôt (précité). On peut penser que la majoration du taux poursuit un but désincitatif (s'agissant de titres dont le bénéficiaire n'a pas communiqué son identité, et dont la souscription n'est d'ailleurs plus possible depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016), ce qui l'assimile implicitement aux majorations de taux admises par **la jurisprudence constitutionnelle en matière de lutte contre la fraude**.

L'article 36 de la LFR pour 2016 a prévu un régime d'imposition à 50 % des profits sur les instruments financiers à terme lorsque le teneur de compte ou le cocontractant a son domicile fiscal ou est établi dans un ETNC (article 150 ter du CGI). Ce nouveau régime comprend une mesure de sauvegarde qui offre au contribuable la possibilité d'échapper au taux majoré d'imposition en démontrant que les opérations auxquelles se rapportent ces profits correspondent à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, leur localisation dans un tel État ou territoire. Le taux global d'imposition, limité à 65,5 %, n'a pas été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel.

**L'article 123 bis du CGI prévoit que les revenus réalisés par l'intermédiaire de structures établies dans des États ou territoires situés hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du CGI sont réputés constituer des RCM, dans la proportion des droits détenus directement ou indirectement par la personne physique résidente dans la structure ; ces revenus sont soumis à l'IR. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque l'entité est établie ou constituée dans un État de l'UE et que son exploitation ou la détention d'actions, parts ou droits en son sein ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française.**

**Saisi sur QPC, le Conseil constitutionnel a censuré par une décision du 1er mars 2017<sup>224</sup> cette exclusion du dispositif à raison de l'implantation en UE**, en jugeant que « l'exemption d'application de l'article 123 bis en cas d'absence de montage artificiel visant à contourner la législation fiscale française ne bénéficie qu'aux entités localisées dans un État de l'Union européenne. Or, aucune autre disposition législative ne permet au contribuable d'être exempté de cette application en prouvant que la localisation de l'entité dans un autre État ou territoire n'a pas pour objet ou pour effet un tel contournement. Ce faisant, le législateur a porté une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques. » **Il en résulte que, s'agissant des États hors UE, le législateur peut prévoir la possibilité pour le contribuable d'apporter la preuve de l'absence de montage frauduleux afin d'éviter l'inconstitutionnalité.**

2. **Les effets juridiques du domicile fiscal peuvent être modulés en faveur du contribuable dans un objectif d'attractivité économique du territoire :**
  
3. **Le régime dit d'impatriation** (article 155 B du CGI) bénéficie aux salariés venant exercer leur activité professionnelle en France, soit dans le cadre de la mobilité interne d'un groupe international soit du fait d'un recrutement par une entreprise établie sur le territoire, sous réserve qu'ils n'y aient pas été fiscalement domiciliés au cours des cinq années précédant leur prise de fonctions en France. Le régime est accordé jusqu'au 31 décembre de la huitième année suivant celle de cette prise de fonction<sup>225</sup>. La principale mesure fiscale concerne les revenus du travail ; il s'agit de l'exonération d'impôt sur le revenu, dans certaines limites, du supplément de rémunération directement lié à l'exercice de l'activité professionnelle en France (prime d'impatriation) ainsi que de la fraction de la rémunération se rapportant à l'activité

<sup>224</sup> Décision n° 2016-614 QPC du 1<sup>er</sup> mars 2017

<sup>225</sup> L'article 71 de la LFI pour 2017 a augmenté la durée du bénéfice du régime (précédemment fixée à 5 ans), qui place désormais la France dans une moyenne haute en Europe.

exercée, dans l'intérêt de l'entreprise, à l'étranger (l'exonération du supplément de rémunération est, sur option ouverte aux seules personnes directement recrutées par une entreprise établie sur le territoire, égal à 30 % de la rémunération); **accessoirement certains RCM perçus à l'étranger (« revenus passifs ») et certaines plus-values mobilières réalisées à l'étranger, sont exonérés à hauteur de 50 %**<sup>226</sup>.

4. Le nombre de foyers fiscaux entrant dans le cadre de ce régime fiscal de faveur est à peu près stable depuis 2012 (10 493 en 2012, 11 279 en 2015).
5. Ce régime, qui présente la particularité de limiter les effets fiscaux de l'établissement temporaire du domicile en France de certaines catégories de salariés et cadres dirigeants fiscalement assimilés vise à faciliter le recrutement des talents étrangers par les entreprises françaises et permet incidemment aux salariés/dirigeants concernés d'envisager la France comme un territoire attractif pour le développement d'une partie de leurs activités économiques.
6. Le régime n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Son objectif, centré sur l'attractivité économique du territoire, et son caractère temporaire, ne paraissent toutefois pas emporter de risque de contrariété avec le principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques.
7. Le régime présente la particularité de limiter les effets fiscaux de l'établissement temporaire du domicile en France de certaines catégories de salariés, cadres dirigeants et non salariés étrangers afin d'inciter, à la fois, les entreprises françaises à recruter des talents étrangers, et les dirigeants étrangers à envisager la France comme un territoire attractif pour le développement d'une partie de leurs activités économiques.
8. **Le régime n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.** Sa définition centrée sur l'objectif d'accroître l'attractivité économique du territoire, et son caractère temporaire, ne paraissent toutefois pas emporter de risque de contrariété avec le principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques. **Le Conseil d'État a ainsi jugé**<sup>227</sup>, en refusant de transmettre une QPC soulevée par des salariés d'établissements publics, exclus du régime de faveur, **que les dispositions de l'article 155 B du CGI répondaient à un motif d'intérêt général et que le législateur avait retenu des critères objectifs et rationnels garantissant l'égalité devant la loi.**

---

<sup>226</sup>L'exonération des RCM et des PV représente moins de 4 % de la dépense fiscale globale liée aux impatriés (162 M€ pour les revenus 2014) –source : évaluation préalable de l'article 43 du PLF pour 2017.

<sup>227</sup>CE, 20 mai 2015, n° 388480

9. **Un régime similaire mais beaucoup plus général, institué en 2008<sup>228</sup> en matière d'ISF, paraît en revanche plus précaire sur le plan des fondements juridiques** : les personnes physiques qui n'ont pas été fiscalement domiciliées en France depuis cinq années et qui s'y établissent bénéficient d'une exonération de leurs biens situés à l'étranger jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit leur installation sur le territoire national. Introduite par amendement de la commission spéciale du Sénat à la loi de modernisation économique aux fins de compléter l'élargissement du régime des impatriés et de « **parfaire la compétitivité du nouveau régime** », la mesure est présentée par le rapporteur et le gouvernement lors de la discussion en séance publique<sup>229</sup> comme un élément d'attractivité pour les cadres de haut niveau travaillant dans de grands groupes. Si cette exonération temporaire des biens situés hors de France pour les néo-résidents en France au titre de l'ISF n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, force est de constater que l'objectivation de l'intérêt économique susceptible de justifier que ces contribuables soient placés dans une situation plus favorable n'est pas évident **en l'absence de tout ciblage des bénéficiaires** (notamment, il n'est pas requis qu'ils exercent en France une activité professionnelle). En outre, le lien avec le dispositif des impatriés se révèle nettement plus fragile dès lors que les durées de bénéfice des régimes ne sont plus alignées.

### 3.1.3. L'impôt frappe également le capital du fait de sa localisation sur le territoire national ou de sa visibilité juridique, quel que soit le domicile fiscal du redevable, pour éviter les pertes d'assiette à la source

1. C'est en premier lieu le cas du **capital foncier**, imposé à raison de la situation de l'immeuble sur le territoire français au titre de la taxe foncière, de l'ISF et des droits de mutation (pour les immeubles cédés par acte passé à l'étranger, l'article 662 du CGI prévoit que les droits d'enregistrement et la TPF s'appliquent), quel que soit le domicile fiscal du redevable. La loi prévoit également la taxation des actes passés à l'étranger lorsqu'ils portent sur les participations de sociétés à prépondérance immobilière implantées en France (article 718 bis du CGI).

#### Encadré 19 : La constitutionnalité de la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles

La taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles possédés en France, directement ou indirectement, par toute entité juridique française ou étrangère, qu'elle dispose ou non de la personnalité morale, frappe la détention indirecte par une personne physique de tout bien (ou tout droit réel) localisé en France (article 990 D du CGI). Les modalités et le taux de cette taxe sont inchangés depuis la loi de finances pour 1983, qui l'inscrit au rang « des mesures destinées à lutter contre l'évasion et la fraude internationale, et quels que puissent être leurs effets

<sup>228</sup>Article 121 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

<sup>229</sup>Compte rendu intégral des débats en séance du 3 juillet 2008, Sénat, amendement n° 12 présenté par M. Ph. Marini

prévisibles sur l'immobilier de standing, notamment à Paris, elles ont leur place dans l'arsenal du CGI »<sup>230</sup>. La taxe s'applique à toutes les entités dont la valeur vénale totale des actifs est composée à 50% au moins d'actifs immobiliers ; elle s'applique aux trusts.

Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a validé le dispositif en 2011<sup>231</sup> au visa de l'article 13 de la DDHC, relevant l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale mis en œuvre par le législateur, qui cherche à « dissuader les contribuables assujettis à l'impôt de solidarité sur la fortune d'échapper à une telle imposition en créant, dans des États n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, des sociétés qui deviennent propriétaires d'immeubles situés en France ».

2. **Les plus-values immobilières** réalisées par les non-résidents sont soumises au prélèvement libératoire de 19 % (244 bis A du CGI). La LFR pour 2014 avait prévu d'imposer au taux majoré de 75 %, hors prélèvements sociaux, les plus-values réalisées par les personnes physiques résidant dans un ETNC, ce qui générerait un taux global de 90,5 % : **le Conseil constitutionnel a censuré ce régime dérogatoire faisant peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leur capacité contributive et contraire au principe d'égalité devant les charges publiques**<sup>232</sup>.

### **Encadré 20 : La censure de l'exigence de représentation fiscale pour les résidents européens**

La LFR pour 2014 a tiré les conséquences de l'arrêt *Commission contre Portugal* du 5 mai 2011 et de la mise en demeure adressée à la France par la CJUE le 25 avril 2013, indiquant que les dispositions applicables en matière de représentation fiscale constituaient une restriction à l'exercice des libertés de circulation européennes garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès lors qu'elles entraînaient des démarches administratives et formelles ainsi qu'un coût lié à la contrepartie requise par le représentant, en charge de la signature de la déclaration et tenu solidairement au paiement de l'impôt.

**L'obligation de désigner un représentant fiscal pour les plus-values immobilières des non-résidents ne concerne plus, à compter du 1er janvier 2015, les personnes domiciliées dans un État de l'UE ou dans un État de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt.**

<sup>230</sup>Les dispositions antérieures, jugées insuffisantes par le législateur, prévoyaient une taxe sur une base au moins égale au triple de la valeur locative des biens (rapport du Sénat, tome II, pp. 25 s., loi 82-1126 de finances pour 1983).

<sup>231</sup>Décision n° 2011-165 QPC du 16 septembre 2011

<sup>232</sup>Décision n° 2014-708 DC du 29 décembre 2014, cons. 37 à 40

3. **Les revenus de capitaux mobiliers** sont soumis au prélèvement à la source de l'article 119 bis du CGI quel que soit le domicile fiscal du bénéficiaire.
4. Les revenus distribués par les sociétés françaises qui donnent lieu à l'abattement de 40 % pour les résidents sont soumis à une retenue à la source spéciale pour les non-résidents (21 % pour les résidents en UE ou dans un État de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt).
5. En revanche, tirant les conséquences de la condamnation de la France par la CJUE<sup>233</sup> sur le fondement de la libre circulation des capitaux et de absence de justification d'intérêt général, le législateur<sup>234</sup> a **exonéré de retenue à la source les revenus distribués versés aux OPCVM de droit étranger établis dans un État membre de l'UE ou de l'EEE** ayant transposé la directive 2009/65/CE dite « OPCVM IV ». La suppression de l'impôt (article 119 bis du CGI) a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2013 ; elle a été budgétairement neutralisée par la création d'une contribution additionnelle de 3 % à l'IS au titre des montants distribués (article 235 ter ZCA du CGI).
6. **Le traitement fiscal sur le territoire de l'UE est donc encore tout à fait différent selon que les revenus sont distribués directement à une personne physique non-résidente (retenue à la source) ou par le biais d'un OPCVM transparent (et dont le porteur de part, résident ou non, est exonéré). Dans ce second cas, si le porteur est exonéré, cela crée une situation de double exonération.**
7. Les produits de placement à revenus fixes et les revenus distribués par les sociétés françaises assujetties à l'IS, qui sont **versés dans des ETNC**, sont soumis à un prélèvement obligatoire de **75 %** (articles 125 A III bis 11° et 119 bis du CGI) ; produits des bons ou contrats de capitalisation et d'assurance-vie versés à des non-résidents sont quant à eux soumis au prélèvement obligatoire maximal de 45 %, en fonction de la durée du contrat, et de 75 % si le bénéficiaire est situé dans un ETNC (article 125-0 A du CGI).
8. S'agissant enfin des **plus-values sur les valeurs mobilières** réalisées sur le territoire, les non-résidents sont exonérés (depuis la loi 76-660 du 10 juillet 1976), sauf :

---

<sup>233</sup> CJUE, 10 mai 2012, C-338/11

<sup>234</sup>Article 6 de la LFR pour 2012 (n° 2012-958 du 16 août 2012)

- ◆ si le cédant ou le bénéficiaire de la distribution est fiscalement domicilié dans un ETNC : les plus-values sont soumises à l'impôt au taux majoré de 75 % ;
- ◆ en cas de cession ou de distribution d'une participation substantielle, représentant plus de 25 % des droits aux bénéfices sociaux d'une société soumise à l'IS : un prélèvement de 45 % est appliqué (article 244 bis B du CGI).

1. **Les DMTG ont un champ d'application particulièrement vaste**, du fait de l'instauration de multiples critères de rattachement à la loi française, remarquable dans le panorama juridique international ; elle l'était encore plus à l'origine, seuls trois États européens appliquant les trois critères<sup>235</sup> (localisation des biens et droits, résidence fiscale du transmettant, résidence fiscale du bénéficiaire). Le dispositif a été conçu en loi de finances pour 1999<sup>236</sup> comme un dispositif « anti-abus » destiné à faire obstacle aux délocalisations, notamment des détenteurs de patrimoines importants, motivées par un but exclusivement fiscal.
2. L'imposition des biens détenus par des non résidents a été critiquée par les parlementaires dans leur saisine du Conseil constitutionnel, aux motifs que ce schéma contreviendrait à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des capitaux (grief inopérant), et qu'étant fondé sur une « présomption implicite » de fraude fiscale, il méconnaîtrait la présomption d'innocence. **Le Conseil constitutionnel a jugé les dispositions conformes, relevant que le législateur pouvait modifier les règles de territorialité en matière de DMTG afin d'éviter que certains biens n'échappent à l'impôt**<sup>237</sup>.
3. On pressent d'emblée le risque de multi-imposition internationale qui naît d'un tel régime : on analysera dans la section suivante l'efficacité des mécanismes de prévention en la matière.
4. **L'ISF, conçue comme un impôt sur le patrimoine universel, concède une perte d'assiette « temporaire » de cinq ans** pour les biens situés hors de France détenus par les non-résidents installés sur le territoire, dont le fondement juridique (et l'intérêt économique) ne paraît pas exempt de toute critique.

---

<sup>235</sup>Allemagne, Autriche et Finlande (tome II du rapport n° 66 fait par M. Marini au nom de la commission des finances du Sénat sur le PLF pour 1999, article 14)

<sup>236</sup>Loi 98-1266 du 30 décembre 1998

<sup>237</sup>Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, cons. 32 à 34

5. **Le régime d'imposition des revenus du capital des non-résidents se caractérise par le découpage complexe**, accumulant les exonérations partielles et les mesures par types de produits, sans réelle réflexion d'ensemble.
6. Enfin, l'instauration de **traitements différenciés en fonction du degré d'opacité fiscale des territoires étrangers où sont distribués des revenus de source française, ou réalisés les revenus perçus par un résident français**, au moyen de taux majorés, incite à poursuivre notre analyse par l'étude des instruments conventionnels, bilatéraux et multilatéraux, mis en œuvre notamment pour accroître la transparence fiscale internationale.

### **3.2. Imposer dans un contexte de concurrence internationale et de mobilité accrue du capital : l'outil conventionnel pour prévenir les abus grâce au partage d'informations, et répartir le droit de taxer**

1. On distinguera dans un premier temps les deux objectifs de la négociation conventionnelle avant de proposer une réflexion sur les points de contact entre eux.

#### **3.2.1. Les instruments négociés en vue d'améliorer la transparence fiscale internationale**

1. **Le premier enjeu du recours à la négociation internationale est l'obtention d'informations sur la détention de capital ou la perception de revenus du capital en dehors des frontières, ainsi que de l'ensemble des éléments d'identification et de valorisation permettant le calcul et la liquidation de l'impôt.**
2. En effet, la loi nationale est insuffisamment contraignante pour assurer la déclaration transparente de leurs actifs localisés à l'étranger par tous les redevables. On rappellera notamment l'extension du champ de la déclaration simplifiée d'ISF, privant les services de contrôle d'informations utiles.
3. Pour une fraction ciblée de la population, à savoir les responsables publics soumis à **l'obligation de déclaration de leur patrimoine** par les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, et du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires, soit **15 800 personnes physiques au total en 2016**<sup>238</sup>, l'obligation de déclarer l'ensemble des actifs détenus en France et hors de France a permis d'accroître la qualité de l'information. Des sanctions pénales assortissent le défaut de dépôt des déclarations de patrimoine à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP). Une procédure d'échange avec l'administration fiscale portant sur les déclarations des ministres et des

---

<sup>238</sup>Source : HATVP, février 2017.

parlementaires (l'administration fiscale étant déliée du secret à cette fin, en vertu de l'article L.O. 135-3 du code électoral<sup>239</sup>) et le pouvoir de transmission au Parquet des omissions déclaratives, susceptibles de révéler une fraude fiscale, sont prévues pour garantir l'efficacité du mécanisme.

4. **La mise en place de mécanismes d'échanges automatisés des données, dispensant l'administration fiscale d'adresser des requêtes spécifiques qui impliquent de disposer d'éléments laissant présumer la localisation d'actifs à l'étranger**
5. C'est en effet le système sur lequel repose l'assistance administrative en matière fiscale, soit sous la forme de clauses d'échange de renseignements insérées dans les conventions bilatérales d'élimination de la double imposition (article 26 du modèle de convention fiscale OCDE<sup>240</sup>) ou des accords spéciaux, élaborés sur le modèle OCDE de 2002 (11 accords en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2017), soit par les conventions multilatérales conçues spécialement à cet effet (convention conjointe OCDE et Conseil de l'Europe signée par la France le 17 septembre 2003).

#### **Encadré 21 : Les accords spéciaux sur l'échange de renseignements**

Le modèle d'accord français est légèrement amélioré par rapport au modèle OCDE en ce qu'il prévoit que l'ensemble des impôts prévus par la législation de l'État requérant peuvent justifier la demande, ce qui évite la création d'interstices juridiques faisant obstacle à l'obtention d'informations patrimoniales utiles.

**L'avenant n° 3 du 27 août 2009 à la convention entre la France et la Suisse** du 9 septembre 1966 modifiée, en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales, prévoit les modalités de demandes de renseignements vraisemblablement pertinents et permet l'obtention, jugée satisfaisante en pratique, des **informations relatives aux comptes bancaires ouverts en Suisse postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2010**.

**La Suisse, le Luxembourg et la Belgique sont les destinataires majoritaires des demandes émanant de la France.** Des particularités dans l'ordre juridique des pays auxquels les demandes sont adressées peuvent faire obstacle à une obtention rapide et satisfaisante des données : ainsi, le détenteur d'actifs en Suisse peut s'opposer à la communication des

<sup>239</sup>Article qui prévoit également que la HATVP peut demander à l'administration fiscale de mettre en œuvre les procédures d'assistance administrative internationale en vue de recueillir les informations utiles à l'accomplissement de sa mission de contrôle. La déclaration de patrimoine et le dispositif de traitement instauré au niveau national permettent donc véritablement d'accroître les possibilités d'obtenir des informations exhaustives sur ce public ciblé.

<sup>240</sup>La France a participé aux travaux ayant permis d'étoffer les commentaires à cet article, notamment pour autoriser les demandes dites groupées, c'est-à-dire concernant un groupe de contribuables qui ne sont pas identifiés individuellement dès lors qu'il y a des éléments factuels conduisant à penser que les contribuables du groupe ont enfreint la loi fiscale de l'État requérant. C'est par exemple le cas lorsqu'il est établi qu'un tiers a contribué à la fraude fiscale (source : rapport annuel du Gouvernement sur le réseau conventionnel de la France en matière d'échange de renseignements, annexe au PLF pour 2014).

informations en saisissant le tribunal administratif fédéral qui statue sur la « pertinence vraisemblable » des renseignements demandés. Il résulte des décisions rendues en la matière que le juge suisse se réfère aux commentaires des standards normatifs de l'OCDE et suit une interprétation qui ne « fasse pas perdre toute portée à la demande d'assistance administrative (...) mais permette au contraire un échange de renseignements aussi large que possible, sous réserve des *fishing expeditions* »<sup>241</sup>. Les mêmes procédures sont observées dans les îles anglo-normandes, Jersey ayant même demandé à la France de supporter les frais contentieux liés à un tel recours juridictionnel (2012)<sup>242</sup>.

6. **Le premier instrument bilatéral pour la transmission automatique des données patrimoniales, en l'espèce bancaires, et l'accord négocié dans le contexte de la législation américaine dite FATCA** (*Foreign Account Tax Compliance Act*) de 2010 et signé par la France le 14 novembre 2013. Le FATCA prévoit la collecte, par les institutions bancaires et financières de chacun des deux États, des informations relatives aux comptes et contrats détenus par les contribuables de l'autre État et leur transmission entre autorités administratives <sup>243</sup>. Les éléments transmis sont asymétriques : la France transmet en effet outre l'identité des personnes, le solde des comptes et la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie ainsi que les revenus financiers ; les États-Unis ne transmettent pas les soldes des comptes et contrats (article 2-2 b) de l'accord). Les États-Unis se sont néanmoins engagés à mettre en place des mesures de réciprocité complète.
7. **Les premiers renseignements ont été reçus par la France en 2015.** Ils représentent à ce jour un volume d'environ **55 000 données**, de qualité encore peu satisfaisante compte tenu de défaillances dans le respect, par l'autorité américaine, du format des informations à transmettre (notamment, sur les données d'identification des redevables). Si l'accord FATCA présente un certain nombre de faiblesse, en particulier l'absence de réciprocité juridique contraignante sur les informations à échanger, il a le mérite d'engager l'exercice de transmission automatique et de faire progresser les institutions financières et les services de l'administration quant à la standardisation et au traitement des données.

<sup>241</sup>Par ex., arrêt d'appel du tribunal administratif fédéral, Cour de Lausanne, 24 septembre 2015 (époux X c/ administration fédérale des contributions, service d'échange d'informations en matière fiscale), motivation très développée sur la demande de renseignements émise par la France, annulation de la précédente décision judiciaire ayant refusé la transmission des informations.

<sup>242</sup>Inscrit par la France sur la liste des ETNC en 2013, Jersey a depuis levé tous les obstacles aux demandes formulées depuis, et a été rayé de la liste par arrêté du 17 janvier 2014.

<sup>243</sup>À l'origine, le dispositif, intégré à la loi HIRE du 18 mars 2010, faisait peser directement sur les institutions financières étrangères l'obligation de fournir à l'IRS, autorité fiscale américaine, les informations sur les avoirs des redevables. Le niveau d'échange inter-administrations a été négocié en 2011, notamment pour assurer la réciprocité États-Unis/France et le respect des règles de protection des données.

8. **L'échange automatique d'informations s'est développé dans le cadre européen en premier lieu, puis multilatéral à l'échelle de l'OCDE, selon des standards négociés et partagés et sur la base d'échanges pleinement réciproques.**
9. C'est d'abord **la directive sur la fiscalité de l'épargne** (2003/48/CE, abrogée par le Conseil le 10 novembre 2015) qui a imposé l'échange automatique des informations sur les revenus d'intérêt des particuliers entre États membres de l'UE. Elle a été remplacée le 9 décembre 2014 par **la directive 2014/107/UE qui met en œuvre la norme internationale de l'OCDE adoptée le 15 juillet 2014**<sup>244</sup> sur l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers au sein de l'UE (**directive dite « DAC 2 »**), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, et dont le champ couvre un champ patrimonial large (les actifs exclus du champ de la directive ont été limités à ceux « présentant peu de risques d'être utilisés à des fins d'évasion fiscale » – considérant 10) : outre les intérêts de l'épargne présents dans la précédente directive, sont concernés les revenus de capitaux mobiliers (notamment les gains sur produits dérivés), les plus-values sur titres, les contrats d'assurance-vie et de rente, ainsi que les comptes de dépôt. Aucun seuil n'est prévu, de manière à éviter que les personnes ne répartissent leurs actifs entre une multitude de supports afin d'échapper à leur traçabilité. Les premières informations seront échangées à compter de 2017 (l'Autriche disposant d'un délai supplémentaire).
10. **Le nouveau cadre européen présente deux avantages** : d'une part, par rapport à l'ancien système hérité de la directive « Épargne », l'échange automatique de données devient obligatoire et les États membres ne disposent plus de l'option consistant à opérer une retenue à la source de 35 % sur les actifs des contribuables qu'ils ne communiquaient pas<sup>245</sup> ; d'autre part, l'adoption de la norme standard de l'OCDE garantit la cohérence des actions de prévention de la fraude sur le territoire de l'Union et au niveau mondial.
11. **En parallèle, dans le cadre OCDE, l'échange automatique d'informations se diffuse** : 101 États et territoires qui se sont engagés à appliquer l'accord multilatéral du 29 octobre 2014 et **87 États ont signé effectivement cet accord multilatéral** (au 2 novembre 2016<sup>246</sup>). L'annexe F à l'accord prévoit la date des premiers échanges (septembre 2017 pour la première salve d'États, dont la France, et septembre 2018 pour la seconde –dont la Suisse). **On relèvera que, certains États et territoires restent en dehors du dispositif et pourraient « capter » une partie des actifs des patrimoines les plus élevés, opérant un arbitrage entre la majoration du risque consistant à investir dans des États au système bancaire et financier moins**

<sup>244</sup>Common Reporting Standard (CRS)

<sup>245</sup>Un avis motivé avait été adressé par la Commission au Luxembourg qui exonérait de retenue à la source des bénéficiaires effectifs n'ayant pas divulgué volontairement les informations demandées (dossier n° 2007/2178 de la Commission).

<sup>246</sup>La liste des 87 États parties est reportée en annexe 20.

**familier, et l'avantage tiré de l'opacité de leur situation.** On peut néanmoins considérer que l'évasion fiscale devient nettement plus complexe et désincitative dès lors que l'échange automatisé couvre les principales places financières mondiales – même si, mathématiquement, environ la moitié des États du monde ne font pas partie de l'accord.

12. Ces deux systèmes d'échange automatique d'information concernent **le stock des supports financiers ouverts à la date d'entrée en vigueur et les ouvertures suivant cette date** : les comptes ou contrats clos antérieurement, même s'ils pouvaient entrer dans le délai de reprise de l'administration fiscale (3 ou 6 ans pour l'ISF et les DMT), échapperont donc à l'échange.
13. Notons que le champ très large des actifs concernés (et l'absence de seuil en valeur pour la transmission des informations), ainsi que le caractère automatique des communications constituent un **double défi pratique pour l'administration fiscale** : d'une part, les données vont devoir être triées en fonction de leur intérêt pour la fiscalité du patrimoine (ce qui induira un important travail de filtrage et d'élimination des petits contrats), et d'autre part le traitement informatique devra, à terme, être interconnecté avec les applications utilisées pour le contrôle et le recouvrement. Ces remarques, qui débordent le champ de notre étude juridique, paraissent devoir être soulignées en tant que leur prise en compte est la condition de l'effectivité, en fait, de ces mécanismes.
14. **Le contrôle des diligences des institutions financières pour la transmission des informations** doit encore être attribué à un service de l'administration fiscale ou à l'ACPR. Une amende de 200 € par compte déclarable comportant une ou plusieurs informations omises ou erronées est prévue par l'article 1736 I 5° du CGI.
15. Le traitement des informations reçues devra permettre d'opérer des rectifications par réintégration d'actifs à l'assiette taxable et prononcé des majorations pertinentes et des intérêts de retard. Dès lors, il a été annoncé que le **système de traitement des déclarations rectificatives (STDR)** mis en place en 2013 et qui a permis, à fin 2016, la déclaration de 29 Md € d'actifs détenus à l'étranger, en grande partie en Suisse, pourrait ne pas être pérennisé parallèlement à un durcissement des sanctions. La déclaration rectificative est en effet un régime transitoire de faveur, auquel sont applicables les majorations de droit commun. On notera que le succès du dispositif, qui enregistre en trois ans environ 47 000 demandes de régularisation, est également imputé à la prise de conscience du public et des banques des nouveaux moyens d'administration.

**Encadré 22 : L'amende pour défaut de déclaration de compte détenu à l'étranger (articles 1649 A et 1736 IV du CGI)**

Elle constitue un **levier interne renforçant la transparence fiscale**. Le **Conseil constitutionnel** a :

- censuré comme étant manifestement disproportionnée la sanction fixée en pourcentage du solde des comptes non déclarés dès lors que le total de ces soldes excédait 50 000 euros au 31 décembre de l'année (décision n° 2016-554 QPC du 22 juillet 2016) ;  
- validé les pénalités encourues, soit 1 500 € ou 10 000 € par compte selon sa localisation ou non dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention administrative de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, sur le fondement de l'article 8 de la DDHC (décision n° 2015-481 QPC du 17 septembre 2015).

### **3.2.2. Les conventions fiscales répartissant le droit d'imposer : le difficile équilibre entre élimination de la double imposition et conservation de l'assiette taxable**

1. **Le droit interne prévoit déjà des mécanismes évitant la double imposition du capital sous la forme d'imputation d'un crédit correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger** pour les droits d'enregistrement sur les cessions de droits sociaux (article 726 du CGI), les droits sur les cessions de part dans les sociétés à prépondérance immobilière (article 718 bis du CGI) et les droits de mutation à titre gratuit sur les biens meubles ou immeubles situés à l'étranger (article 784 A du CGI).
2. **Dans tous les autres cas, le risque de double imposition est pris en charge par les conventions fiscales**, qui répartissent le droit d'imposer de chacun des États parties.
3. Sur la divergence de méthode entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État en matière d'application du principe de subsidiarité des conventions dans l'opération de qualification des actifs taxables, sans conséquence en l'état sur l'application des normes, il est renvoyé à l'annexe 21.
4. Lorsque ce droit d'imposer n'est pas exclusif<sup>247</sup>, les modèles OCDE concernant les impôts sur le revenu et la fortune (mis à jour en 2014) et sur les successions et donations (1982) prévoient deux types de clauses contre la double imposition : l'exonération dans l'État de résidence du capital taxé dans l'autre État en vertu du droit qui lui est conféré par la convention (respectivement, articles 23 A et 9 A des modèles) et le crédit d'impôt, correspondant aux impôts effectivement acquittés dans l'autre État (articles 23 B et 9 B). L'impôt payé dans l'autre État n'est imputable dans ce dernier cas sur l'impôt français que dans la limite de ce dernier (les conventions excluent le remboursement de l'excédent éventuel).

---

<sup>247</sup>C'est notamment le cas des revenus du capital, imposables dans l'État de résidence du bénéficiaire, et à la source, dans l'État de distribution. Le modèle OCDE prévoit dans ce cas un plafond d'impôt à la source.

5. Si la France a longtemps recouru à la méthode de l'exemption (*exemption method*), assortie de l'application de la règle du taux effectif (l'État qui s'est départi de son droit d'imposer conserve le droit d'appliquer la progressivité de l'impôt et de maintenir le taux applicable avant l'exonération conventionnelle de certains actifs taxables), elle a depuis plusieurs décennies **définitivement opté pour la seconde règle (crédit d'impôt) qui est moins porteuse de fraude et d'abus. La règle du taux effectif a un intérêt considérable en matière d'impôt sur le patrimoine.**
6. La convention conclue avec Monaco en matière de donations et de successions exclut l'application du droit d'imposer au taux effectif (1<sup>er</sup> avril 1950).
7. Certaines conventions retiennent un système mixte de lutte contre la double imposition : la convention franco-américaine du 24 novembre 1978 retient la méthode de l'exonération dans le cas de la France et celle de l'imputation dans le cas des États-Unis.
8. **Le modèle OCDE répartit le droit d'imposer selon les critères généraux suivants :**
  - ◆ **en matière d'impôts sur les successions** : l'État de la situation des biens a le droit d'imposer les immeubles et droits immobiliers qui s'y rattachent, les biens mobiliers qui se rattachent aux établissements stables et bases ; l'État de résidence du défunt ou du donateur pour l'ensemble des autres biens. La convention prévoit également la répartition des dettes grevant la succession ;
  - ◆ **en matière d'impôt sur la fortune** : le droit d'imposer les immeubles est attribué à l'État de situation du bien, le droit d'imposer les autres biens est généralement attribué à l'État de résidence ;
  - ◆ **en matière d'impôt sur les revenus du capital** : le droit d'imposer est détenu concurremment par l'État de source lorsqu'une retenue est prévue. Les plus-values mobilières sont imposables dans l'État de résidence du cédant et en cas de participation substantielle dans l'État d'implantation de la société dont les titres sont cédés. Les plus-values immobilières et les revenus fonciers sont en général imposables dans l'État de situation du bien, y compris les sociétés à prépondérance immobilière.
1. La plupart des États n'ayant pas dans leur ordre fiscal interne d'impôt sur la fortune équivalent à l'ISF français, **trois situations conventionnelles coexistent sur la taxation des patrimoines d'une valeur supérieure au seuil d'entrée :**
  - ◆ la convention signée pour éviter la double imposition en matière d'impôt sur les revenus ne couvre pas la fortune et ne fait donc pas référence à l'ISF. Un tel instrument n'a donc d'effet sur le droit de la France d'imposer la fortune que pour la détermination du domicile en cas de conflit d'imposition. Ce conflit

d'imposition ne se présume pas, et le contribuable qui s'en prévaut doit en justifier, à défaut de quoi le juge n'a pas à prendre en considération les stipulations conventionnelles<sup>248</sup> ;

◆ la convention couvre également la fortune, ou décrit un impôt suffisamment similaire pour lui être applicable, et prévoit un mécanisme de crédit d'impôt pour éviter que l'ISF liquidé en France ne s'ajoute à l'impôt sur la fortune acquitté dans l'État de situation des actifs composant l'assiette ou dans l'État de résidence selon la répartition de l'impôt retenue dans la convention ;

◆ la convention prévoit l'instauration future d'un impôt sur la fortune dans l'État cocontractant et répartit l'impôt entre les deux États à titre prévisionnel : c'est le cas, récemment, de la convention signée avec la Colombie le 25 juin 2015 et qui n'est pas encore entrée en vigueur.

1. Les conventions conclues par la France s'éloignent fréquemment du modèle OCDE. On se limitera dans le cadre de ce rapport à des observations sur les caractéristiques des conventions conclues avec les États les plus fréquemment rencontrés en matière de fiscalité du capital :
2. **S'agissant des donations et successions (10 conventions bilatérales spécifiques, cinq conventions assurant la réciprocité de l'octroi d'exonérations, et clauses incluses dans 27 conventions fiscales contenant également des dispositions en matière d'IR et d'ISF<sup>249</sup>)** : les accords évitant les situations de multi-imposition demeurent singulièrement en retrait eu égard au champ très large du régime fiscal en France. On relèvera notamment que sur l'espace européen, seuls sept accords sont en vigueur en matière de successions et donations.

### **Encadré 23 : la dénonciation de la convention franco-suisse**

Par une note diplomatique du 17 juin 2014, **la France a dénoncé la convention fiscale franco-suisse du 31 décembre 1953 en matière d'impôts sur les successions**. Conformément aux stipulations du paragraphe 2 de son article 6, cette convention a donc cessé d'être applicable pour les successions de personnes décédées à partir du 1er janvier 2015. La convention, très favorable aux héritiers puisqu'elle limitait le droit de la France d'imposer les successions, dans le cas où le défunt résidait en Suisse, aux immeubles situés en France et détenus directement, avait fait l'objet de tentatives de renégociation rejetées par la Suisse.

Le concours des impositions du fait de l'application des lois internes est désormais résolu par les dispositions de l'article 784 A du CGI (imputation de l'impôt acquitté à l'étranger).

<sup>248</sup>Cass. Com. 11 janvier 2000 n° 97-16257 (non publié)

<sup>249</sup>Tableau en annexe 22

3. **S'agissant des revenus du capital et de la fortune (125 conventions)** : la répartition de l'impôt (droit exclusif ou droit concurrent) est très hétérogène selon les États contractants même si le modèle OCDE sert de point de départ lors des négociations. Notons que la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 retient le critère de situation pour l'imposition des immeubles (y compris pour les sociétés à prépondérance immobilière) ou des biens mobiliers faisant partie de l'actif de l'établissement stable d'une entreprise. Le critère de résidence s'applique pour les autres actifs (y compris pour les biens mobiliers grevés d'usufruit, soumis à l'impôt dans l'État de résidence de l'usufruitier).
  
4. Afin de ne pas subir de détérioration de l'assiette du capital taxable, **la politique de négociation et de renégociation des conventions fiscales bilatérales suivie par la France** consiste à ne concéder un abandon du droit de taxer qu'en contrepartie d'une imposition effective dans l'autre État. En pratique, ce sont surtout les États étrangers qui sollicitent le Gouvernement français aux fins de renégocier les accords et d'inclure de nouvelles dispositions contre la double imposition. Le mouvement de renégociation, à l'initiative de la France, des conventions les plus anciennes avec les pays voisins (avec l'Allemagne pour l'impôt sur le revenu et la fortune, par avenant du 20 décembre 2001, avec la Belgique dans le cadre d'échanges annoncés en 2012 et toujours en cours) poursuit quant à lui l'objectif de mettre les accords internationaux de la France en cohérence avec les principes de la législation interne et de mettre un coup d'arrêt aux abus. Il suppose d'importantes concessions de la part des partenaires.

#### **Encadré 24 : Perspectives conventionnelles : dépasser les contraintes du bilatéralisme ?**

Trois séries d'observations peuvent être faites :

Tout d'abord, **l'intégration systématique de clauses anti-abus dans les conventions bilatérales en matière d'impôt sur le capital** semble nécessaire afin d'améliorer la cohérence et l'efficacité des politiques fiscales. Promue par l'OCDE au titre de l'action 6 du paquet BEPS (« Empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages »), l'introduction de dispositions visant à limiter les avantages conventionnels doit permettre de faire obstacle aux stratégies de chalandage fiscal et aux pratiques d'optimisation proposées par certaines institutions financières à leurs clients les plus fortunés. Il s'agit d'un phénomène récent dans les conventions relatives à l'impôt sur le revenu et la fortune (qui concerne donc tant les particuliers que les entreprises).

On se reportera à la convention conclue avec la République de Singapour en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu<sup>250</sup> entrée en vigueur le 1er janvier 2017 pour la France, et à la convention avec la

<sup>250</sup>Article 28 : « *les avantages résultant de toute réduction ou d'exonération d'impôt prévue par la présente convention ne sont pas accordés lorsque le principal objectif de certaines transactions ou opérations ou*

Colombie<sup>251</sup> (en cours de ratification) pour un exemple de ce type de clause, ouvrant des définitions nouvelles et ambitieuses de la notion d'abus.

**La convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures BEPS, qui aura pour effet de modifier les conventions fiscales conclues entre deux ou plusieurs parties à la Convention en s'appliquant parallèlement à leurs stipulations (signature le 7 juin 2017 à Paris)**, contient une partie III « Utilisation abusive des conventions fiscales », qui est un standard minimum obligatoire à tout pays qui désire se joindre à l'initiative, qui prévoit en particulier, à travers une clause proche de celle pratiquée par la France, que les conventions bilatérales couvertes par l'instrument préviennent les possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/éviterement fiscal (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces). Sa mise en œuvre pourrait donc constituer une opportunité de réaliser un saut quantitatif important en la matière.

**Ensuite, compte tenu des entraves pesant sur la négociation multilatérale, dans le cadre européen, sur la fiscalité des particuliers, des résultats intéressants en matière de préservation de l'assiette et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales pourraient être obtenus « collatéralement » dans le cadre de travaux portant sur les personnes morales :** ainsi, les régimes fiscaux de faveur bénéficiant aux porteurs de part des OPCVM, ou aux investisseurs des sociétés en libre partenariat<sup>252</sup>, conformément à l'objectif d'accroissement de l'attractivité de l'investissement pourraient faire l'objet d'une attention renforcée des négociateurs au regard de l'objectif de cohérence de la politique fiscale interne.

**Enfin, à moyen terme, afin de progresser sur le volet de l'élimination des doubles impositions**, il pourrait être envisagée de négocier un **texte réglant la répartition du droit pour les États membres de taxer les particuliers**, qui inclurait les trois volets de la fiscalité du capital. Cette solution ambitieuse qui se heurte aujourd'hui à la réticence des États membres de négocier sur un pan de la fiscalité considéré comme très « régalien », la fiscalité des particuliers, présenterait l'avantage d'offrir **une approche harmonisée au plan européen.**

---

*d'accords est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente convention ».*

<sup>251</sup>Article 26 : « Nonobstant les dispositions de tout autre article de la présente convention, un résident d'un État contractant ne peut bénéficier des réductions ou exonérations d'impôt accordées par l'autre État contractant en vertu de la **convention si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs** de la conduite des opérations par ce résident ou par une personne liée à ce résident est de bénéficier des avantages prévus par la convention (...) ».

<sup>252</sup>Créées par la loi n°2015-990 du 6 août 2015, ces nouvelles formes de fonds professionnels inspirées des sociétés en commandite spéciale luxembourgeoise, sont des véhicules d'investissement issus de la transposition de la directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs. Pour les investisseurs résidents, les premiers partages d'actif sont constitutifs de remboursements d'apports et par conséquent non soumis à l'impôt.

## 4. La fiscalité du patrimoine présente des enjeux importants en matière de sécurité juridique et de qualité du droit

### 4.1. La fiscalité du patrimoine est marquée par une forte instabilité normative

1. La fiscalité du patrimoine est marquée par une **forte instabilité normative**. A titre d'illustration sur l'ensemble des articles du CGI afférents à la fiscalité du patrimoine **24 ont fait l'objet d'au moins cinq modifications législatives depuis 2007**<sup>253</sup>. Parmi eux, **deux d'entre eux ont été modifiés plus de 10 fois sur cette période** : l'article 150-0 D sur les plus-values mobilières et l'article 885-0 V bis sur la réduction d'impôt ISF-PME.
2. Certains régimes ont ainsi beaucoup varié en 10 ans, à l'instar des règles de **plafonnement de l'ISF** avec un bouclier fiscal créé en 2006, passant de 60 % à 50 % des revenus dans le cadre de la loi TEPA de 2007, la modification de son calcul en LFR pour 2009, sa suppression en 2011 et la mise en place du plafonnement en 2013.
3. En matière de **plus-values mobilières**, le régime a évolué rapidement au moment de la mise en place de la barémisation en 2012. Ainsi l'article 10 de la loi du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 a instauré le principe de l'imposition au barème progressif de l'IR à compter du 1er janvier 2013. Suite notamment à la « fronde des pigeons » à l'automne 2012, le parlement a assoupli en 2013 à l'article 17 de la LF pour 2014 le régime adopté l'année précédente en mettant en place des abattements pour durée de détention importants « pour récompenser la prise de risque le plus fort ou faciliter la transmission d'entreprises à des moments clés de leur existence ». **A l'issue de cette réforme, « le taux d'imposition obtenu après deux ans de détention est très proche de celui du taux forfaitaire qui s'est appliqué jusqu'en 2011 (20,2 % contre 19 %) et plus faible que celui en vigueur au titre de 2012, fixé à 24 %**. Le taux d'imposition obtenu après huit ans de détention est plus faible encore (13,46 % contre 19 %). Cet avantage est encore plus significatif si on le compare au taux marginal moyen de 40 % auquel sont imposés les foyers déclarant des plus-values mobilières imposées »<sup>254</sup>. Un an plus tard, l'article 88 de la LFR pour 2014 a précisé le champ d'application des abattements pour durée de détention, en y réintégrant un certain nombre de gains, notamment ceux retirés d'un rachat de titres, qui en avaient été exclus par l'article 17 de la LF pour 2014.
4. Les attributions gratuites d'actions (AGA) ayant fait l'objet de plusieurs réformes au cours de ces dernières années, sont, elles aussi, marquées par une forte instabilité

---

<sup>253</sup>Tableau en annexe 23

<sup>254</sup>Christian Eckert, Rapport n° 1428, tome II.

normative créant de surcroît un empilement de régimes d'imposition en vigueur. L'article 11 de la loi de finances pour 2013 prévoit de soumettre le gain d'acquisition, qui est salarial par nature dans la mesure où il s'agit d'un avantage accordé par l'entreprise, au barème progressif de l'impôt sur le revenu en lieu et place d'une imposition à un taux forfaitaire de 30 % à défaut d'option contraire et de le soumettre aux contributions sociales applicables aux revenus d'activité en lieu et place de celles applicables aux revenus du patrimoine<sup>255</sup>. L'article 135 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 prévoit d'appliquer des abattements pour durée de détention aux plus-values mobilières au gain d'acquisition mais sans pour autant en modifier sa nature salariale, brouillant corrélativement la cohérence des règles s'attachant d'une part aux revenus du travail et, d'autre part, aux revenus du capital (voir annexe 24). En matière sociale, le gain a été ainsi soumis aux contributions sociales applicables aux revenus du patrimoine et la contribution salariale spécifique de 10 % assise sur cet avantage a été supprimée<sup>256</sup>. L'article 61 de la loi de finances pour 2017 a enfin plafonné, dans une limite annuelle de 300 000 €, le bénéfice du régime d'imposition du gain d'acquisition tel qu'issu de la loi du 6 août 2015<sup>257</sup>.

5. **Cette instabilité normative qui avait été déjà pointée dans le cadre du rapport du CPO de 2009<sup>258</sup> a des causes de nature diverse.** Celles identifiées en 2008 par le rapport d'Olivier Fouquet<sup>259</sup> sur la fiscalité semblent ainsi applicables à la fiscalité du patrimoine en particulier :

- ◆ « dans un contexte où la marge de manœuvre laissée aux administrations pour accroître les dépenses budgétaires de l'État est réduite, **les dépenses fiscales constituent le principal outil des politiques sectorielles** ; leur nombre s'accroît aussi bien en loi de finances que dans les lois ordinaires ; **plus ces mesures sont ciblées de manière à obtenir un effet déterminé, plus**

<sup>255</sup>Ces dispositions s'appliquent aux AGA gratuites attribuées à compter du 28 septembre 2012 dont l'autorisation a été autorisée par une décision de l'AGE jusqu'au 7 août 2015.

<sup>256</sup>Ces dispositions s'appliquent aux AGA dont l'attribution a été autorisée par une décision de l'AGE du 8 août 2015 au 30 décembre 2016.

<sup>257</sup>Cela s'applique aux AGA dont l'attribution a été autorisée par une décision de l'AGE à compter du 31 décembre 2016.

<sup>258</sup>« Le patrimoine des ménages », rapport du CPO de mars 2009, page 243 : « L'accès à une loi fiscale intelligible est de moins en moins aisé compte tenu des modifications législatives quasiment permanentes. Les contributions sociales sont régies par trois codes différents. Le suivi et le pilotage de la fiscalité de l'épargne relèvent de deux administrations distinctes, aux objectifs pas forcément convergents, alors que la porosité entre les catégories du revenu d'activité et du patrimoine peut donner lieu à optimisation au détriment des finances publiques. L'égalité de l'accès à l'information, malgré les efforts de transparence et les facilités offertes notamment par internet, est difficile à assurer, ce qui favorise les ménages qui peuvent s'entourer de conseils. »

<sup>259</sup>« Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche », rapport d'Olivier Fouquet, président de Section au Conseil d'État, de juin 2008

**elles sont complexes à appliquer et sources d'erreurs potentielles pour les contribuables ;**

◆ les **différents acteurs économiques cherchent à obtenir**, dans un contexte de multiplication de mesures ciblées, **des avantages fiscaux qui leur soient spécifiques** ; la demande sociale constitue donc une autre source autonome de complexité ;

◆ les **difficultés à évaluer** précisément en amont le coût budgétaire d'un dispositif fiscal conduisent, en cas de dérive marquée par rapport aux évaluations initiales, à des mesures correctrices qui en limitent l'envergure, au prix parfois d'un effet négatif de « rétroactivité économique » ;

◆ la **concertation insuffisamment ouverte et le manque d'études préalables** liés à l'élaboration dans l'urgence de certains textes conduisent à des difficultés d'application et à des effets pervers non anticipés, qui nécessitent des modifications ultérieures ;

◆ le **droit communautaire en matière d'aides d'État peut conduire à modifier un dispositif voté** ;

◆ les **innovations issues du monde économique et financier nécessitent l'adaptation des textes** existants, conçus dans un contexte différent ;

◆ enfin, **la recherche de recettes ponctuelles** destinées à améliorer le solde budgétaire conjoncturel conduit régulièrement à la mise en œuvre, de manière abrupte, de mesures ciblées non concertées qui peuvent bouleverser un régime d'imposition. »

#### ***4.2. L'instabilité normative pose la question des effets de la loi fiscale dans le temps et des exigences constitutionnelles et conventionnelles qui leur sont attachées***

1. Le législateur peut revenir sur des dispositions favorables. En effet, « **aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit à la loi de revenir sur une exonération fiscale acquise sous l'empire d'une loi antérieure ou d'en réduire la durée** ». Il a ainsi validé dans sa décision sur la loi de finances pour 1984 le fait de

ramener de 25 à 15 ans la durée d'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties pour les immeubles antérieurs à 1973<sup>260</sup>.

2. La succession de régimes fiscaux génère cependant un risque sérieux en termes de sécurité juridique : de quelle latitude dispose le législateur sur le plan constitutionnel et conventionnel pour modifier les règles applicables **sans porter atteinte aux situations légalement acquises ou à l'espérance légitime des contribuables**<sup>261</sup> ?

**4.2.1. Sur le fondement de l'article 16 de la DDHC (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »), le Conseil constitutionnel opère un contrôle strict de l'atteinte portée à une situation légalement acquise ou aux effets légitimement attendus**

1. C'est la garantie légale des exigences constitutionnelles qui conditionne en effet la possibilité pour le législateur d'adopter des dispositions fiscales rétroactives (95-369 DC du 28 décembre 1995).
2. **Le Conseil constitutionnel, en revanche, ne se fonde pas sur la confiance légitime, issue de la jurisprudence de la CJUE**<sup>262</sup>, et ce de façon explicite depuis une décision du 30 décembre 1996 (96-385 DC).
3. Une décision fondatrice en matière de sécurité juridique est rendue précisément en matière de revenus du capital<sup>263</sup> : la suppression de l'exonération des intérêts des PEL de plus de douze ans ou de ceux dont le terme est échu, prévue par l'article 7 de la loi de finances initiale (LFI) pour 2006, est jugée conforme à la Constitution dès lors qu'elle n'a pas d'effet rétroactif et n'affecte donc pas une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16. Le considérant du Conseil constitutionnel n° 45 expose précisément : « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il **portait aux situations**

---

<sup>260</sup>Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, cons. 3.

<sup>261</sup>Pour une étude d'ensemble : *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal*, E. Joannard-Lardant, RDF n° 10 du 6 mars 2014, ét. 191.

<sup>262</sup>CJUE, 25 janvier 1979, C- 98/78. Le principe de confiance légitime est appliqué par la Cour de Cassation et le Conseil d'État pour l'application du droit de l'Union (voir pour une étude complète : *Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen*, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de Cassation, R. El Herchi, 27 octobre 2015.

<sup>263</sup>Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 42 à 46.

**légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ».**

4. Ce critère constitutionnel a évolué pour aboutir à une censure des dispositions qui, sans motif d'intérêt général suffisant, conduisent à remettre en cause **les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations**, marquant un mouvement vers une interprétation plus subjective de l'exigence de sécurité juridique.

### **Encadré 25 : la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la protection des situations légalement acquises en matière d'impôt sur le capital**

**Censure des dispositions de la LFSS pour 2014 prévoyant, en contrepartie de l'exonération d'impôt sur le revenu, l'application de prélèvements sociaux au taux « historique » sur les produits issus des primes versées sur les contrats d'assurance-vie souscrits avant le 26 septembre 1997 et conservés durant 6 ou 8 ans :** le Conseil constitutionnel juge que « le législateur, en poursuivant l'objectif d'augmentation du rendement des prélèvements sociaux appliqués aux produits des contrats d'assurance-vie, a pu prévoir une augmentation des taux de ces prélèvements pour la partie de ces produits acquise ou constatée au-delà de la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime d'exonération d'impôt sur le revenu ; qu'en revanche, un tel motif, exclusivement financier, ne constitue pas un objectif d'intérêt général suffisant pour justifier que les produits des contrats d'assurance-vie acquis ou constatés pendant la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime particulier d'imposition de ces produits fassent l'objet d'une modification des taux de prélèvements sociaux qui leur sont applicables »<sup>264</sup>.

Il est intéressant de relever que la censure n'est pas opérée sur le fondement de l'article 13, également invoqué, la différence de traitement en termes de taux de prélèvements sociaux entre les bénéficiaires de contrats d'assurance-vie et d'autres supports d'épargne étant considérée comme justifiée par la différence de caractéristiques et d'objet de ces produits de placements.

**La violation de l'article 16 n'est constituée que lorsque la loi nouvelle modifie, pour le calcul de l'impôt, des règles d'assiette ou de aux applicables à des faits générateurs qui lui sont antérieurs :**

En 2016, saisi d'une QPC relative au 2 de l'article 200 A du CGI prévoyant que :

- pour les revenus perçus jusqu'au 31 décembre 2012, les plus-values réalisées lors de la cession à titre onéreux de valeurs mobilières et droits sociaux ainsi que les compléments de prix sont soumis à l'impôt à un taux forfaitaire,
- pour les revenus perçus à compter du 1er janvier 2013, les plus-values et compléments de prix sont soumis au barème progressif, un abattement pour durée de détention étant applicable aux plus-values et au complément de prix dans les seuls cas où l'abattement est appliqué à la plus-value, le Conseil constitutionnel écarte le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 puisque les règles d'assiette modifiées s'appliquent à des cessions postérieures à l'entrée en

<sup>264</sup> Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, cons. 13 à 20

vigueur de la loi –et, en outre, au motif qu’aucune attente légitime quant au régime d’imposition du complément de prix ne peut naître de celui qui est appliqué à la plus-value.

**Les effets légitimement attendus ne s’étendent pas aux effets sur des impositions futures et distinctes, et doivent naître du fait générateur de l’impôt :**

Saisi d’une QPC<sup>265</sup> sur la conformité de l’allongement du délai de rappel fiscal (de 10 à 15 ans) en matière de successions, en LFR pour 2012, à l’article 16 de la DDHC, modification créant d’après les requérants une atteinte à des situations légalement acquises et remettant en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de telles situations, le Conseil constitutionnel a jugé que :

- chaque donation ou succession constitue un fait générateur particulier pour l’application des règles d’imposition ;
- « les dispositions contestées ne sauraient, sans porter atteinte aux situations légalement acquises, avoir pour objet ou pour effet de conduire à appliquer des règles d’assiette ou de liquidation autres que celles qui étaient applicables à la date de chaque fait générateur d’imposition » ;
- toutefois, « les modalités d’imposition d’une donation passée ne [pouvant] produire aucun effet légitimement attendu quant aux règles d’imposition applicables aux donations ou à la succession futures, (...) le législateur pouvait, sans être tenu d’édicter des mesures transitoires, modifier le délai à compter duquel il n’est plus tenu compte des donations antérieures pour déterminer l’imposition des donations ou successions à venir ».

**Il en résulte que les droits liquidés du chef des donations passées ne peuvent être soumis à un supplément d’imposition du fait du calcul des droits exigibles sur la masse globale de l’acte nouveau et des actes rapportés, au tarif en vigueur à la date du nouveau fait générateur**, car cela reviendrait à remettre en cause une situation légalement acquise. La réserve d’interprétation ainsi énoncée répond au risque d’une lecture littérale des dispositions de l’article 784 du CGI, faisant référence au calcul des « droits exigibles » du fait de la transmission nouvelle (susceptibles de renvoyer à une révision globale des montants déjà acquittés dans le passé).

**Aucune attente légitime quant aux règles d’imposition des plus-values latentes ne peut non plus être caractérisée au moment de l’exercice de l’option** pour le régime des sociétés d’investissements immobiliers cotées (2015-474 QPC du 26 juin 2015), ni aucune attente légitime quant au traitement fiscal du produit de la cession de titres ne peut naître de leur acquisition en contrepartie d’un apport (2015-475 QPC du 17 juillet 2015).

En revanche, il censure la barémisation de l’impôt sur les revenus distribués et les produits de placement perçus en 2012, et la suppression concomitante du prélèvement forfaitaire libératoire pour lequel les contribuables pouvaient avoir opté cette même année, portées par l’article 9 de la loi de finances pour 2013, au motif que « **la volonté du législateur d’assurer en 2013 des recettes supplémentaires liées à la réforme des modalités d’imposition des revenus de capitaux mobiliers ne constitue pas un motif d’intérêt général suffisant pour mettre en cause rétroactivement une imposition à laquelle le législateur avait attribué un caractère libératoire et qui était déjà acquittée** »<sup>266</sup>.

<sup>265</sup>Décision n° 2016-603 QPC du 9 décembre 2016

<sup>266</sup> Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 36 à 44.

**Certaines décisions ont pu laisser penser que le Conseil constitutionnel s'autorisait un contrôle étendu aux situations de « petite rétroactivité », c'est-à-dire lorsque la loi fiscale nouvelle s'applique pour l'établissement de l'impôt dont le fait générateur lui est postérieur mais sur une assiette réalisée avant son entrée en vigueur.** Ainsi du considérant n° 19 de la décision 2012-661 DC du 29 décembre 2012 (troisième LFR pour 2012), qui relève que la substitution par un régime de report d'imposition optionnel du régime de sursis d'imposition sur les plus-values d'apport de valeurs mobilières et titres réalisées par les personnes physiques, applicable aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012 (soit la date du dépôt du projet de loi à l'Assemblée nationale), a un effet rétroactif –conforme à la Constitution en raison d'un motif d'intérêt général suffisant. Cette rédaction paraît toutefois isolée.

#### **4.2.2. La CESDH a développé une jurisprudence sur l'espérance légitime en matière fiscale sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention (article 1P1)**

1. L'arrêt de grande Chambre « D » c/ France<sup>267</sup> du 16 avril 2002, rendu en matière de restitution de TVA pose les fondements de cette jurisprudence : une créance fiscale fait naître une espérance légitime lorsqu'elle se fonde sur une base légale ou une décision judiciaire. Le raisonnement a été repris dans une autre affaire (arrêt du 25 janvier 2007<sup>268</sup>) : « *La Cour rappelle que, dans son arrêt « D », elle a estimé, d'une part, que l'ingérence dans les biens de la requérante ne répondait pas aux exigences de l'intérêt général (§ 58) et, d'autre part, que tant la mise en échec de la créance de la requérante sur l'État que l'absence de procédures internes offrant un remède suffisant pour assurer la protection du droit au respect de ses biens avaient rompu le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus (§ 61 ; voir également S.A. Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye, précité, § 26).* » (point 46).
  
2. **Une décision intéressante a été rendue par la CEDH<sup>269</sup> en matière d'espérance légitime sur l'évaluation des actifs aux fins de détermination des DMTG, qui :**
  - ◆ reconnaît d'abord **la marge d'appréciation des États** en la matière : « si la notion de « valeur marchande » des biens appliquée pour déterminer le montant des droits de succession peut laisser à désirer quant à sa précision, la Cour admet que l'ingérence en cause était en principe compatible avec le pouvoir des États de mettre en vigueur des lois fiscales reconnu au second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 » ;
  
  - ◆ critique ensuite, **sur le fondement de l'espérance légitime, le manque de cohérence et l'absence d'explication sur les modalités de l'évaluation des biens servant d'assiette à l'impôt** : « La Cour estime que les requérants

<sup>267</sup>CEDH, 16 avril 2002, n° 36677/97

<sup>268</sup>CEDH, 25 janvier 2007, n° 70160/01

<sup>269</sup>CEDH, 21 mai 2002, n° 2128856/95, points 58 s et 65 s.

pouvaient légitimement espérer que les autorités et les tribunaux adoptent une démarche relativement cohérente pour déterminer la valeur marchande du terrain dans les différentes procédures menées par eux ou, à défaut d'une telle cohérence, fournissent une explication satisfaisante quant à la différence d'évaluation du bien en cause. Or, pour les raisons indiquées ci-dessus, il n'y a eu ni cohérence ni explication de l'absence de cohérence de nature à répondre aux attentes qui, de par la loi, étaient celles des requérants en leur qualité de propriétaires fonciers ».

1. La portée de cette décision, qui fait peser une obligation de sécurité juridique sur le législateur prévoyant des règles d'évaluation de l'assiette, doit toutefois être relativisée car la procédure ne cause combinait la question de l'évaluation des immeubles et celle, très particulière, de l'expropriation des requérants.
2. **La violation de l'article 1P1 est invocable de manière autonome dans un litige fiscal, sans être nécessairement combiné avec l'article 14 sur l'interdiction des discriminations, depuis l'avis de Plénière fiscale du Conseil d'État du 9 mai 2012<sup>270</sup>** : d'une part, la remise en cause d'une espérance, aussi légitime soit-elle, est toujours possible et, d'autre part, dans l'appréciation du caractère certain de cette remise en cause, le juge de l'impôt entend privilégier le point de vue de l'entreprise bénéficiaire du dispositif fiscal.
3. Sur le fondement de l'espérance légitime conventionnelle, le contribuable dispose donc, devant le juge de l'impôt, d'un recours effectif contre le risque induit par l'instabilité normative, notamment dans les cas où les critères constitutionnels ne conduisent pas à censurer le législateur.
4. **Ainsi, le Conseil d'État a contrôlé l'atteinte à l'espérance légitime, c'est-à-dire l'existence d'une telle espérance constituant un bien au sens de l'article 1P1 et de l'atteinte portée par la modification de la loi), dans les cas suivants :**

◆ **modification du régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux** par l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 (liquidation de l'impôt sur les plus-values en report selon les règles fixées postérieurement à la période au cours de laquelle le fait générateur est survenu) pour juger que le contribuable qui opte pour le régime du report d'imposition est réputé accepter les conséquences du rattachement de la plus-value

---

<sup>270</sup>Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c./ Société EPI, n° 308996, Plénière fiscale

à l'année au cours de laquelle il est mis fin au report, de sorte qu'aucune atteinte à l'espérance légitime n'est constituée<sup>271</sup> ;

♦ **instauration de l'*exit tax*** à compter du 9 septembre 1998, pour juger que la circonstance que les plus-values latentes n'étaient auparavant pas imposées ne pouvait être regardée comme constituant un bien au sens de l'article 1P1CE<sup>272</sup>.

1. A l'inverse, le Conseil d'État a retenu l'existence d'une espérance légitime dans plusieurs espèces en matière de fiscalité des entreprises, sans toutefois en déduire une atteinte à l'article 1P1 compte tenu de l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant (voir par exemple, 27 juillet 2012, n° 327850, *Société ST Informatique Services*).
2. La Cour de Cassation applique également le principe d'espérance légitime issu de l'article 1P1 ; aucun précédent n'a toutefois été identifié en matière fiscale.
3. Relevons enfin que, liée à l'instabilité et à la complexité normative, **l'opposabilité de la doctrine fiscale (article L. 80 A du LPF) a également donné lieu à un avis du Conseil d'État portant sur son application dans le temps**. Aux termes de cet avis<sup>273</sup>, l'objectif de sécurité juridique justifie qu'un contribuable puisse se prévaloir de l'interprétation de la loi fiscale alors même que serait ultérieurement intervenue l'annulation par le juge de l'acte, quel qu'il soit, par lequel cette interprétation avait été exprimée, sous réserve toutefois que le fait générateur de l'impôt en cause soit antérieur à cette annulation.

#### **4.3. Au total, l'imposition du patrimoine apparaît complexe du fait de la juxtaposition de nombreux dispositifs et soulève la question de la clarification des objectifs poursuivis en matière de politique fiscale**

1. Bien **que justifiés individuellement pour des motifs juridiques ou de politique fiscale**, certains régimes applicables en matière de fiscalité du capital apparaissent objectivement **complexes**. A titre d'illustration le régime des revenus et produits mobiliers semble avoir atteint un niveau critique : les régimes dérogatoires sont nombreux, le régime de report des plus-values apparaît complexe, que cela soit le fait du législateur ou l'effet des décisions du juge national (distinction entre report sur option et report obligatoire notamment).
2. Par ailleurs, certaines **différences de traitement de tel ou tel produits ou revenus, qui ont pu être justifiées historiquement**, n'apparaissent aujourd'hui **pas toujours**

---

<sup>271</sup>CE, 19 juillet 2016, n° 394596

<sup>272</sup>CE, 21 novembre 2012, n° 347223

<sup>273</sup>CE, 8 mars 2013, n° 353782

**compréhensibles.** Il apparaît ainsi difficile de justifier le bien fondé d'une différence du taux de prélèvement forfaitaire obligatoire entre les actions (21 %) et les obligations (24 %). **D'autres critères apparaissent clairement inadaptés.** Le rapport du comité d'évaluation de l'efficacité des dépenses fiscales et des niches sociales réalisé en 2011 a par exemple mis en avant que « l'horizon de détention de l'assurance-vie ne coïncide pas avec l'objectif de préparation de la retraite ».

3. De la même manière, **certains paramètres qui ont pu avoir une justification historique n'apparaîtront pas nécessairement adaptés aux évolutions économiques actuelles ou à venir.** Par exemple, on pourrait s'interroger sur justification de maintenir un taux abatement sur les dividendes de 40 % dans le cas d'une évolution à la hausse ou à la baisse du taux d'imposition sur les bénéfices.
4. Sur le plan strictement juridique, il existe certes des dispositifs permettant d'assurer de la sécurité juridique au contribuable (opposabilité de la doctrine, rescrit) et **le Conseil constitutionnel a très rarement censuré des dispositifs fiscaux du fait du manque d'intelligibilité de la loi**<sup>274</sup>. Il a par exemple censuré, en raison de son inintelligibilité, une disposition de la loi de finances pour 2013 qui précisait les modalités de détermination du gain d'acquisition pour les actions gratuites attribuées avant le 1er janvier 1990<sup>275</sup>.
5. **Le contrôle du Conseil constitutionnel ne consiste cependant pas en un contrôle de cohérence d'ensemble :**

◆ Comme indiqué dans la première partie, le Conseil constitutionnel veille à ne pas substituer son appréciation à celle du législateur et ne sanctionne que les atteintes caractérisées aux principes constitutionnels. Il ne s'agit pas, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'un dispositif ponctuel, de réévaluer l'ensemble des régimes préexistants concernés <sup>276</sup> par cette

---

<sup>274</sup>Par exemple, la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 a censuré l'article 78 de la loi de finances pour 2006 sur le plafonnement global des avantages fiscaux car sa complexité était excessive eu égard à sa finalité et n'était pas justifiée par des motifs suffisants d'intérêt général. Les contribuables devaient calculer par avance le montant de leur impôt, afin d'évaluer l'impact des nouvelles règles de plafonnement sur tel ou tel de leurs choix. La complexité du dispositif organisé par l'article 78 aurait cependant mis une partie au moins des contribuables concernés hors d'état d'opérer les arbitrages auxquels les invitait le législateur. Des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi (par exemple : décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 14).

<sup>275</sup>Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 84

<sup>276</sup> Le juge constitutionnel peut cependant depuis 1985 se prononcer sur une loi antérieure qu'une mesure nouvelle pourrait amender. En effet, « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. 10).

modification pour s'assurer de leur cohérence et de leur conformité globale au regard des principes constitutionnels et notamment du principe d'égalité<sup>277</sup> ;

◆ s'il a pu avoir une approche consolidée du caractère non confiscatoire de l'ensemble des impositions pesant sur une assiette en 2012 en matière d'impôt sur le revenu mais le juge constitutionnel ne l'a pas encore généralisée à l'ensemble des impositions et ne l'a pas encore appliquée en matière d'effets de seuil ;

◆ le contrôle du Conseil constitutionnel, contrairement à la CJUE, n'a pas un contrôle « économique » approfondi des mesures, notamment en matière de concurrence, le principe de libre concurrence ayant une place dans la « constitution » européenne plus importante que dans celle nationale.

1. **Ce contrôle de cohérence incombe dès lors au législateur.** Le constat de l'accumulation de dispositifs variés ainsi que leur complexité peuvent inciter le législateur à **clarifier à l'avenir les objectifs** poursuivis qui devront être déclinés juridiquement. L'objectif serait d'améliorer la cohérence d'ensemble du système et renforcer les effets incitatifs recherchés, le foisonnement de dispositifs, leur instabilité ou leur complexité pouvant nuire à la capacité pour un contribuable d'opérer des arbitrages entre des dispositifs incitatifs comparables voire créer des effets d'aubaine.
2. **Des objectifs de simplicité, en limitant les régimes dérogatoires, de mise en cohérence des dispositifs aux objectifs poursuivis devraient guider, en méthode, une réforme de la fiscalité du capital. Une fois de tels aménagements réalisés, un objectif de stabilité de la norme fiscale pourrait être poursuivi dans la durée.**

---

<sup>277</sup> Ainsi, lors de la création d'une dépense fiscale par exemple à finalité incitative, il ne s'agit pas de réévaluer le caractère intelligible des régimes concernés dans leur ensemble ni les effets de seuil résultant d'un cumul de différents dispositifs.

**Annexes**

## **Annexe 1 : Le calcul de l'assiette soulève des difficultés tant pour l'ISF que pour la TF**

### **◆ Un calcul de l'assiette de la TF basé sur des valeurs locatives obsolètes**

La taxe foncière repose sur la valeur locative, c'est-à-dire le revenu théorique potentiel du bien, fixée par les services fiscaux et sans lien avec l'état réel du marché immobilier compte tenu de l'absence de révision des valeurs locatives depuis 1970. Le taux de chaque collectivité bénéficiaire s'applique sur le revenu net cadastral, c'est-à-dire la valeur locative sur laquelle est appliqué un abattement de 50% pour frais de gestion pour les biens soumis à la TFPB et de 20% pour ceux soumis à la TFPNB.

#### **Valeur location en matière de TFPB**

Pour les locaux d'habitation la valeur locative (article 1496 du CGI) est déterminée par comparaison avec celle de locaux de référence choisis dans la commune pour chaque nature et catégorie de locaux. La valeur locative de ces locaux de référence est déterminée d'après un tarif fixé par commune ou secteur de commune pour chaque nature ou catégorie de locaux. Le tarif associé au local de référence est alors appliqué à la surface pondérée du local à évaluer, déterminée avec des coefficients destinés à tenir compte de la situation du local, son entretien, l'importance de ses pièces, à laquelle sont ajoutés des équivalents superficiels qui visent à prendre en compte des éléments de confort. Le taux voté par la collectivité territoriale est appliqué à l'assiette ainsi déterminée.

La difficulté actuelle vient du fait que les valeurs locatives utilisées dans les évaluations pour le calcul de la TF datent de 1970 et ont seulement été actualisées une fois en 1980, depuis elles sont revalorisées chaque année par un coefficient forfaitaire fixé en loi de finances. Ces valeurs sont ainsi aujourd'hui sans lien avec l'évolution des quartiers et la révision de ces valeurs induirait vraisemblablement des effets redistributifs en l'absence de mécanisme correctif.

Une expérimentation de la révision des valeurs locatives des locaux d'habitation a été menée en 2015 dans cinq départements <sup>278</sup>.

### **◆ Un calcul de l'assiette de l'ISF basé sur le concept souple de valeur vénale**

L'ISF, comme les DMTG, repose quant à lui sur la valeur vénale qui correspond au « prix auquel le bien pourrait ou aurait pu normalement se négocier à l'époque considérée, tel qu'il résulte en particulier de l'analyse des prix déclarés lors des mutations de biens présentant des caractéristiques identiques et affectés au même usage ». <sup>279</sup> La jurisprudence définit la valeur vénale comme le prix normal qu'eût accepté de payer un acquéreur quelconque n'ayant pas une raison exceptionnelle de convenance de préférer plus particulièrement le bien litigieux à d'autres similaires.

<sup>278</sup> Cf. compte-rendu de l'audition à la commission des finances du Sénat du Secrétaire d'État chargé du budget du 21 février 2017 sur l'expérimentation de la révision des valeurs locatives des locaux d'habitation

<sup>279</sup> BOI-PAT-ISF-30-50-10-20140121

**La détermination de la valeur brute du patrimoine** : selon une jurisprudence judiciaire constante, la valeur vénale d'un bien doit être déterminée compte tenu de l'état de fait et de droit au jour du fait générateur de l'impôt<sup>280</sup>, c'est-à-dire pour l'ISF le 1er janvier de chaque année.

Si les règles d'évaluation prévues en matière de succession s'appliquent à l'ISF s'agissant des immeubles, des meubles et des valeurs mobilières non cotées, il existe des règles spécifiques pour l'évaluation des valeurs mobilières cotées (dernier cours connu ou moyenne des 30 derniers cours, article 885 T bis).

L'appréciation de la valeur vénale par le contribuable est assez souple<sup>281</sup> puisque ce dernier fonde sa propre évaluation sur des éléments de comparaison tirés de la cession de biens intrinsèquement similaires. Par exception, il peut être dérogé à cette méthode comparative en l'absence de biens similaires ou de marché du type des biens en cause<sup>282</sup>. L'administration, puis, le cas échéant, le juge judiciaire –en l'espèce, le juge du fond, dans le cadre de son pouvoir souverain- s'assurent de l'exacte appréciation par le contribuable, au regard des éléments de comparaison produits et de la méthode utilisée. A cet égard, la jurisprudence du Conseil d'État (rendue en matière de plus-values) est convergente avec celle de la Cour de Cassation quant au caractère privilégié de la méthode par comparaison, par rapport à laquelle les autres méthodes ne sont que subsidiaires<sup>283</sup>.

Il peut être appliqué dans certains cas une décote à la valeur vénale du bien afin de prendre en compte certains éléments de dépréciation du bien. Il peut s'agir par exemple du fait que le bien est détenu en indivision<sup>284</sup>.

On relèvera que l'évaluation des actifs détenus à l'étranger pose des difficultés importantes en termes de contrôle par l'administration et le juge de l'impôt, compte tenu de la délicate vérification des conditions de marché locales. En outre, la **réforme des modalités de déclaration de l'ISF intervenue en 2012**, ne soumettant à déclaration détaillée des éléments du patrimoine taxé que les redevables déclarant une valeur nette supérieure à 2.57 M€, a eu pour effet d'appauvrir considérablement les éléments de connaissance du patrimoine des assujettis, et en conséquence, de limiter les opportunités de détection de la sous-évaluation. Seul le montant de l'assiette (brut et net) est en effet reporté sur la déclaration des revenus des détenteurs d'un patrimoine inférieur à ce montant (article 885 W du CGI).

---

<sup>280</sup>Par exemple Cass. Com, 30 octobre 1989, n° 88-12671 (non publié)

<sup>281</sup>Les principes généraux gouvernant l'évaluation des diverses catégories de biens sont exposés dans le Guide de l'évaluation des biens diffusé par l'administration mais ne lient pas les contribuables.

<sup>282</sup>Cass. Com. 10 mai 1988, n° 87-13554, publié au Bulletin ; Cass. Com. 22 janvier 1991 n° 89-12357 (publié au Bulletin); Cass. Com. 15 juillet 1992 n° 90-15326 (non publié) ; Cass. Com. 26 janvier 1999, n° 97-10403 (publié au Bulletin)

<sup>283</sup>CE 20 juin 2012 n° 343033 : [RIF 2012 n° 919](#); Cass. com. 7 juillet 2009 n° 08-14855 (non publié)[RIF 12/09 n° 1173](#)

<sup>284</sup> Cass. Com.,16 février 2016, n° 14-23301 dans le cas d'une décote pour indivision de 20% (arrêt non publié)

Une importante minoration de la valeur vénale du bien, par exemple des comptes courants d'associés<sup>285</sup>, en toute connaissance de cause est susceptible d'être qualifiée de fraude fiscale.

**La détermination de la valeur nette du patrimoine** : les dettes à la charge du foyer fiscal au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition sont déductibles du patrimoine brut à la condition qu'elles soient à la charge personnelle du contribuable et qu'elles soient justifiables<sup>286</sup>.

Le législateur est intervenu en 2012<sup>287</sup> afin de limiter la déduction des dettes aux seules dettes se rapportant à des actifs taxables. Le juge judiciaire avait en effet admis auparavant que les dettes contractées pour l'acquisition ou dans l'intérêt des biens non pris en compte pour l'assiette de l'ISF ou exonérés d'ISF puissent être imputées sur la valeur des biens taxables<sup>288</sup>.

Pour les biens partiellement imposables, la dette est déductible partiellement, à concurrence de la fraction taxable. Les bois et forêts ou les titres compris dans un pacte d'actionnaires de conservation de titres, exonérés à 75%, n'ouvrent ainsi droit à une déductibilité de la dette afférente à ces biens qu'à hauteur de 25%.

Les abattements d'assiette prévus par la loi, qui correspondent à une modalité de calcul de l'assiette et non à une exonération, n'entraînent quant à eux pas de tels mécanismes de limitation de la déductibilité de la dette.

Si le Conseil constitutionnel **n'a jamais précisé la portée de cette déductibilité des dettes sur la valeur nette du patrimoine taxé**, il **apparaîtrait risqué sur le plan de l'égalité devant les charges publiques de ne pas tenir compte de ces éléments**, *a fortiori* dans le cas où le barème de l'impôt sur le patrimoine serait maintenu à un niveau élevé.

Le raisonnement appliqué par le Conseil constitutionnel en matière de plus-values immobilières<sup>289</sup> pourrait être ainsi transposable : un régime qui ne prévoit pas de mécanismes visant à tenir compte des facultés contributives du contribuable, en l'espèce un dispositif d'abattement pour durée de détention ou la prise en compte de l'érosion monétaire, risquerait la censure.

Il est noté à cet égard qu'en matière de fiscalité des personnes physiques, contrairement à celle des personnes morales pour lesquelles la taxation du chiffre d'affaires a été admis, l'imposition du revenu comme du patrimoine tient compte des charges du contribuable, à un niveau réel ou forfaitaire.

<sup>285</sup> Cass. crim., 23 mars 2016, n° 15-80953 (non publié)

<sup>286</sup> Comme en matière de DMTG il s'agit de la valeur nette, l'idée sous-jacente étant que pour taxer la détention « réelle » d'un patrimoine il convient de prendre en compte les dettes afférentes. Economiquement ce mécanisme n'est pas neutre puisqu'il favorise les arbitrages en faveur du financement par la dette plutôt que par un apport en capital et ouvre des possibilités d'optimisation de l'impôt dû via une réduction de la valeur nette de l'assiette.

<sup>287</sup> Article 13 de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

<sup>288</sup> Cass. Com, 31 mars 2009, n°08-14645 (non publié)

<sup>289</sup> Décision 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. 46

## Annexe 2 : Le plafonnement de l'impôt : cadre juridique et évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'ISF

### 1, Cadre juridique

Le plafonnement de l'impôt se rattache aux modalités de sa liquidation. Il consiste à prévoir la fixation d'une cotisation maximale due par le contribuable, indépendamment de l'application, en amont, des règles d'assiette (exonérations notamment) et de taux. En pratique, le plafonnement opère soit comme un **dégrèvement de la cotisation d'impôt due** une fois établie, calculé pour l'année d'imposition N par différence entre, d'une part, la somme algébrique des impôts nets dus par le contribuable durant l'année N-1 et, d'autre part, un pourcentage de la somme algébrique des revenus perçus en N-1 (ISF), soit comme **la fixation d'un plafond exprimé en pourcentage des revenus perçus** (taxe foncière et taxe d'habitation). A la différence du mécanisme de l'exonération, qui revient à exclure *ab initio* de l'assiette taxable certaines catégories de contribuables ou une partie de la base imposable, le dégrèvement corrige, *a posteriori*, le montant de l'impôt exigible<sup>290</sup>.

**Les seuls mécanismes de plafonnement de l'impôt dû relèvent, aujourd'hui, de la fiscalité du patrimoine ou du capital.** Leur mise en œuvre a été justifiée comme permettant de corriger les effets de décorrélation, ou la perception de tels effets, entre une assiette taxée spécifique (le stock de capital ou de patrimoine détenu) et les facultés contributives réelles du contribuable appréciées par le flux de ses revenus disponibles.

**Le premier plafonnement de l'impôt dû est créé en 1985<sup>291</sup>**, relativement à la cotisation de **taxe d'habitation**, et s'est maintenu avec une remarquable stabilité (article 1414 A du CGI). Il est suivi par le **plafonnement de l'ISF en 1988<sup>292</sup>**, concomitant à sa création en lieu et place de l'impôt sur les grandes fortunes, abrogé en 1986. Depuis **2012<sup>293</sup>**, **la taxe foncière sur les propriétés bâties afférente à l'habitation principale** est également plafonnée en fonction du revenu fiscal de référence du foyer (article 1391 B *ter* du CGI), et ce dans l'idée de constituer une mesure d'accompagnement à la suppression du bouclier fiscal, mécanisme de plafonnement global : les travaux préparatoires exposent ainsi que le plafonnement de la taxe foncière permet « *opportunément, parallèlement à la suppression du bouclier fiscal, à son article 14, le maintien d'un dispositif de protection pour les personnes aux faibles revenus (non*

<sup>290</sup>On notera à ce propos que la codification de ces dispositions englobe parfois les deux mécanismes, pourtant distincts sur le plan de la technique fiscale, dans un même article (ainsi des « exonérations et dégrèvements » applicables à l'assiette et à la liquidation de la taxe d'habitation, prévus à l'article 1414 A du CGI).

<sup>291</sup>Article 34 de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

<sup>292</sup> Article 26 de la loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 de finances pour 1989.

<sup>293</sup> Article 31 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

*assujetties à l'ISF), mais qui, étant propriétaires de leur logement, payent des taxes foncières parfois sans commune mesure avec leurs revenus réels* <sup>294</sup>».

Ces mécanismes de plafonnement, récents, introduisent bien **une innovation** majeure dans la conception juridique de l'impôt : une étude panoramique de l'imposition des ménages fait en effet apparaître que le mécanisme de plafonnement n'est en principe mobilisé par ailleurs que pour limiter ou modérer l'impact des avantages générés par l'application de mécanismes de réduction ou de crédits d'impôt (plafonnement global des avantages fiscaux à l'impôt sur le revenu prévu par l'article 200-A du CGI<sup>295</sup>). Il existe également, à l'intérieur des dispositifs de réduction ou de crédit d'impôt, des plafonds spécifiques permettant d'en limiter le montant en amont du calcul du plafonnement global. En d'autres termes, le plafonnement des avantages consiste à faire obstacle aux effets d'aubaine et à garantir, dans un souci de justice fiscale et de prévisibilité budgétaire<sup>296</sup>, un niveau de contribution minimum aux charges publiques.

A l'inverse, **le plafonnement de l'impôt dû répond à un impératif d'allègement, en aval, de la charge fiscale** pesant sur les contribuables, de manière à leur garantir la disponibilité de leurs revenus grâce à la définition d'un taux marginal d'imposition maximal. Les travaux préparatoires de la loi de finances pour 1989 qui a instauré le plafonnement de l'ISF évoquent ainsi « une idée particulièrement novatrice au regard de notre législation fiscale. [Le plafonnement] revient à admettre que l'impôt direct annuel sur la fortune doit pouvoir être acquitté grâce au revenu du contribuable. Ainsi, il ne paraît pas souhaitable que le contribuable soit tenu d'amputer son patrimoine pour se libérer de l'impôt ». Le plafonnement de l'ISF dans sa première version est d'ailleurs présenté sous le nom de « clause de sauvegarde »<sup>297</sup>.

Au moment même où se déroulent les débats parlementaires sur la loi de finances pour 1989, **la Commission européenne des droits de l'homme** (organe de règlement amiable des violations alléguées de la Convention européenne des Droits de l'Homme, supprimé en 1999) rend pour la première fois **un avis**<sup>298</sup> **très développé sur la conformité d'un impôt institué par la Suède sur le capital de sociétés d'assurance-vie à l'article 1 du premier Protocole additionnel** («*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété*

<sup>294</sup> Rapport de M. Ph. Marini au nom de la commission des finances du Sénat,

<sup>295</sup> Mécanisme créé par l'article 91 de la loi de finances pour 2009 (loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008)

<sup>296</sup> Le rapport général fait au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances pour 1982 chiffre ainsi à +1.4Md F l'augmentation de recettes d'IR escomptées du plafonnement à 7 500 F pour chacune des demi-parts ajoutées au titre du quotient familial (page 90)

<sup>297</sup> Rapport général fait au nom de la commission des finances du Sénat par M. Maurice BLIN, rapporteur général, tome II, page 219 s.

<sup>298</sup> *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse et un groupe d'environ 15 000 personnes c. Suède*, n° 13013/87, décision de la Commission du 14 décembre 1988, Décisions et Rapports (DR) 58, p. 163

*que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »). Bien que cette prise de position repose sur de très nombreuses considérations d'espèce non transposables à d'autres types d'impôts sur le capital, tenant au contexte macro-économique, au secteur d'activité concerné, et à la nature des sociétés ciblées, les critères d'analyse dégagés par la Commission font écho aux préoccupations du législateur national sur le plafonnement de l'ISF, et ne resteront pas sans descendance : « l'impôt exceptionnel n'a pas affecté les droits de propriété des requérantes sur leurs actifs, numéraires ou autres, ou porté une telle atteinte à leur situation financière qu'on pourrait estimer qu'il s'agissait là d'une mesure disproportionnée ou d'un abus du droit de percevoir des impôts reconnu à l'État par le Protocole additionnel ».*

L'atteinte aux droits de propriété ou à la situation financière du contribuable se dessine donc dès la fin des années 1980 comme **la frontière du pouvoir fiscal exercé souverainement par l'autorité publique, au-delà de laquelle l'impôt sur le capital deviendrait confiscatoire.**

**La première décision rendue par le Conseil constitutionnel sur l'impôt sur les grandes fortunes le 30 décembre 1981<sup>299</sup> ne se place pas sur le terrain du caractère confiscatoire de l'impôt,** les requérants n'ayant invoqué que la contrariété des règles d'assiette de l'IGF (en l'espèce, l'absence de mesures limitant les effets de l'accroissement de l'assiette taxable dû au cumul des patrimoines des individus composant le foyer fiscal, unité d'imposition) à l'article 13 de la DDHC. Aucun critère n'est dégagé pour apprécier les limites éventuelles de la taxation des facultés contributives, et ce alors que le moyen des requérants relatif à l'absence d'abattement significatif fonction de la composition du foyer fiscal aurait pu entraîner les juges sur ce terrain.

**La Cour de Cassation, saisie en 2004 d'un pourvoi formé par les époux « I »<sup>300</sup> contre l'arrêt de la Cour d'appel de Caen qui avait rejeté leur demande de dégrèvement de l'ISF acquitté au titre des années 1997, 1998 et 1999 (sous l'empire, donc, du « plafonnement plafonné »), va, elle, mentionner, au détour d'un motif synthétique, l'existence du plafonnement pour refuser la qualification d'impôt confiscatoire, qu'elle définit un peu plus précisément et qu'elle accepte, surtout, de contrôler<sup>301</sup>.**

<sup>299</sup> Décision n° 81-133 DC du 30 décembre 1981

<sup>300</sup> Cass. Com., 25 janvier 2005, n° 03-10068, (publié au Bulletin)

<sup>301</sup> Dans une précédente contestation de l'ISF fondée sur le caractère confiscatoire, la Cour de Cassation avait renvoyé à l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. Com., 13 novembre 2003, n° 01-15611, non publié). La Cour d'appel de Paris avait ainsi en 2001 jugé que les effets du plafonnement de l'ISF ne portaient pas atteinte au principe de sécurité des biens, dès lors que les appelants ne justifiaient pas avoir été dans l'obligation de céder une partie de leur patrimoine pour payer l'impôt (CA Paris, 1<sup>ere</sup> ch. B, 17 mai 2001, Recueil Dalloz 2001 p. 2876).

Les époux « I » soulevaient en particulier, au visa de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la CESDH, le moyen tiré du caractère confiscatoire de l'impôt liquidé, relevant que pour les années considérées, le rapport entre l'ensemble de leurs impôts et leurs revenus nets avait été de 260 % en 1997, 287 % en 1998, et 174 % en 1999, de sorte que la confiscation au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme était donc établie, et que s'agissant des seuls ISF et IR, il était établi qu'en 1997, 1998, 1999 ils avaient atteint respectivement 85 %, plus de 43,52 %, et 40,17 % du revenu, de sorte que ces ponctions étaient disproportionnées au regard de l'intérêt général poursuivi. La Cour répond qu'en l'espèce, « le mécanisme de calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune, **avec en outre son plafonnement pour l'une des années concernées**, n'avait pas entraîné pour eux des prélèvements d'impôt de solidarité sur la fortune et d'impôt sur le revenu qui soient supérieurs aux revenus dont ils avaient disposé ». Le plafonnement permet donc de considérer, combiné à la pris en compte d'éléments de fait, que **l'impôt ne conduit pas à une absorption totale de la capacité contributive des contribuables** et ne revêt pas dès lors de caractère excessif ou confiscatoire.

Cette jurisprudence, quoique procédant d'une appréciation *in concreto*, marque pour la première fois explicitement **l'existence d'un lien fort entre l'existence du mécanisme de plafonnement et l'absence de caractère excessif de l'atteinte portée par la loi fiscale au droit de propriété.**

La Cour de Cassation a rejeté sans l'examiner un moyen complémentaire, invoqué sur le fondement de l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, relatif à l'atteinte, par l'application d'un taux marginal élevé d'ISF et d'IR (entre 40 % et 85 %), du droit à l'amélioration constante des conditions d'existence de toute personne, relevant, conformément à sa jurisprudence, que ces dispositions ne produisaient pas d'effet direct dans l'ordre interne.

**La Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu à connaître le 4 janvier 2008 de l'affaire des époux « I »<sup>302</sup>**, jugeant d'une part que les modalités d'application de la législation fiscale française, et notamment l'application de la règle du plafonnement et la détermination de l'assiette servant au calcul de celui-ci, relevaient de la marge d'appréciation qui est reconnue à l'État en la matière, dans le cadre de la mise en œuvre de sa politique fiscale, et, d'autre part, en tenant toujours compte de « la marge d'appréciation dont disposent les États contractants en cette matière, et sauf à remettre en question l'appréciation des faits opérée par les juridictions internes » que le paiement de l'imposition en question n'avait pas porté une « atteinte telle à la situation financière des requérants que l'on pourrait estimer qu'il s'agissait d'une mesure

---

<sup>302</sup>CEDH, 3e section, 4 janvier 2008, n° 25834/05 et 27815/03, RJF 2008, n° 5/627, p. 539

disproportionnée ou d'un abus du droit de percevoir des impôts et d'autres contributions, droit reconnu à l'État par l'article 1 du Protocole n°1 ». La Cour a notamment souligné que les contribuables ne pouvaient affirmer que l'ISF qu'ils payaient chaque année avait un caractère confiscatoire dès lors que leur patrimoine augmentait au fil des ans. L'appréciation de la Cour aurait sans doute été différente si le patrimoine des contribuables avait diminué au fil des ans.

## 1. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le plafonnement de l'ISF

- **la suppression du plafonnement de l'ISF, et des impôts directs, est validée en 2011** (2011-638 DC du 28 juillet 2011, considérants n° 15 à 21) **dès lors qu'elle s'accompagne d'une modification du barème qui conduit à alléger la charge fiscale sur les contribuables.** L'article 1<sup>er</sup> de la loi de finances rectificatives pour 2011 a en effet substitué, à l'article 885 U du CGI, au barème constitué de sept tranches, avec des taux s'échelonnant de 0 % pour une valeur nette taxable n'excédant pas 800 000 euros à 1,80 % pour une valeur nette taxable supérieure à 16,79 millions d'euros, un barème constitué de **deux tranches**, avec un taux de 0,25 % applicable sur l'ensemble du patrimoine dès lors que sa valeur nette taxable est égale ou supérieure à 1,3 million d'euros et inférieure à 3 millions d'euros et un taux de 0,50 % pour une valeur nette taxable égale ou supérieure à 3 millions d'euros. Si le Conseil constitutionnel cite *in extenso* ce détail du barème ancien et nouveau dans sa décision, il opère toutefois **un simple contrôle d'erreur manifeste d'appréciation sur le nombre de tranches et la fixation des taux.**

- **l'instauration d'une contribution exceptionnelle sur la fortune<sup>303</sup>, conçue comme une surtaxe à l'ISF, non plafonnée, pour les contribuables disposant d'un patrimoine évalué entre 1.3 M€ et 3 M€, et la modification du barème de l'ISF** (dans le sens d'un accroissement du nombre de tranches et d'un retour au taux maximal de 1.8 %), **s'ils ne conduisent pas à une imposition confiscatoire, violent le principe d'égalité devant les charges publiques dès lors qu'aucun plafonnement n'est prévu.** Le juge constitutionnel précise que la suppression du plafonnement en 2011 n'avait été acceptée qu'en raison d'une « **forte baisse** » des taux.

- ◆ cette décision est remarquable en ce qu'elle opère une sorte de validation *ex-post* de la constitutionnalité du premier impôt sur la fortune en relevant que « pour ne pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, le législateur a, depuis la création de l'ISF (...), inclus dans le régime de celui-ci des règles de plafonnement qui ne procèdent pas d'un calcul impôt par impôt et qui limitent la somme de l'ISF et des impôts dus au titre des revenus et produits de l'année précédente à une fraction totale des revenus nets de l'année précédente » ;

---

<sup>303</sup> Décision n°2012-654 DC du 9 août 2012, cons.26 et suivants

- ◆ le Conseil constitutionnel retient que malgré la non-conformité à l'article 13 de la DDHC, la disposition contestée n'encourt pas l'annulation dès lors qu'elle est instituée pour un an, que le montant brut de l'ISF dû au titre de la même année est déduit de la contribution et que le bénéfice du « bouclier fiscal » est encore applicable à l'ISF acquitté en 2012.

- la modification du barème de l'ISF en loi de finances pour 2013, avec un retour à six tranches, le relèvement du taux maximal à 1,5 % et la suppression de l'abattement de 300€ au titre de personnes à charge, est validé par le Conseil constitutionnel au motif que « si le législateur a pu accroître le nombre de tranches et rehausser les taux de l'imposition pesant sur le patrimoine alors qu'il a assujetti dans le même temps les revenus du capital au barème de l'impôt sur le revenu et qu'il a maintenu les taux particuliers de prélèvements sociaux sur les revenus du capital, c'est **en raison de la fixation à 1,5 % du taux marginal maximal et du maintien de l'exclusion totale ou partielle de nombreux biens et droits hors de l'assiette de cette imposition** ; que, dans ces conditions, le taux de 1,5 %, applicable à la fraction de la valeur nette taxable du patrimoine supérieure à 10 M€, prend en compte les facultés contributives des personnes qui détiennent de tels patrimoines ; qu'en particulier, contrairement à ce que soutiennent les députés requérants, il n'a pas pour conséquence, par ses effets sur le patrimoine de ces contribuables, de porter atteinte à leur droit de propriété ». Des considérations de taux, d'assiette et **la prise en compte explicite du plafonnement à 75% des revenus de l'année précédente** justifient ainsi la conformité du retour de l'ancien barème aux principes constitutionnels<sup>304</sup>.

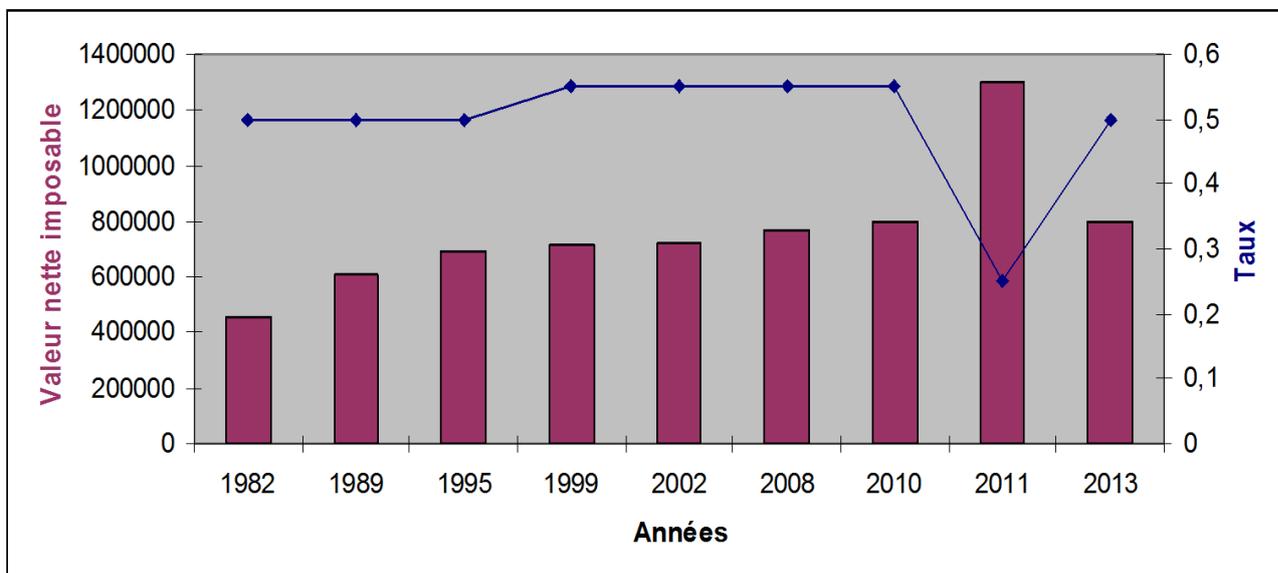
- cette décision, qui a également statué sur le caractère confiscatoire de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, semble placer **le seuil de la charge fiscale excessive aux deux tiers des revenus**. Toutefois, compte tenu de la méthode casuistique suivie par le Conseil constitutionnel en matière de plafonnement, ce seuil ne peut être considéré comme absolument consacré.

- **des motifs de lutte contre des effets d'aubaine justifient de modérer le plafonnement de l'ISF** : le plafonnement du plafonnement est ainsi validé par la réponse à une QPC (2010-99 QPC, 11 février 2011), au motif que l'ISF frappant la capacité contributive conférée par la détention de biens et de droits, y compris non productifs de revenus, ce mécanisme permet d'éviter la maximisation du bénéfice du plafonnement par l'accumulation de biens non productifs de revenus, venant « gonfler » l'assiette taxable à l'ISF tout en réduisant le montant des revenus sur la base duquel l'impôt est liquidé. On peut toutefois s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence, depuis qu'en 2012 le plafonnement de l'impôt a été jugé indispensable –à tout le moins en l'état de ses paramètres de taux.

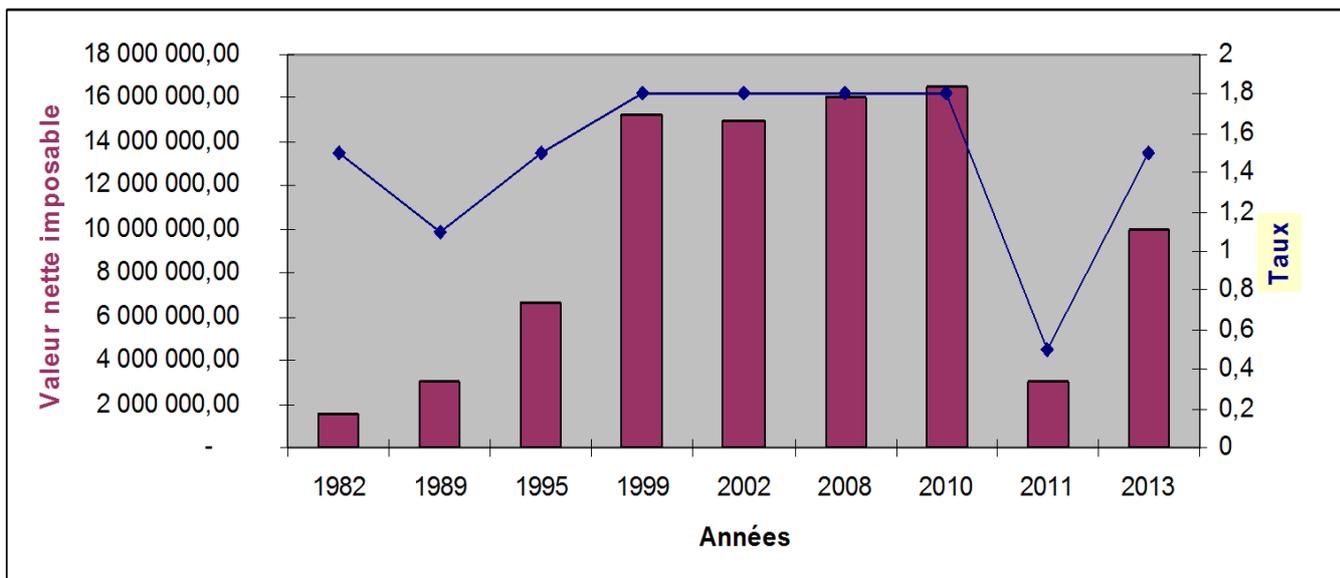
---

<sup>304</sup> Décision n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, cons. 86 à 96.

**Annexe 3 : Représentation graphique de l'évolution du tarif de l'IGF puis de l'ISF (première tranche)**



**Annexe 3 bis : Représentation graphique de l'évolution du tarif de l'IGF puis de l'ISF (dernière tranche)**



**Annexe 4 : L'impact de l'ISF sur la fiscalité du patrimoine (taux d'imposition marginaux 2016, tranche d'IR à 45%) –OFCE Policy Brief, n° 5, 24 octobre 2016**

	Sans ISF	ISF à 1 %
Intérêts*	58,2/116,4	108,2/156,4
Revenus fonciers**	62,4	79,1
Loyers implicites**	10,0	21,7
Dividendes distribués***	62,0	74,5
Plus-values taxées***	66,8/60,6	79,3/73,1
Plus-values non taxées***	34,4	46,9

\* Taux d'intérêt de 2 % – inflation nulle/taux d'intérêt de 4 % – inflation de 2 %. \*\* Rentabilité de 6 % ;

\*\*\* Rentabilité de 8 %.

Source : Calculs des auteurs.

## **Annexe 5 : Le calcul du plafonnement de l'ISF : analyse des paramètres dégagés par le Conseil constitutionnel**

L'arithmétique du plafonnement de l'ISF dans l'état du droit actuel est à la fois complexe, produit de l'introduction de mesures successives et des apports parfois constructifs de la jurisprudence, et contestée sous plusieurs aspects. Le plafonnement applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2017 se calcule comme suit (article 885 V bis du CGI) :

<b>ISF établi au titre de l'année N</b>
-
<b>[ (somme de l'ISF exigible + des impôts dus en France et à l'étranger au titre des revenus et produits au titre de l'année N-1, calculés avant imputation des seuls crédits d'impôt représentatifs d'une imposition acquittée à l'étranger et des retenues non libératoires)</b>
-
<b>(75% de la somme des revenus mondiaux nets de frais professionnels de l'année précédente, après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156, ainsi que des revenus exonérés d'impôt sur le revenu et des produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France) ]</b>
=
<b>ISF maximal dû au titre de l'année N</b>

Deux termes produisent donc, par différence, le montant du dégrèvement imputable au titre du plafonnement : les impôts dus en France et à l'étranger d'une part, et 75 % des revenus mondiaux nets d'autre part. Quels sont les sous-jacents juridiques contraignants de cette équation ?

**S'agissant des impôts à prendre en considération** : le législateur retient depuis l'origine les impôts « versés ou dus à raison des revenus ou produits perçus par le redevable au cours de l'année précédente »<sup>305</sup>, soit en l'état du droit actuel l'IR, la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, la CSG, la CRDS, les prélèvements sociaux et la contribution sociale libératoire sur les distributions et gains nets, la taxe sur les plus-values immobilières élevées (article 1609 nonies G du CGI), et les deux

<sup>305</sup> Travaux parlementaires de la loi de finances pour 1989 précités, p. 221.

taxes sur les cessions de terrains nus devenus constructibles (articles 1529 et 1605 nonies du CGI).

Des **corrections des effets de périmètre** sont prévues : ainsi pour l'IR, la cotisation retenue est réduite de la fraction correspondant aux revenus des personnes dont les biens n'entrent pas dans l'assiette de l'ISF du redevable (2<sup>ème</sup> alinéa du II), pour prendre en compte la différence de définition du foyer fiscal au sens des deux impositions.

Le législateur de 1989 s'interrogeait déjà sur la discordance entre la base des impositions retenues pour le calcul du plafonnement et celle de l'ISF, dès lors que **les taxes foncières afférentes au patrimoine immobilier, inclus à l'assiette de l'ISF, ne sont pas prises en compte** : « on peut objecter que [ces impôts] relève[nt] de la fiscalité directe locale, et qu'il n'est donc pas opportun de les inclure dans un dispositif concernant des impositions directes perçues par l'État. Toutefois on peut craindre que le contribuable n'entre pas dans ce type de considération et qu'il reste avant tout sensible à la pression fiscale globale qui s'exerce sur lui »<sup>306</sup>.

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé de manière spécifique sur cette partie des modalités du plafonnement de l'ISF, lesquelles sont, on l'a vu, examinées ensemble au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, et ce alors que l'absence des impôts directs fonciers paraît critiquable au regard de l'exigence de tenir compte de la faculté contributive des contribuables. Relevons que, saisi des dispositions créant le plafonnement des impôts directs, le Conseil constitutionnel avait validé une composition différente du terme regroupant les impositions pour son calcul, et qui incluait les taxes foncières.

**S'agissant de l'inclusion des prélèvements sociaux libératoires et de la CSG/CRDS**, elle a été explicitement validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi TEPA en 2007, au motif qu'ils relevaient de la catégorie des impositions de toutes natures.

**S'agissant des revenus à intégrer au calcul** : si le terme regroupant les impositions à prendre en compte pour le calcul du plafonnement est remarquable de simplicité et de stabilité, le terme regroupant les revenus a donné lieu à un contentieux nourri et à des évolutions normatives.

C'est sur ce terme que les redevables peuvent agir le plus facilement pour maximiser le bénéfice du plafonnement, puisqu'ils ont davantage la maîtrise de la source de leurs

---

<sup>306</sup> Id., p. 224

revenus que de leur assujettissement à l'impôt, de sorte que les schémas d'optimisation les plus courants en matière d'ISF consistent à trouver les moyens légaux de minorer la masse des revenus qui sera retenue pour le calcul de la réduction de l'ISF, essentiellement en les réalisant à l'étranger.

**La prise en compte des revenus réalisés en France et hors de France :** le législateur avait initialement limité les revenus de référence aux revenus nets de frais professionnels soumis en France et à l'étranger à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente et des produits soumis à un prélèvement libératoire de cet impôt ; afin de contrer les effets d'aubaine, les revenus exonérés d'impôt sur le revenu réalisé au cours de la même année en France ou hors de France sont ajoutés en 1999, puis, en 2013, l'élargissement aux revenus et produits réalisés à l'étranger est complété par la mention des « revenus mondiaux » et des produits soumis à un prélèvement libératoire hors de France.

**La réalisation des revenus résulte de l'existence d'un fait générateur d'imposition** (et ce même si les revenus sont exonérés par application de la loi ou d'une convention) : ainsi de la cession ou l'expiration du report ou du sursis d'imposition, le cas échéant, pour les plus-values, de l'encaissement pour les revenus, et, s'agissant des produits financiers, selon le cas, l'inscription en compte ou le retrait, le rachat, le dénouement ou la clôture d'un contrat, d'un compte ou d'un plan. La qualification de revenus à prendre en compte pour le calcul du plafonnement est d'interprétation stricte pour le juge de l'impôt :

#### **Imputation des déficits catégoriels :**

Par un arrêt du 9 octobre 2007 (non publié), la chambre commerciale de la Cour de Cassation a confirmé la lecture stricte retenue par l'administration de la déduction des déficits catégoriels introduite pour 1999, contre l'avis de l'avocat général : elle retient que, en mentionnant la déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156, l'article 885 V bis du CGI **ne permet pas de déduire des revenus nets le déficit du revenu global reporté**, qui a cessé de constituer un déficit catégoriel.

Le Conseil d'État a également précisé qu'en matière d'activités non commerciales **ne sont imputables sur le revenu global que les déficits provenant d'une activité libérale ou ceux provenant des charges et offices dont les titulaires n'ont pas la qualité de commerçants**, dès lors que le contribuable qui les déclare exerce effectivement une activité professionnelle (21 octobre 2016, *Holveck c/ministre de l'économie et des finances*, n° 386796, fiché au recueil Lebon).

#### **Absence de déductibilité de charges non visées par la loi fiscale :**

Par un arrêt publié au bulletin du 14 décembre 1999<sup>307</sup>, la Cour de Cassation précise que les revenus à prendre en compte pour le second terme des masses à comparer pour établir le plafonnement de l'ISF sont « les revenus nets de frais professionnels soumis à l'impôt sur le revenu », et non les revenus tels qu'ils sont retenus pour la fixation du montant de l'impôt sur le revenu, de sorte que les revenus à prendre en compte pour cette opération de doivent pas être réduits de charges non visées à ce texte (charges d'entretien d'un immeuble classé monument historique).

---

<sup>307</sup> Cass. Com., n° 97-16774, publié au Bulletin (voir recueil Dalloz 2000 p. 23)

## Annexe 6 : Précisions jurisprudentielles en matière de calcul des plus-values

### **Les plus-values de cessions à prix nul :**

A défaut de qualifier l'intention libérale, **la cession pour un prix nul ne peut être qualifiée de cession à titre gratuit (CE, 25 janvier 2017, n° 392063)** exclue de l'application des articles 151-0 A et 150-0 D du CGI relatif aux plus-values de cession des valeurs mobilières. La preuve que la valeur vénale des titres, compte tenu de la situation de la société, était nulle, est en effet rapportable par le contribuable.

On rapprochera cette jurisprudence de celle consistant à juger que si le prix d'acquisition des bons de souscription attachés à des actions est réputé nul par la loi (article 150-0 D, 3-b du CGI), la plus-value en cas de cession de bons de souscription autonomes est calculée, selon les règles de droit commun, en prenant en compte le prix effectif d'acquisition de ces bons (CE 20 juin 2012 n° 341362 et 21 novembre 2016, n° 388052).

### **Les abattements pour durée de détention :**

**Dans une décision du 12 novembre 2015, le Conseil d'État a jugé que la loi ne permettait pas d'appliquer les abattements pour durée de détention aux moins-values de cession de valeurs mobilières prévus par la doctrine fiscale.**

Les moins-values s'imputent dès lors pour leur montant brut sur les plus-values brutes de même nature. En cas de solde positif, les abattements pour durée de détention sont applicables alors qu'en cas de solde négatif, le solde est reporté et est imputable sur les plus-values de même nature les années suivantes jusqu'à 10 ans. Conséquence nécessaire de cette jurisprudence, la LFR pour 2016 est venue modifier l'article 167 bis, VIII-4 bis du CGI sur l'exit tax afin de mettre en conformité ce dispositif dont la lettre prévoyait l'application des abattements pour durée de détention aux moins-values.

## Annexe 7 : L'apport-cession

Du 1er janvier 2000 au 14 novembre 2012, une personne physique apportant les titres d'une société soumise à l'IS à une autre société soumise à l'IS bénéficiait automatiquement d'un sursis d'imposition sur la plus-value latente grevant les titres apportés.

L'administration fiscale pouvait être amenée à contester ce type d'opération sur le terrain de l'abus de droit lorsque, notamment, l'apport intervenait peu de temps avant la cession des titres apportés.

La holding cédaient les titres reçus pour un prix proche du prix d'apport, reportant ainsi la taxation au jour de la cession des titres du holding.

**La question du emploi du produit de la cession était déterminante car, selon le Conseil d'État, l'opération d'apport-cession n'est pas constitutive d'un abus de droit lorsqu'il ressort de l'ensemble de l'opération que la société bénéficiaire de l'apport « a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique »** (cf. CE 8 octobre 2010 n°301934, et n°313139 ), la jurisprudence venant préciser ce qui relevait ou non d'une activité économique.

**L'article 18 de la troisième loi de finances rectificative (LFR) pour 2012 a mis un terme à ce schéma d'optimisation dit « d'apport-cession » en excluant du sursis d'imposition les plus-values d'apports de titres effectués à des sociétés contrôlées par l'apporteur.**

Codifié sous l'article 150-0 B ter, le nouveau régime prévoit que l'imposition de la plus-value réalisée dans le cadre d'un apport réalisé à compter du 14 novembre 2012 à une société soumise à l'IS est reportée si la société bénéficiaire de l'apport est contrôlée par le contribuable à la date de l'apport, en tenant compte des droits détenus à l'issue de celui-ci.

**L'article 33 de la LFR pour 2016 a précisé le dispositif sur plusieurs points :**

- il a resserré le champ des réinvestissements éligibles ;
- il a imposé un délai de conservation des actifs ou titres qui ont fait l'objet du réinvestissement ;
- il a précisé les conditions et modalités du maintien du report d'imposition lorsque le contrat de cession prévoit le versement d'un complément de prix ;
- il a simplifié la gestion des opérations successives dans le cadre de ce dispositif.

**Annexe 8 : Imposition des produits d'assurance-vie et de capitalisation**

Types de contrats	Impôt sur le revenu	Prélèvements sociaux
<b>Bons ou contrats souscrits avant le 1<sup>er</sup> janvier 1983</b>	Exonération	15,5 %
<b>Bons et contrats souscrits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 26 septembre 1997, épargne versée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1998</b>	Exonération	15,5 %
<p><b>Bons et contrats souscrits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 26 septembre 1997, épargne versée après le 1<sup>er</sup> janvier 1998</b></p> <p><b>Bons et contrats souscrits depuis le 26 septembre 1997</b></p> <p>→ rachat ou dénouement après une durée égale ou supérieure à 8 ans</p>	<p>- Abattement annuel de 4 600 € (personnes seules) ou 9 200 € (couples)</p> <p>- Imposition de la fraction excédant ces montants : imposition forfaitaire libératoire à 7,5%, sur option du contribuable, sinon imposition au barème</p>	15,5 %
<p><b>Bons et contrats souscrits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 26 septembre 1997, épargne versée après le 1<sup>er</sup> janvier 1998</b></p> <p><b>Bons et contrats souscrits depuis le 26 septembre 1997</b></p> <p>→ rachat ou dénouement lorsque la durée est inférieure à 8 ans mais supérieure ou égale à 4 ans</p>	Imposition forfaitaire libératoire à 15%, sur option du contribuable, sinon imposition au barème	15,5 %
<p><b>Bons et contrats souscrits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 26 septembre 1997, épargne versée après le 1<sup>er</sup> janvier 1998</b></p> <p><b>Bons et contrats souscrits depuis le 26 septembre 1997</b></p> <p>→ rachat ou dénouement lorsque la durée est inférieure à 4 ans</p>	Imposition forfaitaire libératoire à 35%, sur option du contribuable, sinon imposition au barème	15,5 %

## Annexe 9 : Exonération des loyers fictifs de logements dont les propriétaires se réservent la jouissance (loyers « implicites »)

La loi de finances pour 1965 n° 64-1279 du 23 décembre 1964 a introduit l'exonération de l'article 15-II du CGI s'agissant des logements dont les propriétaires se réservent la jouissance.

Jusqu'à cette date, le propriétaire qui se réservait la jouissance d'un logement était taxé sur la base d'un loyer fictif. Cette mesure avait pour objectif d'assurer l'égalité entre le locataire qui devait engager une dépense par le paiement d'un loyer et le propriétaire qui économisait la valeur d'un loyer. Cette disposition présentait cependant des limites pointées par le Gouvernement<sup>308</sup> :

- ◆ se posaient la question de la détermination du loyer à prendre en compte et celle de l'évaluation de la valeur locative des logements en cause ;
- ◆ la mesure présentait un intérêt limité en termes budgétaires puisque le loyer effectivement imposable se trouvait réduit compte tenu de la possibilité pour le contribuable de déduire les charges afférentes au logement ;
- ◆ l'imposition d'un loyer fictif pouvait représenter un frein à l'acquisition de logements.

La question de la suppression de cette exonération envisagée par des économistes soulève certaines interrogations juridiques et en gestion :

Comment serait déterminé le loyer à prendre en compte ?

La possibilité de déduire les charges afférentes au logement ne conduirait-il pas à réduire fortement le rendement de cet impôt ?

La suppression d'une telle exonération ne présenterait-elle pas de difficulté au plan constitutionnel au regard du principe d'égalité devant les charges publiques ? Serait-il nécessaire de prévoir des mécanismes visant à limiter dans certains cas l'imposition afin de respecter les capacités contributives du contribuable compte tenu notamment de la nature de ses revenus disponibles ?

Cette dernière question apparaît d'autant plus importante que le « contexte » fiscal dans lequel s'inscrirait cette imposition n'est pas le même que celui qui prévalait avant 1965 : la détention du patrimoine est soumise, contrairement à l'époque, à l'imposition de solidarité sur la fortune. La taxation d'un loyer fictif du fait de la détention d'un logement dont les propriétaires se réservent la jouissance apparaît ainsi à l'intersection de la taxation d'un revenu et celle de la détention du patrimoine.

<sup>308</sup> Cf. par exemple QE n° 10606 DARMANIN publiée au JO AN le 26 février 2013 : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-10606QE.htm>

## Annexe 10 : Neutralisation de la double imposition des dividendes

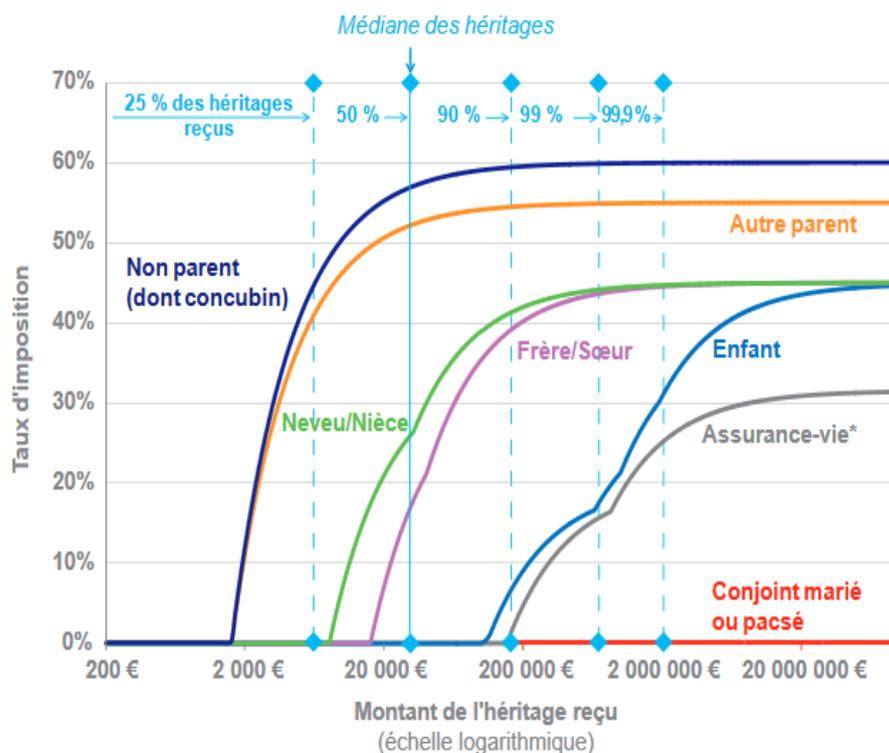
Dans le cas des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, les dividendes distribués aux actionnaires peuvent être imposés deux fois : une première fois au titre de l'imposition des bénéfices et une deuxième fois au titre des dividendes versés aux actionnaires. Afin de neutraliser cet effet plusieurs options sont envisageables :

- ◆ une taxation différenciée au niveau de l'entreprise entre les bénéfices distribués et ceux mis en réserve : les bénéfices distribués sont moins fortement taxés que ceux mis en réserve car ils seront imposés une nouvelle fois dans les mains de l'actionnaire ;
- ◆ une imputation par les actionnaires sur leur impôt sur le revenu du montant d'impôt sur les sociétés payées au niveau de l'entreprise, par exemple sous la forme d'un avoir fiscal qui était le système qui a prévalu en France jusqu'en 2005 ou encore à l'étranger (Finlande notamment jusqu'en 2004) ;

La réforme du régime fiscal des distributions a été justifiée pour les motifs suivants :

- ◆ le précompte, corollaire de l'avoir fiscal, pénalisait la compétitivité des entreprises, notamment celles qui exerçaient leur activité à l'étranger ;
- ◆ le régime n'apparaissait pas conforme au droit communautaire (voir partie sur le droit de l'UE) ;
- ◆ la combinaison de l'avoir fiscal et du précompte était source de complexité, tant pour les entreprises, les établissements payeurs et les actionnaires ;
- ◆ ce dispositif était par ailleurs coûteux (4,36 milliards d'euros en 2002), du fait notamment des remboursements de l'avoir fiscal aux actionnaires étrangers non redevables de l'IR en France par application des conventions bilatérales et de la jurisprudence communautaire (CJUE 28 janvier 1986 Commission c/ France, affaire 270/83).

**Annexe 11 : Représentation graphique des abattements et des niveaux d'imposition sur les mutations à titre gratuit en fonction de la parenté (France Stratégie, janvier 2017)**



\* Quel que soit le lien de parenté entre le défunt et le bénéficiaire, hors versements après 70 ans. Les versements après 70 ans font l'objet d'un abattement de 30 500 euros par défunt. Les versements antérieurs à 1998 sur des contrats ouverts avant 1991 sont totalement défiscalisés.

Lecture : un héritage de 2 millions d'euros est taxé à 60 % pour un non-parent, à 30,8 % pour un enfant, à 0 % pour un conjoint marié. Environ 0,1 % des héritages sont supérieurs à 2 millions d'euros.

Note : les héritages ne sont pas taxés s'ils sont inférieurs à 1 594 euros pour les non-parents et autres parents, à 7 967 euros pour les neveux et nièces, à 15 932 euros pour les frères et sœurs, à 100 000 euros pour les enfants et à 152 500 euros pour les assurances-vie.

Source : France Stratégie, d'après le Code des impôts, enquête Patrimoine 2010 pour la répartition des héritages

**Annexe 12 : Exonérations communes aux DMTG (donations et successions)**

<b>Actif transmis exonéré</b>	<b>Taux</b>	<b>Article CGI</b>	<b>Conformité à la Constitution</b>
Droits sociaux compris dans un pacte fiscal	75%	787 B	2003-477 DC
Entreprise individuelle dans le cadre d'un pacte fiscal	75%	787 C	2003-477 DC
Immeubles acquis neufs entre le 1 <sup>er</sup> juin 1993 et le 31 décembre 1994 et entre le 1 <sup>er</sup> août 1995 et le 31 décembre 1995	100% plafonnée à 46 000 €	793 2-4° et 5°	
Immeubles locatifs	75% plafonnée à 46 000 €	793 2-6°	
Monuments historiques	100%	795 A	
Immeubles transmis dans le cadre des ORCOD	100%	795 B	
Dons et legs au profit d'organismes	100%	794, 795, 795-0 A, 1040 I	
Œuvres d'art, objets de collection donnés à l'État	100%	1131	
Réversion de rentes viagères entre parents en ligne directe	100%	793 1-5°	
Biens ruraux à bail à long terme et parts de GFA	75% jusqu'à 101 897 €, puis 50%	793 2-3°, 793 bis, 793 1-4°	
Bois et forêts et parts de groupements forestiers	75%	793 2-2°, 793 1-3°	
Groupements fonciers ruraux	75% jusqu'à 101 897 €, puis 50%	848 bis	
Propriétés non bâties "Natura 2000"	75%	793 2-7°	
Immeubles nouvellement titrés	30% de la valeur	793 2-8°	

Une QPC relative à la conformité de l'article 787 C au principe d'égalité (article 6 DDHC) a fait l'objet d'un refus de renvoi au Conseil constitutionnel par la Cour de Cassation (arrêt n° 1228 du 8 novembre 2012, disposition déjà jugée conforme à la Constitution).

**Annexe 13 : Exonérations spécifiques aux successions**

<b>Motif de l'exonération</b>	<b>Taux</b>	<b>Article CGI</b>	<b>Contrôle de constitutionnalité</b>
Conjoint ou partenaire de PACS survivant	100%	796-0 bis	
Frères et sœurs du défunt	100% sous condition d'âge et de domicile, sinon: abattement de 15 932 €	796-0 ter	
Indemnités en capital ou rentes (dommages corporels)	100% du capital ou de la rente versé ou dû	775 bis	
Indemnités versées par l'Allemagne aux victimes de persécution	100%	non codifié, décret 31-971 du 29 août 1961	
Droits de retour conventionnels/légaux	100%	738-2, 763 bis	
Réversion d'usufruit	100% pour le conjoint ou partenaire de PACS et sous condition entre frères et sœurs	796-0 quater	
Salaire agricole différé	100%	793 1-6°	
Immeubles situés en Corse	50% pour les successions ouvertes entre le 1er janvier 2013 et le 31 décembre 2017; 1er janvier 2018: 0%	1135 bis	Censure de l'article 14 de la LFI pour 2013 (2012-662 DC, cons. 129 à 133)
Parcelles non bâties en indivision et non titrées dont la valeur est < à 5 000 €	100% pour les successions ouvertes à compter du 31 décembre 2013	797	
Successions des militaires décédés en guerre, au cours d'une Opex ou opération de sécurité intérieure, victimes de guerre et de terrorisme, sapeurs-pompiers, policiers, gendarmes et agents des douanes dans l'accomplissement de leur mission cités à l'ordre de la Nation.	100%	796	

**Annexe 13 bis : Droits de donation et de succession au 1er janvier 2017**

Donataire/héritier	Abattement (sauf niche "logement neuf")		Taux (par tranche)	
	Donation	Succession	Donation	Succession
époux et partenaire de PACS	80 724 €	100%	de 5% à 45%	
en ligne directe, 1er degré (enfant)	100 000 €			
en ligne directe, 2è degré	31 685 €		de 5% à 45%	
en ligne directe, 3è degré	5 310 €			
frères et sœurs	15 932 € (exonération pour succession sous conditions)		de 35% à 45%	
neveux et nièces	7 967 €			
autres parents jusqu'au 4è degré		1 594 €	55%	
autres parents et tiers		1 594 €	60%	

## Annexe 14 : Holding animatrice : évolutions jurisprudentielles récentes

### L'évolution récente de la jurisprudence judiciaire a mis en avant les critères de définition de la holding animatrice de groupe :

- ◆ le principe dégagé par la Cour de Cassation est l'identité de critères applicables à la holding animatrice au sens des dispositions sur l'exonération des biens professionnels pour l'imposition à l'ISF et au sens de l'exonération de DMTG<sup>309</sup> ;
- ◆ par deux décisions en date du 11 décembre 2014<sup>310</sup> (rendues en matière d'ISF), **la chambre fiscale du tribunal de grande instance de Paris a jugé que dès lors que son activité principale est l'animation effective de ses filiales opérationnelles, une holding est «animatrice» de son groupe, nonobstant la détention (indirecte en l'espèce) d'une participation minoritaire non animée.**

L'absence d'une définition légale de la holding animatrice (hormis pour la réduction ISF-PME), notion fiscale centrale, soulève ainsi des difficultés. Il pourrait par exemple être considéré qu'une holding conserve sa fonction d'animation dès lors que la proportion de filiales non contrôlées ou non animées ne dépasse pas 50 % de son actif brut permettrait dans un premier temps d'assurer une interprétation cohérente de la notion entre les différents régimes.

---

<sup>309</sup> Cass Com, 21 juin 2011, n° 10-19770 (publié au Bulletin): « le fait que le dirigeant d'une société holding a également une fonction de direction dans l'une de ses filiales ne suffit pas à établir que cette société anime effectivement son groupe et participe activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales »

<sup>310</sup> TGI Paris, 11 décembre 2014, n° 1306937 et 1306939

**Annexe 15 : Les actions de l'usufruitier tendant à améliorer ou à mettre en réserve les actifs dont il jouit constituent-elles des donations indirectes au profit du nu-propiétaire ? (non)**

La Cour de Cassation a jugé que **la réalisation de travaux de construction par un usufruitier sur un terrain nu n'enrichit pas corrélativement le nu-propiétaire**, de sorte que l'administration fiscale ne peut requalifier l'opération en donation indirecte soumise à DMTG. En effet, la Cour retient que l'accession n'opère pas immédiatement au profit du nu-propiétaire, qui doit attendre l'extinction de l'usufruit. (Cass. Civ. 3 19 septembre 2012, n° 11-15.460,, publié au Bulletin).

On rapprochera cette jurisprudence de la décision récente de la chambre commerciale en matière de dividendes : la modification à la baisse de la répartition de la part de chaque associé dans les bénéfices de la société ne conduit pas à caractériser une donation indirecte d'un usufruitier de parts sociales aux nus-propiétaires. En d'autres termes, **la décision de mise en réserve de bénéfices à laquelle participe l'usufruitier ne constitue pas une donation**. Cette lecture de la Cour de Cassation repose à la fois sur la personnalité morale distincte de la société (la mise en réserve est une décision sociale) et sur l'absence de dépouillement de l'usufruitier, qui n'a aucun droit sur les bénéfices avant la décision de distribution des dividendes. (Cass. Com. 18 décembre 2012 n° 11-27745, publié au Bulletin, RJF 3/13 chronique de B. Hatoux).

### **Annexe 16 : La responsabilité civile du notaire au titre des conséquences fiscales des actes passés en la forme authentique**

Compte tenu du caractère formel des actes permettant d'établir l'existence d'une base taxable et l'assiette de l'impôt, le notaire est, pour la part des actes devant, à peine de nullité, être conclus sous la forme authentique (mutations d'immeubles, donation entre époux, donation-partage), **tenu d'une responsabilité au titre de son devoir de conseil**, notamment au titre des effets fiscaux de l'acte.

Le devoir de conseil du notaire implique, d'après la jurisprudence judiciaire, de fournir à son client les informations utiles et efficaces pour lui permettre de faire en connaissance de cause les choix appropriés à l'objectif affiché de l'opération à laquelle le professionnel prête son concours.

La Cour de Cassation retient de manière constante que le paiement d'un impôt mis à la charge d'un contribuable ne constitue pas un dommage indemnisable et il est de principe que le préjudice ne peut découler du seul paiement auquel un contribuable est légalement tenu.

**Il en va différemment lorsqu'il est établi que, dûment informé par le notaire, le client contribuable n'aurait pas été exposé au paiement de l'impôt rappelé ou aurait acquitté un impôt moindre.** Dans ce cas, le juge du fond doit apprécier les circonstances de fait permettant d'apprécier le caractère déterminant du conseil du notaire sur les conditions juridiques de l'acte conclu par le client. À titre d'illustrations, on citera :

- L'omission d'informer ses clients, résidents en Suède, de ce que la cession d'un immeuble à usage d'habitation, s'il était exonéré de droits sur la plus-value en France, entraînerait leur assujettissement à l'impôt en Suède, alors que les clients l'avaient informé de ce qu'ils avaient opté pour la cession de leur bien en raison de l'exonération fiscale, caractérise une faute civile ayant causé un préjudice au titre du paiement de l'impôt (Cass. Civ. 1, 15 janvier 2015, n° 14-10256, non publié).
- L'omission d'une dette au passif successoral, résultant d'une faute du notaire qui en avait connaissance et n'en a pas informé sa cliente, implique l'existence d'un préjudice caractérisé par la majoration des droits de succession que l'héritière a payée (Cass. Civ. 1, 25 juin 2009, n° 08-14951, non publié).

## Annexe 17 : L'affaire « W » : succession, trusts et droit pénal

Le 12 janvier 2017, la 32ème chambre du tribunal correctionnel de Paris a rendu un jugement de relaxe très médiatisé dans une affaire de fraude fiscale et de complicité et de blanchiment de ce délit, concernant les ayants-droits de M. Daniel W.

M. Daniel W., marchand d'art, décède en 2001. Ses ayants-droits déposent des déclarations de successions ne faisant pas état de biens administrés par des trusts.

La première dénonciation de faits susceptibles d'être qualifiés de fraude fiscale émane en 2006 de la seconde épouse de Daniel W., qui reproche aux enfants d'avoir dissimulé les biens trustés dont elle était bénéficiaire.

A la suite d'un contrôle des déclarations (les premières ayant été annulées par la Cour d'appel, il s'agit de nouvelles déclarations déposées en 2008), l'administration fiscale notifie aux ayant-droits, en 2011, des rectifications en matière de droits de succession à la fois pour des motifs de sous-évaluation d'actifs et d'omission de biens administrés dans des trusts. En 2012, une seconde notification de redressement, pour les mêmes motifs, concerne la succession d'un des fils de M. Daniel W., décédé peu après son père.

L'administration dénonce également des faits de fraude fiscale, de complicité et de blanchiment.

Saisi sur QPC, le Conseil constitutionnel déclare conforme au principe de nécessité des délits et peines et à l'égalité devant les charges publiques l'exercice cumulé des poursuites fiscales et pénales (articles 1729 et 1741 du CGI) pour les « cas les plus graves de dissimulation frauduleuse des sommes soumises à l'impôt », la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements ou des circonstances. Le Conseil constitutionnel assortit sa décision d'une réserve, consistant à ce que le cumul éventuel de sanctions n'aboutisse pas au prononcé d'une sanction globale d'un montant plus élevé que le montant maximal encouru au titre de l'une d'entre elles (2016-545 QPC, 24 juin 2016).

A l'issue de la procédure d'information judiciaire, les ayant-droits W. ainsi que le notaire chargé de la succession, à qui les magistrats reprochent sous la qualification de complicité de fraude fiscale des omissions intentionnelles dans l'établissement des déclarations, sont renvoyés devant le tribunal correctionnel. La question de fond que doivent trancher les juges est la suivante : les biens placés dans des trusts établis à l'étranger (pour une valeur de 465 M€ au total) devaient-ils faire l'objet de déclaration lors du règlement de la succession du constituant, sous peine de voir caractérisé le délit de fraude fiscale ?

Le tribunal analyse dans son jugement le patrimoine de chacun des trusts litigieux, son organisation (pouvoirs du constituant, irrévocabilité) et les distributions opérées.

Il caractérise ensuite l'existence d'une volonté de dissimulation des flux de capital provenant des trusts.

Le jugement relève enfin que les trusts litigieux doivent être considérés comme institués légalement dans leur État d'origine, et ne peuvent être jugés contraires à l'ordre public français, et que l'obligation de déclarer les biens distribués par un trust ne disparaissant pas au décès du constituant ne résulte ni des jurisprudences rendues par la Cour de Cassation avant la LFR de 2011, ni de l'interprétation stricte de la loi fiscale alors en vigueur.

La LFR de 2011 a en effet prévu spécifiquement le cas des trusts « dynastiques » survivant au décès du constituant et continuant les distributions, afin d'imposer le bénéficiaire, en qualité de « nouveau » constituant, à chaque génération successive (article 792-0 bis 3 du CGI).

Ainsi, malgré les analyses de faits (relevant notamment que les trusts irrévocables pouvaient fonctionner comme des trusts révocables, compte tenu de la confusion des patrimoines) et la caractérisation d'une « claire intention d'évasion fiscale et patrimoniale », le tribunal, qui souligne par ailleurs des lacunes dans les investigations suivies, prononce la relaxe de l'ensemble des chefs de poursuite. Le ministère public a interjeté appel du jugement<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup>*Appréciation de la notion de fraude fiscale en présence de trusts : la rigueur juridique du TGI de Paris, A. Tailfer et E. Meier, RDF n°5-6, 2 février 2017, act. 64.*

## Annexe 18 : Liberté de circulation des capitaux

**La libre circulation des capitaux, applicable non seulement aux relations entre États membres mais également entre les États membres et les pays tiers, peut être limitée dans des cas encadrés par les traités.**

Ainsi les flux de capitaux provenant ou à destination de pays tiers ne doivent pas être traités moins favorablement que les flux de capitaux internes à l'UE<sup>312</sup>.

Trois types de dérogations à la liberté de circulation des capitaux sont autorisées :

- ◆ Les États membres ont la possibilité de prendre, comme pour toute liberté, des mesures limitant cette liberté pour une raison impérieuse d'intérêt général à la condition qu'elle soit proportionnée à l'objectif poursuivi<sup>313</sup> : cohérence du système fiscal<sup>314</sup>, efficacité des contrôles fiscaux<sup>315</sup>, répartition équilibrée du pouvoir d'imposer entre les États Membres<sup>316</sup>, lutte contre la fraude et l'évasion fiscales<sup>317</sup>, etc.
- ◆ L'article 65 du TFUE précise en outre que les États membres ont la possibilité de :
  - .1. distinguer les contribuables selon leur résidence ou le lieu d'investissement des capitaux,
  - .2. de prendre toutes mesures indispensables afin de faire échec aux infractions à la loi fiscale, pour autant que ces dérogations ne puissent constituer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à ladite liberté.
- ◆ Enfin l'article 64 du TFUE prévoit une clause de « *standstill* », c'est-à-dire la possibilité de maintenir certaines restrictions aux mouvements de capitaux à l'égard des pays tiers lorsqu'elles existaient au 31 décembre 1993. Il résulte de cette « clause de gel » que l'application des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit européen en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance des pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux, reste possible.

---

<sup>312</sup>CJUE, 10 février 2011, C-436/08

<sup>313</sup> Cette grille de lecture est présente dès les premiers arrêts rendus par la CJUE en matière de fiscalité directe, par exemple, CJUE 28 janvier 1992, C-204/90

<sup>314</sup> CJUE, 28 janvier 1992, C-204/90

<sup>315</sup>CJUE, 15 septembre 2011, C-132/10

<sup>316</sup> CJUE, 21 mai 2015, C-657/13,

<sup>317</sup>CJUE, 18 juillet 2007, C-231/05,

### **Cohérence du régime fiscal d'un État membre et restriction de la liberté de circulation**

La CJUE a déjà admis que la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité.

Toutefois, pour qu'une telle justification puisse être admise, il faut que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé, le caractère direct de ce lien devant être apprécié au regard de l'objectif de la réglementation en cause<sup>318</sup>.

Un tel lien direct fait défaut lorsqu'il s'agit, notamment, d'impositions distinctes ou du traitement fiscal de contribuables différents<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> CJUE, 17 octobre 2013, C-181/12 et CJUE 7 novembre 2013, C-322/11

<sup>319</sup> CJUE, 18 septembre 2003, C-168/01 et CJUE, 24 février 2015, C-559/13

## Annexe 19 : Cadre des aides d'État

### Une définition large des aides d'État

La qualification d'aide d'État requiert que les quatre conditions visées à l'article 107 du TFUE soient remplies<sup>320</sup>, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une aide publique, que la mesure soit spécifique ou sélective au sens qu'elle favorise «certaines entreprises ou certaines productions», que l'aide affecte la concurrence et qu'elle affecte les échanges intra-UE. Echappe donc à la qualification d'aide d'État, une mesure générale.

Conformément à la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises<sup>321</sup> : « Les mesures fiscales ouvertes à tous les acteurs économiques opérant sur le territoire d'un État membre constituent en principe des mesures générales. Elles doivent être effectivement ouvertes à toutes les entreprises sur la base d'une égalité d'accès et leur portée ne peut être de facto réduite, par exemple, par le pouvoir discrétionnaire de l'État dans leur octroi ou par d'autres éléments qui restreignent leur effet pratique. Cette condition ne limite cependant pas le pouvoir des États membres de choisir la politique économique qu'ils jugent la plus appropriée et, notamment de répartir comme ils l'entendent la charge fiscale sur les différents facteurs de production. »

Sous réserve qu'elles s'appliquent indifféremment à toutes les entreprises et à toutes les productions, ne constituent pas des aides d'État :

- ◆ les mesures de pure technique fiscale (par exemple, fixation des taux d'imposition, des règles de dépréciation et d'amortissement et des règles en matière de reports de pertes ; dispositions destinées à éviter la double taxation ou l'évasion fiscale) ;
- ◆ les mesures poursuivant un objectif de politique économique générale en réduisant la charge fiscale liée à certains coûts de production (par exemple, recherche et développement, environnement, formation, emploi).

La jurisprudence a précisé que même des interventions qui, à première vue, sont applicables à la généralité des entreprises, peuvent présenter une certaine sélectivité et, partant, être considérées comme des mesures destinées à favoriser de fait certaines entreprises ou certaines productions<sup>322</sup>.

De même, et conformément à la jurisprudence, les aides au fonctionnement qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales, faussent en principe les conditions de concurrence et d'affectation des échanges<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup>CJUE, 24 juillet 2003, C-280/00, point 74

<sup>321</sup>Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (98/C 384/03) : § 9 à 12.

<sup>322</sup>CJUE, 29 juin 1999, C-256/97, point 27; Tribunal de première instance de l'UE, 6 mars 2002, T-127/99, T-129/99 et T-148/99, point 149.

<sup>323</sup> CJUE, 19 septembre 2000, C-156/98, point 30.

## Sélectivité et économie générale du système

**Le critère de sélectivité d'une mesure fiscale est déterminant et la Commission l'apprécie en procédant à une analyse en deux temps :**

- identification du régime fiscal commun ou « normal » applicable dans l'État membre concerné ;
- analyse de l'éventuel caractère sélectif de l'avantage octroyé par la mesure en démontrant que celle-ci déroge au dit système commun, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif assigné au système fiscal de cet État membre, dans une situation factuelle et juridique comparable<sup>324</sup>.

**Une mesure qui, bien que constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, n'est pas sélective si elle se justifie par « la nature ou l'économie générale du système »<sup>325</sup> et si elle est cohérente et proportionnée, la charge de la preuve incombant alors à l'État membre concerné.**

### Régimes d'autorisation d'aides

Si l'article 107 § 1 TFUE déclare incompatibles les aides publiques avec le marché intérieur, lorsqu'elles faussent ou menacent de fausser la concurrence et qu'elles affectent les échanges entre les États membres, la Commission peut déclarer certaines aides compatibles sur le fondement des dérogations prévues par les articles 106 §2<sup>326</sup>, 107 § 2<sup>327</sup> et 107 § 3<sup>328</sup> TFUE. Ainsi, si la mesure remplit les critères d'une aide d'État, elle peut être compatible avec les Traités dans trois cas :

<sup>324</sup> CJUE, 8 septembre 2011, C-78/08, pt 49 ; CJUE, 18 juillet 2013, C-6/12, pt 19.

<sup>325</sup> CJUE, 2 juillet 1974, C-173/73, pt 33 : « Le dégrèvement partiel des charges sociales à titre d'allocation familiale incombant aux employeurs dans le secteur textile est une mesure destinée à exempter partiellement les entreprises d'un secteur industriel particulier des charges pécuniaires découlant de l'application normale du système général de prévoyance sociale, sans que cette exemption se justifie par la nature ou l'économie du système. ».

Cf. également CJUE, 21 juin 2012, C-452/10 P (sur le dispositif italien d'incitations fiscales en faveur de certains établissements de crédit restructurés) ; CJUE, 8 septembre 2011, C-78 /08. ; CJUE, 18 juillet 2013, C-6/12

<sup>326</sup> L'article 106 § 2 TFUE permet de déroger aux règles du traité, notamment en matière d'aides d'État, lorsque cette dérogation est indispensable pour permettre à une entreprise d'accomplir une mission d'intérêt général.

<sup>327</sup> L'article 107 § 2 TFUE énumère les aides en principe compatibles avec le marché intérieur : aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, des aides compensant les dommages provoqués par des calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, ainsi que des aides justifiées par les conséquences économiques de la division de l'Allemagne.

<sup>328</sup> L'article 107 § 3 TFUE liste les aides pouvant être déclarées compatibles par la Commission européenne : aides destinées à promouvoir les projets d'intérêt européen commun, des aides en faveur de certaines activités économiques ou de certaines régions, des aides à la culture et la conservation du patrimoine ainsi que d'autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.

- Une première option consiste à subordonner la mesure au respect du règlement *de minimis*<sup>329</sup>. La mesure peut dans ce cas être mise en œuvre sans l'autorisation préalable de la Commission européenne prévue à l'article 108-3 du TFUE. Cette option n'est cependant applicable que pour des mesures représentant de faibles montants puisque ce règlement n'est applicable que si la somme de toutes les aides *de minimis* dont bénéficie le contribuable est inférieure à 200 000 € sur 3 exercices fiscaux glissants.

- Une autre solution consiste à placer la mesure sous règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, dit règlement général d'exemption par catégories (RGEC). Il convient pour cela de déterminer à quelle catégorie autorisée par le RGEC la mesure correspond et d'informer la Commission de cette mesure dans les 20 jours suivant son entrée en vigueur, la mesure étant dans ce cas également exemptée de notification préalable. Le RGEC autorise ainsi, sous conditions, certaines aides : aides à finalité régionale, aides en faveur des PME, aides à la protection de l'environnement, aides à la recherche, au développement et à l'innovation (RDI), aides à la formation, aides en faveur des travailleurs défavorisés ou handicapés, etc.

- Une dernière option consiste à notifier préalablement à son entrée en vigueur la mesure à la Commission. Son entrée en vigueur est alors soumise à l'accord préalable de la Commission qui s'assure de la compatibilité de l'aide, sur le fondement des articles du Traité et des lignes directrices.

Dans le cas où un État membre aurait accordé à un opérateur économique une aide illégale, il lui incombe de récupérer l'aide auprès de l'opérateur, cette récupération ne pouvant intervenir au-delà d'un délai de prescription de 10 ans. Il résulte de l'arrêt du 21 mars 1991, Italie/Commission C-303/88, point 57, qu'on ne peut récupérer une aide qu'auprès de ceux qui ont la jouissance effective, dans le cas d'un investissement en faveur d'une entreprise : auprès de l'entreprise.

### **Obligations de transparence en matière d'aides d'État**

La Commission européenne a engagé à partir de 2012 <sup>330</sup> un processus de modernisation de la législation communautaire en matière d'aides d'État qui a conduit à accroître considérablement le champ des exemptions de notification préalable de ces aides à la Commission<sup>331</sup>. En contrepartie, la Commission a introduit de nouvelles exigences de transparence s'agissant de l'octroi des aides d'État.

Ainsi, à compter du 1er juillet 2016, chaque État membre doit publier :

---

<sup>329</sup> Règlement (UE) n° 1407/2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*

<sup>330</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité

<sup>331</sup> Ce processus de modernisation se poursuit puisque des travaux sont en Cours afin de réviser le RGEC de 2014. La Commission a notamment l'intention d'inclure des exemptions relatives aux aides à l'investissement en faveur des ports et des aéroports dans le RGEC.

- ◆ sur un site Internet ouvert gratuitement au public, des informations succinctes concernant chacune des mesures d'aides de nature fiscale en vigueur en France ainsi que le texte intégral de la mesure ;
- ◆ des informations sur chaque aide d'État individuelle, c'est-à-dire accordée à une entreprise spécifique, d'un montant supérieur à 500 000 euros.

Cette obligation de publication, désormais présente dans toutes les nouvelles règles et lignes directrices relatives aux aides d'État, constitue une condition de la validité des aides.

## Annexe 20 : 87 États signataires de l'accord sur l'échange automatisé des données (norme CRS –OCDE) au 21 novembre 2016

1. ALBANIA	September 2018
2. ANDORRA	September 2018
3. ANGUILLA	September 2017
4. ANTIGUA AND BARBUDA	September 2018
5. ARGENTINA	September 2017
6. ARUBA	September 2018
7. AUSTRALIA	September 2018
8. AUSTRIA	September 2018
9. BARBADOS	September 2017
10. BELGIUM	September 2017
11. BELIZE	September 2018
12. BERMUDA	September 2017
13. BRAZIL	September 2018
14. BRITISH VIRGIN ISLANDS	September 2017
15. BULGARIA	September 2017
16. CANADA	September 2018
17. CAYMAN ISLANDS	September 2017
18. CHILE	September 2018
19. CHINA (PEOPLE'S REPUBLIC OF)	September 2018
20. COLOMBIA	September 2017
21. COOK ISLANDS	September 2018
22. COSTA RICA	September 2018
23. CROATIA	September 2017
24. CURAÇAO	September 2017
25. CYPRUS	September 2017
26. CZECH REPUBLIC	September 2017
27. DENMARK	September 2017
28. ESTONIA	September 2017
29. FAROE ISLANDS	September 2017
30. FINLAND	September 2017

## LE CADRE JURIDIQUE DES PRÉLÈVEMENTS SUR LE CAPITAL

31. FRANCE	September 2017
32. GERMANY	September 2017
33. GHANA	September 2018
34. GIBRALTAR	September 2017
35. GREECE	September 2017
36. GREENLAND	September 2017
37. GRENADA	September 2018
38. GUERNSEY	September 2017
39. HUNGARY	September 2017
40. ICELAND	September 2017
41. INDIA	September 2017
42. INDONESIA	September 2018
43. IRELAND	September 2017
44. ISRAEL	September 2018
45. ISLE OF MAN	September 2017
46. ITALY	September 2017
47. JAPAN	September 2018
48. JERSEY	September 2017
49. KOREA	September 2017
50. KUWAIT	September 2018
51. LATVIA	September 2017
52. LIECHTENSTEIN	September 2017
53. LITHUANIA	September 2017
54. LUXEMBOURG	September 2017
55. MALAYSIA	September 2018
56. MALTA	September 2017
57. MARSHALL ISLANDS	September 2018
58. MAURITIUS	September 2018
59. MEXICO	September 2017
60. MONACO	September 2018
61. MONTSERRAT	September 2017
62. NAURU	September 2018

## LE CADRE JURIDIQUE DES PRÉLÈVEMENTS SUR LE CAPITAL

63. NETHERLANDS	September 2017
64. NEW ZEALAND	September 2018
65. NIUE	September 2017
66. NORWAY	September 2017
67. POLAND	September 2017
68. PORTUGAL	September 2017
69. ROMANIA	September 2017
70. RUSSIAN FEDERATION	September 2018
71. SAINT KITTS AND NEVIS	September 2018
72. SAINT LUCIA	September 2018
73. SAINT VINCENT AND THE GRENADINES	September 2018
74. SAMOA	September 2018
75. SAN MARINO	September 2017
76. SAUDI ARABIA	September 2018
77. SEYCHELLES	September 2017
78. SINT MAARTEN	September 2018
79. SLOVAK REPUBLIC	September 2017
80. SLOVENIA	September 2017
81. SOUTH AFRICA	September 2017
82. SPAIN	September 2017
83. SWEDEN	September 2017
84. SWITZERLAND	September 2018
85. TURKS & CAICOS ISLANDS	September 2017
86. UNITED KINGDOM	September 2017
87. URUGUAY	September 2018

**Annexe 21 : Subsidiarité des conventions fiscales dans l'opération de qualification des actifs soumis à l'impôt : la Cour de Cassation et le Conseil d'État retiennent une méthode différente, sans conséquence sur l'application des règles fiscales.**

Un **arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation rendu le 2 octobre 2015**<sup>332</sup> vient apporter un éclairage intéressant sur la méthode d'application des conventions fiscales par le juge : l'affaire porte sur l'imposition d'une succession d'un résident fiscal monégasque, comprenant les parts d'une société de droit monégasque propriétaire d'immeubles situés en France. Ces biens immeubles, ainsi que les titres de sociétés à prépondérance immobilière sont, par application de l'article 750 ter du CGI, assujettis en France aux droits de succession. Toutefois, se pose la question de l'articulation de cette norme avec les articles 2 et 6 de la convention fiscale franco-monégasque du 1<sup>er</sup> avril 1950, qui stipulent respectivement que les biens immeubles sont imposables dans l'État de situation, mais que les titres de société ne sont imposables que dans l'État de résidence du défunt. De quel régime relevaient donc les actifs litigieux ?

En deuxième cassation, l'Assemblée Plénière confirme le raisonnement de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a qualifié les actifs de titres relevant de l'article 6 de la convention, en jugeant qu'en vertu de la hiérarchie des normes, **il convient de se référer, d'abord, aux conventions internationales**, et que les actifs litigieux constituent des titres mobiliers.

Sur le fond, la décision est classique : le droit fiscal français ne permet pas de qualifier les titres de sociétés détenant des actifs immobiliers de biens immeubles ; dès lors, les parts ne pouvaient qu'être qualifiées de valeurs mobilières, imposables à Monaco compte tenu de l'article 6 de la convention.

Sur la méthode en revanche, cette décision illustre **la position de la Cour de Cassation consistant à écarter l'application du principe de subsidiarité des conventions en matière de qualification**. En effet, s'agissant de la qualification d'un actif au regard du droit fiscal, le Conseil d'État vérifie systématiquement, dans un premier temps, la validité de l'imposition prévue en droit interne, avant de regarder la stipulation conventionnelle applicable à la même catégorie d'actif, dont la définition, si elle est divergente, s'appliquera compte tenu de la supériorité des conventions internationales.

Ici, la Cour de Cassation se réfère en premier lieu à la convention, mais pour aboutir au même résultat, compte tenu du fait que les biens considérés ne pouvaient pas être qualifiés de biens immobiliers au regard de la loi française. La note explicative de l'arrêt met toutefois l'accent sur la différence de méthode assumée avec le juge administratif, sans conséquence en l'espèce, mais qui, en l'état de dispositions

<sup>332</sup> Cour de Cassation, Plénière, 2 octobre 2015, n° 622 5, pourvoi 14-14256 (publié au Bulletin)

conventionnelles différentes, pourrait aboutir à des appréciations divergentes de la situation fiscale des contribuables.

Extrait de la note explicative de l'arrêt : « *L'assemblée plénière de la Cour de Cassation a, dans son arrêt du 2 octobre 2015, appliqué le principe selon lequel cette convention, ratifiée et publiée au journal officiel, avait une autorité supérieure à celle des lois françaises en vertu des articles 53 et 55 de la Constitution. Elle a retenu que les parts de la société civile monégasque étaient de nature mobilière et relevaient dès lors de l'article 6 de la convention qui vise les actions et parts sociales.*

***Cette solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation qui, contrairement au Conseil d'État, n'applique pas le principe de subsidiarité selon lequel le juge doit examiner la situation du contribuable au regard de la législation interne avant de l'apprécier au regard de la convention. La Cour de Cassation se réfère directement aux dispositions des conventions internationales.***

*Elle est aussi conforme à la jurisprudence constante qui, en application de l'article 529 du code civil, donne aux parts sociales une qualification mobilière.*

*Cette solution est enfin en conformité avec la doctrine de l'administration fiscale, qui s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'application de la convention franco-monégasque et indiqué que la convention du 1er avril 1950 permettait aux héritiers de parts de SCI monégasques propriétaires de biens immobiliers situés en France d'éviter l'impôt sur les successions lorsque le défunt résidait à Monaco, et a tenté sans succès de renégocier cette convention. D'autres conventions plus récentes prévoient en revanche l'imposition en France dans un tel cas (cf les conventions avec l'Autriche, l'Italie, la Suède ou l'Allemagne). Or la doctrine administrative exprimée tant dans les instructions et circulaires que dans les réponses aux questions écrites ou orales des parlementaires a une valeur équivalente à celle de la loi tant qu'une jurisprudence contraire n'est pas intervenue, en application de l'article 80 A du livre des procédures fiscales. »*

## Annexe 22 : Dispositions conventionnelles en vigueur contre la double imposition en matière de successions et de donations

État	Date	Convention ad hoc successions/donations	Réciprocité exonérations DMTG	Clause de convention matière d'IR/I
Monaco	01/04/1950	x		
Finlande	25/08/1958	x		
Belgique	20/01/1959	x		
Espagne	08/01/1963	x		
Royaume-Uni	21/06/1963	x		
États-Unis	24/11/1978	x		
Italie	20/12/1990	x		
Suède	08/06/1994	x		
Autriche	26/03/1993	x		
Allemagne	12/10/2006	x		
Portugal	03/06/1994		x	
Suisse	30/10/1979		x (libéralités)	
Bolivie	15/12/1994		x	
Israël	31/07/1995		x	
Mexique	07/11/1991		x	
Algérie	17/10/1999			x
Arabie Saoudite	18/02/1982			x
Bahreïn	10/05/1993			x
Bénin	27/02/1975			x
Burkina-Faso	11/08/1965			x
Cameroun	21/10/1976			x
Canada	02/05/1975			x
République centrafricaine	13/12/1969			x
Congo	27/11/1987			x
Côte d'Ivoire	06/04/1966			x
Émirats Arabes Unis	19/07/1989			x
Gabon	20/09/1995			x
Guinée	15/02/1999			x
Koweït	07/02/1982			x
Liban	24/07/1962			x
Mali	22/09/1972			x
Maroc	29/05/1970			x
Mauritanie	15/11/1967			x
Niger	01/06/1965			x
Nouvelle-Calédonie	31/03 et 5/05/1983			x
Oman	01/06/1989			x
Qatar	04/12/1990			x
Saint-Pierre-et-Miquelon	30/05/1988			x
Sénégal	29/03/1974			x
Togo	24/11/1971			x
Tunisie	28/05/1973			x

**Annexe 23 : Articles du CGI en matière de fiscalité du patrimoine ayant fait l'objet d'au moins 5 modifications législatives depuis 2007**

Nombre de modifications législatives intervenues entre 2007 et 2016	Articles du CGI concernés
5	Art 150 VB (plus values immobilières prix acquisition) Art 150 VC (plus values immobilières calcul) Art 790 B (abattement, petits enfants, DMTG) Art 790 E (abattement, conjoint, DMTG) Art 790 F (abattement, PACS, DMTG) Art 793 bis (Exonération partielle de DMTG)
6	Art. 119 bis ( RCM non résidents) Art 722 bis (cession des fonds de commerce) Art 779 (successions, abattement) Art 787 B (DMTG exonération) Art 788 (abattement DMTG, utilité publique) Art 793 (Liste exonération DMTG)
7	Art. 125 A (RCM prélèvements) Art. 150-0 D (PVM, calcul du gain net) Art 885 I ter (ISF exonération titres)
8	Art. 125-0 A ( RCM, bons) Art. 145 (RCM, régime fiscal sociétés mères) Art. 150 U (plus values immobilières, exonérations) Art 726 ( DMTO, taux sur les droits sociaux) Art 777 (DMTG, barèmes des droits applicable) Art 790 G (exonération DMTG, descendants) Art 885-0 V bis A (réduction ISF dons)
11	Art. 150-0 A (imposition PVM)
12	Art 885-0 V bis (Réduction d'impôt ISF- PME)

## Annexe 24 : La frontière entre revenus du travail et du patrimoine

Certains dispositifs, qui visent à favoriser l'actionnariat du personnel ou à intéresser les salariés aux résultats de leur entreprise ou, sont à la frontière entre revenus du travail et du patrimoine avec traitement fiscal « hybride ».

En matière d'actionnariat salarié, il s'agit principalement des attributions gratuites d'actions ou des options sur titres. Dans ces dispositifs, co-existent deux gains de nature différente : un avantage, constitutif d'un complément de salaire, qui naît de la possibilité offerte par l'employeur à son salarié d'acquérir une action à un tarif préférentiel voire nul (gain d'acquisition ou gain de levée d'option) ; un avantage de nature purement patrimonial qui naît de la plus-value intrinsèque réalisée à l'occasion de la cession de l'action (gain de cession) et qui suit invariablement la fiscalité des plus-values mobilières.

Si le gain d'exercice suit le plus souvent la fiscalité des salaires, il existe pour autant des mécanismes dérogeant à cette règle ; il en est ainsi de la fiscalité des plus-values mobilières appliquée au gain de levée issu de certaines options sur titre, de la prise en compte de la durée de détention appliquée aux plus-values mobilières pour l'imposition du gain d'acquisition et de leur imposition aux contributions sociales sur les revenus du patrimoine).

En matière d'épargne salariale, certains dispositifs incitatifs, type plan d'épargne d'entreprise (PEE), peuvent également être considérés comme entrant dans le champ du présent rapport.

Les sommes versées dans les plans d'épargne d'entreprise relèvent des traitements et salaires mais bénéficient de régimes dérogatoires (par exemple exonération d'impôt sur le revenu du salarié sur les sommes investies, sous condition) mais les produits de l'investissement relèvent de la fiscalité des revenus du patrimoine.

### Management package

Certaines sociétés ou groupes de sociétés ont mis en place au profit de leurs cadres dirigeants **des régimes d'intéressement qui ne sont pas spécifiquement encadrés par des dispositions légales**. Tel est notamment le cas des **opérations à fort effet de levier de type *leverage buy out* portant sur les titres de ces sociétés**.

Ces montages reposent sur **l'octroi, lors de l'acquisition ou la cession de ces titres, de conditions préférentielles, généralement indexées sur la rentabilité de l'investissement de l'investisseur financier partie à l'opération**. Or lorsque les titres sont attribués dans des conditions préférentielles octroyées eu égard à la qualité de salarié ou mandataire social sans aucune prise de risque financière ou en contrepartie d'un investissement modique, **les gains qui en sont issus constituent un avantage en argent imposable dans la catégorie des traitements et salaires**<sup>333</sup>.

<sup>333</sup> Conseil d'État, 26 septembre 2014, n° 365573

S'ils ne présentent pas un caractère systématiquement frauduleux, ces montages peuvent conduire à exonérer à tort les gains réalisés (inscription des titres dans un PEA) ou à leur faire bénéficier indûment des avantages liés au régime social (absence de cotisations sociales) et fiscal des plus-values mobilières (application d'abattements, différés d'imposition...).

Lorsqu'elle constate qu'en dehors d'un dispositif légal, un dirigeant salarié ou toute autre personne en relation d'affaires avec un groupe de sociétés bénéficie ou s'est vu attribuer ou a cédé dans des conditions préférentielles des titres porteurs d'un intéressement, **l'administration fiscale procède à une requalification du gain réalisé le plus souvent à l'issue de l'opération pour l'imposer, non pas dans la catégorie des plus-values, mais dans celle des salaires. La procédure d'abus de droit fiscal peut être mise en œuvre lorsque les cadres-dirigeants ont eu recours à un montage destiné à effacer toute imposition (PEA, interposition d'une structure...), auquel cas les rappels correspondants sont assortis d'une majoration de 80 %<sup>334</sup>.**

---

<sup>334</sup> Voir affaires n° 2013-46 à 52 avis du comité de l'abus de droit fiscal