

02.5

Démembrement et dispositifs anti-abus dans un cadre international



Franck LE MENTEC

Avocat associé, Cohen & Gresser LLP

L'élargissement progressif et continu des dispositifs anti-abus, qu'ils soient internes ou internationaux, peut conduire à une remise en cause de pratiques bien établies que l'on croyait sécurisées, tel le démembrement de

propriété. Ce dernier n'étant pas traité spécifiquement par ces mesures anti-abus, l'analyse fiscale à retenir s'avère parfois délicate et incertaine.

Introduction

1. Au-delà des problématiques de qualification d'un démembrement de propriété par une administration ou une juridiction étrangère, ou de conflit d'attribution de revenus entre nu-propiétaire et usufruitier, l'appréhension des démembrements par les dispositifs anti-abus peut s'avérer bien délicate. Ces derniers, qu'ils soient généraux ou spécifiques, ne visent pas de telles situations. On se souvient à cet égard du communiqué de presse publié en catastrophe par le ministère de l'Économie lors de l'introduction du « mini-abus de droit » prévu à l'article L. 64 A du LPF, dont les termes larges ont laissé craindre, pendant quelques jours, une capture dans ses filets de certains démembrements¹.

Cette absence de précisions sur l'articulation entre mécanismes anti-abus et démembrements conduit dans la plupart des cas à émettre des hypothèses d'application, tantôt en revenant aux principes généraux, tantôt en s'appuyant sur l'économie du dispositif envisagé. Les rares jurisprudences en la matière ne sont par ailleurs guère éclairantes. Ces difficultés se rencontrent lorsqu'il s'agit d'évaluer la portée des mécanismes anti-abus tant domestiques (I) qu'internationaux (II).

1 V. RM Procaccia, n° 09965 : JO Sénat, 13 juin 2019, p. 3070 : IP 3-2019, n° 5, § 20 et n° 6, § 20.

I. Démembrement et dispositifs anti-abus domestiques

2. Nous n'évoquons ici que les principaux dispositifs anti-abus français. Il convient néanmoins de ne pas oublier que des questions similaires peuvent naître de la confrontation de démembrements de propriété avec des dispositifs anti-abus étrangers, telles les règles PFIC étrangères².

A. Démembrement et article 155 A du CGI

3. Sans revenir sur l'ensemble des conditions et effets de l'article 155 A du CGI, on rappellera que celui-ci s'applique aux sommes perçues par une personne domiciliée hors de France en rémunération de services rendus par une personne domiciliée en France, lorsque celle-ci contrôle directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services. L'existence d'une situation de contrôle doit, selon

2 Sur ce sujet, nous renvoyons à un autre article du présent dossier : S. Aufénil et X. Guérin, La perception fiscale du démembrement aux États-Unis et au Royaume-Uni : FI 3-2021, n° 02.2.

la doctrine administrative³, être appréciée « en fonction des données réelles ». Le contrôle d'une société ou personne morale peut ainsi résulter :

- soit de liens de dépendance juridique, tels que la détention directe ou indirecte d'une partie importante du capital social ou l'exercice directement ou par personnes interposées de fonctions comportant le pouvoir de décision ;

- soit de liens de dépendance de fait, qui peuvent résulter des conditions dans lesquelles s'établissent les relations entre le prestataire des services et la personne morale étrangère.

C'est à l'administration qu'il incombe de prouver l'existence d'un contrôle du prestataire des services sur le bénéficiaire des rémunérations. **Rien n'est explicitement prévu en cas de démembrement des titres de la société bénéficiaire des revenus.**

4. Lorsque les titres constituant le capital social d'une société sont démembrés, l'usufruitier et le nu-proprétaire se voient attribuer chacun une partie des droits associés à la détention des titres, selon la forme sociale de la société - par hypothèse une société étrangère. On sait qu'en droit français, le droit de vote appartient au nu-proprétaire de parts sociales, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier⁴. Les statuts peuvent le cas échéant déroger à cette règle supplétive⁵, à la condition toutefois que le droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives ne soit pas écarté⁶. Dans les sociétés par actions, le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires⁷. Enfin, pour l'attribution des prérogatives qui ne sont pas réglées spécialement par la loi, la doctrine tend à privilégier la qualité d'associé du nu-proprétaire⁸. Ainsi, le nu-proprétaire bénéficie en règle générale du droit de vote, à l'exception des décisions concernant l'affectation des bénéfices qui relèvent des prérogatives de l'usufruitier.

5. Qui devons-nous alors considérer : le nu-proprétaire - du fait de ses pouvoirs étendus et sa qualité juridique d'associé - ou l'usufruitier - en sa qualité d'attributaire des fruits, le cas échéant, distribués ?

En la matière, **un parallèle pourrait être opéré avec les dispositions régissant les obligations déclaratives des bénéficiaires effectifs** : l'article R. 561-1 du code monétaire et financier le désigne comme « la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout

autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés ».

La qualification du nu-proprétaire en tant que bénéficiaire effectif ne fait pas de doute : au sens des textes, le nu-proprétaire détient bien les titres, car il exerce les prérogatives de disposition qui sont associées à son droit de nue-proprété.

Le cas de l'usufruitier est plus malaisé à appréhender :

- selon une première interprétation, l'usufruitier, qui dispose d'un droit de vote plus ou moins large attaché aux titres, détient un pouvoir de contrôle sur la société, à condition bien entendu que les droits de vote qu'il exerce représentent au moins 25 % de l'ensemble des droits de vote de la société. L'usufruitier devrait alors être déclaré en qualité de bénéficiaire effectif ; cette analyse est celle retenue par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) sur l'identification des bénéficiaires effectifs dans le cadre du dispositif *Know Your Client*, qui constitue l'un des volets de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ; sur cette base, l'usufruitier pourrait alors relever du champ d'application de l'article 155 A du CGI ;

- une seconde interprétation s'appuie sur la directive européenne n° 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, dont la loi Sapin II assure la transposition en droit interne. Celle-ci fait référence à la « possession »⁹. L'article R. 561-1 du CMF précité vise la détention du capital ou des droits de vote. Or, c'est exclusivement le nu-proprétaire qui détient la fraction du capital représentée par les titres démembrés. Il n'y aurait alors pas lieu de déclarer l'usufruitier comme bénéficiaire effectif, sauf si l'usufruitier dispose du droit de voter sur les décisions de désignation ou de révocation des dirigeants ou exerce par ailleurs, par tout autre moyen que l'exercice des droits de vote associés aux titres démembrés, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion. Selon cette dernière analyse, par transposition, l'usufruitier pourrait alors échapper à une application de l'article 155 A du CGI, sauf à ce que l'administration puisse établir des liens de dépendance de fait.

Une telle lecture, convoquant des règles juridiques bien étrangères au dispositif fiscal examiné, aurait néanmoins, à n'en pas douter, des **chances de succès relativement limitées en cas de contentieux.**

B. Démembrement et article 123 bis du CGI

6. Selon l'article 123 bis du CGI, « lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique-personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable-établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans

3 V. BOI-IR-DOMIC-30, 12 sept. 2012, § 90 et s.

4 C. civ., art. 1844.

5 *Ibidem*, al. 2.

6 Pour un état des lieux, v. A. Tadros, Le démembrement des parts sociales après la loi de simplification du droit des sociétés : IP 2-2020, n° 02.6.

7 C. com., art. L. 225-110.

8 V. not. T. Revet, L'usufruitier n'est pas associé : RTD civ. 2007 p. 153. - J.-P. Garçon, La situation des titulaires de droits sociaux démembrés : JCPN 1995, n° 7, p. 269.

9 Consid. 12 et 13, et art. 3.

la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants ».

Le 3 de cet article précise que « les bénéfiques ou les revenus positifs mentionnés au 1 sont réputés acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de l'entité juridique établie ou constituée hors de France ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année, le 31 décembre. Ils sont déterminés selon les règles fixées par le présent code comme si l'entité juridique était imposable à l'impôt sur les sociétés en France ».

Enfin, le 4 ajoute que « les revenus distribués ou payés à une personne physique mentionnée au 1 par une entité juridique ne constituent pas des revenus imposables au sens de l'article 120, sauf pour la partie qui excède le revenu imposable mentionné au 3 ».

La doctrine administrative et la jurisprudence sont muettes sur l'articulation entre le dispositif de l'article 123 bis et un démembrement opéré sur les titres de l'entité en cause.

7. Une lecture stricte nous paraît conduire aux conséquences suivantes :

- premièrement, l'article 123 bis du CGI s'appuie sur une fiction d'appréhension des « bénéfiques ou revenus positifs » annuels de l'entité ; leur calcul étant aligné sur l'année civile, ceux-ci doivent pouvoir être qualifiés de fruits, pour les besoins de l'impôt à tout le moins ; ainsi la charge fiscale se dirigerait-elle naturellement vers l'usufruitier ;

- deuxièmement, on peut s'interroger sur le sort des éventuelles distributions effectives, traitées par le 4 cité ci-avant. Comme rappelé, le texte vise les distributions à « une personne » mentionnée au 1. Cette personne peut être le nu-proprétaire, en sa qualité d'associé. Comment déterminer dans ce cas le traitement fiscal d'une distribution de réserves, appréhendée effectivement par le nu-proprétaire ? Pourrait-il revendiquer à plein les termes du 4 indiquant que ces revenus distribués ne sont pas imposables au sens de l'article 123 bis, sauf pour la partie qui excède le revenu mentionné au 3, dont on a vu que la charge devait être allouée à l'usufruitier ? On aboutirait alors à une scission du dispositif entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, source de risques mais également, et de manière moins attendue, d'éventuelles opportunités. On le voit, encore une fois, les tentatives d'application d'un dispositif anti-abus à un démembrement peuvent conduire à des analyses bien distinctes aux conséquences diamétralement opposées.

C. Démembrement et *exit tax*

8. Lorsque le titulaire d'un usufruit ou de la nue-proprété de titres souhaite transférer son domicile fiscal hors de France, la question de l'exigibilité de l'*exit tax* peut également se poser. Le **législateur n'a pas prévu de disposition spécifique en la matière**. L'article 167 bis du CGI vise les droits sociaux, valeurs, titres ou droits représentant au moins « 50 %

des bénéfiques sociaux ». À y regarder de plus près, cette notion est assez imprécise. Une première lecture conduit à diriger l'imposition vers l'usufruitier sur sa fraction de plus-value latente. Les titres dont la valeur dépasse 800 000 € sont également concernés, sans référence aux droits aux bénéfiques sociaux. Commentant le dispositif, la doctrine administrative indique que l'*exit tax* a vocation à s'appliquer, de manière indifférente, à l'usufruit ou à la nue-proprété de droits sociaux¹⁰, sans plus de précisions.

9. Il faut rappeler que l'imposition de la plus-value constatée à l'occasion d'une cession de titres démembrés se répartit en principe entre l'usufruit et la nue-proprété selon la valeur respective de chacun de ces droits. Les parties peuvent toutefois décider contractuellement que l'usufruit sera reporté sur le prix de cession, la plus-value étant alors intégralement imposée entre les mains de l'usufruitier. À l'inverse, si les parties décident que le prix de cession sera nécessairement remployé dans l'acquisition d'autres titres dont les revenus reviennent à l'usufruitier, la plus-value réalisée n'est imposable qu'au nom du nu-proprétaire ; si ce remploi n'est que facultatif, la plus-value est imposable au nom de l'usufruitier¹¹.

La détermination du régime d'*exit tax* devrait épouser la répartition entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, le cas échéant telle que contractuellement prévue.

On en retrouve un exemple jurisprudentiel récent dans une affaire jugée par le Tribunal administratif de Montreuil¹². Le nu-proprétaire contestait son assujettissement en soutenant qu'en vertu de la convention de démembrement, c'est l'usufruitier qui était censé récupérer le prix d'une éventuelle cession. Les juges ont accepté le principe de tenir compte de la convention de démembrement. Cependant, à l'examen, celle-ci était rédigée de manière large, en prévoyant que le prix d'une éventuelle cession devait faire l'objet d'un démembrement, que ce soit sous la forme d'un quasi-usufruit sur le prix de vente ou d'un démembrement classique sur des nouveaux titres. Faute de précisions suffisantes dans la convention de démembrement, les juges ont considéré que c'est le nu-proprétaire seul qui était susceptible d'être soumis à l'*exit tax* sur la totalité de la plus-value latente, en tant qu'unique propriétaire des titres. Un tel aiguillage de l'*exit tax* peut poser de sérieuses difficultés - ou offrir, sans doute plus rarement, quelques opportunités - en cas d'expatriation du nu-proprétaire et de l'usufruitier, les combinaisons et différents scénarii devenant alors infinis.

10 BOI-RPPM-PVBMI-50-10-10-20, 31 oct. 2012, § 1, al 2. - V. égal. R. Gentilhomme et P. Kouraleva-Cazals, Démembrement de propriété et ingénierie sociétaire : EFE, 2016, § 457 et s., p. 279.

11 V. C. civ., art. 621. - V. aussi CE, 2 avr. 2021, n° 429187, Min. c/ Kreps, concl. C. Guibé : IP 3-2021, n° 3, § 24, comm. V. Streiff.

12 TA Montreuil, 12 mars 2019, n° 1708199, Coisne, confirmé par CAA Versailles, 25 mai 2021, n° 19VE01443, Coisne : FI 3-2021, n° 3, § 1, comm. F. Le Mentec.

II. Démembrement et dispositifs anti-abus internationaux

A. Dispositif anti-abus européen : démembrement et DAC 6

10. Une convention de démembrement peut entraîner des conséquences fiscales plus ou moins favorables selon la domiciliation fiscale du nu-proprétaire et de l'usufruitier. Est-elle alors susceptible d'entrer dans le champ d'application des obligations déclaratives prévues par la directive DAC 6¹³, transposée en droit interne aux articles 1649 AD et suivants du CGI ? Il est entendu que **la convention de démembrement peut être qualifiée de dispositif transfrontière au sens de ces dispositions. Elle sera à déclarer si elle est visée par l'un des marqueurs** de l'article 1649 AH du CGI ; parmi les marqueurs pertinents, on peut mentionner l'insertion d'une clause de confidentialité concernant cet avantage fiscal (marqueur A1), un montant d'honoraires dépendant de l'avantage fiscal obtenu (marqueur A2), ou encore lorsque le dispositif est proposé à plusieurs contribuables, sans qu'il ait besoin d'être adapté « de façon importante » pour être mis en œuvre (marqueur A3). Les marqueurs D portant sur l'accès des administrations fiscales aux identités des bénéficiaires peuvent également être retenus. Ils s'appliquent même en l'absence d'un « *avantage principalement fiscal* »¹⁴.

Une telle déclaration n'est donc pas d'emblée à exclure en présence d'un démembrement. Une appréciation large de ces marqueurs pourrait même conduire à des déclarations systématiques de donations-partages opérées dans un contexte international. Strictement, une telle opération est bien proposée à plusieurs contribuables - certes indirectement - sans adaptation significative, et la rémunération du notaire peut en soi être considérée comme proportionnée à l'avantage fiscal obtenu.

B. Dispositif anti-abus conventionnel : démembrement et article 29 de la convention modèle OCDE

11. Si le démembrement ne relève pas, par principe, de pratiques abusives d'un point de vue français, le risque peut

13 Dir. (UE) 2018/822, 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration. Sur cette directive, v. le dossier publié in FI 3-2020, n° 02.

14 V. CGI, art. 1649 AH, II et BOI-CF-CPF-30-40-30-10 et BOI-CF-CPF-30-40-30-20, 25 nov. 2020.

le cas échéant provenir d'une analyse distincte d'une administration étrangère. Elle peut être soit celle de l'État de situation du bien démembré, soit de l'État de résidence de l'usufruitier ou du nu-proprétaire. L'analyse est à mener à la constitution du démembrement, pendant son exécution - où se pose la question du sort des dividendes et des plus-values - et à son dénouement.

12. À cet égard, l'OCDE a doté les États d'une clause anti-abus très large, selon laquelle « *Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de fortune s'il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention* »¹⁵.

Issue de l'action 6 du plan *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) de l'OCDE, cette clause du « *critère des objets principaux* » (COP ou PPT en anglais, pour « *Principal purposes test* ») confère aux administrations fiscales un pouvoir de remise en cause très étendu et de portée générale. Celle-ci requiert que : (i) soit caractérisé un montage ou une transaction, (ii) qui se traduit par l'obtention d'un avantage fiscal, (iii) lequel constitue l'une des principales motivations ayant présidé à la mise en place de ce montage ou à l'exécution de cette transaction (iv) que son octroi n'est pas conforme à l'objet et au but des dispositions qui le prévoient.

En l'absence de lignes directrices exhaustives quant à l'interprétation des termes de la clause¹⁶, des approches divergentes vont nécessairement apparaître entre les administrations fiscales, qui l'apprécieront à travers le prisme des jurisprudences locales relatives à leur propres règles anti-abus domestiques. Ces dernières sont loin d'être uniformes - ne serait-ce qu'en Europe. Les démembrements français pourraient alors, le cas échéant, se voir disqualifiés sur ce fondement. La jurisprudence - française ou étrangère - est en la matière peu disert, et ne nous laisse à ce jour que la possibilité de conjecturer.

F. LE MENTEC ■

15 Convention modèle OCDE, art. 29, § 9 et Instrument multilatéral, art. 7, § 1.

16 Sur ce sujet, v. P. Martin, *Interprétation et application de la clause générale anti-abus de l'OCDE* : FI 4-2019, n° 9.3.

