

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*SOCIÉTÉ CIVILE ET OPTIMISATION DE LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT DU
PATRIMOINE PRIVÉ*

MICHEL LEROY

Référence de publication : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 15 Mai 2009, 1166

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

SOCIÉTÉ CIVILE ET OPTIMISATION DE LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT DU PATRIMOINE PRIVÉ

L'interposition d'une société civile dans une opération de transmission à titre gratuit du patrimoine privé est une technique classique, qui présente essentiellement comme intérêt de favoriser la réalisation des objectifs civils de l'auteur de la libéralité. L'optimisation fiscale n'est, dans ce montage, qu'une variable, ce qui rend faible le risque d'abus de droit.

L'apport du ou des biens à transmettre à une société civile permet au donateur, qui le souhaite, de ne pas perdre l'ensemble de ses prérogatives sur le bien transmis, soit parce qu'il s'en est réservé la jouissance, soit qu'il souhaite maîtriser la destination du bien.

L'interposition de la société civile est également susceptible de permettre au donateur d'atteindre ses objectifs quant à la répartition du patrimoine à l'égard de ses enfants, qu'il souhaite l'égalité entre eux ou au contraire qu'il ne la souhaite pas.

Fiscalement, l'apport à une société civile peut avoir pour effet d'exclure l'application de la fiscalité de la mutation à titre gratuit. Dans la plupart des hypothèses, il permet d'en atténuer la rigueur.

1. L'interposition d'une société civile dans l'opération de transmission à titre gratuit est une question classique mais dont le traitement est toujours renouvelé en raison de l'évolution de l'environnement économique, juridique et fiscal dans lequel elle se pose. Or, ces derniers mois et années cet environnement a été, sinon bouleversé, au moins fortement modifié. Ainsi, la France connaît une situation de désinflation des actifs, voire bientôt de déflation et cela entraîne – et entraînera encore demain – une baisse de la valeur des biens, en particulier immobiliers. La conséquence fiscale est évidente : une diminution de la base taxable en cas de transmission. Il est donc moins utile qu'auparavant de mettre en place des stratégies élaborées de transmission dans le but d'en diminuer la fiscalité. Ceci d'autant plus que les récentes réformes fiscales, et en particulier la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, dite loi TEPA, permettent la transmission d'un patrimoine conséquent à un coût fiscal nul, avec une préparation patrimoniale minimale.
2. Ces réformes ne rendent cependant pas obsolètes les différentes techniques utilisées quotidiennement par les praticiens, car l'optimisation de la transmission patrimoniale ne se

limite pas à un aspect fiscal. L'essence même de la transmission préparée est en effet la satisfaction des objectifs civils du client, dans un cadre fiscal optimal. Or, l'interposition d'une société civile dans une stratégie de transmission patrimoniale présente essentiellement comme intérêt de favoriser la réalisation des objectifs civils de l'auteur de la libéralité. L'optimisation fiscale n'est, dans ce montage, qu'une variable dépendant de certains paramètres, en particulier la valeur des biens apportés ou acquis par la société et l'identité des bénéficiaires de la transmission.

1. LA CONSTANTE, L'OPTIMISATION CIVILE

3. L'apport du ou des biens à transmettre à une société présente un intérêt manifeste lorsque le donateur souhaite ne pas perdre l'ensemble de ses prérogatives sur le bien transmis, soit parce qu'il s'en est réservé la jouissance, soit qu'il souhaite maîtriser la destination du bien. L'interposition de la société civile est également susceptible de permettre au donateur d'atteindre ses objectifs quant à la répartition du patrimoine à l'égard de ses enfants, qu'il souhaite l'égalité entre eux ou au contraire qu'il ne la souhaite pas.

A. - La protection des intérêts du donateur

1° Interposition d'une société civile et dissociation entre le pouvoir et le capital

4. L'apport d'un bien à une société personne morale permet facilement de dissocier le pouvoir sur ce bien et la transmission de sa valeur. Cette dissociation présente un intérêt tout particulier lorsque la transmission est envisagée en démembrement, le donateur se réservant l'usufruit du bien. Dans ce cas, en effet, il est très important que l'apporteur conserve un certain pouvoir sur la chose afin d'assurer la pérennité des revenus du bien démembré dont il s'est réservé la jouissance, mais aussi de favoriser l'exécution des obligations dont il peut être tenu en tant que bailleur. L'exemple de la donation démembrée d'un immeuble locatif est le plus évocateur. Pris en qualité de contractant, l'usufruitier est tenu de toutes les obligations du bailleur à l'égard de son locataire, dont les obligations de réparation. Leur réalisation suppose l'exercice d'un pouvoir sur le bien qui peut excéder ses prérogatives d'usufruitier. Or, celui-ci ne peut pas contraindre, en principe, le nu-propriétaire à effectuer les grosses réparations (dans l'hypothèse où le nu-

propriétaire n'est pas co-bailleur). Il peut seulement exercer contre lui un recours lorsqu'il a effectué les réparations qui sont à la charge de la nue-propriété.

5. Mais ce qui importe à l'usufruitier bailleur, c'est que les travaux soient réalisés à temps pour ne pas s'exposer à une résiliation du bail, source de ses revenus. Il faut pour cela qu'il puisse contraindre le nu-propriétaire à faire les travaux ou en tout cas que le nu-propriétaire ne puisse s'opposer à leur réalisation par l'usufruitier. L'interposition d'une société civile permet d'éviter ces difficultés puisque la gestion du bien apporté sera le fait de la société et donc de son gérant. Le donataire, à l'initiative de l'apport, et le plus souvent de la création de la société, aura pris soin de se désigner en qualité de gérant ou de désigner une personne de confiance.
6. C'est cet argument qui avait été retenu dans la célèbre affaire Tabourdeau^{Note 2}. La cour d'appel de renvoi (car l'affaire avait donné lieu à un premier arrêt de la Cour de cassation, V. infra) avait jugé que le dispositif mis en place permettait aux parents en qualité d'usufruitier et de gérant – pour le père – de la société civile immobilière, d'éviter de se heurter au refus du nu-propriétaire d'effectuer des grosses réparations sur l'immeuble comme cela aurait été le cas s'ils avaient transmis directement la nue-propriété de l'immeuble à leur fils. La motivation de l'arrêt d'appel est approuvée par les juges du fond : au regard des principes applicables en cas de démembrement de la propriété d'un immeuble, existait un intérêt pour M. Paul X..., plutôt que de détenir directement cette nue-propriété, d'en faire apport à une SCI dont il était devenu le gérant, dans la mesure où sa double qualité d'usufruitier et de gérant lui donnaient des pouvoirs renforcés lui permettant de vaincre l'éventuel refus du nu-propriétaire d'assumer ses obligations légales, l'arrêt retient que la création de la SCI permettait aux parents donateurs de conserver un véritable pouvoir de décision sur la gestion du bien transmis, de sorte que l'opération litigieuse présentait des intérêts distincts de la préoccupation fiscale. La décision peut cependant être critiquée dans la mesure où d'une part, la société peut n'avoir pas les moyens de réaliser les travaux (surtout si elle n'est constituée que par la nue-propriété des biens apportés) et d'autre part, l'interposition d'une société n'est pas indispensable à l'exécution des travaux par le nu-propriétaire. La stipulation d'une charge dans la donation de la nue-propriété suffit à atteindre le même résultat^{Note 3}. Cependant, l'important est de permettre à l'usufruitier de réaliser lui-même les travaux s'il le souhaite. Or, l'interposition d'une société offre cette possibilité, sans s'exposer à un refus d'un nu-propriétaire. Les statuts peuvent également imposer aux associés les appels de fonds nécessaires, ce qui assure la préservation des biens^{Note 4}. De plus, la constitution de la société et la désignation du donateur en qualité de gérant lui permettent également de veiller à la conservation du ou des biens donnés dans le patrimoine familial.

2° Interposition d'une société et conservation du bien dans le cercle familial

7. L'interposition d'une SCI permet également au donataire de conserver sa vie durant, s'il le souhaite, un certain pouvoir sur la destination du bien apporté. En effet, au delà de l'obligation d'agrément pour les transmissions volontaires de parts à une autre personne autre que l'ascendant ou le descendant du cédant (C. civ., art. 1861), les statuts peuvent prévoir un agrément de la gérance (C. civ., art. 1861, al. 2), et donc du donateur, pour toute cession. Cet argument est repris par un arrêt récent^{Note 5} qui approuve une Cour d'appel d'avoir rejeté la qualification d'abus de droit pour un apport démembré avant donation en rappelant que l'interposition d'une SCI a permis de mettre en place une procédure d'agrément de nouveaux associés tout en évitant que le créancier d'un indivisaire puisse déclencher le partage judiciaire des biens familiaux. L'objectif de la société civile n'est pas évidemment pas de figer le bien pour l'éternité dans le patrimoine familial, elle est ici un instrument efficace permettant au donateur de faire respecter sa volonté d'origine, qui est de transmettre le bien de son vivant à certaines personnes. Il est légitime qu'il souhaite éviter la transmission de tout ou partie des parts sociales à des personnes qui ne partagent pas nécessairement ses objectifs quant à la destination et le mode de gestion du bien.

B. - L'optimisation du partage

8. L'interposition d'une société permet de modifier l'objet du ou des biens à transmettre et par conséquent de faciliter la transmission et les opérations de partage, d'abord en évitant une situation indivise, ensuite en favorisant la constitution de lots égaux, en cas de transmission à une pluralité de donataires, d'enfants par exemple. De façon exceptionnelle, la technique permet d'atteindre le résultat inverse, à savoir une atteinte à la réserve héréditaire. L'opération permet également dans certaines hypothèses, parfois exceptionnelles, au donateur de limiter ou d'exclure, en sortant du domaine de leur application, les effets de règles impératives qui seraient de nature à limiter l'objectif qu'il souhaite atteindre, telles que les règles du régime de communauté légale.

1° La mise à l'écart de l'indivision

9. L'interposition d'une société permet d'éviter l'indivision, chaque donataire devenant propriétaire des parts transmises, et de lui substituer un mode d'organisation patrimoniale plus

stable et plus conforme aux objectifs du donateur. En effet, même si les indivisaires peuvent convenir des règles de gestion de l'indivision, les pouvoirs du gérant d'une société civile sont plus importants que celui du gérant de l'indivision conventionnelle. Or, dans de nombreuses hypothèses, l'interposition d'une société civile a pour objectif de permettre au donateur des parts de conserver un pouvoir de gestion. De ce point de vue, la structure sociétaire apparaît plus efficace que l'indivision grâce à la prééminence des pouvoirs de son gérant. Cet argument a pu être critiqué, en particulier par feu le CCRADNote 6 qui, dans l'affaire n° 2005-16, a estimé « non déterminant, dans les circonstances de l'espèce, l'argument selon lequel la société civile constituerait une forme d'organisation supérieure à l'indivision, celle-ci pouvant faire l'objet de conventions de gestion aussi performantes dans le cadre d'un cercle familial restreint »Note 7

10. Pourtant, outre la différence existant entre les pouvoirs d'un gérant de société civile et les pouvoirs d'un gérant d'indivision, de manière générale, la constitution d'une société offre une stabilité que même l'indivision conventionnelle ne saurait offrir. La Cour de cassation n'est pas insensible à cet argumentNote 8. Par exemple :

Mais attendu qu'après avoir constaté que la société, dont l'objet est l'acquisition et la gestion d'immeubles, avait une activité réelle, l'arrêt retient que l'opération a permis à la donatrice de transmettre directement une partie de son patrimoine à ses petits-enfants tout en garantissant un revenu aux deux premières générations par le démembrement, et de substituer aux règles contraignantes d'une indivision, peu propice à la gestion d'ensemble d'un patrimoine constitué de plusieurs immeubles à destination locative, une gestion plus souple.

11. L'interposition d'une société permet donc au donateur de privilégier un mode de gestion plus conforme à ses objectifs que l'indivision conventionnelle. C'est cet argument là qu'il est nécessaire de mettre en avant et non un autre, comme l'a rappelé le premier arrêt TabourdeauNote 9. Dans cette affaire, les donateurs avaient d'abord fait valoir que la constitution de la société civile était destinée à éviter, en cas de prédécès du donataire, une indivision successorale à laquelle n'importe lequel des coindivisaires pourrait mettre un terme à tout moment, ce qui entraînerait pour les donateurs la perte de jouissance de ce bien immobilier. L'argument était erroné puisque si aucun indivisaire n'est tenu de principe de demeurer dans l'indivision, le juge ne peut, à la demande d'un nu-propriétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier (C. civ., art. 815-5, al.2).

2° Constitution de lots égalitaires

12. L'interposition d'une société civile permet au donateur de réaliser beaucoup plus facilement une transmission portant sur des biens difficilement partageables ou des biens immobiliers d'une valeur et d'une rentabilité différente. En effet, le donateur qui souhaite transmettre à ses enfants de façon égalitaire la propriété de tels biens atteindra facilement cet objectif si la donation porte sur les parts sociales de la société civile et non directement sur les biens immobiliers, la constitution de lots égalitaires étant dans ce cas bien plus difficile à réaliser. Cette règle évidente avait été formulée de manière remarquable par le célèbre arrêt *Botherel* Note 10 :

Mais attendu que l'arrêt retient, d'une part, que l'opération critiquée permettait aux époux *Botherel*, tous les deux gérants de cette société et disposant d'une minorité de blocage, de transmettre à leurs enfants une partie des biens dont ils conservaient les revenus, d'autre part, que la transmission des parts permettait un partage équitable entre les descendants, les difficultés inhérentes à un partage en trois lots équivalents de biens de nature différente et d'entité distincte se trouvant évitées.

Ce principe est rappelé récemment par la Cour de cassation Note 11. La Cour régulatrice approuve la cour d'appel d'avoir considéré qu'un apport démembré avant donation des parts sociales n'était pas constitutif d'un abus de droit car l'opération avait permis au donateur d'assurer après son décès la cohésion du patrimoine familial en mutualisant entre ses enfants les aléas locatifs et les écarts de rentabilité susceptibles d'apparaître entre les différents immeubles...

3° Interposition d'une société civile et atteinte à la réserve

13. L'interposition d'une société civile peut également permettre dans certaines hypothèses présentant un élément d'extranéité, de modifier la loi applicable à la succession et partant de porter atteinte à la réserve héréditaire Note 12. En effet, selon la règle de conflit française, la succession immobilière est régie par la loi du lieu de situation des biens alors que la succession mobilière est régie par la loi du domicile du défunt Note 13. L'acquisition d'un immeuble sur le territoire français conduit donc à l'application de la loi française quant à la dévolution de ce bien Note 14. En revanche, l'acquisition d'un actif mobilier entraîne, quant à sa dévolution, l'application de la loi du domicile du défunt. Ainsi, l'acquisition par un étranger d'un immeuble par l'intermédiaire d'une société civile permettra l'application de la loi du domicile, puisque le patrimoine sera dans ce cas constitué par des parts sociales et non pas par les immeubles devenus propriété de la société. Par conséquent, si la loi du pays ne connaît pas l'institution de la

réserve, telle que la loi anglaise, l'interposition d'une SCI permet d'en éluder les règles. Bien évidemment, si l'acquisition par le moyen de la société civile est faite dans l'unique but d'éviter les règles protectrices de la réserve, le spectre de l'abus de droit se profile à l'horizon.

14. Une affaire célèbre, l'affaire Caron^{Note 15}, en constitue une parfaite illustration. Il s'agissait en l'espèce d'une personne, domiciliée aux États-Unis, qui, dans le but avoué de déshériter ses enfants, avait cédé un immeuble dont il était propriétaire en France à une société américaine dont il était actionnaire. La dévolution de ces actions, qualifiées de meubles au regard du droit français, supposait donc l'application de la loi américaine du domicile du défunt, Or, celle-ci, contrairement à la loi française, ne connaît pas l'institution de la réserve. La Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir fait application des règles de la réduction auxquelles le disposant avait voulu échapper, en raison de la fraude.

4° Interposition d'une société civile et le régime légal de communauté

15. L'apport d'un bien frugifère à une société civile est également de nature à éviter l'application de certaines règles du régime matrimonial légal, ce qui n'est pas neutre en matière de transmission du bien ou de ses revenus après dissolution du régime matrimonial. Par exemple, les dividendes versées par les sociétés sont constitutives de fruits civils^{Note 16} et à ce titre, doivent être considérées comme des biens communs, quelle que soit la qualification des parts sociales^{Note 17}. En revanche, les bénéfices non distribués ne constituent pas juridiquement des fruits^{Note 18}. La Cour de cassation est en ce sens^{Note 19}. Il en résulte également que les titres nouveaux émis à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves sont des biens propres, par application de l'article 1406 du Code civil. Cette solution permet d'envisager certains montages, à l'image de celui mis en œuvre dans l'arrêt précité. Par exemple, deux personnes (une mère et une fille) constituent une société gérant des biens immobiliers. Les parts sociales, acquises avant le mariage de l'enfant, sont constitutives de propres. Les loyers acquis sont pour l'essentiel mis en réserve. Avant le prononcé du divorce des époux, les associés décident une augmentation de capital, par incorporation de réserves. Les parts nouvelles ainsi créées sont attribuées gratuitement à chacun des deux associés. L'apport à une société constituée avec des fonds propres d'un bien frugifère est donc de nature à priver la communauté de tout droit sur ce bien, alors même que les revenus d'un propre sont en principe communs et que l'emploi des revenus d'un bien propre à son amélioration ouvre, au profit de la communauté, un droit à récompense^{Note 20}.

16. En conclusion, l'interposition d'une société civile dans l'opération de transmission d'un patrimoine peut se justifier par des considérations civiles fort honorables : assurer l'égalité entre les enfants, maintenir les biens transmis dans le patrimoine, assurer au donateur usufruitier la permanence de ses revenus... Il est sans doute utile de préciser dans les statuts, en particulier ceux des sociétés constituées pour l'occasion, les raisons qui ont justifié sa création.

2. LA VARIABLE : L'OPTIMISATION FISCALE

17. L'optimisation fiscale est une variable car elle dépend fondamentalement de l'identité du ou des donataires et de la valeur des biens transmis. Dans certaines circonstances, l'apport à une société civile a pour effet radical d'exclure l'application de la fiscalité de la mutation à titre gratuit. Dans la plupart des hypothèses, il permet d'en atténuer la rigueur.

A. - Interposition d'une société et exclusion des droits de mutation à titre gratuit

18. L'interposition d'une société civile dans la transmission à titre gratuit du bien permet, de façon exceptionnelle, d'exclure l'application de la fiscalité de la mutation à titre gratuit. En effet, l'interposition d'une société permet d'optimiser fiscalement la technique de la tontine^{Note 21}. La clause de tontine est essentiellement utilisée pour l'acquisition en commun d'un bien immobilier, en particulier par des concubins ou des époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Techniquement, la tontine prend la forme d'une clause selon laquelle chacune des parties déclare acquérir sa part sous la condition suspensive de sa survie et sous la condition résolutoire de son prédécès. Pratiquement, dans les statuts, elle est souvent rédigée ainsi « en cas de décès de l'un des associés, les autres associés survivants deviendront automatiquement détenteurs et propriétaires des droits sociaux de l'associé prédécédé en proportion de leur propre participation au capital de la société » Avant le décès du premier d'entre eux, la clause ne produit aucun effet. Plus exactement, les parties sont titulaires de droits conditionnels équivalents, ce qui exclut l'application des règles de l'indivision^{Note 22}. Le pacte tontinier présente un intérêt civil indéniable pour le survivant. Sur le plan fiscal, en revanche, la clause est considérée comme une transmission au survivant de la part du prédécédé, soumise, sauf exceptions, aux droits de mutation à titre gratuit.

19. En effet, selon l'article 754-A du Code général des impôts, Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement. Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 euros. Lorsque les droits de mutation sont dus, ceux-ci sont liquidés au tarif en vigueur au jour du décès en fonction du lien de parenté entre les parties au pacte. Le survivant doit donc déposer une déclaration de succession, même s'il ne reçoit pas le bien par la voie successorale. L'insertion d'une clause de tontine dans les statuts d'une société permet d'éviter l'application de ce texte. En effet, les dispositions de l'article 754 A du CGI ne s'appliquent qu'aux stipulations insérées dans un acte d'acquisition. Or, l'acte de société ne peut être analysé comme un acte d'acquisition, de sorte que le bénéficiaire de la clause n'est tenu en principe qu'au règlement du droit proportionnel de l'article 726 du CGI. Si cette analyse n'a pas encore été approuvée par la Cour de cassation, certains arrêts d'appel l'ont adoptée Note 23. Une réponse ministérielle est en ce sens Note 24.

20. L'arrêt précité de la cour d'appel de Chambéry mérite de retenir l'attention car il met en lumière l'analyse de l'administration fiscale selon laquelle la clause devait s'apprécier comme une clause de continuation de la société entre les associés survivants. Par conséquent, l'opération devait être soumise non seulement au droit de mutation à titre onéreux pour la cession des parts mais aussi au droit de succession sur la valeur des parts dans le patrimoine du défunt (en application de l'article 1870-1 du Code civil : les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts ou par la société elle-même si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation). Cette position de l'administration fiscale est critiquable car elle se heurte à l'essence même du pacte tontinier, à savoir son caractère aléatoire. Mais encore faut-il que l'aléa existe réellement. En la matière, de nombreux praticiens mettent l'accent sur la nécessité, à la fois de respecter une certaine égalité dans les apports des différents associés de la société tontinière, et de tenir compte de la différence d'âge entre les parties au pacte. Sans doute, les montages trop artificiels sont à éviter. Il en va ainsi lorsque l'opération ne présente aucun aléa parce qu'un seul associé a financé l'acquisition et que son espérance de vie est brève. La Cour de cassation a rappelé récemment cette évidence Note 25. Pour la Cour de cassation, lorsqu'un associé a financé seul le capital... de la société civile, et qu'en raison de son état de santé à l'époque de la constitution de la société et de la différence d'âge qui existait entre les

associés, il était probable qu'il décède avant l'autre associé, l'opération litigieuse, qui ne présentait aucun aléa, constitue une libéralité. Cependant, il ne faut pas croire que toute différence d'âge ou de participation financière condamne ce montage : celui-ci est utilisé non seulement dans les relations de concubinage mais aussi dans les transmissions ascendant/descendants où par essence, la différence d'âge existe.

21. Ainsi, la cour d'appel de Chambéry dans l'arrêt précité a validé le montage réalisé par un ascendant qui avait constitué avec ses quatre enfants deux SCI tontinières auxquelles il a fait apport de deux immeubles, évalués respectivement 5 089 800 F et 2 041 000 F, les enfants s'étant quant à eux contentés d'apporter chacun en numéraire 300 et 500 F à chacune des sociétés. Le père détenait donc dans la première SCI 50 898 parts, chaque enfant ayant 3 parts de 100 F. Dans la seconde société, le père recevait 20 410 parts et chacun des enfants cinq parts. Dans un autre arrêt Note 26 des parents, âgés respectivement de 76 ans et 77 ans, et leurs trois enfants avaient constitué une SCI à laquelle furent apportés un immeuble appartenant en propre au mari (4 319 000 F), des immeubles appartenant à la communauté (4 442 000 F) et des apports en numéraire des enfants pour un montant de 1 000 F chacun. Une clause de tontine classique était stipulée dans les statuts. Le montage fut également validé par la cour d'appel. En l'espèce, dans ces deux affaires, la différence de patrimoine apporté était considérable, trop peut-être. Le caractère aléatoire du contrat ne suppose pas nécessairement des apports égaux, mais ces apports doivent avoir une certaine consistance, pour respecter le risque de perte et la chance de gain, caractéristique, sauf exception, de l'aléa.

B. - Interposition d'une société et limitation de la taxation

22. L'interposition d'une société civile dans la transmission d'un patrimoine permet surtout, dans la plupart des hypothèses, à la fois de modifier l'assiette taxable et d'étaler dans le temps la transmission afin de bénéficier de façon successive des abattements légaux. Le célèbre montage alliant apport démembré et transmission concomitante ou non des parts sociales s'inscrit dans cette perspective : le propriétaire du bien effectue un apport de la nue-propriété du bien à une société civile puis réalise une donation de la pleine propriété des parts sociales de la société, le plus souvent de façon successive à la hauteur des abattements. Les raisons du montage sont bien connues Note 27 : le démembrement de la propriété du bien à transmettre limite par essence l'assiette des droits de mutation à titre gratuit à la valeur du droit transmis. Dans un second temps, lors de l'extinction de l'usufruit, la reconstitution de la pleine propriété s'effectue en

franchise de droits, cette reconstitution étant un effet de la loi, et non la conséquence d'une manifestation de volonté (CGI, art. 1133).

- 23.** Très utilisé avant la réforme du barème fiscal de l'usufruit, ce montage a fortement irrité l'administration fiscale qui suspectait dans sa mise en œuvre un abus de droit, soit par simulation, soit par fraude. Ce contentieux a donné lieu à une littérature très abondante. Note 28. Pourtant, objectivement, le risque de redressement a toujours été faible et la réforme de l'abus de droit par la loi de finances rectificative pour 2008 ne changera rien en la matière. Pour qu'il y ait abus de droit dans ce montage, il faut, soit l'absence de raisons civiles à l'interposition de la société dans la transmission, soit la preuve de la fictivité de la société interposée. Or les développements précédents en attestent, l'interposition d'une société civile dans l'opération de transmission présente pour le donateur d'indéniables intérêts civils. La Cour de cassation n'a eu de cesse, au cours de l'année 2008, de le rappeler. Note 29 :

Cass. com., 23 sept. 2008 : Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la constitution de la SCI par apport de la seule nue-propriété des immeubles des époux X... suivie de la donation-partage des parts de cette société à leurs enfants n'avait pas pour but, d'une part, de partager équitablement leur patrimoine entre leurs descendants, en évitant toute indivision entre eux et les difficultés inhérentes à un partage en lots équivalents d'immeubles de nature et de valeur très diverses et, d'autre part, de se mettre à l'abri du besoin leur vie durant en conservant les revenus de ces immeubles, ce qu'excluait toute finalité fiscale de l'opération, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Note 30.

- 24.** En revanche, le montage peut encourir le risque de fictivité. La fictivité n'est pas une notion fiscale autonome. Une société est considérée comme fictive lorsqu'elle ne réunit pas les conditions de l'article 1832 du Code civil. La fictivité peut emprunter différents visages, présents parfois de façon simultanée. Elle peut se caractériser par l'absence d'un élément constitutif de l'acte de société : c'est le cas lorsque par exemple l'apport réalisé est fictif ou que la société est dépourvue d'affectio societatis. La simulation peut également s'exprimer dans une absence d'activité sociale : ainsi, un défaut de convocation des assemblées ou plus généralement tout dysfonctionnement des organes sociaux impliquant l'absence de vie sociale constitue également un excellent indice de fictivité.

- 25.** La fictivité de la société est souvent établie par un faisceau d'indices. Un arrêt récent de la Cour de cassation en constitue un exemple remarquable et inquiétant. Ainsi, lorsqu'une société civile de gestion de portefeuille de valeurs mobilières n'a pas fonctionné depuis sa constitution jusqu'à la donation-partage litigieuse, et n'a aucune autonomie financière par rapport à ses

associés, qu'il n'y a eu que des apports d'une très faible valeur de la part de tous les associés à l'exclusion d'un seul, qu'il n'y a pas de volonté réelle de s'associer entre les associés, la société doit être regardée comme étant fictive^{Note 31}. L'arrêt est critiquable par bien des points, les éléments retenus en l'espèce étant fort peu probants^{Note 32} mais, publié au Bulletin, il doit être pris en compte dans les stratégies de transmission.

Note 1 Ce texte est la manifestation écrite d'une contribution aux rencontres Notariat-Université qui ont eu lieu à l'université de Toulouse 1, le 29 janvier 2009 (V. JCP N 2009, n° 1-2, p. 18).

Note 2 Cass. com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-18.397 : JurisData n° 2008-044076. Sur cet arrêt, V. en particulier, F Perrotin, Abus de droit et apport-donation : la Cour de cassation lève le doute : LPA, 26 août 2008, p. 3 ; Dr. fisc. 2008, n° 24, comm. 378. – J. Ledan, Apport-donation et abus de droit : la Cour de cassation réaffirme sa position : Dr. fisc. 2008, n° 40, comm. 527. – R. Mortier, Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap... ou presque ! : JCP N 2008, n° 28, 1239.

Note 3 Cass. 1re civ., 23 janv. 2007 : Bull. civ. 2007, I, n° 41 p. 3.

Note 4 Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-18770 : JurisData n° 2008-045538 ; JCP N 2008, n° 47, act. 753.

Note 5 Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-21.944, FS-D, min. c/ M. et Mme Cere : JurisData n° 2008-043381 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 283, aff. Cere. – V R. Mortier, préc. note (2).

Note 6 Sur la réforme du Comité consultatif pour la répression des abus de droit et sa transformation par la loi de finances rectificative pour 2008 en Comité de l'abus de droit fiscal, V. en particulier, J.-L. Pierre, la réforme de la procédure de répression des abus de droit : Procédures 2009, repère 2.

Note 7 Rapport du CCRAD, 2006 : BOI 13 L-1-07, n° 49, 3 avr. 2007.

Note 8 Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19.870 : JurisData n° 2008-045762. Sur cet arrêt, V. en particulier, E. Meier et R. Torlet, Apport-donation et abus de droit. La Cour de cassation favorable aux contribuables : JCP N 2008, n° 47, act. 747.

Note 9 Cass. com., 16 nov. 2004, n° 02-17.147 : JurisData n° 2004-025713 ; RJF 3/2005, no 282 ; JCP E 2005, 278, note H. Hovasse.

Note 10 Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.272 : JurisData n° 2006-035454. Sur cet arrêt, V. en particulier, P. Fernoux, SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat : JCP N 2007, n° 28, 1216 ; Dr. fisc. 2007, n° 12, étude 302.

Note 11 Cass. com., 26 mars 2008, préc.note (5).

Note 12 E. Fongaro, La préparation d'une succession internationale. Ou l'art subtil d'éluider la réserve héréditaire : JCP N 2008, n° 24, 1221.

Note 13 B. Ancel et Y. Lequette : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé : Dalloz, 5e éd., 2006.

Note 14 C. Géraud, Acquisition immobilière en France par des étrangers ou des non-résidents et transmission de patrimoine : JCP N 1998, n° 24, p. 926.

Note 15 Cass. 1re civ., 20 mars 1985, n° 82-15.033.

Note 16 Cass. com., 28 nov. 2006 : D. 2006, p. 3055, obs. A. Lienhard.

Note 17 V. Mercier, Le droit des biens au secours du droit des sociétés : le régime de répartition des dividendes : Dr. sociétés 2008, étude 1.

Note 18 V. par ex. Ph. Simler, Les régimes matrimoniaux : Dalloz, 4e éd., 2005, n° 342.

Note 19 Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 04-20.663 : JurisData n° 2006-036436 ; Dr. sociétés 2007, comm. 32, obs. J. Monnet.

Note 20 Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 05-18.066 ; D. 2007, p. 1578,, note M. Nicod.

Note 21 G. Baffoy, L'usage de la tontine en droit des sociétés : JCP N 2003, n° 2, 1029.

Note 22 Cass. ch. mixte, 27 nov. 1970, Bull. civ. 1970, ch. mixte, n° 3.

Note 23 Par exemple, CA Chambéry, 18 nov. 2003. V. J.-P Garçon, Le dénouement du pacte statutaire d'une SCI tontinière donne-t-il prise aux droits de mutation à titre gratuit ? : JCP N 2005, n° 48, 1478.

Note 24 Rép. min. n° 12029 (Ruffenacht) : JOAN Q 8 sept. 1979, selon laquelle l'administration fiscale ne peut réclamer aux héritiers le paiement de droits de succession.

Note 25 Cass. 1re civ., 10 mai 2007 : JurisData n° 2007-038791. Sur cet arrêt, J.-P. Garçon, En l'absence d'aléa, une SCI tontinière dissimule une libéralité éventuellement réductible : JCP N 2007, n° 28, 1215.

Note 26 CA Chambéry, 18 juin 2002 : RTD com., p. 190, note F. Deboissy.

Note 27 V par exemple, P. Fernoux, SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long débat : JCP N 2007, n° 28, 1216.

Note 28 V. par exemple, M. Cozian, Abus de droit, apport cession et apport-donation, la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? : Dr. fisc. 2007, n° 36, étude 795. – P. Fernoux, L'actualité de l'abus de droit ou comment cerner la frontière entre abus de droit et optimisation fiscale : Dr. et patrimoine févr. 2008, p. 60. – B. Hatoux, L'insécurité juridique érigée en principe ? Ou L'abus de droit dangereux : RJF 2007, p. 710.

Note 29 Cass. com., 26 mars 2008, préc. note (5). – Cass. com., 20 mai 2008, préc., note (2). – Cass. com., 23 sept. 2008, pourvoi n° 07-15.210 : JurisData n° 2008-045149 : JCP N 2008, n° 47, act. 747.

Note 30 V. Cass. com., 21 oct. 2008, préc, note (4). – Cass. com., 4 nov. 2008, préc. note (8).– Sur ces derniers arrêts, V. en particulier, E. Meier et R. Torlet, préc. note (8).

Note 31 Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Saunier Streck : JurisData n° 2007-038954 ; JCP N 2008, n° 6, 1072, note J.-P. Garçon ; Dr. sociétés 2007, comm. 174, note R. Mortier ; RD bancaire et fin. 2008, prat. 1, note H. Causse ; RJF 2007, n° 126, note O. Debat ; RJF 2007, n° 994 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 132.

Note 32 V. en particulier sur ce point, Dr. sociétés 2007, comm. 174, note R. Mortier.