

N° 429187 – M. et Mme K...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 19 mars 2021

Lecture du 2 avril 2021

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, rapporteur public

Cette affaire vous donnera l'occasion de compléter votre jurisprudence relative à l'identité du redevable de l'imposition sur la plus-value générée par la cession simultanée de titres dont la propriété est démembrée.

En principe, en cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits. Dans cette hypothèse, il est possible d'identifier deux plus-values imposables, l'une entre les mains de l'usufruitier et l'autre entre celles du nu-propiétaire (30 décembre 2009, Leblanc, n° 307165, aux tables et à la RJF 3/10 n° 226, concl. J. Burguburu BDCF 3/10 n° 31).

Cette règle de répartition, dégagée par la Cour de cassation¹ et aujourd'hui consacrée par l'article 621 du code civil², n'étant pas d'ordre public, rien ne fait obstacle à ce que les parties y dérogent par la voie conventionnelle.

Elles peuvent convenir, d'une part, du report de l'usufruit sur le prix de la cession, c'est-à-dire de l'attribution à l'usufruitier de la totalité des sommes perçues en contrepartie de la vente. L'usufruit se transforme alors en un quasi-usufruit, au sens des dispositions de l'article 587 du code civil, qui confère à l'usufruitier la libre disposition du prix de cession, à charge pour lui d'en restituer au nu-propiétaire l'équivalent en valeur à l'extinction de l'usufruit. Dans une telle hypothèse, vous jugez que l'usufruitier, qui est seul bénéficiaire de l'enrichissement résultant de la cession, est le seul redevable de la plus-value réalisée (8 novembre 1967, n° 69696, D... 1968 p. 38 ; 18 décembre 2002, S..., n° 230605, RJF 3/03 n° 328, concl. F. Séners, p. 199 ; CE 12 décembre 2012, M..., n° 336273, RJF 2013, n° 296).

Les titulaires des droits démembrés peuvent aussi convenir du remploi du prix de vente pour l'achat d'un autre bien sur lequel la nue-propriété et l'usufruit se reportent, par le jeu de la subrogation réelle, dans les mêmes conditions que sur le bien cédé³. Dans cette hypothèse,

¹ Civ. 1re, 20 oct. 1987, n° 86-13.197, Bull. civ. I n° 276.

² Art. 29 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

vous jugez la plus-value issue réalisée est imposable au nom du seul nu-propiétaire, quand bien même, compte tenu du remploi, il n'aurait pu appréhender les fonds provenant de la vente des titres (2 novembre 1966, n° 68280, p. 571 ; 17 avril 2015, Mme Z..., n° 371551, aux tables et à la RJF 7/15 n° 594 ; 28 janvier 2019, M. et Mme X..., n° 407305 aux tables sur un autre point et à la RJF 4/19 n° 345)⁴.

Relevons que, la répartition du prix de cession entre usufruitier et nu propriétaire étant la règle et l'identification d'un bénéficiaire unique de la cession l'exception, il incombe aux contribuables qui entendent se prévaloir de l'une des deux situations dérogatoires au droit commun d'établir qu'ils en remplissent les conditions.

Le présent litige porte sur l'hypothèse dans laquelle le démembrement des titres résulte d'une convention de donation-partage comportant une clause de report de l'usufruit en cas de remploi du prix de cession pour l'acquisition d'un autre bien.

Par un acte du 16 mars 2007, M. K..., actionnaire de la société Viveris, a consenti la donation-partage de la nue-propiété de 20.000 actions de cette société à ses deux enfants, en conservant l'usufruit de ces titres. Le 20 septembre 2008, il leur a consenti une nouvelle donation-partage, cette fois-ci en pleine propriété, de 90.000 nouveaux titres. Cette donation a été complétée par un « pacte adjoint » signé le 26 octobre 2008, en vertu duquel les donataires s'engageaient à apporter une fraction des titres donnés en 2007 comme en 2008 à une société civile immobilière (SCI) à constituer entre eux-mêmes et leurs parents.

La société Viveris a procédé le 6 janvier 2009 à une opération de réduction de capital par voie de rachat de ses actions, au cours de laquelle elle a racheté aux époux K... et à leurs enfants 53.711 titres, dont les 20.000 titres démembrés en vertu de la donation-partage intervenue en 2007. Une partie du produit du rachat des titres démembrés, correspondant à la moitié du prix de cession environ, a été apportée, le 5 mai 2009, à une SCI constituée entre les époux K... et leurs enfants, les intéressés se voyant attribuer, en contrepartie de leurs apports, des parts sociales elles-mêmes démembrées.

M. et Mme K... ont considéré qu'ils étaient redevables de l'imposition correspondant à la plus-value générée par la cession des seuls titres qu'ils détenaient en pleine propriété, à

³ A la différence du report de l'usufruit sur le fruit, cette hypothèse n'est pas expressément prévue par l'article 621 du code civil. Mais les travaux parlementaires de la loi de 2006 (Assemblée nationale, rapport n° 2850 de M. Huygues) confirment le maintien de cette possibilité.

⁴ Cette solution repose sur la logique civiliste selon laquelle il n'est pas procédé, en pareil cas de figure, à deux cessions simultanées de l'usufruit et de la nue-propiété du bien, qui permettraient la reconstitution de la pleine propriété entre les mains de l'acquéreur, mais à une cession unique de la pleine propriété du bien, reconstituée entre les mains du nu-propiétaire du fait de l'accord donné par l'usufruitier à la vente. L'usufruitier retient, un instant de raison, son droit d'usufruit afin que le nu-propiétaire puisse céder la pleine propriété du bien, ce droit étant ensuite reporté sur un autre bien acquis grâce au produit de la vente. Le nu-propiétaire étant l'unique vendeur du bien et ayant, par ailleurs, vocation à capter l'intégralité de la plus-value à l'extinction de l'usufruit, il est regardé comme l'attributaire de la totalité du produit de la cession, et par suite, seul redevable de l'imposition (v., sur ce point, les conclusions d'E. Cortot-Boucher sur l'affaire Z...).

l'exclusion de ceux dont ils ne détenaient que l'usufruit. L'administration fiscale n'a pas été du même avis : estimant qu'ils avaient bénéficié du report de l'usufruit sur le prix de cession et, qu'en tout état de cause, le remploi du produit de la vente n'avait été que partiel, elle a imposé l'intégralité de la plus-value réalisée entre leurs mains. Les époux K... ont en vain demandé au tribunal administratif de Cergy-Pontoise la décharge des impositions supplémentaires qui leur ont été assignées à l'issue de ce contrôle. La cour administrative d'appel de Versailles a renversé la solution par un arrêt dont le ministre de l'action et des comptes publics vous demande l'annulation.

La cour a considéré que les intéressés avaient convenu, dans l'acte de donation-partage de 2007, que le produit de la vente des 20.000 actions démembrées de la société Viveris serait remployé pour l'achat d'autres titres sur lesquels nue-propiété et usufruit se reporteraient dans les mêmes conditions que sur les titres cédés. Elle en a déduit que la plus-value réalisée lors de la cession de ces titres était imposable uniquement entre les mains des enfants nu propriétaires, nonobstant la circonstance que le remploi n'aurait pas porté sur l'intégralité du produit de la cession.

Contrairement à ce que soutient le ministre, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant la circonstance que le produit de la vente n'avait fait l'objet que d'un remploi partiel dans l'acquisition des parts sociales de la SCI quatre mois après l'opération de rachat. En effet, le fait générateur de l'imposition d'une plus-value de cession correspond à la date à laquelle intervient le transfert de propriété des titres et c'est à cette date qu'il convient de se placer pour en déterminer le redevable (*M. et Mme X...*, précité). Si les parties avaient effectivement convenu, à la date de la cession, que le prix serait remployé à l'acquisition d'un nouveau bien sur lequel se reporterait le démembrement, la plus-value aurait alors dû être imposée entre les mains du nu-propiétaire, peu important que cet accord n'ait, par la suite, pas été respecté et que le remploi initialement projeté n'ait été qu'incomplètement réalisé⁵.

Toutefois, et il s'agit de l'autre branche de l'argumentation du pourvoi, la cour ne pouvait déduire le principe de l'imposition de la plus-value aux mains du nu-propiétaire de la seule présence d'une clause de remploi dans l'acte de donation-partage de 2007, dans la mesure où ce remploi n'était pas obligatoire.

C'est ainsi que vous avez, implicitement, raisonné dans votre décision *M...* du 12 décembre 2012 (précitée). En présence d'une clause de report du droit d'usufruit sur le prix de cession, vous avez jugé que la plus-value était imposable entre les mains de l'usufruitier alors même que la convention-partage prévoyait par ailleurs que, dans l'hypothèse d'un remploi du prix de cession, le démembrement initial de propriété serait reporté sur le remploi⁶. La circonstance que la convention ait prévu une simple faculté de remploi apparaissait déterminante pour exclure l'imposition entre les mains du nu propriétaire.

⁵ Sous réserve, bien sûr, de l'abus de droit.

⁶ La convention prévoyait en outre que le donateur usufruitier était libre d'aliéner les biens en cause, à l'inverse du donataire nu-propiétaire, qui ne pouvait y procéder sans l'accord de l'usufruitier.

En l'espèce, la cour s'est exclusivement fondée sur une clause de l'acte de donation-partage conclu entre les époux K... et leurs enfants en 2007 intitulée « subrogation réelle », notion qui vise, en droit civil, la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte au moyen du report de ce droit sur un nouveau bien⁷. La première phrase de cette clause stipule que « *l'usufruit réservé se reportera en vertu des règles de la subrogation réelle conventionnelle sur le prix de cession* ». Cette formule est contradictoire, le report de l'usufruit sur le prix de cession, correspondant à l'hypothèse de sa transformation en quasi-usufruit, étant exclusif de la subrogation. Mais la suite du paragraphe est dépourvu d'ambiguïté. Elle prévoit d'abord qu'en cas d'aliénation des titres, les nus propriétaires s'interdisent de demander le partage en toute propriété du prix, sauf accord exprès de l'usufruitier. Il est en outre prévu que « *le donataire devra (...) remployer le produit de ces aliénations dans tous les biens dont l'acquisition pourrait être décidée par les seuls usufruitiers, afin de permettre le report des droits de ces derniers sur le ou les biens nouvellement acquis* ».

Le caractère facultatif du remploi, qui résulte de l'usage du conditionnel, était par ailleurs confirmé par une autre clause de l'acte de donation-partage, visant l'hypothèse d'une cession des titres sans que le prix de cession ne soit employé à acquérir de nouveaux titres et qui impose alors aux donataires de verser les fonds sur un compte indivis à ouvrir au nom des donateurs usufruitiers, dans une banque désignée par ces derniers, auxquels est donné mandat de gestion exclusif des fonds placés.

Si l'interprétation des clauses d'une convention de droit privé relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, celle-ci n'exclut pas un contrôle en cassation, sous l'angle de l'erreur de droit, des conséquences tirées par ces derniers des clauses ainsi interprétées (sur ce contrôle : M..., précitée). La motivation de l'arrêt est, en l'occurrence, elliptique, la cour s'étant contentée de citer l'acte de donation-partage de 2007 pour en tirer la conclusion d'une imposition dans le chef des parents usufruitiers. Il nous semble qu'elle a implicitement mais nécessairement considéré que l'absence de caractère obligatoire de la clause de remploi citée dans son arrêt n'avait pas d'incidence sur la détermination du redevable de la plus-value réalisée, ce qui permet de saisir cette méprise sous l'angle de l'erreur de droit. Si vous estimiez qu'une telle conclusion ne s'impose pas, vous devriez alors annuler son arrêt pour avoir dénaturé les termes de la convention et avoir, par suite, commis une erreur de droit.

Nous vous proposons de régler l'affaire au fond.

Comme le font valoir les requérants en appel, c'est eu égard à deux éléments inopérants que les juges de première instance ont confirmé l'imposition de la plus-value entre leurs mains. Le tribunal s'est fondé, d'une part, sur les termes du procès-verbal de l'assemblée générale de la société Viveris du 24 décembre 2008, qui autorise l'opération de rachat, et sur les stipulations du protocole transactionnel conclu la veille entre M. K... et la société. Mais ces actes,

⁷ Dalloz, Répertoire de droit civil, Subrogation réelle – E. Savaux, B. Grimonprez, oct. 2014.

auxquels les enfants K... n'étaient pas partie, ne comportent aucune clause de nature à régir les relations entre les usufruitiers et les nu propriétaires des titres en litige. D'autre part, le tribunal ne pouvait se fonder sur les circonstances tirées des conditions effectives de remploi du prix de cession par l'intermédiaire de la SCI constituée entre les contribuables et leurs enfants, dès lors que ces faits sont postérieurs au fait générateur de l'imposition.

Vous pourrez toutefois confirmer le dispositif du jugement en vous fondant sur les deux conventions définissant les droits respectifs des usufruitiers et des nu propriétaires conclues antérieurement à l'opération de rachat intervenue le 6 janvier 2009.

Comme nous l'avons dit, l'acte de donation-partage conclu en 2007 ne prévoit pas d'obligation de remploi avec report d'usufruit en cas de cession des titres donnés en nue-propriété. Par ailleurs, il subordonne la cession ou l'apport des titres par les donataires à l'accord exprès du donateur du vivant de celui-ci. Si, à la différence de l'affaire M..., la convention n'énonce pas expressément le droit pour le donateur d'aliéner librement les titres, cette circonstance ne nous semble pas déterminante. En effet, il est prévu, que les donataires s'interdisent de demander le partage du prix de vente en cas de cession, que les donateurs usufruitiers déterminent librement les biens qui peuvent être acquis au moyen du produit de la cession, sans exclure l'acquisition de biens consommables, au sens de l'article 587 du code civil, et, enfin, qu'ils disposent, en l'absence de remploi dans l'achat de titres, de la libre gestion, dans le cadre d'un mandat exclusif, des sommes versées en rémunération de la vente. Cette entière maîtrise, *de facto*, du produit de la cession excède largement les pouvoirs limités reconnus par la jurisprudence civile à l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, qui est certes autorisé à procéder à des opérations d'arbitrage en cédant des titres, mais à charge pour lui de les remplacer par d'autres titres afin de conserver la substance du portefeuille géré⁸.

Cette convention doit donc être regardée comme accordant aux époux K... un quasi-usufruit du produit de la cession des titres démembrés dans l'hypothèse où la faculté de remploi n'est pas mise en œuvre.

Quant au « pacte adjoint » signé le 26 octobre 2008 à l'occasion de la seconde donation-partage consentie par les époux K... au profit de leurs enfants, on y trouve un engagement des donataires à apporter à une société civile immobilière à constituer avec les donateurs usufruitiers « *une fraction (...) des titres préalablement donnés* » en nue-propriété le 16 mars 2007, ou le produit de leur cession si cette fraction a été cédée préalablement à la constitution de la SCI, les usufruitiers s'engageant pour leur part à apporter l'usufruit des titres préalablement donnés. C'est ici l'indétermination de l'obligation de remploi, la clause ne précisant pas le quantum des titres concernés, qui fait obstacle à ce qu'il en soit tenu compte pour déterminer le redevable de la plus-value correspondante. Si l'étendue de l'obligation de remploi partiel avait été précisément définie au jour de la cession, la fraction de la plus-value correspondante, à hauteur de la part réinvestie, aurait en revanche dû être imposée, selon nous, entre les mains du nu propriétaire. Où l'on voit l'importance qu'il convient d'attacher à la précision de la rédaction des clauses de donation-partage...

⁸ Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, Baylet, n° 96-18.041, Bull. I n° 315.

Les autres moyens soulevés en appel peuvent être rapidement écartés.

La fiche n° 1 de l'instruction 5 C-1-01 du 13 juin 2001, reprise au § 100 de l'instruction publiée sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, relative au démembrement de valeurs mobilières et de droits sociaux, et dont les requérants se prévalent sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF, ne donne aucune interprétation de la loi fiscale différente de celle dont nous vous avons invité à faire application.

Par ailleurs, ils ne peuvent utilement se prévaloir de l'avis n° 2005-8 du Comité de l'abus de droit fiscal, dès lors qu'un tel avis, qui ne lie pas l'administration, n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 80 B du LPF⁹. Relevons au demeurant, que l'avis invoqué concernait un autre contribuable, étranger à l'opération en litige¹⁰.

Enfin, la circonstance que la plus-value en litige aurait déjà été imposée entre les mains de leurs enfants en leur qualité de nu-proprétaire, est inopérante, ceux-ci étant des contribuables distincts.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué et au rejet de la requête d'appel de M. et Mme K... ainsi que des conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

⁹ Aucune décision du Conseil d'Etat ne s'est à notre connaissance, expressément prononcée en ce sens, mais la solution découle de la lettre des textes. V. TA Paris 5 janvier 2016 n° 1309874, RJF 8-9/16 n° 713.

¹⁰ V., jugeant que peuvent seuls se prévaloir des dispositions de l'article L 80 B du LPF les contribuables qui se trouvent dans la situation de fait sur laquelle l'appréciation invoquée a été portée ainsi que les contribuables qui ont participé à l'acte ou à l'opération qui a donné naissance à cette situation, CE 17 juin 1996 n° 145594, SA France Sud Diffusion, RJF 7/96 n° 902.