

LA REVUE FISCALE DU PATRIMOINE

N° 6, JUIN 2014
ISSN : 2262-4147

Directeurs scientifiques :
Jean-François PILLEBOUT
et Bertrand SAVOURÉ

Optimisation fiscale du patrimoine privé et professionnel

ÉTUDE

17

Grandeur et décadence des contrats d'assurance-vie anti-ISF

Marc Thomas-Marotel



ÉTUDES

16

Comment constituer un usufruit successif à l'occasion d'une réincorporation transgénérationnelle ?

Par Maïder De Los Santos et Pierre-Alain Guilbert

JURISPRUDENCE

11

Société de fait - Transformation en société civile professionnelle (conséquences fiscales)

Par Jean-Luc Pierre

12

Monument historique et nue-propriété : de l'absence d'incidence du démembrement de propriété sur l'imputabilité du déficit foncier

Par Pierre-Yves Di Malta

CAHIERS PRATIQUES

6

Fiche pratique – Plus-values sur valeurs mobilières : de nouveaux changements pour 2014 !

Par Inforeg

5

Formule – SAS : proposition de clause relative aux conventions réglementées dans les statuts de SAS

Par Lisa Alice Julien

EDITO
6

ACTUALITÉS
82

DONATION-PARTAGE

16 Comment constituer un usufruit successif à l'occasion d'une réincorporation transgénérationnelle ?



MAÏDER DE LOS SANTOS
consultante en ingénierie patrimoniale
14 Pyramides Notaires



PIERRE-ALAIN GUILBERT
notaire associé
14 Pyramides Notaires

La possibilité de constituer un usufruit successif à l'occasion d'une réincorporation transgénérationnelle est source d'interprétations divergentes de la pratique et de la doctrine quant à son traitement juridique et fiscal. Cette étude fait une analyse critique des positions en présence et nous apporte des éléments de solution.

1 - La donation-partage transgénérationnelle permet à un ascendant ayant consenti une ou plusieurs donations antérieures à ses enfants de réaliser une donation-partage aux termes de laquelle ces derniers vont consentir à ce que leurs propres enfants soient allotis au moyen des biens qui leur avait été préalablement donnés. Cela permet en fait à une personne ayant encore au moins un parent vivant de donner, sans donner lui-même.

Cette faculté offerte par la donation-partage transgénérationnelle d'incorporer une donation préalablement consentie

à un enfant pour la redistribuer aux petits-enfants présente un intérêt civil et fiscal évident qui n'a pas échappé aux notaires.

Cette technique ingénieuse soulève néanmoins des difficultés auxquelles les théoriciens et praticiens apportent des réponses souvent variées et parfois bloquantes.

Ainsi, par exemple, lorsque l'enfant donataire initial a reçu un bien en nue-propriété, il ne consentira généralement à une telle réincorporation transmissive qu'à la stricte condition de bénéficier quand même de l'usufruit au décès du donateur.

La possibilité de constituer un usufruit successif à cet effet au profit du donataire réincorporant ne fait pas de doute. Mais

la doctrine est divisée quant aux modalités de cette constitution, trop souvent appelée à tort « réversion » (1). Et souvent le débat est obscurci par les enjeux fiscaux attachés à telle ou telle modalité de constitution de l'usufruit successif. Il nous semble pourtant que la fiscalité n'a pas sa place dans ce débat et que c'est à tort qu'on la laisse compliquer cette opération déjà suffisamment technique (2).

1. Controverses doctrinales sur les modalités civiles de constitution d'un usufruit successif à l'occasion d'une réincorporation transgénérationnelle

2 - Trois modalités sont envisageables, dont deux font l'unanimité en doctrine. Seule la troisième fait débat.

3 - En premier lieu, la doctrine est unanime pour considérer qu'une modalité doit être proscrite : la réincorporation de la nue-propriété à charge pour les petits-enfants attributaires de constituer un usufruit successif au profit du donataire initial¹.

Si les arguments fiscaux ne nous paraissent pas dirimants², les inconvénients civils en revanche ne peuvent pas être méconnus : l'usufruit successif ainsi constitué n'aura pas été transmis aux termes d'une donation-partage transgénérationnelle³, et ne bénéficiera donc pas des règles civiles favorables (dispense de rapport et fixité des valeurs pour le calcul de la réserve).

Au demeurant, une réincorporation réalisée de cette manière est purement et simplement impossible à mettre en œuvre lorsque le donateur a un enfant unique ayant lui-même un seul descendant puisque dans ce schéma, seul le petit-enfant est alloti : lui seul se voit attribuer un bien, la nue-propriété, l'enfant ne recevant rien du donateur au terme de la donation-partage (le constituant de l'usufruit étant dans cette hypothèse le petit-enfant). Il ne peut donc pas y avoir donation-partage.

4 - Une autre modalité recueille quant à elle l'assentiment unanime de la doctrine : la constitution d'un usufruit *per retentionem*.

Il s'agit alors pour le donataire réincorporant de réserver à son propre profit un usufruit éventuel pour le cas où il surviendrait au donateur.

La constitution d'un usufruit *per retentionem* est une pratique connue, maîtrisée, et qui présente l'intérêt de n'entraîner aucune mutation au profit du donataire initial, le risque de taxation aux droits de mutation à titre gratuit étant de ce fait exclu.

Mais pour les mêmes raisons que dans le schéma précédent (absence de lot attribué par le donateur à l'enfant) il n'est pas

possible d'y recourir si le donataire initial est un enfant unique n'ayant lui-même qu'un enfant.

5 - Une troisième modalité a précisément pour objet d'éviter ces divers inconvénients : il s'agit de la constitution, par l'ascendant donateur, d'un usufruit successif au profit de son propre enfant.

La nue-propriété serait alors purement et simplement réincorporée sans rétention d'usufruit éventuel, l'usufruit successif étant constitué *per translationem* par l'ascendant donateur lui-même. Deux lots sont alors distribués : la nue-propriété au petit-enfant, et l'usufruit successif à l'enfant. Mais alors que certains auteurs ne voient dans cette modalité qu'une simple redistribution de l'usufruit successif qui existait « en germe » dans le patrimoine du donataire initial⁴, pour d'autres l'usufruit successif n'est pas simplement redistribué au donataire initial. Selon eux, cet usufruit successif ne préexistait pas, il est donc créé et transmis aux termes de la donation-partage⁵.

En droit civil, cette divergence doctrinale n'a que peu de portée pratique : les auteurs s'accordent à considérer que la constitution de l'usufruit *per translationem* est possible, et bénéficiera en tout état de cause de tous les avantages liquidatifs de la donation-partage transgénérationnelle.

Si la question est débattue, c'est en réalité en raison des conséquences fiscales qui pourraient être attachées à l'une ou l'autre analyse. Et si l'on considère qu'en cette matière la fiscalité est absolument neutre, le débat pourrait bien être privé de tout intérêt pratique (à défaut d'être sans intérêt intellectuel).

2. La fiscalité a-t-elle réellement sa place dans la controverse ?

6 - Dans une réponse ministérielle très critiquée apportée le 8 novembre 2011 à M^{me} Joëlle Ceccaldi-Raynaud, alors député des Hauts-de-Seine, reprise au BOFIP⁶, l'administration fiscale semble considérer que l'usufruit successif constitué à l'occasion d'une réincorporation transgénérationnelle est soumis au régime des réversions d'usufruits et, comme tel, taxable aux droits de mutation par décès.

Pour les auteurs qui voient dans cette constitution d'usufruit successif une simple redistribution, la réponse ministérielle est bien évidemment *contra legem*. De fait, la simple redistribution d'un bien réincorporé ne peut en aucun cas être soumise aux droits de mutation à titre gratuit.

Mais ne peut-on pas aller plus loin encore ? À supposer que la constitution d'un usufruit successif au profit du donataire réincorporant s'analyse en une transmission d'un bien nouveau, il y a-t-il réellement matière à une taxation aux droits de mutation à titre gratuit ?

Certes, peut-on considérer que du fait de la réincorporation totale le donataire initial se retrouve un instant de raison privé de tout droit sur le bien qui fait alors retour en pleine propriété

1. V. S. Arnaud, S. Ginon, Fr. Petit, *Quelques aspects spécifiques de la donation-partage transgénérationnelle* : JCP N 20 juill. 2012. - V. également la démonstration de F. Fruleux, *Réincorporations transgénérationnelles et usufruits successifs* : JCP N 8 juill. 2011.

2. V. *infra*.

3. Puisqu'il est consenti par les petits-enfants et non pas redistribué par le grand-parent.

4. V. F. Fruleux, *préc.* - F. Sauvage, *Bull. du Cridon de Paris*, 1er-15 déc. 2011.

5. V. M. Iwanenko, *Traitement civil et fiscal des réincorporations transgénérationnelles en démembrement* : *Solutions Notaires*, juin 2012.

6. BOI-ENR-DMTG-20-20-10, n° 180.

dans le patrimoine du donateur. Certes, une certaine analyse pourrait voir dans ce schéma une résolution amiable de la première donation. Seule une nouvelle mutation au profit du donataire réincorporant permettrait alors de lui transmettre un usufruit de second rang.

Pour autant, tous les éléments constitutifs d'une donation sont-ils ici réunis ?

L'article 894 du Code civil dispose que « *La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ».

Pour qu'une mutation taxable puisse être constatée, il est donc nécessaire que le donateur soit mû par la volonté de gratifier le donataire réincorporant, et que l'opération se traduise par un transfert au profit de celui-ci, qui doit donc s'en trouver enrichi. Or tel n'est pas le cas.

Le donataire initial a en effet moins de droits à l'issue de la réincorporation transgénérationnelle qu'il n'en avait avant. Il n'a plus qu'un usufruit successif éventuel alors qu'il détenait la nue-propriété et l'usufruit auquel elle lui donnait vocation. On voit bien que la réincorporation de la nue-propriété assortie

d'une constitution d'usufruit successif ne peut pas être synonyme d'enrichissement du donataire.

Au demeurant, l'intention libérale de l'ascendant donateur à l'égard du donataire initial est elle-même très discutable : si l'ascendant donateur consent un usufruit successif au profit du donataire réincorporant, c'est parce que ce dernier en fait une condition de la réincorporation. Au demeurant, on ne voit pas qu'il puisse y avoir intention libérale dans une opération qui se traduit par un appauvrissement du donataire initial.

7 - Quelle que soit l'analyse civile de la réincorporation de la nue-propriété avec constitution d'un usufruit successif au profit du donataire réincorporant, on ne voit donc pas que l'Administration puisse raisonnablement y voir une « réversion » d'usufruit taxable au moment du décès du grand-parent donateur initial.

Et, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, rien ne nous semble s'opposer à ce que l'usufruit successif soit constitué par l'ascendant donateur, *per translationem*, modalité parée de toutes les vertus civiles. ■