

CONTRAT DE CAPITALISATION

22 Démembrement du contrat de capitalisation : constitution et gestion de l'usufruit



PIERRE-ALAIN GUILBERT

notaire associé, responsable du Pôle organisation et transmission de patrimoine de 14 Pyramides Notaires



MAÏDER DE LOS SANTOS

ingénieur patrimonial

Moins connu du grand public que l'assurance-vie, le contrat de capitalisation est un formidable outil de gestion et de transmission de patrimoine pour qui sait le maîtriser. Son démembrement de propriété peut en faire un allié indispensable de l'ingénieur patrimonial à condition d'en bien comprendre les implications tant en termes de gestion du contrat lui-même (rachats, arbitrages, versements...) que de fiscalité (moment et modalités du démembrement, fiscalité des rachats...).

1 - Si la jurisprudence et la doctrine sont très prolixes au sujet de l'assurance-vie, elles le sont beaucoup moins en ce qui concerne un autre produit pourtant souvent préconisé par les compagnies d'assurance et les Conseils : le contrat de capitalisation.

2 - Bien que commercialisé par les compagnies d'assurance, le contrat de capitalisation ne doit pas être confondu avec un produit d'assurance-vie.

Il se distingue notamment de cette dernière en ce qu'il ne repose pas sur la couverture d'un risque et ne dépend pas de la durée de la vie de l'assuré. L'opération de capitalisation *stricto*

sensu est étrangère à toute stipulation pour autrui et fait naître un **droit de créance ordinaire** pour le souscripteur, ce qui rend les opérations de démembrement du contrat de capitalisation moins complexes à mettre en œuvre que le démembrement d'un contrat d'assurance-vie¹.

3 - Bien que plus simple à mettre en œuvre, le démembrement du contrat de capitalisation ne va toutefois pas sans difficulté. Le mécanisme de la capitalisation qui le caractérise

1. Sur le démembrement de l'assurance-vie, V. A. Depondt, *Le démembrement du contrat d'assurance-vie : RD bancaire et fin. sept. 2003, dossier, p. 333.*

paraît en effet de prime abord le rendre insusceptible d'être démembré, le contrat de capitalisation ne générant pas de fruits civils au sens de l'article 584 du Code civil (1).

On verra que la difficulté n'est en rien insurmontable mais impose que l'organisation du démembrement fasse l'objet d'une convention déterminant précisément les droits de l'usufruit et du nu-propiétaire (2).

Cette précaution prise, nous verrons que le contrat peut être démembré tant lors de sa souscription que par voie de transmission, entre vifs ou par décès, chacun de ces modes de démembrement appelant des précautions spécifiques (3) et fiscales (4).

1. Le démembrement des produits de capitalisation

A. - Admission du démembrement des créances

4 - En théorie, rien n'interdit de constituer un usufruit sur un contrat de capitalisation : l'usufruit peut en effet être, par principe, constitué sur toute sorte de biens (*C. civ. art. 581*), en ce compris sur une créance de somme d'argent².

Selon l'analyse du Professeur André Françon, il convient, en présence d'un usufruit de créance, de distinguer deux périodes :

- celle antérieure au recouvrement de la créance, pendant laquelle l'usufruitier aura droit de prétendre aux fruits, c'est-à-dire aux intérêts produits par la créance ;

- puis la période postérieure au recouvrement, où le droit de l'usufruitier porte sur la somme d'argent résultant de ce recouvrement. Conformément à l'article 587 du Code civil, l'usufruitier exercera alors un quasi-usufruit, le nu-propiétaire devenant titulaire d'une créance de restitution à son encontre.

B. - Spécificités du contrat de capitalisation

5 - Le fonctionnement du démembrement d'un contrat de capitalisation pendant la première période, antérieurement au recouvrement, va être rendu délicat par l'absence de fruits civils produits par le contrat.

La première difficulté tient au fait que le contrat ne produit pas, *stricto sensu*, de fruits, mais une participation bénéficiaire propre au droit des assurances qui se compose de bénéfices techniques et de bénéfices financiers, ces derniers provenant eux-mêmes d'intérêts, de dividendes et de plus-values.

À cela s'ajoute que ces bénéfices vont, car c'est le principe même de la capitalisation, s'agréger au capital.

Le professeur Jérôme Kullman présente ainsi la capitalisation comme l'opération « consistant très simplement à placer la somme d'argent versée par un épargnant, à ajouter à la somme initiale les produits annuels du placement, ceux-ci se transformant en capital, à replacer l'ensemble, etc. jusqu'au terme prévu par le contrat »³.

Aucun revenu n'est donc distribué en cours de contrat. Or c'est précisément la perception de revenus, et plus précisément de fruits, qui caractérise le droit de jouissance qui constitue la prérogative essentielle de l'usufruitier⁴.

La capitalisation ne rend-elle donc pas les contrats de capitalisation insusceptibles de démembrement ?

On voit ici que pour rendre le démembrement possible, il faudra aménager au profit de l'usufruitier la faculté de procéder à des rachats au moins partiels, dans des proportions que la convention répartissant les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire aura, entre autres choses, pour objet de préciser.

2. Aménagement des pouvoirs respectifs des parties au démembrement

6 - On l'a vu précédemment, il est essentiel que l'usufruitier retire un intérêt du démembrement et qu'il puisse percevoir des revenus qu'il appartiendra au rédacteur de la convention de définir avec soin et précaution.

Il va falloir, pour reprendre l'expression de M^e Axel Depondt « baptiser fruits ce qui n'en est pas ».

Sauf, et l'hypothèse sera rare, si le contrat est intégralement investi en fonds euros, il sera impossible techniquement de distinguer les intérêts, les dividendes et les plus-values (ces dernières appartenant au nu-propiétaire lorsque le démembrement porte sur des titres vifs).

Il faudra donc déterminer quels sont les droits de chacun en cas de rachat total ou partiel.

Au-delà de cette question essentielle du droit au rachat attribué à l'usufruitier, la convention devra régler la question de l'ensemble des prérogatives attachées au contrat de capitalisation.

A. - Gérer la question des rachats

7 - Une solution nous semble d'ores et déjà devoir être évitée : celle consistant à permettre à l'usufruitier de procéder librement à des rachats et à recouvrer l'entière créance et exercer ainsi un quasi-usufruit sur les sommes ainsi perçues.

Elle devra être particulièrement proscrite lorsque le démembrement résultera d'une donation de la nue-propiété. Le risque serait alors que la donation encoure la nullité comme portant atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations. L'administration fiscale pourrait également y voir la fictivité de la donation et réintégrer la valeur de rachat du contrat dans la succession de l'usufruitier⁵.

En toute hypothèse, les droits de l'usufruitier devront être limités à l'accroissement, dans des proportions qu'il conviendra de définir.

2. A. Françon, *L'usufruit des créances* : RTD civ. 1957, p. 1. – R. Libchaber, *L'usufruit de créance existe-t-il ?* : RTD civ. 1997, p. 615.

3. Commentaire de Cass. 1^{re} civ., 2 févr. 1994, n° 88-16.312 : *JurisData* n° 1994-00146 ; D. 1994, *somm.* p. 210.

4. V. C. civ. art. 586 : « Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons et autres fruits civils. ».

5. V. n° 18.

Plusieurs possibilités s'offrent aux parties :

- attribuer à l'usufruitier la possibilité de procéder sous sa seule signature à des rachats d'un montant égal à l'entier croît. Cette possibilité revient toutefois à priver le nu-proprétaire de toutes les plus-values. Il serait alors moins bien traité que l'usufruitier d'un portefeuille de titres ou d'un bien immobilier ;

- attribuer à l'usufruitier les revenus qui excèdent le montant de la prime initialement versée, éventuellement indexée. Cette solution, qui a l'avantage de répartir les produits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, n'est toutefois pas sans risque pour l'usufruitier si le contrat est intégralement investi en unités de compte et s'il n'évolue pas suffisamment à la hausse.

La première des solutions exposées semble avoir les faveurs de la doctrine⁶, mais il conviendra en tout état de cause de préciser le choix retenu dans la convention et d'orienter les clients selon leurs souhaits et besoins.

8 - Il sera également nécessaire de gérer la question du droit à demander le rachat au-delà du montant revenant à l'usufruitier. Ici, il paraît sage de prévoir que cette décision devra être prise d'un commun accord entre usufruitier et nu-proprétaire. Accorder au nu-proprétaire seul cette possibilité reviendrait ni plus ni moins à lui permettre de priver l'usufruitier des revenus. À l'inverse, il ne saurait être question de permettre à l'usufruitier de prendre seul de telles décisions qui altèrent la substance du bien.

Selon le souhait des parties, la convention pourra soit prévoir une répartition de la somme perçue entre usufruitier et nu-proprétaire, soit un report en vertu des règles de la subrogation réelle sur tel bien dont l'acquisition sera décidée par l'usufruitier seul.

Tout sera fonction du contexte familial et des volontés des parties : la clause ne sera pas rédigée de la même manière selon que le démembrement résulte d'une donation consentie par les parents, ou d'une succession mettant en concours un beau-parent et les enfants du premier lit du défunt.

B. - Mise en garantie du contrat

9 - Les conventions de démembrement standard proposées par les compagnies d'assurance interdisent le plus souvent la mise en garantie des contrats eu égard à la difficulté générée par l'articulation des droits de chacun.

Si les parties le souhaitent, elles peuvent toutefois prévoir cette faculté, qui sera alors soumise à l'accord des deux parties.

C. - Faculté de procéder à des arbitrages

10 - Concernant le droit de procéder aux arbitrages, on pourrait s'inspirer de la jurisprudence du 12 novembre 1998⁷ pour régler la question au sein d'un support en unité de

compte. L'usufruitier se verrait alors reconnaître le droit de procéder aux arbitrages à condition de ne pas modifier la substance du portefeuille de titres composant les unités de compte⁸.

En revanche, tout arbitrage entre différents supports supposera l'accord des deux parties.

Il pourra selon les cas être ajouté qu'en cas de gestion sous mandat le profil actuel de gestion sera maintenu et que toute modification devra être faite d'un commun accord.

On l'aura compris, l'objectif de la convention sera d'éviter que l'usufruitier, selon qu'il souhaiterait dépouiller ou avantager les nus-proprétaires, ne puisse pas arbitrer seul entre des unités de compte procurant surtout des dividendes ou, à l'inverse, principalement des plus-values.

D. - Droit de faire de nouveaux versements

11 - Sauf à ce que le versement soit fait au moyen de fonds démembrés, auquel cas on veillera à se prémunir contre la présomption instaurée par l'article 751 du CGI, il conviendra de s'assurer que l'auteur du versement aura seul droit à la participation bénéficiaire y afférente. Dans le cas de versement effectué par l'usufruitier seul de sommes qu'il détient en pleine propriété, on préférera recourir à la souscription d'un nouveau contrat.

3. Modalités de démembrement du contrat de capitalisation

12 - Souscription démembrée *ab initio*, donation de la nue-proprété ou de l'usufruit, succession... : toutes les modalités de démembrement sont envisageables.

Le démembrement par voie de succession n'appelle pas d'autres commentaires que ceux formulés dans les précédents développements.

13 - S'agissant de la souscription démembrée, on prendra simplement garde à l'application de la présomption de l'article 751 du CGI en cas de démembrement *ab initio* (A).

C'est en réalité la donation d'un droit démembré, pourtant l'une des formes les plus courantes du démembrement du contrat de capitalisation, qui appellera le plus de vigilance, en particulier la donation-partage avec réserve d'usufruit qui pourrait ne pas entraîner tous les effets escomptés (B).

A. - Le démembrement à la souscription du contrat de capitalisation

14 - La souscription du contrat de capitalisation peut s'effectuer en démembrement.

Il conviendra simplement de prendre garde à la présomption de l'article 751 du CGI⁹ en se réservant la preuve du

6. V., à propos des SICAV de capitalisation, R. Libchaber : Bull. Cridon Paris 1994, n° 11 où l'auteur estime que le démembrement sur un tel support devrait conduire à admettre que l'usufruitier a droit aux revenus capitalisés. V. également J. Aulagnier : Agora janv.-févr. 1996, n° 11, p. 22 et s.

7. Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : JurisData n° 1998-004245.

8. A. Depondt, préc. note (1).

9. « Est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-proprété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation

démembrement préexistant ou de l'origine personnelle des deniers employés par le nu-proprétaire.

Il s'agira alors d'être en mesure d'établir la traçabilité des fonds utilisés par le nu-proprétaire et de faire état lors de la souscription de tous les renseignements nécessaires à cet effet.

Ainsi, par exemple, en cas de remploi de fonds issus de la vente d'un bien démembré, mention en sera faite lors de la souscription.

De même si les fonds investis par le nu-proprétaire proviennent d'un don manuel ou d'une donation.

B. - Démembrement du contrat de capitalisation par voie de donation

15 - Quant à la forme, la donation obéira au droit commun, sauf à noter qu'il faudra s'assurer de son opposabilité à l'assureur selon les formes prévues à l'article 1690 du Code civil ou, plus généralement, en rédigeant un avenant.

16 - Par ailleurs, pour le cas où le démembrement serait réalisé par voie de donation-partage, l'attention des parties devra être attirée sur la possible inapplication de la règle d'évaluation dérogatoire de l'article 1078 du Code civil.

Ce dernier dispose que « *Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent* ».

Or, au terme du contrat de capitalisation, le donateur usufruitier pourra se prévaloir d'un quasi-usufruit sur les sommes recouvrées.

Le professeur Michel Grimaldi estime, au sujet de la réserve d'usufruit portant sur une créance, que la *ratio legis* justifie une interprétation analogique car, lors du paiement de la créance, l'ascendant exerce son quasi-usufruit sur les deniers encaissés, de sorte que l'on se trouve ramené au cas expressément prévu par le texte¹⁰.

Cette analyse a été confirmée par la jurisprudence qui a jugé que la réserve d'usufruit sur une créance devait être assimilée à une réserve d'usufruit sur une somme d'argent¹¹.

Tout au plus peut-on estimer avec le professeur Michel Grimaldi que la règle dérogatoire de l'article 1078 de Code civil n'a pas à être écartée si tous les enfants reçoivent la même quantité de deniers.

Appliquée à l'hypothèse de contrats de capitalisation, cela conduira à allouer chacun des enfants de contrats de capitalisation personnels de même valeur et portant sur les mêmes supports.

régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-proprété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669 (...) ».

10. M. Grimaldi, *Libéralités. Partages d'ascendants* : Litec, 2000, n° 1834.

11. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1978, n° 76-12.709 : Bull. civ. I, n° 196.

4. Problématiques fiscales

A. - Quasi-usufruit et risque d'abus de droit

17 - Il est parfois proposé aux parties de conclure une convention de quasi-usufruit sur le contrat. Perspective séduisante pour le futur quasi-usufruitier qui conserve ainsi la maîtrise totale du contrat et des rachats.

Si la constitution d'un quasi-usufruit peut légitimement se poser dans le cadre d'une succession comportant un contrat de capitalisation à l'acte, et un conjoint survivant usufruitier, il nous semble en aller différemment lorsque le démembrement résulte d'une donation de la nue-proprété. La conclusion d'une telle convention de quasi-usufruit nous paraît alors dangereuse.

L'intention libérale et la réalité du dessaisissement du donateur apparaissent ici très discutables, et l'on peut craindre que l'administration fiscale n'y voit qu'un seul objectif : créer artificiellement un passif déductible dans la succession de l'usufruitier grâce à la dette de restitution issue de la convention.

Le montage apparaîtrait ainsi comme ayant un but exclusivement fiscal, autorisant de ce fait l'administration fiscale à mettre en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit.

B. - Démembrement du contrat de capitalisation et fiscalité des rachats

18 - Il résulte de l'article 125-O A du CGI que seule la part du rachat correspondant à la participation bénéficiaire est soumise aux prélèvements fiscaux.

Il dispose en effet que « *Les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation ainsi qu'aux placements de même nature souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies en France sont, lors du dénouement du contrat, soumis à l'impôt sur le revenu. (...)* »

Les produits en cause sont constitués par la différence entre les sommes remboursées au bénéficiaire et le montant des primes versées ».

L'administration fiscale ne nous semble pas pouvoir tirer argument de la qualification de fruits donnée aux rachats effectués par l'usufruitier pour considérer que l'intégralité du montant racheté par l'usufruitier constitue un produit et serait par conséquent soumis à imposition. Une telle interprétation, à notre connaissance jamais retenue, irait à l'encontre des principes fiscaux régissant les rachats totaux ou partiels effectués sur les contrats d'assurance-vie et de capitalisation. Afin d'éviter tout risque, en l'absence de doctrine administrative et de jurisprudence, il peut être préconisé de faire souscrire le contrat par une société civile¹². Le démembrement porte alors sur les parts de la société et les rachats sont effectués par un souscripteur en pleine propriété.

C. - Démembrement du contrat de capitalisation et risque de double imposition

19 - En matière de démembrement opéré par voie de donation ou de succession, l'attention des parties devra également

12. V. par ex. J. Prieur et J.-Fr. Desbuquois, *Utilités de la société civile de portefeuille dans un contexte de transmission familiale d'actifs financiers* : *Actes prat. strat. patrimoniale* 2014, n° 3, dossier 24.

être attirée sur le fait que la mutation n'a pas pour effet de purger la fiscalité latente relative aux produits du contrat : si les droits de mutation seront bien perçus sur la base de la valeur de rachat au jour de la donation (ou de la succession, sans application du régime fiscal favorable de l'assurance-vie), les revenus constatés depuis l'origine du contrat seront toutefois taxables entre les mains des donataires ou héritiers.

Cette règle conduit à des situations iniques lorsque le contrat connaît, au moment de sa transmission, une valeur de rachat très supérieure aux primes versées. Le donateur ou l'héritier paiera alors des droits de mutation sur la valeur de rachat, et supportera l'imposition des plus-values lors du rachat sans pour autant en bénéficier lui-même.

Certaines simulations s'imposent donc avant toute donation, et certains rachats pourront s'imposer avant le décès du souscripteur.

D. - Donation d'usufruit temporaire. Précautions à prendre

20 - Autre type de donation qui appellera la vigilance du fiscaliste : la donation temporaire d'usufruit d'un contrat de capitalisation.

Celle-ci présente le double avantage de fournir des revenus au donataire et d'exonérer le donateur d'impôt de solidarité

sur la fortune (ISF) à concurrence de la valeur du bien transmis en usufruit.

21 - Toutefois, on rappellera que la doctrine fiscale¹³, en matière de donation d'usufruit temporaire à des œuvres, précise qu'une telle donation n'est à l'abri d'une mise en œuvre de la procédure de répression d'abus de droit que si les conditions suivantes sont *a minima* cumulativement réunies :

- prendre la forme d'une donation par acte notarié ;
- être réalisée au profit d'un organisme reconnu d'utilité publique (ou équivalent) ;
- être effectuée pour une durée au moins égale à 3 ans ;
- porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire ;
- préserver les droits de l'usufruitier.

Les biens concernés ne doivent pas faire l'objet d'une réserve générale d'administration.

Et elle ajoute qu'« *en tout état de cause, les fruits doivent revenir à l'usufruitier* ».

On veillera donc, dans la convention organisant le démembrement, à s'en tenir, pour la répartition du droit au rachat, aux propositions énoncées ci-dessus, et à ne pas limiter au-delà les droits de l'usufruitier.■

13. BOI-PAT-ISF-30-20-20, 8 déc. 2014, § 200.

SERVICE INCLUS
 dans votre abonnement papier





Consultez vos revues sur
tablette, smartphone et PC* !

→ Vos avantages :

- Accédez à votre bibliothèque de revues **en un clic** ;
- Consultez votre revue à tout moment, même **sans accès internet**, une fois téléchargée ;
- Bénéficiez d'un **confort de lecture**, d'un accès optimisé pour chaque support et de la lecture audio (tablette, smartphone) ;
- Stockez et retrouvez très **simplement** vos anciens numéros ;
- Feuilletez **librement** votre revue, ou sélectionnez un article précis.

GUIDE D'ACCÈS À LEXIS® KIOSQUE
 depuis mon smartphone, ma tablette ou mon PC*



- ① Je m'identifie sur www.lexisnexis.fr/lexiskiosque avec mon numéro client**
- ② Je reçois par email sécurisé mon login et mon mot de passe
- ③ Je télécharge gratuitement sur App Store ou Google Play l'appli Lexis® Kiosque ou j'accède au site*
- ④ Je me connecte à Lexis® Kiosque grâce à mon login et mon mot de passe
- ⑤ Je télécharge ma revue dans ma bibliothèque virtuelle (Inclus dans mon abonnement papier)

Disponible sur



* Sauf La Semaine Juridique Notariale et Immobilière.
 ** Retrouvez votre numéro client sur le « bllstér » de votre revue.

