

9 Les modalités de contrôle de l'abus en matière d'impôt sur la fortune immobilière



Olivier de SAINT CHAFFRAY,
avocat associé,
CMS Francis Lefebvre Avocats



Fanny FABREGA-DIGBY-SMITH,
avocat,
CMS Francis Lefebvre Avocats

1. - CONTRÔLE LÉGAL DE L'ABUS DANS LA MINORATION DE L'ACTIF IMPOSABLE : RESTRICTION DE DÉDUCTIBILITÉ DES DETTES

A. - Déduction plafonnée des prêts in fine ou « sans terme »

1° Pratiques bancaires en matière de financement immobilier

2° Les comptes courants d'associés

B. - Déduction conditionnelle des prêts du foyer, familiaux et assimilées (Articles 974, III, 1°, 2° et 3° et 973, II, 2°, 3° et 4° pour les sociétés)

1° Les prêts consentis par les membres du foyer fiscal ou par une société contrôlée

2° Les prêts consentis par un membre du groupe familial du redevable étranger à son foyer

C. - Déduction conditionnelle des dettes souscrites par une société pour l'acquisition d'un actif imposable entre les mains de ses associés redevables de l'IFI

1° Champ d'application

2° Type, quantum de la dette à retraiter et contamination éventuelle des autres associés de la structure

3° Démonstration d'un objectif « non principalement » fiscal

2. - CONTRÔLE DE L'ABUS DANS LA MINORATION DES REVENUS PERÇUS : MAJORATION DES REVENUS À PRENDRE EN COMPTE POUR LE PLAFONNEMENT DE L'IFI

1 - S'il est un impôt à raison duquel le législateur s'est attaché à anticiper toute une série d'abus potentiels, pour les priver d'effet par des dispositions spécifiques, c'est bien l'impôt sur la fortune immobilière (IFI). De par sa nature parcellaire, cette imposition ne vise que le **patrimoine immobilier net des passifs correspondants** – immobilier entendu au sens large (en ce compris l'immobilier intermédiaire, les biens financés par recours au crédit-bail, le sous-jacent immobilier des contrats d'assurance vie et de capitalisation, etc.) – là où son prédécesseur (l'impôt de solidarité sur la fortune) visait quant à lui l'intégralité du patrimoine net, sauf exceptions limitativement énumérées par la loi (œuvres d'art, biens professionnels, etc.). Cette spécificité était susceptible de susciter l'émergence de stratégies consistant notamment à limiter l'assiette imposable par un recours accru à la dette immobilière.

Le législateur a donc créé un corpus dense de mesures anti-abus.

2 - Les premières ont trait aux modalités de détermination de l'assiette imposable par la limitation voire l'interdiction de déductibilité de certaines dettes contractées directement par les redevables, ou de dettes sociales affectées à l'immobilier pour la valorisation des titres de sociétés. Ces règles, nombreuses et complexes, ne sont pas sans poser de difficultés pratiques (1).

3 - Outre les règles anti-abus afférentes à la détermination de l'assiette imposable, la loi a également prévu un encadrement

des modalités de calcul de l'imposition. Rappelons, que comme en matière d'ISF, un mécanisme de plafonnement assortit l'IFI, en vertu duquel la charge d'impôt d'un contribuable ne peut excéder 75 % des revenus perçus par ce même contribuable au cours de l'année précédant celle de l'imposition. Dans ce cas, la stratégie d'optimisation ne consiste non pas à jouer sur l'assiette taxable, mais bien sur une limitation des revenus perçus, permettant ainsi de circonscrire le montant d'impôt. C'est cette liberté que le législateur a également entendu encadrer par des mesures spécifiques (2).

4 - Ces dispositifs législatifs « anti-abus » laissent un certain nombre de points en suspens pour les contribuables et les praticiens qui tentent encore d'en démêler les tenants et aboutissants. La doctrine administrative les commentant, si elle apporte un confort dans certaines situations, demeure à ce jour incomplète. Sans que les développements ci-après n'aient la prétention de traiter la question de manière exhaustive, ils proposent de mettre en exergue les points saillants, qui méritent d'être éclaircis, ainsi que certaines incohérences liées à un dispositif qui n'en est encore qu'à ses balbutiements.

1. Contrôle légal de l'abus dans la minoration de l'actif imposable : restriction de déductibilité des dettes

5 - L'impôt étant assis sur la valeur « nette » du patrimoine immobilier, la détermination des passifs pertinents concentre aujourd'hui l'essentiel des réflexions en cas d'acquisition immobilière et réoriente logiquement l'organisation du patrimoine vers un endettement affecté/imputable à l'immobilier. Les contraintes légales et les stratégies en découlant ne sont pas totalement analogues selon le mode de détention ; elles tendent néanmoins à se rapprocher.

6 - Rappelons en préambule que le paradigme est inversé selon que le redevable détient les biens immobiliers directement ou par le biais d'une ou plusieurs structures :

- dans le premier cas, les dettes déductibles sont limitativement énumérées par l'article 974 du CGI et cantonnées aux seules dettes rattachables à l'actif imposable (telles que dettes d'acquisition, travaux divers, impôts locaux), pour autant qu'elles ne soient pas visées par une clause anti-abus ;

- à l'inverse, les dettes sociales sont toutes déductibles par principe (en ce compris celles afférentes à d'autres éléments d'actifs que les biens immobiliers sous-jacents), dès lors que la formule de calcul intègre la détermination de l'actif net revalorisé, seules certaines dettes immobilières étant susceptibles d'être neutralisées par l'effet des clauses anti-abus.

7 - La loi de finances pour 2019 a souhaité réduire, en termes de déduction des passifs, les différences de traitement qui assortissaient les deux modalités (directe et indirecte) de détention des biens imposables, en étendant aux situations de détentions intermédiaires les dispositions qui ne visaient jusqu'alors que les dettes personnelles. Ainsi ressort-il clairement des travaux parlementaires et notamment de l'exposé des motifs la volonté de « clarifier et de compléter certaines dispositions relatives à l'IFI afin de permettre sa bonne application. [...] afin d'assurer, dans un objectif d'égalité de traitement... une application uniforme des règles. ».

8 - On retrouve donc désormais, pour l'essentiel, les mêmes dispositifs anti-abus selon que les biens imposables sont détenus directement par le contribuable ou indirectement (par l'interposition d'une ou plusieurs sociétés) ; pour autant, outre les nombreuses difficultés d'application du dispositif ainsi remanié, les effets de la réforme de 2019 s'avèrent parfois contraires à l'objectif d'égalité de traitement et de neutralité invoqué par le législateur.

A. - Déduction plafonnée des prêts *in fine* ou « sans terme »

9 - À la lettre du texte, les prêts « prévoyant le remboursement de la totalité du capital au terme du contrat » doivent être réintégrés chaque année, à hauteur du « nombre d'années écoulées depuis le versement du prêt divisé par le nombre d'années total de l'emprunt », l'idée étant de recréer de manière artificielle, un amortissement linéaire.

10 - Saisi de la constitutionnalité de ce dispositif, le Conseil constitutionnel a jugé que « le législateur a entendu éviter que la conclusion de contrats de prêts prévoyant un remboursement de la totalité du capital à l'issue d'un délai important permette au contribuable de diminuer artificiellement la base taxable à l'IFI »¹. Si l'on tente de se rattacher aux cas classiques d'abus de

droit, c'est bien la première branche qui est ici sanctionnée par le législateur : le caractère « artificiel » de l'amoindrissement de l'assiette, et ce quel que soit l'objectif de ce mode d'endettement.

11 - Si l'on comprend la logique de cette clause anti-abus, ses modalités d'application et implications sont toutefois incertaines. En effet, comme l'a confirmé l'Administration, cette limitation de déduction vise l'ensemble des prêts, en ce compris ceux souscrits avant 2018. Contrairement à d'autres dispositifs anti-abus, il n'existe en la matière aucune clause de sauvegarde permettant de s'extraitre de cette limitation. Ainsi les prêts contractés avant le 1^{er} janvier 2018 (date d'entrée en vigueur de l'IFI) et proches de leur terme se trouvent paradoxalement être les plus affectés par cette mesure, et ce, alors même qu'ils ont été souscrits à une date à laquelle l'IFI n'existait pas encore ! Par ailleurs, et tout aussi paradoxalement, un contrat de prêt dénué de terme se trouve mieux traité dès lors que les réintégrations sont opérées par vingtième sur une durée longue.

1° Pratiques bancaires en matière de financement immobilier

12 - L'introduction de ce dispositif a conduit à une réflexion générale sur les pratiques bancaires en matière de financement immobilier et notamment sur la durée des contrats de prêt et leur aménagement : report d'échéance, refinancement, etc. Plusieurs stratégies ont pu être envisagées, telles que la modification du prêt *in fine* en prêt amortissable, ou le rallongement de la durée initiale. Deux problématiques principales sont induites :

- la justification de l'opération d'une part afin d'éviter le grief de l'abus de droit ;

- le maintien de l'affectation du prêt, d'autre part. Si le caractère abusif du refinancement semble pouvoir être écarté au cas par cas, par des justifications de nature économique et financière (effet de levier dans un contexte de taux historiquement bas, absence de trésorerie, financement d'autres projets, réallocation des actifs patrimoniaux, etc.), le second sujet cristallise davantage de difficultés. En effet, dans l'hypothèse d'une telle modification, peut-on considérer qu'il s'agit d'une simple modification/novation du contrat ? Ou faut-il considérer qu'il s'agit d'un nouveau contrat finançant le remboursement d'une dette préexistante et non proprement parler « l'acquisition » d'un bien immobilier ? Dans cette dernière hypothèse, pour les emprunteurs personnes physiques, le risque de perte de l'affectation immobilière initiale serait réel entraînant la perte totale du droit à déduction. À l'inverse, dans une situation strictement identique, la perte d'affectation immobilière pourrait être bénéfique du point de vue de la dette souscrite par une société, dès lors qu'une dette « non immobilière » est déductible, sans subir aucunement la limitation du nouveau dispositif.

13 - La prorogation d'un prêt existant soulève également des problématiques mathématiques :

- les annuités doivent-elles être calculées depuis l'origine du contrat, ou à compter de sa date de prorogation ? ;

- sur le montant du versement initial ou sur la partie du prêt non encore retraitée ?

Autant de questions à ce jour sans réponse.

2° Les comptes courants d'associés

14 - L'extension de ce dispositif depuis 2019 aux « prêts » souscrits par des sociétés crée également une grande incertitude en ce qui concerne les comptes courants d'associés. Sont-ils concernés par ce dispositif ? La dernière mise à jour du BOFiP, publiée le 5 mai 2019, est muette sur cette question. « Les dettes correspondant à des prêts ne prévoyant pas de terme pour le remboursement du capital, contractées, directement ou indirectement, par une société ou un organisme pour l'achat d'un actif

1. Cons. const., 28 déc. 2017, n° 2017-758 DC.

imposable sont prises en compte chaque année à hauteur du montant total de l'emprunt diminué d'une somme égale à un vingtième de ce montant par année écoulée depuis le versement du prêt. **Pour plus de précisions sur les contrats de prêts sans terme, il convient de se reporter au II § 40 du BOI-PAT-IFI-20-40-20.** »². La doctrine se contente pour l'instant de renvoyer aux développements relatifs aux dettes in fine souscrites personnellement par les redevables, sans tenir compte des spécificités liées aux sociétés et ne traite donc pas du cas des avances d'associés.

15 - Sur le plan de l'analyse civiliste, le compte courant est un compte enregistrant les **éléments successifs d'une relation financière réciproque** entre la société et l'associé, faisant application des règles de fongibilité des sommes et de compensation des créances. Ainsi, il n'existe pas à proprement parler de créance ni de dette, tant que la balance finale n'est pas établie. Toutefois, dans des situations de fonctionnement unilatéral du compte en faveur de la seule société, cette analyse semble plus incertaine.

16 - Si le compte courant d'associé devait être considéré comme un prêt sans terme, de nombreuses difficultés pratiques peuvent d'ores et déjà être diagnostiquées. En effet, la limitation de déductibilité ne vise que la part du compte ayant servi à l'acquisition d'actifs imposables :

- comment alors isoler cette seule quote-part au sein d'une enveloppe fongible ?

- en cas de projets immobiliers acquis et financés par des avances successives, le compte peut-il être ventilé en autant de sous-comptes qui se verraient appliquer un amortissement individualisé ?

- en cas de remboursements étalés dans le temps par la société, comment devraient être affectés ces versements (liberté de choix et donc imputation prioritaire sur la dette immobilière ou au *pro rata*) ?

- de même on peut s'interroger sur le sort des avances consenties non pas pour acquérir un bien, mais en vue d'assurer le remboursement d'un emprunt souscrit par la société. Il ne s'agit pas à la lettre du texte de « financer l'acquisition d'un actif imposable », mais qu'en est-il dans le cas où le recours aux avances en compte courant est inhérent au projet lui-même dont la rentabilité est insuffisante ou inexistante pour assurer le service de la dette ?

17 - L'ensemble de ces questions restent ouvertes, mais l'incertitude milite très certainement pour la tenue d'une comptabilité stricte et détaillée – y compris pour les sociétés civiles qui n'y sont normalement pas obligées – afin de garantir une traçabilité et une individualisation des prêts.

B. - Déduction conditionnelle des prêts du foyer, familiaux et assimilées (Articles 974, III, 1°, 2° et 3° et 973, II, 2°, 3° et 4° pour les sociétés)

18 - Les prêts immobiliers de nature familiale, qu'ils soient consentis par l'un des membres du foyer fiscal au sens de l'IFI, du groupe familial étendu (ascendants, descendant hors foyer, frères et sœurs des redevables), ou d'une société contrôlée par l'une de ces personnes, sont devenus « suspects » et sont présumés abusifs, sauf preuve contraire.

19 - Si l'on a pu, à l'origine du dispositif, s'interroger sur le quantum des dettes concernées, la doctrine administrative a sur ce point apporté dès 2018 une position claire, restreignant cette exclusion de déduction de la dette dans la seule proportion de la participation détenue, directement ou indirectement, par le redevable et les membres de son foyer fiscal au capital de la société. Cette règle de proratisation dont on peut se réjouir a pour

effet de limiter l'impact de la mesure, mais elle est également source de complexité, puisque chaque prêt doit être retraité individuellement après une analyse précise de l'identité du prêteur, de sa participation et des clauses anti-abus applicables.

1° Les prêts consentis par les membres du foyer fiscal ou par une société contrôlée

20 - Ainsi, s'agissant des prêts consentis par les membres du foyer fiscal, ou par une société contrôlée, il est prévu que la non-déductibilité des dettes ne trouve pas à s'appliquer si le redevable justifie que le prêt n'a pas été contracté « dans un objectif principalement fiscal ». Cette notion hautement subjective, qui figure également désormais dans le corps de l'article L. 64 A du LPF, n'en finit pas d'interroger les professionnels.

21 - La doctrine administrative précise, sans grande nouveauté, que : « la notion d'objectif principalement fiscal **est plus large que la notion de but exclusivement fiscal** au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (LPF), relatif à l'abus de droit fiscal (BOI-CF-IOR-30). »³. Elle poursuit de manière intéressante : « Est susceptible de caractériser un objectif principalement autre que fiscal l'hypothèse où la dette a été souscrite avant la création de l'IFI au 1^{er} janvier 2018, ou à une date nettement antérieure à celle à compter de laquelle le foyer fiscal est devenu redevable de cet impôt. Lorsque la dette contractée par la société [...] est mise en place avec plusieurs objectifs différents, **l'analyse du caractère principal de l'un des objectifs résulte d'une appréciation de fait tenant notamment compte du montant de l'économie d'impôt résultant de la minoration de l'assiette imposable à l'IFI rapporté à l'ensemble des gains ou avantages de toute nature, obtenus du fait du montage.** »⁴.

22 - On notera également qu'au détour des modifications apportées au BOI en mai 2019, l'Administration a supprimé la précision suivante, qui figurait dans la version initiale : « Elle [la notion d'objectif principalement fiscal] s'apprécie au regard de la charge d'IFI à laquelle est assujettie le redevable. »⁵. Est-ce à dire que désormais l'objectif fiscal doit se mesurer à l'aune de l'ensemble des impôts, et non seulement au regard de l'IFI, comme le suggère pourtant encore la comparaison effectuée par l'Administration ? Ces quelques commentaires nous invitent donc, sans plus de précisions, à opérer une pesée économique des avantages, ce qui paraît complexe à mettre en œuvre en pratique lorsque l'on sait que bien souvent les critères de choix des opérations sont avant tout d'ordres juridiques et familiaux, donc générateurs d'avantages difficilement, si ce n'est non quantifiables.

23 - La complexité du dispositif anti-abus ne s'arrête pas là, puisque selon l'identité du prêteur, c'est une tout autre clause de sauvegarde qui est susceptible de s'appliquer.

2° Les prêts consentis par un membre du groupe familial du redevable étranger à son foyer

24 - Dans l'hypothèse où le prêt est consenti par un membre du groupe familial du redevable étranger à son foyer (ex : par un enfant majeur, un parent, ou un frère), la démonstration de l'objectif principalement non fiscal de l'opération n'autorisera pas la déductibilité. Il conviendra d'apporter la preuve de la normalité du prêt. Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par « normalité » dans le cadre de relations familiales. Le législateur requiert « *le respect du terme des échéances, du montant et du caractère effectif des remboursements* » (CGI, art. 973). En

3. BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019, § 20.

4. BOI-PAT-IFI-20-30-30, 2 mai 2019, § 240.

5. BOI-PAT-IFI-20-30-30, 8 juin 2018, § 240.

2. BOI-PAT-IFI-20-30-30, 2 mai 2019, § 57.

creux, l'on doit comprendre que cela suppose la contractualisation du prêt par une convention écrite, prévoyant des échéances (au pluriel), soit plusieurs paiements périodiques, en cohérence avec le montant prêté. L'administration fiscale ajoute également que : « le caractère normal des conditions du prêt s'apprécie notamment au regard des pratiques bancaires usuelles dans le domaine concerné »⁶. On peut se demander s'il est logique de se référer aux pratiques bancaires, pour un prêt de nature familiale...

25 - Quoi qu'il en soit, une fois encore la pratique des prêts familiaux doit s'adapter : les avances doivent être documentées, faire l'objet d'un enregistrement auprès du service des impôts pour les rendre opposables, prévoir plusieurs échéances et non plus un remboursement intégral à terme. Rien en revanche ne semble être exigé du point de vue de la rémunération du prêt (sous réserve du respect de l'intérêt social des sociétés prêteuses contrôlées par le contribuable) ce qui se comprendrait d'autant moins dans le contexte actuel de taux bancaires extrêmement bas.

26 - On le voit bien, ces différences de droit à déduction (quotes-parts à réintégrer individuelles, clauses de sauvegarde) induisent au sein d'une même société, la détermination d'une valeur de titre qui peut varier d'un associé à l'autre, y compris entre membres d'une même famille en fonction des degrés de parenté ou de l'âge des enfants selon qu'ils sont ou non rattachés au foyer fiscal IFI de leurs parents. Au-delà du casse-tête déclaratif qui résulte de la complexité du dispositif, c'est l'insécurité fiscale qui est à craindre, et le développement de contentieux fiscaux.

C. - Déduction conditionnelle des dettes souscrites par une société pour l'acquisition d'un actif imposable entre les mains de ses associés redevables de l'IFI

27 - La stratégie de vente à soi-même usuellement visée sous le vocable d'OBO (*Owner Buy Out*) consiste dans le rachat d'un actif par une société détenue par le vendeur, le financement étant assuré par un emprunt bancaire. Outre les risques d'abus de droit classique susceptibles de s'y attacher au regard des griefs « traditionnels » de fictivité (dans des hypothèses de défaut de fonctionnement effectif de la structure cessionnaire) ou d'exclusivisme fiscal, l'OBO immobilier est également visé spécifiquement par le dispositif IFI anti-abus.

28 - Ainsi, ne sont pas prises en compte pour la valorisation des titres d'une société les dettes contractées, directement ou indirectement, par la société pour l'acquisition d'un actif imposable auprès du redevable ou d'un membre de son foyer fiscal, lorsque le redevable contrôle, au sens du 2° du III de l'article 150-0 B ter du CGI, seul ou conjointement avec les autres membres de son foyer fiscal, la société ou l'organisme emprunteur.

1° Champ d'application

29 - Le champ d'application de cette mesure requiert ainsi les deux éléments suivants : la cession d'un actif imposable et le contrôle de la société cessionnaire. Le premier point a nécessité un aménagement. Dans la version initiale de l'article 973, II, 1° du CGI, seuls étaient visées les dettes contractées par une société pour l'acquisition d'un « bien ou droit immobilier » imposable. En creux, n'étaient donc pas visés les titres de sociétés ou organismes détenant de l'immobilier. Ce vocable (qui semblait n'être qu'une omission rédactionnelle) a été remplacé par la loi de finances pour 2019, par le mot « actif » afin de « clarifier le fait

que ces règles s'appliquent quels que soient le type d'actif imposable et la catégorie de personne, physique ou morale, à l'origine de la dette. ». Plus qu'une simple clarification de texte, il s'agit d'une extension du dispositif applicable à compter de l'IFI 2019.

30 - Par ailleurs, cela ne sanctionne que le contrôle de la société « au sens du 2° du III de l'article 150-0 B ter, seule ou conjointement avec les autres personnes mentionnées au 1° de l'article 965 ». Il est donc opéré par renvoi à la définition du contrôle existant en matière d'apport-cession, d'après laquelle, un contribuable est considéré comme contrôlant une société lorsque, alternativement :

- il détient la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société, directement ou indirectement, seul ou par l'intermédiaire de son conjoint, de ses ascendants ou descendants ou de ses frères et sœurs (ce qui semble en contradiction avec la lettre même de l'article 973, II, 1° qui limite l'appréciation du contrôle à la seule détention du foyer) ;
- il dispose seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires ;
- il y exerce en fait le pouvoir de décision.

31 - Il existe également une présomption simple de contrôle lorsqu'il dispose, d'une fraction des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux égale ou supérieure à 33,33 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient une fraction supérieure à la sienne. Également, le contribuable et une ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérés comme contrôlant conjointement une société lorsqu'ils déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

Il s'agit d'une vision très étendue du contrôle, qui ne manquera pas de susciter des discussions.

2° Type, quantum de la dette à retraiter et contamination éventuelle des autres associés de la structure

32 - De nombreuses interrogations ont été soulevées, concernant, notamment le type, le quantum de la dette à retraiter, ainsi que la contamination éventuelle des autres associés de la structure. Sur ces questions l'administration fiscale a opportunément apporté des réponses claires : « Elle [l'exclusion de déduction] concerne les dettes contractées auprès de tout prêteur, qu'il s'agisse du redevable, d'un établissement financier ou de toute autre personne. Elle concerne enfin l'intégralité de la dette, quel que soit notamment, sous réserve de la condition de contrôle de la société ou de l'organisme, le niveau de participation du redevable et des membres de son foyer dans cette société ou organisme et ne concerne donc pas la valorisation des parts ou actions de la même société ou du même organisme détenues par d'autres redevables de l'IFI »⁷.

33 - Ainsi en toute logique, s'agissant d'un dispositif anti-abus, qui ne peut sanctionner que des comportements personnels fiscalement répréhensibles, celui-ci ne peut pénaliser des actionnaires minoritaires, non-bénéficiaires de l'opération, seraient-ils par ailleurs assujettis à l'IFI.

3° Démonstration d'un objectif « non principalement » fiscal

34 - Tout comme ci-avant s'agissant des prêts consentis par les membres du foyer fiscal du redevable (B), la non-déduction ne s'applique pas si le redevable justifie de l'objectif non principalement fiscal. Si la démonstration d'un intérêt « non exclusivement » fiscal assortissant un OBO immobilier pouvait jusque-là

6. BOI-PAT-IFI-20-30-30, 2 mai 2019, § 270.

7. BOI-PAT-IFI-20-30-30, 2 mai 2019, § 70.

suffire pour écarter la critique au regard des impôts directs, l'administration de la preuve est, au regard des mêmes opérations d'OBO immobilier, plus exigeante dans la sphère de l'IFI : le dispositif IFI requiert, en effet, la démonstration d'un objectif « non principalement » fiscal.

35 - En la matière, quels pourraient être les objectifs autres que fiscaux légitimant l'OBO immobilier ? La mise en société d'un immeuble comporte de multiples avantages (lesquels sont moins manifestes dans le cas d'une restructuration portant sur des titres de société) :

- sur le plan juridique on songe notamment à : éviter les inconvénients de l'indivision, prévoir statutairement les rapports entre associés (clauses d'agrément, de préemption, de répartition des résultats y compris en cas de démembrement), faciliter la transmission d'un immeuble en permettant d'associer les héritiers et de transmettre progressivement les titres ;

- sur le plan financier, cela permet également de substituer à la perception périodique (et donc étalée) d'un loyer, la perception immédiate d'un capital, au soutien d'une stratégie de diversification de patrimoine et de constitution de classes d'actifs distinctes, de nature à simplifier une transmission en présence de plusieurs ayants droit.

2. Contrôle de l'abus dans la minoration des revenus perçus : majoration des revenus à prendre en compte pour le plafonnement de l'IFI

36 - L'article 979 du CGI contient la clause anti-abus suivante : « Les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlée par le redevable sont réintégrés dans le calcul prévu au premier alinéa du présent I **si l'existence de cette société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éluider tout ou partie de l'impôt sur la fortune immobilière en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du même premier alinéa.** Seule est réintégrée la part des revenus distribués correspondant à une **diminution artificielle** des revenus pris en compte pour le calcul prévu audit premier alinéa. ».

37 - Ce dispositif est à rapprocher du dispositif préexistant, issu de la loi de finances pour 2017 et applicable en matière d'ISF, qui autorisait l'Administration à intégrer les revenus latents perçus par une structure soumise à l'impôt sur les sociétés que le contribuable aurait constituée dans le but principal de bénéficier du plafonnement de son ISF lorsqu'il dépasse 75 % de ses revenus de l'année précédente (*CGI, art. 885 V bis*). En 2012 déjà, le législateur avait tenté d'assortir le dispositif de plafonnement de l'ISF d'un dispositif anti-abus ; le Conseil constitutionnel l'avait censuré, jugeant qu'en intégrant dans le calcul du plafonnement des sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou des revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année, le législateur avait violé le principe de prise en compte des facultés contributives du contribuable.

38 - Le juge constitutionnel considère désormais que le texte a une finalité différente de celui de 2012 puisqu'il vise à éviter « certains détournements ». La référence à la recherche d'un objectif principalement fiscal n'est pas censurée, au motif qu'il s'agirait d'un simple texte d'assiette, non assorti de pénalités

automatiques, contrairement à l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF.

39 - C'est d'ailleurs ce que rappelle le BOFiP précisant « cette règle vise à éviter certains détournements des modalités de calcul du plafonnement des revenus soumis à l'IFI. Ces dispositions, qui constituent une clause anti-abus, sont distinctes de celles de l'article L. 64 du LPF relatif à la répression de l'abus de droit. En effet, elles n'instituent pas une sanction, mais prévoient simplement une règle d'assiette imposant aux redevables placés dans la situation décrite ci-avant de prendre en compte spontanément les revenus concernés dans le calcul du plafonnement de leur IFI »⁸.

40 - Bien que la pénalité d'abus de droit de 80 % ne puisse s'appliquer dans une telle procédure, l'on peut craindre l'application des pénalités pour manquement délibéré (40 %), faisant de ce texte d'assiette un outil qui demeure répressif, fondé une fois de plus sur la notion très largement subjective « d'objectif principalement fiscal ».

41 - Cette inquiétude doit toutefois être mesurée. Si l'on se rapporte au dispositif ISF, une importante réserve d'interprétation avait été apportée par le Conseil constitutionnel considérant que ce texte ne pouvait être appliqué que si : « les dépenses ou les revenus du contribuable sont, au cours de l'année de référence du plafonnement et à hauteur de cette réintégration, assurés, directement ou indirectement, par cette société de manière artificielle »⁹. Cela revenait ainsi à limiter la portée du dispositif au cas les plus caricaturaux (financement du train de vie par des prêts de la société, ou par une banque sous garantie des actifs de la société), qui auraient, selon nous, déjà pu être attaqués sur le terrain du but exclusivement fiscal du montage.

42 - D'après la doctrine actuelle : « Il est possible de considérer que le redevable minore artificiellement les revenus pris en compte pour le calcul du plafonnement dans deux situations en particulier :

- la société qu'il contrôle finance, directement ou indirectement, des dépenses se rattachant à son train de vie ou à la constitution de son patrimoine (hors, bien sûr, du cas des rémunérations et avantages de toutes natures régulièrement soumis à l'impôt) ;

- les revenus distribués thésaurisés dans cette société servent, directement ou indirectement, de garantie financière pour le redevable (financement du train de vie, de la constitution du patrimoine etc.). »¹⁰.

Ces précisions s'inscrivent donc dans la même logique et suggèrent assurément une application très resserrée de ce dispositif, aux cas les plus graves.

43 - Au-delà de ces incertitudes, on devra également faire la lumière sur l'articulation de ces dispositifs avec les dispositifs d'abus préexistants. Pourra-t-on craindre en matière d'IFI la critique de l'abus entendu au sens classique de l'article L. 64 du LPF, ou dans son acception nouvelle de « mini abus de droit » ? L'abus pourra-t-il être établi alors même qu'il ne serait contrevenu à aucun des dispositifs anti-abus spécifiques à l'IFI ? Et si oui, l'administration fiscale disposera-t-elle d'une liberté dans le choix des armes ?■

Mots-Clés : Abus de droit - Contrôle de l'abus de droit - Impôt sur la fortune immobilière (IFI)

8. BOI-PAT-IFI-40-30-20, 2 août 2019, § 1-10.

9. Cons. const., 29 déc. 2016, n° 2016-744 DC, cons. 22.

10. BOI-PAT-IFI-40-30-20, 2 août 2019, § 49.