



**HAL**  
open science

**”Le point de vue du juriste: l’inventivité dans la création de la loi”, Le Dossier: L’inventivité. Aspects de sciences juridique et politique, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017, textes réunis par R. Maurel, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [ édition électronique ], 2018, n° 14, pp. 41-58**

Elodie Pommier

► **To cite this version:**

Elodie Pommier. ”Le point de vue du juriste: l’inventivité dans la création de la loi”, Le Dossier: L’inventivité. Aspects de sciences juridique et politique, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017, textes réunis par R. Maurel, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [ édition électronique ], 2018, n° 14, pp. 41-58. La Revue du Centre Michel de l’Hospital - édition électronique, 2018, n° 14, pp. 41-58. hal-01830163

**HAL Id: hal-01830163**

**<https://uca.hal.science/hal-01830163>**

Submitted on 1 Oct 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LE POINT DE VUE DU JURISTE : L'INVENTIVITE DANS LA CREATION DE LA LOI

Elodie **POMMIER**,<sup>1</sup>

doctorante en droit privé ED 245,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

La création de la loi trouve son origine dans l'inventivité de ses auteurs. En elle-même, la création matérielle de la loi obéit à des règles définies ; en résumé, la procédure législative comprend trois phases principales : le dépôt du texte (l'initiative de la loi appartient à la fois au Parlement, qui peut déposer des propositions de loi, et au Gouvernement : on parle alors de projets de loi), son examen par le Parlement, et sa promulgation par le Président de la République (après une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel)<sup>2</sup>. Les projets et les propositions comprennent deux parties :

- le dispositif en lui-même, c'est-à-dire la partie normative qui sera seule soumise à l'examen des assemblées ;
- et préalablement : l'exposé des motifs<sup>3</sup>, dans lequel sont développés les arguments à l'appui des modifications ou créations législatives. C'est ce point qui va retenir notre attention<sup>4</sup> : pour quels motifs crée-t-on cette loi ? La justification de l'existence-même du texte se trouve ici<sup>4</sup>.

Mais quel est le processus intellectuel de création ? Comment en vient-on à créer une loi ? Pourquoi créer une loi ? À la base du mouvement de création, il y a un état de besoin. Le but de la création d'une loi est l'amélioration d'une situation donnée dont on part du principe qu'elle n'est pas optimale et qu'elle pourrait être améliorée, et ici l'inventivité prend toute sa mesure : quelle est la meilleure solution pour répondre à la problématique donnée ?

Finalement, il semblerait que l'inventivité n'ait comme limite que l'usage qu'on en fait. Mais cet usage serait-il une fin en soi ? En définitive, toute loi se destine à la pratique, elle n'a de sens, d'après nous, que si elle est utilisée, appliquée. Une loi n'est évidemment pas conçue pour rester lettre morte, et l'on commence ici à percevoir les limites de l'inventivité dans la création de la loi : créer un dispositif qui ne reçoit pas d'application est contreproductif et n'a pas de sens. L'objectif recherché dans la création de la loi a donc toute son importance ici.

La loi doit pouvoir s'adapter aux nouvelles demandes de la société : en somme, aux demandes des usagers de la loi. Aussi le droit doit être en mesure d'être suffisamment inventif pour réagir efficacement aux défis posés par la société et par la pratique.

Dans cette optique, se pose alors la question des origines de la création de la loi : la loi se destinant à la pratique, elle peut tout à fait être issue de la pratique, provenir d'elle, comme une demande, une attente, qui est réalisée. L'évolution de la société, des technologies, des mœurs, implique nécessairement une évolution de la loi à un moment donné. Mais bien évidemment, la fin ne justifie pas toujours les moyens, et toute demande de la pratique, même forte, ne génèrera pas une loi. Une autre situation a également pu être constatée : celle de l'inventivité de la pratique reprise par la loi. On pense ici à des mécanismes créés par la pratique pour correspondre aux demandes de la société, puis reconnus légalement par la suite : comme la création de la « division en volumes » en droit immobilier, ou la création de la « clause alsacienne » en droit des régimes matrimoniaux.

À l'inverse, l'inventivité du législateur a pu être contrariée dans certains cas : par exemple certains mécanismes récemment créés n'ont pas eu le succès escompté, comme la création du statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L.), sorte d'ersatz de société à responsabilité limitée unipersonnelle, mais sans création de société, ou encore l'instauration de la fiducie en droit français, sorte d'imitation du *trust* anglo-saxon mais sans les caractéristiques qui en font l'intérêt.

De la même façon, l'inventivité du législateur et de la pratique ont pu s'alimenter l'une l'autre, par exemple en droit fiscal, le premier ne cessant de créer de nouveaux dispositifs que le second s'efforce de rendre inefficaces par des optimisations fiscales, incitant alors le législateur à prendre de nouvelles dispositions, et ainsi de suite.

Aussi avons-nous choisi de développer en particulier l'influence de la pratique dans le processus d'invention de la loi, étudier ses influences dans l'idée de création de la loi et ses utilisations.

Plutôt que de rechercher l'innovation dans l'insolite, la pratique fait preuve d'inventivité au quotidien pour trouver des solutions aux problèmes concrets rencontrés. L'inventivité, du côté de la pratique, pourrait alors être définie comme la

---

<sup>1</sup> Chargée d'enseignements.

<sup>2</sup> Constitution du 4 oct. 1958, art. 10, 39, 45 et 61, en particulier.

<sup>3</sup> V. notamment l'article 7 de la **Loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution**.

<sup>4</sup> Dans les développements qui vont suivre, le terme de « loi » sera employé de façon générique, et regroupera en définitive tous les textes normatifs ; il conviendra de ne pas prendre le terme de « loi » dans sa définition stricte, mais plutôt dans son acception « création du droit ».

stabilisation d'un procédé mis au point par des acteurs confrontés à une situation jusqu'alors sans réponse juridique, ou encore à une situation non-optimale.

Le législateur, lui, aime faire dans l'exceptionnel (nous sommes actuellement en pleine période de campagne présidentielle, et chaque candidat y va de ses propositions – très inventives – ou pas). Innover revient souvent à créer de toutes pièces un dispositif jusqu'alors inexistant, ou à l'inverse à contrecarrer l'application – supposée inappropriée – d'un mécanisme existant.

Dans les deux cas, comment faire pour aménager des réponses adaptées tout en obtenant les résultats attendus (par l'État et la pratique) ?

Il semble que l'inventivité est bel et bien un outil d'exercice du pouvoir à travers la création de la loi : comment invente-t-on une loi, et pourquoi, ou pour qui ? pour reprendre des termes économiques, il semblerait que l'inventivité trouve son origine dans la loi de l'offre et de la demande. Nous développerons ainsi tout d'abord le rôle de l'inventivité de la pratique au service de la création de la loi (I), avant de voir les limites de l'inventivité dans le processus de création de la loi (II).

## I. L'INVENTIVITE DE LA PRATIQUE AU SERVICE DE LA CREATION DE LA LOI

Il arrive que la pratique crée ses propres outils juridiques lorsqu'ils ne sont pas préexistants, pour répondre à des besoins concrets et en particulier en matière contractuelle. Et il peut arriver que l'inventivité dont fait preuve la pratique, à ce sujet, soit récompensée par le législateur. Prenons un exemple en droit des régimes matrimoniaux : les professionnels ont créé ce que l'on nommait autrefois, voire ce que l'on nomme encore, la « clause alsacienne » (A), dispositif intégré au contrat de mariage pour répondre aux besoins de leurs clients. Après des années d'utilisation concrète, cette clause a fini par faire purement et simplement son entrée dans le *Code civil* en 2006.

D'autres mécanismes, quant à eux, n'ont pas encore passé ce stade de « concrétisation législative avancée », mais ont au moins été reconnus par la loi : l'on pense ici par exemple aux divisions en volumes dans le domaine du droit immobilier (B). Ici l'on perçoit encore une fois l'inventivité de la pratique reprise à son compte par la loi, et qui constitue, espérons-le, un premier pas vers la codification pure et simple du mécanisme.

### A. La légalisation de mécanismes issus de la pratique

Le régime matrimonial légal<sup>5</sup> en France est celui de la communauté de biens réduite aux acquêts. De façon quelque peu raccourcie<sup>6</sup>, les biens dont les époux ont la propriété avant le mariage, et ceux qu'ils recevront par donation ou succession après le mariage, leur restent propres, c'est-à-dire qu'ils leur appartiennent personnellement. En revanche, les biens acquis à titre onéreux après le mariage dépendront de la communauté existant entre les époux.

Cependant ce régime matrimonial ne s'impose aux époux *que* s'ils n'ont fait un autre choix par contrat de mariage<sup>7</sup>. Les époux peuvent ainsi choisir le régime matrimonial le plus adapté à leur situation et à leurs souhaits, pouvant aller de la séparation de biens pure et simple<sup>8</sup> (aucun bien n'est commun<sup>9</sup> entre eux) à la communauté universelle<sup>10</sup> (tous leurs biens leur sont communs). Ils peuvent également prévoir toute clause qu'ils jugent à propos dans la limite de ce que la loi permet<sup>11</sup>.

La « clause alsacienne » qui nous intéresse dans le cadre des présents développements, plus techniquement dénommée « clause de reprise des apports » ou « clause de liquidation alternative », est une disposition prévue dans le contrat de mariage instituant une communauté universelle<sup>12</sup> (ou à tout le moins un contrat de mariage prévoyant que les époux apportent à la communauté des biens qui leur sont propres, afin qu'ils deviennent communs). Elle consiste à prévoir qu'en cas de divorce, chaque époux pourra reprendre les biens qu'il avait apportés à la communauté<sup>13</sup>.

Cette disposition est historiquement qualifiée d'« alsacienne » car elle fut inventée par les notaires de ce territoire lors de son retour à la France en 1918. En effet, à cette occasion, le législateur français admit, par deux lois du 1<sup>er</sup> juin 1924 (toujours

<sup>5</sup> C. civ. art. 1400.

<sup>6</sup> Le régime de la communauté légale est défini aux articles 1401 et suivants du *Code civil*.

<sup>7</sup> C. civ. art. 1393, 1400. Le contrat de mariage peut être préalable au mariage (C. civ. art. 1395), ou résulter d'un changement de régime matrimonial après au moins deux ans de mariage (C. civ. art. 1397).

<sup>8</sup> C. civ. art. 1536 et suiv.

<sup>9</sup> Évidemment ce régime matrimonial n'empêche pas les époux d'acquérir des biens soumis au régime de l'*indivision* (C. civ. art. 815 et suiv.), qui est également un système de détention « à plusieurs », mais dont les règles de détention et de fonctionnement sont fondamentalement différentes de celle qui s'appliquent au régime de la *communauté* (C. civ. art. 1401 et suiv.).

<sup>10</sup> C. civ. art. 1526.

<sup>11</sup> « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent. » (C. civ. art. 1387).

<sup>12</sup> Le plus souvent.

<sup>13</sup> BRÉMONT Vincent, « Communautés conventionnelles », *JCI Civil code*, Synthèse 976, 20 oct. 2017.

en vigueur au demeurant), le maintien d'un « droit local », mais uniquement pour les matières n'entrant pas dans le *Code civil*. Ainsi, le « Code Napoléon » fut totalement réintroduit en Alsace-Moselle, mais les Alsaciens s'étaient habitués au Code civil allemand<sup>14</sup>, lequel prévoyait déjà des droits successoraux substantiels pour le conjoint survivant, alors qu'ils venaient timidement d'apparaître dans la législation française en 1891<sup>15</sup>.

Le défi du notariat alsacien fut alors de trouver un mécanisme issu du Code civil français qui permettrait d'octroyer au conjoint survivant une protection sensiblement identique à celle prévue par le droit allemand en cas de décès.

Or, à défaut de pouvoir trouver une solution satisfaisante proposée par le droit des successions français, ils se tournèrent vers le droit des régimes matrimoniaux, ce dernier autorisant une certaine liberté conventionnelle.

Leur choix se porta ainsi sur la communauté universelle, qui permettait finalement d'obtenir un résultat sensiblement identique. En effet, les époux mariés sous ce régime matrimonial apportaient (ce qui est toujours le cas d'ailleurs) à leur communauté tous leurs biens actuels respectifs, mais également tous ceux qui seraient restés propres sous le régime légal<sup>16</sup>. Couplée à une clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant, les biens de cette communauté élargie revenaient alors intégralement, en cas de décès, audit conjoint survivant.

La prudence imposait cependant de prévoir qu'en cas de dissolution de la communauté pour une autre cause que le décès (concrètement, en cas de divorce), chaque époux pourrait reprendre les biens présents apportés par lui à ladite communauté ou qui lui seraient advenus à titre personnel pendant la durée du régime<sup>17</sup>. Le solde (les biens qui auraient également été qualifiés de biens communs sous le régime légal) était alors partagé par moitié entre les deux époux. C'est ainsi que la clause « alsacienne » est née.

Inventée, donc, par les notaires d'Alsace, la clause éponyme finit par avoir un franc succès dans le reste du pays, correspondant à la volonté des époux concernés.

Dans un premier temps, son application se fit dans un cadre strictement contractuel, sans reconnaissance « officielle ». En réalité, cette reconnaissance viendra en plusieurs temps, d'abord par la jurisprudence, puis par la loi.

En effet, dans un premier temps la clause alsacienne fut qualifiée de clause de « *liquidation alternative* » puisque la liquidation du régime matrimonial variait selon que la communauté était dissoute par décès ou par divorce ; la composition de ladite communauté n'était quant à elle pas affectée : c'était au titre du partage des biens communs que ces biens revenaient à l'époux du chef duquel ils étaient tombés en communauté<sup>18</sup>.

Cependant, la validité de cette modalité a fini par susciter, à la fin des années 80, un vrai débat. N'était-on pas en présence, en réalité, d'un *régime matrimonial alternatif* : communauté universelle en cas de décès, communauté réduite aux acquêts en cas de divorce<sup>19</sup> ?

Finalement, le Tribunal de grande instance de Strasbourg prononça la nullité de cette clause par un jugement du 17 septembre 1987, mettant ainsi un coup d'arrêt à ce dispositif né de la liberté contractuelle, pourtant largement utilisé depuis des décennies. Cependant, le pourvoi contre l'arrêt infirmatif de la Cour de Colmar<sup>20</sup> a été rejeté par la Cour de cassation le 16 juin 1992<sup>21</sup>, scellant ainsi – au moins temporairement – la validité de la clause alsacienne<sup>22</sup>.

Par la suite, la question s'est posée de savoir si les dispositions issues de la loi du 26 mai 2004 réformant divorce<sup>23</sup> n'ont pas remis en cause la validité de la clause alsacienne. En effet, le nouvel article 265 du *Code civil* disposait alors en particulier que « *Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux* ». Ainsi la clause alsacienne, en ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial, serait, de plein droit, caduque en cas de divorce<sup>24</sup>, contrairement à son objectif.

<sup>14</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, « BGB », applicable dans le Reichland depuis le 1<sup>er</sup> janv. 1900.

<sup>15</sup> BEIGNIER Bernard, « Communauté universelle - Clause alsacienne, commentaire de Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 2010, n° 09-68.292 », *Droit de la famille* n° 2, fév. 2011, comm. 21.

<sup>16</sup> C. civ. art. 1526.

<sup>17</sup> Si ces biens ont été améliorés, conservés ou subrogés au moyen de fonds communs, une récompense sera alors due à la communauté (C. civ. art. 1416).

<sup>18</sup> Et non pas à titre de biens qualifiés de propres.

<sup>19</sup> SIMLER Philippe, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du *Code civil* », *JCP G* n° 31-35, 3 août 2005, doct. 160.

<sup>20</sup> CA Colmar, 16 mai 1990, *Defrénois* 1990, art. 34917, p. 1361, obs. CHAMPENOIS Gérard.

<sup>21</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 juin 1992, n° 91-10321 : *JCP G* 1993, II, 22108 ; *JCP N* 1994, II, p. 38, note SIMLER Philippe ; *D.* 1993, somm. p. 220, obs. GRIMALDI Michel ; *Defrénois* 1993, art. 35416, p. 34, note FORGEARD Marie-Cécile.

<sup>22</sup> Malgré une rédaction malencontreuse de l'arrêt : SIMLER Philippe, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du *Code civil* », prec.

<sup>23</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>24</sup> D'autant plus que l'article 265 est d'ordre public.

Cette analyse fut cependant rapidement écartée, certains relevant que la clause alsacienne n'est pas un avantage matrimonial (donc non soumise à la révocation de plein droit des avantages matrimoniaux prévue par l'article 265), mais « précisément son contraire »<sup>25</sup> : elle fait obstacle à ce qu'un avantage se réalise<sup>26</sup>.

C'est finalement la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 qui a clos le débat en ajoutant un troisième alinéa à l'article 265 disposant que « [...] si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ».

Ce nouvel alinéa est ainsi venu – enfin – légalement consacrer la clause alsacienne, récompensant ainsi les efforts de la pratique d'avoir trouvé et développé un dispositif contractuel répondant aux attentes des époux concernés.

On le voit dans cet exemple, la pratique a été suffisamment créative pour créer le mécanisme juridique dont elle avait besoin, et le législateur fut bien inspiré de reprendre à son compte ce dispositif encore très utilisé aujourd'hui<sup>27</sup>.

La loi peut également simplement reconnaître des mécanismes issus de la pratique, mais sans en créer le statut : l'on pense ici notamment aux divisions en volumes en matière de droit immobilier.

## B. La reconnaissance de mécanismes issus de la pratique

Ignorée du législateur jusqu'à la loi dite « ALUR »<sup>28</sup>, la division en volumes a rapidement été acceptée par la jurisprudence qui a reconnu la validité de ce montage immobilier créé par les praticiens<sup>29</sup>.

La division en volumes est une technique juridique qui consiste à diviser la propriété d'un immeuble en fractions privatives distinctes, sur le plan horizontal ou vertical, à des niveaux différents qui peuvent se situer au-dessus ou en dessous du sol naturel, mais sans qu'il y ait de parties communes<sup>30</sup>.

La division en volumes est, selon nous, la suite logique de l'élaboration du statut de la copropriété immobilière, son « héritière ». Dans un premier temps, le régime de la copropriété est né du besoin d'organiser juridiquement l'espace immobilier vertical. Jusqu'alors, la propriété immobilière était divisée horizontalement (« par terrains »), mais l'urbanisation et l'étalement urbain ont fini par imposer un mode d'organisation de la propriété en trois dimensions, la simple utilisation de servitudes entre les étages s'étant rapidement révélée insuffisante pour régler l'intégralité des problématiques posées.

C'est la loi du 28 juin 1938<sup>31</sup> qui a créé le statut de la copropriété, prévoyant une distinction entre des parties privatives<sup>32</sup> et des parties communes<sup>33</sup> de l'immeuble, l'établissement d'un règlement de copropriété pour régir les droits et devoirs de chacun des copropriétaires, l'organisation d'assemblées générales, etc<sup>34</sup>. Mais c'est la loi du 10 juillet 1965<sup>35</sup> qui a véritablement édifié le statut que nous connaissons encore actuellement<sup>36</sup> en résolvant en grande partie les lacunes de la loi de 1938.

---

<sup>25</sup> Ce qui a par ailleurs été confirmé par l'arrêt du 17 nov. 2010 sus-énoncé.

<sup>26</sup> SIMLER Philippe, « Communauté universelle - La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », *JCP G* n° 31-35, 3 août 2005.

<sup>27</sup> En général à l'occasion d'une modification du régime matrimonial, la communauté universelle (qui lui est le plus souvent associée) étant rarement choisie par les époux à l'occasion du choix initial du régime matrimonial qui sera applicable à leur union.

<sup>28</sup> **Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.**

<sup>29</sup> LE RUDULIER Nicolas, « Division en volumes. – Nature et principes », *JCI Construction Urbanisme*, fasc. 107-10, 1<sup>er</sup> nov. 2016.

<sup>30</sup> Fiche d'orientation Division en volumes, *Dalloz*, oct. 2017.

<sup>31</sup> Loi du 28 juin 1938 relative au statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements, suivie de la Loi du 4 fév. 1943 qui l'a complétée.

<sup>32</sup> Les parties privatives sont celles des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire (Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 prec., art. 2).

<sup>33</sup> Sont des parties communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux (Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 prec., art. 3).

<sup>34</sup> VIGNERON Guy, « Statut de la copropriété – Généralités », *JCI Construction Urbanisme*, fasc. 90-10, 10 oct. 2009, dernière mise à jour le 6 nov. 2014.

<sup>35</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

<sup>36</sup> Évidemment le législateur a procédé à des modifications depuis 1965 (v. en particulier Loi n° 79-2 du 2 janv. 1979 relative aux droits grevant les lots d'un immeuble soumis au statut de la copropriété, Loi n° 85-1470 du 31 déc. 1985 modifiant la loi 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, ou encore Loi n° 96-1107 du 18 déc. 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété) mais l'essentiel du statut de la copropriété, son essence, est issu de la loi du 10 juill. 1965.

Mais l'urbanisation s'intensifiant et devenant toujours plus complexe, le statut de la copropriété, bien que très complet, a également fini par révéler son incapacité à répondre à l'ensemble des situations pratiques<sup>37</sup>. En effet, le point fort du statut (l'existence de parties privatives et de parties communes) s'est finalement révélé être son point faible...

En effet, le principe d'inaliénabilité du domaine public contenu à l'article L. 3111-1 du *Code général de la propriété des personnes publiques*<sup>38</sup> interdit l'incorporation d'un bien relevant de ce régime à un immeuble en copropriété<sup>39</sup> puisque le régime de la copropriété est une sorte d'indivision forcée qui soumet chaque titulaire de lots au pouvoir décisionnel de la collectivité des copropriétaires<sup>40</sup>.

Comment dès lors, imaginer des ensembles immobiliers complexes imbriquant sur une même assise foncière tant des ensembles immobiliers relevant du droit privé (locaux d'habitation, bureaux, etc.) que des ensembles relevant du droit public (voies de circulation routières ou ferrées, locaux scolaires, mairie, palais de justice, etc.) ?<sup>41</sup>

Les baux emphytéotiques administratifs<sup>42</sup> mis en place par les lois de 1988<sup>43</sup> et de 1994<sup>44</sup> ont en partie répondu aux attentes d'optimisation de la gestion du patrimoine immobilier des personnes publiques, mais n'ont pas su répondre à toutes les problématiques pratiques.

D'où l'idée révolutionnaire des praticiens de dissocier propriété publique et propriété privée par l'utilisation de la technique des « volumes »<sup>45</sup> : la pratique notariale a su relire et réinterpréter l'article 552 du *Code civil*<sup>46</sup> en proposant d'appréhender la propriété dans ses trois dimensions et non plus de façon exclusivement plate, et a ainsi permis de faire naître la division en volumes qui permet de superposer sur une même assiette cadastrale plusieurs strates de propriétés. Chaque volume de propriété étant totalement indépendant, toute forme d'indivision est donc exclue, ce qui permet ainsi d'échapper à l'application impérative du statut de la copropriété et dès lors d'offrir une alternative à son régime<sup>47</sup>.

Cette technique juridique consiste ainsi à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des côtés, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions (cette identification des volumes est réalisée par géomètre-expert qui, le plus souvent, établira des cotes en altimétrie et en planimétrie)<sup>48</sup>.

La division en volumes, en ce qu'elle scinde l'objet du droit de propriété immobilière, confère au titulaire de chaque volume la pleine et entière propriété de celui-ci, ce qui résout la problématique de l'imbrication matérielle des propriétés publique et privée. Chaque propriété coexiste ainsi sur une même assise cadastrale, sans aucun lien d'indivision entre elles contrairement à une copropriété. Certains parlent même d'une « étanchéité juridique »<sup>49</sup> entre les volumes, autonomie nécessaire à la préservation de l'affectation du bien public au service des usagers.

Pour autant, ces volumes « d'air », verticalement superposés et imbriqués les uns dans les autres, font l'objet de servitudes réciproques (d'implantation, de canalisation, de branchement, d'accès, etc.) : un cahier des charges est dressé et une association de propriétaires, à laquelle appartient la personne morale de droit public, peut assurer la gestion de l'ensemble.

---

<sup>37</sup> LE RUDULIER Nicolas, « Division en volumes. – Nature et principes », *prec.* ; GAUDEMET Yves, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *D.* 1978, *chron.* p. 293 ; FÂTOME Etienne et TERNYER Philippe, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA* 1997, p. 126 ; GAUDEMET Yves, « Ouvrage complexe et domanialité publique », *RD imm.* 1999, p. 507 ; BRISSON Jean-François, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public », *AJDA* 2005, p. 591 ; CHAPUT Jean-Christophe et ROCHEGUDE Stéphane, « La division en volumes, une réponse pertinente aux relations entre domaine privé et domaine public ? », *JCP N* 2007, 1248 ; FÂTOME Etienne, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007, p. 959.

<sup>38</sup> « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 [l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que les établissements publics], qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. »

<sup>39</sup> CE 11 févr. 1994, n° 109564 : « Les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965 [...] sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics ; que, par suite, des locaux acquis par l'État, fût-ce pour les besoins d'un service public, dans un immeuble soumis au régime de la copropriété n'appartiennent pas au domaine public et ne peuvent être regardés comme constituant un ouvrage public » ; FOULQUIER Nicolas, « Les servitudes sur le domaine public », *Dr. et patrimoine* mars 2009, p. 69.

<sup>40</sup> Cependant le domaine privé des personnes morales de droit public peut s'accommoder des règles usuelles gouvernant les immeubles collectifs, puisqu'il ne s'agit alors pas, à proprement parler, de domaine public.

<sup>41</sup> SIZAIRE Daniel, « Division et volumes », *JCP N* n° 11, 13 mars 1998, p. 388.

<sup>42</sup> *C. gén. coll. terr.* art. L 1311-2.

<sup>43</sup> Loi n° 88-13, 5 janv. 1988, d'amélioration de la décentralisation.

<sup>44</sup> Loi n° 94-631, 24 juill. 1994, complétant le *Code du domaine de l'État* et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

<sup>45</sup> V. GAUDEMET Yves, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *prec.*

<sup>46</sup> « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre « Des servitudes ou services fonciers ». Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

<sup>47</sup> A titre d'exemples, les opérations d'urbanisme Maine-Montparnasse et Glacière-Gentilly, ainsi que la gare de Paris Gobelins, ont fait l'objet de divisions en volumes.

<sup>48</sup> LE RUDULIER Nicolas, « Division en volumes. – Nature et principes », *prec.*, faisant référence à Daniel SIZAIRE, créateur du fascicule initial.

<sup>49</sup> LE RUDULIER Nicolas, « Division en volumes. – Nature et principes », *prec.*

La propriété des personnes publiques étant une propriété au même titre que les autres<sup>50</sup>, elle peut pleinement bénéficier de cette technique<sup>51</sup> (toutefois, pour parvenir à superposer domaine privé et domaine public, une procédure particulière de déclassement doit être mise en œuvre<sup>52</sup>).

À l'origine créée pour des opérations d'urbanisme de grande envergure avec enchevêtrements de structures (par exemple le quartier de la Défense à Paris), la division en volumes est aujourd'hui également utilisée pour des opérations beaucoup moins complexes, par exemple pour procéder à une liquidation successorale entre les membres d'une même famille.

Or, malgré son attractivité certaine et son utilisation très répandue en pratique, on ne peut que noter l'absence de législation en la matière. Si quelques décisions ont depuis longtemps admis le principe de la scission verticale de la propriété d'un immeuble et la superposition des droits qui en résulte<sup>53</sup>, ce n'est en réalité que très récemment que les juges se sont référés directement et expressément à la division en volumes et pour laquelle ils ont timidement façonné quelques règles<sup>54</sup>.

Quant à la reconnaissance légale de la division en volumes, la proposition de réforme du droit des biens menée par l'association Henri-Capitant<sup>55</sup> a proposé de combler ce vide législatif. Le groupe de travail a en effet suggéré une réécriture de l'article 527 du *Code civil* qui ferait directement référence au volume en disposant en son premier alinéa que : « *Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes [...]* ». L'entrée de la division en volumes dans le *Code civil* se ferait également par un article 562 qui disposerait qu'« *un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes* ».

La réforme du droit des biens n'étant pas (encore) intervenue, et le législateur devant probablement ressentir le besoin de ne pas attendre, la notion a fini par être légalement concrétisée en 2014<sup>56</sup>. Néanmoins, si le texte fait expressément référence à la volumétrie (reconnaissant ainsi son existence)<sup>57</sup>, il reste muet quant à sa définition et son régime juridique...

Toutefois, il nous semble que c'est très précisément cette absence qui constitue l'attrait majeur de la division en volumes : à défaut d'un régime juridique établi par le législateur, la liberté contractuelle lui permet de s'adapter aux demandes de la pratique, en se mouvant dans le droit déjà existant.

Ainsi, comme nous venons de le voir, l'inventivité des juristes dans la création de mécanismes dont ils avaient matériellement besoin pour faire face aux demandes pratiques, a pu être récompensée par le législateur, parfois par la codification pure et simple du procédé juridique, parfois par la simple reconnaissance de son existence, permettant ainsi la sécurisation de montages immobiliers sans atteinte à la liberté contractuelle.

L'inventivité dans la création de la loi peut ainsi, parfois, trouver ses sources dans la pratique. Elle peut également émaner directement du législateur, mais avec des applications pratiques pouvant alors, quelquefois, être loin de l'effet escompté.

## II. L'INVENTIVITE DU LEGISLATEUR FACE A LA PRATIQUE

<sup>50</sup> Cons. const. 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, *Rec. Cons. const.* 1994, p. 96.

<sup>51</sup> Cf. l'article L. 2122-4 du *Code général de la propriété des personnes publiques* (suite à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avr. 2006) ; la reconnaissance de la possibilité de création de servitudes sur le domaine public a permis de « sécuriser tout une série d'opérations, en particulier de division en volumes, et d'assurer une meilleure coexistence des propriétés privées et publiques » (Ch. MAUGE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du *Code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA* 2006, p. 1073).

<sup>52</sup> Un acte administratif de déclassement doit entériner une situation de fait où les conditions d'affectation au service public ont disparu ; une fois sorti du domaine public, le volume peut être librement cédé (CHAMARD-HEIM Caroline, « Sortie du domaine public », *JCI Administratif*, fasc. 405-22, 30 nov. 2013). La procédure de sortie a été initialement conçue par la jurisprudence (par exemple, *CE, 20 juin 1930, n° 96372*), avant d'être consacrée par les articles L. 2141-1 et suivants du *Code général de la propriété des personnes publiques*. Cette procédure ne concerne pas les immeubles de bureaux qui relèvent du domaine privé (CGPPP, art. L. 2211-1, al. 2., Cf. Ord. n° 2004-825, 19 août 2004).

<sup>53</sup> Cass. 30 nov. 1853, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 11 déc. 1969 n° 68-10.985, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 13 févr. 1973 n° 72-10.680, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 15 nov. 1977 n° 76-113.65, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 29 févr. 1984 n° 83-10.040, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 26 mai 1992 n° 90-22.145, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 12 juill. 2000 n° 97-13.107.

<sup>54</sup> D'abord par les juges du fond (CA Rennes 22 juin 2004 n° 02/07534, CA Paris 18 janv. 2007 n° 06/16540, CA Versailles 21 mai 2007 n° 06/00330, CA Paris 7 nov. 2007 n° 07/09024, CA Chambéry 1<sup>er</sup> avr. 2008 n° 06/02111, CA Douai 22 oct. 2008 n° 07/06730, CA Rennes 18 juin 2009 n° 07/07194, CA Douai 16 juin 2010 n° 09/08942, CA Paris 10 nov. 2010 n° 09/12122, CA Versailles 18 nov. 2010 n° 09/04281, CA Lyon 25 nov. 2010 n° 10/00273, CA Bordeaux 9 févr. 2011 n° 09/02736, CA Aix-en-Provence 13 mai 2011 n° 10/05950, CA Orléans 5 sept. 2011 n° 10/01748, CA Montpellier 2 nov. 2011 n° 10/01909, CA Nancy 24 févr. 2012 n° 11/00421, CA Paris 17 févr. 2012 n° 11/05924, CA Orléans 14 mai 2012 n° 11/01295, CA Versailles 13 févr. 2012 n° 10/09011), puis par la Cour de cassation par son arrêt du 17 févr. 1999 (Cass. civ. 3<sup>e</sup> 17 févr. 1999, n° 97-14.368) qui constitue indéniablement l'acte fondateur de la volumétrie contemporaine. Puis, elle a eu l'opportunité de confirmer la réception en droit positif de cette technique (Cass. civ. 3<sup>e</sup> 28 oct. 2009, n° 08-18.614, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 8 sept. 2010, n° 09.15.554, Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 12 mai 2010, n° 09-13.486, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 18 janv. 2012, n° 10-27.396, Cass. civ. 3<sup>e</sup> 19 sept. 2012, n° 11-13.679 et n° 11-13.789).

<sup>55</sup> *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, sous la direction de PÉRINET-MARQUET Hugues, Litec, 2009.

<sup>56</sup> **Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.**

<sup>57</sup> **V. en particulier l'article 59** : « [...] Après avis du maire de la commune de situation de l'immeuble et autorisation du représentant de l'Etat dans le département, la procédure prévue au présent article peut également être employée pour la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome [...] » ; ou encore les articles 64, 91 et 158.

Si l'inventivité dans la création de la loi peut venir, parfois, de la pratique, cette dernière peut également aussi, parfois, se détourner des mécanismes mis en place par le législateur, l'inventivité de ce dernier n'étant alors pas à la hauteur, finalement, des espérances. L'on développera ainsi ici l'exemple de la fiducie (A), mécanisme réclamé par la pratique mais introduit dans le paysage législatif d'une manière autre que celle espérée par les praticiens.

L'inventivité du législateur dans la mise en place de certains dispositifs peut également se heurter aux usagers, notamment en droit fiscal. Dans ce domaine l'imagination du législateur n'a comme limite que la propre imagination de certains contribuables (B).

## A. L'inventivité du législateur non récompensée par la pratique

Institution connue du droit romain, qui a par la suite disparu du droit civil français, pour y renaître en 2007<sup>58</sup> avant de faire l'objet d'ajustements presque immédiatement<sup>59</sup>, la fiducie permet, dans une relation triangulaire, le transfert de biens ou de droits du patrimoine d'une personne, dénommée « constituant », vers celui d'une autre personne, « le fiduciaire », dans l'intérêt d'une troisième, « le bénéficiaire »<sup>60</sup>. Elle est cousine, par ses effets, de l'institution anglo-américaine du *trust* qui permet de faire assurer par un tiers la gestion d'éléments de son patrimoine au profit d'une autre personne<sup>61</sup>.

L'introduction de la fiducie en droit français fut longue et périlleuse<sup>62</sup>. Elle a fait suite à une demande insistante de la pratique. En effet, la mondialisation des échanges et des rapports juridiques ont rendu indispensable la création d'un outil comparable au *trust* anglo-saxon afin de permettre aux investisseurs, familiers dudit *trust* anglo-saxon, de se sentir en confiance avec le droit français. Le *trust*, comme la fiducie, implique en principe divers acteurs, dans une relation triangulaire : le premier acteur, le *settlor* / constituant, transfère des droits patrimoniaux ou des obligations / *assets* ou *debts*, à un second acteur, le *trustee* / fiduciaire, qui va les détenir en vue de réaliser une affectation déterminée en faveur d'un troisième acteur, le bénéficiaire<sup>63</sup>.

Des entreprises françaises ont déjà eu recours à des *trusts* étrangers faute de pouvoir disposer d'un instrument adapté en droit interne, comme la Française des Jeux, Alstom ou encore la SNCF<sup>64</sup>, et le risque de délocalisation d'opérations économiques importantes par le biais du *trust* était donc réel et avéré.

---

<sup>58</sup> Loi n° 2007-211 du 19 fév. 2007 instituant la fiducie. Un décret du 7 mai 2007 (Décret n° 2007-725 du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du *Code général des impôts* et modifiant l'annexe III à ce Code) fixe quant à lui les conditions et délais régissant la déclaration d'existence de la fiducie.

<sup>59</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, Ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et Ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

<sup>60</sup> « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (C. civ. art. 2011).

<sup>61</sup> DUPICHOT Philippe, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP N* 2007, n° 11 ; BLANLUET Gaultier et LE GALL Jean-Pierre, « La fiducie, une œuvre inachevée - un appel à une réforme après la loi du 19 fév. 2007 », *JCP N* 2007, n° 36 ; BERTHEUIL-DESFOSSÉS Diane, FABRE Hubert, HOUDARD Jean-Louis et POUZENC Florence (avec la participation de PILLEBOUT Jean-François), « Sûreté et gestion – constituants personnes physiques », *JCP N* 2009, n° 26 ; RAYNOUARD Arnaud et JOURDAIN-THOMAS Fabienne, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N* 2010, n° 5 ; BARRIÈRE François, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, n° 36 ; BLANLUET Gaultier et LE GALL Jean-Pierre, « La fiducie : une œuvre inachevée - commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007 », *JCP E* 2007, n° 36 ; LIBCHABER Rémy, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, n° 15 (première partie) et 17 (seconde partie) ; BARRIÈRE François, « La fiducie », *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 4 (première partie) et 5 (seconde partie) ; KACZMAREK Laurent, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845 ; GOURIO Alain, « La fiducie-sûreté », *D.* 2009, p. 1944 ; CERLES Alain, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *RDBF* 2007, n° 5.

<sup>62</sup> V. également DUPICHOT Philippe, « La fiducie-sûreté en pleine lumière - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP N* 2009, n° 17 ; RAYNOUARD Arnaud, « Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le *Code civil* d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe », *JCP N* 2010, n° 3 ; CROCCQ Pierre, « Dossier : Quel avenir pour la fiducie ; propos introductifs », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 192 ; GRIMALDI Michel et DAMMANN Reinhard, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670 ; SCHILLER Sophie et RAYNOUARD Arnaud, « S'approprier la fiducie... enfin ! - Introduction », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, mars 2011 ; ESQUIVA-HESSE Sandra et BENT-MOHAMED Karim, « Fiducie gestion : impacts des réformes et perspectives potentielles en matière de restructuration », *Journal des sociétés* 2009, n° 66 ; MENJUCQ Michel, « Fiducie : la réforme de trop ? », *Rev. proc. coll.*, nov. 2009, n° 6.

<sup>63</sup> Un premier avant-projet de loi a vu le jour en 1989 mais n'a pas accédé au stade de projet de loi. La France a ensuite signé le 26 nov. 1991 la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juill. 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, mais ne l'a pas ratifiée. Ultérieurement, un projet de loi établi par la Chancellerie a été déposé le 20 fév. 1992 à l'Assemblée nationale, lequel se voulait plus ambitieux et exhaustif, mais il est resté sans suite. Fut ensuite présenté en 1995 un avant-projet de loi, mais dont l'examen s'est arrêté au Conseil d'Etat. Finalement, la loi n° 2007-211 du 19 fév. 2007 instituant la fiducie a été publiée au Journal officiel le 21 fév. 2007. La fiducie est donc désormais placée au sein du titre XIV du livre III du *Code civil*, rebaptisé « *De la fiducie* ».

<sup>64</sup> BARRIÈRE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, p. 17.

<sup>65</sup> LERÈGLE Nicolas et DELOISON Arnaud, « Trois questions La fiducie-sûreté », *JCP E* n° 13, 31 mars 2011, 166 ; DE LA PALME Emmanuel et ENTREMONT Frédéric, « La réforme de la fiducie : un pas de plus vers le *trust* », *La tribune*, 5 mars 2009.

Or le *trust*, utilisé depuis le Moyen-âge en Angleterre, connaissait un essor remarquable y compris dans des pays de tradition romano-germanique tels que l'Allemagne<sup>65</sup>, le Luxembourg<sup>66</sup>, l'Italie<sup>67</sup>, ou encore la Province du Québec<sup>68</sup>, sous les traits d'un système fiduciaire. La France, elle aussi de tradition romaine, pouvait donc tout à fait intégrer ce système au sein de son droit.

Un premier pas fut franchi par la loi « Dailly »<sup>69</sup> qui a permis dès 1981 la cession de créances professionnelles à titre de garantie<sup>70</sup>, mais cette fiducie innommée était limitée à un domaine très spécifique, et sur le plan international, la France ne pouvait toujours pas ratifier la Convention de La Haye<sup>71</sup> relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. Décision fut donc prise en 2007 de donner à la pratique l'outil qu'elle réclamait depuis longtemps.

Le mécanisme instauré par la loi de 2007<sup>72</sup> permet ainsi à un constituant de transférer temporairement ses biens dans un patrimoine géré par un fiduciaire au profit d'un bénéficiaire. La fiducie s'inscrit dans le cadre de la progressive, mais non encore totale, reconnaissance du patrimoine d'affectation.

La fiducie s'est installée dans l'ordre juridique interne avec, au bout du compte, un régime civil et fiscal complet... ce qui, toutefois, n'a pas garanti son succès pratique : force est de constater que le démarrage de la fiducie eut lieu dans la plus grande discrétion, puisqu'il fallut attendre presque un an pour voir apparaître les premiers contrats, lesquels étaient, au surplus, entourés d'une confidentialité certaine.

Il faut bien l'admettre : la fiducie, bien que réclamée par les praticiens, n'est que très peu utilisée. Visiblement, elle ne répond pas, en l'état actuel des choses, à leurs attentes. Pourtant, ce concept sulfureux<sup>73</sup>, qui se voulait révolutionnaire quant à l'idée-même de la conception que l'on se faisait du droit français<sup>74</sup>, est retombé comme un soufflet. Il semblerait que l'inventivité du législateur en la matière n'ait pas été récompensée...

Si la fiducie peine à trouver sa place, il nous semble que c'est tout d'abord parce que son régime peut paraître obscure pour les opérateurs économiques : la fiducie devait être un « *trust* à la française », c'est à dire un *trust* adapté aux spécificités de notre droit. Or le législateur a peiné à lui donner un régime juridique qui s'en rapproche.

En particulier, le *trust* crée une division du droit de propriété entre la propriété légale (*legal property* : elle est liée au titre et reconnue au *trustee*) et la propriété équitable (*equitable property* : elle est reconnue et protégée par le juge de l'équité et revient au bénéficiaire)<sup>75</sup>. S'il nous semble qu'une telle juxtaposition de propriété sur les biens fiduciaires existe également dans la fiducie française (propriété juridique du fiduciaire, propriété économique du bénéficiaire)<sup>76</sup>, on ne peut que déplorer l'absence de clarté des textes. Alors que la caractéristique principale de la fiducie est « *un transfert de biens, droits ou sûretés ou d'un ensemble de droits, de biens ou de sûretés* », on peut s'interroger sur la nature de ce transfert. Trois visions doctrinales s'affrontent : pour certains, dont nous partageons l'avis, il s'agit d'un transfert de propriété, mais d'une propriété différente de celle que l'on connaît : une propriété fiduciaire, limitée à l'exclusivité<sup>77</sup>. Pour d'autres il s'agit aussi d'un transfert de propriété, mais de la propriété entière de l'article 544 du *Code civil* : une propriété unitaire, mais logée dans un patrimoine d'affectation<sup>78</sup>. Et pour d'autres enfin, on ne peut même pas vraiment parler de transfert de propriété tellement

<sup>65</sup> La *Treuhand* est une fiducie développée à partir des travaux de la doctrine et de la jurisprudence depuis la seconde moitié du siècle dernier. Seule centaine de textes législatifs ou réglementaires mentionnent le *Treuhand* (fiduciaire), mais sans en donner une définition (LIEBICH Dieter, *Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht*, Herne/Berlin 1966, p. 31).

<sup>66</sup> Le contrat fiduciaire a été institué par le règlement grand-ducal du 19 juill. 1983 (Mémorial A 1983, p. 1334-1335 ; règlement à valeur législative, pris en application de la loi d'habilitation du 24 déc. 1982).

<sup>67</sup> Le *trust* ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en Italie, mais au regard de la seule réglementation partielle existante sur le sujet (la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juill. 1985, v. *infra*), la jurisprudence majoritaire a affirmé l'utilité, la flexibilité du *trust* et même sa compatibilité avec le système juridique italien.

<sup>68</sup> Un régime général et complet de fiducie nommée a été institué lors de la réforme du *Code civil* québécois de 1991 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 1994) : BARRIÈRE François, La réception du *trust* au travers de la fiducie, *prec.*

<sup>69</sup> Loi n° 81-1 du 2 janv. 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises.

<sup>70</sup> Reposant sur un transfert de propriété temporaire, ce mécanisme juridique est pour beaucoup une application de la fiducie-sûreté.

<sup>71</sup> Convention conclue à La Haye le 1<sup>er</sup> juill. 1985 (BÉRAUDO Jean-Paul, « Les trusts anglo-saxons et le droit français », *LGDJ, Droit des affaires*, 1992, n 373 s. ; REVILLARD Mariel, « La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 sur la loi applicable au trust et sa reconnaissance », *Defrénois*, 1986, art. 33731, p. 689 ; MAERTEN Laurent, « Le régime international du *trust* après la Convention de La Haye », *JCP G* 1988, I, 3319) relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. La France, pourtant État signataire, ne l'a jamais ratifiée (d'ailleurs même après l'introduction de la fiducie en droit français ! Cf. Rép. min. Marini JO Sénat AN 8 janv. 2009, n° 06210 et Rép. min. Grosdidier JO Sénat AN 5 mai 2016, n° 16451).

<sup>72</sup> Loi n° 2007-211 du 19 fév. 2007 instituant la fiducie.

<sup>73</sup> « *Véritable serpent de mer attendu par certains et redouté par d'autres* » : STAUB Antonin et DELAVENNE Jean-François, « Loi sur la fiducie : un *trust* à la française, mais a minima (de l'Anstalt à l'Ersatz) », *La Revue Hammonds*, 20 fév. 2007.

<sup>74</sup> Avec la dogmatique unicité du patrimoine.

<sup>75</sup> DERGATCHEFF Claire, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP E* 2007, n° 36.

<sup>76</sup> V. également RAYNOUARD Arnaud, « Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le *Code civil* d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe ». *JCP N* 2010, n° 3.

<sup>77</sup> GRIMALDI Michel, « La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? », Colloque « La fiducie dans tous ses états », *prec.* ; certains parlent « d'une propriété nouvelle » : BARRIÈRE François, *Fiducie. Répertoire civil Dalloz*, 2017.

<sup>78</sup> CROCC Pierre, « La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? » Colloque « La fiducie dans tous ses états », *prec.* ; KUHN Céline, « La mission du fiduciaire ». *Dr. & patr.* 2008, n° 171 ; IBARRA GARZA Rafael, « *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais)* ». Paris, LGDJ, p. 125 suiv.

la fiducie est limitée par son but déterminé : il s'agit d'un transfert, mais pas de propriété<sup>79</sup>. Or l'objectif recherché par les opérateurs économique dans la fiducie réside, au moins en partie, dans une juxtaposition de propriétés distinctes, et c'est justement parce que la situation actuelle n'est pas évidente pour eux, contre tenu des controverses doctrinales, que la fiducie ne rencontre pas le succès escompté<sup>80</sup>.

Par ailleurs, le fait que le fiduciaire ne puisse être qu'un établissement financier ou un avocat<sup>81</sup> est un frein sérieux à l'utilisation de la fiducie. L'on ferme ainsi la porte à une foule d'utilisations de la fiducie<sup>82</sup>, et en particulier en droit patrimonial de la famille, la fiducie-transmission étant interdite<sup>83</sup>.

Enfin si la fiducie est peu utilisée en pratique, c'est en partie parce qu'elle ne peut pas être utilisée comme outil d'optimisation fiscale, l'administration fiscale redoutant envers et contre tout la fraude fiscale. S'en est suivi un principe de transparence et de neutralité fiscale<sup>84</sup>, finissant ainsi d'enterrer la fiducie dans l'indifférence la plus complète... Selon certains, dont nous partageons l'avis, la fiducie « *rendra de grands services juridiquement [...]. Mais tant qu'on voudra, comme aujourd'hui, qu'elle soit fiscalement neutre, ce beau vaisseau hésitera à gagner la haute mer et se limitera au cabotage* »<sup>85</sup>.

Comme nous venons de le voir, la fiducie, du moins telle qu'elle existe actuellement, n'inspire pas vraiment les praticiens, l'inventivité dont a fait preuve le législateur dans la création du statut ne correspondant finalement pas aux attentes de la pratique. Il nous semble en revanche que la fiducie pourrait tout à fait être améliorée, pour qu'enfin elle puisse trouver ses lettres de noblesse, ce qui impliquerait évidemment une touche d'audace de la part du législateur, *via* une réforme de la notion de propriété, une légalisation de la fiducie-libéralité<sup>86</sup> et une réforme fiscale la rendant financièrement attractive.

Ainsi, même lorsque le législateur fait preuve d'inventivité à la demande de la pratique, l'utilisation concrète des mécanismes ainsi créés n'est pas garantie. Par l'exemple de la fiducie, nous avons vu que le législateur peut faire preuve d'une grande inventivité dans l'élaboration de la loi, en créant de toute pièce un mécanisme jusque-là inconnu du droit français. Dans le même ordre d'idée, on pourra également citer « l'entreprise individuelle à responsabilité limitée »<sup>87</sup>, mais ici également, on ne pourra que souligner le manque de succès du mécanisme<sup>88</sup>, qui, lui non plus, n'a pas rencontré son public...

En somme, du côté du législateur, le risque d'une inventivité débordante est la mise en place d'un dispositif qui reste lettre morte lorsque les acteurs effectifs ne sont pas – ou pas assez – consultés. En tout état de cause, s'il est un autre domaine dans lequel le législateur fait preuve très régulièrement d'inventivité, c'est le droit fiscal, et en réponse, la pratique est également très créative.

## B. La surenchère d'inventivité entre le législateur et la pratique

<sup>79</sup> LIBCHABER Rémy, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 fév. 2007 », *prec.* ; NICOLLE Marie, La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire. *D.* 2014, p. 2071.

<sup>80</sup> On notera qu'une proposition de loi visant à modifier l'article 2011 du *Code civil* définissant la fiducie aurait apporté plus de stabilité en *précisant* la nature de propriété juridique du fiduciaire et de propriété économique du bénéficiaire (v. MARINI Philippe, Rapport n° 442 au Sénat, fait au nom de la commission des finances, déposé le 27 mai 2009), mais elle a été censurée par le Conseil constitutionnel pour des raisons de pure forme (Décision 2009-589 DC du 14 oct. 2009 ; non-conformité partielle).

<sup>81</sup> De façon plus précise, « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.* » (C. civ. art. 2015).

<sup>82</sup> Notaires, agents immobiliers, conseillers en gestion de patrimoine, etc.

<sup>83</sup> « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.* » (C. civ. art. 2013).

<sup>84</sup> CGI, art. 238 quater B suiv.

<sup>85</sup> TUROT Jérôme, « Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question », *RDF*, 19 avr. 2007, n° 16.

<sup>86</sup> TRIPET François, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2006, n° 294.

<sup>87</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *C. com.* art. L 526-6 suiv., v. « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L.) – Constitution et fonctionnement », *JCI Roulois*, 28 nov. 2017 ; V. également « Entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Éd. Francis Lefebvre*, Zoom du 24 juin 2010, à propos de la loi 15 juin 2010 n° 2010-658. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est une sorte de mélange (saugrenu) entre l'entrepreneur individuel « classique » et la société : il s'agit de la possibilité pour l'entrepreneur individuel d'affecter une partie de son patrimoine à son activité professionnelle, dont il doit lui-même définir les contours. Ainsi, il peut mettre son patrimoine personnel à l'abri des créanciers professionnels grâce à un patrimoine d'affectation, seul le patrimoine affecté à l'activité professionnelle pouvant être susceptible de servir de gage aux créanciers professionnels, et sans création d'une personne morale distincte (une Chimère, un monstre juridique, nous semble-t-il).

<sup>88</sup> BRIGNON Bastien, « Fonds de commerce : J21, Sapin 2, LFR2016 : vraies réformes pour le fonds de commerce ou simples réformattes ? », *JCP E*, n° 11, 16 mars 2017, 1151 ; RYSSSEN Bertrand, DADOIT Michaël et ZEFEL Michelle, « Faire profiter la famille de l'entreprise et l'entreprise de la famille », Congrès des notaires 2014, propos recueillis par Catherine LAREE, *JCP N*, n° 16-17, 18 avr. 2014, act. 542.

D'une façon générale, le droit fiscal<sup>89</sup> est l'un des domaines du droit qui est le plus productif<sup>90</sup>, variant au gré des besoins financiers de l'État et des applications des dispositifs faites par les contribuables. L'inventivité du législateur en la matière n'a pas de limite...

À titre d'exemple, on se souvient encore du fameux<sup>91</sup> « impôt sur les portes et les fenêtres »<sup>92</sup> : une taxation qui portait sur les ouvertures des bâtiments, et qui, présentait l'avantage de pouvoir être établi directement depuis la rue par les agents de l'administration fiscale.

Mis en place par le Directoire, pendant la Révolution, le 4 frimaire an VII<sup>93</sup>, il ne touchait ainsi que les propriétaires immobiliers, et son assiette était établie sur le nombre et la taille des portes et fenêtres donnant sur les rues, les cours ou les jardins des bâtiments et des usines. Étaient cependant exonérées de cet impôt les ouvertures servant à éclairer ou à aérer les locaux non destinés à l'habitation, ainsi que les ouvertures des combles et toitures, sauf lorsqu'elles éclairaient des appartements habitables<sup>94</sup>.

Cette contribution était à l'origine un impôt de quotité, c'est-à-dire un impôt dont le taux de prélèvement est fixé d'avance<sup>95</sup>, ce qui constitue une sécurité pour le contribuable puisqu'il bénéficie d'une certaine visibilité, l'inconvénient pour l'État étant que l'estimation du montant potentiel du produit fiscal, pour une période donnée, est incertaine jusqu'au terme de ladite période, le produit final de l'impôt recouvré n'étant connu qu'à cette date.

L'impôt sur les portes et fenêtres devint finalement en l'an X un impôt de répartition, c'est à dire un impôt dont la recette totale revenant à l'État est fixée *a priori* et qu'elle est ensuite ventilée entre les différents niveaux de la pyramide des circonscriptions (départements, arrondissements, communes...), selon un tarif modulé selon ce qu'il était nécessaire de percevoir afin d'atteindre le contingent national établi<sup>96</sup>. Sans être nécessairement fixes, ces contingents témoignaient d'une relative rigidité.

Cet impôt fut accusé de pousser à la construction de logements insalubres, avec de très petites ouvertures, donc sombres et mal aérés, et il conduisit également à la condamnation de nombreuses ouvertures déjà existantes, ce qui défigura littéralement des centaines de bâtiments. La parade, pour que l'immeuble reste néanmoins visuellement proportionné, pouvait alors consister à construire de fausses-fenêtres, avec parfois des dessins en trompe-l'œil. Le contribuable, lui aussi, savait être inventif...

Considérant que cet impôt conduisait à une double taxation avec celle sur le foncier bâti, et qu'il était d'un faible rapport<sup>97</sup>, il fut finalement supprimé dans l'entre-deux-guerres par la loi du 18 juillet 1925<sup>98</sup>.

Il est d'autres domaines du droit fiscal qui suscitent l'inventivité du législateur et du contribuable, le principe consistant en une lecture subtile de la loi permettant ainsi de limiter l'impôt éventuellement dû. Rien n'interdit d'être malin, du moment que la frontière entre l'optimisation fiscale et la fraude fiscale n'est pas franchie<sup>99</sup>.

Par exemple, la fiscalité applicable à la cession de l'usufruit à durée fixe<sup>100</sup> d'actifs immobiliers professionnels est assez représentative de ce phénomène. La pratique a su, habilement, utiliser le droit civil afin d'optimiser la mise à disposition du foncier au profit de l'entreprise exploitante, tout en limitant la charge fiscale, et ce, de façon parfaitement régulière<sup>101</sup>.

<sup>89</sup> Avec le droit du travail.

<sup>90</sup> Une loi de finances par an, avec ses (éventuelles) lois de finances rectificatives, auxquelles s'ajoutent les interprétations de l'administration fiscale centralisées dans le Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts (BOFiP-Impôts) et qui lui sont opposables, les nombreuses jurisprudences du Conseil d'État, etc.

<sup>91</sup> Un impôt similaire existait déjà en Angleterre depuis 1696 (sous Guillaume III), qui ne portait que sur les fenêtres. L'origine de cet impôt remonte à l'*ostiarum*, une taxation créée par Jules César dont l'assiette était le nombre de portes, en parallèle du *columnarium* qui, lui, portait sur le nombre de colonnes : NIMSGERN Jean-François, *Histoire des impôts improbables*, Les Belles Lettres, 2016, p. 44 suiv. v. également SIMULA Laurent, *Fiscalité optimale : de la théorie à la pratique*, Presses Universitaires de France, 2011.

<sup>92</sup> Il faisait partie des « quatre vieilles » contributions directes : la contribution mobilière, la contribution foncière, la patente et l'impôt sur les portes et fenêtres. TRANNOY Alain, « Pour une remise à plat de la fiscalité foncière et immobilière », *Regards croisés sur l'économie* 2011/1 n° 9, pp. 133-144 ; COSTE Clément, « L'économie contre le politique. La dette, son amortissement et son financement chez de jeunes et vieux saint-simoniens (1825-1880) », *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy*, 2016/1 n° 70, pp. 7-44.

<sup>93</sup> 24 nov. 1798 ; GEFFROY Jean-Baptiste, « Impôt sur le revenu : Personnes exonérées », *JCI Fiscal Impôts directs Traité*, fasc. 63, 1<sup>er</sup> déc. 2012, date de la dernière mise à jour : 10 juin 2015.

<sup>94</sup> GUIGNET Philippe, « Dénivellations territoriales et quotités fiscales dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : l'exemple du département du Nord », *Revue du Nord* 2003/4 (n° 352), p. 809-844, citant Camille BLOCH, *Les contributions directes. Instructions, recueil de textes et notes*, Paris, Imp. Nat., 1915, p. 832 et 884.

<sup>95</sup> DELMAS Bernard, « Les Physiocrates, Turgot et « le grand secret de la science fiscale », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2009/2 (n° 56-2), p. 79-103.

<sup>96</sup> GUIGNET Philippe, « Dénivellations territoriales et quotités fiscales dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : l'exemple du département du Nord », *prec.* Après une tentative (Loi du 26 mars 1831) de ramener la contribution à sa formule initiale (à savoir un impôt de quotité), la loi du 21 avr. 1832 fit machine arrière.

<sup>97</sup> GUIGNET Philippe, « Dénivellations territoriales et quotités fiscales dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : l'exemple du département du Nord », *prec.*

<sup>98</sup> SPIRE Alexis, « L'inégalité devant l'impôt : Différences sociales et ordre fiscal dans la France des Trente Glorieuses », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2009/2 n° 56-2, pp. 164-187.

<sup>99</sup> La question a d'ailleurs été abordée lors du colloque « Quelle frontière entre optimisation et fraude fiscale ? » du 8 avr. 2014, École de Droit - Université d'Auvergne, organisé par les étudiants du Master 2 Droit de l'entreprise.

<sup>100</sup> Certains emploient parfois le terme d'usufruit « temporaire », par opposition à un usufruit viager. En réalité, l'usufruit est toujours temporaire, même lorsqu'il est viager.

<sup>101</sup> Sur la question de l'abus de droit fiscal, v. *infra*.

Mais face à l'inventivité des praticiens, le législateur a, lui aussi, fait preuve d'innovation, pour contourner ces applications...

En l'occurrence, plusieurs possibilités s'offrent au chef d'entreprise qui souhaite acquérir l'immobilier qui hébergera son entreprise.

À ce sujet, il convient tout d'abord de préciser que, dans le cadre d'une gestion patrimoniale prudente de ses biens, le fait de détenir l'immobilier d'entreprise d'une part, et l'entreprise d'autre part, dans deux structures différentes ne constitue pas, *en soi*<sup>102</sup>, un abus de droit<sup>103</sup>. Le choix de séparer les deux peut procéder d'une volonté de protéger l'immobilier en cas d'ouverture d'une procédure collective, de faciliter la cession future de l'entreprise sans alourdir son actif d'un bien immobilier<sup>104</sup>, mais aussi de préparer ou améliorer la retraite future du chef d'entreprise<sup>105</sup>, ou encore de se constituer un patrimoine susceptible d'être transmis à ses enfants<sup>106</sup>.

Aussi, parmi les options proposées au chef d'entreprise pour détenir l'immobilier d'entreprise, on trouve par exemple l'acquisition en direct avec inscription à l'actif du bilan de l'entreprise<sup>107</sup>, ou encore l'acquisition personnelle ou par l'intermédiaire d'une société (souvent une société civile immobilière) et mise en location au profit de la société exploitante, laquelle ne devient alors que locataire des locaux en contrepartie du paiement de loyers. Dans cette hypothèse, d'un point de vue fiscal, ce loyer sera imposable soit à l'impôt sur le revenu (dans la catégorie des revenus fonciers<sup>108</sup> ou des bénéfices industriels et commerciaux<sup>109</sup> selon le cas), soit à l'impôt sur les sociétés, selon la qualité et les options du propriétaire-bailleur.

En tout état de cause, ces deux régimes fiscaux présentent des inconvénients pour le bailleur. La taxation à l'impôt sur le revenu (propriétaire personne physique<sup>110</sup> ou personne morale soumise à l'article 8 bis du *Code général des impôts*<sup>111</sup>, régime dit de « translucidité fiscale » ou de « semi-transparence fiscale ») peut être très lourde compte tenu du mode de calcul de l'impôt. En effet, la base d'imposition est constituée, en principe, par le revenu net global dont dispose chaque année le contribuable, qui s'obtient en déterminant les revenus nets des diverses catégories selon des règles propres à chacune d'elles, puis en retranchant du total de ces revenus catégoriels les déficits, charges et abattements à déduire. Mais s'agissant d'un impôt calculé par application d'un barème progressif dont les taux s'élèvent par paliers successifs correspondant chacun à une « tranche » de revenu, l'impôt représente alors une fraction d'autant plus importante du revenu imposable que celui-ci est plus élevé<sup>112</sup>, ce qui peut conduire à une taxation pouvant aller jusqu'à 45 % concernant la fraction de revenu imposable supérieure à 152 260 euros<sup>113</sup>.

<sup>102</sup> CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 10 févr. 2005, n° 99-1416 : Dr. fisc. 2005, n° 26, comm. 510 ; RJF 6/2005, n° 593.

<sup>103</sup> L'abus de droit fiscal est défini à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. Lorsqu'elle n'a pas consulté le Comité consultatif pour la répression des abus de droit ou ne s'est pas conformée à son avis, l'Administration fiscale ne peut invoquer l'abus de droit que si elle établit que les actes reprochés ont un caractère fictif, ou qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement supportées en recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs (CE, plén., 10 juin 1981, n° 19079 : Dr. fisc. 1981, n° 48-49, comm. 2187 ; CE, avis, ass., 8 avr. 1998, n° 192539 : Dr. fisc. 1998, n° 18, comm. 398). La motivation fiscale de l'opération doit être exclusive, et pas seulement dominante (CE, 17 janv. 1994, n° 120157 : Dr. fisc. 1994, n° 15, comm. 746) ; il s'agit généralement de montages dépourvus de toutes justifications économiques (par ex. CE, 18 févr. 2004, n° 247729 : Dr. fisc. 2004, n° 47, comm. 849).

**V. également les débats parlementaires qui ont précédé la loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière** : il avait été envisagé - sans succès - d'élargir le champ d'application de l'abus de droit aux cas où les actes mis en cause répondraient à un motif « essentiellement » fiscal, et non plus « exclusivement » fiscal (article 11 bis DA (nouveau) issu des débats parlementaires et introduit à l'initiative des sénateurs (Amendement n° 61 Rect) concernant le projet de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale susvisée. Dans le cadre de l'examen en seconde lecture du projet de loi, ledit article 11 bis DA a été supprimé). En ce sens : CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juill. 2013, n° 356523, *min. c/SAS Garnier Choiseul Holding*, n° 352989, *min. c/SARL Garnier Choiseul Holding* et n° 360706, *min. c/SARL Garnier Choiseul Holding* : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 11/2013, n° 1064.

<sup>104</sup> Par exemple CA Paris, 16 sept. 2005 n° 03-8922 : ANOUCHIAN Serge, « Le démembrement de l'immobilier d'entreprise », *Revue D.O Actualité*, n° 35, 2017, 11.

<sup>105</sup> En continuant à donner en location les actifs immobiliers au reprenneur de l'entreprise.

<sup>106</sup> BENOUDIZ Laurent, « Usufruit - Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! » *Droit fiscal* n° 21, 21 mai 2015, 312.

<sup>107</sup> Dans l'hypothèse d'une exploitation sans recours à une société, sous le statut de l'entreprise individuelle.

<sup>108</sup> CGI. art. 14 suiv.

<sup>109</sup> CGI. art. 34 suiv.

<sup>110</sup> CGI. art. 8.

<sup>111</sup> Celles mentionnées à l'article 1655 ter du *Code général des impôts*, à savoir, sous réserve des dispositions de l'article 60, du 2° du I de l'article 827 et du 2° du I de l'article 828, les sociétés qui ont, en fait, pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés, soit la location pour le compte d'un ou plusieurs des membres de la société de tout ou partie des immeubles ou fractions d'immeubles appartenant à chacun de ces membres, et qui sont donc réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application, notamment, des impôts directs.

<sup>112</sup> *Mémento Fiscal*, Éd. Francis Lefebvre, éd. 2017, n° 10 et 2200.

<sup>113</sup> Loi n° 2016-1917 du 29 déc. 2016 de finances pour 2017, art. 2, I-2°.

Le choix d'une taxation à l'impôt sur les sociétés (bailleur personne morale<sup>114</sup>) présente, elle également, des inconvénients. L'assujettissement à cet impôt, que ce soit de droit ou sur option<sup>115</sup>, a d'importantes conséquences patrimoniales : en particulier, il prive définitivement l'associé de la possibilité de bénéficier, en cas de vente de l'actif immobilier, du régime d'imposition des plus-values immobilières des particuliers prévu aux articles 150 V et suivants du *Code général des impôts*, régime aux termes duquel les plus-values réalisées à l'occasion de la cession de biens immobiliers sont soumises à l'impôt sur le revenu au taux de 19 % (majoré des prélèvements sociaux au taux de 15,5 %) ; de nombreuses plus-values échappent toutefois à cette imposition du fait des exonérations prévues par la loi, et en particulier en raison de la durée de détention du bien<sup>116</sup>. Au contraire, les plus-values de cession d'éléments d'actif réalisées par les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont comprises dans le résultat ordinaire de l'exercice alors en cours, taxé au taux normal de 33,33 %<sup>117</sup>, sans régime d'exonération. Il est également impossible pour les associés d'appréhender la trésorerie de la société au fur et à mesure de sa constitution sans attendre la mise en distribution d'un dividende, et de se voir mettre gratuitement à leur disposition un bien immobilier de la société<sup>118</sup>.

D'un point de vue purement juridique, la détention en direct de l'immobilier permet de jouir de l'intégralité des prérogatives du propriétaire immobilier, notamment en termes de pouvoirs de gestion : cela présente donc un avantage certain pour la structure d'exploitation qui peut alors, par exemple, décider elle-même de l'opportunité de réaliser des travaux, quels types de travaux, etc... De la même manière, la détention par le dirigeant social de l'immobilier d'entreprise dans son patrimoine personnel ou par l'intermédiaire d'une société civile<sup>119</sup> présente également des avantages indéniables pour lui, en particulier quant à l'appréhension de loyers (voir *supra*).

Mais alors quelle option choisir<sup>120</sup> ? En réalité, une troisième voie permet de combiner les avantages pour l'une et l'autre partie : le démembrement de propriété - le dirigeant de la société d'exploitation étant alors nu-propiétaire de l'immobilier d'entreprise (ou des parts de la société civile immobilière détenant l'immobilier d'entreprise), et la société d'exploitation en étant usufruitière (ou des parts de la société précitée) pendant une durée définie au contrat, correspondant généralement à une date coïncidant avec l'âge de la retraite du dirigeant.

À ce titre, la société d'exploitation peut prendre toutes décisions nécessaires quant à la gestion utile des biens, conformément aux pouvoirs dont jouit tout usufruitier<sup>121</sup> ; cette situation est ainsi parfaitement conforme à son intérêt social. Le chef d'entreprise, simple nu-propiétaire (lui-même ou *via* la société civile immobilière), ne dispose, à ce stade des opérations, que de l'*abusus*<sup>122</sup>. Aux termes du démembrement de propriété, la pleine propriété se reconstitue sur la tête du nu-propiétaire<sup>123</sup>.

Il faut voir ici le démembrement de propriété comme étant un partage dans le temps de l'usage d'un bien<sup>124</sup> : le démembrement de la propriété se réalise alors par voie de cession à titre onéreux, le dirigeant conservant pour lui-même la nue-propriété et cédant l'usufruit du bien à la société d'exploitation<sup>125</sup> en contrepartie du paiement d'un prix de vente réduit, puisque ne concernant que le seul usufruit, mécaniquement moins onéreux que la pleine propriété<sup>126</sup>.

<sup>114</sup> Techniquement l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L.), personne physique, peut également opter pour l'impôt sur les sociétés, mais nous ne développerons pas ce point dans ces lignes (ARNAUD-EMERY Alexandra, « Focus sur la fiscalité de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L.) », *JCP N*, n° 2, 13 janv. 2012, 1018 ; *Mémento Fiscal*, Éd. Francis Lefebvre, prec. n° 31700).

<sup>115</sup> D'une façon générale, aux termes de l'article 206, 1 du *Code général des impôts*, sous réserve des dispositions des articles 8 ter, 239 bis AA, 239 bis AB et 1655 ter, sont passibles de l'impôt sur les sociétés, quel que soit leur objet, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes dans les conditions prévues au IV de l'article 3 du décret n° 55-594 du 20 mai 1955 modifié, les sociétés coopératives et leurs unions ainsi que, sous réserve des dispositions des 6° et 6° bis du 1 de l'article 207, les établissements publics, les organismes de l'État jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif (les sociétés par actions simplifiées sont fiscalement assimilées aux sociétés anonymes (CGI. art. 1655 quinquies). Sont également soumis à l'impôt sur les sociétés, à condition qu'ils optent pour leur assujettissement à cet impôt dans les conditions prévues à l'article 239, les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles mentionnées au 1° de l'article 8, les sociétés en commandite simple, les sociétés en participation, les sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique est une personne physique, notamment (CGI. art. 206, 3).

<sup>116</sup> Un abattement pour durée de détention dont le montant diffère selon qu'il s'agit de calculer l'impôt sur le revenu ou les prélèvements sociaux, permet une exonération totale d'impôt de plus-value après 30 ans de détention (CGI. art. 150 VC).

<sup>117</sup> CGI. art. 219 suiv. *Mémento Fiscal*, Éd. Francis Lefebvre, prec., n° 36065 suiv.

<sup>118</sup> BENOUDIZ Laurent, « Usufruit - Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! », prec.

<sup>119</sup> Le dirigeant détenant alors les parts sociales de cette dernière, elle-même propriétaire en direct de l'immobilier d'entreprise.

<sup>120</sup> BENOUDIZ Laurent, « Faut-il opter pour l'IS ? », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2013, p. 20 à 28.

<sup>121</sup> SIFFREIN-BLANC Caroline, « Usufruit : Prérogatives de l'usufruitier, Pouvoir de l'usufruitier », *JCI Civil Code, Art. 582 à 599*, fasc. 20, 3 mai 2016, date de la dernière mise à jour : 31 juill. 2017 par GIL Guilhem.

<sup>122</sup> OOSTERLYNCK Élodie, « Propriété : Éléments, Caractères, Limitations », *JCI Civil Code, Art. 544*, fasc. 10, 22 juin 2012.

<sup>123</sup> À la question de savoir si un tel montage juridique pouvait être qualifié d'abus de biens sociaux (la société pouvant acquérir la pleine propriété en lieu et place du simple usufruit), une réponse ministérielle du 5 mai 2009 indique que « si l'opération semble pouvoir être réalisée dans l'intérêt du dirigeant de la société, elle ne sera pas pour autant forcément contraire à l'intérêt social ». L'intérêt social de l'entreprise n'est donc pas nécessairement en conflit avec l'intérêt patrimonial du dirigeant (Rép. min. n° 28171 STRAUMA : JOAN Q 5 mai 2009, p. 4357 ; *Dr. sociétés* 2009, alerte 29.)

<sup>124</sup> BENOUDIZ Laurent, « Usufruit - Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! », prec.

<sup>125</sup> ANOUCHIAN Serge, FERNOUX Pierre et IWANESKO Mars, « Démembrement de l'immobilier d'entreprise », *Revue Fiduciaire*, Coll. Pratiques d'Experts (dirigée par Jean-Pierre CASIMIR), 2011 ; AULAGNIER Jean, *Usufruit et nue-propriété*, Maxima, 1994.

<sup>126</sup> Sur l'évaluation de l'usufruit cédé : DUCHÈNE Jean-François et EPSTEIN Marc, « Usufruit et nue-propriété, évaluation fiscale, Évaluation économique mode d'emploi », *Dr. fisc.* 2005, n° 11, 10 ; DUCHÈNE Jean-François, EPSTEIN Marc, MOUROT Lionel et LUZU Fabrice, *Démembrement immobilier pratique*, Éd. EFE, 2010 ; LUZU Fabrice, « Quelques réflexions sur le démembrement de propriété et le patrimoine professionnel », *Ouverture* juin 2011, n° 85.

Il faut également noter qu'au-delà de ses attraits juridiques, ce mécanisme était également fiscalement intéressant<sup>127</sup>, parce que la cession de l'usufruit était taxée, jusqu'à il y a peu, sous le régime des plus-values immobilières des particuliers<sup>128</sup> ; or jusqu'à la seconde loi de finances rectificative pour 2011<sup>129</sup>, l'exonération d'impôt de plus-value se réalisait au bout de 15 ans de détention, une durée somme toute assez réduite en l'espèce. Le cédant n'était pas non plus redevable d'un quelconque impôt sur les loyers puisqu'il n'y avait plus de loyer (mais un usufruit).

Ainsi, la détention de l'immobilier d'entreprise *via* un démembrement de propriété s'est développée dans la pratique au fil des ans, jusqu'à ce que le législateur fiscal s'émeuve de cette situation, et finisse, lui aussi, par faire preuve d'inventivité pour contourner l'application faite par la pratique du démembrement de propriété. Il décida :

- en premier lieu, d'allonger à 30 ans le délai au terme duquel l'exonération d'impôt de plus-value sera pleinement applicable<sup>130</sup>, ce qui est compliqué à optimiser ;
- et en second lieu, de modifier les modalités d'imposition à l'impôt sur le revenu du produit résultant de la cession à titre onéreux d'un usufruit à durée fixe<sup>131</sup>. Ainsi, par dérogation aux dispositions du *Code général des impôts* relatives à l'imposition des plus-values, le produit de la cession à titre onéreux d'un usufruit à durée fixe ou, si elle est supérieure, sa valeur vénale, est désormais imposable par principe dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession, le bénéfice ou revenu procuré ou susceptible d'être procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé. Cette disposition s'applique à la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire intervenue depuis le 14 novembre 2012.

Concrètement, dans le cas qui nous intéresse ici, la cession de l'usufruit à durée fixe du bien est désormais taxée selon les mêmes modalités que sa location, et non plus conformément au régime d'imposition des plus-values<sup>132</sup>, ce qui enlève à ce dispositif une grande partie de son attrait.

On le voit, le droit fiscal est un domaine propice à l'inventivité, tant du législateur que du contribuable. D'une façon plus générale, il semble que l'inventivité est bel et bien un outil d'exercice du pouvoir à travers la création de la loi. L'innovation législative prend souvent son sens en réponse à une situation critique, l'objectif étant alors de créer des liens entre le monde de l'expérience et l'univers des institutions.

---

<sup>127</sup> Sur la question d'un éventuel abus de droit fiscal, v. par exemple : Comité de l'abus de droit fiscal, avis du 26 juin 2013, affaire n° 2013-12 (Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances de mai et juin 2013 : Dr. fisc. 2013, n° 36, 395, n° 11), ou encore Comité de l'abus de droit fiscal, avis du 22 nov. 2012, affaire n° 2012-29 (Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2012 : Dr. fisc. 2013, n° 27, 357, n° 13). Sur la question d'une éventuelle fictivité du démembrement, v. par exemple : Comité de l'abus de droit fiscal, avis du 29 janv. 2015, affaire n° 2014-33 (BENOUDIZ Laurent, « Usufruit - Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! », prec.).

<sup>128</sup> En tout cas lorsque le cédant était une personne physique ou une société civile immobilière semi-transparente, v. *supra*.

<sup>129</sup> **Loi n° 2011-1117 du 19 sept. 2011 de finances rectificative pour 2011, art. 1, modifiant notamment l'article 150 VB du Code général des impôts.**

<sup>130</sup> V. *supra*.

<sup>131</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 déc. 2012 de finances rectificative pour 2012, art. 15, complétant à cet effet l'article 13 du *Code général des impôts* d'un paragraphe 5.

<sup>132</sup> On perçoit bien ici la déconnexion totale entre le droit civil (situation juridique donnée) et le droit fiscal (ses modalités de taxation).