

N° 321416

M. et Mme Philippe Nemo

Rapp. N. Agnoux

8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies

Séance du 25 novembre 2009

Lecture du 13 janvier 2010

CONCLUSIONS

Mme Nathalie ESCAUT, Rapporteur Public

Les articles 1^{er} et 1649-0 A du code général des impôts, issus de l'article 74 de la loi du 30 décembre 2005, modifié par l'article 11 de la loi du 21 août 2007, ont introduit un mécanisme de plafonnement des impôts dit « bouclier fiscal ». Ils ont ainsi ouvert aux contribuables un droit à restitution des impositions directes versées au titre d'une année pour la fraction qui excède 50 % de leurs revenus de l'année précédente. Le litige dont vous êtes saisi par le recours pour excès de pouvoir de M. et Mme Nemo porte sur **les conditions de prise en compte des produits des contrats d'assurance vie dits multi-supports pour la détermination des revenus à retenir pour le calcul du droit à restitution d'impositions des contribuables**. L'enjeu financier de cette question n'est pas négligeable puisque l'assurance vie représentant 35 % du patrimoine financier des ménages.

M. et Mme Nemo sont titulaires de contrats d'assurance vie multi-supports qui comportent plusieurs millions d'euros. Pour le calcul de leur droit à restitution à raison des impositions versées au titre de l'année 2006, l'administration avait exclu les produits de ces contrats, ce qui leur avait permis d'obtenir la restitution d'un montant d'imposition de 71 776 euros. Mais lors de l'examen de leur demande de plafonnement des impositions de l'année 2007, l'administration a intégré dans leurs revenus de l'année 2006 le produit de ces contrats d'assurance vie, qui s'élevait à la somme de 722 847 euros. Elle a motivé sa position par le fait que ces contrats étaient composés, à plus de 80 %, de supports en euros et ne pouvaient dès lors être traités comme des contrats en unités de compte en application des dispositions de l'instruction publiée le 26 août 2008 sous le numéro 13-A-1-08 qui commente les aménagements apportés par la loi du 21 août 2007 au bouclier fiscal. Cette instruction a en effet précisé que devaient être inclus, dans les revenus réputés réalisés au titre d'une année, les produits des contrats d'assurance vie multi-support dont l'épargne est exclusivement ou quasi-exclusivement affectée à un fonds en euros. Par une décision du 30 avril 2008, le Directeur des services fiscaux de Paris Ouest a en conséquence rejeté la demande de restitution formée par M. et Mme Nemo à raison des impositions dues au titre de l'année 2007 au motif qu'elles n'atteignaient pas le seuil de 50 % de leurs revenus. Après le rejet de leur réclamation, M. et Mme Nemo ont saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à la condamnation de l'Etat à leur rembourser les sommes qu'ils estimaient leur être dues au titre du droit à restitution pour l'année 2008. Mais parallèlement, M. et Mme Nemo vous ont saisi d'un recours pour excès de pouvoir initialement dirigé contre quatre alinéas du paragraphe n°34 de l'instruction 13 A-1-08 relatifs à l'appréhension des produits des contrats

d'assurance vie pour l'application du bouclier fiscal. Ils ont étendu leurs conclusions dans leurs dernières écritures, enregistrées le 3 novembre dernier, et demandent désormais l'annulation de l'intégralité de l'instruction, ou, au moins, de ses dispositions relatives aux contrats multi-supports exclusivement ou quasi-exclusivement investis en euros.

**** Il vous faut d'abord vous arrêter un instant sur la question de la recevabilité du recours formé par M. et Mme Nemo.**

*** Ce n'est certes pas la fin de non recevoir soulevée par le ministre du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique qui vous retiendra.** S'il oppose une exception de recours parallèle au motif que le recours pour excès de pouvoir formé par les intéressés ne leur offrirait aucun avantage par rapport au recours de plein contentieux dont ils ont saisi le tribunal administratif, vous avez écarté ce raisonnement dans votre décision, lue aujourd'hui, M. et Mme Lachmann, n° 323334. En effet, les contribuables sont recevables à attaquer les actes réglementaires qui, par nature, sont détachables de la procédure d'imposition. Faisant application aux instructions fiscales des principes dégagés par votre décision de Section du 18 décembre 2002, Mme Duvignères, au Recueil p. 463, dans votre décision du 19 février 2003, Société Auberge Ferme des Genêts, publiée à la RJF 2003 n° 616, vous jugez que les dispositions impératives à caractère général de ces instructions font grief, y compris lorsqu'elles se bornent à reprendre la loi. En l'espèce, vous ne pourrez que constater le caractère impératif des dispositions contestées de l'instruction attaquée ainsi que l'intérêt à agir de M. et Mme Nemo auxquelles ces dispositions ont été opposées.

* Mais comme votre 8^{ème} sous-section en a informé les parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, **il vous appartient de vous interroger d'office sur la divisibilité des dispositions contestées de l'instruction dont les requérants ne demandaient initialement qu'une annulation partielle.** Cette fin de non recevoir a été reprise par le ministre chargé du Budget dans ses dernières écritures.

Depuis votre décision de section du 2 avril 1954, Delles Thévenot et Saumont, au Recueil p. 210, vous jugez qu'une requête tendant à l'annulation partielle d'un acte indivisible est irrecevable. Cette solution est fondée sur l'interdiction faite au juge à la fois de statuer ultra petita et de se substituer à l'administration.

Comme le soulignait le président Genevois, dans ses conclusions sous votre décision d'Assemblée du 20 novembre 1980, Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye, au Recueil p. 430, vous retenez l'indivisibilité des dispositions d'un acte juridique dans quatre hypothèses : lorsqu'une stipulation contractuelle a présenté pour les cocontractants un caractère déterminant, lorsque des conditions accompagnent une autorisation dans la mesure où elles en conditionnent la légalité ; lorsque la disposition illégale constitue le support nécessaire des autres éléments de l'acte et enfin lorsque l'annulation des dispositions d'un acte défigurerait les dispositions restantes. Comme le rappelait votre Commissaire du Gouvernement, le Président Bonichot, dans ses conclusions sous votre décision d'Assemblée du 10 juin 1994, Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés, au Recueil p.295, vous retenez une conception objective de la divisibilité. La question à se poser est donc de savoir si amputé de la partie illégale, le texte conserve un objet et une cohérence. Vous pouvez voir pour l'application de ces principes à une instruction fiscale votre décision du 29 octobre 2003, M. et Mme Hervouet, publiée à la RJF 2004 n° 81.

En l'espèce, les requérants ne contestaient, dans leurs premières écritures, que les alinéas 2 à 5 du paragraphe 34 de l'instruction. Cette instruction comporte deux chapitres, le 1^{er} relatif à l'aménagement du droit à restitution acquis à compter de l'année 2008, et le 2nd afférent aux précisions complémentaires relatives aux revenus réalisés. Au sein de ce 2nd chapitre, la 1^{ère} section porte sur les conditions de prise en compte des revenus alors que la seconde section traite du montant des revenus réalisés. Le paragraphe 34, qui relève de la partie relative aux « revenus réputés réalisés », régit les « cas particuliers des plans d'épargne populaire et des bons ou contrats de capitalisation et d'assurance vie dits « multi-supports ». Il comporte 7 alinéas. Le premier rappelle le principe de l'assimilation, pour le plafonnement des impôts directs, des contrats d'assurance-vie, dits « multi-supports », qui sont investis à la fois en euros et en unités de compte, aux contrats en unités de compte. Les alinéas 2 à 5 qui sont attaqués par les requérants instituent une exception à cette règle d'assimilation en excluant de son champ les contrats multi-supports dans lesquels l'épargne est en réalité exclusivement ou quasi-exclusivement investie sur le fonds en euros pendant la majeure partie de l'année prise en compte pour la détermination du revenu réalisé. Ces dispositions soulignent, à titre indicatif, le fait que, sur le marché français, les contrats multi-supports sont placés en unités de compte en moyenne à hauteur de 20 % de l'épargne. Si ces quatre alinéas sont divisibles du premier alinéa du paragraphe 34, c'est leur divisibilité avec deux autres séries de dispositions de l'instruction qui est discutable:

- il s'agit d'abord de l'alinéa suivant du même paragraphe 34. Cet alinéa comporte un exemple de prise en compte des revenus dans un contrat multi-supports dans le cas où seuls 10 % du montant du contrat est affecté en unités de compte et dans le cas où cette affectation porte sur 20 % du montant des fonds investis. Or cet exemple n'a de sens que parce qu'il explicite la règle posée par les alinéas 2 à 5. Il vise d'ailleurs expressément les conditions posées par ces alinéas. Annuler la règle sans annuler les exemples, c'est laisser dans l'instruction des dispositions inutiles. Il est vrai que cela demeurerait sans incidence juridique et vous pourriez dès lors être tenté de faire un effort en admettant la divisibilité de la règle et des exemples.

- Mais un tel effort ne nous semble, en tout état de cause, pas possible s'agissant du lien entre la règle des alinéas 2 à 5 du paragraphe 34 et celle de l'alinéa 3 du paragraphe 38 de l'instruction. Ce paragraphe traite des revenus réalisés à la suite des retraits ou rachats sur des contrats d'assurance vie en unités de compte. Or, il organise, dans son alinéa 3, qui renvoie d'ailleurs expressément au paragraphe 34, les conséquences des modalités de la prise en compte des produits des contrats d'assurance vie presque exclusivement investis en euros, prévue par le paragraphe 34, en cas de rachat de tels contrats. Il vise ainsi à éviter la double prise en compte de ces revenus aussi bien que leur absence de prise en compte. Les alinéas 2 à 5 du paragraphe 34 nous paraissent donc constituer le support nécessaire de ces dispositions qui perdraient leur cohérence si vous faisiez droit à la demande d'annulation partielle des requérants. Nous croyons donc que les alinéas 2 à 5 du paragraphe 34 ne sont divisibles ni des exemples de l'alinéa 6 du même paragraphe, ni de la règle relative aux retraits et rachats de l'alinéa 3 du paragraphe 38.

Toutefois, dans leurs dernières écritures, les requérants ont étendu leurs conclusions, demandant désormais l'annulation de la totalité de l'instruction. Nous croyons que ces conclusions nouvelles sont recevables eu égard aux mesures de publicité dont a fait l'objet l'instruction attaquée. En effet, elle n'a été publiée qu'au bulletin officiel des impôts du 26 août 2008. Les contribuables pouvaient donc en demander l'annulation sans condition de délai puisque vous avez jugé, dans votre décision de Section du 4 mai 1990, Association

freudienne, publiée à la RJF 1990 n° 674, que la publication d'une instruction fiscale au bulletin officiel des impôts ne constituait pas une mesure de publicité suffisante pour faire courir le délai du recours contentieux. Certes, vous avez aussi jugé, dans votre décision du 10 octobre 1990, ministre chargé des Postes et Télécommunications c/Grandone, aux Tables p. 915, que la saisine d'un tribunal manifestait la connaissance acquise par le requérant de la décision attaquée et faisait courir à son encontre le délai du recours contentieux : vous pouvez voir pour une application récente de ce principe votre décision du 11 avril 2008, société Défi France, à mentionner aux Tables. Toutefois, cette théorie de la connaissance acquise ne s'applique qu'aux actes non réglementaires. Vous jugez en effet que les actes réglementaires ne sont opposables que s'ils ont fait l'objet soit d'une publication au Journal Officiel lorsqu'un texte l'impose, soit d'une publication dans un recueil qui, compte-tenu de l'ampleur et des modalités de sa diffusion, peut être regardé comme aisément consultable par toutes les personnes susceptibles d'avoir un intérêt leur donnant qualité pour les contester. La notification de l'acte ne permet pas de suppléer à l'absence de publication : vous pouvez voir en ce sens votre décision du 19 février 1993, Nainfa, aux Tables p. 945. Dans votre décision de Section du 27 juillet 2005, M. Millon, au Recueil p. 336, vous avez rappelé que la théorie de la connaissance acquise ne s'appliquait pas aux actes réglementaires.

Nous vous proposons dès lors d'admettre la recevabilité de la requête de M. et Mme Nemo.

**** Nous pouvons donc en venir à l'examen au fond de leur recours.** M. et Mme Nemo soutiennent que les dispositions du paragraphe 34 de l'instruction attaquée ont restreint illégalement le champ d'application de l'article 1649-0 A du code général des impôts en excluant de l'assimilation opérée entre les contrats d'assurance vie multi-supports et les contrats en unités de compte, les contrats multi-supports dans lesquels l'épargne est exclusivement ou quasi-exclusivement investie sur un fonds en euros la majeure partie de l'année prise en compte pour la détermination du droit à restitution.

L'article 1649-0 A du code général des impôts précise, dans son paragraphe 4, que les revenus pris en compte pour le calcul du plafonnement des impositions des contribuables sont ceux « réalisés par le contribuable », c'est à dire ceux qui sont à sa disposition au titre de l'année en cause. Son paragraphe 6 institue néanmoins une règle particulière pour les produits financiers issus des comptes et plans d'épargne logement, des plans d'épargne populaire ainsi que des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature « autres que ceux en unités de compte », qui doivent être regardés, aux termes de la loi, comme réalisés « à la date de leur inscription en compte ». Cette règle a pour objet d'intégrer dans les revenus de l'année ceux dont le contribuable n'a pas la jouissance mais dont la détention lui est définitivement acquise.

La question qui vous est posée par le recours pour excès de pouvoir de M. et Mme Nemo porte sur l'application de ces règles aux contrats d'assurance vie dits multi-supports. Il s'agit de savoir s'ils entrent dans le champ des contrats « autres que ceux en unités de compte » visés par la loi et en cas de réponse positive s'il y a lieu de distinguer au sein de ces contrats selon la part de l'épargne affectée au fonds en euros.

Ils existe deux grandes catégories de contrats d'assurance vie : il y a d'une part, les contrats dits en euros dont l'épargne est investie dans le fonds en euros de l'assureur et qui se caractérisent par la sécurité offerte à l'épargnant puisque l'assureur doit lui rembourser, à l'échéance du contrat, une somme égale aux cotisations nettes versées augmentées d'intérêts.

D'autre part, les contrats en unités de compte sont des contrats dans lesquels l'épargne est investie sur un ou plusieurs supports financiers, tels des actions ou obligations par exemple. Dans ces contrats l'assureur ne s'engage pas sur la valeur des unités de compte mais uniquement sur leur nombre. L'épargnant ne bénéficie donc d'aucune garantie sur le montant des sommes dont il pourra disposer à la fin du contrat. Outre ces deux catégories de contrats, sont aussi proposés aux épargnants des contrats dits multi-supports qui sont des contrats mixtes. En effet, l'épargne est pour partie investie en unités de comptes et pour partie dans le fonds en euros. Par ailleurs, ces contrats autorisent en général l'épargnant à faire varier dans le temps le rapport entre les différentes affectations des sommes épargnées. Il peut ainsi procéder à des réaffectations, en cours de contrat, d'un support vers un autre. Dans ces contrats, la part de l'épargne investie dans le fonds en euros peut être plus ou moins importante et peut donc aussi varier dans le temps. Toute la difficulté du traitement fiscal de ces contrats au regard de la prise en compte des revenus disponibles du contribuable tient donc au caractère mixte de l'affectation de l'épargne alors que l'article 1649-0 A du code général des impôts, comme on l'a vu, se borne à distinguer les contrats en unités de compte des autres contrats.

Dans la recherche de la règle de rattachement des produits de l'épargne à appliquer aux contrats d'assurance vie multi-supports, on remarquera d'abord que la référence, faite par le paragraphe 6 de l'article 1649-0 A du code général des impôts, aux entités « autres que celles en unités de compte » vise les contrats et non les placements, c'est-à-dire les différents supports présents au sein d'un même contrat. On peut donc en déduire que la loi n'autorise pas à retenir, pour l'appréciation des revenus pris en compte pour le droit à restitution des contribuables, une règle distincte, au sein du même contrat, entre revenus générés par le support en euros et revenus générés par les unités de compte.

Pour déterminer la règle de rattachement des produits des contrats d'assurance vie multi-supports, le ministre fait valoir que s'agissant d'une exception à la règle générale de prise en compte des revenus fixée par le paragraphe 4 de l'article 1649-0 A, son paragraphe 6 doit être d'interprétation stricte. Il en déduit qu'il faudrait réserver la règle particulière selon laquelle les revenus des bons ou contrats de capitalisation sont réputés réalisés lors de l'inscription des produits au compte, aux seuls contrats exclusivement exprimés en unités de compte. Mais il nous semble que cette interprétation conduit à vider la loi de sa substance dès lors qu'en pratique, comme on l'a dit, la plupart des contrats multi-supports incluent des compartiments en euros. Par ailleurs, elle ne nous semble pas imposée par la lettre de l'article 1649-0 A puisque cette dernière, dès lors qu'elle se borne à distinguer les contrats en unités de compte et les autres contrats, peut être interprétée aussi bien comme incluant que comme excluant du champ de son paragraphe 6 les contrats multi-supports.

En l'absence de disposition législative claire, il vous appartient de rechercher l'intention du législateur, ainsi que vous l'avez rappelé dans votre décision du 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, au *Recueil* p. 487. Or, en l'espèce, le rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2006 par le Député, Gilles Carrez, indique clairement d'une part, que la notion de contrats « autres qu'en unités de compte » mentionnés par l'article 1649-0 A ne recouvre que les contrats en euros et d'autre part, que les contrats multi-supports doivent être assimilés aux contrats en unités de compte. Cette interprétation correspond à la logique économique de ces contrats. En effet, comme on l'a dit, le contrat multi-supports comporte la faculté d'arbitrage entre les diverses unités de compte ou entre les unités de compte et les fonds en euros. C'est pourquoi lorsqu'un particulier souhaite que son épargne, investie en euros, puisse être affectée à une unité de

compte, il lui faut résilier son contrat pour souscrire un contrat multi-supports. C'est d'ailleurs pour éviter que cette opération ne fasse perdre au contribuable le bénéfice de l'antériorité de son contrat que le législateur est intervenu, dans la loi du 26 juillet 2005 pour la modernisation et la confiance de l'économie, afin d'assurer la neutralité d'un tel changement. Dans un contrat multi-supports, si les revenus tirés du fonds en euros sont inscrits en compte à la fin de chaque année, ils ne sont donc pas pour autant définitivement acquis à la différence du contrat en euros. En effet, si le titulaire du contrat choisit de transférer son épargne initialement investie en euros vers des unités de compte et que celles-ci perdent de leur valeur, l'inscription à son compte des produits résultant du fonds euros disparaîtront. Dans les contrats multi-supports, les produits de l'épargne ne sont donc définitivement acquis au contribuable qu'à la fin du contrat. On ne peut dès lors les regarder comme des revenus réputés réalisés à leur date d'inscription. Or ce constat vaut quelle que soit la part affectée aux fonds en euros puisque cette part peut à tout moment être modifiée, voire disparaître à la suite d'une décision de réaffectation de l'épargnant. Même exclusivement investie dans le fonds en euros de l'assureur, le produit de l'épargne d'un contrat multi-supports n'est pas pour autant définitivement acquis à la date de son inscription au compte de l'épargnant dès lors que ce dernier peut décider, à tout moment, d'affecter tout ou partie de ses fonds dans des unités de compte, ce qui lui fait courir le risque de perdre les revenus antérieurs de son épargne. D'ailleurs, dans ses instructions référencées sous le n° 5 I-2-04 du 8 décembre 2004 et n° 5 I-4-05 du 4 novembre 2005, l'administration fiscale a explicitement assimilé, pour l'application des prélèvements sociaux, contrats en unités de compte et contrats multi-supports sans imposer d'affectation minimale aux unités de compte.

Si vous nous suivez dans cette interprétation de la portée de l'article 1649-0 A du code général des impôts, vous pourrez en déduire que le refus, par le paragraphe 34 de l'instruction attaquée, d'assimiler les contrats multi-supports aux contrats en unités de compte lorsque l'épargne est exclusivement ou quasi-exclusivement investie sur le fonds en euros la majeure partie de l'année prise en compte pour la détermination du droit à restitution, est illégal.

Nous vous proposons dès lors d'annuler les alinéas 2 à 8 du paragraphe 34 de l'instruction 13 A-1-08 ainsi que son paragraphe 38 en tant qu'il assimile, par référence au paragraphe 34, les contrats multi-supports dans lesquels l'épargne est exclusivement investie sur le fonds en euros aux contrats autres qu'en unités de compte. Vous pourrez alors accorder à M. et Mme Nemo une somme de 3 000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons :

1° à l'annulation des alinéas 2 à 8 du paragraphe 34 de l'instruction 13 A-1-08 ainsi que de son paragraphe 38 en tant qu'il assimile, par référence au paragraphe 34, les contrats multi-supports dans lesquels l'épargne est exclusivement investie sur le fonds en euros aux contrats autres qu'en unités de compte ;

2° et à ce que l'Etat verse à M. et Mme Nemo une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.