La donation-cession

12 juin 2017

Une stratégie d'effacement de la plus-value

La donation-cession est une technique de **« purge » de la plus-value** latente sur la cession de droits sociaux. Le chef d'entreprise, souhaitant céder sa société, en profite généralement pour gratifier par anticipation sa descendance qui n'a pas toujours souhaité reprendre l'affaire familiale. Dans ce cas, il envisagera dans un premier temps de céder son entreprise afin de distribuer tout ou partie du prix de cession au profit de ses enfants. Cette transmission anticipée est le reflet d'une circonstance économique courante. Ce n'est qu'au moment de la cession que le chef d'entreprise dispose d'une part, d'un patrimoine à donner à ses enfants, et d'autre part, des liquidités pour assurer le paiement des droits de mutation à titre gratuit.

Dans cette situation, l'entrepreneur subira une **double taxation** : taxation de la plus-value constatée sur les droits sociaux (IR et PS), et taxation de la dation aux droits de mutation à titre gratuit.

Ayant subi une première taxation au titre des plus-values, le patrimoine transféré sera moins important car diminué de cette première imposition, et les enfants n'auront droit qu'au solde (après impôt sur le revenu jusqu'à 45% et PS 15,5%).

Pour éviter cette double imposition, il peut être judicieux **d'inverser l'ordre des mutations**.

Objectifs

1 **Optimiser la cession des titres de sa société**.
Gommer tout ou partie de l'impôt sur la plus-value (IR et PS).

2 **Transmission anticipée du patrimoine**.
Plusieurs stratégies envisageables :
- démembrement de propriété ;
- remploi ;
- quasi-usufruit

L'intérêt de la donation avant cession, et les conditions à respecter

La donation « purge » la plus-value.

En consentant une donation de **tout ou partie de ses titres** à ses enfants, le chef d'entreprise réduit l'assiette taxable au titre de la plus-value et augmente corrélativement les droits des donataires dès lors que le prix de cession est (proche ou) égal à la valeur déclarée dans l'acte de donation.

En effet, la **donation** possède une vertu bien connue des Notaires puisqu'elle « **purge** » toute **plus-value** (sauf lorsque les titres relèvent du régime des plus-values professionnelles, CGI, art.151 nonies).

Cette stratégie de donation cession permet de répondre à plusieurs objectifs. Premièrement, comme précisé ci-dessus, la donation cession permet de **transmettre une partie du patrimoine** aux enfants en augmentant leurs parts. Ensuite, elle contribue au donateur de **contrôler la gestion des titres** donnés et le réinvestissement qui pourrait en résulter par l'instauration de diverses clauses dans l'acte de donation. Enfin, en présence d'un **démembrement de propriété**, elle permettra à l'entrepreneur de s'assurer un **complément de revenu**, que la société soit conservée ou cédée avec remploi du démembrement dans un bien nouvellement acquis.

Auteur : Thomas **RIGAL**
Service droit des affaires
Office Notarial VIALLA & DOSSA

Les conditions à respecter :

Comme nous venons de le voir, outre un avantage fiscal flagrant, la donation avant cession permet de planifier de nombreuses stratégies patrimoniales.

Cependant, afin d'éviter de s'attirer les foudres de l'administration fiscale, il conviendra de respecter certaines conditions essentielles pour écarter un éventuel abus de droit.

1° La donation doit intervenir avant la cession.

Pour que la donation puisse jouer son rôle et effacer la plus-value latente sur les titres cédés, encore faut-il que cette dernière intervienne avant la cession. Il s'agit ici de la principale source de conflit entre le contribuable et l'administration fiscale. La « mauvaise réputation » qui peut parfois être allouée à une opération de donation-cession n'en est pas moins la conséquence que d'une mauvaise mise en œuvre de cette technique.

Lorsque la cession intervient juridiquement avant la donation, le vérificateur ne fait que redonner à l'opération le véritable sens imposé par son calendrier. La donation n'a jamais purgé a posteriori les plus-values de cession.

La rapidité d'exécution entre les deux opérations est totalement indifférente. Il importe peu, que la cession intervienne un an, un mois un jour, ou une heure avant la cession (CE, 30 décembre 2011, n° 330940, *Motte-Sauvaige*). Seule **la date** pour laquelle **l'opération de vente** est considérée comme **parfaite** compte.

A ce titre, l'acte authentique constituera un instrument de choix. L'acte pouvant être **horodaté**, la sécurité matérielle de l'acte pourra être assurée alors même que les deux opérations interviendraient l'une après l'autre, au cours de la même journée.

Si on laisse de côté les règles applicables en droit des sociétés à propos des actions selon lesquelles, le **transfert de propriété** n'intervient que par un mouvement de valeur et leur inscription au compte du cessionnaire (C.Com. Art. L.228-1), il convient de se référer aux règles générales du Code civil applicable à chaque vente.

En matière de vente, il y a transfert de propriété **lorsque les parties sont convenues de la chose et du prix**, « quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (C.Civ. Art. 1583). C'est donc en matière précontractuelle que la plupart des erreurs sont commises. En effet, le chef d'entreprise souhaitant figer au plus vite l'accord établi avec son futur repreneur, conclu un avant-contrat (promesse unilatérale ou synallagmatique), appelé en pratique le « compromis de vente » ou de cession, sans prendre les précautions nécessaires.

Si la « donation purge la plus-value », « ***la promesse de vente vaut vente*** » (C.Civ. Art. 1589). Devant cette situation de droit, il est indispensable pour le rédacteur de l'avant-contrat de ménager autrement le transfert de propriété, et de **différer** ce dernier **au moment de la réitération** authentique.

Une **clause de réserve de propriété** peut également être inscrite dans l'avant-contrat, retardant ainsi le transfert de propriété des titres au paiement intégral du prix.

La règle civile exposée, il convient à présent de distinguer plusieurs situations :

Dans le cadre d'une **promesse unilatérale de vente,** la donation peut en principe être consentie jusqu'à la levée de l'option par le bénéficiaire. Il conviendra toutefois dans la promesse de prévoir que la levée d'option n'entrainera pas transfert de propriété, afin d'éviter les désagréments causés par une levée d'option le même jour que la donation.

Dans le cadre d'une **promesse synallagmatique sans condition suspensive**, le principe est celui évoqué ci-dessus et la vente est réputée formée à la date de conclusion de cette promesse.

Enfin, dans le cas le plus fréquent, en présence **d'une promesse synallagmatique de vente assortie de conditions suspensives**, il conviendra de s'assurer d'une part de la non-rétroactivité des conditions suspensives en cas de réalisation de ces dernières, et d'autre part, de différer le transfert de propriété au paiement intégral du prix ou à la réitération. Concernant la non-rétroactivité des conditions suspensives, la dernière réforme du droit des obligations (Ord. N°2016-131 du 10 février 2016) octroie une plus grande sécurité en prévoyant désormais automatiquement cette non-rétroactivité à défaut de précision contraire (C.Civ. Art. 1304-6).

Ainsi, dès lors que l'avant-contrat respecte les précautions d'usages, une donation pourrait très bien intervenir entre la promesse et sa réitération. Le transfert de propriété étant différé à la réitération, la donation a donc bien eu lieu juridiquement avant la cession, écartant ainsi toute requalification de l'opération.

2° La donation doit être réelle et non pas fictive.

On sait depuis la jurisprudence *Motte-Sauvaige,* que la donation-cession ne peut faire l'objet d'une procédure pour abus de droit sur le fondement de la fraude à la loi, le Conseil d'Etat ayant écarté ce motif estimant qu'il n'est pas « *besoin de rechercher si l'opération de donation suivie de la cession des titres présentait dans son ensemble un but exclusivement fiscal* » (CE, 30 décembre 2011, n° 330940). En d'autres termes, la donation-cession ne constitue pas un abus de droit pour fraude, en ce qu'elle n'a pas un but exclusivement fiscal, la donation développant nécessairement des effets civils et patrimoniaux.

En revanche, il n'est pas exclu que cette procédure soit mise en œuvre sur le fondement de **la simulation** (donation fictive).

L'administration peut être tentée de voir dans une donation avec réserve d'usufruit ou de quasi-usufruit une « **réappropriation** » de la chose donnée.

« ***Donner et retenir ne vaut*** » - Pour être valable, une donation doit être **irrévocable** (C. Civ. Art. 894). Le donateur qui consent une libéralité doit se dépouiller définitivement de la chose donnée et ne peut se la réapproprier sous quelque forme que ce soit.

Ainsi, est fictive la donation dont le produit de cession est affecté sur un

compte bancaire au nom du donateur (CE, 14 novembre 2014, n° 361482). Il y a là, à l'évidence un abus de droit dès lors que le donateur est le véritable bénéficiaire du prix de cession.

En présence d'une donation en pleine propriété, aucune difficulté d'interprétation ne semble pouvoir s'appliquer.

En cas de donation avec réserve d'usufruit, il conviendra de s'assurer que **les droits du nu-propriétaire sont respectés,** qu'il s'agisse d'une répartition du prix de vente à proportion des droits de chacun (barème CGI, 669, ou, usufruit économique), ou en cas de remploi.

La frontière entre l'acte fictif et l'acte « réel » est donc ici aisément perceptible.

La chose se corse un peu plus en ce qui concerne un **quasi-usufruit**.

Le quasi-usufruit confère au disposant la possibilité « d'user » de tout ou partie du prix de vente, de sorte que cet usage créé une apparence de réappropriation et donc de fictivité. Or, dans le cadre d'un quasi-usufruit légal ou conventionnel, le donateur s'appauvrit **irrémédiablement** au profit du créancier nu-propriétaire titulaire d'une créance de restitution (pour un même montant) à faire valoir à l'encontre de la succession du quasi-usufruitier. Toutefois, l'administration fiscale voit d'un mauvais œil ces opérations et considère que le donateur qui recueille l'intégralité du prix de cession, avec faculté pour lui d'en disposer, démontre que le donateur n'a jamais eu l'intention de se dépouiller des titres ou du produit de leur vente.

Dans un premier temps, le Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD) a posé le principe dans trois affaires différentes (CCRAD, n° 2006-18 BOI 13 L-4-08, CCRAD, n° 2008-6 : BOI L-11-8 et CCRAD n° 2006-11 : BOI 13 L-1-07) suivant lequel le quasi-usufruit sur le prix de cession n'emportait pas réappropriation du fait de l'existence de **la créance de restitution** au profit du nu-propriétaire. Dans cette hypothèse, une attention particulière doit être apportée à la rédaction de la convention de quasi-usufruit qui devra prévoir les modalités de **protection de la créance** du **nu-propriétaire** (indexation, caution…). Afin d'éviter toute hésitation, le nu-propriétaire doit être considéré comme **un véritable créancier**. Encore aujourd'hui, beaucoup trop de clauses de styles « dispensent » le donateur de « fournir caution » au nu-propriétaire. Or, quel créancier accepterait de « prêter » quelque somme sans en assurer sa consistance au moment d'être payé.

La jurisprudence récente semble témoigner d'un affinement du critère de réappropriation en matière de quasi-usufruit sur le prix de cession, privilégiant ainsi une consécration de la volonté de constituer un quasi-usufruit antérieurement à toute cession. La Cour d'appel administrative de Lyon a donné raison à l'administration qui a vu une réappropriation dans le fait de modifier les conditions d'une donation qui prévoyait un remploi du prix de cession en cas d'aliénation des titres, et en instaurant **un quasi-usufruit *a posteriori* sur le prix** de vente tout en renonçant aux conditions stipulées antérieurement dans l'acte de donation. Bien qu'une lecture *a contrario* ne soit jamais gage de sécurité juridique, il apparait clairement que les parties à l'acte de donation ait brusquement changé d'avis sur l'affectation du produit de cession des titres, laissant supposer que la volonté du donateur n'était qu'un faux-semblant rendant ainsi l'acte fictif. Par contre, lorsque les charges et conditions de la donation demeurent inchangées et que ces dernières sont acceptées par le donataire, il semblerait que la jurisprudence écarte toute notion de fictivité. En effet, le donateur est libre de disposer de la façon la plus absolue de ces biens, et l'administration fiscale ne doit pas être en mesure de s'immiscer dans l'acte de donation pour négocier *a posteriori* les charges et conditions acceptées par les parties au contrat de donation.

Ainsi, lorsque le quasi-usufruit convenu a priori, c'est-à-dire que les parties ont décidé du sort de

l'encaissement du prix par l'usufruitier seul, par une clause insérée dans l'acte de donation, le quasi-usufruit ne devrait pas être considérée comme fictif car il ne résulterait que de la mise en œuvre des charges et conditions stipulées dans l'acte de donation.

Coin des amateurs

Bien choisir son sujet fiscal !

Pour le décompte de la durée de détention (CGI, Art. 150-0 D) permettant de déterminer le taux de l'abattement applicable à la plus-value taxable (50%, 65%, 85%), il est tenu compte de la « **date d'acquisition** » du redevable de l'impôt de plus-value.

Ainsi, il est possible de **choisir le redevable** de cet impôt entre l'usufruitier (en présence d'un quasi-usufruit) et le nu-propriétaire (en cas de remploi). Le quasi-usufruit permettra de conserver l'antériorité pour l'application des abattements pour durée de détention (jusqu'à 85%), là où en cas de donation-cession suivie d'un remploi, le nu-propriétaire n'aura aucune antériorité permettant l'application d'un abattement. Inversement, la plus-value étant soumise au barème progressif de l'IR, il peut être opportun de faire supporter l'imposition par le nu-propriétaire qui disposera souvent d'une tranche marginale d'imposition (TMI jusqu'à 45%) plus faible que l'usufruitier.

Le traitement fiscal de l'opération de donation cession

Les conséquences fiscales de l'opération de donation cession diffèrent suivant que la donation des titres est réalisée en pleine propriété, avec réserve d'usufruit, ou avec réserve de quasi-usufruit.

Donation en pleine propriété

Pour le calcul de la plus-value taxable au nom des enfants donataires, le prix d'acquisition des titres reçus par donation est fixé à la **valeur retenue pour le calcul des droits de donation** (CGI, Art. 150-0 D). Ainsi, si les donataires cèdent les titres pour un prix égal à la valeur déclarée dans l'acte de donation, **aucune plus-value** taxable ne sera constatée. Dans cette opération, seuls les droits de mutation à titre gratuit en ligne directe auront été exigés. Les plus-values auront tout simplement été purgées.

Donation avec réserve d'usufruit

En cas de **cession conjointe** de la nue-propriété et de l'usufruit des titres, il convient de distinguer deux situations :

1° En cas de **répartition du prix de cession à proportion des droits de chacun** (nu-propriétaire d'une part, et usufruitier d'autre part), chacun sera redevable de la plus-value qu'il réalise, déterminée par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition (C. Civ. Art. 621).

L'administration admet, à titre pratique, que les droits de chacun soit déterminés à l'aide du barème prévu au I° de l'article 669 du CGI, en tenant compte de l'âge de l'usufruitier au jour de la cession des titres et non pas au jour de la réalisation de la donation de la nue-propriété.

Valorisation économique (oui) – Au regard de l'assiette de l'impôt, lorsque le cédant d'un droit démembré a disposé de la pleine propriété des titres avant leur démembrement, il est admis, pour la détermination des droits entre les parties, de répartir le prix d'acquisition de la pleine propriété des titres entre l'usufruitier et le nu-propriétaire d'après une valorisation économique de l'usufruit et de la nue-propriété (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 n°80). En toutes circonstances, l'un et l'autre des droits démembrés sont évalués selon la même méthode.

2° En cas de **remploi** du produit de cession des titres démembrés, seul le nu-propriétaire est redevable de l'impôt de plus-value. Par conséquent, seule doit être prise en compte la durée de détention de la nue-propriété.

Donation avec réserve de quasi-usufruit

En présence d'un quasi-usufruit sur le prix de cession, et lorsque le donateur a disposé de la pleine propriété des titres antérieurement à leur démembrement, **seul l'usufruitier est imposable** au titre de la plus-value (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 n°140).

Le prix ou la valeur d'acquisition à retenir pour la détermination de la plus-value imposable est constitué, en tout état de cause, par le prix ou la valeur d'acquisition initiale de la pleine propriété des titres majoré de l'accroissement de la valeur du droits transmis constaté entre la date de l'acquisition initiale de la pleine propriété et la date de transmission à titre gratuit (dans la plupart des cas) ou à titre onéreux.

Pour une illustration chiffrée http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/

Optimisation des opérations de donation-cession

Associer l'opération de donation-cession avec les purges légales

Même en présence d'un démembrement de propriété, usufruit d'une part, nue-propriété d'autre part, il est possible pour l'usufruitier de revendiquer l'application des dispositifs légaux de purge pour **durée de détention**.

En ce qui concerne les plus-values de société soumise à l'impôt sur les sociétés, la plus-value déterminée conformément aux dispositions de l'article 150-0 A, bénéficie d'un **abattement de 50%** lorsque les titres sont détenus depuis au moins deux ans, et de **65%** lorsque les titres sont détenus depuis au moins huit ans (CGI, Art. 150-0 D, 1 ter).

Cette même plus-value peut également bénéficier d'un **abattement renforcé** portant de 50% à 65% les titres détenus entre deux et quatre ans et de 65% à **85%** les titres **détenus depuis au moins huit ans** (CGI, Art. 150-0 D, 1 quater). Cet abattement renforcé s'applique dans les conditions posées par cet article.

Abattement pour départ à la retraite

La plus-value peut également bénéficier d'un **abattement fixe** non négligeable de **500 000 €** lorsque :

-La cession porte sur l'intégralité des titres de la société ;

-Le cédant a exercé au sein de la société et ce, de manière continue, et pour au moins les 5 années précédant la cession, une **fonction de direction** ;

-Le cédant détient directement ou par personne interposée (conjoint, ascendants, descendants, frères et sœurs, société…) de manière continue pendant les 5 années précédant la cession, au moins **25% des droits de vote** ou des droits dans les **bénéfices** sociaux ;

-Et que le cédant cesse toute fonction dans la société et **fait valoir ses droits à la retraite** dans les deux années suivant ou précédant la cession.

Report du démembrement sur un contrat de capitalisation

En cas de cession conjointe de l'usufruit et de la nue-propriété des titres, il peut être envisagé de reporter le démembrement sur un contrat de capitalisation qui offre, par opposition au contrat d'assurance-vie, la possibilité de souscrire ce dernier au nom d'une personne morale ou de le transmettre par donation ou succession. Le contrat de capitalisation pourra être modifié

par l'assureur au moyen d'un simple avenant, sans remettre en cause **l'antériorité fiscale** de ce dernier. D'un point de vue fiscal, les intérêts et plus-values issus d'un contrat de capitalisation ne sont pas intégrés dans l'assiette taxable de **l'ISF**. Toutefois, au décès du souscripteur, le contrat de capitalisation sera réintégré dans la succession du défunt, contrairement au contrat d'assurance-vie qui peut, à certaines conditions, être « hors » succession pour un montant cependant limité.

Le réinvestissement de la créance de quasi-usufruit dans un contrat d'assurance-vie

L'aliénation des titres soumis à quasi-usufruit entraine un droit de créance pour le nu-propriétaire qui viendra s'inscrire au passif de la succession du quasi-usufruitier.

Le quasi-usufruitier disposera quant à lui à sa guise, du prix de cession soumis à quasi-usufruit.

L'emploi par le quasi-usufruitier des sommes dans la souscription d'un contrat d'assurance-vie désignant le ou les créanciers nus-propriétaires comme bénéficiaire pourrait constituer une excellente optimisation. Toutefois, il subsiste de nombreuses hésitations.

Les incertitudes sont telles qu'une approche prudentielle conduit souvent en pratique, pour des raisons tant civiles que fiscales (e de responsabilité…), à ne pas procéder à un tel emploi.

Mais qu'en est-il sur le plan du droit ? Dans un premier temps, c'est sur le fondement de l'article 769 du CGI que l'administration fiscale a fondé son raisonnement pour s'opposer à la déduction de la dette de restitution. En vertu de ce texte, les dettes contractées pour l'acquisition d'un bien exonéré de droits de succession ne peuvent être déduites de l'actif successoral taxable. Toutefois, la garantie décès perçue par le bénéficiaire désigné par le souscripteur ne constitue pas un bien exonéré. Elle échappe par nature aux droits de mutation par décès puisqu'elle est transmise hors succession à raison de la **stipulation pour autrui** qui confère un droit direct du bénéficiaire à l'encontre du promettant (C. Civ. Art. 1121 ; et C. des Ass. L.132-12).

Dans un second temps, l'administration a tenté de fonder son raisonnement sur le caractère indemnitaire de l'assurance-vie, résultant d'un paiement par compensation de la créance au nu-propriétaire. En effet, le caractère extinctif de la désignation du nu-propriétaire comme bénéficiaire de la garantie-décès semble conférer à l'opération d'assurance-vie **une nature onéreuse** et une fonction de paiement, de telle sorte qu'elle éteindrait la créance de restitution du bénéficiaire à l'égard de la succession du quasi-usufruitier.

Cependant, en se fondant sur cette analyse, l'administration fiscale ne devrait pas oublier d'en tirer toutes les conséquences en ce qui concerne la taxation de la garantie-dès, ce qui parait peu probable. Elle ne saurait d'un côté, et sans contradiction, invalider la procédure de l'article L.57 du LPF, en soutenant à la fois que la désignation du bénéficiaire a pour finalité d'éteindre la dette du bénéficiaire (ce qui lui confère sa nature onéreuse) et simultanément, exiger le paiement des droits de successions sur les primes (CGI, Art. 757 B) ou la taxe spécifique sur le capital décès (CGI, Art. 990-1).

21 rue Foch
VIALLA & DOSSA
NOTAIRES

Thomas **RIGAL**
Service droit des affaires
Office notarial VIALLA & DOSSA
Montpellier, 21 Rue Foch