

III. Le quasi-usufruit dans les opérations de donation-cession

A. En France



Sophie CHUPIN
Notaire, Althémis Nantes



Estelle NAUDIN
Avocate, FIDAL
Agrégee des facultés de droit, professeure à la Faculté de droit de Strasbourg

24. Sophie CHUPIN - Dans le cadre de la cession de son entreprise, le dirigeant sera très souvent confronté à une fiscalité non négligeable sur le plus-value. Il souhaite par ailleurs profiter de cette occasion pour réaliser une transmission significative à ses enfants. Pour ce faire, il dispose de deux

35 C. civ., art. 3.163.

possibilités : soit céder les titres de sa société puis consentir une donation du prix de cession, soit donner une partie des titres destinés à la cession, de sorte que ses enfants, en leur qualité de cédant, perçoivent le prix de cession.

Nous constatons immédiatement que dans la première hypothèse, le dirigeant aura été fiscalisé, souvent de manière significative, sur la plus-value de cession de ses titres dont le prix de revient correspondra à la valeur historique, puis supportera une nouvelle fois la fiscalité de donation.

En revanche, dans la seconde hypothèse, la donation consentie au préalable, à montant identique donné pour les enfants, purgera les plus-values latentes et donc pourra diminuer significativement la fiscalité de cession pour le cédant. Ce dernier restera redevable de la fiscalité des titres qu'il aura conservés, tandis que les donataires auront le cas échéant, une fiscalité de cession résiduelle, en fonction de l'écart de la valeur retenue dans la donation et le prix de cession définitif.

Ce schéma visant à choisir une chronologie judicieuse est souvent combiné avec la constitution d'un démembrement de propriété. La question se pose alors de savoir s'il existe un **risque de requalification en abus de droit**. Une opération est en effet susceptible d'être remise en cause sur le terrain de l'abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF lorsqu'elle consiste soit en un acte fictif, soit en une fraude à la loi, c'est-à-dire qu'elle a un but exclusivement fiscal et recherche une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

25. En principe, la revente en suite de la donation n'est pas constitutive d'un abus de droit³⁶ ; ce principe est toutefois soumis à deux conditions :

> **la donation doit être antérieure à la cession** : une donation n'est pas envisageable dès lors que les titres sont déjà cédés ; la circonstance que des négociations avec le futur acquéreur soient engagées, voire qu'une promesse unilatérale de vente lui ait été consentie, ne s'oppose pas à la réalisation régulière d'une donation-cession à condition que la levée d'option d'achat par les bénéficiaires de la promesse soit bien postérieure à la donation du bien³⁷ ; il en va de même en cas de ventes conclues sous conditions suspensives, la donation ne doit pas être postérieure à la date de levée de la dernière condition³⁸ ;

> **le prix de cession ne doit pas être appréhendé d'une façon ou d'une autre par le donateur**, ce qui démontrerait la non-sincérité de la donation. Ainsi, il y a abus de droit dans un schéma où une partie du prix de vente des titres donnés avait été reversée aux parents donateurs³⁹.

36 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige : Lebon T ; RJF 3/12 n° 278 ; BDCF 3/12 n° 37, concl. N. Escaut. - V. égal. G. Baude-Fayet et S. Guillaud-Bataille, La donation précession : sécuriser et optimiser l'opération : IP 3-2022, n° 02.2. - V. Morati, Les aspects fiscaux des transmissions d'entreprises, Pratique notariale du démembrement de titres dans les opérations de donation avant cession : IP 2-2023, n° 6.1, § 40 et s.

37 TA Nice, 26 nov. 2002, n° 9904015 : RJF 2003, n° 496.

38 Rapport du CCRAD pour l'année 2002 : BOI 13 L-1-03, 14 mai 2003, aff. n° 2002-15.

39 TA Toulouse, 21 mai 2002, n° 9701328 : RJF 2002, n° 1292.

En pratique, il convient d'être attentif à la rédaction de la promesse de vente et à la date à laquelle s'opère le transfert du droit de propriété et de veiller à la qualité des conditions suspensives. En tout état de cause la donation doit caractériser une véritable et indubitable intention libérale sans qu'il

puisse y avoir d'une façon ou d'une autre une réappropriation du prix de cession par les donateurs.

26. Voici une synthèse d'avis du Comité de l'abus de droit fiscal rendus en la matière ces dernières années.

Donation avant cession : quelques avis du Comité de l'abus de droit	
Réappropriation du prix de cession (aff. n° 2014-05, rapport 2015)	Le prix de cession encaissé par les enfants donataires (750 000 € environ) se retrouve sur un compte joint au nom des parents pour un montant de 310 000 €. L'argument d'un contrat de prêt (non enregistré) entre enfants et parents n'a pas été retenu par le Comité. Avis défavorable au contribuable.
Remploi du prix de cession par contrat de capitalisation (aff. n° 2006-11 ; BOI 13 L-1-07)	Remploi du prix de cession par contrat de capitalisation qui autorisait le rachat partiel ou total par les usufruitiers, ces derniers restaient au terme de ladite convention redevables d'une créance de restitution de même montant à l'égard des nus-proprétaires. Les clauses de remploi et de rachat n'ont pas restreint les droits des nus-proprétaires au point d'aboutir à une réappropriation. Avis favorable au contribuable.
Donation avant cession de la nue-propriété d'actions/supports de capitalisation (aff. n° 2004-40 ; BOI 13 L-3-06)	Prix de cession versé sur des comptes démembrés ouverts au nom des enfants (nus-proprétaires) et du père (usufruitier) puis souscription démembrée de contrats de capitalisation nominatifs. Le choix des supports de placement appartient à l'usufruitier du contrat. Aucun rachat possible des nus-proprétaires sans l'accord de l'usufruitier. Le fonctionnement du contrat de capitalisation ne remettait pas en cause le dessaisissement du donateur. Avis favorable au contribuable.
Souscription de contrats d'assurance démembrés (aff. n° 2002-19 ; BOI 13 L-01-03)	Le remploi du prix de cession par la souscription de contrats d'assurance démembrés que seul l'usufruitier peut racheter à hauteur des fruits est économiquement assimilable à un prêt sans intérêt et à terme des enfants aux parents. Les parents doivent être regardés comme ayant conservé le produit de la vente. Avis défavorable au contribuable.
Divers (aff. n° 2007-4 et n° 2007-26 : BOI 13 L-8-08)	Appréhension directe du prix de cession : les donateurs avaient conservé en réalité l'intégralité du produit de la vente, à l'exclusion des sommes placées sur deux PEL ouverts au nom de chacun des enfants. Avis défavorable au contribuable.
(aff. n° 2005-8 : BOI 13 L-1-07)	Pas de réappropriation malgré l'exercice d'un droit de retour dans l'acte de donation et le fait que chaque donataire s'était engagé à signer les statuts de toute société civile créée par la donatrice et servant de support au remploi des cessions éventuelles de titres. Avis favorable au contribuable.
Don manuel d'actions et pacte adjoint limitant les pouvoirs de disposition des nus-proprétaires. (aff. n° 2005-21 et 2005-22)	Les différentes clauses et conditions assortissant l'acte de donation n'ont pas eu pour effet de rendre celle-ci fictive et le caractère irrévocable de la donation ne saurait être remis en cause par le remploi du produit de la cession des actions démembrées dans la souscription du capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées et dans laquelle le donateur dispose de pouvoirs restreignant à son profit les prérogatives attachées aux droits des nus-proprétaires, l'administration n'établissant pas que le donateur se serait ainsi réapproprié les fonds précédemment donnés. Avis favorable au contribuable.
Donation aux enfants mineurs (aff. n° 2006-1 : BOI 13 L-1-07)	Versements sur les comptes personnels des époux sans qu'il soit établi que ceux-ci aient procédé en temps utile à l'attribution, pour chacun des enfants donataires, de la partie du prix de cession lui revenant. Avis défavorable au contribuable.
Remploi par contrat de capitalisation autorisant le rachat partiel ou total par les usufruitiers (aff. n° 2006-11 : BOI 13 L-1-07)	Les usufruitiers restaient aux termes de ladite convention redevables d'une créance de restitution de même montant à l'égard des nus-proprétaires. Les clauses de remploi et de rachat n'ont pas restreint les droits des nus-proprétaires au point d'aboutir à une réappropriation. Avis favorable au contribuable.
Donation des titres réalisée après la cession à titre onéreux (aff. n° 2004-57)	La procédure d'abus de droit n'apparaît pas nécessaire ; la vente était parfaite avant la donation des titres. Avis défavorable au contribuable.

27. Estelle NAUDIN - Dans le cadre de la donation avant cession, y a-t-il abus de droit lorsque **l'acte de donation prévoit que l'usufruitier sera titulaire d'un quasi-usufruit sur le prix de cession** ? L'administration fiscale avait tenté de faire valoir que ces modalités rendaient la donation fictive faute d'un dépouillement irrévocable et immédiat. Pourtant, sur le terrain du droit civil, la donation accompagnée d'une clause prévoyant un quasi-usufruit sur le prix de cession n'a rien de fictive, le donataire étant incontestablement titulaire d'une créance de restitution, transmise par le donateur qui s'en est dépouillée irrévocablement. Le Conseil d'État a donc fort justement écarté tout abus de droit dans ce schéma, y compris en l'absence de caution donnée par l'usufruitier pour garantir le paiement de la créance⁴⁰.

Néanmoins, la donation avant cession accompagnée d'un quasi-usufruit doit conduire à la prudence.

D'une part, la chronologie des opérations mérite l'attention, comme l'illustre un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 2 juillet 2020⁴¹. L'abus de droit a ici été retenu au motif que la convention de quasi-usufruit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire sur le prix de cession avait été conclue postérieurement à la donation de la nue-propiété et à la cession du bien donné. Un tel accord, parce que postérieur à la cession, révélait une réappropriation du prix par le quasi-usufruitier.

D'autre part, la protection de la créance de restitution du nu-propiétaire doit être organisée, même si le Conseil d'État n'a pas imposé la stipulation de garanties. Il convient en particulier de veiller à ce que cette créance puisse être revalorisée au décès de l'usufruitier, souvent bien des années après la donation. Deux systèmes sont *a priori* envisageables : une indexation de la créance en fonction du premier emploi des fonds perçus par l'usufruitier, ou une application du mécanisme de la dette de valeur selon les emplois successifs des fonds. Le sujet central sera celui de la traçabilité du prix encaissé et des opérations réalisées par la suite.

S. CHUPIN et E. NAUDIN ■