

Optimisation fiscale et transmission patrimoniale

La donation avant cession : les clés d'une transmission sécurisée et optimisée

Par un arrêt du 28 mai 2014, le Conseil d'État a affiné les conditions de validité de l'opération consistant à donner un bien avant sa cession en vue de ne pas être taxé au titre de la plus-value mais également de transmettre une partie du patrimoine. C'est l'occasion pour nous de faire le point sur ce schéma qui, manié avec prudence, permet d'optimiser le coût fiscal d'une transmission. En effet, pour ne pas tomber dans l'écueil de l'abus de droit (I), il convient de s'assurer de la réalité de l'intention libérale du disposant (II) et de respecter une certaine chronologie dans le déroulement des opérations (III).

I – Sur les risques liés à la procédure d'abus de droit

L'article L 64 du livre des procédures fiscales permet à l'Administration fiscale de restituer le véritable caractère des actes constitutifs d'un abus de droit. Tel est le cas lorsque ces actes ont un caractère fictif ou que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décision à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supporté eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

La procédure d'abus de droit décrite aux articles R 64 – 1 et R 64 – 2 du livre des procédures fiscales, permet, en cas de désaccord entre l'administration et le contribuable sur les rectifications notifiées, de saisir l'avis du comité de l'abus de droit fiscal, tant à l'initiative du contribuable que de l'administration. Si l'imposition est établie conformément à l'avis émis par le comité, c'est le contribuable qui supporte la charge de la preuve en cas de réclamation. Dans le cas contraire, si le comité n'est pas consulté, la charge de la preuve incombe à l'administration.

Les sanctions attachées à l'abus de droit fiscal sont plus importantes que celles liées aux contentieux fiscaux habituels. En effet, il résulte des dispositions des articles 1729, D et 1754, V – 1 du CGI que l'abus de droit est sanctionné par l'application de l'intérêt de retard ainsi que d'une majoration égale à 80 % des droits mis à la charge du contribuable lorsqu'il est établi que celui-ci a eu l'initiative principale des actes accomplis ou en a été le principal bénéficiaire, et à 40 % lorsque cette preuve n'est pas apportée. Toutes les parties à l'acte sont tenues solidairement avec le contribuable au paiement de l'intérêt de retard et de la majoration. De plus, le contribuable est privé de la possibilité d'imputer certains avantages fiscaux et notamment, les déficits et les réductions d'impôt, sur les rehaussements de droit donnant lieu à l'application desdites majorations, en application des dispositions de l'art. 1731 bis du CGI.

Ainsi, le mécanisme de la donation avant cession, qui permet de gommer l'imposition de plus-values portant sur les biens transmis, doit être utilisé avec les précautions suivantes.

II – Sur l'importance de la réalité de l'intention libérale

La plus-value d'un bien constituée par la différence existant entre son prix d'acquisition et son prix de cession, n'est imposable en l'état actuel du droit qu'à l'occasion d'une cession à titre onéreux. Ainsi, en ce qu'elle est une cession à titre gratuit, une donation ne donne pas lieu à la constatation d'une plus-value taxable. En conséquence, la donation effectuée préalablement à une cession permet d'éviter la taxation de la plus-value dégagée. En effet, la revente du bien s'effectue pour le même prix auquel il a été donné. Ce type d'opération se constate généralement à l'occasion des cessions de titres sociaux (actions, parts sociales).

Si, la réalisation des donations des titres suivie de leur cession par les donataires plutôt qu'une cession directe suivie de la donation du prix aux enfants constitue un choix qui n'est pas en soi répréhensible au sens du droit fiscal, certaines circonstances peuvent toutefois conduire l'administration fiscale à retenir l'absence d'intention libérale du donateur, l'opération étant alors constitutive d'un abus de droit fiscal. Par un arrêt en date du 9 avril 2014⁽¹⁾, le Conseil d'État réaffirme le principe déjà posé⁽²⁾ selon lequel l'administration ne peut mettre en œuvre les principes de l'abus de droit que **sur le terrain de la fictivité de la donation et non sur celui du but exclusivement fiscal de l'opération.**

Ce faisant, il précise le régime de l'opération de donation cession en exposant les éléments qui ne caractérisent pas une donation fictive. Désormais, à l'appui de cette décision, et sous réserve d'un revirement de jurisprudence, la rapidité de la revente des titres apportés aux sociétés civiles par les donataires en exécution de l'acte de donation paraît sans incidence, par elle-même, sur la réalité de cette donation. De

même, le fait que l'acte de disposition soit assorti d'une clause d'inaliénabilité durant la vie du donateur et que les donateurs usufruitiers disposent de pouvoirs étendus de gestion ou de décision au sein des sociétés civiles ne constituent pas des éléments susceptibles de remettre en cause l'intention libérale.

En précisant qu'aucune de ces circonstances n'étaient de nature à remettre en cause le constat d'un dépouillement immédiat et irrévocable du donateur en faveur des enfants, la haute juridiction rappelle que, dès lors que la donation n'est pas fictive, elle ne peut être considérée comme n'ayant pu être inspirée par aucun motif autre que fiscal. En outre, le conseil d'État estime devoir contrôler au titre de la qualification juridique des faits, si la donation s'est ou non traduite par un dépouillement immédiat et irrévocable du donateur⁽³⁾.

III – Sur la chronologie à respecter

Les cessions de parts sociales ou d'actions sont généralement précédées de longs pourparlers aux termes desquels sont signés des protocoles d'accord. Ces protocoles sont généralement signés, pour des raisons d'opportunité, par les titulaires initiaux des actions ou parts sociales. En effet, la présence des enfants est rarement souhaitée dans ces circonstances. Ainsi, et de manière générale, nous constatons que les donations interviennent après la signature de ces protocoles ou promesse d'achat ou de vente. Ce faisant, l'administration fiscale pouvait remettre en cause l'exonération de plus-value résultant de la donation des titres sociaux, en se fondant sur le fait que, l'accord étant trouvé sur la chose et sur le prix, la vente était parfaite dès la signature du protocole ou de la promesse acceptée. Ainsi, elle pouvait soutenir que la donation qui intervenait après ladite signature ne lui était pas opposable, sur le fondement de l'abus de droit. En conséquence, cette chronologie permettait d'écarter l'intention libérale du donateur, lequel ne pouvait donner quelque chose déjà vendu.

Sur cette question, par un arrêt en date du 28 mai 2014, le Conseil d'État a précisé que la donation, dont la date doit être fixée au plus tard lors de son enregistrement, est antérieure à la cession dès lors que le transfert de propriété des titres n'a pu intervenir avant la levée de la condition suspensive prévue au contrat. À son sens, seul le paiement du prix des titres révèle l'existence d'un accord des cessionnaires et vaut levée de cette condition, à défaut de toute manifestation expresse antérieure⁽⁴⁾. En l'espèce, les contribuables avaient, à quelques jours d'intervalle, conclu une promesse de cession d'actions sous condition suspensive de réalisation d'un audit des comptes de la société, puis enregistré à la recette des impôts un acte de donation des titres à leurs enfants. Le paiement du prix des titres était intervenu une semaine après l'enregistrement de la donation. L'administration fiscale ainsi que les juges du fond avaient estimé qu'il convenait d'imposer l'intégralité de la plus-value de cession entre les mains des donateurs, sans tenir compte de la donation consentie à leurs enfants au motif que cette donation avait pris effet postérieurement à la cession.

Le Conseil d'État s'est donc référé aux règles du Code civil pour apprécier la date à laquelle la vente est devenue parfaite. Il a donc estimé que la vente n'avait pu avoir lieu avant que la condition suspensive dont était assortie la promesse soit levée.

Nos conseils :

Bien que cet arrêt portait sur une affaire antérieure aux dispositions de l'article L228 – 1 du code de commerce qui prévoient que le transfert de propriété d'actions résulte de l'inscription des valeurs sur le compte de l'acheteur, afin de parer le risque de remise en cause de l'exonération des plus-values portant sur bien donnés, il convient à notre sens, d'assortir la promesse de vente ou l'offre d'achat acceptée d'une ou plusieurs conditions suspensives, retardant ainsi la réalisation de la vente et donc le transfert de propriété des actions. Ainsi, la donation avant cession constitue un outil d'optimisation fiscale assez sûr, sous réserve qu'il soit manié avec précaution, et sous réserve que le prix de cession sur les biens donnés ne soit pas appréhendé par le donateur.

[Article rédigé par
Mme Maé REMISE
et Me Marlène ALONSO
de CADRA, cabinet d'avocats
en droit des affaires]



⁽¹⁾ n° 353822 : RJF 7/14 numéro 708

⁽²⁾ CE 30 décembre 2011 n° 330 940

⁽³⁾ CE 27 juillet 2012 n° 327 295 : RJF 11/12 numéro 1042

⁽⁴⁾ CE 28 mai 2014 n°359911 :RJF 9-8/14 n°802.