

02.2

La donation précession : sécuriser et optimiser l'opération



Gabriel BAUDE-FAYET

Notaire stagiaire, Étude Guillaud-Bataille, Notaires



Sylvain GUILLAUD-BATAILLE

Notaire associé à Paris

Chargé d'enseignement à l'Université Paris Dauphine

La donation précession est une stratégie bien connue des praticiens. Plus de dix ans après la décision *Motte-Sauvaige* du Conseil d'État, le contexte fiscal semble apaisé. Pour autant, quelques écueils demeurent. Sur le plan civil, le praticien devra se livrer à un audit pluridisciplinaire, croisant droit des personnes protégées, droit des biens, droit des successions, droit des sociétés et droit des libéralités tant pour surmonter certains obstacles, comme la présence parmi les donataires d'une personne protégée que pour anticiper au mieux les spécificités tenant au bien donné ou encore affiner au mieux la contractualisation de l'intention libérale (V. § 13). Sur le plan fiscal, pour appréhender la complexité de la matière, nous mettrons en avant la dimension psychologique de la donation, dans une perspective transversale, à la fois en tant que libéralité (élément intentionnel), mais aussi en tant que contrat (théorie de

la cause), afin de dégager une grille de lecture utile au praticien. Après l'étude de l'importance de la chronologie des opérations (V. § 52), seront alors successivement étudiés les griefs d'abus de droit par fictivité et par fraude à la loi, d'abord au plan théorique (V. § 58), puis en confrontant notre analyse à l'étude du contentieux (V. § 76), avant d'achever l'étude du risque d'abus de droit fiscal par le « mini-abus de droit » et la portée du risque ainsi étudié en pratique (V. § 90). La grille de lecture ainsi établie sera également transposée au cas de la donation préréduction de capital social (V. § 96). Enfin, nous consacrerons quelques développements à deux mécanismes d'optimisation : d'abord l'arbitrage entre donation en pleine propriété et donation démembrée (V. § 110), puis la question de la prise en charge des frais et droits de donation (V. § 138). Enfin, une illustration chiffrée parachèvera cette étude (V. § 146).

Introduction

1. Donation entre vifs : notion - L'article 894 du code civil dispose : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ». Le texte vise un « acte » ; il s'agit plus exactement d'un contrat, ainsi que nous allons le voir. Mais la donation entre vifs est, d'abord et avant tout, une libéralité. Elle se situe au croisement du droit des contrats et du droit des libéralités et des successions, ce qui en fait un dispositif au régime juridique hybride.

2. Donation entre vifs : une libéralité - L'article 893, alinéa 1^{er} du code civil définit la libéralité comme « l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne ». Classiquement¹, il est enseigné que toute libéralité suppose la réunion de deux critères cumulatifs : un élément matériel (objectif) et

1 M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français : LGDJ, t. V, 1^{re} éd., n° 17. - F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions. Les libéralités : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 4^e éd., n° 252. - V. cependant pour une présentation sous l'angle de la théorie de la cause, P. Malaurie et C. Brenner, Droit des successions et des libéralités : LGDJ, coll. Droit civil, 9^e éd., n° 266 et s.

un élément intentionnel (subjectif). L'élément matériel de la libéralité consiste en un appauvrissement du disposant et, corrélativement, en un enrichissement du bénéficiaire - le second devant être la conséquence du premier - tandis que son élément intentionnel réside dans l'intention libérale du disposant : doctrine et jurisprudence évoquent l'*animus donandi*. Au demeurant, si ces deux éléments sont cumulatifs, ils n'ont pas tout à fait la même importance dans le processus de qualification. D'une part, l'élément matériel de la libéralité peut exister sans que son élément intentionnel ne coexiste ; tel est notamment le cas en présence d'un contrat synallagmatique déséquilibré, lequel présente à la mesure du déséquilibre, un appauvrissement sans équivalent. D'autre part et au contraire, l'élément intentionnel ne peut exister sans que l'élément matériel préexiste, dans la mesure où de manière abstraite, l'intention libérale ne se conçoit que par référence au constat de l'appauvrissement du disposant. Considérée ainsi, la démonstration de l'absence de l'élément matériel est de nature à faire échec, par ricochet, à la qualification de libéralité, là où l'absence d'intention libérale peut éventuellement aboutir à une requalification en contrat synallagmatique déséquilibré. Schématiquement, l'élément matériel est le prérequis et l'élément intentionnel le critère discriminant du processus de qualification.

3. Animus donandi - La définition de l'intention libérale fut débattue² ; la doctrine ultra-majoritaire³ met aujourd'hui l'accent sur sa dimension abstraite, considérant que celle-ci réside dans la volonté de gratifier du disposant, lequel, quoique pleinement conscient de son appauvrissement, consent à ne pas recevoir de contrepartie. Une telle définition présente certains mérites. Au plan pratique, elle élargit le champ d'application matériel de la notion de libéralité, ce qui permet d'appliquer à l'opération considérée les règles du droit des libéralités et des successions (telles que le rapport successoral ou la réduction pour atteinte à la réserve) en présence de situations dans lesquelles une acception affective de la notion, plus restrictive, y ferait obstacle. En cela, la définition est, d'une certaine manière, plus respectueuse de la dimension successorale des libéralités, et plus utile aux mécanismes de l'ordre public successoral, lesquels doivent pouvoir être mis en œuvre chaque fois que l'intérêt général le commande. Au plan théorique, la dimension abstraite de l'intention libérale permet de faire le départ entre la qualification de libéralité (fût-elle assortie de charges et conditions réduisant l'émolument), de celle de contrat lésionnaire ou plus généralement, de contrat synallagmatique déséquilibré.

2 Une partie très minoritaire de la doctrine met l'accent sur la dimension affective de l'intention libérale, et l'appréhende comme l'élan de générosité du disposant, une volonté bienveillante, quasi-viscérale et empreinte d'*intuitus personae*, de gratifier le bénéficiaire (en ce sens, v. J. Hamel, La notion de cause dans les libéralités. Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition : Thèse Paris, 1920).

3 V. not. P. Malaurie et C. Brenner, Droit des successions et des libéralités : LGDJ, coll. Droit civil, 9^e éd., n° 268. - F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions. Les libéralités : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 4^e éd., n° 252 s. - M. Grimaldi (ss dir.), Droit patrimonial de la famille : Dalloz, coll. Dalloz Action, 6^e éd., n° 313.21.

Regards croisés avec le contentieux fiscal

Ainsi que nous le développerons, le contentieux fiscal de la donation précession (ou donation avant cession) se cristallise, depuis quinze ans, autour de la question de la réappropriation, par le donateur, du bien donné (ou de ce qui en est la représentation) et l'existence de l'intention libérale est régulièrement contestée par l'administration fiscale. Pour autant, cette dernière, comme le juge de l'impôt ou le Comité de l'abus de droit fiscal, semble, au moins tacitement, appréhender l'intention libérale dans sa dimension abstraite (la plus libérale) : depuis la décision *Motte-Sauvaige*⁴, le Conseil d'État a écarté la qualification d'abus de droit fiscal par fraude à la loi, excluant de ce fait le contrôle du motif des parties (cause subjective) en présence d'une donation sincère. Ainsi, nous invitons les praticiens à renouveler leur approche en la matière de la donation, à l'aune de la dimension contractuelle de l'opération.

4. Donation entre vifs : un contrat - L'article 1101 du code civil dispose : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Dans une donation, les parties sont ainsi le donateur et le donataire, l'accord de volontés des contractants résulte du consentement du donateur et de l'acceptation par le donataire, et l'obligation créée consiste en l'obligation de délivrance du bien donné, pesant sur le donateur, au profit du donataire. Il s'agit même, au regard de la nouvelle classification des contrats telle qu'elle résulte de la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations⁵, d'un contrat unilatéral, à titre gratuit et solennel ; mais non pas d'un contrat d'adhésion⁶. Il

4 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, *Motte-Sauvaige* : Lebon T ; RJF 3/12 n° 278 ; BDCF 3/12 n° 37, concl. N. Escaut.

5 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016. - Ratification par L. n° 2018-287, 20 avr. 2018.

6 En effet, dans la plupart des cas, le donataire n'a d'autre choix que d'accepter la donation *en bloc* : les charges et conditions sont traditionnellement imposées par le donateur sans qu'une négociation avec le donataire se produise à proprement parler. Aussi la situation correspond-elle formellement à la définition du contrat d'adhésion posée par l'article 1110, alinéa 2 du code civil. Pour autant, qualifier une donation entre vifs de contrat d'adhésion n'a substantiellement que peu de sens. D'abord, le régime du contrat d'adhésion a pour objectif de protéger la partie faible au cours de l'exécution du contrat en posant, notamment, la sanction suivante : la clause introduisant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite lorsqu'elle est soustraite à la négociation (C. civ., art. 1171, al. 2). Or, la donation est intrinsèquement déséquilibrée, dans la mesure où il s'agit d'un contrat unilatéral à titre gratuit, et la stipulation de charges et conditions n'a pas pour effet de la transformer en contrat synallagmatique ou à titre onéreux ; cela réduit simplement l'ampleur du caractère unilatéral et gratuit de la libéralité, mais ne change pas l'essence de celle-ci. La sanction de l'article 1171, alinéa 2 n'ayant pas pour objectif de rééquilibrer une situation que les parties ont voulu et accepté comme profondément déséquilibrée, ce serait faire erreur sur le champ d'application matériel du contrat d'adhésion que de vouloir y faire entrer la donation. Le donataire est par ailleurs protégé par la règle d'irrévocabilité spéciale des donations. Mais ensuite, de manière plus substantielle, c'est vraisemblablement l'existence de l'intention libérale qui empêche de qualifier la donation de contrat d'adhésion : l'*animus donandi*, aussi résiduel pourrait-il paraître sous les charges et conditions qui le borderaient, ne se négocie pas : le donataire accepte (du latin *acceptare*, recevoir) la donation telle qu'elle lui est offerte ou la refuse, mais n'y consent pas (du latin *consentire*, être d'accord). Or, l'on accepte - ou non - que ce que l'on ne peut négocier : c'est dire que la donation, en tant que libéralité, est un contrat soustrait à la négociation.

en découle que la donation, en tant que contrat, est soumise sauf exceptions, au droit commun des contrats, et notamment aux dispositions relatives au contenu et au but du contrat.

5. Cause de la donation - Bien que formellement supprimée par la réforme du droit des contrats, la théorie de la cause permettait de distinguer dans une donation, la cause objective de celle-ci de sa cause subjective⁷. Objectivement, la cause de l'obligation de délivrance du donateur ne peut résider, s'agissant d'un contrat à titre gratuit, dans rien d'autre que son intention libérale, appréciée abstraitement, celui-ci ayant conscience de ne recevoir aucune contrepartie à son appauvrissement. Subjectivement, la cause de son obligation réside très souvent dans les rapports que le donateur entretient avec le donataire : davantage que se dépouiller de manière absolue, celui-ci vise généralement à conférer un avantage à une personne déterminée. Un très fort *intuitus personae* apparaît alors dans la majeure partie des situations. La jurisprudence de la Cour de cassation identifie ce motif, déterminant dans le consentement du donateur, comme la « *cause impulsive et déterminante* » de la donation.

Regards croisés avec le contentieux fiscal

Tant le juge de l'impôt que le juge civil peuvent être appelés à contrôler les motifs du donateur dans une donation. La Cour de cassation contrôle la cause impulsive et déterminante de la donation pour apprécier sa conformité à l'ordre public (sur le fondement de l'article 1162 du code civil), tandis que le Conseil d'État contrôle l'existence du but exclusivement ou principalement fiscal lorsqu'il met en œuvre la procédure d'abus de droit par fraude à la loi (sur le fondement respectivement des articles L. 64 et L. 64 A du livre des procédures fiscales). La décision *Motte-Sauvaige*⁸ a exclu, en présence d'une donation sincère, qu'il soit possible de découvrir un « but exclusivement fiscal ». En adoptant une perspective causaliste (quelque peu artificielle car intervenant *a posteriori* de la décision), cela revient à considérer qu'une donation sincère ne peut pas avoir pour cause impulsive et déterminante la recherche de l'application des textes fiscaux... Ce qui semble parfaitement cohérent eu égard à la majorité des situations rencontrées en pratique. La dimension psychologique est en effet tellement importante dans la donation que sa cause subjective ne réside pas, hormis hypothèse pathologique, dans la recherche de l'application d'un texte fiscal ; et si besoin en est, l'effet translatif - irrévocable - de la donation, nécessairement recherché par le donateur (hors cas de donation fictive), achèvera de convaincre les sceptiques.

6. Règle d'irrévocabilité spéciale - En tant que contrat, la donation est soumise au principe de la force obligatoire des contrats, en application de l'article 1103 du code civil. La doctrine parle d'irrévocabilité ordinaire des contrats, laquelle ne se confond pas avec l'irrévocabilité spéciale des donations,

déduite des termes de l'article 894 du code civil, lorsqu'il dispose que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée. La règle d'irrévocabilité spéciale s'analyse d'au moins deux manières. D'abord, il s'agit d'une règle d'exécution de la donation, régissant ses effets. Ensuite, il s'agit également d'une condition de validité de celle-ci, dans la mesure où son inobservation est sanctionnée par la nullité de l'acte. En vertu de cette règle, il est fait interdiction de stipuler dans la donation toute clause par laquelle le donateur se réserverait la faculté de reprendre, de manière directe ou indirecte, le bien donné. L'interdiction recouvre les quatre hypothèses suivantes.

7. De manière générale, la règle d'irrévocabilité spéciale interdit au donateur de faire donation de biens à venir, c'est-à-dire des biens que celui-ci laissera à son décès⁹. Très sommairement, elle interdit également la donation sous condition potestative laissée à l'appréciation du donateur¹⁰, la donation sous condition d'acquitter les dettes futures du donateur¹¹ et la donation avec réserve du droit de disposer¹².

Regards croisés avec le contentieux fiscal

Comme nous le verrons, le contentieux fiscal de la donation précession se cristallise autour de la question, centrale, de la réappropriation par le donateur des biens donnés ou de leur représentation. À cet égard, l'administration fiscale, le Conseil d'État et le Comité de l'abus de droit fiscal n'hésitent pas à qualifier certaines donations de fictives, en visant notamment la règle d'irrévocabilité spéciale, alors même que les donations considérées ne sont pas, techniquement, contraires à la règle d'irrévocabilité spéciale, comme ne comportant pas de stipulations illicites. C'est vraisemblablement, plus généralement le défaut d'intention libérale, considérée abstraitement, qui fait défaut dans les cas de réappropriation ci-après étudiés, ou alors le principe plus général de force obligatoire des contrats.

8. Donation précession : stratégie - La donation précession est une stratégie patrimoniale consistant, pour qui envisage de céder un bien, à donner celui-ci, de manière préalable, le donataire procédant ensuite lui-même à la cession dudit bien. À supposer qu'il existe effectivement un ordre « normal » ou « naturel » des opérations, la stratégie est régulièrement présentée comme ayant pour but d'inverser la chronologie des deux temps du mouvement (donation puis cession en lieu et place de cession puis donation), dans le but d'optimiser le frottement fiscal global. Il est vrai que le schéma repose, fiscalement, sur la combinaison de deux règles : d'une part, la donation n'est pas (en règle générale), en tant que mutation à

⁷ La cause objective semble avoir été remplacée par la notion de « *contrepartie convenue* » employée à l'article 1169 du code civil ; et la notion de « *but* » semble avoir remplacé la cause subjective (C. civ., art. 1162).

⁸ CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige, préc. note 4.

⁹ C. civ., art. 943.

¹⁰ C. civ., art. 944.

¹¹ C. civ., art. 945.

¹² C. civ., art. 946. Cette disposition n'interdit pas la clause de la donation par laquelle le donateur se réserverait le droit de disposer du bien donné sans pouvoir de révoquer la donation, dit autrement sans pouvoir de priver le donataire du bénéfice de la libéralité.

titre gratuit, un fait générateur de plus-value¹³ ; d'autre part, le prix d'acquisition retenu pour le calcul de la plus-value est, en cas d'acquisition à titre gratuit, la valeur retenue pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit¹⁴. Il résulte de l'application combinée de ces textes que lors de la donation, aucun impôt de plus-value n'est exigible ; et que lors de la cession, le prix d'acquisition retenu pour le calcul de la plus-value est réhaussé au montant retenu pour le calcul des droits de donation. Cela aboutit à « gommer » ou « purger » la plus-value correspondant à la période de détention dans le patrimoine du donateur, et en cas de réalisation des opérations dans un délai court, l'effet est maximal : l'intégralité de la plus-value latente est effacée.

9. Donation précession : contexte - Le schéma a rapidement attiré l'attention de l'administration fiscale, qui a tenté de requalifier les stratégies de donation précession sur le fondement de l'abus de droit fiscal afin de les faire juger inopposables. Pour autant, le contexte est, depuis quelques années, relativement apaisé, le Conseil d'État ayant bâti depuis 2011¹⁵ une jurisprudence cohérente et sécurisante pour les praticiens¹⁶. La validité du dispositif a été confirmée par le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la censure de l'article 19 de la troisième loi de finances pour 2012¹⁷, lequel prévoyait un mécanisme de neutralisation de l'effet de purge de la plus-value par le report de la charge de celle-ci sur le donataire, lorsque la cession intervenait moins de dix-huit mois après la donation¹⁸.

13 En matière de valeurs mobilières, droits sociaux et titres assimilés : CGI, art. 150-0 A ; en matière de biens immeubles : CGI, art. 150 U. La règle se commande de l'idée selon laquelle seule la constatation entre les mains du disposant d'un gain, correspondant à la concrétisation financière de la plus-value latente générée au cours de la période de détention dans le patrimoine, donne lieu à une imposition ; au contraire, dans un souci d'équité économique, l'absence de gain inhérent à l'opération d'aliénation à titre gratuit justifie, puisqu'aucune contrepartie n'est recueillie, que l'impôt sur la plus-value ne soit pas dû. Car l'imposition des plus-values a pour objectif d'appréhender un revenu : le gain en capital constaté, non pas de manière latente, mais bien concrètement, par la perception lors de sa sortie du patrimoine d'une contrepartie de valeur plus élevée que sa valeur lors de l'entrée, en quelque sorte. Sur les difficultés inhérentes à la taxation des plus-values, v. JCl. Fiscal Impôts directs Traité, fasc. 805 : Imposition des plus-values de cessions mobilières, par A. Maitrot de la Motte, mise à jour au 1^{er} oct. 2020, n° 28 et s.

14 En matière de valeurs mobilières, droits sociaux et titres assimilés : CGI, art. 150-0 D ; en matière de biens immeubles : CGI, art. 150 VB, I.

15 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige, préc. note 4.

16 CE, 9 avr. 2014, n° 353822, Pérès : Lebon T., p. 603-614-830 ; RJF 7/14 n° 708, concl. C. Legras. - CE, 10 févr. 2017, n° 387960, Min. c/ Fillet : Dr. fisc. 2017, n° 14, comm. 239, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, note R. Mortier ; RJF 2017, n° 468 ; S. Quilici, Donation avant cession : la stipulation d'un quasi-usufruit sur le prix de cession n'emporte pas fictivité de la donation : Dr. fisc. 2017, n° 12, act. 178.

17 3^e L. n° 2012-1510, 29 déc. 2012 de finances rectificative pour 2012, art. 19.

18 CC, 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC : « Considérant que les dispositions contestées font peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec leur situation mais est liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières ; que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfutable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'éluider le paiement de l'imposition des plus-values ; que le législateur n'a donc pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi ; que par suite, il a méconnu les exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789 ».

10. Donation précession : champ d'application - La stratégie de donation précession ne fonctionne qu'autant que la donation n'est pas un fait générateur de plus-value. Cela exclut du dispositif les titres de sociétés dont l'aliénation, à titre onéreux comme à titre gratuit, relèverait du régime des plus-values professionnelles. En application de l'article 151 nonies du CGI en effet, lorsqu'un contribuable exerce son activité professionnelle dans le cadre d'une société dont les bénéfices sont de plein droit¹⁹ soumis en son nom à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices agricoles, des bénéfices industriels ou commerciaux ou des bénéfices non commerciaux, ses titres dans la société sont considérés comme des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession, et leur transmission à titre gratuit au profit d'une personne physique constitue un fait générateur de plus-value²⁰. Partant, la donation précession ne suit pas le même traitement fiscal qu'en matière de plus-value privée.

11. Ces prolégomènes établis, nous traiterons de la donation précession en deux temps, en envisageant successivement comment sécuriser l'opération (I), avant d'étudier les méthodes d'optimisation (II).

I. Sécuriser la donation précession

12. L'intention libérale du disposant constitue l'alpha et l'oméga de la donation : elle concentre, en matière d'opération précession, le contentieux de l'abus de droit fiscal ; elle gouverne, quant à la rédaction, l'essentiel des charges et conditions qui seront stipulées à l'acte, lesquelles - force est de le constater - laissent parfois apparaître la volonté d'un donateur omnipotent de régenter le devenir des biens donnés, sans pour autant celle de se les réapproprier. Bien rare est devenue la donation ne comportant ni charge ni condition ! Deux considérations d'ordres distincts peuvent expliquer cela. Une donnée psychologique d'abord : la plupart des donateurs souhaitent conserver un certain contrôle sur les biens donnés, tant pour se protéger des effets du dessaisissement auquel ils consentent, que pour protéger les gratifiés eux-mêmes des conséquences de tous ordres susceptibles de résulter d'un enrichissement soudain. Une dimension juridique ensuite, la rédaction d'un contrat pouvant produire des effets depuis sa date de conclusion jusqu'au décès du disposant (voire davantage) requiert d'infinies précautions quant à l'organisation de ses effets dans le temps : le seul exemple de la donation avec réserve d'usufruit suffit à s'en convaincre.

Mais l'intention libérale, aussi omniprésente soit-elle, ne doit pas occulter l'existence de certaines difficultés, propres

19 C'est-à-dire en application des articles 8 et 8 ter du CGI.

20 À l'inverse des plus-values dites « privées », l'imposition des plus-values professionnelles lors de toute sortie d'élément d'actif (donc en cas de donation) se justifie parce que le bien fait l'objet d'une inscription à l'actif du bilan de l'entreprise. Divers régimes d'exonération existent toutefois (CGI, art. 151 septies et s.).

au contexte d'une opération précession, lequel requiert, par définition, d'anticiper dès la donation (i) les facteurs pouvant faire obstacle à la cession ou la rendre plus complexe et (ii) la perception puis la gestion du produit de cession. Afin de sécuriser au mieux la donation, nous examinerons les manières d'identifier et de résoudre ces difficultés en distinguant les aspects civils (A) des aspects fiscaux (B).

A. Sécuriser la donation sur le plan civil

13. Qui, quand²¹, quoi et comment ? Voilà, trivialement, qui permet de résumer l'audit d'un dossier de donation précession. La question du **qui** renvoie à l'audit des règles de capacité et de pouvoir de disposer (1°), car le donataire deviendra cédant. C'est donc d'abord et avant tout la question des personnes protégées, lesquelles peuvent être assujetties à un régime particulier d'assistance et/ou de représentation ; mais c'est aussi la question d'une part des titulaires de droits réels ou personnels (avec en creux l'intervention de l'usufruitier successif), et d'autre part celle de la renonciation à l'article 924-4 du code civil. La question du **quoi** désigne l'assiette de la

²¹ La question du « quand ? » ne sera pas étudiée ici, au plan civil, mais conserve au contraire toute son importance au point de vue fiscal, et sera étudiée à cet égard ci-après (V. § 50).

donation : le bien transmis, par sa nature, suscite-t-il des difficultés particulières qu'il convient d'anticiper (2°) ? Nous nous concentrerons, quant à cet aspect, sur les titres sociaux, d'abord parce qu'ils constituent avec les immeubles le champ de prédilection des opérations précession, et ensuite parce qu'à la différence de ces derniers, ils soulèvent davantage de difficultés en raison de leur nature. Enfin, l'interrogation de la manière, du **comment**, correspond à la contractualisation de l'intention libérale (3°) : celle-ci est-elle absolue, ou est-elle relative, enchâssée dans diverses barrières ? Quel doit en être le vecteur ? C'est donc d'une part la question du support de l'intention libérale (forme de l'acte), et d'autre part de son cadre (les charges et conditions).

1° Les règles de pouvoir et de capacité

◆ A) LE CAS DES MAJEURS PROTÉGÉS

14. Tableaux synoptiques - La situation des majeurs protégés peut être, succinctement, synthétisée de la manière suivante. Les solutions n'étant pas particulières à l'hypothèse de la donation précession mais relevant, plus généralement, du régime d'une part de l'acceptation de la donation par un majeur protégé, et d'autre part, de la vente d'un élément d'actif par celui-ci, nous ne nous appesantirons pas davantage sur le sujet.

Acceptation de la donation au profit d'un majeur protégé		
	Donation sans charge ni condition	Donation grevée de charges et/ou conditions
Sauvegarde de justice	Majeur protégé seul (C. civ., art. 435, al. 1 ^{er})	
Curatelle	Majeur protégé seul (C. civ., art. 467, <i>a contrario</i>)	Majeur protégé avec l'assistance du curateur (C. civ., art. 467, al. 1 ^{er})
Tutelle	Tuteur sans autorisation préalable (C. civ., art. 507-1)	Tuteur avec autorisation préalable du Juge ou du Conseil de famille (C. civ., art. 505 et 507-1)
Habilitation familiale	En cas d'habilitation à <i>assister</i> : majeur seul sauf si visé par la mesure d'habilitation, auquel cas assistance requise (C. civ., art. 494-1) En cas d'habilitation à <i>représenter</i> : majeur seul sauf si visé par la mesure d'habilitation, auquel cas représentation requise	
Mandat de protection future	Majeur protégé seul ou mandataire selon les stipulations du mandat	

Cession d'un élément d'actif par un majeur protégé			
	Immeuble	Titres sociaux	Actes portant sur les statuts de la société cédée
Sauvegarde de justice	Majeur protégé seul (C. civ., art. 435)		
Curatelle	Assistance du curateur (C. civ., art. 467, al. 1 ^{er})	Assistance du curateur (C. civ., art. 467, al. 1 ^{er}) * <i>Sauf circonstances particulières</i>	
Tutelle	Autorisation préalable du juge ou du conseil de famille (C. civ., art. 505, al. 3)	Autorisation préalable du juge ou du conseil de famille (C. civ., art. 505, al. 3) * <i>Sauf circonstances particulières</i>	
Habilitation familiale	En cas d'habilitation à <i>assister</i> : majeur seul sauf si visé par la mesure d'habilitation, auquel cas assistance requise (C. civ., art. 494-1) En cas d'habilitation à <i>représenter</i> : majeur seul sauf si visé par la mesure d'habilitation, auquel cas représentation requise		
Mandat de protection future	Majeur protégé seul ou mandataire selon les stipulations du mandat		

◆ B) LE CAS DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ

15. Acceptation de la donation - Le mineur non émancipé est frappé d'une incapacité générale d'exercice²² lui interdisant de conclure seul tout contrat²³. Il est à cet égard représenté par ses père et mère, titulaires conjointement de l'administration légale. Comme pour les majeurs protégés, le critère de distinction réside, pour une donation, dans la stipulation de charges : si la donation est libre de toute charge, alors l'acceptation de celle-ci est considérée comme un simple acte d'administration²⁴ et chaque administrateur légal peut concurremment agir seul²⁵ ; si au contraire la donation est grevée de charges, la donation est qualifiée d'acte de disposition²⁶ et l'accord conjoint des administrateurs légaux est requis²⁷. Toutefois, en application de l'alinéa 2 de l'article 935 du code civil, n'importe quel ascendant du mineur non émancipé peut concourir à l'acte à l'effet d'accepter la donation pour le compte de ce dernier.

16. Cession - Les administrateurs légaux, malgré leur action conjointe, ne peuvent accomplir certains actes de disposition, considérés comme graves, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles. Il en va ainsi notamment, d'une part de la vente de gré à gré d'un immeuble appartenant au mineur, et d'autre part de la réalisation de tout acte portant sur des actions, pourvu que celui-ci engage substantiellement le patrimoine du mineur pour le présent ou le futur²⁸. Or, donation et cession sont comme les deux temps d'une valse dont le rythme ne doit souffrir ni l'aléa ni le délai de réponse inhérents à l'intervention d'un juge. Pour préserver la maîtrise de sa partition, le praticien sera bien inspiré de désigner, aux termes de la donation, un tiers administrateur.

17. Tiers administrateur : notion - Aux termes de l'article 384 du code civil : « *Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers. / Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal. / Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer* ».

La puissance de cette clause mérite indiscutablement que nous nous y attardions quelque peu, en considération tant des faibles contraintes qu'elle connaît dans son principe comme dans sa mise en œuvre, que de son caractère particulièrement efficace et sécurisant dans le contexte des opérations précieuses²⁹. Précisons en outre que contrairement à ce qui

avait été soutenu³⁰, la désignation du tiers administrateur n'a pas à être motivée par la protection de l'intérêt de l'enfant³¹ ; c'est là une spécificité notable de la clause, qui tranche avec le régime du mandat à effet posthume³², de la clause d'inaliénabilité³³ ou de tutelle testamentaire³⁴, pour lesquels la loi exige comme condition de validité qu'ils soient justifiés par un intérêt sérieux et légitime ou, plus précisément, par l'intérêt du mineur.

Regards croisés avec le contentieux fiscal

La désignation d'un tiers administrateur pourrait faciliter la preuve de la sincérité de la donation dans le contentieux de l'abus de droit fiscal³⁵. La précision suggérée par le rapporteur public s'inscrit dans le cadre d'une série d'arrêts relatifs à la réappropriation du produit de cession par le donateur entre les mains du donataire-cédant mineur, la qualité d'administrateur légal du donataire se retournant parfois contre le contribuable lui-même.

18. Champ d'application personnel - L'étude du champ d'application personnel recouvre essentiellement deux questions : qui désigne, et qui peut être désigné ?

19. Auteur de la désignation - À la première, nous répondrons très rapidement. Il ne fait aujourd'hui aucun doute que l'administrateur légal du gratifié peut, à l'occasion d'une donation qu'il consent au profit de son enfant, insérer une clause de désignation d'un tiers administrateur, afin de soustraire les biens donnés à l'administration légale de son *alter ego*³⁶.

20. Choix du tiers administrateur - La question du choix de la personne du tiers administrateur est plus délicate. L'emploi du terme « tiers » soulève deux difficultés. La première difficulté est de savoir si la même personne peut être à la fois disposant et tiers administrateur. Autrement dit, le disposant peut-il s'auto-désigner tiers administrateur des biens donnés ? La réponse de la doctrine et de la pratique notariale est ici unanimement positive : « *rien n'interdit à l'auteur d'une transmission entre vifs de se désigner comme administrateur des biens donnés* »³⁷.

22 C. civ., art. 1146, 1°.

23 À l'exception des actes de la vie courante (C. civ., art. 1148).

24 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1.

25 C. civ., art. 382-1, al. 1^{er}.

26 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1.

27 C. civ., art. 382-1, al. 1^{er} *a contrario*.

28 C. civ., art. 387-1, 1° et 8°.

29 Pour une étude détaillée de la question, v. C. Farge et S. Guillaud-Bataille, La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur État des lieux et perspectives d'évolution : JCPN 2019, n° 16, 1167, p. 29 et s.

30 V. not. Y. Favier, La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités, in *Patrimoine du mineur* : AJ fam. 2002, p. 360. - Aubry et Rau, t. I par Ponsard, § 123, n° 500, texte et note 7. - 91^e Congrès des notaires de France. Tours, 21-24 mai 1995. Le droit et l'enfant : rapp., n° 409.

31 Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 11-25.946. - Cass. civ. 1^{re} 10 juin 2015, n° 14-18.856 et 14-10.146. - Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n° 17-40.035. - 113^e Congrès des notaires de France. Lille, 17-20 sept. 2017, rapp., n° 1853.

32 C. civ., art. 812-1-1.

33 C. civ., art. 900-1.

34 C. civ., art. 403.

35 V. en ce sens CE, 5 févr. 2018, n° 409718, Herr : RJF 4/18 n° 413, concl. V. Daumas, C 413.

36 V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 11-26.728 : RTD civ. 2013, p. 421, note M. Grimaldi : « si on s'attache à l'esprit du texte, la défiance envers l'administrateur légal, dont la loi ne veut pas que l'enfant fasse les frais, se conçoit tout particulièrement entre parents séparés ou en instance de séparation. »

37 P. Delmas Saint Hilaire, À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale, in *Mél. Le Guidec* : LexisNexis, 2014, spéc. p. 337.

21. La seconde difficulté est ensuite de savoir si l'administrateur légal pourrait être désigné en qualité d'administrateur conventionnel sur le fondement de ce texte, le cas échéant avec des pouvoirs élargis. À ce sujet, le CRIDON de Paris³⁸, qui reconnaît la possibilité à l'administrateur légal dans les libéralités qu'il consent au profit de son enfant d'utiliser la clause de désignation d'un tiers administrateur, limitait traditionnellement la possibilité de désigner comme tiers administrateur le ou les administrateurs légaux au seul cas où le disposant n'est pas administrateur légal, au motif que les règles d'administration légale sont impératives et que les administrateurs légaux ne peuvent pas en disposer ; dit autrement, selon cette approche traditionnelle, l'administrateur légal ne pourrait avoir, en qualité de tiers administrateur, des pouvoirs élargis sur les biens transmis à titre gratuit au profit de son enfant mineur que s'il n'est pas l'auteur de la libéralité. Certains auteurs³⁹ et praticiens réfutent cette analyse et considèrent que « rien ne justifie de traiter distinctement le donateur selon qu'il est administrateur légal ou non »⁴⁰. Au soutien de cette deuxième thèse à laquelle le CRIDON de Paris semble désormais se joindre⁴¹, peut être sollicité l'esprit de la loi :

- l'esprit du texte de l'article 384 : il s'agit d'une disposition destinée à favoriser les libéralités faites à un mineur⁴². Si la perspective du jeu des règles de l'administration légale sur les biens transmis au mineur est un frein à la volonté libérale du disposant, il faut permettre à ce dernier de les écarter. Car, à défaut, des règles conçues pour protéger les intérêts du mineur risquent de se retourner contre lui ;

- l'esprit de la réforme de l'administration légale opérée en 2015 : le législateur a voulu, en limitant l'intervention du juge des tutelles, manifester la confiance qu'il fait aux administrateurs légaux pour protéger les intérêts patrimoniaux de leurs enfants. On ne doit donc pas redouter *a priori* de l'administrateur légal qui s'auto-désigne tiers administrateur ou qui désigne en cette qualité son conjoint une volonté de nuire à son enfant. Et pour les cas pathologiques, l'on utilisera la faculté de faire désigner par le juge des tutelles un administrateur *ad hoc* pour remplacer le « tiers administrateur-administrateur légal » malveillant.

Si la désignation pour tiers administrateur de l'administrateur légal⁴³ nous semble donc désormais possible, cette voie n'est explicitement confirmée ni par le texte précité ni par la jurisprudence ; aussi, dans le contexte particulier d'une donation précession, pourrait-il être prudent de considérer cette hypothèse comme un ultime recours seulement afin d'éviter autant qu'il est possible d'irritantes arguties avec le cessionnaire et ses conseils.

22. Enfin, précisons que l'emploi du singulier (« un tiers ») par l'article 384 du code civil ne doit pas brider l'imagination

38 CRIDON de Paris, Questions-Réponses, 7 oct. 2016, n° 857609.

39 P. Delmas Saint Hilaire, À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale, préc. note 37, spéc. p. 333.

40 113^e Congrès des notaires de France. Lille, 17-20 sept. 2017, rapp., n° 1830.

41 Cridon de Paris, Questions-Réponses, n° 922437.

42 G. Cornu, Droit civil. La famille : LGDJ, coll. Précis Domat, 9^e éd., 2006, n° 90.

43 Ou de l'un des administrateurs légaux.

du rédacteur⁴⁴ : il est de bonne précaution que soit envisagée l'opportunité de désigner plusieurs tiers, conjoints ou successifs : un tiers administrateur subsidiaire, un co-administrateur, avec éventuellement une distinction selon la nature des biens transmis au mineur, ou encore un tiers contrôleur du tiers administrateur, selon l'importance de la mission confiée ou de l'émolument transmis au mineur.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le donateur (même s'il est par ailleurs administrateur légal) peut exclure l'administration légale sur les biens donnés et désigner un tiers administrateur dans la donation.

Il semble envisageable de désigner dans la donation le ou les administrateurs légaux en qualité de tiers administrateur (il nous semble préférable, dans un contexte de donation précession, d'éviter la désignation des administrateurs légaux). Le cas échéant, il peut être opportun de désigner également un tiers administrateur subsidiaire.

23. **Champ d'application temporel** - L'étude du champ d'application temporel invite à délimiter les deux bornes que constituent le début et la fin de la mission du tiers administrateur.

24. **Point de départ** - Au commencement, il y a... la libéralité. C'est au moment où il réalise la donation, *ab initio*, que le disposant peut insérer des clauses relatives au statut des biens donnés et notamment une clause de désignation d'un tiers administrateur⁴⁵. Une fois la transmission réalisée, il perd ce pouvoir⁴⁶ et seule la révocation conventionnelle de la donation réalisée sans clause de désignation et la réalisation d'une nouvelle donation prévoyant l'insertion d'une telle clause peut permettre de corriger l'erreur⁴⁷. Cela exposé, la question est désormais de savoir si le tiers administrateur peut ou non accepter lui-même, pour le compte du mineur gratifié, la donation qui comporte sa désignation. Ainsi posée, la question revient à se demander s'il est possible de contourner la réticence de l'administrateur légal évincé à accepter la donation. En faveur d'une réponse positive, il peut être soutenu, avec certains auteurs, que le tiers administrateur doit remplacer l'administrateur légal « pour tout ce qui va concerner la libéralité »⁴⁸ et qu'en conséquence, il doit pouvoir accepter

44 113^e Congrès des notaires de France. Lille, 17-20 sept. 2017, rapp., n° 1837.

45 V. en ce sens CRIDON de Paris, Questions-Réponses, 15 nov. 2017, n° 872344.

46 Il n'est pas douteux qu'un donateur ne saurait solliciter, après la donation, l'établissement d'un acte complémentaire ou rectificatif afin d'y ajouter la clause omise comportant exclusion de l'administration légale et désignation d'un tiers administrateur : un tel ajout est impossible et à proscrire formellement. Soulignons ici la fragilité (entre autres inconvénients) inhérente au don manuel, qui ne pourra pas comporter de clause portant exclusion de l'administration légale et désignation d'un tiers administrateur ; subséquemment, le pacte adjoint, par nature postérieur à la libéralité, interviendra trop tard.

47 Le coût fiscal d'une telle opération doit être pris en compte puisque la révocation ne s'accompagne d'aucune restitution des droits payés.

48 V. en ce sens P. Delmas Saint Hilaire, À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale, préc. note 37, spéc. p. 333. - 113^e Congrès des notaires de France. Lille, 17-20 sept. 2017, rapp., n° 1835.

cette libéralité, sauf à, seulement, s'assurer que la clause le prévoit expressément. Si cette approche libérale nous semble intéressante, il faut admettre que le raisonnement n'a rien d'évident : le tiers administrateur tire sa fonction de la libéralité qui, pour être formée, doit être acceptée par le gratifié ; il nous paraît douteux que ce tiers puisse, en l'état du droit positif, exercer sa mission.

25. Terme de la mission - Et au terme, se trouve... la majorité : par principe, la mission du tiers administrateur cesse automatiquement à la majorité du gratifié⁴⁹. Ainsi, une clause prévoyant que le tiers administrateur exercera sa mission au-delà de la minorité du gratifié est à éviter : une telle clause serait, en tout état de cause, impuissante à faire perdurer la mission du tiers administrateur, en tant que telle, au-delà de cette minorité et serait requalifiée en charge de la libéralité⁵⁰.

26. En pratique, le besoin inverse est parfois exprimé ce qui amène à s'interroger sur la possibilité de circonscrire la mission du tiers administrateur à une durée plus courte car limitée par un terme qui peut être fixe ou dépendre d'un événement déterminé. La lettre comme l'esprit du texte nous semblent autoriser une telle application, *a priori* conforme à leur objectif de favoriser les libéralités consenties au profit de mineurs. Toutefois, lors de la cessation des fonctions du tiers administrateur, deux analyses sont concevables :

- soit l'on considère qu'il doit être fait application, par extension, du troisième alinéa de l'article 384, le juge des tutelles devant alors nommer un administrateur *ad hoc* (ce que la loi prévoit si le tiers administrateur refuse sa mission ou se trouve lui-même placé sous tutelle) ;

- soit l'on considère que l'exclusion de l'administration légale, limitée à une période ayant pris fin, il doit être fait application des règles de l'administration légale, lesquelles ont ainsi été « gelées » seulement pour un temps déterminé⁵¹. L'absence de confirmation en jurisprudence conduit néanmoins à recommander une précision expresse en ce sens dans la donation.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La clause de désignation doit être prévue au moment où la donation est réalisée. Aucun acte rectificatif ne peut introduire une désignation *a posteriori*.

Il est en l'état actuel du droit positif incertain que le tiers administrateur puisse accepter la donation pour le compte du gratifié.

49 Encore que le terme de la mission puisse survenir de manière anticipée, par la survenance soit du décès du tiers administrateur, soit lorsque survient l'une des situations prévues aux articles 395 et 396 du code civil, ce qui commande alors la désignation par le juge des tutelles d'un tiers administrateur pour le remplacer : il s'agit là, en quelque sorte, de « bornes maximales » dont il n'est pas douteux qu'elles ne pourront pas être dépassées.

50 Ce qui entraînera l'application du régime habituel de ces charges : d'une part, l'application éventuelle de l'action en révision (C. civ., art. 900-2), et d'autre part, si le gratifié est héritier réservataire, la réduction pour atteinte à la réserve si la libéralité ne porte pas sur la quotité disponible (C. civ., art. 912).

51 V. en ce sens, avec prudence, CRIDON de Paris, Questions-Réponses, 7 oct. 2016, n° 857609.

L'administration et la gestion des biens donnés au-delà de la minorité de l'enfant (interdiction d'aliéner, obligation d'emploi, etc.) seront organisées par une clause distincte de la donation, pour ne pas compromettre l'efficacité de la désignation du tiers administrateur.

Si un terme anticipé est prévu, il est prudent de préciser que les règles de l'administration légale retrouveront leur efficacité.

27. Champ d'application matériel - À ce stade, nous distinguerons l'étendue de la mission du tiers administrateur quant aux biens de l'étendue de sa mission quant à ses pouvoirs.

28. Étendue de la mission quant aux biens - Deux précisions méritent d'être apportées. Premièrement, la mission du tiers administrateur peut porter sur des biens composant la réserve héréditaire du mineur⁵². La raison en est que la fonction de la réserve héréditaire est d'assurer à un ou plusieurs héritiers réservataires de recevoir une portion de la succession libre de charge et non de protéger le périmètre « naturel » de l'administration légale ; et corrélativement, le rôle assigné à l'action en réduction est de protéger les droits de l'enfant réservataire et non les droits d'administration du parent. Il en résulte que la clause d'exclusion, accessoire d'une libéralité, n'est pas une charge, ce qui conforte l'article 384 dans son rôle : favoriser les libéralités adressées aux mineurs. Deuxièmement, il n'est pas discuté, semble-t-il, que la mission de gestion du tiers administrateur puisse être étendue aux biens subrogés aux biens donnés ou légués. Toutefois, puisqu'il est douteux que cette mission puisse être seulement implicite, ou sous-entendue, il est de bonne pratique, pour éviter toute difficulté sur ce sujet, de prévoir expressément cette subrogation dans la clause de désignation du tiers administrateur, sauf précisément à souhaiter que la mission du tiers s'éteigne par la cession qui interviendrait pendant la minorité de tel donataire concerné.

29. Étendue de la mission quant aux pouvoirs - Le tiers administrateur est titulaire des pouvoirs qui lui sont conférés par la donation et, à défaut, ceux d'un administrateur légal. Il en résulte que le disposant peut augmenter ou diminuer les pouvoirs du tiers administrateur par rapport à ceux d'un administrateur légal : les augmenter, en prévoyant par exemple que le tiers administrateur a tous pouvoirs à l'effet de consentir sur les biens donnés tous actes de disposition notamment la cession ou l'apport ; les diminuer, par exemple en subordonnant certains actes à l'autorisation préalable d'une ou plusieurs personnes déterminées. En tout état de cause, il ne sera néanmoins pas possible de soumettre à l'autorisation du juge l'accomplissement d'un acte si ce n'est déjà prévu par la loi : la compétence du juge ne saurait avoir pour seul fondement la volonté du disposant, exprimée par une clause d'exclusion de l'administrateur légal.

52 Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 11-26.728.

30. Certains auteurs⁵³ ont émis l'objection que le donateur, lorsqu'il est aussi administrateur légal, ne pourrait conférer au tiers administrateur davantage de pouvoirs qu'il n'en a lui-même ce qui priverait ainsi le père ou la mère donateur/donatrice de conférer au tiers des pouvoirs larges de disposition. Une telle objection appelle la plus vive hostilité : les pouvoirs conférés au tiers administrateur le sont par le donateur agissant en qualité de propriétaire, et non en qualité d'administrateur légal de sorte qu'il ne délègue pas ses pouvoirs. Aussi ne nous semble-t-il pas douteux que le tiers administrateur puisse se voir conférer tous pouvoirs de conservation, d'administration et de disposition sur les biens donnés, ainsi notamment du pouvoir de céder des biens immeubles ou des titres sociaux reçus à titre gratuit par le mineur dans le cadre d'une opération de donation précession.

31. Garantie d'actif et de passif - Il est d'usage que la cession de droits sociaux soit assortie de l'établissement d'une garantie d'actif et de passif, par laquelle le cédant se porte garant des différents postes d'actif et de passif tels qu'ils résultent de la situation comptable de la société dont les titres sont cédés, exposant ainsi celui-ci à se trouver redevable d'une indemnité, au profit soit du cessionnaire soit de la société,

53 V. R. Mesa, La gestion des biens reçus par un mineur à titre gratuit non soumis à l'administration légale : RLDS déc. 2013, n° 110.

dont le versement est alors le plus souvent garanti par une caution bancaire, elle-même garantie par le nantissement accordé par le cédant d'un contrat de capitalisation alimenté par le produit de cession. Cette garantie d'actif et de passif et la constitution des garanties qui y sont associées (notamment le nantissement), bien que le plus souvent établies par acte séparé de celui formant le support de la cession de titres, ne peuvent être analysées que comme la partie d'un ensemble contractuel à la formation duquel chaque composante est strictement indispensable et constitue un maillon essentiel. Dès lors, il doit être admis que le pouvoir de disposer conféré au tiers administrateur recouvre celui de signer la garantie d'actif et de passif et de consentir toutes sûretés qui en constituent l'accessoire.

32. Règles de représentation en assemblée générale - Enfin, lorsque les actifs donnés ou légués (ou ceux acquis en emploi) sont des droits sociaux, il convient de s'interroger sur la possibilité pour le tiers administrateur (dont nous prenons pour hypothèse qu'il n'est pas associé), d'exercer les prérogatives d'associé et notamment le droit de vote ; le tiers administrateur, agissant en qualité de mandataire du donateur et non en qualité d'administrateur légal, il convient de s'interroger sur l'application des règles de droit commun en matière de représentation des associés aux assemblées générales, ce qui implique de distinguer selon la forme sociale concernée.

Application des règles de représentation en matière de représentation des associés aux assemblées générales

Au sein d'une société civile	Si les statuts prévoient et autorisent la représentation par un tiers non associé alors le tiers administrateur peut librement agir. Si les statuts sont silencieux à ce sujet, alors il est généralement admis que la représentation d'un associé est impossible, qui plus est par un mandataire autre qu'un associé. Toutefois, avec certains auteurs ⁽¹⁾ , nous pensons qu'il doit être dérogé au droit commun de la représentation en droit des sociétés lorsqu'il existe une disposition spéciale : cela est le cas en l'espèce dès lors que le tiers administrateur, bien que n'agissant pas en qualité de représentant légal du mineur, exerce un mandat particulier pour la protection de ce dernier, dont le régime juridique est spécialement organisé par une disposition du code civil.
Au sein d'une SARL	Si les statuts prévoient et autorisent la représentation par un tiers non associé alors le tiers administrateur peut librement agir. Si les statuts sont silencieux à ce sujet, alors il un associé ne peut être représenté que par son conjoint ou un autre associé ⁽²⁾ .
Au sein d'une SA	D'une part, l'article L. 225-106, I du code de commerce pose un principe général suivant lequel un actionnaire ne peut, sauf exception, être représenté que par un autre actionnaire (ou son conjoint ou son partenaire avec lequel il est lié par un pacte civil de solidarité). D'autre part, l'article R. 225-79 du même code pose le principe d'une procuration spéciale. Il nous semble ainsi que le raisonnement doit être identique qu'en matière de société civile : il doit être admis de faire exception à ces principes généraux au regard du texte spécial de l'article 384 du code civil.
Au sein d'une SAS	Il n'existe pas d'obligation pour un actionnaire de se faire représenter par un autre actionnaire, ni aux termes d'une procuration spéciale, de sorte que le tiers administrateur peut librement agir.

⁽¹⁾ S. Lelong et A. Couret, Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ? : RJDA 3/08, p. 219.

⁽²⁾ C. com., art. L. 223-28.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le report de la mission du tiers administrateur sur les biens qui constituent la représentation des biens donnés (prix de cession, actifs acquis en remploi), doit être expressément prévu pour produire ses effets.

◆ C) LE CAS DE L'USUFRUITIER SUCCESSIF

33. Droit réel à terme - Selon une doctrine classique et majoritaire, l'usufruit est un droit réel issu du démembrement de la propriété⁵⁴. Cette qualification n'est pas altérée selon que l'usufruit est actuel (ouvert, également dit de premier rang) ou successif (non encore ouvert, également dit de deuxième rang, lequel ne s'ouvrira qu'à l'extinction de l'usufruit actuel). Simplement l'usufruit successif constitue-t-il un bien présent à terme⁵⁵ ; à terme, car il ne déploie ses effets qu'à l'extinction de celui de premier rang : l'obligation de délivrance du constituant prend naissance dès l'acte constitutif d'usufruit, mais son exercice est reporté à l'extinction de l'usufruit de premier rang.

34. Consentement à la cession - Dans l'hypothèse d'une donation de nue-propriété, le donateur conservant par rétention l'usufruit actuel, constituant par translation au profit de son conjoint (par exemple) un usufruit successif, et donnant la nue-propriété au profit de ses enfants, la cession ultérieure de la pleine propriété du bien s'analysera en (i) une cession de l'usufruit actuel par le donateur, (ii) une cession de l'usufruit successif par son conjoint, et (iii) une cession de la nue-propriété par les donataires. Partant, le consentement de l'usufruitier successif est, au même titre que celui de l'usufruitier de premier rang, requis lors de la cession, à défaut de quoi le cessionnaire sera entravé dans son usage du bien acquis, l'usufruitier n'ayant pas donné son accord à la cession simultanée, et étant de ce chef toujours fondé à en jouir au titre de son droit d'usage et de jouissance⁵⁶. La solution se commande du principe de prohibition des engagements pour autrui, et plus généralement, de l'effet relatif des contrats : ni l'usufruitier actuel ni le nu-propriétaire ne pouvant céder davantage de droits qu'ils n'en ont, la cession de l'usufruit successif ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'usufruitier successif, sans quoi la vente lui sera inopposable.

35. Non-reconstitution de la pleine propriété - Pire encore, il semble que la pleine propriété ne puisse être reconstituée sur la tête du cessionnaire : il est acquis que

la cession simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un même bien au profit d'un même cessionnaire mette un terme au démembrement de propriété. D'abord car le démembrement de propriété présuppose que les prérogatives du droit de propriété soient réparties entre plusieurs titulaires. Ensuite parce que l'article 621 du code civil milite implicitement, en organisant la répartition du prix de cession entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, en faveur d'une extinction de l'usufruit. Mais cette reconstitution nous paraît impossible si l'usufruitier successif n'a pas consenti à la vente. Tout au plus cette dernière aboutirait-elle à l'extinction de l'usufruit de premier rang et à la transmission de la nue-propriété au profit du cessionnaire, mais sous l'usufruit de deuxième rang de l'usufruitier successif. Le risque est alors d'organiser, par cette reconstitution imparfaite, un démembrement de propriété non souhaité entre deux parties aux intérêts très vraisemblablement distincts. Alors même que le démembrement de propriété procède en général, par les relations qu'il instaure entre eux, d'un *intuitus personae* du plein propriétaire envers le futur usufruitier ou nu-propriétaire, la situation ainsi créée apparaît profondément indésirable.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il est conseillé de toujours faire intervenir le ou les usufruitiers successifs à la cession, afin que chacun d'eux renonce expressément à son usufruit successif ; alors seulement la reconstitution de la pleine propriété sur la tête du cessionnaire sera parfaite.

◆ D) LE CAS DES COHÉRITIERS RÉSERVATAIRES

36. Action en réduction ou revendication - L'hypothèse est la suivante : le *de cuius* a consenti diverses libéralités dans une proportion qui excède la quotité disponible ; les héritiers réservataires, voyant leur part de réserve entamée, décident d'exercer l'action en réduction à l'encontre de celui qui a été trop généreusement gratifié. Or, depuis la libéralité, ce dernier a vendu le bien au profit d'un tiers, et se trouve impécunieux. Afin de protéger les héritiers réservataires contre l'insolvabilité du bénéficiaire d'une libéralité sujette à réduction, la loi organise la faculté pour eux d'exercer l'action en réduction à l'encontre directement du tiers acquéreur⁵⁷. Appliqué à la donation précession, le risque pèse sur le tiers détenteur donc le cessionnaire.

37. Renonciation à agir - Pour sécuriser la situation, une seule solution : il faut obtenir et du donateur et de tous les héritiers réservataires présomptifs, au jour de l'expression de leur consentement, qu'ils renoncent à exercer l'action en réduction ou en revendication contre les tiers détenteurs. Alors seulement, ces derniers seront protégés. Et pour parvenir à cette solution, deux modalités sont envisageables. La première consiste à obtenir le consentement des intéressés aux termes mêmes de la donation, ce qui a le mérite de la

54 V. not. en ce sens M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III : LGDJ, 1^{re} éd., n° 756. - J. Carbonnier, *Droit civil*, t. III : PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 15^e éd., n° 92. - F. Terré et P. Simler, *Droit civil. Les biens* : Dalloz, coll. *Précis Dalloz*, 10^e éd., n° 775. - L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements* : LexisNexis, coll. *Manuels*, 1^{re} éd., n° 258 et s.

55 Qualification inférée de Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-19.759, laquelle décision qualifie la donation d'usufruit successif de donation de bien présent à terme.

56 C. civ., art. 621, al. 2, le cas échéant au terme d'une action en possession d'usufruit.

57 C. civ., art. 924-4.

sécurité juridique. À défaut, ceux-ci pourront toujours consentir *a posteriori* à une telle renonciation à agir contre le tiers détenteur ; le formalisme de cette renonciation échappe à celui de la renonciation anticipée à l'action en réduction : le consentement pourra - par exemple - être donné dans l'acte de cession lui-même.

38. Caractère personnel de la renonciation - Précisons pour finir que le tiers administrateur, évoqué ci-avant (V. § 17 et s.), ne peut jouer aucun rôle s'agissant de représenter le mineur à l'effet de donner le consentement de ce dernier à l'aliénation d'un bien reçu par donation par l'un de ses cohéritiers réservataires sur le fondement de l'article 924-4 du code civil. Un tel consentement se rapproche en effet d'une renonciation à un droit, dès lors qu'il a pour effet de priver l'héritier renonçant du droit d'exercer, en cas d'insolvabilité de son cohéritier gratifié, l'action en revendication contre le tiers détenteur. Si ce consentement est exprimé dans la donation dont il constitue une clause (autorisée par l'article 924-4 du code civil), il sera parfaitement valable mais en dehors du périmètre d'intervention du tiers administrateur dont la mission commence, en l'état actuel du droit positif, dès la donation parfaite, donc acceptée⁵⁸. Si ce consentement doit être exprimé postérieurement à la donation au nom du mineur, il se rapportera alors à des biens autres que ceux donnés au profit du mineur concerné et pour lequel un tiers administrateur aura été désigné : un tel consentement est alors, par nature, en dehors du domaine d'intervention du tiers administrateur.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il est conseillé, autant que possible, de constater dans l'acte de donation le consentement du donateur et de ses héritiers présomptifs à l'effet de renoncer à exercer l'action en réduction ou en revendication entre les mains du cessionnaire ou des tiers détenteurs.

Lorsqu'une telle clause ne figure pas dans la donation et que la renonciation doit être organisée ultérieurement, le tiers administrateur ne peut en aucun cas représenter le donataire mineur à cet effet.

2° Les biens donnés

◆ A) LE CAS DE L'IMMEUBLE

39. Actes de la copropriété - Le cas de l'immeuble ne nous retiendra pas : la succession rapide des opérations dans le contexte de la donation précession a en effet pour conséquence que le mineur n'est pas appelé à gérer le bien durablement. Tout au plus celui-ci doit-il consentir à la cession et ainsi qu'il a été dit, cela suppose l'accord préalable du juge des tutelles, sauf si un tiers administrateur a été désigné⁵⁹. Il existe toutefois quelques points de vigilance. En matière de copropriété des immeubles bâtis d'abord, les actes visés

aux articles 25 à 28-1⁶⁰, 30⁶¹, 35⁶² et 38⁶³ de la loi du 10 juillet 1965⁶⁴ sont considérés comme des actes de disposition⁶⁵, et peuvent en conséquence être conclus par les représentants légaux agissant conjointement⁶⁶. De tels pouvoirs peuvent également être donnés en ce sens au tiers administrateur dans le cadre de sa mission.

40. Droits de priorité - Attirons ensuite à nouveau, si besoin en est, l'attention du praticien sur la nécessité de purger, selon les cas, les éventuels droits de priorité - qu'ils soient de préférence ou de préemption - que la donation et/ou la cession des immeubles requerrait. La question n'est pas propre à l'opération de donation précession, mais relève plus généralement du champ d'application matériel des divers droits de préférence ou de préemption ; aussi n'y consacrons-nous pas davantage de développements.

◆ B) LE CAS DES TITRES SOCIAUX

41. La donation précession de titres sociaux se révèle en pratique remarquablement plus fréquente que celle d'immeubles. De la même manière que pour la donation précession d'immeuble, la question relève, par certains aspects, davantage du contexte plus général des pouvoirs du donateur et du donataire-cédant sur le bien donné puis cédé. Elle soulève néanmoins certaines difficultés qui lui sont propres.

42. Cession libre et cession soumise à contraintes - Tel est d'abord le cas de toutes les clauses restreignant les pouvoirs de l'actionnaire-donateur puis du donataire-cédant sur les titres sociaux. Ainsi, il conviendra tant pour la donation qu'ensuite pour la cession, de s'interroger sur la qualification de chacune de ces opérations de « cession libre » ou non, au sens de la documentation sociétaire, laquelle regroupe en premier lieu les statuts, mais également tous les pactes convenus entre associés ou actionnaires, et éventuellement le règlement intérieur. Le rédacteur devra donc prendre soin d'auditer avec précision la totalité de la documentation sociétaire.

43. Clauses usuelles - Nous dressons ci-après une liste, non exhaustive, des clauses les plus usuelles susceptibles d'avoir un effet sur l'opération⁶⁷.

60 Notamment, sans que cela soit exhaustif : conditions d'adoption des décisions à la majorité dite de l'article 25, ainsi que celles à la majorité dite de l'article 26, souscription d'un emprunt collectif, scission de copropriété.

61 Conditions d'adoption de la décision d'amélioration de l'immeuble.

62 Conditions d'adoption de la décision de surélévation pour création de nouveaux locaux privés.

63 Conditions d'adoption de la décision de reconstruction à la suite d'une destruction totale ou partielle de l'immeuble.

64 L. n° 65-557, 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

65 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. II.

66 C. civ., art. 382-1, al. 1^{er} *a contrario*.

67 À noter que la loi prévoit un agrément légal dans les sociétés de personnes : les sociétés en nom collectif (C. com., art. L. 223-13), les sociétés civiles (C. civ., art. 1861) et les SARL (C. com., art. L. 223-14).

58 Sur ce point, V. § 24.

59 V. § 29.

Clauses usuellement stipulées restreignant le caractère « libre » des transferts de droits sociaux

Clause	Contenu
Définitions	Clause précisant les définitions des cessions « libres » et de celles « non-libres ».
Clause d'inaliénabilité	Clause organisant l'inaliénabilité temporaire des titres pendant une période déterminée.
Clause d'agrément	Clause organisant la nécessité d'obtenir, préalablement au transfert envisagé, l'agrément du bénéficiaire par la collectivité des associés.
Promesse de vente	Contrat par lequel un associé promet de vendre ses titres au profit d'une personne déterminée.
Clause de préférence	Clause organisant la faculté pour un associé d'acquérir les titres de manière prioritaire en cas de cession.
Clause de préemption	Clause organisant la faculté pour un associé de se substituer au cessionnaire pressenti dans les mêmes termes et conditions de vente.
Clause de non-agression (standstill agreement)	Clause organisant l'impossibilité pour les associés concernés d'acquérir de nouveaux titres sociaux.
Clause de cession pactée	Clause subordonnant la cession des titres à l'adhésion par le cessionnaire au pacte d'associé.
Clause de sortie conjointe (tag along)	Clause organisant l'obligation pour l'associé qui veut céder ses titres de se porter fort de l'acquisition simultanée, aux mêmes prix et conditions, par le cessionnaire, des titres des autres associés.
Clause de sortie forcée (drag along)	Clause organisant, en cas de cession par l'un des associés de la totalité de ses titres, l'obligation pour les autres associés de céder la totalité de leurs titres au profit du même cessionnaire.
Clause d'éviction	Clause organisant la perte de la qualité d'associé d'un associé en cas de survenance d'un événement objectif.
Clause d'exclusion	Clause organisant la perte de la qualité d'associé d'un associé contre son gré en cas de comportement fautif.
Clause de retrait	Clause organisant la perte de la qualité d'associé à l'initiative d'un associé souhaitant se retirer de manière anticipée (avant la dissolution) de la société.

44. Garantie de passif - La cession de titres d'une société commerciale revêt, en cas de cession de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, un caractère commercial⁶⁸. Il s'ensuit notamment que la solidarité passive est présumée⁶⁹. Ainsi en cas de stipulation de garantie de passif aux termes de la cession - comme cela est d'usage - le donataire-cédant sera, le cas échéant, solidairement tenu avec ses cocédants de l'intégralité de la somme qui serait due au cessionnaire au titre de la mise en œuvre de la garantie de passif. La présence d'un mineur invite alors à adopter davantage de précautions. Premièrement, tant la cession que toutes les conséquences relatives à la garantie de passif devront être incluses dans le périmètre de la mission du tiers administrateur désigné aux termes de la donation. Secondement, sur le plan de l'opportunité, il sera souhaitable d'obtenir du cédant de renoncer à agir contre le mineur. L'acte de cession pourra alors utilement prévoir *a minima* la décharge du

mineur-cédant au titre de la solidarité passive, ou *a maxima* la renonciation à agir par le créancier à son encontre dès lors qu'il n'est pas strictement impératif que chaque cédant soit aussi garant⁷⁰.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En cas de donation et/ou de cession d'un bloc de contrôle d'une société commerciale, penser à inclure dans le périmètre de la mission du tiers administrateur des pouvoirs larges permettant de couvrir notamment la garantie conventionnelle de passif.

Il sera fortement recommandé d'obtenir du cessionnaire qu'il renonce à agir à l'encontre du cédant mineur lorsque cela est possible.

3° La contractualisation de l'intention libérale**◆ A) LA NATURE DE L'ACTE**

45. Donation ordinaire : rapport et réduction - Lorsque cela est possible, le donateur aura généralement intérêt à

68 V. not. Cass. com., 28 nov. 1978, n° 77-12.609. - Cass. com., 24 nov. 1992, n° 91-10.699. À cet égard, précisons que seules les sociétés commerciales sont concernées (v. not. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit des affaires*, t. II, *Les sociétés commerciales* par M. Germain et V. Magnier : LGDJ, coll. *Traité*, 22^e éd., n° 1605. - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés* : LexisNexis, coll. *Manuel*, 31^e éd., n° 1945).

69 Jurisprudence constante depuis Req., 20 oct. 1920 : S. 1992, 1, 201, note Hamel.

70 M. Clermon, P. Cénac et J. Prieur, *Actualité et pratique des donations avant cession* : APSP 2007, n° 4, dossier 2, n° 32 et s.

préférer la donation-partage à la donation ordinaire. En effet, le mécanisme de la donation précession requiert d'anticiper dès la donation le sort de l'emploi qui sera fait du prix de cession. Si la question recoupe en premier lieu l'aspect rédactionnel des charges et conditions, elle impose d'envisager plus largement les conséquences de la cession, notamment à l'égard de la succession du *de cuius*. Or, les régimes du rapport successoral et de la réduction pour atteinte à la réserve ont ceci de commun d'appliquer le mécanisme de la subrogation réelle : ils appréhendent tous deux soit la valeur du prix de cession en l'absence d'emploi, soit celle du bien substitué en cas d'emploi ou de remplacement⁷¹. En pratique, dès lors que des investissements auront été réalisés par les donataires-cédants en emploi du prix de cession, des disparités de valeur pourront être constatées dans le calcul des indemnités de rapport et/ou de réduction éventuellement mises à leur charge.

46. Donation-partage : gel des valeurs - Le meilleur moyen pour ne pas tenir compte de cet emploi consiste à réaliser une donation entre vifs à titre de partage anticipé. La donation-partage est, en effet, par essence, dispensée de rapport successoral⁷² et, sauf convention contraire, bénéficiera d'une règle dérogatoire lors des opérations liquidatives au décès : sous certaines conditions, les biens donnés seront évalués, pour la protection de la réserve, au jour de la donation⁷³ ce qui est généralement résumé sous l'expression peu juridique mais intelligible de « gel des valeurs ». La donation-partage apparaît ainsi comme l'outil privilégié des opérations de donation précession, car plus sécurisante ; le choix de celle-ci est dans la quasi-totalité des cas utilement complété par la stipulation de charges et conditions.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Quand cela est possible, la voie de la donation-partage est préférable à celle d'une donation ordinaire.

Une donation-partage n'est pas nécessairement égalitaire ; rien n'empêche de réaliser des attributions inégalitaires entre les donataires-copartagés.

◆ B) LA STIPULATION DES CHARGES ET CONDITIONS

47. Pratique - Il serait erroné de dire que l'intention libérale des clients réside dans le désir absolu de se dépouiller, purement et simplement : la donation procède plutôt de leur volonté de gratifier quelqu'un. C'est en quelque sorte deux façons différentes de voir les choses, l'une objective et l'autre subjective, mais il nous semble que mettre l'accent sur la dimension objective de la donation (la recherche du dépouillement) occulte le motif déterminant de la donation (le souhait de gratifier). Au demeurant, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à ne voir dans la conscience de ce

dépouillement que la cause objective de la donation, la cause subjective de celle-ci résidant bien plus dans la volonté de conférer un avantage à un bénéficiaire déterminé⁷⁴. C'est dire que l'intention libérale du donateur est parfois fonction de conditions, de contingences : donner oui, mais donner comment ? Et à quelles conditions ?

48. Portée des charges sur l'intention libérale - Nous observons que la donation revêt, dans l'écrasante majorité des cas, un très fort caractère *intuitus personae* à l'égard du donataire. Aussi, des charges comme la stipulation du droit de retour conventionnel ou la clause *de residuo* se justifient-elles en ce qu'elles participent de l'organisation globale d'une situation juridique voulue et recherchée par le disposant, en l'occurrence de la volonté de sécuriser au plan civil et au plan fiscal les conséquences du décès du gratifié. Pareillement, les très classiques stipulations d'interdiction d'aliéner, de mettre en garantie et d'obligation d'emploi ont tantôt pour objectif de conférer un droit de *veto* au disposant demeuré usufruitier en cas de donation démembrement - ce droit de *veto* se commandant alors des rapports personnels instaurés par le démembrement de propriété entre l'usufruitier et le nu-propriétaire - et procèdent tantôt de la volonté du disposant de protéger le donataire de sa propre incompétence ou de ses propres vices et se justifient parfois encore plus spécialement selon des cas d'espèces particuliers.

Quoiqu'il en soit, ni la prétendue dimension paternaliste, ni la prudence du disposant ne sont des facteurs de corruption de l'intention libérale : aucune disposition législative ou réglementaire, aucune décision de justice, n'impose que la donation soit un blanc-seing. Au contraire, la loi, en prévoyant la possibilité de stipuler diverses charges et conditions, fournit au rédacteur une palette d'outils pour lui permettre de retranscrire l'exacte portée de l'intention libérale du disposant. Et aucune de ces clauses n'a pour effet de corrompre l'intention libérale au point de disqualifier la donation, sauf à enfreindre la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations, sous ses différents aspects⁷⁵.

Dit autrement, toutes les charges et conditions qui ne sont contraires ni à la règle d'irrévocabilité spéciale des donations, ni à l'irrévocabilité générale des contrats, ni plus généralement à l'ordre public, sont insusceptibles de trahir l'absence d'intention libérale du donateur. Même en présence de charges, la donation demeure une libéralité sincère⁷⁶. Rappelons enfin, pour finir, qu'en matière fiscale, les droits de mutation à titre gratuit sont assis sur la valeur vénale des biens donnés, sans possibilité d'y imputer la valeur estimée des charges et conditions⁷⁷.

49. Clauses usuelles - Nous proposons ci-après un tableau des charges les plus usuelles en matière de donation précession.

74 V. § 5.

75 V. § 6 et 7.

76 Sauf à ce que la charge excède l'émolument transmis au gratifié, ce qui implique que la donation sera requalifiée en acte à titre onéreux.

77 CGI, art. 758 et 761.

71 En matière de rapport successoral : C. civ., art. 860 ; en matière de réduction pour atteinte à la réserve : C. civ., art. 922.

72 Cass. civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-13.316.

73 C. civ., art. 1078.

Charges usuelles dans un acte de donation				
Objectif	Clause	Justification	Durée maximale prudente	Légitimité en droit civil
Restreindre les pouvoirs du donataire sur les biens donnés	Interdiction d'aliéner	Intérêt sérieux et légitime requis ; peut notamment résulter du souci d'assurer l'efficacité du droit de retour conventionnel ou de la volonté du donateur de n'avoir sa vie durant qu'un unique interlocuteur en cas de démembrement (Cass. civ. 1 ^{re} , 15 juin 1994, n° 92-12-139), ou de protéger le donateur, le donataire ou le bien donné	Vie du donateur (Cass. civ. 1 ^{re} , 8 janv. 1975, n° 73-11.648) * <i>Aucune en cas de donation au profit d'une personne morale</i>	C. civ., art. 900-1
	Interdiction de mettre en garantie			
	Exclusion de « masse commune »			
Contrôler l'emploi des biens donnés	Obligation d'emploi	Intérêt sérieux et légitime requis (par analogie avec la jurisprudence ci-dessus) ; peut notamment résulter du souci de protéger le donateur, le donataire ou le bien donné	Vie du donateur (<i>idem</i>)	Cass. civ. 1 ^{re} , 24 oct. 2000, n° 98-18.038
	Obligation de disposer à première demande			Usages de la pratique
Anticiper le décès du gratifié	Droit de retour conventionnel	Indifférence de l'existence d'un intérêt sérieux et légitime	Vie du donateur	C. civ., art. 951
	Clause <i>de residuo</i>			N/A

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Chaque charge et/ou condition constituant une restriction portée par le donateur à l'exercice de son droit de propriété par le bénéficiaire, il est opportun⁷⁸, pour le rédacteur, de justifier d'une part l'intérêt sérieux et légitime commandant la stipulation de celles-ci, et d'autre part, leur durée.

Plus généralement à cet égard, tout élément participant de l'expression de la volonté du donateur et aboutissant à renforcer la légitimité des restrictions de pouvoir apportées par celui-ci nous apparaît utile.

Afin de préserver les effets civils et fiscaux du démembrement de propriété, il est fondamental d'insérer une clause de subrogation réelle, afin d'anticiper le report du démembrement sur le bien subrogé au bien donné et éviter l'application indésirable de la solution de la ventilation du prix de cession, prévue par l'article 621 du code civil, lequel réserve toute convention contraire. En toutes hypothèses, le choix de la solution retenue devra intervenir dès la donation ; les modalités pourront être définies ultérieurement, sous réserve de ne pas basculer de la solution initialement retenue aux termes de la donation vers une autre, et en tout état de cause avant que la cession soit réalisée⁷⁹.

78 En raisonnant par analogie avec les conditions posées par l'article 900-1 du code civil en matière de clauses d'inaliénabilité.

79 Pour la conclusion d'une convention de quasi-usufruit, V. § 79 et § 94 et 95.

La clause de subrogation réelle n'a pas pour effet de reporter sur les biens subrogés les charges et conditions stipulées sur les biens donnés ; il est par conséquent primordial de prévoir une clause de report des charges et conditions en complément.

Plutôt que de stipuler une interdiction d'aliéner sur les titres donnés, il pourrait être préféré la stipulation, dans la perspective de la cession prochaine, d'une autorisation de disposer, éventuellement encadrée selon certaines modalités, complétée par une obligation d'emploi du produit de cession. Le recours à la clause portant obligation de céder ou apporter les titres à première demande du donateur, parfaitement incontestable sur le plan civil, nous paraît devoir être utilisée avec précaution dans le contexte d'une donation précession.

B. Sécuriser la donation précession sur le plan fiscal

50. En matière de donation précession, la question fut celle de l'abus, plus précisément de l'abus du droit de donner, de l'abus dans la chronologie des opérations et de l'intercalage de la donation juste avant la cession avec pour dessein de bénéficier des effets fiscaux de la première, de l'abus du droit de propriété, en somme. L'administration fiscale a ainsi, pendant un temps, contesté en ces termes la validité des opérations de donation précession sur le terrain de l'abus de droit fiscal.

Aujourd'hui, la question n'est plus. Ces débats récurrents ont permis au Comité de l'abus de droit fiscal d'abord (CADE) et au Conseil d'État ensuite, de bâtir une jurisprudence globalement cohérente et sécurisante pour les praticiens. Gageons qu'elle tarira le contentieux, tant les moyens soulevés par l'administration se sont parfois révélés imperméables aux principes de droit civil : bien qu'il s'agisse de contentieux fiscal, les solutions doivent résider toutes entières dans les règles civiles (1°). Mais en même temps, la question demeure : son champ s'est désormais décalé vers les opérations de donation avant réduction de capital, lesquelles n'ont encore fait l'objet d'aucune décision, ni du CADE, ni du Conseil d'État. Pour autant, les principes dégagés en matière de donation précession ont pleinement vocation à être transposés aux opérations de donation préréduction de capital : pour qui se montre rigoureux des règles de droit substantiel, et en dépit d'une prise de position formelle si chère aux praticiens, le risque apparaît ainsi tout relatif (2°).

1° La donation précession

51. Le risque fiscal en matière de donation précession peut probablement être aujourd'hui considéré comme plus réduit que jadis : la jurisprudence du Conseil d'État a en effet progressivement fixé le cadre dans lequel l'opération doit se réaliser. Il convient néanmoins pour le praticien de demeurer vigilant au respect d'une chronologie maîtrisée. Par ailleurs, si le risque est également réduit sur le terrain de l'abus de droit, il n'a pas totalement disparu ; il importe donc d'en faire l'analyse pour bien le comprendre et ainsi parvenir à le juguler en pratique.

◆ A) MAÎTRISER LA CHRONOLOGIE DES OPÉRATIONS

52. Donation puis cession - Qui dit donation précession, dit donation avant la cession. Plus précisément, s'agissant de deux opérations translatives, le transfert de propriété résultant de la donation doit intervenir avant le transfert de propriété résultant de la cession. Il en va de l'efficacité fiscale de l'opération, car en matière de plus-value des particuliers, le fait générateur de l'impôt réside dans le transfert de propriété à titre onéreux⁸⁰. Autrement dit, faute de réaliser le transfert de propriété résultant de la donation avant celui issu de la cession, l'impôt de plus-value sera exigible du fait de la cession directement entre les mains du donateur, en retenant pour prix d'acquisition la valeur du bien lors de son entrée dans le patrimoine de celui-ci. L'effet fiscal recherché par la donation sera inopposable à l'administration.

53. Transfert de propriété - Aussi convient-il de porter une vigilance toute particulière aux modalités du transfert de propriété. S'agissant des **immeubles**, la doctrine de l'administration fiscale renvoie à la date de conclusion du contrat entre les parties⁸¹, et précise qu'en cas d'acte authentique, il s'agit

de la date portée dans cet acte⁸². S'agissant des **titres sociaux**, elle ne fait pas de distinction, de sorte qu'en application du droit commun de la vente, la date du transfert de propriété est en principe celle de l'accord des parties sur la chose et sur le prix. Toutefois les **actions**, qu'elles soient cotées ou non, font l'objet d'un régime dérogatoire, exigeant l'accomplissement de formalités spécifiques. Le transfert de propriété d'actions résulte donc de leur inscription au compte de l'acquéreur⁸³, cette inscription étant faite à la date fixée d'un commun accord par les parties et notifiée à la société cédée⁸⁴. Il en résulte que la règle du transfert *solo consensu* ne concerne plus, parmi les titres sociaux, que les parts sociales.

54. Modalités de l'obligation de délivrance : terme et condition

La règle du transfert *solo consensu* n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres de stipuler une condition ou un terme suspensifs. La condition suspensive retardant la formation du contrat à sa date de réalisation, il en résulte que le transfert de propriété est pareillement retardé. De la même manière, le terme suspensif reportant l'exigibilité de l'obligation à sa date de survenance, le transfert de propriété est reporté. Le droit fiscal tire les conséquences de ces modalités contractuelles, et il est admis que la date du fait générateur de l'impôt de plus-value soit celle du transfert de propriété ainsi organisé⁸⁵. Les parties devront donc se montrer vigilantes à deux égards. D'abord dans l'agencement des termes et conditions de la donation et de la cession : rappelons que le transfert de propriété de la donation doit impérativement intervenir avant celui de la cession. Ensuite dans la définition de l'événement éventuellement érigé en condition suspensive, car il a été jugé (une fois) par les juges du fond que la donation sous condition suspensive de cession par les donataires portait en réalité sur le prix de cession⁸⁶. La solution procéderait de la logique suivante : en érigeant la réalisation de la cession en condition suspensive, le donateur fait de celle-ci un genre de préalable à la donation car commandant son existence ; partant, la cession étant réalisée avant la donation, cette dernière ne porte pas en réalité sur les biens « donnés » (en vérité cédés) mais sur le produit de cession, et serait alors fictive quant à son objet⁸⁷. La solution retenue par le juge de l'impôt est pourtant en contradiction avec la règle de prohibition des engagements pour autrui : comment les donataires auraient-ils pu céder les biens sans qu'ils leur aient été préalablement transmis par donation ? Civilement, il aurait été également possible de sanctionner la donation sur le fondement de la condition impossible : la cession ne pouvant intervenir que du chef des donataires-cédants, elle ne pourra pas être conclue tant que la donation ne leur

82 BOI-RFPI-PVI-30-10, 12 sept. 2012, § 10.

83 Au sens large : donataire ou cessionnaire selon le cas.

84 C. com., art. L. 228-1. - C. com., art. R. 228-10.

85 La condition suspensive ne rétroagit plus, à défaut de stipulation contraire, en droit civil (C. civ., art. 1304-6) ; elle ne rétroagit pas en droit fiscal (CE, 11 avr. 1973, n° 81154).

86 TA Paris, 12 mai 2009, n° 0402215 et n° 05013169, Chatillon ; RJF 4/2010, n° 382. - CAA Paris, 29 avr. 2011, n° 09PA04168, Chatillon.

87 P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, coll. Droit civil : LGDJ, 11^e éd., n° 439.

80 Concernant les titres sociaux : BOI-RPPM-PVBMI-30-10-20, 20 déc. 2019, § 1 ; concernant les immeubles : BOI-RFPI-PVI-30-10, 12 sept. 2012, § 1.

81 Cette date est, en application du principe du transfert *solo consensu*, la date de l'accord des parties sur la chose et sur le prix (C. civ., art. 1583).

transférera pas les biens visés ; et l'obligation de délivrance du donateur ne prendra pas naissance tant que la cession ne sera pas intervenue. Contractuellement, l'alternative aurait été, à la rigueur, de stipuler une condition résolutoire, avec toutes les réserves que cela inspire à l'égard de l'administration fiscale dans une stratégie de donation précession.

55. Promesses de vente - Les contrats préparatoires que sont les promesses de vente rejoignent la question du transfert de propriété, car à l'égard de la règle du transfert *solo consensu*, ils portent déjà *a minima* l'accord d'une des parties sur la chose et sur le prix. Dans la promesse unilatérale de vente, le promettant a d'ores et déjà consenti à la vente, de sorte que ne manque, pour acter le transfert de propriété, que le consentement du bénéficiaire, lequel dispose d'une option⁸⁸. L'inverse vaut pour la promesse unilatérale d'achat. La promesse synallagmatique de vente, par principe et à défaut de stipulation contraire, vaut vente⁸⁹. Ce n'est que lorsque les parties ont érigé dans le contrat la réalisation d'un élément initialement extérieur, que celle-ci ne vaut pas vente. Il en ressort que le transfert de propriété est par défaut constaté dès la conclusion de la promesse synallagmatique de vente⁹⁰, sauf (i) en matière d'actions à raison du régime dérogatoire exposé *supra* (V. § 53) et (ii) en cas de clauses contraires dans le contrat ; or, en pratique, les contrats préparatoires à la cession de titres comportent toujours des clauses organisant son exécution différée, notamment s'agissant du transfert de propriété et du paiement du prix.

56. Précisons enfin avec d'autres auteurs⁹¹ que la piètre maîtrise dans la chronologie des opérations ne relève pas de la procédure d'abus de droit fiscal mais de la procédure de droit commun.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La chronologie doit constituer une préoccupation essentielle du praticien, lequel doit à ses clients une parfaite maîtrise du séquençage des opérations.

Le critère devant retenir toute l'attention du praticien est, non pas les dates respectivement de la donation puis de la cession, mais la date du transfert de propriété résultant de la donation, puis la date du transfert de propriété tel que convenu dans la cession.

La stipulation de termes et conditions affectant l'un des deux temps de l'opération ne doit être faite qu'en contemplation de la date du transfert de propriété résultant de l'autre.

La stipulation dans la donation d'une condition suspensive de cession par le donataire est de nature à bloquer l'opération tout entière ; la stipulation d'une condition résolutoire

permet de maintenir la cohérence de la stratégie, mais demeure fortement déconseillée en ce qu'elle serait de nature à jeter un trouble sur la bonne compréhension de l'opération dans son ensemble.

◆ B) COMPRENDRE LE RISQUE D'ABUS DE DROIT FISCAL

57. De manière très classique, nous nous proposons de présenter la dimension théorique de l'abus de droit fiscal en matière de donation précession (1), puis de la confronter à la jurisprudence du Conseil d'État (2). Quelques propos seront enfin consacrés au « mini-abus de droit » fiscal (3).

◆ 1) Aspects théoriques : contrat de donation et abus de droit fiscal

58. Théorie de l'abus de droit fiscal⁹² - L'abus de droit fiscal est traditionnellement présenté comme un arbre à deux branches, empruntées chacune au droit civil : l'une constituée de la fictivité, et l'autre de la fraude à la loi⁹³. La fictivité trouve son siège dans le régime de la contre-lettre prévu par les articles 1201 et 1202 du code civil, lequel a servi de base à une extension du concept de simulation par la doctrine civiliste classique⁹⁴. La branche de la fictivité, ainsi appréhendée comme participant de la théorie de la simulation, se divise alors en trois rameaux, reposant tous les trois sur l'idée d'un mensonge juridique et de degrés de sophistication croissants : la simulation par acte fictif, la simulation par acte déguisé et la simulation par interposition de personnes. Chacune de ces trois hypothèses correspond ainsi à une simulation au sens *civil* du terme. L'autre branche, celle de la fraude à la loi, requiert la conjugaison de deux critères cumulatifs : un critère objectif, et un critère subjectif. Le critère objectif réside dans l'application littérale d'un texte fiscal à l'encontre de la volonté de ses auteurs. Le critère subjectif est constitué par la poursuite d'un but exclusivement fiscal. Cela dit, le Conseil d'État, pour apprécier l'intention du contribuable, ne prend pas en compte tous les motifs de l'opération, mais au contraire seulement ceux qui se sont révélés déterminants, à l'exclusion de ceux « minimes » ou « négligeables »⁹⁵.

59. Donation précession et intention libérale : un peu, beaucoup, passionnément... - Appliquée au cas de la donation précession, la question se pose en ces termes : la donation, en tant qu'opération préalable, est-elle fictive ? Ou alors, celle-ci, en tant qu'opération préalable à la cession, poursuit-elle un but essentiellement, sinon exclusivement fiscal ? Le caractère abusif de la donation reposerait tout entier sur la chronologie

88 Au demeurant, la promesse unilatérale de vente encourt un risque de requalification en promesse synallagmatique de vente en cas de stipulation d'une indemnité d'immobilisation d'un montant tel que cela dissuaderait, en réalité, le bénéficiaire de ne pas lever l'option.

89 C. civ., art. 1589.

90 Le risque est identique en cas de conclusions réciproquement entre les parties de promesses unilatérales de vente et d'achat portant sur le même bien et stipulées dans les mêmes termes.

91 V. not. R. Mortier, La donation avant cession *in extenso* : Dr. fisc. 2014, n° 39, 540.

92 Sur cette question, v. plus généralement M. Cozian, F. Deboissy et M. Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises, coll. Précis Fiscal : LexisNexis, 41^e éd., n° 2487 s. - Pour une présentation renouvelée de la question, v. A. Périn-Dureau, L'évolution du cadre législatif et jurisprudentiel de l'abus de droit : IP 2-2022, n° 02.1.

93 LPF, art. L. 64.

94 M. Dagot, La simulation en droit privé : LGDJ, 1967.

95 CE, 17 juill. 2013, n° 352989, Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding. - CE, 11 avr. 2014, n° 352999, Garnier Choiseul Holding. Ce qui fut critiqué.

des opérations, sur l'intercalage, dans le temps, de la donation *avant* la cession. C'est d'un abus de chronologie qu'il s'agit, non pas d'une fraude à la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*. L'opération ultérieure, la cession, importe alors relativement peu, pour autant néanmoins qu'il s'agisse d'un fait générateur de plus-value. Car c'est véritablement le « double effet *fisc-cool* », le manque à gagner issu du trop-peu de taxation de la plus-value à raison de la donation préalable, que l'administration fiscale combat. Est ainsi jetée en pâture à l'administration la sincérité de l'opération : cette donation que le *Caesar* défie mérite-t-elle le *Pollice Verso* ? Est-elle sincère ou fictive (i) ? Est-elle mue seulement par la volonté de son auteur d'atténuer sa charge fiscale (ii) ?

(i) Contrat de donation et abus de droit fiscal par fictivité

60. Donation simulée - Ainsi qu'il a été dit, la question de la fictivité renvoie plus généralement à la théorie de la simulation, et se divise en trois sous-questions : la donation est-elle fictive ? La donation déguise-t-elle en réalité un autre acte ? La donation est-elle réalisée par interposition de personnes ? L'hypothèse de départ est celle d'une donation en tant qu'acte ostensible, et d'une contre-lettre comme acte dissimulé ; chacune des trois questions impose alors une réponse de droit civil.

61. Simulation par fictivité - À la première, nous répondrons ceci. La donation, en tant qu'acte ostensible, peut être contredite par la contre-lettre de deux manières : soit son existence même est remise en cause (la donation est purement fictive), soit son objet est simulé (il s'agit alors d'une contre-lettre *stricto sensu*)⁹⁶. Dès lors, il importe d'une part que la donation soit valide, autrement dit que ses éléments constitutifs soient réunis, que ses conditions de validité soient respectées et que la règle d'irrévocabilité spéciale soit observée, et d'autre part qu'aucune contre-lettre n'existe. Dans ce cas, la donation procédera alors d'une véritable intention libérale du donateur, et produira pleinement son effet translatif au profit du donataire.

62. Simulation par déguisement - À la deuxième, nous répondrons que cela nous semble compliqué : compte tenu de ses caractéristiques essentielles, qui en font le seul contrat intrinsèquement à titre gratuit du code civil, une donation sincère n'aurait *a priori* que rarement d'utilité pratique à déguiser un autre acte⁹⁷.

96 P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, coll. Droit civil : LGDJ, 11^e éd., n° 439.

97 Si la donation déguise un acte à titre onéreux, en dissimulant la contre-lettre stipulant l'existence d'une contrepartie sous le voile du dépouillement, c'est alors que ni l'élément matériel, ni l'élément intentionnel ne sont caractérisés : la donation n'est elle-même pas sincère, elle est alors fictive par elle-même. Au demeurant, l'on ne voit pas bien quel objectif serait poursuivi par les parties hormis, peut-être, soit la volonté de tourner le champ d'application matériel d'un droit de préemption ou de priorité, lequel ne viserait que les mutations à titre onéreux à l'exclusion de celles à titre gratuit, soit la gratification d'une personne frappée d'incapacité de recevoir à titre gratuit. Les effets civils de la donation, notamment dans leur dimension successorale, ainsi que le régime fiscal de celle-ci, militent en pratique plutôt en faveur de l'inverse (la donation déguisée), par ailleurs bien plus fréquent.

63. Simulation par interposition de personne - À la troisième, nous précisons d'abord qu'il ne doit exister aucune convention de prête-nom. Nous renverrons ensuite à l'article 911 du code civil, lequel sanctionne de nullité toute donation réalisée au profit d'une personne physique ou morale frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, et pose une présomption simple d'interposition à l'encontre des père et mère, enfants, descendants et conjoint de l'incapable concerné. L'article doit se lire en miroir des incapacités de jouissance énoncées par les articles 907, 909 et 910 du même code, comme étant leur complément. Nous précisons enfin, que la liste dressée par l'article 911 précité n'est pas exhaustive, et que l'interposition par toute autre personne peut être établie⁹⁸.

64. Résumons-nous : une donation sincère, non sujette à nullité, ne peut être fictive civilement qu'en présence d'une contre-lettre - Il était dès lors parfaitement logique que le Conseil d'État consacre, fiscalement, la sincérité de principe des donations précession, hors démonstration de l'existence d'une contre-lettre. Rappelons à cet égard que s'il est de principe que l'on ne peut prouver contre un écrit que par un écrit⁹⁹, ce principe cède en cas de fraude (*lato sensu*), la preuve pouvant alors être rapportée par tous moyens¹⁰⁰. Et la contre-lettre n'est par ailleurs assujettie à aucune condition de forme *ad validitatem*¹⁰¹ ; elle n'est pas non plus soumise au régime du parallélisme des formes, la jurisprudence ayant à cet égard admis qu'un acte ostensible dressé sous la forme authentique soit contredit par une contre-lettre dressée par acte sous seing privé¹⁰². Ainsi l'objection par laquelle la donation ostensible, si elle était conclue par acte authentique, ne pourrait être contredite par la contre-lettre établie par acte sous seing privé ni *a fortiori* par acte verbal, nous paraît devoir être réfutée. Nous verrons par la suite que le Conseil d'État se satisfait de la production des relevés de comptes bancaires et ordres de mouvements pour prouver la réappropriation du produit de cession et admettre la fictivité de la donation¹⁰³.

65. Si l'abus de droit fiscal par fictivité apparaît possible dans quelques rares hypothèses, tenant à la simulation, l'abus de droit fiscal par fraude à la loi nous semble, pour sa part, impossible en théorie.

(ii) Contrat de donation et abus de droit fiscal par fraude à la loi

66. But du contrat et but exclusivement fiscal - La question de la fraude à la loi requiert de sonder le but du donateur. Or,

98 Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-22.987.

99 C. civ., art. 1359, al. 2.

100 Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2009, n° 08-13.276.

101 La jurisprudence se révèle univoque en ce sens, en dépit de la dénomination même de l'acte - contre-lettre - qui induit en erreur quant à l'exigence d'un écrit (v. not. Cass. civ. 3^e, 5 mars 1997, n° 95-14.838 : Bulletin civ. III, n° 51).

102 Cass. civ. 3^e, 3 janv. 1969 : Bull. civ. III, n° 6. - Plus généralement sur les conditions de fond et de forme de la contre-lettre, v. JCl. Civil code, art. 1201 et 1202, fasc. par M. Storck, n° 17.

103 V. § 77 et s.

cette démarche n'est pas différente devant le juge de l'impôt que celle effectuée devant le juge civil : le contrat est le même, les parties ne varient pas, les obligations sont identiques, le contexte demeure. Seul le juge et la matière changent. Nous n'avons peut-être pas d'outil fiscal pour apprécier les motifs du donateur, mais les outils issus du droit civil relatifs au but du contrat, pourraient être utilement convoqués. La théorie de la cause trouverait alors un nouveau point de résonance en l'abus de droit fiscal. Comment ne pas voir un rapprochement entre le « but exclusivement fiscal » de l'abus de droit fiscal d'une part, et la « cause impulsive et déterminante » du contrat de donation d'autre part ? Les motifs ayant poussé le donateur à consentir la donation ne changent pas selon que le juge compétent soit le juge civil ou le juge fiscal. Autrement dit, la donation serait inopposable à l'administration si et seulement si, sa cause subjective réside dans la poursuite d'un objectif exclusivement fiscal. Mais comment soutenir alors une telle position en présence d'une donation - par hypothèse - sincère ? Comment concevoir que la cause impulsive et déterminante d'une donation réside dans la volonté d'atténuer la charge fiscale, alors même que donner présuppose et concrétise l'intention de gratifier autrui ? L'intention libérale du donateur, toujours présente en tant qu'il s'agit d'un élément constitutif de la donation, semble bien davantage constituer le véritable catalyseur. Les effets à l'égard de la succession du donateur pourraient également prendre une place importante dans la motivation du contrat, tant la donation est présentée comme un outil d'anticipation successorale¹⁰⁴.

67. Impossible abus de droit par fraude à la loi - L'article L. 64 du LPF dispose : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées [...] ». Le postulat est donc celui d'un contribuable qui veut donner en limitant son impôt de plus-value. L'ordre des opérations martelé comme « naturel » est alors le suivant : cession du bien puis donation du prix de cession. Dans cette hypothèse, le donateur décide, seul, successivement de la cession du bien, puis de la donation du prix de cession, car une distinction est faite entre le bien cédé et le bien donné en raison du caractère translatif de la cession. Il existe donc une dichotomie *ratione materiae*. Dans la donation précession, la situation est différente : le bien est d'abord donné puis cédé, mais le donateur ne décide que de la donation, le donataire étant lui le cédant. Il s'agit ici d'une dichotomie *ratione personae*. Cette distinction nous paraît absolument fondamentale, et constitue à deux égards la raison pour laquelle l'abus de droit fiscal par fraude à la loi est inapplicable à la donation précession.

104 Lequel argument prendrait davantage de force encore en présence d'une donation-partage, en raison de ses effets recherchés en matière de rapport et de réduction (sur ce point, V. § 44). Toutefois, l'argument n'a pas davantage de poids dans la donation précession que dans la donation *post*-cession : il ne concerne que la conclusion de la donation elle-même, non pas la chronologie des opérations.

68. Première raison : esprit de la loi et situation du donateur - La première raison tient à l'esprit même de la loi, et donc à l'élément matériel de l'abus de droit fiscal. La lettre du texte invite à envisager la situation du redevable de l'impôt de plus-value dans le cas de la donation précession par rapport à une hypothèse de séquençement « naturel » ou « normal » des opérations. Dans une hypothèse « normale », le propriétaire du bien le cède puis donne le prix de cession. La cession constituant une mutation à titre onéreux, elle est un fait générateur de l'impôt de plus-value. Ainsi qu'il a été dit en matière de plus-value des particuliers¹⁰⁵, cet impôt se justifie par la volonté de taxer la concrétisation du gain en capital d'un bien lors de sa sortie du patrimoine du contribuable, à l'issue de la période de détention. Mais dans un souci de justice économique, l'impôt n'est alors exigible qu'en cas de mutation à titre onéreux, car la logique est en quelque sorte qu'il n'est justifié d'imposer la plus-value que lorsque le contribuable perçoit une contrepartie, sur la valeur de laquelle il pourra, le cas échéant, prélever le montant de l'impôt. Présenté de cette manière, l'impôt de plus-value apparaît tout autant parfaitement justifié pour le propriétaire-cédant dans le schéma « naturel » cession puis donation, qu'injustifié pour le donateur dans la stratégie de donation précession. De cette comparaison, il ressort que la philosophie de l'impôt de plus-value n'est pas travestie dans la donation précession.

69. Première raison (suite) : esprit de la loi et situation du donataire - Au contraire, elle est parfaitement respectée quand on envisage la situation du donataire dans les deux hypothèses susvisées. La situation de celui-ci n'appelle aucun commentaire particulier dans la situation de séquençement « naturel » des opérations car il n'est pas cédant. Au prisme de la stratégie de la donation précession, sa situation apparaît toujours respectueuse de l'esprit de la loi fiscale en matière d'impôt de plus-value. Lors de la cession, il sera redevable de cet impôt ; mais conformément à l'esprit du dispositif - ce dernier ayant vocation à taxer le gain en capital au cours de la période de détention dans le patrimoine du disposant - il décomptera sa plus-value à compter de la date et de la valeur d'entrée du bien dans son propre patrimoine. Le contraire reviendrait à enfreindre le principe à valeur constitutionnelle d'égalité devant les charges publiques¹⁰⁶, en application duquel l'impôt ne doit pas se révéler confiscatoire, et doit être corrélé aux facultés contributives de chaque contribuable. Or, cette exigence de corrélation renvoie directement aux règles d'assiette de l'impôt, autrement dit de détermination du prix d'acquisition. Cette distinction *ratione personae* dans la stratégie de donation précession introduit donc, selon nous, à toutes les étapes de la stratégie, une application de la lettre de la loi fiscale conforme à son esprit.

70. Première raison (fin) : lettre du texte et situation du donataire - Est-il possible alors de déceler dans l'intercalage de la donation préalablement à la cession, la volonté bienveillante du donateur d'économiser au donataire le paiement d'un

105 V. § 8, note 13.

106 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 13.

impôt de plus-value plus important ? Non. Si l'abus est celui d'avoir intercalé la donation avant la cession par rapport à l'ordre « naturel » des opérations, alors la situation « naturelle » serait celle d'un contribuable qui cède un bien et donne tout ou partie du prix de vente au profit d'autrui. Le redevable de l'impôt de plus-value est alors le cédant-donateur, et en aucun cas le donataire. Dans cette hypothèse, faute pour le donataire d'être redevable de l'impôt de plus-value, l'intention d'éluider l'impôt qui serait le cas échéant recherchée chez le donateur est purement et simplement inexistante : à absence d'impôt exigible, absence d'intention de l'éluider.

71. Seconde raison : limites issues du droit des obligations - Resterait enfin la démonstration de la complicité du donateur, du donataire-cédant et du cessionnaire, qui se seraient alors concertés pour permettre au donataire-cédant de réduire sa plus-value imposable. Mais là encore, l'on se heurterait à deux règles cardinales du droit civil : la prohibition des engagements pour autrui, et l'effet relatif des contrats. Le donateur n'est engagé qu'à l'égard du donataire lequel, pivot de ce *triumvirat*, est engagé par sa double qualité, de donataire à l'égard du donateur, et de cédant vis-à-vis du cessionnaire. Or, la prohibition des engagements pour autrui interdit de tenir compte de la cession, fait générateur de l'impôt de plus-value, tant qu'aucun accord sur la chose et sur le prix n'est constaté. Ce qui, par définition, est impossible du chef du donataire tant que la donation n'a pas été réalisée, sauf à encourir la nullité pour vente de la chose d'autrui. D'où l'importance fondamentale de respecter scrupuleusement la chronologie des opérations, ainsi que nous l'avons vu ci-avant en matière de transfert de propriété¹⁰⁷. Puis, lorsqu'elle sera conclue, la cession ne liera que le donataire-cédant au cessionnaire, et en aucun cas le donateur, lequel n'y est pas partie. Ce n'est donc pas une opération triangulaire organisée par la volonté de trois parties.

72. Observation : une chronologie « naturelle » des opérations, vraiment ? - La terminologie de séquençage, d'ordre « normal » ou de chronologie « naturel(le) » des opérations nous semble traduire l'idée, au moyen d'un raccourci douteux avec la perception par le donataire du prix de cession des biens donnés, que la donation devrait porter sur une somme d'argent. Or, la donation de deniers se révèle, dans certaines situations, comme inadaptée. D'abord, et cela relève plus généralement de l'opportunité de consentir une donation en pleine propriété, eu égard à l'appauvrissement que cela constitue pour le donateur alors même qu'il pourrait bénéficier des fruits du bien donné en nue-propriété dans une donation démembrement. Ensuite, parce que la donation de deniers en démembrement de propriété présente divers inconvénients : impossibilité de bénéficier de la règle de gel des valeurs propre à la donation-partage et risque de contestation par l'administration fiscale que nous avons des difficultés à évaluer. À l'inverse, la donation de la nue-propriété d'un bien immobilier ou de titres présente l'avantage d'envisager plus aisément le report du démembrement, selon les besoins des parties, sur le produit

de cession et ensuite sur les biens acquis en emploi ou en emploi, par la stipulation de subrogation réelle.

73. Conclusion : la donation précession, dès lors qu'elle est sincère, n'est pas, ne peut être, ne saurait être, mue par un objectif exclusivement fiscal - C'est voir au travers des yeux d'Harpagon que prétendre le contraire. La dimension fiscale de la donation précession n'est ici véritablement qu'un facteur d'optimisation de l'opération appréhendée globalement. Cette optimisation, sincère, est pleinement opposable à l'administration fiscale, et ne mérite pas de céder sauf exceptions. Elle participe de deux principes généraux du droit fiscal : d'une part, la règle de présomption de bonne foi du contribuable, et d'autre part, la liberté du contribuable de choisir la voie la moins imposée¹⁰⁸.

74. Justification : prééminence de l'*animus donandi* - Le raisonnement confine alors à la tautologie : dès lors que la donation est sincère, cela signifie qu'elle est motivée par une intention libérale, laquelle existe nécessairement si donation il y a. L'intention libérale, en ce qu'elle vise à créer une situation patrimoniale particulière telle qu'issue de la donation, constitue alors la cause impulsive et déterminante de l'opération, à l'exclusion de tout objectif exclusivement fiscal : ceci s'explique par la prééminence de la composante intentionnelle dans tout contrat de donation¹⁰⁹. De là à dire que l'intention libérale est en elle-même exclusive de la poursuite d'un objectif exclusivement fiscal, il n'y a qu'un pas. Un pas que nous n'hésitons pas à franchir, eu égard à l'unique limite posée par la jurisprudence du Conseil d'État : la fictivité.

75. Le Conseil d'État, saisi de la matière civile par la force des choses, semble faire une application globalement satisfaisante de celle-ci : les hypothèses pathologiques sont (évidemment) sanctionnées, mais celles qui sont respectueuses des règles de droit civil - quand bien même elles seraient audacieuses - sont jusqu'à ce jour protégées. Telle protection mérite assurément approbation eu égard à la sécurité juridique qu'elle confère, et le praticien ne peut que s'en réjouir.

REMARQUE : La notion de « montage artificiel » a-t-elle vocation à s'appliquer aux opérations de donation précession ?

La notion de montage artificiel prend progressivement de l'ampleur dans la jurisprudence du Conseil d'État, sous l'impulsion à la fois du cadre jurisprudentiel posé par la Cour de justice de l'Union européenne, et du flou de la notion, dont le caractère plastique permettrait de l'appliquer de manière plus souple. Pour autant, confrontée à la donation précession, le risque nous semble, au point de vue théorique, être contrecarré sur deux niveaux.

Au premier niveau, il ressort selon nous de la lecture de la

108 CE, 21 mars 1986, n° 53002, Min. c/ SA Auriège : Lebon T. : RJF 5/86, n° 470.

109 V. à cet égard la portée de la règle d'irrévocabilité spéciale des donations, laquelle constitue à la fois une condition de validité de la donation, et une règle d'exécution de celle-ci (sur ce point, V. § 6 et 7).

107 V. § 50 et s.

jurisprudence du Conseil d'État, que le montage artificiel participe de la branche de l'abus de droit par fraude à la loi¹¹⁰, en tant qu'il permet, par une sorte de présomption, de qualifier l'élément objectif de la fraude à la loi, mais ne dispense pas l'administration fiscale de rapporter la preuve de l'élément subjectif de celle-ci¹¹¹. Un premier obstacle tiendrait donc à la nécessité de droit commun de rapporter la preuve de l'élément subjectif de l'abus de droit. Mais plus encore, si le montage artificiel participe de la fraude à la loi, alors il ne saurait surmonter l'obstacle de la décision *Motte-Sauvaige*, laquelle a exclu, ainsi que nous le verrons, l'abus de droit par fraude à la loi en présence d'une donation précession.

Au second niveau, le montage artificiel semble prendre corps notamment dans des hypothèses de montages sociétaires, ou de flux financiers intragroupes présentant une forme de circularité¹¹². Il en ressort que dans l'esprit, le montage artificiel aurait pour objectif de changer le cadre fiscal applicable à la situation, sans qu'économiquement, la substance de celle-ci soit modifiée. En somme, générer un changement objectif de situation, justifiant l'application d'un cadre fiscal favorable, mais un changement qui n'est, économiquement, pas substantiel, de sorte qu'il apparaît illégitime d'appliquer le cadre fiscal plus favorable à la situation envisagée. Or, la donation précession ne participe en aucun cas d'un tel montage. Au contraire d'abord, sous réserve qu'elle soit sincère, celle-ci produit des effets dont la vigueur et la force aboutissent à modifier véritablement la substance de la situation des parties (effet translatif de l'opération, absence de contrepartie perçue, application de la règle d'irrévocabilité spéciale, effets dans la succession du donateur, etc.). Mais plus encore ensuite, elle n'a pas pour effet de changer le cadre fiscal applicable à la situation considérée : elle ne permet pas de substituer un cadre fiscal plus favorable à un cadre fiscal qui serait jugé moins avantageux. Le régime des plus-values applicable n'est pas modifié, c'est seulement la situation des opérateurs qui a changé. Au contraire, le cadre fiscal demeure le même, et la différence de traitement fiscal résulte bien de la modification substantielle de la situation des parties, au sein de ce cadre. Le procédé est donc, dans l'esprit, très différent de la mise en place d'un « montage », serait-il « artificiel ».

◇ 2) Aspects de contentieux : donation précession et abus de droit fiscal

76. Par parallélisme avec notre étude théorique, nous séquencerons l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État en deux temps, pour examiner d'abord les décisions relatives à l'abus de droit par fictivité (i), puis celles relatives à l'abus de droit par fraude à la loi (ii).

110 Sur ce point, V. § 89, Remarque.

111 En ce sens, v. CE, 5 mars 2007, n° 284457, Pharmacie des Chalonges : RJF 5/07 n° 600, concl. P. Collin.

112 T. Stucker, L'artificialité, nouveau métronome de la lutte contre les montages : FI 2-2021, n° 9.1, § 50.

(i) Donation précession et abus de droit fiscal par fictivité

77. Donation précession et abus de droit par simulation... à la folie... - Dans quatre décisions, le Conseil d'État a reconnu l'abus de droit par fictivité et déclaré les opérations de donation précession inopposables à l'administration fiscale. Les quatre affaires ont en commun d'être fondées sur une analyse *in concreto* des flux financiers traduisant le caractère circulaire de l'opération, laquelle n'a pas véritablement profité aux donataires, tout ou partie du prix de cession des biens donnés ayant été capté par les donateurs.

78. Les affaires Josselin et Frey : quand le contribuable est désespéré

- Les deux premières affaires (*Josselin et Frey*¹¹³) sont liées à la cession de titres d'une même société ; elles apportent d'utiles précisions, quoique de bon sens, quant à l'opposabilité à l'administration fiscale des conventions de prêt entre les parties. En l'espèce, deux actionnaires d'une société ont fait donation au profit de leurs épouses et enfants mineurs respectifs, d'une part de la totalité divisée en pleine propriété d'actions de la société Stratelite, et d'autre part de la totalité divisée en nue-propriété d'actions de la même société. La totalité des actions ainsi données a ensuite été cédée au profit d'une société repreneuse aux termes de deux opérations distinctes. Par un jeu de flux financiers, les sommes correspondant à une partie du prix de cession, initialement portées au crédit des comptes ouverts respectivement au nom des donataires pour la pleine propriété, et des donateurs et des donataires pour les titres démembrés, ont été débitées desdits comptes pour être portées au crédit soit de comptes ouverts au seul nom des donateurs pour la pleine propriété du tout, soit de comptes-courants d'associés ouverts dans les livres d'une société *holding* détenue à 99 % et dirigée par le donateur. Les faits étaient relativement caricaturaux : les donateurs invoquaient notamment l'existence de prêts antérieurement consentis au profit des donataires, en remboursement desquels seraient intervenus les prélèvements litigieux¹¹⁴. Cela, alors même qu'aucune convention de prêt n'ayant date certaine (donc de valeur probante réduite) n'était produite au débat, et alors que les premiers remboursements censés traduire la mise à disposition des fonds par les prêteurs-donataires mineurs au profit des emprunteurs-donateurs, étaient intervenus après l'envoi de l'avis de vérification par l'administration fiscale. C'est dire que leur argumentaire traduisait à lui seul, sinon leur défaut de conseil, leur pure mauvaise foi. Rien d'étonnant alors à ce que le juge qualifie la donation de fictive, et la déclare inopposable à l'administration pour abus de droit ; davantage que l'issue, laquelle était évidente, le raisonnement interroge néanmoins¹¹⁵.

113 CE, 14 nov. 2014, n° 361482, Frey et n° 369908, Josselin : Dr. fisc. 2015, n° 11, comm. 210, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, note F. Deboissy ; RJF 2015, n° 140.

114 Les moyens comportaient par ailleurs la question des pouvoirs de l'administrateur légal en vertu de son droit de jouissance légale ; nous étudierons cette question *infra* (V. § 80).

115 V. § 81.

79. L'affaire *Barrier* : quand le contribuable est étourdi - La troisième affaire (*Barrier*¹¹⁶) témoigne de l'absence d'opposabilité d'une convention de quasi-usufruit tardive. En l'espèce, une mère fit donation de la totalité divisée en nue-propriété d'actions au profit de ses enfants mineurs en s'en réservant l'usufruit, sous l'obligation pour eux de céder les actions données à première demande de la donatrice, et de remployer le prix de cession sur des titres eux-mêmes démembres. La cession intervint, sans toutefois que le prix ne fut remployé, celui-ci étant simplement encaissé, pour la totalité en pleine propriété, par la donatrice. Une convention de quasi-usufruit fut ultérieurement conclue, par laquelle les parties convenaient désormais que le démembrement se reporterait sur le prix de cession au moyen d'un quasi-usufruit. Le Conseil d'État qualifia la donation de fictive, en considérant que la donatrice s'était réappropriée ce qui constituait la représentation des biens donnés, et la déclara inopposable à l'administration fiscale. La décision, relativement sévère, interroge une nouvelle fois par le raisonnement du juge¹¹⁷.

80. Quatrième affaire : quand le contribuable est malicieux - La quatrième et dernière affaire (*Herr*¹¹⁸) a quant à elle davantage trait aux pouvoirs que le donateur exerce, en sa qualité d'administrateur légal titulaire d'un droit de jouissance légale, sur le produit de cession appartenant au donataire mineur. En l'espèce, à la suite de la donation puis de la cession, le prix de cession fut porté au crédit du compte bancaire ouvert au nom personnel de la donataire, mineure. Par la suite, le donateur, par ailleurs représentant légal de celle-ci, appréhenda une part substantielle des fonds, et les porta au crédit de divers comptes bancaires ouverts à son nom personnel, ainsi que conjointement aux noms de son épouse et lui, sans que ces comptes ne soient bloqués. Les parents se prévalaient notamment, outre de leurs pouvoirs d'administrateurs légaux de la donataire mineure, de contrats de prêts non enregistrés (donc dépourvus de date certaine). Inévitablement, le Conseil d'État qualifia à nouveau la donation de fictive, en raison de la captation du produit de cession par le donateur, et la déclara inopposable à l'administration fiscale. Cette décision nous semble logique, quoique les moyens de défense invoqués par le donateur étaient plus malicieux.

81. Regards croisés : appréciation pratique - Les quatre affaires susvisées permettent de retirer divers enseignements. D'abord, les conventions de prêt ne sont pleinement opposables à l'administration fiscale qu'en cas de date certaine, c'est-à-dire d'acte authentique ou d'accomplissement de la formalité de l'enregistrement. À défaut, elles perdent de leur caractère probant et aucune des circonstances d'espèce ne s'est révélée suffisante pour compenser ce défaut. À cet égard, précisons que l'argument invoqué par les donateurs est systématiquement bancal. En effet, l'acte de prêt consenti par

le mineur est présumé constituer un acte de disposition sauf circonstances d'espèce¹¹⁹. Il requiert donc par défaut l'accord conjoint des deux représentants légaux¹²⁰. Mais surtout, il semble inconcevable de ne pas considérer les parents comme situés en opposition d'intérêts à l'égard du mineur, lorsqu'ils consentent en son nom, en qualité d'administrateurs légaux, un prêt à leur profit. Or, dans une telle hypothèse de conflit d'intérêts, la loi impose de solliciter du juge qu'il désigne un administrateur *ad hoc*¹²¹. Précaution qui n'avait été prise dans aucun des cas d'espèce susvisés, puisque les diverses conventions de prêt avaient été conclues chacune *a posteriori*, dans une veine tentative de se prémunir du redressement fiscal. Plus malicieux était l'argument tiré, dans la quatrième affaire, du droit de jouissance légale des administrateurs légaux. En effet, leur droit de jouissance légale se muant sur le prix de cession en quasi-usufruit légal, ceux-ci arguaient disposer des pouvoirs classiques de quasi-usufruitiers. Or, l'administrateur légal doit apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur¹²², peu important à cet égard que son droit de jouissance légale consiste en un usufruit ou en un quasi-usufruit. C'est dire d'abord que les retraits opérés ne pouvaient être valides que pour autant qu'ils étaient effectués dans l'intérêt du mineur. Et c'est dire ensuite que lorsque le droit de jouissance légale de l'administrateur légal prend la nature d'un quasi-usufruit, les prérogatives dont il jouit sont finalisées à la poursuite exclusive de l'intérêt du mineur. La captation des fonds, traduisant un conflit d'intérêts au détriment du mineur, ne pouvait alors que difficilement mériter un sort plus favorable.

82. Regards croisés : appréciation théorique - Dans une dimension plus théorique, les décisions du Conseil d'État appellent une précision et une interrogation, toutes deux contenues dans l'extrait ci-après : « [...] *qu'en revanche, l'Administration peut écarter sur ce fondement un acte qui, présenté comme une donation, ne se traduit pas par un dépouillement immédiat et irrévocable de son auteur et revêt dès lors un caractère fictif; qu'il en va notamment ainsi lorsque le donateur appréhende, à la suite de l'acte de donation, tout ou partie du produit de la cession de la chose prétendument donnée* »¹²³. Quant à la précision d'abord : il ressort en effet de ces quatre affaires que pour apprécier la fictivité de la donation, le juge n'hésite pas à relever des éléments de fait postérieurs à la conclusion de la cession (donc par définition de la donation) pour apprécier la fictivité de la donation. Pourtant, la fictivité semble découler pour le juge, dans les quatre espèces, de la règle civile d'irrévocabilité spéciale des donations, alors même que cette règle, nous l'avons vu, recouvre des hypothèses distinctes¹²⁴. Et c'est dans l'opportunité de ce fondement que

116 CE, 14 oct. 2015, n° 374440, *Barrier* : Dr. fisc. 2015, n° 51-52, comm. 742, concl. E. Cortot-Boucher, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 2016, n° 62.

117 V. § 81.

118 CE, 5 févr. 2018, n° 409718, *Herr*, préc. note 35.

119 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 2, col. 2, I, 2°.

120 C. civ., art. 382-1 *a contrario*. - C. civ., art. 389-4 anc.

121 C. civ., art. 383 ; C. civ., art. 389-3 anc.

122 C. civ., art. 385.

123 CE, 5 févr. 2018, n° 409718, *Herr*, préc. note 35. La formulation est peu ou prou identique dans les quatre affaires.

124 V. § 6 et 7.

réside notre interrogation. Tout au plus les cas d'espèce se rapprocheraient-ils de la donation sous condition de réserve du droit de disposer au profit du donateur, mais ce ne peut être le cas, car la prohibition vise alors la stipulation même d'une clause dans l'acte de donation, et non les circonstances de fait entourant une période postérieure à la donation. Il serait plus exact que le Conseil d'État déduise la fictivité de l'existence d'une contre-lettre. S'agissant d'un acte visant à neutraliser les effets de la donation, celle-ci n'est assujettie à aucun formalisme *ad validitatem*. Ce sera au contraire une question de preuve et, la donation procédant d'une fraude *lato sensu* comme ayant pour dessein d'éluder une règle fiscale - *i.e.* impérative¹²⁵ - la preuve contraire sera admise par tous moyens. Cette solution aurait le mérite, dans un contentieux où la grille de lecture résulte de textes de droit civil, de raccrocher le traitement fiscal à l'analyse civile de la situation¹²⁶.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Défaut coupable de conseil ou véritable mauvaise foi, tentative désespérée de rattraper un excès de témérité ou une coupable inconséquence fiscale, malice même, les hypothèses étudiées ci-avant, exceptionnelles par leur défaut d'anticipation, confinent à la folie fiscale. Espérons qu'elles demeurent marginales, et retraçons ci-après une rapide liste des éléments de preuve dirimants ayant entraîné la qualification d'abus de droit fiscal :

- captation du prix de cession sur le fondement de conventions de prêt conclues *a posteriori* du début du contrôle fiscal, sans date certaine, et sans respecter la procédure de nomination d'un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts ;

- captation du prix de cession sur le fondement d'une convention de quasi-usufruit conclue postérieurement à la cession ;
- emploi des fonds, par les administrateurs légaux donateurs, contrairement à l'intérêt exclusif du donataire mineur.

Inversement, les éléments de fait suivants sembleraient, au regard de la jurisprudence, militer en faveur de la démonstration de la sincérité de la donation ; rien ne dit qu'ils soient toutefois suffisants :

- conclusion d'une convention de prêt dument enregistrée préalablement à la mise en œuvre des procédures de contrôle ; à cet égard, accord conjoint des deux représentants légaux et respect de la procédure de nomination d'un administrateur *ad hoc* ;

- conclusion d'une convention de quasi-usufruit aux termes de la donation ;

- emploi des fonds conformément à l'intérêt du mineur ;
- dépôt et conservation des fonds sur un compte ouvert au nom du mineur et bloqué.

125 Non pas au sens de l'élément subjectif de l'abus de droit par fraude à la loi, mais plus généralement comme recherchant le bénéfice de l'application d'un texte fiscal favorable.

126 En effet, dans les quatre affaires susvisées, nous ne concevons pas véritablement d'autre analyse civile de la situation que celle de la fictivité de la donation.

(ii) Donation précession et abus de droit fiscal par fraude à la loi

83. Donation précession et abus de droit par fraude à la loi... pas du tout - Par trois décisions, le Conseil d'État a bâti une jurisprudence cohérente et respectueuse du droit civil, sécurisant ainsi les praticiens. Les trois affaires ont pour dénominateur commun de se fonder sur une analyse des clauses de la donation, et de rejeter la qualification d'abus de droit fiscal. Trois affaires, donc trois temps.

> Premier temps : l'affaire *Motte-Sauvaige*

84. Les faits - La première affaire (*Motte-Sauvaige*¹²⁷) constitue la décision fondatrice. En l'espèce, deux époux firent donation de la pleine propriété d'actions au profit de leurs enfants, sous deux charges : l'interdiction d'aliéner les biens donnés la vie durant des donateurs, et l'obligation d'apporter, à première demande de ceux-ci, les biens donnés au profit d'une société *holding* constituée entre les donateurs et les donataires, et dont ces derniers ne pourront demander la dissolution qu'au décès des premiers. La donation prévoyait en outre qu'en cas de cession des biens donnés, le prix de vente serait laissé en dépôt jusqu'à ce que les donataires atteignent l'âge de vingt-cinq ans. Environ un mois après la donation, les donataires cédèrent les titres donnés. L'administration, voyant dans ce délai succinct et dans les charges stipulées aux termes de la donation un signe d'abus de droit, attaqua l'opération pour fictivité.

85. La portée - Cette décision est fondatrice, nous l'avons dit, à trois égards. D'abord, parce qu'elle exclut, par principe, tout abus de droit par fraude à la loi en matière de donation précession. Il s'ensuit que la seule voie de qualification d'abus de droit possible demeure celle de la fictivité. Ensuite, car la décision confirme que la succession des opérations de donation et de cession, aussi rapide soit-elle, est absolument sans incidence sur le caractère abusif ou non de la donation¹²⁸. Enfin, car la décision confirme, s'il en était besoin, qu'aucune des charges valides en droit civil ne peut justifier du caractère fictif de la donation. En l'espèce étaient visées les clauses d'interdiction d'aliéner et d'obligation d'emploi à première demande. Mais c'est plus généralement toutes les charges et conditions autorisées dans leur principe par le code civil qui sont visées, pour autant que leurs conditions de validité soient respectées.

> Deuxième temps : l'affaire *Pérès*

86. Les faits - La deuxième affaire (*Pérès*¹²⁹) est presque aussi importante que la décision *Motte-Sauvaige*, pour deux raisons. D'abord parce qu'elle confirme l'arrêt de principe, survenu trois ans plus tôt. Ensuite parce qu'elle confirme, implicitement, l'importance du droit civil dans l'analyse du contentieux de

127 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, *Motte-Sauvaige*, préc. note 4.

128 Ce qui s'inscrit dans la lignée de la décision CE, 7 sept. 2009, n° 305586, *Min. c/ SA Axa*: Rec. Lebon ; RTD com. 2009. 822, obs. L. Vallée ; O. Fouquet, *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »* : Dr. fisc. 2009, act. 287.

129 CE, 9 avr. 2014, n° 353822, *Pérès*, préc. note 16.

l'abus de droit fiscal en matière de donation précession. En l'espèce, deux époux firent donation d'abord de la nue-propriété de parts sociales d'une société civile immobilière, puis de la nue-propriété et de la pleine propriété d'actions d'une société opérationnelle. Chacune de ces donations était assortie de charges et conditions, dont notamment une interdiction d'aliéner ainsi que l'obligation d'apporter à première demande des donateurs les biens donnés au profit de diverses sociétés *holding* cogérée par ceux-ci. Quelques jours après les deux donations, les donateurs et leurs enfants, donataires, firent apport conjoint des titres donnés ; les titres alors émis en contrepartie furent démembrés, par report du démembrement des titres apportés. Une poignée de jours plus tard, les diverses sociétés *holding* cédèrent les titres apportés. L'administration fiscale tenta à nouveau de remettre en cause la sincérité de la donation, en se fondant sur la succession rapide des opérations et sur les diverses restrictions de pouvoirs apportées au droit de propriété des donataires.

87. La portée - Par cette décision, le Conseil d'État confirma la jurisprudence *Motte-Sauvaige*, dans chacun de ces trois aspects : la proximité temporelle des opérations constitue une circonstance sans incidence, l'abus de droit fiscal ne peut procéder que de la fictivité de la donation à l'exclusion de toute fraude à la loi, et les charges stipulées n'altèrent pas l'intention libérale du donateur si elles sont valides en droit civil. La décision précise par ailleurs que l'étendue des pouvoirs de gestion conférés aux donateurs-dirigeants d'une société à laquelle sont apportés les biens donnés ne constitue pas non plus un signe de réappropriation remettant en cause la sincérité de la donation. Plus abstraitement ensuite, la décision, ainsi que les conclusions du rapporteur public, confirment que l'analyse de la fictivité de la donation procède de l'application des règles de droit civil. De manière non moins importante enfin, le Conseil d'État, par cette décision, reprit à sa charge le contrôle de la qualification de l'intention libérale, là où cela relevait auparavant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

> Troisième et dernier temps : l'affaire *Fillet*

88. Les faits - Le sort des charges et conditions ayant été réglé aux termes des deux précédentes affaires, demeurait la question du quasi-usufruit, laquelle fut tranchée dans la troisième affaire (*Fillet*¹³⁰). En l'espèce, un donateur fit donation au profit de ses enfants de la nue-propriété d'actions, en s'en réservant l'usufruit. La donation comportait une clause par laquelle, en cas de cession conjointe des titres donnés, le démembrement se reporterait, par subrogation réelle, sur une partie du prix de vente, à charge de remploi dans l'acquisition de titres démembrés, et sur le solde du prix sous la forme d'un quasi-usufruit. Aux termes de l'acte, les donataires dispensaient le donateur de fournir une sûreté pour garantir le remboursement de la créance de restitution. Deux jours après la donation, la cession des titres intervint. L'administration fiscale demanda une nouvelle fois l'inopposabilité de la donation pour abus de droit fiscal par fictivité.

130 CE, 10 févr. 2017, n° 387960, Min. c/ Fillet, préc. note 16.

89. La portée - Le débat se concentrait en l'espèce sur la dispense de garantie consentie par les donataires au profit du quasi-usufruitier. Rappelons que le quasi-usufruit met fin au rapport réel (démembrement du droit de propriété), et instaure en ses lieu et place un rapport personnel entre le quasi-usufruitier et le nu-propriétaire. Ce dernier devient en effet un créancier à terme du quasi-usufruitier, le terme étant alors constitué par le décès de ce dernier. Il s'ensuit que l'obligation de restitution, à la charge du quasi-usufruitier, prend naissance en même temps que le quasi-usufruit lui-même, seule son exigibilité étant reportée à la date de survenance du terme suspensif. La constitution d'une garantie au profit du nu-propriétaire n'est alors pas une disposition d'ordre public, et il peut y être dérogé aux termes de l'acte de donation ou de la convention de quasi-usufruit. Au demeurant, cette dispense n'affecte en rien l'existence de l'obligation elle-même, car il s'agit d'un accessoire de celle-ci. Dire le contraire reviendrait à présumer que le quasi-usufruitier ne respectera pas son obligation de restitution, ce qui est attentatoire d'une part au principe de force obligatoire des contrats¹³¹, et d'autre part au principe d'exécution de bonne foi¹³². C'est en ce sens que statua le Conseil d'État, confirmant ainsi la sincérité de la donation comportant une clause de quasi-usufruit sur le produit de cession avec dispense de garantie.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Force est de constater que la jurisprudence de principe bâtie par le Conseil d'État présente plusieurs mérites : elle est cohérente, assure la sécurité juridique des opérations de transmission anticipée de patrimoine et homogénéise l'analyse civile et le traitement fiscal de la donation précession. Retrouvons ci-après une rapide liste des éléments validés par le Conseil d'État, et des clauses pouvant être insérées sans crainte dans la donation :

- la proximité temporelle des opérations de donation puis de cession n'est pas un indice de fraude ;
- l'abus de droit fiscal ne peut jamais procéder, en matière de donation précession, de la fraude à la loi ;
- les charges et conditions dont la validité est admise en droit civil ne sauraient traduire le défaut de sincérité de l'opération ; tel est notamment le cas de l'interdiction d'aliéner et de l'obligation d'emploi à première demande ;
- le recours au quasi-usufruit, fût-ce avec dispense de garantie, est pareillement valide et ne traduit pas le défaut de sincérité de la donation même s'il convient à notre sens de la pratiquer avec la plus grande prudence dans le contexte de la donation précession : d'abord, car la jurisprudence en la matière, relativement récente et rare, ne permet pas tout ; ensuite car son opportunité même est à confirmer dans chaque cas particulier.

REMARQUE : La sécurité juridique progressivement consolidée par le Conseil d'État risque-t-elle de vaciller face à l'émergence récente de la notion de « montage artificiel » ?

La réponse nous semble négative, quelle que soit la place que l'on accorde à cette notion nouvelle.

131 C. civ., art. 1103.

132 C. civ., art. 1104.

Dans une **première approche**, qui paraît être celle du juge de l'impôt, le montage artificiel est appréhendé comme une sous-catégorie d'abus de droit par fraude à la loi. Dans le sillon creusé par la décision *Verdannot*¹³³ et ainsi que l'indique un auteur¹³⁴, la mise en place d'un montage artificiel dépourvu de substance dans un but exclusivement fiscal suffirait alors à établir l'abus de droit fiscal par fraude à la loi. Si le montage artificiel n'épuise alors pas l'abus de droit par fraude à la loi, celui-ci constituerait un mode de preuve de l'élément objectif de la fraude : soit celle-ci résulte de l'application littérale d'un texte contrairement aux objectifs poursuivis par son auteur, soit celle-ci résulte de la mise en place d'un montage artificiel, l'artificialité de ce dernier suffisant à démontrer la contrariété aux objectifs de l'auteur du texte. Selon cette approche, le montage artificiel participant plus généralement de la qualification de l'abus de droit par fraude à la loi, cette notion ne pourrait être utilement invoquée, la décision *Motte-Sauvaige* faisant barrage à la qualification de fraude à la loi en matière de donation précession.

Dans une **seconde approche**, le montage artificiel pourrait être appréhendé comme une voie intermédiaire entre l'abus de droit par fictivité et l'abus de droit par fraude à la loi et instaurant une distinction en vérité tripartite¹³⁵. Il semble malaisé de trancher la discussion sur la base de la preuve de l'élément objectif de la fraude à la loi. En effet, selon la première approche, le montage artificiel permet de rapporter la preuve de la contrariété à l'intention des auteurs du texte, par une forme de présomption au moyen de laquelle l'artificialité du montage aboutit *per se* à contredire l'intention des auteurs du texte fiscal. Au contraire selon la seconde approche, l'artificialité du montage le rapproche de la fictivité, branche de l'abus de droit pour laquelle aucune preuve de contrariété à l'intention des auteurs du texte fiscal n'est requise. De telle sorte que dans le second cas, l'abus de droit est caractérisé par la seule démonstration du caractère artificiel du montage, *i.e.* le défaut de substance économique. Ainsi posée, la question semblerait essentiellement dialectique en matière de donation précession. Il n'en demeure pas moins que selon la seconde approche, il ne serait plus suffisant de se reposer sur la décision *Motte-Sauvaige* comme obstacle à la qualification d'abus de droit, car le montage artificiel serait alors émancipé de l'hypothèse de fraude à la loi.

À considérer le montage artificiel comme une branche intermédiaire de l'abus de droit, il nous semble possible de raisonner comme en matière de fictivité, ou plus précisément, avec le critère de sincérité de la donation. Le « montage artificiel » implique un défaut de substance économique ; or, toute donation sincère présuppose un

appauvrissement du donateur et un enrichissement corrélatif du donataire, et - surtout - une volonté de gratifier et des effets successoraux ; dit autrement, tout le contraire du défaut de substance économique. Matériellement, le grief de montage artificiel ne nous semble donc pas avoir de prise sur une donation sincère. Conceptuellement ensuite, la jurisprudence a recours à la notion de montage artificiel pour remettre en cause une application qu'elle considère illégitime d'un régime fiscal favorable au sens large¹³⁶. Le montage artificiel serait donc conditionné par la caractérisation de la volonté répréhensible du contribuable d'éluider tout ou partie de l'impôt. L'on peine alors à véritablement détacher l'analyse du montage artificiel de l'élément objectif de l'abus de droit par fraude à la loi. Ainsi, les développements ci-avant consacrés à l'étude du but du contrat de donation au regard du prétendu but exclusivement fiscal de la donation précession devraient pouvoir être transposés et exclure le grief de montage artificiel en présence d'une donation sincère. Bref, la donation précession, si elle est sincère, ne saurait être qualifiée de « montage artificiel ».

◇ 3) *Quid* du « mini-abus de droit fiscal » ?

90. Donation précession et « mini-abus de droit fiscal » : non plus - La question du « mini-abus de droit fiscal » rejoint celle de l'abus de droit fiscal par fraude à la loi. Or, comme nous venons de le voir, la donation précession ne peut être déclarée abusive sur le fondement de la fraude à la loi. Pour autant, les termes de l'article L. 64 A du LPF diffèrent quelque peu de ceux de l'article L. 64, en ce que le but recherché est, en matière de mini-abus de droit fiscal, « *principalement* » fiscal. Il s'agit alors de savoir si cette différence de terminologie suffit à faire tomber les principes dégagés par la jurisprudence. À notre sens, il n'en est rien. La distinction entre l'abus de droit fiscal et le mini-abus de droit fiscal réside selon nous dans une différence de degré. Partant, les développements que nous avons ci-avant consacrés à l'identification de la cause impulsive et déterminante de la donation eu égard au but fiscal de l'opération, nous semblent applicables *mutatis mutandis* au mini-abus de droit fiscal. Pareillement, ainsi que nous l'avons développé ci-avant, la stratégie de donation précession ne nous semble pas aller à l'encontre des objectifs du législateur, en conséquence de quoi l'élément matériel du mini-abus de droit fiscal ferait aussi défaut.

◆ C) MAÎTRISER LE RISQUE D'ABUS DE DROIT FISCAL EN PRATIQUE

91. La stipulation de charges négatives : les interdictions - Il résulte des décisions *Motte-Sauvaige*, *Pères* et *Fillet* précitées que la stipulation de charges validées en leur principe par le droit civil est insusceptible de remettre en cause la sincérité de la donation précession. Dans chacune de ces

133 CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, *Verdannot* et a. : Rec. Lebon ; Dr. fisc. 2018, n° 2, comm. 64, concl. E. Crépey.

134 F. Deboissy, *Opposabilité de la doctrine administrative et abus de droit : le montage artificiel emporte tout* : Dr. fisc. 2020, comm. 444.

135 A. Périn-Dureau, *L'évolution du cadre législatif et jurisprudentiel de l'abus de droit* : IP 2-2022, n° 02.1. - T. Stucker, *L'artificialité, nouveau métronome de la lutte contre les montages* : FI 2-2021, n° 9.1.

136 Hier, avant l'introduction de la notion en droit positif français, en matière de régimes de faveur ou de dispositifs incitatifs ; aujourd'hui, plus généralement dès lors que le cadre fiscal visé se révèle plus favorable que celui « par défaut ».

affaires, l'administration fiscale contestait la sincérité de la donation en expliquant que les interdictions d'aliéner et de nantir étaient contraires à la règle d'irrévocabilité spéciale des donations. Le raisonnement ne convainc pas. La règle d'irrévocabilité spéciale des donations ne concerne, d'abord, que certaines hypothèses particulières, ainsi qu'il a été dit ci-avant. Mais plus encore, la réappropriation des biens donnés ne peut en aucun cas résulter de la stipulation d'interdictions à la charge des donataires. Comment admettre en effet qu'une obligation de ne pas faire, pure obligation d'abstention, puisse traduire un acte positif comme la réappropriation ? Il faut selon nous considérer qu'aucune charge constitutive d'une obligation de ne pas faire ne peut, substantiellement, traduire une quelconque réappropriation des biens donnés par le donateur.

92. La stipulation de charges positives : les obligations - Pareillement, la stipulation de charges consistant en une obligation d'emploi à première demande, ne traduit aucune réappropriation par le donateur aux termes des décisions susvisées. Ces charges, constitutives d'une obligation de faire, semblent déjà plus proches, par l'accomplissement d'un acte positif qu'elles impliquent, d'une éventuelle réappropriation. Pour autant, il faut se garder de confondre « l'avoir et le pouvoir ». La réappropriation suppose un mouvement de retour, un transfert du patrimoine du donataire vers celui du donateur. Or, il est indubitable qu'une obligation de faire n'a pour effet que de restreindre les pouvoirs du donataire sur les biens donnés, et en aucun cas d'organiser un retour du bien ou de sa représentation vers le patrimoine du donateur.

93. Rappelons, pour mémoire, que la validité en droit civil des charges susvisées (interdictions et obligations d'emploi) est assujettie à la réunion d'éléments cumulatifs, en tant qu'elles portent atteinte au droit de propriété du donataire en restreignant les pouvoirs de ce dernier sur les biens donnés. Les décisions du Conseil d'État et les conclusions des rapporteurs publics font de la validité en droit civil de ces charges la condition pour les considérer inattaquables. Rien n'est dit en revanche quant à l'hypothèse d'une charge ne respectant pas les conditions de validité du droit civil, la jurisprudence n'ayant pas encore été amenée à se prononcer sur ce point. Pour autant, il nous semble que les développements ci-avant sont propres à justifier le rejet pur et simple de la fictivité, sauf alors à déroger de manière exorbitante aux règles du droit civil, et à créer une véritable distorsion, injustifiée, entre le régime civil et le régime fiscal. Car la charge exorbitante n'entraîne pas en droit civil la fictivité de la donation, mais simplement l'ouverture d'une action en révision des charges au bénéfice du donataire¹³⁷, et la charge injustifiée encourt, elle, uniquement le réputé non-écrit.

94. Le report du démembrement sur le prix de cession, sans emploi : le quasi-usufruit - Le sort du quasi-usufruit requiert, au regard du contentieux, davantage de précautions

137 Lequel donataire pourrait donc, en connaissance de cause, décider de ne pas exercer cette action pour préférer supporter la charge.

eu égard à ses modalités de mise en œuvre. Les pouvoirs étendus conférés au quasi-usufructier ne sont pas en eux-mêmes de nature à remettre en cause la sincérité de la donation. Ceux-ci participent en effet de son essence, et une position contraire reviendrait à nier l'existence de l'obligation de restitution pesant sur le quasi-usufructier : c'est parce qu'il s'agit de biens consommables, que le quasi-usufructier peut en disposer librement, et qu'il devient en retour débiteur du nu-proprétaire. L'élément matériel de la donation demeure : l'appauvrissement du donateur-quasi-usufructier est incontestable au regard du droit de créance ainsi conféré au nu-proprétaire. Au demeurant, les termes de l'article 894 du code civil invitent à raisonner de manière économique : l'expression « *dépouillement* » invisibilise la nature du bien donné : corps certain, biens fongibles, biens consommables, etc., peu importe. Il renvoie à la dépréciation mathématique de valeur subie par le patrimoine du disposant du fait de la donation¹³⁸. Et les termes « *actuel et irrévocable* » constituent un faux-ami pour qui croit y voir l'exigence d'un dessaisissement immédiat, car ils renvoient, comme cela a déjà été dit, aux hypothèses prohibées par la règle d'irrévocabilité spéciale des donations. À ces deux égards, le régime du quasi-usufruit se montre tout à fait respectueux des conditions de validité de la donation. En revanche, il apparaît, au regard du contentieux, que la convention organisant, au cas de cession, un quasi-usufruit sur le prix, doit être conclue aux termes mêmes de la donation. Dans cette hypothèse seulement, le quasi-usufruit procédera véritablement d'un report du démembrement.

À l'inverse, la conclusion, ultérieurement à la donation ou à la cession, d'une convention de quasi-usufruit sur le prix de cession, qui dérogerait au principe du *emploi* organisé dans la libéralité, aurait donc pour effet de neutraliser l'application « normale » de la libéralité. Cette neutralisation semble justifier pour le juge de l'impôt et le CADF la qualification de donation fictive pour réappropriation du produit de cession¹³⁹.

95. Panorama du contentieux récent : appréciation *in concreto* - Nous proposons ci-après un tableau reprenant, dans l'ordre chronologique, chacune des décisions des diverses juridictions et entités consultatives dont nous avons pris connaissance en matière de donation précession et d'abus de droit fiscal¹⁴⁰.

138 Rappelons que le patrimoine est communément présenté en doctrine de la manière suivante : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. [...] » (projet d'art. 519, al. 1^{er} du c. civ., in H. Périnet-Marquet (ss dir.), Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens : LexisNexis, 2009, p. 11, également consultable sur le site Internet de l'association Capitant : <http://www.henricapitant.org>) ; la dette de restitution figure ainsi au passif du patrimoine du quasi-usufructier et participe indubitablement de la diminution de sa valeur, i.e. de son appauvrissement.

139 CAA Lyon, 7 nov. 2013, n° 12LY02321, Barrier. - CADF/AC n° 2/2014, 13 mars 2014, n° 2013-45.

140 Pour des panoramas des décisions avant 2008 et avant 2015, nous renvoyons respectivement vers chacune des deux études suivantes : M. Clermon, P. Cénac et J. Prieur, Actualité et pratique des donations avant cession, préc. note 70, n° 113 et s. - R. Mortier, La donation avant cession *in extenso*, préc. note 91, n° 48 et s.

Références de la décision	Portée pratique
TA Versailles, 20 nov. 2007, n° 06-3231, Bellemare	Rejet de la qualification d'abus de droit : donation sincère. Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la sincérité ; analyse des clauses de la donation. Report du démembrement sur le produit de cession réinvesti dans un contrat de capitalisation. Limitation du droit de rachat par les donateurs-usufruitiers aux seuls fruits du contrat. Un auteur relève que le CCRAD a même admis en son temps la possibilité pour le donateur-usufruitier de procéder seul au rachat total ou partiel du contrat, avec report du démembrement sur les sommes ainsi retirées (quasi-usufruit de sommes d'argent) sans que la donation ne se révèle fictive pour réappropriation de la représentation des biens donnés, en raison de l'existence d'une dette de restitution incombant au donateur quasi-usufruitier (R. Mortier, La donation avant cession <i>in extenso</i> , préc. note 91, n° 66).
CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige, préc. note 4	Exclusion de principe de la qualification d'abus de droit par fraude à la loi. Rejet de la qualification d'abus de droit par fictivité : donation sincère. Indifférence du délai entre la donation et la cession. Validation fiscale des clauses, charges et conditions valides en droit civil (en l'espèce : clause d'inaliénabilité ; clause d'obligation d'emploi à première demande).
CE, 27 juill. 2012, n° 327295, Berjot ; Lebon T. ; RJF 2012 n° 1042 ; BDCF 11/12 n° 129, concl. E. Crépey	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de l'impossibilité de prouver que le prix de cession a été effectivement appréhendé par les donataires (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers. Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : absence de pouvoir ayant date certaine par lequel les donataires auraient autorisé les donateurs à céder également la nue-propriété des titres donnés en démembrement ; non-individualisation des droits attachés à la nue-propriété des donataires dans l'intitulé des supports de réinvestissement du prix de cession).
CADF/AC n° 2/2014, 13 mars 2014, n° 2013-45	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : quasi-totalité du prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : affectation à des dépenses et investissements personnels des donateurs). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : convention de quasi-usufruit postérieure à la cession).
CE, 9 avr. 2014, n° 353822, Pérès, préc. note 16	Confirmation de la décision <i>Motte-Sauvaige</i> . Rejet de la qualification d'abus de droit par fictivité : donation sincère. Confirmation implicite de la référence au régime civil des charges et conditions pour apprécier la fictivité de la donation en droit fiscal. Confirmation que l'apport des biens donnés à une société contrôlée par le donateur (en l'espèce : pouvoirs de direction étendus) n'a pas d'impact sur la sincérité fiscale de la donation.
CE, 14 nov. 2014, n° 361482, Frey et n° 369908, Josselin, préc. note 113	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Confirmation de la prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels du donateur). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : prêt sous seing privé sans date certaine et postérieur au début des opérations de contrôle).
CADF/AC n° 01/2015, 29 janv. 2015, n° 2014-05 et 2014-06	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels du donateur ainsi que d'une société que le donateur contrôlait). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : prêt sous seing privé sans date certaine ; remboursements au titre du prétendu prêt postérieurs au début des opérations de contrôle).
CADF/AC n° 03/2015, 9 avr. 2015, n° 2015-02	Rejet de la qualification d'abus de droit par fictivité : donation sincère. Validation de la condition résolutoire de non-cession (en l'espèce : obligation de cession par le donataire au profit d'un tiers dans un délai déterminé).
CE, 14 oct. 2015, n° 374440, Barrier, préc. note 116	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels de la donatrice). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : convention de quasi-usufruit postérieure à la cession).

Références de la décision	Portée pratique
CADF/AC n° 6/2016, 8 sept. 2016, n° 2016-14	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels du donateur). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : prêt sous seing privé sans date certaine et postérieur au début des opérations de contrôle).
CE, 10 févr. 2017, n° 387960, Min. c/ Fillet, préc. note 16	Application de la décision <i>Motte-Sauvaige</i> . Rejet de la qualification d'abus de droit par fictivité : donation sincère. Confirmation implicite de la référence au traitement civil pour apprécier la fictivité de la donation en droit fiscal. Validation fiscale de la convention de quasi-usufruit et de l'indifférence de la dispense de fournir « caution ».
CE, 8^e ss-sect., 31 mars 2017, n° 395550	Application des décisions <i>Motte-Sauvaige</i> et <i>Fillet</i> . Rejet de la qualification d'abus de droit par fictivité : donation sincère. Recherche de la validité en droit civil pour apprécier la fictivité de la donation en droit fiscal. Convention de quasi-usufruit validée malgré l'absence de « caution ». Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la sincérité ; analyse des clauses de la donation. Report du démembrement sur le produit de cession réinvesti dans un contrat de capitalisation. Stipulation de pouvoirs étendus de gestion du contrat au profit des usufruitiers, et d'un report du démembrement sur le produit de rachat par création d'un quasi-usufruit.
CE, 5 févr. 2018, n° 409718, Herr, préc. note 35	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels des donateurs). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : prêt sous seing privé sans date certaine ; exercice du droit de jouissance légale par le donateur-représentant légal dans un intérêt divergent de celui du donataire mineur).
CADF/AC n° 2/2018, 9 mars 2018, n° 2017-37	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels du donateur ; affectation à des dépenses personnelles du donateur). Éléments de justification insuffisants.
CADF/AC n° 2/2018, 9 mars 2018, n° 2017-38	Abus de droit par fictivité : donation fictive en raison de la réappropriation de la représentation du bien donné (en l'espèce : prix de cession). Prise en compte des éléments postérieurs à la cession et à la donation pour démontrer la fictivité. Analyse des flux financiers (en l'espèce : virement au profit de comptes personnels des donateurs ; affectation à des dépenses et investissements personnels des donateurs). Éléments de justification insuffisants (en l'espèce : prêt verbal sans date certaine ; remboursements au titre du prétendu prêt postérieurs au début des opérations de contrôle).

2° La donation préréduction du capital social

96. Pour examiner cette question, **nous nous proposons de reprendre la grille de lecture précédemment établie pour la donation précession, et de la transposer au cas de la donation préréduction de capital social.** Il en ressort que le contentieux est toujours celui d'un potentiel abus consistant en « l'inversion » de la chronologie des opérations. La question se pose donc alors à nouveau en ces termes : la donation, en tant qu'opération préalable, est-elle fictive ? Ou alors, celle-ci, en tant qu'opération préalable à la cession, poursuit-elle un but essentiellement, sinon exclusivement fiscal ? Il nous semble que la nature de l'opération constituant le fait générateur de plus-value n'influe pas sur les termes mêmes du

contentieux¹⁴¹ : qu'il s'agisse d'une cession ou d'une réduction de capital par rachat-annulation ne devrait pas changer le postulat de départ, mais seulement, et éventuellement, les réponses qui y sont apportées. Partant, l'étude présente les mêmes deux risques, et la même certitude¹⁴².

141 L'on se place ici par définition dans l'hypothèse d'une réduction de capital par rachat des titres en vue de leur annulation, et non d'une réduction de capital par remboursement des titres (sur ce point de manière générale, v. R. Mortier, Opérations sur capital social, coll. Droit & Professionnels : LexisNexis, 2^e éd., n° 729 et s.).

142 Précisons ici que la validité de la réduction de capital par rachat-annulation au regard de l'abus de droit fiscal, laquelle fait actuellement l'objet de critiques répétées par l'administration en tant que mode de distribution alternatif, n'est pas l'objet du présent article. Sur ce sujet, nous renvoyons notamment à l'article suivant : R. Vabres, Réduction de capital et abus de droit : quels enseignements peut-on tirer des avis du CADF ? : IP 2-2022, n° 02.4.

97. La certitude : impossible abus de droit fiscal par fraude à la loi - Commençons par la certitude : la donation pré-réduction de capital ne peut pas, *mutatis mutandis*, constituer un abus de droit fiscal par fraude à la loi. La démonstration précédemment opérée nous semble devoir être transposée, tant la jurisprudence du Conseil d'État est établie abstraction faite de la nature civile ou fiscale de la mutation à titre onéreux postérieure. Les deux risques identifiés sont donc les mêmes : la chronologie des opérations, et la fictivité.

98. Le risque déjà étudié : la fictivité - Pour autant, la question de la fictivité nous semble se poser dans les mêmes termes qu'en matière de donation précession. En effet, et d'ailleurs comme pour la fraude à la loi, l'abus de droit fiscal concerne la donation elle-même, et non l'opération qui y fait suite. Dès lors, la donation pré-réduction de capital peut être fictive mais seulement dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que la donation précession.

99. Le risque posé dans des termes nouveaux : la chronologie des opérations - Demeure seul donc le risque lié à l'absence de maîtrise dans la chronologie des opérations. Ainsi que nous l'avions établi, le principe général est que le transfert de propriété de la donation doit intervenir avant le transfert de propriété de l'opération qui y fait suite. Or, le

rachat se définit comme « l'acquisition dérivée, à titre particulier et onéreux, de ses propres droits sociaux par une société »¹⁴³. L'opération est analysée par la doctrine comme une opération translative, au même titre que la cession¹⁴⁴. C'est dire que la situation est alors très similaire : le cessionnaire est ici la société, là où il s'agissait d'un tiers dans la donation précession. Deux opérations translatives se succédant, le critère est à nouveau celui de la survenance du transfert de propriété de la donation *avant* celui de la réduction de capital par rachat-annulation. Il importe donc de déterminer quand et à quelles conditions intervient le transfert de propriété des titres, conséquence du rachat.

100. Procédure de rachat - La procédure de réduction de capital par rachat-annulation peut se résumer, schématiquement, de la manière suivante :

143 R. Mortier, Le rachat par la société de ses droits sociaux : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, vol. 27, p. 4, n° 4.

144 V. not., pour une analyse explicite, R. Mortier, Opérations sur capital social, préc. note 141, n° 729. - V. égal., pour une analyse implicite en ce sens, utilisant à plusieurs reprises le terme d'« achat » : M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, coll. Manuels : LexisNexis, 31^e éd., n° 1242 et s. - G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit des affaires, t. II, Les sociétés commerciales par M. Germain et V. Magnier : LGDJ, coll. Traité, 22^e éd., n° 2551.

Chronologie	Étapes
1	Rédaction d'un rapport par les commissaires aux comptes le cas échéant.
2	Convocation des associés à l'assemblée générale ; la convocation doit inclure : le texte des résolutions proposées, le rapport des mandataires sociaux sur la réduction de capital envisagée ainsi que le rapport des commissaires aux comptes. La résolution doit <i>a minima</i> comporter : le principe de la réduction de capital (généralement sous condition suspensive de non-opposition des créanciers ou de rejet des oppositions éventuelles par le tribunal de commerce), le nombre de titres à racheter et annuler, la valeur d'achat des titres et le délai pour réaliser l'opération ⁽¹⁾ .
3	Émission d'une offre d'achat par la société au profit de tous les actionnaires ⁽²⁾ /associés ⁽³⁾ . Les associés semblent pouvoir décider à l'unanimité de renoncer à la procédure de l'offre adressée à chacun d'eux ; en effet, si la règle est d'ordre public, il s'agit d'un ordre public de protection et les associés peuvent renoncer à ce droit une fois qu'il est acquis ⁽⁴⁾ .
4	Maintien de l'offre d'achat pendant un délai minimal ⁽⁵⁾ .
5	Décision de réduction de capital adoptée en assemblée générale selon les conditions de <i>quorum</i> et de majorité requises pour modifier les statuts ⁽⁶⁾ (généralement sous condition suspensive de non-opposition des créanciers ou de rejet des oppositions éventuelles par le tribunal de commerce). Si les titres présentés au rachat par les associés/actionnaires n'excèdent pas le <i>quota</i> de titres que la société se propose de racheter, alors celle-ci pourra racheter tous les titres proposés au rachat. Si les titres présentés au rachat par les associés/actionnaires excèdent le <i>quota</i> de titres que la société se propose de racheter, alors celle-ci procédera au rachat de manière proportionnelle ⁽⁷⁾ ; ainsi, tous les titres proposés au rachat ne seront pas nécessairement rachetés par la société.
6	Annulation des titres ⁽⁸⁾ .

Chronologie	Étapes
7	Dépôt au greffe du procès-verbal de l'assemblée générale décidant ou autorisant la réduction de capital (sous condition suspensive).
8	Délai d'opposition des créanciers sociaux ⁽⁹⁾ . Inopposabilité aux créanciers sociaux dans les sociétés à risque illimité ⁽¹⁰⁾ .
9	Insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales.
10	Dépôt au greffe du procès-verbal de l'assemblée générale décidant ou autorisant la réduction de capital (sans condition suspensive) ainsi que des statuts mis à jour.
11	Insertion au BODACC.

⁽¹⁾ C. com., art. R. 225-155.
⁽²⁾ C. com., art. R. 225-153.
⁽³⁾ Solution inférée de C. com., art. L. 223-34 applicable aux SARL ; rien n'est dit en matière de SC ni de SNC.
⁽⁴⁾ V. not. en ce sens R. Mortier, Opérations sur capital social, préc. note 141, n° 749.
⁽⁵⁾ C. com., art. R. 225-154, al. 2 : vingt jours dans les sociétés par actions ; aucun délai n'est imposé dans les SARL, il s'ensuit que la règle du délai raisonnable devrait être appliquée afin de respecter le principe de l'égalité entre associés.
⁽⁶⁾ C. com., art. L. 225-204 : AGE au sein des SA ou des SCA ; C. com., art. L. 223-34 : AG dans les conditions requises pour modifier les statuts au sein des SARL ; C. com., art. L. 227-9 : collectivité des associés au sein des SAS ; AG dans les conditions requises pour modifier les statuts dans les SC et les SNC.
⁽⁷⁾ C. com., art. R. 225-155.
⁽⁸⁾ C. com., art. R. 225-158 pour les actions. - C. com., art. R. 223-34 pour les parts de SARL ; rien n'est dit pour les SC ni les SNC.
⁽⁹⁾ C. com., art. L. 225-205 et R. 225-152 dans les sociétés par actions. - C. com., art. L. 223-34 et R. 223-35 dans les SARL.
⁽¹⁰⁾ R. Mortier, Opérations sur capital social, préc. note 141, n° 760.

101. Consentements et date du transfert de propriété - Il s'ensuit que s'agissant d'une cession, l'accord de l'associé cédant, proposant ses titres au rachat, est exprimé initialement lors de l'assemblée générale décidant la réduction de capital. Le consentement de la société est également exprimé à l'occasion de cette assemblée, si la réduction de capital est décidée. Malgré l'existence de l'offre d'achat émise par la société à l'attention des associés, le consentement de celle-ci ne peut en effet être regardé comme fourni lors de l'émission de cette offre, dans la mesure où cette dernière n'est qu'un projet de résolution et ne porte pas le consentement de la collectivité des associés exprimé dans les conditions de *quorum* et de majorité pour modifier les statuts. Il apparaît donc que le transfert de propriété devrait intervenir au moment de l'assemblée générale décidant la réduction de capital. Il existe cependant deux facteurs de nature à faire varier la date de ce transfert.

102. Le report du transfert de propriété : la condition suspensive de non-opposition - L'existence d'une condition suspensive affecte l'existence de l'obligation. Il s'ensuit que le rachat et l'annulation ne deviennent parfaits qu'à l'expiration du délai d'opposition des créanciers sociaux et en l'absence d'opposition valable. Le transfert de propriété issu du rachat n'intervient donc qu'à cette date. Il nous semble aussi envisageable que le transfert de propriété soit reporté par les termes mêmes de la résolution.

103. L'anticipation du transfert de propriété : le contrôle de la société - Il serait tentant, pour qui veut contester la chronologie des opérations et prétendre que la donation n'est intervenue qu'après le rachat-annulation, de se fonder sur la circonstance de fait que le donateur (avant la donation) ou le donataire (après la donation) détienne des droits de vote suffisants pour satisfaire seul aux conditions de *quorum* et de majorité d'adoption de la décision. Il serait alors prétendu

que la donation ne porterait pas sur les titres, mais en réalité sur la contrepartie de l'annulation des titres rachetés. Le raisonnement doit pourtant être condamné avec fermeté, ainsi que nous allons le démontrer.

104. Le caractère contractuel du rachat : situation du donataire-associé racheté - Le rachat par la société de ses titres sociaux s'analyse en un contrat de cession, dans lequel le cédant est l'associé et le cessionnaire la société. Le consentement des parties est donné, nous l'avons vu, au cours de l'assemblée générale décidant la réduction de capital, le cas échéant sous condition suspensive. Ainsi, pour remettre en cause la chronologie des opérations, il faudrait démontrer que le transfert de propriété issu du rachat est intervenu avant celui issu de la donation ; autrement dit, que l'assemblée générale décidant la réduction de capital a été décidée sans condition suspensive de non-opposition, et avant la donation. Rappelons qu'au rachat, sont parties : le donataire en tant qu'associé-racheté et la société en tant que cessionnaire-rachetant. Or, par définition, le donataire ne peut consentir au rachat qu'après avoir été gratifié des biens¹⁴⁵, à défaut de quoi il consentirait une vente portant sur la chose d'autrui et en conséquence sujette à nullité. L'administration fiscale ne nous semble pas pouvoir se prévaloir d'un rachat nul pour rapporter la preuve de l'antériorité du rachat à la donation.

105. Le caractère contractuel du rachat : situation du majoritaire - La situation des parties semble davantage ambiguë si elles détiennent la majorité requise en assemblée générale pour décider la réduction de capital. Précisons toutefois que dans une hypothèse de chronologie classique, la donation intervient avant le rachat. Deux hypothèses sont alors envisageables.

¹⁴⁵ L'argument se commande également de la prohibition des engagements pour autrui.

106. Dans la *première hypothèse*, le donateur disposait d'un bloc de contrôle de titres lui conférant la majorité requise pour décider la réduction de capital avant la donation ; il donne une partie de ses titres, mais à l'issue de la donation, il continue de jouir de ce bloc de contrôle majoritaire. Il aura alors un pouvoir de décision important dans l'assemblée générale à venir. La situation du donataire est, dans cette hypothèse, inverse : il ne disposait pas de la majorité requise avant la donation, et malgré celle-ci, ce n'est toujours pas le cas. Tout l'enjeu est alors d'identifier à quel moment le donateur, associé majoritaire, porte le consentement de la société à la réduction de capital par rachat-annulation. Cette détention majoritaire est une circonstance de fait qui ne nous semble pas modifier l'analyse du consentement de la société. En effet, un associé, même majoritaire, n'est pas le représentant légal de la société (sauf cumul de fonctions). Il n'agit donc pas au nom de la société. Il participe seulement de l'adoption des décisions sociales en assemblée générale. Il s'ensuit que tant que son consentement n'a pas été exprimé au cours d'une assemblée générale dans les conditions et selon les modalités requises, il ne nous paraît pas possible d'en tenir compte. Toutefois, peut-on déduire de manière anticipée l'intention de l'associé-donateur du seul fait que sa participation est majoritaire ? Qu'il nous soit permis d'en douter ; à cet égard en effet, en matière de donation précession, le Conseil d'État semble faire fi de ce que la cession soit pressentie ou qu'un protocole de cession sous condition suspensive soit déjà conclu au moment de la donation : seul compte le séquençage harmonieux des transferts de propriété. Alors pourquoi changer son fusil d'épaulé ? La situation est similaire : la cession comme le rachat ont de fortes chances d'aboutir. Est-ce parce que le rachat pourrait déjà aboutir qu'il convient de présumer que l'intéressé y a déjà consenti ? À nouveau, l'argument nous semble devoir être réfuté. Premièrement, le principe de prohibition des engagements pour autrui empêche de manière absolue une telle présomption. Secondement, la volonté de la société n'est jamais réductible à celle d'un associé, fût-il majoritaire. L'argument reviendrait à renier le principe de l'autonomie de la personne morale.

107. Dans la *seconde hypothèse*, le donataire dispose désormais, à l'issue de la donation, d'un bloc de contrôle lui conférant la majorité requise pour décider la réduction de capital. Les arguments ci-dessus nous semblent transposables à la situation du donataire, de telle sorte qu'à nouveau, nous estimons qu'il n'est pas permis de déduire de la circonstance de fait qu'il détienne la majorité requise pour déclarer l'objet de la donation fictif. Mais plus encore, les arguments par ailleurs développés ci-avant à l'égard du contrat de rachat sont également mobilisables¹⁴⁶.

108. Le caractère contractuel du rachat : l'indifférence de la condition suspensive quant à l'argument issu du contrôle - Précisons pour finir que l'argument, fondé en droit civil, de l'existence d'une condition suspensive tenant à la non-opposition des créanciers sociaux ne paraît pas avoir

de prise sur l'analyse (qui nous semblerait infondée) tirée de la situation de contrôle de l'associé majoritaire. Une telle approche consisterait à présumer, d'une circonstance de fait, l'existence d'une obligation à laquelle les parties n'ont pas encore consenti, *i.e.* qui n'existe pas encore. Selon cette approche, la stipulation d'un élément affectant l'existence de l'obligation telle qu'une condition suspensive, n'aurait aucune portée puisque cette analyse se satisfait précisément de l'inexistence de cette dernière. Un ultime signe de la contradiction sur laquelle il repose, sans doute.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La validité de la donation pré-réduction de capital nous semble absolument incontestable sur le plan de la chronologie des opérations en droit civil¹⁴⁷. Partant, elle devrait alors l'être en droit fiscal. Au cas où l'administration fiscale contesterait, ce ne pourrait être à notre sens que pour des circonstances particulières qui justifieraient que, exceptionnellement, il ne soit pas fait application des règles cardinales protectrices ci-avant développées. Gageons qu'en cas de contentieux, l'analyse du juge administratif s'inscrira dans la lignée des décisions *Motte-Sauvaige*, *Pères et Fillet* précitées. Dans l'attente, nous invitons les téméraires à la prudence et les timorés à un peu d'audace. Chaque professionnel appréciera selon les circonstances, la nécessité, ou non, de prendre quelques précautions supplémentaires ; il s'agira pour certains de laisser du temps entre la donation et la réduction de capital.

II. Optimiser la donation précession

109. Une fois l'opération sécurisée dans toutes ses conséquences civiles comme fiscales, le praticien peut se pencher sur les facteurs d'optimisation de l'opération. À cet égard, nous identifions essentiellement deux aspects, relevant de considérations d'opportunité distinctes. D'abord, laquelle de la donation en pleine propriété ou de celle en démembrement de propriété apparaît la plus adaptée eu égard à la situation tant du donateur que du donataire ? Ensuite, qui du donateur ou du donataire doit prendre à sa charge les frais et droits de donation ? Précisons qu'aucune de ces deux questions n'appelle de réponse binaire, et qu'il est en toutes hypothèses possible de panacher entre les solutions apportées, selon les circonstances d'espèce. Toujours, des calculs et simulations s'imposeront. Ainsi, nous présenterons les facteurs ainsi que les enjeux de l'arbitrage entre la donation en pleine propriété et sa variante en démembrement de propriété (A), puis les éléments présidant à l'organisation de la prise en charge des frais et droits de donation (B), pour enfin illustrer notre propos par un exemple chiffré (C).

146 V. § 106.

147 Sauf erreur, fraude ou autre hypothèse pathologique.

A. L'arbitrage entre donation démembrée et donation en pleine propriété

110. La présentation des critères du choix entre donation en pleine propriété et donation en démembrement de propriété (1°) justifie que nous nous attardions ensuite sur quelques conséquences essentielles de la donation en démembrement de propriété (2°).

1° Comment arbitrer ? Les critères à prendre en compte

111. La donation précession s'inscrit généralement dans une perspective de transmission anticipée du patrimoine du donateur. Aussi observe-t-on en pratique que les opérations de donation précession portent, lorsqu'elles sont effectuées en démembrement de propriété, bien plus fréquemment *a minima* sur la nue-propriété du bien, que sur le seul usufruit de celui-ci¹⁴⁸. La comparaison se résume donc à donation en pleine propriété *versus* donation en nue-propriété. Divers critères entrent alors en ligne de compte, que nous pouvons distinguer suivant qu'ils relèvent d'aspects civils ou d'aspects fiscaux.

112. Les critères civils - C'est de la question de l'ampleur du dépouillement auquel souhaite consentir le donateur, que les critères civils découlent. Donner en pleine propriété correspond pour lui à un dépouillement maximal : celui-ci se départit de toutes ses prérogatives sur le bien donné. *Exit* donc le droit d'utiliser le bien, le droit d'en retirer des fruits et le droit de l'aliéner : tous ces pouvoirs sont transmis au donataire. C'est beaucoup ; mais c'est tout à fait envisageable et même opportun si le donateur n'a que faire de conserver un pouvoir de décision, une source d'agrément ou de revenus. À l'inverse, donner la nue-propriété lui permet de conserver des prérogatives décisionnelles et, économiquement, une source de revenus, en ne consentant qu'un dépouillement réduit. Il conserve ainsi le droit d'utiliser le bien (*usus*) ainsi que le droit d'en retirer les fruits (*fructus*) : seul le droit d'aliéner (*abusus*) le bien est transmis au donataire. Tout cela participe d'une balance des intérêts en présence eu égard aux circonstances d'espèce : maintenir le financement du train de vie du donateur, anticiper la transmission pour réduire l'impôt de succession, conférer une source de revenus au donataire, continuer à utiliser le bien, protéger un tiers tel que le conjoint¹⁴⁹, etc.

113. Mais le choix entre les deux procédés n'a pas à être binaire : il est tout à fait possible de panacher entre donation en pleine propriété d'une partie seulement des biens dont la cession est pressentie, et donation en nue-propriété pour

l'autre partie¹⁵⁰. Ce panachage est par ailleurs bien souvent, dans une moindre mesure, un facteur d'optimisation de la dimension fiscale de l'opération, ainsi que nous le verrons.

114. Les critères fiscaux - C'est ici, pour l'essentiel, la question d'un choix entre le régime fiscal favorable du démembrement de propriété en matière de fiscalité successorale et l'effet de purge de la plus-value attaché à la donation. D'une part en effet, la donation avec réserve d'usufruit présente l'avantage de **réduire l'assiette taxable aux droits de donation** : d'abord, seule la nue-propriété transmise est soumise aux droits de donation¹⁵¹, ce qui permet de ne pas générer de droits de donation sur la valeur de l'usufruit¹⁵² ; ensuite, lors de l'extinction de l'usufruit par survenance de son terme, aucun supplément de fiscalité n'est dû¹⁵³. C'est véritablement dans la combinaison de ces deux dispositions que réside l'attrait fiscal de la donation en démembrement de propriété¹⁵⁴. Car si cela permet de transmettre l'accroissement de valeur constaté depuis la donation jusqu'au terme de l'usufruit sans complément de fiscalité successorale au cours de cette période¹⁵⁵, le gain en capital ainsi constaté depuis la donation, tant du chef de l'accroissement de valeur de l'usufruit que de celui de la nue-propriété, sera ultérieurement soumis à l'impôt de plus-value en cas de mutation à titre onéreux¹⁵⁶.

115. D'autre part, la donation de la seule nue-propriété, parce qu'elle ne porte pas sur l'usufruit, ne permet pas de **purger la plus-value latente** afférente à ce dernier¹⁵⁷. L'effet de « purge » issu de la donation, lequel concerne tant l'assiette de l'impôt que celle des prélèvements sociaux, ne porte en effet que sur les biens qui font partie de son périmètre. Le constat est invariable : l'on ne peut réduire l'impôt de donation tout en effaçant la plus-value.

150 Ce panachage est généralement appliqué quand la donation porte sur plusieurs biens, afin d'éviter l'indivision ; il est donc autant fréquent pour des titres sociaux qu'il est rare pour un immeuble.

151 CGI, art. 669.

152 Cet avantage est le reflet fiscal de la situation économique de l'opération, car l'entrée en jouissance du nu-propriétaire est différée au terme de l'usufruit : il est en quelques sortes injuste de l'imposer au titre d'un droit qui n'est pas encore entré dans son patrimoine.

153 CGI, art. 1133.

154 L'absence de taxation de l'extinction de l'usufruit n'est que la conséquence de la réalité de droit civil : le droit de donation étant un droit de mutation (à titre gratuit), il ne saurait taxer la reconstitution de la pleine propriété. Celle-ci ne procède en effet en aucun cas d'un transfert de valeurs d'un patrimoine au profit d'un autre, mais seulement de la disparition d'un droit (l'usufruit) au sein d'un patrimoine (l'usufruitier).

155 Notons que l'effet, aussi bénéfique soit-il à l'instant T, ne procède d'aucun effet d'aubaine : la plus-value latente afférente au droit réel soustrait à l'assiette des droits de mutation à titre gratuit n'est pas effacée.

156 Pour les immeubles : BOI-RFPI-PVI-20-10-20-10, 12 sept. 2012, § 350 ; pour les titres sociaux : BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 200.

157 Une donation qui porterait sur l'usufruit au profit par exemple du conjoint, et sur la nue-propriété au profit des enfants, permettrait de purger la plus-value afférente à l'usufruit en réhaussant le prix de revient de celui-ci entre les mains du conjoint, ainsi que celle afférente à la nue-propriété, en réhaussant le prix de revient de celle-ci entre les mains des enfants. Mais elle serait alors assujettie aux droits de donation d'une part sur l'usufruit constitué *per translationem*, et d'autre part sur la nue-propriété (*i.e.* sur la pleine propriété).

148 Raison pour laquelle la donation par laquelle le donateur constitue *per translationem* un usufruit en l'aliénant à titre gratuit au profit d'un tiers, tout en se réservant la nue-propriété du bien, ne sera pas étudiée.

149 La donation en démembrement de propriété présente ceci d'intéressant qu'elle permet de constituer un usufruit au profit du conjoint du donateur, soit actuel, soit successif.

116. Les facteurs fiscaux d'optimisation - Un premier facteur d'optimisation peut alors résider dans la comparaison - fiscale - entre : (i) d'une part pour la donation en pleine propriété, le montant de l'impôt de plus-value, et (ii) d'autre part pour la donation en démembrement de propriété, le montant cumulé de l'impôt de plus-value afférent à l'usufruit non donné et des droits de donation sur la nue-propriété donnée. Un deuxième facteur tient à l'organisation pertinente de la prise en charge des frais et droits de donation que nous examinerons *infra*. Un troisième facteur peut consister, pour les titres sociaux, en la prise en compte d'une moins-value (générée du fait de la prise en charge par le donataire des frais et droits de donation et d'une cession pour un prix unitaire identique à la valeur vénale unitaire retenue lors de la donation), qui pourra le cas échéant être imputée sur une plus-value de même nature. Bien souvent en pratique, ces trois facteurs sont combinés ; nous reviendrons plus loin sur cet aspect, après avoir exposé les enjeux inhérents à la prise en charge des frais et droits de donation par les donataires¹⁵⁸.

2° Comment arbitrer ? Anticiper les conséquences de la donation en démembrement de propriété

117. Du sort du prix de cession de l'actif démembré découle directement la question du redevable de l'impôt de plus-value.

♦ A) LE SORT DU PRIX DE CESSION DÉMEMBRÉ : ASPECTS DE DROIT CIVIL

118. Démembrement de propriété - Lorsqu'un bien se trouve démembré entre un usufruitier d'une part et un nu-propriétaire d'autre part, il faut admettre que chacun de l'usufruitier et du nu-propriétaire est titulaire d'un droit réel ; il est alors envisageable, sous réserve d'éventuelles restrictions contractuelles, que chacun de l'usufruitier et du nu-propriétaire puisse céder son droit réel. En pratique, l'hypothèse la

plus répandue sera celle de la cession conjointe des deux droits démembrés au profit d'un ou plusieurs acquéreurs.

119. Dispositif supplétif de volonté : fin du démembrement - Il existe alors deux cédants donc deux cessions : cette analyse est confirmée par l'article 621 du code civil, lequel prévoit qu'une telle vente simultanée de l'usufruit d'une part et de la nue-propriété d'autre part, conduit par principe à la ventilation¹⁵⁹ du produit de cession entre chaque cédant suivant la valeur respective de chaque droit réel cédé. Ainsi, sauf volonté contraire, la vente du bien démembré entraîne la fin du démembrement de propriété.

120. Convention des parties : report du démembrement - À titre supplétif, l'article 621 du code civil autorise les « parties » (comprendre l'usufruitier et le nu-propriétaire) à organiser le report de l'usufruit sur le prix donc à maintenir le démembrement ; il doit être admis dans ce cas qu'un tel report de l'usufruit sur le prix est compatible soit avec un quasi-usufruit ce qui conduira au versement du produit de cession au seul usufruitier soit avec un remploi du produit de cession démembré sur un autre bien subrogé. En effet, il nous semble hautement contestable de considérer que tout report de l'usufruit sur le prix impliquerait nécessairement un quasi-usufruit, exclusif de subrogation, dès lors que tout remploi « en démembrement » décidé conjointement par les cédants implique, un instant de raison, le report du démembrement sur le produit de cession. L'expression claire de la volonté des parties est nécessaire, mais suffisante, pour choisir entre la ventilation, le quasi-usufruit ou le remploi¹⁶⁰.

121. Tableau synoptique - Nous proposons de résumer la situation au moyen du tableau ci-après.

159 Il faut se garder ici de toute référence à la notion de partage qui ne saurait prospérer en l'absence d'indivision préexistante ; c'est donc bien de ventilation du produit de cession qu'il s'agit.

160 Il est d'ailleurs possible, pour une même cession, de recourir à plusieurs de ces solutions : la ventilation pour une partie du produit de cession, le remploi pour le surplus.

158 V. § 138 et s.

Cession	Options possibles	Redevable de l'impôt	Traitement au décès
Solution retenue lors de la cession des titres démembrés.	1. Ventilation du prix entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.	Usufruitier pour la PV afférente à l'usufruit. Nu-propriétaire pour la PV afférente à la nue-propriété.	La fraction versée à l'usufruitier sera soumise aux droits de succession à terme. <i>Perte de l'avantage fiscal lors de l'extinction de l'usufruit.</i>
	2. Report du démembrement avec remploi du prix de cession.	Nu-propriétaire.	Le capital démembré est transmis sans fiscalité. <i>Extinction de l'usufruit sans conséquence fiscale.</i>
	3. Report du démembrement avec constatation d'un quasi-usufruit sur le prix de cession. <i>* Attention ! Contexte fiscal à analyser.</i>	Quasi-usufruitier.	Le solde du prix de cession se retrouve à l'actif de succession. La dette de restitution peut être déduite comme passif de succession.

◆ B) LE REDEVABLE DE L'IMPÔT DE PLUS-VALUE : L'ANALYSE FISCALE

122. Plus-value immobilière - En matière de plus-value immobilière des parties, la doctrine administrative tire toutes les conséquences de l'analyse civile : deux cédants, deux redevables. L'approche est simple et cohérente.

123. Plus-value sur valeurs mobilières - En matière de plus-value sur valeurs mobilières (plus-values sur titres), la situation est plus complexe et sans doute plus artificielle, donc exposée à la critique.

Reconnaissant pleinement le rôle de la volonté des parties - pour autant qu'elle résulte d'une convention antérieure ou concomitante au fait générateur de l'impôt - la doctrine administrative¹⁶¹ distingue trois cas : ventilation¹⁶² (1), remploi (2) et quasi-usufruit (3), pour en tirer des conséquences différentes s'agissant (i) de la détermination du redevable et (ii) des modalités d'imposition. Nous rappellerons brièvement ces trois cas¹⁶³.

◆ 1) Ventilation

124. Deux cessions : deux redevables - En cas de répartition du prix de vente lors d'une cession conjointe par l'usufruitier et le nu-proprétaire, chaque cédant est redevable de l'impôt de plus-value : deux cédants, deux redevables. Les modalités d'imposition se caractérisent donc par la détermination de deux plus-values, chacune calculée par différence entre le prix de cession de chaque cédant (donc la contrepartie qu'il reçoit en application de la ventilation convenue entre les cédants) et son prix d'acquisition.

125. Lorsque l'un des cédants a disposé de la pleine propriété avant le démembrement, il est admis, par commodité, de retenir pour prix de revient une fraction de son prix d'acquisition de la pleine propriété par application du barème de l'article 669 du CGI ; les contribuables peuvent également déterminer le prix de revient du cédant concerné par l'application de la méthode économique¹⁶⁴.

◆ 2) Remploi

126. Redevable unique : nu-proprétaire - Au cas où les parties conviennent du maintien du démembrement de propriété en vue de son report sur un nouveau bien démembrement (solution dite du « remploi »)¹⁶⁵, l'unique redevable est le nu-proprétaire. Dans le contexte d'une donation précession, cela doit naturellement être anticipé : le donataire de la

nue-proprété devra être mis en mesure de faire face à l'impôt de plus-value non purgée (afférente à l'usufruit).

127. Fondement - À ce titre, remarquons que l'administration fiscale semble (cela n'est pas précisément développé) déduire cette solution de l'idée qu'en cas de remploi le titre serait cédé par le nu-proprétaire (et non conjointement par les deux titulaires de droits démembres comme expliqué *supra*), ce qui est une idée fautive reposant sur la thèse minoritaire suivant laquelle l'usufruit n'est qu'une charge (et non un démembrement de la propriété). Cette thèse ne correspond pas au droit positif ce qui - pour l'essentiel - explique les défauts de la solution qui en découle (notamment le redevable unique)¹⁶⁶.

128. Prix de cession - Les modalités d'imposition se caractérisent par la détermination d'une seule plus-value, réalisée par l'unique redevable au titre de laquelle le prix de cession (celui de la pleine propriété) n'appelle pas de précision particulière.

129. Prix d'acquisition - Le prix d'acquisition est retenu de la manière suivante :

- si l'usufruitier ou le nu-proprétaire a disposé de la pleine propriété des titres avant le démembrement (hypothèse la plus fréquente dans le contexte d'une donation précession), le prix d'acquisition à retenir pour la détermination de la plus-value imposable est constitué par le prix ou la valeur d'acquisition initiale de la pleine propriété des titres, majoré de l'accroissement de valeur du droit démembrement constaté entre la date de l'acquisition initiale de la pleine propriété et la date de transmission du droit démembrement¹⁶⁷ ;

- si l'usufruitier et le nu-proprétaire n'ont pas disposé de la pleine propriété avant le démembrement, le prix d'acquisition à retenir sera soit le prix d'acquisition de la pleine propriété lorsque la nue-proprété et l'usufruit ont été acquis à titre onéreux, soit la valeur totale retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit lorsque la nue-proprété et l'usufruit ont été acquis à titre gratuit (dans le contexte d'une donation précession, cela pourrait correspondre, par exemple, à la situation, fréquente, de la donation de l'usufruit des titres au conjoint et de la nue-proprété aux enfants).

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Si le cédant exerce l'option pour l'imposition au barème progressif (s'agissant des titres acquis avant le 1^{er} janvier 2018), l'abattement pour durée de détention sera calculé à partir de la date d'acquisition de la nue-proprété par le nu-proprétaire¹⁶⁸, y compris s'agissant de la plus-value afférente à l'usufruit. Dit autrement, l'option pour l'imposition au barème progressif dans ce cas « fait perdre » la durée de détention dont aurait pu se prévaloir le donateur.

161 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015.

162 Hypothèse (de loin) la moins fréquente dans le contexte particulier d'une donation précession.

163 Les développements qui suivent ne concernent que les titres dont la propriété a été démembrement à compter du 3 juillet 2001.

164 Sous réserve naturellement que l'un et l'autre des droits démembres soient alors évalués selon la même méthode.

165 À cette situation, il faut assimiler l'apport ou l'échange de titres démembres, rémunéré au profit des apporteurs par l'attribution de titres démembres.

166 Sur ce point, v. not. R. Gentilhomme, J.-F. Desbuquois et P. Kouraleva-Cazals, Plus-values de cession de valeurs mobilières démembres, modalités d'imposition : APSP 2021, n° 1, dossier 4.

167 L'accroissement de la valeur du droit démembrement transmis est déterminé par application du barème de l'article 669 en fonction de l'âge de l'usufruitier à la date de la cession.

168 BOI-RPPM-PVBMI-20-20-20-20, 20 déc. 2019, § 40.

130. Majoration des frais d'acquisition - Dans les deux cas, le prix d'acquisition peut être majoré des frais d'acquisition. L'application de ce principe général soulève quelques difficultés dans le contexte particulier d'une donation précession, spécialement en présence de titres démembrés au cas d'un redevable unique. En effet, en principe, ces frais d'acquisition (ce qui inclut les droits de donation) ne peuvent majorer le prix de revient que pour autant qu'ils ont été effectivement supportés par le contribuable. Ainsi, en présence d'une donation de titres, les frais et droits de donation supportés personnellement par le donataire cédant seront admis en majoration de son prix de revient fiscal ce qui, en cas de donation précession de la seule nue-propriété, présente l'intérêt de générer une moins-value susceptible de réduire (voire effacer) la plus-value, non purgée, afférente à l'usufruit ; à l'inverse, les frais et droits de donation supportés par le donateur ne peuvent pas être pris en compte¹⁶⁹.

131. Cas particulier : majoration en cas de report du démembrement - Mais en cas de cession de titres démembrés suivie d'un remploi, le redevable unique (nu-propriétaire) peut-il majorer son prix de revient des frais et taxes ayant grevé l'acquisition de l'usufruit et acquittés par l'usufruitier ?

132. Le Conseil d'État a apporté, dans un arrêt *Coiquaud* du 11 mai 2017¹⁷⁰, une réponse affirmative à cette interrogation reconnaissant que « le prix effectif d'acquisition comprend l'ensemble des frais et taxes qui ont grevé l'acquisition, tant de la nue-propriété que de l'usufruit, alors même que ces frais ont été acquittés par l'usufruitier » ; dans cette affaire, un donateur avait consenti donation de la nue-propriété de titres à ses enfants et de l'usufruit à son épouse, chaque donataire ayant acquitté les frais et droits de donation correspondant aux actifs reçus. La position défendue par l'administration fiscale consistant à refuser la prise en compte des frais et droits supportés par l'usufruitière au motif qu'ils n'avaient pas été supportés personnellement par le redevable de l'impôt (chaque nu-propriétaire) manquait de cohérence car elle revenait à confondre la détermination du redevable avec les modalités de détermination de l'impôt : on ne saurait être taxé pour le tout sans considérer les frais et droits venant en majoration du prix de revient pour le tout.

133. Attention, contrairement à une lecture proposée par certains, cet arrêt ne permet aucunement de majorer le prix de revient du nu-propriétaire des frais et droits de donation réglés par le donateur (par ailleurs usufruitier, par rétention) ; en effet, en pareille circonstance, les frais et droits acquittés par le donateur usufruitier ne sont pas des frais d'acquisition puisqu'acquittés pour se départir des titres (ou d'une partie de ceux-ci) ; en revanche, les frais et droits acquittés par le donateur usufruitier lors de son acquisition initiale de la pleine propriété pourront être pris en compte par le redevable nu-propriétaire.

169 En ce sens, v. CE, 7 févr. 2018, n° 399399, Nuss, concl. E. Cortot-Boucher : IP 1-2019, n° 02.2, comm. E. Laporte.

170 CE, 11 mai 2017 n° 402479, Coiquaud, concl. E. Cortot-Boucher : IP 1-2019, n° 02.1, comm. J. Chateaufort ; RJF 8-9/17, n° 808.

◇ 3) Quasi-usufruit

134. Redevable unique : quasi-usufruitier - Au cas où les parties conviennent du report du démembrement de propriété sur le prix de vente afin de permettre à l'usufruitier d'exercer un quasi-usufruit, l'unique redevable est l'usufruitier¹⁷¹.

135. Modalités d'imposition - Les modalités d'imposition se caractérisent alors par la détermination d'une seule plus-value, réalisée par l'unique redevable, égale à la différence entre le prix de cession de la pleine propriété (qui n'appelle pas de précision particulière) et la valeur d'acquisition des titres cédés, déterminée suivant les mêmes règles et principes que dans l'hypothèse du remploi de sorte que nous renvoyons aux explications qui précèdent.

136. Majoration des frais d'acquisition - S'agissant des frais d'acquisition, la règle de l'unicité du redevable soulève les mêmes difficultés que celles précédemment exposées et la solution retenue par la décision *Coiquaud* précitée rendue par le Conseil d'État le 11 mai 2017 semble devoir être transposée en ce qu'elle autoriserait à majorer le prix de revient de la nue-propriété donnée des frais et taxes payés par celui qui, pourtant, n'est pas le redevable, c'est-à-dire ici le nu-propriétaire.

137. En revanche, cette décision ne nous paraît pas autoriser la prise en compte des frais et droits de donation acquittés par le donateur, fût-il ensuite quasi-usufruitier (donc redevable) car cela reviendrait à admettre qu'il soit tenu compte de frais personnellement supportés par l'un des cédants non pour acquérir mais pour céder les titres. Or, l'arrêt du 11 mai 2017 n'a pas cette portée : il permet seulement, en cas de cession de titres démembrés, la prise en compte des frais supportés par chaque cédant (qu'il soit redevable ou non) mais uniquement pour l'acquisition des titres (ou de l'un des droits démembrés).

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Dès lors que le traitement fiscal de la plus-value de cession de valeurs mobilières démembrées dépend du sort réservé au prix de cession, suivant que les parties seront convenues d'appliquer la règle légale supplétive de volonté prévue par l'article 621 du code civil ou au contraire d'y déroger, la convention, nécessairement antérieure ou concomitante au fait générateur de l'impôt¹⁷², ne saurait souffrir la moindre équivoque ; cela commande vraisemblablement quelques ajustements de la pratique.

En effet, le Conseil d'État a rappelé par deux décisions récentes des 2 avril 2021 et 17 novembre 2021¹⁷³ l'importance

171 Car il est perçu comme le bénéficiaire de l'enrichissement résultant de la cession (CE, 8 nov. 1967, n° 69696 : Dupont 1968, p. 38. - CE, 18 déc. 2002, n° 230605 : RJF 2003, n° 328. - CE, 12 déc. 2012, n° 336273 et 336303 : RJF 2013, n° 296).

172 CE, 28 janv. 2019, n° 407305, Masset : Lebon T. ; IP 1-2019, n° 3, § 4 ; RJF 4/19 n° 345, concl. É. Bokdam-Tognetti, C 345.

173 CE, 2 avr. 2021, n° 429187, Kreps, concl. C. Guibé : Lebon T. ; IP 3-2021, n° 3, § 24, comm. V. Streiff ; RJF 6/21 n° 594. - CE, 8^e ch, 17 nov. 2021, n° 437329, Min. c/ Quennouëlle, concl. K. Ciavaldini : IP 2-2022, n° 3, § 20.

d'une rédaction claire de la convention entre les parties à ce sujet (convention qui bien souvent figure dans l'acte de donation).

De ces deux arrêts, il faut, nous semble-t-il, retenir les enseignements suivants.

La convention entre titulaires de droits démembres doit être appréciée à l'instant du transfert de propriété des valeurs mobilières, peu important que cette convention ne soit, ensuite, pas respectée ou partiellement mise en œuvre.

En cas de maintien du démembrement de propriété, le choix pour le quasi-usufruit peut ne pas être exprès mais se déduire des pouvoirs conférés à l'usufruitier suivant la convention alors applicable (laquelle s'apprécie donc à la date de la cession).

Plus concrètement, la simple stipulation d'une « clause de remploi » n'est pas exclusive d'un quasi-usufruit s'il résulte de sa rédaction que le remploi évoqué n'oblige pas l'usufruitier, qui pourrait ne pas y procéder ; en l'occurrence, l'acte de donation prévoyait que « l'usufruit réservé se reportera en vertu des règles de la subrogation réelle conventionnelle sur le prix de cession » et que « le donataire devra [...] remployer le produit de ces aliénations dans tous les biens dont l'acquisition pourrait être décidée par les seuls usufruitiers ». Cette rédaction - à notre connaissance, relativement répandue - doit être désormais évitée afin que le remploi ne soit pas facultatif mais bien obligatoire.

Un auteur¹⁷⁴ semble même conférer à ces décisions une portée particulièrement large en ce qu'elles conduiraient à l'imposition du seul usufruitier (comme étant « *seul bénéficiaire de l'enrichissement résultant de la cession* ») même en cas de stipulation à la charge de l'usufruitier d'une obligation (devra plutôt que pourrait) de remployer le produit de cession à l'acquisition d'un bien qui s'y trouverait subrogé, sauf à réserver au seul nu-propiétaire le choix du remploi (ce qui est rarement conforme aux attentes de nos clients). Nous ne rejoignons pas cette analyse et pensons que les décisions précitées demeurent compatibles avec une clause de remploi conférant à l'usufruitier le pouvoir de choisir l'actif acquis en remploi dès lors que la convention exclut explicitement tout quasi-usufruit et impose le principe du remploi (devra plutôt que pourrait).

En effet, d'une part, les conclusions de Mme Céline Guibé dans l'affaire *Kreps*¹⁷⁵ sont en ce sens lorsqu'il est souligné le caractère déterminant de l'emploi du conditionnel dans la clause examinée (conditionnel à formellement éviter donc) ; d'autre part, la seule mention, dans la clause de remploi précitée du « report de l'usufruit sur le prix » ne saurait être un critère déterminant invariablement la qualification de quasi-usufruit tant le maintien du démembrement¹⁷⁶ constitue, à l'instant de la cession, le préalable nécessaire commun tant au remploi qu'au quasi-usufruit.

174 M. Leroy, Cession de titres démembres en plus-value, clause relative au prix et identité du redevable de l'impôt : RFP 2021, n° 7-8.

175 CE, 2 avr. 2021, n° 429187, *Kreps*, préc. note 173.

176 Donc le report de l'usufruit sur le prix.

B. La prise en charge des frais et droits de donation

138. Cas général - Par principe, il revient au donataire d'acquitter les frais et droits de donation. Toutefois, hormis le contexte spécifique d'une donation précession, il est d'usage que les frais et droits de donation soient pris en charge par le donateur, dans la mesure où l'avantage indirect ainsi consenti au donataire n'est pas considéré, au plan fiscal¹⁷⁷, comme une donation supplémentaire¹⁷⁸. Cela a donc un effet favorable quant à l'assiette des droits de mutation à titre gratuit.

139. Cas particulier d'une donation précession - Dans le cas particulier d'une donation précession toutefois, l'intérêt de faire supporter les frais et droits de donation par les donataires et non par le donateur, est double : d'une part, cela permet de purger fiscalement l'intégralité de la plus-value sur les titres donnés aux enfants en pleine propriété en vue du paiement des droits ; d'autre part, cela permet de majorer le prix de revient fiscal des biens donnés du montant des frais et droits acquittés par les donataires¹⁷⁹. À l'inverse donc, les droits de mutation à titre gratuit pris en charge par le donateur lors de la donation ne peuvent pas être portés en majoration du prix d'acquisition pour le calcul de la plus-value de cession ultérieurement réalisée par le donataire. Dit autrement, ne sont susceptibles de rehausser le prix de revient fiscal des biens, pour le calcul de la plus-value, que les frais et droits effectivement acquittés par le cédant pour les besoins et à l'occasion de l'acquisition à titre gratuit des titres. La règle impose *a priori* de raisonner selon une logique distributive, droit réel par droit réel.

140. Logique distributive - C'est en tout cas ce qui ressort d'une décision *Coiquaud* du Conseil d'État du 11 mai 2017, que nous avons déjà étudiée¹⁸⁰. Sans rentrer à nouveau dans le détail et pour simple rappel, deux enseignements semblent pouvoir être tirés de cette décision. *Primo*, en cas de cession d'un bien démembre avec report du démembrement, seul le nu-propiétaire est redevable de l'impôt de plus-value ; par conséquent, lui seul a vocation à déclarer un prix de revient fiscal, en majorant le prix d'acquisition des frais et droits supportés lors de la donation. *Secundo*, s'agissant d'une cession conjointe de l'usufruit et de la nue-propiété, le prix de cession correspond, globalement, à la valeur de la pleine propriété du bien ; partant, tant les frais et droits afférents à l'acquisition de la nue-propiété (en l'espèce effectivement supportés par les enfants donataires de la nue-propiété) que ceux afférents à l'acquisition de l'usufruit (en l'espèce effectivement supportés par le conjoint donataire de l'usufruit), ont vocation à être

177 Il n'en va pas de même en droit civil.

178 RM Geoffroy, n° 17409 : JO Sénat 8 oct. 1975, p. 2835, reprise au BOI-ENR-DG-50-10-20, 27 févr. 2014, § 150.

179 Pour les plus-values sur titres : BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-30, 20 déc. 2019, § 90 ; pour les plus-values immobilières : BOI-RFPI-PVI-20-10-20-20, 20 déc. 2013, § 80.

180 V. § 132 et s.

pris en compte dans le calcul de la plus-value de cession en majoration du prix d'acquisition.

Le raisonnement est ici global : on ne saurait être taxé pour le tout sans déduire pour le tout.

141. Raisonnement par foyer fiscal ? - Pourtant, un jugement du Tribunal administratif de Paris du 12 novembre 2012¹⁸¹ sème le trouble dans le raisonnement. En l'espèce, un père avait fait donation de titres sociaux au profit de ses enfants ; lors de la donation, il avait acquitté lui-même les frais et droits de donation. Par la suite, lors de la cession des titres par les donataires, ceux-ci retinrent, pour le calcul de la plus-value de cession, les droits de donation acquittés par leur père comme venant en majoration du prix d'acquisition des biens cédés. C'est ainsi que l'administration fiscale contesta le calcul de la plus-value de cession. Le juge a admis que les droits de donation acquittés par le donateur pouvaient venir en majoration du prix d'acquisition pour la détermination de la plus-value imposable lors de la cession des titres par les membres du même foyer fiscal. La solution semble se fonder sur l'article 6 du CGI relatif à la règle d'imposition par foyer fiscal. Néanmoins, il s'agit d'un jugement isolé, ni confirmé ni infirmé par le juge d'appel et le Conseil d'État ; il n'est par ailleurs pas non plus repris au BOFiP. Il nous paraît donc fragile en l'état actuel des choses de conseiller une stratégie bâtie sur ce seul jugement.

142. Optimisation : enjeu - Comme nous l'avons déjà laissé entendre, il est fréquent qu'un panachage entre donation en pleine propriété et donation en nue-propriété soit réalisé. L'optimisation des deux fiscalités considérées (impôt de plus-value et droits de donation) passe alors par une réflexion quant au *quantum* qu'il est opportun de donner en pleine propriété et en nue-propriété. Les développements ci-après sont formulés *in abstracto*, indépendamment de toutes circonstances d'espèce, et autres conséquences patrimoniales et juridiques, et sur la base du postulat d'un prix de cession unitaire égal à la valeur vénale unitaire retenue lors de la donation (valeur vénale constante entre donation et cession).

La prise en charge des frais et droits par le donataire aboutit alors mécaniquement à constater, avant toute éventuelle compensation, une moins-value correspondant au montant desdits frais et droits. Or, dans la mesure où ces moins-values ne sont pas imputables sur le revenu global du donataire mais exclusivement imputables sur les plus-values de même nature réalisées au cours de la même année ou des dix années suivantes¹⁸², il est primordial de les « exploiter » au mieux. Schématiquement, deux approches sont à distinguer.

143. Le démembrement de propriété en vue d'un emploi comme stratégie de principe - S'il s'agit de maximiser le *quantum* démembrement en vue d'un emploi, la donation ne portera sur la pleine propriété de titres qu'à l'effet de permettre

au donataire d'acquitter, d'une part, l'impôt de plus-value résiduelle afférent à l'usufruit réservé et, d'autre part, les frais et droits de donation.

En effet, la logique est alors de limiter la fraction de titres donnés en pleine propriété au strict nécessaire permettant au donataire de faire face à ces deux impôts. En pratique, la détermination du *quantum* donné en pleine propriété impliquera nécessairement d'anticiper les frais et droits de donation et la fiscalité que le donataire devra supporter au titre de l'impôt afférent à la plus-value non purgée sur l'usufruit, laquelle sera elle-même anticipée en tenant compte de l'impact de la prise en charge des frais et droits par le donataire, venant en majoration de son prix de revient fiscal global ; un calcul itératif permettra, pour chaque « enveloppe » de déterminer le *quantum* pertinent. Cette approche, que l'on pourrait presque qualifier de « traditionnelle », n'est pourtant pas nécessairement toujours la plus efficiente.

144. Le démembrement de propriété comme stratégie accessoire - De manière probablement contre-intuitive, une approche différente (opposée) est possible et se révèle dans certains cas plus efficiente, tout au moins au plan fiscal, ce qui ne dit rien de sa pertinence patrimoniale appréciée plus globalement.

La situation est donc la suivante : donner un *maximum* de titres en pleine propriété afin de maximiser l'effet de purge de la plus-value, et déterminer la fraction donnée en nue-propriété afin de « préserver » une plus-value résiduelle afférente à l'usufruit (non « purgée » donc) dans la juste mesure requise pour y imputer les frais et droits de donation. Une précision pour conclure : la précaution consistant à « préserver », par le recours à la donation avec réserve d'usufruit, une plus-value imposable n'est pas toujours nécessaire en ce que l'imputation des frais et droits de donation pourrait aussi intervenir sur d'autres plus-values soit afférentes à des titres cédés par le donataire autres que ceux reçus par donation (au titre de la même année ou au cours des dix années suivantes) soit sur des titres cédés par le donateur, lorsque le donataire dépend du même foyer fiscal.

145. Plus généralement, la comparaison entre les deux méthodes permet de mettre en lumière que, nonobstant l'augmentation des droits de donation que génère une donation en pleine propriété par rapport à une donation en nue-propriété, l'effet de purge de la plus-value et l'imputation des frais et droits de donation sur la plus-value résiduelle afférente à l'usufruit non donné, est globalement bénéfique dans un certain nombre de situations. La solution la plus efficiente dépendant de la situation fiscale de chaque client, le praticien ne pourra pas se dispenser de réaliser, dans chaque cas, des simulations chiffrées.

C. Exemple chiffré

146. Contexte - Monsieur et Madame Martin, âgés tous deux de 60 ans, sont mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts et ont trois enfants majeurs.

181 TA Paris, 12 nov. 2012, n° 1113118/2-2, Maraouani : RJF 4/2013 n° 406.

182 Uniquement en matière de plus-values sur valeurs mobilières (CGI, art. 150-0 D). Cela justifie que nous nous placions dans l'hypothèse d'une donation de titres sociaux.

Ils détiennent chacun 30 % de la SAS SoMar, une société valorisée aujourd'hui à environ 25 M€. Les époux envisagent désormais de céder leur participation (60 %), détenue depuis 2003, moyennant le prix de 15 M€. Leur prix de revient fiscal peut être considéré comme nul. En outre, ils ne peuvent pas bénéficier de l'abattement renforcé de 85 %, de sorte qu'il sera fait application du prélèvement forfaitaire unique. Enfin, les titres dépendent de la communauté existant entre Monsieur et Madame Martin.

147. Cahier des charges imposé par les clients - Les époux souhaitent profiter de cette occasion pour initier la

transmission de leur patrimoine au profit de leurs enfants, sous réserve néanmoins, qu'à l'issue de ces opérations :

- Monsieur et Madame Martin disposent de la pleine propriété d'une somme de 4,6 M€, ainsi que des revenus d'un capital complémentaire de 5 M€ ;

- chaque enfant dispose d'un capital net en pleine propriété d'environ 450 000 €.

148. Simulation en l'absence d'anticipation - À défaut pour les époux Martin d'anticiper la transmission de leur patrimoine, la situation pourrait très schématiquement se présenter de la manière suivante :

1. Cession					
Prix de cession	Plus-value	Impôt de plus-value ⁽¹⁾	CEHR ⁽²⁾	Fiscalité totale de cession	Reste pour les cédants
15 000 000 €	15 000 000 €	4 500 000 €	600 000 €	5 100 000 €	9 900 000 €
2. Transmission					
Montant à transmettre		DMTG (45 %)			Net à terme pour les enfants
9 900 000 €		4 455 000 €			5 445 000 €
3. Frottement fiscal					
Frottement fiscal global					Net enfants
63,70 %					36,30 %

(1) Pour simplifier, nous raisonnons sur l'hypothèse d'une imposition au prélèvement forfaitaire unique au taux proportionnel de 30 % (prélèvements sociaux inclus).

(2) Pour simplifier, nous raisonnons sur l'hypothèse d'une imposition à la CEHR au taux marginal de 4 %.

149. Solutions envisageables - Compte tenu du cahier des charges des clients, il pourrait être envisagé la donation-partage portant sur une « enveloppe de 8 M€ » ainsi répartie :

- la pleine propriété de titres ayant une valeur de 3 M€ ;
 - la nue-propriété de titres ayant une valeur de 5 M€, soit une valeur fiscale compte tenu du barème de l'article 669 du CGI, de $0,5 * 5 = 2,5$ M€. Sur cette partie démembrée, il serait

prévu un emploi en démembrement en cas de cession ;

- les frais et droits de donation seraient à la charge des enfants.

150. Calcul des frais et droits de donation - Dans une telle hypothèse, le calcul des frais et droits de donation se présenterait alors de la manière suivante :

Calcul des frais et droits de donation		
Montant total donné		5 500 000 €
Montant donné par donateur et par donataire		916 667 €
Abattement (montant disponible)		100 000 €
Montant taxable		816 667 €
5 %	sur 8 072 €	403,60 €
10 %	sur 4 037 €	403,70 €
15 %	sur 3 823 €	573,45 €
20 %	sur 536 392 €	107 278,40 €
30 %	sur 264 343 €	79 302,80 €
Droits par donateur et par donataire		187 962 €
Total des droits		187 962 €
Frais d'acte		99 000,00 €
Total des frais et droits à la charge des enfants		1 226 771,70 €

151. Flux financiers et fiscalité de la cession - Dans notre hypothèse, la fiscalité de la cession serait alors la suivante :

Cédant	Prix de cession perçu	Prix de revient fiscal		Plus-value nette	Impôt de plus-value	CEHR	Fiscalité totale de cession	Reste pour les cédants
		Valeur d'acquisition	Frais et droits donation					
M. et Mme Martin	7 000 000 €	0 €	0 €	7 000 000 €	2 100 000 €	280 000 €	2 380 000 €	4 620 000 €
Enfant 1 NP / Parents U	1 666 667 €	833 333 €	408 924 €	424 410 €	127 323 €	12 732 €	140 055 €	1 666 667 €
Enfant 1 PP	1 000 000 €	1 000 000 €						451 021 €
Enfant 2 NP / Parents U	1 666 667 €	833 333 €	408 924 €	424 410 €	127 323 €	12 732 €	140 055 €	1 666 667 €
Enfant 2 PP	1 000 000 €	1 000 000 €						451 021 €
Enfant 3 NP / Parents U	1 666 667 €	833 333 €	408 924 €	424 410 €	127 323 €	12 732 €	140 055 €	1 666 667 €
Enfant 3 PP	1 000 000 €	1 000 000 €						451 021 €

Récapitulatif sur l'enveloppe optimisée de 8 M€	
Liquidités PP enfants	1 353 063 €
Capital démembré	5 000 000 €
Frais et droits supportés	1 646 937 €
Total	8 000 000 €
Frottement IPV et transmission	20,59 %
Net enfants	79,41 %

G. BAUDE-FAYET et S. GUILLAUD-BATAILLE ■