

Cession de l'entreprise et convention de quasi-usufruit : quel risque ?

Par Henry ROYAL, Royal Formation, Formations professionnelles et ingénierie patrimoniale du chef d'entreprise

La vente entraîne l'impôt sur la plus-value, puis les droits de mutation à titre gratuit en cas de donation ou de décès. La donation de la nue-propiété, suivie de la vente avec constitution d'un quasi-usufruit évite l'impôt sur la plus-value sur la nue-propiété précédemment donnée. Les droits de mutation à titre gratuit sur la nue-propiété sont dus, ainsi que l'impôt sur la plus-value sur l'usufruit vendu.

Exemple

Un dirigeant, 65 ans, veuf, a deux enfants qui n'ont reçu aucune donation. La totalité du patrimoine est représentée par l'entreprise qui vaut 2 millions €. Le dirigeant l'a créée il y a plus de 8 ans et en cas de vente, il bénéficie de l'abattement renforcé de 85 %¹ avec un taux marginal d'imposition de 45 % ; le prix d'acquisition est considéré comme nul.

• Première option : vente de l'entreprise

La vente entraîne une imposition de 512 500 €.

Plus-value	2 000 000 €
Abattement 85 %	1 700 000 €
Plus-value imposable	300 000 €
IR au TMI de 45 %	135 000 €
Prélèv. Sociaux 15,5 %	310 000 €
CHR ²	67 500 €
Total	512 500 €

En cas de décès, les droits de mutation à titre gratuit sont dus sur les liquidités obtenues de la vente, moins l'impôt sur la plus-value précédemment payé, soit une base taxable de 1 487 500 €. Les droits s'élèvent à 272 000 €.

Valeur pleine propriété	1 487 500 €
Part à chaque enfant	743 750 €
Abattements	100 000 €
Net taxable	643 750 €
Droits de donation par enfant	136 087 €
Total des droits	272 174 €

L'imposition totale de la première option est de 785 000 € (512 500 + 272 000), soit 39 % de la valeur de l'entreprise.

• Deuxième option : donation de la nue-propiété, vente, report du démembrement en quasi-usufruit sur les liquidités

Le dirigeant donne la nue-propiété de l'entreprise à ses deux enfants en se réservant l'usufruit. L'acte de donation prévoit que, en cas de vente des titres, l'usufruit est reporté sur les liquidités issues de la cession ; les liquidités seront versées au donateur en raison du quasi-usufruit.

Les droits de mutation à titre gratuit sont de 196 000 €.

Valeur pleine propriété	2 000 000 €
Valeur nue-propiété ³	1 200 000 €
Part à chaque enfant	600 000 €
Abattements	100 000 €
Net taxable	500 000 €
Droits de donation par enfant	98 194 €
Total des droits	196 338 €

La convention de quasi-usufruit prévue dans l'acte de donation est conclue et enregistrée au service des impôts⁴. Puis, l'usufruitier et les nus propriétaires vendent les titres de l'entreprise.

Fiscalement, la donation a effacé la plus-value relative à la nue-propiété transmise⁵. La plus-value sur l'usufruit cédé est de 800 000 €⁶ et l'impôt correspondant est de 245 500 K€⁷.

L'imposition totale de la seconde option est de 442 000 € (22 % de la valeur de l'entreprise), contre 785 000 € pour la première, soit une économie de 343 000 €.

Coût des options

Option 1 Vente	Option 2 Quasi-usufruit	Economie du quasi-usufruit
785 000 €	442 000 €	343 000 €

Le quasi-usufruit

Dans la première option, la vente, le dirigeant détient la pleine propriété des liquidités et il en dispose librement. Dans la seconde, il est quasi-usufruitier d'une somme d'argent et à ce titre, il en dispose également librement.

En effet, le quasi-usufruitier est un "quasi-propiétaire" ; il a simplement l'obligation de « rendre à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de la restitution »⁸. Le nu-propiétaire est plein propriétaire du droit de créance de restitution, équivalent à la valeur du bien, droit qu'il pourra faire valoir lors de l'extinction du droit d'usufruit, au décès de ce dernier. Il n'a plus aucun droit réel sur le bien ; il perd notamment le droit de disposer de la nue-propiété.

Fiscalement, dès lors que la convention de quasi-usufruit a été enregistrée au service des impôts⁹, la dette de restitution constitue pour le nu-propiétaire un passif déductible de la succession de

1. CGI, art 150-0 D-1 quater.

2. CHR : contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

3. Valeur de la nue-propiété à 65 ans : 6/10^{ème} de la pleine propriété.

4. La convention de quasi-usufruit peut accompagner l'acte de donation si celui-ci ne contient pas de conditions alternatives.

5. CGI, art. 150-0 D : la donation efface la plus-value.

6. BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 : Lorsque l'usufruitier a disposé de la pleine propriété des titres avant le démembrement (donation avec réserve d'usufruit) et que l'usufruitier et le nu-propiétaire vendent conjointement leurs droits, la plus-value imposable est égale au prix de la PP des titres (2 000 K€), moins « le prix ou la valeur d'acquisition initiale de la PP titres (0 K€) majoré de l'accroissement de valeur de la NP constaté entre la date de l'acquisition initiale de la PP et la date de transmission de la NP (1 200 K€ - 0 K€) ». Plus-value = 2 000 K€ - 1 200 K€ = 800 K€.

7. IR au taux marginal de 45 % : 54 K€ (plus-value imposable après abattement de 85 % : 120 K€) ; contributions sociales : 124 K€ ; CHR : 67 K€.

8. C. civ., art. 587.

9. CGI, art. 768 et 773 2° ; BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20, n° 70.

l'usufruitier pour le calcul des droits de succession, mais pas pour l'ISF¹⁰. Pour l'usufruitier, les deux options sont équivalentes au plan économique, mais au plan fiscal, le quasi-usufruit l'emporte.

Convention de quasi-usufruit et abus de droit

L'administration fiscale n'apprécie pas qu'une convention d'usufruit se substitue à une vente et elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit¹¹ à quatre reprises en invoquant la réappropriation des fonds par le donateur et l'absence d'intention libérale. Sur les quatre affaires connues, deux relèvent de l'abus de droit, dont une auprès du Conseil d'Etat et l'autre auprès du Comité de l'abus de droit fiscal (CADF).

Situation des quatre affaires

Oui : abus de droit.

Non : pas d'abus de droit

Affaires	CADF	Cours d'appel	Conseil d'Etat	
1 ¹²	Non	Non	?	😊
2 ¹³	Non	Oui	Oui	😞
3 ¹⁴	Oui	-	-	😞
4 ¹⁵	Non	Non	?	😊

■ Première affaire : absence d'abus de droit

L'acte de donation comprend une clause de quasi-usufruit qui exclut la garantie de restitution de l'usufruitier au profit du nu-proprétaire et une clause de remploi au sein d'une société civile dans laquelle le donateur dispose des pouvoirs les plus étendus, en tant qu'usufruitier et gérant. Par la suite, les résultats bénéficiaires de la société ont été affectés intégralement au compte-courant du donateur.

Le Comité écarte l'abus de droit et l'administration saisit le tribunal. Selon la Cour d'appel de Lyon, dès lors qu'un acte revêt le caractère d'une donation, au sens de l'article 894 du Code civil¹⁶, l'administration ne peut le regarder comme ayant un but exclusivement fiscal. L'administration n'apporte pas la preuve de la fictivité de la donation en invoquant le bref délai séparant la donation et la vente, les restrictions à l'exercice du droit de propriété des donataires, l'obligation de remploi dans la société civile, la dispense du donateur de fournir une sûreté pour garantir la créance de restitution. Un pourvoi a été admis en cassation.

■ Deuxième affaire : abus de droit

L'acte donation ne comporte pas de clause de quasi-usufruit, mais une clause

de remploi de l'intégralité du prix de cession sur des titres d'une autre société eux-mêmes démembrés, afin de permettre à l'usufruitier d'en percevoir les fruits. Suite à la vente des titres de l'entreprise ayant fait l'objet de la donation, l'acquéreur verse des fonds au donateur pour un montant supérieur à la valeur de l'usufruit et, peu après, une convention de quasi-usufruit est conclue entre le donateur et le donataire.

Le Comité écarte l'abus de droit et l'administration agit en justice. Le Conseil d'Etat approuve le jugement de la Cour d'appel de Lyon : la conclusion d'une convention de quasi-usufruit postérieurement à la cession, alors que la majeure partie des fonds issus de la vente a déjà été versée au donateur, démontre que ce dernier n'avait pas l'intention de donner la nue-propriété de titres comme l'acte de donation le stipulait, mais seulement de constituer au profit du donateur une simple créance de restitution. Ainsi, le critère de l'irrévocabilité n'est pas satisfait ; la donation est fictive et l'abus de droit prouvé.

■ Troisième affaire : abus de droit

La situation est proche de la précédente, mais aggravée par la réappropriation du produit de la cession de titres donnés en pleine propriété.

La donation porte sur la pleine et la nue-propriété de titres. L'acte ne comporte pas de clause de quasi-usufruit, mais une clause de remploi en démembrement de propriété sur tous biens choisis par les usufruitiers.

Les titres et les droits sont vendus. Les sommes provenant de la cession des titres démembrés sont portées sur un compte ouvert au nom de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

Une convention de quasi-usufruit, avec dispense de garantie de restitution en fin d'usufruit, est conclue. Le donateur place la plus grande partie des sommes sur un contrat d'assurance-vie offert à titre de garantie d'une dette préexistante.

Il utilise les fonds provenant de la vente des titres donnés en pleine propriété pour payer ses impôts et financer son train de vie.

Le Comité déduit que les opérations révèlent l'absence de dépouillement irrévocable et que la donation est fictive.

■ Quatrième affaire : absence d'abus de droit

L'acte de donation comporte une clause de remploi du prix de cession en quasi-usufruit ; la créance de restitution n'est pas assortie d'une sûreté. Le jour de la vente de l'entreprise, usufruitier et nu-proprétaire réitèrent la clause de remploi prévue dans l'acte de donation et décident d'investir les sommes issues de la vente dans des contrats de capitalisation ; l'acte précise que l'usufruitier peut procéder au rachat partiel, voire total, des contrats de capitalisation, c'est-à-dire au versement anticipé de tout ou partie de l'épargne constituée au titre desdits contrats.

Nos préconisations

En l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, nous recommandons la plus grande précaution dans l'utilisation de la convention de quasi-usufruit :

- pour les plus prudents, attendre les décisions du Conseil d'Etat ;
- prévoir la clause de remploi de quasi-usufruit dans l'acte de donation notarié ou dans le pacte adjoint au don manuel ;
- ne pas faire porter le quasi-usufruit sur la totalité des titres donnés en nue-propriété ;
- prévoir le remploi en démembrement pour certains ;
- donner la pleine propriété d'autres titres ;
- respecter les termes de la donation ;
- ouvrir le champ des possibilités de la livraison par une donation alternative ou facultative ;
- conclure la convention d'usufruit avant la vente (selon l'article 621 du Code civil, elle peut être passée lors de la vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété), le plus tôt étant le mieux, et l'enregistrer sans tarder au service des impôts ;
- concernant la créance de restitution, bannir la dispense de sa garantie, sans pour autant la prévoir, celle-ci n'étant imposée par aucun texte. ■

10. BOI-PAT-ISF-30-60-20, n° 50.

11. En cas d'abus de droit, le contribuable est tenu de régler le montant des droits, un intérêt de retard et une majoration, soit de 80 % sur les droits, soit de 40 % s'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale des actes ou en a été le principal bénéficiaire (CGI, art. 1729).

12. CADF, rapp. ann. 2007, BOI 13 L-4-08, 16 mai 2008, aff. n° 2006-18. CAA Lyon, 2^e ch., 16 déc. 2014, n° 13LY02119.

13. CADF, rapp. ann. 2008, BOI 13 L-7-09, 26 juin 2009, aff. n° 2008-06. CAA Lyon, 5^e ch., 7 nov. 2013, n° 12LY02321. CE, 3^e et 10^e ss-sect., 14 oct. 2015, n° 374440.

14. CADF/AC n° 2/2014, 13 mars 2014, aff. n° 2013-45.

15. CADF, aff. n° 2006-11, BOI 13 L-1-07, 3 avril 2007 ; CAA Douai, 2^e ch., 23 oct. 2015, n° 13DA02138.

16. C. civ., art 894 : « 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 ».