

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 25 janvier 2017
Lecture du 10 février 2017

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

Une clause de quasi-usufruit sans caution sur le produit de cession de valeurs mobilières stipulée dans l'acte de donation avant la cession de ces titres caractérise-t-elle un abus de droit ? L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à apporter à cette question une réponse très attendue.

M. et Mme A... ont fondé en 1987 la SARL Tellif, spécialisée dans la construction et l'exploitation d'ouvrages hydroélectriques. M. A... détenait 4 600 des 5 000 parts du capital de la société, et son épouse les 400 restantes. Par un protocole du 25 octobre 2002, les époux A... se sont engagés, sous conditions suspensives, à céder la totalité des titres de la société Tellif à la SICAE VS. La cession a été réalisée le 17 janvier 2003, dégageant une plus-value de plus de 5 000 000 euros.

Deux jours auparavant, le 15 janvier 2003, les époux A... ont consenti des donations à leurs trois enfants, alors âgés de 19 à 22 ans. Par des actes de donation-partage distincts, Mme A... leur a transmis la pleine propriété de 399 titres, et M. A... la nue-propriété de 4 599 actions, chacun des époux conservant la pleine propriété d'un titre.

L'acte concernant M. A... prévoyait qu'en cas de vente concomitante des droits démembrés sur les titres donnés, le démembrement de propriété se reporterait sur le prix de vente.

Plus précisément, une clause de remploi stipulait que le produit de cession serait employé à l'acquisition de titres eux-mêmes démembrés à concurrence d'un montant de 2 517 000 euros, à charge pour M. A... d'isoler les titres acquis en remploi sur un compte spécifique et d'informer régulièrement les donataires de l'état des valeurs mobilières acquises.

Il était en outre stipulé que l'usufruit du donateur sur le solde du produit de cession des actions de la société Tellif, soit 2 265 000 euros, s'exercerait sous la forme d'un quasi-usufruit dans les conditions prévues aux articles 587 et 952 du code civil. Par cette clause de quasi-usufruit, M. A... se réservait le droit de disposer de cette somme et de la faire fructifier, à charge d'en restituer le capital à l'extinction de l'usufruit, les donataires dispensant toutefois expressément leur père de fournir une caution pour garantir la créance de restitution qu'ils détenaient dorénavant sur lui.

Après la vente, le remploi convenu d'une partie du prix de cession a été opéré sous forme de titres d'une société civile de gestion de portefeuille dénommée Guisanga, constituée entre M. A... et ses trois enfants. Le démembrement des titres donnés s'est reporté par le jeu de la subrogation réelle sur les titres de cette société cogérée par M. et Mme A....

Cette succession d'opérations est devenue une stratégie classique d'optimisation pour les détenteurs d'une entreprise familiale qui souhaitent - pour des motifs dont vous avez par ailleurs reconnu la légitimité - transmettre ce patrimoine à leurs enfants encore jeunes et inexpérimentés, tout en continuant à en assurer la gestion afin d'en préserver l'intégrité dans l'intérêt de leurs descendants.

Le mécanisme de donation-cession a en effet pour intérêt fiscal de purger les plus-values latentes nées de l'accroissement de la valeur des titres au cours de leur détention par le donateur, la donation précédant la cession des titres faisant échapper ces plus-values à l'imposition qui les frappe normalement lors de leur vente directe à titre onéreux.

La purge n'est cependant totale qu'en cas de donation en pleine propriété. Lorsque, comme en l'espèce, le donateur se réserve l'usufruit des titres donnés, seule la plus-value se rapportant à la nue-propriété des titres est gommée, le donateur restant redevable de la plus-value relative à l'usufruit, puisqu'il cède directement ce droit à titre onéreux sans donation intercalaire. M. A... a ainsi acquitté en 2003 pour lui-même et pour le compte de ses enfants, en plus des droits de mutation, l'impôt sur la plus-value résultant de la cession de l'usufruit des actions de la société Tellif à la SICAE VS.

A la suite d'un examen de situation fiscale personnelle, l'administration a cependant remis en cause la sincérité des donations dans leur ensemble. Elle a estimé que les conditions qui y étaient insérées, en particulier la convention de quasi-usufruit au profit de M. A..., démontraient l'absence d'intention libérale des donateurs. Mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit, elle a donc écarté les actes de donation comme ne lui étant pas opposables, et a considéré que les époux A... ne s'étaient jamais départis de la pleine propriété des titres. Elle a en conséquence imposé M. A... sur la plus-value relative à la pleine propriété des titres, calculée à partir de leur valeur d'entrée dans son patrimoine.

Passant outre l'avis défavorable émis par le comité consultatif pour la répression des abus de droit le 21 mai 2007¹, l'administration a maintenu les redressements, sauf pour les actions données par Mme A... à deux des enfants, et a mis à la charge des époux A... des suppléments d'impôt sur le revenu et de contributions sociales majorés de la pénalité de 80 % pour abus de droit, pour un montant global d'environ 1 646 000 euros.

M. et Mme A... ont saisi en vain le tribunal administratif de Grenoble. Mais par un arrêt du 16 décembre 2014 (publié à la RJF n° 6/15 n° 510), la cour administrative d'appel de Lyon a annulé son jugement et prononcé la décharge des impositions et pénalités en litige. Le ministre se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

La cour a recherché si l'administration apportait la preuve, qui lui incombait, du caractère fictif de la donation, comme l'y invite votre jurisprudence.

¹ Avis n° 2006-18.

Il est en effet acquis que, dans les cas de donation suivie d'une cession de titres, il ne peut y avoir abus de droit que par simulation et non par fraude à la loi (voyez vos décisions *M...* du 30 décembre 2011, n° 330940, RJF 2/12 n° 278, ccl N. Escaut au BDCF 2012 n° 37 ; *P...* du 9 avril 2014, n° 353822, RJF 2014 n° 708 ccl. C. Legras au BDCF 7/14 n° 71 ; et *F...* et *J...* du 14 novembre 2014, n° 369908 et 361482, RJF 2/15 n° 140, à nos ccl, BDCF 2015 n° 24). En effet, de deux choses l'une. Soit la donation est fictive ; le donateur, qui est en réalité demeuré propriétaire des titres, est réputé les avoir ultérieurement vendus et est redevable de l'impôt sur la plus-value de cession. La preuve de l'absence d'intention libérale du donateur suffit alors pour démontrer l'abus de droit. Soit la donation est réelle et le transfert de propriété purge la plus-value latente qui s'était constituée dans le patrimoine du donateur avant la donation. Le constat du dessaisissement réel et irrévocable du donateur suffit à écarter l'abus de droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'opération poursuivait un but exclusivement fiscal. Dès lors que l'intention libérale est établie, l'acte de donation a eu pour effet de transmettre un patrimoine et n'a donc pas uniquement été motivé par le souci d'éluider l'impôt sur les plus-values. Ainsi, une donation-cession n'est abusive que si la donation est fictive.

Et vous ne reconnaissez aucune autonomie au droit fiscal par rapport au droit civil pour caractériser cette fictivité. Il est fermement établi que des restrictions à l'exercice du droit de propriété des donataires ne peuvent établir l'abus de droit lorsqu'il s'agit de clauses autorisées dans leur principe par le droit civil. La réalité de l'intention libérale s'apprécie d'abord au regard de la licéité des clauses du contrat de donation (voyez vos décisions *M...* et *P...* précitées).

Encore faut-il, pour que la donation soit réelle et puisse être opposée à l'administration fiscale, que le donateur ne se réapproprie pas la chose prétendument donnée. L'absence de fictivité du contrat est ainsi subordonnée à son exécution de bonne foi : même si aucune clause du contrat ne trahit l'intention du donateur de se réapproprier la chose donnée, vous vérifiez que, dans les faits, il n'a pas irrégulièrement capté à son profit le produit de la vente des titres prétendument aliénés. Depuis la décision *M...*, vous tenez compte du devenir effectif des fonds pour apprécier la sincérité de l'intention de donner. Vous jugez ainsi l'abus de droit constitué lorsque les donateurs se sont réappropriés une partie du produit de cession des actions données à leurs enfants excédant les droits qu'ils détenaient en leur qualité d'usufruitiers des titres (décisions *J...* et *F...* précitées) et *a fortiori* l'intégralité du prix de vente (*Mme C...*, 14 octobre 2015, n° 374440, RJF 1/16 n° 40, ccl d'E. Cortot-Boucher au BDCF).

En l'espèce, la cour a écarté sans difficulté la plupart des arguments avancés par l'administration fiscale pour démontrer la fictivité des donations consenties par les époux A... à leurs enfants, qui trouvent déjà une réponse dans les précédents *M...* et *P...*. La brièveté du délai séparant l'acte de donation-partage de la cession des titres à la SICAE VS est par elle-même sans incidence sur la réalité de la libéralité consentie (décision *M...*). L'interdiction d'aliéner ou de nantir les titres donnés pendant la vie des donateurs sous peine de révocation de la donation ne signe pas davantage un abus de droit, car une clause d'inaliénabilité stipulée pour la durée de vie du donateur est jugée licite par la Cour de cassation et n'ôte pas à l'acte de disposition son caractère de donation au sens de l'article 894 du code civil (Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 1975, n° 73-11648, *Consorts I...*, *SCI Denark c. R...*, au Bull., décision *M...*). L'obligation de remploi d'une partie du prix de cession en titres d'une société civile familiale contrôlée par les parents usufruitiers ne prouve pas non plus leur absence d'intention libérale dès lors que les pouvoirs de gestion que leur confèrent les statuts de la société civile, fussent-

ils très étendus, n'altèrent pas leur obligation de restitution envers les enfants nus-proprétaires en fin d'usufruit (décision *P...*). La cour en a déduit, en reprenant fidèlement les motifs de cette dernière décision, qu'aucun de ces éléments n'était de nature à remettre en cause le constat d'un dépouillement immédiat et irrévocable dès la signature des actes de donation et que l'administration n'établissait pas l'existence d'un abus de droit.

Dans son pourvoi, le ministre reproche à la cour de ne pas avoir tenu compte d'une autre clause de l'acte de donation, pourtant décisive à ses yeux dans la qualification d'abus de droit : la convention de quasi-usufruit, dispensant de surcroît les donateurs de fournir une sûreté réelle garantissant la créance de restitution des donataires qui en découlait.

Comme le ministre, nous aurions aimé que la cour prenne expressément parti sur l'incidence du quasi-usufruit sans caution, qui fait toute la singularité et l'intérêt de cette affaire. Contrairement à ce qu'il soutient par un premier moyen, le silence de l'arrêt sur ce point n'est cependant pas une insuffisance de motivation justifiant sa censure. En-dehors du cas particulier du référé, vous n'exigez pas du juge qu'il réponde point par point à l'argumentation opérante présentée en défense (*a contrario*, pour des décisions statuant en référé, voyez Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes – Sté Sud-Est Assainissement*, n° 229562, au Rec. ; 5 novembre 2001, *Commune de Cannet-des-Maures*, n° 234396, au Rec. ; 21 février 2003, *Département de la Seine-Maritime*, n° 230872, aux T.).

La clause de quasi-usufruit n'était qu'un argument mis en avant par le ministre en appel pour démontrer que M. A... ne s'était pas irrévocablement dessaisi des biens donnés, que la cour n'était pas tenue, à peine d'irrégularité de son arrêt, d'écarter explicitement avant de faire droit aux appelants.

Elle a d'ailleurs fait état de cet argument-clé de la défense dans les motifs de son arrêt : la véritable question est donc de savoir si, en l'estimant inopérant, elle a commis une erreur de droit l'ayant conduit à qualifier inexactement les faits en jugeant la donation valide et l'abus de droit inexistant. C'est le second moyen du pourvoi, que vous pourrez examiner sous sa double déclinaison, puisque l'intention libérale est une qualification juridique que vous contrôlez en cassation depuis votre décision *P...*

Lorsque la donation ne porte que sur la nue-propriété de valeurs mobilières, les parties au contrat peuvent convenir qu'au moment de la cession ultérieure simultanée des droits démembés, l'usufruit du donateur se reportera non pas sur d'autres titres de même nature acquis en remploi mais sur le prix de cession du bien. L'usufruit porte dans ce cas sur une somme d'argent : il s'agit, en vertu de l'article 587 du code civil, d'un quasi-usufruit, c'est-à-dire d'un usufruit particulier parce qu'il s'exerce sur un bien consommable au premier usage. L'usus se confondant nécessairement avec l'abusus compte tenu de la nature du bien, le quasi-usufruit confère à son titulaire le droit d'en disposer librement, en l'occurrence de consommer le prix de cession des titres, à charge pour lui d'en restituer le montant au nu-proprétaire à l'extinction de l'usufruit.

Le ministre reconnaît que le quasi-usufruitier est débiteur de la valeur du bien envers le donataire, qui est juridiquement propriétaire du bien donné. Il admet que le donataire est placé dans la situation d'un créancier à terme : la donation assortie d'une réserve de quasi-usufruit lui confère une créance certaine dans son principe et son montant, dont seule l'exigibilité est reportée au décès du donateur.

Mais il soutient que si aucune sûreté en garantie du paiement de cette créance de restitution n'est constituée, le donataire est exposé au risque d'insolvabilité du donateur au terme de l'usufruit, et ses droits futurs, à la merci d'un usufruitier peu soucieux de ses héritiers qui dilapiderait de son vivant la somme liquide dont il dispose à son gré, réduisant à néant la valeur de la nue-propriété.

Selon le ministre, l'insertion dans l'acte de donation litigieux d'une clause dispensant même expressément le donateur de fournir une telle sûreté démontre l'absence d'intention libérale de M. A..., qui se serait assuré la faculté de reprendre indirectement les biens donnés. Il y voit la preuve que M. A... n'a pas eu l'intention de transmettre à ses enfants la nue-propriété des titres mais seulement de constituer à leur profit, selon ses termes, une « simple créance de restitution » qui, étant dépourvue de garantie, ne respecte pas le principe d'irrévocabilité spéciale des donations interdisant au donateur de se ménager dans l'acte de donation une quelconque faculté de revenir sur son intention libérale.

Seule une caution sécurisant le remboursement à terme de la créance du nu-propriétaire attesterait de la volonté de dépouillement réel et irrévocable consubstantielle à la donation. Pour le ministre, le quasi-usufruit sur le produit de cession de titres donnés n'échappe donc à la qualification d'abus de droit qu'à la condition d'être assorti d'une garantie assurant l'exécution effective de l'obligation de restitution au décès du quasi-usufruitier.

Vous avez déjà rencontré un cas de donation-cession de titres démembrés faisant intervenir une convention de quasi-usufruit dispensée de caution dans l'affaire C... déjà mentionnée. Vous avez approuvé la cour d'avoir jugé la donation fictive mais ce précédent n'est pas décisif car le litige se présentait dans une configuration différente. La convention de quasi-usufruit n'avait été conclue que postérieurement à la cession des titres et elle avait eu pour effet d'annuler la clause de remploi en l'acquisition de nouveaux titres initialement stipulée dans l'acte de donation, permettant au donateur d'appréhender l'intégralité du produit de cession au mépris des termes de l'acte de donation, comme dans une autre affaire ayant donné lieu à un avis du comité de l'abus de droit du 13 mars 2014 favorable au redressement (n° 2013-45). Les clauses de la donation étant nécessairement figées à la date de la cession, vous avez logiquement refusé de tenir compte de la convention de quasi-usufruit postérieure pour apprécier l'intention libérale du donateur. Dans ses conclusions sur cette affaire, Emmanuelle Cortot-Boucher soulignait que cette décision ne préjuge pas la question qui vous est aujourd'hui soumise, celle de savoir si une donation comportant *ab initio* une réserve de quasi-usufruit sans constitution de garantie doit être regardée comme fictive.

Vous l'aurez compris, la réponse dépend très largement de la licéité d'une telle clause en droit civil.

Or, la clause de quasi-usufruit est en elle-même légale. L'article 621 du code civil, qui dispose qu'en cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, les parties peuvent s'accorder pour reporter l'usufruit sur le prix, prévoit expressément la possibilité d'instituer un quasi-usufruit conventionnel. L'article 587 du même code consacre lui aussi la licéité d'un quasi-usufruit grevant une somme d'argent, à la seule condition d'en restituer la contre-valeur à la fin de l'usufruit.

La jurisprudence de la Cour de cassation ne semble pas ériger d'obstacle de principe à ce qu'une donation soit assortie d'une clause de quasi-usufruit. Elle admet depuis longtemps

la validité de donations qui ne confèrent au donataire qu'une créance à terme. Un arrêt de sa chambre civile du 30 novembre 1937 juge ainsi que la donation d'une somme d'argent à payer après la mort du donateur sur l'actif héréditaire peut être regardée comme un droit de créance actuel et irrévocable dont seul l'exercice est retardé jusqu'au décès du donateur. Sa chambre commerciale vient par ailleurs de juger, par l'arrêt *M. Mulliez* du 24 mai 2016, que la dette de restitution du quasi-usufruitier à l'égard du nu-propiétaire, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'assiette de l'ISF jusqu'au terme de l'usufruit (n° 15-17.788). Comme le soulignent les commentateurs, elle n'a pu parvenir à cette solution que parce que la charge qui pèse sur le quasi-usufruitier en application de l'article 587 du code civil n'est pas une dette conditionnelle : c'est une dette certaine dans son montant, qui naît avec le quasi-usufruit, non à son extinction, de sorte qu'elle constitue une charge personnelle du donateur usufruitier au 1^{er} janvier de chaque année d'imposition.

L'effet du quasi-usufruit en droit civil est clair : dès sa conclusion, les parents donateurs, débiteurs d'une obligation de restitution, se sont définitivement appauvris des droits qu'ils ont donnés, qui ont corrélativement enrichis leurs enfants donataires. Même assorti d'une telle réserve, l'acte de donation emporte transfert irrévocable du patrimoine et les droits étendus des donateurs sur le produit de cession n'altèrent pas le droit de propriété des enfants que constitue l'obligation de restitution.

Quant à la constitution d'une sûreté, le droit civil ne l'impose pas. L'article 601 du code civil dispense au contraire le donateur qui se réserve l'usufruit du bien donné de donner caution. La clause de l'acte de donation exonérant M. A... de fournir une sûreté pour garantir la créance de restitution découlant du quasi-usufruit est donc autorisée par la loi et l'on ne peut qu'en déduire que l'existence d'une caution n'est pas une condition de licéité de la donation avec réserve de quasi-usufruit.

Le nu-propiétaire n'est pas pour autant sans recours face à un quasi-usufruitier indélicat. La Cour de cassation rappelle que, bien qu'ayant été dispensé de donner caution, l'usufruitier n'en a pas moins la charge de conserver la substance de l'objet de l'usufruit (Civ. 1^e, 12 novembre 1998, *Y...*, n° 96-18.041, au Bull.). Sa jurisprudence a renforcé les obligations d'information incombant à l'usufruitier : il doit, pendant le cours même de l'usufruit, mettre le nu-propiétaire à même de s'assurer que ses actes de gestion sont compatibles avec la préservation de la valeur et la substance de la chose (Civ. 1^e, *Y...*, 3 décembre 2002, n° 00-22.609), ce qui donne plus de poids à la faculté ouverte au nu-propiétaire par l'article 618 du code civil et la jurisprudence de demander des mesures conservatoires, voire de faire cesser l'usufruit s'il constate que l'usufruitier organise son insolvabilité au péril de ses droits. En l'espèce, l'acte de donation litigieux nous semble respecter les droits reconnus aux donataires nus-propiétaires : il crée à la charge de M. A... une obligation d'information périodique des donataires sur les titres acquis en remploi, impose le placement des fonds et titres faisant l'objet du quasi-usufruit sur un compte-titre spécifique, et l'inscription des intérêts des titres soumis au quasi-usufruit ou acquis en remploi sur un autre compte dédié, permettant aux donataires de vérifier l'usage de leur bien.

La clause de quasi-usufruit et la dispense de caution stipulées dans l'acte de donation sont donc licites au regard du droit civil.

Et il ne nous paraît pas envisageable de faire primer la réalité économique sur l'analyse civiliste pour juger qu'en mettant concrètement le produit de cession à la discrétion des donateurs, le mécanisme du quasi-usufruit caractérise, en dépit de sa licéité, une

réappropriation de la chose donnée excluant que l'intention libérale puisse être admise. D'une part, l'on ne peut présumer que le donateur ne respectera pas son engagement de restituer à terme le capital donné à ses enfants. D'autre part, un tel raisonnement reviendrait à affirmer que le quasi-usufruit en lui-même est la preuve de l'absence d'intention libérale, ce que vous interdisez formellement dès lors qu'il s'agit d'une clause licite.

Nous vous invitons malgré tout à réitérer la réserve de la réappropriation du produit de cession posée par votre jurisprudence. Même si son maniement ne peut qu'être restreint lorsqu'un quasi-usufruit est régulièrement stipulé avant la cession, elle pourrait conserver sa pertinence en cas de réappropriation massive du prix de cession des titres donnés et de consommation à brève échéance du capital transmis dans des conditions manifestement insusceptibles d'en préserver la substance.

Quoi qu'il en soit, vous ne pourrez suivre la thèse du ministre qui subordonne la réalité du dessaisissement du donateur quasi-usufruitier et l'absence d'abus de droit à la stipulation de sûretés destinées à garantir le paiement de sa dette de restitution vis-à-vis du donataire. La conclusion d'une convention de quasi-usufruit dans l'acte de donation de titres qui précède leur cession n'emporte pas en soi la fictivité de la donation au motif qu'elle ne serait pas assortie d'une caution.

C'est donc sans erreur de droit que la cour a estimé cette circonstance inopérante et elle a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que l'administration ne démontrait pas le caractère fictif de la donation consentie par M. A... à ses enfants. Vous confirmerez son arrêt et validerez indirectement les motifs de celui du 23 octobre 2015 par lesquels la cour administrative d'appel de Douai, plus courageuse que celle de Lyon, a expressément jugé dans une affaire similaire que, dès lors que les donateurs restaient redevables à l'égard des nus-proprétaires d'une créance de restitution d'un montant équivalent à celui des sommes grevées de quasi-usufruit déposées sur des contrats de capitalisation, les donateurs s'étaient effectivement dessaisis des titres ayant fait l'objet de la donation, alors même que cette créance n'était pas assortie d'une sûreté (CAA de Douai, 23 octobre 2015, n° 13DA02138, *min. c. D.*, RJF 2016 n° 267, frappé d'un pourvoi en cassation).

Vous rejetterez le pourvoi du ministre dans la présente instance et vous accorderez à M. et Mme A... une somme de 3 000 euros au titre des frais irrépétibles.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette affaire.