

DONATION-CESSION : OUTIL DE PURGE DE LA PLUS-VALUE LATENTE

RETOUR SUR LA DONATION AVANT CESSION, OU DONATION-CESSION, STRATÉGIE ÉTONNANMENT EFFICACE DE PURGE DES PLUS-VALUES.



PAR SOPHIE SABOT-BARCET, NOTAIRE À MONISTROL-SUR-LOIRE, ET VIOLAINE TRAMBOUZE-LIVET, NOTAIRE À LE COTEAU, PRÉSIDENTE ET RAPPORTEUR DE LA 4^{ÈME} COMMISSION DU 112^E CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

La donation avant cession, ou donation-cession, est une stratégie étonnamment efficace de purge des plus-values. Elle repose en effet sur la stratégie patrimoniale suivante : plutôt que de vendre un bien pour en donner le prix, pourquoi ne pas inverser l'ordre chronologique et donner d'abord ce bien afin que le donataire le revende et s'approprie le prix ; autant ne payer qu'un impôt (les droits de donation) au lieu de deux (l'impôt sur la plus-value et les droits de donation). Cependant, l'exercice qui consiste à chercher la voie la moins imposable n'est pas un exercice sans risque. L'administration fiscale, de tout temps vigilante, est plus que jamais à l'offensive contre les « montages » mis en place. Largement utilisée en pratique dans le cadre de cession de titres d'une société, la donation-cession fait l'objet d'une jurisprudence plutôt favorable au contribuable. Il ressort de l'analyse des dernières décisions du Conseil

d'État (1) qu'il n'y a pas d'abus de droit en présence d'une véritable donation. La jurisprudence du Conseil d'État met en évidence les relations parfois complexes qui unissent le droit civil et le droit fiscal et, en cette matière, le droit civil l'emporte sur le droit fiscal. Compte tenu de l'allongement du délai de détention relatif aux plus-values immobilières des particuliers, ces dernières sont totalement purgées au bout de vingt-deux ans au regard de l'impôt sur le revenu et au bout de trente ans au regard des prélèvements sociaux. À la taxation au taux global de 34,5 % (19 % d'impôt sur le revenu et 15,5 % de prélèvements sociaux), s'ajoute une taxe supplémentaire de 2 à 6 % si la plus-value imposable dépasse 50 000 euros. Ce contexte défavorable a rendu la stratégie de la donation avant cession également très prisée en matière immobilière.

Prenons un exemple :

Monsieur et Madame X, respectivement âgés de 59 et 55 ans, sont mariés sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. Ils ont quatre enfants Monsieur X a hérité en juillet 2000 de terres agricoles, d'une valeur de dix mille euros (10 000 euros). Ces terres jouxtaient une carrière. En décembre 2015, la société d'exploitation de la carrière souhaite étendre son périmètre d'activité et leur propose de leur acheter ces terres moyennant le prix de six cents mille euros (600 000,00 euros).

I - LE PRINCIPE DE LA PURGE DE LA PLUS-VALUE IMMOBILIÈRE

L'avantage fiscal résultant de la donation avant cession tient dans la purge de la plus-value taxable : alors que le donateur aurait dû payer sur la plus-value l'impôt sur le revenu, au taux proportionnel de 19 % et des prélèvements sociaux, au taux proportionnel de 15,5 %, le donataire n'aura quant à lui rien à acquitter puisqu'il aura reçu le bien, juste avant de le vendre, pour une valeur de donation égale au prix de revente. Il ne constatera aucune plus-value. La donation-cession permet donc de revaloriser le prix de revient du bien cédé, de sorte à gommer la plus-value latente. En pratique, l'avantage fiscal qui en résulte est important, car la transmission par l'ascendant finalise un long processus de capitalisation (société créée pour une valeur nulle ; immeuble acquis par voie d'endettement), source d'importante plus-value latente. Il résulte en effet du Code général des impôts (CGI) (2) que seule une cession

NOTES

- (1) CE, 8^e et 3^e ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige ; CE, 9^e et 10^e ss-sect., 9 avr. 2014, n° 35822, Pérès.
(2) CGI, art. 150-0 A à 150-0 F, afférents aux régimes d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux ; CGI, art. 150 A bis à 150 VH, afférents aux régimes d'imposition des plus-values de cession des biens et droits mobiliers ou immobiliers.

à titre onéreux constitue le fait générateur de l'imposition de la plus-value. Le transfert de propriété à titre gratuit ne génère pas de taxation.

La donation-cession peut permettre également au donataire de comptabiliser une moins-value, imputable le cas échéant sur une plus-value.

L'hypothèse concerne en pratique le régime des plus-values mobilières et non pas immobilières, car ce dernier régime n'autorise pas, par principe, l'imputation par les particuliers des moins-values sur les plus-values.

Conformément à l'article 150-0 D, 11, du CGI, les moins-values des particuliers sur cession de titres subies au cours d'une année sont imputables exclusivement sur les plus-values de même nature réalisées au cours de la même année ou des dix années suivantes. Pour parvenir à cette hypothèse, il faut et il suffit que les frais et droits de la donation soient supportés au moins pour partie par le donataire.

En pratique, les frais et droits de la donation sont généralement pris en charge intégralement par le donateur, puisque, comme on le sait, ils ne sont pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit.

Ainsi, afin d'optimiser l'opération, si le donataire prend à sa charge ne serait-ce que partiellement les frais et droits de donation, la revente pour un prix identique à la valeur retenue dans l'acte de donation se traduit par une moins-value à hauteur desdits frais et droits. Ceci résulte mécaniquement du fait que le prix d'acquisition (ou prix de revient) servant au calcul de la plus-value est majoré des frais d'acquisition supportés initialement par le vendeur, lesquels incluent les droits de donation, les frais d'acte et les émoluments du notaire.

II - L'OBJET DE LA PURGE : PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES ET MOBILIÈRES

A - RÉGIME DES PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES : DONATION AVANT CESSION D'IMMEUBLES ET DE TITRES DE SOCIÉTÉS À PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE

Deux grandes catégories de biens font l'objet en pratique de donations avant cession : les immeubles et les titres de sociétés.

Traditionnellement, la plupart des donations-cessions portaient sur des titres de sociétés.

Si on laisse de côté l'hypothèse de la résidence principale toujours exonérée (3) et des cas assimilés (4), cela était dû au fait que les cessions d'immeubles, et par extension des parts de sociétés à prépondérance immobilière, au sens de l'article 150 UB, I, du CGI (5), bénéficiaient d'un mécanisme de purge naturelle de la plus-value rapide : exonération de tout impôt au-delà de quinze ans de détention.

Ce n'est désormais plus le cas : les plus-values immobilières des particuliers sont totalement purgées :

- passés vingt-deux ans au regard de l'impôt sur le revenu (6) ;
- passés trente ans au regard des prélèvements sociaux (7), sans qu'il y ait lieu, à compter du 1^{er} septembre 2014, de distinguer entre les terrains à bâtir et les autres immeubles (8).

À noter que depuis le 1^{er} janvier 2013, à la taxation au taux global de 34,5 % (19 % d'impôt sur le revenu et 15,5 % de prélèvements sociaux) s'ajoute une taxe supplémentaire de 2 à 6 % si la plus-value imposable dépasse 50 000 euros (9). On comprend alors que la stratégie de donation-cession soit très prisée en matière immobilière.

1^{re} hypothèse. - Dans notre exemple, Monsieur X, le père de famille, vend l'immeuble puis donne le prix de vente à ses quatre enfants.

La vente va déclencher la taxation d'une plus-value pour un montant de 590 000,00 euros.

Cette plus-value sera taxée selon le régime des plus-values immobilières des particuliers.

En l'espèce, la plus-value à payer s'élèvera à la somme de 133 001 euros (10), décomposée comme suit :

- prélèvement libératoire (19 %) : 44 840 euros ;
- taxe sur plus-value : 11 800 euros ;
- prélèvements sociaux (15,5 %) : 76 361 euros.

2^{de} hypothèse. - Le père de famille donne à ses quatre enfants puis ses enfants donataires cèdent le bien. L'inversion des opérations n'est pas neutre. Les enfants cédant l'immeuble

pour un prix équivalent à celui exprimé dans l'acte de donation, aucune plus-value ne sera exigible. La donation a purement et simplement purgé la plus-value.

Seuls les droits de donation, puisqu'il y a donation, restent alors dus.

B - LE RÉGIME DES PLUS-VALUES MOBILIÈRES : DONATION-CESSION DE PARTS DE SCI SOUMISE À L'IS

Les titres de sociétés constituent traditionnellement le terrain privilégié de la donation-cession.

Depuis le 1^{er} janvier 2004, les sociétés civiles immobilières (SCI) soumises à l'impôt sur les sociétés ne sont plus, au

NOTES

(3) Lorsqu'une société à prépondérance immobilière (au sens de CGI, art. 150 UB) met son immeuble à disposition gratuite de ses associés, l'exonération posée par l'article 150 U, II, 1^{er}, s'applique à la cession de l'immeuble par la société mais aussi aux cessions des titres de la société, v. BOI-RFPI-SPI-10-20, 12 sept. 2012, § 160. Seule la fraction de la plus-value déterminée en fonction de la valeur globale du logement occupé par l'associé par rapport à la valeur globale de l'actif social est exonérée.

(4) CGI, art. 150 U, II, 1 bis ; v. aussi CGI, art. 150 U, II, 1, 1^{er} et 2^o.

(5) CGI, art. 150 UB, I.

(6) CGI, art. 150 VC, I.

(7) Moins de 6 ans : 0 %. De la sixième à la vingt et unième année : 1,65 %. Vingt-deuxième année révolue :

1,60 %. Au-delà de la vingt-deuxième année : 9 %.

(8) V. BOI-RFPI-PVI-20-20, 10 sept. 2014, § 157 et 158, Dr. fisc. 2014, n° 38, comm. 530.

(9) CGI, art. 1609 nonies G.

(10) Prix de cession corrigé : 600 000 euros. Prix d'acquisition ou valeur vénale corrigée : 10 000 euros. Plus-value brute : 590 000 euros.

Calcul de la plus-value soumise à l'impôt : Abattement pour année de détention (60 %) : 354 000 euros. Abattement exceptionnel sur impôt (0 %) : 0 €. Plus-value nette soumise à l'impôt : 236 000 euros.

Plus-value nette soumise à la surtaxe : 236 000 euros.

Calcul de la plus-value soumise aux prélèvements sociaux :

Abattement pour année de détention (16,5 %) : 97 350 euros. Abattement exceptionnel sur prélèvements sociaux (0 %) : 0 euro. Plus-value nette imposable soumise aux prélèvements sociaux : 492 650 euros.

sens de l'impôt sur les plus-values, des sociétés à prépondérance immobilière : elles sont donc soumises au régime de droit commun des plus-values mobilières.

Les mécanismes de purge de la plus-value pour durée de détention des droits sociaux de société soumise à l'impôt sur les sociétés ont toujours été inapplicables aux prélèvements sociaux.

La donation avant cession purge quant à elle totalement tant l'assiette de l'impôt que l'assiette des prélèvements sociaux.

Ce point explique le très grand succès de la donation avant cession s'agissant de la transmission des titres de sociétés, spécialement des titres de sociétés d'exploitation mais également des parts de SCI soumises à l'impôt sur les sociétés.

Exemple : donation avant cession en pleine propriété de parts de SCI soumise à l'impôt sur les sociétés. Deux parents, tous deux âgés de 59 ans, mariés sous le régime de la communauté légale, veulent transmettre à leurs deux enfants le prix de cession de parts d'une SCI soumise à l'impôt sur les sociétés détenues depuis seize ans. Le prix de revient de ces titres est de 300 000 euros et leur prix de cession est estimé à 800 000 euros.

1^{re} hypothèse. – Cession des parts puis donation du prix de vente : le montant de la plus-value sera de 500 000 euros (800 000 - 300 000). Pour le calcul de l'impôt sur le revenu, cette plus-value fera l'objet d'un abattement de 65 % (détention plus de huit ans). L'assiette de l'impôt sera donc de : 500 000 x 0,35 = 175 000 euros. Si l'on suppose un taux marginal d'impôt sur le revenu de 45 %, l'impôt dû sera de : 0,45 x 175 000 = 78 750 euros. À cela il faudra ajouter des prélèvements sociaux de : 500 000 x 0,155 = 77 500 euros. Total impôt sur le revenu + prélèvements sociaux = 156 250 euros (78 750 + 77 500).

2^{de} hypothèse. – Donation des parts puis cession par les enfants : le montant de la plus-value sera nul puisque les titres, donnés pour 800 000 euros (prix de revient), auront été vendus

pour le même prix. Aucun impôt ni aucun prélèvement social ne seront donc dus à ce titre. L'économie de droits est là encore significative : 156 250 euros.

III - LA VALIDITÉ DE LA STRATÉGIE DE DONATION-CÉSSION

La donation-cession connaît un succès foudroyant pour purger tant les plus-values immobilières que les plus-values sur cessions de titres. Pareil engouement des praticiens résulte de la conjonction de deux facteurs : une taxation des plus-values vécue comme excessive par beaucoup de particuliers ; une sanctuarisation de la donation-cession, tant de la part du Conseil constitutionnel que de celle du Conseil d'État, ce dernier mettant totalement la donation-cession à l'écart du grief d'exclusivisme fiscal, pour ne retenir le cas échéant que le grief d'abus de droit par simulation. Mieux, il semble que le législateur, assez étonnamment, ne répugne plus à ouvrir les vannes de la donation-cession, un auteur ayant même titré que « le gouvernement succombe aux charmes discrets de la donation-cession ! » (11).

A - VALIDATION JURISPRUDENTIELLE

L'utilité de l'inversion de l'ordre des opérations de cession et de donation est fiscale et uniquement fiscale. La tentation est ainsi forte d'y voir un abus de droit fiscal. Cependant, tel n'est pas le cas dans la mesure où il convient d'apprécier globalement la stratégie de transmission. Or, il est évident que la donation-cession réalise une transmission et poursuit donc un objectif civil dont l'effet fiscal est simplement optimisé. Or l'optimisation fiscale n'est, en tant que telle, aucunement répréhensible : à résultat identique, choisir la voie la moins taxée n'est que l'exercice d'une saine intelligence que l'on dénomme « habileté fiscale » (12).

Le Conseil d'État a ainsi validé, par principe, la stratégie de donation-cession, la mettant à l'abri de l'abus de droit, sauf évidemment à ce que la donation soit purement et simplement simulée.

Ainsi, dès lors qu'un acte revêt le caractère d'une donation au sens de ces dispositions, l'administration fiscale

ne peut le regarder comme n'ayant pu être inspiré par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que son auteur, s'il ne l'avait pas passé, aurait normalement supportées (13).

La donation-cession est une stratégie qui doit poursuivre un but principalement ou essentiellement (mais non exclusivement) fiscal. On peut de ce point de vue se féliciter de l'échec, fin 2013, de la réforme faisant du « motif principal » la pierre angulaire de l'abus de droit. L'amendement n° 530 avait inséré un article 100 dans le projet de loi de finances pour 2014, dont voici la teneur : « Art. 100. – I. – Au premier alinéa de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, les mots : "N'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui" sont remplacés par les mots : "Ont pour motif principal". II. – Le I s'applique aux rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2016, pour les seuls actes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2014 ». Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions de la loi de finances pour 2014 (L. fin. 2014, n° 2013-1278, 29 déc. 2013, JO 30 déc.), v. Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, Dr. fisc. 2014, n° 1, comm. 70. Sur l'ensemble de la question, v. R. Mortier, J.-F. Desbuquois et L. Guilmois, Fiscalité du patrimoine, Dr. fisc. 2015, n° 9, L'année fiscale, chron. 170, nos 5 à 8. Le Conseil a jugé en substance que la nouvelle définition de l'abus de droit conférerait une marge d'appréciation trop importante à l'administration fiscale compte tenu des sanctions encourues. Il censure le texte sur trois fondements mais qui, en réalité, convergent tous pour condamner l'abandon des prérogatives du législa-

NOTES

(11) N. Gonzalez-Gharbi, Quand le gouvernement succombe aux charmes discrets de la donation-cession I, Constr.-urb. 2014, comm. 154 ; R. Mortier, Donation-cession : échec d'une tentative de remise en cause sur le fondement du fait générateur de la plus-value, Dr. fisc. 2015, n° 6, comm. 129.

(12) CE, 7^e et 9^e ss-sect., 16 juin 1976, n° 95513, Rec. CE 1976, p. 313, Dr. fisc. 1976, n° 44, comm. 1533, concl. M.-A. Latournerie, RJF 9/76, n° 399.

teur au profit de l'administration fiscale : – la méconnaissance de « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », imposant au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » ; – la méconnaissance du domaine propre de la loi (Const. 4 oct. 1958, art. 34) ; – la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines (DDHC, art. 8), obligeant le législateur à « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis » ; « une telle modification de la définition de l'acte constitutif d'un abus de droit a pour effet de conférer une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale » eu égard aux sanctions encourues (application « à tous les impôts pesant sur les entreprises et les particuliers ») ; rétablissement de l'impôt normalement dû, paiement d'intérêts de retard à raison de 0,40 % par mois, et

majoration égale à 80 % des impôts dus, ramenée à 40 % « lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire ».

B - VALIDATION CONSTITUTIONNELLE

Le législateur (14) a tenté d'encadrer la technique de la donation avant cession en voulant faire peser, sur le donataire des titres, la taxation de la plus-value en cas de revente dans les dix-huit mois de la donation, dès lors que pour le calcul de la plus-value de cession du donataire, normalement purgée par la donation au profit du donateur, il devait être tenu compte non pas de l'évaluation retenue dans la donation, mais du prix d'acquisition ou de souscription par le donateur.

Cette tentative de « recadrage » a échoué, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, l'ayant jugée contraire au principe d'égalité devant l'impôt. En effet, elle aboutissait à faire supporter au donataire une imposition sans lien avec sa situation mais liée à l'enrichissement du donateur. Le critère de la durée séparant la donation

de la cession étant à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations répondait à une motivation exclusivement fiscale (15). ■

NOTES

(13) J.-J. Lubin, Donation avant cession : puissance de l'article 894 du Code civil, Revue fiscale du patrimoine n° 6, juin 2014, p. 96.

(14) L. fin. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, de finances rectificative pour 2012, art. 19.

(15) Cons. const., 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 irréfragable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'éviter 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 ».

Vous n'aurez plus "le droit" de vous tromper

~~droit-et-patrimoine.fr~~
~~droit-et-patrimoine.fr~~
~~droit-patrimoine.com~~
~~droitpatrimoine.fr~~
~~droit+patrimoine.fr~~
droit-patrimoine.fr

