



► **p. 15**
Quasi-usufruit :
 à propos du nouveau
 dispositif anti-abus
 de l'article 774 bis
 du CGI

► **p. 19**
Pas de déduction
des droits de mutation
payés par le donateur
pour le calcul de
la plus-value imposée
chez le donataire

► **p. 21**
L'option exercée
en vue de bénéficier du
paiement différé des
droits de succession
est irrévocable

► **p. 22**
Perte du bénéfice
du régime Dutreil
et responsabilité
du notaire

Aspects fiscaux du démembrement de propriété

Inf. 10

Vivien Streiff, notaire à Paris, Auteuil Notaires

La présente chronique nous offre d'abord l'occasion de revenir sur la pratique du quasi-usufruit perturbée par le dispositif anti-abus de l'article 774 bis du CGI. Des voix s'étant élevées pour mettre l'accent sur les zones d'ombres de ce texte, c'est avec soulagement que les praticiens ont pu prendre connaissance des récents commentaires administratifs, globalement rassurants bien que flous à certains égards. Nous aborderons ensuite la question de

l'influence de la prise en charge par les donateurs des droits de donation sur le calcul de la plus-value de cession de titres. Puis, nous rappellerons la nécessité pour le notaire d'expliquer les conséquences des options en cas de paiement différé des droits de succession. Nous évoquerons enfin deux actualités relatives à la limitation statutaire des droits de vote de l'usufruitier dans le cadre du régime Dutreil, l'une d'elles statuant sur la responsabilité du notaire.

Quasi-usufruit : à propos du nouveau dispositif anti-abus de l'article 774 bis du CGI

Inf. 11

L'objectif du dispositif est clair : dissuader le recours aux donations de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit. Ce dispositif ayant été abondamment commenté y compris dans ces colonnes, nous reviendrons brièvement sur sa présentation avant d'aborder quelques questions délicates en signalant les précisions apportées par les commentaires administratifs parus le 26 septembre 2024 (*BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n^{os} 200 s.*)



Vivien Streiff,

notaire à Paris,
Auteuil Notaires

1. Présentation générale du dispositif.

Institué par la loi de finances pour 2024 (*Loi 2023-1322 du 29-12-2023 art. 26*) à la suite d'un avis du Comité de l'abus de droit fiscal du 11 mai 2023 (*CADF 11-5-2023 n° 2022-15 et 2022-16 : IP 4-2023 n° 3 § 11, comm. V. Streiff*), l'article 774 bis du CGI crée un nouveau dispositif anti-abus, applicable aux successions ouvertes depuis le 29 décembre 2023, faisant obstacle à la déduction fiscale de la succession du quasi-usufruitier de la dette de restitution de la somme d'argent dont celui-ci s'était réservé l'usufruit.

2. En application du premier alinéa du I de l'article 774 bis du CGI, il n'est désormais plus possible de déduire de l'actif successoral « les dettes de restitution exigibles qui portent sur une somme d'argent dont le défunt s'était réservé l'usufruit ». Le législateur tire les conséquences pratiques de ce principe en prescrivant au II du même texte que : « Par dérogation à l'article 1133 du présent Code, la valeur correspondant à la dette de restitution non déductible de l'actif successoral mentionnée au I du présent article donne lieu à la perception de droits de mutation par décès dus par le nu-proprétaire et calculés d'après le degré de parenté existant entre ce dernier et l'usufruitier, au moment de la succession ou de la constitution de l'usufruit, si les droits dus sont inférieurs ».

Il est enfin prévu, d'une part, que les droits acquittés lors de la donation sont imputés sur les droits de mutation par décès dus par le nu-proprétaire, sans que cette imputation ne puisse donner lieu à restitution (*CGI art. 774 bis, II - al. 3*) et, d'autre part, que la donation antérieure de somme d'argent avec réserve d'usufruit n'est pas soumise au principe du rappel fiscal prescrit par l'article 784 du CGI (*CGI art. 774 bis, II - al. 2*). Cette dernière précision vise à prémunir le nu-proprétaire du risque de double taxation de l'actif reçu pour le cas où le décès du donateur interviendrait moins de quinze ans après la donation.

3. L'objectif du dispositif est limpide : dissuader le recours aux donations de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit. Parmi les arguments défendus par les auteurs de l'amendement à l'origine de ce texte, il est intéressant de relever celui basé sur l'idée selon laquelle la donation d'une somme d'argent avec réserve d'usufruit « s'apparente à une absence de transfert de propriété ». Selon les sénateurs : « Alors que le nu-proprétaire dispose d'un droit réel sur le bien donné dans le cadre d'une donation avec réserve d'usufruit ordinaire, le nu-proprétaire d'une somme d'argent ne détient qu'une créance de restitution à l'égard du quasi-usufruitier, sur son patrimoine. Ce dernier peut donc aliéner la somme d'argent et la consommer comme un propriétaire, alors que le nu-proprétaire ne dispose pas de cette somme en tant que telle ». Outre qu'elle entre en contradiction frontale avec la description du mécanisme démontrant la réalité du dépouillement du donateur, et donc l'absence de fictivité de la donation, l'affirmation a de quoi surprendre

pour qui n'ignore rien des débats agitant la doctrine autour de la nature du quasi-usufruit (*voir, par exemple, R. Libchaber, Les incertitudes du quasi-usufruit : IP 3-2019, n° 02.1*). Sans revenir sur les termes complexes de cette controverse que nous n'avons pas la prétention de trancher, on admettra que le juriste convaincu par l'idée selon laquelle la donation de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit n'emporte aucun transfert de propriété sera assez logiquement tenté d'en conclure que cette propriété – dont on imagine qu'elle n'a pu s'évaporer – aura été conservée par le quasi-usufruitier. Étrange propriété pourtant que celle qui, affectée d'un terme limité à la vie du quasi-usufruitier et tenant celui-ci à une obligation de restitution, n'en réunit pas tous les caractères ! Pour le dire autrement, voici donc une propriété qui, si elle est certes temporairement amputée de la plupart de ses attributs du côté du nu-proprétaire, n'en demeure pas moins plus fondamentalement encore, et cette fois définitivement, privée de certains de ses caractères du côté du quasi-usufruitier.

4. Questions liées au champ d'application du dispositif.

Au-delà des critiques, il convient de s'interroger sur le champ d'application du dispositif : en distinguant les dettes non déductibles, des dettes déductibles sous conditions et de celles qui demeurent déductibles. Les dettes non déductibles sont celles se rapportant à l'usufruit par rétention portant sur une somme d'argent. Les commentaires précisent que les circonstances de constitution de l'usufruit que le défunt s'est réservé sont sans incidence. Pour le dire autrement, il n'est pas nécessaire pour l'administration de démontrer la fictivité de la donation.

Il n'y a là rien de surprenant pour un dispositif conçu comme une parade à l'avis précité rendu le 11 mai 2023 par le Comité de l'abus de droit fiscal dont on rappellera qu'il avait précisément admis la déductibilité de la dette de restitution d'une somme d'argent donnée en nue-propriété sous réserve de l'absence de fictivité de la donation. Il est encore utile de préciser que dans la mesure où le texte ne s'applique que lorsque l'usufruit a été réservé, la dette de restitution résultant de la constitution d'un usufruit au profit d'un tiers ne paraît pas devoir être concernée même si, comme nous le verrons ci-après, cela ne ressort pas toujours très clairement des commentaires administratifs. On rappellera enfin que la rédaction du texte devrait aboutir à n'inclure dans son champ d'application, conformément au principe selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte, que les seules opérations ayant eu pour objet une somme d'argent assorties d'une réserve d'usufruit, à l'exclusion donc tant de tous autres actifs consommables par le premier usage que des actifs ayant fait l'objet d'un quasi-usufruit conventionnel. On pense par exemple au quasi-usufruit conventionnel portant sur des valeurs mobilières. S'agissant toutefois de cette dernière hypothèse, les commentaires introduisent une confusion au sein des développements consacrés aux dettes non déductibles en indiquant que « lorsqu'un bien démembre autre qu'une somme d'argent fait l'objet d'une convention de quasi-usufruit, la dette de restitution ne porte sur une somme d'argent au sens de l'article 774 bis du CGI qu'en cas de cession du bien démembre ou d'opération assimilable à une telle cession avec report de l'usufruit sur le prix de cession ou sur le produit de la liquidation » (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 210). Le nu-propriétaire n'a, par la nature même du démembrement initial en quasi-usufruit, plus aucune latitude pour décider tant de la cession que du sort du prix de cession. Pourra-t-il alors tenter de démontrer l'absence d'objectif principalement fiscal (voir n° 9) en application de l'alinéa 2 du I de l'article 774 bis pour déduire la dette de restitution de l'actif successoral du quasi-usufruitier ? Le doute est permis dans la mesure où les commentaires précités paraissent assimiler la somme d'argent retirée du prix de cession d'un bien démembre à une somme d'argent démembrée dès lors

que la réserve de quasi-usufruit résulte de la stipulation d'une consommabilité conventionnelle sur un bien non consommable par nature.

Le dispositif exclut par ailleurs expressément l'usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant.

Les commentaires donnent en revanche d'importantes précisions sur la liste des dettes qui demeureront déductibles.

5. Quasi-usufruit et contrat d'assurance-vie. S'agissant des clauses bénéficiaires de contrat d'assurance-vie, on ne saurait à l'évidence soutenir que le bénéficiaire en usufruit sur la somme d'argent s'est réservé ce droit. Si ces clauses ne sont par principe pas concernées par l'application du nouveau dispositif, le doute est toutefois permis en présence de clauses à option dont on rappellera qu'elles consistent à offrir au bénéficiaire le choix entre un emploi ou un quasi-usufruit ou encore le choix entre la pleine propriété d'une somme d'argent ou le quasi-usufruit sur cette somme. Si de telles options ont certes été initialement stipulées par le souscripteur, c'est bien le bénéficiaire de la clause qui a vocation à exercer l'option pour l'exercice de son usufruit

sur une somme d'argent. Or, l'alinéa 2 du I de l'article 774 bis du CGI n'exclut expressément du champ d'application du dispositif que les usufruits résultant de l'application des articles 757 ou 1094-1 du Code civil, autrement dit les seuls usufruits d'origine successorale subis par le nu-propriétaire comme procédant des droits légaux du conjoint survivant ou d'une donation entre époux. On objectera que le fait pour le conjoint survivant d'opter pour l'usufruit sur les capitaux ne saurait équivaloir à une rétention. En effet, si les mots ont un sens, pour se réserver un usufruit encore faut-il disposer d'un droit en pleine propriété. Or le bénéficiaire de la clause est précisément dépourvu de tout droit de propriété, qui n'aura jamais transité par son patrimoine. La question est désormais tranchée puisqu'après avoir rappelé que « les dispositions de l'article 774 bis du CGI concernent

les dettes de restitution portant sur une somme d'argent dont le défunt s'était réservé l'usufruit », les commentaires de l'administration précisent qu'elles « ne s'appliquent pas à la dette de restitution portant sur une somme d'argent dont le défunt détenait l'usufruit pour avoir été institué (...) par le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie comme bénéficiaire en usufruit des sommes dues au titre du dénouement de ce contrat » (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 275).

6. Quasi-usufruit et distributions de réserves et sur résultats exceptionnels.

S'agissant d'une part des distributions de réserves : il convient de s'en remettre aux principes énoncés par la Cour de cassation. La chambre commerciale s'est prononcée, dans un arrêt du 18 décembre 2012 (Cass. com. 18-12-2012 n° 11-27.745 F-PB : RJDA 5/13 n° 413 ; RFN 2013, comm. 4, note R. Mortier), sur les conséquences de la réunion d'une assemblée générale aux termes de laquelle il a été décidé à l'unanimité des

associés de modifier la répartition de la part desdits associés dans les bénéfices sociaux pour une durée de cinq ans. La Cour de cassation a considéré, sous le double visa des articles 894 et 1842 du Code civil, que

« la modification de la répartition de la part de chaque associé dans les bénéfices sociaux ne pouvait résulter que d'une décision collective des associés ». Dit autrement, l'écran de la personnalité morale suppose d'une part qu'il soit fait abstraction des décisions prises individuellement par chaque associé, de sorte que l'assemblée générale ne saurait être appréhendée comme une juxtaposition de ces décisions et, d'autre part, d'admettre que le patrimoine de la société ne saurait se confondre avec celui de ses associés. De son côté, amenée à statuer sur le sort de la distribution des réserves, la chambre commerciale estime que le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire, entre celui-ci et le nu-propriétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit prenant sa source dans la loi (Cass. com. 27-5-2015 n° 14-16.246 FS-PBRI : Sol. Not. 10/16 inf. 198). Si l'on suit cette analyse,

Les commentaires donnent d'importantes précisions sur la liste des dettes qui demeureront déductibles

les distributions de réserves sous le quasi-usufruit de l'usufruitier des parts ne procèdent pas d'un contrat. Elles prennent leur source dans la loi et ne peuvent entrer dans le champ d'application du dispositif de l'article 774 bis du CGI. Cette exclusion est confirmée par les commentaires administratifs (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 270). S'agissant d'autre part des distributions sur résultats exceptionnels : par un important arrêt rendu le 19 septembre 2024, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a récemment jugé, à l'instar de la solution dégagée par la chambre commerciale sur le sort des distributions de réserves, que les sommes distribuées sur un résultat exceptionnel provenant du produit de la vente de la totalité des actifs immobiliers d'une SCI reviennent au nu-propiétaire sous le quasi-usufruit de l'usufruitier des parts sauf convention contraire entre le nu-propiétaire et l'usufruitier (Cass. 3^e civ. 19-9-2024 n° 22-18.687 FS-B : SNH 32/24 inf. 1). Bien que le Bofip soit muet sur ce point, tout porte à croire que dans la mesure où elle prend là encore – pour les raisons ci-dessus évoquées – sa source dans la loi, la dette de restitution incombant au quasi-usufruitier suite à l'encaissement des sommes distribuées sur un résultat exceptionnel n'entre pas davantage dans le champ d'application du dispositif de l'article 774 bis du CGI.

7. L'usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant. L'article 774 bis du CGI exclut expressément l'usufruit légal ou conventionnel du dispositif. On peut cependant se demander si la précision était utile dans la mesure où le dispositif ne vise que les usufruits constitués par voie de rétention. Or le fait pour le conjoint survivant d'opter pour l'usufruit légal ou conventionnel ne saurait là encore équivaloir à une constitution par rétention, faute pour ce dernier d'avoir préalablement disposé de droits en pleine propriété sur lesquels il se serait réservé un usufruit.

8. Le texte étant en revanche muet sur l'usufruit stipulé dans le cadre d'un préciput, il est heureux que le Bofip ait levé le voile sur cette question en confirmant la déductibilité de la dette du conjoint quasi-usufruitier en application d'un tel avantage matrimonial (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 270).

Se posait évidemment la question de l'extension du principe de déductibilité de la dette de restitution portant sur une somme d'argent à tout légataire de l'usufruit d'une somme d'argent et pas uniquement pour le conjoint survivant. Le Bofip le confirme expressément pour le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ainsi que pour le concubin (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 275). On regrettera

toutefois que les commentaires n'aient pas saisi l'occasion d'ériger cette exclusion en principe pour tout légataire d'usufruit de somme d'argent qui, indépendamment de sa qualité ou de sa vocation successorale, n'a pas préalablement disposé sur cette somme de droits en pleine propriété.

9. Les dettes de restitution contractées sur le prix de cession d'un bien dont le défunt s'était réservé l'usufruit. Le texte prend soin d'inclure dans le dispositif au second alinéa du I de l'article 774 bis les dettes de restitution contractées sur le prix de cession d'un bien dont le défunt s'était réservé l'usufruit, sauf à justifier que ces dettes n'ont pas été contractées dans un objectif principalement fiscal. La situation ici visée est celle de la donation d'un bien avec réserve d'usufruit suivie, on l'imagine à bref délai, de sa cession conjointe par l'usufruitier et le nu-propiétaire et du report de l'usufruit sur le prix de cession. On sait que la donation avant cession est une stratégie permettant de purger efficacement une plus-value latente sur la nue-propriété de titres sociaux, sitôt du moins que leur cession relève du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux des particuliers. Ainsi lorsque la donation donne lieu à un démembrement de la propriété des titres, la plus-value se rapportant à la nue-propriété est gommée, le donateur usufruitier demeurant redevable de la plus-value par hypothèse uniquement dégagée par la cession de l'usufruit réservé. On sait que cette opération ne peut, selon le Conseil d'État, être qualifiée d'abusives dès lors qu'elle n'est pas fictive quand bien même l'usufruitier et le nu-propiétaire

conviendraient que l'usufruit se reporterait sur le prix de cession et ce, indépendamment de la constitution de sûretés garantissant le règlement de la dette de restitution du quasi-usufruitier. L'absence de fictivité

se justifie aisément par le constat selon lequel la donation fait naître au profit du donataire nu-propiétaire un droit de créance actuel et irrévocable dont seul l'exercice est reporté au décès de l'usufruitier.

La solution est certes de nature à consolider la sécurité de telles opérations. Mais encore faudra-t-il désormais la combiner avec les exigences posées par l'alinéa 2 du I de l'article 774 bis. Les commentaires administratifs viennent ainsi préciser que l'absence de but principalement fiscal peut être caractérisée par un faisceau d'indices tenant compte notamment « du temps écoulé entre le démembrement de propriété et la cession du bien démembrement ou de l'opération assimilable (...), des motivations patrimoniales de la cession du bien ou de l'opération assimilable (...), du degré de latitude de l'usufruitier à décider du report de l'usufruit sur le prix de cession ou sur le produit de l'opération assimilable à la cession » (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 250). Il est à cet égard précisé que « l'exercice par le nu-propiétaire de ses droits pour permettre, tant la cession ultérieure du bien que le report de l'usufruit sur le produit de la cession permettent de déduire que la dette de restitution à son profit n'a pas été contractée dans un objectif principalement fiscal » (BOI précité). Le contribuable devra apporter la preuve de la convergence de ces indices s'il veut pouvoir combattre la présomption de fictivité de la donation. Outre que cela nécessitera d'apporter un soin particulier à la rédaction de la convention de quasi-usufruit, la question du moment de la conclusion de cette convention est désormais posée. Doit-elle être conclue au sein même de l'acte de donation ou peut-elle être conclue postérieurement ? Une chose est sûre, elle doit être conclue avant l'acte de cession faute de quoi il y aurait réappropriation de l'objet de la donation au sens de l'article L 64 du LPF. Le souci

La donation précession est devenue une opération à haut risque fiscal

de sécuriser la convention a même pu conduire les praticiens à préconiser de l'introduire au sein de l'acte de donation. Le problème vient désormais d'un risque de télescopage entre cette pratique et les exigences imposées par la sécurisation fiscale de la dette de restitution. Il pourrait en effet être délicat de combattre la présomption de fraude à la loi de la convention de quasi-usufruit sur le futur prix de cession dès lors que celle-ci siège dans l'acte de donation. Il en résultera nécessairement une absence de latitude du nu-propiétaire pour décider si ce n'est de la vente des titres, du moins du sort du prix de leur cession. La sécurisation fiscale de la dette de restitution paraît, au regard des récents commentaires au Bofip, contrarier cette pratique en plaidant pour une exfiltration de la convention de quasi-usufruit de la donation. À supposer que l'obstacle soit surmontable, il restera l'écueil, cette fois-ci exclusivement sur le terrain des exigences posées par l'application de l'article 774 bis du CGI, de la brièveté du délai entre le démembrement et la cession du bien. La donation précession est devenue une opération à haut risque fiscal.

Il est important de noter que les commentaires ajoutent au texte en incluant dans le dispositif du second alinéa du I de l'article 774 bis le quasi-usufruit sur le produit de la liquidation du bien dont le défunt s'était réservé l'usufruit suite à une opération assimilable à une cession. Deux exemples sont cités : le paiement ou remboursement d'une créance (remboursement

d'un compte courant d'associé) et le rachat d'un contrat de capitalisation (*BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 210*).

10. Questions liées aux modalités d'application du dispositif. L'article 774 bis du CGI dispose que : « Ne sont pas déductibles de l'actif successoral les dettes de restitution exigibles qui portent sur une somme d'argent dont le défunt s'était réservé l'usufruit ». Toute la question est ici de savoir si l'absence de déductibilité de l'actif successoral impacte la succession dans son ensemble ou le seul nu-propiétaire. Outre que la première solution aurait pour effet de taxer les héritiers n'ayant pas été gratifiés par la donation en cause, elle entrerait en contradiction avec les termes du II du texte prévoyant que « par dérogation à l'article 1133 du présent Code, la valeur correspondant à la dette de restitution non déductible de l'actif successoral mentionnée au I du présent article donne lieu à la perception de droits de mutation par décès dus par le nu-propiétaire et calculés d'après le degré de parenté existant entre ce dernier et l'usufruitier, au moment de la succession ou de la constitution de l'usufruit, si les droits dus sont inférieurs ».

Cette précision conduit à procéder par étapes :

- il convient dans un premier temps de tenir compte de l'absence de déductibilité de la dette successorale pour calculer l'actif net taxable, en retenant cette somme pour l'imputer sur l'actif taxable revenant au seul nu-propiétaire ;

- cette imputation sur l'actif taxable revenant au nu-propiétaire étant faite, tout se passe pour les autres héritiers comme si l'on tenait compte de cette dette pour calculer l'actif taxable leur étant imputable.

On aurait pu craindre que cette taxation ne tienne pas compte du caractère recouvrable ou non de la créance de restitution imposable entre les mains du nu-propiétaire qui en est titulaire. Le Bofip précise que dans cette hypothèse la créance « ne sera pas imposable à concurrence du montant irrécouvrable » (*BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 350*).

11. S'agissant enfin du sort des droits de donation payés lors de la donation de somme d'argent avec réserve d'usufruit visée par le dispositif, le dernier alinéa du II de l'article 774 bis prévoit leur imputation, sans pouvoir donner lieu à restitution. Contrairement à l'article 751 du CGI dont on rappellera qu'il prévoit que seuls les droits payés par le nu-propiétaire sont imputables sur l'impôt de transmission par décès exigible à raison de l'incorporation des biens dans la succession (sauf à rappeler que le Bofip admet l'imputation des droits qui auraient été acquittés par le donateur : *BOI-ENR-DMTG-10-10-40-10 n° 100*), l'article 774 bis du CGI ne distingue pas selon que les droits sont payés par le donateur ou le donataire. On admettra donc que ceux-ci sont à prendre en compte peu important qu'ils aient été payés par le donateur. Les commentaires administratifs viennent fort heureusement le confirmer (*BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 n° 330*).

Pas de déduction des droits de mutation payés par le donateur pour le calcul de la plus-value imposée chez le donataire

Inf. 12

Vivien Streiff, notaire à Paris, Auteuil Notaires

Les droits de mutation acquittés par le donateur à l'occasion de la donation de titres ne sont pas déductibles du gain net imposé dans les mains du donataire, dès lors que ce dernier ne les a pas lui-même acquittés (*CE 17-6-2024 n° 488488 : SNH 25/24 inf. 8*).

1. Les faits de l'espèce. Une donation-partage incluant la nue-propiété de titres d'une société anonyme est consentie par des parents à leurs enfants. L'acte stipule que les droits de mutation à titre gratuit sont acquittés par les donateurs ainsi que le permettent les dispositions de l'article 1712 du CGI.

Quelques semaines plus tard les droits sur les titres sont conjointement cédés par les deux parents donateurs ainsi que par l'enfant qui en a été attributaire aux termes de l'acte de donation. Le prix de cession est réemployé dans la souscription en démembrement de parts sociales émises à l'occasion de la création de deux SCI.

Se pose alors la question de la prise en compte des frais de donation dans le calcul de la plus-value nette de cession des titres imposable au nom du nu-propiétaire. Faute d'avoir obtenu gain de cause devant les juges du fond, le donataire nu-propiétaire se pourvoit en cassation.

2. La solution. Le Conseil d'État rejette le pourvoi en approuvant la cour administrative d'appel de Nantes ayant jugé que « les dispositions de l'article 150-0 D du CGI faisaient obstacle à ce que les droits de mutation acquittés par le donateur à l'occasion de la transmission à titre gratuit de biens ou droits sociaux en vertu d'une stipulation de l'acte de donation soient déduits du gain net imposé dans les mains du donataire, dès lors que ce dernier ne les a pas lui-même acquittés ».

3. Analyse et observations. Le principe ici rappelé par le Conseil d'État appelle quelques observations à destination des praticiens.

4. Il convient au préalable de rappeler les options offertes aux titulaires de droits démembrés lorsqu'il s'agit de déterminer le sort du prix de vente du bien objet d'une juxtaposition de deux droits réels de nature différente qui ont vocation à s'ignorer.

En vertu du principe supplétif de volonté posé à l'article 621, alinéa 1^{er} du Code civil, le prix de cession d'un bien démembré a vocation à se répartir entre l'usufruit et la nue-propiété selon la valeur respective de chacun de ces droits. Si elle peut présenter l'intérêt de permettre au nu-propiétaire de percevoir une somme d'argent, cette répartition n'est toutefois pas sans inconvénients car elle met fin au démembrement

de propriété et incidemment aux modalités de la transmission telles qu'elles avaient parfois été initialement planifiées. Dans cette première hypothèse, deux pleines propriétés apparaissent : d'un côté, la propriété du prix de cession de l'usufruit et, de l'autre, la propriété du prix de cession de la nue-propiété (à ce propos, voir *S. Quilici et V. Streiff : « Sécuriser fiscalement les cessions de titres démembrés », IP 1, 2023*).

D'autres modalités sont néanmoins possibles. L'article 621 du Code civil permet ainsi de reporter l'usufruit sur l'intégralité du prix de cession de la pleine propriété des titres. Cet usufruit se mue alors en un quasi-usufruit offrant la possibilité à son titulaire

de consommer ou d'investir les deniers encaissés comme il l'entend, sauf à devoir les restituer à l'extinction de son droit. Il est enfin possible – bien que l'article 621 ne prévoit pas expressément cette troisième solution – d'affiner la stratégie de transmission en concevant le remploi du prix de cession dans l'acquisition de nouveaux biens eux-mêmes démembrés. Cette modalité implique une volonté de maintenir le

démembrement de propriété sur les biens acquis à l'aide de ce prix de cession ainsi que sur les biens qui leur seront subrogés.

L'option pour l'une ou l'autre des stratégies visant à statuer sur le sort du prix de vente n'est pas sans conséquences sur la

détermination du redevable de l'impôt sur la plus-value et pourrait même parfois moins répondre à des enjeux patrimoniaux et familiaux qu'à des considérations purement fiscales, notamment en présence de donations précession.

5. En présence précisément d'une cession conjointe de titres démembrés avec répartition du prix de vente, le BoFip prévoit que « l'opération est susceptible de dégager une plus-value imposable au nom de chacun des titulaires de droits démembrés » (*BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 n° 70*). Lorsque la cession de droits sociaux démembrés se réalise sans répartition du prix, la doctrine

“
Du sort du prix de vente des biens démembrés dépend la détermination du redevable de l'impôt sur la plus-value

”

administrative considère qu'il ne peut y avoir qu'un seul redevable : l'usufruitier en cas de stipulation d'un quasi-usufruit et le nu-proprétaire en cas de remploi du prix dans l'acquisition d'autres biens démembres, quand bien même ce dernier n'aurait pu appréhender les fonds provenant de la vente des titres (*BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 n° 100*).

6. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt présentement commenté, les cédants avaient emprunté la seconde de ces alternatives consistant dans le remploi du prix de cession dans la souscription en démembrement de parts émises par deux SCI créées pour l'occasion. Même si l'on ne peut s'empêcher d'en critiquer la logique en rappelant que la cession simultanée de deux droits réels distincts devrait aboutir à la taxation distincte des deux cédants, la doctrine fiscale que nous venons de rappeler voulait donc que la nue-proprétaire soit désignée comme l'unique redevable de l'impôt sur la plus-value.

C'est lorsqu'elle est arrivée à l'étape du calcul de l'impôt que la nue-proprétaire a mesuré l'inconvénient lié à la prise en charge par ses parents des droits de mutation à titre gratuit dus à l'occasion de la donation qui lui avait été consentie. Il est vrai que cette pratique est plutôt avantageuse en ce qu'elle permet aux donateurs de se dépouiller des droits générés par la donation sans que cet avantage indirect

ne soit appréhendé comme une donation supplémentaire venant impacter l'assiette des droits de mutation à titre gratuit.

Mais cet avantage est contrebalancé par l'application rigoureuse de la lettre de l'article 150-0 D du CGI aux termes duquel la plus-value est calculée par différence entre le prix effectif de cession des titres ou droits, net des frais et taxes acquittés par le cédant, et leur prix effectif d'acquisition par celui-ci ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, leur valeur retenue pour la détermination des droits de mutation. Le Conseil d'État vient rappeler que dans la mesure où il n'a pas été acquitté par la nue-proprétaire, le montant des frais de donation ne peut venir en déduction du prix effectif d'acquisition pour le calcul de la plus-value imposable en son nom (*rapprocher CE 7-2-2018 n° 399399*).

7. Cette décision nous permet de rappeler la nécessité d'anticiper au moins deux questions lors de la préparation d'un projet de donation de titres. Devra en premier lieu être abordée la question relative à la détermination du redevable de l'impôt selon le sort que les parties envisagent de donner au prix de cession. L'acte de donation pourra le cas échéant être adapté pour donner plus ou moins de souplesse selon la stratégie envisagée par le donateur en prenant notamment en considération les futurs besoins en trésorerie du nu-proprétaire dans l'hypothèse où la cession l'exposerait à devoir prendre en charge l'impôt sur la plus-value. Sera ensuite abordée

la question relative au coût fiscal induit par la prise en charge par les donateurs des droits de mutation à titre gratuit en prenant soin de rappeler que seuls les frais réellement supportés par le nu-proprétaire pourront être pris en considération pour le calcul de la plus-value imposable en son nom.

8. On soulignera qu'en application des principes dégagés par le Conseil d'État dans un précédent arrêt rendu le 11 mai 2017 (*CE 11-5-2017 n° 402479*), c'est l'ensemble des frais acquittés tant par le nu-proprétaire que par l'usufruitier en vue de l'acquisition de leur droit respectif qui peuvent être pris en considération dans la détermination du prix de revient fiscal et ce, indépendamment de la détermination du redevable de l'impôt sur la plus-value. Mais encore faut-il que ces frais aient été réellement acquittés par les intéressés. Ainsi dans l'hypothèse d'une donation de l'usufruit à A et de la nue-proprété à B assortie de la prise en charge par chacun des donataires de la part des frais et droits lui incombant, suivie d'une cession de ces titres moyennant le report du prix de cession sur un bien acquis en démembrement, c'est bien B qui sera le redevable de l'impôt sur la plus-value; en application de l'arrêt précité, celui-ci pourra prendre en compte non seulement les frais et droit qu'il aura acquittés à l'occasion de la donation, mais également ceux acquittés par A...

L'option exercée en vue de bénéficiaire du paiement différé des droits de succession est irrévocable

Inf. 13

Vivien Streiff, notaire à Paris, Auteuil Notaires

L'option offerte au contribuable entre le paiement différé des droits sur la valeur imposable, au jour de l'ouverture de la succession, de la nue-propiété des biens recueillis, avec versement d'intérêts, et le paiement différé des droits sur la valeur imposable de la propriété entière des biens, avec dispense d'intérêts, implique un choix irrévocable (*Cass. com. 13-3-2024 n° 22-16.190*).

1. Les faits de l'espèce. Les faits sont assez simples : Monsieur X décède en 2015 en laissant pour lui succéder son épouse et leurs deux enfants. La succession est dévolue pour l'usufruit des biens meubles et immeubles au conjoint survivant et pour la nue-propiété de ces mêmes biens aux deux enfants du couple, chacun pour moitié. La déclaration de succession adressée par le notaire chargé de la succession à l'administration fiscale est accompagnée d'une demande des nus-proprétaires tendant à obtenir, conformément aux dispositions des articles 399 et suivants de l'annexe III au CGI, l'autorisation de différer le paiement des droits de succession au jour du décès du conjoint survivant, dans la limite de six mois à compter de la réunion de l'usufruit et de la nue-propiété. Les intéressés demandent en outre à bénéficier de la dispense de paiement d'intérêts en contrepartie du calcul du montant des droits sur la valeur imposable, à la date du décès, de la propriété entière des biens recueillis et non de la seule nue-propiété, en application de l'article 404 B, alinéa 3 de l'annexe III au CGI. Leurs demandes sont acceptées par l'administration fiscale.

S'étant ravisés, les nus-proprétaires adressent quelques semaines plus tard par le biais de leur notaire un courrier à l'administration fiscale visant à obtenir la rectification de leur demande initiale, en indiquant opter pour le paiement différé des droits calculés sur la valeur de la nue-propiété des biens, sans dispense du paiement des intérêts. Arguant du caractère

irrévocable de l'option prise par les nus-proprétaires, l'administration fiscale rejette leur demande.

Une procédure contentieuse est alors introduite. Déboutés en première instance, les nus-proprétaires interjettent appel. N'obtenant pas davantage gain de cause devant la cour d'appel, ils se pourvoient en cassation.

2. La solution. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Celle-ci juge que l'option offerte au contribuable entre le paiement différé des droits, assis sur la valeur imposable, au jour de l'ouverture de la succession, de la nue-propiété des biens recueillis, avec versement d'intérêts annuels, et le paiement différé des droits, assis sur la valeur imposable de la propriété entière de ces biens, avec dispense d'intérêts, ne constitue pas un avantage fiscal offert au contribuable. Il s'agit d'une option impliquant un choix irrévocable du contribuable.

3. Analyse et observations. On rappellera que le différé de paiement des droits profite au nu-proprétaire qui y recourt jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de la réunion de l'usufruit à la nue-propiété ou de la cession totale ou partielle de cette dernière à titre onéreux ou gratuit (*CGI ann. III art. 404 B*). Ce différé de paiement peut

également être obtenu pour les biens grevés d'un droit viager au logement au profit du conjoint survivant. L'avantage pour l'héritier en nue-propiété est évident. Il n'a pas à déboursier immédiatement la totalité des droits de succession lorsqu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes. L'objectif poursuivi est d'aligner la charge fiscale sur la capacité réelle de l'héritier à tirer profit des biens reçus en succession.

Lorsqu'il souhaite bénéficier de ce dispositif, le nu-proprétaire dispose d'un choix entre deux possibilités : le premier terme de l'option consiste à demander que le calcul des droits soit établi sur la valeur

de la nue-propiété moyennant le versement d'intérêts (*CGI ann. III art. 401*); le second terme de l'option consiste à demander que le calcul des droits soit, à titre dérogatoire, établi sur la base de la valeur imposable au jour de l'ouverture de la succession de la propriété entière des biens recueillis moyennant cette fois-ci une dispense de versement

d'intérêts. Cet élargissement de l'assiette des droits à la pleine propriété est conçu comme une contrepartie à la dispense du versement d'intérêts.

4. Les contribuables avaient en l'espèce initialement opté pour la seconde modalité de calcul des droits. Après que l'administration fiscale a accepté leurs demandes,

||
La solution doit inciter les notaires à la prudence en amont du dépôt de la déclaration de succession

||

ils se sont ravisés en demandant à bénéficier d'un calcul des droits non plus sur la valeur en pleine propriété des biens dépendant de la succession mais sur la valeur de la seule nue-propriété de ces mêmes biens moyennant le versement d'intérêts en contrepartie. Il s'agissait donc de savoir si l'administration fiscale était fondée à estimer que l'option initiale présentait un caractère irrévocable.

La réponse de la Cour de cassation consistant à juger que le choix est pour le nu-propriétaire irrévocable rejoint la position de l'administration fiscale (*BOI-ENR-DG-50-20-30 n° 50*) selon laquelle «l'option pour ce régime est

irrévocable et fait perdre définitivement aux successibles la possibilité de se placer sous le régime du paiement différé avec intérêt, même si la cession des biens intervient peu de temps après l'option (*Rép. Mesmin n° 39432, JO AN 29-7-1991 p. 3005 et Rép. Hellier n° 35786, JO AN 2-9-1996 p. 4705*)».

5. La solution doit inciter les notaires à la prudence en amont du dépôt de la déclaration de succession. Ils doivent prendre soin d'expliquer aux héritiers les conséquences des options qui s'offrent à eux lorsqu'ils entendent bénéficier du régime du paiement différé des droits de succession. Il s'agit

non seulement de les éclairer sur les conséquences financières de l'option, lesquelles peuvent parfois impliquer d'effectuer des simulations au gré des situations propres à chaque dossier (par une analyse du coût des intérêts annuels avec les avantages du différé, de l'inflation et de la potentielle valorisation des biens), mais également de leur rappeler le caractère irrévocable de l'option. La gestion d'une succession dans un contexte de crise de l'immobilier pourrait peut-être favoriser l'option pour une taxation sur la valeur des biens en pleine propriété sitôt du moins qu'une forte appréciation de ces biens est attendue en sortie de crise.

Perte du bénéfice du régime Dutreil et responsabilité du notaire

Inf. 14

Vivien Streiff, notaire à Paris, Auteuil Notaires

Un notaire peut se voir reprocher de ne pas avoir conseillé à ses clients de procéder aux modifications leur permettant de se conformer aux conditions posées par l'article 787 B du CGI (*CA Limoges 7-3-2024 n° 22/00888*).

1. Les faits de l'espèce et la solution.

Un notaire rédige deux actes permettant à des époux, associés majoritaires d'une société, de bénéficier de l'exonération partielle des droits de mutation dans le cadre du régime Dutreil à l'occasion de la transmission à leurs deux enfants des parts sociales qu'ils détiennent dans la société. Le premier acte contient l'engagement collectif de conservation des titres sociaux pendant une durée minimale de deux ans. Le second acte est la donation-partage aux termes duquel est transmise à chaque enfant la nue-propriété de 5 000 actions, sous réserve de l'usufruit desdites parts au profit des parents donateurs.

L'administration fiscale refuse le bénéfice de l'exonération partielle des droits de mutation en arguant de l'absence de respect de la condition relative à la limitation statutaire des droits de vote de l'usufruitier. Rappelons en effet que si le régime Dutreil a été étendu aux donations avec réserve

d'usufruit c'est à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

2. Les donateurs engagent la responsabilité du notaire instrumentaire à qui ils reprochent d'avoir manqué à son devoir d'information, de conseil et même de vérification des statuts alors pourtant qu'ils avaient clairement exprimé le souhait d'inscrire la transmission des parts dans l'objectif de bénéficier de l'exonération partielle de droits de donation à hauteur de 75 % de leur valeur en application de l'article 787 B du CGI.

Condamné en première instance à réparer le préjudice, le notaire interjette appel de la décision. Insensible aux arguments développés par l'appelant, la cour d'appel estime la faute de celui-ci caractérisée et le condamne à réparer le préjudice qu'elle estime à 80 % du redressement fiscal.

3. **Analyse et observations.** Cet arrêt est d'abord l'occasion de rappeler l'extrême vigilance de l'administration fiscale sur l'exigence liée, pour l'application du dispositif Dutreil à une donation avec réserve d'usufruit, à la limitation statutaire des droits de vote de l'usufruitier, dont une réponse ministérielle est venue éclairer les fondements qu'elle attribue à la nécessité «de réserver ce dispositif aux réelles transmissions d'entreprises, c'est-à-dire aux situations conduisant au transfert effectif du pouvoir décisionnel dans l'entreprise au nu-propriétaire» (*Rép. Des Esgaulx : Sén. 17-1-2013 n° 1108*). En l'espèce, les contribuables se sont vu reprocher par l'administration fiscale de ne pas avoir procédé à cette limitation statutaire.

4. Le notaire s'est quant à lui fait reprocher par son client, d'une part, de ne pas avoir procédé à la vérification du contenu des statuts et, d'autre part, de ne pas lui avoir

conseillé de procéder aux modifications lui permettant de se conformer aux conditions posées par l'article 787 B du CGI.

Et pourtant le principe de limitation des droits de vote de l'usufruitier est si important que, commentant l'arrêt rendu le 9 décembre 2020 par la Cour de cassation ayant approuvé une cour d'appel pour avoir condamné un notaire et un avocat fiscaliste à indemniser leurs

clients dans un cas sensiblement différent dans lequel cette limitation avait été jugée non conforme pour avoir été consignée non pas dans les statuts mais dans une assemblée générale, un auteur estime indispensable que les conseils « invitent leurs clients à solliciter la société qu'elle

modifie ses statuts, et qu'il leur en justifie la réalisation effective, avant de mettre en œuvre la donation » (*J.-Fr. Desbuquois, note sous Cass. 1^e civ. 9-12-2020 n° 19-14.016 : RFP 2021, comm. 3*).

C'est au demeurant pour ne pas avoir été suffisamment ferme à ce sujet que, alors qu'il avait pourtant délivré une réelle information, un notaire s'est vu reprocher de n'avoir pas vérifié avant la régularisation de l'acte de donation que les statuts avaient effectivement été modifiés (*CA Paris 27-9-2017 n° 16/17223*). Le fait de ne pas disposer des statuts modifiés au jour de l'acte ne justifierait certainement pas un refus d'instrumenter. Mais dans ce cas, le notaire devrait à tout le moins préconstituer la preuve de la délivrance d'une information visant à interpeller clairement le client sur la nature des risques encourus.

L'analyse de la jurisprudence permet par ailleurs de rappeler qu'il est vain de prétendre avoir délivré l'information et le conseil par le simple visa des dispositions de l'article 787 B du CGI consigné dans l'acte de donation. C'est l'un des enseignements délivrés par l'arrêt précité du 9 décembre 2020. Le fait que le notaire n'ait en outre pas été sollicité en vue de procéder à la modification statutaire et que ses clients aient été assistés par un avocat fiscaliste n'y change rien. Le message

est clair : le notaire doit faire montre d'une réelle pédagogie en délivrant tous les conseils permettant d'assurer ses clients de l'efficacité, ici fiscale, de l'acte auquel ils comparaissent.

5. Conférer l'authenticité, accompagnée de son cortège de vertus, n'est pas qu'un privilège pour le notaire. Cette mission l'astreint en contrepartie à un double devoir : le respect dû aux conditions qui président à la réception d'un acte authentique, qui trouve son indissociable prolongement dans l'obligation de conseil (*Cass. civ. 3-8-1858, S., 1859, 2, 550*). L'une et l'autre de ces obligations poursuivent un même but : celui d'accorder une foi

inébranlable dans l'acte auquel concourt le notaire en sa qualité de détenteur d'une parcelle de l'autorité publique. Investi d'une mission d'origine légale, le notaire ne doit pas se borner à une simple transcription de la convention des parties (*Cass. civ. 2-4-1872, DP, 1872, I, p. 363*), y compris lorsqu'il se contente de rédiger une convention sous seing privé (*CA Paris 23-4-1982, D., 1982, p. 536, note J.-L. Aubert*), sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle (*Cass. civ. 21-7-1921, D. 1925, I, p. 29; la responsabilité du notaire peut exceptionnellement être de nature contractuelle lorsqu'il accomplit une mission particulière de type gestion de patrimoine*). Il doit s'assurer tant de la validité que de l'efficacité des actes qu'il dresse (*Cass. civ. 11-10-1966, DS, 1967, p. 209; JCPN, 1966, II, 14703*).

En d'autres termes, le notaire doit garantir que l'acte n'est affecté d'aucune cause de nullité et, à supposer que cette condition soit remplie, qu'il produira ses effets conformément aux prévisions des parties (*Cass. 1^e civ. 28-11-1995 n° 93-17.473*).

6. Lorsqu'il est appelé à rédiger les actes s'inscrivant dans une stratégie visant à utiliser le levier fiscal offert par le régime Dutreil, et sans égard au fait qu'il ne soit que l'un des maillons dans la chaîne de transmission du conseil, le notaire doit

en amont de la régularisation de l'acte : se faire communiquer les statuts et les analyser afin de préconiser très clairement les modifications qu'il convient d'y apporter en vue de se conformer aux exigences posées par l'article 787 B du CGI, expliquer les conséquences associées au défaut de respect de ces règles et ce même s'il n'est pas sollicité en vue de procéder à ces modifications.

Il rappellera encore que la limitation des droits de vote de l'usufruitier devra, selon une interprétation littérale des dispositions de l'article 787 B du CGI, résulter non pas d'une simple assemblée générale mais d'une modification statutaire qu'il prendra soin de se faire communiquer avant la régularisation de l'acte de donation.

On signalera enfin dans le prolongement des exigences posées par l'article 757 B du CGI que plusieurs jugements rendus le 23 septembre 2024 par le tribunal judiciaire de Paris confirment qu'il ne peut être dérogé, après la transmission de la nue-propriété des parts sociales, à la limitation des droits de vote de l'usufruitier (*TJ Paris 23-9-2024 n°s 19/08754, 19/08757, 19/08759, 19/08768, 19/08772, 19/08775, 19/08776 et 19/08779*). La portée de ces jugements n'est pas certaine : faut-il en conclure que cette limitation doit se prolonger pendant toute la durée de l'engagement ou jusqu'au terme de l'usufruit ? On notera à cet égard que les juges font référence à la réponse ministérielle Roubaud, laquelle souligne notamment que « la proposition consistant à permettre à l'usufruitier, en cas de transmission de l'entreprise avec démembrement de propriété, de recouvrer l'ensemble des droits de vote à l'issue du délai d'engagement ne saurait être retenue » (*Rép. Roubaud : AN 21-12-2010 n° 80202*). Cette réponse incite à penser que la limitation des droits de vote devrait perdurer bien au-delà de la durée des engagements pour s'étendre jusqu'au terme de l'usufruit. Quoi qu'il en soit il est inutile de donner d'une main pour reprendre de l'autre. L'usage de la possibilité, instituée par l'article 1844, alinéa 3 du Code civil, pour le nu-propriétaire de déléguer l'exercice de son droit de vote à l'usufruitier par une convention extrastatutaire doit être exclue à l'occasion d'une transmission s'inscrivant dans le cadre du régime Dutreil. Le notaire ne manquera pas, ici encore, de le rappeler à ses clients.

// Le notaire doit délivrer tous les conseils permettant d'assurer ses clients de l'efficacité, notamment fiscale, de l'acte auquel ils comparaissent

