

FISCAL

Donation en nue-propriété et Dutreil : gare aux contournements de la limitation des droits de l'usufruitier

Inf. 10

Le régime de faveur de l'article 787 B du CGI bénéficie également aux donations de droits démembrés. Cependant, lorsque le donateur se réserve l'usufruit, ses prérogatives doivent être statutairement réduites aux seules décisions d'affectation des bénéfices.

UNOfi



Géraldine Pommery,
directrice du département
Entreprises de l'Unofi

La loi 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a ouvert le régime de l'article 787 B du CGI aux donations de droits démembrés sous réserve que les droits de l'usufruitier soient statutairement limités (CGI art. 787 B, avant-dernier alinéa). Dès 2006, l'administration a indiqué que cette restriction des prérogatives de l'usufruitier pouvait ne concerner que les titres objet de la transmission sous le régime de faveur (Rép. Bobe : AN 14-2-2006 n° 79540, reprise au BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n° 300).

Cependant, grande est la tentation d'opérer une transmission patrimoniale d'envergure via la donation en nue-propriété d'une quote-part majoritaire du capital, tout en conservant le pouvoir de décisions d'associés par des « aménagements compensatoires » sur les titres conservés en pleine propriété.

Ainsi il n'est pas rare de voir des projets de statuts de SAS qui prévoient la création de catégories différentes de titres :

– la première, regroupant des actions ordinaires, pour lesquelles les prérogatives de l'usufruitier seront réduites à la seule décision d'affectation des bénéfices, titres destinés à être donnés en nue-propriété ;

– la seconde, actions à avantages particuliers, réservées à certains actionnaires ou types d'actionnaires, prévoyant des droits de vote multiples, la faculté d'être désigné président, membre du conseil de surveillance, du directoire, etc. ;

– éventuellement complétée par un aménagement des majorités requises, voire par un droit de veto sur certaines décisions afin que le donateur puisse conserver la maîtrise des décisions, tout en ayant opéré une transmission d'une majorité de capital.

Bien que ce type d'organisation ne soit pas strictement interdit par la doctrine administrative actuelle, ce serait méconnaître l'esprit du texte, retranscrit notamment dans la réponse ministérielle Roubaud (Rép. Roubaud : AN 21-12-2010 n° 80202, non reprise au BOFiP). Ainsi, à la question de savoir si l'usufruitier pouvait retrouver des pouvoirs étendus au terme des six ans d'engagements de conservation, l'administration a répondu par la négative, en rappelant d'une part que cette limitation pouvait ne concerner que les titres objet de la donation démembrée, et d'autre part, qu'il s'agit d'aboutir, au-delà du transfert du capital, à une véritable transmission du pouvoir

décisionnaire au profit du nu-propriétaire. À cette occasion, Bercy a rappelé que « la finalité même des pactes Dutreil repose sur le transfert réel, immédiat ou à terme, du pouvoir décisionnel au donataire. C'est in fine la légitimité même de l'avantage fiscal, en facilitant les transmissions d'entreprises, en vue d'en assurer la pérennité, qui serait fragilisée si une telle proposition était retenue ».

Ainsi, la mise en place de différentes mesures statutaires visant à contrecarrer la limitation des pouvoirs de l'usufruitier et à priver les nus-propriétaires de leur pouvoir décisionnel, pourrait être considérée comme abusive et empêcher l'application de l'exonération partielle.

En revanche, et comme indiqué à la fois dans la réponse ministérielle Roubaud et dans le BOFiP, les statuts peuvent prévoir une limitation des pouvoirs de l'usufruitier pour les titres objet de la donation et des pouvoirs étendus pour les autres, et ce d'autant plus facilement que les titres auront été catégorisés ou numérotés. Le praticien aura donc à cœur d'organiser la transmission de la nue-propriété dans la limite des pouvoirs dont le donateur entend réellement se départir.