

Donation de titres sociaux et conservation du contrôle patrimonial

Par Rémy Gentilhomme
Et Sylvain Guillaud-Bataille

La donation participe d'une démarche d'anticipation bien connue et bienvenue ; mais pour bien donner il ne faut pas nécessairement tout donner tout de suite. Anticiper, c'est au contraire prévenir, par prudence ou par nécessité, le bouleversement des prévisions qui ont déclenché la donation, ce qui conduira à *donner mieux* : parfois moins, parfois autrement.

"Donner et retenir ne vaut" - Nul ne saurait ignorer cette maxime de Loysel qui participe des fondements du droit des libéralités et qu'il ne s'agit ici ni de contourner ni de contester. Pourtant, il faut admettre que le sens de cette maxime a évolué et, si elle est connue dans son principe, sa portée reste parfois à préciser ; assurément, elle n'exclut pas la mise en œuvre dans les donations de mécanismes de rétention.

Pourquoi retenir le contrôle patrimonial ? - Plusieurs motifs peuvent expliquer le souhait du donateur de conserver sur les biens donnés un certain contrôle patrimonial ; quelle que soit la finalité poursuivie, il s'agira presque toujours de *protéger* : protéger le donateur (d'un revers de fortune ou d'une discorde familiale), protéger le donataire (de la prodigalité et de l'effet corrompateur de l'argent), protéger enfin l'objet donné (notamment lorsqu'il s'agit d'une entreprise). Parfois, la volonté de (trop?) contrôler révélera une libéralité motivée par la jubilation fiscale¹ plus que par la munificence.

S'il est évident que nous n'épuiserons pas ici ce vaste sujet, nous nous attacherons dans les développements qui suivent à en présenter quelques aspects utiles aux praticiens en distinguant selon qu'il s'agit de considérer l'objet de la donation **(I)** ou ses modalités **(II)**.

I - Conservation du contrôle patrimonial et objet de la donation

Les techniques de rétention du pouvoir au profit du donateur sont particulièrement efficaces lorsque la donation a pour objet des titres sociaux : en effet, les ressources du droit civil **(A)** seront utilement complétées par celles du droit des sociétés **(B)**.

A - Les ressources du droit civil

Conserver un droit réel : le démembrement de propriété (réserve d'usufruit, réserve de quasi-usufruit)

La modification a posteriori de l'objet de la donation

- *en retardant la délivrance de l'objet donné (donation alternative et facultative)*

¹ Selon l'expression de M. Grimaldi, *Les donations à terme in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala* : LexisNexis, 2001, p. 428

- *la donation avec faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*

B - Les ressources du droit des sociétés

Si les praticiens puisent dans le droit des biens et le droit patrimonial de la famille les techniques indispensables permettant au donateur de conserver le contrôle patrimonial des titres donnés, les ressources du droit des sociétés seront également d'une précieuse aide.

En effet, la technique sociétaire permet de **dissocier l'avoir du pouvoir** dans des conditions intéressantes (voire idéales, s'agissant de certaines formes sociétaires particulièrement adaptées à ces stratégies) en raison d'une grande liberté qui, schématiquement, s'illustre à **deux niveaux** :

- **tout d'abord**, le droit des sociétés permet de définir dans les statuts, avec une appréciable flexibilité, la ligne de partage entre les actes nécessitant une décision collective et ceux relevant du seul pouvoir du mandataire social : il est ainsi possible de préserver au donateur demeuré mandataire social des pouvoirs très étendus (jusqu'au pouvoir, par exemple, de céder les actifs de la société), même s'il n'a conservé qu'une infime fraction du capital social et des droits de vote ; notons que cette faculté ne pourra s'exercer avec une latitude suffisante que dans la société civile² ou la SAS³.

- c'est **ensuite** sur le terrain des **décisions collectives** que doit s'organiser le pouvoir au sein de la société : les statuts peuvent en effet définir, outre les règles de *quorum* et de majorité, la répartition du droit de vote entre usufruitier et nu-propriétaire en cas de démembrement des titres sociaux⁴ ou encore le nombre de voix dont disposent les associés en conférant à certains titres un **droit de vote plural**, de façon permanente ou pour une durée déterminée ; un tel droit pourrait, par exemple, être réservé au donateur qui, devenu minoritaire au capital social après la donation, souhaiterait malgré cela conserver son pouvoir décisionnel.

Parmi les sociétés par actions, la mise en œuvre de cette stratégie ne sera véritablement efficace que dans la **société par actions simplifiée (SAS)** : il s'agira alors de créer des "actions privilégiées"⁵ en évitant le cadre trop restrictif des "actions de préférence"⁶.

La **société civile** offre également un cadre très souple pour la mise en œuvre de cette stratégie.

***Illustration** : Mme Dupont possède 1.500 actions de la SAS A, représentant 99% du capital social et souhaite consentir à chacun de ses deux enfants Y et Z une donation de la pleine propriété de 700 actions.*

La donation pourrait être précédée de la création, au profit de Mme X, de 100 "actions privilégiées" dotées, chacune, d'un droit de vote correspondant à quinze voix.

A l'issue de la donation, Mme Dupont détiendrait moins de 7 % du capital social mais serait toujours majoritaire en voix au sein de l'assemblée générale (1.500 voix / 2.900 voix, soit plus de 51%)

² V. not. articles 1848 et 1849 du Code civil.

³ V. not. articles L. 227-6 et L. 227-9 du Code de commerce

⁴ J. Prieur, S. Schiller, T. Revet et R. Mortier, *L'usufruit de droits sociaux - Quelle place pour la liberté contractuelle* : JCP N, 2010, 1221.

⁵ En respectant, par prudence, la procédure des avantages particuliers dès lors qu'émissions au profit d'une ou plusieurs personnes "nommément désignées" : C. com. art. L. 227-1, alinéa 3

⁶ Les limites posées aux actions de préférence par l'article L. 228-11 du Code de commerce le rendent peu efficace à l'épreuve d'une stratégie de transmission anticipée de titres sociaux (en raison notamment du renvoi aux règles restrictives des articles L. 225-122 et suivants du Code de commerce relatives à la création d'actions à droit de vote double). Pour des développements : M. Germain, *Les actions de préférence* : Rev. sociétés 2004, p. 597. – D. Poracchia et B. Gay, *Société par actions simplifiée et actions de préférence* : Journ. spé. sociétés, juill. 2006, n° 34, p. 37, spéc. 4.

Notons que l'utilisation de droits sociaux à droit de vote plural génère une difficulté pratique : celle de la **valorisation** de ces "golden shares" donc, par ricochet, des actions ordinaires formant l'objet de la donation⁷. En effet, lorsque les actions de préférence (ou privilégiées) confèrent à leur titulaire des droits pécuniaires particuliers, une simple approche économique permet de surmonter cette difficulté ; en revanche, il sera plus complexe d'apprécier l'impact sur cette valeur de droits non financiers (notamment un droit de vote plural) même si le principe en est acquis⁸.

Bonne pratique - Conservation du contrôle patrimonial et donation soumise au régime "Dutreil"

L'objectif de conservation du contrôle patrimonial sera parfois incompatible avec les contraintes propres au régime fiscal de faveur dit "Dutreil". Ainsi, lorsque la donation a pour objet la nue-propriété de titres sociaux, l'article 787B *in fine* du Code général des impôts prescrit que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités à l'affectation des bénéfices. Pour contourner cette limite, la conservation par le donateur d'une "golden share" (offrant la majorité des droits de vote) nous semble présenter un risque significatif de contentieux⁹.

En revanche, le régime "Dutreil" ne s'oppose pas à la conservation par le donateur d'une fonction de direction dès lors que ce dernier est également signataire de l'engagement collectif de conservation de titres (sauf, par prudence, lorsqu'est invoqué un engagement collectif réputé acquis¹⁰).

2ème partie - Conservation du contrôle patrimonial et modalités de la donation

Nous ne reviendrons pas ici sur les donations à terme, déjà évoquées ci-avant à travers leur "variété" la plus aboutie (donation alternative ou facultative) qui autorise au donateur une modification *a posteriori* de l'objet de la donation ; dans sa conception plus simple, et par essence, la donation assortie d'un terme suspensif permet au donateur de différer le transfert de propriété.

Nous examinerons dans un premier temps une clause trop peu usitée visant à évincer l'administration légale des père et mère sur les biens donnés à leur enfant mineur **(A)** avant d'étudier différentes clauses restrictives des pouvoirs du donataire **(B)**.

A - La désignation d'un tiers administrateur en présence d'un mineur

Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 389-3 du Code civil¹¹ : "*Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire*".

⁷ V. not. H. Hovasse, *Les alternatives au démembrement de propriété* : JCP E 2012, n° 27, 1435.

⁸ CE, 16 mai 1975, n° 92372 : Dr. fisc. 1976, n° 16, comm. 584, concl. G. Schmeltz ; CE, 23 déc. 2011, n°327562, Sté Lagardère : JurisData n°2011-030340

⁹ *Contra* : H. Hovasse, *préc.*

¹⁰ Sur cette difficulté, probablement due à une simple maladresse rédactionnelle, V. J.-F. Desbuquois et P. Julien Saint-Amand, *Engagements Dutreil : difficultés et incertitudes*, JCP N. 2013, 1213, n°9 et s.

¹¹ J. Hauser, *L'administration aux biens légués ou donnés (Une controverse séculaire)*, Defrénois, 2009, art. 38875 ; D. Boulanger, *L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale* : JCP N, 1994, 363.

En présence d'une donation de titres sociaux consentie au profit d'un donataire mineur, la désignation d'un tiers administrateur permettra d'organiser la conservation (tantôt directe, tantôt indirecte) d'un contrôle patrimonial sur les titres donnés.

Ce choix du donateur est alors guidé par une certaine défiance soit en raison de la nature particulière des biens qu'il s'agit d'administrer, soit personnelle à l'égard de l'administrateur légal (scepticisme de grands-parents à l'égard de leur enfant s'agissant de biens donnés aux petits-enfants ou méfiance d'un parent vis-à-vis de son ex-conjoint) comme à l'égard du juge des tutelles dont l'immixtion dans la gestion des affaires ne serait pas souhaitable.

La puissance de cette clause mérite indiscutablement que les notaires en assurent une meilleure diffusion ne serait-ce qu'en considération des faibles contraintes qu'elle connaît dans son principe comme dans sa mise en œuvre :

- ***Dans son principe***, cette clause, insérée dans une donation ou un testament, permet au disposant de soustraire à l'administration légale des père et mère¹² les biens qu'il donne ou lègue à un enfant mineur et cela pendant la minorité de ce dernier. La validité de cette désignation n'est pas conditionnée à la preuve de l'intérêt de l'enfant¹³ et son efficacité n'est pas limitée à la quotité disponible : elle peut porter, sans restriction, sur la réserve héréditaire¹⁴.
- ***Dans sa mise en œuvre***, le disposant profitera d'une liberté importante quant au choix du tiers administrateur et quant à la détermination des pouvoirs de ce dernier.
 - ***Le choix du tiers administrateur*** : le disposant peut choisir librement le tiers administrateur. Ainsi, lorsque le disposant n'est ni le père ni la mère du donataire mineur, il peut par exemple, désigner comme tiers administrateur soit le père ou la mère du donataire mineur¹⁵ (avec des pouvoirs plus étendus que ceux de l'administrateur légal) soit se désigner lui-même comme tiers administrateur ; lorsque le disposant est le père ou la mère du donataire mineur, il existe un débat sur la possibilité d'une telle "auto-désignation" en raison de l'absence de "tiers" au sens de l'article 389-3 du Code civil¹⁶.
Sur le plan pratique, il est conseillé de désigner un tiers administrateur principal et un tiers administrateur subsidiaire pour parer le décès ou la défaillance du premier ; il pourrait également être utile de désigner plusieurs tiers administrateurs "spécialistes" selon les particularités des biens transmis¹⁷.
 - ***Les pouvoirs du tiers administrateur*** : le disposant détermine librement les pouvoirs conférés au tiers administrateur, lesquels peuvent alors s'étendre à tous les actes de disposition y compris ceux qui ne peuvent être accomplis par les administrateurs légaux (par exemple celui de céder les titres donnés ou les apporter en société).

12 Si le disposant peut décider de n'exclure que la *jouissance* légale des père et mère (art. 387 du Code civil), l'exclusion de l'*administration* légale entraîne *de facto* exclusion de la jouissance légale puisque la seconde procède de la première.

13 En ce sens : Cass. 1ère civ., 26 juin 2013, n°11-25.946

14 Cass. 1ère civ., 6 mars 2013, n°11-26.728 :JurisData n°2013-003729 ; RTD civ 2013, 346, obs. J. Hauser ; 42, obs. M. Grimaldi ; Defrénois 2013, p. 365, obs. N. Randoux.

15 En ce sens : J. Massip, *Les incapacités* : Defrénois 2002, p.61, n°22

16 En faveur d'une telle liberté : P. Delmas Saint-Hilaire, *A propos de la clause d'exclusion de l'administration légale*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 333. *Contra* : D. Boulanger, *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N, 2013, n° 18, 1121.

17 En ce sens : P. Bonduelle, *La para-fiducie*, Dr. et Pat. nov. 1993, p.35

B - Les clauses restrictives des pouvoirs du donataire

Mentionnons tout d'abord, pour ne plus y revenir, deux stipulations bien connues et maîtrisées de la pratique : la clause d'interdiction d'aliéner (qui rend aussi le bien insaisissable et dont la violation est sanctionnée par la nullité de l'aliénation) et la clause d'exclusion de communauté.

Parmi les clauses permettant au donateur de titres sociaux de conserver un certain contrôle patrimonial, il faut aussi retenir :

1°) L'obligation d'emploi du produit de la cession éventuelle des titres formant l'objet de la donation ; il s'agit de la stipulation par laquelle le donateur entend imposer au donataire, en cas de cession des biens formant l'objet de la donation, le emploi du prix de vente à l'acquisition d'un bien ou d'un type de bien déterminé (par exemple la souscription d'un contrat d'assurance-vie, l'acquisition d'un bien immobilier ou la souscription au capital d'une société civile familiale).

2°) L'obligation de disposer des titres : il s'agit de la stipulation emportant obligation pour le donataire, d'accomplir, à première demande du donateur, un acte de disposition sur les titres donnés (cession ou apport en société le plus souvent ; il peut également s'agir de l'obligation de constituer une fiducie).

Ces clauses impulsives et déterminantes de la volonté du donateur, qui peuvent être combinées, sont souvent motivées par la volonté de se prémunir contre la prodigalité du donataire et l'effet corrupteur de la fortune.

Si l'utilisation de ces stipulations mérite quelques précautions dans le contexte particulier d'une donation avant cession (cf. encadré *infra*), il est avant tout nécessaire d'en éprouver la validité à l'aune du droit des libéralités et notamment du **principe de l'irrévocabilité spéciale des donations**¹⁸.

En effet, les clauses de la donation ne doivent en aucun cas réserver au donateur la faculté de disposer des biens donnés, et cela à peine de nullité. Cette prohibition doit être comprise comme un obstacle à la faculté de révocation, directe ou indirecte, que se réserverait le donateur, celle consistant à anéantir ou amoindrir, *a posteriori*, l'enrichissement du donataire.

En revanche, il faut admettre que sont possibles les clauses qui n'ont ni pour objet ni pour effet de retirer au donataire le "bénéfice économique" de la donation¹⁹. Il faut en conclure que les clauses évoquées ci-dessus sont parfaitement valables, sous réserve d'une rédaction soignée (*e.g.* il ne faut pas écrire que "le donateur se réserve le droit de céder les titres donnés") et d'une mise en œuvre rigoureuse.

¹⁸ Si tant est que cette irrévocabilité puisse encore être qualifiée de "spéciale" c'est-à-dire "renforcée" par rapport à l'irrévocabilité ordinaire des contrats. Pour des développements, V. H. Lecuyer, *L'irrévocabilité spéciale des donations* in *Etudes P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle* : Litec, 2001, p.405

¹⁹ Selon l'expression du Professeur Michel Grimaldi qui évoque à ce sujet une "irrévocabilité en valeur" : JCl. Civil Code, art. 943 à 948, n° 110 et 111.

Bonne pratique - Donation avant cession et clauses restrictives des pouvoirs du donataire

La **donation avant cession**²⁰ est une stratégie consistant à donner un bien recélant une plus-value avant de le vendre plutôt que de vendre ce bien pour en donner le prix ; cette judicieuse chronologie des opérations présente l'intérêt de "purger" la plus-value latente.

Dans cette démarche, il est banal que le donateur, veillant à l'intérêt de la famille, souhaite conserver un contrôle patrimonial sur les biens transmis ou sur le produit de leur cession. Le notaire doit alors assurer, outre la **validité juridique** de l'acte (cf. *supra*), la **sécurité fiscale** de l'opération voire, d'une certaine façon, la **tranquillité de ses clients**, notamment face aux prévisibles assauts de l'administration sur le terrain de l'abus de droit pour simulation²¹ au moyen du classique argument de la **réappropriation**.

A l'aune de ce critère, la clause d'interdiction d'aliéner ou de nantir les droits sociaux (avec report de l'interdiction sur le produit de cession) ou celle comportant obligation d'employer le produit de cession à l'acquisition d'un bien déterminé ont été confirmées nettement par la jurisprudence²². Les praticiens devront en revanche se montrer plus prudent s'agissant des clauses comportant une obligation pour le donataire, de céder les titres ou de les apporter à une société civile contrôlée par le donateur, à première demande de ce dernier.

Si, bien rédigées, de telles clauses résistent à l'analyse civile, il est constant qu'elles constituent, pour l'administration fiscale, un potentiel point de discussion : le notaire devra en avvertir son client de manière circonstanciée ; n'oublions pas que les époux *Motte-Sauvaige*, dont l'arrêt éponyme précité, sèche défaite de l'administration, est aujourd'hui un repère appréciable de la matière, ont subi presque 7 années d'incertitudes avant de voir leur stratégie validée.

20 V. not. : R. Gentilhomme, *La donation de droits sociaux avant cession*, Defrénois, 2012, n°5, p. 256 ; R. Mortier, *La donation avant cession in extenso*, rev. Dr. fisc. 2014, n°39, 540.

21 Ou fictivité, critère exclusif de l'abus de droit en matière de donation-cession ; cette stratégie est en effet à l'abri du grief de l'abus de droit par fraude à la loi.

22 CE, 8e et 3e ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, *Motte-Sauvaige* : JurisData n° 2011-031693 ; Dr. fisc. 2012, n° 11, comm. 193, concl. N. Escaut, note R. Mortier ; Defrénois 2012, p.256, obs. R. Gentilhomme ; CE, 9e et 10e ss-sect., 9 avr. 2014, n° 353822, *M. et Mme Pérès* : JurisData n° 2014-008219 ; Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421.