

PACTE DUTREIL

1213

Engagements *Dutreil*: difficultés et incertitudes

Propositions de clarification des dispositifs des articles 787 B et 885 I bis du CGI

Les engagements *Dutreil* « Transmission » et « ISF » sont deux outils fondamentaux pour la pérennité et le développement des entreprises familiales et de l'emploi.

Malgré un succès certain, certains aspects peuvent être améliorés

Le présent rapport présente les principales difficultés d'application et zones d'incertitude, qui fragilisent ces dispositifs et les rendent inutilement complexes.

Il propose une solution législative ou un aménagement de la doctrine administrative pour chacune d'elles afin de redonner leur plein potentiel à ces régimes.



Étude rédigée par :

Jean-François Desbuquois,
avocat associé FIDAL

et Pascal Julien Saint-Amand,
notaire associé, ancien avocat fiscaliste, Réseau Notarial Althémis

Ndlr : le texte du présent rapport a été adopté par le comité juridique de la FNDP dans sa séance du 17 janvier 2013. Il a reçu ensuite le soutien :

- du Conseil supérieur du notariat ;
- du Barreau de Paris ;
- de l'ASMEP-ETI¹

1 - Base textuelle

- Transmission: CGI, art. 787B, art. 787C. - BOI-ENR-DMTG-10-20-40
- ISF : CGI, art. 885 I bis. - BOI-PAT-ISF-30-40-60

2 - L'adoption des dispositifs fiscaux communément appelés pactes *Dutreil* a constitué un progrès considérable pour la pérennité des entreprises familiales (PME et ETI) en France, en rendant plus supportable pour les actionnaires familiaux la pression fiscale sur leurs participations (ISF et droits de mutation à titre gratuit).

Toutefois, les dispositifs techniques mis en œuvre par le législateur créent de nombreuses difficultés et incertitudes pour les praticiens, ce qui nuit gravement à leur efficacité, et à la sécurité juridique d'une façon plus générale.

Les raisons en sont connues :

- depuis leur adoption initiale, les textes applicables et notamment l'article 787 B du CGI ont fait l'objet de nombreuses modifications législatives successives, qui ont généré des imperfections rédactionnelles résultant de leur stratification continue ;
- ils sont, en outre, sur certains points difficiles à interpréter ou présentent des incohérences soit internes, soit entre les deux régimes « jumeaux » prévus en matière de transmission (CGI, art. 787 B) et d'ISF (CGI, art. 885 I bis).

3 - Ces difficultés pourraient être aisément résolues par une évolution de la doctrine administrative ou une intervention législative, sans porter atteinte à l'esprit des dispositifs. Ceci favoriserait leur meilleure application en pratique et renforcerait la sécurité juridique indispensable à la pérennité des entreprises.

1. Incertitudes spécifiques à l'article 787 B du CGI

4 - Certaines incertitudes concernent spécifiquement cet article.

A. - Quant à son champ d'application

1° Sociétés unipersonnelles

5 - **Difficulté à résoudre** - L'article 787 B a été conçu sur la base d'un schéma impliquant le respect d'une condition préalable à la trans-

¹ Qui formule elle-même en son nom presque toutes ces demandes.

mission : la conclusion d'un engagement collectif entre au moins deux actionnaires de la société.

Par hypothèse, l'associé ou l'actionnaire **unique** d'une société unipersonnelle (**EURL, EARL, SASU...**) ne peut pas conclure un tel contrat avec un autre associé ou actionnaire, et n'est donc pas en mesure de mettre en place le dispositif ni donc de permettre à ses héritiers de bénéficier du régime de faveur, sauf à devoir céder préalablement des actions ou des parts à un tiers pour rendre la société pluripersonnelle, ce qu'il peut ne pas souhaiter faire.

Aucun aménagement particulier n'a été prévu par la loi pour régler la situation des sociétés unipersonnelles.

6 - La doctrine administrative a bien compris qu'il s'agissait d'une simple omission et a tenté depuis de résoudre la difficulté, mais de façon très imparfaite. Elle a reconnu récemment (*BOI-ENR-DM-TG-10-20-40-40 § 10*) la possibilité pour toutes les formes de sociétés unipersonnelles (EURL, EARL, SASU, ...) de bénéficier du régime des sociétés pluripersonnelles (*CGI, art. 787 B*) lorsque les dispositions relatives à l'engagement réputé acquis sont remplies, c'est-à-dire :

- lorsque la société exerce, depuis au moins deux ans, avant la transmission, une activité éligible (activité commerciale, industrielle, artisanale ou agricole ou qu'elle est une société holding animatrice), ce qui exclut les sociétés interposées ;
- et lorsqu'une fonction éligible est exercée depuis au moins deux ans par l'associé ou son conjoint.

Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, la doctrine fiscale a admis d'étendre aux sociétés unipersonnelles le régime de l'article 787 C du CGI, destiné à faciliter les transmissions d'entreprises individuelles. Ce dernier texte se révèle toutefois largement inadapté dans cette hypothèse puisqu'il est conçu pour s'appliquer par hypothèse à une entreprise qui n'est pas organisée sous forme de société. Il génère par exemple des incertitudes importantes sur l'objet même des engagements de conservation pris par les héritiers : portent-ils sur les parts de l'EURL, de l'EARL ou de la SASU, ou bien sur les actifs détenus par celle-ci, ou enfin sur les deux ?

Cette situation n'est donc pas totalement satisfaisante dans un certain nombre de situations (existence d'une société holding unipersonnelle non animatrice par exemple).

2° Engagement réputé acquis

7 - **Difficulté à résoudre.** - L'article 787 B peut s'appliquer aux titres d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ainsi qu'à ceux d'une société interposée (une holding pure par exemple) dans la limite d'un double niveau d'interposition.

Le champ d'application est clair sur ce point lorsqu'un engagement collectif écrit et enregistré a été mis en place avant la donation ou la succession (*CGI, art. 787 B-b, al. 5*) ou encore lorsque l'engagement collectif est conclu *post mortem* par les héritiers (bien que cela résulte seulement d'un texte sur les obligations déclaratives : l'article 294 bis II de l'annexe II du CGI).

En revanche, la doctrine fiscale refuse expressément l'application de l'engagement « réputé acquis » sur les titres d'une société interposée².

8 - Au regard de l'esprit de la mesure : permettre au contribuable imprévoyant de bénéficier du régime de faveur dès lors qu'il remplit les conditions de l'engagement collectif, bien qu'il ne l'ait pas formellement pris, une telle différence de traitement ne s'explique pas. Le risque est grand, en pratique, de voir un actionnaire majoritaire d'une société holding non-animatrice, qu'il dirige depuis plus de deux ans, ne pas prendre le temps de signer un engagement collectif en étant persuadé pouvoir bénéficier de l'engagement réputé acquis.

Proposition : que le législateur reconnaisse en cas de détention par l'intermédiaire d'une société interposée (un ou deux niveaux d'interposition) la possibilité de remplir la condition relative à l'engagement collectif, non seulement, comme c'est déjà le cas, par un engagement exprès (acte authentique ou sous seings privé), ou par un engagement *post mortem*, mais aussi par un engagement réputé acquis.

La condition relative au pourcentage de détention s'apprécierait en additionnant :

- les titres détenus directement par le contribuable et son conjoint ou partenaire pacsé ;
- et ceux détenus par la société interposée à hauteur du pourcentage détenu par le contribuable et son conjoint ou partenaire pacsé.

Les seuils de 20 % et 34 % devraient être respectés depuis plus de deux ans au jour de la transmission à titre gratuit.

La condition relative à la fonction de direction serait identique : le défunt (ou le donateur) ou son conjoint ou partenaire de Pacs devrait, au sein de la société d'exploitation, exercer effectivement depuis plus de deux ans à la date de la transmission :

- son **activité professionnelle principale** si la société relève de l'impôt sur le revenu ;
- une des **fonctions de direction** visées à l'article 885 O bis, 1° du CGI si la société est soumise à l'IS, de plein droit ou sur option.

B. - Quant à son régime

1° Engagement réputé acquis : exercice de la fonction de direction

9 - L'article 787 B-d dispose que « ***l'un des associés mentionnés au a) ou l'un des héritiers, donataires ou légataires mentionnés au c) exerce effectivement dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation, pendant la durée de l'engagement prévu au c) et pendant les trois années qui suivent la transmission, ... l'une des fonctions énumérées au 1° de l'article 885 O bis lorsque celle-ci est soumise à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option.*** »

2 BOFIP BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20120912 § 260 in fine.

10 - Cette disposition pose des difficultés d'application dans le régime particulier que constitue l'engagement « réputé acquis » en raison d'une mauvaise articulation interne des renvois au sein de l'article 787 B et d'une absence d'extension expresse par la documentation administrative (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 § 290).

11 - **Difficulté à résoudre** - Les praticiens s'interrogent sur le point de savoir quelles sont les personnes habilitées à exercer la fonction de direction prévue à l'article 787 B-d dans le régime de l'engagement réputé acquis.

Il ne fait aucun doute que les héritiers, légataires ou donataires peuvent remplir cette fonction. Qu'en est-il du donateur (donation) ou de son conjoint ou partenaire pacsé (donation ou succession) ?

12 - La fonction de direction doit pouvoir être remplie par le donateur ou par le conjoint ou partenaire du donateur ou du défunt. Cette solution doit, à notre avis, prévaloir. C'est non seulement l'esprit de la loi, car les textes prévoient que ces personnes peuvent remplir la fonction de direction lorsqu'un engagement collectif écrit et enregistré a été mis en place avant la donation ou la succession ou encore lorsque l'engagement collectif est conclu *post mortem*.

Mais c'est également la lettre du texte si l'on considère que la notion même d'engagement « réputé acquis » crée une fiction d'existence d'un engagement collectif auquel participe le donateur et le cas échéant son conjoint ou partenaire pacsé. En tant que « membre » de cet engagement, le donateur (et le cas échéant son conjoint ou son partenaire pacsé) doit pouvoir remplir la condition prévue par l'article 787 B tenant à l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une fonction de direction dans la société après la transmission à titre gratuit.

Proposition : pour lever toute incertitude, il est proposé que la doctrine administrative reconnaisse expressément que les actionnaires qui remplissent les conditions d'un engagement réputé acquis (donateur, ainsi que conjoint ou partenaire du donateur ou du défunt) sont assimilés purement et simplement à un signataire tel que visé au a), et peuvent à ce titre exercer la fonction de direction prévue au d).

2° Les restructurations des sociétés concernées

a) Apport à une société holding pendant la durée de l'engagement collectif postérieurement à la transmission ayant bénéficié de l'exonération partielle

13 - **Difficulté à résoudre** - Il est souvent nécessaire après une succession ou une donation d'entreprise familiale que les héritiers reconstituent le contrôle majoritaire sur la société transmise. Ils doivent alors le plus souvent constituer une société holding à cet effet.

Or, l'apport des titres faisant l'objet d'une exonération partielle à une holding n'est autorisé par l'article 787 B-f, sous certaines conditions, que pendant la période de l'engagement individuel, mais ne l'est pas pendant la période d'engagement collectif qui précède.

Ceci ne se justifie pas et peut bloquer pendant plusieurs années certains schémas de donation-partage avec soulte suivie d'un apport à la holding tant que l'engagement collectif n'est pas achevé, alors que le législateur a expressément souhaité favoriser un tel schéma lors de la loi de finances pour 2008³.

14 - La solution consistait alors en pratique lorsque cela était possible à faire préconstituer une holding, à la rendre actionnaire de la société cible, puis à lui faire souscrire l'engagement collectif de conservation avec les parents futurs donateurs. Ainsi l'apport ultérieur par les enfants des titres reçus lors de la donation pouvait avoir lieu au profit de la holding elle-même signataire de l'engagement collectif.

15 - Or la doctrine administrative vient de dénier toute possibilité d'apport à une holding en cours d'engagement collectif, en fût-elle signataire, dès lors que l'apport intervient postérieurement à la transmission exonérée⁴. La position de l'Administration est fondée sur le fait que même si l'apport ne fait pas tomber l'engagement collectif car la société bénéficiaire de l'apport est membre de l'engagement, l'apporteur en revanche ne peut remplir son obligation de conservation des titres reçus par donation ou succession puisqu'il les a apportés. Parallèlement, cet apport ayant été fait en dehors de la seule dérogation prévue par le texte (CGI, art.787 B f), c'est-à-dire l'apport pendant la période d'engagement individuel, l'opération d'apport fait tomber le bénéfice du régime de faveur.

Cette approche est cependant injustifiée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur : permettre sous condition la réorganisation de la détention post-transmission.

Proposition : que le législateur ou la doctrine administrative reconnaisse la possibilité aux héritiers ayant pris un engagement individuel à l'occasion d'une transmission exonérée de réaliser un apport à une société holding, même si l'engagement collectif n'est pas encore expiré, sous les mêmes conditions que celles visées à l'article 787 B-f.

b) Apport à une société holding des titres d'une société interposée postérieurement à la transmission ayant bénéficié de l'exonération partielle

16 - L'Administration au motif que la lettre de l'article 787 B du CGI ne le prévoit pas, interdit l'apport à une holding dans le cadre de l'article 787 B-h (apport pendant la durée de l'engagement individuel) de titres d'une société interposée, ce qui est manifestement une lecture trop littérale du texte, puisque le législateur a assimilé de façon large les sociétés interposées jusqu'à deux niveaux d'interposition aux sociétés ayant une activité éligible.

3 V. les travaux parlementaires.

4 BOFIP BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20-20120912 § 80 deuxième alinéa.

Proposition : que le législateur ou la doctrine administrative étende le maintien du régime de faveur prévu à l'article 787 B f) aux apports de titres de société interposés à une société holding (même si l'engagement collectif n'est pas encore expiré).

c) Les fusions concernant la société dont les titres font l'objet de l'engagement

17 - **Difficulté à résoudre** - Les paragraphes g) et h) de l'article 787 qui ont pour objectif de faciliter les fusions pouvant concerner des sociétés dont les titres font l'objet d'engagements, ne dérogent expressément qu'aux obligations de conservation collectives ou individuelles (visées aux paragraphes a), b), et c)) mais pas au paragraphe d)) qui concerne l'exercice d'une fonction de direction dans la société opérationnelle dont les titres font l'objet de l'engagement collectif. Une lecture littérale interdirait de réaliser toute restructuration conduisant à la disparition de la société où doit être exercée la fonction de direction pendant toute la durée de celle-ci (toute la durée de l'engagement collectif, et trois années à compter de la transmission). Tant que ces durées ne seraient pas expirées les fusions ne pourraient donc être réalisées que dans un seul sens : la société dont les titres ont fait l'objet de l'engagement collectif devrait absorber l'autre société partie à la fusion.

18 - Une telle interprétation serait manifestement contraire à l'esprit de la loi, puisqu'en envisageant l'hypothèse où la fusion pourrait porter atteinte au respect de la condition prévue au a) c'est-à-dire l'existence de l'engagement collectif, le législateur a nécessairement eu en prévision des fusions par absorption de la société cible dont les titres font l'objet de l'engagement collectif.

Proposition : reconnaître, par doctrine administrative, que les fusions autorisées par les paragraphes g) et h) pourront être réalisées également par dérogation au paragraphe d).

3° Les modalités d'application de la réduction de droits (CGI, art. 790)

a) Application de la réduction de droits en présence d'une société interposée

19 - Alors que le cumul de la réduction de base (75 %) résultant de la souscription d'un engagement de conservation et de la réduction de droit (50 %) liée à l'âge du donateur ne pose aucune difficulté lorsque la donation porte sur les titres d'une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, la rédaction des textes est moins claire lorsque la donation porte sur les titres d'une société interposée.

20 - En effet, l'article 790 du CGI dispose :
« I.- Les donations en pleine propriété des parts ou actions d'une **société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale** qui réunissent les conditions énumérées à l'article 787 B bénéficient sur les droits liquidés en application des articles 777

et suivants d'une réduction de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de soixante-dix ans.

II.- Les donations en pleine propriété de la totalité ou d'une quote-part indivise de l'ensemble des biens meubles et immeubles, corporels ou incorporels, affectés à l'exploitation d'une **entreprise individuelle ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale** qui réunissent les conditions énumérées à l'article 787 C bénéficient sur les droits liquidés en application des articles 777 et suivants d'une réduction de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de soixante-dix ans ».

Le **texte de loi** limite l'application du régime de faveur à la **donation des titres d'une société dont les titres sont couverts par l'engagement de conservation** et à la **donation d'une entreprise individuelle**, sans l'étendre à la société interposée.

21 - La **doctrine fiscale** commentant les articles 787 B et 787 C du CGI semble également limiter l'application du texte à la donation en pleine propriété de « *parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale* » (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 § 410) sans envisager expressément la donation des titres d'une société interposée.

En revanche, la **doctrine fiscale** commentant l'article 790 du CGI énonce (BOI-ENR-DMTG-20-30-20-50 § 20 à 40) semble l'admettre mais par une rédaction imprécise :

« 20. Les donations en pleine propriété des parts ou actions d'une **société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale** qui réunissent les conditions énumérées à l'article 787 B du CGI bénéficient sur les droits liquidés en application des articles 777 et suivants du CGI d'une réduction de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de soixante-dix ans.

30. Les donations en pleine propriété de la totalité ou d'une quote-part indivise de l'ensemble des biens meubles et immeubles, corporels ou incorporels, affectés à l'exploitation d'une **entreprise individuelle ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale** qui réunissent les conditions énumérées à l'article 787 C du CGI bénéficient sur les droits liquidés en application des articles 777 et suivants du CGI d'une réduction de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de soixante-dix ans.

40. Par conséquent, dès lors que les conditions posées par l'article 787 B du CGI ou 787 C du CGI sont satisfaites, il y a lieu d'appliquer **pour les transmissions qu'elles soient directes ou indirectes** la réduction de droits ».

22 - Au regard du droit civil, la transmission des titres de la société interposée qui détient les titres de la société couverte par l'engagement collectif de conservation **est une transmission directe** des titres de la société interposée (et non une transmission indirecte de la société filiale).

Rien ne justifiant une différence de traitement entre les détentions directes et indirectes, il est possible que l'Administration se soit simplement mal exprimée et qu'elle ait souhaité viser les donations éligibles au régime des articles 787 B et 787 C, que la société exerçant l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale soit détenue directement ou indirectement. Il conviendrait donc que l'Administration confirme ce point.

Proposition : que l'administration fiscale confirme expressément l'application du régime de l'article 790 du CGI aux donations de titres des sociétés interposées éligibles au régime des articles 787 B.

b) Modalités de calcul des droits en présence d'une donation portant sur des actifs bénéficiant de la réduction de droits de 50 % et d'actifs n'en bénéficiant pas

23 - **Difficulté à résoudre.** - L'article 790 I du CGI modifié par la première loi de finances rectificative pour 2011 (*L. fin. rect. 2011, n° 2011-900, 29 juill. 2011*) a maintenu une réduction de droits de 50 % pour les donations de titres en pleine propriété bénéficiant de l'article 787 B consenties par un donateur âgé de moins de 70 ans. Or cette disposition particulière pose une difficulté d'application lorsque la donation porte sur des actifs bénéficiant de la réduction de droits de 50 % de l'article 790 I et des actifs n'en bénéficiant pas. Comment les droits doivent-ils être liquidés ?

24 - Convient-il de liquider les droits d'abord sur les biens ne bénéficiant pas de la réduction de droits pour utiliser au maximum les abattements et tranches basses, et réserver la réduction de droits à la fraction imposable dans les tranches les plus élevées. L'Administration a déjà admis ce régime de faveur pour d'autres dispositifs (*Instr. 6 nov. 2003 : BOI 7 G-5-03 ; JCP N 2003, n° 49, act. 246*) ?

Proposition : que la doctrine administrative confirme expressément qu'en cas de donation mixte les droits sont liquidés en priorité sur les biens ne bénéficiant de la réduction de droits prévue à l'article 790 I du CGI.

2. Incertitudes spécifiques à l'article 885 I bis : la donation ou la cession de titres de la société interposée pendant la durée de l'engagement collectif

25 - **Difficulté à résoudre.** - Depuis le 29 décembre 2007, l'exonération partielle n'est pas remise en cause en cas de **cession** ou de **donation de titres de sociétés interposées** pendant la durée de l'engagement collectif lorsque les conditions suivantes sont cumulativement remplies (*CGI, art. 885 I bis, b*)

26 - L'article 885 I bis, b), alinéa 10 du CGI dispose qu' : « *En cas de non-respect des dispositions du huitième alinéa par suite d'une donation ou d'une cession de titres d'une société possédant une participation dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement de conservation ou de titres d'une société possédant une participation dans une société qui détient les titres de la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement de conservation, l'exonération partielle accordée au titre de l'année en cours et de celles précédant l'opération n'est pas remise en cause, sous réserve que l'opération intervienne entre associés bénéficiaires de cette exonération*

partielle et que les titres reçus soient au moins conservés jusqu'au terme du délai prévu au d. Dans cette hypothèse, le cessionnaire ou le donataire bénéficie de l'exonération partielle au titre des années suivant celle de la cession ou de la donation, sous réserve que les titres reçus soient conservés au moins jusqu'au même terme ».

27 - Doctrine fiscale :

BOI-PAT-ISF-30-40-60-20 § 260 « **b. Transmission de titres entre associés de sociétés interposées durant l'engagement collectif...**

Les conditions devant être cumulativement respectées sont les suivantes :

- *le cédant ou le donateur et le cessionnaire ou le donataire sont associés dans la société dont les titres sont cédés ou donnés ;*

- *ils bénéficient tous les deux de l'exonération partielle prévue à l'article 885 I bis du CGI pour les titres qu'ils détiennent dans cette société ;*

- *les titres reçus par le cessionnaire ou le donataire sont conservés au moins jusqu'au terme du délai global de six ans ; »*

On soulignera que l'exigence relative à la condition que le donataire soit associé de la société dont les titres sont donnés n'est pas reprise dans BOI-PAT-ISF-30-40-60-20, § 210.

200 « *La transmission par un redevable de l'impôt de solidarité sur la fortune des parts ou actions qu'il détient dans une société qui possède directement (un niveau d'interposition) ou indirectement (deux niveaux d'interposition) une participation dans une société dont les titres font l'objet d'un engagement collectif de conservation entraîne la remise en cause de l'exonération partielle dont il a pu bénéficier* ».

210 « *Toutefois, il est admis que la donation des titres précités* » (titres des sociétés interposés) « *ne remette pas en cause le bénéfice du régime de faveur si les donataires conservent les titres ainsi transmis jusqu'au terme du délai global de conservation de six ans* ».

28 - La rédaction du texte et de la doctrine fiscale appelle trois remarques :

1. La formulation retenue par la documentation administrative semble exiger que **tous** les titres détenus par le cédant ou donateur d'une part, le cessionnaire ou donataire d'autre part, bénéficient de l'exonération partielle (*BOI-PAT-ISF-30-40-60-20 § 260*). Une telle exigence ajouterait au texte et ne nous semble pas devoir être retenue.

2. La donation ou la cession pendant la durée de l'engagement collectif de titres de la société interposée à un **donataire (ou cessionnaire) non encore bénéficiaire de l'exonération** partielle est une opération remettant en cause le bénéfice du régime de faveur dont a bénéficié le redevable (donateur ou cédant). Si l'on comprend cette règle en cas de cession à un non-signataire, elle ne se justifie pas en cas de donation à un non-signataire. En effet, la donation à un membre signataire ne remet pas en cause le régime de faveur en cas de détention directe (sous la simple condition du respect par le donataire de la poursuite des conditions d'exonération). Rien ne justifie l'application d'une règle différente en cas de donation de titres d'une société interposée.

3. La **transmission par décès** n'est pas citée parmi les opérations ne remettant pas en cause, sous réserve du respect des conditions susvisées, le bénéfice du régime de faveur pour les transmissions de titres de société interposées. Il s'agit probablement d'un oubli.

Propositions

Il est proposé :

- que la doctrine fiscale soit adaptée pour être conforme au texte de loi et que la formulation suivante :
- « ils bénéficient tous les deux de l'exonération partielle prévue à l'article 885 I bis du CGI pour les titres qu'ils détiennent dans cette société ; »
soit remplacée par :
- « ils bénéficient tous les deux de l'exonération partielle prévue à l'article 885 I bis du CGI **pour tout ou partie des titres qu'ils détiennent dans cette société ;** »
- que l'article 885 I bis b 10^{ème} alinéa soit adapté pour que l'exonération soit maintenue en cas de donation de titres de la société interposée à un non signataire.
- que la doctrine fiscale ou l'article 885 I bis soient adaptés pour que l'exonération soit maintenue en cas de donation, de cession, ainsi que de transmission par décès.

3. Incertitudes et zones de fragilité communes aux deux dispositifs

29 - Certaines difficultés sont communes aux deux dispositifs.

A. - Le champ d'application : l'activité éligible prépondérante

30 - **Difficulté à résoudre** : les deux dispositifs *Dutreil* sont applicables aux titres de sociétés « ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale... » (CGI, art. 787 B, al. 1 et 885 I bis, al. 1), par opposition aux titres de celles qui n'ont qu'une activité civile (location d'un immeuble par exemple).

La doctrine administrative⁵ reconnaît l'applicabilité des deux régimes de faveur aux sociétés ayant une activité mixte de nature partiellement éligible sous la condition que la partie civile de l'activité ne soit pas prépondérante.

Elle vient toutefois de fixer un double critère cumulatif qui se révèle totalement inadapté :

« Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du montant du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut). »

31 - Si le critère relatif au prorata du chiffre d'affaires peut se concevoir et éventuellement refléter relativement bien l'importance des activités respectives par les flux qu'elles génèrent, en revanche le critère basé sur le montant du bilan est inadapté puisqu'il ne tient absolument pas compte de l'affectation des actifs immobilisés et circulants.

L'actif immobilisé peut très bien comprendre des éléments non affectés à l'exploitation des activités industrielles ou commerciales (par exemple un immeuble de rapport patrimonial) et inversement l'actif circulant pourra comprendre de nombreux éléments nécessaires à ladite activité (le stock de marchandises par exemple). L'application d'un tel critère peut conduire à des conséquences inadaptées : une société ayant une activité commerciale d'achat-revente ne nécessitant que peu d'investissements immobilisés pourrait ne pas être éligible au régime de faveur (un concessionnaire automobile par exemple). En revanche une société exploitant un modeste fonds de commerce et détenant par ailleurs un immeuble de rapport hors exploitation serait éligible !

32 - De surcroît, la question de la prépondérance de l'actif immobilisé sur l'actif circulant soulèvera également d'épineuses questions d'évaluation chaque année. L'évaluation des éléments d'actifs laissant place à la subjectivité à la différence du critère lié au chiffre d'affaires.

33 - Il est donc manifeste que ce critère de prépondérance de l'actif brut immobilisé est inadapté et produira des situations anormales dans les deux sens. Il doit donc être rapporté.

Proposition : il serait souhaitable que la doctrine administrative rapporte sa doctrine et ne retienne qu'un seul critère permettant de déterminer la notion d'activité civile non prépondérante : celui basé sur le chiffre d'affaires.

A. - Le régime

1° Le principe du maintien des participations inchangées

34 - **Difficulté à résoudre**. - Les articles 787 B et 885 I bis prévoient tous deux la possibilité d'une application à des schémas impliquant une société interposée, dans la limite d'un double niveau d'interposition. Pour assurer un niveau d'obligations de conservation identique à celles résultant des engagements portant directement sur les titres d'une société opérationnelle, les articles 787 B-b 9^e alinéa et 885 I bis-b 8^e alinéa prévoient tous deux ce qui suit dans une telle hypothèse : « Le bénéfice de l'exonération partielle est subordonné à la condition que les participations soient conservées inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif ».

35 - Cette disposition donne lieu à de multiples incertitudes et difficultés d'application sur sa portée précise quant aux cessions ou acquisitions de titres que pourrait réaliser tant la société interposée, que les associés de celle-ci. La réponse ministérielle *Lecerf* du 18 mars 2010⁶ même si elle apporte des éléments de réponse au regard de l'article 787 B ne donne pas tous les éclaircissements attendus. Elle n'a en outre même pas été reprise lors du passage sous BOFIP.

5 BOFIP BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20121224 § 20 pour l'application de l'article 787 B, et BOFIP BOI-PAT-ISF-30-40-40-60-20120912 § 10 pour l'article 885 I bis.

6 Rép. min. n° 5735 : JO Sénat Q, 18 mars 2010, p. 690.

Proposition : que la doctrine administrative précise la notion de maintien des participations inchangées au regard des différentes opérations pouvant affecter tant les participations détenues par les sociétés interposées que les titres détenus par les personnes physiques dans le capital des sociétés interposées, et ce pendant les phases d'engagement collectif et individuel.

2° Cessions partielle-reprise totale

36 - **Difficulté à résoudre.** - La cession à un tiers en cours d'engagement collectif, ou individuel, de titres placés sous l'article 787 B ou l'article 885 I bis, entraîne une déchéance complète du bénéfice du régime même si la cession n'est que partielle, et que l'actionnaire conserve et continue à respecter ses engagements sur le surplus de sa participation.

37 - Ceci est incohérent avec les dispositions, pourtant très proches dans l'esprit, de l'article 885 I quater du CGI (régime des dirigeants et salariés qui s'engagent à conserver individuellement leur participation pendant six ans). Dans ce dernier régime, la cession partielle de la participation engagée n'entraîne une remise en cause que partielle et proportionnelle des exonérations passées. En outre, les modalités d'application prévues pour certaines hypothèses d'application particulières : titres acquis à des dates différentes ou relevant de plusieurs catégories sont systématiquement favorables au redevable (règle : « premier entré, premier sorti » par exemple).

38 - Ceci est contreproductif en poussant l'actionnaire qui doit céder quelques titres, parfois contraint et forcé, à préférer tout céder puisque les conséquences fiscales de la remise en cause ne sont pas plus sévères.

Proposition : que la doctrine administrative précise que la rupture partielle d'un engagement collectif ou individuel n'empêche la reprise des droits partiellement exonérés qu'au prorata des titres cédés par rapport à l'ensemble de la participation engagée par le cédant, et que le surplus de ses titres peuvent continuer à bénéficier du régime.

3° Adhésion d'un nouveau signataire en cas d'engagement collectif

39 - La première loi de finances rectificative pour 2011 (*L. fin. rect. n° 2011-900, 29 juill. 2011*) a apporté d'importantes modifications au principe du caractère « figé » des engagements collectifs conclus au titre de l'article 787 B ou de l'article 885 I bis en permettant :

- soit l'adhésion d'un nouveau signataire en cas d'engagement collectif ;
- soit en cas de cession de ses titres par un signataire de l'engagement collectif, la substitution du cessionnaire au cédant.

40 - **Difficultés à résoudre.** - De nombreuses questions se posent au regard de ces nouvelles dispositions :

- L'adhésion d'un nouveau signataire ou du cessionnaire peut-elle intervenir à n'importe quelle période de l'engagement collectif : durée initiale de deux ans, phase de tacite prorogation ou de tacite reconduction ?



© COMONOLAS - ISTOCKPHOTO

- Quel est le point de départ de la reconduction légale pour deux ans de l'engagement collectif qui est la conséquence de cette nouvelle adhésion :

- la date d'adhésion proprement dite ?

- la date d'enregistrement de l'acte constatant cette adhésion ?

- Comment peut s'opérer matériellement cette adhésion ? Un accord conclu par tous les signataires de l'engagement collectif initial est-il nécessaire ? Doit-il être obligatoirement enregistré ?

- L'actionnaire ou le cessionnaire, après qu'il a adhéré à l'engagement collectif, jouit-il bien de l'ensemble des mêmes droits et prérogatives que les signataires d'origine de l'engagement collectif : possibilité d'acquiescer et de céder des titres entre signataires, exercice de la fonction de direction ?

- Il conviendrait enfin de préciser :

- que l'adhésion au cours d'un engagement collectif conclu au titre de l'article 885 I bis n'a pas pour conséquence de modifier le point de départ de l'engagement collectif pour les signataires d'origine ayant continué à respecter ce dernier, faute de quoi la nouvelle mesure serait totalement dissuasive ;

- que dans l'article 885 I bis et contrairement à ce que soutient la doctrine administrative (*BOFIP BOI-PAT-ISF-30-40-40-60-20120912 § 350 in fine*) l'admission d'un nouveau signataire n'a pas pour effet de fixer un nouveau point de départ à l'exercice d'une fonction de direction par l'un des signataires pendant cinq ans, les travaux parlementaires exprimant clairement que telle n'était pas l'intention du législateur.

Proposition : la doctrine administrative doit préciser les conditions de mise en œuvre et les effets de ces nouvelles dispositions tant pour l'actionnaire nouvellement adhérent, que les signataires d'origine (ceux qui continuent à respecter l'engagement, et l'éventuel cédant).

4° Le respect de la fonction de direction pendant la durée de l'engagement individuel

- 41 - **Point de difficulté.** - En cas de non-respect de la fonction de direction par l'un des signataires de l'engagement collectif, le régime de faveur est remis en cause pour l'ensemble des bénéficiaires. Lorsque

l'un des autres signataires de l'engagement collectif présente les qualités pour exercer une fonction de direction, il sera possible de le nommer à cette fonction. Mais il peut arriver qu'indépendamment de la volonté des signataires, la fonction de direction ne soit plus exercée par l'un des signataires initiaux (décès, incapacité démission de plusieurs d'entre eux par exemple).

42 - Cela peut ainsi conduire à sanctionner les autres signataires et leurs ayants droit qui ont de leur côté respecté l'ensemble de leurs obligations. Lorsque le non-respect intervient pendant la période d'engagement collectif, les associés de la société éligible ont la possibilité de recruter, parmi d'autres membres que les signataires initiaux, un nouveau dirigeant ayant la capacité de poursuivre le développement de la société, puis de lui donner un titre couvert par l'engagement afin qu'il en soit réputé membre. Les conditions de bénéfice du régime de faveur continuent ainsi à être remplies.

43 - Lorsqu'en revanche, la disparition du dirigeant intervient pendant la période d'engagement individuel, la donation d'un titre initialement couvert par l'engagement collectif sera sans effet et ne permettra pas de réputer le nouveau dirigeant signataire de l'engagement.

44 - Or il est essentiel pour le devenir de la société, son développement et la protection de l'emploi, que le dirigeant puisse être recruté sur un critère de compétence et non sur la seule participation à un engagement signé plusieurs années plus tôt.

Proposition : il est proposé que la doctrine fiscale admette qu'au regard de la fonction de direction, le dirigeant puisse être un signataire de l'engagement collectif ou un donataire de l'un au moins des titres couverts par l'engagement collectif initial.

B. - Conséquences du non-respect du formalisme

45 - Les articles 294 bis à 294 quater de l'annexe II au CGI (CGI, art. 787 B et 787 C) et les articles 301 G à 301 J de l'annexe II

au CGI (CGI, art. 885 I bis) précisent les obligations déclaratives incombant aux bénéficiaires. Celles-ci sont lourdes et s'imposent pendant une durée longue.

46 - **Difficultés à résoudre.** - L'article 1840 G ter du CGI prévoit que « lorsqu'une exonération ou une réduction de droits d'enregistrement... a été obtenue en contrepartie du respect d'un engagement ou de la production d'une justification, le **non-respect de l'engagement** ou le **défaut de production de la justification entraîne l'obligation de payer les droits dont la mutation a été exonérée. Les droits, majorés de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du CGI, doivent être acquittés dans le mois qui suit, selon le cas, la rupture de l'engagement ou l'expiration du délai prévu pour produire la justification requise** ».

47 - S'il est impératif que les conditions de fonds soient respectées pendant toute la durée des engagements collectifs et individuels et qu'il est légitime que leur non-respect soit sanctionné par la remise en cause du régime de faveur, une telle sanction en cas de non-respect d'obligations purement déclaratives apparaît excessif.

Proposition : il est proposé que le non-respect du formalisme ne remette pas en cause le bénéfice du régime de faveur, sauf après mise en demeure demeurée infructueuse.

Proposition : que le législateur soumette les sociétés unipersonnelles au régime de l'article 787 B applicable aux sociétés avec toutes les caractéristiques de celui-ci, à l'exception du caractère collectif de l'engagement qu'il remplacerait par un engagement individuel pris par l'associé unique celui-ci pouvant être expresse ou réputé acquis. L'engagement unilatéral serait pris par la personne physique ou par la personne morale, en cas de détention des titres de la société unipersonnelle par une société interposée.