



CONSEIL SUPÉRIEUR
DU NOTARIAT

TRANSMISSION D'ENTREPRISE LE RÉGIME DUTREIL ET SES ASSOUPLISSEMENTS

CAHIER
SPÉCIAL

► Le Cahier pratique est accessible en ligne
depuis le portail Notaccess et le portail Real : [@](http://nvp-intra.notaires.fr)



Créé par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, le régime de la loi Dutreil, codifié aux articles 787 B (entreprise sociétaire) et 787 C (entreprise individuelle) du CGI, permet aux transmissions à titre gratuit d'entreprise de se faire dans des conditions fiscales favorables en bénéficiant d'une réduction de la base imposable aux droits de mutation à titre gratuit.

Le législateur a récemment réaffirmé l'intérêt pour l'économie du régime Dutreil, qualifié de « *principal levier fiscal au service de la pérennité du tissu économique français* »¹. Cette formule témoigne de l'importance des enjeux portés par ce dispositif.

Nous en préciserons les contours en y intégrant les assouplissements apportés par la loi de finances pour 2019, et préciserons les points de vigilance auxquels les notaires doivent porter une attention particulière.

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE

- **Pascal JULIEN SAINT-AMAND**, notaire, président du Groupe Althémis
- **David MENNETRET**, notaire, président de l'Institut notarial des entreprises et des sociétés (Ines)
- **Hubert MROZ**, notaire, membre de l'Ines
- **Emmanuel DERAMECOURT**, notaire, membre de l'Ines
- **Chintana PANYA**, diplômée notaire





Table des matières

I - Entreprises individuelles (CGI, article 787 C)	5
A) Rappel des règles	5
1 - Détention depuis au moins deux ans	5
2 - Engagement de conservation de quatre ans	5
3 - Poursuite de l'exploitation	5
4 - Attestation déclarative	5
B) Points de vigilance	5
1 - La notion d'actif nécessaire à l'exploitation	5
2 - La poursuite effective de l'exploitation pendant trois ans	6
II - Sociétés (CGI, article 787 B)	6
A) Rappel des règles	6
1 - Engagement collectif de conservation	6
2 - Engagement individuel de conservation	7
3 - Exercice d'une fonction de direction	7
4 - Obligations déclaratives	7
B) Points de vigilance	7
1 - L'activité de la société	7
2 - Engagement collectif et engagement individuel	8
3 - Fonction de direction	11
4 - Sociétés interposées	12
5 - Donations assorties d'une réserve d'usufruit	13



I - Entreprises individuelles (CGI, article 787 C)

A) Rappel des règles

Pour être éligible à l'exonération de droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75 % de sa valeur, la transmission par décès ou par donation (en pleine propriété, en usufruit ou en nue-propriété) d'une entreprise individuelle ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale doit porter sur la totalité ou une quote-part indivise de l'ensemble des biens (meubles et immeubles, corporels ou incorporels) affectés à cette exploitation.

Les conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l'exonération partielle sont les suivantes :

1 - Détention depuis au moins deux ans

L'entreprise transmise doit avoir été détenue par le défunt ou le donateur depuis plus de deux ans lorsqu'elle a été acquise à titre onéreux. Aucun délai de détention n'est exigé lorsque le défunt ou le donateur a acquis l'entreprise individuelle autrement qu'à titre onéreux (mutation à titre gratuit, création).

2 - Engagement de conservation de quatre ans

Chacun des héritiers ou donataires doit prendre l'engagement, dans la déclaration de succession ou dans la donation, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, de conserver les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise pendant une durée de quatre ans à compter de la transmission. La cession d'un élément isolé d'actif ou le remplacement d'un bien de l'entreprise ne remet pas en cause l'engagement de conservation. En cas de non-respect de l'engagement de conservation des biens par un héritier, légataire ou donataire, par exemple la cession à l'un des cohéritiers, celui qui n'a pas respecté son engagement est tenu d'acquitter le complément de droits de mutation à titre gratuit majoré d'un intérêt de retard.

3 - Poursuite de l'exploitation

L'un des héritiers ou donataires, ayant pris l'engagement de conservation, doit poursuivre l'exploitation de l'entreprise, pendant une durée d'au moins trois ans, de manière effective, à titre habituel et principal. Cette exploitation peut être poursuivie soit sous forme individuelle, soit sous forme sociétaire.

En cas de non-respect de la condition liée à la poursuite de l'exploitation, tous les héritiers, légataires ou donataires sont tenus d'acquitter le complément de droits et l'intérêt de retard.

4 - Attestation déclarative

Pendant la durée de l'engagement (quatre ans), chacun des héritiers, donataires ou légataires doit adresser au service des impôts (du domicile du défunt ou du lieu d'enregistrement de la donation) avant le 1^{er} avril de chaque année, une attestation certifiant que l'engagement de conservation et l'obligation de poursuivre l'exploitation étaient respectés au 31 décembre de l'année précédente. Cette obligation déclarative qui a été allégée par la loi de finances pour 2019 lorsque l'entreprise transmise est en société (art. 787 B) n'a pas été adaptée pour les entreprises individuelles. Il est possible cependant que cet oubli soit prochainement corrigé.

B) Points de vigilance

1 - La notion d'actif nécessaire à l'exploitation

Le bénéfice de l'exonération suppose que les actifs de l'entreprise transmise soient affectés et nécessaires à l'exploitation de cette dernière. En effet, l'objectif du législateur a été de cantonner l'avantage fiscal à la transmission d'actifs dédiés à une activité éligible (commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole). En conséquence, les autres actifs (non nécessaires) qui pourraient être inscrits au bilan de l'entreprise sont exclus du bénéfice du dispositif. Cette assertion peut paraître simple en apparence, car les entrepreneurs n'affectent que rarement, et de manière délibérée, des actifs inutiles à leur activité. Cela s'explique notamment par le fait que les entrepreneurs préfèrent pouvoir jouir personnellement de ces actifs et préfèrent les soustraire, dans le cadre d'une EIRL par exemple, au droit de gage général de leurs créanciers professionnels.

La qualification de l'actif nécessaire ou non à l'exploitation peut parfois être complexe à régler en présence d'une trésorerie importante ou d'actifs financiers abondants. Dans ce cas, une partie considérée comme « non-nécessaire » à l'exploitation ne bénéficiera pas du dispositif. À ce stade, il sera donc utile d'avoir une lecture objective du bilan de l'entreprise et de son compte de résultat, avant de la mettre en rapport avec la valorisation retenue pour l'entreprise transmise. Il reste tout à fait admis que l'entreprise puisse disposer d'une trésorerie ou d'actifs financiers importants pour le financement du besoin en fonds de roulement (qui peut avoir une saisonnalité très forte), ou pour faire face aux imprévus inhérents à toute activité entrepreneuriale, ou encore pour être en mesure de financer dans le futur l'acquisition d'autres actifs nécessaires, voire d'autres entreprises. ▶



► 2 - La poursuite effective de l'exploitation pendant trois ans

L'une des conditions pour bénéficier du régime de faveur est la poursuite de l'exploitation par un des bénéficiaires de l'entreprise pendant une durée de trois années à compter de celle-ci. Cette disposition contraint donc le donateur à quitter immédiatement ses fonctions. Cette condition impose qu'au moins un des bénéficiaires dispose effectivement de la **capacité juridique** et des **capacités opérationnelles** pour exploiter l'entreprise, dès le moment de la transmission et pendant la durée requise.

Même lorsque cette condition est remplie, le régime de faveur serait remis en cause en cas de décès ou d'incapacité du bénéficiaire exploitant au cours de cette durée de trois

années, si aucun autre bénéficiaire n'est en mesure d'achever l'engagement d'exploitation. Le notaire pourra alors parfois, en fonction des enjeux, proposer à son client entrepreneur de passer, avant la transmission, sous un mode d'exploitation sociétaire qui présentera une souplesse plus importante sur ce sujet précisément (multiplicité des personnes et des mandats pour remplir la condition de direction). À défaut, une variante consiste à souscrire une assurance-décès sur la tête du donataire exerçant la poursuite de l'exploitation, afin que dans l'hypothèse de son décès ou de son incapacité dans les trois ans de la transmission, ses codonataires et sa succession reçoivent un capital décès exonéré pour faire face au paiement du complément de droit de donation.

II - Sociétés (CGI, article 787 B)

A) Rappel des règles

Les transmissions par décès ou par donation (en pleine propriété, en usufruit ou en nue-propriété) de parts ou actions de sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75% de leur valeur. La réduction de base imposable se cumule avec une réduction de droits de 50% lorsque la donation est consentie en pleine propriété par un donateur âgé de moins de 70 ans.

Le bénéfice du régime de faveur est subordonné au respect d'une triple condition : la signature d'un engagement collectif de conservation (1), la signature d'un engagement individuel de conservation (2) et l'exercice d'une fonction de direction (3).

1 - Engagement collectif de conservation

ENGAGEMENT ÉCRIT

Un engagement de conservation des titres de la société opérationnelle doit être souscrit par le donateur (transmission par donation) ou le futur défunt (transmission par décès) avec un ou plusieurs autres associés. Celui-ci doit être d'une durée minimale de deux ans (à compter de l'enregistrement pour les actes sous seing privé ou de la date de l'acte pour les actes notariés). L'engagement « collectif » peut également, depuis le 1^{er} janvier 2019, être conclu par une personne seule. L'engagement doit être en cours à la date de transmission. Les engagements conclus avant le 1^{er} janvier 2019 devaient porter sur au moins 20% des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par les sociétés cotées et sur au moins 34% de ces mêmes droits pour les sociétés non cotées.



Ces seuils ont été modifiés par la loi de finances pour 2019. Les engagements conclus depuis le 1^{er} janvier 2019 doivent porter sur au moins 10% des droits financiers et 20% des droits de vote attachés aux titres pour les sociétés cotées et sur au moins 17% des droits financiers et 34% des droits de vote pour les sociétés non cotées. Soulignons à cet égard que la détention d'un droit de vote double ne conduit pas l'associé qui dispose de 17% des droits financiers à détenir 34% des droits de vote. En supposant qu'aucun autre associé ne détienne de droit de vote double, il détiendra $(17 \times 2) / (100 + 17)$ soit 29,06% des droits de vote totaux. Si la moitié des associés détiennent un droit de vote double, il détiendra 22,67% des droits de vote : $(17 \times 2) / ([50 \times 2] + 50)$. Cette double condition, en droit de vote et droits financiers, doit être respectée pendant toute la durée de l'engagement collectif.

L'un des signataires, au moins, de l'engagement doit exercer au sein de la société son activité principale (société non soumise à l'impôt sur les sociétés) ou, pour les sociétés soumises à l'IS, l'une des fonctions de direction visées au 1^o du 1 du III de l'article 975 du CGI : président, directeur général, directeur général adjoint ou gérant, selon la forme de la société.

ENGAGEMENT DE CONSERVATION RÉPUTÉ ACQUIS

Si aucun engagement collectif de conservation de titres n'a été signé avant la transmission, il peut être **réputé acquis** quand le donateur (ou le défunt) seul ou avec son conjoint, ou son partenaire pacsé, ou depuis le 1^{er} janvier 2019, son concubin notaire, détient et exerce dans au moins les



pourcentages des droits de vote et des droits financiers requis et que l'un d'eux exerce depuis plus de deux ans dans la société son activité principale si la société est soumise à l'impôt sur le revenu, ou l'une des fonctions de direction susvisées si la société est soumise à l'IS.

ENGAGEMENT DE CONSERVATION POST MORTEM

À défaut d'engagement collectif signé avant le décès et lorsque les conditions de l'engagement réputé acquis ne sont pas remplies (ou que les parties préfèrent invoquer un engagement écrit), un **engagement post mortem** peut être souscrit, dans les six mois du décès, par un ou des héritiers ou légataires entre eux ou avec d'autres associés. Les conditions rappelées ci-avant (A.1.) pour l'engagement collectif souscrit avant la transmission doivent être respectées.

2 - Engagement individuel de conservation

Lors de la transmission, chacun des donataires, héritiers ou légataires doit, non seulement, respecter l'engagement de conserver ses titres pendant la durée de l'engagement collectif restant à courir, mais doit prendre l'engagement, dans l'acte de donation ou la déclaration de succession, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, de conserver les titres transmis pendant une durée de quatre ans à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation des titres (ou de la transmission quand l'engagement est réputé acquis).

3 - Exercice d'une fonction de direction

L'un des signataires de l'engagement collectif ou, à compter de la transmission, l'un des donataires ou héritiers ou légataires ayant pris l'engagement individuel de conservation des titres doit exercer dans la société pendant la durée de l'**engagement collectif** et pendant **les trois années** qui suivent la transmission, son activité principale si la société est à l'impôt sur le revenu ou exercer l'une des fonctions de direction susvisées : président, directeur général, directeur général adjoint ou gérant selon la forme de la société.

4 - Obligations déclaratives



La loi de finances pour 2019 prévoit un allègement important des obligations déclaratives en supprimant l'attestation annuelle à adresser à l'administration par la société pendant la durée de l'engagement collectif et par le bénéficiaire de la transmission pendant la durée de son engagement individuel. Désormais, seulement deux attestations établies **par la société** dont les titres ont fait l'objet de l'engagement collectif de conservation doivent être adressées spontanément à l'administration fiscale :

→ **La première attestation** doit être établie au jour de la transmission à titre gratuit et être déposée au service

de l'enregistrement avec la déclaration de succession ou l'acte de donation. La société doit certifier, d'une part, que l'engagement collectif de conservation, d'une durée d'au moins deux ans, est en cours au jour de la transmission à titre gratuit, et, d'autre part, que cet engagement a été respecté pour le pourcentage et le nombre de titres prévus lors de sa conclusion jusqu'au jour de la transmission à titre gratuit.

→ **La seconde attestation** est établie par la société et certifie que les conditions relatives aux engagements collectif et individuel de conservation et à la fonction de direction ont été respectées jusqu'à leur terme. Le donataire, héritier ou légataire est tenu d'adresser l'attestation délivrée par la société au centre des impôts compétent dans les trois mois qui suivent le terme de son engagement individuel.

En cas de détention indirecte, la ou les sociétés interposées doit/vent établir chacune à leur niveau une attestation certifiant du respect des obligations de conservation collective et individuelle. Ces attestations devront être adressées par les donataires, héritiers ou légataires à l'administration fiscale. Outre ces deux attestations qui doivent lui être envoyées spontanément, l'administration peut également demander, pendant la durée des engagements fiscaux, au donataire, héritier ou légataire de lui adresser, dans le délai de trois mois à compter de la demande, une attestation justifiant du respect des conditions.

→ Il faut souligner l'importance du respect de ces obligations déclaratives. En effet, le défaut de production de l'une des attestations peut entraîner l'exigibilité des droits exonérés majorés de l'intérêt de retard sur le fondement de l'article 1840 G ter du CGI. Autrement dit, le bénéfice de l'exonération partielle pourrait être remis en cause en cas d'inobservation des obligations déclaratives, alors même que les conditions auraient été respectées.

B) Points de vigilance

1 - L'Activité de la société

ACTIVITÉ MIXTE ET APPRÉCIATION DU CARACTÈRE PRÉPONDÉRANT DE L'ACTIVITÉ OPÉRATIONNELLE

Le bénéfice de l'exonération partielle est réservé à la transmission des titres d'une société exerçant une activité opérationnelle (industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole). L'administration indique dans sa doctrine qu'il n'est pas exigé que la société dont les titres sont transmis exerce à titre exclusif une activité éligible. La société peut ainsi exercer en parallèle une activité civile non éligible (ex : détention de placements financiers, d'actifs immobiliers non liés à l'exploitation, etc.) dans la mesure où son activité éligible est prépondérante.

Selon la doctrine fiscale², le caractère prépondérant 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). Ces critères ne sont pas toujours pertinents. Une activité de marchand de biens est une activité incontestablement commerciale, et pourtant les biens acquis pour être revendus sont placés en stock et ne figurent donc pas dans l'actif immobilisé ; il en va de même des concessionnaires automobiles. De même, les revenus réalisés dans une filiale de la société ne seront pas pris en compte dans le prorata des activités soumises à la TVA et leur distribution éventuelle à la société mère apparaît dans les produits financiers et non dans le chiffre d'affaires. Pour autant, malgré quelques aspects critiquables de la définition retenue, l'existence de celle-ci permet de sécuriser les opérations dans la plupart des situations rencontrées. Le critère est en effet simple d'application et dans la plupart des cas ne soulève pas de difficulté, car la prépondérance peut facilement être démontrée.

HOLDING ANIMATRICE

La condition d'exercice d'une activité opérationnelle par la société dont les titres sont transmis connaît une autre exception bénéficiant aux holdings dites « animatrices » (par opposition aux holdings dites « passives », purement patrimoniales, qui ne peuvent bénéficier du régime Dutreil). À défaut de définition légale³, l'administration fiscale considère que les sociétés holding admises au bénéfice de l'exonération partielle sont celles qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent **activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales** ; et rendent, **le cas échéant et à titre purement interne**, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers⁴.

Cette définition administrative manque de précision et donne lieu à un contentieux abondant. En particulier, un doute existe sur la possibilité que la société soit une holding animatrice lorsqu'elle n'anime pas l'intégralité de ses filiales. La cour d'appel de Paris qui a eu à répondre à cette question retient qu'il n'est pas exigé que l'animation porte sur l'intégralité des filiales en précisant que lorsque son « **activité principale** » porte sur l'animation de ses filiales, le fait pour une holding de détenir « *de manière résiduelle une participation minoritaire dans une autre société n'est pas susceptible de lui retirer son statut principal de holding animatrice* »⁵. De son côté, le Conseil d'État, dans une problématique relevant de l'application du régime des plus-values mobilières, a également reconnu la qualification de holding animatrice à une société dont l'**activité principale** consiste à animer ses participations⁶, alors même qu'elle détenait d'importantes liquidités et des participations dans des structures immobilières non liées à l'activité opérationnelle de sa filiale.

Dans le cadre de la transmission sous le régime Dutreil, une incertitude subsistera tant que la question n'aura pas été tranchée par la Cour de Cassation, compétente en matière de droits d'enregistrement, et donc pour l'appréciation des critères d'éligibilité prévus par l'article 787 B du CGI.

→ Compte tenu des enjeux, il est conseillé au praticien, s'il existe un doute sur le caractère animateur de la société holding, de faire porter l'engagement de conservation sur les titres de la filiale ou des filiales opérationnelles éligibles.

2 - Engagement collectif et engagement individuel

ENGAGEMENT COLLECTIF, DURÉE ET DATE DE DÉMARRAGE

L'engagement collectif doit être souscrit pour une durée minimale de deux ans. La durée de l'engagement se décompte à compter du jour de l'acte s'il est authentique, ou de son enregistrement s'il est sous seing privé.

ENGAGEMENT COLLECTIF ET CHOIX INITIAL DE LA DURÉE

Lorsqu'une donation de titres est prévue dans les deux ans de la signature de l'engagement de conservation, la durée de l'engagement sera fixée à deux ans. Il n'y a pas lieu de stipuler une clause de prorogation tacite. L'engagement collectif prendra ainsi fin à son terme sans avoir à le dénoncer pour permettre à l'engagement individuel de démarrer.

Lorsque la transmission à titre gratuit n'est pas programmée, il est judicieux de prévoir une durée de deux ans, prorogable tacitement pour une durée illimitée, jusqu'à sa dénonciation par l'un des signataires. L'engagement de conservation mis en place à titre préventif permettra de protéger les héritiers et légataires des signataires dans l'hypothèse d'un décès et pourra également être invoqué si l'un des signataires décidait de réaliser une transmission de son vivant.

ENGAGEMENT COLLECTIF ET PROROGATION

L'engagement collectif peut être prorogé à l'arrivée du terme initial. La prorogation peut être automatique ou résulter d'un avenant. La dénonciation d'un engagement prorogé (automatiquement ou par avenant) devra être notifiée à l'administration pour lui être opposable, si aucun terme ne figure dans la prorogation enregistrée fiscalement.

Il convient d'être particulièrement attentif à la rédaction de la clause prévoyant la poursuite de l'engagement collectif à l'issue de la phase initiale, en particulier en ce qui concerne la terminologie retenue entre les notions de prorogation, renouvellement et reconduction qui ont été redéfinies par la réforme du droit des obligations⁷ :

– **la prorogation** entraîne la poursuite du contrat dans les mêmes conditions, seul le terme étant repoussé (*C. civ. art. 1213*) ;

– **le renouvellement**, comme son nom l'indique, implique



la naissance d'un nouveau contrat « dont le contenu est identique au précédent » (C. civ. art. 1214) ;

– la **tacite reconduction** produit les mêmes effets que le renouvellement (C. civ. art. 1215).

ENGAGEMENT COLLECTIF ET DURÉE DÉTERMINÉE OU DÉTERMINABLE EN FONCTION DE LA RÉALISATION D'UN ÉVÈNEMENT DONNÉ

Pour éviter des oublis malencontreux, il peut être prévu dans l'engagement de conservation une clause de dénonciation automatique.

Par exemple, « Le présent engagement est conclu pour une durée de deux ans. À l'arrivée du terme, il sera prorogé tacitement pour une durée illimitée. Toutefois, toute transmission à titre gratuit des titres ou d'une partie des titres soumis au présent engagement emportera dénonciation, de plein droit de ce dernier, 30 jours après ladite transmission à titre gratuit... ».

Il convient, en revanche, d'éviter qu'en cas de décès soit prévue la fin automatique immédiate de l'engagement collectif. Une telle clause laisserait les héritiers et légataires non couverts en cas de décès de l'un d'eux avant d'avoir mis en place un nouvel engagement (indépendamment de la position qu'ils prendront eux-mêmes dans la succession du défunt).

Il est préférable de prévoir la fin de l'engagement après un certain délai à la suite du décès. Un **délai de six mois après le décès** semble suffisant pour laisser aux signataires la possibilité d'utiliser ou non l'engagement en cours et de renégocier le cas échéant un nouvel engagement. Cette solution évite que l'engagement collectif se poursuive trop longuement après le décès tout en offrant aux héritiers et légataires une souplesse et une protection suffisante.

ENGAGEMENT COLLECTIF ET POINT DE DÉPART DE L'ENGAGEMENT INDIVIDUEL

L'engagement individuel de conservation commence à l'expiration de l'engagement collectif. Il est donc essentiel de vérifier, lors de la transmission à titre gratuit, qu'un terme est fixé pour l'engagement collectif de conservation, car à défaut l'engagement individuel ne démarrera pas.

SIGNATAIRES DE L'ENGAGEMENT COLLECTIF DE CONSERVATION

→ Qui doit signer lorsque les titres sont communs ?

Lorsque les titres constituent des biens communs, l'époux associé a la capacité de signer l'engagement collectif de conservation. Si les deux époux ont la qualité d'associé, l'un des époux peut signer seul l'engagement de conservation⁸.

L'époux non-signataire profite de l'engagement pour les titres dont son conjoint est titulaire.

→ Qui doit signer lorsque les titres sont détenus par un enfant mineur ?

La conclusion d'un engagement collectif de conservation s'analyse sur un plan civil en un acte d'administration. Ainsi, chacun des deux parents peut conclure seul un engagement collectif de conservation au nom de l'enfant mineur. Lorsque l'administration légale est exercée par un parent seul, celui-ci peut conclure l'engagement sans demander l'autorisation du juge⁹.

→ Qui doit signer lorsque les titres sont détenus par un majeur protégé ?

Lorsque le majeur est placé sous tutelle, la signature de l'engagement est confiée au tuteur. Le majeur sous sauvegarde de justice ou sous curatelle peut signer seul l'engagement collectif.

→ Qui doit signer lorsque les titres sont en indivision ?

Lorsque les titres sont détenus en indivision, chaque indivisaire a la qualité d'associé en même temps que celle de propriétaire des titres. L'ensemble des coindivisaires doit donc signer personnellement l'engagement, faute de quoi celui-ci ne serait pas valable. Dans le cas où les indivisaires sont représentés par un gérant de l'indivision, ce dernier a la capacité de les engager tous par sa seule signature.

→ Qui doit signer lorsque les titres sont détenus en démembrement ?

Dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété, l'engagement collectif de conservation doit être souscrit conjointement par l'usufruitier et par le nu-propiétaire des titres¹⁰.

PUBLICITÉ DE L'ENGAGEMENT COLLECTIF DE CONSERVATION

La souscription et l'utilisation d'un engagement collectif ne font l'objet d'aucune publicité imposée à l'égard des tiers, ni même auprès de la société émettrice. Cette absence implique parfois une méconnaissance par les autres associés ou par les professionnels entourant l'actionnaire et même par le reste de la famille de l'associé souscripteur.

Pour pallier ce manque, il est recommandé d'inscrire l'existence de cet engagement (de même que l'existence de l'engagement individuel suite à la transmission) au sein même de la comptabilité titres de la société, sur les comptes d'actionnaires.



- Pour les engagements ayant vocation à jouer en matière successorale, il est conseillé d'inscrire leur existence au Fichier central des dernières volontés.

CESSION DES TITRES COUVERTS PAR L'ENGAGEMENT COLLECTIF DE CONSERVATION PENDANT LA DURÉE DE L'ENGAGEMENT COLLECTIF DE CONSERVATION

Les signataires du pacte peuvent par définition transmettre à titre gratuit les titres qu'ils se sont collectivement engagés à conserver. Ils sont également expressément autorisés par le texte à effectuer des cessions à titre onéreux entre eux au cours de l'engagement collectif.

La cession à titre onéreux des titres couverts par l'engagement collectif **reçus par donation ou succession**, même intervenant au profit d'un autre membre de l'engagement collectif de conservation, n'est en revanche pas possible sans entraîner la remise en cause de l'exonération partielle pour le bénéficiaire de la transmission. En effet, si une telle cession intervenait, le bénéficiaire de la transmission ne pourrait alors plus respecter son engagement individuel de conservation.



La sanction du donataire, héritier ou légataire en cas de cession de ses titres au cours de l'engagement collectif de conservation a été allégée par la loi de finances pour 2019 lorsqu'elle intervient au profit de l'un des signataires de l'engagement collectif. Antérieurement, le cédant était sanctionné par la remise en cause totale de l'exonération dont ont bénéficié tous ses titres, y compris ceux conservés. Depuis le 1^{er} janvier 2019, l'article 787 e ter du CGI prévoit que la cession ou la donation par le donataire, héritier ou légataire à un membre de l'engagement collectif de conservation pendant la durée de celui-ci n'entraîne la remise en cause de l'exonération partielle qu'à hauteur des seuls titres cédés. Cette nouvelle disposition offre plus de souplesse au donataire (héritier ou légataire) en lui permettant s'il le souhaite de céder une partie de ses titres, en s'acquittant du complément de droit et des intérêts de retard, tout en conservant le bénéfice du régime pour la fraction conservée. La cession d'un seul titre au profit d'un non-signataire de l'engagement est toujours sanctionnée pour le cédant par la déchéance totale du bénéfice du dispositif. L'intégralité de ses titres sort ainsi de l'engagement, ce qui peut conduire les autres bénéficiaires à perdre le bénéfice du régime de faveur si les seuils minima requis ne sont plus remplis.

Par ailleurs, la cession d'un titre par le donataire, héritier ou légataire pendant la durée de l'engagement individuel fait perdre au cédant le bénéfice du régime de faveur sur l'intégralité des titres pour lesquels il a pris l'engagement, et cela que le ou les titres soient cédés à un signataire de l'engagement collectif ou à un tiers.

ENGAGEMENT COLLECTIF ET RECONDUCTION EN CAS D'ADHÉSION D'UN NOUVEL ASSOCIÉ

En cas de non-respect de l'engagement de conservation à la suite de la cession de titres par l'un des signataires à un non-signataire, l'exonération partielle n'est pas remise en cause à l'égard des signataires autres que le cédant si le cessionnaire s'associe à l'engagement collectif à raison des titres cédés afin que le pourcentage minimum exigé pendant la durée de l'engagement collectif soit respecté. Dans ce cas, l'engagement collectif est reconduit pour une durée minimale de deux ans pour l'ensemble des signataires. Ce dispositif ne sera utilisé que dans les cas où la transmission à titre gratuit a déjà été réalisée et où la cession de titres par le cédant conduit à réduire le seuil de titres couverts par l'engagement collectif en deçà du minimum requis.

La reconduction allonge de deux ans l'obligation de conservation des titres de tous les signataires de l'engagement collectif, mais aussi de tous les donataires, héritiers ou légataires ayant bénéficié du régime de faveur, puisque l'engagement individuel ne démarre qu'à compter de la fin de l'engagement collectif.

APPORT DES TITRES DONNÉS À UNE SOCIÉTÉ HOLDING PENDANT LA DURÉE DES ENGAGEMENTS DE CONSERVATION

L'article 787 B, f du CGI prévoit une dérogation importante aux exigences de conservation et autorise expressément l'apport des titres soumis aux engagements de conservation à une holding, sous réserve du respect de certaines conditions. Cette opération est fréquemment utilisée en pratique dans le cadre de la transmission de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Elle permet notamment d'organiser la transmission d'une société dans des cas où seul un des enfants du donateur (ou certains seulement d'entre eux) est intéressé par la poursuite de l'activité. Dans cette hypothèse, la solution consiste pour le donateur à consentir une donation-partage égalitaire au profit de tous ses enfants, en attribuant 100% (ou une fraction majoritaire) des titres de la société à son enfant repreneur, à charge pour lui de verser une soulte à ses co-donataires. L'enfant attributaire des titres procède ensuite à l'apport à une holding soumise à l'IS des titres reçus ainsi que de la charge de régler la soulte. Un emprunt sera contracté par la société pour régler la soulte. Les dividendes distribués par la société donnée remonteront dans la holding bénéficiaire de l'apport, dans le cadre du régime mère-fille. L'imposition des dividendes sera limitée à la quote-part de frais et charges (sous réserve de l'apport d'au moins 5% de la société opérationnelle), conduisant à une imposition effective des dividendes distribués inférieure à 1,5% de leur montant. La holding disposera ainsi d'un net disponible après impôt plus important que celui dont disposerait le donataire s'il conservait les titres en détention directe, et pourra ainsi rembourser l'emprunt ayant permis de payer la soulte.



Les conditions sous lesquelles cette opération d'apport peut être réalisée sans entraîner une remise en cause de l'exonération partielle ont été assouplies par la loi de finances pour 2019.

L'article 787 B, f qui a été intégralement réécrit, permet depuis le 1^{er} janvier 2019 la réalisation de l'apport soit au cours de l'engagement collectif, soit au cours de l'engagement individuel (et non plus pendant la seule période de l'engagement individuel comme auparavant).

Le maintien de l'exonération partielle est subordonné au respect des conditions suivantes :

- la valeur réelle de l'actif brut de la société bénéficiaire de l'apport doit, à l'issue de l'apport et jusqu'au terme de l'engagement individuel, être composée à plus de 50 % de participations dans la société dont les titres ont été soumis à l'engagement collectif,
- 75 % du capital et des droits de vote de la holding doivent être détenus à l'issue de l'apport et jusqu'au terme de l'engagement individuel, par les personnes soumises aux engagements collectif et individuel. Les travaux de la commission des finances laissent penser que ces 75 % peuvent être détenus non seulement par les donataires, héritiers et légataires, mais également par les signataires de l'engagement collectif (même non-donataires, héritiers ou légataires)¹¹,
- la holding doit être dirigée directement par une ou plusieurs de ces personnes,
- la holding doit prendre l'engagement de conserver les titres apportés jusqu'à l'expiration des engagements fiscaux,
- il est également exigé des apporteurs qu'ils conservent les titres de la holding reçus en contrepartie de leur apport pendant ce même délai.

Relevons également que désormais les titres d'une société interposée détenant directement une participation dans la société opérationnelle (un seul niveau d'interposition) peuvent également être apportés à une « sur-holding ».

3 - Fonction de direction

L'un des associés ayant souscrit l'engagement collectif de conservation ou l'un des héritiers, donataires ou légataires, doit exercer une fonction de direction dans l'entreprise pendant la durée de l'engagement collectif (au moins deux ans) et pendant les trois ans qui suivent la transmission (donation, succession).

Ainsi, si les titres sont donnés dès la signature de l'engagement collectif de deux ans, la durée d'exercice de la fonction de direction est de trois ans (deux ans pendant l'engagement collectif et un an durant l'engagement individuel). Si les titres sont donnés à l'issue des deux ans de l'engagement collectif, la durée d'exercice de la fonction de direction est de cinq ans

(deux ans pendant l'engagement collectif et trois ans durant l'engagement individuel).

FONCTION DE DIRECTION ET ENGAGEMENT COLLECTIF POST-MORTEM

Lorsque l'engagement collectif de conservation est souscrit post-mortem, l'obligation d'exercice de la fonction de direction s'exerce à compter de la signature de l'engagement collectif si l'acte est authentique, et à compter de son enregistrement s'il est sous seing privé.

Cette obligation dure pendant toute la période d'engagement collectif et pendant trois ans à compter du décès ou de la prise de fonction du dirigeant si elle est postérieure.

Si l'engagement collectif est souscrit pour deux ans, la durée d'exercice des fonctions de direction sera donc de trois ans à compter de la signature de l'engagement collectif.

FONCTION DE DIRECTION ET ENGAGEMENT COLLECTIF RÉPUTÉ ACQUIS

S'agissant de l'engagement collectif réputé acquis dans le cadre du pacte Dutreil, le donateur (son conjoint, partenaire pacsé ou concubin notoire) peut-il exercer lui-même les fonctions de direction pendant trois ans à compter de la transmission, ou ces fonctions doivent-elles être obligatoirement et uniquement exercées par un donataire, héritier ou légataire ?

Selon la réponse ministérielle Moreau¹², « dans l'hypothèse d'un engagement "réputé acquis", le bénéfice de l'exonération partielle ne trouve pas à s'appliquer lorsque, postérieurement à la transmission, le donateur assure lui-même la fonction de dirigeant de la société ».

Ainsi, lorsque l'engagement est réputé acquis, la fonction de direction doit être exercée par un héritier, donataire ou légataire pendant les trois années qui suivent la date de la transmission et au plus tard à compter de celle-ci (il convient que les donataires soient nommés un instant de raison au moins avant la transmission).

Cette exigence qu'une fonction de direction soit exercée impérativement par l'un des donataires réduit la possibilité de recourir à l'engagement réputé acquis. Par conséquent, lorsque les donataires sont mineurs ou non-repreneurs, il sera nécessaire de souscrire un engagement collectif de conservation formel préalablement à la transmission afin de permettre que la condition de direction, post-donation, puisse être remplie par le donateur ou l'un des signataires de l'engagement collectif.

Selon la doctrine, dès lors que l'un des donataires exerce la fonction de direction (ou l'activité principale), la condition imposée au d) de l'article 787 B du CGI est remplie ; et ce sans





- ▶ que l'exercice d'une codirection (ou activité conjointe) avec le donateur constitue un obstacle au bénéfice de l'exonération partielle¹³.

CHANGEMENT DE DIRECTION

La direction de la société peut être exercée par des personnes différentes, alternativement pendant la durée de l'engagement collectif et pendant les trois ans qui suivent la transmission, pourvu qu'elles soient signataires de l'engagement collectif ou ayant-cause à titre gratuit du défunt ou du donateur.

En cas de changement de direction provoquant une vacance qui n'excède pas trois mois, la continuité de la direction est considérée comme respectée.

ANTICIPATION DU DÉCÈS DU DIRIGEANT

L'inobservation de la condition liée à la fonction dirigeante (pendant une période supérieure à trois mois) entraîne la déchéance du régime de faveur, y compris en cas de décès du dirigeant.

Aussi, pour éviter le risque d'une remise en cause du bénéfice de l'exonération partielle, il peut être utile que plusieurs dirigeants (même potentiels) soient signataires de l'engagement collectif de conservation.

La fonction de direction peut être exercée par une personne morale¹⁴. En pratique, le recours à cette possibilité peut s'avérer utile, en particulier en vue d'anticiper les conséquences néfastes que peut produire le décès du dirigeant personne physique.

4 - Sociétés interposées

L'exonération s'applique également lorsque les titres de la société opérationnelle (société exerçant l'activité éligible) sont détenus indirectement par le biais d'une ou de deux sociétés interposées.

FRACTION ÉLIGIBLE AU RÉGIME DE FAVEUR

Les titres de la société interposée ne bénéficient de l'exonération qu'à concurrence de la fraction de leur valeur représentative de la participation directe (un niveau d'interposition) ou indirecte (deux niveaux d'interposition) que la société détient dans la société opérationnelle par rapport au total de son actif brut.

Illustration

La société A est une holding passive évaluée à 260 000 €. Elle détient à son actif les titres de la société opérationnelle B d'une valeur de 240 000 € et des liquidités pour un montant de 60 000 €. Le compte courant de Monsieur X s'élève à 40 000 €.

Lors de la donation par Monsieur X, âgé de 60 ans, de la pleine propriété des titres de la société A au profit de son enfant

unique, les droits de mutation à titre gratuit seront calculés de la manière suivante :

→ Fraction de la valeur des titres A transmis non éligible au régime Dutreil : $60\,000/300\,000 = 20\%$

Base imposable dans les conditions de droit commun : $260\,000 \times 20\% = 52\,000 \text{ €}$

Droits de donation (nous supposons que l'abattement a déjà été consommé ainsi que les premières tranches du barème et que la donation est taxable dans la tranche à 20%) : $52\,000 \text{ €} \times 20\% = 10\,400 \text{ €}$

→ Fraction de la valeur des titres A transmis éligible au régime Dutreil : $240\,000/300\,000 = 80\%$

Base imposable dans le cadre du régime Dutreil : $260\,000 \times 80\% = 208\,000 \text{ €}$

Exonération de 75% : $208\,000 \text{ €} \times 75\% = 156\,000 \text{ €}$

Montant taxable après application de l'exonération de 75% : $208\,000 \text{ €} - 156\,000 \text{ €} = 52\,000 \text{ €}$

Au taux de 20% : $52\,000 \text{ €} \times 20\% = 10\,400 \text{ €}$

Réduction de droits de 50% : $10\,400 \text{ €} \times 50\% = 5\,200 \text{ €}$

Droits dus après réduction : 5 200 €

Total des droits dus : $10\,400 \text{ €} + 5\,200 \text{ €} = 15\,600 \text{ €}$ ¹⁵

Contrairement à la société ayant une activité mixte, la holding passive peut détenir des liquidités et actifs financiers sans limitation. Néanmoins, l'existence de ces actifs non éligibles, qui ne bénéficie pas de l'exonération partielle, sera pénalisante puisqu'elle conduit à dégrader le ratio d'éligibilité et donc à faire augmenter le coût de la transmission.

Aussi, dans l'exemple ci-dessus, la société détenant de la trésorerie disponible, il sera judicieux que la société interposée rembourse le compte courant du donateur préalablement à la donation. La valeur de la société serait inchangée, mais la fraction éligible au bénéfice de faveur serait majorée du fait de la réduction de la valeur des actifs non éligibles.

La situation serait alors la suivante. La société A, holding passive évaluée à 260 000 €, se composerait des titres de la société opérationnelle B d'une valeur de 240 000 € et de liquidités pour un montant de 20 000 € après remboursement du compte courant de 40 000 € de Monsieur X.

Le montant des frais et droits serait alors de :

→ Fraction de la valeur des titres A transmis non éligible au régime Dutreil : $20\,000/260\,000 = 7,69\%$

Base imposable dans les conditions de droit commun : $260\,000 \times 7,69\% = 20\,000 \text{ €}$

Au taux de 20% (nous supposons que l'abattement a déjà été consommé ainsi que les premières tranches du barème) : $20\,000 \text{ €} \times 20\% = 4\,000 \text{ €}$

→ Fraction de la valeur des titres A transmis éligible au régime Dutreil : $240\,000/260\,000 = 92,31\%$



Base imposable dans le cadre du régime Dutreil :
 $260\,000 \times 92,31\% = 240\,000 \text{ €}$
 Exonération de 75 % : $240\,000 \text{ €} \times 75\% = 180\,000 \text{ €}$
 Montant taxable après application de l'exonération de 75 % :
 $240\,000 \text{ €} - 180\,000 \text{ €} = 60\,000 \text{ €}$
 Au taux de 20 % : $60\,000 \text{ €} \times 20\% = 12\,000 \text{ €}$
 Réduction de droits de 50 % : $12\,000 \text{ €} \times 50\% = 6\,000 \text{ €}$
 Droits dus après réduction : 6 000 €

Total des droits dus : $4\,000 \text{ €} + 6\,000 \text{ €} = 10\,000 \text{ €}$ (au lieu de 15 600 € si le remboursement du compte courant n'était pas intervenu préalablement à la donation).

SOCIÉTÉ INTERPOSÉE ET ENGAGEMENT POST-MORTEM

L'article 787 B ne vise pas expressément la possibilité de mettre en place un engagement post-mortem en présence d'une société interposée. Cependant, les dispositions relatives aux obligations déclaratives existant avant l'allègement prévu par la loi de finances pour 2019 visaient expressément cette situation¹⁶, conduisant donc à penser que l'engagement post-mortem peut être pris y compris en présence d'une société interposée.

MAINTIEN DES PARTICIPATIONS INCHANGÉES

En présence de société(s) interposée(s), le bénéfice du régime Dutreil est subordonné au maintien des participations inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif et de l'engagement individuel. Cette interprétation de la doctrine administrative¹⁷ a été confirmée par le législateur fiscal, qui a inséré un deuxième alinéa au c de l'article 787 B, lequel précise que la société interposée doit conserver inchangée sa participation directe ou indirecte dans la société opérationnelle pendant toute la durée de l'engagement individuel.

Cette précision est parfaitement cohérente, aucune raison ne justifie que les conditions à respecter en cas de détention directe puissent être allégées en présence d'une société interposée.

Il est toutefois prévu qu'une augmentation de la participation ne remet pas en cause le régime, ce qui là encore est cohérent puisque l'obligation de conservation de la participation initiale est bien respectée.

SOCIÉTÉS INTERPOSÉES ET OBLIGATIONS DÉCLARATIVES

Les obligations déclaratives décrites ci-avant (II A 4.) doivent être remplies à chaque niveau d'interposition.

5 - Donations assorties d'une réserve d'usufruit

Lorsque la donation est consentie en nue-propriété, l'exonération est applicable uniquement si, **aux termes des statuts**, les droits de vote de l'usufruitier sont limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices¹⁸.

Cette exigence est destinée à assurer le transfert effectif du pouvoir de décision au donataire, nonobstant la réserve d'usufruit. La répartition des droits de vote, lorsqu'elle est requise, doit nécessairement résulter des statuts. Elle ne peut pas provenir d'une convention établie entre usufruitier et nu-propriétaire, ni de toute autre convention extrastatutaire. Ce point est confirmé en jurisprudence, laquelle énonce que *«en l'absence de mention statutaire en vigueur au jour de la donation relative à la restriction du droit de vote de l'usufruitier aux seules décisions relatives à l'affectation des bénéfices, [le donataire] ne peut revendiquer le bénéfice de l'exonération de 75 % prévue à l'article 787 B du CGI»* (CA Paris, 6 mars 2017, n° 14/08101).

Dans cette affaire, la répartition des droits de votes répondant à la répartition requise par l'article 787 B précité résultait d'une délibération d'assemblée générale postérieure à la transmission.

Elle a été jugée comme insuffisante, dès lors qu'elle n'était pas inscrite dans les statuts de la société et qu'il n'existait aucune garantie de pérennité de la mention figurant dans l'assemblée puisqu'il y était renvoyé à un pacte susceptible de révocation. Un récent arrêt confirme cette position¹⁹.

En cas de donation en nue-propriété avec réserve d'usufruit, les statuts doivent donc prévoir la limitation des droits de vote de l'usufruitier à l'affectation des bénéfices, et ce **antérieurement à la donation**. Il convient qu'une version à jour de cette ventilation soit déposée au greffe, **dans la mesure du possible**, préalablement à la donation.

Cette répartition des droits de vote ne s'applique ni lorsque le donateur transmet l'usufruit des titres et en conserve la nue-propriété, ni lorsqu'il démembre la propriété des titres en transmettant l'usufruit à un donataire et la nue-propriété à un autre. Elle doit en revanche être respectée lorsque les titres font l'objet d'un usufruit transmis temporairement à un tiers²⁰ puisque le donateur récupérera l'usufruit s'il est toujours en vie lors de l'extinction de l'usufruit temporaire.

★
★★★

En vigueur depuis plus de quinze ans, le régime Dutreil a permis la transmission de dizaines de milliers d'entreprises dans des conditions fiscales supportables. Il appartient aux notaires d'en assurer la promotion auprès de leurs clients afin de leur permettre de bénéficier de ce coin de ciel bleu du droit fiscal français favorisant la protection de l'emploi et de l'économie.

Les récents assouplissements apportés par la loi de finances pour 2019 ne peuvent qu'en amplifier le mouvement. | ►



NOTES

¹ Projet de loi de finances pour 2019, art. 16, exposé des motifs.

² BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 20

³ La tentative introduite à l'article 787 D du CGI dans le projet de loi de finances pour 2019 a été écartée par le législateur. La définition proposée par l'article 16 bis A du projet de loi était la suivante :

« Art. 787 D. – Est considérée comme animatrice toute société qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales et rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers.

Le caractère principal de l'activité d'animation ne peut être remis en cause lorsque les filiales contrôlées et animées représentent plus de 50 % de l'actif brut de la société mentionnée au premier alinéa du présent article.

Pour l'application du deuxième alinéa du présent article, l'actif brut et les titres de participation dans les filiales sont retenus pour leur valeur vénale.

Le non-respect des conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ne peut être présumé au seul motif qu'une autre société exerce conjointement une fonction d'animation du groupe. »

⁴ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 § 50.

⁵ CA Paris, 27 mars 2017 n° 15/02544

⁶ CE, plén., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399121 et 399124

⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁸ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 100.

⁹ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 110.

¹⁰ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 90.

¹¹ Rapport n° 1302 de la commission des finances de l'Assemblée nationale.

¹² Rép. min. Moreau, AN, 7 mars 2017, n° 99759

¹³ Voir F. Fruleux et J.-F. Desbuquois, « Engagement Dutreil réputé acquis et exercice de la fonction de direction au sein de l'entreprise après la transmission », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, 2017, n° 2, idée nouvelle 2, p. 1.

¹⁴ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 299.

¹⁵ Sur les modalités d'application du barème et de la réduction de droits en cas d'imposition de la donation dans des tranches différentes, voir « Engagements Dutreil, DMTG, donation en pleine propriété et holding passive », Pascal Julien Saint-Amand, *Solutions Notaires Le Mensuel*, n° 3, mars 2017

¹⁶ Article 294 bis, II, 3°, Annexe 2 du CGI

¹⁷ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 350.

¹⁸ CGI, art. 787 B, avant dernier al.

¹⁹ Cour d'appel de Paris, 15 janvier 2019, n° 17/0657

²⁰ BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 300