

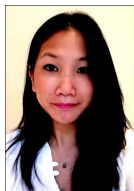
TRANSMISSION D'ENTREPRISE

7 Régime Dutreil-transmission : coup de projecteur sur les nouveaux assouplissements



PASCAL JULIEN SAINT-AMAND

notaire
ancien avocat fiscaliste
président du groupe Althémis
docteur en droit



CHINTANA PANYA

diplômée notaire
groupe Althémis

Près de 20 ans après sa création, le régime Dutreil fait toujours figure de coin de ciel bleu dans l'environnement fiscal français. Ce dispositif permet en matière de transmission à titre gratuit de bénéficier d'une imposition réduite en contrepartie d'engagements concernant la conservation de l'entreprise et sa direction¹. Instrument puissant de protection de l'emploi et de l'outil de production, ce régime a fait, depuis sa création, l'objet de multiples réformes. Les précisions et améliorations apportées par la loi de finances pour 2019 s'inscrivent dans cette démarche et sans répondre à toutes les attentes des praticiens constituent néanmoins une avancée significative sur nombre de points.

1 - Nous présenterons les améliorations relatives à la phase antérieure à la transmission (1), puis celles concernant la période postérieure à celle-ci (2).

1. Améliorations concernant la phase antérieure à la transmission

2 - Les aménagements apportés par la loi de finances pour 2019 concernent les signataires de l'engagement collectif (A), la réduction des seuils (B) et l'extension du champ d'application de l'engagement réputé acquis (C).

1. Pour le détail du régime Dutreil, V. not. *Lexis360® Notaires, Fiche pratique n° 581 : Mettre en place un engagement Dutreil pour accompagner la transmission à titre gratuit d'une entreprise familiale*, par J.-Fr. Desbuquois. – P. Julien Saint-Amand, *Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil : Francis Lefebvre, 4^e éd., 2016.* – V. J.-Fr. Desbuquois, *Les pactes Dutreil : EFE, 4^e éd., 2017.*

A. - Signataires de l'engagement collectif de conservation de titres

1° Assouplissement du caractère collectif

3 - L'engagement collectif de conservation de titres doit en principe être pris par plusieurs signataires : le donateur ou défunt, d'une part, et par un ou plusieurs autres associés, d'autre part.

À compter du 1^{er} janvier 2019, l'engagement collectif de conservation peut être pris par une personne seule.

Cette évolution permet aux actionnaires d'entreprises unipersonnelles (SASU, EURL, EARL...) de prendre seuls un engagement sur les titres qu'ils détiennent. Antérieurement, ils pouvaient soit invoquer l'article 787 C du CGI applicable aux entreprises individuelles, ce qui était inadapté car ce texte régit la transmission d'entreprises individuelles, soit céder un titre au moins à un nouvel associé préalablement à la signature d'un engagement collectif.

Cette évolution permet également à un associé ne détenant qu'une fraction du capital, dans une société comportant plusieurs associés, de prendre seul l'engagement collectif de conservation de titres dès lors qu'il remplit seul les conditions d'éligibilité (seuil minimal et fonction de direction).

2° Souscription de l'engagement collectif par une personne morale seule

4 - En présence d'une société interposée, celle-ci peut-elle prendre seule l'engagement collectif ?

L'article 787 B, a précise : « *Le présent engagement peut être pris par une personne seule, pour elle et ses ayants cause à titre gratuit, sous les mêmes conditions* ».

Il n'y a pas de doute sur le fait qu'une personne morale peut signer un engagement collectif, malgré la formulation pour elle et ses ayants cause à titre gratuit, l'article 787 B, b, 3 du CGI précise expressément « 3. *Pour le calcul des pourcentages prévus au premier alinéa du 1, il est tenu compte des titres détenus par une société possédant directement une participation dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation visé au a et auquel elle a souscrit* ».

L'article 787 B du CGI précisant que l'engagement peut être pris par une « *personne* » sans spécifier « *physique* », il nous semble que l'engagement peut être pris par une « *personne seule* » qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, dès lors qu'elle remplit les conditions au regard du pourcentage minimal de détention et qu'elle exerce une fonction de direction éligible au sens de l'article 787 B, d du CGI. À cet égard, rappelons que si la direction de la société peut être exercée par une société dans les sociétés par action simplifiée (SAS), il n'en est rien dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés anonymes (SA).

3° Souscription de l'engagement collectif par une personne seule dans le cadre d'une succession

5 - L'article 787 B, a, 2^e alinéa du CGI énonce : « *Lorsque les parts ou actions transmises par décès n'ont pas fait l'objet d'un engagement collectif de conservation, un ou des héritiers ou légataires peuvent entre eux ou avec d'autres associés conclure*

dans les six mois qui suivent la transmission l'engagement prévu au premier alinéa ». La formulation retenue « *peuvent entre eux ou avec d'autres associés* » pourrait laisser penser que l'engagement ne pourrait être pris par un héritier ou légataire seul. Cependant le renvoi au premier alinéa qui vise expressément la possibilité de prendre seul un engagement collectif et l'esprit du texte incitent à penser qu'un héritier ou légataire remplissant les conditions liées à la participation minimale et à l'exercice d'une fonction de direction peut prendre seul l'engagement posthume. Une confirmation du BOFIP à cet égard serait la bienvenue.

B. - Engagement collectif et baisse des seuils

6 - Le bénéfice de l'exonération partielle est subordonné au respect de diverses conditions parmi lesquelles la signature d'un engagement collectif de conservation portant sur un pourcentage minimal des titres.

Antérieurement au 1^{er} janvier 2019, le seuil minimal exigé était d'au moins 20 % des droits financiers et des droits de vote pour les sociétés cotées et d'au moins 34 %, pour les sociétés non cotées (CGI, art. 787 B, b). La loi de finances pour 2019 a divisé par deux ce seuil pour les droits financiers et l'a maintenu inchangé pour les droits de vote. L'objectif de cet aménagement est de faciliter la mise en place des engagements Dutreil dans les sociétés prévoyant un droit de vote renforcé attaché à la conservation à long terme des titres².

L'engagement collectif de conservation doit donc désormais porter sur :

- au moins 10 % des droits financiers et 20 % des droits de vote s'il s'agit de titres de sociétés cotées ;
- au moins 17 % des droits financiers et 34 % des droits de vote s'il s'agit de titres de sociétés non cotées.

Remarque :

Soulignons à cet égard que la détention de 17 % de titres disposant d'un droit de vote double ne donne pas droit à 34 % des droits de vote totaux de la société, même si aucune autre action ne dispose d'un droit de vote double. En effet, en supposant une société dont le capital est divisé en 100 titres de même valeur nominale, la détention d'un droit de vote double sur 17 titres, donne droit à 34 droits de vote. En supposant qu'aucun autre titre ne donne droit à un vote double, cela représente $34 / (100 + 17) = 29,06$ % des droits de vote³.

2. Dans les sociétés par action simplifiées (SAS), la possibilité de mettre en place un droit de vote multiple est souple (vote double, triple, décuple par exemple). Pour les sociétés par actions, à l'exception des SAS, le droit de vote multiple est très encadré. Les actions de préférence permettent la mise en place d'un droit de vote double (C. com., art. L.228-11 avec renvoi aux articles L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce). L'article 28 du projet de loi Pacte prévoit de supprimer le renvoi aux articles L. 225-122 à L. 225-125 précités pour les sociétés non cotées. Ainsi, ces sociétés émettant des actions de préférence pourraient désormais émettre des actions à droit de vote multiple au-delà du simple droit de vote double.
3. Lorsqu'un droit de vote supérieur au double existe, il est possible de respecter le droit de vote minimal de 34% tout en plaçant des titres ne représentant que 17% des droits financiers.

Le tableau suivant permet de mettre en évidence l'incidence du droit de vote double dans la détermination du périmètre de l'engagement collectif de conservation :

Synthèse	Nombre	Droits financiers	Droits de vote	Pourcentage de droits de vote
Actions à droit de vote double	200	200	400	33,33 %
Actions à droit de vote simple	800	800	800	66,67 %
Total	1 000	1 000	1 200	100 %

Nombre de titres à placer dans l'engagement collectif	Actions à droit de vote double	Actions à droit de vote simple	Droits financiers	Droits de vote
Option 1	200	8	20,80 %	34,00 %
Option 2	100	208	30,80 %	34,00 %
Option 3	0	408	40,80 %	34,00 %

7 - Ainsi dans une société dont 20 % des titres comportent un droit de vote double, il conviendra de placer dans l'engagement tous ces titres dotés d'un droit de vote double plus 1 % des titres disposant d'un droit de vote simple pour dépasser le seuil de droits financiers requis tout en atteignant les 34 % de droits de vote.

Une autre combinaison consisterait à placer moins de titres à droit de vote double et plus de titres à droit de vote simple, par exemple :

- 100 titres à droit de vote double et 208 titres à droit de vote simple ou ;

- aucun titre à droit de vote double et 408 titres à droit de vote simple.

Le même raisonnement s'applique si le nombre de titres composant le capital de la société et disposant d'un droit de vote double est plus important.

Synthèse	Nombre	Droits financiers	Droits de vote	Pourcentage de droits de vote
Actions à droit de vote double	400	400	800	57,14 %
Actions à droit de vote simple	600	600	600	42,86 %
Total	1 000	1 000	1 400	100 %

Dans une telle situation, le détenteur de titres disposant d'un droit de vote double devra placer un nombre de titres plus important dans l'engagement (dans notre exemple 238 au lieu

de 208 dans l'exemple précédent), car son droit de vote renforcé est dilué.

Nombre de titres placés dans l'engagement collectif	Actions à droit de vote double	Actions à droit de vote simple	Droits financiers	Droits de vote
Option 1	238	0	23,80 %	34,00 %
Option 2	119	238	35,70 %	34,00 %
Option 3	0	476	47,60 %	34,00 %

8 - Les pourcentages minimaux de 17 % des droits financiers et 34 % des droits de vote pour les sociétés non cotées (10 % et 20 % respectivement pour les sociétés cotées) doivent être respectés pendant toute la durée de l'engagement collectif. Il conviendra donc d'intégrer lors de la définition du périmètre de titres couverts, l'évolution qui pourrait résulter de l'acquisi-

tion par d'autres titres, hors engagement, d'un droit de vote renforcé pendant la durée de l'engagement collectif. Cela s'impose pour être sûr que la condition de seuil soit respectée jusqu'au terme de l'engagement.

Cet assouplissement des seuils s'applique aux engagements souscrits à compter du 1^{er} janvier 2019.

C. - Engagement réputé acquis

9 - Le bénéficiaire du régime d'exonération partielle prévu par l'article 787 B du CGI peut s'appliquer sur la base d'un engagement réputé acquis. Avant le 1^{er} janvier 2019, l'engagement collectif de conservation était réputé acquis lorsqu'une personne avec son conjoint ou partenaire pacsé détenait depuis 2 ans au moins le nombre de titres remplissant les conditions minimales de détention⁴ et que cette personne, son conjoint ou partenaire pacsé exerçait depuis 2 ans au moins dans la société concernée son activité principale ou une fonction de direction.

L'engagement réputé acquis ne pouvait s'appliquer en présence d'une société interposée.

Le champ d'application de l'engagement réputé acquis a été étendu.

1^o Prise en compte des titres et de l'activité du concubin notoire

10 - L'article 787 B, b, 2 du CGI prévoit désormais que les conditions liées au seuil de détention et à l'activité s'apprécient en intégrant non seulement les titres et l'activité du conjoint ou partenaire pacsé mais aussi la participation et l'activité du concubin notoire.

2^o Prise en compte des titres détenus pas une société interposée.

11 - L'engagement collectif réputé acquis s'applique désormais également lorsque les titres de la société exerçant une activité éligible au régime Dutreil sont détenus indirectement.

a) Principe

12 - L'exonération partielle s'applique assurément à la transmission des parts de la société interposée détenant les titres dans la société exploitante.

L'engagement réputé acquis s'applique-t-il également en cas de double niveau d'interposition ? Aux termes de l'amendement ayant introduit cette mesure, l'exonération partielle s'appliquerait dans la limite d'un seul niveau d'interposition⁵. Mais la lecture du texte de loi permet, en revanche, de défendre une application du réputé acquis en présence de deux niveaux d'interposition. En effet, l'article 787 B, b, 2 précise : « *En cas de détention indirecte, l'exonération partielle est accordée dans les proportions et sous les conditions prévues au 3 du présent b* », qui vise à la fois le simple et le double niveau d'interposition. Espérons que la doctrine fiscale confortera cette lecture, afin d'éviter toute incertitude dans une telle situation.

4. V. I, B.

5. Amendement I-CF143 : « L'actuel dispositif prévoit que l'engagement collectif de conservation de deux ans est réputé acquis lorsque les parts ou actions détenues depuis deux ans au moins par le défunt ou le donateur, seul ou avec son conjoint ou le partenaire par lequel il est lié par un PACS, atteignent les seuils de détention requis, sous réserve que cette personne ou son conjoint ou son partenaire exerce depuis deux ans dans la société concernée son activité professionnelle principale ou certaines fonctions de direction. Ce mécanisme serait assoupli, puisqu'il s'appliquerait désormais y compris en cas de détention indirecte (détention de titres d'une société détenant elle-même des titres éligibles au mécanisme Dutreil). Il serait également étendu de manière à tenir compte des parts ou actions détenues par le concubin notoire du contribuable. »

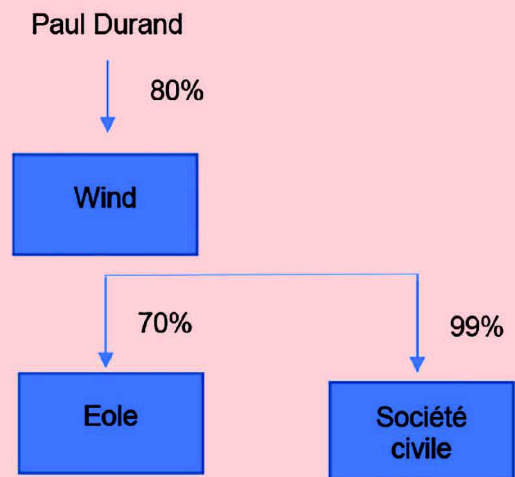
L'exonération partielle porte, comme en présence d'un engagement de conservation signé, sur la valeur des titres de la société interposée qui sont transmis à proportion de la valeur réelle de son actif brut qui correspond à la participation faisant l'objet de l'engagement réputé acquis. Comme dans le régime de droit commun, le bénéficiaire du régime de faveur est subordonné à la condition que les participations demeurent inchangées jusqu'au terme de l'engagement individuel.

Exemple

Paul Durand détient 80 % des titres de la société *Holding Wind* qui détient 70 % de la SAS *Eole*, société commerciale qui intervient dans la construction et la commercialisation d'éolienne. Paul Durand est le dirigeant de *Eole*

La société *Eole* a une valeur de 6 M €. Cette société est non cotée et aucun titre ne dispose d'un droit de vote multiple.

La société *Wind* a une valeur de 7 M €. Elle n'a pas de passif. Son actif se compose de sa participation de 70 % dans *Eole* évaluée $70\% \times 6 = 4,2$ M €, d'une participation de 99 % dans une société civile qui détient des biens immobiliers d'une valeur de 2 M € et de liquidités d'une valeur de 0,8 M €.



Paul Durand pourra transmettre les titres ou une partie des titres de la société *Wind* en invoquant le bénéfice de l'engagement réputé acquis.

La fraction de la valeur de la société *Wind* éligible au Dutreil s'élève à $(4,2 \text{ M €} / 7 \text{ M €}) = 60\%$.

La base imposable en cas de transmission des 80 % de titres détenus par Paul Durand s'élèverait donc à : $80\% \times 7 \text{ M €} \times (1 - (60\% \text{ fraction éligible à l'exonération partielle} \times 75\% \text{ abattement Dutreil})) = 3,08 \text{ M €}$.

Ce qui correspond à la fraction non éligible au régime de faveur : $80\% \times (2 + 0,8) = 2,24 \text{ M €}$, majorée de la fraction éligible après abattement de 75 % : $80\% \times 4,2 \times (1 - 75\%) = 0,84 \text{ M €} = 3,08 \text{ M €}$.

b) Modalités de calcul

1) Pourcentage de détention à prendre en compte

13 - L'exonération partielle s'applique-t-elle lorsque la société interposée détient une participation dans la société

exploitante, supérieure au seuil exigé, mais que la participation directe et indirecte détenue par le donateur ou défunt est inférieure à ce seuil ?

Exemple

Supposons dans notre exemple que la société Wind détienne 51 % de Eole et que Paul Durand détienne 60 % de Wind. La participation indirecte de Paul Durand dans Eole ne serait que de $60\% \times 51\% = 30,60\%$, soit un pourcentage inférieur au 34 % requis.

Il nous semble que dans une telle situation, le bénéfice du régime de faveur fondée sur l'engagement réputé acquis peut être invoqué et cela pour deux raisons.

- La première est liée à la rédaction du texte. L'article 787 B, b, 2° du CGI concernant l'engagement réputé acquis énonce « *En cas de détention indirecte, l'exonération partielle est accordée dans les proportions et sous les conditions prévues au 3 du présent b* ».

Cet article dispose : « *pour le calcul des pourcentages..., il est tenu compte des titres détenus par une société possédant directement une participation dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation visé au a et auquel elle a souscrit* ». Le dispositif relatif à l'engagement réputé acquis renvoie donc pour le calcul du pourcentage, au régime applicable en matière d'engagement collectif signé. Or, celui-ci prend en considération l'ensemble des titres détenus dans la société exploitante et couverts par l'engagement sans corriger ce pourcentage pour l'appréciation du seuil minimal requis en fonction de la détention des associés de la société interposée.

- La seconde raison est liée à l'esprit du texte. L'objectif de l'engagement « réputé acquis » est d'appliquer le même régime que si un engagement collectif est signé. Or, si un engagement est signé par la société interposée sur l'intégralité des titres qu'elle détient c'est bien ce pourcentage global qui est pris en compte et non un pourcentage corrigé de la participation détenue par le donateur ou défunt dans la société interposée.

Soulignons au demeurant que c'est bien l'intégralité de la participation détenue dans la société opérationnelle Eole (dans notre exemple les 51 % de Eole détenue par Wind) qui devra être conservée par la *holding* pendant toute la durée de l'engagement collectif et individuel, ce qui là encore justifie que l'engagement réputé acquis (puisqu'il bloque 51% des titres) puisse s'appliquer dans cette situation.

2) Modalités de calcul en cas de détention indirecte et de détention directe

14 -

Exemple

Supposons dans notre exemple que la société Wind détienne 25 % de Eole et que Paul Durand détienne 60 % de Wind et 10 % de Eole en direct.

La participation directe et indirecte de Paul Durand dans Eole ne serait que de $(60\% \times 25\%) + 10\% = 25\%$, soit un pourcentage inférieur au 34 % requis.

Mais si l'on admet le mode de calcul susvisé, alors le pourcentage de titres Eole couverts dans l'engagement réputé acquis s'élève à $25\% + 10\% = 35\%$ soit plus que le minimum requis et Paul Durand pourra bénéficier du régime de faveur.

3) Délai de détention

15 - En cas de détention par une société interposée le délai de détention de la participation dans la société exploitante doit être d'au moins 2 ans.

Il nous semble que le délai de détention de la participation du donateur ou du défunt dans la société interposée doit également être d'au moins 2 années au moment de la transmission. Cette approche est en phase avec l'obligation de conserver les participations inchangées pendant la durée des engagements collectifs et individuels.

Lorsque le seuil minimal permettant d'invoquer l'engagement réputé acquis est atteint par le biais de la détention directe et indirecte, il nous semble que le délai de détention de la participation du donateur ou du défunt dans la société interposée et dans la société exploitante doit également être d'au moins 2 années au moment de la transmission.

4) Exercice de la fonction de direction

16 - La fonction de direction doit être exercée, dans la société d'exploitation (et non dans la société interposée) depuis au moins 2 ans au jour de la transmission à titre gratuit.

On rappelle que selon l'Administration, la fonction de direction doit être exercée par l'un des donataires, héritiers ou légataires. L'exercice par le donateur d'une fonction de direction n'est pas de nature à remplir l'exigence posée par l'article 787 B, d du CGI. Le projet de loi de finances pour 2019 n'apporte aucune précision à cet égard. Il ne confirme ni n'infirme la position de l'Administration.

Cette extension du régime de l'engagement réputé acquis aux sociétés interposées s'applique aux engagements réputés acquis à compter du 1^{er} janvier 2019.

2. Assouplissements et précisions concernant la phase postérieure à la transmission

17 - Les aménagements concernent les cessions et donations postérieures à la transmission (A), le maintien des participations inchangées en présence de sociétés interposées (B), les conséquences d'une offre publique d'échange (OPE) postérieure à la transmission (C), l'élargissement des opérations d'apport ne remettant pas en cause le régime de faveur (D) et l'allègement des obligations déclaratives (E).

A. - Cession ou donation à un membre de l'engagement collectif de conservation pendant la durée de celui-ci

1° Principe

18 - Toute cession ou donation par l'un des bénéficiaires de l'exonération partielle, postérieurement à la transmission à

titre gratuit et pendant la durée de l'engagement collectif, de titres ayant bénéficié du régime de faveur conduit à la remise en cause pour ce cédant ou donateur du régime de faveur pour l'intégralité des titres qu'il avait reçus indépendamment de la fraction de titres donnés ou cédés.

2° Assouplissement

19 - Cette règle a été assouplie à compter du 1^{er} janvier 2019. Désormais, la cession ou la donation à un tiers produit le même effet qu'antérieurement, mais la donation ou cession à un autre signataire de l'engagement collectif, ne remet en cause l'exonération partielle pour le cédant ou le donateur qu'à hauteur des seules parts ou actions cédées ou données. L'acquéreur ou le donataire peut être une personne physique ou une personne morale, la seule exigence est qu'il ait été signataire de l'engagement collectif. Le reste de la participation conservée par le bénéficiaire de l'exonération partielle continue à bénéficier du régime de faveur (sous réserve du respect des autres conditions d'exonération).

20 - Cet assouplissement appelle deux remarques :

- première remarque. L'article 787 B, e bis du CGI aurait dû être modifié pour tenir compte de cette évolution. Cet article précise qu'en cas de non-respect de l'engagement collectif par l'un des signataires, l'exonération partielle n'est pas remise en cause à l'égard des signataires autres que le cédant si :

« 1° Soit les titres que ces autres signataires détiennent ensemble respectent la condition prévue au b et ceux-ci les conservent jusqu'au terme initialement prévu ;

2° Soit le cessionnaire s'associe à l'engagement collectif à raison des titres cédés afin que le pourcentage prévu au b demeure respecté. Dans ce cas, l'engagement collectif est reconduit pour une durée minimale de deux ans pour l'ensemble des signataires ».

Le point 1 aurait dû être modifié pour préciser : « soit les titres que ces autres signataires détiennent ensemble et les titres conservés par le cédant ou donataire lorsque les conditions du e ter sont respectées, respectent la condition prévue au b et ceux-ci les conservent jusqu'au terme initialement prévu. »

Illustration

Pierre, Paul et Sarah détiennent chacun 15 % des titres d'une société non cotée soumise à l'IS dont l'ensemble des titres bénéficient d'un droit de vote simple. Ils ont ensemble conclu un engagement collectif de conservation de titres. Pierre et Sarah exercent une fonction de direction. Pierre et Sarah ont donné dans le cadre du régime Dutreil chacun 10 % de titres à leurs enfants. Paul a donné à sa fille Marie dans le cadre du régime Dutreil les 15 % de titres lui appartenant. Postérieurement à la donation et avant l'expiration de l'engagement collectif, Marie vend 2 % de ses titres à Sarah.

En application du nouvel article 787 B, e ter du CGI, le bénéfice du régime de faveur est remis en cause pour Marie à hauteur des 2 % cédés, mais maintenu pour les 13 % conservés, puisque la cession est intervenue au profit d'un signataire de l'engagement collectif. Cependant la condition posée par l'article 787 B, e bis, pour maintenir le bénéfice de l'exonération partielle pour les autres signataires de l'engagement collectif n'est plus remplie. Les titres conservés par les autres signataires (5% pour Pierre + 10% pour ses enfants + 5% pour Sarah + 10% pour ses enfants = 30 %) sont inférieurs aux 34 % qui constituent le minimum requis dans la présente situation. L'engagement collectif n'est donc plus respecté et le régime de faveur dont ont bénéficié les enfants de Pierre, ceux de Sarah et Marie sont remis en cause.

L'objectif de l'assouplissement prévu par l'article 787 B, e ter était pourtant dans une telle situation de maintenir le bénéfice du régime de faveur pour l'ensemble des bénéficiaires de l'exonération partielle et pour l'ensemble des titres transmis à l'exception des 2 % cédés par Marie.

Il s'agit probablement là d'une erreur de rédaction qui, espérons-le, sera corrigée rapidement.

- deuxième remarque : l'assouplissement visé ne concerne que la période de l'engagement collectif. En cas de cession ou donation à un membre de l'engagement collectif pendant la durée de l'engagement individuel, le bénéfice de l'exonération partielle est remis en cause pour l'intégralité des titres du cédant ou donateur. Pendant la durée de l'engagement individuel le régime de faveur n'est maintenu que dans le cas d'une donation et seulement lorsqu'elle est réalisée au profit des descendants du donateur et que le ou les donataires poursuivent l'engagement individuel jusqu'à son terme.

B. - Précisions concernant la conservation des participations inchangées pendant la durée des engagements

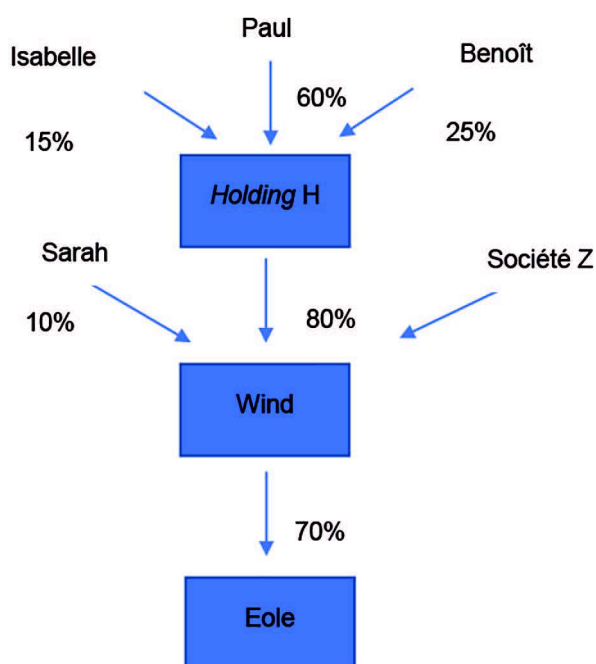
21 - En présence de sociétés interposées (un ou deux niveaux d'interposition) les participations doivent demeurer inchangées pendant toute la durée de l'engagement collectif et toute la durée de l'engagement individuel.

1° Pendant l'engagement collectif

22 - L'article 787 B, b du CGI précise que 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.

Nous supposons le schéma de détention suivant.

La société Eole, société opérationnelle éligible au Dutreil, est détenue par la société Wind qui est une *holding* passive qui est elle-même détenue par la société *Holding H* également *holding* non animatrice. Paul détient 60 % de *Holding H* et transmet 40 % à ses enfants en invoquant le bénéfice du régime Dutreil.



Pendant la durée de l'engagement collectif, Paul et ses enfants donataires devront conserver les 60 % qu'ils détiennent dans *Holding H*. Celle-ci devra détenir les 80 % de titres qu'elle détient dans *Wind* et cette société devra conserver les 70 % de titres qu'elle détient dans *Eole*.

Le bénéfice du régime de faveur n'est pas remis en cause en cas d'augmentation de la participation détenue par les sociétés interposées (ou par les personnes physiques).

2° Pendant l'engagement individuel

23 - La société qui détient dans la société exploitante une participation qu'elle a placée dans l'engagement collectif doit la conserver inchangée jusqu'au terme de l'engagement individuel.

En cas de double niveau d'interposition, la société dont les titres sont détenus par la personne physique doit également conserver sa participation inchangée dans la société interposée ayant souscrit l'engagement de conservation.

Cette position légalise la doctrine fiscale antérieure⁶. Les travaux parlementaires présentent cette adaptation de l'article 787 B du CGI comme une simple clarification de la règle qui s'appliquait déjà par le passé.

C. - Absence de remise en cause du régime de faveur en cas d'offre publique d'échange (OPE)

24 - Afin d'éviter que les sociétés dont les parts sont transmises dans le cadre du régime de faveur de l'article 787 B du CGI soient sclérosées pendant la durée des engagements collectifs et individuels, le législateur fiscal a précisé que diverses opérations portant sur le capital de la société pendant cette période ne remettraient pas en cause le bénéfice du régime d'exonération partielle. Il en est ainsi des opérations, posté-

rieures à la transmission, de fusion, scission et d'augmentation de capital visées aux articles 787 B, g et h du CGI, pour autant que les titres initiaux ou ceux reçus en contrepartie de ceux-ci soient conservés jusqu'au terme des engagements. À compter du 1^{er} janvier 2019, les offres publiques d'échanges préalables à une fusion ou une scission sont également considérées comme des opérations intercalaires. Elles ne remettent pas en cause le bénéfice de l'exonération partielle sous la double condition que les titres reçus en contrepartie de l'opération soient conservés jusqu'au terme de l'engagement et que la fusion ou scission soit réalisée dans l'année qui suit la clôture de l'OPE.

Lorsque l'opération d'échange est réalisée dans le cadre d'une offre publique avec un règlement réalisé pour partie en espèces, le maintien du régime de faveur est limité à la fraction des titres remis à l'OPE pour lesquels le bénéficiaire de l'exonération partielle reçoit des titres en échange.

D. - Élargissement des possibilités d'apport à holding

25 - L'obligation de conservation des titres par les signataires de l'engagement collectif et leurs ayants cause à titre gratuit pendant la durée de celui-ci et par les donataires, héritiers et légataires pendant la durée de l'engagement individuel conduit à la remise en cause de l'exonération partielle en cas de non-conservation des titres postérieurement à la transmission à titre gratuit.

Afin de répondre à un besoin identifié par la pratique, l'article 787 B, f du CGI a introduit une dérogation à ce principe, il y a une dizaine d'années, en permettant sous certaines conditions l'apport à une société *holding* pendant la durée de l'engagement individuel.

L'assouplissement des conditions d'apport des titres à une *holding* pendant la durée des engagements est l'une des avancées les plus significatives introduites par la loi de finances.

26 - **Intérêt de l'apport à une holding.** – Ce dispositif est particulièrement utile dans le cadre des transmissions de titres des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) au profit de plusieurs donataires, héritiers ou légataires dont certains seulement sont repreneurs. Dans une telle situation la démarche consiste à attribuer aux repreneurs les titres ou une participation majoritaire dans la société à charge pour eux d'indemniser les non-repreneurs. Les premiers ne disposant généralement pas des liquidités leur permettant d'indemniser les seconds, financeront le plus souvent cette indemnisation à l'aide des revenus futurs de la société transmise. En cas de détention directe des titres, les distributions de dividendes de la société entraîneront une imposition importante (prélèvement forfaitaire unique à 30 % majoré de la contribution sur les hauts revenus, le cas échéant, ou sur option expresse imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu). Ce coût fiscal réduit de manière significative la capacité de financement des enfants repreneurs. L'apport par ceux-ci à une société soumise à l'IS des titres reçus par donation ou succession en même temps que la dette à l'égard des non-repreneurs permet d'organiser ce financement dans des conditions plus efficaces. Les dividendes distribués par la société transmise remontent dans la société *holding* bénéficiaire de l'apport avec le bénéfice du

6. BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 350.

régime mère fille (imposition à l'IS de la quote-part de frais et charges, soit une imposition de l'ordre de $28\% \times 5\% = 1,4\%$) dès lors que la *holding* détient au moins 5 % des titres de la filiale. Le montant de la distribution nette après impôt pouvant être affecté au remboursement de l'emprunt s'élève ainsi à $100\% - 1,4\% = 98,6\%$ du montant distribué environ contre $100\% - 30\%$ (ou 34 %) = 66 à 70 % en cas de détention directe.

27 - La démarche est la suivante :

– **stade 1 : donation-partage avec soulte.** Les titres de la société sont attribués aux repreneurs à charge pour eux de verser une soulte aux non-repreneurs ;

– **stade 2 : apport à la société holding.** Les donataires ayant reçu les titres les apportent à une holding avec la charge de payer la soulte. La société bénéficiaire de l'apport contracte un emprunt auprès d'une banque pour financer cette soulte ;

– **stade 3 : distribution de dividendes.** Les dividendes de la société donnée, dont les titres ont été apportés à la société nouvelle, remontent en régime mère fille et permettent de rembourser l'emprunt contracté par la *holding* pour payer la soulte ;

– **stade 4 : fusion de la holding** et de la filiale. À la fin des remboursements si la société *holding* n'a plus d'utilité, les deux sociétés pourront être fusionnées.

Ce dispositif permettant de conserver le bénéfice de l'exonération partielle malgré le non-respect de la condition de détention liée à l'apport des titres à la société *holding* a été assoupli, à compter du 1^{er} janvier 2019, sur divers aspects.

1° Premier assouplissement : possibilité de réaliser l'apport pendant la durée de l'engagement collectif et de l'engagement individuel

28 - Le régime antérieur ne prévoyait la possibilité d'apport à une société *holding* que pendant la durée de l'engagement individuel. Lorsque la transmission de titres intervenait en début d'engagement collectif, il convenait donc d'attendre 2 années pour pouvoir procéder à l'apport permettant le règlement de la soulte. Cela soulevait des difficultés au regard de l'article 828 du Code civil notamment prévoyant qu'en cas de délai accordé pour le paiement de la soulte, celle-ci devait évoluer dès lors que « *par suite des circonstances économiques* », la valeur des biens attribués au redevable de la soulte a « *augmenté ou diminué de plus du quart depuis le partage, les sommes restant dues augmentent ou diminuent dans la même proportion* », étant rappelé que dans le cadre d'une donation-partage il ne peut être dérogé à cette règle.

Désormais, l'article 787 B, f du CGI permet l'apport pendant l'engagement collectif comme pendant l'engagement individuel.

2° Deuxième assouplissement : condition liée à l'objet social

29 - Dans le régime antérieur, la société devait avoir pour objet exclusif « *la gestion de son propre patrimoine constitué exclusivement de participations dans une ou plusieurs sociétés du même groupe que la société dont les parts ou actions ont été transmises et ayant une activité, soit similaire, soit connexe et complémentaire* ».

Cette condition est abandonnée et remplacée par l'exigence que la valeur réelle de l'actif brut de la société *holding* soit à l'issue de l'apport et jusqu'au terme des engagements de conservation collectif et individuel composée à plus de 50 % de participations dans la société exploitante. Pour la fraction excédant ces 50 %, la holding peut détenir tout type d'autres actifs et notamment des participations dans des sociétés d'exploitation ou non, liées ou non à la société exploitante dont les titres ont été apportés, ou encore des biens immobiliers ou des liquidités. Cela donne ainsi une plus grande souplesse dans le fonctionnement de la *holding*.

3° Troisième assouplissement : condition liée à la détention des titres de la holding

30 - Antérieurement, le capital de la *holding* devait être détenu en totalité par les personnes physiques bénéficiaires de l'exonération. Le donateur pouvait toutefois détenir une participation directe dans le capital social de cette société, sans que cette participation puisse être majoritaire.

Désormais, le texte impose que 75 % au moins du capital de la *holding* et des droits de vote y afférents soient détenus par les bénéficiaires de l'exonération. Cependant, bien que le texte de l'article 787 B du CGI vise les personnes soumises aux obligations de conservation, « *visées au a* » (c'est-à-dire les obligations résultant de l'engagement collectif) « *et au c* » (c'est-à-dire celles résultant de l'engagement individuel), il semble que les droits détenus par les signataires de l'engagement collectif qui ne sont pas tenus à une obligation individuelle de conservation des titres puissent être retenus dans l'appréciation de ce pourcentage de 75 %⁷. Cela permettrait de prendre en compte non seulement les droits des bénéficiaires de l'exonération partielle, mais aussi les droits placés dans l'engagement collectif par le donateur et conservés par celui-ci, et également ceux des autres signataires de l'engagement collectif.

Le solde de 25 % peut être détenu par tout associé bénéficiaire de l'exonération ou non, membre de l'engagement collectif ou non, personne physique ou personne morale. Un fonds d'investissement pourrait ainsi aider au financement de la reprise par la prise de participation dans la *holding* et l'apport de fonds au profit de celle-ci.

La condition de détention posée par l'article 787 B, f du CGI doit être respectée jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation.

Les titres de la société *holding* reçus par les bénéficiaires de l'exonération en contrepartie de leur apport doivent être conservés par ceux-ci jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation.

4° Quatrième assouplissement : condition liée à la direction de la holding

31 - La fonction de direction devait antérieurement être exercée directement par une ou plusieurs des personnes physiques bénéficiaires de l'exonération.

Désormais, la fonction de direction doit être exercée par l'une des personnes remplissant la condition de détention de

7. En ce sens *Rapp. AN n° 1302, 11 oct. 2018*.

75 % du capital de la *holding*. En conséquence, sur la base de l'interprétation ci-dessus, la fonction de direction peut être exercée par l'un des bénéficiaires de l'exonération, mais aussi par tout signataire de l'engagement collectif en ce compris les signataires personnes morales.

Cette condition de direction doit être respectée jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation.

La question du sens à donner au 787 B, f, 1 du CGI (« *Les trois-quarts au moins du capital et des droits de vote... sont... détenus par les personnes soumises aux obligations de conservation prévues aux a et c* ») est donc essentielle. Si l'interprétation littérale est retenue, les 75 % du capital de la société bénéficiaire de l'apport doivent être détenus par les bénéficiaires de l'exonération partielle et la fonction direction doit être exercée par l'un d'eux. Si l'interprétation basée sur le rapport de la Commission des finances est retenue, la condition relative au capital peut être remplie par tout signataire de l'engagement collectif de conservation de même que la condition relative à la fonction de direction. Selon cette seconde approche, la direction de la *holding* pourrait être exercée par le donateur notamment, de même que la *holding* pourrait être détenue majoritairement par le donateur directement ou par une société qu'il contrôlerait, dès lors qu'ils seraient signataires de l'engagement collectif.

5° Cinquième assouplissement : extension aux titres de sociétés interposées de la faculté d'apport pendant la durée des engagements collectifs et individuels

32 - Ce dispositif réservé jusqu'à présent aux titres détenus directement dans la société d'exploitation sur laquelle porte l'engagement a été étendu à compter du 1^{er} janvier 2019 aux titres de sociétés interposées dans la limite d'un niveau d'interposition.

Dans cette situation, à l'issue de l'apport et jusqu'au terme des engagements de conservation, la valeur réelle de l'actif brut de la société bénéficiaire de l'apport doit être composée à plus de 50 % de participations indirectes dans la société exploitante.

E. - Obligations déclaratives

1° Entreprises détenues sous la forme sociétaire

33 - Le bénéfice du régime Dutreil est subordonné au respect d'obligations déclaratives avant, pendant et après la donation ou la succession. Ce sont les obligations déclaratives postérieures à la transmission qui ont été assouplies par la loi de finances pour 2019. Antérieurement au 1^{er} janvier 2019, diverses attestations certifiant du respect des conditions du régime Dutreil devaient être adressées à l'administration fiscale chaque année avant le 1^{er} avril pendant la période de l'engagement collectif et pendant celle de l'engagement individuel.

Le non-respect des obligations déclaratives liées au bénéfice du régime Dutreil peut être sanctionné par la remise en cause du régime de faveur. En effet, 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* ».

Depuis de longues années, les praticiens⁸ demandent un allègement de ces obligations déclaratives et surtout une adaptation des sanctions attachées au non-respect de cette obligation. Imaginer que l'on puisse voir remis en cause le bénéfice du régime Dutreil alors même que toutes les conditions de fonds ont été respectées (activité, engagements de conservation, exercice d'une fonction de direction), uniquement car l'attestation formelle que ces conditions ont été remplies a été omise, est incontestablement exagéré et inadapté.

La loi de finances pour 2019 répond partiellement à la demande des praticiens, elle allège les obligations déclaratives, mais ne supprime pas la disproportion des sanctions en cas de non-respect.

a) Allègement des obligations déclaratives

34 - La loi de finances pour 2019 allège incontestablement les obligations déclaratives postérieures à la transmission. Les nouvelles obligations sont inscrites à l'article 787 B, e du CGI. Les attestations annuelles sont supprimées tant pour les sociétés que pour les bénéficiaires de la transmission. L'Administration dispose cependant du droit de demander à tout moment aux bénéficiaires de la transmission (donataires, héritiers ou légataires) de produire une attestation établie par la société certifiant que les conditions d'application du régime ont été respectées de manière continue depuis la date de transmission. Le contribuable dispose alors d'un délai de 3 mois pour adresser cette attestation à l'Administration.

Par ailleurs, les bénéficiaires de la transmission ont l'obligation, dans les 3 mois de l'expiration de l'engagement individuel de conservation, de fournir spontanément à l'Administration une attestation que la société lui transmet certifiant que l'ensemble des conditions d'application du dispositif pendant toute la durée de l'engagement collectif et de l'engagement individuel ont été respectées.

En cas de détention indirecte des parts ou actions faisant l'objet des engagements de conservation, chacune des sociétés composant la chaîne de participation transmet aux personnes soumises à ces engagements, une attestation certifiant du respect, à son niveau, des obligations de conservation

Qu'il s'agisse de l'obligation de fournir l'attestation sur demande de l'Administration pendant la durée des engagements ou spontanément à la fin de l'engagement individuel, l'obligation pèse sur le contribuable, mais l'attestation est établie par la société.

8. V. notamment J.-Fr. Desbuquois et P. Julien Saint-Amand, Engagements Dutreil : difficultés et incertitudes : *JCP N 2013, n° 36, étude 1213*.

En pratique

Il sera donc essentiel, dès la signature de l'engagement collectif, de faire intervenir la société sur laquelle porte l'engagement (et en cas de société interposée de faire intervenir celle-ci également) pour qu'elle(s) prenne(nt) l'engagement de fournir les attestations demandées dans les délais requis. Car, en effet, bien que l'attestation doive être établie par la société, l'obligation de la fournir incombe au contribuable. En cas de défaut de la part de la société d'établir l'attestation, c'est le contribuable qui sera sanctionné et qui pourra voir le bénéfice du régime de faveur remis en cause.

b) Maintien des sanctions

35 - L'article 1840 G ter du CGI qui permet à l'administration fiscale de remettre en cause le bénéfice du régime Dutreil, en cas de non-respect d'une obligation déclarative, est demeuré inchangé. La suppression des déclarations annuelles allège le nombre de situations dans lesquelles cet article, dont les effets sont démesurés, peut être invoqué. Il reste applicable, en revanche, en cas de défaut de dépôt spontané, dans les 3 mois de la fin de l'engagement individuel de l'attestation certifiant que l'ensemble des conditions d'application du dispositif ont été remplies.

Il serait souhaitable que le législateur évolue sur ce point également et adapte le texte afin que la sanction du non-respect d'une obligation déclarative soit limitée à un montant forfaitaire raisonnable et non un risque de remise en cause du régime de faveur, sanction complètement disproportionnée.

En pratique

D'ici là il est essentiel que les contribuables de même que leurs conseils assurent avec rigueur le suivi des engagements afin de ne pas oublier de déposer l'attestation requise dans les 3 mois de la fin de l'engagement individuel.

2° Entreprises individuelles

36 - Le texte de loi ne prévoit aucune modification concernant les obligations déclaratives des entreprises individuelles. Cependant, il résulte du rapport de l'Assemblée nationale que l'allègement des obligations déclaratives applicables aux entre-

prises exploitées en société devrait s'appliquer aux transmissions d'entreprises individuelles visées à l'article 787 C⁹.

Conclusion

37 - Il convient de saluer les différentes avancées de la loi de finances pour 2019.

La possibilité de signer seul l'engagement collectif, la réduction des seuils d'éligibilité et l'extension du champ d'application de l'engagement réputé acquis aux sociétés interposées répondent à un véritable besoin des entrepreneurs.

Les divers aménagements limitant les cas de remise en cause postérieurement à la transmission donnent une véritable souplesse aux entreprises leur permettant de s'adapter à un environnement mouvant dans le respect des exigences posées par le régime Dutreil. Il convient de souligner tout particulièrement les mesures concernant l'apport à une société holding pendant la durée de l'engagement collectif et celles de l'engagement individuel.

Nous avons deux regrets cependant :

– le premier concerne l'absence de reconnaissance par la loi de la possibilité dans le cadre du Dutreil réputé acquis, que soit remplie la condition d'exercice de la fonction de direction par le donateur. C'est en effet l'esprit même du texte que d'aligner le régime du « réputé acquis » sur celui de l'engagement signé, et la distorsion introduite par l'administration fiscale en la matière nous paraît critiquable ;

– le second concerne le rejet par la commission des Finances du projet d'article 787 D définissant la holding animatrice. L'adoption d'une définition législative commune à tous les impôts de cette notion, dont les contours demeurent aujourd'hui très incertains, aurait été une avancée incontestable. Cette définition aurait permis d'assurer la sécurité de la qualification de holding animatrice dans 90% des situations, tout en laissant la porte ouverte à l'analyse au cas par cas, par le biais du rescrit, pour les situations plus complexes.

Voici donc deux axes de progression pour le législateur permettant de consolider l'importance du Dutreil dans les stratégies réussies de transmission d'entreprises. ■

9. « En l'état de la rédaction du CGI, il y a lieu de penser que cet allègement des obligations déclaratives sera également valable dans le cadre du dispositif de l'article 787 C de ce code – c'est-à-dire du pacte Dutreil spécifiquement prévu pour la transmission des entreprises individuelles » (*Rapp. AN n° 1302, 11 oct. 2018, p. 548*).