

Pactes Dutreil : un durcissement des conditions !

En confirmant que, dans la rédaction alors applicable de la Loi, la condition d'activité de la société devait s'apprécier uniquement à la date de la transmission, la Cour de cassation a rendu le 25 mai dernier, une décision extrêmement favorable au contribuable mais qui risquait de fragiliser le dispositif Dutreil. Dans le cadre des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi de finances rectificative pour 2022 (loi 2022-1157 du 16 août 2022, art. 8, promulguée le 17), le Parlement a adopté en urgence un correctif destiné à contrecarrer cette jurisprudence et éviter les abus.

Par Sandrine Quilici, responsable de l'Ingénierie Patrimoniale, Pictet Wealth Management, Jean Barrouillet, avocat, SVZ et François Bonte, notaire, Michelez Notaires

La Cour de cassation a remis sur le devant de la scène ce dispositif avantageux pour faciliter les transmissions d'entreprise. Une évolution appréciée des praticiens mais une publicité dont ceux-ci se seraient bien passés dans ce contexte de polémique sur une réforme des droits de succession que souhaitent certains. Cette décision vient en tout cas rappeler au législateur l'importance d'une rédaction précise de la Loi...

1. L'activité de la société : une condition clé

Le régime Dutreil permet de bénéficier d'une exonération de droits de succession et de donation à hauteur de 75 % de la valeur de l'entreprise transmise. S'y ajoute une réduction de droits de 50 % lorsque la transmission intervient sous la forme d'une donation en pleine-propriété avant 70 ans. Lorsque l'entreprise est exploitée en société, ces avantages s'appliquent sur la totalité de la valeur des titres sous condition que la société exerce de manière prépondérante une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ou de « holding animatrice de groupe ».

À cet égard, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont précisé que la prépondérance de l'activité opérationnelle doit s'apprécier en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice (CE, 23 janv. 2020, n° 435562 ; Cass. com., 10 oct. 2020, n° 18-17.955). Prenant acte de ces décisions contraires à sa doctrine antérieure,



Le législateur a donc fait le choix d'une rétroactivité qui laisse transparaître un certain agacement face à une décision de la Cour de cassation, pourtant juridiquement parfaitement fondée.

l'administration fiscale admet désormais qu'à titre de règle pratique la prépondérance de l'activité opérationnelle puisse être établie dès lors que le chiffre d'affaires procuré par cette activité représente au moins 50 % du montant de son chiffre d'affaires total et que la valeur vénale de l'actif brut immobilisé et circulant affecté à cette activité représente au moins 50 % de la valeur vénale de son actif brut total. Il résulte de l'application de cette règle que les actifs non affectés à l'activité, qui peuvent tout de même représenter jusque 50 % de la valeur vénale de l'actif brut de la société, sont susceptibles de bénéficier de l'exonération partielle (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 20).

Ce dispositif particulièrement avantageux a pour finalité d'assurer la pérennité de l'entreprise par la stabilité de son actionnariat. En effet, on ne peut nier que les droits de mutation à titre gratuit sont élevés en France. Entre des abattements liés au lien de parenté assez faibles par rapport à ce qui se pratique chez la plupart de nos voisins et une tranche marginale d'imposition actuellement à 45 % au-delà de 1 807 677 €, certains héritiers se trouveraient, à défaut de dispositif fiscal destiné à alléger le coût des transmissions d'entreprises, dans l'impossibilité de payer les droits de succession, ce qui les obligerait soit à vendre l'entreprise, soit à aller chercher la trésorerie nécessaire



François Bonte



Jean Barrouillet



Sandrine Quilici

dans la société au risque, dans les deux cas, de la fragiliser au point de la faire disparaître. On comprend donc bien l'intention sous-jacente du législateur et c'est pourquoi, en contrepartie de l'avantage fiscal, il est notamment exigé une durée minimale de conservation des titres.

Dans le silence du texte mais partant de l'intention du législateur, l'administration fiscale a toujours considéré que la société devait conserver son activité éligible pendant toute la durée des engagements.

Le moins que l'on puisse dire est que la Cour de cassation n'a pas partagé cette analyse. En effet, en mettant totalement de côté l'intention du législateur, elle a consacré une lecture littérale de la Loi et a décidé que l'exonération partielle s'appliquait dès lors que la société exerce une des activités éligibles à la date du fait générateur de l'impôt (c'est-à-dire au jour de la transmission) et peu importe que cette condition d'activité ne soit pas remplie avant le terme des différents engagements.

2. La Loi, rien que la Loi, au risque de priver le texte de sa substance

Le litige soumis à l'appréciation de la Cour de cassation impliquait un contribuable, dirigeant d'une société holding, tête de groupe de plusieurs sociétés opérationnelles exerçant dans le secteur du BTP. Au décès de ce dirigeant, ses héritiers avaient entendu bénéficier du régime Dutreil. A cette fin, ils avaient considéré la société holding comme « holding animatrice » et s'étaient prévalus d'un engagement réputé acquis au moment du décès. Chaque héritier avait donc, dans la déclaration de succession, pris un engagement individuel de conservation des titres pendant une durée de quatre ans à compter du décès du dirigeant, ce qui avait ainsi exonéré de droits de succession 75 % de la valeur de cette société.

Si le caractère animateur de la société holding à la date du décès ne prêtait pas à débat, cette société holding avait cédé la majorité de ses sociétés opérationnelles moins de trois mois après, et alors même que la déclaration de succession (comprenant les engagements individuels de conservation) n'avait pas encore été déposée ! Puis, deux ans plus tard, elle avait cédé une autre société opérationnelle, pour finalement ne détenir plus qu'une participation majoritaire dans une seule société opérationnelle et dans une société civile immobilière.

“
Ce dispositif particulièrement avantageux a pour finalité d'assurer la pérennité de l'entreprise par la stabilité de son actionariat

Dans le cadre de ses opérations de contrôle, l'administration fiscale avait considéré que la cession, avant la fin des engagements individuels de conservation, par la société holding de la quasi-totalité de ses participations, non suivie de réinvestissements dans des activités opérationnelles, entraînait la perte de la qualification de holding animatrice et par conséquent, la perte de l'avantage du régime Dutreil.

Saisi du litige, le tribunal de grande instance de Rennes avait dans un premier temps débouté les héritiers de leurs demandes et donné raison à l'administration fiscale. Les héritiers ayant fait appel de cette décision, la cour d'appel de Rennes avait adopté la même lecture qu'en première instance, en considérant que « la finalité [du dispositif Dutreil] est de maintenir, notamment au moment du décès, l'activité économique en assurant la continuité de l'entreprise familiale par la pérennité de son actionariat et de ses dirigeants » et en concluant que « le bénéfice de l'avantage fiscal accordé (...) ne peut se concevoir, au regard de l'objectif fixé par le législateur, et sauf à vider la loi de sa substance, que si ladite société conserve pendant la durée exigée sa fonction d'animation d'un groupe formé de filiales lesquelles doivent, sauf circonstances indépendantes de leur volonté (procédure collective par exemple), conserver une activité économique. »

Finalement, la Cour de cassation a infirmé la position de la cour d'appel et a considéré que cette dernière avait ajouté à la Loi une condition qu'elle ne comportait pas. Le motif de cassation retenu par l'arrêt du 25 mai 2022 a le mérite d'être sans équivoque : « la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé ». Par conséquent, l'administration fiscale ne pouvait pas subordonner le bénéfice de l'avantage fiscal à la conservation, par cette société, de sa fonction d'animation de groupe jusqu'à l'expiration du délai légal de conservation des parts.

3. Un risque d'effet domino

Le litige soumis à l'appréciation de la Cour de cassation concernait une holding animatrice de groupe. Nous notons néanmoins que l'article 787 B du Code général des impôts ne prévoit aucune différence de »>>

»» traitement entre les holdings animatrices et les sociétés opérationnelles. Les holdings animatrices ne sont d'ailleurs pas directement visées, ces sociétés étant assimilées à des sociétés opérationnelles. Ainsi, il est vite apparu que la décision de la Cour de cassation du 25 mai 2022 pouvait être étendue à ces dernières.

Autrement dit, à la suite de cette jurisprudence, le bénéfice du régime de faveur ne pouvait pas être refusé à une société qui répondait effectivement à cette définition au jour de la transmission mais qui, postérieurement à cette date, devenait, de façon exclusive ou prépondérante, une société purement patrimoniale en cédant son fonds de commerce ou ses moyens d'exploitation par exemple.

La position retenue par l'administration fiscale dans ses commentaires (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n° 25): « la société doit vérifier la condition d'activité [opérationnelle] pendant toute la durée de l'engagement collectif, le cas échéant unilatéral, et de l'engagement individuel de conservation » ne pouvait donc plus tenir. Au-delà de l'effet d'aubaine pour certains, les risques de dévoiement d'un dispositif, privé de sa substance en raison d'une maladresse de plume, étaient réels.

4. Une modification adoptée en urgence

La décision de la Cour de cassation ouvrait la voie à un contournement du régime en permettant de transmettre des actifs éligibles au jour de la transmission, mais ayant vocation à devenir rapidement pure-

ment patrimoniaux tout en profitant d'une exonération destinée à la transmission d'entreprises.

Si on reprend l'exemple de la holding animatrice, rien n'empêchait, sous réserve de l'abus de droit, la mise en place d'une donation des titres d'une telle société suivie de la cession des filiales et du réinvestissement des liquidités ainsi dégagées dans des actifs privés de type immobilier locatif ou titres de placement. Considérant l'importance de l'avantage fiscal octroyé par le régime Dutreil, on imaginait difficilement le Gouvernement laisser les choses en l'état.

A cet égard, il convient de souligner qu'un sénateur s'était quasi-immédiatement emparé du sujet et avait posé, à peine un mois après la date de l'arrêt, une question au ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique sur les projets et intentions du Gouvernement suite à la décision de la Cour de cassation.

Un « patch » est donc rapidement intervenu à la faveur d'un amendement proposé par Jean-René Cazeneuve, rapporteur général, dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances rectificatif pour 2022.

Cet amendement, adopté dans le texte définitif, prévoit que la condition concernant l'activité de la société doit être exercée depuis la date de signature de l'engagement collectif de conservation jusqu'à la fin des engagements individuels de conservation. Par dérogation, en présence d'un engagement collectif « post-mortem » (conclu dans les six mois du décès), cette condition doit être remplie depuis la date du décès jusqu'au

terme des engagements individuels de conservation. Enfin, lorsque la transmission bénéficiant d'un engagement collectif « réputé acquis », la condition liée à l'activité doit être remplie depuis deux ans au moins à la date de la transmission, toujours jusqu'au terme des engagements individuels de conservation. La période d'application de la condition liée à l'activité de la société coïncide donc désormais strictement avec celle des engagements de conservation.

Si la modification opérée est conforme à l'esprit du dispositif Dutreil, nous aurions aimé que le législateur fasse preuve d'un peu moins de rigidité en autorisant que la société puisse devenir temporairement une société patrimoniale. L'administration prévoit certes au Bofip une mesure de tolérance pour les sociétés opérationnelles selon laquelle: « l'abandon d'activités et l'exercice d'activités nouvelles pendant cette durée sont possibles », mais elle la conditionne au maintien du caractère prépondérant du caractère opérationnel de la société. On se demande donc comment qualifier une société qui aurait cédé une part significative de ses branches d'activité et qui placerait sa trésorerie dans l'attente de la concrétisation de nouveaux projets d'investissements. Un cadre légal prévoyant une certaine souplesse pour que l'entreprise réinvestisse dans un délai raisonnable aurait offert une meilleure sécurité au contribuable.

5. Des dispositions transitoires très sévères

Le texte prévoit des dispositions transitoires particulièrement sévères.

Il est prévu tout d'abord qu'il s'appliquera rétroactivement aux transmissions intervenues à compter du 18 juillet 2022 (date de présentation de l'amendement). En outre, la nouvelle rédaction s'appliquera aux transmissions intervenues antérieurement au 18 juillet 2022 et pour lesquelles, à cette même date, l'un des engagements collectifs ou individuels de conservation est encore en cours et la société n'a pas cessé d'exercer une activité éligible.

Le législateur a donc fait le choix d'une rétroactivité qui laisse transparaître un certain agacement face à une décision de la Cour de cassation pourtant juridiquement parfaitement fondée. Si l'objectif poursuivi est louable (éviter que certains ne tirent profit de la décision pour mettre en place de véritables stratégies de contournement), des contribuables de bonne foi risquent, particulièrement en cette période d'incer-

La menace de l'abus de droit

Les praticiens ne peuvent que se féliciter du motif de cassation retenu par la Haute juridiction, gage de sécurité juridique. La Cour de cassation rappelle sans aucune équivoque qu'il n'appartient pas à l'administration fiscale ni aux tribunaux d'ajouter à la loi, au nom de l'intention, de l'esprit ou encore de la substance du texte, des conditions que le législateur n'a pas expressément prévues! L'administration fiscale ne demeure cependant pas désarmée pour sanctionner les contribuables qui tenteraient d'abuser de la situation...

Rappelons que l'administration fiscale est en droit d'écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif exclusif (article L64 du Livre des Procédures Fiscales) ou principal (article L64 A du LPF) d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales.

En matière fiscale, la prudence reste toujours de mise, d'autant plus que l'abus de droit, s'il est avéré, expose le contribuable, outre au montant des droits éludés, à des pénalités pouvant atteindre 80 % du montant de l'impôt.

titude économique, d'être exposés à des rectifications pour cause de non-respect de conditions qui n'étaient pas expressément prévues par le texte au jour de la transmission.

Nous sommes malheureusement habitués à la rétroactivité de ce type de modifications fiscales destinées à corriger la rédaction d'une loi en vigueur pour rendre des décisions de jurisprudence, jugées trop favorables ou trop coûteuses, inapplicables à l'avenir. Malgré l'adoption de la Charte Sapin sur la "nouvelle gouvernance fiscale" du 1^{er} décembre 2014 destinée à accroître la sécurité juridique en matière fiscale, dans laquelle le Gouvernement s'était pourtant engagé à ne plus proposer des lois fiscales rétroactives, nous notons que la non-rétroactivité des lois fiscales dites « de validation » n'est pas visée par la Charte qui n'a d'ailleurs qu'un champ d'application limité et n'a pas de portée normative. Seule une modification Constitutionnelle ou l'application de traités internationaux permettrait d'offrir au contribuable une garantie légitime contre les modifications rétroactives de la loi fiscale.

6. Quel impact sur les contentieux en cours ?

La décision de la Cour de cassation devrait sans nul doute impacter les contentieux portant sur des transmissions réalisées avant le 18 juillet 2022 et pour lesquelles l'éligibilité de l'activité de la société avait déjà cessé à cette date. En effet, face à la caducité de sa doctrine, l'administration fiscale ne devrait plus être en mesure d'exiger la poursuite d'une activité opérationnelle au cours de toute la durée des engagements de conservation et devrait se contenter de s'assurer du caractère opérationnel de la société au jour de la transmission, ce qui peut, bien entendu, être sujet à débat. Les contribuables redressés sur ce fondement devraient donc, grâce à cette jurisprudence, obtenir gain de cause devant les juridictions s'ils parviennent à prouver le caractère opérationnel de l'activité de la société au jour de la transmission.

Pour celles concernées mais non encore vérifiées ou pour lesquelles de nouvelles rectifications peuvent encore être notifiées, il est fort probable que l'administration fiscale, si elle est confrontée à une telle situation, tente d'invoquer l'abus de droit en qualifiant la transmission Dutreil d'opération à but exclusivement fiscal ou a minima, pour les transmissions effectuées depuis le

Un engagement réputé acquis

Le bénéficiaire de l'exonération nécessite la souscription d'un premier engagement, collectif ou unilatéral, de conservation des titres d'une durée d'au moins deux ans.

Toutefois, en cas d'oubli ou d'inaction, les bénéficiaires de la transmission ont toujours la possibilité de se prévaloir d'un engagement collectif (ou unilatéral) réputé acquis ou de conclure un engagement « post-mortem ». Puis, au moment du décès ou de la donation, chacun des héritiers ou donataires doit à son tour s'engager à conserver les titres reçus pendant quatre ans, ce délai de quatre ans commençant à courir au terme de l'engagement collectif (ou unilatéral) lorsqu'il y en a un.

L'actionnariat de l'entreprise doit ainsi rester figé, dans l'intérêt de la société, quatre ans minimum et six ans maximum une fois la transmission réalisée.

1^{er} janvier 2020, à but principalement fiscal. Pour les transmissions intervenues après le 18 juillet 2022 et celles intervenues avant le 18 juillet 2022 mais qui, à cette date, n'avaient pas cessé de porter sur une société dont l'activité est éligible, il est fort à parier que l'administration, confortée dans ses convictions par une nouvelle rédaction du texte légalisant sa doctrine, se montre particulièrement vigilante sur le maintien de cette éligibilité jusqu'au terme des engagements de conservation.



La cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte

7. Quelles perspectives pour le régime Dutreil ?

Toute la question réside dans le point de savoir si le législateur se limitera à cette retouche sachant que le dispositif Dutreil est régulièrement fustigé par des groupes de réflexion comme France Stratégie et Terra Nova ou encore par le Conseil des prélève-

ments obligatoires, la commission internationale Blanchard-Tirole et enfin le Conseil d'analyse économique.

Au-delà de cet amendement présenté de l'aveu même de son auteur comme une « correction technique destinée à éviter les abus », l'examen des débats parlementaires nous laisse à penser qu'il est visiblement prévu une réforme de plus grande ampleur à la fin de l'année à l'occasion du vote de la loi de finances pour 2023. En effet, lors de la discussion de l'amendement, le député Charles de Courson a fait la remarque suivante : « Monsieur le rapporteur général, nous avons déjà longuement débattu de l'interprétation du « pacte Dutreil », que votre amendement vise à rendre plus restrictive. Peut-être est-ce prématuré, puisque vous-même avez dit tout à l'heure que des dispositions visant à régler tous ces problèmes de transmission figureraient dans le prochain PLF ».

Deux scénarii seraient envisageables selon nous. Le premier nous paraît assez extrême et peu probable. Il s'agirait de la suppression pure et simple de ce régime de faveur. Ce scénario catastrophe ne devrait pas se produire car il serait hautement préjudiciable au tissu entrepreneurial français et ferait prendre au Gouvernement un risque économique trop important.

Mais il n'est pas interdit de penser que l'administration fiscale profite de la loi de finances de 2023 pour proposer de remettre à plat tout le dispositif. Dans l'hypothèse d'une telle réforme, il est à espérer qu'avant toute prise de décision, l'administration fiscale et les parlementaires prennent le temps de consulter un panel de praticiens et de chefs d'entreprise. ■