

# Transmission d'entreprise et régime Dutreil

## Évolution positive des commentaires administratifs

PAR **PASCAL-JULIEN SAINT-AMAND**, NOTAIRE ASSOCIÉ, ANCIEN AVOCAT FISCALISTE, DOCTEUR EN DROIT, PRÉSIDENT DU GROUPE ALTHEMIS

**Fin 2021, l'administration fiscale a mis à jour sa position sur la réforme du dispositif Dutreil, marquant ainsi de significatives avancées.**

Les premiers commentaires parus le 6 avril 2021 comportaient des points positifs, mais aussi certains reculs incompréhensibles. Praticiens et ordres professionnels s'en étaient émus dans le cadre de la consultation publique ouverte par l'administration.

La seconde version des commentaires, en vigueur depuis le 21 décembre 2021, est de bien meilleure facture et corrige l'essentiel des faiblesses de la première version.

### ACTIVITÉS ÉLIGIBLES

Les sociétés éligibles sont celles qui exercent une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole. Le détail de ces activités est renvoyé à la définition donnée par les commentaires du Bofip en matière d'IFI (BOI-PAT-IFI-20-20-20-30). En ce qui concerne les activités commerciales, il s'agit de celles visées aux articles 34 et 35 du CGI à l'exclusion des activités de gestion par une société de son propre patrimoine immobilier.

Sont expressément visées comme étant éligibles :

- L'activité de construction-vente d'immeubles ;
- L'activité de marchand de biens.

Sont expressément exclus :

- Les activités de location de locaux nus ;
- Les activités de location de locaux meublés à usage d'habitation ;
- Les activités de loueurs d'établissements commerciaux ou industriels munis du mobilier ou du matériel nécessaire à leur exploitation ;

- Les activités de promotion en restauration de son patrimoine immobilier, consistant à faire effectuer des travaux sur ses immeubles.

### PRÉPONDÉRANCE DE L'ACTIVITÉ ÉLIGIBLE

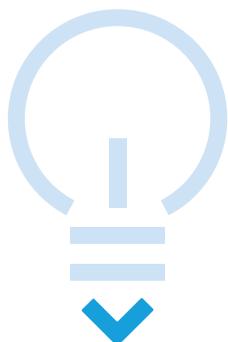
Il n'est pas exigé que la société exerce à titre exclusif les activités éligibles. Il suffit qu'elle les exerce de façon prépondérante, ce critère s'appréciant « en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice » (CE, 23 janvier 2020, n° 435562 ; Cass. Com., 14 octobre 2020, n° 18-17.955).

Rappelons à cet égard, que l'administration précise, à titre de règle pratique, qu'une société exerce une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de façon prépondérante lorsque 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.

### PLURALITÉ D'ACTIVITÉS

Une société qui exerce une pluralité d'activités éligibles peut bénéficier du régime de faveur.

Lorsque la société exerce également des activités non éligibles, elle peut bénéficier du régime de faveur dès lors que les activités éligibles sont prépondérantes.



## ENGAGEMENT UNILATÉRAL DE CONSERVATION

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'engagement collectif de conservation peut être collectif ou unilatéral (c'est-à-dire signé par une seule personne), sous réserve du respect des seuils minimaux et de l'exercice d'une fonction de direction. Le souscripteur unique peut être une personne physique ou, dans la nouvelle rédaction des commentaires, une personne morale. L'administration corrige ainsi son approche restrictive initiale qui excluait les personnes morales de cette faculté.

## EXERCICE D'UNE FONCTION DE DIRECTION

### Transmission invoquant un engagement signé

La nouvelle rédaction reconnaît désormais que la fonction de direction qui doit être exercée pendant 3 ans à compter de la transmission, peut l'être notamment par l'un des signataires de l'engagement collectif ou unilatéral de conservation, non seulement pendant que cet engagement est en cours, mais également après l'ouverture de l'engagement individuel. L'administration abandonne ainsi l'exigence qu'elle avait posée dans la première version de ses commentaires, selon laquelle la fonction de direction ne pouvait être exercée par l'un des signataires de l'engagement collectif ou unilatéral de conservation que pendant la durée de celui-ci. Cette exigence imposait lorsque la condition liée à la direction n'était pas remplie par l'un des donataires, héritiers ou légataires, de proroger l'engagement collectif directement au moins un titre couvert par l'engagement pendant la durée d'exercice de la fonction de direction. L'administration a également abandonné l'exigence que le donateur détienne encore au moins un titre couvert par l'engagement pendant la durée d'exercice de la fonction de direction.

### Transmission invoquant un engagement réputé acquis

La fonction de direction doit, en ce cas, être exercée par l'un des donataires, héritiers ou légataires pour remplir la condition posée par l'article 787 B, d) du CGI. Mais cela n'exclut pas qu'un autre associé, y compris le donateur, exerce, également, une fonction de direction, aux côtés du donataire, héritier ou légataire qui remplit la condition. Cette précision était la bienvenue, car la rédaction initiale laissait penser le contraire.

### Décès du dirigeant après la transmission

Lorsque la personne qui exerce la fonction de direction éligible décède en cours d'engagement (collectif, unilatéral ou individuel), l'administration admet de ne pas remettre en cause le régime de faveur, si un mandataire administre et gère l'entreprise pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés. Cette tolérance est limitée cependant aux cas d'incapacité d'exercer au sens juridique : enfants mineurs, incapables majeurs.

## DÉTENTION PAR LE BIAIS D'UNE SOCIÉTÉ INTERPOSÉE

La donation de titres d'une société interposée détenant une participation dans une société exerçant une activité éligible peut bénéficier du régime de faveur si les titres ainsi détenus par la société interposée sont couverts par un engagement collectif ou unilatéral de conservation. Les commentaires de l'administration abandonnent l'exigence, qui n'avait aucun fondement légal, que le donateur détienne directement au moins un titre de la société dont les titres sont couverts par l'engagement. Par ailleurs, en cas de transmission des titres d'une société interposée, les participations doivent demeurer inchangées. Cette condition s'apprécie en nombre de titres

(et non en pourcentage, cette erreur rédactionnelle a été corrigée dans la dernière version des commentaires).

## DONATION DE TITRES HORS DU RÉGIME DUTREIL ET REMISE EN CAUSE DU RÉGIME DE FAVEUR

La donation peut aussi être réalisée hors engagement Dutreil : l'exonération partielle ne s'applique pas, mais le donataire est, en ce cas également, réputé signataire de l'engagement.

Il est admis que les titres reçus par le donataire dans ces conditions puissent être donnés par celui-ci dans le cadre du dispositif Dutreil sur la base de l'engagement existant, toutes autres conditions étant par ailleurs remplies, dès lors que le donateur initial est considéré comme ayant pris l'engagement pour lui-même et ses ayants cause à titre gratuit.

## DONATION DE TITRES DANS LE CADRE DU RÉGIME DUTREIL ENTRE SIGNATAIRES

Une donation de titres entre signataires de l'engagement collectif peut bénéficier de l'exonération partielle, toutes autres conditions étant par ailleurs remplies. L'administration a corrigé la rédaction antérieure qui laissait planer un doute sur cette possibilité.





## CONDITIONS D'APPORT À UNE SOCIÉTÉ HOLDING PENDANT LA DURÉE DE L'ENGAGEMENT COLLECTIF OU INDIVIDUEL DE CONSERVATION (ART. 787 B F)

C'est sans doute en cette matière que l'administration a fait preuve de la plus grande souplesse.

L'exonération partielle accordée au bénéficiaire de la transmission n'est pas remise en cause en cas de non-respect des engagements collectif, unilatéral ou individuel de conservation par suite d'un apport de titres ayant bénéficié du régime de faveur à une société holding, sous réserve du respect des conditions suivantes :

### Composition de l'actif de la holding

La valeur de l'actif, à l'issue de l'apport et jusqu'au terme des engagements collectif et individuel de conservation, doit être composée à plus de 50 % de participations dans la société soumises à ces mêmes engagements.

Par tolérance, l'administration précise que pour apprécier ce seuil de 50 %, il est admis de prendre en compte, non seulement les participations soumises à l'engagement de conservation, mais aussi les participations dans cette société qui ne le sont pas.

### Détention du capital de la holding

▶ Pendant la période d'engagement collectif ou unilatéral de conservation, les trois-quarts au moins du capital et des droits de vote de la société bénéficiaire de l'apport doivent être détenus par l'ensemble des personnes soumises à cette obligation de conservation, qu'elles soient signataires ou héritiers, donataires ou légataires bénéficiaires de l'exonération.

▶ Pendant la période d'engagement individuel, il est tenu compte, pour l'appréciation du seuil de 75 %, des titres détenus dans la société bénéficiaire, de l'apport par les seules personnes soumises à cet engagement individuel de conservation.

Toutefois, par tolérance, l'administration précise qu'il est admis que le ou les donateurs puissent détenir plus de 25 % du capital et des droits de vote de la holding, à la condition que la majorité du capital et des droits de vote soit détenue par les bénéficiaires de l'exonération partielle. Il s'agit là d'une véritable tolérance donnant un peu plus de souplesse, notamment dans le cadre de donation-partage avec soulte. En effet, si, à la suite de l'apport en holding, les remontées de dividendes apparaissent trop faibles pour rembourser l'emprunt, le donateur pourra alors apporter à la holding une partie des titres qu'il a conservés, sans remettre en cause le régime de faveur, sous réserve que le donateur reste minoritaire.

### Dirigeant de la holding

La direction de la société bénéficiaire de l'apport de titres, pendant les trois ans qui suivent la date de la transmission, doit être assurée :

- ▶ Pendant l'engagement collectif ou unilatéral de conservation par l'un des signataires de cet engagement ou par l'un des bénéficiaires de l'exonération (donataires, héritiers ou légataires) ;
- ▶ Pendant l'engagement individuel par l'un des bénéficiaires de l'exonération.

Par tolérance, l'administration fiscale admet que le donateur des titres apportés à la holding puisse remplir la fonction de direction durant l'engagement individuel de conservation, et cela même, s'il a, depuis la signature de cet engagement, transmis tous les titres qui y sont soumis.

Parallèlement, on rappelle que la fonction de direction dans la société exerçant l'activité éligible et dont les titres ont été apportés à la holding dans le cadre de l'article 787 B f continue à devoir être remplie dans les conditions habituelles (l'un des signataires de l'engagement collectif ou unilatéral de conservation, ou bien l'un des bénéficiaires de l'exonération).

### Conservation des titres de la holding et des titres objets de l'apport

Aucune modification n'est intervenue dans les commentaires de l'administration à cet égard. La holding a l'obligation de conserver les titres apportés jusqu'à la fin des engagements. Les associés apporteurs ayant bénéficié du régime de faveur ont l'obligation de conserver les titres de la holding jusqu'à la fin des engagements.

En conclusion, il convient de saluer les avancées très positives de l'administration fiscale dans la rédaction de cette seconde instruction, qui tiennent très largement compte des observations formulées dans le cadre de la consultation publique. L'essentiel des interprétations trop strictes, voire erronées, a été corrigé. Les fondamentaux du régime Dutreil sont ainsi rétablis et redonnent à ce régime toute sa cohérence.

