

Pacte Dutreil : mais comment peut-on encore s'en passer ?

Si l'auteur de *De l'esprit des lois* ⁽¹⁾ se demandait dans un célèbre roman « *mais comment peut-on être Persan ?* », de nos jours pourrait-il aussi se demander sur le même ton « *mais comment peut-on ne pas avoir conclu de Pacte Dutreil ?* ». Dans un contexte économique des plus moroses et d'instabilité fiscale, ce dispositif de faveur constitue un véritable sanctuaire des plus rares et attractifs. Pourtant, nombreux sont les redevables qui soit n'en ont toujours pas conclu, soit n'en exploitent que fort peu le potentiel. En ce début d'année fiscale, pourquoi ne pas inclure dans les bonnes résolutions la signature d'un Pacte Dutreil ?



Par **Léa Faulcon**,
Avocat associé, Blackbird
Baschet, membre de l'IACF



et **Wanda Hannecart-Weyth**,
Ingénieur patrimonial,
co-auteur du *Lamy Patrimoine*
et du *Lamy Fiscal*



CGI, art. 787 B et C ;
CGI, art. 885 I bis.

POUR EN SAVOIR PLUS :
L. n° 2003-721, 1^{er} août
2003, JO 5 août ;
Cass. com., 8 oct. 2013,
n° 12-20.432.

Repère : *Lamy fiscal*
2013, § 7626 et s.,
7731, 7841

Rares sont les dispositifs de faveur qui n'ont pas été réduits, rabotés ou plafonnés depuis une décennie. Celui applicable aux droits d'enregistrement liés à la détention ou transmission d'une entreprise ⁽²⁾ témoigne d'une progression et d'une extension inégalées du dispositif, ainsi que de caractéristiques novatrices et originales. Le comparatif pour l'ISF et les transmissions entre Pacte ou sans Pacte est à cet égard des plus convaincants.

→ Des origines à nos jours : une progression du dispositif

« *Rendons à César ce qui appartient à César* » (Matthieu, 22, 17), pour citer la parole du Christ à propos de la légitimité de l'impôt acquitté par les Pharisiens aux Romains : les Pères Fondateurs du Pacte ne sont pas Messieurs Renaud Dutreil et Christian Jacob, mais bien Messieurs **Didier Migaud** et **Yvon Gattaz**. Son année de naissance n'est pas 2003 ou 2000, mais 1996.

Les textes actuels constituent en effet les lointains descendants d'un dispositif voté par la loi de finances pour 1996 ⁽³⁾, mais censuré par le Conseil constitutionnel ⁽⁴⁾ originellement prévu pour les seules transmissions et étendu par la suite à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), dont il convient de rappeler certaines caractéristiques des plus novatrices.

En effet, l'article 9 de la loi de finances pour 1996 exonérait de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 50 % de leur valeur et dans la limite de 15,24 M€ pour chacun des donateurs, les biens considérés comme des biens

professionnels au sens de l'ISF, lorsque ces biens étaient transmis dans un même acte par un ou plusieurs donateurs tous âgés de moins de 65 ans qui, eux-mêmes, soit exerçaient leur activité dans l'entreprises, soit étaient détenteurs des titres transmis depuis 5 ans au moins.

Les donations étaient alors les seules transmissions favorisées par ce régime.

En contrepartie, les donataires devaient s'engager à conserver pendant 5 ans les biens ainsi transmis, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société qu'ils contrôlaient. Il n'était toutefois pas exigé que l'un d'entre eux exerce une fonction dirigeante au sein de l'entreprise transmise, afin de laisser la possibilité de faire appel à un gestionnaire extérieur dans le cas où ce dernier aurait été plus expérimenté que les héritiers. Cette exonération était également applicable aux donations consenties par des personnes âgées de plus de 65 ans et aux transmissions par décès accidentel d'une personne âgée de moins de 65 ans.

Enfin, la rupture de l'engagement de conservation des titres était lourdement sanctionnée puisqu'au-delà des droits éludés, le donataire était tenu d'acquitter une pénalité représentant la moitié de la réduction d'impôt précédemment consentie.

Cet article a été invalidé par le Conseil constitutionnel qui a considéré que cette exonération méconnaissait le principe d'égalité devant la loi, en relevant particulièrement l'absence

(1) *Lettres persanes*, Charles Louis de Secondat de La Brède, dit Montesquieu, 1721.

(2) CGI, art. 787 B et C ; CGI, art. 885 I bis.

(3) L. fin. 1996, n° 95-1346, 30 déc. 1995, JO 31 déc., art. 9.

(4) Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC.

de fonction dirigeante et la distinction opérée selon l'âge des bénéficiaires.

Une nouvelle tentative en 1999 portant sur les seules transmissions par décès a été cette fois jugée conforme. Le **dispositif « Migaud-Gattaz »** (du nom du rapporteur du Budget et de l'ancien patron du Conseil national du patronat français [CNPF], lui-même à la tête d'une entreprise familiale) codifié par l'article 11 de la loi de finances pour 2000⁽⁵⁾, a ainsi créé deux régimes de réduction des droits d'enregistrement pour la transmission de sociétés et entreprises individuelles⁽⁶⁾.

En voici les principales caractéristiques :

- engagement collectif de conservation d'une durée minimale de 8 ans (et non plus de 5 ans comme précédemment) ;
- aucun plafond lié à l'avantage fiscal ou à la société bénéficiaire ;
- participation : 25 % des droits de vote et des droits financiers pour les sociétés cotées, 34 % pour les sociétés non cotées ;
- exercice par l'un des signataires de l'engagement collectif d'une activité professionnelle dans la société, dans les 5 années suivant la date de la transmission par décès (condition issue de la décision du Conseil constitutionnel précédemment évoquée) ;
- engagement des héritiers, donataires ou légataires de conserver les parts ou actions transmises pendant une durée de 8 ans à compter de la date d'expiration de l'engagement collectif.

La loi de finances pour 2001⁽⁷⁾ a **réduit le délai minimal de l'engagement collectif de 8 à 2 ans** et celui de l'**engagement des héritiers à 6 ans**. Une réforme en profondeur a été opérée par la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique⁽⁸⁾ qui a :

- transposé le régime aux **donations en pleine propriété** ;
- abaissé le seuil des droits financiers et des droits de vote devant être réunis dans le cas des sociétés cotées, de 25 % à 20 % ;
- autorisé les cessions ou donations entre associés signataires de l'engagement afin que celui-ci puisse « respirer » ;
- supprimer l'excessive lourdeur des pénalités applicables en cas de non-respect de l'engagement.

Un parlementaire, dont le nom est désormais familier pour l'assurance-vie⁽⁹⁾, avait souhaité en outre réduire le délai de conservation à 3 ans, en considérant le faible succès du dispositif jusqu'alors. Le rapporteur avait observé que « *le dispositif que l'amendement entend corriger avait pris en compte la nécessité de proportionner l'avan-*

tage fiscal à l'objectif d'intérêt général poursuivi qui peut justifier qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant l'impôt. En outre, raccourcir le délai de conservation des titres à 3 ans pourrait entraîner une rupture d'égalité. Le faible succès du régime mis en place par la loi de finances pour 2000 s'explique par ailleurs essentiellement par le caractère récent du dispositif ».

Observons que la limitation aux seules transmissions en pleine propriété était alors justifiée par le souhait du Gouvernement d'éviter la transmission d'une entreprise qui ne se traduirait pas par la passation réelle du pouvoir dirigeant en son sein ainsi que par son coût pour l'État. Cet argument ne convainquait guère, d'autant que dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété, c'est le nu-propriétaire qui, à l'égard du Code civil, est le seul propriétaire.

Le législateur n'a d'ailleurs pas tardé à changer de point de vue, en considérant notamment la grande faveur du démembrement de propriété auprès des chefs d'entreprise, faveur toujours entretenue de nos jours pour les seules raisons fiscales, ce qui est regrettable au regard de la portée civile négligée de l'acte.

La loi du 2 août 2005 en faveur des PME⁽¹⁰⁾ marque l'exceptionnelle faveur du législateur en :

- portant le taux de l'exonération de 50 % à 75 % de la valeur des parts ou actions transmises ;
- étendant le bénéfice de cette exonération aux **donations consenties avec réserve d'usufruit**, à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices. Le cumul avec les réductions de droit liées à l'âge du donateur était toutefois exclu.

En pratique, les heureux signataires d'un Pacte *Migaud-Gattaz-Jacob-Dutreil* en 2003 bénéficiaient immédiatement et *ipso facto* de l'augmentation du taux de l'exonération ! La rentabilité du coût du Pacte (enregistrement 125 € par acte et honoraires de rédaction naturellement raisonnables) était exceptionnelle.

Était-il possible de repousser encore les frontières du possible et d'aller là où personne n'était encore allé ?⁽¹¹⁾ Oui ! Et le législateur le prouva encore à de multiples reprises... ▶

(5) L. fin. 2000, n° 99-1172, 30 déc. 1999, 31 déc.

(6) CGI, art. 789 A et 789 B ; CGI, art. 1840 G.

(7) L. fin. 2001, n° 2000-1352, 30 déc. 2000, JO 31 déc.

(8) L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, JO 5 août.

(9) Jean Michel Fourgous.

(10) L. n° 2005-882, 2 août 2005, JO 3 août.

(11) *To boldly go where no one as gone before*, pour les fans de Star Trek !

La loi de finances pour 2008 du 24 décembre 2007⁽¹²⁾ a réduit ainsi :

- de 6 à 4 ans la durée de l'engagement individuel succédant à l'engagement collectif d'au moins 2 ans ;

- de 5 à 3 ans après la transmission de l'entreprise la durée d'exercice de l'activité professionnelle principale au sein de l'entreprise par l'un des associés.

De plus, elle admet que les titres faisant l'objet de l'engagement de conservation puissent être transmis par les donateurs pendant la durée de l'engagement individuel. En 2010, l'application de cette disposition aux droits de mutation à titre gratuit a été chiffrée à hauteur de 470 M€, pour un nombre de bénéficiaires de l'ordre de 2 000 à 2 500 par an.

Dernière faveur en date du législateur : l'article 12 de la première loi de finances rectificative pour 2011⁽¹³⁾ accroît la souplesse du Pacte par deux types d'aménagements afin de faciliter la sortie éventuelle de l'un des signataires et de permettre une entrée plus aisée d'un nouvel associé dans l'engagement :

- l'admission de nouveaux associés dans l'engagement collectif de conservation sans qu'il soit nécessaire de conclure un nouvel engagement, sous condition d'une reconduction de la durée de l'engagement de 2 ans ;

- le maintien des engagements collectifs en cas de cession des parts.

Autre régime d'exception : les réductions de droits liées à l'âge du donateur⁽¹⁴⁾ pour les donations sont supprimées... sauf pour les Pactes Dutreil.

I S F

C'est la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique⁽¹⁵⁾ qui a étendu le dispositif existant pour les transmissions à l'ISF. La finalité première était de garantir la pérennité des entreprises à actionnariat familial ainsi que de répondre au problème de la taxation des héritiers d'une entreprise n'y exerçant aucune fonction et ne pouvant bénéficier de l'exonération de leurs titres de l'assiette de l'ISF au titre des biens professionnels. Un entrepreneur a souvent des enfants, mais moins souvent qu'auparavant un ou des enfants repreneurs ou associés à titre principal. Naturellement, l'idée était également d'éviter les délocalisations de capitaux.

Un rapport parlementaire⁽¹⁶⁾ avait rappelé que cette préoccupation était déjà ancienne au Sénat puisque, dès 1997, une proposition de loi était déposée pour reconnaître sur le plan législatif les

pactes d'actionnaires et en tirer les conséquences en termes de fiscalité.

En 1997, Philippe Marini, rapporteur général de la Commission des finances, a déposé une proposition de loi relative aux pactes d'actionnaires⁽¹⁷⁾.

L'exposé des motifs visait à obtenir une reconnaissance législative des pactes d'actionnaires : « Cherchant à organiser, généralement pour une longue période, le contrôle de la gestion d'une société, la composition de son capital ou encore la sortie d'un actionnaire de la société, ces accords extra-statutaires présentent une indéniable utilité. Ils contribuent à assurer la stabilité indispensable à la réalisation d'objectifs complexes, de moyenne ou longue durée, notamment dans le cadre des groupes de sociétés, des holdings, et plus spécifiquement encore dans le cadre des filiales communes. De même, leur utilité en ce qui concerne les sociétés familiales n'est plus à démontrer. Les pactes d'actionnaires permettent alors d'organiser le contrôle du capital et de conserver le caractère propre de ces entreprises. »

Elle proposait qu'au-delà du seuil de 25 % prévu par l'article 885 O du CGI, les actions et parts sociales détenues par des associés liés durablement par un pacte d'actionnaires de 5 ans soient considérées comme des biens professionnels. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue. Pour l'ISF, on peut donc bien parler de fondation du Pacte en 2003, dispositif ayant été également aménagé par les législateurs successifs.

En 2010, on dénombrait 14 383 bénéficiaires des engagements collectifs de conservation au titre de l'assujettissement à l'ISF, pour un coût de l'exonération partielle chiffré à 157 M€⁽¹⁸⁾.

→ Des caractéristiques novatrices et originales

La loi n'impose pas qu'il soit conclu un seul engagement de conservation. Les associés sont donc libres de prendre un engagement de cette nature sur le pourcentage de parts qu'ils souhaitent et avec des associés différents ou identiques pour chaque engagement. Ainsi l'associé A d'une société cotée peut conclure un engagement portant sur 40 % des droits sociaux, alors qu'il en détient 50 %, avec l'associé B,

(12) L. fin. 2008, n° 2007-1822, 24 déc. 2007, JO 27 déc.

(13) L. fin. rect. 2012, n° 2011-900, 29 juill. 2011, JO 30 juill.

(14) CGI, art. 290.

(15) L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, JO 5 août.

(16) Rapport n° 217 (2002-2003) de M. Jean-Jacques HYEST, Mme Annick BOCANDÉ et M. René TRÉGUËT, fait au nom de la Commission spéciale, déposé le 19 mars 2000.

(17) Proposition de loi n° 379 enregistrée à la Présidence du Sénat le 2 juillet 1997.

(18) Rapport parlementaire n° 3503, 1^{er} juin 2011, précité.

qui en « apporte » 7 % et l'associé C qui en « apporte » 8 % ; parallèlement, l'associé A peut conclure un autre engagement portant sur la totalité de ses parts (50 %) avec les associés D et E qui y « apportent » respectivement 5 % et 6 %. En pratique, il convient de faire preuve d'esprit créatif pour anticiper toutes les situations qui pourraient se produire et « visualiser un semainier Dutreil » dans les tiroirs duquel figurerait le Pacte correspondant à chaque situation sur le plan économique, fiscal et civil : cession partielle, fusion, absorption, réduction ou augmentation de capital, divorce, prédécès des bénéficiaires, indivision...

Autre originalité : les pactes engagent les ayants cause à titre gratuit de chacun des signataires. Pour bénéficier de la réduction de droits d'enregistrement, les héritiers, donataires ou légataires devront en effet, à la suite de la transmission, prendre un engagement individuel de conservation des parts ou actions transmises pendant la durée requise. À la différence de l'engagement collectif, chaque ayant droit pourra individualiser son choix, en fonction de sa volonté ou de la quote-part des titres concernée par le Pacte.

Rappelons à cet effet les dispositions très anciennes de l'article 1122 du Code Civil : « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

L'un des bénéficiaires ou associés devra exercer une fonction de direction au sein de l'entreprise, fonction précisée par la loi selon le statut de la société. Cette condition de direction est peu contraignante, car il est admis qu'elle ne soit pas exercée par la même personne pendant la durée prévue. En l'absence d'héritiers ou d'associés repreneurs, la transmission d'une seule part de l'entreprise à une personne capable d'assurer des fonctions de direction fera de celui-ci un héritier de par la volonté testamentaire. En tant que tel, s'il exerce une fonction de direction, il assurera aux héritiers familiaux le bénéfice du régime de faveur. Naturellement, pour éviter toute pression d'un collaborateur conscient de l'avantage ainsi procuré à la famille, il est prudent de prévoir la transmission de plusieurs parts à plusieurs personnes, le coût étant minime, même pour la transmission à un tiers, en considérant l'abattement de 75 % qui profitera à tous ! De même, une personne physique⁽¹⁹⁾ comme une personne morale peuvent exercer cette fonction à qualité. Il sera donc également loisible que l'un des signataires du pacte soit une holding de contrôle, pouvant exercer la

fonction requise sans crainte d'interférences... Le Pacte est **facultatif** et n'induit en rien, lors de son enregistrement, la mention de la valeur des titres de l'entreprise. Chaque associé et chacun de ses ayants droit lors de la transmission pourra, selon le cas, décider d'utiliser ou non le ou les pactes adéquats.

Enfin, le **décalage de portage** des titres s'apprécie globalement : aucune disposition n'induit d'attendre l'expiration de la durée de l'engagement collectif de 2 ans pour transmettre de son vivant. Un engagement collectif signé le lundi et enregistré le mardi peut faire bénéficier dès le mercredi les ayants droit de l'abattement d'assiette de 75 %. La durée de computation de leur engagement individuel ne prendra effet que 2 ans moins 1 jour, à la fin initiale de la durée de l'engagement collectif.

→ Comparatif avec ou sans Pacte

ISF

Le régime d'exonération des biens professionnels⁽²⁰⁾, bien qu'assoupli par le législateur de 2011, impose toutefois un cumul contraignant de **plusieurs conditions** :

- l'activité doit être exclusivement commerciale, industrielle, agricole ou libérale.
- En plus de la délicate question des liquidités issues de la cession d'un actif et non immédiatement investies⁽²¹⁾, rappelons que la gestion du patrimoine mobilier ou immobilier n'est pas admise⁽²²⁾, à l'exception des biens immobiliers nécessaires à l'activité de l'entreprise. En pratique, il n'est pas rare que les actifs de l'entreprise incluent une part d'immobilier non professionnel ou des activités purement patrimoniales, en présence d'une seule société holding notamment ;
- l'exercice d'une fonction de direction ;
- la détention par le redevable et son groupe familial de 25 % des droits de vote et non plus seulement des droits financiers ou, à défaut, que les titres représentent plus de 50 % de son patrimoine (avec une dérogation en cas d'augmentation de capital) ;
- la perception d'une rémunération « normale » issue de l'exercice de la fonction de direction, représentant plus de 50 % des revenus d'activité ;

(19) Un héritier de 19 ans répond à la condition de poursuite de l'exploitation, par exemple (CA Pau, 10 janv. 2013, n° 11/03410).

(20) CGI, art. 885 O.

(21) CGI, art. 885 O ter.

(22) CGI, art. 885 O quater.

– une détention admise à hauteur d'un seul niveau d'interposition entre le redevable et la ou les sociétés. Par mesure de tempérament, sont considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés holdings « *animatrices* » de leur groupe, qui répondent aux conditions des *articles 885 N et suivants du CGI*.

Rappelons que, parmi les multiples et abondants contentieux portant sur le cumul impératif de ces conditions, l'administration fiscale vient dernièrement de porter un coup de froid à la notion de holding animatrice en précisant son interprétation dans un sens des plus restrictifs...⁽²³⁾

Le Pacte Dutreil, codifié à l'*article 885 I bis du CGI*, permet l'octroi d'une économie d'assiette de 75 % et non 100 % sur des droits sociaux, à des conditions nettement moins nombreuses et plus souples :

- aucun seuil de détention des titres par redevable n'est requis : l'engagement collectif doit seulement porter sur 34 % ou 20 % des titres selon que la société est ou non cotée ;
- aucun critère de rémunération « *normale* » ou de proportion par rapport aux revenus d'activité n'est imposé ;
- le Pacte peut porter sur les titres d'une société détenus au travers d'un ou deux niveaux d'interposition, à la condition que les participations soient conservées inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement. L'exonération partielle des titres d'une société holding non animatrice est donc possible s'il existe un ou deux niveaux d'interposition par rapport à la société cible (société opérationnelle ou holding animatrice). Ce ne sont pas les titres de la holding qui font l'objet de l'engagement de conservation, mais ceux qu'elle détient directement ou indirectement dans la société cible. L'exonération partielle bénéficie aux parts ou actions de sociétés holdings animatrices de leur groupe, dès lors que ces sociétés sont considérées comme ayant une activité commerciale ;
- l'exonération peut concerner les titres d'une société exerçant une activité non exclusivement commerciale, dans la mesure où l'activité civile n'est pas prépondérante. Selon l'instruction publiée le 21 mars 2012, la prépondérance de l'activité éligible s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs : le chiffre d'affaires ainsi procuré et le montant de l'actif brut immobilisé affecté à cette activité.

Les critères du Pacte Dutreil-ISF étant moins contraignants, il paraît difficile d'en faire l'économie, pour le moins à titre « *défensif* », vu son faible coût et son caractère facultatif. Dans l'hypothèse d'une contestation portant sur l'un ou l'autre des critères cumulatifs de l'*article 885 O bis du CGI*, la sanction est la perte de l'exonération à 100 %. L'imposition pourrait être limitée à 25 % si le Pacte Dutreil est activé, ce qui rentabilise largement son coût.

TRANSMISSION

Si le paiement différé pendant 5 ans puis fractionné sur une période de 10 ans est applicable aux transmissions d'entreprise⁽²⁴⁾ à un taux excessivement bas, seul le Pacte Dutreil permet une exonération d'assiette.

À cet égard, il est souvent évoqué pour justifier la non signature d'un Pacte « *transmission par décès* » soit la signature d'un Pacte « *donation* », soit l'existence, pour les transmissions non préparées, du Pacte « *réputé acquis* »⁽²⁵⁾ ou « *post mortem* » à défaut des conditions réunies dans ce cas.

Rappelons, dans un premier temps, que pour les pactes « *anticipés* », donation et succession, l'engagement doit être « *en cours* » au jour de la transmission. Or, s'il est possible de décider du moment d'une transmission entre vifs, cela l'est moins pour une transmission par décès. La rédaction du Pacte doit donc refléter, par une clause de renouvellement automatique adaptée, cet aléa. Dans un second temps, la quote-part des titres éventuellement transmissible par donation peut ne pas être la même que celle souhaitée en cas de décès. Cette observation est encore plus adaptée quant à l'alternative laissée par le législateur pour les transmissions « *non préparées* » via les pactes « *réputés acquis* » et « *post mortem* ». *De profundis clamavi* peut-être, mais il n'est pas sûr dans ce cas qu'héritiers et administration fiscale affinent la quote-part des titres aussi bien que le défunt l'aurait souhaité... Pour toutes ces raisons, mieux vaut anticiper en s'appuyant sur ses conseils et surtout enregistrer les Pactes afin de profiter, pourquoi pas, d'une réduction future de la durée de conservation...

(23) Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-20.432 ; Sur cette question : « *Belles holdings endormies : pour être animatrices, réveillez-vous, activez-vous !* », Léa Faulcon et Wanda Hannecart-Weyth, **Les Nouvelles fiscales n° 1125, p. 4 et s.**

(24) CGI, art. 1717.

(25) CGI, art. 787 B, al. 4.