

Flash Infos – Rédigé le 12 septembre 2022

**« Pacte Dutreil » : l'activité éligible doit se poursuivre jusqu'à l'issue des engagements**

On sait que les transmissions par décès et les donations de parts ou actions de sociétés ayant fait l'objet d'un engagement collectif de conservation (« pacte Dutreil ») sont susceptibles d'être **exonérées de droits de mutation à titre gratuit à hauteur des trois quarts de leur valeur**, sous réserve de respecter les conditions prévues par **l'article 787 B du CGI**.

Parmi les conditions fixées par ce texte, la société dont les titres sont transmis **doit avoir une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale**, étant rappelé qu'est assimilée à une telle activité celle de **holding animatrice de groupe** (société qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers, le caractère principal de son activité d'animation de groupe devant être retenu notamment lorsque la valeur vénale, au jour du fait générateur de l'imposition, des titres de ces filiales détenus par la société holding représente plus de la moitié de son actif total ; Cass. com. 14/10/2020 n° 18-17.955 FS-PB).

A cet égard, la question a pu se poser de savoir **suivant quelle computation de durée cette condition d'activité doit être respectée**.

En premier lieu, l'administration fiscale estime que l'activité éligible doit être vérifiée « *pendant toute la durée de l'engagement collectif, le cas échéant unilatéral, et de l'engagement individuel de conservation* » (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n°25, 21/12/2021).

En second lieu toutefois, au sein d'une récente décision concernant une société holding animatrice de groupe (Cass. com. 25/05/2022 n° 19-25.513 F-PB), la Cour de cassation a désavoué cette interprétation administrative au titre de la durée exigée d'une activité éligible. En l'espèce, la Cour a été conduite à se prononcer dans une affaire où une société holding avait certes la qualité d'animatrice de groupe à la date du décès du *de cuius* mais avait perdu cette qualité avant l'issue de l'engagement de conservation des titres. L'arrêt d'appel attaqué devant la Cour Suprême énonçait que s'agissant d'une société holding, bien qu'ayant la qualité d'animatrice de groupe au jour du décès du *de cuius*, le bénéfice de l'avantage fiscal accordé par ce texte 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, comme c'est le cas, par exemple, dans l'hypothèse d'une procédure collective, conserver une activité économique. Mais la Haute Cour a jugé qu'« *en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé* ». En somme, seul le texte légal préside aux destinées de cette question

et il suffit, selon la Cour de cassation, que la condition d'activité soit respectée au jour du fait générateur de l'impôt, en l'occurrence au jour du décès.

Redoutant d'éventuels effets d'aubaine de cette jurisprudence, le législateur a réagi avec une rapidité qu'on ne lui connaissait pas en cette matière.

Il ressort en dernier lieu de l'article 8 I de la loi n°2022-1157 de finances rectificative pour 2022 du 16/08/2022 qu'en principe, la condition d'exercice d'une activité éligible doit être satisfaite « **à compter de la conclusion de l'engagement de conservation** » collectif ou unilatéral (d'une durée de deux ans) « **jusqu'au terme de l'engagement de conservation** » individuel (d'une durée de quatre ans), autrement dit durant six années.

« *Par dérogation* », dans l'hypothèse d'un engagement post mortem, cette condition doit être satisfaite « *à compter de la transmission des titres* » et, dans l'hypothèse d'un engagement réputé acquis, elle doit être respectée « *depuis deux ans au moins à la date de cette transmission* ». Mais dans ces deux hypothèses, la dérogation ne porte que sur le moment à compter duquel la condition doit être vérifiée, sans contrevenir au principe selon lequel la condition doit être observée jusqu'au terme de l'engagement individuel de quatre ans.

Cette nouvelle disposition a été introduite par création d'un « c bis » au sein de l'article 787 B du CGI.

S'agissant des modalités d'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, l'article 8 II de la loi susvisée dispose qu'elle s'applique « *aux transmissions intervenant à compter du 18 juillet 2022 ainsi qu'à celles pour lesquelles, à cette même date, les conditions suivantes sont cumulativement remplies* » :

1° *L'un des engagements mentionnés au c bis de l'article 787 B du code général des impôts est en cours ;*

2° *La société mentionnée au premier alinéa du même article 787 B n'a pas cessé d'exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ».*

En d'autres termes, le nouveau « c bis » de l'article 787 B du CGI s'applique d'une part aux transmissions réalisées depuis le 18/07/2022, d'autre part à celles réalisées antérieurement si l'un des engagements de conservation (collectif, unilatéral, individuel) est en cours et si la société n'a pas cessé d'exercer une activité éligible.

Le Conseil constitutionnel ayant rendu une décision n°2022-842 DC le 12/08/2022 ne portant que sur les articles 5 et 6 de la loi (validés sous réserves), la loi comportant le nouveau « c bis » de l'article 787 B du CGI a été publiée au Journal officiel du 17/08/2022.

En fin de compte, **le législateur a créé une condition de durée** de l'activité éligible qui tend à contrecarrer la jurisprudence de la Cour de cassation dans les conditions indiquées ci-dessus au titre de son entrée en vigueur et qui converge, dans cette mesure, avec l'interprétation qu'avait déjà donnée l'administration à la condition d'activité éligible.

S'il est justifié que certaines sujétions du dispositif « Dutreil » doivent être vérifiées au cours des engagements de conservation, cette approche doit s'appliquer avec discernement, sans contredire le principe général qui s'impose en matière de droits de mutation à titre gratuit, selon

lequel les règles et leur respect s'apprécient à la date du fait générateur de l'impôt. Il aurait ainsi pu être admis (comme la Cour de cassation l'a jugé) que la condition d'activité ne devrait être obligatoirement satisfaite qu'à la seule date de la transmission, sans aucunement affecter par ailleurs les obligations de conservation des titres. Durcir à présent la condition d'activité en l'assortissant d'une aussi rigoureuse contrainte de durée pourrait conduire à confondre la condition d'activité et l'obligation de conservation des titres, qui ne procèdent pas des mêmes préoccupations. Si la crainte de l'administration était qu'une société exploitante use de la jurisprudence du 25/05/2022 pour céder ses activités opérationnelles en cours d'engagement individuel au profit d'activités purement civiles (cf. exposé des motifs de l'amendement n°730), l'administration disposait déjà de moyens juridiques permettant de réprimer efficacement les abus de droit lorsqu'ils existent (articles L. 64 et L. 64 A du LPF notamment), mais laissant aussi la voie ouverte à la démonstration contraire du contribuable sous le contrôle du juge de l'impôt. S'il est exact que la raison d'être du dispositif « Dutreil » est d'assurer, dans le contexte d'une transmission, la pérennité d'une entreprise exerçant une activité économique opérationnelle, chacun sait (plus encore en temps de crise) que des événements imprévisibles peuvent parfois affecter durement la vie d'une entreprise, plus encore sur une période de six années consécutives. Comme l'avait rappelé la cour d'appel dans l'affaire Cass. com. 25/05/2022 n° 19-25.513 F-PB, la perte d'activité économique en cours d'engagement peut aussi résulter de circonstances indépendantes de la volonté des parties ; elle peut découler, en tout état de cause, de motifs autres que fiscaux alors que la lettre du nouveau « c bis » de l'article 787 B du CGI ne réserve aucune mesure légale de tempérament dans ces situations.