

Comment sécuriser et optimiser la transmission à titre gratuit du patrimoine privé et professionnel ?

1. Les nouvelles possibilités de rescrit

1.1. La légalisation du rescrit-valeur pour les donations d'entreprise

(loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 - loi de finances rectificative pour 2008)

ENJEUX

Le « rescrit-valeur » permet de sécuriser la donation des entreprises en s'assurant, par la saisine préalable de l'administration fiscale, de l'absence de contestation ultérieure par celle-ci de la valeur de l'entreprise transmise, base de l'impôt.

Le rescrit valeur existait déjà mais n'était prévu que par la doctrine administrative (deux instructions des 8 janvier 1998 et 11 septembre 2006). Sa légalisation par l'article L 18 nouveau du LPF garantit aujourd'hui la pérennité de l'institution et prouve la reconnaissance de son utilité par les pouvoirs publics.

POINTS ESSENTIELS

Ce régime de rescrit n'existe que pour la valorisation des entreprises individuelles et sociétaires. La procédure est longue, l'administration fiscale disposant d'un délai de six mois pour se prononcer sur la demande du donateur, ce qui implique que la décision de recourir au rescrit valeur doit être prise bien en amont de la date de la transmission envisagée.

CONSEILS PRATIQUES

Le dépôt d'une demande de rescrit-valeur implique de jouer la transparence et de faire une présentation complète des éléments utiles à la valorisation de l'entreprise. Notre Cabinet bénéficie d'une expérience significative en matière de rescrit-valeur.

1.2. Le contrôle sur demande en matière de donation et de succession

(loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 - loi de finances rectificative pour 2008)

ENJEUX

En matière de donation et de succession, l'administration fiscale dispose, pour contrôler et agir en rehaussement d'imposition, d'un délai expirant le 31 décembre de la troisième année suivant celle au cours de laquelle s'est produit l'enregistrement de l'acte de donation ou la déclaration de succession (voire de la sixième année suivante dans certains cas). L'article L 21 B nouveau du LPF a pour objet de réduire ce délai à un an, décompté à partir de la déclaration.

POINTS ESSENTIELS

Il s'agit d'un contrôle *a posteriori* par l'administration fiscale de l'acte de donation ou de la déclaration de succession. La demande doit être formée dans les trois mois de l'acte ou de la déclaration par un ou par un groupe de bénéficiaires titulaires d'au moins un tiers de l'actif transmis. La garantie résultant de ce contrôle ne porte en réalité que sur les valeurs des biens déclarés. En effet, sont expressément exclus les omissions et le non respect de conditions ou d'engagements attachés à un régime de faveur.

CONSEILS PRATIQUES

Cette mesure est aujourd'hui limitée dans le temps aux donations consenties ou aux successions ouvertes entre le 1^{er} janvier 2009 et le 31 décembre 2011. Le fait que le processus de contrôle ne puisse être déclenché qu'*a posteriori* et, dans certaines situations, puisse l'être à l'initiative d'un seul des donataires ou héritiers, risque de créer des tensions familiales compte tenu de la solidarité entre les donateurs et donataires, pour le paiement des droits de donation et, entre héritiers, pour le paiement des droits de succession. Il est donc important d'établir en amont une stratégie commune.

2. Transmission d'entreprises et pacte Dutreil

(article 787 B du CGI – exonération partielle de droits de donation et de succession par une réduction de 75 % de valeur imposable des titres)

2.1. Sur l'intérêt d'établir un pacte collectif « succession » de son vivant

ENJEUX

Afin de ne pas pénaliser les héritiers dont les auteurs n'auraient pas pris soin de conclure un engagement collectif de conservation de leurs titres, la loi de finances pour 2008 leur a ouvert deux possibilités de bénéficier de l'exonération partielle de droits de succession :

- le « pacte *post mortem* » : un ou des héritiers peuvent conclure dans les six mois du décès un pacte collectif, entre eux ou avec d'autres associés.
- le « réputé acquis » : la loi réputé l'engagement acquis lorsque le défunt (ou son conjoint ou partenaire), depuis plus de deux ans, détient le seuil de participation exigé (34 % pour les titres non cotés et 20 % pour les titres cotés) et exerce au moment du décès (ou son conjoint ou partenaire) une fonction de direction au sens de l'article 885 O bis du CGI.

Pour autant il nous semblerait hâtif d'en déduire qu'il n'y a plus d'intérêt pour les associés et dirigeants d'entreprises à souscrire un pacte collectif de leur vivant. En effet, le « pacte *post mortem* » et le « réputé acquis » sont soumis à des conditions strictes qu'il n'est pas toujours certain de pouvoir satisfaire.

POINTS ESSENTIELS

Le « pacte *post mortem* » oblige dans un délai donné (les six mois du décès), au cours d'une période peu propice pendant laquelle les héritiers ont déjà beaucoup d'obligations à remplir pour régler la succession, à s'entendre entre eux et parfois avec un tiers dirigeant pour conclure un pacte d'associés. En outre, les délais de conservation sont nécessairement augmentés par rapport à la situation dans laquelle un pacte collectif est signé du vivant de l'auteur de la transmission. L'engagement collectif d'une durée minimale de deux ans ne commence à courir que du jour de son enregistrement dans les six mois du décès (alors que si un engagement formel a été signé, la cessation de cet engagement peut coïncider avec le décès), l'engagement individuel de quatre ans ne débutant qu'à l'expiration dudit engagement collectif. Ainsi, la durée cumulée des engagements collectifs et individuels ne peut pas être inférieure à six ans.

Le « réputé acquis », outre des conditions strictes de pourcentages de détention et de fonctions dirigeantes à exercer par le défunt (ou son conjoint ou partenaire), paraît réservé aux entreprises détenues directement par le défunt. En l'absence de commentaires administratifs, il est incertain d'en faire usage dans l'hypothèse de sociétés détenues indirectement (avec un ou deux niveaux d'interposition), hypothèse pourtant visée dans le cadre général de l'article 787 B du CGI.

CONSEILS PRATIQUES

Pour l'ensemble de ces raisons, il est vivement recommandé de souscrire le pacte collectif Dutreil dès que possible en prévision de l'éventualité d'un décès. Une telle manière d'agir donne plus de chance aux héritiers de pouvoir revendiquer le bénéfice du régime de faveur et permet le plus souvent de réduire les délais de conservation des titres à une durée de l'ordre de quatre ans (durée de l'engagement individuel), lorsque le décès intervient après l'expiration de la durée initiale de deux ans de l'engagement collectif, pendant la phase de prorogation de ce pacte collectif.

2.2. Un assouplissement de l'article 787 B du CGI aux opérations familiales de LBO

(loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 - loi de finances pour 2009 – article 787 B f modifié)

ENJEUX

La loi de finances pour 2009 vient de rendre conciliable le régime de faveur de l'article 787B du CGI avec la double opération consistant en la transmission des titres de l'entreprise familiale par donation-partage à l'enfant repreneur à charge pour lui de désintéresser ses frères et sœurs par une soulte, suivie de l'apport par l'enfant repreneur des titres reçus par donation à une société holding à laquelle est transmise la charge de la soulte.

Cette double opération permet de cumuler le bénéfice d'une transmission par donation-partage (en particulier les avantages civils) avec les avantages fiscaux liés au financement de la dette au niveau d'une structure holding.

Illustration pour une donation-partage par un père à ses trois enfants :

Soit une masse à partager de 180 composée de :

- Titres de l'entreprise valorisés 100
- Biens immobiliers valorisés 80
- Droits théoriques de chacun des trois enfants de 60

L'enfant repreneur reçoit les titres pour 100 et doit à ses frères et sœurs une soulte de 40 (20 chacun, les deux autres enfants recevant en outre la moitié des biens immobiliers).

Il peut alors apporter ses titres reçus par donation en étant rémunéré pour partie par des titres de la société holding et pour partie par la prise en charge de sa dette (la soulte).

POINTS ESSENTIELS

Au plan civil, la validité d'une donation-partage qui ne porterait que sur les titres d'une entreprise avec attribution de la totalité de ces titres à un enfant, les lots des frères et sœurs n'étant composés que d'une soulte, est admise.

Par ailleurs, lors de l'apport, la société devenant débitrice de la soulte au lieu et place de l'enfant repreneur, une délégation de paiement devra être organisée avec les frères et sœurs.

Au plan fiscal, la donation-partage bénéficiera d'une réduction d'assiette de droits de donation de 75 %, les titres étant donc taxés à hauteur de 25 (au lieu de 100), cette réduction n'étant pas remise en cause en cas d'apport à la société holding pendant l'engagement individuel pour autant que certaines conditions soient respectées :

- la holding ne doit détenir que des titres transmis sous le régime de faveur, plus éventuellement des participations dans des sociétés du même groupe ayant une activité soit similaire, soit connexe et complémentaire,
- le capital de la holding doit être détenu par le donataire, qui doit être le dirigeant de la société holding, jusqu'à l'expiration de l'engagement individuel,
- la société holding doit en outre prendre l'engagement de conserver les titres reçus par elle en apport jusqu'au terme de l'engagement individuel.

Enfin, toujours au plan fiscal, la mise en place d'une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés permettra que la soulte soit réglée par des dividendes perçus en exonération d'impôt sur les sociétés par la société holding.

CONSEILS PRATIQUES

La loi ne dit pas clairement s'il est possible de faire l'apport des titres à la société dédiée avant l'expiration de l'engagement collectif. Dans le doute, il peut être judicieux de pré-constituer la société dédiée avec quelques titres et de lui faire souscrire l'engagement collectif, les opérations de transfert entre membres de l'engagement collectif étant autorisées.

L'assouplissement de l'article 787 B du CGI est également applicable en cas de succession, lorsque le décès du chef d'entreprise est suivi d'un partage avec soulte entre les héritiers.

CMS Bureau Francis Lefebvre, 1-3, villa Emile Bergerat, 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex, France
T +33 1 47 38 55 00 - F +33 1 47 38 55 55 - info@cms-bfl.com - www.cms-bfl.com

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, regroupement de 9 grands cabinets d'avocats européens indépendants offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 4600 collaborateurs, dont plus de 2240 avocats et 595 associés, CMS s'appuie sur 48 implantations dans le monde.

Implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS : **Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich**, Aberdeen, Alger, Anvers, Arnhem, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscou, Munich, New York, Pékin, Prague, Sao Paulo, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

Les cabinets membres de CMS, en association avec The Levant Lawyers, sont présents à Beyrouth, Abu Dhabi, Dubaï et Koweït.