

FISCALITÉ

Pacte Dutreil et prépondérance de l'activité éligible : la Cour de cassation maintient le cap !

Par un arrêt du 23 janvier 2023, la Cour de cassation vient confirmer sa jurisprudence sur l'appréciation de la prépondérance de l'activité éligible exercée par la société dont les titres sont transmis.



Par Benoît Dambre, associé,

Dispositif phare de la transmission d'entreprise, le « pacte Dutreil », codifié à l'article 787 B du Code général des impôts (CGI) permet en cas de succession ou de donation de bénéficiaire d'une exonération de 75 % de la valeur des titres transmis à titre gratuit, sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Il représente un formidable outil pour le dirigeant qui souhaite transmettre son entreprise tout en permettant une stabilité de l'actionnariat. A défaut d'application de ce régime, les héritiers peuvent se retrouver contraints de vendre l'entreprise pour être en mesure de payer les droits de succession dont le taux, progressif, peut atteindre 45 %, voire davantage.

Conscient de la résilience des entreprises de taille intermédiaire et de la faiblesse relative de leur nombre en France par rapport à nos voisins allemands, britanniques ou italiens, le législateur a adopté ce dispositif en 2003 (loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite « loi Dutreil »), faisant suite au « dispositif Gattaz » instauré par la loi de finances pour 2000. Cela étant, l'avantage fiscal de ce régime est proportionnel à sa complexité et jugé piégeux par les praticiens. Paradoxe alors que ce dispositif est justement supposé favoriser la transmission d'entreprises afin de consolider le tissu industriel français et d'éviter leur cession au profit, souvent, d'investisseurs étrangers.

Cette complexité s'illustre notamment lorsque l'on s'attache aux conditions d'application du dispositif, qui tiennent essentiellement à la nature de l'activité exercée par la société dont les titres sont transmis, à sa gouvernance et à son actionnariat, via des engagements de conservation. Nous nous attachons ici à la première condition liée à la nature de l'activité exercée. En effet, le premier alinéa de l'article 787 B du CGI limite le bénéfice de l'abattement aux sociétés qui exercent une « activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale », à

l'exclusion des sociétés exerçant une activité civile, notamment les sociétés purement patrimoniales.

Or, bien souvent, le point de savoir si l'activité éligible est prépondérante par rapport aux autres activités non éligibles peut relever du défi. Certes, l'administration fiscale, prenant acte d'avancées jurisprudentielles, a progressivement fait sienne la notion de prépondérance des activités éligibles, et ne remet en cause dans ses derniers commentaires ni le double critère de l'actif immobilisé et circulant et du chiffre d'affaires, ni le recours à la technique du faisceau d'indices (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 du 21 décembre 2021).

Cela étant, une telle prépondérance des activités éligibles doit être maintenue tout au long des engagements de conservation, collectifs et individuels. Cette question est le théâtre de contentieux fournis, qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2023, n° 20-23.137. Un petit retour en arrière est nécessaire pour bien comprendre les tenants et les aboutissants de cet arrêt.

Bref historique

Traditionnellement, l'administration fiscale a concentré ses contrôles sur les sociétés holding animatrices de groupe dont la nature « hybride » commerciale et civile soulève la question de leur éligibilité au dispositif. En outre, elle remettait en cause le bénéfice de l'exonération partielle au motif que l'activité commerciale de ces sociétés n'était pas prépondérante en se fondant sur sa doctrine administrative, dans sa version antérieure au 6 avril 2021, qui érigeait comme principe que la prépondérance de l'activité éligible s'appréciait en fonction de deux critères cumulatifs : un chiffre d'affaires procuré par les activités éligibles supérieur à 50 % du chiffre d'affaires total et un actif brut immobilisé supérieur à 50 % de l'actif brut total. Cela étant, en 2020, le Conseil d'Etat¹, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette doctrine administrative antérieure, a annulé ces deux critères, en préci-

sant que : « Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice. » La Cour de cassation a emboîté le pas au Conseil d'Etat peu de temps après².

Dans sa nouvelle doctrine administrative publiée le 21 décembre 2021, l'administration fiscale reprend in extenso la position du Conseil d'Etat. Toutefois, elle a maintenu ses anciens critères fondés sur le chiffre d'affaires et la valeur vénale de l'actif brut « à titre de règle pratique ». L'arrêt qui nous intéresse aujourd'hui s'inscrit dans la droite lignée de la jurisprudence maintenant établie de la Cour de cassation.

Analyse de l'arrêt

En 2012, dans le cadre d'une transmission pour cause de décès, un contribuable hérite des titres d'une société qui exploite une galerie d'art, édite des livres d'art, et loue son patrimoine immobilier. Il revendique naturellement le bénéfice de l'abattement Dutreil. En 2014, l'administration fiscale remet en cause l'abattement au motif que la condition relative à l'éligibilité de l'activité de la société transmise n'était, à son avis, pas remplie. En effet, selon elle, l'activité de location du patrimoine immobilier, de nature civile, était prépondérante par rapport aux activités d'exploitation d'une galerie d'art et d'édition de livres d'art.

Le contribuable a contesté cette position et porté l'affaire devant le tribunal de grande instance de Paris, qui lui a donné tort le 4 juillet 2019, puis devant la cour d'appel de Paris qui a confirmé le jugement de première instance et la position de l'administration fiscale par un arrêt du 26 octobre 2020. Pour fonder sa position, cette dernière s'était basée sur les critères admis par la doctrine administrative d'avant 2021 pour apprécier la prépondérance de l'activité éligible, en analysant la valeur vénale de l'actif brut de la société et la composition de son chiffre d'affaires.

Il est à noter que, au moment où la cour d'appel de Paris a rendu son arrêt, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avaient pourtant déjà annulé

les critères retenus par la doctrine administrative. Dans son arrêt du 23 janvier 2023, elle constate que l'argumentation de l'administration fiscale se fonde uniquement sur une analyse du chiffre d'affaires et de l'actif brut de la société. En effet, l'administration a considéré que l'activité de location de son patrimoine immobilier représentait plus de 50 % du chiffre d'affaires (entre 69,35 % et 81,19 % selon les

années) et plus de 50 % de la valeur vénale de l'actif brut.

Or, la Cour de cassation reproche à l'administration fiscale de ne pas avoir examiné les « autres indices fondées sur la nature de l'activité de la société et les conditions de son exercice » pour déterminer la prépondérance de l'activité de la société. Sur ce seul constat, elle considère que la référence au chiffre d'affaires et à la valeur vénale de l'actif brut de la société ne suffit pas à démontrer que son activité n'est pas à prépondérance commerciale et donc non éligible au régime du Dutreil. Elle confirme ici sa jurisprudence en l'étendant aux sociétés autres qu'animatrices de leur groupe, qui

exercent plusieurs activités.

Après dix ans de procédure, le contribuable n'est pas sorti d'affaire pour autant. La Cour de cassation a certes cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris mais a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles qui devra examiner l'ensemble des éléments pouvant constituer un faisceau d'indices pour déterminer la prépondérance de l'activité de la société. En l'état, en l'absence d'informations plus précises sur la nature de l'activité et des conditions d'exercice, il est difficile de présupposer du résultat final que retiendra la cour d'appel de Versailles. Espérons que le tableau que la jurisprudence est en train de peindre permettra de sécuriser l'un des aspects d'un dispositif certes avantageux mais dont la mise en œuvre reste piègeuse. ■



et Arnaud Giroire,
counsel, PDGB

Dans sa nouvelle doctrine administrative publiée le 21 décembre 2021, l'administration fiscale reprend in extenso la position du Conseil d'Etat. Toutefois, elle a maintenu ses anciens critères fondés sur le chiffre d'affaires et la valeur vénale de l'actif brut « à titre de règle pratique ».

1. CE, 23 janvier, n° 435562.

2. Cass. (com.), 14 octobre, n° 18-17.055.