

N° 435562

M. et Mme B... (QPC)

8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 15 janvier 2020

Lecture du 23 janvier 2020

## CONCLUSIONS

### M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Dans le jargon de l'ingénierie patrimoniale, les « pactes Dutreil » désignent un dispositif d'allègement de la fiscalité de la transmission à titre gratuit des actifs professionnels. Institué par la loi de finances pour 2000<sup>1</sup> et réservé aux transmissions par succession, ce régime de faveur a été réaménagé par loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique<sup>2</sup>, qui l'a étendu aux transmissions par donation. Le but d'intérêt général poursuivi par le législateur consistait, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel<sup>3</sup> en se référant au « contexte démographique », à assurer la stabilité de l'actionariat et la pérennité de l'activité nonobstant le départ en retraite ou le décès du chef d'entreprise en anticipant ces événements.

Aujourd'hui codifié à l'article 787 B du CGI, ce dispositif exonère de droits de mutation à titre gratuit la transmission à cause de décès ou par donation entre vifs des parts ou actions d'une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à concurrence des 3/4 de leur valeur, lorsque trois conditions sont remplies :

i) le défunt ou le donateur doit avoir souscrit, collectivement avec d'autres associés, un engagement de conservation des droits sociaux transmis pour une durée minimale de deux ans en cours au jour de la transmission, cet engagement devant porter dans le cas général sur au moins 17% des droits financiers et 34% des droits de vote ;

ii) chacun des héritiers, donataires ou légataires doit lui-même prendre l'engagement individuel, dans la déclaration de succession ou l'acte de donation, de conserver les droits sociaux transmis pour une durée complémentaire de quatre ans<sup>4</sup> ;

iii) au moins l'un des associés ayant souscrit l'engagement collectif de conservation ou l'un des héritiers, donataires ou légataires doit exercer son activité professionnelle

---

<sup>1</sup> Art. 11 de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000.

<sup>2</sup> Art. 43 de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, dite loi Dutreil.

<sup>3</sup> v. Déc. n° 2003-477 DC du 31 juil. 2003, *Loi sur l'initiative économique*, cons. 5. V. également les commentaires aux cahiers qui retiennent « *En l'espèce, le législateur a voulu éviter que les conditions concrètes dans lesquelles se transmettent les entreprises ne les exposent (elles et leurs salariés) aux risques de moindre autofinancement, de délocalisation, de démantèlement ou même de prédation. Dans les dix années à venir, quelque 500.000 entreprises vont en effet changer de dirigeants pour des raisons démographiques. Dans une telle perspective, veiller à ce que les transmissions d'entreprises se passent dans des conditions permettant de garantir la pérennité de l'appareil productif et la sauvegarde de l'emploi relève de l'intérêt national* ».

<sup>4</sup> Durée qui court à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation que les héritiers ou donataires doivent le cas échéant poursuivre si la durée de deux ans n'a pas déjà été atteinte.

principale dans la société dont les titres sont transmis s'il s'agit d'une société de personnes ou une fonction de direction<sup>5</sup> s'il s'agit d'une société de capitaux.

2.- S'agissant d'impôts dont le contentieux d'assiette ressortit à la compétence des tribunaux judiciaires<sup>6</sup>, c'est par la grâce d'un recours en excès de pouvoir contre la doctrine administrative qu'il vous revient de vous prononcer sur une question bien circonscrite, et inédite dans la jurisprudence judiciaire, relative aux conditions d'accès au dispositif de l'article 787 B.

Le « pacte Dutreil » ne joue qu'en ce qui concerne la transmission des titres d'une société « *ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale* ». Il ne trouve pas à s'appliquer aux titres d'une société exerçant une activité civile, par exemple aux parts d'une SCI gérant un patrimoine privé. En vue, néanmoins, de sécuriser les opérations des contribuables qui envisagent de souscrire les engagements permettant de bénéficier de l'allègement de droits de mutation, l'administration fiscale s'est attachée à préciser cette condition relative à l'activité exercée par la société dont les titres ont vocation à être transmis, par des commentaires qu'elle a publiés au BOFIP-Impôt le 19 mai 2014 sous la référence BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 et qui n'ont pas été rapportés à ce jour.

Ces précisions figurent, au sein du titre I (« *Mutations et biens concernés* »), à l'intérieur du sous-titre A (« *Sociétés concernées et nature de l'activité* »), dans un paragraphe n° 20, structuré en trois alinéas.

Le premier énonce qu'il n'est pas exigé que l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale soit exercée à titre exclusif.

Le deuxième reproduit le texte d'une réponse ministérielle<sup>7</sup> déclarant que l'exonération ne peut être refusée à une société ayant une activité mixte, une activité civile et commerciale par exemple, sous réserve que l'activité civile ne soit pas prépondérante.

Le dernier alinéa précise enfin qu'une activité est regardée comme revêtant un caractère prépondérant lorsque deux critères cumulatifs sont remplis :

1°) la part du chiffre d'affaires procuré par l'activité « éligible » doit représenter au moins 50% du chiffre d'affaires total ;

2°) le montant de l'actif brut immobilisé<sup>8</sup> doit représenter au moins 50% de l'actif brut total.

S'ils retiennent un pourcentage identique, les deux ratios ne fonctionnent pas identiquement : alors que le premier, calculé à partir du chiffre d'affaires, permet de mesurer le poids de l'activité éligible dans l'ensemble des activités, éligibles et non éligibles, le second, exprimé à partir de l'actif brut (avant prise en compte des amortissements et

---

<sup>5</sup> Plus précisément l'une des fonctions de direction mentionnées à l'article 885 O bis 1° du CGI.

<sup>6</sup> En application du second alinéa de l'article L. 199 du LPF.

<sup>7</sup> Réponse du 24 octobre 2006 à une question écrite n° 94047 posée par M. Jacques C..., député.

<sup>8</sup> C'est implicite dans le BOFIP qui est rédigé ainsi : « *Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du montant du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut)* ».

provisions), mesure le poids relatif des immobilisations dans l'actif total, indépendamment de la nature des activités. Ce second critère revient à exiger que la part des éléments d'actif affectés durablement à l'exploitation (immeubles, marques commerciales, ou titres de participation), soit supérieure à la part des éléments de l'actif disponible, constitué notamment des créances nées de l'exploitation, des stocks ou des titres de placement, bref à exiger que l'activité ou les activités exercée(s) par la société requière(nt) un minimum d'opérations en capital.

Ce sont ces ultimes précisions doctrinales que contestent M. et Mme B.... Les époux, qui détiennent ensemble 97,75 % de la société par actions simplifiée Foncière Active, dont le siège est à Paris et dont M. B... est le président, ont conclu le 10 octobre 2019, par devant notaire, un pacte portant engagement collectif de conservation de leurs droits sociaux en vue que leurs enfants bénéficient des dispositions de l'article 787 B lors du transfert de leurs droits sociaux en cas de décès ou de donation<sup>9</sup>.

Dans l'acte notarié, les époux ont déclaré « *que la société exerce principalement une activité commerciale d'achat de biens immobiliers en vue de leur revente, de transaction et de promotion immobilière* »<sup>10</sup>. Mais comme le laisse présager l'emploi de l'adverbe « principalement », la SAS Foncière Active exerce parallèlement, à travers les participations qu'elle détient dans plusieurs SCI, une autre activité, civile celle-là, de location d'immeubles de rapport. Elle a donc une nature mixte. Et c'est à ce stade que le droit comptable entre en scène car les immeubles acquis par les marchands de biens en vue de leur revente ne constituent pas un élément de l'actif immobilisé, mais un élément de leur actif circulant autrement dit des stocks, que le plan comptable général définit comme les « *actifs détenus pour être vendus dans le cours normal de l'activité* »<sup>11</sup>. La solution, identique au plan fiscal, est constante<sup>12</sup>.

Par l'effet de ces règles, qui la conduisent à comptabiliser en stocks les immeubles qu'elle a acquis en vue de les revendre, la société Foncière Active dispose d'un actif circulant de 12 M€ environ (incluant les immeubles à hauteur de 11 M€) dont le montant s'avère très supérieur à celui de son actif immobilisé (5 M€ environ).

Voilà pourquoi M. et Mme B..., dont l'intérêt pour agir est certain, vous ont saisi le 25 novembre 2019 d'un recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du paragraphe 20 du BOFIP précité en soulevant simultanément une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l'article 787 B en tant que vous l'interpréteriez comme posant la condition que le bénéfice de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit qu'il prévoit serait

---

<sup>9</sup> Les droits des déclarations des mutations par décès sont payés par les héritiers, donataires ou légataires en application de l'article 1709 du CGI. Les droits de donation sont en principe à la charge du donataire mais peuvent être pris en charge par le donateur.

<sup>10</sup> Il résulte en effet des 1°, 1° bis et 2° du I de l'article 35 du CGI, auquel renvoie l'article 209 du même code, que les bénéfices réalisés par les personnes qui, habituellement, achètent en leur nom des immeubles en vue de les revendre, ou en vue de construire des bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux, ou qui se livrent à des opérations d'intermédiaire pour l'achat et la vente d'immeubles, présentent fiscalement le caractère de bénéfices industriels et commerciaux. V. pour un marchand de biens : Plén., 12 juin 1992, *SCI du 6 rue de l'Aude à Paris*, n° 67758, rec. p. 234, RJF 1992 n° 1109 ; pour un agent immobilier : 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 29 avr. 2002, *Min. c/ Jacob*, n° 234133, T. p. 695, RJF 7/02 n° 769, conclusions F. Séners BDCF 7/02 n° 90.

<sup>11</sup> Art. 211-7 du PCG. V. mémento comptable Francis Lefebvre n° 1135 II.

<sup>12</sup> Cf. 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 29 avr. 1970, n° 75330, rec. p. 285 ; plén., 4 juil. 1979, n° 5511, rec. p. 305, concl. Fabre Dr. Fisc. 1980 n° 16 c. 908 ; 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ssr, 6 nov. 1985, *SCI Villeurbannaise de la rue Greuze*, n° 45389, RJF 1985 n° 1504 ; 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ssr, 14 nov. 1990, *SARL Mac Inerney*, n° 57363, RJF 1991 n° 26 ; 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ssr, 28 mars 2012, *Min. c/ Sté AFG*, n° 318830, T. pp. 721-723.

subordonné à la condition que l'actif brut immobilisé de la société dont les titres ont vocation à être transmis soit constitué pour 50% au moins d'éléments d'actifs affectés à une activité industrielle, commerciale, agricole, artisanale ou libérale.

**3.-** Le recours implique de répondre successivement à deux questions.

**3.1.-** La première consiste à déterminer si le dispositif de l'article 787 B doit être interprété comme s'appliquant uniquement aux titres d'une société exerçant exclusivement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ou comme s'appliquant également aux titres d'une société exerçant une activité mixte.

La lettre de la loi fiscale est muette sur ce point, mais ce n'est pas déterminant. Votre récente décision de plénière *M. et Mme L...* le montre bien (13 juin 2018, n<sup>os</sup> 395495, 399121, 399122, 399124, rec. p. 262, FR 31/18 n<sup>o</sup> 1 p. 3, RJF 2018 n<sup>o</sup> 965 concl. Y. Bénard C965, chron. A. Iljic p. 1340, Dr. Fisc. 2018 n<sup>o</sup> 27 c. 321). Elle juge, en matière de plus-value de cession de droits sociaux, dans le silence de la loi fiscale, qu'une société holding ayant pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de ses filiales et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture de services spécifiques, est animatrice de son groupe et doit, par suite, être regardée comme exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière au sens des dispositions du b du 2<sup>o</sup> du II de l'article 150-0 D *bis* du CGI, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 2005 dont elles sont issues<sup>13</sup>.

Se référer à votre décision de plénière est d'autant moins hors sujet que, lorsque vous vous êtes prononcés sur la notion de holding animatrice de groupe, comme le montrent les conclusions de Yohann Bénard, vous aviez à l'esprit d'autres dispositions de la loi fiscale auxquelles la définition que vous avez retenue serait applicable, notamment celles de l'article 787 B du CGI relatif aux pactes Dutreil.

Et si, dans notre cas, les travaux préparatoires à l'adoption de la loi de finances pour 2000 et à la loi pour l'initiative économique de 2003 sont beaucoup moins explicites que ceux des dispositions du b du 2<sup>o</sup> du II de l'article 150-0 D *bis* du CGI, ils fournissent un éclairage au moins indirect, sur deux points.

Le premier découle de l'objectif poursuivi par le législateur. Celui-ci ayant conçu l'exonération comme un moyen de garantir la pérennité de l'activité et le maintien de l'emploi en assurant la stabilité de l'actionnariat familial des entreprises concernées, on ne saurait lui prêter l'intention d'exclure du champ de cette mesure les titres d'une société au seul motif que celle-ci exercerait, fût-ce pour une part réduite, une activité autre qu'industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, au risque que la fiscalité sur la transmission à titre gratuit des droits sociaux ou le démembrement non maîtrisé de la propriété de ces droits entraîne la cessation de l'activité et le licenciement des salariés.

Le second éclairage découle de la référence expresse faite par les travaux parlementaires<sup>14</sup> à la source d'inspiration qu'a constitué pour eux l'article 9 de la loi de

---

<sup>13</sup> On observera, à cet égard, que le caractère principal de l'activité d'animation de la société holding a été retenu pour l'application du « pacte Dutreil » par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 mars 2018 (no 16/08688, DNVSF c/ M., RJF 2018 n<sup>o</sup> 907).

<sup>14</sup> V. Rapport général du sénateur Philippe Marini au nom de la commission des finances du Sénat n<sup>o</sup> 89 (1999-2000), T. II, fasc. 1, vol. 1.

finances pour 1996, censuré par le Conseil constitutionnel<sup>15</sup>, qui prévoyait d'instituer un abattement spécifique de 50% sur la valeur des « biens professionnels » transmis entre vifs à titre gratuit. Comme l'indique la lecture de ce texte resté lettre morte, ces biens n'étaient autres que les biens professionnels exclus de l'assiette de l'ISF<sup>16</sup>. Or l'article 885 N du CGI réputait biens professionnels les biens nécessaires à l'exercice, à titre principal, d'une profession industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, la Cour de cassation veillant au respect de cette condition<sup>17</sup>.

En retenant que l'activité ouvrant droit à l'exonération doit revêtir un caractère « prépondérant » – ce qui est à notre avis synonyme de « principal » – la doctrine administrative n'a donc pas ajouté à la loi fiscale et cette conclusion intermédiaire est décisive au regard de la recevabilité des conclusions d'excès de pouvoir.

En effet, si vous deviez regarder l'administration comme ayant formulé une interprétation formelle dont les contribuables seraient susceptibles d'invoquer le bénéfice sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF en admettant que l'activité professionnelle de la société dont les titres ont vocation à être transmis ne soit pas exercée à titre exclusif, alors les requérants ne seraient pas recevables à « picorer » dans le paragraphe 20 des commentaires en cantonnant leur demande d'annulation à la seule condition qui les dérange. Ils ne pourraient obtenir que l'annulation de l'ensemble indivisible formé par la mesure de tempérament et par les conditions mises par l'administration au bénéfice de cette mesure de faveur, y compris celle relative à la part de l'actif immobilisé dans l'actif total (cf. 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> srr, 29 oct. 2003, *M. et Mme H...*, n° 233706, T. p. 946). Or, s'agissant d'un recours qui n'émane pas d'un concurrent dépité se prévalant de votre jurisprudence *Association freudienne et a.* (Section, 4 mai 1990, n° 55124, 55137, rec. p. 111, RJF 1990 n° 674), les époux B... n'auraient alors aucun intérêt à obtenir l'annulation de la totalité du paragraphe 20 (cf. *a contrario* : 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chr, 27 sept. 2019, *M. et Mme G...*, n° 432067, RJF 2019 n° 1191 à nos concl. C1191).

**3.2.-** La seconde question, dont dépend le sort de la QPC et le bien-fondé de la demande d'annulation, revient à s'interroger sur la fidélité à la loi et le cas échéant, sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de la seconde des deux conditions, énoncée au troisième alinéa du paragraphe 20 des commentaires attaqués, tenant à ce que les immobilisations représentent la moitié au moins de l'actif total.

A dire vrai nous n'éprouvons aucune hésitation à vous proposer de juger que la loi n'implique pas cette condition telle qu'elle a été fixée par voie de circulaire.

Le ratio « actif brut immobilisé / actif brut total » nous paraît tout d'abord hors sujet pour apprécier le caractère prépondérant ou principal de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale car, à la différence du ratio exprimé en chiffre d'affaires, il ne dit rien de la nature de l'activité exercée. L'opposition actif immobilisé/actif circulant ne recoupe nullement l'opposition activité professionnelle ou opérationnelle/activité patrimoniale. Il n'est donc pas en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur, qui est de

---

<sup>15</sup> Par sa décision n° 95-369 DC du 28 déc. 1995, *Loi de finances pour 1996*, cons. 7 à 10.

<sup>16</sup> En application de l'article 885 A du CGI.

<sup>17</sup> Cf. Com., 12 janv. 1999, *P... c/ DGI*, n° 97-12.650, Bull. 1999 IV n° 13, RJF 1999 n° 500 : pour un arrêt constant que le contribuable, industriel retraité, échoue à démontrer qu'il exerce à titre principal l'activité d'exploitant forestier pour obtenir que les bois et forêts lui appartenant soient exclus de l'assiette de l'ISF en tant que biens professionnels.

réserver l'incitation fiscale à la transmission de droits sociaux revêtant un caractère professionnel.

Plus encore, ce critère est susceptible de produire des effets paradoxaux. Il suffit, pour le mesure, de raisonner à partir d'une situation comparable à celle de la société Foncière Active dont M. et Mme B... sont associés. Prenez le cas d'une société exerçant exclusivement une activité commerciale de marchand de biens. Toutes choses étant égales par ailleurs, celle-ci est éligible au « pacte Dutreil », alors même que son actif immobilisé ne représenterait pas 50% de son actif total. Si toutefois cette société vient à acquérir, en vue d'une gestion patrimoniale, un appartement qu'elle destine à la location nue, son activité devient mixte et elle entre alors dans le champ des énonciations des commentaires attaqués, ce qui peut se révéler dans un premier temps défavorable : c'est la situation des requérants. Mais, poussant l'exemple jusqu'à l'absurde, si l'activité de gestion patrimoniale prend de l'importance et que la société achète d'autres immeubles de rapport, alors son actif immobilisé augmente et ces immobilisations, alors même qu'elles sont affectées à une activité civile, peuvent conduire à ce que le ratio actif immobilisé / actif total dépasse le seuil de 50%...

La doctrine s'interprétant et s'appliquant littéralement, il n'est par ailleurs pas permis de réinterpréter librement le critère comme invitant à comparer l'actif immobilisé affecté aux activités professionnelles éligibles par rapport à l'actif total.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc juger, dans le même mouvement, que la QPC soulevée, qui n'est que conditionnelle, n'est pas sérieuse, mais qu'est en revanche fondé le moyen tiré de ce que le troisième alinéa du paragraphe 20 des commentaires attaqués méconnaît le sens et la portée de l'article 787 B du CGI, cet alinéa devant être annulé dans son intégralité dès lors qu'il fixe des conditions cumulatives.

La nature particulière du contentieux d'excès de pouvoir vous dispense pour le reste d'avoir à définir, en lieu et place de l'administration, une méthode de substitution propre à déterminer ce qu'est une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale exercée à titre principal ou prépondérant. Nous observerons simplement sur ce point que votre décision *M. et Mme L...* précitée s'est bien gardée de bâtir une théorie et s'est bornée à mettre en œuvre la technique éprouvée du faisceau d'indices.

Enfin, il nous paraît important de signaler que la portée de votre décision sera cantonnée au *champ* de la mesure d'allègement de droits de mutation à titre gratuit et n'aura pas mécaniquement d'effet sur *la portée de l'exonération*. Pour être clair : ce que vous déciderez, si vous nous suivez, permettra aux détenteurs de parts ou actions d'une société exerçant une activité principalement industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de souscrire les engagements de conservation Dutreil, mais ne préjugera pas de la question, à notre avis distincte, de savoir si l'allègement de droits de mutation portera sur une valeur vénale égale à 100 % des titres transmis, ou s'il conviendra de n'appliquer l'exonération qu'à une fraction de cette valeur correspondant à la fraction de l'activité éligible. Nous relevons sur ce point qu'une exonération appliquée sur la valeur totale serait susceptible de provoquer un effet d'aubaine pour les contribuables actionnaires de leur entreprise ; ceux-ci pourraient être tentés de loger dans leur société des actifs patrimoniaux pour qu'ils bénéficient, à titre collatéral, de l'application des dispositions de l'article 787 B du CGI, ce qui ne serait pas sans soulever une question au regard du principe d'égalité.

PCMNC à ce que vous disiez n'y avoir lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, à l'annulation du troisième alinéa du paragraphe 20 des commentaires administratifs publiés au BOFIP-impôt le 19 mai 2014 sous la référence BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 euros à M. et Mme B... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.