

# LA SEMAINE JURIDIQUE

NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE

23 OCTOBRE 2020, HÉBDOMADAIRE, N° 43

1216-1219

## Patrimoine : avis du comité juridique de la FNDP

Par R. Girtanner, S. Guillaud-Bataille, P. Julien Saint-Amand,  
M. Leroy, C. Lisanti, S. Schiller, A.-F. Zattara-Gros

1211 Notaire - La première convention d'objectifs du notariat, Aperçu rapide par C. Dauchez

1212 Location - L'état se resserme sur les baux de locations de courtes durées, Aperçu rapide par D. Lagau-Lacroix

1213 Fiscal - Assujettissement d'une SO à l'IS en raison de l'exercice d'une activité de caractère commercial, Note par J.-L. Pieme

1220-1221 Divorce - De la jurisprudence à la pratique notariale, Chronique par Ch. Lesbats

1227 Sûretés - Vers la validation de la cession de créance à titre de garantie ? Note par M. Mignot

1231 Sûretés - Privilège du vendeur : pas de délai d'inscription en Alsace-Moselle, Zoom par Cl. Séjean-Chazal

DROIT DU PATRIMOINE

1216

## Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP



### Avant-propos



**F**ruit de la collaboration d'universitaires et de praticiens spécialistes des questions patrimoniales, les avis du comité juridique de la Fédération nationale de droit du patrimoine - FNDP sont tous animés du même esprit : sécuriser les opérations patrimoniales et proposer si nécessaire les évolutions du droit indispensables pour atteindre cet objectif. Les avis présentés dans ce dossier en sont l'expression significative. Ils proposent tous les trois des évolutions législatives qui nous jugeons essentielles :

- préciser le régime fiscal du PER en vue d'en assurer une véritable promotion (*Vers un réaménagement de la fiscalité du plan épargne retraite ? Pour la réécriture du paragraphe 2 du I de l'article 757 B*, par Michel Leroy) ;
  - limiter les risques patrimoniaux des dirigeants de PME en protégeant leur résidence principale de l'appréhension par les créanciers professionnels (*Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de PME*, par Sylvain Guillaud-Bataille et Cécile Lisanti) ;
  - améliorer les nouveaux outils offerts à la pratique grâce à l'analyse des perspectives ouvertes par les fondations de pérennité économique (*Les fonds de pérennité* par Romain Girtanner, Pascal Julien Saint-Amand, Sophie Schiller et Anne-Françoise Zattara-Gros).
- Au-delà de l'appel que nous adressons au législateur dans nos travaux et de l'évolution que nous espérons sur ces questions patrimoniales, nous formons le vœu que ces avis suscitent l'intérêt et l'assentiment des praticiens.

Cécile Lisanti,  
Présidente du comité juridique de la FNDP,  
Professeur à l'université de Montpellier,  
Centre du droit de l'entreprise (CDE, UM)

### SOMMAIRE

1217 Vers un réaménagement de la fiscalité du plan épargne retraite ? Pour la réécriture du paragraphe 2 du I de l'article 757 B, par Michel Leroy

1218 Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de PME, par Sylvain Guillaud-Bataille et Cécile Lisanti

1219 Les fonds de pérennité par Romain Girtanner, Pascal Julien Saint-Amand, Sophie Schiller et Anne-Françoise Zattara-Gros

ou même une partie en rente et l'autre en capital). Avec cette précision que la sortie en capital ne sera pas possible pour les droits correspondants aux versements obligatoires du salarié et de l'employeur. Elle ne sera pas non plus possible lorsque le titulaire aura opté irrévocablement pour une sortie en rente. La diversité de ces choix de sortie pourrait inciter les titulaires du plan à choisir une sortie fractionnée en capital, augmentant ainsi encore la possibilité d'un PER en cours après le 70<sup>e</sup> anniversaire de son titulaire. Les conditions de cette sortie fractionnée en capital varieront selon les contrats et les pratiques des assureurs (certains assureurs ou société de gestion d'épargne entreprise semblent limiter la durée de ce fractionnement, sur 3, 5 ou 10 ans).

## REMARQUE

→ En résumé, il sera dès demain possible, après liquidation de ses droits à la retraite, de jouir d'un contrat PER très proche dans sa conception d'un contrat d'assurance-vie traditionnel. Les hypothèses de PER totalement ou partiellement dénoués après les 70 ans du titulaire seront donc beaucoup plus fréquentes que celles des PERP aujourd'hui.

## 2. Critiques

6 - La réforme est critiquable sur deux points principaux :

- elle prive l'article 757 B du CGI de toute cohérence, déstabilisant ainsi le texte, ce qui pourrait conduire à une remise en cause des avantages applicables à l'assurance vie ;
- elle rend incertain le traitement fiscal de la valeur du PER au jour du décès et brise la cohérence de la réforme qui souhaite favoriser le transfert de l'assurance-vie vers ce placement.

### A. - Article 757 B, un régime devenu incohérent

7 - Techniquement, le nouvel alinéa se présente comme une exception au principe formulé par le paragraphe précédent, en vertu duquel les droits de mutation ne sont en principe dus que sur la valeur de la garantie d'un contrat d'assurance-vie, correspondant aux primes versées après le 70<sup>e</sup> anniversaire de l'assuré.

La dérogation au principe est très importante puisqu'elle conduit à imposer aux droits de mutation des valeurs qui, résultant du dénouement d'un contrat d'assurance vie, en auraient été exonérées, soit précisément :

- la valeur de tout le rendement du PER ;
- la valeur des sommes versées avant le 70<sup>e</sup> anniversaire.

8 - Présenter cette disposition comme une exception nous paraît être un abus de langage car celle-ci ne partage avec le principe aucun fondement commun. L'article 757 B du CGI a été en effet institué en 1991 pour sanctionner « une possibilité d'évasion fiscale, (consistant pour) des personnes âgées de souscrire, moyennant une prime proche du capital, un contrat d'assurance-décès au profit d'un tiers ; les sommes ainsi versées lors du décès de l'as-

suré, ne faisant pas partie de la succession, ne sont normalement pas soumises aux droits de mutation ».

Pour limiter de telles pratiques, l'article 757 B du CGI prévoit l'imposition aux droits de mutation par décès des sommes versées par un assureur à raison du décès de l'assuré, sous certaines conditions et au-delà d'un certain seuil<sup>2</sup>.

9 - Le paragraphe 2 du I de l'article 757 B s'inscrit dans une logique très différente. En effet, le maintien d'un PER après 70 ans s'expliquera essentiellement par les besoins de son titulaire, le plus souvent soucieux de ne pas assujettir au barème de l'impôt sur le revenu des sommes trop importantes.

Nulle volonté d'éluder les droits de succession ne pourra sérieusement être constatée.

Il en résulte alors que cette taxation de la valeur attribuée au décès du titulaire du PER, aux droits de succession, ne peut pas apparaître comme un tempérament justifié par les circonstances ou par la nature du placement.

Cette imposition apparaît donc pour le législateur comme une situation normale, une possibilité au même titre que l'assujettissement aux dispositions de l'article 990 I du CGI. Une telle disposition nous paraît d'autant plus critiquable que l'application de ce texte au bénéficiaire du PER est de nature à le placer parfois dans une situation moins favorable que, par exemple, un héritier, puisqu'il ne pourra pas bénéficier du mécanisme de la représentation successorale.

De plus, le rattachement d'une telle mesure d'imposition aux droits de succession, au régime fiscal de l'assurance vie, est, en raison du caractère purement technique de cette mesure, de nature à justifier par la suite une réforme du premier paragraphe du I de l'article 757 B.

10 - Ce risque nous semble d'autant plus grand que le législateur précise au II du texte que « *L'ensemble des sommes, rentes ou valeurs visées au I dues à raison du ou des contrats conclus sur la tête d'un même assuré fait l'objet d'un abattement global de 30 500 €* ».

La réforme modifie donc le texte autrefois applicable qui ne visait jusqu'en octobre 2019 que « l'ensemble des primes versées après le 70<sup>e</sup> anniversaire de l'assuré ».

Le législateur a donc souhaité une application globale de cet abattement, ce qui soulève alors une difficulté pratique puisque les assiettes taxables sont très différentes.

En effet, en cas de pluralité de contrats d'assurance vie, « l'abattement est appliqué en globalisant toutes les primes versées après le soixante-dixième anniversaire de l'assuré au titre des contrats souscrits sur sa tête par lui-même ou par des tiers »<sup>3</sup>.

11 - Sans doute, bien que le texte ne vise plus les primes, le mode de calcul de l'assiette sur laquelle s'applique cet abattement ne sera pas modifié pour l'assurance-vie. En revanche, si une même personne est titulaire d'un PER et assurée d'un ou plus contrats d'assurance-vie dont les primes ont été versées postérieurement à son 70<sup>e</sup> anni-

2 BOI-ENR-DMTG-10-10-20-20, 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 60.

3 BOI-ENR-DMTG-10-10-20-20, 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 200.

versa, les droits dus par le bénéficiaire (non exonéré) de l'assurance vie augmenteront sans doute car la globalisation d'un côté de toutes les primes versées après 70 ans et de l'autre de toute la valeur du PER conduit à diminuer de façon sensible la fraction de l'abattement applicable aux seuls bénéficiaires de l'assurance vie.

12 - L'application de cet abattement aux PER est de nature à inciter à une réforme du paragraphe I dans le sens du paragraphe II. D'autant que les gouvernements successifs refusent de tirer les conséquences qui devraient résulter du fondement théorique de l'imposition aux droits de succession, à savoir une évolution de l'âge de versement des primes à mesure de l'augmentation de l'espérance de vie : « Même si l'espérance de vie tend à s'allonger, il n'est pas envisagé de modifier l'âge au-delà duquel les primes sont soumises aux droits de mutation à titre gratuit, ni d'augmenter le montant de l'abattement de 30 500 €, qui constitue déjà une mesure favorable par rapport au régime fiscal des autres actifs successoraux »<sup>4</sup>.

13 - En d'autres termes, le législateur ne considère plus que la règle édictée par le premier paragraphe du I de l'article 757 B se justifie encore par les considérations qui ont été à l'origine de son élaboration. Elle devient donc insensiblement une règle purement technique, au même titre que celle instituée par l'ordonnance du 24 juillet 2019. Le risque d'une modification d'ensemble du texte s'en trouve augmenté. Or, l'une des raisons du succès de l'assurance-vie résulte des effets civils et fiscaux de la stipulation pour autrui.

## REMARQUE

→ Porter atteinte à ce principe est de nature à déstabiliser ce placement.

## B. - Une réforme contraire à la logique du PER

14 - Le législateur souhaite favoriser le transfert de l'épargne vers le PER ; en particulier celle de l'assurance-vie. Ce transfert sera d'autant plus conseillé par la pratique que jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2023, le transfert d'un contrat d'assurance de plus de 8 ans vers un PER donnera droit au doublement des abattements liés à la détention longue (soit 9 200 € pour une personne seule et 18 400 € pour un couple).

Cependant le souscripteur doit avoir conscience des conséquences de la réforme sur sa stratégie de transmission du souscripteur. Cette modification de l'article 757 B du CGI organise en effet

4 Rep. min. 17 oct. 2017 : JOAN 20 févr. 2018, n° 1422.

une différence importante de traitement entre les bénéficiaires de contrats d'assurance-vie et les bénéficiaires de PER.

15 - L'opération fera en effet perdre au bénéficiaire de la valeur au décès du titulaire, la certitude de l'application de l'article 990, I du CGI dont il disposait avant le transfert, et l'expose au risque de l'assujettissement de la valeur aux droits de mutation à titre gratuit.

Tout conseiller qui n'explique pas cet effet engage sa responsabilité<sup>5</sup>. Il y a là un frein considérable pour le transfert des valeurs d'un contrat d'assurance vie sur un PER, technique qui ne peut être envisagée que pour des personnes âgées de moins de 70 ans.

## 3. Propositions

16 - Pour les raisons exposées ci-dessus, le texte doit être réécrit. Nous sommes naturellement favorables à une nouvelle rédaction du paragraphe 2 qui appliquerait au PER la règle applicable au PERP : « Les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un assureur, à raison RES du décès après l'âge de soixante-dix ans du titulaire d'un plan d'épargne retraite mentionné à l'article L. 224-1 du code monétaire et financier, donnent ouverture aux droits de mutation par décès suivant le degré de parenté existant entre le bénéficiaire à titre gratuit et l'assuré à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans ».

Cependant, le législateur ayant manifesté clairement sa volonté de soumettre ces valeurs aux droits de mutation à titre gratuit, la possibilité d'une telle réforme est limitée.

17 - **A minima**, nous proposons de réformer les dispositions du paragraphe II de l'article 757 B de la manière suivante afin de distinguer l'abattement applicable à l'assurance vie de celui du PER pour préserver les différences d'assiette.

**Texte actuel :** « II. - L'ensemble des sommes, rentes ou valeurs visées au I dues à raison du ou des contrats conclus sur la tête d'un même assuré fait l'objet d'un abattement global de 30 500 € ».

**Propositions de rédaction de la FNDP :** « II. - Lorsque plusieurs contrats d'assurance vie sont conclus sur la tête d'un même assuré, il est tenu compte de l'ensemble des primes versées après le soixante-dixième anniversaire de l'assuré pour l'appréciation de la limite de 30 500 €.

L'ensemble des sommes, rentes ou valeurs visées au second alinéa du I dues à raison du ou des contrats conclus sur la tête d'un même assuré fait l'objet d'un abattement global de 30 500 €, distinct du précédent. » ■

5 V. par Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 oct. 2013, n° 12-24.957 : JurisData n° 2013-021593 qui sanctionne l'assureur de n'avoir pas informé le futur adhérent que l'application de l'article 757 B était incompatible avec sa stratégie de transmission.

## SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL)

1218

# Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de PME

Le droit positif offre le constat d'une protection accrue du patrimoine de l'entrepreneur individuel contre l'appréhension de son patrimoine privé par les créanciers professionnels. Le constat est tout autre s'agissant du patrimoine du dirigeant de société. C'est pourquoi le comité juridique de la Fédération nationale de droit du patrimoine a formulé l'avis ci-après.



Étude rédigée par :

Sylvain Guillaud-Bataille,  
notaire à Paris

Cécile Lisanti,  
professeur à l'université de  
Montpellier, Centre du droit de  
l'entreprise (CDE, UM)

1 - L'étude du droit positif permet de dresser le constat d'une protection accrue du patrimoine de l'entrepreneur individuel contre l'appréhension de son patrimoine privé par les créanciers professionnels. Le constat est tout autre s'agissant du patrimoine du dirigeant de société, d'où la proposition de modification législative formulée ci-après par la FNDP.

## 1. Contexte : protection accrue du patrimoine de l'entrepreneur individuel

1 - Face au droit de gage général des créanciers posé par l'article 2285 du Code civil à titre de règle de principe, l'entrepreneur individuel bénéficie d'une protection accrue s'agissant de son « patrimoine privé ». L'idée que l'entrepreneur individuel puisse limiter les risques patrimoniaux liés à son activité professionnelle et mettre à l'abri ses biens personnels des poursuites exercées par ses créanciers professionnels a en effet été promue au travers de plusieurs mécanismes relativement récents. Sous réserve des techniques sociétaires et particulièrement de l'EURL créée en 1985, le premier des mécanismes offerts à l'entrepreneur individuel est la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI). Issue de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, la DNI avait dans sa version originelle un domaine strictement limité à la résidence principale. Avec la loi du 4 août 2008, la DNI a été étendue à l'ensemble des immeubles de l'entrepreneur, à l'exclusion de l'immeuble professionnel. Enfin, prenant acte du peu de succès de la DNI, la loi dite « Macron » du 6 août 2015 est venue modifier l'approche de l'insaisissabilité du patri-

moine immobilier de l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-1 du Code de commerce, tel qu'il résulte de sa rédaction nouvelle, dispense l'entrepreneur de recourir à la DNI pour la protection de la résidence principale en consacrant une insaisissabilité légale de plein droit.

## 2. Constat : absence de protection du patrimoine du dirigeant de société

3 - Le constat est tout autre s'agissant du patrimoine du dirigeant de société. Le dirigeant ne bénéficie d'aucun mécanisme protecteur de son patrimoine. Ceci paraît de prime abord justifié : lorsque l'on s'interroge sur les risques patrimoniaux liés à l'exploitation d'une entreprise, l'on enseigne traditionnellement que l'entreprise individuelle est un mode d'exercice plus risqué que l'exercice en la forme sociétaire. En effet, l'écran de la personne morale met en principe le dirigeant à l'abri des poursuites des créanciers professionnels. L'on sait néanmoins qu'une telle approche est excessivement réductrice. En pratique, les dirigeants sociaux peuvent être exposés à ces poursuites. Ils peuvent l'être en premier lieu parce qu'ils ont consenti des garanties (cautionnement, garanties autonomes...) qui permettront au créancier d'agir à leur encontre. Ils le peuvent en second lieu, par la mise en œuvre de leur responsabilité. Lorsque la société est *in bonis*, tel est le cas en présence d'une faute détachable des fonctions. Lorsque la société est en liquidation judiciaire, la responsabilité pour insuffisance d'actifs (*C. com.*, art. L. 651-1 et s.) permet de poursuivre le dirigeant ayant commis une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actifs.

4 - Si la loi dite « Sapin 2 » a exclu la qualification de faute de gestion en présence d'une simple négligence du dirigeant, il reste qu'en pratique, la mise en cause du dirigeant dans ce cadre reste

chose courante<sup>1</sup>. La crise sanitaire liée au Covid-19 accroît incontestablement les risques patrimoniaux encourus par les dirigeants des petites sociétés particulièrement exposées aux procédures d'insolvabilité.

Ces risques patrimoniaux sont donc bien réels et le droit n'organise aucune protection de son patrimoine, partant du postulat erroné d'une absence de risque. L'on se trouve alors confronté à un paradoxe : malgré l'écran de la personne morale, le dirigeant de société peut être plus exposé que l'entrepreneur individuel aux poursuites des créanciers professionnels. C'est assurément le cas s'agissant de la résidence principale.

### 3. Proposition : instaurer une protection du patrimoine des dirigeants de petites sociétés qui sont sociologiquement proches de l'entrepreneur individuel

5 - La proposition formulée se veut prudente. Il ne s'agit nullement d'aligner le sort des dirigeants sur celui de l'entrepreneur individuel. L'objectif est de proposer une solution d'équilibre, protectrice du patrimoine des dirigeants de PME sans sacrifier les droits des créanciers<sup>2</sup>. Pour des raisons de politique juridique et de préservation des droits des créanciers, le comité juridique de la FNDP entend proposer une protection se voulant strictement circonscrite dans son domaine (A) et fermement encadrée dans son opposabilité (B).

#### A. - Un domaine limité

6 - La proposition de la FNDP est de limiter l'insaisissabilité à la fois dans son objet (1°) et du point de vue de ses bénéficiaires (2°).

##### 1° Les limites relatives à l'objet de l'insaisissabilité

7 - La protection ne peut porter sur l'ensemble du patrimoine immobilier du dirigeant. C'est pourquoi le comité juridique propose l'extension de l'insaisissabilité légale de la résidence principale (a) et une exclusion de la DNI sur les autres immeubles (b).

a) S'agissant de la protection de la résidence principale par l'insaisissabilité

8 - Deux voies seraient envisageables : la protection automatique par l'effet de la loi ou volontaire par déclaration. Le comité préco-

nise l'extension de l'insaisissabilité légale de la résidence principale. En effet, la pratique antérieure à la loi dite « Macron » consacrant l'insaisissabilité automatique de la résidence principale pour l'entrepreneur révèle que les déclarations volontaires étaient peu utilisées. Dès lors, si l'on veut véritablement promouvoir la protection de la résidence principale du dirigeant, le mécanisme de l'insaisissabilité légale doit être privilégié. La protection pourrait alors être organisée par l'extension du mécanisme de l'insaisissabilité légale de sa résidence principale. Pour rappel, en application des dispositions de l'article L. 526-1 du Code de commerce, la protection ne s'applique pas lorsque la résidence principale est détenue par l'intermédiaire d'une SCI<sup>3</sup>. Cette même restriction serait applicable à la protection de la résidence principale du dirigeant.

b) S'agissant de l'exclusion de la DNI sur les autres immeubles du dirigeant

9 - Elle participe de l'idée que ce n'est pas un alignement sur les droits de l'entrepreneur individuel qui est recherché. Ainsi, contrairement à l'entrepreneur individuel, aucune protection des autres immeubles ne pourrait être mise en place par la technique de la DNI. Le droit au logement serait en définitive le fondement unique de la protection du dirigeant.

##### 2° Les limites relatives aux bénéficiaires de l'insaisissabilité

10 - Partant de l'idée de proximité sociologique entre l'entrepreneur individuel et les dirigeants de PME, l'insaisissabilité automatique de la résidence principale doit bénéficier seulement aux dirigeants de petites et moyennes entreprises<sup>4</sup>. Sur ce point, la proposition de la FNDP se veut donc très prudente : il s'agirait d'ouvrir la protection aux seules personnes physiques dirigeants de droit de PME.

11 - S'agissant d'abord de la limitation aux seuls dirigeants de droit, elle a pour finalité d'exclure les dirigeants de fait, qui ne sauraient être protégés sans créer une trop importante insécurité juridique. S'agissant ensuite de la question de la taille de la société, afin de limiter le texte aux dirigeants de petites et moyennes entreprises, le texte doit non seulement exclure les dirigeants de sociétés cotées mais également prévoir des seuils de taille. À cet égard, les seuils proposés par l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 pourraient être utilement repris. Au sens de ce texte, la catégorie des PME est constituée des entreprises qui d'une part occupent moins de 250 salariés et d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.

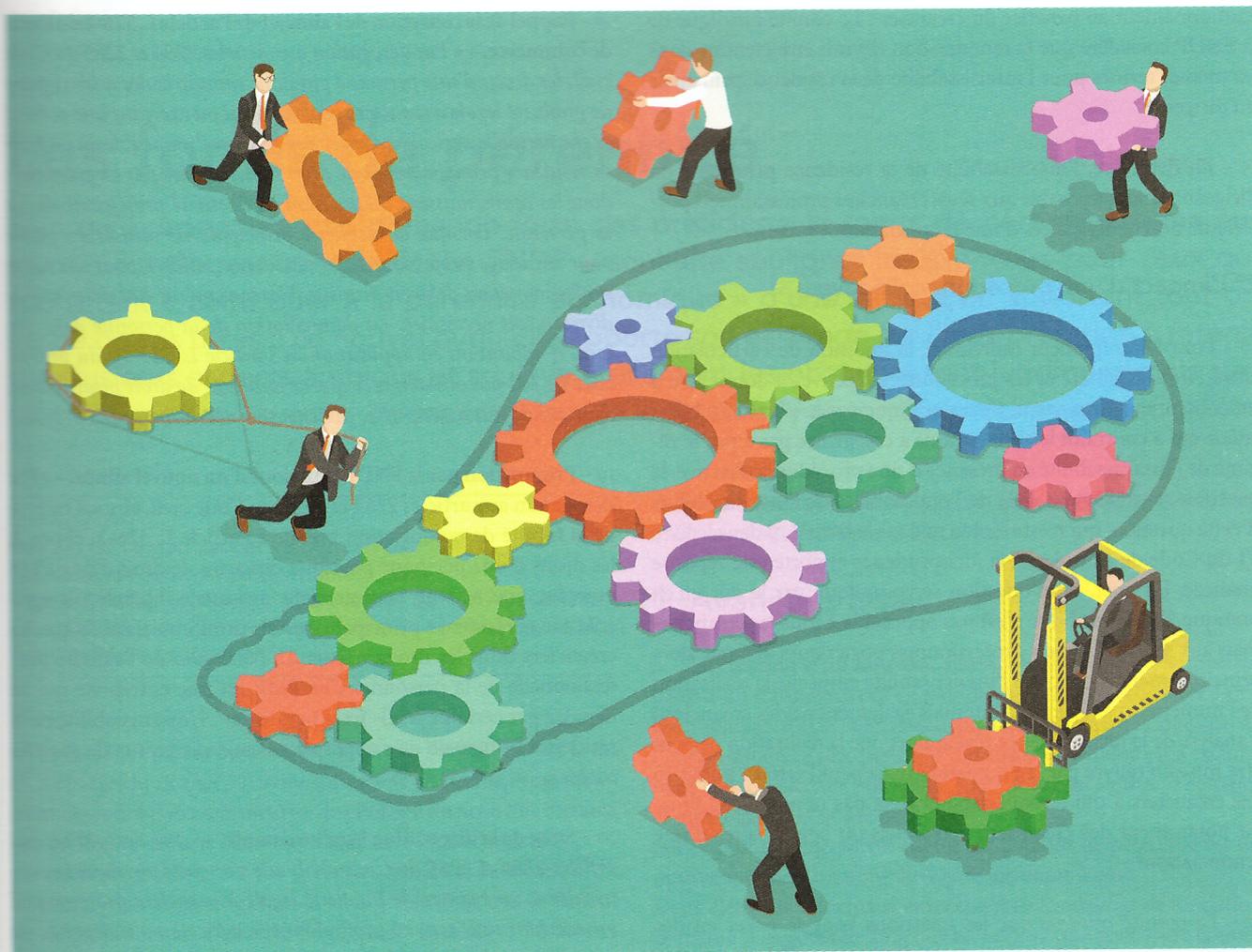
S'agissant enfin de la nature de la société, le comité entend encore formuler une proposition en cohérence avec le droit des entreprises en difficultés. L'idée serait alors de réserver la protection aux

1 V. Cass. com., 5 févr. 2020, n° 18-15.075 : LED mars 2020, n° 113d2, p. 1, note F.-X. Lucas ; Rev. proc. coll.-4 2020, n° 113, note C. Lisanti : le retard dans la déclaration de la cessation des paiements ne constitue pas une simple négligence de nature à exclure la qualification de faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

2 Le 116<sup>e</sup> Congrès des notaires de France a récemment adopté une autre proposition : celle de l'extension de l'insaisissabilité légale de la résidence principale aux entrepreneurs associés des sociétés à responsabilité illimitée. Pour un commentaire de cette proposition, V. V. Antin et C. Lisanti : Sol. Not. 2020, à paraître.

3 En ce sens : Rép. min. n° 66042 : JOAN 2 août 2005, p. 7580 ; JCP N 2005, n° 35, p. 1385.

4 S. Tisseyre, Les petites entreprises et l'après Covid 19. Légiférer sur la petite entreprise : un besoin au-delà de la crise sanitaire : D. 2020, p. 1801.



© TARIKVISION - ISTOCK - GETTY IMAGES PLUS

dirigeants de personnes morales de droit privé qui exercent une activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole par référence à l'article L. 620-2 du Code de commerce, texte qui désigne les personnes pouvant être l'objet d'une procédure collective.

## B. - Une opposabilité encadrée

12 - Pour des raisons tenant à la prévisibilité des solutions applicables, le comité juridique de la FNDP propose de reprendre les règles qui se sont forgées pour l'opposabilité de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, à la fois pour ses conditions (1<sup>o</sup>) et ses effets (2<sup>o</sup>).

### 1<sup>o</sup> Les conditions de l'opposabilité de l'insaisissabilité

13 - D'abord, il est évident qu'à l'instar des solutions applicables sur le fondement de l'article L. 526-1 du Code de commerce pour l'entrepreneur individuel, le créancier se voyant opposer l'insaisissabilité ne peut être qu'un créancier professionnel. À cet égard, un alignement de régime nous semble s'imposer. Ensuite, pour l'application temporelle de la protection, les impératifs de sécurité juridique imposeraient de réserver la protection

aux seuls créanciers postérieurs, c'est-à-dire ceux dont la créance est née après l'entrée en vigueur de la consécration législative préconisée de l'insaisissabilité.

14 - Enfin, à l'instar de ce qui existe pour l'entrepreneur individuel, il est indispensable de prévoir la possibilité de renonciation à l'insaisissabilité de la résidence principale. En l'état actuel des textes, l'article L. 526-3, alinéa 3 du Code de commerce prévoit la possibilité pour l'entrepreneur de renoncer à l'insaisissabilité de la résidence principale au profit d'un ou plusieurs créanciers. L'idée qui innerve la faculté de renonciation est la suivante : le créancier ne doit pas être dissuadé de fournir un crédit au motif que le droit de gage est insuffisant en raison de l'insaisissabilité de la résidence principale. L'objectif de la renonciation est donc d'éviter que l'insaisissabilité produise une forme d'effet épouvantail à l'égard du créancier, spécialement dans l'hypothèse où l'entrepreneur a peu d'actifs dans son patrimoine. Cette renonciation permet l'appréhension de la résidence principale par le créancier qui en bénéficie. L'argument pourrait être le même lorsque le dirigeant de PME se porte garant de la société. La renonciation pourrait donc notamment être acceptée lors de la conclusion d'un contrat de

cautionnement au bénéfice du créancier<sup>5</sup>. Le comité juridique de la FNDP considère que la renonciation devrait être étendue dans les mêmes termes pour l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant.

15 - En définitive, l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant serait opposable aux seuls créanciers professionnels postérieurs non bénéficiaires d'une renonciation.

## 2° L'impact d'une procédure collective

16 - Pour l'entrepreneur individuel, la question de l'articulation entre l'insaisissabilité et les procédures collectives a donné lieu à un contentieux important. Ceci s'explique par le silence du législateur qui a contraint les juridictions à construire pas à pas le régime de l'insaisissabilité en présence d'une procédure collective, la question centrale étant celle de l'opposabilité de l'insaisissabilité. À cette question, qui n'est résolue ni dans le livre V ni dans le livre VI du Code de commerce, la jurisprudence apporte une réponse nuancée. En effet, cette question se complique par le fait qu'en pratique, l'insaisissabilité n'est pas opposable à tous les créanciers mais aux seuls créanciers professionnels postérieurs. Il s'agit alors principalement de savoir si l'insaisissabilité empêche la réalisation de l'immeuble par le liquidateur mais également par les créanciers. L'analyse de la jurisprudence révèle alors que la réalisation ne peut être mise en œuvre par le liquidateur mais peut l'être à l'initiative des créanciers à qui l'insaisissabilité n'est pas opposable, à l'instar notamment des créanciers personnels ou bénéficiaires d'une renonciation<sup>6</sup>.

17 - Le comité observe que les questions vont se poser en des termes strictement identiques pour l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant si celle-ci devait être consacrée par le législateur. Pour des raisons de prévisibilité des solutions applicables et donc de sécurité juridique, nous préconisons l'application des mêmes solutions.

C'est la raison pour laquelle le comité propose de limiter l'intervention législative au seul livre V du Code de commerce qui prendrait pour modèle l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Dans sa rédaction, il s'agirait simplement, de « dupliquer » l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 526-1 du Code de commerce dans un nouvel alinéa 2, en y intégrant les restrictions de domaine que nous suggérons.

5 En pareille circonstance, pour s'inscrire dans la logique de protection du dirigeant caution, il faudrait préconiser deux actes distincts afin que la conscience de ce dirigeant soit bien réelle.

6 Sur ces questions : C. Lisanti, *Déclaration d'insaisissabilité : une protection efficace du patrimoine de l'entrepreneur ?* : JCP N 2017, n° 48, 1330.

18 - **Rappel de la rédaction de l'alinéa 1 de l'article L. 526-1 du Code de commerce.** – « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire ».

19 - **Proposition par la FNDP de l'ajout d'un nouvel alinéa.** – « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, et sous réserve de la faculté de renonciation prévue à l'article L. 526-3, alinéa 2, les droits d'une personne physique dirigeant de droit d'une PME exerçant une activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole sur sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Une PME est une entreprise qui ne dépasse par certains seuils fixés par décret<sup>7</sup>. L'insaisissabilité de la résidence principale ne s'applique pas aux dirigeants de sociétés cotées ».

20 - **Suite de la disposition légale existante.** – « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division ».

21 - **Proposition de modification du dernier alinéa.** – « L'insaisissabilité mentionnée aux trois premiers alinéas du présent article n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du CGI ». ■

7 D. n° 2008-1354, 18 déc. 2008, art. 3.

# Les fonds de pérennité

Bien qu'il réponde à une demande forte des praticiens, le fonds de pérennité peine aujourd'hui à trouver son public. La FNDP a souhaité souligner les avancées pour ceux qui souhaitent « contribuer à la pérennité économique » d'une société en apportant tout ou partie de ses titres à ce nouvel outil. Elle apporte son éclairage sur l'interprétation à retenir sur plusieurs aspects ambigus et soulève également les obstacles tant juridiques mais surtout fiscaux à son succès, en espérant que le législateur y répondra prochainement.

Étude rédigée par :

Romain Girtanner, avocat au barreau de Paris

Pascal Julien Saint-Amand, notaire à Paris

Sophie Schiller, professeur à l'université de Paris-Dauphine

« Anne-Françoise Zattara-Gros, maître de conférences HDR à l'université de La Réunion »

1 - Le fonds de pérennité a été introduit par l'article 177 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite loi « Pacte »<sup>1</sup>. Il s'inspire si fortement des fondations actionnaires de l'Europe du nord que certains ont parlé lors de son introduction d'un « amendement Lego » par référence à celle créée par le célèbre fabricant de jouets. Il est constitué par « l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou de plusieurs sociétés ». Le nouvel outil pourrait constituer une réponse pertinente à la fois pour des entreprises familiales en recherche de pérennité, mais aussi pour des nouveaux entrepreneurs ne souhaitant pas forcément donner une orientation strictement patrimoniale à l'intégralité du capital.

2 - Le législateur a choisi de qualifier l'apport de « gratuit »<sup>2</sup>, ce qui empêche d'en envisager une autre qualification. En effet, par un parallèle avec des apports associatifs, une contrepartie aurait pu être reconnue pour l'apporteur, entraînant l'application du régime fiscal plus adapté à certains égards, de l'apport à titre onéreux.

3 - Certains éléments du nouveau régime sont positifs et à saluer<sup>3</sup>. Ils seront présentés dans une première partie (I). Néanmoins, pour que ce nouvel outil puisse utilement répondre aux besoins

1 Sur les fonds de pérennité, V. R. Mortier, B. Zabala et S. de Vendeuil, *La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 : Dr. sociétés 2019, étude 8.* - A. Reygrobellet, *Les aspects de droit des sociétés dans la loi Pacte* : JCP N 2019, n°22-23, 1205. - N. Dupouy et A.-Fr. Zattara-Gros, *Les fonds de pérennité : aspects juridiques et fiscaux* : JCP N 2019, n° 47, 1321.

2 « Le fonds de pérennité est constitué par l'apport gratuit... » art. 177 loi Pacte susvisée.

3 Plusieurs critiques des outils existants sont issues du rapport de l'Inspection générale des finances : *le rôle économique des fondations*, avr. 2017 : [www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/plaidoyer/deten-](http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/plaidoyer/deten-)

et attentes des utilisateurs, plusieurs améliorations ou éclaircissements sont souhaités par la FNDP (2).

## 1. Avancées à saluer

4 - **La création d'un nouveau statut** - Était réclamée la mise en place d'un statut nouveau en plus des fondations reconnues d'utilité publique (FRUP) dans lesquelles non seulement l'extension de l'intérêt général à des questions d'ordre économique est à exclure, mais aussi l'exercice simultané, par la même entité, d'activités commerciale et d'utilité publique<sup>4</sup>.

Sur ce point, l'objectif est atteint car le fonds de pérennité est un nouveau modèle ou nouvelle figure juridique à part.

Deux éléments principaux empêchent de le qualifier de fondation et même d'organisme sans but lucratif. D'une part, c'est la finalité économique, et non le but non lucratif, qui est mise en avant. D'autre part, la poursuite d'une mission d'intérêt général, qui est le propre de toute « fondation », n'est que facultative et accessoire pour le fonds de pérennité.

5 - Le nouvel outil présente également *a priori* une autre originalité. En effet, le texte permet aux statuts de désigner un bénéficiaire « de son choix ». Parallèlement, le texte confirmé par la doctrine fiscale<sup>5</sup> précise : « À l'issue des opérations de liquidation » du fonds de pérennité l'actif net « est transféré à un bénéficiaire désigné par les statuts, à un autre fonds de pérennité, une fondation reconnue d'utilité publique ou un fonds de dotation »<sup>6</sup>. Il semble possible de désigner le fondateur, ses enfants ou ses petits-enfants, pour recevoir l'actif net du fonds à l'issue des opérations de liquidation. Une telle lecture repose sur l'application du principe général de l'interdiction de distinguer là où la loi ne distingue pas. Cepen-

*tion-dactions-par-les-fondations-2017/le-role-economique-des-fondations-rapport-de-linspection-generale-des-finances-avril-2017/view.*

4 Ch. Nouel, *Fondation reconnue d'utilité publique, fonds de dotation, fonds de pérennité - Quelle structure idoine pour agir en qualité de « fondation actionnaire » ?* : CDE 2020, dossier 25.

5 BOI-BIC-PVMV-30-30-130, n° 170.

6 L. n°2019-486, 22 mai 2019, art. 177, X.

dant, la validité d'une telle mesure demeure controversée. Soulignons par ailleurs, que celle-ci ne présente pas d'intérêt sur le plan fiscal en raison de la taxation applicable à l'entrée et à la sortie du fonds de pérennité.

## REMARQUE

→ En créant un nouveau statut, le nouvel outil répond donc sur ce point aux attentes, bien qu'une clarification serait bienvenue pour sécuriser la possibilité de désigner le fondateur ou sa famille comme bénéficiaire.

6 - **L'extension de l'objet** - Le nouvel outil devait pouvoir se doter d'un objet commercial ou civil. Le fonds de pérennité se distingue de modèles voisins (fonds de dotation ou fondations reconnues d'utilité publique) par sa double finalité. Il a vocation à gérer les titres ou parts apportés, exercer les droits qui y sont attachés et utiliser ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de la ou des sociétés, dont les titres ont été apportés, mais éventuellement également de « réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ». Pour gérer les titres de sociétés et participer à l'animation de la ou des sociétés détenues, il est nécessaire qu'il ne soit pas soumis à l'interdiction d'immixtion dans la gestion imposée aux fondations. La loi n'érige aucun obstacle de ce point de vue. Dès lors, l'objectif est atteint.

7 - **La poursuite d'une mission d'intérêt général** - Le nouvel outil se devait de pouvoir porter une entreprise, tout en permettant de poursuivre ou non une mission d'intérêt général.

La rédaction de la loi Pacte est peu claire sur ce point. Le fonds de pérennité est constitué « afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ».

La doctrine est partagée sur le caractère facultatif ou obligatoire de la mission d'intérêt général. Certes, au I est indiqué qu'il est constitué « afin que ce fonds [...] puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général », ce qui signifie que les œuvres ou missions d'intérêt général sont une faculté.

Par ailleurs, au II, la loi impose à l'objet de comprendre « l'indication des principes et objectifs appliqués à la gestion des titres ou parts de la ou des sociétés mentionnées au I, à l'exercice des droits qui y sont attachés et à l'utilisation des ressources du fonds, ainsi que l'indication des actions envisagées dans ce cadre. Il comprend également, **le cas échéant**, l'indication des œuvres ou des missions d'intérêt général qu'il entend réaliser ou financer » (mise en gras par nos soins). L'expression « le cas échéant » peut avoir deux interprétations. Soit les missions d'intérêt général ne sont pas systématiques. Soit elles n'ont pas systématiquement à être indiquées dans l'objet.

## REMARQUE

→ En dépit de cette rédaction, la FNDP considère que le fonds de pérennité n'a pas d'obligation de poursuivre une mission d'intérêt général et que l'objectif est donc atteint.

8 - **L'inaliénabilité des titres** - Le nouvel outil devait interdire la cession des titres transmis pendant une période fixée qui peut être prorogée afin de remplir l'objectif de pérennité poursuivi. Selon l'article 177, III de la loi Pacte, les titres, objets de l'apport, présentent la particularité d'être inaliénables. Le texte se présente sous forme d'un principe posé dans la première phrase, suivi d'une exception dans la suivante. « Les titres de capital ou parts sociales de la ou des sociétés mentionnées au I du présent article sont inaliénables. Toutefois, lorsque le fonds de pérennité contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par l'effet de la libéralité ou d'une acquisition ou de la situation antérieure à ces dernières, l'une ou plusieurs de ces sociétés, l'apporteur ou le testateur, lors de la libéralité, ou le conseil d'administration, lors d'une acquisition, peut décider que cette inaliénabilité ne frappe pas tout ou partie des titres ou parts, dans la limite de la fraction du capital social qui n'est pas nécessaire à l'exercice de ce contrôle ». Le principe est celui d'une inaliénabilité légale pour les titres apportés. Le droit connaît d'autres exemples d'inaliénabilité légale, par exemple pour les actions d'industrie de SAS (C. com., art. L. 227-1).

9 - La consécration d'une telle inaliénabilité, d'origine légale, questionne sur l'application de l'article 900-1 du Code civil et des conditions que celui-ci énonce, à savoir limitation à une durée temporaire et justification d'« un intérêt sérieux et légitime ».

Une réponse négative paraît s'imposer, et ce pour trois raisons. D'une part, si la jurisprudence retient une application large des dispositions de l'article 900-17, le périmètre de ce texte est limité à l'inaliénabilité conventionnelle (« les clauses »). Or, l'inaliénabilité imposée aux titres de capital ou parts sociales détenues par un fonds de pérennité est posée par la loi. D'autre part, le législateur ne prévoit pas l'application de l'article 900-1, ni de façon explicite, ni de façon implicite. Bien au contraire, il semble ici construire un régime spécifique de l'inaliénabilité des titres détenus par un fonds de pérennité puisqu'il précise les textes applicables en la matière. Ainsi, exclut-il l'article 910 du Code civil alors qu'il opère un renvoi à l'article 900-4 du Code civil. Enfin, défendre l'application de l'article 900-1, qui introduit des limites à l'inaliénabilité, notamment d'ordre temporel, ne participerait pas à l'esprit du fonds de pérennité.

10 - Certes, il pourrait être objecté que l'apport à un fonds de pérennité est un acte de volonté, ouvrant la voie à une qualification conventionnelle, de sorte que l'article 900-1 pourrait trouver à s'appliquer. Si l'on pousse la logique, pourrait-on alors imposer, lorsque le bénéficiaire final qui aurait été désigné par les statuts pour recueillir l'actif en cas de liquidation est une personne

7 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 oct. 2007, n° 05-14.238 : JCP N 2008, n°5, 1064, note R. Mortier ; RTD civ. 2008, p. 126, obs. Th. Revet.

physique, de respecter l'article 900-1 et les limites de l'inaliénabilité (caractère temporaire et justification par un intérêt légitime)<sup>8</sup> ? Le risque serait alors d'ajouter des conditions alors que de telles exigences ne sont pas prévues par le texte. Remarque :

Pour éviter toute incertitude, une clarification serait bienvenue sur ce point.

11 - L'article 177 IV de la loi Pacte introduit ensuite une exception au principe, qui envisage l'hypothèse d'une inaliénabilité partielle. Tel est le cas lorsque le fonds de pérennité contrôle, par l'effet d'une libéralité, d'une acquisition ou d'une situation antérieure à ces dernières, une société, dont les titres ont été apportés dans la mesure où le disposant, lors de la libéralité, ou l'apporteur ou le conseil d'administration, lors d'une acquisition, peut décider que cette inaliénabilité ne frappe qu'une partie des titres ou parts, dans la limite de la fraction du capital social qui n'est pas nécessaire à l'exercice de ce contrôle.

12 - L'article 177, IV de la loi Pacte envisage, enfin, une levée de l'inaliénabilité dans les conditions de l'article 900-4, alinéa 2 du Code civil, mais seulement « *s'il advient que la pérennité économique de la ou des sociétés l'exige* ». Le juge peut donc autoriser le fonds de pérennité, à qui les titres ont été apportés, à disposer des titres ou parts frappés d'inaliénabilité s'il advient que la pérennité économique de la ou des sociétés dont les titres ont été apportés l'exige. Vu la difficulté à anticiper des besoins futurs d'une société sur une très longue période, il est important que le juge ait le pouvoir de lever l'inaliénabilité si les circonstances économiques l'imposent, par exemple pour permettre une opération de restructuration essentielle à sa continuité. L'objectif est donc atteint, bien qu'une confirmation expresse du régime applicable serait bienvenue.

13 - **La gouvernance** - Pour veiller au respect des volontés du fondateur et aux objectifs d'intérêt général, un conseil d'administration devait permettre au fondateur de disposer de la majorité des sièges (avec au moins un tiers d'indépendants). Il devait veiller à appliquer des principes fixés tant par la loi (civisme fiscal, etc.) qu'éventuellement par le fondateur dans les statuts (association des salariés à la gouvernance, maintien des différentes branches d'activité de l'entreprise, inaliénabilité des titres, etc.).

14 - La loi impose l'administration du fonds de pérennité par un conseil d'administration qui comprend au moins trois membres. Le fondateur peut librement organiser la composition et donc, le contrôle de la structure car les membres sont nommés par le ou les fondateurs. Il peut notamment prévoir d'associer les salariés à la gouvernance et définir les modalités de leur participation. Ceci rappelle le modèle des fondations d'entreprises, qui doivent réunir au sein de leur CA du personnel ou des FRUP où des collèges de salariés peuvent être constitués.

<sup>8</sup> Si l'ensemble des bénéficiaires, tant le fond lui-même au premier rang, que ceux seraient désignés par les statuts pour recueillir l'actif en cas de liquidation sont des personnes morales, la clause d'inaliénabilité pourrait être perpétuelle (C. civ., art. 900-1, al. 2).

Le fondateur peut aussi librement prévoir, dans les statuts, les principes qui guideront la prise de décision du conseil d'administration, sachant que les pouvoirs de celui-ci sont définis par la loi. De ce point de vue, la rédaction des statuts nécessite une attention particulière pour décrire l'objet du fonds, qui doit alors comprendre l'indication des principes appliqués à la gestion des titres de l'entreprise (civisme fiscal, intérêt environnemental...) et à l'utilisation des ressources afin d'éviter toute manœuvre spéculative ainsi que l'indication des actions envisagées. À la condition que les statuts le précisent, l'objectif est donc atteint.

15 - **L'exercice des droits de vote dans la société détenue** - Afin d'assurer l'objectif de pérennité et appliquer les principes choisis par le fondateur, la nouvelle structure devrait pouvoir exercer les droits de vote dans la société détenue.

La loi énonce que « *Le fonds de pérennité [...] gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés* »<sup>9</sup>. En outre, le décret du 20 mai précise : « *b) Un compte-rendu de la façon dont le fonds de pérennité a géré les titres ou les parts qui composent sa dotation, exercé les droits de vote et les autres droits qui y sont attachés et utilisé ses ressources* ».

Le fonds peut donc exercer des droits de vote dans la société détenue sous réserve de veiller à agir dans un sens de pérennité de la société. L'objectif est donc atteint.

## 2. Améliorations et éclaircissements à apporter

16 - **La notion de contribution à la pérennité économique** - Selon le texte, le fonds de pérennité est constitué « *afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général* ». La rédaction est assez ambiguë vu la difficulté à comprendre ce que signifie « *contribuer à la pérennité économique de la ou des sociétés* ». On peut se demander si elle signifie que le fonds peut faire des apports en capital ou en compte courant ou même financer la société à fonds perdus en réalisant alors une libéralité.

17 - Pour la FNDP, deux solutions de financement paraissent tout à fait acceptables au sens de cet article : le fonds peut participer à une augmentation de capital de la société ou réaliser un apport en compte courant. Une approche plus audacieuse, mais conforme à la finalité juridique et économique du texte qui l'institue, pourrait même permettre au fonds de pérennité de trouver sa véritable place entre les classiques « holding » et les fondations actionnaires *stricto sensu*. Cette approche consisterait à faire reconnaître plus généralement au fonds de pérennité la possibilité d'utiliser ses ressources « *dans le but de contribuer à la pérennité économique* » de la société qu'il détient de la manière la plus large possible et notamment :

<sup>9</sup> L. n°2019-486, 22 mai 2019, art. 177, I.

- la mise en place de soutiens financiers au profit de la société dont il détient les titres sous toute forme possible : souscriptions au capital, apports en comptes courants d'associé mais également prêts à taux bonifiés et « subventions » ;
- la réalisation ou le financement d'études et de prestations de conseils à destination de la société dont il détient les titres et contribuant à son développement et à sa pérennisation économique ;
- la mise en place de toutes actions d'information, de communication ou de sensibilisation destinées à promouvoir l'activité de la société dont il détient les titres ;
- la mise en place des financements nécessaires à la réalisation de sa mission, de quelque nature qu'ils soient : financements en fonds propres, recours au crédit bancaire (court/moyen/long terme), recours au crédit-bail, etc. et mise en place de toute garantie nécessaire à la mise en place desdits financements ;
- l'acquisition ou la cession de tous biens mobiliers ou immobiliers à onéreux (achat, échange, apport).

**18 - Le régime fiscal** - Diverses questions fiscales se posent, parmi lesquelles en particulier :

- la fiscalité de l'apport des titres lors de la constitution du fonds de pérennité (A) ;
- la fiscalité de l'activité du fonds de pérennité et en particulier des dividendes qui sont soumis à l'impôt sur les sociétés et qui devraient pouvoir bénéficier du régime mère-fille (B).

## A. - Fiscalité de l'apport

### 1° Apport par une personne physique

**19 - Droits d'enregistrement** - Lorsque l'apport est réalisé par une personne physique, le régime fiscal est clair au regard des droits d'enregistrement. Il est possible de bénéficier du régime Dutreil et l'opération est soumise à une fiscalité de 60 % (libéralité à l'égard de tiers) sur 25 % de la valeur des titres apportés (suite à l'abattement Dutreil de 75 %), soit un taux réel de 15 %. Ce taux peut être réduit de moitié lorsque l'apport au fonds de pérennité est réalisé par un donateur de moins de 70 ans, soit un taux réel final de 15 % x 50 % = 7,5 %.

**20 -** Le paiement différé fractionné prévu par l'article 397 A de l'annexe III au CGI devrait pouvoir s'appliquer. Ce texte prévoit que le paiement des droits de mutation sur les transmissions à titre gratuit (successions ou donations) d'entreprises peut être différé pendant 5 ans à compter de la date d'exigibilité des droits et, à l'expiration de ce délai, fractionné sur une période de 10 ans. Il est applicable dès lors que la transmission porte sur au moins 5 % du capital de la société, que la société exerce une activité opérationnelle ou assimilée (*holding* animatrice) et que la société n'est pas cotée en Bourse.

**21 - Imposition sur les plus-values** - Lorsque l'apport porte sur les titres d'une société soumise à l'IS, le régime fiscal n'est pas précisé, mais la transmission au profit du fonds de pérennité étant réa-

lisé à titre gratuit devrait purger fiscalement les plus-values et ne déclencher aucune fiscalité pour l'apporteur.

Lorsque l'apport porte sur les titres d'une société soumise à l'IR, le régime fiscal n'est pas non plus précisé et l'on peut se demander si le régime de l'apport en report d'imposition de l'article 151 nonies du CGI est applicable lorsque l'apporteur exerce son activité professionnelle dans cette société.

## REMARQUE

→ À l'instar du sursis d'imposition introduit par le législateur pour les personnes morales, la confirmation d'un report d'imposition dans cette situation serait utile.

## 2° Apport par une personne morale

**22 - Droits d'enregistrement** - Le régime applicable en matière de droits de mutation à titre gratuit en cas d'apport au fonds par une personne morale reste incertain. La jurisprudence considère qu'une personne morale peut être soumise à des droits de mutation à titre gratuit, et les commentaires fiscaux<sup>10</sup> rendus en matière d'imposition sur les bénéfices ne se prononcent pas expressément sur le régime applicable aux droits de mutation. Il serait important qu'une clarification soit apportée pour préciser que les apports au fonds de pérennité par une personne morale sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit. Cela permettrait de sécuriser les opérations, à l'image du texte existant pour les fonds de dotation.

**23 - Imposition sur les plus-values** - Lorsque l'apport est réalisé par une personne morale, le BOFIP publié cet été apporte plusieurs éclairages sur le régime fiscal du sursis d'imposition applicable à la plus-value de transmission des titres de la filiale à la constitution du fonds de pérennité (*CGI, art. 38. 7 quater*). La plus-value est en effet placée en sursis jusqu'à la cession ultérieure des titres par le fonds de pérennité qui sera alors imposable sur une plus-value de cession calculée d'après le prix de revient fiscal des titres chez la personne morale apporteuse.

Le BOFIP précise ainsi le régime de neutralité fiscale en matière de plus-value d'apport et semble écarter toute qualification d'acte anormal de gestion dès lors que ce sont des titres qui ont été apportés au fonds de pérennité lors de sa constitution<sup>11</sup>. Il n'existe en revanche aucune neutralité fiscale pour les apports de biens et droits de toute nature autres que les titres apportés lors de la constitution du fonds.

## B. - La fiscalité des dividendes

**24 -** À la différence du fonds de dotation et des fondations, qui peuvent bénéficier d'une exonération d'impôt sur les sociétés, fondée sur le caractère désintéressé de leur gestion, le fonds de

<sup>10</sup> BOI-BIC-PVMV-30-30-130.

<sup>11</sup> Lecture *a contrario* de BOI-BIC-PVMV-30-30-130, n° 70, al. 2.

pérennité est soumis à l'impôt sur les sociétés et autres impôts commerciaux dans les conditions de droit commun.

25 - L'essentiel de ses revenus devrait provenir des dividendes versés par la société dont le fonds détient les titres. La question de l'application aux dividendes du régime mère-filiale prévu par l'article 145 du CGI (exonération de 95 % des dividendes reçus dès lors que la société bénéficiaire détient plus de 5 % de la filiale et que les titres de participation sont conservés pendant au moins 2 ans) est donc déterminante. Rien ne semble s'opposer à l'application de ce régime aux dividendes reçus par les fonds de pérennité. Le BOFIP confirme le bénéfice du régime fiscal favorable des plus-values long terme en cas de cession ultérieure des titres par le fonds de pérennité en tenant compte du délai de détention de ces titres au niveau de la personne morale apporteuse<sup>12</sup>. Il serait donc logique que le fonds de pérennité puisse également bénéficier du régime mère-fille en tenant compte également de ce précédent délai de détention.

## REMARQUE

→ Une confirmation de ce point serait la bienvenue.

26 - **La conciliation avec les règles de la réserve héréditaire** - La constitution du fonds de pérennité ne doit pas violer les règles de la réserve héréditaire. Il faut donc le créer soit en prenant la précaution de mettre en place une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) qui sera signée par les héritiers réservataires de l'apporteur, soit en tentant de le limiter à la quotité disponible, exercice périlleux, puisqu'elle ne sera définitivement connue qu'au moment du décès.

À cet égard, afin de sécuriser au mieux la transmission réalisée au profit du fonds de pérennité, il serait très souhaitable de confirmer que la libéralité adressée à ce dernier peut être intégrée à une donation-partage : les valeurs transmises seraient alors figées au jour de la réalisation de la libéralité dans les opérations de liquidation de la succession du fondateur. Cette avancée serait d'autant plus nécessaire qu'une opinion très réservée sur le sujet a étonnamment été défendue dans le récent rapport Pérès sur la réserve

héréditaire<sup>13</sup>, alors que la doctrine y est, dans son ensemble, tout à fait favorable<sup>14</sup>.

27 - La détermination de l'atteinte ou non à la réserve ne pose pas de difficulté de principe lorsque l'apport au fonds est réalisé par une personne physique. La question est plus complexe lorsque la libéralité est réalisée par la société détenue par la personne physique. En effet, par le biais de cet apport « gratuit », la société s'est appauvrie au profit du fonds de pérennité, réduisant le patrimoine de la personne physique qui en détient les parts et cela au détriment des héritiers de l'associé personne physique.

## REMARQUE

→ Une sécurisation du régime applicable au regard de la réserve en ce cas serait, là encore, bienvenue.

28 - **La désignation de l'apporteur comme bénéficiaire** - On peut être tenté de faire figurer le fondateur ou ses descendants parmi les bénéficiaires. La transmission lors de la liquidation risque alors d'être soumise à une fiscalité très lourde en matière de droits de mutation de 60 % dont le montant devrait pouvoir être réduit là aussi, lorsque les conditions du régime Dutreil sont remplies et de plus-value, en cas d'apport par une personne morale, dans la mesure où la liquidation du fonds entraîne l'imposition immédiate de la plus-value afférente aux titres de la société.

29 - Si la possibilité de bénéficier du régime Dutreil était clairement reconnue et son régime fiscal établi, l'outil pourrait alors connaître un plus grand essor en étant utilisée pour sauter une génération, solution souhaitable pour l'entreprise lorsque la génération intermédiaire se révèle incapable d'en assurer la pérennité.

## REMARQUE

→ Une confirmation de la possibilité de nommer des descendants du fondateur serait là encore bienvenue. ■

13 Rapport Groupe de travail réserve héréditaire, Dacs 13 déc. 2019, n° 609 et s.

14 V. avis FNDP déjà rendu sur ce sujet. – *Le fonds de dotation, possible tiers copartagé dans le cadre de la transmission d'entreprise*, C. Farge et Y. Malard : JCP N 2017, n° 24, 1208.

<sup>12</sup> BOI-BIC-PVMV-30-30-130, n° 130.