

UNIVERSITE D'AIX MARSEILLE
ECOLE DOCTORALE 67 SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES D'AIX MARSEILLE

La transmission d'entreprise

Recherches sur les spécificités de l'entreprise de bâtiment

Thèse pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 3 juin 2014

par Hubert Ollier

JURY

Directeur de thèse :	Madame Dominique VELARDOCCHIO Professeur à l'Université d'AIX MARSEILLE
Membres du jury :	Madame Edith BLARY-CLEMENT - Rapporteur Professeur à l'université LILLE 2 DROIT ET SANTE Monsieur Yves REINHARD - Rapporteur Professeur à l'université JEAN MOULIN LYON 3 Monsieur Bastien BRIGNON Maître de conférences à l'université d'AIX MARSEILLE

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont en premier lieu à Mme le Professeur Dominique Velardocchio qui a accepté de me diriger pendant ce long travail contribuant ainsi à l'élaboration de ce travail par ses conseils et ses appréciations.

Mes remerciements vont ensuite à la Fédération Française du Bâtiment Rhône-Alpes et à son Président M. Jacques Chanut ainsi qu'à M. François Mareschal, Secrétaire Général, mais aussi à M. Bernard Fontanel et M. Jean-Louis Courbon, respectivement ancien Président et ancien Secrétaire Général qui m'ont recruté et ont adhéré au principe de la convention CIFRE. Je n'oublie pas que cette convention n'aurait pas vu le jour sans l'opiniâtreté du Président Xavier de Varax, président de la commission transmission d'entreprise de la Fédération qui en a été le principal moteur. Je tiens également à remercier l'ensemble des collaborateurs des Fédérations Bâtiment et travaux publics de Rhône-Alpes ainsi que ceux des différentes fédérations départementales dans lesquelles j'ai évolué et tout particulièrement celle du Rhône, de la Loire et de la Haute Savoie.

Le long chemin parcouru pour la réalisation de la thèse n'aurait pas été possible sans le soutien de mes proches. Sans être exhaustif, et pouvoir citer tous ceux qui comptent à mes yeux, je souhaite remercier Laure Cavrois, qui partage ma vie, qui a fait preuve de patience et de compréhension affichant un soutien indéfectible dans ce projet sans lequel je n'aurais pu aboutir. Je remercie également Marie-Gabrielle et Marc Ollier, mes parents, qui m'ont appris, notamment, la ténacité, Violaine Larrat et Loïc Ollier, mes frères et sœurs, Martine et Nicolas Cavrois, mes beaux-parents, Marie-Anne, Franck, Alexandre, Valérie, François-Nicolas, Nicolas, Sophia, et Carolina, mes beaux-frères et belles sœurs, ainsi que mes amis. Parmi eux, qu'il me soit permis de remercier plus particulièrement Margerie Farre Malaval et Nathalie Van Robais, mes complices de rédaction, ainsi que Gérald Bes, Arnaud Dupuis Cuny, Lesley Grazian, Alexandre Van Robais, Nicolas Malaval, Clémence Arnaud, Amaury Marchand, Amélie et Olivier Ravel, Emilie et Etienne Lescanne, Ségolène et Benoît Bourg, David et Laetitia Force et Ugo Chauvin.

A Louis,

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES, ACRONYMES ET ABREVIATIONS

INTRODUCTION GENERALE

PARTIE 1- LA PREPARATION DE L'ENTREPRISE A LA TRANSMISSION

Titre 1 : L'adaptation de l'environnement juridique de l'entreprise

Chapitre 1 : L'inévitable transformation de l'entreprise

Chap.2 : Les avantages fiscaux de la restructuration de l'entreprise

Titre 2 : Le maintien des savoir-faire de l'entreprise de bâtiment

Chapitre 1 : Les dispositifs d'accompagnement du cédant

Chapitre 2 : La conservation des connaissances et savoir-faire dans l'entreprise

PARTIE 2- LA REPRISE DE L'ENTREPRISE

Titre 1 : L'organisation juridique de la reprise

Chapitre 1 : Les modes directs de financement

Chap. 2 : La holding de rachat

Titre 2 : Les techniques d'allègement de la fiscalité de la reprise

Chap. 1 : La fiscalité de la cession de l'entreprise

Chap. 2 : L'intervention de la holding comme amortisseur de la fiscalité

Conclusion générale

Index

Bibliographie

Tables des matières

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES, ACRONYMES ET ABREVIATIONS

AMF	Autorité des marchés financiers
al.	Alinéa
art.	Article
Ass.	Association
Bull. civ. I ou II ou III	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles)
Bull. civ. V	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambre sociale)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
BOI	Bulletin officiel des impôts
CA	Cour d'Appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CGI	Code général des impôts
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
cf.	Confer
coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz/ Dalloz
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> : au même endroit
<i>Idem</i>	au même endroit

<i>Infra</i>	Plus bas, au-dessous
Instr.	Instruction fiscale
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP S	La semaine juridique, édition sociale
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O.A.N.	Journal officiel (débat parlementaire
Jurisp.	Jurisprudence
LPA	Les petites affiches
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> :à l’endroit cité précédemment
obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> : dans l’ouvrage cité
p.	Page
préc.	Précité
PUAM	Presse universitaire d’Aix-Marseille
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rep. Sociétés Dalloz	Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit des sociétés
RFN	Revue Fiscale Notariale
RLDA	Revue Lamy de Droit des Affaires
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>Supra</i>	Plus haut, au-dessus
s.	Suivant(e)s
sect.	Section
suppl.	Supplément
t.	Tome
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Sociétés par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SCA	Société en commandite par actions
SCOP	Société coopérative ouvrière de production
SNC	Société en nom collectif
V.	Voir
Vol.	Volume

Introduction générale

1. **Prise de conscience de l'importance de la transmission • 1867.** Année de création d'une entreprise de menuiserie ébénisterie dans le département du Rhône que notre pratique nous a permis de traiter quant à sa transmission. Après cinq générations de la même famille à sa tête, le dirigeant a cédé l'entreprise et une partie de son histoire, aucun de ses deux enfants ne souhaitant poursuivre l'aventure.
2. Cet exemple est caractéristique d'une certaine évolution sociétale et de ce qu'est devenue l'entreprise de bâtiment aujourd'hui. La sociologue Céline Bessière explique que si les enfants succédant à leurs parents ne veulent pas être vu comme des héritiers mais comme des entrepreneurs et des « outsiders innovants », la nouveauté est l'apparition d'une « scène professionnelle » caractérisée par le travail salarié des femmes en dehors de l'entreprise ce qui crée des conséquences économiques et familiales pour l'entreprise¹. Pour autant qu'un parallèle puisse être établi entre l'entreprise viticole étudiée par Mme Bessière et l'entreprise de bâtiment, la transmission familiale reste difficile à mettre en œuvre et ne représente, statistiquement que peu d'entreprises. Le rapport Mellerio remis à M. Novelli, en octobre 2009, fait état de seulement 20% d'entreprise familiale qui seront transmises à la génération suivante². Cyril André, dans un article publié dans *The Economist*, rappelle que peu d'entreprises sont transmises au niveau familial soulignant des blocages liés à l'envie de reprendre et de s'impliquer dans l'entreprise, la capacité à reprendre dans un domaine que les héritiers ne connaissent pas toujours et des études de plus en plus longues ne favorisant pas une réorientation³. Ce dernier argument est d'autant plus vrai dans l'entreprise de bâtiment dans laquelle le cursus est souvent court et doit se décider jeune pour l'héritier (15 ou 16 ans). Ces difficultés de transmission de l'entreprise familiale de bâtiment à des héritiers emportent des conséquences quant à la survie de ces

¹ C. Bessière, *Maintenir une entreprise familiale : enquête sur les exploitations viticoles de la région délimitée Cognac*, Thèse doctorat Sociologie, Université de Paris 5, 2006.

² O. Mellerio, *Transmission de l'entreprise familiale*, rapport remis à M. Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation, oct. 2009,

³ C. André, *Patrimoine : transmission familiale de l'entreprise : une dimension tout autant psychologique que technique*, *The Economist*, 8 juin 2011.

entreprises et aux entreprises de bâtiment en général. C'est dans un souci d'optimisation de ces transmissions sur les plans juridiques et fiscaux, notamment, que la présente étude a vu le jour. L'analyse d'un tel sujet implique une présentation précise des axes et des outils de la recherche.

3. **Définitions générales : notion de transmission** • D'après le *Vocabulaire Juridique* du professeur Cornu, véritable bible en la matière, la transmission désigne « toute opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre, soit par la volonté de l'homme, soit en vertu de la loi ; soit entre vifs, soit à cause de mort ; soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, soit à titre particulier soit à titre universel »⁴.
4. Cette notion de transmission étend son domaine avec les explications données par Anne-Sophie Barthez quant aux opérations de transmission des obligations détenues par une société. De personne physique, la notion opère un glissement vers le droit des sociétés, tout en inscrivant, au cœur des régimes, la continuité de la personne (physique ou morale)⁵. Mais Ronan Raffray distille une véritable distinction dans cette notion de patrimoine, lors de sa transmission, partant du principe que la société s'inscrit dans la continuité⁶. Le patrimoine de la personne morale aurait-il une portée plus large et plus longue du fait de la survivance de la société au-delà du dirigeant ? L'auteur précise que la transmission du patrimoine de la société peut être universel en ce qu'il peut regrouper une universalité de dettes et d'actifs affectés à une activité donnée. La transmission atteint alors, selon nous, son apogée en ce qu'elle ne comprend plus, à ce stade, de « gardes fous » dans l'opération de transmission telle une clause révision de prix ou une garantie d'actif ou de passif par exemple. Or, comme le rappelle Jacques Gobert Ekani, le transfert de contrôle de l'entreprise cible vers le cessionnaire prend le caractère d'un acte commercial et abouti un contrat de vente. Il doit dès lors s'accompagner d'une limitation des risques liés au contrat dans l'intérêt des tiers et de la personne morale⁷. Ce raisonnement explique l'explosion de la complexité des actes de cession et des garanties attachées (garantie du passif, garantie de la garantie, clause d'earn out).

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, 2012, Quadriga Puf, p. 1027.

⁵ A.-S. Barthez, *La transmission universelle des obligations : étude comparée en droit des obligations et droit des sociétés*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 1, 2000.

⁶ R. Raffray, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux 4, 2009.

⁷ J. Gobert Ekani, *La spécificité des risques dans la cession massive de droits sociaux dans les sociétés non cotées en bourse*, thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon 3, 2004.

5. Si la transmission peut trouver un écho juridique relativement encadré, il n'en va pas de même pour la notion d'entreprise qui est avant tout et initialement née sur le terrain économique.
6. **Notion d'entreprise en économie** • En économie, les définitions de l'entreprise sont nombreuses mais font toutes ressortir des traits communs. Ainsi, selon Pierre Bezbakh, l'entreprise est « un agent économique qui a pour fonction de produire des biens et des services en vue de leur vente sur un marché afin d'obtenir un bénéfice »⁸. L'INSEE, dans sa définition, ajoute les notions d'autonomie des décisions et d'organisation⁹. La définition de M. Capul, assez proche de celle de M. Bezbakh, précise toute de même l'existence de diversité économique des entreprises tant du point de vue de leur taille que de leur secteur¹⁰. Ces divisions sont d'importance dans notre étude qui se concentre sur le seul secteur du bâtiment dans lequel les disparités de taille sont nombreuses. M. Beitone quant à lui, met en avant que l'entreprise opère sur des marchés en vendant des biens et service tout en disposant d'une organisation propre et d'une autonomie juridique de décision mais sans que « la recherche de profit soit une caractéristique inhérente à l'entreprise »¹¹.
7. **Notion d'entreprise en économie politique** • En économie politique, M. Vaté rappelle que c'est J. Schumpeter qui a souligné que l'entrepreneur est surtout celui qui a la fonction d'innover¹². Cela induit, dans un capitalisme qui est une « économie d'entreprise et de marché »¹³, que la fonction d'entrepreneur se sépare progressivement de celle de capitaliste. C'est d'autant plus vrai dans les montages de reprises d'entreprises faisant intervenir des investisseurs déconnectés de la fonction entrepreneuriale tout en détenant le seul capital. Pour M. de Wasseige, l'entreprise est la réunion de manière adéquate de plusieurs éléments comme étant « les moyens de production, le travail et la technique »¹⁴.

⁸ P. Bezbakh, S. Gherardi, *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2008, p.275.

⁹ L'INSEE définit l'entreprise comme « la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes » : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/entreprise.htm>.

¹⁰ Y. Capul, O. Garnier, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2008, p. 171, 176 et 178.

¹¹ A. Beitone, A. Cazorla, *Dictionnaire des sciences économiques*, A. Colin, 2^{ème} éd, 2007, p. 181.

¹² M. Vaté, *Leçons d'économie politique*, 8^{ème} éd, Economica, p. 23 et 24.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Y. de Wasseige, *L'économie politique*, Couleurs livres, 2005, p.9 et 10.

8. **L'entreprise, notion floue en droit** • Sur le plan juridique, la notion d'entreprise reste floue alors même que la place qu'elle occupe est grandissante dans le droit des affaires. Selon le Professeur Paillusseau, « l'entreprise n'est ni un objet, ni un sujet de droit », c'est pour cela qu'elle transcende le droit et les classifications juridiques. Elle est d'essence économique et sociale ». L'auteur s'interroge sur l'éventualité de parler de droit de l'entreprise plutôt que de droit des affaires puisque cette dernière est « incontestablement au cœur du droit des affaires »¹⁵.
9. Face à une notion difficile à définir juridiquement, le réflexe naturel du juriste reste le recours aux codes existants, c'est-à-dire à la législation. Le code civil fait ainsi référence à l'entrepreneur dans son chapitre consacré au louage d'ouvrage¹⁶ tout en opérant des renvois vers des catégories juridiques d'entrepreneurs¹⁷ identifiés par la loi. Le code de commerce intègre également le terme d'entreprise dans la mesure où le législateur a eu recours à celui-ci, souvent, ces dernières années pour l'élaboration des textes. Ainsi, la loi liée au régime juridique de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹⁸, la notion d'entreprise individuelle¹⁹ mais aussi les dispositions liées à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée²⁰ ou les procédures collectives²¹.
10. **Le lien entre entreprise et capital** • Pour M. Alland, « le mot « entreprise » n'est plus qu'un simple substitut du mot « activité » au sens vague du terme »²². L'auteur explique que le mot « entreprise » s'est étendu d'abord aux relations dans le travail puis dans ses rapports entre entrepreneurs et associés (financeurs) en lien avec le capital de l'entreprise. Cette idée du capital renvoie à une notion politique dont le mot fut adopté par le juridique. Sur ce point, il nous semble incontournable de citer Karl Marx, un des théoriciens de référence sur la question. Selon lui et les nombreux auteurs qui ont commenté ses écrits²³, le capitalisme est un régime économique et social hautement cohérent, tendu vers la recherche de profit, l'accumulation de capital ; régime dans lequel les travailleurs ne sont

¹⁵ J. Paillusseau, *Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP E, n° 3, 21 janv. 1988, 15101.

¹⁶ C. civ., art. 1779.

¹⁷ Le code civil renvoi aux notions de commerçants, d'architectes, d'entrepreneur individuel ou encore d'artisan.

¹⁸ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, C. com., art. L 526-6 et s.

¹⁹ Loi n° 94-126 du 11 févr. 1994, dite *Loi Madelin*.

²⁰ Loi n° 66-537 du 24 juill. 1966, C. com., art. L 223-1 et s.

²¹ Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 sur la *sauvegarde des entreprises*.

²² D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2012, p. 626 et s.

²³ A titre d'exemple, V. D. Moro, *La crise du capitalisme et Marx abrégé du Capital rapporté au XXIe siècle*, Edition Delga, 2006, p.57 et s. et p. 151 et s. ; P. Combemale, *Introduction à Marx*, Repères, 2006, p. 91 et s. ; F. Mehring, *Vie de Karl Marx*, Pie, 1984.

pas propriétaires de leurs outils, mais seulement de leur force de travail²⁴. Cette théorie n'est pas partagée par tous et notamment par Jean-Baptiste Say qui considère le capital comme « une somme de valeur acquise d'avance » constamment employée par l'entrepreneur qui devient dès lors « le capital de l'entreprise »²⁵.

11. Le droit, régulateur de l'économie de marché et de l'entreprise • De manière plus contemporaine, et alliant le juridique et l'économique, le capitalisme, qui décrit « la nature de l'organisation et des relations économiques à l'époque moderne » demeure, selon Mme Boussaguet, en France, un système influencé par l'Etat et dont l'intervention de ce dernier, par la législation, « influence » l'économie libérale de marché²⁶. La transmission d'entreprise est un « marché », à proprement parlé sensible aux interventions du législateur quant à la psychologie de la cession. De la même façon que la prime à la casse sur les véhicules automobiles favorisera l'achat de véhicules neufs ou que les crédits d'impôts en faveur des travaux pour économie d'énergie faciliteront leur mise en œuvre, des textes soutenant la transmission auront pour effet de « déclencher » des démarches de transmissions. L'entreprise et le système capitaliste nous semblent donc être un délicat équilibre entre ces notions qui cohabitent mais qui peuvent être sujet à des dérives sans règles de fonctionnement bien établies. Parfois critiqué par certains réalisateurs, nous recommanderons au lecteur de visionner certains films ayant un regard critique sur le monde de l'entreprise et des dérives possibles des marchés²⁷ en l'absence de règles. Le droit apparaît donc comme le régulateur des interactions entre agents économiques. Mais la tâche s'avère difficile. Le rapport annuel de l'AMF pour 2012 fait ressortir « une hypertrophie de la sphère financière » liée à une « accumulation de risques excessifs » ayant engendré des « fraudes graves et des manquements aux disciplines les plus élémentaires » que les régulateurs n'ont pu empêcher²⁸. Les politiques²⁹ de tous bords ont

²⁴ K. Marx, *Introduction à la critique de l'économie politique*, L'altiplano, 2008.

²⁵ J. B. Say, *Cours d'économie politique et autres essais*, Flammarion, 1996, p. 325 et 326.

²⁶ L. Boussaguet, S. Jacquot, P. Ravinet, *Dictionnaire des politiques publiques*, Sciences Po Les Presses, 3^{ème} éd, p. 123 et s.

²⁷ De manière non exhaustive : *Wall Street* d'Olivier Stone, avec Michael Douglas et Charlie Sheen, 1987 ; *Capitalisme : A love story*, de et avec Michael Moore, 2009.

²⁸ AMF, *Rapport annuel 2012 et annonce de la stratégie 2013-2016*, discours de Gérard Rameix, juin 2013, www.amf-france.org.

²⁹ F. Hollande, discours de Strasbourg devant le Parlement Européen du 5 février 2013, *Le Huffington Post.fr* du 5 février 2013.

fustigé l'absence de règles établies ou trop peu encadrantes rappelant même, pour certains, des références à la morale³⁰.

12. La morale et le droit, en droit des affaires • Ainsi, la morale et le droit sont-ils compatibles ? Le Professeur Barbieri indique que le droit et la morale sont différents en ce que le premier assorti d'une sanction le non-respect de la règle. Il explique cependant que des points de convergences sont possibles en ce que « le droit des affaires pourrait s'accompagner d'une certaine élévation de l'esprit s'il était avéré que la norme juridique satisfait l'aspiration au juste et au bon en matière de répartition des fruits de l'activité des associés »³¹. La moralisation de la vie des affaires doit donc être renforcée par le jeu des acteurs qui exercent une mission auprès des agents économiques. C'est donc l'introduction de l'éthique, qui devrait, avant la mise en place de nouvelles règles, opérer « une prise de conscience de cette fonction morale au sein des entreprises »³². Mais l'entrée de cette éthique dans l'entreprise est difficile. Le Professeur Delga souligne que l'éthique trouve son origine dans l'élaboration de chartes d'éthique d'entreprise souvent issues de modèles anglo-saxons³³. Or, notre modèle de droit et culturel germano germanique est assez éloigné de l'anglo-saxons. Ainsi, ne serait-il pas plus audacieux de faire naître ces chartes par la seule réflexion des chefs d'entreprise, de dirigeants et des salariés présents dans ces entreprises. La perte de « repères culturels moraux ou juridiques »³⁴ s'en trouverait limitée. Le poids de la morale et de l'éthique nécessite d'encadrer par des règles les rapports entre les agents économiques devenus plus complexes. En effet, l'essor et le développement des liens entre ces agents et donc des activités économiques mettent en exergue un droit quelque peu dépassé. C'est pourquoi, le Professeur Paillusseau constate « l'émergence d'un nouveau système de droit : le droit des activités économiques »³⁵. Dans ce nouveau système, l'entreprise se place au cœur du dispositif puisque c'est d'elle que provient et naît les rapports entre les différents agents³⁶.

³⁰ N. Sarkozy, discours de Toulon du 25 septembre 2008, *Le Monde* du 25 septembre 2008.

³¹ J.-F. Barbieri, *Morale et droit des sociétés*, LPA, n° 68, 7 juin 1995, p.13.

³² J.-F. Barbieri, *Morale des affaires et commissariat aux comptes*, LPA, n° 11, 24 janv. 1996, p.8.

³³ J. Delga, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p.3126.

³⁴ *Idem*.

³⁵ J. Paillusseau, *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle*, D. 2003, p. 260.

³⁶ Il convient de ne pas négliger les échanges sur les marchés de capitaux et les investissements financiers qui sont quelques fois déconnectés de l'entreprise traditionnelle.

- 13. Définition juridique de l'entreprise** • L'entreprise définit par les juristes et notamment par le Professeur Fasquelle peut être considérée comme « la réunion d'une cellule économique rassemblant des éléments matériels et d'une cellule sociale composée d'éléments humains, le tout étant tourné vers une activité économique durable ». M. Azéma rappelle que l'entreprise « n'a pas d'autonomie juridique, ni de patrimoine propre, elle ne dispose pas de la personnalité juridique »³⁷. Elle vit à travers le chef d'entreprise personne physique ou morale.
14. Le professeur Paillusseau donne une définition de l'entreprise qui est, selon nous, proche de notre pratique en ce qu'elle a plusieurs approches. En premier lieu, il opère une approche conceptuelle dans laquelle il note des caractéristiques de l'entreprise comme une activité économique, un ensemble de moyens affectés à l'activité, un centre de décision, une organisation complexe, une communauté humaine organisée, un actionnariat et un centre d'intérêt. En second lieu, il constate qu'il n'existe pas de définition juridique satisfaisante de l'entreprise. Mais lors de cette constatation, l'auteur remarque que « l'entreprise est une réalité économique et sociale » qui entretient des rapports avec le droit³⁸. Ces rapports ont par exemple trait à l'organisation juridique de l'entreprise ou aux problèmes économiques et financiers que traverse la société. L'entreprise peut ainsi être définie, selon l'auteur, comme « une entité économique et sociale organisée par le droit. Elle est un objet d'organisation juridique »³⁹.
- 15. Définition de la notion de transmission d'entreprise** • la transmission d'entreprise n'est pas une notion juridique, elle n'est encadrée par aucun texte. Il s'agit plutôt de tenter de définir une action qui s'apparente plus à une stratégie d'entreprise qu'à un régime juridique particulier. En effet, le choix de transmettre son entreprise prend naissance auprès du dirigeant comme une décision de chef d'entreprise faisant ensuite intervenir des régimes et des règles de droit très diverses. Dans le secteur du bâtiment, nous pourrions tenter de définir cette notion comme un passage de relai ou de témoin d'un ensemble d'hommes et de femmes travaillant dans un objectif commun au sein d'une organisation donnée comprenant des marchés, des clients, des actifs et des dettes.
16. Mme Boussour définit la notion de transmettre une entreprise comme celle de transmettre : « l'organisation de valeurs patrimoniales qui permet à l'entreprise d'exercer son activité »

³⁷ J. Azéma, R. Besnard Goudet, B. Rolland, J.-P. Viennois, *Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, 2012, p. 204.

³⁸ J. Paillusseau, *art. préc.*, D. 2003, p. 260.

³⁹ *Idem.*

et « la responsabilité patrimoniale des engagements de l'entreprise à l'égard des tiers y compris les salariés »⁴⁰. C'est donc l'ensemble des éléments constituant l'agent économique que l'on transmet. Il s'agit là de l'entreprise au sens le plus large sans distinction de sa forme d'exploitation (entreprise individuelle ou forme sociale). Si l'entreprise est un agent économique incontournable de notre économie de marché, comment sa transmission peut poser des difficultés particulières alors même qu'un marché de la transmission existe ? Ce dernier ne devrait-il pas s'autoréguler et les règles de droit sont-elles suffisamment efficaces face à ce type d'opérations ?

17. **Problématique de la recherche** • La transmission d'entreprise balaie des domaines du droit aussi riches que nombreux. Le droit civil dans son ensemble, le droit des sociétés, le droit commercial, le droit du travail, le droit des procédures collectives, le droit bancaire ou encore le droit fiscal.
18. Ces domaines très transversaux des « droits » font apparaître une carence d'unification des règles quant à la transmission d'entreprise. Cela nous pousse à nous interroger. Bien que très variés, des matières similaires du droit interviennent en redondance sur ces questions de transmission. Il n'est en effet que très rarement question de droit public ou de droit international même si l'ensemble du droit privé peut être sollicité dès lors que l'on aborde la transmission. Mais n'est-ce pas par extension à un problème juridique posé sur le terrain de l'entreprise ? Dès lors, pourquoi ne pas aller vers l'émergence d'un regroupement des règles de droit donnant naissance à un véritable droit de la transmission d'entreprise. Les praticiens ont en effet fait naître des clauses et des contrats spécifiques à la transmission. Certains auteurs ont même appelé de leurs vœux une unification des règles sur certains thèmes précis.
19. Dans le domaine de la transmission d'entreprise, le droit intervient surtout comme un outil au service d'un objectif entrepreneurial. Lorsqu'un cessionnaire s'interroge sur l'opportunité de reprendre une cible, l'économie, la gestion et la finance occupent une place tout aussi importante que le droit. Lors de notre pratique, un entrepreneur nous expliquait que, selon lui, la démarche de l'homme de loi n'intervient que lorsqu'il s'agit de mettre en musique la transmission, c'est-à-dire lorsque la partition est déjà écrite. Cette idée, fortement répandue dans ce que nous appelons la « guerre » du chiffre et du droit

⁴⁰ S. Boussour, *Les difficultés liées à la transmission des entreprises*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix Marseille III, 1998, p. 12.

lors d'opérations de transmission, est relativement erronée en ce qu'il est peut être bien difficile de « mettre en musique » une partition qui a été écrite sans se soucier des éventuelles difficultés juridiques d'application. Il nous semble en effet préjudiciable de faire trop souvent prévaloir les intérêts financiers d'une opération avant que le schéma de reprise ne soit cohérent sur le plan juridique. De ce point de vue, nous sommes en opposition avec M. Lecointre qui conseille « le contenu des accords doit être, dans le moindre détail, discuté directement entre l'acheteur et le vendeur. C'est seulement ensuite que les juristes de chacune des parties rédigent et discutent entre eux, pour mettre dans une forme convenable ce qui a constitué l'accord »⁴¹. Nous considérons que cette démarche n'est pas favorable à un bon déroulé des opérations de transmission. En effet, comment harmoniser juridiquement un montage lorsque les protagonistes sont déjà d'accords sur un schéma sans même savoir s'il a des chances d'être applicable. Psychologiquement, on peut avoir un point de blocage important puisque si cela s'avère nécessaire, une renégociation des points peut être douloureuse. Ainsi, ce choix délibéré des priorités engendre une absence de préparation à la transmission sur le plan juridique alors même qu'il nous semble opportun d'anticiper la démarche, pour le cédant à tout le moins, longtemps à l'avance.

20. Contexte socio-économique • Notre étude se concentrera sur les PME⁴² dans le secteur du bâtiment. Pour avoir une vision globale sur le plan économique et ainsi mesurer l'impact de ce secteur il convient de faire un rapide tour d'horizon de l'état des PME en France tous secteurs confondus. Le nombre de PME en France est estimé à 3,2 millions et représente 99,9% de l'ensemble des entreprises française selon le rapport annuel du Ministère de l'économie et des finances rédigé à l'occasion de la loi de finance pour 2013⁴³. Ce document ajoute que les PME emploient environ 52% des emplois salariés au niveau national soit de manière globale et schématique 12 millions de personnes si l'on considère que la France compte environ 24 millions d'actifs salariés⁴⁴. Le poids des PME dans l'économie française est donc très important même si près d'un tiers des salariés

⁴¹ G. Lecointre, *Transmettre, reprendre et céder une entreprise*, Gualino, 5^{ème} éd, p. 56.

⁴² Selon l'INSEE, une PME est une entreprise qui occupe moins de 250 personnes et qui a un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 million d'euros. Cette définition est issue du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.

⁴³ Ministère de l'économie et des finances, *Effort financier de l'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises*, annexe au projet de loi de finance pour 2013, www.economie.gouv.fr (chiffres clés des PME).

⁴⁴ INSEE, *Emploi salarié et non salarié au 31 décembre 2011*, tableau, www.insee.fr

travaillent dans un grand groupe dont la position s'est renforcée ces dernières années⁴⁵. Cela provient en partie du fait que la France n'est que peu pourvu en ETI, ces entreprises de tailles intermédiaires si répandues outre Rhin⁴⁶. La PME est donc dans sa diversité et sa multitude l'entreprise locale de référence dans le paysage économique français. Les PME, et les grands groupes, sont ainsi les principaux employeurs privés de France. Les PME se distinguent des grands groupes en ce que leur développement et leur croissance sont souvent freinés pour des questions financières. Ne pouvant, dans leur grande majorité, faire appel public à l'épargne, le financement du développement provient essentiellement du circuit bancaire classique. Or, celui-ci est difficile à solliciter en période de crise. C'est pourquoi la transmission peut devenir une courroie d'apport en fonds propres. En effet, le repreneur qui acquiert une cible envisage de façon quasi-systématique le développement de la cible en incorporant des fonds dans l'entreprise. Le cessionnaire souhaite toujours faire aussi bien voire mieux que le cédant. Afin de faciliter cet apport, une étude réalisée par la DATAR⁴⁷ en 2003 propose de « développer la formule d'apports en quasi-fonds propres, sous forme d'avance remboursable »⁴⁸. Cette stratégie place la transmission comme un évènement permettant de soutenir les PME dans leurs efforts de développement et de nouveaux marchés.

21. Le développement des PME constituent donc une des forces vives de l'économie nationale. Le nombre de salariés qu'elles représentent incite en conséquence les pouvoirs publics à les soutenir en cas de difficultés. En effet, compte tenu de la crise que traverse le pays touchant l'ensemble des secteurs sans distinction ou presque, le maintien de l'emploi demeure une priorité. Or, la pérennité des PME est une des clés de succès de la maîtrise de la hausse du chômage. Le récent accord portant sur la sécurisation du marché du travail⁴⁹ a d'ailleurs bénéficié d'un bon accueil auprès des dirigeants de PME⁵⁰. Face à la nécessité d'inscrire les entreprises dans la durée, la transmission réussie de l'entreprise constitue un élément de pérennité de cette dernière. En effet, lors d'une reprise réalisée avec succès, les

⁴⁵ Challenges, *un tiers des salariés français travaille dans un grand groupe*, www.challenges.fr du 27 mars 2012.

⁴⁶ B. Retailleau, *Les entreprise de taille intermédiaire au cœur d'une nouvelle dynamique de croissance*, rapport remis au Premier Ministre, février 2010. P. 3, 4 et s.

⁴⁷ Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale, www.datar.gouv.fr

⁴⁸ D. Darmon, DATAR, *La France, puissance industrielle, une nouvelle politique industrielle par les territoires*, rapport remis aux services du Premier Ministre, 2003.

⁴⁹ Accord sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi, du 11 janvier 2013, signé par les partenaires sociaux.

⁵⁰ Sondage TNS SOFRES du 6 mars 2013, *Baromètre TPE PME*, réalisé pour le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables. www.tns-sofres.com.

emplois se trouvent maintenus et le choix du dirigeant de cesser son activité professionnelle n'affecte pas l'emploi.

22. La transmission apparaît donc comme un acte aussi important que la création d'entreprise puisqu'elle maintient un équilibre économique. D'après Julien de Freyman, cette reprise transmission passe également par la réussite d'un processus d'accompagnement post-acquisition matérialisé par trois phases : la phase d'observation, la phase de bascule et la phase d'émancipation⁵¹. Dans le secteur du bâtiment, nous aurons l'occasion de rappeler l'importance de cet accompagnement.
23. Il est donc essentiel de soutenir la transmission qui représente aujourd'hui un marché conséquent. Selon un rapport publié par OSEO BDPME de 2006, entre 700 000 et 900 000 entreprises vont changer de main dans les 15 ans à venir⁵². Cela représente 300 000 emplois. S'il est bien difficile de quantifier statistiquement le nombre d'entreprises qui change de mains chaque année, il est en revanche possible, par une approche démographique, d'obtenir des déductions. Le moment privilégié pour la mise en œuvre de ce type d'opération est en effet le départ en retraite du dirigeant. La pyramide des âges des dirigeants est donc un bon indicateur du nombre de transmissions à venir.
24. Si les premiers écrits ayant trait à la transmission de l'entreprise⁵³ se concentraient davantage sur les aspects liés au décès du dirigeant, intervenant comme une fatalité dans la vie de l'entreprise, le départ en retraite est aujourd'hui le vrai élément déclencheur. C'est pour cette raison que l'histoire juridique contemporaine a fait naître de nombreuses publications ayant trait à la transmission en dehors de la seule circonstance du décès du dirigeant. Ainsi, Sylvie Morange s'est intéressée à la transmission de l'entreprise à titre gratuit présentée comme un mode de transmission ayant ses spécificités propres⁵⁴. L'impact de la famille lors d'une telle opération commande de respecter à la fois les intérêts économiques et les intérêts des personnes et de la famille. C'est pourquoi dans une recherche de liberté, le contrat apparaît comme l'outil le plus adapté aux souhaits des dirigeants et de leur famille. Pour sa part, Nicolas Zambelli souligne toute l'importance de

⁵¹ J. de Freyman, *La transition : phase essentielle de la réussite d'une reprise*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Brest, 2009.

⁵² OSEO BDPME, *La transmission des petites et moyennes entreprises*, étude réalisée en 2006.

⁵³ Voir à titre d'exemple : P. Phanomyong, *Du sort des sociétés de personnes en cas de décès d'un associé*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1927 ; J.-F. Triniac, *Les clauses statutaires relatives à la transmission des parts sociales au cas de décès d'un associé dans les sociétés de personnes*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1958.

⁵⁴ S. Morange, *La transmission d'entreprise à titre gratuit*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier 1, 2003.

la fiscalité de la transmission. Il indique les moyens et les techniques pour « adoucir » le coût fiscal en insistant sur la nécessaire préparation en amont de l'opération⁵⁵. C'est en effet au prix d'une anticipation que l'optimisation est la plus favorable. De ce point de vue, l'anticipation du projet telle que nous le suggérons concourt à la pleine efficacité de la transmission dans sa globalité et pas seulement sur le seul plan fiscal. C'est également ce que démontre Nicolas Morelli dans ses recherches en indiquant que la transmission universelle de patrimoine nécessite un travail en amont sur les éléments d'actif et de passif afin de garantir la réussite de l'opération de restructuration⁵⁶.

25. Il serait regrettable de citer les écrits liés à la transmission en se limitant à la seule littérature juridique. En effet, l'importance de la prise de conscience des opérations de transmission trouve des échos dans de nombreuses matières. Cela renforce notre idée selon laquelle la transmission des entreprises est un sujet transversal dans le droit mais aussi dans d'autres domaines de recherches. Ainsi, en sciences de gestion, certains rappellent l'influence déterminante des comportements des cédants et des repreneurs⁵⁷. Il s'agit d'analyser la transmission comme un processus de transfert de son organisation (actifs, compétences). D'autres insistent, une nouvelle fois, sur l'importance de la préparation de la transmission en amont et notamment sur l'intention de cession du cédant dans sa dimension humaine⁵⁸. Convaincu de l'enjeu de la transmission quant au contexte économique, nos travaux ont vocation à se concentrer sur un seul type d'entreprise : celles du bâtiment.

26. **L'entreprise de bâtiment, entreprise atypique** • L'entreprise de bâtiment n'est pas une entreprise comme les autres. Le secteur pèse lourd dans l'économie nationale. En chiffres, et selon la Fédération Française du Bâtiment, il existe environ 347 000 entreprises de bâtiment en France pour un chiffre d'affaires de 129 milliards de travaux réalisés. Ces entreprises emploient 1,2 millions de salariés auxquels il est judicieux d'ajouter, pour une vision d'ensemble, les 325 000 artisans⁵⁹. Afin d'avoir une idée plus concrète la FFB

⁵⁵ N. Zambelli, *Recherche sur les techniques d'optimisation fiscale des transmissions d'entreprise*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2005.

⁵⁶ N. Morelli, *La portée de la transmission universelle dans les opérations de restructuration*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice, 2005.

⁵⁷ M. Vidal, *La transmission de PME : de l'influence du comportement des acteurs et du transfert de l'organisation*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Paris 10, 2006.

⁵⁸ A.-L. Albanet, *L'intention de cession du dirigeant de PME : vers quelles transitions ?*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Grenoble, 2010.

⁵⁹ FFB, *Le bâtiment en chiffres 2011*, document d'étude, juin 2012.

indique que cela équivaut à la moitié de l'industrie et à deux fois les activités banques et assurances. Les chiffres de l'INSEE corroborent ceux de la FFB⁶⁰. Toutefois, l'organisme de la statistique précise que les artisans représentent environ 90% des entreprises du secteur. La TPE est donc surreprésentée dans le secteur.

27. Compte tenu de son importance, les pouvoirs publics sont souvent au chevet de ce secteur afin de le soutenir en cas de difficultés. L'adage ne dit-il pas : « quand le bâtiment va tout va ! ». Hélas, la crise n'a pas épargné le secteur qui est également devenu, au fil des années, un véritable indicateur de la santé de l'économie en général. Comme le souligne Jean-Yves Guerin, dans un article publié le 23 janvier 2013 au Figaro, le secteur du bâtiment est en crise avec un recul prévisible de l'activité d'environ 3% en 2013 ce qui est « très préoccupant car le secteur représente 17% du PIB »⁶¹. La presse s'inquiète d'ailleurs de la situation et établit des projections de sortie de crise⁶². Enfin, l'étude réalisée annuellement par le cabinet d'expertise comptable KPMG sur les entreprises de bâtiment n'est guère plus rassurante. Elle fait ressortir que les trésoreries d'entreprises sont tendues, que les carnets de commande sont à des niveaux réduits ce qui a pour conséquence de prévoir une année 2013 difficile. Ainsi, « le secteur du bâtiment est inquiet et regarde de près les annonces gouvernementales qui seraient à même de redonner une impulsion à l'activité »⁶³.

28. Les pouvoirs publics tentent, au vu de l'importance du secteur et de la situation, de relancer la construction de logements, ce qui peut être de nature à renforcer mécaniquement l'activité. Sur le modèle de la loi Scellier⁶⁴, la loi Duflot⁶⁵ qui l'a remplacée, vise également à soutenir la construction de logements neufs par des incitations fiscales auprès des particuliers. Le système a vocation à attirer les investisseurs au plus près du marché immobilier. Cette loi peut avoir pour effet d'augmenter la demande de logements ce qui, par voie de conséquence, soutient le monde du bâtiment

⁶⁰ INSEE, *Le BTP avant la crise*, enquête annuelle d'entreprises, 2006 : il est dénombré environ 363 000 entreprises de bâtiment pour 2 milliards d'euros de travaux.

⁶¹ J.-Y. Guerin, *Le secteur du bâtiment tire le signal d'alarme*, Le Figaro, 23 janv. 2013.

⁶² A titre d'exemple, *Le BTP, inquiet pour 2013, ne voit pas de reprise avant fin 2014*, Challenges du 12 déc. 2012 ; A. Fourçans, *Chiffres calamiteux dans le bâtiment : le symptôme d'une économie française qui plonge*, Atlantico.fr, 24 avril 2013.

⁶³ KPMG, *Tendances et perspectives du bâtiment*, étude nationale, éd 2012.

⁶⁴ Loi du 1^{er} janvier 2009, modifiée à plusieurs reprises.

⁶⁵ Loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social ; JO du 19 janv. 2013.

dans son ensemble. Il convient donc de s'interroger sur l'intérêt de politiques publiques ciblées. Si ces orientations politiques se concentrent sur les aspects économiques du secteur, une véritable politique publique en faveur de la transmission des PME du bâtiment serait également la bienvenue. Mais quelle politique et dans quel cadre intervenir ? Pour Maurice Baslé, les « politiques publiques sont, dans la vie quotidienne, d'abord perçues comme des discours prononcés par des élus ou des gouvernements et répercutés par les médias »⁶⁶. Or, les annonces en la matière et les déclarations d'intention ne manquent pas. C'est pourquoi, si une politique publique d'envergure était mise en place pour soutenir la transmission d'entreprise, ce que nous appelons de nos vœux, celle-ci doit faire l'objet d'une évaluation. Ce terme, très contemporain, rappelle qu'en France, « la demande observable d'évaluation est croissante » même si notre pays accuse du retard sur ce terrain par rapport à d'autres pays européens⁶⁷. Nos méthodes d'évaluation des politiques publiques sont en effet moins organisées que d'autres pays en ce qu'il y a une superposition d'évaluation alors que nos voisins disposent d'entités propres à ces missions. Pour certains, il serait plutôt question de supprimer les exonérations sur les plus-values car une politique publique sans statistique fiable sur la transmission est difficilement applicable. C'est d'ailleurs bien là le cœur du problème. C'est pour cela que « la construction d'un outil statistique fiable sur la transmission d'entreprise » devient un « enjeu majeur des années à venir »⁶⁸.

29. L'entreprise de bâtiment est également une entreprise particulière quant à son implantation locale. Les travaux de ces entreprises, sont, par définition, impossibles à délocaliser. A contrario, les métiers de l'industrie et les entreprises de production ont ouvert des usines dans certains pays afin de réduire leur coût de production. Le produit fini est ensuite importé vers le marché français ou vers d'autres pays. Dans le cas du bâtiment, un tel raisonnement est inadapté. L'entreprise de bâtiment ne peut pas être délocalisée car ses chantiers sont physiquement implantés localement. A ce propos, M. Gouttebel présente des stratégies locales de développement territoriales soulignant l'importance du local comme une réponse au « global » et donc à la mondialisation⁶⁹. En effet, l'auteur rappelle qu'il y a une modification du système productif et spatial « à une

⁶⁶ M. Baslé, *Economie, conseil et gestion publique, suivi et évaluation des politiques publiques et des programmes*, Economica, 2008, p. 16.

⁶⁷ *Idem*, p. 12.

⁶⁸ L. Brunetiere, G. Kauffer, *Transmission d'entreprises, Projet collectif Muteκος en partenariat avec le contrôle général économique et financier*, Mémoire Sciences Po, avril 2011.

⁶⁹ J.-Y. Gouttebel, *Stratégies de développement territorial*, Economica, 2^{ème} éd, 2003, p. 93 et s.

échelle géographique très large ». Cela se traduit, dans les régions industrielles, à une hausse des coûts énergétiques à laquelle la concurrence de pays en voie d'industrialisation vient s'ajouter. C'est ce qui explique en partie les fermetures de sites industriels. Or, l'auteur suggère de privilégier le local en évoquant le « rôle dynamique des petites et moyennes entreprises » pour lesquelles « il importe donc de repérer l'environnement économique, technologique, social, institutionnel qui favorise leur création et leur développement »⁷⁰. L'entreprise de bâtiment, entreprise locale par excellence, constitue donc un réseau d'entreprises qui maintient un tissu économique local de proximité. Ainsi, en considérant que l'entreprise de bâtiment est une entreprise locale qu'il convient de soutenir, il est logique de vouloir la protéger contre d'éventuels dangers liés à sa disparition au premier rang desquels, selon nous, sa transmission. L'entreprise présente un risque de disparition au moment de sa transmission, cet acte étant aussi important que sa création lors de sa vie sociale. Or, le maintien et la pérennité d'emplois passe par la survie des TPE locales, et notamment celles du bâtiment. Leur développement est le gage d'une offre d'emplois non délocalisable.

30. Toutefois, si l'entreprise ne se déplace pas, c'est la main d'œuvre qui le fait. Nous avons vu naître, ces dernières années, suite à la directive Bolkestein votée par le Parlement Européen⁷¹ l'arrivée de personnel provenant de pays voisins pour réaliser des chantiers avec un coût de main d'œuvre plus faible qu'en France. Cette directive avait pour objectif de libéraliser les services dans les pays membres de la communauté européenne. Ayant fait l'objet de plusieurs amendements, elle n'a toutefois pas trouvé un écho très important sur le territoire national. En effet, si de manière ponctuelle et pour des chantiers très spécifiques, du personnel « communautaire » intervient, cela reste rare. Notre pratique nous a rapporté, à titre d'exemple, que les agencements des magasins de prêt à porter Zara, sont vraisemblablement réalisés par des équipes techniques provenant d'Espagne qui réalisent l'ensemble des points de vente de la marque à travers la communauté européenne. Cela tient davantage, selon nous, d'une connaissance des travaux particuliers à traiter que d'une volonté économique. En effet, cette remarque vaut pour d'autres chantiers. Si le personnel vient de loin, il est nécessaire de le loger et de le nourrir sur le lieu du chantier. Dès lors, le coût réel du travail doit intégrer cette variante non présente

⁷⁰ J.-Y.Gouttebel, *op cit.*, p. 104.

⁷¹ Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

en comparaison avec des salariés « locaux ». Cette notion est assez présente dans certaines entreprises par le jeu des indemnités de déplacements dits « petits et grands déplacements ». Cela est caractéristique du monde du bâtiment avec les primes paniers qui consistent à indemniser les salariés pour leur repas pris sur le chantier.

31. L'entreprise de bâtiment est également atypique, nous l'avons souligné par sa taille. Une population d'entreprises majoritairement constituée d'artisans avec peu ou pas de salarié. La transmission de telles entreprises présentent des difficultés supplémentaires. M. Denis Bellaïche indique que la dimension historique, économique et psychologique peut être source d'obstacle dans la transmission d'entreprise artisanale⁷². Dans ces structures, le dirigeant futur cédant fait en effet tout ou à peu près tout. Il est à la fois commercial, producteur, dirigeant, chef de chantier et acheteur (en matériaux). D'après Olivier Meier et Guillaume Schier l'absence de différenciation dans les fonctions est une « barrière à la transmission »⁷³. Il est en effet bien difficile pour un repreneur d'entrer dans le rôle du dirigeant si ce dernier est fortement imprégné de l'ancien dirigeant. Comment apporter des modifications d'organisation, des pistes de développement avec un dirigeant omniprésent qui ne laisse, de facto, que peu d'initiative à ses collaborateurs.
32. Mais ce n'est pas le seul frein à la transmission d'une entreprise de bâtiment. Selon une étude menée par le ministère de l'industrie, 79% des entreprises de BTP n'avaient pas de projet de cession à l'heure de transmettre⁷⁴. L'absence d'anticipation du projet est une nouvelle fois mise en avant. Certains auteurs voient aussi dans cette absence de projet « le sentiment selon lequel l'entreprise n'a pas suffisamment de valeur pour être transmise »⁷⁵. Les entrepreneurs de bâtiment n'anticipent donc pas leur transmission, ce qui, selon nous peut entraîner leur disparition lors de leur départ en retraite. Dès lors comment organiser juridiquement et économiquement la transmission ? Quels sont les outils à mettre en place afin de « gommer » l'omniprésence du chef d'entreprise le rendant de fait moins indispensable ? Seule cette démarche active peut permettre à un repreneur de se projeter à la place du cédant et de croire en ses chances de succès lors de la reprise. Pourquoi l'entreprise de bâtiment souffre particulièrement de cette situation ?

⁷² D. Bellaïche, *La transmission de l'entreprise artisanale en Corse*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Nice, 2004.

⁷³ O. Meier, G. Schier, *Transmettre ou reprendre une entreprise : évaluation, négociation, interactions*, Dunod, 2008, p. 48.

⁷⁴ PME/TPE, *Reprise d'entreprises au départ en retraite du dirigeant*, en bref, 22 févr. 2007.

⁷⁵ O. Meier, G. Schier, *Transmettre ou reprendre une entreprise : évaluation, négociation, interactions*, Dunod, 2008, p. 6.

33. **L'entreprise de bâtiment, une entreprise faiblement organisée juridiquement** • Une des principales difficultés liée à la transmission d'une entreprise de bâtiment réside dans sa petite taille et dans la faiblesse de son organisation juridique qui apparaît comme la conséquence de cette taille. L'entreprise du bâtiment n'est également pas une entreprise comme les autres. Sa transmission répond donc à des problématiques particulières. Animée et dirigée par un seul « homme fort » à sa tête, le cédant et le fondateur sont, en pratique, souvent une seule et même personne. Il ressort de cette évolution une affection toute particulière liant le cédant et l'entreprise accentuée lorsque l'entreprise est plus petite.
34. Dans cette hypothèse, le cédant aura à cœur de se tourner vers ses salariés afin de voir si ces derniers entendent se positionner pour la reprise de leur propre entreprise. Les salariés peuvent en effet être impliqués dans la transmission de leur entreprise en étant soit les partenaires du futurs repreneur soit en étant eux-mêmes repreneurs.
35. Dans le premier cas, les salariés sont intéressés à la reprise par le biais de plusieurs dispositifs qui leur sont spécifiquement dédiés. Par le passé, plusieurs régimes successifs existaient⁷⁶ entraînant des avantages fiscaux au profit des salariés repreneurs. Ces mesures incitatrices n'existent plus aujourd'hui. Parmi celles-ci, celle de la loi de 1984 était ingénieuse puisque l'idée forte était de permettre la continuité de l'entreprise rachetée. Grâce à un effet de levier, via une reprise par une société holding, le régime permettait à des salariés « de reprendre leur entreprise sans effort financier insupportable »⁷⁷. selon nous restrictif de par ses exigences formelles dont la plus dure était celle qui consistait à obtenir un agrément du ministre de l'économie et des finances et du budget, l'opération était, dès lors difficilement réalisable. Le professeur J.P. Le Gall s'interrogeait même sur le fait de savoir si le dispositif était réservé aux seules sociétés bénéficiaires acquittant effectivement des impôts lors de la demande d'agrément⁷⁸. Il nous semble que l'esprit de la loi de 1984 n'était pas d'accorder un agrément dès lors que la société n'était pas bénéficiaire et n'acquittait donc pas au jour de la demande d'impôt. La loi de 1987 a assoupli le régime sans rencontrer de véritable succès auprès des salariés avant d'être

⁷⁶ Loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique, JO du 11 juillet 1984, art. 11 à 14 ; Loi n°87-416 du 17 juin 1987, JO du 30 sept. 1987 ; Loi n° 91-1322, du 30 décembre 1991, Loi de finance pour 1992, JO du 30 déc. 1991.

⁷⁷ J.P. Foucault, *le management but out nouvelle technique pour permettre aux cadres de reprendre leur entreprise*, Gaz. Pal., doctrine, 27 avril 1985, p. 230.

⁷⁸ J.P. Le Gall, *Lorsque l'initiative administrative développe l'initiative économique : les premiers agréments en matière de L.M.B.O.*, JCP E 1985, n°14331, p. 153

remplacée par de nouvelles incitations instituées par la loi de finance rectificative pour 1992. Cette dernière mettait en avant une reprise collective par les salariés tout en faisant perdre un avantage fiscal indéniable aux repreneurs. Le crédit d'impôt des régimes précédents est supprimé. Monsieur Jean Loup Courtier en déduit que « l'effet de levier fiscal est quasiment nul, ou s'il est utilisé, conduit, pratiquement, à la suppression du levier financier au lieu de jouer un rôle multiplicateur comme cela devait être le cas »⁷⁹.

36. Ainsi, le bénéfice du crédit d'impôt, définitivement supprimé du RES conjugué au caractère temporaire des mesures nous encourage à envisager certains mécanismes qui ne sont pas originellement destinés à la transmission mais qui peuvent être utilisés pour favoriser ce partenariat. Il s'agit de la participation salariée et de l'actionnariat salarié.
37. La participation salariée est issue de régimes issus de lois datant des années 60. Ces lois regroupant plusieurs mesures hétérogènes⁸⁰, dont les impacts ne doivent pas pour autant être minorés pour faciliter la reprise de l'entreprise par les salariés, ont été retouchées bénéficiant d'améliorations par la loi du 30 décembre 2006⁸¹.
38. A titre d'exemple, la loi crée un « dividende du travail » basé sur un supplément d'intéressement, sur des améliorations liées au plan d'épargne de l'entreprise ou sur l'optimisation de la disponibilité pour les salariés d'un fonds commun de placement d'entreprise. La stratégie générale repose sur la possibilité offerte aux salariés d'utiliser les fonds liés à ce dispositif pour financer une partie de la reprise de l'entreprise tout en favorisant l'instauration d'un « intéressement de projet »⁸² afin de fédérer les salariés autour d'un projet commun. En outre, la loi incite les entreprises à l'épargne tout en leur imposant la constitution d'une réserve spéciale de participation pour celles qui sont concernées par le régime. Sans avoir été conçus à l'origine pour favoriser la reprise des entreprises, on s'aperçoit, que la participation peut être utilisée comme « moyen de financement ou de mobilisation de crédit »⁸³ visant à la reprise de l'entreprise. Ainsi la participation devient un outil au service de la reprise de l'entreprise par ses salariés en levant d'éventuelles difficultés de financement. C'était sans compter sur l'essor de

⁷⁹ Jean Loup Courtier, *le RES- principes économiques, financiers et patrimoniaux*, LPA, 14 décembre 1992, n°150, p.16.

⁸⁰ Gilles Auzero, *Développement de la participation et de l'actionnariat salarié (L. n°2006-1770, 30 décembre 2006, Titres I et II*, Bull. Joly, mars 2007, § 80, p. 333.

⁸¹ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié

⁸² *Ibidem.*, art. 4.

⁸³ F. Masquelier, N. Simon de Kergumic, E. Brancaloni, P. Callède, *Transmission et cession d'entreprise*, Delmas, 5^{ème} éd, 2008, p. 223, §1312.

l'actionnariat salarié qui prend une nouvelle dimension en devenant un véritable accélérateur de la reprise d'entreprise par les salariés.

39. A ce propos, la loi du 30 décembre 2006, la plus récente en ce domaine, sans remplir tous les objectifs attendus par la doctrine sur la question, est toutefois synonyme de progrès⁸⁴. L'une des avancées majeures de la loi inscrit le fonds commun de placement de l'entreprise comme un acteur du schéma de reprise de l'entreprise en lui permettant d'être partie à un pacte d'actionnaire. Ainsi, l'association avec des investisseurs et ce fameux fonds commun de placement au pacte d'actionnaire peut donc être perçu comme un accélérateur et un déclencheur de la reprise au profit de salariés d'entreprise du bâtiment détenteurs de connaissances techniques. En outre, un plan d'épargne entreprise peut être mis en place avec une affectation des sommes versées à ce fonds dont la finalité sera de procurer une aide aux salariés souhaitant reprendre leur entreprise. Cette disposition est ainsi particulièrement favorable aux opérations de rachat d'entreprise par leurs salariés en ce que l'ancien dispositif du RES n'était plus applicable depuis plusieurs années⁸⁵. Si ces dispositions sont de nature à encourager la reprise d'entreprise par les salariés, il n'en demeure pas moins que l'actionnaire salarié reste un actionnaire d'un genre particulier. Monsieur Lieutier met en évidence une « double instrumentalisation » de ce type d'actionnariat. Le salarié devient d'une part « principalement bailleur de fonds de la société qui l'emploie et subsidiairement actionnaire de contrôle »⁸⁶. Au-delà de ces régimes incitatifs, les salariés de l'entreprise peuvent également être impliqués dans la transmission en devenant eux-mêmes les repreneurs de leur entreprise de manière collective.

40. Dans ce second cas, nous notons qu'il existe des formes juridiques permettant un regroupement de personnes. Il convient de voir si ces formes juridiques sont de nature à permettre aux salariés de pouvoir participer ensemble à la direction de l'entreprise qu'ils reprennent. Ce modèle qualifié d'économie sociale connaît un développement conséquent aujourd'hui avec des exemples de succès. Est-il duplicable au secteur du bâtiment ? Les Sociétés ouvrières de production (SCOP) sont un bon exemple en la matière. Régie par la loi du 19 juillet 1978 qui définit et régit les SCOP sans toutefois leur apporter une

⁸⁴ D. Velardocchio, *L'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006- une réforme en demi-teinte*, RLDA 2007, n° 859.

⁸⁵ cf *Supra* : le RES était en effet obsolète depuis le 31 décembre 1996 (voir le 31 décembre 1999 pour les dernières souscriptions).

⁸⁶ J.-P. Lieutier, *Le modèle de l'actionnariat salarié*, thèse pour le doctorat de droit, Université d'Aix Marseille III, 2011.

réelle autonomie, le recours à la combinaison de trois autres dispositions⁸⁷ est nécessaire pour une lecture quasi exhaustive et approfondie⁸⁸ de leur régime juridique et des exigences liées à leur forme. Ce qui est caractéristique des SCOP c'est l'implication des salariés-associés. La qualification juridique de SCOP tient donc dans la qualité de ses associés. Ils sont « sociétaires » et sont à la fois « associé et client ou fournisseur »⁸⁹. Sans entrer dans le détail du fonctionnement des SCOP et de leur mode de gouvernance, nous soulignerons toutefois un arrêt de la Cour de Cassation du 20 novembre 2000 en sa chambre sociale⁹⁰ qui met en évidence une dichotomie entre la qualité d'associé et la participation éventuelle aux pertes. C'est la théorie du quasi associé, utilisée par la pratique, mais dont les contours précis ne sont pas réellement établis et qui entraînent une insécurité juridique. En effet, en coopérative, il y a bien une déconnexion entre la détention du capital et la qualité d'associé. Pour autant, ces associés détiennent du capital qui a la même « valeur » que celui détenu par les autres associés. Cette distinction entre capital et associé peut fragiliser l'équilibre de pouvoirs et l'organigramme décisionnel de l'entreprise. Cela représente, selon nous, une faiblesse dans ce mode de reprise qu'il convenait de souligner. la SCOP bénéficiait d'avantages fiscaux et législatifs qui ont été supprimés au fil du temps à l'exclusion du maintien de l'exonération de la Cotisation Economique Territoriale (CET) et de cotisation foncière des entreprises. Ainsi, sur le terrain très précis de la CET et de la CFE, les SCOP, grâce à leur forme sociale particulière continuent à bénéficier d'un avantage « concurrentiel » par rapport à d'autres formes sociales. Cette exonération suffit-elle à privilégier la SCOP comme un outil de reprise à proprement parler d'une entreprise de bâtiment ? Selon nous, si le schéma de la SCOP reste séduisant dans son principe, le bilan « coût avantage » reste négatif. Les contraintes de formalisme, de gouvernance et de fonctionnement ainsi que la réduction des avantages fiscaux et sociaux semble indiquer que la reprise par le jeu d'une SCOP doit être réservée à des cas très particuliers sans constituer un outil générique favorisant la reprise des entreprises de bâtiment.

41. Ainsi, les repreneurs dits « métiers », c'est-à-dire possédant les compétences techniques propres au métier de l'entreprise sont rares. L'image, auprès du grand public, des

⁸⁷ Loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, le titre III de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés à capital variable et la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales

⁸⁸ Ripper et Roblot, M. Germain, *Traité de droit commercial*, LGDJ, Vol.2, 18^{ème} éd, 2002, p.725, §2068.

⁸⁹ F. Guiramand, A. Héraud, *Droit des sociétés, Manuel et application*, Dunod, 13^{ème} éd, 2006, p. 372.

⁹⁰ Cass. soc., 28 nov. 2000, Dame Zibel c/SVS.

entreprises de bâtiment doit encore, à notre sens, s'améliorer afin d'attirer des jeunes talents qui auront l'âme de futurs dirigeants. Cela passe par une amélioration des conditions de travail et une revalorisation des filières techniques et pratiques. Dans l'attente, le salarié « compagnon » de l'entreprise est celui qui sera, en pratique, le mieux placé pour reprendre. Cette observation tient essentiellement pour les entreprises de petites tailles dans lesquelles les difficultés de reprise sont accrues. Pour autant, les régimes aidant les salariés à la reprise de leur entreprise sont inégaux dans leur efficacité. La préparation à la transmission, par un plan, pluriannuel, décidé conjointement par les repreneurs et par le cédant semble incontournable.

42. Cette implication des salariés dans la reprise trouve un écho très favorable en présence de petites entreprises. Or, un nombre très important d'entreprises du secteur sont qualifiées de Très Petites Entreprises (TPE). La TPE est une entreprise indépendante de moins de vingt salariés⁹¹. Concernant le secteur du bâtiment, on dénombre 347 000 entreprises dont 327 000 entreprises artisanales, c'est-à-dire employant de zéro à dix salariés⁹².
43. Ces quelques chiffres illustrent la problématique liée à la taille des entreprises du bâtiment, leur poids quantitatif et leur importance pour le secteur. L'enjeu d'une transmission maîtrisée et réussie de ces structures est donc un enjeu économique liant le maintien du tissu des TPE sur le territoire.
44. L'entreprise de bâtiment est donc, de manière générale, nous l'avons constaté, faiblement organisée sur le plan juridique. Or l'exploitation individuelle d'une entreprise a pour conséquence principale l'absence de règles juridiques et fiscales homogènes. Madame Quilici souligne que l'exploitation sous la forme individuelle ne favorise pas une lecture optimale compte tenu des différents régimes applicables. Elle indique que « l'importance et la diversité des activités intéressées par ce mode d'exploitation ne peuvent avoir pour corollaire des règles juridiques simples et des régimes fiscaux uniques »⁹³. Dans l'hypothèse d'une transmission, un repreneur doit pouvoir avoir, à sa disposition, lors de

⁹¹ La TPE peut être définie comme un « sous ensemble des petites et moyennes entreprises, PME, entreprises indépendantes de moins de 250 personnes, définies par la Recommandation du 6 mai 2003 de l'Union européenne », Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales, Direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, Bref n° 16, janvier 2006

⁹² Fédération Française du Bâtiment, *Le bâtiment en chiffres 2011*, juin 2012.

⁹³S. Quilici, C. Dechaumont-Cavalié, *Entreprise individuelle création, transmission et gestion du local professionnel fiscalité*, Litec pratique professionnelle, 2002, p. 1.

ses recherches de cibles, des éléments comparatifs fiables et clairs pour se poser la question de la forme de reprise envisagée. En effet, pourquoi un repreneur aurait-il intérêt à acquérir des titres sociaux plutôt qu'une entreprise individuelle autrement dit un fonds de commerce ?

45. Le fonds de commerce constituant l'un des principaux actifs dont dispose l'entreprise individuelle, c'est logiquement celui-ci qui sera transmis au repreneur. La grande différence entre la cession de titres sociaux et la cession d'un fonds de commerce est bien, dans un premier cas, la reprise de l'actif et du passif d'une personne morale distincte de l'exploitant et, dans un deuxième cas, la reprise des seuls actifs avec la pierre angulaire de la cession que représente le fonds de commerce. Ainsi dans une reprise de fonds de commerce, la trésorerie de l'entreprise ne sera pas cédée ce qui peut avoir des incidences sur le plan du financement de la reprise⁹⁴. L'exploitation individuelle de l'entreprise peut donc apparaître comme un frein à la reprise.
46. Ce constat s'explique par le fait que certains dirigeants ont commencé leur activité comme artisan, en entreprise individuelle, puis ont développé leur affaire sans jamais adapter leur modèle d'organisation juridique à cette évolution. Il n'est en effet pas rare de rencontrer des entreprises dont le dirigeant travaille avec son épouse, conjoint collaborateur, sans avoir élaboré une véritable fonction pour chacun d'eux au sein de la structure. De fait, la faiblesse de l'organisation juridique s'accompagne d'une organisation tout aussi limitée sur le terrain de la structuration hiérarchique managériale. Le conjoint du dirigeant est donc fortement impliqué dans l'entreprise et lors de la cession sa loyauté commerciale se lie à sa loyauté conjugale⁹⁵. Ainsi, l'entrepreneur s'il ne délègue pas ou peu et ne transfère que rarement ses connaissances à ses collaborateurs partage une aventure seul et à la fois familiale. Pour autant, il devient inamovible et donc difficilement remplaçable. C'est là que la transmission connaît de grosses difficultés d'application. Le repreneur potentiel doit s'inscrire dans la durée prenant progressivement la place du cédant. Or, il n'est pas simple de prendre la succession de quelqu'un réputé irremplaçable. Une des clés de succès de la transmission et donc de la pérennité de l'entreprise n'est-elle pas une préparation, une anticipation de la démarche ?

⁹⁴ cf. *Infra*.

⁹⁵ E. Blary-Clément, *Loyauté commerciale, loyauté conjugale*, note sous C. Cass., 17 oct. 2007, D., 2008, n° 14, p. 961.

47. **La nécessaire adaptation de l'entreprise de bâtiment** • L'entreprise de bâtiment, bien atypique, doit donc s'adapter à l'environnement des PME afin de favoriser sa transmission. Elle doit ressembler au plus près à un environnement entrepreneurial commun afin d'attirer et de faciliter l'arrivée d'un cessionnaire. Il convient en effet de rassurer des repreneurs qui peuvent éprouver, en premier lieu, des doutes et des interrogations quant au métier exercé. Les repreneurs métiers, c'est-à-dire possédant les compétences techniques du métier de la cible sont rares. En conséquence, le cédant s'il souhaite transmettre dans les meilleures conditions doit pouvoir présenter son entreprise à la fois à des repreneurs métiers mais aussi à des repreneurs venant d'horizons différents. Ces repreneurs issus de filières autres que celle du bâtiment sont les plus nombreux.
48. L'entreprise de bâtiment doit donc opérer un travail de préparation avant d'être transmise. Ces opérations préparatoires doivent concerner l'organisation juridique de l'entreprise et une meilleure répartition des rôles dans l'entreprise. Le cédant ne doit plus devenir indispensable. Idéalement, l'entreprise doit pouvoir continuer à fonctionner et à produire si le dirigeant est absent. Il doit donc y avoir un transfert des connaissances du cédant vers ses collaborateurs et vers l'entreprise accompagné d'une réorganisation des rapports juridiques. Ce n'est qu'après avoir réalisé ces changements que le cédant et le repreneur pourront mettre en œuvre un schéma de transmission et démarrer les opérations de reprise. A partir de cet instant, le travail incombera non plus au cédant mais au cessionnaire qui devra financer l'acquisition et définir un montage cohérent de reprise usant au mieux des outils juridiques.
49. **Délimitation du domaine de recherche** • Notre étude ne vise pas à aborder l'ensemble des domaines touchant à la transmission d'entreprise. Ces domaines étant très nombreux, il a été privilégié certains d'entre eux afin de se concentrer sur ceux impliquant des problèmes particuliers pour l'entreprise de bâtiment.
50. Les questions liées au droit du travail lors des transmissions ne seront pas traitées dans ces travaux. Il est aujourd'hui constant que la législation en vigueur et la jurisprudence imposent au cessionnaire de reprendre l'ensemble des salariés lors de la reprise. C'est l'article 1224-1 du code du travail, qui a remplacé le mythique L 122-12, qui prévoit la

poursuite des contrats de travail en cas de changements intervenu du côté de l'employeur⁹⁶.

51. Nous nous contenterons de rappeler une particularité de l'entreprise de bâtiment quant au droit social et notamment au départ en retraite des salariés. La loi a expressément prévu que soit versée à tout salarié une indemnité de départ en retraite⁹⁷. Concernant le BTP, il convient de souligner que cette indemnité est versée aux ouvriers par les caisses de prévoyance auxquelles cotisent les entreprises au cours de la vie professionnelle du salarié. Cela est d'autant plus important lors d'une cession. En effet, l'entreprise ayant cotisé au fil des années, le cessionnaire ne sera pas contraint de provisionner une somme pour anticiper le versement de cette indemnité. En revanche, l'indemnité doit être provisionnée pour les ETAM et les cadres. Cela peut paraître secondaire mais c'est une démarche d'anticipation que doit faire le cédant car le cessionnaire ne peut accepter de devoir verser une indemnité à un salarié (non ouvrier) si le cédant ne l'a pas prévu avant la cession. Une des facilités du secteur tient dans la prise en charge par les caisses pour les indemnités versées aux ouvriers car ceux-ci sont les plus nombreux en effectif et car, en pratique, l'entrepreneur ne prévoit que rarement de provisionner pour ces indemnités.

52. Notre étude ne portera également pas des cas de cession d'entreprises lors d'une procédure collective. Nous avons pris le parti de nous intéresser aux seules entreprises en bonis. En effet, les montages juridiques, financiers et fiscaux que nous présentons ne sont applicables qu'avec des entreprises dégageant des résultats. Or, si l'entreprise en difficulté peut être également reprise la stratégie à adopter dans ce cas est différente. Déjà débattu par plusieurs auteurs⁹⁸, ce thème n'a pas été retenu dans nos recherches. S'il avait été traité, il n'aurait pas permis de développer les techniques de transmissions mises en avant puisqu'à lui seul il aurait été en contradiction avec ces dernières.

53. **Problèmes traités** • Ce travail concentre ses efforts sur plusieurs aspects de la transmission sous l'angle de l'entreprise de bâtiment. Il traite des méthodes juridiques permettant d'organiser juridiquement son entreprise ou d'améliorer cette organisation. Il

⁹⁶ C. trav., art. 1224-1 : «

⁹⁷ C. trav., art. L 122-14-13.

⁹⁸ A titre d'exemple, V. : C. Berger, *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix Marseille III, 2000 ; J. Ripert, *Difficultés des entreprises et droits des salariés*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux 4, 2012.

aborde également les questions relatives aux connaissances techniques détenues à la fois par le cédant et par l'entreprise. Comment transmettre ces dernières avec efficacité ? Puis, l'étude se penche sur un aspect logique de la transmission mais rarement abordé, celui du financement de l'acquisition. Il n'y a en effet pas de transmission sans l'obtention d'un financement par l'acquéreur. Or, les exigences bancaires liées aux contraintes de garanties, font naître des stratégies juridiques particulières que le cessionnaire imagine afin de réaliser l'opération.

54. quel que soit le schéma de la transmission, il ne se peut qu'elle se mette en place sans avoir, au préalable, validé et analysé la fiscalité de la cession. Cela touche le cédant mais impacte fortement le cessionnaire. En pratique, certains cédants souhaitent en effet faire supporter le poids de leur propre fiscalité au repreneur. C'est pourquoi, ce dernier doit bâtir et proposer un schéma de reprise qui tient compte de la fiscalité de la cession. C'est dans ces conditions qu'un accord sera trouvé plus facilement. Enfin, dès que les conditions de la cession sont arrêtées, il est nécessaire de procéder à la transmission. Pour cela, le cessionnaire peut user de certains montages juridiques à effet de levier qu'ils étaient indispensables de citer.
55. **Plan de la recherche** • Le plan de la recherche retient deux paramètres. La transmission d'une entreprise de bâtiment nécessite une préparation avant la réalisation de l'opération. Nous avons choisi de traiter la transmission de manière chronologique afin de respecter le déroulé des opérations dans la pratique.
56. Il nous semble logique, qu'ayant quelque chose à vendre, le cédant soit le premier à devoir réaliser un travail d'anticipation avant la cession. Ces opérations de préparation sont une des clés de succès de la transmission (partie 1).
57. Dans un second temps, le cessionnaire doit définir un schéma de reprise et réaliser proprement dite la cession. Le financement, la fiscalité et les montages juridiques et fiscaux ont ici toute leur place dans sa stratégie (partie 2).
58. Ce n'est qu'en analysant, de manière cohérente, les actions à mettre en place, apparaissant comme des préconisations, que l'outil juridique devient indispensable dans la transmission de l'entreprise de bâtiment. Les particularités de celle-ci mettent en lumière des dispositifs inédits tenant au type d'entreprise.

59. Partie 1 : La préparation de l'entreprise à la transmission

60. Partie 2 : La reprise de l'entreprise

Partie 1- La préparation de l'entreprise à la transmission

61. Le cédant d'une entreprise de bâtiment ne cède pas seulement un actif professionnel mais une partie du fruit de son travail et une partie de sa vie. L'attachement est également très fort vis-à-vis de ses salariés, qualifiés, dans le secteur, de « compagnons ». La réalisation d'un ouvrage, souvent difficile, crée des liens forts entre exécutants et employeur. Cela est essentiellement dû aux complications nées d'un chantier ou d'une satisfaction commune d'une réalisation aboutie. Les compétences techniques sont très présentes et occupent une place centrale dans la vie de l'entreprise.
62. La transmission de ce type d'entreprise est ainsi rendue difficile de par leur objet. L'image de l'entreprise du bâtiment et la réputation d'activité souvent « rude » n'attire en effet pas de nombreux repreneurs. L'observatoire du groupe bancaire BPCE⁹⁹, a d'ailleurs souligné le taux élevé de disparition des entreprises du secteur lors d'une transmission. L'étude a même ajouté qu'il subsistait « un faible taux de cession du BTP » et que celui-ci était « inférieur comparé aux autres secteurs quel que soit l'âge du dirigeant »¹⁰⁰.
63. Il nous semble donc primordial de préparer l'entreprise à sa cession. Cette anticipation doit tenir compte de deux caractéristiques de l'entreprise de bâtiment intimement liées. En premier lieu, notre pratique nous a permis de constater que l'entreprise de bâtiment est faiblement organisée sur le plan juridique. En second lieu, les connaissances techniques du cédant et les ouvrages réalisés sous son autorité posent la question de l'organisation et de la transmission de ces savoir-faire par le jeu d'un passage de relais favorisant le transfert des compétences et des connaissances.
64. Les chances de succès de la transmission de l'entreprise passeront donc cumulativement par une adaptation de l'environnement juridique de l'entreprise (Titre 1) et par un maintien des savoir-faire de l'entreprise de bâtiment (Titre 2).

⁹⁹ Groupe bancaire comprenant les Banques Populaires et le réseau Caisse d'Epargne.

¹⁰⁰ Le Moniteur n° 5666, 29 juin 2012, cahier pratique.

Titre 1 : L'adaptation de l'environnement juridique de l'entreprise

65. L'entreprise de bâtiment est, par nature, difficile à transmettre. Les écueils peuvent provenir de l'absence d'organisation structurelle ou managériale mais aussi et surtout d'une forme juridique ne facilitant pas la cession. Les dispositifs législatifs et les outils juridiques à la disposition du cédant devront être mis en place, avant la cession, afin d'adapter la structure juridique de son entreprise au projet de cession.
66. Il convient donc de préparer l'entreprise à sa cession future en opérant les adaptations nécessaires. Ces ajustements viseront essentiellement la mutation de l'entreprise individuelle vers une organisation juridique plus élaborée aidant ainsi à la transmission. Notre développement ne saurait toutefois être complet si l'on ne s'intéressait pas au coût fiscal généré par cette transformation. En effet, cette mise en société emportera des frais fiscaux conséquents suivant la taille de l'entreprise, ainsi le bilan coût avantage de l'opération doit être mesuré avec précision. La fiscalité est donc la conséquence logique du choix de transformer ce qui implique de l'aborder avec attention.
67. Ainsi les avantages fiscaux de la restructuration de l'entreprise (Chap. 2) apparaissent comme la conséquence d'une inévitable transformation de l'entreprise (Chap. 1). L'objectif est d'anticiper et de préparer l'entreprise elle-même à sa transmission afin de renforcer les chances de succès de celle-ci.

Chapitre 1 : L'inévitable transformation de l'entreprise

68. L'organisation juridique de l'entreprise peut devenir un frein à sa transmission si sa forme juridique est peu sophistiquée et donc mal adaptée à cette dernière. L'entreprise de bâtiment, pour des raisons tenant à l'historique du cédant, est exploitée, souvent, sous la forme de l'entreprise individuelle. Cette organisation basée sur une centralisation des pouvoirs entre les mains du chef d'entreprise s'explique par le développement de son entreprise au fil des années sans que l'entrepreneur ait adapté son outil juridique à son outil de production. Cette inorganisation juridique de l'entreprise s'accompagne souvent de la présence d'un dirigeant « multi tâche » qui est à la fois le commercial, le directeur d'exploitation, le directeur de production, le directeur des ressources humaines, le comptable, et souvent l'ouvrier sur le chantier. Cette contrainte est la conséquence de l'inorganisation juridique qui se trouve exploitée sous la forme d'une entreprise individuelle.
69. Dès lors, la préparation de l'entreprise à sa cession implique de préparer l'objet de la cession c'est-à-dire l'entreprise elle-même. Le futur cédant devra donc, selon nous, opérer une transformation de son entreprise individuelle en société, apparaissant comme un acte de réorganisation juridique de l'entreprise. Afin de se convaincre du bien-fondé de la mise en société, il nous semble opportun d'étudier son intérêt à travers le prisme d'une situation donnée de la vie sociale de l'entreprise. Nous avons choisi d'éclairer son utilité dans le cas du décès du chef d'entreprise (Section 1) afin de mettre en lumière que l'apport d'une entreprise individuelle à une société (Section 2) est favorable à une préparation optimale de cette dernière quant à sa transmission.

Section 1 : le décès du chef d'entreprise

70. Le décès du chef d'entreprise peut être la source de complications très importantes pour l'entreprise exploitée. La situation la plus délicate pour la famille de celui-ci est sans conteste le cas de sa disparition brutale. Néanmoins, la famille se trouve tout aussi désemparée si le décès intervient et que celui-ci n'a pas été anticipé. On pense à un décès survenu suite à une maladie sans que la famille ait prévue cette issue sur le plan juridique.
71. Il existe des disparités profondes qui sont liées à la forme juridique de l'entreprise exploitée quant à l'après décès. En effet, la disparition du dirigeant aura des conséquences beaucoup plus importantes et contraignantes si l'entreprise est une entreprise individuelle que si elle est une personne morale distincte de l'exploitant, avec son propre patrimoine et ses propres règles de fonctionnement issues du pacte d'associés et des règles statutaires. Il semble donc nécessaire de préparer l'entreprise par une amélioration de son régime juridique.
72. Il nous faut donc étudier le cas du décès de l'entrepreneur individuel (§ 1) avant de voir le décès du chef d'entreprise et ses conséquences dans une entreprise exploitée sous la forme sociétaire (§ 2).

§ 1 le cas du décès de l'entrepreneur individuel

73. L'entreprise individuelle est difficile à définir en ce que le droit positif ne l'aborde pas de manière directe. Pour le professeur Didier l'entreprise individuelle comme celle « d'une personne, qui l'exploite seule et sans partage »¹⁰¹. Le dirigeant doit donc détenir le pouvoir, exploiter l'entreprise et le faire seul. Toute idée d'association avec un tiers est exclue. M. Triquère précise même que le dirigeant « est seul maître à bord »¹⁰². Cette notion de plein pouvoir est à rapprocher du fonctionnement au quotidien de l'entreprise. Le dirigeant « dispose des biens de l'entreprise comme il l'entend, prélève autant qu'il veut sur le compte de l'entreprise »¹⁰³. Il est donc lié avec elle sur le plan financier mais est aussi propriétaire des moyens de production. Cette forme d'exploitation peut paraître

¹⁰¹ P. Didier, Droit commercial, *L'entreprise individuelle* : PUF, 3e éd. 1999, t. 1, p. 333.

¹⁰² C. Triquère, *Le grand livre de la création d'entreprise*, Vocatis, 2011, p. 198.

¹⁰³ *Ibid.*

séduisante par sa simplicité mais si d'un point de vue comptable les biens sont distincts, « juridiquement, l'entreprise et le chef d'entreprise ne font qu'un »¹⁰⁴.

74. Ainsi, le cas du décès de l'exploitant d'une entreprise individuelle de bâtiment emporte une « paralysie » du fonctionnement de celle-ci surtout si elle ne comporte pas d'organisation interne. La paralysie sera concentrée sur les aspects bancaires et fiscaux (A), liée au mode d'exploitation sous la forme individuelle, mais également sur le plan de la poursuite des affaires de l'entreprise (B).

A/ les conséquences bancaires et fiscales

75. Il convient d'aborder les aspects bancaires (1°) qui seront également liés aux conséquences fiscales (2°) du décès.

1°) les aspects bancaires

76. En cas de décès du dirigeant, la première paralysie intervient bien évidemment sur les comptes bancaires du *de cujus*.

77. Deux hypothèses devront être différenciées à savoir celle dans laquelle le défunt est le seul titulaire du compte et une autre dans laquelle le compte bancaire est un compte joint entre les deux époux.

78. Dans une première hypothèse, le seul titulaire du compte est le défunt. Ceux-ci se trouvent immédiatement bloqués par le(s) établissement(s) bancaire(s) ce qui provoque des conséquences dramatiques quant au fonctionnement de l'entreprise au quotidien. En effet, il devient impossible de procéder au règlement des salaires du personnel ainsi qu'aux factures des fournisseurs. Certaines rares opérations sont toutefois possibles mais elles ne permettent pas, à notre sens, une réelle poursuite d'activité. Ainsi, « certaines opérations peuvent être réalisées en dépit du blocage du compte du défunt sur instruction du notaire ou des héritiers et présentation d'un justificatif à la banque : le paiement des impôts de l'année du décès dus par le défunt, le règlement des mensualités d'impôt sur le revenu liquidé avant le décès et éventuellement dues postérieurement, le paiement des frais

¹⁰⁴ *Ibid.*

funéraires »¹⁰⁵. Ces dernières visent plus à garantir les dettes du trésor public qu'à permettre à l'entreprise de survivre au décès de son dirigeant. Ainsi, rien n'apparaît, par exemple, quant à l'issue des marchés publics en cours d'exécution lors du décès de l'exploitant. C'est la preuve que l'Etat se place comme un tiers parmi d'autres dans ses relations avec l'entreprise même si la probabilité de marchés publics avec une petite entreprise de bâtiment exploitée sous la forme individuelle est faible en pratique. En effet, la typologie d'entreprise l'orientera, compte tenu de sa petite taille vers une clientèle à forte dominante de marchés privés essentiellement constituée de particuliers. Le risque est donc faible, toujours sur le terrain des marchés publics, de voir une entreprise ne pas pouvoir honorer ses engagements notamment en terme de délais. Cet élément est rassurant quant aux pénalités de retards pouvant être appliquées dans de tels marchés de travaux.

79. Sur le plan des comptes bancaires plus précisément, le déblocage est possible mais sous la condition de la signature conjointe de tous les ayants droits ou sur instruction du notaire mandaté par tous les héritiers. Le déblocage est plus compliqué s'il y a des enfants mineurs dans la succession puisqu'un inventaire notarié doit précéder l'autorisation par le juge des tutelles de la succession sous bénéfice d'inventaire et la mise en location-gérance de l'entreprise.
80. Ainsi, d'un point de vue juridique, le blocage du compte bancaire trouve sa justification en ce sens que celui-ci bascule dans le régime de l'indivision afin de garantir tous les droits des héritiers. Dans le cas contraire, la responsabilité du banquier pourrait même être engagée par les ayants droits, celui-ci ayant le devoir de s'assurer qu'il a l'autorisation de tous les héritiers pour libérer des sommes¹⁰⁶. La Cour de Cassation a eu à sa prononcer sur ce point en précisant que le banquier « engage sa responsabilité le banquier qui, à la demande d'une cliente transfère sur le compte personnel de celle-ci des titres figurant au compte ouvert au nom de son mari, nonobstant le fait qu'il s'agisse de biens communs sur lesquels chacun des époux a, aux termes de l'art. 1421, un pouvoir d'administration, alors que le banquier dépositaire ne doit, selon l'art. 1937, restituer les fonds déposés qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a été indiqué pour les recevoir ».

¹⁰⁵B. Monassier, *Transmission d'entreprise, juridique, fiscal, social, financier*, Editions Francis Lefebvre, 2^{ème} éd, p. 638 § 23025.

¹⁰⁶Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 198; D. 2002. 1102, note Comangès.

81. Dans une seconde hypothèse, dans laquelle le compte bancaire est un compte joint entre les deux époux le déblocage peut être facilité par le jeu de la solidarité active entre les titulaires dudit compte. Dans ce cas la responsabilité du banquier peut également être engagée si ce dernier ne tient pas compte d'une opposition formée par un des héritiers. Dans la pratique, nous avons eu l'occasion de connaître le cas du décès d'un dirigeant d'une petite entreprise de bâtiment. En l'espèce, les deux fils étaient solidaires de leur mère quant à ses prises de décisions. En effet, l'urgence était de pouvoir payer le personnel ainsi qu'un fournisseur.
82. Cette faculté accordée à l'époux survivant est justifiée par la présomption de pouvoir entre les époux. En ce sens, l'article 221 du code civil énonce « qu'à l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt »¹⁰⁷. Ainsi, si l'un des époux est confronté au décès de son conjoint, le survivant pourra faire fonctionner normalement le compte joint sous couvert que les héritiers ne s'y opposent pas auprès du banquier.
83. En ce sens, dans un souci de poursuite de l'activité de l'entreprise, nous ne pouvons que saluer la position de MM. Terré et Simler sur ce point. Les auteurs précisent qu'il est préférable que les héritiers « justifient leur demande » pour demander le blocage des comptes bancaires¹⁰⁸. La présomption de pouvoir survit à la dissolution du mariage intervenu par le décès. C'était la volonté du législateur exprimée par la loi 23 décembre 1985 elle-même codifiée dans cet article 221 du code civil. Cette position a l'avantage de ne pas bloquer les comptes bancaires (à condition que les héritiers ne le demandent pas) permettant à l'entreprise individuelle de faire face au décès du dirigeant au moins sur une courte période.

2°) les conséquences fiscales

84. Sur le plan des conséquences fiscales, nous devons souligner que le décès de l'exploitant individuel a pour effet d'imposer de manière immédiate, au nom du foyer fiscal, les bénéfices réalisés par le défunt jusqu'au jour du décès¹⁰⁹. L'article 201 du code général des impôts énonce que « les dispositions du présent article sont applicables dans le cadre du décès de l'exploitant. Dans ce cas, les ayants droits du défunt produisent les

¹⁰⁷ C. civ., art. 221.

¹⁰⁸ F. Terré, P. Simler, Droit civil, *Les régimes matrimoniaux*, précis Dalloz, 3^{ème} éd, p. 81, § 92.

¹⁰⁹ CGI, Art. 201 et 204.

renseignements nécessaires pour l'établissement de l'impôt dans les six mois de la date du décès ». Cette disposition combinée à l'article 204 du même code précisant que « dans le cas de décès du contribuable, l'impôt sur le revenu est établi en raison des bénéfices industriels et commerciaux réalisés depuis la fin du dernier exercice taxé. Les impositions établis après le décès ne sont pas admises en déduction du revenu des héritiers pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dont ces derniers sont passibles » emporte imposition immédiate des bénéfices du défunt.

85. Ainsi, l'imposition est immédiate, peu importe que l'activité soit poursuivie par un membre de la famille. Les services fiscaux accorderont le cas échéant les exonérations concernant les plus-values réalisées. On retrouve, ici, l'application d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat selon laquelle le décès de l'exploitant individuel entraîne, sur le plan fiscal, l'assimilation à une cession ou une cessation de l'entreprise. En effet, cette jurisprudence constante fait ressortir que les héritiers ne peuvent prétendre que l'exploitation se poursuit entre leurs mains¹¹⁰. Outre une application de ce régime pour les héritiers, celui-ci est également applicable, par exemple, pour les épouses reprenant le fonds de commerce de leur époux décédé¹¹¹. D'un point de vue pratique, ce dispositif est critiquable puisqu'il représente un nouveau frein à la survivance de l'entreprise individuelle au décès du dirigeant. Les héritiers ne pourront, dans la plupart des cas, assumer financièrement ces impositions qui les priveront de marge de manœuvre, en termes d'investissement par exemple. L'entreprise risque une « asphyxie » entraînant la cessation de l'activité par manque de trésorerie.

86. Malgré ces différentes difficultés, la poursuite de l'activité d'une entreprise individuelle est possible, sous certaines conditions, par un seul des héritiers sans aucune conséquence fiscale directe pour les autres ayants droits.

87. Ainsi, par exemple dans une petite entreprise de maçonnerie qui requiert des compétences techniques particulières acquises au fil du temps par son dirigeant. Celui-ci vient à décéder et a plusieurs enfants. Parmi ceux-ci, un fils travaille depuis de nombreuses années avec son père, ses frères et sœurs ayant une activité dans des secteurs très différents. Dans ce cas, l'entreprise tombera dans le régime de l'indivision dès le décès du père mais le fils ayant travaillé avec ce dernier pourra la reprendre seul (eu égard à ses

¹¹⁰ CE, 21 avril 1947, n°78 520.

¹¹¹ CE, 24 janvier 1944, n° 73 361.

propres compétences techniques) sans pour autant pesé sur l'imposition de ses frères et sœurs.

88. En effet, en s'appuyant sur l'arrêt Baudrand du Conseil d'Etat du 6 mars 1991, un indivisaire qui ne participe pas à la gestion de l'entreprise est seulement imposable sur les bénéfices mis effectivement à sa disposition¹¹². Ainsi, il n'aura pas la qualité de co-exploitant à la différence de celui qui reprend effectivement l'entreprise.
89. Cette position peut, à notre sens, provoquer un effet « boomerang » pour les indivisaires. Les héritiers ne souhaitant pas reprendre peuvent valider le choix de poursuite d'activité de leur frère (dans notre hypothèse) dans la mesure où sa décision n'aura pas d'incidence sur leur propre fiscalité. Néanmoins, cela peut aussi être source de tensions entre eux puisque l'entreprise devra être valorisée faisant partie intégrante du patrimoine du *de cuius*. Le frère reprenant l'entreprise devra donc « indemniser », par le versement d'une soulte, ses co-indvisaires ce qui peut lui poser des difficultés d'ordre financières.
90. Enfin, imaginons que les frères et sœurs ne demandent pas le versement de cette soulte, mais que le fils qui reprend ne puisse faire face, toujours sur le plan financier, aux coûts immédiats de l'entreprise et qu'il aspire à une aide financière familiale, il risque d'être découragé dans sa reprise. En effet, il supportera seul les impositions immédiates dues au titre de l'exploitation sans avoir pour autant provisionné en trésorerie ses besoins. Dans ce cas l'arrêt Baudrand provoquera ce fameux effet « boomerang » pour le nouvel exploitant.
91. Les conséquences du décès de l'entrepreneur individuel entraînent une paralysie sur le plan bancaire et fiscal mais des difficultés surviennent également dans la poursuite des affaires en cours. Quelles sont les conséquences du décès du dirigeant à brève échéance pour l'entreprise et notamment dans les chantiers en cours, les commandes passées auprès des fournisseurs, le carnet de commande ou encore les contrats signés par ce dernier (B) ?

B/ la paralysie des affaires en cours

92. Nous avons vu que le décès du dirigeant de l'entreprise individuelle pose des difficultés sur les plans bancaires et fiscaux mais il est aussi un frein à la poursuite de l'activité.
93. D'un point de vue juridique, ce sont les contrats en cours conclus par le défunt qui sont en cause. Ils sont les garants de la poursuite des affaires et des relations contractuelles

¹¹² CE, 6 mars 1991.

notamment quant au respect du carnet de commande, de la réalisation des chantiers en cours ou des commandes passées auprès des fournisseurs.

94. Sans entrer dans le détail de chaque type de contrat que le dirigeant aurait pu conclure avant son décès, nous pouvons souligner que les héritiers succèdent au contractant de manière générale dès lors qu'ils ont accepté la succession de celui-ci. MM. Terré, Simler et Lequette précisent que « lorsqu'un des contractants est décédé à un moment où le contrat n'a pas épuisé ses effets, ses ayants cause universels lui succèdent et deviennent en son lieu et place créanciers et débiteurs des obligations nées du contrat »¹¹³. Cette règle trouve sa limite pour certains contrats comportant un fort *intuitu personae* entre les parties ou pour lesquels une clause du contrat ne prévoit pas de transmission aux héritiers suite à un aménagement conventionnel entre les co-contractants. En effet, les mêmes auteurs ajoutent que « les contrats qui sont conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération des qualités mêmes du contractant, de ses aptitudes, de ses connaissances n'étendent pas leurs effets aux héritiers de celui-ci »¹¹⁴.
95. Dans l'hypothèse du décès du dirigeant d'une petite entreprise de bâtiment, il ne fait aucun doute que la plupart des contrats auront été conclus avec un fort *intuitu personae*, et ce pour différentes raisons. Il se peut que le dirigeant soit titulaire d'une technique particulière de réalisation des chantiers ou qu'il soit réputé dans son métier pour son sérieux ou ses précédentes réalisations. Ainsi, un client qui aura eu la volonté de contracter avec ce dirigeant qui représentait ladite entreprise, ne souhaitera pas le faire avec un autre.
96. Il convient de s'intéresser au bail commercial qui est constitutif du premier des contrats nécessaires à l'exploitation de l'entreprise individuelle. Le bail commercial est en effet le contrat par lequel l'activité commerciale s'inscrit dans un régime juridique très protecteur au profit du preneur. L'article L 145-1 du Code de commerce précise que le régime juridique des baux commerciaux s'applique dès lors que le fonds « appartienne soit à un commerçant ou un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers »¹¹⁵. Ainsi, il est indispensable que l'activité se poursuive au risque pour les héritiers d'être déchus de la

¹¹³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, précis Dalloz, 7^{ème} éd, p. 447, § 463.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ C. Com., art. L 145-1.

propriété commerciale¹¹⁶. Cette condition doit être impérativement respectée si l'on considère que le bail commercial est un élément important du fonds de commerce. La cour d'appel de Nîmes a rendu un arrêt le 8 janvier 2008 précisant qu'un congé donné par un bailleur aux héritiers était valable si ceux-ci ne remplissaient pas les conditions légales leur permettant de se prévaloir du régime des baux commerciaux, en l'espèce s'ils n'étaient pas inscrits au registre du commerce et des sociétés¹¹⁷.

97. Le législateur est toutefois venu réduire l'impact de cette décision en indiquant « qu'en cas de décès du titulaire du bail, ces mêmes dispositions s'appliquent à ses héritiers ou ayants droit qui, bien que n'exploitant pas de fonds de commerce ou de fonds artisanal, demandent le maintien de leur immatriculation de leur ayant cause pour les besoins de sa succession »¹¹⁸. Cette mesure introduite par la loi du 4 août 2008 a été prise postérieurement à l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes. Dans ce cas d'espèce, les héritiers auraient pu se prévaloir, à notre sens, de cette disposition leur permettant de bénéficier du régime des baux commerciaux sans être inscrit au registre du commerce et des sociétés.

98. Cependant, en suivant le raisonnement juridique de la décision de la Cour d'Appel de Nîmes, une difficulté supplémentaire va se poser pour les héritiers souhaitant poursuivre une activité de bâtiment. En effet, pour pouvoir exercer en entreprise individuelle un métier du bâtiment, il faut, dans la plupart des petites structures, que le dirigeant soit également inscrit au répertoire des métiers. En effet, le dirigeant doit pouvoir justifier de qualifications professionnelles spécifiques à son activité. La loi du 5 juillet 1996 précise que « quels que soient le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise, ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci les activités de construction, d'entretien et de réparation de bâtiments »¹¹⁹. Ainsi, l'héritier devra être titulaire des qualifications nécessaires à l'activité professionnelle ou avoir dans son entreprise des titulaires de telles qualifications sur lesquels s'appuyer.

99. La paralysie peut donc provenir des connaissances techniques dont le dirigeant était le seul titulaire. Nous ne pouvons que recommander la mise en place, dans toutes les entreprises où cela est possible d'une formation par le dirigeant d'un salarié compétent qui

¹¹⁶ B. Monassier, *op. cit.*, p. 638 § 23172.

¹¹⁷ CA de Nîmes, chambre civile 1, 8 janvier 2008, n° jurisdata : 2008-357135.

¹¹⁸ C. com., art. L 145-1.

¹¹⁹ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, JO du 6 juillet 1996.

sera rompu aux exigences techniques et qui sera le « bras droit » du dirigeant. Sans aller jusqu'à préconiser la tenue d'un organigramme complet, il faut opérer, partout où cela est possible, une division des fonctions afin d'éviter ce fameux dirigeant « multi tâches » dont la disparition peut aussi coûter la vie à l'entreprise elle-même.

100. Le décès du dirigeant d'une entreprise individuelle aura également une incidence sur le sort des contrats de travail. Il nous est permis de rappeler brièvement que le décès ne provoque pas la fin des contrats de travail en cours. Une jurisprudence abondante a d'ailleurs rappelé ce principe¹²⁰. L'arrêt du 3 octobre 1973 de la Cour de Cassation, en sa chambre sociale, est aussi venu préciser que les contrats de travail se poursuivaient de plein droit avec les héritiers en application de l'article L 1224-1 du code du travail dès lors que l'entreprise poursuit son activité.

101. Ainsi, il est logique de se demander ce qu'il advient de ces contrats si l'entreprise venait à disparaître avec le dirigeant. La Cour de Cassation a précisé que les héritiers étaient tenus de verser aux salariés les indemnités de préavis et de licenciement¹²¹. Cette donnée confirme nos inquiétudes quant aux conséquences désastreuses du décès d'un dirigeant d'entreprise individuelle et sur la nécessité de transformer celle-ci en société afin qu'elle survive à l'exploitant. En effet, dans la pratique, rares seront les cas dans lesquels l'activité d'une petite entreprise individuelle pourra être maintenue suite au décès de son dirigeant et ce pour les raisons que nous venons de rappeler.

102. Cependant, nous devons rappeler que le secteur du bâtiment est un secteur dans lequel le recrutement de main d'œuvre est particulièrement difficile. Ainsi, la poursuite des contrats de travail doit être vue comme une chance si un des héritiers décide de poursuivre l'activité. Il aura à sa disposition et de manière immédiate des équipes opérationnelles et compétentes pour l'aider le seconder dans sa reprise.

103. Nous nous trouvons, une nouvelle fois, devant les limites de l'exploitation individuelle d'une petite entreprise. Si l'on ajoute que le secteur du bâtiment est particulièrement sensible aux délais de réalisation et au suivi précis d'un carnet de commande, on s'aperçoit que l'adoption d'une forme juridique permettant à l'entreprise de survivre au

¹²⁰ A titre d'exemple: Cass. soc. 3 oct. 1973: Bull. civ. n°464. Cass. soc. 16 Nov. 1977: Bull. civ. n°617. Cass. soc 10 fév. 1982: Bull. civ. n° 78.

¹²¹ Cass. soc. 10 fév. 1982: Bull. civ. n° 78.

décès de son dirigeant est largement préférable. En cela, le décès du chef d'entreprise et ses conséquences dans une entreprise exploitée sous la forme sociétaire (§2) sont très différentes.

§ 2 le décès du chef d'entreprise et ses conséquences dans une entreprise exploitée sous la forme sociétaire

104. Lorsque l'entreprise est exploitée sous une forme sociétaire, l'exploitant est la société, personne morale. Le chef d'entreprise, s'il s'agit d'une personne physique est donc titulaire d'un mandat délivré par la société pour exploiter l'entreprise. Il est donc mandataire social de la société, gérant ou président par exemple. Les montages de reprise d'entreprise font d'ailleurs régulièrement intervenir à ces fonctions une autre personne morale, ainsi il est relativement courant de constater qu'une entreprise a un gérant (ou un président) qui se trouve être la société holding la détenant.

105. D'un point de vue plus restrictif, nous aborderons le cas du décès de l'exploitant, et ses conséquences, dans le cadre des sociétés commerciales et plus précisément concernant le décès du gérant d'une société à responsabilité limitée. Les sociétés de ce type sont, le plus souvent, dénommées SARL¹²². Il existe de nombreuses entreprises ayant adoptées cette forme juridique mais l'on trouve également beaucoup de sociétés dans lesquelles il n'y a qu'un associé unique notamment dans les petites entreprises. Dans ce cas nous nous trouvons en présence d'une société unipersonnelle.

106. Le législateur a créé¹²³ l'EURL (Entreprise Unipersonnelle à responsabilité limitée) répondant ainsi aux demandes du monde des affaires qui souhaitait protéger le patrimoine du dirigeant en séparant son patrimoine professionnel de son patrimoine personnel. L'objectif était de limiter la responsabilité du dirigeant. L'EURL est qualifiée, par certains auteurs, de « SARL unijambiste » ou encore de « variété de SARL¹²⁴. L'EURL dépend donc du régime de la société à responsabilité limitée à quelques exceptions près¹²⁵ qui

¹²² C. com., art. L223-1 « la société est désignée par une dénomination sociale, à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots « société à responsabilité limitée » ou des initiales « SARL » et de l'énonciation du capital social ».

¹²³ Par la loi du 11 juillet 1985.

¹²⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 20^{ème} éd, p. 463.

¹²⁵ A. Couret, B. Mercadala, Collectif Francis Lefebvre, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2008, p. 467. « Il ne s'agit pas d'une forme de société distincte des autres sociétés commerciales :

tiennent essentiellement dans sa particularité d'associé unique dont nous ne traiterons pas ici.

107. Ainsi, l'environnement du bâtiment regroupe un nombre très important de sociétés à responsabilité limitée justifiant le nombre très important de petites entreprises existantes. Qu'il nous soit permis de préciser que le secteur du bâtiment est constitué d'un nombre très important de SARL et d'EURL et de, proportionnellement, peu de SA même si les SAS ont vu leur nombre exploser ces dernières années.
108. Le principe générique est la survie de la société à travers sa personnalité morale. Le patrimoine, l'ensemble des contrats ou encore les comptes bancaires font partis du patrimoine de la société qui détient une personnalité morale distincte de ses associés. Le fameux blocage des comptes bancaires que nous avons étudiés précédemment dans l'entreprise individuelle ne se produira pas dans la société. De même, les contrats seront poursuivis sans difficultés sauf s'ils comportent des clauses conventionnelles particulières qui viendront résilier ces derniers. Ce sera le cas si l'intuitu personae est très fort entre les co-contractants.
109. Ainsi de manière générique, le décès du dirigeant d'une société pose beaucoup moins de complications que dans le cas d'une entreprise individuelle. Cependant force est de constater qu'il peut se poser des difficultés en cas de décès du gérant unique d'une société à responsabilité.
110. Ainsi, afin de mieux illustrer les conséquences du décès du dirigeant d'une entreprise exploitée à travers une société nous nous concentrerons sur le cas du décès du gérant de SARL.
111. Le Code de commerce ne contient qu'une seule référence au décès du gérant de société à responsabilité limitée¹²⁶. Elle est néanmoins, d'importance puisque cette disposition résume à elle seule la possibilité de poursuivre l'activité en cas de décès du gérant. Le décès est même le seul cas dans lequel les associés peuvent convoquer régulièrement une assemblée¹²⁷. Cette possibilité offerte aux associés par l'ordonnance du 25 mars 2004 allège la précédente procédure. Auparavant ils n'avaient d'autre choix que de faire appel au président du tribunal de commerce qui désignait un mandataire judiciaire

l'EURL est une société à responsabilité limitée ; elle est soumise à toutes les règles applicables à cette forme de société sous réserve de quelques adaptations rendues nécessaires par l'existence d'un associé unique ».

¹²⁶ C. com., art. L223-27 « en cas de décès du gérant unique, le commissaire aux comptes ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder au remplacement du gérant ».

¹²⁷ Collectif Francis Lefebvre, *op. cit.*, p. 419.

afin de pallier à l'absence du dirigeant¹²⁸. On peut imaginer que cette solution, qui subsiste, se présentera naturellement si les héritiers ont des intérêts divergents. Le président du tribunal sera donc à même de prendre les décisions urgentes qui s'imposent. Même si, dans cette hypothèse, le décès entraîne la convocation d'une assemblée, force est de constater que la procédure à suivre reste plus souple que dans le cas d'une entreprise individuelle.

112. En effet, cette faculté à l'avantage de débloquer la situation et de ne pas laisser l'entreprise paralysée. A plus forte raison dans le secteur du bâtiment, la nomination rapide d'un nouveau gérant représentant l'entreprise permettra d'agir au nom de la personne morale en réalisant tous les actes de gestion courants pour la vie de l'entreprise. Cependant, le plus souvent l'entreprise est de petite taille et nous avons souligné le profil multi taches du dirigeant, ainsi il ne suffit pas de pouvoir nommer un nouveau gérant mais la question sera : qui nommer pour le remplacer ? Dans la plus grande majorité des cas ce sera le conjoint du défunt qui sera nommé mais cela peut aussi être un salarié compétent techniquement et qui connaît parfaitement les rouages de l'entreprise. L'objectif étant la poursuite d'activité de l'entreprise, le nouveau gérant doit être à même de diriger effectivement et immédiatement l'entreprise.
113. En pratique, on peut imaginer un système dans lequel les époux seront tous les deux gérants de l'entreprise ce qui offre des garanties en cas de décès brutal de l'un d'eux. L'entreprise survivra facilement, le cogérant étant légitime vis-à-vis des tiers (clients, fournisseurs) mais aussi vis-à-vis des salariés afin de conserver les équipes en place.
114. Enfin, ajoutons que la nomination d'un nouveau gérant sera soumise à des règles de publicité¹²⁹ afin que les tiers soient informés le plus complètement possible.
115. Ainsi, pour garantir la stabilité et la pérennité de l'entreprise, il faut donc imaginer un système dans lequel malgré le choc lié à la disparition d'un parent, il ne faut pas que cette onde de choc atteigne l'entreprise afin de préserver ses propres intérêts. L'exploitation sous la forme d'une société est donc à recommander. Les héritiers seront mieux armés face au décès du dirigeant.

¹²⁸ C. com., art. L223-27 al. 4 : « tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour ».

¹²⁹ P. Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 11ème éd, p. 207, § 187.

116. Ainsi nous ne pouvons que recommander de transformer l'entreprise individuelle en société en réalisant la mise en société de l'entreprise individuelle. Les avantages liés à sa survivance en cas de décès sont recherchés. Au-delà de ces avantages, la nécessité de l'apport de l'entreprise individuelle à une société (Section 2) apparaît comme un outil de transmission au service de l'entreprise et de son développement.

Section 2 : la nécessité de l'apport de l'entreprise individuelle à une société

117. L'entreprise de bâtiment est, par nature, difficile à transmettre. Cette difficulté est accentuée lorsque celle-ci est exploitée sous la forme individuelle. La transformation s'impose donc comme un préparatif, comme une anticipation à la transmission permettant de minimiser ces difficultés. Dans notre hypothèse, la mutation de l'objet à transmettre prendra la forme de l'apport de l'entreprise individuelle à une société. Mais il convient de prendre en compte que la mise en société de l'entreprise individuelle (§1) emporte comme conséquence la négociation d'une garantie d'actif et de passif (§ 2) lors de la cession de l'entreprise.

§ 1 la mise en société de l'entreprise individuelle

118. Nous étudierons les modes de protection du patrimoine personnel (A) avant de voir les avantages liés à l'apport d'une entreprise individuelle à une société (B)

A/ les modes de protection du patrimoine personnel

119. Les modes de protection du patrimoine personnel peuvent être constitutifs d'une alternative à la mise en société de l'entreprise individuelle. Ces modes permettent d'isoler et de garantir le patrimoine personnel du dirigeant vis-à-vis des risques de l'exploitation de l'entreprise. Sont-ils de nature à organiser efficacement et suffisamment l'entreprise en vue de sa transmission ? A ce titre, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (1°) et la déclaration d'insaisissabilité (2°) sont des pistes d'étude intéressantes.

1° l'entreprise individuelle à responsabilité limitée

120. L'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) est née à la faveur de la loi du 15 juin 2010¹³⁰. Le principe est simple : il permet à l'entrepreneur individuel « d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale »¹³¹. Cette position inédite a pour conséquence d'induire que l'EIRL ressemble davantage à un « hybride en droit français » puisque l'exploitant reste la seule personne juridique¹³².
121. Le cœur de ce nouveau régime se situe à l'article, codifié dans le code de commerce L 526-6 al. 1, qui précise que « tout entrepreneur individuel peut apporter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». Cette disposition constitue une petite révolution dans notre droit et notamment concernant une théorie élaborée par Charles Aubry et Charles Rau relative au patrimoine. Le Professeur Dupichot explique qu'elle se résume ainsi : « tout patrimoine a nécessairement à sa tête une personne ; toute personne juridique a nécessairement un patrimoine ; une personne n'a qu'un seul et unique patrimoine qu'elle ne saurait scinder en universalités de droit distinctes »¹³³. L'EIRL bouleverse donc cette théorie et met à mal l'unicité du patrimoine. C'est une manière, selon le Professeur Terré, d'inscrire cette étape dans « une évolution continue qui tend sans cesse à mettre, mieux que par le passé, le droit des affaires et des entreprises au service de l'économie de notre temps »¹³⁴. L'auteur pose la question de savoir si l'EIRL ne se rapproche pas, par son originalité en droit français, d'une tradition de droit allemand qui combine deux données : une affectation de patrimoine et un ensemble de biens¹³⁵. Un entrepreneur individuel peut donc affecter une partie de son patrimoine dans une EIRL sans pour autant faire naître une nouvelle personnalité juridique en ce que l'EIRL n'est pas une société à part entière.
122. L'EIRL apporte donc une protection « à un niveau plus global » à l'entrepreneur individuel que la technique de la déclaration d'insaisissabilité. Me Dubuisson ajoute même que « la protection du patrimoine privé fait un progrès avec l'EIRL par rapport à

¹³⁰ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

¹³¹ F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, Domat droit privé, Montchrestien, 10^{ème} éd, p. 152, § 309.

¹³² E. Dinh, *L'EIRL, un hybride en droit français*, JCP E, 2010, 1979.

¹³³ P. Dupichot, *Le fabuleux destin de la théorie de l'unicité du patrimoine*, Revue de droit Henri Capitant, n°2, 30 juin 2011.

¹³⁴ F. Terré, *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers*, JCP G, 2010, doct. 1328.

¹³⁵ *Idem*.

l'insaisissabilité »¹³⁶. Le patrimoine privé sera ainsi protégé des dettes nées de l'activité professionnelle dont les créanciers n'auront pour gage que les biens affectés à l'EIRL. Pour M. le Professeur Dom, c'est l'affirmation de la notion de « propriété économique »¹³⁷. Il s'agit de déterminer les personnes qui contrôlent le bien, dans le cas d'une entreprise, celles qui bénéficient des profits et qui supportent les risques. Ainsi, la « propriété économique appartient à celui qui s'approprie la substance économique d'un bien dont il n'est pas le propriétaire juridique »¹³⁸.

123. L'EIRL protège donc le patrimoine de l'entrepreneur en lui offrant un cadre juridique adapté¹³⁹. MM. Barrière et Elineau considèrent même que le bon accueil que peut réserver l'entrepreneur individuel à l'EIRL s'explique par l'échec de la promotion de l'EURL auprès de ces derniers mais aussi qu'elle semble « plus à même de fournir un environnement juridique satisfaisant la logique et les intérêts des entrepreneurs individuels »¹⁴⁰. Ainsi, l'EIRL se place comme un nouvel instrument en faveur de l'organisation patrimoniale¹⁴¹ permettant à un dirigeant de protéger ses biens personnels en cas de défaillance¹⁴². Cet outil a toutefois été modifié sur plusieurs points.

124. Tout d'abord, la loi du 29 juillet 2011¹⁴³ a aménagé le régime fiscal de l'EIRL. M. le Professeur Pierre, dans le commentaire de cette loi, indique que « l'EIRL n'est plus assimilé automatiquement à une EURL »¹⁴⁴. L'entrepreneur doit souscrire une option entraînant l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés et l'application, sur les biens affectés, du régime des « biens migrants »¹⁴⁵. Si l'option n'est pas souscrite, l'EIRL relève du régime des entreprises individuelles. Ainsi, « seule l'EIRL passible de l'IS est assimilable à une EURL »¹⁴⁶. La transformation d'une entreprise individuelle en EIRL

¹³⁶ E. Dubuisson, *Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut s'engager comme EIRL*, JCP N, 2010, 1263.

¹³⁷ J.-P. Dom, *Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques*, Dr. sociétés, aout 2012, E.

12.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Pour approfondir ce point : X. Boutiron, P.-J. Castenet, H. Lecuyer, C. Maréchal, *L'entrepreneur et ses patrimoines*, Lextenso éd, 2012, p. 41, § 125 et s.

¹⁴⁰ F. Barrière, R. Elineau, *L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ?*, Dr. sociétés, mai 2011, étude 8.

¹⁴¹ J.-F. Desbuquois, *Vingt ans de stratégies sociétaires patrimoniales*, RFN, oct. 210, dossier 5.

¹⁴² En ce sens, voir notamment : B. Dondero, *L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné*, JCP G, 2010, 679 ; J. Prieur, D. Coiffard, *Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL*, JCP N, 2010, 1390 ; F. Roussel, P. Van Steenlandt, *Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine*, JCP N, 2011, 1093.

¹⁴³ Loi n° 2011-900 du 29 juill. 2011, art. 15 : JO du 30 juill. 2011.

¹⁴⁴ J.-L. Pierre, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Régime fiscal*, Dr. sociétés, nov. 2011, comm. 204.

¹⁴⁵ Pour approfondir cette question voir notamment : J.-L. Pierre, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Régime fiscal*, Dr. sociétés, nov. 2011, comm. 204

¹⁴⁶ A. Arnaud-Emery, *Focus sur la fiscalité de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, JCP N, 2012, 1018.

optant pour une assimilation à une EURL peut d'ailleurs bénéficier d'avantages fiscaux prenant la forme d'un report d'imposition¹⁴⁷.

125. Enfin, le décret du 30 janvier 2012¹⁴⁸ a aménagé le régime général de l'EIRL en ce qu'il définit la notion de biens nécessaires à l'activité et instaure une procédure d'information au profit des tiers en cas de transfert du lieu d'exploitation¹⁴⁹.

126. L'idée est donc de créer un patrimoine affecté pour l'exploitation de l'entreprise. Est-ce pour autant un mode efficace de préparation à la transmission de l'entreprise ? Le Professeur Mekki souligne les limites de la loi dans ce domaine et notamment sur le terrain de la cession d'un patrimoine affecté¹⁵⁰. La question est en effet posée concernant le « droit d'opposition des créanciers professionnels » comme l'est celle de l'articulation avec les « règles propres à la vente de fonds de commerce ou la vente immobilière »¹⁵¹. Si, sur le principe, la transmission d'un patrimoine affecté est possible¹⁵², la question se pose de l'opportunité de transformer l'entreprise individuelle en EIRL avant la transmission de l'entreprise. Nous nourrissons des réserves sur le régime même de l'EIRL tant la complexité de celui-ci induit de préférer une mise en société. En effet, si la présentation du régime laisse à penser qu'il s'agit d'un dispositif protecteur de l'entrepreneur individuel simple à mettre en œuvre, ce n'est qu'une impression générale. Me Dubuisson évoque une « myriade de formalités »¹⁵³ à accomplir pour l'entrepreneur. L'auteur ajoute que « le texte instituant l'EIRL n'est pas très bien achalandé » introduisant une certaine « perplexité » toute en imaginant que les entrepreneurs individuels n'y trouvent pas leur bonheur tant le travail est inachevé¹⁵⁴. Mme le Professeur Coquelet indique, en la comparant à l'EURL que « sa constitution tout comme son fonctionnement ne sont ni plus simples ni moins couteux »¹⁵⁵. Cette complexité¹⁵⁶ est également soulignée par M. le Professeur Mortier qui ajoute que la « séparation entre patrimoines ne sera pas étanche, les créanciers professionnels pouvant se payer sur les actifs personnels en de nombreuses

¹⁴⁷ Rép. min. n° 7736 : JOAN Q, 26 fév. 2013, p. 2200.

¹⁴⁸ Décret n° 2012-122 du 30 janv. 2012.

¹⁴⁹ C. Lebel, *Régime juridique de l'EIRL : information des tiers, biens nécessaires et valeurs des biens affectés*, JCP N 2012, act. 305.

¹⁵⁰ M. Mekki, *Le patrimoine aujourd'hui*, JCP G, 2011, 1258.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² Sur le transfert du patrimoine affecté, voir not. B. Saintourens, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Rev. sociétés 2010, p. 351, n° 40 et s.

¹⁵³ E. Dubuisson, art. préc., JCP N, 2010, 1263.

¹⁵⁴ E. Dubuisson, *L'EIRL est adoptée ! En attendant l'entrée en vigueur*, JCP N, 2010, act. 423.

¹⁵⁵ M.-L. Coquelet, *EIRL versus EURL*, Dr. sociétés, mai 2010, repère 5.

¹⁵⁶ Sur ce point voir également : E. Dubuisson, *Risques de l'entreprise et protection de l'entrepreneur et de sa famille : de l'EURL à l'EIRL*, JCP N 2011, 1204.

hypothèses »¹⁵⁷. L'attrait du régime en souffre d'autant qu'il est censé représenter une source de simplification pour l'entrepreneur individuel en comparaison avec une société.

127. Sur le terrain de l'avenir de l'EIRL et de son évolution, Me Baffoy souligne, quant à lui, les limites de la loi. En effet, si l'EIRL est assimilée à une société sur le plan fiscal, le droit des sociétés ne permet pas de transformer cette dernière puisqu'il n'y a « ni société ni personne morale »¹⁵⁸. L'entrepreneur se trouverait donc contraint de rester sous la forme de l'EIRL sauf à réaliser l'opération sans bénéficier de régime de faveur particulier. Or, sous cette forme son patrimoine ne paraît pas aussi bien protégé dans le cas d'une procédure collective. Me Dubuisson distille un doute quant à cette protection en comparaison avec des formes de sociétés classiques (EURL ou SASU)¹⁵⁹. Mais la plus grande crainte quant à une transformation de l'entreprise individuelle en EIRL avant transmission tient dans ses futures capacités de financement. Dans un projet de transmission de l'entreprise cet aspect ne doit pas être négligé. M. Bonnet s'est penché sur la question rappelant que « les créanciers, privés d'une partie de leur droit de gage, pourraient être amenés à refuser d'accorder les crédits dont l'EIRL aurait besoin pour créer ou développer son activité »¹⁶⁰. L'EIRL semble ne pas apporter les mêmes possibilités que l'EURL quant à sûretés exigées lors d'une demande de financement.

128. Ainsi, si l'EIRL présente des avantages quant à l'organisation patrimoniale du dirigeant d'une entreprise individuelle, elle ne constitue pas un régime attrayant quant à une étape préparatoire à la transmission de l'entreprise. Si le patrimoine affecté peut être cédé, la mise en société faisant naître une personne morale sera préférée. Il convient cependant de ne pas négliger un autre aspect de protection du patrimoine : la déclaration d'insaisissabilité (2°).

2° la déclaration d'insaisissabilité

129. La loi du 1^{er} août 2003 « permet au commerçant et au-delà à tous les professionnels de déclarer insaisissables les droits sur l'immeuble où est fixé sa résidence principale étendue à tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à un usage professionnel par la loi du 4

¹⁵⁷ R. Mortier, *EIRL cherche cobayes*, Dr. sociétés, août 2010, repère 8.

¹⁵⁸ G. Baffoy, *Mise en société de l'EIRL : un piège ?*, RFN, 2010, alerte 86.

¹⁵⁹ E. Dubuisson, *L'EIRL face aux difficultés de l'entreprise. Une exception va-t-elle confirmer la règle ?*, JCP N 2011, 1002.

¹⁶⁰ V. Bonnet, *Les sûretés et l'EIRL*, JCP N 2012, 1338.

« aout 2008 »¹⁶¹. L'étendue du régime née de la loi de 2008 avait pour objectif, selon M. Piedelievre de ne pas « décourager les entrepreneurs qui souhaitent créer de petites structures »¹⁶². Ce régime a nourri des commentaires, quelques fois critiques, quant à sa pleine application. Ainsi, même si l'intention de protéger les biens de l'entrepreneur individuel est de nature à favoriser la création d'entreprise, M. Grosclaude s'interrogeait sur le fait que les praticiens ne recourraient pas en nombre à ce nouveau dispositif¹⁶³. L'avenir ne lui a donné totalement tort puisque seulement 10 à 12 000 déclarations ont été enregistrées depuis sa naissance en 2003¹⁶⁴.

130. Afin d'être applicable, la déclaration doit être faite par acte notarié et doit faire l'objet d'une publication au bureau de la conservation des hypothèques (fichier immobilier) ainsi que d'une mention dans un journal d'annonces légales ou une mention au répertoire des métiers (pour les entreprises de bâtiment)¹⁶⁵. L'absence de cette double publicité ne permet pas à la déclaration de produire ses effets¹⁶⁶. Le cumul des publicités lié à l'immeuble et à la profession de l'entrepreneur est un moyen d'information pour les tiers sans lequel la déclaration leur serait inopposable.

131. Si le régime paraît séduisant, il est également porteur de limites quant à son efficacité¹⁶⁷ et notamment lors d'une procédure collective. Sur ce point si la naissance de la créance a une date antérieure à la déclaration, le liquidateur pourra procéder à la vente des biens contenus dans la déclaration¹⁶⁸. Ce principe¹⁶⁹ a d'ailleurs été rappelé dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix en Provence du 3 décembre 2009 indiquant que « la seule conséquence de la déclaration d'insaisissabilité sera l'affectation du produit de la vente au paiement des seuls créanciers auxquels la déclaration est inopposable »¹⁷⁰. M. Garçon en

¹⁶¹ F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, Domat droit privé, Montchrestien, 10^{ème} éd, p. 150, § 310.

¹⁶² S. Piedelievre, *Déclaration d'insaisissabilité et immeuble*, RD bancaire et fin., 2008, comm. 145.

¹⁶³ L. Grosclaude, *Voyage au centre de la terre. A propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale*, Dr. fam., 2004, chron. 1.

¹⁶⁴ Doc. AN n° 2265, p. 19.

¹⁶⁵ N. Reboul-Maupin, V. Lasbordes de Virville, *Droit commercial*, Vuibert droit, p. 257, § 418.

¹⁶⁶ M. Dagot, *La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel*, JCP N 2004, 1028.

¹⁶⁷ Y. Guilhaudis, J. G. Raffay, *Pratique de la déclaration d'insaisissabilité*, JCP N 2005, 1192.

¹⁶⁸ P. Martin, *Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire*, Proc. 2010, étude 1.

¹⁶⁹ Sur ce point voir également : C. Lebel, *Les effets de la déclaration d'insaisissabilité*, JCP E 2010, 2076.

¹⁷⁰ CA Aix-En-Provence, 3 déc. 2009 : Jurisdata n° 2009-021402 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 140, note C. Lisanti.

déduit que le prix est donc affecté au paiement des seuls créanciers antérieurs à la déclaration et non au paiement de tous les créanciers¹⁷¹.

132. Opérer une telle déclaration est donc une mesure visant à protéger le patrimoine de l'entrepreneur mais entre en contradiction avec les intérêts de l'époux de celui-ci. Cette déclaration est donc plus fragile et moins facile à mettre en œuvre qu'une transformation en société de l'entreprise individuelle. M. Sauvage indique que le régime « profite d'abord à l'entrepreneur et ensuite au conjoint à titre dérivé ». Il ajoute qu'une « telle hiérarchisation des intérêts s'accorde mal avec la communauté de biens des époux »¹⁷². Nous sommes loin des facilités rédactionnelles qu'offrent par exemple les statuts d'une SASU. Mais il est un point sur lequel la déclaration d'insaisissabilité présente moins d'attrait que la mise en société pour optimiser la transmission de l'entreprise. Il s'agit d'un risque accru à la limitation d'offre de crédit et de financement. M. Sander s'en inquiète arguant que les sûretés prises par les établissements bancaires se trouvent réduites et que les sources de crédit de l'entrepreneur individuel n'en viennent à se tarir compte tenu du fait que la résidence principale est souvent un élément conséquent du patrimoine¹⁷³.

133. Ainsi, si ce dispositif est de nature à organiser et à protéger le patrimoine de l'entrepreneur individuel, il n'a pas vocation à préparer, selon nous, efficacement l'entreprise à sa transmission. C'est pour cela que les avantages liés à l'apport d'une entreprise individuelle à une société (B) doivent être étudiés avec attention.

B/ les avantages liés à l'apport d'une entreprise individuelle à une société

134. Nous concentrerons, ici, notre approche sur les avantages juridiques et économiques de la mise en société. Une nouvelle fois le terme « société », dans nos propos, fera strictement écho aux sociétés à risque limité. Dans la pratique, les sociétés les plus couramment rencontrées pour ce type d'opération sont les SARL, les SA et les SAS. Nous excluons donc les sociétés dont le risque est illimité telles les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple beaucoup plus rare.

¹⁷¹ J.-P. Garçon, *La publication d'une déclaration d'insaisissabilité interdit-elle au liquidateur de vendre l'actif concerné ?*, JCP N 2010, 1315.

¹⁷² F. Sauvage, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial*, JCP N 2004, 1120.

¹⁷³ E. Sander, *La déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel et sa publicité au livre foncier*, JCP N 2004, 1002.

135. Cette transformation de l'entreprise emporte également des avantages fiscaux très importants au profit de l'entrepreneur qui souhaite transformer avec l'objectif de transmettre tant pour celui-ci que pour le repreneur lors de sa recherche de financement. Ces avantages fiscaux seront traités dans une deuxième partie spécifique à la fiscalité de la cession pour le cédant et dans la partie ayant trait aux difficultés liées au financement pour le repreneur. Les avantages liés à la fiscalité sont en effet très spécifiques et nécessitent des développements qui sont sans rapport avec la problématique traitée présentement.
136. Sur le plan juridique, le premier avantage de la mise en société de l'entreprise réside dans la séparation du patrimoine du (ou des) dirigeant(s) et de celui de la société. C'est la raison principale qui a poussé, par le passé, un nombre important d'entrepreneurs à transformer leur entreprise individuelle en société. Cette motivation est aujourd'hui battue en brèche par l'uniformisation constante des régimes fiscaux et sociaux des entrepreneurs individuels et des dirigeants de sociétés.
137. En effet, des efforts importants ont été réalisés pour apporter davantage de sécurité juridique et rétablir un certain équilibre entre le statut de l'entrepreneur individuel et celui du dirigeant de société. Dans cette recherche de sécurisation une attention particulière a été apportée au conjoint du chef d'entreprise. De nombreuses évolutions législatives ont permis de protéger celui-ci des risques liés à l'exploitation notamment. Pour autant, selon le Professeur Blary-Clément, ces mesures sont également de nature à bloquer « l'initiative économique, non par manque de d'entrepreneurs, mais faute de crédit pour permettre la concrétisation des projets de création ou de reprise d'entreprise »¹⁷⁴.
138. Sur le terrain des évolutions législatives, soulignons, à titre d'exemple, l'article L 526-1 du Code de commerce qui précise que « 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 l'immeuble où est fixé sa résidence principale [...] »¹⁷⁵.
139. Cette mesure vise à protéger le patrimoine personnel, du dirigeant gommant les aspérités entre le régime de l'entrepreneur individuel et celui du dirigeant de société.

¹⁷⁴ E. Blary-Clément, *De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise*, RJPF, janv. 2006, n° 1, p. 6 et s.

¹⁷⁵ C. com., art L526-1.

140. Cependant, même si l'entrepreneur individuel est de plus en plus protégé, il est contraint à une certaine responsabilité personnelle, notamment quant aux dettes de l'entreprise. Le Professeur Reinhard rappelle à juste titre qu'il « n'existe pas de point de convergence entre la personne physique et la personne morale »¹⁷⁶. Il s'agit donc de deux êtres distincts. La responsabilité personnelle du dirigeant d'une société n'est d'ailleurs pas impossible à mettre en œuvre dans le cas d'une faute séparable de ses fonctions¹⁷⁷.
141. C'est pour cela que l'entrepreneur individuel doit répondre de toutes les dettes contractées tant sur le patrimoine de l'entreprise que sur son patrimoine personnel, à l'exclusion toutefois de sa résidence personnelle qui reste protégée. Nous pouvons estimer qu'il a, dans ce cadre, une responsabilité personnelle liée à la confusion de son patrimoine personnel et du patrimoine de l'entreprise. Le dirigeant est ainsi co-contractant au même titre que l'entreprise elle-même.
142. Le régime est très différent pour les sociétés. La société contracte à son nom (avec sa personnalité morale) sans engager personnellement ses associés. Ceux-ci ne sont concernés qu'à concurrence de leurs apports. Leur responsabilité est donc limitée par le jeu de la forme sociale et des statuts de la société en question.
143. Cette limitation de l'implication personnelle des associés sur leur propre fortune représente un avantage très important dans la mise en société de l'entreprise individuelle. Le patrimoine des associés d'une société est alors protégé efficacement à la différence de celui de l'entrepreneur individuel.
144. De plus, l'apport d'une entreprise individuelle à une société a vocation à assurer un meilleur fonctionnement au quotidien tout en renforçant sa pérennité.
145. Nous pensons naturellement au décès de l'entrepreneur individuel. Sa disparition pose davantage de difficultés que celle d'un associé d'une société quand bien même celui-ci serait gérant d'une SARL ou président d'une SA¹⁷⁸.
146. Enfin, un dernier avantage n'est pas négligeable dans l'opération de mise en société de l'entreprise individuelle. Il se situe plutôt sur un plan stratégique poursuivant un objectif de transmission pour l'entreprise. Il réside dans la possibilité de transmettre de manière

¹⁷⁶ Y. Reinhard, *Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ?*, Droit de la famille, sept. 2012, dossier 9.

¹⁷⁷ Y. Reinhard, comm. sous Cass. com., 20 mai 2003, RTD com., juill. Sept. 2003, p. 523 et s.

¹⁷⁸ cf. *Supra*.

progressive en segmentant l'entreprise par des cessions de parts sociales alors même que cette technique est impossible dans la cession d'une entreprise individuelle.

147. La cession ou la transmission pourra être « progressive »¹⁷⁹ si elle est en société alors qu'elle sera qualifiée « d'impartageable » en entreprise individuelle.
148. Incontestablement, la forme de l'entreprise joue donc un rôle capital dans la mise en place de la stratégie de transmission abordée par l'entrepreneur. Celui-ci aura la possibilité de transmettre en douceur, à plusieurs repreneurs, ou encore seulement certaines activités de l'entreprise en scindant ces dernières.
149. Notre pratique nous a permis d'approcher un cas mettant en avant cette technique.
150. Il s'agissait d'une entreprise de plomberie chauffage dont le dirigeant partait en retraite. L'entreprise dans son ensemble se trouvait divisée en deux départements : d'une part l'activité plomberie chauffage dite « traditionnelle » et d'autre part l'activité naissante, en développement, que sont les énergies renouvelables.
151. Le dirigeant souhaitait transmettre l'entreprise à son fils qui travaillait à ses côtés mais seulement le département spécifique des énergies renouvelables et non la totalité de l'entreprise. Ce dernier le dirigeait et en avait même été le moteur lors de son lancement.
152. Le fils avait un frère et une sœur qui ne travaillaient pas dans le domaine du Bâtiment et ne souhaitaient pas reprendre.
153. Un audit a été lancé afin de valoriser l'entreprise dans son ensemble mais en distinguant les deux départements précités. Il a donc été possible, après la recherche d'un repreneur capable de travailler en harmonie avec le fils, de réaliser une cession partielle des parts sociales correspondant au département plomberie chauffage. Le fils conservant la direction du département énergies renouvelables via une donation par le dirigeant des parts sociales restantes.
154. La difficulté de ce dossier était double. Tout d'abord, il fallait faire admettre que l'entreprise pouvait être cédée en partie par le jeu d'une cession partielle des parts sociales de l'entreprise. Ensuite, il était indispensable que le fils et le nouveau repreneur aient suffisamment d'affinités pour être associé et diriger au quotidien l'entreprise, les deux départements étant très liés.

¹⁷⁹ B. Monassier, *op. cit.*, p. 52, §1023.

155. Le frère et la sœur ont été désintéressés de l'opération par le dirigeant qui leur a versé le fruit de la cession des parts créant ainsi un équilibre entre les enfants. En effet, le département plomberie chauffage, historique, représentait, en valeur, les deux tiers de l'entreprise.
156. Mais le dirigeant aurait également pu souhaiter tirer un revenu de la cession de son entreprise pour sa retraite par exemple. Dans ce cas, la même opération aurait pu être envisagée mais à deux conditions. D'une part, le fruit de la cession du département plomberie chauffage n'aurait pas été distribué au frère et la sœur et d'autre part, le fils repreneur n'aurait pas reçu les parts sociales en donation mais aurait réalisé une cession avec le dirigeant.
157. Ce cas de figure se rencontre de plus en plus fréquemment en pratique. La baisse des revenus des futurs retraités est souvent mise en avant pour justifier une situation qui peut être mal perçue dans certains environnements familiaux. La stratégie de transmission doit donc être doublement expliquée privilégiant une transition en douceur sans déséquilibrer les quote parts des futurs ayants droits des parents.
158. Ce cas pratique permet de voir, par l'exemple, que la mise en société de l'entreprise à transmettre est un préalable utile avant la transmission. Cependant, il faut également rappeler que lorsque l'on parle de cession de société, cela induit un rachat des droits sociaux de l'entreprise. Or, la pratique impose, dans le cadre d'une telle cession, la négociation d'une garantie d'actif et de passif (§2) laquelle peut s'avérer difficile en ce qu'elle constitue une convention entre un cédant et un cessionnaire ayant des intérêts divergents.

§ 2 : la négociation d'une garantie d'actif et de passif

159. Le rachat d'une cible par la cession de droits sociaux implique, pour le cessionnaire, une reprise de l'actif et du passif de l'entreprise. Ce dernier doit donc se garantir de la réalité et de la consistance de la chose acquise. Souvent adossé à une dette senior logée dans la holding de reprise, le cessionnaire a en effet réalisé un bilan prévisionnel d'exploitation en rapport avec les données financières fournies par le cédant. Dans le

cadre de la vente d'une chose, des garanties sont accordées à l'acheteur¹⁸⁰. Pour autant, la pratique a fait naître un principe de garantie d'actif et de passif (A) visant à protéger le cessionnaire au-delà des textes adoptés par le législateur. Il s'agit donc d'une convention entre les parties à la cession qui doit, pour être optimisée, adaptée au monde du bâtiment (B).

A/ Le principe de la garantie d'actif et de passif

160. La cession de titres sociaux ou d'actions a pour conséquence la prise de contrôle de l'entreprise. Elle n'est par ailleurs pas soumise à « un régime juridique particulier »¹⁸¹. Concernant les garanties se rattachant à l'opération, il conviendra donc de se reporter au droit des obligations et aux règles régissant un contrat de vente classique afin de déterminer quelles sont les garanties légales applicables à une telle opération¹⁸² avant de voir quels outils juridiques ont été imaginés par les praticiens afin de renforcer ou de pallier à l'insuffisance de ces garanties légales (1°) : ce sont les garanties d'actif et de passif (2°).

1° l'insuffisance des garanties légales

161. Concernant les garanties liées au régime général des obligations, comme tout contrat, la cession d'actions ou de parts sociales doit répondre aux exigences de conditions de fond de formation d'un contrat.

162. Ainsi « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention »¹⁸³. Ces quatre conditions légales sont le consentement et la capacité des cocontractants, l'objet qui doit être certain et licite et sa cause qui est la justification¹⁸⁴ de l'engagement. Force est de constater que ces quatre conditions de fond seront, de manière quasi systématique, respectées dans le cadre d'acte de cession de titres sociaux. La cause, le consentement et

¹⁸⁰ Les exemples les plus concrets figurent en bonne place dans le code de la consommation : art. L 211-1 à L 212-1.

¹⁸¹ A. Couret, B. Mercadala, Memento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2007, p.238, n° 2961.

¹⁸² M. Cozian, *Droit des Sociétés*, 18ème éd, Litec, p.314, n°704.

¹⁸³ C. civ., art. 1108 : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

¹⁸⁴ P. Delebecque, F-J. Pansier, *Droit des obligations, contrat et quasi contrat*, 2^{ème} éd, p.37, n° 58.

la capacité des cocontractants sont des éléments déterminants qui attireront l'attention des praticiens sans remettre en cause de manière profonde la cession.

163. Toutefois, sur ce terrain du droit des obligations, l'objet mérite quelques développements. Celui-ci doit remplir quatre conditions pour ne pas risquer la nullité du contrat. Il convient d'aborder ces quatre conditions sur le plan de la cession de titres sociaux tant il possède des caractéristiques particulières.

164. Tout d'abord, les titres devront exister au moment de la cession et ce même si en théorie, une chose future peut être l'objet d'une obligation¹⁸⁵. Dans le cas d'une cession de titres sociaux, les titres devront exister parce que leur nature, leur valeur et ce qu'ils représentent ne peut être « conçue » a posteriori. Une cession de titres constitue une vente mais s'ils n'existaient pas avant l'acte, celle-ci porterait donc sur une chose future. Or dans ce type d'acte, les cocontractants se sont obligés en visant les titres objet du contrat et seulement ceux-ci. Ils représentent le patrimoine d'une société, laquelle a fait l'objet d'audits et d'études préalablement à l'acte. L'objet de l'obligation existera donc et sera bien présent à l'acte, son absence étant « suffisamment évidente pour écarter la conclusion du contrat »¹⁸⁶

165. La détermination de l'objet est tout aussi importante puisque le « contrat n'est valable que si la chose qui est l'objet de l'obligation est déterminée »¹⁸⁷. La détermination de l'objet est une notion croisée avec l'existence de l'objet, mais concerne davantage la chose qui sera objet du contrat. Ainsi pour une cession de titres, la chose sera, bien sûr, les titres objet du contrat. L'acte de cession comportera donc deux obligations à la charge du cédant et du cessionnaire. Le cédant s'obligera à transférer la propriété des titres au cessionnaire, et en contrepartie, ce dernier s'engagera à payer le prix convenu. Ce prix devra être déterminé ou au moins déterminable. Dans la pratique, il faut noter que le prix de cession est quasiment toujours déterminé ainsi que ses « accessoires ». On entend par accessoires, les négociations intervenues entre le cédant et le cessionnaire tel, le prix rémunérant l'accompagnement du cédant, la variation du prix (à la hausse ou à la baisse),

¹⁸⁵ C. civ., art. 1130 : « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ».

¹⁸⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^{ème} éd, LGDJ, p.658, n°682.

¹⁸⁷ P. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, 2004, Defrénois, p.278, n°599.

l'insertion d'une clause de variation de prix liée aux résultats futurs, le montant de la garantie de passif et l'éventuelle ventilation du paiement du prix.

166. Enfin, l'objet doit être possible et licite. Par possible, on entend que l'obligation doit pouvoir être exécutée. Les cocontractants doivent pouvoir matériellement et juridiquement exécuter leur obligation respective¹⁸⁸. En l'espèce, l'acte de cession de parts ou d'actions aura, en tout état de cause, un objet possible tant sur le plan matériel que sur le plan juridique. Sur le plan matériel, d'abord, le cédant transférera la chose (les parts ou actions) au cessionnaire ou plus exactement il opérera un transfert de propriété au profit de ce dernier. Les titres sociaux sont des biens immatériels en ce qu'ils ne sont pas « palpables ». C'est donc logiquement que l'on préférera la qualification de transfert de propriété plutôt que celle de la délivrance de la chose. Nous sommes en effet loin du cadre classique d'un contrat de vente à effet simultané avec délivrance de la chose contre paiement du prix. En contrepartie de ce transfert, le cessionnaire versera le prix correspondant. L'objet est donc possible sur le plan matériel.

167. Ensuite, il faut s'assurer qu'il n'y a pas d'empêchement sur le plan juridique. Ainsi, un cédant ne pourra pas transférer des titres sur lesquels il n'aura pas les droits requis et un cessionnaire ne pourra verser une somme en contrepartie ne lui appartenant pas¹⁸⁹. Par exemple, l'objet sera impossible en cas de vente d'un bien n'appartenant pas au cédant, ou plus exactement, en cas de désaccord avec l'ensemble des associés de la société visée par la cession. En pratique, l'accord aura été recueilli avant d'arriver à la signature de l'acte, par le jeu d'une assemblée générale des associés, et les éventuels points de blocage auront été levés pendant la négociation. La question de l'associé minoritaire n'étant pas intéressé aux échanges entre cessionnaire et cédant devra donc faire l'objet d'une attention toute particulière. En conséquence, la nullité du contrat pour impossibilité, sous couvert de respecter ces différentes étapes, reste donc très rare.

168. Quant à la licéité de l'objet, il faut souligner que les droits cédés doivent « être relatifs à une société ayant une activité licite »¹⁹⁰. Les actes de cessions de titres dont l'activité de la société porterait sur des choses hors commerce seront donc dépourvus de la condition

¹⁸⁸ B. Stark, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil, les obligations*, 2. *Contrat*, sixième éd, Litec, p.222, n°608.

¹⁸⁹ B. Stark, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil, les obligations*, 2. *Contrat*, sixième éd, Litec, p.222, n°613.

¹⁹⁰ P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles édts fiduciaires, 1992, p. 45, n°54.

de licéité de l'objet¹⁹¹. Notre expérience à la Fédération française du Bâtiment ne nous a, à aucun moment, mis devant une telle situation, les activités des entreprises de bâtiment ayant toutes un objet licite. Ainsi pour le cessionnaire l'objet de l'obligation n'est pas de nature à la protéger contre le cédant puisque nous venons de voir que la sanction systématique du non-respect de ces conditions était la nullité du contrat. Or le cessionnaire poursuit un objectif de protection vis-à-vis de son cocontractant et non pas d'annulation du contrat dans lequel il retire un avantage.

169. Outre ces quatre conditions il faut respecter le texte de l'article 6 du code civil¹⁹². L'acte de cession de parts sociales ou d'actions ne devra donc pas être contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs¹⁹³. Cette disposition, sera, dans son ensemble, respectée dans la matière qui nous occupe. En effet, au cours de notre expérience à la Fédération Française du Bâtiment Rhône-Alpes, les actes qui nous ont été soumis ne revêtaient jamais des éléments contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Cependant nous pouvons nous interroger lors de transmission d'entreprises accompagnées de cession de contrats commerciaux importants. Il peut y avoir dans ces actes une dérégulation du marché économique par une concentration trop importante entre les mains d'une seule entité de ce que nous pourrions qualifier de « monopole » de marché. Par exemple, dans le secteur du bâtiment, les marchés publics occupent une place très importante, notamment pour la construction d'ouvrages publics ou d'infrastructures. Aussi, quelle sera la conséquence d'importantes opérations de croissances externes menées par une seule entreprise qui se verra ainsi dotée, par ces dernières, de moyens humains et matériels la rendant seule capable de répondre à certaines offres de marchés publics ? Ces opérations, peuvent avoir pour conséquence de développer des contrats de sous-traitance pour les entreprises n'ayant pas répondu à l'offre sans réel équilibre contractuel. L'article 6 du code civil place comme matière d'ordre public la liberté du travail¹⁹⁴, celle-ci n'est-elle pas mise à mal pour les petites entreprises dans ces cas-là ? Même si cette situation d'un point de vue économique peut soulever des interrogations, il faut souligner que le contenu de l'article 6 du code civil est une « notion cadre

¹⁹¹ Il en va ainsi du corps humain ou du domaine public par exemple.

¹⁹² C. civ., art. 6 : « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁹³ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, les obligations*, 1. L'acte juridique, 10^{ème} éd, Armand Colin, p.83, n°121.

¹⁹⁴ C. civ., sous art. 6, note n°10.

intentionnellement vague »¹⁹⁵. La difficulté sera de déterminer si les actes visés sont de nature à bouleverser les principes fondamentaux de notre ordre social. Ces principes peuvent comprendre un ensemble de valeurs, de liens qui unissent des individus dans une nation autour de la même identité. Enfin, il faut préciser que « l'ordre public économique »¹⁹⁶ prend une place de plus en plus importante aux yeux de nos concitoyens. Ces garanties légales basées sur la validité du contrat de cession, sont, de toute évidence, bien difficiles à mettre en œuvre pour le cessionnaire. Dans la plupart des cas et au vu de la nature du contrat, les conditions de fonds de formation d'un contrat seront difficilement contestables. Il en est de même pour les exigences de l'article 6 du code civil. Un cessionnaire aura en effet bien du mal à obtenir la nullité de son acte de cession au motif qu'il est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Nous sommes donc amenés à nous intéresser aux garanties liées à la nature même du contrat visé. L'acte de cession de titres sociaux constitue, par sa nature, un contrat de vente. En cela le cessionnaire sera protégé par les garanties légales liées au régime du droit de la vente. Ces garanties dues par le vendeur de la chose sont de deux ordres : une garantie d'éviction et une garantie contre les vices cachés. Ces garanties, édictées par le code civil¹⁹⁷ conduisent à sécuriser l'acte de vente. Ainsi, « la garantie contre l'éviction protège l'acheteur principalement contre les « défauts » du droit qu'il a acquis, tandis que la garantie contre les vices cachés le protège contre les défauts de la chose »¹⁹⁸. Ces garanties ont donc un rôle protecteur pour le cessionnaire d'entreprise. Or, compte tenu de la nature des biens acquis (des droits sociaux), celles-ci ont un effet limité et peuvent même être qualifiées d'insuffisantes¹⁹⁹.

Les garanties légales jouent donc un rôle protecteur pour les contractants et à fortiori pour le cessionnaire mais de manière minime. C'est pourquoi les praticiens ont imaginé des garanties spécifiques pour les cessions de droits sociaux usuellement dénommées garanties d'actif et de passif (2°).

¹⁹⁵ G. Cornu, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 11^{ème} éd, Montchrestien, p.147, n°339.

¹⁹⁶ Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil, première année*, 14^{ème} éd, Armand Colin, p.23, n°40.

¹⁹⁷ C. civ., art. 1625 : « la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ».

¹⁹⁸ F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd, p. 232, § 246.

¹⁹⁹ Voir à titre d'exemple : J. Paillusseau, *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle*, JCP G, n° 13, 28 mars 2007, I 136 ; J. Poustis, J.-L. Monnot, *La garantie dans la cession de droits sociaux*, JCP E, 1985, II, 14464 ; E. du Pontavice, note sous Cass. com. 3 avril 1979 : Rev. jurisp. com. 1980, p. 723 et s. ; A. Viandier, *Le cessionnaire déçu*, Rev. fr. comptabilité, févr. 1980, p. 90 ; Y. Reinhard, B. Petit, *Sociétés par actions*, RTD com, avr.-juin 1996, p. 294 et s.

2° les garanties d'actif et de passif

170. Relativement anciennes, les conventions de garanties apparaissent pour la première fois en France dans une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 22 mars 1965²⁰⁰. Elles ont, depuis, beaucoup évolué prenant en compte l'évolution des rapports économiques et financiers, l'accroissement de notre législation et les stratégies de développement des entreprises. Leur rôle est de renforcer les garanties légales jugées insuffisantes par le jeu d'une garantie spécifique au plus près des caractéristiques de l'entreprise reprise. Elle est donc octroyée par le cédant au profit du cessionnaire.
171. Ainsi, la quasi-totalité des transmissions d'entreprise sont aujourd'hui réalisées avec l'appui d'une garantie d'actif et de passif. Si Me Marcheteau souligne à juste titre que les acteurs de la transmission ont développé des « audits vendeurs », « compensant en partie une tendance à l'allègement, voire à la disparition des garanties d'actif et de passif »²⁰¹, les récentes évolutions démontrent que le souci de sécurisation des opérations a pour conséquence « le retour à des garanties d'actif et de passif plus lourde »²⁰². Il convient de rappeler que les garanties d'actif et de passif concernent seulement les cessions de contrôle d'entreprise par transmissions des actions ou des parts sociales. En effet, une transmission d'entreprise par la cession d'un fonds de commerce ne nécessite pas une garantie de passif, le cessionnaire ne reprenant dans ce cas que les actifs. En effet il est admis que « dans la cession d'un fonds de commerce, le passif antérieur à la cession reste à la charge du cédant sauf clause contraire »²⁰³ alors que dans la cession de droits sociaux « c'est la cessionnaire qui en supportera la charge dans la proportion des droits sociaux acquis »²⁰⁴.
172. Revêtant une importance de choix, une attention toute particulière est accordée à ces garanties conventionnelles de la part des praticiens. Le praticien a même l'obligation d'informer son client sur ce point. Cependant, la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 juillet 2001²⁰⁵, en sa chambre commerciale, a précisé que la responsabilité du conseil est écartée si l'information a été donnée au cessionnaire peu importe que la garantie n'est pas

²⁰⁰ A. Viandier, *Arbitrage et garanties de passif*, Revue de l'arbitrage, 1994, n° 3, p.439.

²⁰¹ D. Marcheteau, *L'actualité juridique et fiscale des LBO*, Dr. sociétés, n° 4, avril 2008, alerte 17.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ P. Malaurie, L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Defrenois, 2004, p.219, n° 304.

²⁰⁴ M. Cozian, *Droit des Sociétés*, 18ème éd, Litec, p.314, n°704.

²⁰⁵ Cass. com., 17 juillet 2001, Bulletin Joly Sociétés, décembre 2001, p.1250.

été signée dans l'acte définitif. Le fait de l'avoir indiqué dans l'acte suffit au praticien pour remplir son obligation de conseil. Ainsi au-delà de cet arrêt, c'est l'ensemble des transmissions d'entreprises qui sont concernées par ce que nous pourrions appeler une remise en cause de la confiance accordée aux conseils. Ces conseils (avocats, experts comptables, notaires ou consultants) se trouvent confrontés à une augmentation de la mise en jeu de leur responsabilité professionnelle dans le cadre d'opérations de cessions de contrôle d'entreprise. Cette tendance démontre, s'il en était besoin, que la transmission de l'entreprise est l'acte le plus important de toute la vie sociale de l'entreprise tout comme l'était la création de celle-ci. C'est pourquoi les praticiens constitue un véritable « Security package » dans lequel la garantie d'actif et de passif devient une sûreté au profit du cessionnaire²⁰⁶. Ainsi, la garantie d'actif et de passif « assure et garantie à l'acheteur l'authenticité des éléments comptables qui ont permis de valoriser la société cible lors des négociations »²⁰⁷.

173. Mais comment s'articule ces garanties ? Sommes-nous entrés dans la quatrième génération des conventions de garanties ? Le Professeur Alain Viandier retrace en effet plusieurs générations de garanties qui se sont succédées²⁰⁸. Poursuivant une volonté de protection pour le cessionnaire et s'adaptant aux montages juridiques et à la vie sociale de l'entreprise, l'auteur souligne l'importance du recours à l'arbitrage avant tout contentieux judiciaire.

174. Il convient d'indiquer que deux grands types de garanties de passif cohabitent : la garantie de valeur et la garantie de reconstitution de patrimoine²⁰⁹.

175. En premier lieu, la garantie de reconstitution est une obligation dont le cédant est le débiteur au profit de la société cédée qui elle-même créancière du cédant. La caractéristique de cette garantie réside dans son montant qui est en principe illimité et peut donc excéder le prix de cession de l'entreprise²¹⁰. Ce fondement est justifié dans la mesure où la garantie de reconstitution vise à imposer au cédant de « rétablir le bilan de la société dans son état au jour de la cession de contrôle »²¹¹

²⁰⁶ R. Allouche, R. Richard, *Financement structurés et financements d'acquisitions d'entreprise, Les garanties dans les financements à effet de levier*, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2008, dossier 21.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ A. Viandier, *Arbitrage et garanties de passif*, Revue de l'arbitrage, n°3, 1994, p.439.

²⁰⁹ Corrigé d'examen professionnel, JCP N, n° 35, 2 sept. 2005, p.1405.

²¹⁰ Sur ce point, V. Y. Reinhard, comm. sous Cass. com., 18 déc. 2001, RTD com, juill. Sept. 2002, p. 492 et s.

²¹¹ H. Hovasse, *Quelques nouveautés sur la cession de contrôle*, LPA, n° 139, 12 juillet 2002, p.60.

176. En second lieu, la garantie de valeur ou de révision de prix vise à prendre en compte la « dépréciation des droits sociaux »²¹² en raison des événements qui affectent la société. Ce type de garantie vise à protéger l'investissement du cessionnaire davantage que la société elle-même. En effet, L'expression « dépréciation des droits sociaux » induit l'idée de retour sur investissement pour le cessionnaire qui peut-être, outre un entrepreneur, un financier qui a, dans la grande majorité des cas, investi à titre personnel des fonds. Le repreneur qui court le risque de la réussite entrepreneuriale lors de sa reprise souhaite être garanti auprès du cédant contre une perte de la valeur de son investissement.
177. Les différentes définitions que nous venons d'aborder ne doivent pas être dissociées de questions liées à la détermination du bénéficiaire des clauses ou encore à l'intérêt à agir²¹³. Ces éléments conduisent à nous interroger afin de savoir dans quelle mesure la qualification juridique de la clause va déterminer son bénéficiaire ? Quelles sont les précautions à prendre en compte vis-à-vis des associés s'ils ne sont pas tous partis à l'acte de cession ? La réponse à ces interrogations trouvera un écho particulier dans le cas de cessions intervenues dans des groupes de société ou ayant bénéficié de restructurations d'entreprise. Ainsi, par exemple, dans le cas d'une fusion absorption, la conséquence directe est la perte du bénéfice de la garantie d'actif et de passif liée à la perte de la qualité d'actionnaire de la société cédée. C'est le sens de la décision de la Cour de Cassation dans un arrêt du 9 juin 2009²¹⁴, fortement critiqué par le Professeur Paclot qui estime que cet « arrêt contribue à l'angoisse de ceux pour qui le droit est une chose sérieuse »²¹⁵ évoquant même son souhait que cet arrêt ne fut qu'un « accident ». Dans une certaine mesure, nous rejoignons l'analyse du Professeur Paclot car une garantie d'actif et de passif n'a de sens qu'en présence du rachat de droits sociaux induisant, en pratique, la constitution d'une société holding et donc la naissance d'un embryon de groupe. Or, le développement futur de ce groupe nécessite des opérations de restructurations et probablement des fusions absorptions ou encore des apports partiels d'actif. Si la seule présence de la garantie d'actif et de passif freine le cessionnaire dans son plan de développement, il aura peut-être intérêt à opérer un bilan coût avantage et ne pas la négocier avec le cédant conservant ainsi ses possibilités de croissance intactes. Cependant,

²¹² *Idem.*

²¹³ Y. Reinhard, comm. sous CA Paris, 12 oct. 2001, RTD com, juill. Sept. 2002, p. 494.

²¹⁴ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-15.213, F D, B. c/ SA Le Carbone-Lorraine : Jurisdata n° 2009-048752.

²¹⁵ Y. Paclot, *Garantie de passif et fusion-absorption*, JCP E, n° 8, 25 févr. 2010, 1199.

la cour administrative d'appel de Versailles, dans un arrêt récent du 14 juin 2011²¹⁶ retient que la garantie d'actif et de passif n'a pas vocation à jouer pour des cessions intervenues au sein d'un même groupe de sociétés²¹⁷. Cette décision, d'une juridiction administrative, impliquant des opérations intra-groupe nous semble logique pour une cession réalisée par une société détenant la cible à 100%. La garantie d'actif et de passif doit effet garantir le cessionnaire contre des évènements dont il n'aurait pas eu connaissance avant la cession, or dans ce cadre, comment invoquer des éléments que le cessionnaire ignore dès lors qu'il détenait avant l'opération la cible en question.

178. Ainsi, les garanties d'actif et de passif protègent efficacement l'acquisition du cessionnaire en supplantant les garanties légales dont l'efficacité, dans une cession de droits sociaux, est limitée. Mais ces garanties doivent s'adapter aux caractéristiques de la cible reprise ce qui implique d'aborder la garantie d'actif et de passif dans le bâtiment (B).

B/ La garantie d'actif et de passif dans le bâtiment

179. La garantie d'actif et de passif a donc pour objectif de protéger le cessionnaire lors de l'acquisition de l'entreprise. Par sa nature, c'est une convention particulière obéissant à des règles strictes. Non régi par des textes, son domaine d'application est celui du contrat établi entre les parties mais elle demeure un acte particulier en ce que, selon nous, elle « laisse un fil à la patte du cédant ». Le cédant n'est en effet pas totalement libéré pendant toute la période de la garantie. Elle reste ainsi attachée à l'acte de cession, le Professeur Mortier expliquant que « la clause de garantie de passif n'est au fond rien d'autre qu'une clause de l'acte de cession à laquelle, pour reprendre l'expression des Hauts Magistrats, elle s'intègre »²¹⁸. C'est d'ailleurs sur ce même fondement que la Cour de Cassation s'est appuyée, à l'occasion d'un arrêt du 20 septembre 2012²¹⁹ pour écarter tout d'abord l'application de l'article 1326 du code civil portant sur l'engagement unilatéral puis pour écarter également et par extension celui de l'article 1415 engageant les biens communs

²¹⁶ CAA Versailles, 3^e ch., 14 juin 2011, n° 09VE02873, France Telecom.

²¹⁷ C. Acard, *Fiscalité financière, La succession d'opération est-elle susceptible de constituer un abus de droit au motif qu'elle constituerait une cession directe de titres ?*, Dr. fisc., n° 5, 2 févr. 2012, 122.

²¹⁸ R. Mortier, *La garantie de passif n'est pas régie par les articles 1326 et 1415 du code civil*, JCP E, n° 49, 6 déc. 2012, 1734.

²¹⁹ Cass. civ., 1^{er}, 20 sept. 2012, n° 11-13.144, F-D, A. c/ Sté Amidis et Cie : Jurisdata n° 2012-020927.

des époux. La garantie d'actif et de passif forme donc un tout et ne saurait « être isolé de l'acte de cession avec lequel elle fait corps »²²⁰.

180. Cette garantie d'actif et de passif requiert donc la même attention que l'acte de cession lui-même. Les rédacteurs doivent donc faire diligence notamment sur le terrain du devoir de conseil. Un arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 1999²²¹ a précisé que dans ce domaine, leur responsabilité était étendue conférant, selon nous, un statut à part à la garantie d'actif et de passif. Dans cette affaire, la garantie avait comme champ d'application la société et non les actionnaires précédents. La cour suprême explique que les rédacteurs engagent leur responsabilité envers toutes les parties et pas seulement envers celle par qui la mission a été confiée au conseil. La responsabilité est donc double, à la fois sur le terrain de la responsabilité contractuelle concernant la partie qui a confié la mission et sur le terrain délictuelle à l'égard des dommages causés à des tiers.

181. Le fonctionnement de la garantie s'appuie donc sur une démarche active des parties qui diligentent un conseil mais aussi, pour le cédant, sur les déclarations qu'il peut être amené à faire lors de la conclusion de cette convention. Dans le bâtiment, les déclarations du cédant ont une importance toute particulière dans la mesure où le cessionnaire ne peut s'appuyer, le plus souvent, sur des éléments clairs de production et de marchés. Dans l'industrie, il est aisé de calculer un nombre de pièces produites sur une chaîne de montage et d'assemblage et de déduire un ratio de productivité par salarié et un prix de vente du bien ainsi vendu. Dans le bâtiment, la main d'œuvre prédomine et les aléas chantiers sont fréquents. Comment estimer le temps que les ouvriers devront prendre sur un chantier vendu à un prix donné ? Comment évaluer la quantité exacte de matières premières nécessaire à un chantier lorsqu'il arrive régulièrement, et selon les équipes de pose, que des matières sont inutilisées, mises en décharge ou volées ? Ces questions peuvent sembler secondaires mais sont pourtant essentielles dans la valeur de l'entreprise et dans son potentiel de développement puisque ce sont ces questions qui vont améliorer la marge de l'entreprise, son résultat et donc sa capacité d'autofinancement. Plusieurs points devront être abordés sur le chapitre des déclarations du cédant dans le bâtiment.

²²⁰ R. Mortier, *La garantie de passif n'est pas régie par les articles 1326 et 1415 du code civil*, JCP E, n° 49, 6 déc. 2012, 1734.

²²¹ Cass. com, 16 nov. 1999, n° 97-14.280 : Jurisdata n° 1999-004114.

182. Tout d'abord, il devra faire un point précis des chantiers en cours, de leur état d'avancement et des éventuelles difficultés rencontrées. Le risque le plus évident pour l'acquéreur est la survalorisation de l'avancement d'un chantier pouvant être comptabilisé en cours de production améliorant artificiellement l'actif de l'entreprise tout en bonifiant la rentabilité et justifiant ainsi le prix de cession. Il convient donc de prévoir que le cessionnaire, avant la signature de l'acte définitif, opère ce que l'on appelle « les visites de chantiers » afin de constater par lui-même de l'avancé de ces derniers et en déduire la facturation correspondante par rapport au marché initial.
183. Ensuite, la garantie décennale devra être analysée en ce que les litiges en cours seront exposés au cessionnaire. Cette déclaration spécifique sur les litiges en cours dédouane-t-elle pour autant le cédant d'une éventuelle activation de la garantie par le cessionnaire sur ces mêmes litiges ? La question est loin d'être tranchée avec force par la jurisprudence, des décisions contradictoires ayant été rendues.
184. La Cour de Cassation s'est ainsi prononcée en faveur d'une application stricte de la garantie²²² rejetant les déclarations du cédant comme exonératoires pour ce dernier en se fondant sur l'article 1134 du code civil²²³ et l'autonomie de la volonté et la force de loi de la convention entre les parties. La Cour a également eu l'occasion de souligner qu'il importait peu que le cessionnaire ait dirigé l'entreprise reprise induisant une parfaite connaissance de la cible indiquant que les vendeurs connaissaient aussi bien la situation que l'acquéreur²²⁴. Toutefois, la Haute Juridiction a aussi pris des décisions en sens inverse. Ainsi, dans un arrêt récent du 11 octobre 2005, la Cour de Cassation a décidé « qu'en relevant que les difficultés existantes quant à l'augmentation du passif ou la diminution d'actif de la société étaient connues du cessionnaire et qu'elles ont été prises en compte lors de la fixation du prix de cession, la Cour d'Appel a pu statuer comme elle a fait, peu important que les pertes imputées à la société n'aient pas été correctement provisionnées de façon comptable »²²⁵. Enfin, une cour d'appel a rejeté une demande en garantie de l'acquéreur invoquant sa qualité de dirigeant de la société mère de la société vendue soulignant « qu'il ne pouvait ignorer la réalisation du vaste programme

²²² Cass. Com., 1er avril 2003, RJDA 11/2003, n° 1079.

²²³ C. civ., art. 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

²²⁴ Cass. com., 18 nov. 1997, Bull. Joly 1998, p. 107.

²²⁵ Cass. com., 11 oct. 2005, RJDA 2/2006, n° 145.

d'investissement »²²⁶. Cette incertitude fait dire à Me de Girard et à Me Pascaud que l'arrêt de 2005 pourrait être la tendance jurisprudentielle à retenir. Cela reviendrait à considérer que « l'acquéreur ne peut mettre en jeu la garantie sur un passif non occulte »²²⁷. Les auteurs ajoutent qu'il est malgré tout plus sécurisant sur un plan juridique de ne pas s'en remettre à la décision du juge sur un point aussi peu tranché. C'est pourquoi, ils préconisent d'annexer l'ensemble des documents consultés par le cessionnaire lors de l'audit d'acquisition et incitent le vendeur à exiger que « l'acquéreur déclare expressément dans le contrat qu'il n'a pas connaissance d'un fait susceptible de l'amener à mettre en jeu la garantie »²²⁸. Toutefois, cette négociation s'avère périlleuse puisque de son côté, l'acquéreur pourrait alors demander que le contrat prévoit que ses investigations préalables n'affectent pas l'applicabilité des déclarations de garanties. Confirmant la tendance de cette jurisprudence et de la nécessité d'inscrire dans le contrat des clauses claires, la Cour de Cassation a rendu un arrêt le 2 février 2010²²⁹ à propos duquel Me Léobon, dans son commentaire, affirme que la cour reconnaît « à la partie déclarative des conventions de garanties, c'est-à-dire aux déclarations de conformité, une véritable autonomie juridique » comportant toutefois des limites²³⁰. Ces limites pourront trouver leur source dans la rédaction des clauses introduisant une certaine subjectivité, une limitation claire et express sur un point donné (une machine précise par exemple).

185. Enfin, un point reste délicat lors des déclarations du cédant, c'est celui du carnet de commandes. Cet indicateur permet au cessionnaire de juger de la force de pénétration de l'entreprise sur son marché et de valoriser une tendance de croissance. Le carnet de commande est donc un indicateur permettant de présenter les performances de l'entreprise et de réaffirmer son juste prix de cession. Pour autant, certains cédants peuvent être tentés de « remplir » leur carnet de commande avec des marchés qu'ils n'auraient pas signés s'ils avaient poursuivis leur activité soit parce que ceux-ci sont conclus à des prix faiblement pratiqués soit parce que le maître d'ouvrage n'apporte pas de garantie de paiement. C'est pourquoi, certains cessionnaires souhaitent se garantir contre ce risque. Il nous semble qu'ils n'ont pas d'autre choix que l'aménagement conventionnel de la garantie pour y

²²⁶ CA Paris, 25^{ème} ch., 22 déc. 2000, pourvoi n° 98-13.414.

²²⁷ P.-M. de Girard, C.-A. Pascaud, *Garanties de passif : un passif connu de l'acquéreur peut-il faire l'objet d'un appel en garantie ?*, LPA, 25 mai 2007, n° 105, p. 7 et s.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ Cass. com., 2 févr. 2010, n° 09-11.064, F P+B, SAS Geminex-Général d'Import-export : Jurisdata n° 2010-051502.

²³⁰ T. Léobon, *La partie déclarative des conventions de garanties de passif*, JCP E, n° 16, 22 avril 2010, comm. 1391.

parvenir. A titre d'exemple voici une clause que nous avons été amené à rédiger au profit du bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif : « les chantiers et marchés de travaux signés pendant cette période relèvent de taux de marge identiques à ceux pratiqués dans le passé par le cédant et sont jugés être à des niveaux satisfaisants ».

186. Ainsi, ces déclarations doivent être rédigées avec soin et feront l'objet de négociations difficiles tant les intérêts des parties sont divergents. Le risque pour le cédant est donc de voir la garantie mise en œuvre par le cessionnaire et une condamnation par le cédant à une somme visant à réparer le dommage. Mais il convient de rappeler que le montant d'indemnité qui peut être versé dans cette hypothèse reste limité. Cette question ne doit pas être traitée avec légèreté. Il n'est pas aussi automatique que le montant de la garantie d'actif et de passif soit limité à un seuil au-delà duquel le cédant serait à l'abri de recours exercés par le cessionnaire. C'est la distinction entre garantie de reconstitution et garantie de valeur qui résout le plus efficacement le litige²³¹. Dans la première hypothèse, le cédant serait tenu indéfiniment jusqu'au rétablissement de la situation antérieure à la cession vis à vis du cessionnaire. Dans l'autre cas, comme le souligne très justement le Professeur Hovasse, « il est raisonnable d'admettre, en principe, que la garantie de valeur soit limitée au montant du prix de cession, puisque l'objet même de la garantie est la valeur des droits sociaux cédés »²³². La Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens en 2001²³³, avant que la cour d'appel de Paris²³⁴ adopte la même position.

187. En pratique et afin d'éviter que le juge interprète la convention, les praticiens insèrent une clause dite « de plafond » correspondant à un montant au-delà duquel le cessionnaire ne peut exiger davantage du cédant. Nous nous proposons d'illustrer notre propos avec des clauses que nous avons eu l'occasion de rédiger dans le cadre de cessions de contrôle : « L'indemnité éventuellement due indivisiblement et solidairement par "LE GARANT" au "CESSIONNAIRE" sera égale au montant de la diminution d'actif net constatée, sans que l'indemnité ne puisse jamais excéder la somme de CINQUANTE MILLE EUROS (50.000 €) ». Un autre exemple de clause peut-être libellé comme suit : « la responsabilité du

²³¹ Sur ce point, nous renverrons le lecteur sur nos développements liés au principe de la garantie d'actif et de passif.

²³² H. Hovasse, *Limitation d'une clause de garantie de passif au montant du prix de cession*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2003, comm. 13.

²³³ Cass. com., 18 déc. 2001, Defrénois 2002, p. 821, note H. Hovasse.

²³⁴ CA Paris, 5^e ch., sect. A, 13 mars 2002, SA Cedi Sécurité c/ SA Parson & Whittemore France : Jurisdata n° 2002-186378.

garant au titre de la présente garantie est limitée à la somme de quatre-vingt-dix mille euros », ou si le plafond correspond au prix de cession devenant de fait une garantie de valeur : « le plafond de la garantie correspond au prix de cession de CENT MILLE(100.000) euros ».

188. Outre ces questions relatives au cédant, la garantie d'actif et de passif met aussi à la charge du cessionnaire des obligations. Ainsi, la garantie doit comporter l'identification du bénéficiaire. Dans ce domaine précis nous retrouvons la distinction garantie de valeur et garantie de reconstitution. La logique voudrait que le bénéficiaire des premières soit le cessionnaire des droits sociaux quand ce sera la société cédée qui bénéficiera de la seconde garantie. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 octobre 2001 tranche de manière claire la question se rapprochant des parties à l'acte, en l'espèce un cédant et un cessionnaire. Ce dernier doit être, selon la cour, seul bénéficiaire de la garantie²³⁵. Le Professeur Paillusseau abonde dans le sens de la cour critiquant la distinction des deux types de garanties existants expliquant « qu'il n'y a que deux parties dans le contrat de garantie : le cédant et le cessionnaire. La société cédée est un tiers. Aussi ne peut-elle être la bénéficiaire des garanties que si les parties à la cession l'ont effectivement rendue créancière par le moyen d'un mécanisme juridique approprié du type de la stipulation pour autrui »²³⁶. D'autre part, la Cour de Cassation s'est prononcée en 2007 indiquant que le bénéficiaire de la garantie était le cessionnaire mais que celle-ci le garantit de la valeur des éléments contenus dans le prix²³⁷. Sur ce point, l'analyse de M. Lecuyer est éclairante en ce qu'il souligne que le « contenu de la garantie commande d'y voir une clause de révision de prix » et non « une réelle garantie d'actif et de passif, laquelle ne pourrait être invoquée par le cessionnaire après la revente des titres »²³⁸. Les rédacteurs doivent donc indiquer de manière non équivoque le contenu de la garantie d'actif et de passif en la distinguant d'une éventuelle clause de révision de prix. Cette dernière peut en effet être

²³⁵ CA Paris, 12 oct. 2001, Mme Parthonnaud épouse Laforge, Juridata n° 161243 : « en l'absence de stipulation pour autrui, la convention de garantie, qui a pour objet de protéger le cessionnaire, ne bénéficie qu'à ce dernier et non à la société cédée qui n'est pas partie à la convention [...] ».

²³⁶ J. Paillusseau, *Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle*, JCP G, n° 6, 6 févr. 2012, I 112.

²³⁷ Cass. com., 3 avr. 2007, n° 04-15.532, n° 04-15.544, n° 04-18.382, F-D, Vendrand c/ Société Onyx : Jurisdata n° 2007-038432 : « la clause de garantie d'actif et de passif entraîne non pas tant la garantie au profit du cessionnaire des dettes sociales mais une garantie de valeur des éléments contenus dans le prix, ne bénéficiant, en l'absence de toute clause contraire, qu'au cessionnaire alors même qu'il ne serait plus titulaire des actions ».

²³⁸ H. Lecuyer, *Jeu d'une prétendue clause de garantie d'actif et de passif*, Dr. sociétés n° 8, août 2007, comm. 147.

invoquée par le cessionnaire même s'il a revendu ses titres ce qui peut conférer légitimement une insécurité pour le cédant.

189. Le cessionnaire est donc soumis à l'obligation d'une rédaction claire et précise quant à l'identification du bénéficiaire dans la garantie. Il est également contraint au recouvrement des créances laissées par le cédant. La Cour d'Appel de Lyon a ainsi sanctionné un cessionnaire qui n'avait pas mis en œuvre une procédure de recouvrement auprès de créanciers récalcitrants²³⁹. Le Professeur Hovasse, dans le commentaire de cette décision, déduit que la Cour « après avoir reproché au cessionnaire son inertie, libère le cédant de son obligation de garantie »²⁴⁰.

190. Enfin, le cessionnaire est dans l'obligation de respecter à la lettre la procédure prévue pour l'application de la garantie. En pratique, la mise en œuvre de cette dernière est en effet rigoureusement décrite dans l'acte. Le cessionnaire doit s'y conformer y compris sur le plan des délais liés à l'information due au cédant. Le non-respect de cette procédure emporte déchéance de l'application de la garantie. C'est ce que vient de rappeler un arrêt récent de la Cour de Cassation²⁴¹. Me Vanner recommande à l'acquéreur « de faire preuve d'une grande rigueur »²⁴² mais l'auteur insiste également sur le fait de prévoir, dans l'acte, les conséquences du manque de diligences du cessionnaire. La jurisprudence n'étant pas fixée de manière claire sur ce point, l'aménagement contractuel est de mise. Pour autant, la tendance jurisprudentielle, selon l'auteur, est la déchéance au préjudice du cessionnaire puisque « le garant ne serait plus tenu d'indemniser le bénéficiaire si celui-ci n'a pas strictement respecté la procédure contractuelle de notification du préjudice alors même que la déchéance de la garantie n'est pas prévue au contrat »²⁴³. Cette sanction nous semble très sévère mais vise à protéger le cédant afin que ce dernier puisse se défendre et

²³⁹ CA Lyon, 1^{er} juin 2006, Société Techniques et Conditionnement-TEC SA c/Société France Distribution Holding-FDH SA : Jurisdata n° 2006-308310 : « au-delà de l'acceptation même du mot « irrécouvrable », il serait contraire au principe de loyauté des contrats que le créancier puisse se prévaloir de sa propre inertie dans le recouvrement des créances, ce qui reviendrait à considérer que c'est au garant de supporter les conséquences de sa carence ».

²⁴⁰ H. Hovasse, *La garantie des créances dans une cession de contrôle*, Dr. sociétés, n° 8, août 2006, comm. 125.

²⁴¹ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17.843, F P+B, Sté civ. Château de Langoiran c/ Bibonne : Jurisdata n° 2009-048527 : « l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, par lettre recommandée avec accusé de réception, de tout fait ou événement générateur de la garantie de passif, fait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci ».

²⁴² D. Vanner, *Garanties de cession de droits sociaux : vers un durcissement de la jurisprudence en matière de la procédure de mise en œuvre ?*, JCP E, n° 42, 15 oct. 2009, 1978.

²⁴³ *Idem*.

opposer des arguments lors de sa mise en cause par le cessionnaire. De la même façon, une clause de substitution insérée dans une promesse de cession d'actions ne permettra pas au substitué de bénéficier de la garantie sauf à ce que cette dernière le prévoit expressément²⁴⁴. Le Professeur Gallois-Cochet indique d'ailleurs « que la garantie de valeur n'étant pas l'accessoire des actions, elle ne bénéficie pas de plein droit à celui qui est propriétaire des titres »²⁴⁵. La solution de la Cour semble donc « imparable »²⁴⁶. Toutefois, l'auteur demeure réservé quant à la pérennité de cette solution. En effet, estimant que la garantie forme un tout avec l'acte de cession, le bénéficiaire ne doit-il pas être celui qui détient les titres même par le jeu d'une clause de substitution ? Cette analyse serait d'ailleurs en cohérence avec une décision récente de la Cour de Cassation. Dans cette affaire, la cour rappelle que le bénéficiaire d'une garantie peut céder cette garantie à un sous acquéreur même en l'absence de clause spécifique présente dans le contrat de cession²⁴⁷. Cela semble indiquer que la garantie forme bien un tout avec le contrat de cession. Le Professeur Mousseron précise que compte tenu « du flottement portant tant sur le maintien du droit à garantie chez le cessionnaire initial que sur les droits du sous-cessionnaire »²⁴⁸, un aménagement contractuel est préférable pour les parties. La Cour est donc bienveillante dans le cadre du transfert de garantie. Cette bienveillance s'explique aussi par l'absence de changement pour le cédant des conditions de la convention de garantie initiale. L'équilibre du contrat est donc ainsi respecté.

191. Ainsi, nous pouvons souligner que la garantie d'actif et de passif dans le bâtiment est très particulière car elle répond à des problématiques d'entreprise liées au secteur d'activité. L'aménagement contractuel doit donc être privilégié selon la cible reprise et le profil du cessionnaire.

192. Ces garanties d'actif et de passif sont constitutives d'éléments de négociation rendus complexes par un cessionnaire ayant peur de froisser le cédant et souhaitant ainsi un

²⁴⁴ CA Versailles, 13^e ch., 29 nov. 2012, n° 11/04507, B. c/ SAS Eurex Fiduciaire européenne : Jurisdata n° 2012-029364 : « la convention de garantie n'est consenti qu'à M. Franck B. le fait que celui-ci ait la faculté de se substituer une personne physique ou morale dans la cession des actions ne confère pas à cette personne substituée le bénéfice de la convention de garantie ».

²⁴⁵ D. Gallois-Cochet, *Transmission de la garantie de passif*, JCP E, n° 10, 7 mars 2013, 1151.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-21.528, P+B, Cabinet d'expertise comptable C. c/ P.: Jurisdata n° 2012-022670: « l'absence de stipulation, dans l'acte de cession initial, d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle ne faisait pas obstacle à ce que le bénéficiaire de celle-ci cède la créance en résultant au sous acquéreur de ses droits sociaux ».

²⁴⁸ P. Mousseron, *Transfert d'une créance de garantie de passif*, JCP E, n° 44, 1^{er} nov. 2012, 1654.

meilleur accompagnement et par un cédant ne comprenant pas toujours la portée de l'engagement ni sa nécessité pour le cessionnaire. C'est pourquoi, et afin d'éviter tout risque de mise en jeu de celle-ci, il convient d'aménager avec soin les différentes clauses de la garantie. Nous indiquerons, parmi ces clauses, rejoignant en cela M. Dubout, que « la définition de l'évènement déclencheur de la garantie »²⁴⁹ soit bien déterminé « pour apprécier ensuite si cet évènement dû au vendeur se situe dans la période de garantie ».

²⁴⁹ H. Dubout, *Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps*, Bull. Joly, déc. 1999, chr. 267.

Conclusion du chapitre 1

193. L'entreprise individuelle, en tant qu'objet à transmettre, représente, à notre sens, un frein à une cession optimisée. La difficulté provient plutôt d'une inorganisation juridique et de l'impossibilité pour les repreneurs de se projeter dans un projet d'entreprise et de développement. L'image de l'entreprise individuelle renvoie, en pratique, à l'idée d'une entreprise artisanale, dont le chef d'entreprise est la clef de voûte. La pérennité de l'entreprise tient dans la seule présence de ce dernier. Dès lors la transformation de l'objet devient un acte préparatoire essentiel à une transmission réussie de l'entreprise. La mise en société de l'entreprise individuelle est donc un outil efficace à l'opération. Elle présente également l'avantage d'apporter une double protection : à la fois pour le dirigeant contre les aléas de la vie et pour l'entreprise quant à son fonctionnement en pareil cas.
194. Son seul écueil est qu'elle implique nécessairement une cession de droits sociaux. Cette forme de cession de l'entreprise impose une garantie d'actif et de passif. Dans le monde du bâtiment, dans lequel les réglementations et les obligations nées des documents techniques unifiés (DTU) ont bouleversé les modes de construction, certains cédants peuvent craindre d'offrir une telle garantie. L'explosion des recours judiciaires et la complexification du droit de la construction n'est en effet pas de nature à les rassurer. A cela, il convient de souligner que la reprise des chantiers en cours difficilement quantifiables pour un cessionnaire ne connaissant pas l'entreprise est une crainte supplémentaire pour le cessionnaire. En conséquence, la négociation de la garantie d'actif et de passif est une difficulté de poids dans l'aboutissement de la transmission.
195. Au-delà des aspects juridiques induisant de nouveaux rapports dans la nouvelle forme sociale adoptée, les conséquences fiscales doivent être étudiées. En effet, les avantages fiscaux de la restructuration de l'entreprise (Chap. 2) renforcent l'attrait du régime apparaissant comme sa conséquence logique.

Chap.2 : les avantages fiscaux de la restructuration juridique de l'entreprise

196. Nous verrons que l'opération d'apport de l'entreprise individuelle à une société doit être un élément de préparation à la transmission et doit intervenir en amont dans l'ordre chronologique afin d'éviter de faire supporter une fiscalité contraignante au dirigeant.
197. En effet, en théorie, l'apport d'une entreprise individuelle à une société emporte cessation d'activité de l'entreprise individuelle. Cette considération aurait normalement, sur le plan fiscal, pour conséquence d'imposer immédiatement l'entreprise sur les plus-values, d'exiger la perception des droits d'enregistrements ou encore d'impacter la fiscalité liée aux opérations sur les stocks de l'entreprise.
198. En allant plus loin dans le raisonnement sur les similitudes entre apport et cession le Code de commerce prend lui aussi une position révélatrice que l'on doit souligner sur le terrain de l'information des tiers. C'est l'article L 141-22 de ce code qui pose ce principe²⁵⁰. Cette disposition apporte donc une protection analogue aux créanciers pour l'apport d'un fonds de commerce à une société et pour une opération de cession de fonds. A notre sens, ce texte a davantage vocation à protéger les créanciers qu'à sous-entendre l'application d'un régime fiscal prédéfini et contraignant pour l'entrepreneur individuel souhaitant apporter son fonds à une société.
199. La présentation susvisée, concernant la fiscalité, ne reflète d'ailleurs pas la réalité d'aujourd'hui. Autrefois, la fiscalité était constitutive d'un frein majeur pour l'entrepreneur individuel ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Cozian considère même que « la même entreprise se poursuit dans un habit juridique nouveau »²⁵¹.
200. Ainsi, le législateur a « multiplié les mesures destinées à alléger le coût fiscal de ce changement de structure »²⁵², à la condition toutefois que l'ensemble des précautions soient prises pour que l'entrepreneur bénéficie des régimes de faveur mis en place.

²⁵⁰ C. com, art. L141-22 : « sauf s'il résulte d'une opération de fusion ou de scission, tout apport de fonds de commerce fait à une société en constitution ou déjà existante doit être porté à la connaissance des tiers par voie d'insertion dans les journaux d'annonces légales et au bulletin des annonces civiles et commerciales (...) dans ces insertions, l'élection de domicile est remplacée par l'indication du greffe du tribunal de commerce où les créanciers de l'apporteur doivent faire la déclaration de leurs créances ».

²⁵¹ M. Cozian, *op. cit.*, p. 448, §1135.

²⁵² F. Deboissy, *Régime fiscal des affaires*, RTD com., juillet septembre 2003, p. 584.

201. Ces derniers concernent essentiellement une exonération des droits d'enregistrements (Section 1) accompagné d'un régime favorable concernant les plus-values professionnelles (Section 2) qui bénéficient d'un report d'imposition²⁵³.

Section 1 : l'exonération des droits d'enregistrements

202. Lors de la mise en société de l'entreprise individuelle, il est possible de bénéficier d'un régime d'exonération des droits d'enregistrements. La formalité de l'enregistrement devient donc indolore pour l'entrepreneur tant pour les apports à titre onéreux que pour les apports pur et simple²⁵⁴. Il convient d'opérer une présentation du régime de faveur (§ 1) avant de voir que ce dernier est soumis à des conditions d'applications (§ 2).

§ 1 la présentation du régime de faveur

203. Le principe de cette exonération des droits d'enregistrements provient d'une réflexion globale visant à soutenir les opérations liées au développement des entreprises. En effet, l'apport d'une entreprise individuelle à une société emporte nécessairement, à terme, une croissance pour l'entreprise objet de l'opération. Les pouvoirs publics ont donc tenu à ce que la fiscalité ne soit pas un frein dans la stratégie du dirigeant. Cozian souligne d'ailleurs que « le nouveau slogan des pouvoirs publics est limpide : la fiscalité ne doit pas être un frein à la mise en société des entreprises individuelles »²⁵⁵.

En observant le secteur du bâtiment, on comprend mieux la philosophie et la ligne politique des pouvoirs publics.

204. A titre d'exemple, imaginons un entrepreneur du bâtiment apportant son entreprise individuelle à une société. Au-delà de la démarche stricto sensu, il poursuit un projet d'évolution pour sa structure avec la volonté de la faire croître. Il est, en effet, aujourd'hui admis, par le jeu de la pratique, que les réponses aux offres de marchés publics ont des chances supérieures d'aboutir si le candidat apparaît avec une société commerciale dont les capitaux propres ont, par essence, vocation à rassurer le maître d'ouvrage dans l'exécution du chantier. A contrario, s'il se présente comme entrepreneur individuel, sa

²⁵³ Revue Fiduciaire mensuel, *Apport d'une entreprise individuelle à une société*, juin-juillet 2005, p. 365, §1151.

²⁵⁴ M. Cozian, *op. cit.*, p. 448, §1134.

²⁵⁵ *Idem*, p. 455, §1148.

structure de haut de bilan sera plus difficile à identifier pour le maître d'ouvrage rendant sa candidature plus incertaine.

Cette démarche s'inscrit également comme une étape dans la transmission de l'entreprise. Afin de favoriser cette dernière, l'apport d'une entreprise individuelle à une société ne doit pas représenter un coût pour l'entrepreneur. Il est facile d'imaginer que c'est aussi pour cette raison que ce régime de faveur existe.

205. L'apport d'une entreprise individuelle à une société correspond donc fiscalement à une cessation d'activité. Ainsi lors l'enregistrement d'un tel acte aux services fiscaux entraîne, en théorie, la perception de droits d'enregistrements.

Nous devons distinguer les différents types d'apports avant de qualifier à proprement parler l'apport de l'entreprise individuelle.

206. Tout d'abord, il convient de remarquer que l'apport à titre pur et simple est en principe exonéré de droits d'enregistrements dès lors qu'il est réalisé lors de la constitution de la société²⁵⁶. Cependant, par exception à ce principe, l'article 809 du code général des impôts précise que « les apports faits à une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés par une personne non soumise à cet impôt sont assimilés à des mutations à titre onéreux dans la mesure où ils ont pour objet un immeuble ou des droits immobiliers, un fonds de commerce, une clientèle, un droit au bail ou une promesse de bail »²⁵⁷. Ainsi, dans ces cas précis visés par la loi des droits d'enregistrements seront perçus au taux global de 3%.

207. Ensuite, concernant l'apport à titre onéreux, il convient de noter qu'il prend le caractère d'une véritable vente faite à la société²⁵⁸. Cette qualification emporte l'exigibilité de droits de mutation spécifiques. Lorsque l'acte d'apport porte sur des immeubles ou des droits immobiliers le taux est spécifiquement fixé à 2,2% depuis la loi du 31 décembre 2004 entrée en vigueur depuis le 1^{er} Janvier 2006²⁵⁹. Concernant les autres biens apportés, ils répondent à un taux particulier dicté par la nature du bien. Par exemple, un fonds de commerce, fait l'objet d'un droit de 3% sur la fraction du prix

²⁵⁶ Collectif Francis Lefebvre, *Memento pratique Francis Lefebvre, Fiscal*, 2008, p. 967, §6062.

²⁵⁷ CGI, art. 809-I, 3°.

²⁵⁸ Collectif Francis Lefebvre, *op. cit.*, p. 968, §6070.

²⁵⁹ CGI, art. 683 bis : « la fraction des apports d'immeubles ou de droits immobiliers réalisée à titre onéreux est assujettie à un droit d'enregistrement de 2,2% ».

estimé supérieur à 23 000 €²⁶⁰. Le fonds de commerce, par nature, bénéficie donc lors d'un abattement de 23 000 € avant perception des droits d'enregistrement.

208. Ainsi, l'apport d'une entreprise individuelle est un apport qui est qualifié de mixte. Il est en effet pour partie à titre pur et simple et pour partie à titre onéreux. L'article 809 I bis du code général des impôts ajoute que l'apport à titre onéreux résultant de la prise en charge par la société du passif incombant à l'apporteur est soumis au droit de mutation à titre onéreux si ce passif concerne les biens visés au 3° de l'article 809 du code général des impôts. Cette disposition du code général des impôts concerne aussi bien un « immeuble ou des droits immobiliers, un fonds de commerce, une clientèle, un droit au bail ou une promesse de bail »²⁶¹.

209. De manière générale, il est donc possible d'affirmer, à l'instar de MM. Féna-Laguëny, Mercier et Plagnet que « la prise en charge du passif d'une entreprise individuelle transformée en société est passible, en principe, du droit de mutation »²⁶².

210. Cependant, un régime de faveur permet à l'apporteur d'être, s'il remplit l'ensemble des conditions liées à l'application du régime, exonéré de droits de mutations²⁶³.

211. En effet, le code général des impôts²⁶⁴ a institué un régime spécial de faveur lors de l'apport à une société de l'ensemble des biens affectés à l'exercice d'une activité professionnelle. L'article 809-I bis dudit code précise « qu'en cas d'apport réalisé dans les conditions fixées au II de l'article 151 octies, par une personne physique à une société de l'ensemble des éléments d'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle, la prise en charge du passif, dont sont grevés les biens de la nature de ceux énumérés au 3° du I qui sont compris dans l'apport, donne ouverture à droit de mutation au tarif prévu par le premier alinéa du III de l'article 810. Lorsque l'apporteur s'engage à conserver pendant trois ans les titres remis en contrepartie de l'apport, le droit de mutation est remplacé par un droit fixe de 375 euros porté à 500 euros lorsque la société a un capital social d'au moins 225 000 euros ».

²⁶⁰ Collectif Francis Lefebvre, *op. cit.*, p. 968, §6070

²⁶¹ CGI, art. 809-I 3.

²⁶² E. Féna-Laguëny, J-Y. Mercier, B. Plagnet, *Les impôts en France, Traité pratique de la fiscalité des affaires*, éd Francis Lefebvre, 2008-2009, p. 510, §1263.

²⁶³ Y. de la Villeguérin, *Fiscal* 2008, 2008, 23^{ème} éd, collection les dictionnaires RF, groupe Revue Fiduciaire, p. 74, §476.

²⁶⁴ CGI, art. 809-I bis.

212. Ainsi, l'application de ce régime de faveur emporte une exonération totale (dans le cas d'une constitution de société) des droits de mutation ou le paiement d'un droit fixe pour l'apporteur si celui-ci prend un engagement de conservation des titres. L'exonération totale joue en vertu de l'article 810 bis qui dispose que « les apports réalisés lors de la constitution de sociétés sont exonérés des droits fixes de 375 euros ou de 500 euros prévus au I bis de l'article 809 et à l'article 810 »²⁶⁵.

Concernant le paiement du droit fixe, l'apporteur doit « s'engager à conserver pendant trois ans les titres remis en contrepartie de l'apport »²⁶⁶.

213. MM. Gouadain, et Mondon souligne même que cet engagement doit être souscrit pour les apports à titre pur et simple et s'étend également aux « droits de mutation exigibles sur l'apport à titre onéreux résultant de la prise en charge du passif des biens apportés »²⁶⁷. L'exonération est applicable dans les mêmes conditions lors de la constitution d'une société ou assujettie au paiement d'un droit fixe.

214. Cet engagement de conservation pendant trois ans est l'axe essentiel de l'application du régime de faveur mais le dirigeant réalisant l'opération doit être attentif tant aux biens apportés qu'aux conditions d'applications (§ 2) qui, si elles n'étaient pas respectées, excluraient l'opération de l'application du régime de faveur.

§ 2 les conditions d'applications

215. La mise en œuvre du régime de faveur dépend, en premier lieu, du respect de règles préalables quant aux biens apportés. A la lecture du code général des impôts, ceux-ci doivent être compris dans « l'apport fait par une personne physique, de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle »²⁶⁸.

216. De plus, dans leur nature, nous devons souligner que le passif doit grever un immeuble ou des droits immobiliers, un fonds de commerce, une clientèle, un droit à bail ou une

²⁶⁵ CGI, art. 810 bis.

²⁶⁶ D. Gouadain, J. L. Mondon, *op. cit.*, p. 101, §187.

²⁶⁷ *Idem*, p. 106, §195.

²⁶⁸ CGI, art. 809 I Bis.

promesse de bail²⁶⁹. Cet encadrement strict vise à favoriser l'apport d'entreprises et d'activités économiques dans leur ensemble et non d'éléments isolés de celles-ci.

217. L'adhésion au régime de faveur dépend bien sûr de la souscription à un engagement de conservation des titres pendant trois ans qui doit lui-même répondre à certaines exigences liées à sa validité (A). Cependant, au-delà de ce cadre impérieux, certaines conditions particulières doivent être observées lors de l'apport d'un immeuble (B) ou la question de la présence d'un compte courant (C). A défaut, c'est tout le régime de faveur qui peut être remis en cause (D).

A/ L'exigence formelle de l'engagement :

218. Nous l'avons vu, la condition principale de l'application du régime de faveur réside dans un engagement de conservation des titres pendant trois ans lequel doit être prit par l'apporteur.

Aussi la question est de savoir de quelle manière doit être souscrit cet engagement.

219. A l'occasion d'un arrêt du 5 décembre 2001, la Cour d'Appel de Rouen est venu préciser les modalités de souscription de ce dernier en posant certains principes formels liés à sa validité²⁷⁰.

220. Cette décision souligne que l'engagement de conservation, afin que le régime de faveur puisse s'exercer, doit être, soit précisé dans l'acte d'apport qui est enregistré auprès des services fiscaux, soit figuré dans un autre acte mais qui respecte cette même formalité. L'administration fiscale, quant à elle, considère que l'engagement doit être pris dans l'acte qui est soumis à la formalité²⁷¹.

221. Ainsi, la position de la cour d'appel de Rouen est innovante en ce qu'elle tendrait à permettre que l'engagement soit pris dans l'acte qui est soumis obligatoirement à formalité (ce qui est logique) mais pourrait aussi accorder le bénéfice du régime de faveur pour un acte qui serait présenté volontairement à l'enregistrement.

²⁶⁹ D. Gouadain, J. L. Mondon, *op. cit.*, p. 106, §195.

²⁷⁰ CA Rouen, 5 déc. 2001, Dr. Fisc., 2002, n°41.

²⁷¹ D. Adm. 7-H-2224 n°12 et 12, 1^{er} sept. 1999, inst. 17 janv. 2000, BOI n°7-H-1-00.

222. La Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point mais dans tous les cas de figure, nous ne pourrions que conseiller de prendre l'engagement dans l'acte qui est soumis obligatoirement à l'enregistrement et ne surtout pas prendre un engagement lors d'un conseil d'administration comme cela s'était produit dans l'arrêt du 5 décembre 2001.
223. De surcroît, nous devons souligner que cet arrêt de la cour d'appel de Rouen a été prononcé à l'occasion de l'apport d'un fonds de commerce suite à une augmentation de capital. Se pose donc la question de savoir ce qu'il advient de l'engagement en cas d'augmentation et surtout de réduction de capital. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 25 mars 2003, a apporté une réponse claire pour savoir si l'engagement était rompu lorsque, postérieurement à l'apport, le capital de la société était réduit²⁷².
224. Dans ce cas, la Haute Cour a conclu que « ne constitue pas le non-respect de cet engagement, la réduction du capital d'une société anonyme par réduction de la valeur nominale des actions sans réduction de ceux-ci »²⁷³. Il semble intéressant de distinguer deux cas de réduction de capital qui ne produisent pas les mêmes effets.
225. En effet, ainsi que l'énonce M. Deboissy, une réduction de capital peut être la conséquence d'une « manifestation de la contribution aux pertes de l'associé » entraînant une annulation des titres visés sans contrepartie pour l'associé²⁷⁴. Dans ce cas, il semble que l'engagement ne soit pas rompu, la réduction étant imposée aux associés comme une obligation liée aux pertes sociales supportées par chacun d'eux.
226. Cependant, une réduction peut aussi ne pas être liée aux pertes mais donner lieu à une contrepartie versée par la société aux associés. Il en sera ainsi d'un versement en nature ou en espèce pour les titres concernés s'analysant comme un remboursement des apports. Ici, l'opération prendra la forme d'un rachat par la société des titres en vue de leur annulation, ce qui provoquera, par voie de conséquence, la rupture de l'engagement de conservation.
227. Il convient donc d'être diligent dans la rédaction de l'engagement afin que celui-ci soit valable et de considérer qu'il pourra être remis en cause dans certains cas particuliers. Cela peut se produire lors de l'apport d'un immeuble (B).

B/ Le cas spécifique de l'apport d'un immeuble

²⁷² Cass. com. 25 mars 2003, n° 576 n° Jurisdata: 2003-018501.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ F. Deboissy, *Régime fiscal des affaires*, RTD com., juillet septembre 2003, p. 586.

228. Outre cette condition d'engagement de conservation pendant trois ans, il est nécessaire de respecter certaines conditions afin de garantir l'application du régime.

Il convient d'être particulièrement prudent quant à l'apport éventuel d'immeubles. Le régime de faveur a vocation à s'appliquer à ce type de biens mais il doit être affecté à l'exercice de l'activité professionnelle²⁷⁵. Cette condition d'affectation peut emporter des difficultés particulières lors de l'opération.

229. En effet, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 19 avril 2005, a précisé que le régime de faveur de l'article 809 I bis du code général des impôts ne s'applique pas aux apports d'immeubles lorsqu'ils ne sont pas affectés à l'exercice d'une activité professionnelle²⁷⁶.

230. Dans cette affaire, il s'agissait, à l'origine, d'une notification de redressement de droits d'enregistrements concernant l'apport d'un immeuble qui aurait dû faire l'objet du paiement de droits de mutations.

231. La société estimait que le régime de faveur avait vocation à s'appliquer dans la mesure où les locaux visés étaient loués nus à une entreprise ayant une activité connexe à la sienne et que la complémentarité des activités entre les deux sociétés formait un « ensemble commercial intégré drainant à son profit la clientèle de ses locataires »²⁷⁷.

232. La Cour de Cassation ne retient pas l'argumentation de la société et casse la décision d'appel qui avait donné raison à la société. La cour justifie sa position en expliquant que la connexité et la complémentarité des activités exercées par les locataires ne constituent pas des éléments de preuve suffisants pour constituer un prolongement effectif de l'activité commerciale.

233. Cet arrêt nous renseigne donc sur deux points précis.

234. D'une part, les locaux visés doivent être affectés à l'exercice de l'activité professionnelle et d'autre part, la preuve doit être apportée par le requérant.

235. En conséquence, lorsque l'immeuble est donné en location, il faut établir que « celle-ci constitue le prolongement effectif de l'activité de la société et que le bien en cause peut ainsi être considéré comme affecté à l'exercice de l'activité professionnelle »²⁷⁸.

²⁷⁵ CGI, art. 809-I, 3°.

²⁷⁶ Cass. com., 19 avr. 2005, SA Clémentel Etoiles Automobiles, Juris data n° 2005-028232.

²⁷⁷ *Idem*.

²⁷⁸ Dr. fisc., n°44-45, 3 nov. 2005, p. 88.

236. A l'inverse, nous devons souligner que le régime s'applique dans le cas de la location d'un immeuble concomitamment à un fonds de commerce dans le cadre d'un contrat de location-gérance²⁷⁹.
237. Pour résumer nous pouvons observer qu'en pratique, le régime de faveur concernera « les immeubles apportés en même temps que le fonds de commerce dès lors qu'ils sont affectés à l'exploitation »²⁸⁰.
238. La question de l'apport d'un immeuble est une des conditions particulières sur lesquelles il faut être prudent. Dans le même registre, il est nécessaire d'observer avec attention la présence d'un compte courant (C) afin d'en déduire les conséquences pour l'ensemble de l'opération.

C/ La présence d'un compte courant au profit de l'apporteur

239. Il faut aborder la question de la présence d'un compte courant ouvert au nom de l'apporteur comme conséquence de l'opération d'apport et de son élection au régime de faveur.

La Cour de Cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à travers plusieurs décisions qu'il convient d'analyser.

240. En la matière, une des premières décisions d'importance de la Cour de Cassation, le 3 mars 2004 en sa chambre commerciale²⁸¹. Dès ce moment, la Cour a rejeté l'application du régime de faveur lorsque l'actif net apporté n'est pas intégralement rémunéré par des droits sociaux mais fait l'objet d'attribution de liquidités versées sur un compte courant. En l'espèce, l'actif net apporté « n'avait pas été rémunéré uniquement par des droits sociaux, mais également par une attribution de liquidités en faveur de celle-ci, de sorte que l'apport correspondant n'avait pas été intégralement consenti à titre pur et simple » ce qui avait pour conséquence de voir le régime de faveur inopérant²⁸².
241. La présence du compte courant au profit de l'apporteur emporte la déchéance du régime de faveur pour la totalité de l'opération. Il aurait été possible d'imaginer que les

²⁷⁹ Rép. Min. Budget n°41813 à M. Diméglio : JOAN Q, 25 nov. 1996, p. 6167 s; Dr. Fisc. 1997, n°8, comm.186.

²⁸⁰ P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd, 2008, p. 257, §342.

²⁸¹ Cass. com. 3 mars 2004, n°00-22.810, FS-P+B, SA Bernard et Poitou-Karpathios : Jurisdata n°2004-022754.

²⁸² *Idem*.

droits soient dus seulement pour les sommes litigieuses, l'exonération jouant pour la part de l'apport réalisé à titre pur et simple. Ce raisonnement n'a cependant pas été retenu par la Haute Cour.

242. La Cour a affiné sa position le 17 mars 2004²⁸³ En l'espèce, M. et Mme Le X ont apporté leur fonds de commerce exploité jusqu'alors sous la forme de l'entreprise individuelle à la société Kervilly. Lors de l'opération, la société a pris en charge les dettes afférentes au stock qu'elle avait acheté à M. et Mme Le X.

243. Ici, la cour a considéré que la société « avait supporté des éléments de passif autres que ceux dont étaient grevés les éléments d'actif immobilisés apportés ». En conséquence, elle en a déduit que la société ne pouvait bénéficier du régime de faveur.

244. Les deux arrêts précités nous éclairent quant à la sanction du non-respect de certaines conditions nécessaires à l'application du régime de faveur c'est-à-dire, de l'inapplication de ce dernier pour l'ensemble de l'opération d'apport. Nous aurions pu nous attendre à une limitation de la sanction pour les seuls éléments litigieux et la pleine portée du régime pour les éléments ne souffrant pas de contestation. Ce raisonnement n'est pas celui de la Haute Cour qui sanctionne l'ensemble de l'opération.

245. En outre, le 22 novembre 2005²⁸⁴, la Cour de Cassation prend une décision visant à rappeler que dans une telle opération, le régime n'a pas vocation à s'appliquer lorsque l'actif net apporté est pour partie rémunéré par l'attribution de liquidités sous forme d'une inscription en compte courant au nom de l'apporteur. Ainsi « seul l'actif net apporté doit être réalisé à titre pur et simple ».

246. La cour renforce d'ailleurs sa position par un arrêt du 12 février 2008²⁸⁵, sur renvoi après cassation de l'arrêt précité.

247. La cour confirme qu'une société ne peut bénéficier du régime de faveur si elle « supporté des éléments de passif autres que ceux dont sont grevés les éléments d'actif immobilisés ». Elle ajoute, concernant les comptes courants, que dans la mesure où ceux-ci dépendent « pour partie de prélèvements personnels effectués par ce dernier à son

²⁸³ Cass. com. 17 mars 2004, n°02-14711, FS-P+B, Sté Kervilly : Jurisdata n°2004-022974.

²⁸⁴ Cass. com. 22 nov. 2005, n°03-12.550, Sté TD, Jurisdata n° 2005-030924.

²⁸⁵ Cass. com. 12 fév. 2008, n°07-15.218, SAS Direct VAP, Jurisdata n° 2008-042751.

profit, les mouvements l'affectant ne résultaient pas uniquement de l'exploitation directe de l'activité de l'entreprise, de sorte que ce compte ne pouvait être assimilé, pour l'opération d'apport, au passif à prendre en compte pour le calcul de l'actif net ».

248. Ainsi, à la lecture de ces arrêts, nous devons être prudents et conseiller de ne pas inscrire des sommes en compte courant lors de l'opération d'apport. En effet, comme le note le Professeur Jean Luc Pierre, il apparaît clairement que le régime de faveur n'est pas applicable lorsque l'apporteur « se voit attribuer une somme en compte courant »²⁸⁶.

249. Cette condition particulière est devenue, suite à ces jurisprudences, une condition qui revêt autant d'importance que l'engagement de conservation des titres pendant trois ans.

250. Le non-respect des conditions particulières susvisées entraîne la remise en cause du régime de faveur (D). Mais comment celui-ci est-il prononcé et quelles sont les conséquences d'une telle décision ?

D/ La remise en cause du régime

251. Le régime peut être remis en cause pendant les trois ans de l'engagement de conservation des titres.

L'apporteur peut se trouver dans cette situation dans trois cas²⁸⁷.

252. Tout d'abord, si la société ne remplit plus les conditions qui lui ont permis d'accéder au régime, c'est-à-dire, si par exemple, elle ne prend plus en charge effectivement le passif incombant à l'apporteur, elle ne pourra plus prétendre au régime.

253. De plus, le non-respect des conditions d'octroi de l'exonération de départ provoque la mise à mal de celle-ci. Il s'agira ici du non-respect de l'engagement de conservation des titres.

254. Enfin, la cession partielle des titres emporte également annulation du régime de faveur²⁸⁸.

²⁸⁶ Jean Luc Pierre, Dr. sociétés, n°4, avril 2008, comm. 89.

²⁸⁷ Y. de la Villeguerin, Collection les dictionnaires RF, groupe revue fiduciaire, Fiscal 2008, 23^{ème} éd, p. 78, §477.

²⁸⁸ Rép. JOAN, Rosselot, n°4199, JO 20 juin 1994, AN quest. p.3131.

255. La conséquence de la remise en cause du régime entraîne une exigibilité immédiate des droits qui auraient normalement dus être perçus. Nous pouvons avancer que la sanction est particulièrement lourde puisqu'il n'y a pas de prise en compte d'une « individualisation » du contribuable. La sanction revêt des considérations générales sans s'attacher à réduire celle-ci ou au contraire à l'aggraver si les circonstances l'exigent en tenant compte d'éléments propres à chaque opération.
256. En effet, imaginons un apporteur qui a bénéficié du régime de faveur pour une opération d'apport et qui a conservé ses titres pendant plus de deux ans mais qui a connu des événements qui l'ont poussé à céder ses titres par exemple. Il serait possible d'imaginer pour ce contribuable une sanction adaptée à sa situation.
257. Notre expérience à la Fédération Française du Bâtiment nous a permis de découvrir un cas qui aurait pu justifier, à notre sens, la non-exigibilité des droits ou à tout le moins une réduction de ceux-ci. Il s'agissait d'une entreprise de maçonnerie de huit salariés. Les époux travaillaient ensemble à la bonne marche de l'entreprise ce qui est souvent le cas dans les petites structures. Ils ont décidé d'apporter leur entreprise individuelle à une société et ont pris un engagement de conservation des titres pendant trois. Cependant, plus de deux ans après l'apport, les époux ont éprouvé de grandes difficultés d'ordre personnel mettant à mal leur mariage. La décision a été prise de céder l'entreprise. Ainsi, les titres ont été cédés à un repreneur extérieur emportant par la même une rupture de leur engagement de conservation pris trois ans auparavant.
258. Les services fiscaux ont alors exigé le versement de la totalité des droits normalement dus au moment de l'apport. Cette décision, à notre sens, reflète une lecture stricto sensu du texte législatif mais ne prend pas en compte la situation personnelle des protagonistes. En effet, en l'espèce, la conservation a été interrompue suite à des problèmes personnels survenus au sein du couple en question. Il ne s'agissait donc pas d'une manœuvre visant à échapper à l'administration fiscale. Un calcul des droits dus aurait pu être fait proportionnellement à la durée de détention des titres (soit plus de deux ans). Notre propos doit être nuancé pour expliquer que la démarche des services fiscaux se justifie par une application de la loi qui garantit des abus éventuels. L'idée est bien sûr d'observer une application stricte des textes en vigueur permettant de préserver une égalité entre les contribuables sans tenir compte d'éléments personnels et intuitu personae au contribuable. Sur ce point, le droit fiscal ne ressemble décidemment pas au droit pénal. En effet, un des principes fondamentaux du droit pénal est « l'individualisation de la peine » pour le

justiciable. A contrario, le droit fiscal n'intègre pas cette dimension et a tendance à faire une stricte application des dispositions légales.

259. L'application du régime de faveur concernant les droits d'enregistrements doit également être rapprochée de celui concernant les plus-values professionnelles (Section 2) lors de l'opération d'apport.

Section 2 : les plus-values professionnelles

260. L'apport d'une entreprise individuelle à une société s'analyse, sur le plan fiscal, en une cession de l'entreprise. Un tel acte emporte logiquement une imposition sur les plus-values. Dès lors l'imposition est immédiate. Cependant, comme le note le Professeur Serlooten, si le bien apporté est une entreprise, « la taxation de la plus-value bénéficie d'un régime plus favorable afin de faciliter la transmission des entreprises »²⁸⁹.

261. Le régime de faveur concernant les plus-values lors de l'apport d'une entreprise individuelle à une société est régi par l'article 151 octies du code général des impôts²⁹⁰. L'idée est bien sûr de considérer qu'il s'agit de la même entreprise revêtant une nouvelle forme juridique mais dont la « consistance » reste la même concernant le matériel, les immeubles, les stocks, la clientèle... C'est l'ensemble des éléments constitutifs d'une entreprise qui se trouve dans un nouvel habit juridique tout en conservant la même colonne vertébrale.

262. Il faudra donc vérifier la compatibilité de ce régime de faveur avec les autres régimes de faveur ou les exonérations afin de garantir que l'option choisie reste stratégiquement la meilleure pour l'entrepreneur sur un plan fiscal.

263. Ce régime de faveur concerne les biens amortissables comme les biens non amortissables, mais aussi les stocks balayant ainsi les différents biens pouvant être rattachés à l'entreprise individuelle. Il est par ailleurs soumis à des conditions d'application (§1) très strictes qui doivent être respectées afin d'éviter toute sanction. Les biens concernés par ce régime de faveur (§2) et leur application sera par ailleurs différente selon le type de bien ainsi que ses effets.

²⁸⁹ P. Serlooten, *op. cit.*, p. 259, §346.

²⁹⁰ CGI, art. 151 octies.

§ 1 les conditions d'application du régime de faveur

264. Comme tout régime de faveur, le régime de faveur lié aux plus-values en cas d'apport d'une entreprise individuelle à une société est encadré par des conditions strictes de fond (A) et de forme (B). Il est indispensable que celles-ci soient suivies scrupuleusement afin d'éviter toute déchéance du régime.

A/ Les conditions de fond

265. Tout d'abord, concernant l'apporteur, celui-ci doit être « une personne physique exerçant à titre individuel une activité commerciale ou artisanale, libérale ou agricole »²⁹¹.

266. Dans le cadre de notre étude, seront visés les artisans du bâtiment qui exercent leur activité professionnelle sous la forme d'une entreprise individuelle mais aussi, ceux qui, de manière plus générale, ont une activité commerciale. De nombreux entrepreneurs seront également visés même s'ils ne sont plus vraiment des artisans dans la mesure où leur activité a prospéré tout en conservant le support de l'entreprise individuelle. Le plus souvent il s'agit d'entrepreneurs qui ont démarré leur activité en étant artisan, mais qui, au fil du temps lié au développement de leur entreprise, sont devenus de véritables dirigeants de PME.

267. Ensuite, nous devons aborder la situation de la société qui reçoit l'apport. La société en question doit être soumise à un régime réel d'imposition²⁹². En d'autres termes, la société doit être assujetti sous un régime réel et ne pas bénéficier d'un régime dit « micro » ou de forfait.

268. Ajoutons qu'une réponse ministérielle est venue préciser que l'apport doit être réalisé au profit d'une seule société²⁹³.

269. A cette occasion, il était évoqué qu'un éleveur de chevaux ne pouvait bénéficier du régime de faveur en apportant l'ensemble de ses éléments de l'actif immobilisé à deux sociétés différentes et non à une seule en partageant par moitié ces actifs.

²⁹¹ Y. de la Villeguérin, *op. cit.*, p. 75, §440

²⁹² CGI, art. 151-I octies « (...) à l'occasion de l'apport à une société soumise à un régime réel d'imposition (...) ».

²⁹³ Rép. Min. à M. d'Aubert : JOAN 21 août 1987, p. 4855, n°24762.

270. Notre pratique nous a permis d'éviter une telle requalification avec un entrepreneur de travaux publics. Ce dernier exploitait son entreprise en montagne et avait au sein de son entreprise deux activités distinctes. Une première qui était centrée sur des travaux « classiques » de terrassement et une autre, spécifique à sa localisation, consistait en des contrats de déneigements au profit d'entreprises et de particuliers.
271. Il souhaitait apporter son actif immobilisé à deux sociétés différentes. La première qu'il comptait céder à un repreneur extérieur comprenant les chantiers de terrassement et la seconde centrée sur l'activité déneigement qu'il entendait transmettre, à titre gratuit, à son fils. La logique était bien sûr de conserver dans le giron familial l'activité de déneigement à forte rentabilité.
272. La difficulté résidait dans l'affectation du matériel et de la clientèle dans les deux activités.
273. En effet, la totalité du matériel servait aux deux métiers à des périodes de l'année bien distinctes. Par exemple, les clients déneigés en hiver demandaient souvent des travaux de terrassement aux beaux jours. Ainsi il n'y avait pas de distinction tant sur plan de la clientèle que sur celui du matériel. Nous n'avons donc pu identifier deux structures séparées autonomes entre elles permettant de fonctionner avec leurs propres moyens. Il nous a paru logique de déconseiller à cet entrepreneur d'apporter son entreprise individuelle à deux sociétés mais bien à une seule et même entité permettant soit de la céder soit de la transmettre à son fils.
274. L'apport doit également concerner, selon l'article 151 octies du code général des impôts « une entreprise individuelle » « ou une branche complète d'activité »²⁹⁴. Dans la lignée du régime de faveur lié aux droits d'enregistrements, le législateur a voulu viser les entreprises de petites tailles dont l'activité est autonome. Ces dernières disposent d'une clientèle et d'éléments d'actifs qui lui sont propres, en d'autres termes, elles sont totalement autonomes et peuvent fonctionner seules, par leurs propres moyens.

²⁹⁴ CGI, art. 151-I octies : « les plus-values réalisées par une personne physique à l'occasion de l'apport à une société (...) d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité peuvent bénéficier des dispositions suivantes... ».

275. Enfin, calquant le régime de faveur des droits d'enregistrements, les apports ne peuvent donner lieu à la prise en charge d'un passif personnel de l'apporteur par la société ou l'inscription en compte courant d'une somme d'argent au profit de ce dernier.
276. Ainsi, l'apport doit donc être rémunéré exclusivement par des actions ou des parts sociales²⁹⁵. Une réponse ministérielle précise même que la « rémunération de tout ou partie des actifs transférés par le versement de sommes d'argent ou par la prise en charge d'un passif personnel à l'apporteur ou encore par l'ouverture d'un compte courant au nom de l'apporteur dans les écritures de la société bénéficiaire exclut l'apport en cause du champ d'application de l'article 151 octies »²⁹⁶.
- La jurisprudence est venue confirmer la position gouvernementale sur ce point.
277. Ainsi, à titre d'exemple, une décision du tribunal administratif de Besançon du 15 juillet 1999 est venue préciser que lorsqu'une partie des actifs immobilisés transférés est rémunérée par l'inscription d'une créance au compte courant de l'apporteur, l'opération « ne saurait être regardée comme portant sur la totalité de l'actif immobilisé et ne peut bénéficier du régime de faveur »²⁹⁷.
278. Le Conseil d'Etat s'est lui aussi prononcé, le 21 mars 2008, à l'occasion de l'arrêt Taquet, sur le bénéfice du régime de faveur des reports d'imposition.
279. Le Conseil d'Etat consolide la ligne jurisprudentielle précitée en ajoutant que « l'élément du passif constitué d'une dette personnelle ne pouvait être inclus dans l'apport des éléments d'actif et qu'en conséquence l'administration peut refuser le bénéfice des dispositions de l'article 151 octies du Code général des impôts »²⁹⁸.
280. Le Conseil d'Etat confirme la non application du régime de faveur en cas d'apport d'une dette personnelle du contribuable. Suivant le modèle du régime de faveur lié aux droits d'enregistrements, la prise en charge d'une dette personnelle de l'apporteur emporte la déchéance du bénéfice du régime susvisé.
281. Cependant, le Conseil d'Etat laisse la possibilité de prendre en charge des dettes qui ont un lien avec l'entreprise individuelle apportée et qui ont un lien direct avec l'exploitation²⁹⁹. Ainsi, il énonce que « l'apport de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affecté à l'exercice d'une activité professionnelle, peut comprendre des

²⁹⁵ D. Gouadain, J. L. Mondon, *op. cit.*, p. 58, §133.

²⁹⁶ Rép. Min Budget n° 4794 à M. André Fosset, JO Sénat Q, 23 fév. 1995, p.439.

²⁹⁷ TA Besançon, 1^{ère} ch., 15 juill. 1999, n°97-126.

²⁹⁸ CE, 8^{ème} et 3^{ème} ss-sect., 21 mars 2008, n°294816, Taquet : jurisdata n°2008-081341.

²⁹⁹ *Idem*.

éléments du passif de l'exploitation, mais non des dettes personnelles de l'apporteur sans lien avec l'exploitation ».

282. L'idée est de faire supporter à la société bénéficiaire les seules dettes attachées à l'exploitation et non des dettes personnelles sans lien avec l'exploitation.
283. Cette position, « plus souple et économiquement plus réaliste »³⁰⁰, selon Jean Luc Pierre, a d'ailleurs été retenue par l'administration. En effet, les conséquences de l'interprétation de la loi auraient été négatives si cette dernière avait exclu purement et simplement tout type de prise en charge de passif. L'origine du passif doit bien sûr être recherchée et il doit être pris en compte s'il découle d'investissements réalisés pour le développement de l'entreprise.
284. La dimension économique prend ici tout sens. Les dettes, et donc certains éléments de passif, liées à l'exploitation ne doivent pas entraîner la déchéance du régime de faveur. L'effet pervers de la loi aurait eu pour conséquence de freiner tous les investissements des entrepreneurs dès lors qu'ils envisageaient de bénéficier à moyen terme du régime de faveur. Peut-être est-ce la logique purement économique qu'a suivie l'administration à l'occasion de sa réponse ministérielle³⁰¹ de 1995.
285. Le bénéfice du régime de faveur est donc bien subordonné à une rémunération de la totalité des actifs immobilisés par des titres sociaux ou des actions et non par le versement, aussi faible soit-il, de sommes d'argent au profit de l'apporteur. De la même manière, la prise en charge d'un passif personnel de l'apporteur est sanctionnée par une déchéance du régime.
286. Ainsi, nous l'aurons compris, toute la difficulté pour les conseils ayant à traiter ce type de litige est de qualifier la nature du passif pris en charge par la société. La frontière est quelques fois ténue entre des dépenses d'ordre personnelles et des dépenses qui semblent en apparence personnelles mais qui sont faites dans l'intérêt de la société.
287. Concernant l'apport d'un immeuble et au-delà de la technique juridique stricto sensu, ce sera l'occasion de définir une véritable stratégie pour l'entrepreneur qui réalisera l'opération dans le but de transmettre. En effet, le départ en retraite doit s'accompagner de dispositions propres permettant au futur retraité de maintenir un niveau de revenus

³⁰⁰ J-L. Pierre, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2008, comm. 166.

³⁰¹ Rép. Min. n°20477, à M. J-L. Borloo : JOAN Q, 20 fév. 1995, p.964.

cohérent avant et après cession. La mise à disposition d'un immeuble par un contrat de location avec la société peut être une solution. Cependant, il serait prudent de s'assurer que l'immeuble reste à disposition de la société pendant la durée nécessaire à l'exonération c'est-à-dire pendant quinze ans au maximum. Cette position doit d'ailleurs être acceptée par le repreneur qu'il semble intéressant d'interroger afin de savoir s'il a des velléités de transfert du siège social de l'entreprise ou de l'établissement objet du contrat de location. La société doit également être consciente que l'imposition se fera à son nom.

288. L'application de ce régime de faveur est donc subordonnée à des conditions de fond mais également à des conditions de forme (B).

B/ Les conditions de forme

289. Les conditions de forme se limitent en réalité à une seule condition d'importance qu'il faut respecter si l'apporteur souhaite bénéficier du régime de faveur. Il s'agit d'une déclaration du contribuable auprès des services fiscaux.

290. Ce régime de faveur a donc une particularité qui tient en une démarche volontaire des co-contractants. En effet, le régime ne joue pas de manière systématique, il faut faire état dans l'acte, de sa volonté d'y adhérer.

291. Ainsi, il est indispensable de demander expressément le bénéfice du régime de faveur dans « l'acte d'apport conjointement par l'apporteur et par la société »³⁰².

292. Ce régime est donc une option qui doit être levée pour être applicable. La société et l'apporteur doivent donc y consentir tous les deux, ce qui dans la pratique ne pose généralement pas de difficultés dans la mesure où l'apporteur est le plus souvent le futur mandataire ou gérant de la société en question.

293. Dès la constatation que les conditions de fond et de forme seront remplies, il sera nécessaire d'aborder la question de savoir quels sont les biens concernés par le régime de faveur (§2).

³⁰² M. Cozian, *op. cit.*, p. 449, §.1136.

§2 les biens concernés par le régime de faveur

294. Le régime de faveur vise donc l'imposition des plus-values liée à l'apport d'une entreprise individuelle à une société. Ladite opération doit être fiscalement neutre afin qu'elle ne représente pas un frein pour l'apporteur. Le régime de faveur tient, tout d'abord, dans un report des plus-values afférent aux immobilisations non amortissables (A) jusqu'à la date de cession des titres reçus ou jusqu'à la vente de ces immobilisations si elle est antérieure. Le régime est également étendu aux plus-values des immobilisations amortissables (B), qui se trouvent imposées au nom de la société bénéficiaire de l'apport. Enfin, les stocks (C) bénéficient d'un sursis d'imposition à condition qu'ils soient inscrits à l'actif du bilan de l'entreprise. Ils méritent une attention toute particulière d'autant qu'il s'agit souvent d'un élément capital de gestion pour nos entreprises de bâtiment. Cette précision est cependant à minorer selon le métier exercé par l'entreprise.

A/ Le report d'imposition des plus-values sur immobilisations non amortissables

295. Les biens non amortissables sont « généralement les éléments incorporels du fonds de commerce »³⁰³. Il s'agit de certains éléments constitutifs du fonds de commerce. Ce dernier peut être défini comme une « universalité de droit, ou bien unitaire, un ensemble coordonné de meubles corporels et incorporels ayant la même affectation, donc soumis au même statut juridique et formant un être juridique distinct de ses éléments »³⁰⁴. Il comprend « ni immeubles, ni créances, ni dettes, mais seulement des meubles corporels (marchandises, matériel, mobilier, outillage) et incorporels (brevet, concessions, dessins, clientèle, droit au bail, nom commercial) »³⁰⁵.

296. Dans le cas qui nous intéresse, les petites entreprises de bâtiment, certains éléments doivent être explicités.

297. Tout d'abord, concernant le droit au bail, il est nécessaire de souligner que nombre d'entreprises ne possèdent pas de bail commercial à proprement parler. Dans de nombreuses entreprises, le local commercial se limite à un atelier, une zone de stockage du matériel, le plus souvent installé au domicile même de l'entrepreneur. Ainsi, nous

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ P. Lassègue, F. Déjean, M.-A. Le Theule, *Lexique de comptabilité*, Dunod, 7^{ème} éd, p. 352.

³⁰⁵ *Ibidem.*

avons eu l'occasion de constater de nombreuses domiciliations de personne morale chez une personne physique en l'espèce des sous-sols d'habitation personnelle qui abritent le siège social de l'entreprise.

298. Le bail n'est donc pas l'élément non amortissable qui prend le plus d'ampleur dans l'opération d'apport. Cette approche est à minorer dans le cas d'entreprises individuelles qui ont conservé cette forme juridique d'exploitation mais qui se sont développées et sont devenues des entreprises structurées. Ce sera aussi le cas pour des petites entreprises qui conserve un bail commercial à raison de leur activité. À titre d'exemple, nous pouvons citer des entreprises en plomberie chauffage sanitaire ou en menuiseries extérieures nécessitant souvent un show-room à destination de la clientèle. Pour ces métiers spécifiques, le droit au bail aura une valeur importante dans l'acte d'apport puisqu'il aura vocation à drainer une clientèle ayant identifié l'entreprise par l'emplacement du local commercial.

299. Finalement, au-delà du droit au bail, l'élément majeur des biens non amortissables est bien la clientèle de l'entreprise. Le fichier client de l'entreprise ainsi que ses réalisations techniques représentent la véritable valeur ajoutée de l'entreprise. Assurément, la clientèle, récurrente ou non, représente une valeur pour le futur repreneur. C'est sur la base de celle-ci et de ses projets de développements qu'il va bâtir son plan de financement et réaliser (ou non) l'opération de reprise.

300. Ainsi, l'article 151-I octies du code général des impôts dispose que « l'imposition des plus-values afférentes aux immobilisations non amortissables fait l'objet d'un report jusqu'à la date de cession, du rachat ou de l'annulation des droits sociaux reçus en rémunération de l'apport de l'entreprise ou jusqu'à la cession de ces immobilisations par la société si elle est antérieure »³⁰⁶. L'application de cette disposition nous font déduire que les plus-values liées aux immobilisations non amortissables que nous venons d'aborder bénéficient d'un report d'imposition. Elles sont donc provisoirement exonérées via ce report³⁰⁷.

301. Dans les hypothèses citées précédemment (cession, rachat ou annulation des titres reçus en contrepartie de l'apport ou cession du bien apporté à la société si celle-ci est

³⁰⁶ CGI, art. 151-I octies.

³⁰⁷ J. Schmidt, op. cit., tome 1, p.816, §2110.

antérieure), les plus-values en report d'imposition deviennent imposables au nom de l'apporteur³⁰⁸.

302. Ce report d'imposition a pour effet de ne pas faire supporter à l'entrepreneur individuel apporteur une imposition le pénalisant dans son opération. Dans la même logique que pour les droits d'enregistrements, l'objectif est encore de faciliter le développement des entreprises par des mises en société mais aussi de favoriser leur transmission.

303. En outre, ce report d'imposition prend tout son sens en cas de transmission aux enfants de l'apporteur par exemple. La loi de finance rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005 en son article 38 III 2° énonce que « en cas de transmission à titre gratuit à une personne physique des droits sociaux reçus rémunérant l'apport ou de la nue-propriété de ces droits, le report d'imposition est maintenu si le bénéficiaire prend l'engagement d'acquitter l'impôt sur le plus-value à la date où l'un des événements prévus à la phrase précédente se réalise »³⁰⁹. Ainsi, en cas de transmission à titre gratuit, cette disposition précise donc que le report est maintenu en cas de transmission, à titre gratuit, des droits sociaux reçus rémunérant l'apport ou de la nue-propriété des droits visés. Le bénéficiaire doit cependant prendre l'engagement de s'acquitter de l'impôt le cas échéant³¹⁰. Le régime de faveur joue également en cas de successions successives. Toutefois, dans ce cas, l'engagement doit être pris par le ou les bénéficiaires.

304. A titre d'exemple, étudions le cas d'une entreprise familiale de carrelage que nous avons eu à connaître qui fut transmise au fils du dirigeant. Cette dernière est une entreprise qui existe depuis plusieurs décennies et qui est toujours restée dans le giron familial de transmission en transmission davantage comme une sorte de tradition que comme une réponse stratégique à un départ en retraite de l'un de ses dirigeants.

305. Ce repreneur a reçu l'entreprise à titre gratuit mais il souhaitait impliquer ses propres enfants dans l'entreprise. Dans ce cas, nous nous sommes retrouvés dans un cas de figure de transmissions successives à titre gratuit. Ainsi, les petits enfants du donateur initial ont dû eux aussi souscrire le même engagement que leur père. Conformément à la loi de finance rectificative pour 2005 précitée, nous avons cru bon de conseiller au repreneur de

³⁰⁸ D. Gouadain, J. L. Mondon, op. cit., p. 59, §138.

³⁰⁹ L. Fin. Rect. 2005, n°2005-1720, 30 déc. 2005, art. 38, III, 2.

³¹⁰ *Idem*.

transmettre à titre gratuit à ses enfants seulement la nue-propriété des titres et non la pleine propriété. La transmission à titre gratuit de l'usufruit rend inopérant l'application du régime de faveur puisqu'il a, par essence, vocation à être temporaire³¹¹. Ajoutons qu'en l'espèce, il n'y a pas de difficultés particulières tenant au paiement de la plus-value le cas échéant, dans la mesure où les donataires sont les propres enfants et petits-enfants des donateurs initiaux. En effet, il peut survenir des complications dans l'hypothèse où les donataires ne bénéficient pas des revenus de l'entreprise (étant seulement propriétaires de la nue-propriété) leur permettant de s'acquitter de la plus-value³¹². Dans notre schéma nous avons privilégié le désir du repreneur et la nécessité de conserver les fruits tirés des droits sociaux afin de financer des investissements pour l'entreprise.

306. Le report d'imposition des plus-values en cas d'apport d'une entreprise individuelle à une société concernant les biens non amortissables a vocation à alléger le coût fiscal de l'opération mais il ne saurait être complet sans une exonération complémentaire des plus-values sur les biens amortissables (B) qui est bien différente dans son application et qu'il convient donc d'analyser.

B/ L'exonération des plus-values sur les biens amortissables

307. Afin d'apporter davantage de clarté à notre exposé, nous devons tout d'abord définir ce que représente les biens amortissables dans une entreprise. Il s'agit, a contrario des biens non amortissables, des biens corporels appartenant à l'entreprise et étant donc placés dans le compte d'immobilisation du bilan³¹³.

308. L'exonération des plus-values sur les biens amortissables contient une nuance d'importance avec le report d'imposition des plus-values des biens non amortissables. En effet, les plus-values qui sont constatées lors de l'apport de biens amortissables ne sont pas imposées au nom de l'apporteur mais à celui de la société bénéficiaire de l'apport³¹⁴. La société en question devra les réintégrer dans ses bénéfices imposables. La société réintégrera les plus-values en parts égales sur une période de cinq ans voir sur une période

³¹¹Rapp. Sénat, n°129, p.186.

³¹²Revue de droit fiscal n°5, 2 févr. 2005, n° 108, p.277.

³¹³cf. *Infra*.

³¹⁴J. Schmidt, *op. cit.*, p.816, §2111.

de quinze ans pour les éléments se rapportant à des constructions ou des droits y étant attachés.

309. Bien entendu, l'imposition devient exigible lorsque cesse la mise à disposition, au profit de la société, d'un immeuble pour la fraction de la plus-value qui n'a pas encore été imposée³¹⁵. La mise à disposition d'immeubles au profit de la société est très fréquente dans les entreprises de bâtiment dont les dirigeants sont avant tout des « bâtisseurs ». Ceux-ci auront souvent, au cours de leur vie professionnelle, acquis un patrimoine immobilier leur permettant de mettre à disposition pour leur entreprise un immeuble. Il est évident que l'activité immobilière est connexe économiquement de celle du bâtiment. La crise économique de l'année 2008 et ses conséquences sur le secteur sont là pour nous le rappeler. Ainsi, nous serons particulièrement vigilants à l'apport d'immeubles en tant que biens amortissables dans l'apport d'une entreprise individuelle à une société. Dans ce cas, la société doit anticiper et adopter la meilleure stratégie en intégrant, dans son raisonnement, qu'elle sera imposée pour ces plus-values nettes à long terme au taux normal, mais, a contrario, elle pourra amortir le bien objet de l'apport sur la durée précitée. Un bilan coût avantage pourrait être fait entre la fiscalité liée à la réintégration et les amortissements venant en contrepartie. C'est pourquoi M. Cozian souligne que le régime de l'étalement est « avantageux pour les plus-values nettes à court terme mais non pour les plus-values nettes à long terme qui se trouveront imposées au taux normal chez la société »³¹⁶. Par conséquent, l'apporteur peut demander l'imposition immédiate, à son nom, de la plus-value à long terme réduisant d'autant les réintégrations pour la société. Toutefois l'imposition doit être globale et porter sur l'ensemble des plus-values à long terme et non sur une partie de celles-ci.

310. L'entrepreneur réalisant l'opération d'apport dans une optique de transmission à court ou moyen terme aura sans doute intérêt à demander l'imposition globale pour la plus-value à long terme à son nom. Cette technique est, à notre sens, justifiée si les éléments amortissables apportés comprennent une majorité de biens immobiliers. En effet, par suite, une valorisation importante des biens immobiliers risque d'alourdir le schéma financier de reprise du repreneur. Une entreprise n'est-elle pas plus facile à transmettre sans biens immobiliers inscrits à son bilan ? Nous en sommes convaincus. De plus, le cédant pourra toujours conclure un contrat de location des biens visés avec la société. Ce

³¹⁵ D. Gouadain, J. L. Mondon, *op. cit.*, p. 60, §139.

³¹⁶ M. Cozian, *op. cit.*, p. 450, §.1141.

bail aura l'avantage de maintenir une source de revenus supplémentaire pour le cédant sans freiner le plan de financement du repreneur. Notre pratique nous a permis de constater que les établissements financiers sont moins enclins à financer des immobilisations déconnectées de l'entreprise préférant financer des dettes liées directement à l'exploitation.

311. Les stocks occupent une place particulière dans la mise en place du régime de faveur (C). Cette question doit être abordée en ce que les stocks peuvent être très importants dans certains métiers du bâtiment. La menuiserie charpente et certains métiers de second œuvre se concentrant sur les lots techniques sont particulièrement concernés.

C/ La question des stocks dans l'opération d'apport de l'entreprise individuelle

312. Les stocks bénéficient également d'un régime de faveur. Dans la lignée des autres éléments constitutifs de l'entreprise, ils sont concernés par la mise en société sans toutefois représenter un frein à l'opération, n'étant pas constitutifs d'un coût supplémentaire sur le plan fiscal pour l'apporteur.

313. Dans la mesure où ils sont indispensables à la bonne marche de l'entreprise, ils ne sont logiquement pas imposés au nom de l'apporteur si la société bénéficiaire les inscrit à l'actif de son bilan. C'est l'article 151-I b octies du code général des impôts qui énonce cette règle : « les profits afférents aux stocks ne sont pas imposés au nom de l'apporteur si la société bénéficiaire de l'apport inscrit ces stocks à l'actif de son bilan à la valeur comptable pour laquelle ils figurent au dernier bilan de l'entreprise apporteuse »³¹⁷.

314. Ainsi les profits afférents à l'apport des stocks ne sont pas imposés au nom de l'apporteur mais au nom de la société lorsque celle-ci le cède.

315. Le stock étant un véritable outil d'évolution de l'entreprise, il semble logique que son apport ne soit imposé qu'au moment précis où il est exploité. En effet, son exploitation va correspondre, dans le bâtiment, au démarrage de chantiers signés qui vont dégager une trésorerie notamment lors de la phase de recouvrement de la dette auprès du client. Cette dernière va permettre de s'acquitter de l'imposition liée aux stocks et bien sûr offrir à la

³¹⁷ CGI, art. 151-I-b octies.

société une latitude financière quand son besoin en fonds de roulement. En effet, le repreneur n'aura pas à prévoir dans son bilan prévisionnel un apport quant aux stocks. Il sera immédiatement dans une situation favorable pour développer l'entreprise reprise. Dans cette hypothèse, nous insisterons sur l'importance de l'opération d'apport d'une petite entreprise individuelle à une société avant transmission.

316. Cependant, si la solution précédemment expliquée quant aux stocks parait la meilleure pour bonifier la poursuite d'activité, une autre possibilité existe emportant des conséquences différentes pour l'apporteur.

317. En effet, nous avons vu que si la société inscrit à son bilan, à la valeur comptable, les stocks tels qu'ils apparaissent dans le dernier bilan de l'entreprise apportée, la société est imposée à son nom lors de la cession de ceux-ci. Cependant, nous devons souligner que « si la société les inscrit à son bilan à la valeur réelle, dans ce cas, le profit est immédiatement imposé au nom de l'apporteur »³¹⁸.

318. Les stocks sont donc stratégiques pour la poursuite d'activité et doivent être pris en compte sans représenter un frein à l'opération. Notre pratique nous montre que le volume des stocks a tendance à baisser dans les entreprises compte tenu des effets de la crise. Les entreprises préfèrent limiter leur besoins en fonds de roulement en établissant des « flux tendus » de commandes vis à vis de leurs fournisseurs.

³¹⁸ D. Gouadain, J. L. Mondon, *Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises*, Litec fiscal, 2006, p. 59, §137.

Conclusion du chapitre2

319. L'anticipation, entraînant la réorganisation de l'entreprise dans ses aspects juridiques, fait supporter, pour le dirigeant cédant, un coût fiscal. Ce dernier est heureusement maîtrisé par le jeu de régimes dérogatoires et exonératoires portant à la fois sur les droits d'enregistrement et sur les plus-values professionnelles. Entouré de conditions, ceux-ci n'alourdissent pas la charge fiscale du cédant. Ainsi, il peut réorganiser son entreprise, sans conséquence financière.

320. Cette démarche active favorise incontestablement la transmission puisqu'elle permet de placer l'entreprise en position d'être présentée à des repreneurs.

Conclusion du titre 1

321. L'entreprise de bâtiment subit des difficultés récurrentes lors de sa transmission notamment à cause de ses spécificités. Il est indéniable que le mode d'exploitation juridique de l'entreprise joue un rôle sur les recherches de repreneurs et sur les caractéristiques de la cession. L'atout principal du cédant souhaitant transmettre, dans de bonnes conditions, son entreprise est donc une préparation de l'opération. La préparation à la transmission consiste à transformer l'objet qu'il doit céder. La seule difficulté réside dès lors dans l'accompagnement d'une garantie d'actif et de passif née à l'occasion de cette transformation. Particulièrement dans le bâtiment, elle pourra se révéler être un frein à l'aboutissement du projet. La fiscalité n'est en effet pas un obstacle majeur puisqu'elle est particulièrement avantageuse pour le cédant par le jeu de régimes spécifiques.

322. L'anticipation et la préparation semblent donc être les clés de succès d'une bonne transmission. Toutefois, il est également constant que ces actes préparatoires peuvent se révéler insuffisants dans la mesure où une des spécificités de l'entreprise de bâtiment consiste dans des savoir-faire dont la transmission est particulièrement délicate. Ces compétences techniques et connaissances attachées à l'entreprise et aux hommes doivent donc être maintenues pour optimiser la réussite de la transmission (Titre 2).

Titre 2 : le maintien des savoir-faire de l'entreprise de bâtiment

323. Kuan-Tseu, philosophe Chinois, a expliqué à travers un proverbe devenu célèbre l'importance des savoir-faire : « donne à une personne un poisson, elle se nourrira pendant un jour. Apprends lui à pêcher, elle se nourrira toute sa vie ».
324. La transmission d'une entreprise de bâtiment ne saurait se résumer à un transfert de propriété donnant lieu, en contrepartie, à une rétribution financière. Il s'agit bien d'un « passage de relais », de la poursuite d'une aventure, d'un ensemble de rapports et de liens juridiques qui sont poursuivis par le cessionnaire mais qui avaient pris naissance avec le cédant. Cette transition ne doit pas être réalisée de manière brutale et soudaine mais donner lieu à une progressivité permettant au cessionnaire d'acquérir les connaissances lui permettant une meilleure prise en main de l'entreprise. Or, cette dernière sera plus aisée si les savoir-faire détenus par l'entreprise ont été préalablement identifiés et organisés afin d'être eux-aussi transmis. Ce sont les actifs immatériels attachés à l'activité de l'entreprise. Nicolas Binctin souligne que le capital intellectuel est constitutif d'un actif de l'entreprise pouvant faire l'objet d'un apport dans l'entreprise donnant lieu à l'attribution de droits sociaux³¹⁹.
325. Le savoir-faire, peut ainsi être défini comme « la compétence acquise par l'expérience dans les problèmes pratiques, dans l'exercice d'un métier »³²⁰. Le Professeur Mousseron, pour sa part, indique qu'il s'agit « des connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public et non brevetées, et pour lesquelles quelqu'un serait prêt à payer pour en avoir connaissance »³²¹. Le cédant de la petite entreprise de bâtiment, à l'issue de sa vie professionnelle sera ainsi titulaire d'un savoir-faire conséquent.
326. La double qualité du dirigeant de l'entreprise de bâtiment, à la fois gestionnaire et technicien, en fait donc une personne difficile à remplacer. Son profil ne correspond pas toujours avec celui du cessionnaire qui doit pourtant s'identifier à lui au risque de compromettre la transmission. La mobilisation des outils juridiques existants et

³¹⁹ N. Binctin, *Le capital intellectuel*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 2, 2005.

³²⁰ Dictionnaire Larousse.

³²¹ J. B. Mousseron, *Aspects juridiques du Know How*, Cah. dr. entr., 1972, N : 1.

spécifiques à la question de l'accompagnement ou le dévoiement d'autres outils juridiques utilisés comme moyens de transmission des connaissances seront donc la clé d'une reprise efficiente pour le cessionnaire.

327. Les dispositifs d'accompagnement du cédant (Chap. 1) sont donc intimement liés à la conservation des connaissances et savoir-faire de l'entreprise (Chap. 2) puisque les connaissances et compétences détenues par le cédant et l'entreprise interagissent au quotidien dans le fonctionnement de l'entreprise de bâtiment.

Chapitre 1 : les dispositifs d'accompagnement du cédant

328. La petite entreprise de bâtiment se caractérise par une concentration très forte des connaissances entre les mains du cédant. Nous l'avons vu, dans certaines petites entreprises, le dirigeant est à la fois le commercial, le technicien, l'acheteur, le responsable ressources humaines, le responsable du développement ou encore le comptable. Il en découle une parfaite perception de l'entreprise et de son environnement direct au profit du cédant.
329. Il paraît donc indispensable que le dirigeant, devenant cédant au fil du temps, puisse transmettre ses connaissances et savoir-faire, notamment techniques, au repreneur. L'ampleur des connaissances à transmettre s'analyse bien sûr à la lecture du curriculum vitae du repreneur, de son profil personnel et de sa qualité à les appréhender.
330. Une fois ce constat établi, on comprend mieux que l'accompagnement du cédant fasse l'objet d'une négociation importante pour le repreneur. Les candidats cessionnaires sont nombreux à placer comme un postulat l'accompagnement du cédant avant toute discussion sur le prix de cession ou l'analyse des comptes sociaux de l'entreprise cible. C'est pourquoi l'ensemble des intervenants et des conseils lors d'opération de transmission d'entreprise rédigent des clauses d'accompagnement précises contenant les rapports entre repreneurs et cédants ainsi que les souhaits de ces derniers. Ces attentes conjuguées à la situation sociale du cédant et notamment quant à ses droits à la retraite, doivent être analysées car ils commandent aussi à la forme de l'accompagnement.
331. Ainsi, nous distinguerons deux grandes formes d'accompagnement ou de modes de transmission des savoir-faire. Il existe tout d'abord, des régimes spécifiques mis en place par le législateur et des dispositifs existants, adaptés par les praticiens à la transmission des connaissances. Nous nous proposons donc d'étudier les régimes spécialement créés pour transmettre les savoir-faire (Section 1) avant de voir que si ces derniers ne correspondent pas aux souhaits du cédant, le recours à des modes alternatifs de transmission des savoir-faire (Section 2) peut présenter des avantages réciproques pour les parties.

Section 1 : Les régimes spécialement créés pour transmettre les savoir-faire

332. La pérennité d'une entreprise de bâtiment reprise dépend en grande partie de la faculté du repreneur à assimiler les connaissances du cédant. C'est très légitimement, que le législateur s'est penché sur la question, l'érigant en véritable problématique de politique publique, dans la mesure où le maintien des emplois et du tissu économique local dépend de l'existence de ces entreprises locales.
333. Ces dispositifs ont pour but de concilier le départ en retraite de dirigeants, la cession de leur outil de travail et leur « remplacement » par un nouveau dirigeant dans les meilleures conditions.
334. Conscient de cette situation, le législateur a conçu deux régimes spécialement dédié à la transmission du savoir du dirigeant à son cessionnaire. Ces deux dispositifs, relativement différents, répondent à des souhaits particuliers des parties présentes à la cession de l'entreprise.
335. Si la convention de tutorat (§1) a vocation à accompagner le cessionnaire permettant au cédant de transmettre les clés de succès de son entreprise, le cumul emploi retraite (§2) est un dispositif plus général qui entend faire bénéficier les plus jeunes de l'expérience des savoir-faire des seniors tout en offrant à ces derniers des revenus complémentaires

§1 La convention de tutorat

336. La convention de tutorat, née de la loi du 2 août 2005³²² en faveur des petites et moyennes entreprises, est un dispositif qui a évolué avec plusieurs interventions du législateur successives alors même qu'il s'agit d'une expérimentation récente. Le régime juridique actuel est donc différent de sa forme originelle. En effet, l'acte de naissance de la convention est cette loi du 2 août 2005, dite « Dutreil II » qui a été suivi de deux décrets d'applications³²³ et d'une loi modificative du 4 août 2008³²⁴. Ces nouveaux textes sont venus abroger certaines dispositions et préciser le contenu de la loi du 4 août 2005 quant à son application.

³²² Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art.24-I.

³²³ Il s'agit du décret n° 2007-478 du 29 mars 2007 relatif au tutorat en entreprise et du décret n° 2007-479 du 29 mars 2007 portant sur l'attribution de la prime de transmission au cédant d'une entreprise.

³²⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 69-III, 1°.

337. Il faut donc analyser ce régime (A) afin de mesurer l'impact des réformes successives sans oublier d'aborder la fiscalité attachée à la convention (B) dans la mesure où cette fiscalité sera souvent le déclencheur de la mise en place de ladite convention.

A/ Le régime juridique du tutorat

338. La convention de tutorat est née par la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises³²⁵. Initialement, il s'agissait d'une prestation de tutorat signée entre le cessionnaire et le cédant (le tuteur) visant à permettre au cessionnaire de bénéficier de l'expérience professionnelle du cédant en tant que chef de l'entreprise cédée. A la lecture de l'article L 129-1 du Code de commerce, rédigé dans sa forme initiale, à savoir avec la seule indication de la loi du 2 août 2005, la portée de la convention de tutorat était réduite dans son champ d'application. Cet article énonce que « le cédant d'une entreprise commerciale, artisanale ou de services peut, après cette cession et la liquidation de ses droits à pension de retraite, conclure avec le cessionnaire de cette entreprise une convention aux termes de laquelle il s'engage à réaliser une prestation temporaire de tutorat. Cette prestation vise à assurer la transmission au concessionnaire de l'expérience professionnelle acquise en tant que chef de l'entreprise cédée. Lorsque la prestation de tutorat est rémunérée, le tuteur reste affilié au régime de sécurité sociale dont il relevait antérieurement à la cession »³²⁶.

339. En effet, elle n'englobait pas les activités libérales et imposait de liquider ses droits à la retraite pour conclure une telle convention. Nous ne développerons pas ce point concernant l'exclusion des professions libérales au dispositif dans la mesure où notre thème d'étude se limite aux entreprises de bâtiment. Cependant, nous tenions à souligner cet élément comme un argument complémentaire démontrant les caractéristiques restrictives et les limites de la convention de tutorat originelle. Ainsi, par extension, cette règle enfermait la date de cession via l'âge du cédant et notamment l'âge auquel il pouvait valablement liquider ses droits à la retraite. Le dispositif initial s'inscrivait donc dans le cadre d'une cession de l'entreprise lors du départ en retraite du dirigeant. A la question de Monsieur le Sénateur Jean-Pierre Dermeliat, le Ministère des petites et moyennes

³²⁵ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

³²⁶ C. com., art. L 129-1, ancien, loi du 2 août 2005, art. 24-I.

entreprises, du commerce et de l'artisanat et des professions libérales répond que « le futur retraité pourra désormais, lors de la cession de son entreprise et après liquidation de ses droits à la retraite, transmettre au repreneur son savoir-faire particulier au travers d'une convention de tutorat formalisant cette aide ». ³²⁷ La position du législateur était donc bien d'encadrer la convention de tutorat dans une cession de l'entreprise au moment du départ en retraite du dirigeant. En ce sens, le dispositif s'inscrivait dans une démarche d'ensemble visant à soutenir les dirigeants lors de la cession de leur entreprise à l'occasion de leur départ en retraite. Dans la seconde partie de notre étude, nous aborderons les régimes d'exonérations de plus-values de cession lors du départ en retraite du dirigeant de l'entreprise cédée et nous soulignerons que ces régimes ont spécifiquement été créés à cette occasion. Il y a donc une certaine unité de temps qui concentre plusieurs dispositifs légaux ayant comme déclencheur le départ en retraite du dirigeant.

340. Outre ces contraintes, le régime de la convention de tutorat intégrait une prime à la transmission qui a depuis été supprimée ³²⁸.

341. La loi du 4 août 2008, en son article 69 a modifié et amendé le régime juridique de la convention de tutorat permettant « au cédant d'une entreprise commerciale, artisanale, libérale ou de services, après cette cession, de conclure avec le cessionnaire de cette entreprise une convention aux termes de laquelle il s'engage, contre rémunération, à réaliser une prestation temporaire de tutorat. Cette prestation vise à assurer la transmission au cessionnaire de l'expérience professionnelle acquise par le cédant en tant que chef de l'entreprise cédée. Le tuteur reste affilié au régime de sécurité sociale dont il relevait antérieurement à la cession » ³²⁹.

342. Cette loi modificative étend la convention de tutorat aux activités libérales et ne limite plus le régime à une concomitance de ce dernier avec le départ en retraite du dirigeant. Cette modification est la bienvenue si on la rapproche de la récente réforme des retraites qui peut provoquer des décalages de temps dans la liquidation des droits des dirigeants souhaitant transmettre leur entreprise.

343. De plus, il peut être opportun, dans un schéma de transmission, de pouvoir déconnecter la cession de l'entreprise et la liquidation des droits à la retraite du dirigeant.

³²⁷ JO du 23 mars 2006, Sénat, question écrite n° 22376.

³²⁸ cf. *Infra*.

³²⁹ C. com., art. L 129-1.

En effet, les dirigeants de petites entreprises de bâtiment ont quelques fois (souvent) eu une vie professionnelle très remplie et la pénibilité de la tâche doit être intégrée. C'est pourquoi, notre pratique nous montre certains dirigeants « usés » par leur métier et qui souhaitent transmettre avant la liquidation totale de leurs droits à la retraite. Dès lors, en dehors de tout départ en retraite, la convention de tutorat pourra être mobilisée au profit du cessionnaire.

344. Les deux décrets du 29 mars 2007 fixent les modalités d'application de la loi de 2005. Ils ont été, en partie, modifiés à la suite de la loi du 4 août 2008.

345. Concernant le décret d'application relatif au tutorat en entreprise³³⁰, l'article 1^{er} dudit décret précise que « toute personne affiliée au régime de protection sociale visée au titre III du livre VI du code de la sécurité sociale, dès lors qu'elle a cédé à titre onéreux ou gratuit son entreprise individuelle, où la majorité des parts de la société qu'elle possédait en son nom propre ou, en toute propriété ou en usufruit, [...] peut-être le tuteur du cessionnaire d'une entreprise commerciale, artisanale ou de services, au sens de l'article L 129-1 du Code de commerce »³³¹. Nous en déduisons que seuls peuvent être tuteurs le gérant majoritaire d'une SARL, l'associé unique d'une EURL et le dirigeant d'une entreprise individuelle.

346. En pratique, la très grande majorité des dirigeants de petites entreprises de bâtiment dépendront de ces formes juridiques d'exploitation. Il s'agit là des formes sociales les plus souvent rencontrées.

347. De plus, le décret souligne que le tuteur doit être affilié au régime de sécurité sociale des indépendants. Codifié à l'article D. 632-1 du code de la sécurité sociale, cette mesure prévoit que « sont obligatoirement affiliés, en application de l'article L 622-7, aux caisses de base du régime social des indépendants, en ce qui concerne les sociétés dont l'activité est industrielle ou commerciale, les personnes physiques énumérées ci-après : [...] Les gérants de sociétés à responsabilité limitée qui ne sont pas assimilées aux salariés pour l'application de la législation sur la sécurité sociale »³³².

³³⁰ Décret n° 2007-478 du 29 mars 2007 relatif au tutorat en entreprise, JO du 30 mars 2007.

³³¹ Décret 478 du 29 mars 2007, art. 1.

³³² CSS, art. D. 632-1.

348. En ce sens, le dispositif s'inscrit bien à destination des dirigeants d'entreprise qui sont les représentants légaux de l'entreprise cédée et qui ne sont pas salariés dans l'entreprise (les formes sociales ayant un dirigeant relevant des traitements et salaires seront exclus du champ d'application de la convention). Pendant toute la durée de la convention de tutorat, le tuteur restera affilié au même régime social. Cette disposition est d'importance puisqu'elle permettra au dirigeant de cotiser jusqu'à l'obtention de ses droits à la retraite si, toutefois, ses trimestres de cotisations s'avéraient insuffisants, mais elle permet aussi d'éviter de relever de plusieurs régimes de retraite différents au moment de la liquidation des droits et de la reconstitution de carrière de l'assuré.
349. En outre, l'article D. 634-13-2 du code de la sécurité sociale précise que « l'assuré qui cède une entreprise commerciale, artisanale ou de services au sens de l'article L129-1 du Code de commerce s'engage avec son repreneur dans des actions de tutorat définies par convention respectant les conditions prévues par le décret numéro 2007-478 du 29 mars 2007 pris pour l'application de l'article L129-1 du Code de commerce et relatif au tutorat en entreprise bénéficie d'une rémunération à ce titre est autorisé à percevoir ses prestations de vieillesse. Toutefois, la durée maximale de cumul de prestations vieillesse et de la rémunération de tutorat est fixée à douze mois »³³³.
350. Ainsi, dans le cas où, le dirigeant a liquidé ses droits au moment de la cession de son entreprise, ce dernier peut cumuler ses prestations vieillesse et la rémunération éventuelle perçue au titre du tutorat dans une limite de douze mois.
351. Ce délai de douze mois est très raisonnable tant il vrai qu'en pratique un accompagnement plus long n'est pas toujours le gage d'une transmission réussie.
352. En effet, le cessionnaire doit rapidement prendre la direction de l'entreprise et s'affirmer comme le nouveau dirigeant. Une période trop longue d'accompagnement peut causer des situations de tensions sur le plan du management et même psychologiquement entre le cédant, qui a toujours été seul maître à bord, et le cessionnaire qui n'a pas toujours la même vision que ce dernier.
353. A titre de précision complémentaire, il convient d'indiquer que ce délai de douze mois représente un maximum ne devant que très rarement être atteint compte tenu de l'inscription de la démarche dans le cadre d'une petite structure avec notamment un

³³³ CSS, art. D. 634-13-2.

nombre réduit de salariés. Ainsi, la transmission des connaissances et des informations devrait, en théorie, être plus rapide. Cependant, il est vrai que l'omniprésence et la pluralité des tâches du dirigeant rend son domaine de compétence et donc son savoir à transmettre relativement vaste.

354. Enfin, sur ces délais, l'article 4 du décret du 29 mars 2007 ajoute que « la convention de tutorat est conclue au plus tard dans les soixante jours suivant la date de cession de l'entreprise [...] la convention est conclue pour une durée minimale de deux mois. Cette durée ne peut excéder un an, y compris pour les éventuelles dérogations »³³⁴. Ainsi, la convention doit être conclue dans les soixante jours suivant la date de cession et ne peut être inférieure à deux mois ce qui correspond à la double nécessité d'une prise en main rapide de l'entreprise par le cessionnaire et d'une relative exhaustivité dans le contenu de la transmission de ce savoir.

355. A ce propos, le contenu de la convention doit être précis. En effet, l'article 3 du décret du 29 mars 2007 impose que « la convention de tutorat détermine : le contenu des actions à engager par le tuteur envers son cessionnaire [...], les modalités pratiques de réalisations de ces actions et, si nécessaire, les moyens matériels, techniques [...], la durée de la convention, [...], le cas échéant, le montant et les modalités de versement, par le cessionnaire, de la rétribution du tuteur [...] »³³⁵. Le contenu doit couvrir les missions et champs d'intervention du tuteur, les modalités pratiques d'intervention de celui-ci, la durée ainsi que l'éventuelle rémunération de ce dernier. Les précisions du décret quant au contenu de la convention englobent l'ensemble des points essentiels que l'on peut trouver dans un contrat de travail. Pour autant, le tuteur continu de relever du régime des travailleurs indépendants, il ne saurait donc, à notre sens, se prévaloir de la législation en droit du travail dans ses rapports avec le cessionnaire et notamment en cas de litige avec ce dernier. De plus le décret d'application précise qu'il s'agit d'une prestation de services³³⁶.

356. Grâce à cette convention, et notamment aux précisions d'exécution qu'elle contient, l'accompagnement mené par le tuteur est encadré et donc sécurisé juridiquement avec le cessionnaire.

³³⁴ Décret n°2007-478 du 29 mars 2007, JO du 30 mars 2007, art. 4.

³³⁵ *Idem.*, art. 3.

³³⁶ Décret n°2007-478 du 29 mars 2007, JO du 30 mars 2007, art. 2 : « les actions de tutorat constituent [...] une prestation de services.

357. Son régime juridique apparaît donc attractif, mais il convient également de s'intéresser à la fiscalité attachée à ce type de convention (B) afin d'évaluer les éventuelles incitations mise en place par le législateur.

B/ La fiscalité de la convention de tutorat

358. L'article 25 de la Loi du 2 août 2005 précise la fiscalité entourant la mise en place de la convention de tutorat. Le législateur souhaitait encourager le développement de ces conventions par des mesures fiscales incitatives. Ainsi une prime à la transmission était instituée au profit du cédant d'une entreprise qui signait avec son repreneur une convention de tutorat. Cette prime a depuis été supprimée (1°) et remplacée par une réduction d'impôt (2°) qui étend le régime initial et a donc vocation à faire croître le nombre de convention de tutorat. Cette nouvelle incitation fiscale, est-elle génératrice de phénomène déclencheur de la naissance de nouvelles conventions ? La seule incitation fiscale, compte tenu des aménagements opérés par le législateur, peut-elle suffire à s'imposer comme l'outil juridique privilégié de transmission du savoir entre cédant et repreneur ?

1° La suppression de la prime de transmission

359. La loi du 2 août 2005 en son article 25 énonce que « le cédant d'une entreprise assurant la prestation de tutorat mentionné à l'article L 129-1 du Code de commerce bénéficie, sur sa demande, d'une prime de transmission à la charge de l'État ». L'octroi de cette prime est subordonné à la production d'un acte établissant la vente de l'entreprise et de la convention de tutorat conclu entre le cédant et le cessionnaire conformément aux dispositions de l'article L 129-1 du Code de commerce³³⁷.

360. Ce texte avait donc institué une prime à la transmission, sous certaines conditions, au profit du cédant d'une entreprise. Le dispositif de la loi de 2005 favorisait les cédants qui accompagnaient les repreneurs de leur entreprise dans le cadre d'une convention de tutorat. Cependant, le législateur a souhaité étendre le principe desdites conventions à un public plus large que les seuls cédants d'entreprise.

³³⁷ Loi n° 2005-882, du 2 août 2005, JO du 3 août 2005, art. 25.

361. Ainsi, l'article 69 de la loi du 4 août 2008 « de modernisation de l'économie » a abrogé la prime à la transmission en inscrivant une réduction d'impôt au profit du cédant ou d'un tuteur dans un dispositif plus large³³⁸.
362. La prime de transmission a donc été en vigueur dès la loi du 2 août 2005 et jusqu'au 4 août 2008. Elle permettait au cédant d'une entreprise qui accompagnait son repreneur dans la cadre d'une convention de tutorat de bénéficier d'une prime versée par l'Etat. Le décret du 29 mars 2007³³⁹ fixait les modalités d'application du régime.
363. Ce décret précise que le demandeur à la prime doit justifier d'un acte de cession de son entreprise. Cette entreprise, objet de la cession, doit être une entreprise individuelle ou doit concerner la majorité des parts sociales de la propre société du demandeur à la prime. Cette précision est d'importance puisqu'en pratique, la majeure partie des petites entreprises de bâtiment épousent ces formes sociales.
364. Cependant, si le versement de la prime permet, via ces formes juridiques d'exploitation de l'entreprise, de couvrir la quasi-totalité des cédants rencontrés par la pratique, il en est très différent pour l'exigence de l'entrée en jouissance des droits à la retraite des dirigeants.
365. L'article 25 du décret du 2 août 2005 précise à ce sujet que « pour bénéficier de la prime de transmission [...] le cédant [...] doit satisfaire aux conditions suivantes : [...] être entrée en jouissance des avantages personnels de retraite de base auxquels il peut prétendre au titre du régime des professions artisanales, industrielles et commerciales »³⁴⁰.
366. Ainsi, la prime de transmission qui constituait une incitation fiscale permettant de favoriser la transmission des savoir-faire était possible que pour les seuls cédants faisant valoir leurs droits à la retraite.
367. Cette nécessaire liquidation des droits à la retraite de base au moment de la cession posait la même difficulté restrictive de délai dans le régime de la convention de tutorat initial issu de la loi du 2 août 2005. Il y a un effet pervers quant à l'imposition de délais dans le cadre d'une cession notamment concernant une concomitance de date liée à la cession et au départ en retraite du dirigeant.

³³⁸ cf. *Infra*.

³³⁹ Décret n° 2007-479 du 29 mars 2007, pris pour l'application de l'article 25 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises et relatif à l'attribution d'une prime de transmission au cédant d'une entreprise.

³⁴⁰ *Idem*.

368. La seule présence de limites et de conditions d'attribution trop contraignantes rend l'incitation peu séduisante et restreint son champ d'application. Le risque de se trouver face à des cédants souhaitant transmettre avant l'âge de départ en retraite reste important et nuit à la bonne transmission du savoir-faire. Mécaniquement, des cédants seraient tentés de transmettre sans accompagner le repreneur ce qui fragilise le repreneur dans sa phase « d'apprentissage » de nouveau dirigeant à plus forte raison dans une petite entreprise de bâtiment. Le secteur d'activité est en effet très exposé quant à l'importance de l'assimilation des connaissances techniques et l'acquisition des bonnes pratiques du métier exercé.

369. C'est pourquoi, le législateur a supprimé cette prime de transmission. L'article 25 de la loi du 2 août 2005 a donc été abrogé par la loi du 4 août 2008. Il lui a été substitué une réduction d'impôt (2°) favorisant l'accompagnement tout en élargissant son champ d'application.

2° La réduction d'impôt

370. La loi du 4 août 2008, après avoir supprimé la prime de transmission³⁴¹, a élargi et aménagé la réduction d'impôt liée à l'aide apportée auprès de personnes créant ou reprenant une entreprise.

371. Outre l'élargissement de la base d'application de la convention de tutorat par l'absence du lien entre cession et départ en retraite pour le cédant, sa fiscalité incitative a également été modifiée. Est-elle cependant favorable au cas qui nous occupe ? Autrement dit, le cédant d'une petite entreprise de bâtiment a-t-il un intérêt fiscal conséquent à signer une convention de tutorat avec son repreneur ?

372. Le nouveau régime de réduction d'impôt de l'article 200 octies du code général des impôts s'inscrit dans une « réforme plus large du tutorat d'entreprise »³⁴². Il permet à des contribuables d'accompagner des créateurs ou repreneurs d'entreprises à travers une

³⁴¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 JO du 5 août 2008, « [...] l'article 25 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises est abrogé [...] ».

³⁴² Dr. fisc., 14 janv. 2010, n° 2 : *Réduction d'impôt en faveur des tuteurs de chômeurs ou de titulaires des minima sociaux créateurs ou repreneurs d'entreprise* ; Instr. 28 déc. 2009, BOI 5 B-29-09, 4 janv. 2010.

convention signée entre ces derniers. Le dispositif général vise un accompagnement au profit de personnes inscrites comme demandeurs d'emplois qui reprendraient ou créeraient une entreprise. Les contribuables accompagnant ces repreneurs ou créateurs se voient verser un crédit d'impôt de mille euros. C'est l'article 200 octies, 4 du code général des impôts qui pose ce principe : « la réduction d'impôt est fixée à 1 000 € par personne accompagnée »³⁴³.

373. De plus, l'article 200 octies du code général des impôts, issu de la réforme du 4 août 2008 élargit l'application du régime et permet désormais au cédant d'une entreprise d'accompagner le repreneur de son entreprise. Cet article énonce en son 2° que « la réduction d'impôt s'applique également aux contribuables domiciliés en France au titre de l'aide bénévole qu'ils apportent au repreneur de leur entreprise industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, lorsque la reprise porte sur une entreprise individuelle ou sur la majorité des parts ou actions d'une société. Les cédants doivent apporter leur aide pour l'ensemble des diligences et démarches qui doivent être réalisées pour la reprise de l'entreprise. A cette fin, ils doivent produire un acte établissant la cession de l'entreprise et une convention de tutorat conclue avec le repreneur de leur entreprise »³⁴⁴. Dans l'hypothèse d'une transmission, le cédant devra donc produire un acte établissant la cession de l'entreprise et une convention de tutorat conclue avec le repreneur de son entreprise.

374. L'élargissement du régime ne va pas, à notre sens, assez loin en ce qu'il impose que le repreneur soit demandeur d'emploi. Cette exigence exclue dès lors des reprises amorcées par des salariés de l'entreprise cible. Or, ces derniers occupent une place importante dans le cadre de la transmission d'une petite entreprise de bâtiment. Les compétences techniques, dont ils sont détenteurs, sont aussi les garantes d'une reprise dans des conditions favorables.

375. Ensuite, la notion de bénévolat est présente en ce que le droit au crédit d'impôt est subordonnée à l'accomplissement d'un accompagnement gratuit au profit du repreneur de l'entreprise. Cet accompagnement prend la forme de « diligences et démarches qui

³⁴³ CGI, art. 200 octies, 4.

³⁴⁴ CGI, art. 200 octies, 2.

doivent être réalisées pour la reprise de l'entreprise »³⁴⁵. Cette notion de diligences et démarches relativement large a été précisée par le décret d'application du 20 mars 2009³⁴⁶. Ce dernier précise le contenu de la convention conclue. Outre les éléments d'identification des parties, la convention doit décrire les compétences qui seront transmises, le contenu des actions qui seront réalisées par le tuteur ainsi que les éléments d'informations spécifiques à l'entreprise qu'il transmettra.

376. Il s'agit là de recenser ce que nous qualifierons de « clés de réussite du repreneur » qui sont délivrées par le cédant. Ces clés prennent la forme de connaissances techniques et de compétences, devant permettre au cessionnaire une prise en main de l'entreprise dans de bonnes conditions. Une certaine rigueur doit être apportée à la rédaction des conventions de tutorat sur ce plan.

377. La description des actions évitera d'éventuels conflits entre cocontractants dans la mesure où celles-ci dépendent, dans leur étendue, d'une bonne exécution de ladite convention. Elles doivent être suffisamment précises quant à la gestion de leur application et pas trop restrictives pour permettre une interprétation. Elles ressemblent, en ce sens, beaucoup au délicat exercice de définition de l'objet social d'une société, lors de l'élaboration de ses statuts sociaux.

378. De plus, l'octroi du crédit d'impôt lié à cette démarche est encadré par une procédure stricte qui impose, le cas échéant, de reprendre la majorité des parts ou actions de la société reprise. De plus, le tuteur doit produire certaines pièces justifiant de sa démarche d'accompagnement qu'il remet à l'administration fiscale à l'appui de sa demande de crédit d'impôt et qu'il doit conserver jusqu'à expiration du délai au cours duquel l'administration fiscale est susceptible d'exercer son droit de reprise. Outre l'acte de cession de l'entreprise et la convention conclue, un bilan, qui aura été rédigé à l'issue de la convention, est également exigé³⁴⁷. Ces pièces, si elles sont constitutives d'une contrainte administrative forte, « alourdissant » le dispositif, génèrent également une sécurité toute particulière pour le repreneur qui aura une garantie du bon déroulé de l'accompagnement.

³⁴⁵ JCP E, 2009, act. 170 : *Réduction d'impôt en faveur des contribuables apportant leur aide bénévole à des créateurs ou à des repreneurs d'entreprise* ».

³⁴⁶ JO du 26 mars 2009, D. n° 2009-321.

³⁴⁷ Dr. fisc., n° 2, 14 janvier 2010, instr. 14196, *Réduction d'impôt en faveur des tuteurs de chômeurs ou de titulaires des minima sociaux créateurs ou repreneurs d'entreprise*.

379. Nous estimons que le législateur a souhaité encadrer le bénéfice de ce crédit d'impôt à une réelle contrepartie du tuteur dans la qualité de la démarche. Nous nous trouvons au cœur de la nécessité d'un accompagnement de qualité pour le repreneur d'une petite entreprise de bâtiment. L'occasion nous a été donnée, à plusieurs reprises, de constater que les opérations liées à la transmission de connaissances ou de savoir-faire sont des démarches rendues difficiles par les aspects humains. Ces aspects humains prennent tout leur sens dans la mesure où la convention doit être conclue avec une personne physique identifiée comme étant le repreneur y compris dans l'hypothèse où le cessionnaire se trouve être une société dans laquelle une pluralité d'associés serait présents³⁴⁸.
380. Ainsi, les caractères des protagonistes et les visions de développement de l'entreprise peuvent être très différents entre le cédant et le repreneur. Au-delà de l'aspect générationnel, la psychologie des cocontractants doit rentrer en ligne de compte. L'obtention du crédit d'impôt en fin de convention est-il de nature à impacter ces relations humaines ?
381. Selon nous, le montant du crédit est relativement faible dans une situation conjoncturelle pour le cédant ou il aura perçu le prix de cession de son entreprise quelques temps auparavant. Cet élément n'est donc pas de nature à encourager les cédants à signer des conventions de ce type.
382. Ainsi, de la même façon, le législateur ne règle pas la question liée à une mauvaise assimilation par le repreneur des connaissances transmises. La sanction pour le tuteur sera la remise en cause de son crédit d'impôt alors même que la charge de la réussite de la convention ne pèse que sur une seule partie à la convention. Nous nous trouvons dans une situation de déséquilibre contractuel entre les parties. Qu'en serait-il d'un repreneur qui ferait preuve de mauvaise volonté ou d'une nonchalance lors de son « apprentissage ». Une sanction liée à sa propre inexécution aurait été la bienvenue en pareil cas.
383. La faible incitation fiscale, la difficile mise en place de la convention et son exécution, dépendant de facteurs humains, a pour conséquence une insécurité juridique qui ne peut, à notre sens, conduire à la généralisation de ce dispositif. Les souhaits du cédant ne sont également par suffisamment pris en compte avec un régime très - trop- encadré. Dès lors,

³⁴⁸ Cah. dr. entr., n°2, mars 2010, prat. 7, *Le tutorat d'entreprise : aspects fiscaux, étude cahier pratique rédigé par : Infoereg.*

il convient de voir si le régime du cumul emploi retraite (§ 2) peut répondre aux attentes d'un public plus large. La différence fondamentale avec la convention de tutorat que nous venons d'étudier réside dans la recherche de rémunération pour le bénéficiaire du cumul. En effet, la convention de tutorat est basée sur un accompagnement bénévole alors que le cumul emploi retraite répond à une volonté de percevoir des revenus complémentaires à l'occasion du début de la retraite du cédant.

§ 2 Le cumul emploi retraite

384. Le cumul emploi retraite est un dispositif organisé d'emploi à destination des jeunes retraités souhaitant poursuivre une activité professionnelle. Il est apparu comme une évidence d'utiliser ce régime dans le cadre d'un accompagnement post reprise pour une transmission des connaissances techniques auprès du repreneur de l'entreprise cible. L'article L 634-6 al. 1 du code de la sécurité sociale dispose pourtant que « le service d'une pension de vieillesse liquidée au titre des régimes d'assurances vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales et dont l'entrée en jouissance intervient à compter d'un âge fixé par décret en Conseil d'Etat est subordonné à la cessation définitive des activités relevant du ou des dits régimes »³⁴⁹.

385. Le cumul emploi retraite constitue donc une dérogation au principe général de l'exigence de cessation d'activité pour des personnes ayant cédé leur entreprise et faisant valoir leur droits à la retraite. Ce principe général est même étendu aux cas de cession d'entreprise lorsque le cédant est un salarié ou un mandataire³⁵⁰. Ces dérogations au principe général s'expliquent par la volonté du législateur de favoriser le cumul emploi retraite ainsi que des dispositifs similaires consistant à battre en brèche l'idée selon laquelle le départ en retraite est synonyme de fin d'activité professionnelle. En ces temps de crise, où le marché de l'emploi ressent des tensions, cela peut paraître paradoxal. C'est pourquoi le Professeur Mazeaud explique qu'un « départ à la retraite ne se traduit pas nécessairement par une embauche nouvelle, en raison de sureffectifs, ou du fait que tout emploi n'est pas permutable »³⁵¹.

³⁴⁹ CSS, art. L 634-6, al. 1.

³⁵⁰ CSS, art. L 161-22 « le service d'une pension de vieillesse [...] est subordonnée à la rupture de tout lien professionnel avec l'employeur ».

³⁵¹ Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, Domat droit privé, Montchrestien, p. 452, §562.

386. De plus, le cumul emploi retraite présente l'avantage de ne pas remettre en cause les droits liés à la retraite, acquis par le retraité, tout en lui offrant la possibilité d'exercer une activité professionnelle.
387. Ce dispositif de cumul se distingue de la retraite progressive sur un point principal. Il ne permet, pas à l'assuré « d'acquérir de nouveaux droits sur les revenus tirés de l'activité professionnelle »³⁵². Il aura toutefois notre préférence dans le cadre d'un accompagnement à la reprise car la mission du cédant se veut courte, à moyen ou court terme, tout en étant rémunératrice pour le jeune retraité.
388. Le dispositif a évolué sur le plan législatif et a été considérablement assoupli par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 en son article 88³⁵³. Compte tenu de cet assouplissement et de l'harmonisation du régime intervenu, nous traiterons l'ensemble du dispositif sans distinguer les retraités dépendant du régime général et ceux d'autres régimes et notamment ceux étant affiliés au régime des indépendants. En effet, certains dirigeants, même sur des petites structures, peuvent avoir la qualité de salariés selon les choix personnels qu'ils auraient faits pendant la vie sociale de l'entreprise et les modifications et transformations statutaires qui en découlent.
389. Il convient de rappeler brièvement les règles applicables du dispositif initial (A) afin de pouvoir appréhender les assouplissements du cumul emploi retraite (B) permettant de déceler si ces dernières sont de nature à favoriser son développement.

A/ Le dispositif initial

390. Le dispositif initial posait deux restrictions majeures. Elles se concentraient sur un montant maximum de revenus tirés de l'activité professionnelle du retraité et sur une condition liée au lien avec l'employeur précédant la liquidation des droits à la retraite.
391. Le législateur avait prévu que le principe du cumul emploi retraite était possible s'il n'était pas de nature à procurer un revenu supérieur à son ancienne rémunération. Ainsi, concernant le retraité, M. Jacquet précisait que « le cumul de sa pension et de son revenu doit lui procurer un revenu global inférieur à son dernier salaire d'activité, ou inférieur à un pourcentage du plafond de la sécurité sociale s'il est indépendant »³⁵⁴.

³⁵² Romain Thiesset, Gazette du Palais, 4 décembre 2010, n°338, p.11.

³⁵³ Loi n° 2008-1330, 17 décembre 2008, JO du 18 décembre 2008.

³⁵⁴ G. Jacquet, *Le cumul emploi retraite : une réglementation obsolète*, LPA, n°3, 4 janvier 2006, p10.

392. Il faut reconnaître que ces limites n'étaient pas de nature à favoriser l'essor du nombre de cumulants surtout si l'on ajoute à cela un certain nombre d'exceptions³⁵⁵. A cet effet, M. Jacquet liste un certain nombre d'exception au principe général du cumul tel le faible niveau de revenus tiré de l'activité, la concurrence de la retraite progressive, les consultations d'ordre juridique ou autre et les activités artistiques et littéraires.

393. Ces dernières pouvaient générer des freins à la promotion du dispositif. En effet, il nous semble logique de penser que des dispositions simples et claires quant à leur lecture rencontreront plus de succès qu'un régime comportant un nombre d'exceptions et de conditions important et contraignant. La perception de l'opportunité, pour les assurés sociaux, de mettre en œuvre le cumul emploi retraite, doit faire état de manière évidente des différents avantages découlant de l'exercice de ce dernier. Or le régime initial n'incitait pas un nombre conséquent de retraités à cumuler. Deux résistances notables faisaient jour.

394. D'une part, il existait une limite liée au revenu tiré du cumul et de la pension de retraite. La limite de cumul de revenus était davantage marquée pour les non-salariés. En effet, la pension pouvait être versée concomitamment avec l'exercice d'une activité non salariée ne dépassant pas le plafond de la Sécurité Sociale. Cette formule couvrait certes la perte de revenus engendrée par la suspension de la retraite complémentaire mais n'offrait pas, de fait, de revenus complémentaires au retraité. Sur ce point une circulaire du RSI (Régime Social des Indépendants) précise le 16 août 2007 que « la pension de retraite complémentaire attribuée par le régime social des commerçants et artisans est suspendue pendant la durée de reprise d'activité dès lors que celle-ci est de même nature juridique que celle qui était exercée précédemment »³⁵⁶. Les cotisations de la retraite complémentaire étaient appelées régulièrement en cas de reprise d'activité sans ouvrir de nouveaux droits pour les assurés. Ce système réduisait les revenus disponibles des « cumulants » ne les incitant pas à continuer ou à commencer une activité concomitamment à leur retraite.

395. La poursuite d'activité était donc rare au sein de cette catégorie d'assurés. Pour autant, concernant la poursuite d'activité de l'assuré non salarié après la transmission de son

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ Circ. RSI, n°2007-109, 16 août 2007.

entreprise, celui-ci peut y poursuivre une activité pendant six mois sans plafond de rémunération s'il est âgé entre 60 et 65 ans³⁵⁷. Cette exception, est constitutive, à notre sens, d'un déséquilibre. Les publicistes pourraient même aller jusqu'à dire qu'il s'agit là d'une rupture d'égalité entre des assurés sociaux selon le régime auquel ils sont affiliés. Cette particularité a l'avantage d'ouvrir une opportunité, pour le cédant, d'accompagner le repreneur sans minimiser sa rémunération. Le seul écueil à cet axe dérogatoire réside dans sa brève période de six mois. Même s'il faut noter que six mois peuvent paraître suffisant pour que le repreneur apprenne les usages et les « codes » de l'entreprise reprise, cela ne laisse pas de marge de manœuvre au cédant qui souhaiterait accompagner plus longuement le repreneur ou qui aurait des besoins financiers post cession liés à un contexte familial ou personnel particulier.

396. Cette limite quant au montant de revenus perçu lors du cumul est également à aborder pour les assurés issus du régime général. Nous retrouverons ce cas de figure dans certaines formes sociales de société pour lesquelles le dirigeant cédant aurait le statut de salarié. Il s'agit par exemple de dirigeant de société ayant un statut salarié dans des sociétés anonymes ou dans des sociétés par actions simplifiées. Dans ce cadre, ils peuvent être mandataires tout en étant affiliés au régime général.

397. Dans cette hypothèse d'activité salariée, le cumul emploi retraite était également limité, dans son montant. Ainsi, le cumul entre une pension de retraite liquidée au titre du régime général et une activité relevant du même régime (général) n'est possible que si la somme des différents revenus du « cumulant »³⁵⁸ est inférieur au dernier revenu d'activité ayant donné lieu à affiliation à ces régimes de base, antérieurement à la liquidation de ces régimes ou à un plafond fixé à 160% du SMIC³⁵⁹. Le retraité doit donc percevoir moins de revenus que lorsqu'il était en activité. Ainsi, l'esprit même du cumul emploi retraite qui devrait consister à cumuler, retraite et nouvel emploi, afin d'améliorer le pouvoir d'achat du retraité cumulant semble ne pas avoir été retenu par le législateur.

398. Toutefois, ce régime, s'il comportait une limite importante quant aux revenus, offrait aussi des dérogations et des exceptions au principe général.

³⁵⁷ CSS, art. L 634-6-1 et D 634-13-1.

³⁵⁸ Soit l'addition de sa pension de retraite, de sa retraite complémentaire et de son revenu d'activité tiré de son cumul emploi retraite.

³⁵⁹ CSS, art. L 161-22, D 161-2-6 à D 161-2-11

399. Ainsi, le cumul avec d'autres régimes de base était possible. En d'autre terme, un ancien salarié en retraite pouvait cumuler une activité sans limite s'il devenait artisan ou commerçant. De même, un retraité relevant du régime des travailleurs non-salariés pourra réaliser son accompagnement à la transmission des savoir-faire sans limitation s'il devient salarié via un contrat à durée déterminée par exemple. Le retraité avait donc, selon M. Jacquet, la possibilité de « prendre une activité dans un autre régime d'assurance vieillesse avec un cumul entièrement libre »³⁶⁰.

400. D'autre part, la seconde limite résidait dans un délai de six mois qui devait être respecté par le retraité avant de reprendre une activité chez le même employeur. Cela concernait essentiellement les salariés. Le cédant ayant le statut de salarié dans son entreprise en étant dirigeant ne pourra donc pas accompagner le repreneur en vertu d'un contrat à durée déterminée conclu, par exemple, lors de la cession de sa propre entreprise. Mais qu'en était-il d'un contrat de travail signé entre le retraité et une société détenant la société cédée par ce dernier ? Dans l'hypothèse d'un rachat des titres sociaux par une société holding constituée par le cessionnaire, le législateur ne tranchait pas la question de savoir si un contrat de travail avec ladite société devait respecter ou non le délai de carence de six mois. A notre sens, il semblait délicat de s'exonérer du délai de carence par ce biais. En effet, la détention des titres sociaux et les liens capitalistiques et juridiques qui découlent de la filiale sont, à notre sens, suffisamment fort pour ne pas emporter exonération de la condition, par le simple jeu de superposition de société dont le cessionnaire reste, in fine, seul propriétaire de l'ensemble du groupe.

401. En allant plus loin, la question pourrait être de savoir si la société holding est une holding animatrice ou non. En effet, si la holding détient des participations financières dans une filiale mais réalise également des prestations de services de nature administratives, financières ou encore de gestion technique, il s'agit, dans ce cas, d'une société à part entière avec sa « propre activité ». Dès lors, elle est qualifiée d'animatrice. Idéalement, elle devrait même avoir plusieurs clients et pas seulement la société cible. Dans ce cadre, on peut estimer que la conclusion d'un contrat de travail avec cette personne morale pourrait exonérer l'assuré du délai de carence. A l'inverse, une société holding non animatrice, pouvait difficilement contracter avec le dirigeant dans la mesure

³⁶⁰ G. Jacquet, art. préc., LPA, n°3, 4 janvier 2006, p10.

où cette dernière est constitutive d'un simple « écran » entre la cible et elle-même, sans réelle activité économique distincte de la filiale qu'elle détient.

402. Une lecture restrictive du texte pouvait laisser penser, qu'animatrice ou non, le contrat de travail entre l'assuré et la holding était possible dans la mesure où il ne s'agissait pas de la même personne morale et donc pas du même employeur.

403. Cependant, l'esprit de la loi nous impose une certaine prudence et notamment par la nécessité d'attendre six mois pour reprendre un emploi chez son ancien employeur³⁶¹. Cette obligation de délai pesait fortement sur la possibilité de mettre en jeu le cumul emploi retraite lors d'un accompagnement par le cédant du repreneur de son entreprise. En effet, ce sont les six premiers mois de la reprise qui sont capitaux pour le cessionnaire. Dès lors, la transmission des savoir-faire ne pouvait se faire par ce biais et venait peser sur une reprise dans de bonnes conditions et ce tout particulièrement dans les petites entreprises ou dans les cessions ayant fait l'objet d'une cession de fonds de commerce pour lesquelles la question de la holding de reprise ne se posait pas de façon systématique.

404. Tenant compte de ces limites préjudiciables pour les assurés et pour le dispositif en lui-même, le législateur a procédé à une réforme visant à réformer son régime. Ces assouplissements du cumul emploi retraite sont-ils de nature à devenir un accélérateur de la transmission des savoir-faire (B) ?

B/ les assouplissements du cumul emploi retraite, accélérateur de la transmission des savoir-faire

405. Le cumul emploi retraite a fait l'objet d'une réforme d'importance visant à gommer les limites que comportait le régime juridique initial.

406. C'est l'article 88 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009³⁶² qui a assoupli le dispositif du cumul emploi retraite en le libéralisant. Loin d'abroger l'ancien régime, la réforme a fait vivre deux régimes côte à côte.

407. Ainsi, l'ancien cumul emploi retraite coexiste avec le nouveau régime, qui devient beaucoup plus favorable aux assurés si ces derniers remplissent trois conditions

³⁶¹ *Idem*, p11.

³⁶² Loi n° 2008-1330, 17 décembre 2008, JO du 18 décembre 2008.

cumulatives. Cette coexistence s'applique toutefois concernant les seuls volets liés aux ressources et à la limite financière de l'ancien régime.

408. Le cumul emploi retraite « encadré » coexiste donc avec un cumul dit « libéralisé » qui est réservé aux assurés bénéficiant d'une retraite à taux plein entraînant un cumul sans restriction entre la pension d'une part et les revenus tirés de ce cumul d'autre part³⁶³.
409. Pour bénéficier de ce cumul libéralisé, les assurés doivent donc respecter trois conditions cumulatives tenant à leur statut. L'ensemble de ces conditions visent à favoriser l'emploi basé sur un esprit de choix personnel de l'assuré, et notamment quant à la libre reprise d'une activité professionnelle pour les retraités³⁶⁴.
410. La première condition indique que l'assuré doit avoir cessé toute activité professionnelle avec l'employeur³⁶⁵. Dans notre étude, cela sous-entend qu'un dirigeant, ayant opté pour le statut de dirigeant salarié, doit avoir rompu son contrat de travail avec l'entreprise cédée.
411. En pratique, nous trouverons des dirigeants salariés dans certaines entreprises exploitées sous la forme de société anonyme ou de société par actions simplifiées. Même si ces formes sociales sont davantage conseillées, par les praticiens, à des entreprises de taille plus importante, une évolution du choix des formes juridiques d'exploitation a favorisé l'émergence d'une volonté d'opter pour le régime salarié pour un nombre important de dirigeants y compris pour de petites structures.
412. Cette volonté trouve son origine dans un sentiment, ressenti par les dirigeants, du rôle protecteur du régime salarié par rapport à celui de travailleur non salarié. Selon nous, cette idée, si elle pouvait se justifier par le passé, doit aujourd'hui être remise en question tant les dispositifs favorables aux travailleurs non-salariés se sont développés et notamment sur les aspects sociaux. Les contrats entrant dans le champ d'application de la loi dite Madelin renforçant la protection sociale des dirigeants non-salariés tout en permettant une déduction fiscale des primes payées par l'entreprise sur le plan comptable mais aussi la possibilité de souscrire des contrats de retraite complémentaire sont autant de mesures protectrices au service de ces dirigeants.
413. Dans le cadre du cumul emploi retraite, l'assuré ne doit donc plus avoir de lien avec son employeur autrement dit avec lui-même pour que cette condition soit remplie.

³⁶³ I. Mathieu, *Gérer le cumul emploi retraite : les nouvelles règles*, JCP S, 2009, 1249.

³⁶⁴ Gaz. Pal., 12 mai 2009, n° 132, p. 16.

³⁶⁵ *Précisions administratives sur la libéralisation du cumul emploi retraite*, JCP S, 2009, act. 118 ; Circ. DSS/3A, n° 2009-45, 10 févr. 2009.

Gageons que dans le cadre d'une transmission d'entreprise, dont l'accompagnement et la transmission des savoir-faire sont des éléments importants tant pour le cessionnaire que pour le cédant, cette condition sera aisément satisfaite.

414. La seconde condition édicte que les assurés doivent avoir atteint l'âge à partir duquel ils peuvent liquider leur pension à taux plein. Ainsi l'âge de 65 ans sera retenu sauf à justifier d'une durée de cotisation permettant à l'assuré d'être à taux plein sans avoir 65 ans tout en étant âgé d'au moins 62 ans³⁶⁶. Une nouvelle réforme³⁶⁷ semble voir le jour qui allongerait le nombre de trimestres pour bénéficier d'une retraite à taux plein de manière évolutive sur plusieurs générations. In fine, le nombre de trimestres à retenir serait de 172. La question de la pénibilité au travail serait également mieux prise en compte ce qui est de nature à favoriser les dirigeants d'entreprise du bâtiment. Dans notre environnement d'étude, les dirigeants d'entreprises de bâtiment rempliront assez facilement cette condition d'âge et/ou de durée de cotisation car ils sont un nombre conséquent à avoir débuté leur carrière professionnelle relativement jeune, pour certains en apprentissage, ou lors de cursus d'étude plus court que dans d'autres professions.

415. Enfin, la dernière condition impose à l'assuré, pour bénéficier du cumul emploi retraite libéralisé, de liquider l'ensemble de ses pensions personnelles auprès de la totalité des régimes auquel il est affilié tant pour le régime de base que complémentaire³⁶⁸. Cette exigence implique, pour nos dirigeants, de veiller, en amont de l'opération de transmission, à s'appliquer à reconstituer leur carrière de manière précise. Les parcours professionnels sont souvent atypiques et la pratique impose une prudence d'autant que certains dirigeants donnent l'impression d'avoir eu plusieurs « vies » professionnelles. Cependant, même si elle apparaît contraignante d'un point de vue administratif, cette dernière condition pourra être également levée facilement par le dirigeant.

416. Ainsi, ces trois conditions cumulatives nous apparaissent logiques et facilement atteignables. Les limites que connaissait l'ancien régime du cumul emploi retraite

³⁶⁶ Depuis la réforme du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites. Antérieurement, l'âge était fixé à 60 ans.

³⁶⁷ Adoptée à l'Assemblée Nationale le 15 octobre 2013, elle n'a pas encore été votée par le Sénat.

³⁶⁸ *Précisions administratives sur la libéralisation du cumul emploi retraite*, JCP S, 2009, act. 118 ; Circ. DSS/3A, n° 2009-45, 10 févr. 2009.

semblent levées³⁶⁹. Nous pensons, parmi les limites les plus contraignantes de l'ancien régime, au délai de carence de six mois ainsi que la difficulté liée au plafond de ressources. Cette réforme s'inscrit dans une volonté générale du législateur visant à favoriser l'emploi des seniors et à le libéraliser. La délicate réforme des retraites qui a fait l'objet de plusieurs lois successives montre que la durée de cotisations des actifs doit être plus longue afin de pallier aux effets de « baby-boom » devenu « papy-boom ». Cependant, cette exigence pour l'emploi doit veiller à ne pas inciter les assurés à liquider trop tôt leur pension leur permettant de conserver un niveau de vie convenable³⁷⁰.

417. Il convient de souligner que la restriction du plafond de revenus, nous semblait être, un frein pour des cédants ayant cédé leur entreprise et ayant perçu un prix de cession provenant de leur entreprise. Il demeure que nombre d'entre eux souhaitent bénéficier de ressources complémentaires lors de l'accompagnement, en adéquation avec leur rétribution d'ancien dirigeant. Cette situation sera renforcée par des cas de transmissions de petites structures dont le prix de cession sera d'autant plus faible et dont le dirigeant, par son accompagnement, souhaite percevoir ce qu'il peut considérer comme un élément du prix par son savoir-faire. Ainsi, la levée de la limite de revenu sera la bienvenue dans les transmission de petites entreprises pour lesquelles le prix de cession ne représente pas un montant suffisant permettant au dirigeant d'asseoir un niveau de vie équivalent à celui qu'il avait antérieurement à la cession.

418. Ainsi, le cumul emploi retraite « libéralisé » se présente comme un bon outil législatif de transmission du savoir dans les entreprises. Les grands groupes industriels l'ont compris très tôt. A titre d'exemple, EDF a recours à des retraités lors des pics de froid, Louis Vuitton fait appel à des coach pour encadrer des équipes, Alstom a recours à des ingénieurs disposant de compétences rares. Les grands groupes doivent, eux aussi, assurer la transmission des savoir-faire.

419. Cependant, il reste deux difficultés majeures dans l'utilisation du cumul emploi retraite pour l'accompagnement post cession d'une entreprise.

420. D'abord, la cohabitation entre le cessionnaire, nouveau dirigeant soumis à l'obligation de prendre ses marques dans l'entreprise, et le cédant, ancien dirigeant, ayant ses propres

³⁶⁹ F. Taquet, *Les principales dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, JCP E, 2009, 1027.

³⁷⁰ N. Dauxere, *La solution française à l'emploi des seniors*, JCP S, 2009, 1474.

méthodes de travail. Cette « direction » à deux têtes peut poser des difficultés d'ordre managérial.

421. Enfin, il semble nécessaire de limiter l'exercice du cumul dans le temps de manière formelle et contractuelle. En effet, la mise en retraite d'une personne déjà en retraite semble impossible. Dès lors se pose la question de la sortie et de la fin de l'accompagnement sous la forme du cumul emploi retraite. Il semble qu'il existe « un vide juridique » pour une tranche d'âge allant de 60 à 70 ans³⁷¹. En pratique, il convient donc de limiter la durée de l'accompagnement sur une durée fixée, préalablement, dans les accords de cession, afin d'offrir au cessionnaire une visibilité satisfaisante.

422. Ainsi, selon nous, le cumul emploi retraite utilisé dans le cadre de la transmission des savoir-faire lors de l'accompagnement d'un cessionnaire par un cédant d'entreprise devra être limité dans le temps et relativement court. Sa formule dite « libéralisée » semble aboutie pour assurer une bonne transmission.

423. La convention de tutorat et le cumul emploi retraite, s'ils sont deux régimes organisés de transmission du savoir-faire lors d'une opération de transmission sont tout de même différents sur deux points. L'un apporte rémunération au cédant et l'autre est bénévole. La question de la rémunération de l'accompagnement du cédant est une question centrale et récurrente des opérations de négociation lors de la transmission de l'entreprise.

424. Aussi, dans l'hypothèse d'un souhait de rémunération pour le cédant pour son accompagnement, il sera privilégié le cumul emploi retraite. Encore faut-il que le cédant soit en âge de faire valoir ses droits à la retraite. En effet, il existe de nombreux cas de cession d'entreprise dans lesquelles le dirigeant n'est pas en âge de prendre sa retraite mais dans lesquels un accompagnement devra tout de même être mis en place.

425. Le législateur a donc encadré et organisé certains régimes visant à favoriser la transmission des connaissances et des savoir-faire. Ces savoir-faire sont essentiels pour le cessionnaire nouvellement installé et devenu dirigeant de l'entreprise reprise. Entreprise dont il ne connaît pas encore les usages et les « codes ».

426. Ces régimes spécifiques peuvent être utilisés comme des outils au service de l'accompagnement du cédant auprès du cessionnaire. Pour autant, même s'ils demeurent

³⁷¹ E. Beal, *Le retour des retraités fait l'affaire des DRH*, Liaisons Sociales Magazine, janvier 2011, p. 24.

séduisants et efficaces, ils restent des régimes encadrés par l'exigence du respect de conditions strictes.

427. Dès lors, quelle solution offre la législation en vigueur pour un dirigeant souhaitant accompagner le cessionnaire de son entreprise à titre onéreux et ce, sans avoir atteint l'âge lui permettant de liquider sa retraite à taux plein ? La question se posera aussi pour un dirigeant désirant accompagner son repreneur tout en continuant à cotiser lui ouvrant ainsi davantage de droits à titre personnel. Dans ces cas de figure, les régimes législatifs encadrés sont inopérants.

428. Dans ces situations, il convient d'utiliser des modes alternatifs de transmission du savoir-faire (Section 2) permettant au cédant et au cessionnaire d'être garantis quant à leurs objectifs individuels.

Section 2 : Les modes alternatifs de transmission du savoir-faire

429. Il semble opportun d'étudier des modes dits « alternatifs » de transmission des savoir-faire. Ces modes, habituellement utilisés dans d'autres relations juridiques entre acteurs, disposent d'une souplesse, dans leur fonctionnement, favorable à la transmission des connaissances entre cédant et cessionnaire. Il s'agit donc de bâtir « sur mesure » un dispositif favorisant l'accompagnement du repreneur par le cédant ce qui peut prendre des formes diverses sans être cantonné aux seuls régimes spécifiques imaginés par le législateur. Il convient d'étudier le recours au contrat de travail (§1) comme outil naturel de collaboration rémunérée sans omettre d'aborder un mode alternatif de transmission qui occupe une place croissante sur ces questions : le recours au contrat de prestations de services (§ 2).

§1 Le recours au contrat de travail

430. Le contrat de travail présente l'avantage d'encadrer, juridiquement, la relation entre cédant et cessionnaire. Il crée également un lien de subordination qui peut rassurer le cessionnaire lors de la prise en main de l'entreprise. Si le contrat de travail demeure un support majeur lors de la mise en place de l'accompagnement, c'est essentiellement le

contrat à durée déterminée (A) qui sera utilisé en pratique même si le contrat de projet de la loi du 25 juin 2008 (B) présente des innovations qu'il convient d'aborder.

A/ Le contrat à durée déterminée

431. Le contrat de travail à durée déterminée comme outil juridique au service de l'accompagnement du cédant représente des avantages indéniables (1°) mais son formalisme et son cadre légal pose, également certaines limites (2°) alors même que le type et l'essence de la mission d'accompagnement doit justement résider dans une certaine souplesse d'exécution.

1° les avantages du contrat à durée déterminée

432. Le contrat de travail à durée déterminée est un contrat de travail à part entière constituant une exception par rapport au contrat de travail à durée indéterminée qui reste le contrat de travail de droit en commun. Monsieur Louis-Martinod précise que la recherche de la flexibilité et de la politique de l'emploi ont conduit à la création de contrats multiples qui ne sont que des variantes du contrat de travail à durée déterminée. Le législateur et le juge se sont appliqués à tenter d'harmoniser ces régimes coexistants pour les faire tendre vers le contrat à durée déterminée qui lui-même tend vers le modèle du contrat de droit commun qui reste le contrat à durée indéterminée. L'auteur en déduit que le formalisme et le régime légal du contrat de travail à durée indéterminée se retrouve progressivement dans le contrat de travail à durée déterminée³⁷².

433. Ainsi, comme toute exception à une règle générale, le contrat à durée déterminée comporte des conditions strictes d'applications qui sont autant de freins à la mise en place de tels contrats dans le cadre de l'accompagnement du cédant au côté du repreneur. Ces conditions sont issues des règles générales du contrat de travail à durée indéterminée, ainsi, l'accompagnement prendra la forme d'un véritable contrat comportant des droits et des obligations pour chaque partie. La législation du travail sera le cadre légal d'application de ce contrat.

³⁷²N. Louit-Martinod, *l'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, vers un régime juridique harmonisé*, PUAM, 2003.

434. L'accompagnement du cédant, prenant la forme d'un contrat de travail à durée déterminée, devra donc répondre au formalisme exigé par législation du travail.
435. Tout d'abord, il doit être écrit. L'article 1242-12 énonce que « le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut il est réputé conclu pour une durée indéterminée [...] »³⁷³.
436. Le législateur est allé plus loin que le juge quant aux conséquences pour l'entreprise de l'absence d'écrit. En effet, la loi impose un écrit comportant son motif ; à défaut, il est réputé conclu pour une période indéterminée. La jurisprudence, abondante en la matière, exige que le contrat soit écrit et signé par les parties³⁷⁴ ; à défaut, il est réputé à durée indéterminée.
437. Le contrat comportera un certain nombre d'informations tels la durée et le terme, la désignation du poste de travail ou encore la rémunération du salarié. Ainsi, l'article L 1242-12 du code du travail énonce que le contrat doit notamment comporter « la date du terme [...], une clause de renouvellement lorsque celui-ci ne comporte pas de terme précis [...], la désignation de l'emploi occupé [...] »³⁷⁵.
438. Cette exigence de forme a l'avantage d'encadrer l'accompagnement en le formalisant même si elle implique un accord du cédant et du cessionnaire quant à ce contrat et surtout quant à son contenu. Le cédant, qui reste un dirigeant à part entière, même après la cession, peut avoir quelques réticences à signer un contrat de travail qui peut constituer le premier contrat de ce type dans sa vie professionnelle. Cette difficulté d'ordre purement psychologique conviendra d'être levée afin de rassurer le cédant en faisant preuve de pédagogie.
439. Ce contrat, et son formalisme, sont également de nature à sécuriser juridiquement l'accompagnement du cédant et notamment par la description des activités réalisées par ce dernier au sein de l'entreprise. En effet, la rédaction de ce contrat a pour conséquence la mise en lumière des besoins et des attentes du cessionnaire par l'accompagnement. Dans de nombreux cas de transmission, le cessionnaire souhaite un accompagnement sans

³⁷³ C. trav., art. L 1242-12.

³⁷⁴ Cass. soc., 26 oct. 1996, Dubois, RJS, 12/99, n° 1044.

³⁷⁵ C. trav., art. L 1242-12 : « [...] la date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis, la durée minimale pour laquelle il est conclu lorsqu'il ne comporte pas de terme précis ; la désignation du poste de travail en précisant, le cas échéant, si celui-ci figure sur la liste des postes de travail présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés prévue à l'article L. 4154 ; la désignation de l'emploi occupé ou, lorsque le contrat est conclu pour assurer un complément de formation professionnelle au salarié au titre du 2° de l'article L. 1242-3 ; la désignation de la nature des activités auxquelles participe le salarié dans l'entreprise, ;l'intitulé de la convention collective applicable ; la durée de la période d'essai éventuellement prévu ; le montant de la rémunération et de ses différentes composantes, y compris les primes et accessoires de salaire s'il en existe, le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire[...] ».

savoir avec précision ce qu'il attend du cédant. Dans le même temps, le cédant est souvent enthousiaste à accompagner son successeur sans connaître et percevoir ce qu'il doit transmettre à celui-ci, tant ses habitudes de travail, au quotidien, ne mettent pas en lumière les besoins d'un cessionnaire, dont les compétences et l'expérience personnelle, sont différentes du cédant découlant de besoins de « formation » également différents.

440. Ainsi, ce contrat écrit et formalisé est un véritable atout et sa rédaction doit servir de socle à la mission de transmission des connaissances en allant même jusqu'à une description précise de la mission attendue par le cessionnaire. Cela permet de balayer d'éventuels conflits entre les parties laissant ainsi une place très réduite à l'interprétation.

441. Ensuite, le contrat de travail assure une rémunération, fixée à l'avance entre les parties, au profit du cédant. Il existe, par ailleurs, des modes organisés de transmission des savoir-faire, effectuées à titre bénévole ce qui ne correspondait pas toujours à la situation personnelle et patrimoniale du cédant³⁷⁶. La rémunération du contrat de travail s'accompagne de cotisations sociales qui seront les bienvenues pour le cédant en fin de carrière. Cet argument sera d'autant plus important, pour le cédant, compte tenu des réformes successives liées aux retraites qui ont repoussé l'âge légal de départ et allongé d'autant les trimestres de cotisations nécessaires pour bénéficier d'une retraite à taux plein. Ce dernier cotisera quelques trimestres supplémentaires et percevra une rémunération lui permettant de faire valoir ses droits à la retraite dans des conditions plus favorables.

442. De plus, l'article L 1242-2 du code du travail indique « qu'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants : remplacement d'un salarié [...], accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, emplois à caractère saisonnier [...], remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, [...], remplacement du chef d'une exploitation agricole [...] »³⁷⁷.

443. Le recours à un contrat de travail à durée déterminée répond donc à des hypothèses précises pour l'entreprise et ne peut être conclu en dehors de ces champs. Le recours au contrat de travail à durée déterminée nous apparaît donc comme restrictif. Dans le cadre

³⁷⁶ cf. *Supra* : la convention de tutorat doit être bénévole pour entrer dans les dispositifs fiscaux favorables au tuteur.

³⁷⁷ C. trav., art. L 1242-2.

de l'accompagnement à la transmission, la justification du contrat à durée déterminée trouvera sa source dans l'accroissement temporaire d'activité. En effet, la présence du cédant au côté du cessionnaire pendant cette période permet une présentation de ce dernier aux clients et aux fournisseurs de l'entreprise entraînant un rebond de l'activité. Notre pratique montre que la mission commerciale du cédant de l'entreprise de bâtiment est souvent faible en fin de carrière. Le cédant travaille essentiellement sur ses acquis, sa réputation, la qualité des ouvrages précédemment réalisés, sans faire une démarche commerciale accrue.

444. Le cessionnaire aura une vision neuve de l'entreprise souhaitant s'investir dans l'outil de production et rencontrer les clients. Cette stratégie conduit souvent à une augmentation du nombre de commandes et donc à un accroissement de l'activité permettant la signature du contrat à durée déterminée. Cependant, le recours à un contrat à durée déterminée pour le cédant et cet accroissement d'activité sont-ils réellement en corrélation dans la mesure où ce dernier ne va pas produire sur les chantiers ?
445. Sur ce point, la Cour de Cassation est venue préciser, dans un arrêt du 18 février 2003, en sa chambre sociale que « l'employeur n'a pas l'obligation d'affecter le salarié à des tâches directement liées à ce surcroît d'activité »³⁷⁸. Ainsi, le cédant faisant l'objet de ce contrat à durée déterminée, pourra remplir sa mission d'accompagnement, de conseils et de transmission des savoir-faire sans être affecté aux chantiers supplémentaires obtenus grâce au développement commercial mené par lui-même et le cessionnaire.
446. Enfin, le contrat à durée déterminée est conclu, comme son nom l'indique, pour une durée déterminée qui ne peut, par principe, être rompue avant son terme. Cependant, il peut faire l'objet d'une rupture anticipée dans certains cas³⁷⁹. Dans l'hypothèse d'une transmission, nous retiendrons la rupture anticipée initiée avec l'accord des parties au contrat. En effet, ce contrat, pouvant apparaître rigide quant à un terme précis apporte, en réalité, une certaine souplesse dans son exécution si le cédant et le cessionnaire sont d'accords tous deux pour rompre avant son terme. Il pourra se trouver des cas, fréquents, dans lesquels un cessionnaire insistera, lors des étapes de négociations à la reprise de l'entreprise, pour obtenir une durée d'accompagnement relativement longue. Cela reste assez habituel si l'on prend en considération le degré d'appréhension du cessionnaire lors de la prise en main de l'entreprise cible. Cependant, au fil du temps ce dernier pourra

³⁷⁸ Cass. soc. 18 février 2003, Dr. sociétés 2003, 650, obs. Cl. ROY-LOUSTENAU, RJS 5/03, n° 576.

³⁷⁹ A. Mazeaud, *op. cit.*, p. 376, §476.

ressentir la nécessité de devenir autonome en s'affranchissant du cédant pour devenir le seul et véritable dirigeant de l'entreprise. De son côté, le cédant, peut connaître une certaine lassitude dans la gestion, différente, de ce qu'il qualifie comme « son » entreprise même après la cession. Pour ces raisons, d'ordre psychologique principalement, les deux protagonistes peuvent donc être tentés de mettre fin au contrat à durée déterminée avant son terme. Cela représente un avantage dans l'utilisation du contrat à durée déterminée pour l'accompagnement du cédant car il institue une souplesse et une liberté pour les parties.

447. Pour autant cette souplesse implique l'accord des deux parties, aussi devons-nous nous poser la question de savoir ce qu'il advient de l'accompagnement si l'une des deux parties n'est pas en accord avec l'autre. Dès lors, cette souplesse ne se transformera-t-elle pas en limite et d'autres limites ne pourraient-elles pas naître du contrat à durée déterminée dans le cadre de la transmission des connaissances du cédant (2°) ?

2° les limites du régime juridique du contrat à durée déterminée

448. Une des premières limites est posée par le code du travail et tient dans l'entreprise elle-même. Le recours au contrat à durée déterminée pour accroissement d'activité est en effet « interdit dans les six mois qui suivent un licenciement économique »³⁸⁰. Il s'agit pourtant du cas de recours qu'il semble opportun d'utiliser pour l'accompagnement du cédant auprès du cessionnaire. Cependant, des solutions alternatives existent que nous ne rencontrerons, en pratique, que très rarement dans le secteur du bâtiment. Nous pensons aux dispositions de l'article L 1242-5 du code du travail qui précise que ce type de contrat est cependant possible lorsque que ce dernier n'excède pas trois mois et n'est pas susceptible de renouvellement ou encore lorsque cette mesure est imposée par une commande exceptionnelle à l'exportation à condition de consulter les organes représentatif des salariés (comités d'entreprise ou délégués du personnel)³⁸¹. Notre propos portant sur les entreprises de bâtiment, nous ne trouverons, en pratique, que rarement des délégués du personnel, les procès-verbaux de carence lors des élections du personnel sont

³⁸⁰ F. Favennec-Hery, P. Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 3^{ème} éd, p. 405, § 495.

³⁸¹ C. trav., art. L 1242-5.

très courants dans le secteur. De même, les commandes à l'exportation ne se prêtent pas au secteur d'activité.

449. Il conviendra donc de vérifier auprès de l'entreprise reprise qu'il n'y a pas eu de licenciement économique dans les six mois précédant l'opération de reprise répondant ainsi à l'exigence posée par la loi.

450. La seconde limite du contrat à durée déterminée, tient, nous l'avons abordé précédemment³⁸², dans les conditions et les exigences liées à sa rupture. Cette rupture anticipée est possible, partant de l'hypothèse que les parties sont toutes deux d'accords, ce qui constitue dès lors un avantage. Cependant, il convient d'aborder la question selon laquelle les parties ne trouveraient pas d'accord sur le mode et le moment de la rupture ce qui transformerait cet avantage en limite.

451. En effet, le code du travail impose que le contrat comporte un terme précis³⁸³. Le contrat à durée déterminée trouve même son sens dans un terme précis. Une échéance doit mettre fin aux relations contractuelles entre les parties. La Cour de Cassation, en sa chambre sociale, a rappelé dans un arrêt du 16 décembre 1998 qu'une clause permettant aux deux parties ou à l'une d'elle de résilier le contrat, avant le terme de l'échéance, peut d'ailleurs être frappée de nullité par les juges³⁸⁴. Ainsi, si les parties ne peuvent prévoir par écrit une rupture anticipée dans la rédaction du contrat, elles peuvent d'un commun accord rompre le contrat avant terme. Cette rupture sera formalisée par un écrit reflétant « la commune intention des parties »³⁸⁵.

452. Il faudra donc que cédant et cessionnaire soit tous deux d'accord ce qui ne semble pas évident à obtenir. En effet, nous pouvons analyser la situation sous deux cas de figures. Le premier cas est celui dans lequel l'accompagnement se déroule sans difficulté, le contrat ira donc au terme fixé. Le second cas est un cas conflictuel dans lequel la transmission des connaissances et les relations entre cédant et cessionnaire se dégradent. Dans ce second cas, la rupture d'un commun accord se transforme en un frein à l'utilisation du contrat à durée déterminée pour l'accompagnement. Ainsi, dans cette seconde hypothèse, les parties

³⁸² cf *Supra*.

³⁸³ C. trav., art. L 1242-7 : « le contrat de travail à durée déterminée comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion [...], il a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu ».

³⁸⁴ Cass. soc. 16 déc. 1998, *Droit Soc.* 1999, 397, obs. J.L. Karaquillo.

³⁸⁵ D. Jourdan, C. de Bailleul, Cabinet J. Barthélémy et Associés, *Contrat de travail, Du recrutement à la rupture*, Delmas, 7^{ème} éd, p. 1118, § 736.

peuvent, soit, constater avec recul et hauteur, l'échec de leur collaboration et mettre fin, d'un commun accord, au contrat ce qui lui rend toute sa force, soit être confrontée à une rupture anticipée à l'initiative d'une seule partie comportant des sanctions pour celle-ci.

453. La sanction de la rupture anticipée n'est pas la même pour le cédant (salarié) et pour le cessionnaire (employeur). Si l'employeur est à l'initiative de la rupture irrégulière, il devra au salarié à minima « des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations que celui-ci aurait perçues jusqu'au terme du contrat »³⁸⁶. A l'inverse, le salarié dans la même situation, s'expose au versement de dommages et intérêts au profit de l'entreprise si cette dernière établit l'existence d'un préjudice. MM. Péliissier, Auzero et Dockès estiment que cette inégalité de traitement s'explique par l'inégalité de fait entre les cocontractants³⁸⁷. Si nous pouvons adhérer au raisonnement dans un contrat à durée déterminée « classique », il n'en reste pas moins que cédant et cessionnaire sont deux contractants particuliers pour lesquels l'inégalité n'est pas aussi flagrante. Le cédant aura perçu le prix de cession de l'entreprise et le cessionnaire détient un droit à l'accompagnement en vertu d'une clause utilement insérée dans l'acte de cession lui permettant, de fait, de détenir les clés de l'entreprise objet de la reprise. Ainsi, le préjudice pourra être établi plus facilement par l'employeur que dans un cas classique de recours au contrat à durée déterminée. A notre sens, cette situation peut être qualifiée de « rééquilibrage des droits et obligations » dans l'exécution du contrat à durée déterminée et notamment dans les sanctions de sa rupture. Pour autant, il ne faut pas confondre une éventuelle indemnité due au titre de l'inexécution d'une clause de l'acte de cession (clause d'accompagnement) et le contentieux prud'homale qui pourrait analyser les seuls aspects du contrat de travail déconnecté de la reprise de l'entreprise. Dans ce cas, l'employeur cessionnaire n'aura d'autre choix que d'agir contre le cédant et non plus contre le salarié. A l'inverse, le cédant salarié subissant la rupture anticipée, peut à son tour supporter un préjudice notamment dans la nécessité de valider des trimestres de cotisations retraite mais aussi sur le plan financier quant à sa rémunération.

454. Ces éléments mettent à jour des limites quant à la rupture du contrat de travail à durée déterminée utilisé pour l'accompagnement du cédant. C'est donc, l'ensemble du régime juridique qui est mis à mal faisant supporter des risques aux parties. C'est donc en

³⁸⁶ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 25^{ème} éd, p. 381, §323.

³⁸⁷ *Idem*.

poursuivant l'objectif d'une meilleure transmission des savoir-faire et de la volonté de favoriser l'emploi des seniors que le législateur, a fait naître un contrat d'un nouveau type. Ce contrat de projet issu de la loi du 25 juin 2008 (B) constitue-t-il un outil efficace dans le cadre de l'accompagnement du cédant au profit du cessionnaire ou est-ce une fausse bonne idée ?

B/ Le contrat de projet de la loi du 25 juin 2008

455. La loi du 26 juin 2008³⁸⁸ a institué un contrat d'un nouveau type. Il s'agit d'un contrat conclu pour la réalisation d'un objet défini. La mission d'accompagnement du cédant auprès du cessionnaire étant une démarche définie, nous nous devons d'étudier la possibilité pour les parties de signer ce contrat d'un nouveau genre mais dont le régime légal reste celui du contrat à durée déterminée tel que l'article 6 de la loi du 26 juin 2008 le précise³⁸⁹.

456. Ce type particulier de contrat, s'il semble être adapté à la mission d'accompagnement, comporte plusieurs limites qui peuvent venir entraver le bon déroulé de l'accompagnement et le lien entre cédant et repreneur.

457. Tout d'abord, il ne peut être conclu que par des ingénieurs ou cadres. Il sera donc nécessaire que l'ancien dirigeant ait ce statut de cadre. Ce sera souvent le cas si ce dernier cotisait au régime général et était dirigeant salarié de son entreprise. Cela représente la première limite d'importance à la mise en place de ce contrat spécifique. En effet, « cadre ou ingénieur » sont des catégories difficilement identifiables dans l'entreprise de bâtiment. Les seuls salariés ayant ce statut seront ceux cotisant à la caisse des congés des cadres et dont le contrat de travail définira qu'ils sont cadres dans l'entreprise. Mais l'esprit de la loi n'est-il pas de réserver ce contrat particulier à des personnes apportant une plus-value importante sur le plan des connaissances techniques ? Si tel était le cas, nos dirigeants d'entreprises devenant cédants pourraient bénéficier de ce contrat.

458. Ensuite, ce contrat est conclu pour une durée de dix-huit mois au minimum et de trente-six mois au maximum³⁹⁰. Cette exigence de durée minimale est un véritable frein à

³⁸⁸ Loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO du 26 juin 2008.

³⁸⁹ La loi du 25 juin 2008 précise, en son article 6, qu'il s'agit « d'un contrat à durée déterminée ».

³⁹⁰ D. Jourdan, C. de Bailleul, Cabinet J. Barthélémy et Associés, *op. cit.*, p. 105, § 711.

l'utilisation de ce type de contrat dans l'accompagnement du cédant auprès du cessionnaire. En effet, la transmission des connaissances techniques et des rouages de l'entreprise ne doit pas être étendue afin de ne pas porter préjudice au nouveau dirigeant quant à sa prise en main de l'entreprise et son management des salariés. Il nous semble que dix-huit mois représentent un délai trop long pouvant être source de tensions entre les parties.

459. S'il épouse le régime légal du contrat à durée déterminée, sa rupture est particulière en ce qu'elle peut intervenir avant terme. En effet, si, dans le principe, le terme du contrat est la réalisation du projet, l'achèvement du contrat reste incertaine en ce qu'il peut être « rompu au bout de dix-huit mois puis à la date anniversaire de sa conclusion, par l'une ou l'autre des parties pour un motif réel et sérieux »³⁹¹. M. Antoine Mazeaud le qualifie de « flexisécurité »³⁹² en ce qu'il revêt des éléments du contrat à durée déterminée mais aussi des éléments du contrat à durée indéterminée. Nous n'adhérerons pas à cette flexibilité caractérisée par la possibilité d'une rupture avant terme dans le cadre d'un accompagnement du cédant auprès du cessionnaire car le délai de dix-huit mois nous paraît trop long. Nous avons rappelé que l'accompagnement, s'il était essentiel dans la prise en main de l'entreprise par le cessionnaire, ne devait pas concourir à la naissance de difficultés au profit du cessionnaire quant à son affirmation en tant que nouveau dirigeant. A cela se conjugue un effacement progressif du cédant.

460. Ainsi, si le contrat de projet semblait correspondre à une mission précise d'accompagnement et de transmission du savoir, ce délai minimal de dix-huit mois pose une limite de poids. De plus, dans le cas rare d'une volonté commune des parties de mise en place de l'accompagnement pour une durée longue, la rupture anticipée doit l'être pour « motif réel et sérieux ». Cette notion a-t-elle été empruntée aux ruptures « classiques » de contrat à durée indéterminée ou intègre-t-elle d'autres interprétations ? Cette notion favorise indubitablement une insécurité juridique dans la rupture et dans les risques de contentieux pouvant naître entre les parties dans le cas d'un accompagnement conflictuel entre cédant et cessionnaire.

³⁹¹ A. Mazeaud, *op. cit.*, p. 371.

³⁹² Idem.

461. Enfin, ce contrat doit être « autorisé par un accord de branche ou un accord d'entreprise » devant définir certains points visant à protéger le salarié qui conclut ce type de contrat³⁹³.
462. Cette exigence de sécurisation pour le salarié est une source possible de complication dans la mise en œuvre d'un tel contrat.
463. Ainsi, ce type de contrat à durée déterminée institué par la loi du 25 juin 2008, s'il semble être « calibré » pour une mission d'accompagnement, fait naître plus de difficultés, à notre sens, que d'avantages. Sa durée minimale, ses exigences de forme et la qualité des signataires sont autant de freins à son utilisation. Il reste cependant attrayant pour des cas particuliers dans lesquels les limites posées par le législateur seraient acceptées sans réserve par les deux parties et notamment quant à la durée du contrat.
464. Le contrat de travail à durée déterminée demeure, nous l'avons compris, un bon outil au service de l'accompagnement du cédant. Cependant, inscrit dans un cadre légal, il comporte également des limites nous permettant d'estimer qu'un régime juridique engendrant davantage de souplesse permettrait de concilier plus facilement les attentes des deux parties. En ce sens, le recours à un contrat de prestation de services (§2) offrirait la liberté contractuelle d'inscrire dans cet acte « sur mesure » les besoins du cessionnaire tout en tenant compte du statut du cédant et des exigences y afférant.

§ 2 Le recours au contrat de prestation de services

465. L'objectif du contrat de prestation de services est de lier cessionnaire et cédant autour de droits et d'obligations respectives. Le contenu de ce contrat comportera des clauses différentes selon les cas et reflètera donc les attentes des parties. Nous nous attacherons à étudier la qualification juridique d'un tel contrat (A) avant de voir les applications de celui-ci à l'accompagnement du cédant (B) et notamment quant à sa pertinence de mise en œuvre.

³⁹³ D. Jourdan, C. de Bailleul, Cabinet J. Barthélémy et Associés, *op. cit.*, p. 105, § 711. Il est ici précisé que les nécessités économiques répondant à ce type de contrat, les éléments liés au reclassement et aux garanties d'accès au contrat à durée indéterminée dans l'entreprise sont autant d'éléments qui devront être définis dans l'accord de branche ou d'entreprise.

A/ Le régime juridique du contrat de prestation de service

466. L'article 1101 du code civil énonce que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »³⁹⁴.

467. L'origine du contrat de prestation de service trouve donc sa source dans l'obligation « de faire » dont le cédant sera débiteur envers le cessionnaire. MM. Flour, Aubert et Savaux précisent même que cette obligation astreint le débiteur à un « fait positif »³⁹⁵ ou prestation qui peut consister dans l'exécution d'un travail. Le cédant devra donc réaliser une prestation consistant dans l'accompagnement auprès du cessionnaire.

468. Pour autant, le cédant ne sera pas seul débiteur d'obligation puisque ce contrat à vocation à être un contrat synallagmatique, créant des obligations (et des droits) entre les deux parties. Ainsi, ce contrat relèvera du régime juridique du contrat d'entreprise. Ce dernier permet de réaliser des prestations de services diverses qui ne sont pas exécutées via un contrat de travail. Il devra définir avec précision le travail demandé et mettre en avant l'activité réalisée au profit du créancier de l'obligation, le cessionnaire dans notre cas. Les prestations peuvent être variées.

469. La Cour de Cassation, en sa chambre civile, a jugé, dans un arrêt en date du 2 avril 1982 qu'une « partie ayant promis à l'autre de l'assister dans toutes les opérations d'ordre administratif, judiciaire et comptable d'une construction immobilière et de suivre les rapports techniques avec les architectes et les bureaux d'études »³⁹⁶ était constitutif d'un contrat d'entreprise qu'il semble possible, à la lecture de l'objet, de qualifier de contrat de prestation de services. Suivant le même raisonnement, et pour nous conforter dans notre analyse de qualification d'un tel contrat lors de l'accompagnement du cédant, il a également été jugé que la tâche du débiteur de l'obligation pouvait être immatérielle et ainsi purement intellectuelle³⁹⁷.

470. La mission d'accompagnement du cédant regroupe ces critères d'appréciation dans la mesure où elle est immatérielle. Elle consiste dans la présentation des clients et des

³⁹⁴ C. civ., art. 1101.

³⁹⁵ J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, Droit Civil, *Les Obligations, 1 l'acte juridique*, Sirey Université, 14^{ème} éd, p. 30, § 42.

³⁹⁶ Cass. civ. 21 avril 1982, JCP G 1982. IV. 230.

³⁹⁷ Cass. civ. 28 février 1984, Bull. Civ. III n°51.

fournisseurs au cessionnaire. Elle englobe aussi les aspects administratifs et techniques dans une transmission de connaissances visant à acquérir, pour le cessionnaire, les clés et les codes de l'entreprise.

471. La prestation même immatérielle et intellectuelle doit être réalisée avec diligence par le cédant, devenu, dans ce cadre, le prestataire. Cette situation sera renforcée si le contrat est qualifié de « contrat de conseil en gestion ». Les juges pourraient, en effet, être tentés de qualifier ledit contrat en contrat de conseil en gestion. Le cédant effectuant une mission intellectuelle et immatérielle auprès du cessionnaire en organisation, conseil et gestion, et le cas échéant, en orientant les choix du cessionnaire. Une telle qualification ferait toutefois peser sur le cédant une lourde responsabilité puisqu'il impose que le prestataire doit fournir des prestations de spécialistes³⁹⁸.

472. Cette qualification comporte des risques pour le cédant, renforçant d'autant ses obligations. A notre sens, cette qualification ne sera pas et ne doit pas, pour des raisons liées à l'équilibre et à l'esprit du contrat, être retenue. La rédaction du contrat de prestation devra nécessairement faire ressortir cette exigence par une clause liant le juge et les parties. Ainsi, le cédant devra diligenter une mission restant dans un cadre d'accompagnement stricte de par sa qualité d'ancien dirigeant de l'entreprise cédée sans toutefois être un spécialiste de la gestion d'une entreprise de bâtiment.

473. Le support du contrat liant le cédant et le cessionnaire semble donc se rapprocher d'un contrat d'entreprise et plus précisément d'un contrat de prestation de services. Si son régime semble établi, son contenu doit être précis et encadré. En ce sens, la rédaction du contrat, la prise en compte du cédant et les obligations de chaque partie devront refléter la mission spécifique d'accompagnement. Cette question relève de savoir comment appliquer l'accompagnement du cédant au contrat de prestations de services (B).

B/ Le contrat de prestation de services appliqué à l'accompagnement du cédant

³⁹⁸ Voir en ce sens un arrêt concernant la gestion d'une exploitation forestière pour laquelle les juges ont exigés que le prestataire les administre en spécialiste de la gestion forestière et non en « bon père de famille » : CA Paris, 2 décembre 1980, JCP G, 1981. IV. 66.

474. Le contrat de prestation comprendra donc des obligations réciproques entre les parties. D'une part, une obligation de faire, dont le cédant sera le débiteur et le paiement d'un prix correspondant à la prestation dont il sera le créancier et, d'autre part, la réalisation de la prestation dont le cessionnaire sera créancier répondant au paiement du prix dont il sera cette fois le débiteur. Il s'agit ici de mettre en lumière la logique de l'échange économique et donc en droit de la notion de cause de l'obligation. Cette notion de cause de l'obligation pourra être utilisée par les juges pour rééquilibrer le contrat « en faisant tomber les engagements excessifs traduisant un vice structurel »³⁹⁹. Ainsi, la rédaction du contrat ne devra pas faire apparaître le paiement d'un prix anormalement élevé pour une prestation d'accompagnement quantitativement et qualitativement faible. Les juges pourraient requalifier la cause et rééquilibrer le contrat, ce qui, par voie de conséquences ouvrirait la possibilité aux services fiscaux d'exiger des droits, notamment des droits d'enregistrement, éludés correspondant à une partie du prix de cession. La tentation est en effet trop belle de dissimuler une partie du prix de cession dans un contrat de prestation à un prix anormalement élevé qui n'aurait pas été conclu dans la marche normale de l'entreprise et ce pour alléger la fiscalité du cédant au moment de la cession.
475. Le contrat devra donc être rédigé avec soin et le paiement du prix devra correspondre à une prestation quantifiable et véritable faute de quoi les juges pourraient estimer que le paiement du prix est sans cause⁴⁰⁰.
476. La rédaction de ce contrat doit donc être sujette à une attention toute particulière. Le prestataire doit notamment veiller à conduire sa mission en toute indépendance⁴⁰¹. C'est en cela que le contrat de prestation se différencie du contrat de travail. Le cédant devra avoir l'initiative des décisions lors de sa mission, il devra être un conseil pour le cessionnaire sans créer avec ce dernier un lien de subordination laissant à penser qu'un contrat de travail serait né du contrat de prestation. Les parties pourront toutefois limiter ce risque de requalification en liant le juge par l'affirmation que le contrat est un contrat d'entreprise et non un contrat de travail. Cependant, il ne suffit, pas pour les parties, de qualifier ainsi leur contrat. L'exécution du contrat doit faire apparaître, dans les faits et dans la réalité, une indépendance du prestataire vis à vis du donneur d'ordre. Les juges

³⁹⁹ F. X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, 2011, p. 32, § 13.03.

⁴⁰⁰ Voir en ce sens, Cass. civ. 30 mars 1943, DC 1944, 13 note P.L.P. : dans cet arrêt, un prêteur avait stipulé l'octroi d'une commission importante à la charge de l'emprunteur en sus du taux d'intérêt. La cour a estimé que la commission était sans cause dans la mesure où elle ne correspondait pas à un service particulier rendu en contrepartie.

⁴⁰¹ Cass. soc. 29 janvier 1970, Bull. civ. V, p.50.

rechercheront les indices⁴⁰² tendant à établir une indépendance et donc une absence de confusion avec un contrat de travail dissimulé.

477. Le contrat d'entreprise, et dans notre cas, le contrat de prestation de services bénéficie d'avantages conséquents pour le cédant mais aussi pour le cessionnaire et notamment par le jeu de la liberté du contenu qu'il est possible d'insérer dans ledit contrat sans être tenu par la rigueur du régime légal du contrat de travail à durée déterminée.
478. La question de la durée d'exécution et des conditions de rupture pourra être discutée entre les parties librement. La rigidité de la durée maximale du contrat de travail à durée déterminée et de l'encadrement de son renouvellement ne sera donc plus un frein. Il s'agit d'un contrat de prestation dont la durée sera fixée, dans la pratique, par les besoins exprimés par le cessionnaire. Ce dernier exigera un accompagnement plus long s'il se sent fragile sur les aspects métiers de l'entreprise reprise ou s'il devient dirigeant d'entreprise ou attaché à un poste de direction pour la première fois de sa carrière professionnelle. A l'inverse, le cédant pourra lui aussi demander un temps d'accompagnement minimum. Nous serons dans cette situation lorsque le cédant devra cotiser certains trimestres afin d'obtenir une retraite à taux plein par exemple.
479. La rupture du contrat sera également prévue lors de la rédaction de celui-ci. Les éventuelles indemnités de rupture avant terme et les modes de la rupture seront également fixées librement. Nous sortons donc du cadre restrictif du contrat de travail pour retrouver la liberté qu'offre le contrat tenant lieu de loi entre les parties. En cela, l'application de l'article 1134 du code civil précisant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi » trouvera tout son sens⁴⁰³.
480. De plus, comme un avantage par rapport au contrat de travail, la rémunération du prestataire peut faire l'objet d'une discussion entre les parties. Elle conserve une plus grande souplesse que dans le cadre du contrat de travail. En effet, on peut imaginer une rémunération de la mission couplée à un forfait journée de mission rémunérant le cédant selon ses interventions à la demande du cessionnaire. Ce système « à la carte » peut être

⁴⁰² Concernant la recherche d'indices voir par exemple : Cass. soc. 16 décembre 1963, Bull. civ. IV, p. 729 sur la qualité de commerçant, Cass. soc. 2 décembre 1970, Bull. civ. V, p. 557 sur la liberté des horaires et la rémunération selon le travail fourni.

⁴⁰³ C. civ., art. 1134.

favorable aux deux parties. Le cédant ayant une base de rémunération à laquelle vient s'ajouter des journées de missions que le cessionnaire lui commande selon ses besoins. Cela représente un complément de ressources pour le cédant sans enfermer l'entreprise dans une augmentation des charges la première année de la reprise.

481. Enfin, le contrat sera bénéfique aux deux parties si la situation personnelle du cédant est prise en compte. Le contrat d'entreprise devra en effet être conclu entre l'entreprise cible et le cédant. Cependant, ce dernier pourra soit exercer cette nouvelle activité de « conseil » à titre individuel soit immatriculer une nouvelle société dont il deviendra le gérant. Son régime d'assuré social primera le plus souvent sur le choix de la forme juridique d'exploitation. S'il choisit de créer une nouvelle société à cet effet, celle-ci devra comporter un objet social clair et relativement restrictif afin de ne pas entrer en contradiction avec ses obligations de non concurrence qu'il aura souscrit lors de la cession. Une concurrence déloyale exercée contre le cessionnaire, serait en contradiction avec les termes de l'acte de cession et mettrait en danger la bonne marche de la reprise de l'entreprise.

482. Ainsi, le contrat d'entreprise et plus précisément le contrat de prestation de service semble être le compromis idéal afin de réaliser la transmission des connaissances techniques de l'entreprise. Offrant plus de souplesse et de liberté que le contrat de travail, il pourra être façonné selon les souhaits des parties. Il doit cependant être rédigé de manière très précise et respecter un certain équilibre tant dans ses termes que dans son exécution.

483. Les régimes alternatifs à la transmission du savoir du cédant représentent plus qu'une simple alternative aux régimes dédiés et imaginés par le législateur. Dans de nombreux cas, ils seront plébiscités par les parties en présence, notamment, car ils permettent de répondre à des problématiques financières, patrimoniales ou encore d'âge du cédant tout en offrant une souplesse permettant au cessionnaire de prendre en main l'entreprise avec plus de facilité.

484. La transmission des connaissances du cédant, et donc l'accompagnement auprès de son repreneur, est un savant mélange des attentes du cessionnaire et des souhaits du cédant. La prise en compte des aspirations des parties doit donc être au cœur de la

négociation de la cession. L'utilisation de modes de transmissions dits alternatifs, c'est-à-dire non encadré par le législateur, nous semble être la meilleure réponse à un accompagnement réussi. La souplesse qu'ils procurent est de nature à envisager un grand nombre d'hypothèses et de cas particuliers.

Conclusion du chapitre 1

485. En conclusion, la transmission des compétences et des connaissances du cédant sont une clé essentielle d'une reprise d'entreprise optimisée.
486. Le législateur a encadré deux dispositifs principaux ayant vocation à favoriser la mise en place de l'accompagnement. La convention de tutorat et le cumul emploi retraite répondent à des problématiques liées à la transmission de l'entreprise. Ils ont été conçus pour garantir un accompagnement organisé sécurisant juridiquement le cessionnaire et le cédant.
487. Cependant, ces régimes, certes attractifs, sont entourés de conditions strictes d'application. L'utilisation des modes alternatifs de transmission tels que le contrat à durée déterminée et le contrat de prestation de services peuvent devenir des outils au service de l'organisation de cet accompagnement. Si leur vocation première n'est pas de transmettre des compétences et des connaissances, il semble, à notre sens, que bénéficiant d'une souplesse ils peuvent se révéler être des auxiliaires très efficaces à la mise en place de l'accompagnement.
488. Leur souplesse les rend toutefois difficile à mettre en œuvre. Ainsi, selon nous, lorsque cela sera possible, les parties à la cession devront préférer les modes organisés d'accompagnement. Les modes alternatifs doivent donc être la solution à une difficulté particulière qui ne peut être levée à cause de l'obligation de respect des conditions d'application des régimes spécifiques. Ainsi, ces modes alternatifs représentent un recours à la mise en place de l'accompagnement lorsque les modes organisés ne peuvent être appliqués.
489. Evidemment, il serait restrictif de penser que les compétences sont intégralement détenues par le cédant. Même s'il est un acteur clé, les salariés sont également détenteurs de compétences et de connaissances qui doivent être maintenues dans l'entreprise transmise.

490. Il convient, par conséquent, d'identifier des solutions permettant d'assurer la pérennité de ces connaissances. Cela passe par la conservation des connaissances et savoir-faire dans l'entreprise (Chap. 2).

Chapitre 2 : La conservation des connaissances et savoir-faire dans l'entreprise

491. Dans le bâtiment, le cédant est souvent le dépositaire principal des savoir-faire de l'entreprise. Cela est généralement dû à un cédant disposant d'un fort intuitu personae au sein de son entreprise qu'il a façonnée à son image au fil des années. Pour autant, des savoir-faire et des connaissances sont également détenus par des proches collaborateurs du dirigeant. Les chargés d'affaires auront par exemple la connaissance de la typologie de la clientèle entretenant des rapports étroits tant avec les architectes qu'avec les maîtres d'ouvrages. Les membres du bureau d'étude possèdent quant à eux les savoir-faire techniques de l'entreprise. La somme de ces connaissances peut-être un frein à la transmission si le cessionnaire n'a pas la conviction que ces dernières vont demeurer au sein de l'entreprise après le départ du cédant. En effet, les profils et parcours professionnels des repreneurs à ce type d'entreprises sont très variés et beaucoup ne sont pas nécessairement issus du monde du bâtiment. Dès lors, quels ont les outils juridiques permettant de conserver ces savoir-faire avant la transmission de l'entreprise ?
492. Il est nécessaire d'envisager deux stratégies de maintien de ces connaissances qui vont être complémentaires. La première consiste dans un transfert de celles-ci auprès d'un ou plusieurs salariés préalablement identifiés par le cédant comme étant les mieux placés pour devenir réceptacle de ces connaissances. Le processus de l'augmentation de capital est de nature à impliquer financièrement et juridiquement le salarié lui offrant par la même un « challenge » entrepreneurial à relever. C'est un outil juridique permettant de « fixer » durablement le salarié au sein de l'entreprise. La seconde vise à préparer l'ensemble de l'entreprise en favorisant le maintien des compétences dans l'entreprise par une politique volontariste du dirigeant.
493. Ainsi, l'augmentation de capital (Section 1) semble être une réponse adaptée à la mise en place de la première stratégie alors que les outils juridiques permettant la conservation des connaissances techniques dans de l'entreprise (Section 2), étudiés à la lumière des spécificités de l'entreprise de bâtiment, s'inscrivent au cœur de la seconde piste de réflexion.

Section 1 : L'augmentation de capital

494. L'augmentation de capital consiste en une modification du montant du capital social matérialisée, en l'espèce, par une augmentation de son montant. Dans le cas d'une baisse de ce montant on parlera alors d'une réduction en capital. Nous nous intéresserons à une hausse du montant du capital de la société pouvant prendre plusieurs formes. En effet, l'augmentation peut « résulter soit d'apports nouveaux, soit d'une incorporation des réserves, soit d'une incorporation des comptes courants »⁴⁰⁴. Répandues dans le bâtiment, nous aborderons les augmentations de capital dans le seul champ des sociétés à responsabilité limitée sans évoquer les sociétés anonymes et notamment celles faisant appel à l'appel public à l'épargne.
495. Cette opération ressemblant à une simple opération financière est pourtant soumise à un régime juridique encadré. Cette décision d'augmenter le capital social de la société, stratégique pour le dirigeant, revêt un intérêt pour l'entreprise (§1) dans les étapes dites de préparation à la transmission. Cependant, la réalisation technique de l'opération (§2) doit être soulignée ouvrant elle-aussi des choix pour le dirigeant et notamment en tenant compte de la structuration managériale de l'entreprise dans la perspective de sa transmission.

§1 L'intérêt de l'entreprise à l'augmentation de capital

496. L'intérêt de l'entreprise à procéder à une augmentation de capital réside dans une étape de préparation à la transmission de celle-ci. Cette augmentation est un relais visant à favoriser la transmission des connaissances techniques du dirigeant auprès de personnes intégrées à l'entreprise afin que ces connaissances survivent au départ de ce dernier.
497. L'idée est bien entendu de rendre autonome l'entreprise, sur le plan technique, dans la mesure où les candidats repreneurs possédant un profil technique sont rares. Ainsi, les candidats à la reprise seront rassurés de constater que l'entreprise reste productive et opérationnelle si le dirigeant historique n'est plus présent en son sein.
498. La transmission de ces connaissances se trouvera renforcée si les personnes détenant ces connaissances sont directement liées, tant sur un plan juridique que capitalistique, à l'entreprise. Toute la question est de savoir à qui le dirigeant pourra transmettre ses

⁴⁰⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, p. 372, § 818.

connaissances. Il pourra s'agir d'une personne interne étant peut être déjà minoritaire dans la société (A) ou s'il n'y a pas de ressources internes par le recrutement d'un nouveau collaborateur (B).

A/ L'augmentation de capital réservée aux associés existants

499. La répartition et la détention du capital social, et donc du pouvoir, de l'entreprise de bâtiment fait quelques fois état de salariés qui sont intéressés au capital. Même si la grande majorité du pouvoir est détenu par le dirigeant il est fréquent de trouver des participations minoritaires de salariés, soit pour « récompenser » leur investissement dans l'entreprise, soit parce que le dirigeant souhaite se prémunir du départ d'un homme clé. La détention du capital par ces hommes clés est particulièrement attachée à la transmission des connaissances techniques. L'augmentation de capital qui en résulte agira donc comme un outil au service du renforcement du lien entre les associés minoritaires et l'entreprise⁴⁰⁵.

500. Ainsi, l'augmentation réservée aux associés existants consistant dans l'incorporation des réserves ou des comptes courants ne fait pas appel à des associés nouveaux. Or, nos difficultés de transmission des savoir-faire visent bien à s'assurer que l'entreprise survive au départ des associés historiques de celle-ci.

501. Ces différents types d'augmentations de capital ne poursuivent donc pas toutes le même objectif. Par exemple, l'augmentation par incorporation des réserves aura vocation à consolider les fonds propres de l'entreprise visant à « l'essor de l'entreprise sociale »⁴⁰⁶. Il s'agit là d'une démarche de renforcement de la situation de l'entreprise et non pas d'une stratégie visant à sa transmission.

502. Cependant, ce renforcement des fonds propres de l'entreprise offre aux associés minoritaires un nombre de parts sociales plus important tout en renforçant leur implication financière sans pour autant augmenter leur engagement social. Il est nécessaire de rappeler

⁴⁰⁵ Pour approfondir cette question, voir D. Velardocchio, *Les augmentations de capital réservées aux salariés in Les salariés et les opérations sociétaires*, Colloque Aix-En-Provence du 13 mars 1996, PUAM 1996.

⁴⁰⁶ D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd, p. 455, § 898.

que le législateur interdit toute augmentation de l'engagement social lorsqu'il est imposé à un associé même à la majorité des autres associés⁴⁰⁷.

503. Dès lors, la future transmission de l'entreprise s'en trouvera facilitée par le jeu d'une répartition du capital homogène entre le dirigeant et les associés détenteurs des connaissances techniques.

504. L'augmentation de capital social a vocation à modifier les statuts de la société. L'article L 223-30 al.2 s'applique donc : « Toutes autres modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite »⁴⁰⁸. En cela, une majorité représentant au moins les trois quarts des parts sociales est exigée dans la plupart des sociétés à responsabilité limitée⁴⁰⁹. Dans le cas de transmissions d'entreprises, nous aurons souvent à connaître de sociétés créées avant la loi du 2 août 2005. Dans ce cas, la majorité des trois quarts des parts sociales sera nécessaire.

505. En pratique, le dirigeant disposera facilement, à lui seul, de cette majorité des trois quarts. Il aura donc toute latitude pour réaliser son augmentation de capital engendrant, de facto, une hausse du montant du capital social. Les associés minoritaires verront, par le jeu de cette augmentation, la valeur de leur investissement initial décuplé. L'augmentation de capital réservée aux associés entraîne un renforcement de l'attrait, pour les associés minoritaires, à rester dans l'entreprise. Cela constitue donc une technique garantissant leur fidélité, et, offrant par la même, une garantie au repreneur d'une stabilité des cadres techniques de la cible reprise. Cette stabilité s'accompagne logiquement d'une garantie de meilleure transmission des connaissances techniques.

506. L'augmentation de capital réalisée par incorporation des réserves, bénéficie d'un régime favorable quant à la prise de décision en assemblée. Les associés représentant au moins la moitié des parts sociales peuvent prendre cette décision. Cette disposition vise à renforcer les fonds propres des entreprises⁴¹⁰ en dehors de toute problématique de transmission de l'entreprise. Pour autant, selon nous, il s'agit d'un argument favorisant

⁴⁰⁷ C. com., art. L 223-30, al. 5 : « la majorité ne peut en aucun cas obliger un associé à augmenter son engagement social ».

⁴⁰⁸ C. com., art. L 223-30, al. 2.

⁴⁰⁹ Le Code de commerce en son article L 223-30 alinéa 3 exige un niveau de détention de parts sociales limité à un quart des parts sociales lors de la première convocation et un cinquième de celles-ci lors de la seconde pour les sociétés constituées après la loi du 2 août 2005.

⁴¹⁰ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 3^{ème} éd, p. 880, § 1373.

ladite transmission de la société objet de l'augmentation. En effet, un triple avantage vient s'inscrire dans cette opération.

507. Tout d'abord, les hommes clés détenant le savoir et les connaissances techniques seront liés plus fortement sur les plans financiers et capitalistiques. Dans le bâtiment, il peut être judicieux d'intéresser des conducteurs de travaux ou des membres du bureau d'étude intégré à l'entreprise si celle-ci en possède un.
508. Ensuite, le repreneur trouvera une société possédant un capital social plus élevé ce qui, dans le cadre de sa recherche de financement lui facilitera sa demande. Les débiteurs de l'entreprise seront en effet rassurés par un montant de capital social significatif.
509. Enfin, pour le cédant, la fiscalité peut être plus favorable puisque, mécaniquement, et compte tenu d'un capital social plus élevé, le prix de revient des parts sera plus conséquent⁴¹¹. Ce raisonnement reste cohérent en dehors de tout dispositif exonératoire des plus-values de cession.
510. Cependant, force est de constater que même si l'augmentation de capital réservé aux associés n'est pas dénué d'intérêt pour un renforcement des capitaux propres de l'entreprise, notamment par le biais de l'apport en compte courant, ou pour signifier une hausse du capital social rassurant pour le repreneur, elle n'est pas d'un grand secours si les compétences techniques internes sont absentes de l'entreprise.
511. Dans l'hypothèse où les salariés n'auraient pas le profil pour acquérir les connaissances du dirigeant et ne pourraient donc pas devenir des « réceptacles » des savoir-faire, l'augmentation de capital n'aura pas d'effet favorable pour la transmission future de l'entreprise. Les connaissances techniques seront ainsi perdues lors du départ du dirigeant. L'idée de l'arrivée, par voie de recrutement, d'une personne qualifiée pouvant devenir un cadre techniques se fait jour ce qui nous pousse à envisager une augmentation de capital ouverte à des tiers à l'entreprise (B).

⁴¹¹cf. *Infra*.

B/ L'augmentation de capital par l'arrivée d'un nouvel associé

512. Le dirigeant n'ayant pas formé, sur une période de long terme, un salarié susceptible de recevoir les connaissances techniques, que ce dernier détient, devra organiser la transmission de celles-ci avant d'envisager de transmettre son entreprise.
513. Il est donc envisageable de recruter un salarié ayant le profil adéquat pour devenir le « numéro deux » de l'entreprise au côté du dirigeant. Cette personne deviendra une personne ressource sur laquelle pourra s'appuyer le futur repreneur pour les questions techniques.
514. Cependant, le recrutement de ce type de personnel, essentiellement des chargés d'affaires ou des conducteurs de travaux ayant une solide expérience métier, est difficile. Cela est dû à la rareté du profil et des risques de débauchage des entreprises concurrentes au cours de la transmission des savoir-faire. L'outil juridique à la disposition du dirigeant est alors d'impliquer sur les plans financiers et juridiques le salarié en lui ouvrant le capital de l'entreprise.
515. L'augmentation de capital sera dès lors réservée, en priorité, à cette personne ce qui peut poser des difficultés d'ordre juridiques qu'il convient de lever.
516. D'après notre pratique, la société à responsabilité limitée est une des formes sociale la plus répandue dans les entreprises de bâtiment. Nous limiterons nos réflexions sur ce point à cette seule forme sociale. Il s'agit d'une société semi fermée dans laquelle l'*intuitu personae* demeure fort entre associés. L'arrivée d'un nouvel associé est donc logiquement encadrée et réglementée tant par les statuts que par le législateur. Le Code de commerce, en son article L 223-14 édicte que « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte »⁴¹². Le législateur pose donc de manière très stricte la procédure d'agrément à laquelle doit se soumettre le nouvel associé. Cette procédure a vocation à protéger les associés minoritaires garantissant l'*affectio societatis* de la société. Une majorité sera dès lors requise en assemblée générale afin d'agréer le nouvel associé.

⁴¹² C. com., art. L 223-14.

517. L'agrément du nouvel associé emporte également modification des statuts de la société. En ce sens, la lettre de l'article L 223-30 du Code de commerce devra être respectée. Il s'agit donc d'un double vote de l'assemblée générale d'une part, par l'agrément du nouvel associé, et d'autre part, par la modification statutaire en découlant.
518. Ce double vote nous pousse à nous interroger quant à la situation dans laquelle le nouvel associé serait agréé par la majorité des associés⁴¹³ mais où la modification statutaire serait rejetée par un associé. Celui-ci détenant, par exemple, 30% des votes à l'assemblée ce qui ferait entrave à l'exigence d'un vote favorable représentant les trois quarts des parts sociales⁴¹⁴. Dès lors, l'agrément du nouvel associé ne devrait-il pas faire l'objet d'un vote à la majorité des trois quarts des parts sociales afin de gommer le risque de conflit entre ces deux textes législatifs lors de la modification statutaire ? Selon nous, l'opération d'augmentation devrait être envisagée lorsqu'une majorité représentant les trois quarts des parts sociales de la société est acquise. La modification statutaire en découlant n'est qu'une suite logique de l'opération et sera ainsi considérée dans son ensemble et prise dans l'intérêt de l'entreprise.
519. Une autre précaution devra être prise lors de l'augmentation de capital et tenant aux statuts de la société. Ces derniers peuvent comporter une clause de droit préférentiel de souscription au bénéfice des associés déjà présents dans la société⁴¹⁵. La présence d'une telle clause nécessiterait une purge de ce droit préférentiel avant l'augmentation de capital. L'idée étant de la réserver au nouvel associé sans léser les associés minoritaires ne participant pas à l'augmentation. Ces derniers cèderont donc leurs droits de souscription et en percevront, dès lors, le prix à titre personnel.
520. Enfin, il est également nécessaire de vérifier la présence d'un pacte d'associés et son contenu visant à sécuriser juridiquement l'opération d'augmentation de capital. De tels pactes ont en effet tendance à créer « une société à l'intérieur de la société » pouvant devenir une source de complexification des rapports⁴¹⁶ alors même que leur vocation première est de les simplifier en les organisant. Le nouvel associé ne doit pas se trouver au sein d'un conflit entre associés existants.

⁴¹³ C. com., art. L 223-14, al 1.

⁴¹⁴ C. com., art. L 223-30, al 2.

⁴¹⁵ P. Le Cannu, B. Dondero, *op. cit.*, p. 881, § 1373.

⁴¹⁶ C. Champaud, D. Danet, *RTD Com*, 2004, p. 744.

521. En pratique, dans le bâtiment, un grand nombre d'entreprises objet de l'opération, bénéficie d'un dirigeant concentrant la majorité des pouvoirs ayant très souvent un actionnariat familial ou de circonstances. La présence d'un tel pacte reste donc rare.

522. Notre raisonnement part du postulat que la société est dans une situation économique et financière viable. Dès lors, quelle sera la stratégie à adopter si la société est en difficulté ? L'arrivée du nouvel associé devenant de facto le repreneur par le jeu d'une réduction de capital suivi immédiatement d'une augmentation de ce même capital peut s'avérer nécessaire. Communément appelé le « coup d'accordéon », cette opération consacre « l'intérêt social » de la société sur l'autel des droits des associés. En effet, le droit préférentiel de souscription peut se trouver supprimer afin que le repreneur concrétise son montage de « sauvetage ». La Cour de Cassation, dans un arrêt du 18 juin 2002 s'est attachée à la pérennité de l'entreprise érigeant cette dernière comme un « supra droit » par rapport aux droits que confèrent les statuts aux associés⁴¹⁷. Le contrat se trouvant relégué au second plan, le maintien de l'activité et la survie de la société occupant le devant de la scène. La position de la Cour nous semble cohérente en estimant que les statuts de la société sont au service de la personne morale et de l'intérêt social. Ce raisonnement risque d'être, dans les faits, difficile à tenir face au dirigeant d'une petite entreprise familiale pouvant se trouver dans une situation psychologique tendue compte tenu des difficultés de son entreprise.

523. Ainsi, l'augmentation de capital peut prendre plusieurs formes même si, nous l'aurons compris, l'arrivée d'un nouvel associé doit être privilégiée dans notre raisonnement et ce dans l'intérêt de l'entreprise tant les cas de ressources internes seront rares en pratique ou déjà exploité avant la problématique de la transmission. Après avoir balayé l'intérêt global de la mise en œuvre de l'augmentation de capital, sa réalisation (§2) doit être menée de manière précise et notamment quant aux apports qui en découlent.

§ 2 La réalisation de l'augmentation de capital

524. L'augmentation de capital implique l'apport du nouvel associé dans la société. Ce nouvel associé prend un risque financier au même titre que les autres associés de la

⁴¹⁷ Cass. com, 18 juin 2002, RJDA 2002, n° 1038.

société. Il s'agit d'une participation au risque social. Cette participation est caractéristique de l'engagement de s'associer. Cependant, l'apport de ce nouvel associé n'est pas nécessairement constitué de numéraire. En effet, même si l'apport en numéraire (A) est l'apport de la simplicité et du plus grand nombre, le législateur a également prévu que le nouvel associé apporte des biens en nature (B) à la société. L'apport de ces biens répond à des exigences particulières lors de l'augmentation de capital selon qu'ils soient en numéraire ou en nature. Ce sont ces procédures et ces caractéristiques particulières que nous nous proposons d'aborder.

A/ L'apport en numéraire

525. L'apport en numéraire consiste, pour le nouvel associé, à apporter à la société une somme en numéraire à concurrence des titres sociaux qui lui sont attribués lors de l'augmentation de capital. Cette démarche suppose une acceptation par ce dernier, d'une implication financière dans la société. La question financière⁴¹⁸ et les difficultés liées au financement devront être posées avant d'envisager l'opération d'augmentation de capital. En effet, le profil technique du nouvel associé ne correspond pas toujours à celui d'un investisseur ou d'un repreneur disposant d'un apport financier plus confortable. Cela s'explique en partie par le choix du dirigeant, futur cédant, qui concentrera sa recherche vers une personne jeune possédant déjà une expérience, sans être toutefois un futur salarié sénior qui n'offrirait pas, logiquement, une visibilité à long terme au cessionnaire.

526. La réalisation de l'augmentation de capital répond à une procédure stricte que doit respecter la société et ses associés.

527. Tout d'abord, l'article L 223-7 du Code de commerce pose comme principe que « le capital social doit être intégralement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire, à peine de nullité de l'opération »⁴¹⁹.

528. Le législateur impose donc que les parts sociales existantes doivent être entièrement libérées avant de procéder à toute augmentation de capital et donc toute nouvelle souscription. Le non-respect de cette règle emporte une sanction très forte qui est la nullité de l'opération. Dans la pratique, le gérant de la société appellera les fonds des associés

⁴¹⁸ cf *Infra*.

⁴¹⁹ C. com., art. L 223-7.

n'ayant pas encore libéré la totalité de leur apport afin que ces derniers versent, dans la caisse sociale, l'intégralité de leur apport initial. Toutefois, qu'en sera-t-il de la sanction pour un associé n'ayant pas versé les sommes demandées ? La seule réponse juridique à ce type de difficulté tient essentiellement dans une sanction financière pour l'associé défaillant.

529. L'article 1843-1 du code civil dispose que « l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu »⁴²⁰.

530. L'associé devient dès lors le débiteur de la société en intérêts de retard tout en s'exposant à des dommages et intérêts. Il n'existe donc pas de contrainte plus forte qu'une sanction financière pour l'associé ce qui a pour conséquence d'affaiblir les pouvoirs du gérant et de l'assemblée au profit de la liberté individuelle de chaque associé. Cela constitue une limite conséquente dans l'hypothèse où un associé minoritaire serait opposé au schéma de transmission ou au principe même de l'opération.

531. En cela les droits des associés se trouvent renforcés et notamment leurs droits individuels. La Cour de Cassation a d'ailleurs considéré, dans un arrêt du 28 novembre 2001, « qu'un associé ayant libéré intégralement son apport n'emporte pas, de facto, l'obligation pour les autres associés de libérer le leur »⁴²¹.

532. Ce renforcement fragilise l'opération d'augmentation de capital insufflant de l'insécurité juridique par le jeu d'un associé minoritaire qui pourrait retarder la démarche en supportant le coût financier de son refus. Le gérant n'aurait d'autre choix que d'introduire une instance visant à obtenir la libération des parts sous astreinte. L'opération serait alors suspendue à la décision de justice ce qui est de nature à la retarder de manière substantielle.

533. Ensuite, nous observons qu'à la différence des parts lors de la constitution de la société, les nouvelles parts faisant l'objet de l'augmentation de capital doivent être entièrement libérées⁴²². Cette réponse ministérielle nous éclaire sur ce point, à l'endroit duquel le législateur reste flou. Le Code de commerce fait référence à l'augmentation de

⁴²⁰ C. civ., art. 1843-1.

⁴²¹ Cass, civ., 28 nov. 2001, Bull. civ III, n°140, D 2002:

⁴²² JO du 14 juillet 2003, rép. Dubernard, Déb AN quest. P. 5684.

capital en son article L 223-23 en indiquant que « en cas d'augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire, les dispositions du dernier alinéa de l'article L 223-7 sont applicables »⁴²³. La souscription de parts fait l'objet d'un simple renvoi à une disposition concernant la libération des fonds sans englober l'intégralité de celle-ci⁴²⁴. Ainsi, l'article L 223-32 renvoi à la libération des apports codifiée à l'article L 223-7 mais seulement pour le dernier alinéa. A contrario, nous pouvons estimer que la libération des parts créées lors de la souscription ne bénéficient pas du délai de cinq années pour être libérées mais doivent l'être dans leur intégralité et sans délai. Cette hypothèse est confirmée par la réponse ministérielle que nous avons citée précédemment. Ces dispositions renforcent l'équilibre futur entre associés anciens et nouveaux et permet une meilleure visibilité de la capitalisation de l'entreprise et notamment vis-à-vis des tiers.

534. De plus, nous devons aborder la question relative au droit préférentiel de souscription⁴²⁵ et à la prime d'émission. Ayant déjà abordé le droit préférentiel de souscription, nous concentrerons notre propos sur la prime d'émission.

535. Cette prime d'émission a vocation à renforcer les droits des associés existants lors de l'augmentation de capital. Le nouvel associé versera, dans la caisse de la société, un complément en sus de la valeur nominale des nouvelles parts créées. Ce complément est qualifié de prime d'émission. Il garantit des droits à l'ensemble des associés, nouveaux et anciens, proportionnellement à leur part dans le capital. Cette technique est courante dans les cas de réserves inscrites au passif du bilan de la société objet de l'augmentation.

536. Enfin, l'augmentation de capital est rendue définitive lorsque les fonds sont versés, en numéraire, par le nouvel associé souscrivant à l'opération sur un compte bancaire spécifique dit « d'augmentation de capital à réaliser ». Cette procédure ressemble au formalisme de la constitution de société et du dépôt des fonds sur « un compte de dépôt » correspondant à l'apport en numéraire constitutif. La procédure a aussi vocation à favoriser les tiers qui se voient offrir, à cette occasion, une garantie renforcée. En effet, le montant du capital social de la société est le reflet de la santé financière de celle-ci. Cela est d'autant plus vrai dans le bâtiment où les effets de la crise économique ont fragilisé

⁴²³ C. com., art. L 223-32.

⁴²⁴ C. com., art. L 223-7 al. 1 : « [...] le capital social doit être entièrement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire, à peine de nullité », dernier al. : « les fonds provenant de la libération des parts sociales sont déposés dans les conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'Etat ».

⁴²⁵ cf *Supra*.

l'équilibre et les rapports des entreprises avec leurs fournisseurs, ces derniers devenant de plus en plus prudent.

537. Ainsi, un encadrement strict de l'opération d'augmentation de capital améliore la transparence et rend toute opération litigieuse difficile. A titre d'exemple, il a été jugé que le gérant d'une société utilisant les fonds, normalement affectés à une augmentation de capital, dans un autre but commet un abus de confiance sanctionné sur le plan pénal⁴²⁶. Les fonds déposés sont d'ailleurs débloqués par un mandataire de la société ayant le pouvoir de retirer lesdits fonds. La responsabilité du banquier peut également être engagée en cas de déblocage de fonds sans vérification tant des pouvoirs du mandataire que de la clôture de l'opération⁴²⁷. L'intérêt social de la société impose une charge pour le dépositaire des fonds qui l'implique, dès lors, dans l'opération, en devenant le « vérificateur », « l'approbateur » définitif de l'augmentation. En allant dans le sens du raisonnement de l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes précité, il nous semble que cette charge est trop importante pour le seul dépositaire et que les greffes des tribunaux de commerces ont aussi un rôle plus important à jouer lors de ces opérations. Ces derniers pourraient avoir une démarche active renforcée en opérant des contrôles plus strictes lors de l'augmentation.

538. Enfin, l'augmentation de capital par apport en numéraire se finalise par l'enregistrement de l'acte constatant celle-ci. Cet enregistrement doit avoir lieu auprès des services fiscaux dans le mois suivant sa date de réalisation⁴²⁸. Cependant, et à titre de précision, l'augmentation est considérée comme réalisée à la date de l'assemblée générale la constatant et non à la date d'enregistrement. Notons enfin, qu'un droit fixe sera perçu lors de cette démarche.

539. Si l'augmentation de capital par apport en numéraire reste la plus simple et la plus courante à réaliser, il n'en reste pas moins qu'elle implique que le nouvel associé apporte des fonds à l'entreprise. Or, dans notre schéma de transmission des connaissances techniques de l'entreprise, nous ne ciblons pas nécessairement un profil d'associé

⁴²⁶Cass. crim., 9 janv. 1980, Bull. crim. n°14.

⁴²⁷ CA Rennes, 11 avr. 1996, Gaz. Pal. 1997, J. 178.

⁴²⁸ CGI, art. 635 : « doivent être enregistrés dans le délai à compter de leur date : [...] les actes constatant la formation, la prorogation, la transformation ou la dissolution d'une société, l'augmentation, l'amortissement ou la réduction de son capital ».

financier mais bien une personne ayant des compétences techniques dans le métier. Ainsi, il ne sera pas rare d'avoir recours à des apports en nature (B), le nouvel associé apportant à l'entreprise des biens pouvant servir l'outil de production.

B/ L'apport en nature

540. L'apport en nature peut trouver sa source dans deux cas de figure principalement.

541. Dans la première hypothèse, le nouvel associé ne dispose pas de fonds en numéraire disponible mais détient du matériel qu'il entend apporter à la société. Dans ce cas, le futur cédant facilite l'entrée au capital du nouvel associé en levant la barrière financière. Cet apport devra toutefois être fait dans l'intérêt social de la société.

542. Le second cas de figure est celui dans lequel le nouvel associé est un exploitant qui exerce déjà le métier du cédant et qui dispose de matériel faisant défaut à la société pour certains marchés de travaux. Il peut s'agir de certains engins en travaux publics, des camions spécifiques ou des grues en maçonnerie gros œuvre. Le futur cédant, souhaitant transmettre son savoir-faire, et le nouvel associé, poursuivant l'objectif d'un développement de son activité, auront donc tous deux un intérêt à se regrouper dans la même structure juridique.

543. Le cas échéant, il conviendra de vérifier que l'apporteur a respecté les règles liées à son régime matrimonial et que les droits de son conjoint ont été préservés. Cette purge de droits est essentielle car elle doit permettre à la société de jouir paisiblement de l'apport en nature ainsi réalisé.

544. La difficulté de l'apport en nature, lors de l'augmentation de capital, demeure dans la valorisation dudit apport et des droits sociaux en découlant pour l'apporteur. Cette valorisation emprunte le quasi même formalisme que la procédure de l'apport en nature lors d'une constitution de société. En effet, le Code de commerce, dans ses dispositions relatives à l'augmentation de capital par apport en nature, renvoi aux dispositions concernant les apports en nature lors de la constitution de la société. Ainsi, sur la constitution de société, le Code de commerce, en son article L 223-9 dispose que « les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi par un commissaire aux apports [...] lorsqu'il n'y

a pas de commissaire aux apports [...] les associés sont solidairement responsable pendant cinq ans à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution »⁴²⁹. Pour l'augmentation de capital, le Code de commerce énonce en son article L 223-33 que « si l'augmentation de capital est réalisée, soit en totalité, soit en partie par des apports en nature, les dispositions de l'article L 223-9 sont applicables »⁴³⁰.

545. Ainsi, un commissaire aux apports est désigné par les associés de la société. Sa mission sera de procéder à la valorisation des apports en nature et d'établir un rapport en ce sens⁴³¹. La désignation et le recours au commissaire paraît simple lors de la constitution de la société dans laquelle l'*affectio societatis* est fort et ou l'intérêt social très présent. Toutefois, il n'en est pas de même pour l'augmentation de capital dans laquelle des associés minoritaires seraient opposés à l'opération. Un nouveau blocage peut intervenir lors de cette désignation entraînant la désignation du commissaire, par le juge, à la demande du gérant. Cela implique une procédure judiciaire et est donc constitutive, à notre sens, d'un nouveau frein à l'opération au moins dans sa dimension temporelle. En effet, alors que la présence du commissaire aux apports est facultative pour des apports n'excédant pas 7 500 € lors de la constitution d'une société à responsabilité limitée, elle est rendue nécessaire dès le « premier euro » pour l'augmentation de capital. Toutefois, le commissaire aux apports peut ne pas être désigné par les protagonistes de l'augmentation ou la valeur proposée par ce dernier peut ne pas être retenue par ceux-ci. Cette « déconnexion » du rapport du commissaire n'entraîne pas la nullité de l'opération mais une responsabilité accrue des associés⁴³² et notamment de celle du gérant de la société bénéficiaire de l'augmentation. Ainsi, il a été jugé, par la Cour d'Appel de Versailles, le 25 octobre 1990 que « la responsabilité du gérant pourra être engagée à hauteur de la valeur attribuée aux apports si l'opération d'augmentation de capital n'a pas fait l'objet d'une désignation de commissaire aux apports ». Le Code de commerce renforce cette position en précisant que « lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, le gérant et les personnes ayant souscrit à l'augmentation de capital sont solidairement responsables

⁴²⁹ C. com., art. L 223-9.

⁴³⁰ C. com., art. L 223-33.

⁴³¹ C. com., art. L 223-33 : « les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport établi annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports [...] ».

⁴³² CA de Versailles, 25 oct. 1990, Bull. 1991, 76.

pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée auxdits apports »⁴³³. Le gérant et le nouvel associé seront donc solidairement responsables pendant une durée de cinq années à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports. Il y a donc un risque, notamment dans le bâtiment, sur le terrain d'une valeur nette comptable, pour une grue par exemple, qui peut avoisiner l'euro symbolique alors qu'en pratique, un tel matériel peut encore être utile à l'entreprise pendant de nombreuses années. Il conviendra donc de se référer à une valeur « argus » du matériel d'occasion afin de limiter la responsabilité des futurs associés.

546. Un formalisme est nécessaire à l'accomplissement de l'augmentation. Les apporteurs, dans notre cas, le nouvel associé, d'une part, et le bénéficiaire, c'est-à-dire le futur cédant, d'autre part, devront mettre en place un contrat d'apport qui précisera notamment, la nature des apports, leur évaluation et le montant de l'augmentation de capital. Ce formalisme a vocation à garantir les droits des associés minoritaires de la société objet de l'augmentation et à informer les tiers⁴³⁴. Cette préservation de droits politiques au sein de la société nous renseigne sur des freins à l'augmentation si des associés minoritaires étaient opposés à l'augmentation. Ils disposeraient dès lors, d'outils juridiques pour retarder, freiner ou empêcher l'augmentation. En effet, l'augmentation revêt un caractère extraordinaire dans le sens des délibérations de l'assemblée générale statuant sur l'ensemble de l'opération. Cette décision extraordinaire approuvera l'apport, décidera d'augmenter le capital en conséquence, agréera les nouveaux associés et modifiera les statuts de la société. Il semble évident que les difficultés provenant des associés minoritaires peuvent provenir principalement du choix du nouvel associé tant par son profil que par un choix établi par le gérant sans concertation avec l'ensemble des associés.

547. Ainsi, l'augmentation de capital par un apport en nature doit, à notre sens, être réservé à des cas de société dans lesquels le pouvoir est largement détenu par le gérant et ou, idéalement, les associés minoritaires seront des membres de la famille du gérant. Ces derniers seront davantage sensibles à la stratégie d'ensemble visant à réaliser l'augmentation de capital dans le but de favoriser la transmission. Les freins à l'opération seront ainsi en majorité levés.

⁴³³ C. com., art. L 223-33.

⁴³⁴ Les tiers seront informés via le dépôt du rapport au greffe du tribunal de commerce huit jours avant la tenue de l'assemblée générale des associés (décret du 30 mai 1984).

548. L'augmentation de capital par apport en nature ou en numéraire dépendra principalement des caractéristiques de l'entreprise et des pouvoirs détenus par le cédant. Le profil du repreneur jouera lui aussi un rôle prépondérant. Si l'apport en numéraire est le plus simple et le plus facile à réaliser, il n'en reste pas moins que l'apport en nature doit être également privilégié selon les disponibilités financières de l'apporteur. Le financement ne doit pas être un frein à la mise en place de l'opération. Les deux types d'apports doivent donc être des outils différents et complémentaires à la conservation des savoir-faire.

549. La transmission de ces connaissances reste donc concentrée sur une relation humaine qui doit être mise en place avant le projet de transmission de l'entreprise. L'augmentation de capital constitue un outil juridique efficace pour impliquer les associés et attirer de nouveaux talents. Elle crée une relation forte tant sur les plans capitalistiques que juridiques. Le lien qui découle de l'opération a vocation à limiter fortement les risques de départ, par ces derniers, de l'entreprise. Elle resserre également les rapports existants entre cédant et associés minoritaires. Cela représente un gage de sécurité pour le cessionnaire. L'augmentation de capital est cependant subordonnée à un accord des associés (nouveaux ou non) et la démarche peut parfois s'avérer longue et complexe.

550. C'est pourquoi l'idée de conserver les connaissances techniques dans l'entreprise (section 2) peut être une bonne stratégie. Cette conservation à travers les hommes présents mais aussi sur le potentiel de l'entreprise sont autant d'atouts à mettre en avant pour organiser une meilleure conservation du savoir.

Section 2 : La conservation des connaissances techniques dans l'entreprise

551. Le cédant préparant la transmission de son entreprise doit préparer cette dernière à l'opération d'ensemble en tenant compte des futurs profils de cessionnaires. En effet, un nombre conséquent de cessionnaires ne disposent pas de connaissance technique. Beaucoup ne sont pas issus du monde du bâtiment. Les différents horizons et carrières professionnelles mettent en évidence des cessionnaires venant du secteur industriel, du secteur du négoce ou encore du service sans expérience de l'entreprise de bâtiment.

552. Ainsi, le cessionnaire, lors de son rachat, analyse les éléments financiers, comptables et juridiques de l'entreprise mais aussi la capacité de celle-ci à accueillir un dirigeant profane du bâtiment. Sa capacité à disposer des ressources internes, permettant une gestion, et une direction opérationnelle, et ce sans que le repreneur soit titulaire de compétences techniques, est essentielle dans son analyse de reprise.
553. Ces connaissances inhérentes à l'entreprise sont souvent majoritairement détenues par le dirigeant, futur cédant. Elles doivent toutefois faire l'objet de mesures visant à leur maintien lors du départ de ce dernier. Elles doivent, pour cela, être progressivement transférées auprès des collaborateurs jouissant ainsi de procédures validant leur maintien dans l'entreprise. Ces connaissances peuvent être détenues par des salariés de l'entreprise qui seront dès lors qualifiés d'hommes clé de l'entreprise, sans lesquels, le fonctionnement serait grippé. A titre d'exemple, cela peut-être des compétences liées à l'établissement de devis, la réalisation de métrés, les matériaux et temps de travail nécessaires à la construction d'un ouvrage. Cela peut aussi être des relations privilégiées avec un donneur d'ordre (promoteur ou acteur institutionnel) ou un fournisseur.
554. Dès lors il convient de s'interroger sur les outils juridiques à mettre en œuvre en amont de l'opération de transmission pour conserver ces hommes et leurs compétences techniques au sein de la structure. Au-delà des hommes, des savoir-faire restent souvent attachés à l'entreprise elle-même. En déconnectant la relation contractuelle employeur-salarié, le dirigeant doit mettre en place des procédures visant à les garantir non plus à travers les hommes mais au sein même de l'entreprise. Il s'agit là de mettre en valeur et d'organiser les modes de conservation des connaissances attachées à l'entreprise. La conservation des hommes clés (§ 1) et le rattachement des compétences à l'entreprise (§ 2) seront donc abordés successivement en soulignant leur complémentarité.

§1 La conservation des hommes clés

555. Les principales compétences techniques de l'entreprise sont souvent concentrées entre les mains des collaborateurs proches du dirigeant. Ce dernier aura transmis ses propres connaissances, ses habitudes de travail, ses stratégies de développement de l'entreprise, ses méthodes visant à améliorer les marges et la qualité des marchés traités. Les proches collaborateurs du dirigeant auront ainsi appris, au fil des ans, les clés et les codes de

l'entreprise. Le cessionnaire, à fortiori, s'il n'appartient pas au monde du bâtiment, attachera une grande importance à la conservation de ces connaissances lui permettant de s'appuyer sur les hommes clés de l'entreprise pour leurs compétences dont il n'est pas toujours lui-même détenteur.

556. La préparation de la transmission de l'entreprise consiste donc à utiliser des outils juridiques permettant de limiter les risques liés au départ de ces collaborateurs et des compétences qu'ils détiennent vers d'autres entreprises. Pour cela, il convient de garantir l'entreprise contre le risque de la perte de collaborateurs en soulignant leur importance pour la structure en ayant recours au droit des assurances. Le plus à même, de garantir la réalisation d'un risque est sans conteste le contrat d'assurance homme-clé (A). Cependant, ces hommes clés peuvent aussi être tentés de quitter l'entreprise et donc d'apporter leurs connaissances acquises auprès de concurrents. L'utilisation et la généralisation de clauses de non concurrence (B) dans les contrats de ces hommes clés limiteront ce risque.

A/ Le contrat d'assurance homme-clé

557. La préparation de l'entreprise à sa transmission consiste notamment en l'identification des personnes détenant les savoir-faire de l'entreprise. En pratique ce sont souvent des chargés d'affaires, des conducteurs de travaux et certains chefs d'équipes. Les maîtres d'apprentissages et les maîtres compagnons seront également privilégiés quant à leurs compétences techniques et leur rôle de transmission de celles-ci. L'identification de ces personnes est indispensable dans la mesure où le contrat d'assurance homme-clé conclu au profit de l'entreprise reposera sur ces derniers.

558. Le contrat d'assurance, s'il reprend les caractéristiques de tous contrats contient une spécificité qu'il convient de souligner.

559. Ainsi, le contrat d'assurance trouve son fondement dans le caractère aléatoire qui s'applique à son objet. L'article 1964 du code civil définit le contrat aléatoire comme « une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont : le contrat d'assurance [...] »⁴³⁵. Le professeur Yvonne Lambert-Faivre ajoute

⁴³⁵ C. civ., art. 1964.

même que « seul un risque aléatoire peut faire l'objet d'une assurance » confortant l'idée d'un contrat de type particulier⁴³⁶.

560. Dans notre étude, il convient d'aborder la possibilité pour le futur cédant de conserver les savoir-faire et les compétences de ses proches collaborateurs par un contrat de ce type. Le contrat d'assurance homme-clé aura dès lors une double vertu. D'abord celle de conserver les connaissances au sein de l'entreprise et ensuite celle, qui est la conséquence de la première, consistant à rendre l'entreprise autonome par rapport aux compétences du dirigeant favorisant sa transmission à un tiers.

561. Le dirigeant devra donc souscrire un ou plusieurs contrats, selon le nombre de collaborateurs visés, garantissant la présence de ces derniers dans l'entreprise. En effet, ces personnes, préalablement identifiées, sont qualifiées de personnes-clés sans lesquelles la pérennité, le fonctionnement voire les bénéfices de l'entreprise se trouveraient diminués. Il s'agit de garantir l'activité de ces personnes au sein de l'entreprise. Plus exactement, l'entreprise sera, par le jeu de ce contrat, indemnisée en cas d'absence des personnes visées dans les contrats.

562. Les assureurs proposent ainsi d'intervenir « en cas d'indisponibilité, temporaire ou permanente, de l'homme clé par suite de maladie ou d'accident, et même en cas de décès »⁴³⁷. Ils assurent donc l'entreprise contre un risque portant sur des personnes physiques et non sur des biens. La grande majorité des contrats d'assurances couvrent des dommages affectant les biens objet du contrat, or, dans ce cas, le contrat porte sur une personne désignée dans le contrat et dont l'entreprise entend se prémunir contre son absence. Ce contrat est donc basé sur l'aléa d'une indisponibilité du collaborateur.

563. L'aléa est « le fondement même de la matière » sans lequel le risque est inassurable⁴³⁸. C'est pourquoi deux types de garanties sont exclus par le législateur.

564. Tout d'abord, la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. L'article L 113-1 du code des assurances dispose que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant

⁴³⁶ Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd, p. 181, § 211.

⁴³⁷ F. Ewald J. H. Lorenzi, *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, p. 1145.

⁴³⁸ F. Chapuisat, *Le droit des assurances, Que sais-je ?*, Presses universitaires de France, p.85.

d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »⁴³⁹. En effet, la matière impose qu'un aléa persiste afin que le contrat d'assurance puisse exister, or la faute intentionnelle ou dolosive provenant de l'assuré supprime cet aléa. La Cour de Cassation a eu à se prononcer sur ce point. Ainsi, par un arrêt du 15 janvier 1985, la Cour précise que « dès lors que le dommage affectant la chose assurée provient d'une faute intentionnelle de l'assuré, qui a ainsi supprimé l'aléa qui constitue l'essence même du contrat, la sanction est non une déchéance qui frapperait le seul auteur de cette faute, mais une déchéance d'assurance à l'égard de tous »⁴⁴⁰.

565. La seconde exclusion de garantie intervient dans le cadre de l'assurance sur la vie et plus précisément dans l'assurance décès. Celle-ci est nulle si l'assuré se donne volontairement et consciemment la mort dans la première année du contrat. En effet, l'article L 132-7 du code des assurances, énonce que « l'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat »⁴⁴¹.

566. Ces deux exclusions revêtent donc une importance particulière dans le contrat d'assurance homme clé. En effet, l'entreprise pourrait-elle se prévaloir du versement de la garantie si le salarié objet du contrat se trouvait être indisponible des suites d'un accident du travail survenu alors même que ce dernier n'aurait pas respecté les règles de sécurité sur le chantier ? Compte tenu de ce qui précède, nous pouvons avancer, dans cette hypothèse, que l'entreprise supporte un risque conséquent à ce que la compagnie d'assurance lui refuse le versement de la prime.

567. La sécurité sur les chantiers, dans le secteur du bâtiment, est une préoccupation majeure des dirigeants. Outre les risques liés à l'engagement potentiel de leur responsabilité personnelle de dirigeant, les travaux réalisés et la nature de l'activité emporte davantage de risques pour les collaborateurs que dans d'autres secteurs. Malgré ces risques, les contrats d'assurance homme clé ont vocation à s'appliquer à ce secteur mais seront mis à mal dans le cas d'une faute intentionnelle ou dolosive du salarié. La difficulté est donc une information constante des règles de sécurité à la charge du

⁴³⁹ C. assurances, art. L 113-1.

⁴⁴⁰ Cass. civ., 15 janv. 1985, Bull. pourvoi n° 83-14742.

⁴⁴¹ C. assurances, art. L 132-7 al. 1.

dirigeant auprès de ses collaborateurs. A ce titre la Cour de Cassation a précisé qu'une « faute intentionnelle ou dolosive est celle qui implique la volonté de créer le dommage et non pas seulement d'en créer le risque »⁴⁴². Dans notre hypothèse de travail, il ressort que la garantie homme clé ne s'appliquerait pas si le salarié objet du contrat, est « acteur » de son propre accident et non plus victime de son accident du travail. Nous nous rapprochons ici du raisonnement de l'exclusion de garantie dans le cas d'un suicide.

568. Hormis, ces deux exclusions, le contrat d'assurances homme clé est un contrat par lequel les hommes possédant les compétences techniques sont fidélisés à l'entreprise. Ces contrats sont une garantie pour le cessionnaire que l'entreprise sera, le cas échéant, indemnisée en cas d'indisponibilité.

569. Toutefois, ces contrats, s'ils impliquent davantage les salariés dans la structure, n'est pas un outil limitant leur éventuel départ de l'entreprise. Le contrat d'assurance ne pourrait-il pas garantir l'entreprise si un salarié démissionnait de son poste ? Cette technique aurait l'avantage de couvrir un risque plus large et l'indemnisation permettrait à l'entreprise de pourvoir au remplacement dudit salarié avec plus de facilités.

570. Selon nous, si l'idée paraît séduisante, pour le cédant et donc pour le futur cessionnaire, le contrat d'assurance ne peut s'appliquer à pareil cas. En effet, le salarié objet du contrat ne peut également être seul détenteur de la caractéristique de l'aléa. Or, le départ du salarié, s'apparente à une décision personnelle de sa part éliminant de facto l'aléa. L'aléa ne peut dépendre d'une seule partie dans un contrat d'assurance mais doit trouver sa source dans une cause extérieure aux parties ou à l'objet du contrat.

571. Ainsi, le contrat d'assurance homme clé est une garantie d'indisponibilité pour l'entreprise. Il couvre le risque d'une absence du salarié possédant les compétences techniques objet du contrat mais doit, pour avoir une efficacité pleine et entière, être couplé à des dispositifs limitant le risque de départ des salariés. En ce sens, la clause de non concurrence (B) insérée dans le contrat de travail des salariés hommes clé a vocation à prévenir le risque de départ de ces derniers de l'entreprise.

⁴⁴² Cass. civ., 7 mai 1980, Bull. civ. I.

B/ La clause de non concurrence

572. Du point de vue d'un cessionnaire, les compétences techniques doivent être conservées dans l'entreprise nonobstant le départ du dirigeant lors de l'opération de transmission. Ces compétences peuvent également être détenues, pour partie, par des collaborateurs dont leur présence devient, de facto, la garantie de la bonne marche de l'entreprise. Cela est d'autant plus vrai pour un cessionnaire souhaitant s'appuyer sur les compétences internes de l'entreprise et ne disposant pas lui-même de ces connaissances.

573. Cependant, s'il est impossible de garantir au cessionnaire la fidélité de ces collaborateurs après la transmission, il reste possible de lui garantir que le risque lié à la fuite des compétences acquises dans l'entreprise cédée au profit d'entreprises concurrentes sera limité. Pour atteindre cet objectif de conservation des compétences techniques dans l'entreprise, il sera judicieux d'insérer des clauses de non concurrence dans les contrats de travail des salariés détenant ces compétences. C'est l'intérêt de cet outil juridique que nous nous proposons d'étudier afin d'en connaître les avantages et les éventuelles limites dans le cas qui nous occupe.

574. Dans la cadre du contrat de travail, la clause de non concurrence, n'est pas régie par des dispositions législatives spécifiques. Aussi, c'est la jurisprudence, particulièrement abondante en la matière, qui a été la principale source de création du droit pour cette question. Nécessitant un visa législatif, l'essentiel des décisions de justice ayant trait à la clause de non concurrence fait référence à l'article L 1221-1 du code du travail qui dispose « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter »⁴⁴³.

575. L'objet de notre propos n'est pas d'étudier de manière approfondie la clause de non concurrence dans le contrat de travail mais bien d'évaluer l'opportunité de cette solution afin de limiter le risque de départ des salariés détenant les connaissances techniques de l'entreprise.

576. L'objectif est bien d'assurer au cessionnaire une pérennité des compétences de l'entreprise après la reprise. La clause de non-concurrence a ainsi vocation à « dissuader le salarié de quitter l'entreprise » devenant une nécessité, compte tenu du savoir-faire acquis

⁴⁴³ CSS, art. L 1221-1.

par ce dernier⁴⁴⁴. Elle devient dès lors, à notre sens, un vecteur de protection au service de l'ingénierie juridique de l'entreprise dans son ensemble.

577. En premier lieu, la clause de non concurrence insérée dans le contrat de travail est en principe licite⁴⁴⁵ telle que la Cour de Cassation l'a précisé dans un arrêt du 8 mai 1967. Cette décision, certes ancienne, pose le principe de licéité des clauses de non concurrence dont la jurisprudence a défini des contours de plus en plus précis.

578. La Cour de Cassation s'est prononcée à de nombreuses reprises à propos des clauses de non concurrence. Loin de nous l'idée de faire une revue de la jurisprudence sur ce thème, nous retiendrons les trois arrêts rendus le 10 juillet 2002⁴⁴⁶ par la chambre sociale de ladite Cour. Ces arrêts précisent les quatre conditions nécessaires à la licéité d'une clause de non concurrence dans un contrat de travail. Ainsi, « la clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »⁴⁴⁷.

579. Cet encadrement strict de la validité des clauses de non-concurrence en droit du travail limite, à notre sens, leur efficience et leur portée quant à la diminution des risques de « fuite » des connaissances techniques de l'entreprise. En effet, il s'agit bien de confronter les règles concernant les clauses de non concurrence et celles liées au libre exercice d'une activité professionnelle. Le professeur Serra, dans son analyse des arrêts précités, va plus loin en indiquant que « la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail revêt un caractère exceptionnel, dans la mesure où c'est le principe de libre exercice d'une activité professionnelle qui prime, la validité de la clause n'étant admise que si les conditions énumérées par les arrêts du 10 juillet 2002 sont remplies »⁴⁴⁸. La Cour de Cassation vise d'ailleurs l'article L 120-2 du code du travail qui énonce que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ A. Mazeaud, *op. cit.*, p. 326, § 418.

⁴⁴⁵ Cass. soc. 8 mai 1967, D. 1967, p. 230.

⁴⁴⁶ Cass. soc. 10 juillet 2002, D. 2002, 2491, note Y. Serra.

⁴⁴⁷ *Idem.*

⁴⁴⁸ Y. Serra, Cass. soc. 10 juillet 2002, D. 2002, 2493.

⁴⁴⁹ C. trav., art. L 120-2.

580. Ce visa de la Cour place le principe du libre exercice d'une activité professionnelle à un niveau laissant à penser que les clauses de non-concurrence doivent être l'exception et cette liberté le principe. Pour autant, la portée principale des arrêts du 10 juillet 2002 réside dans l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière. Cette liberté d'exercice d'une activité professionnelle est donc suspendue à une valeur marchande, à un prix qui peut être négocié sous la bienveillance du juge. Le professeur Mazeaud s'en étonne et indique même que l'indemnité versée au salarié devrait être fondée sur la clause elle-même et non sur le « principe d'une indemnisation au profit du salarié tenu d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi »⁴⁵⁰ comme le souligne la Cour.

581. Nous estimons, pour notre part, qu'il peut apparaître surprenant que le principe de liberté soit confronté à une contrepartie financière afin que cette liberté puisse être cédée comme un simple produit marchand. Toutefois, il faut rappeler que notre système juridique et notamment notre système d'indemnisation reste fondée sur ce principe. Les procès pécuniaires réparent, à longueur d'audiences, des préjudices corporels ou psychologiques par le seul versement d'indemnités. Ainsi, pourquoi un principe de liberté d'exercice d'une activité professionnelle ne pourrait-il pas faire l'objet d'une indemnisation financière alors même que les victimes des procès d'assise sont indemnisées par ce biais ?

582. Ces propos posent la question du principe de libre exercice d'une activité professionnelle telle qu'énoncé par la Cour. Ce principe de liberté d'exercice est couplé avec la liberté d'établissement constituant ensemble la liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre est donc le fondement de cette règle qui est lui-même « un élément de la liberté du commerce et de l'industrie »⁴⁵¹. La valeur constitutionnelle de ce principe a d'ailleurs été reconnue par le Conseil Constitutionnel lui-même. Ainsi, la décision dite « Nationalisations » établit que « la liberté, qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »⁴⁵².

⁴⁵⁰ A. Mazeaud, *op. cit.*, p. 328, § 422.

⁴⁵¹ O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire Constitutionnel*, p. 582.

⁴⁵² DC n° 81-132 du 16 janvier 1982, RJC I-104, Nationalisations.

583. Il s'agit donc d'un principe de liberté à valeur constitutionnelle dont le Conseil Constitutionnel admettra certaines limites à l'étendue de celui-ci. Les limites apportées au principe ne devront toutefois pas avoir « pour conséquences de dénaturer la portée »⁴⁵³ du principe. Dès lors, le Conseil Constitutionnel opère un contrôle sur les textes élaborés par le législateur qui doivent concilier la liberté d'entreprendre et d'autres principes constitutionnels d'une part et la confrontation de ce principe avec l'intérêt général. Le contrôle consiste donc à valider « l'absence de dénaturation et le maintien d'un certain équilibre entre deux principes constitutionnels contradictoires »⁴⁵⁴ d'une part, et l'étude de la marge discrétionnaire dont dispose le législateur lorsqu'il définit « l'objectif que doit satisfaire la réglementation de la liberté »⁴⁵⁵ confronté à l'intérêt général, d'autre part.

584. La clause de non concurrence vient donc porter atteinte au principe susvisé et à la liberté du travail⁴⁵⁶ dont la jurisprudence, et notamment les arrêts du 10 juillet 2002, sont venus limiter la portée en l'entourant de conditions. Il apparait donc clairement que la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail a vocation à restreindre la liberté d'exercer librement une activité professionnelle et peut donc devenir un outil juridique au service de la conservation des connaissances techniques de l'entreprise.

585. En effet, elle limite les conséquences du départ d'un collaborateur et peut même freiner les éventuels désirs de ces derniers quant à une volonté de quitter l'entreprise. Au-delà de la seule initiative du salarié, ajoutons que la clause de non-concurrence joue qu'elle que soit le motif de rupture du contrat de travail. Ainsi, c'est bien la rupture du contrat qui fait naître la force exécutoire de la clause même si elle trouve son origine dans un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁴⁵⁷. Cette situation, à notre sens, déséquilibrée sur le plan contractuel, est très favorable pour l'employeur et donc pour le cessionnaire. En effet, si celui-ci n'atteint pas le niveau de croissance espéré suite à une entente ne permettant pas un travail en harmonie avec les principaux collaborateurs de l'entreprise reprise, il pourra envisager des licenciements tout en ayant la garantie que les

⁴⁵³ DC n° 98-401 du 10 juin 1998, Loi sur les 35 heures, et n° 99-223 du 13 janvier 2000, Réduction du temps de travail : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ».

⁴⁵⁴ L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Pena-Soler, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd, p. 268, § 278.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 269, § 278.

⁴⁵⁶ J.C. Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, 7^{ème} éd, p. 423, § 320.

⁴⁵⁷ Cass. soc. 22 oct. 1997, RJS 12/97, n° 1368.

connaissances techniques de ces derniers ne pourront être utilisées par une entreprise concurrente même si elles seront également perdues pour l'entreprise reprise.

586. Ce développement n'a cependant pas vocation à encourager ce type de pratique, qui nous semble être d'ailleurs une utilisation à contre sens de l'esprit du législateur, mais à souligner les possibilités offertes au cessionnaire quant à la clause de non-concurrence dans les contrats de travail. Cela étant, nous devons souligner que les cessionnaires placent dans la quasi-totalité des cas, les salariés au cœur de leur stratégie de reprise, à fortiori dans les petites structures. En effet, dans le secteur du bâtiment, ce sont les hommes qui représentent souvent la plus grande valeur de l'entreprise notamment grâce aux connaissances qu'ils ont acquises.

587. Ainsi, ces clauses mettent en exergue des relations humaines, entre salariés et employeurs, qu'il est parfois difficile de maîtriser. La difficulté sera donc bien la mise en œuvre et son respect dans le temps. Sur cet aspect, en cas de violation de ses engagements, l'employeur devra demander réparation du préjudice subi par l'entreprise au salarié par le jeu du versement de dommages et intérêts. Le Conseil des prud'hommes est compétent en pareil cas⁴⁵⁸. Il sera sage d'insérer, au profit des employeurs, une clause pénale lors de la rédaction de ladite clause permettant de lier le montant (s'il n'est pas excessif) demandé et celui présent dans le contrat. Cette clause pénale joue, à notre sens, un rôle psychologique auprès du salarié limitant le risque d'inexécution de la clause et par la même leur éventuel départ ayant pour conséquence une fuite des connaissances techniques de l'entreprise. Au-delà des dommages et intérêts que pourraient être amenés à verser le salarié à son ancien employeur, le juge peut aussi condamner le salarié à une astreinte l'obligeant à rompre son nouveau contrat de travail ou encore ordonner la fermeture d'un fonds de commerce ouvert par celui-ci en violation de la clause⁴⁵⁹. Cette dernière possibilité offre une garantie supplémentaire à l'employeur et trouve un sens plus poussé dans le monde du bâtiment qui nous occupe. En effet, il n'est pas rare de voir des salariés quitter leur employeur pour créer leur propre entreprise. Le secteur demeure une terre fertile pour l'installation sous le régime de l'auto entrepreneur. La clause viendra efficacement protéger le cessionnaire non seulement de la perte des connaissances techniques détenues par le salarié mais aussi du maintien de la clientèle attachée à ce collaborateur.

⁴⁵⁸ Cass. soc. 21 avril 1977, D. 1978.9.

⁴⁵⁹ Cass. soc. 24 janvier 1979, D. 1979.619.

588. Par ailleurs, la licéité de ce type de clause réside également dans l'intérêt légitime de l'entreprise. A ce sujet, la Cour de Cassation a eu l'occasion de rappeler que la qualification professionnelle du salarié devait être apprécié par l'employeur quant à l'intérêt que représente pour l'entreprise l'insertion d'une clause de non concurrence et cela sans que les juges du fond puissent « juger » de l'opportunité d'une telle clause⁴⁶⁰. L'arrêt de la Cour de Cassation du 13 octobre 1988 est intéressant en ce qu'il concernait un conducteur de travaux (certes dans un autre secteur que le bâtiment, en l'espèce, le nettoyage industriel).

589. Le conducteur de travaux est un salarié qui constitue, dans les entreprises de bâtiment, le détenteur d'une grande part des connaissances techniques. Dans ce cas, la Cour de Cassation casse un arrêt de la Cour d'Appel qui avait relevé que « la clause était limitée dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité interdite et qu'ils avaient relevé en outre que le salarié n'avait pas une qualification très spécialisée, ce qui était de nature à lui permettre de se faire embaucher en sa qualité de conducteur de travaux, même durant la période et dans le secteur géographique ». La Cour d'Appel avait donc tenu compte, selon nous, de la qualification professionnelle du salarié objet de la clause. Or, la position de la Cour de Cassation réside dans une absence de possibilité pour les juges du fonds de juger de l'opportunité de la clause et donc des qualifications professionnelles du salarié.

590. Ainsi, la clause de non-concurrence est un outil juridique au service de l'employeur et du futur cédant permettant de garantir, au cessionnaire, un départ circonscrit des connaissances techniques de l'entreprise. Elle est aussi un élément rassurant pour le cessionnaire dans sa démarche de reprise quant à l'exploitation future de la structure favorisant la conservation du savoir-faire. Cette clause de non-concurrence devient dès lors un outil juridique préparatoire au service de la transmission de l'entreprise.

591. Pour conclure, nous indiquerons que la clause de non-concurrence et les contrats d'assurances homme-clé sont des outils juridiques qui semblent être favorables à une préparation de la transmission de l'entreprise. En ce sens, ils sont complémentaires l'un de l'autre. Ils sont des facilitateurs de conservation des connaissances techniques détenues par les collaborateurs. Ces outils concourent à une stabilité des connaissances offrant une

⁴⁶⁰ Cass. soc. 13 octobre 1988, D. 1989, p. 123.

sécurité juridique plus grande au profit du cessionnaire. Ainsi, leur utilisation réduit les difficultés liées à la transmission d'une entreprise de bâtiment. Cependant, ces mesures touchent les savoir-faire et les connaissances détenues par les seuls salariés de l'entreprise. Elles touchent donc de l'humain comprenant les risques d'aléa qui y sont attachés. Les savoir-faire et les connaissances techniques ne pourraient-ils pas être conservés également au niveau de l'entreprise elle-même et non plus seulement par les salariés ? Quels sont-les outils juridiques à la disposition de l'entreprise pour conserver ses connaissances techniques au-delà des risques humains que nous venons de souligner ? L'étude du rattachement des compétences à l'entreprise (§ 2) semble s'inscrire dans une telle démarche.

§ 2 le rattachement des compétences à l'entreprise

592. Les savoir-faire et les connaissances techniques sont, en grande partie, détenus par un nombre limité de collaborateurs dont le cessionnaire aura à cœur de les fidéliser. L'objectif est donc que ces compétences restent attachées à l'entreprise postérieurement au départ au cédant. Pour autant, il s'agit là de rapports humains entourés d'incertitudes et d'aspects psychologiques qui ne sont pas de nature à faciliter un plan de développement sur plusieurs années alors même qu'un tel plan est nécessaire au repreneur vis-à-vis de ses partenaires financiers⁴⁶¹.

593. Ainsi, afin de limiter le risque lié aux relations avec ces collaborateurs, il peut être préférable de généraliser et de consolider les connaissances techniques au sein de l'entreprise par des dispositifs au profit de l'ensemble des salariés avant de voir comment conserver les compétences de l'entreprise à travers des certifications professionnelles qui témoigneront des savoir-faire de l'entreprise et ne seront plus le reflet des seules connaissances de quelques collaborateurs. La diffusion des compétences à l'ensemble des salariés (A) couplée au recours aux qualifications professionnelles et à la reconnaissance des savoir-faire de l'entreprise (B) apparaissent ainsi comme des outils au service de cet objectif. Il s'agit donc bien d'apporter des solutions visant à valoriser et à maintenir les savoir-faire de l'entreprise elle-même.

⁴⁶¹ cf *Infra*.

A/ La diffusion des compétences à l'ensemble des salariés

594. Dans le cadre de ses relations contractuelles avec le salarié, l'employeur peut insérer, si le cas se présente, une clause de dédit formation engageant le salarié à rester dans l'entreprise en raison de l'investissement réalisé par l'employeur pour une formation onéreuse. Ce type de clause touche à la formation des salariés, qui est un levier important de la fidélisation des collaborateurs dans le secteur du bâtiment. L'employeur pourra également mettre en place des actions ou des politiques généralisées quant à la transmission des compétences. La politique générale de l'entreprise et son engagement au profit de l'apprentissage (1°) tient donc une place importante dans le bâtiment qui est renforcée si elle est combinée à des actions liées à la formation professionnelle des salariés (2°).

1° l'apprentissage

595. Le code du travail énonce en son article L 6221-1⁴⁶² que « le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier conclu entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur. L'employeur s'engage, outre le versement d'un salaire, à assurer à l'apprenti une formation professionnelle complète, dispensée pour partie en entreprise et pour partie en centre de formation d'apprentis ou section d'apprentissage. L'apprenti s'oblige en retour, en vue de sa formation, à travailler pour cet employeur, pendant la durée du contrat et à suivre cette formation ».

596. Cette disposition fonde la relation et l'esprit du contrat d'apprentissage. Il s'agit d'un échange reposant sur l'acquisition des savoir-faire et de l'apprentissage du métier pour l'apprenti en une force de production (réduite il est vrai) pour l'employeur.

597. Il convient de s'intéresser à l'intérêt de tels contrats pour l'entreprise qui poursuit l'objectif d'une transmission des savoir-faire auprès d'un nombre étendu de salariés. L'intérêt est de conserver les compétences dans l'entreprise par une généralisation de ce type de contrat limitant le risque de départ de certains collaborateurs. En effet, il semble préférable que les connaissances techniques soient détenues par un nombre important de salariés ce qui limitera d'autant les effets négatifs d'un éventuel départ d'un cadre de l'entreprise. Ces dernières seront ainsi réparties et ventilées sur l'ensemble des salariés (ou

⁴⁶² C. trav., art. L 6221-1.

à tout le moins sur un très grand nombre), celles-ci appartenant, dès lors, à l'entreprise et non plus à certains collaborateurs.

598. Cette stratégie trouve son sens via le contrat d'apprentissage puisque ce dernier répond à l'exigence de la présence d'un maître d'apprentissage qui veillera à « l'acquisition par l'apprenti des compétences nécessaires à l'obtention du titre ou du diplôme préparé, en liaison avec le CFA⁴⁶³ »⁴⁶⁴. A notre sens, le cédant, préparant sa transmission, devra judicieusement, nommer maître d'apprentissage, un salarié de l'entreprise renforçant ainsi le propre savoir-faire de ce dernier tout en s'offrant la possibilité de recruter, à terme, le futur apprenti qui détiendra lui-même les compétences transmises.

599. L'apprenti est donc un véritable salarié de l'entreprise, malgré un statut particulier lié à son alternance. Il est par ailleurs bénéficiaire d'un contrat à durée déterminée par lequel « l'employeur fournit à l'apprenti un travail et une formation relayant le centre de formation sous la responsabilité d'un tuteur »⁴⁶⁵. Cette dualité entre la formation et l'emploi nous semble un échange profitable pour les deux parties. D'une part, l'apprenti apprend un métier, acquiert un savoir-faire et des compétences et d'autre part l'employeur peut transmettre ses connaissances ou plus exactement, les connaissances dont est titulaire l'entreprise.

600. En tant que salarié, l'apprenti perçoit donc un salaire même si ce dernier est réduit et variable selon l'âge et la progression de l'apprenti dans son cycle de formation. La rémunération de l'apprenti suit donc une courbe ascendante selon son âge et son évolution « diplômante ».

601. Les apprentis sont exclus du champ d'application du SMIC⁴⁶⁶ selon leur âge⁴⁶⁷, mais aussi d'après l'ancienneté du contrat, le SMIC servant de base au calcul. Le contrat d'apprentissage est par ailleurs exonéré de cotisations sociales (à l'exclusion de celles dues au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles)⁴⁶⁸, ce qui renforce son attrait pour l'employeur. Le coût salarial est donc réduit par rapport à un salarié placé sous le régime d'un contrat de travail dit « classique ».

⁴⁶³ Centre de Formation des Apprentis.

⁴⁶⁴ Guide pratique du droit du travail, Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 11^{ème} éd, p. 619.

⁴⁶⁵ A. Mazeaud, op. cit., p. 345, § 670.

⁴⁶⁶ Salaire Minimum de Croissance.

⁴⁶⁷ E. Dockès, *Droit du travail*, Hyper Cours, Dalloz, 4^{ème} éd, p. 268, § 297.

⁴⁶⁸ C. trav., art. L 6243-2.

602. La logique reste cependant bien de former un jeune à un métier. Ce dernier devenant de plus en plus autonome et opérationnel perçoit une rémunération en rapport avec ses compétences et sa capacité à travailler efficacement dans l'entreprise.

603. La question de l'âge de l'apprenti est donc de mise puisqu'il s'agit d'intégrer des jeunes dans l'entreprise. Ainsi, les apprentis sont souvent jeunes (mineurs pour la plupart en première année) et leur âge ne peut excéder trente ans lors de la signature de leur contrat. Une dérogation à cette limite d'âge nous interpelle dans le cas où « une personne ayant un projet de création ou de reprise d'entreprise dont la réalisation est subordonnée à l'obtention du diplôme ou du titre sanctionnant la formation poursuivie »⁴⁶⁹. Dans l'hypothèse d'une entreprise de très petite taille dans laquelle le cessionnaire n'aurait pas les diplômes nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle, la signature d'un contrat d'apprentissage prend tout son sens et devient non pas un outil de transmission des savoir-faire au profit des salariés, mais un moyen pour le cédant de transmettre ses propres connaissances au futur cessionnaire. Notre pratique nous a permis de nous trouver dans un tel cas de figure avec un cessionnaire issu du monde industriel et disposant de fortes connaissances en gestion d'entreprise mais ne disposant pas des compétences techniques liées à la réalisation d'un chantier. Son apport financier personnel, faible, ne lui permettait pas d'acquérir une cible structurée avec des salariés sur lesquels s'appuyer (tant sur le plan technique que sur le plan des diplômes). Le choix a donc été fait d'une formation au côté du cédant avant la reprise. Cette transmission s'est déroulée dans de bonnes conditions, mais il convient de souligner qu'une entente particulière s'était nouée entre les protagonistes ce qui nous incite à ne pas privilégier ce type de schéma de transmission tant sa réussite repose sur des rapports humains, restants, par définition, aléatoires.

604. Le contrat d'apprentissage consiste donc, pour le futur cédant, à incorporer dans son entreprise des jeunes apprentis, devant offrir, à terme, la garantie pour le cessionnaire que les savoir-faire de l'entreprise sont répartis de manière équilibré auprès d'un nombre important de salariés. Pour autant, la présence d'apprentis doit être régulière et suivie année après année. En effet, la stratégie est bien de permettre le recrutement de jeunes formés au sein de l'entreprise et connaissant le mode de fonctionnement de celle-ci et ses

⁴⁶⁹ Guide pratique du droit du travail, Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 11^{ème} éd, p. 617.

rouages. C'est aussi pour cette raison que certains employeurs n'hésitent pas à qualifier le contrat d'apprentissage « d'investissement pour le futur ». Le contrat d'apprentissage pourra donc se transformer en contrat à durée indéterminé dans la même entreprise tout en permettant au salarié une prise en compte de sa période d'apprentissage pour le calcul de son ancienneté⁴⁷⁰.

605. En cela, le contrat d'apprentissage est un outil au service de la transmission et de la pérennité des connaissances techniques au sein de l'entreprise.

606. Le contrat d'apprentissage, outil de transmission des savoir-faire, principalement à destination des jeunes doit être rapproché de la formation professionnelle visant l'ensemble des salariés (2°).

2° la formation professionnelle des salariés

607. La formation professionnelle, tout au long de la vie, a fait l'objet de plusieurs réformes et de nombreux accords de branches⁴⁷¹. Ces textes législatifs et accords reposent sur un fondement et une perspective politique de lutte contre le chômage. La stratégie d'ensemble repose sur l'idée qu'un salarié formé régulièrement aura plus de facilités à revenir sur le marché du travail en cas de perte d'emploi, qu'un salarié n'ayant pas été formé tout au long de son parcours professionnel.

608. Dans le secteur du bâtiment, plus spécifiquement, les petites entreprises employant moins de dix salariés sont pourvues d'un interlocuteur unique pour la formation de leurs salariés⁴⁷². Cet interlocuteur, le fonds d'assurance formation des salariés de l'artisanat du bâtiment (FAFSAB), a été mis en place le 1^{er} janvier 1995. Le FAFSAB a vocation à favoriser les plans de formation des salariés d'entreprises du bâtiment de moins de dix salariés. Le code du travail précise que les actions de formation peuvent couvrir des actions d'adaptation au poste de travail ou être liées à l'évolution ou au maintien dans l'emploi dans l'entreprise et sont ainsi constitutives de temps de travail effectif⁴⁷³. Les

⁴⁷⁰ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd, 2012, p. 176, § 140.

⁴⁷¹ Nous citerons les accords du 20 et 29 octobre 1992 (JO du 9 janvier 1993), l'accord du 2 février 1993, les accords du 17 mars 1994 et enfin un accord du 13 juillet 2004 sur la formation professionnelle tout au long de la vie (JO du 13 mai 2005).

⁴⁷² Nous ne traiterons ici que de l'interlocuteur concernant les petites entreprises de bâtiment mais rappellerons que les entreprises de plus de dix salariés disposent de deux organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) suite à un accord en date du 18 décembre 1995 (JO du 7 mai 1997).

⁴⁷³ C. trav., art. L 6321-2.

formations ayant vocation à développer les compétences de salariés peuvent cependant se dérouler, hors du temps de travail en application d'un accord entre le salarié et l'employeur⁴⁷⁴.

609. D'un point de vue organisationnel et juridique les formations pendant et hors du temps de travail emportent des conséquences mais de manière générale c'est bien l'article L 6111-1 du code du travail qui fonde le principe de la formation professionnelle en énonçant que « la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. [...] Elle comporte une formation initiale, comprenant l'apprentissage, et des formations ultérieures, qui constituent la formation professionnelle continue, destinée aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou qui s'y engagent »⁴⁷⁵.

610. Cette disposition est le socle des actions de formations pouvant être menées dans une entreprise. Il convient de souligner que les secteurs dans lesquels les connaissances techniques sont les plus fortes auront une sensibilité davantage prononcée à la formation de ses collaborateurs. Cela est particulièrement vrai pour les entreprises du bâtiment.

611. L'environnement dans lequel sont plongés les salariés du bâtiment est en constante évolution notamment par les DTU⁴⁷⁶ et les mises en œuvre en découlant, ou encore par l'évolution des réglementations thermiques fixées par les pouvoirs publics. Ces législations doivent être appréhendées par les salariés, permettant une meilleure transmission et un renforcement de la conservation des savoirs de l'entreprise. L'intérêt pour le dirigeant, futur cédant, dans la formation de ses collaborateurs est d'offrir à ces derniers un accroissement de leurs connaissances techniques tout en diluant les savoirs de l'entreprise sur un grand nombre de salariés assurant une plus grande conservation de celui-ci au sein de l'entreprise. Le cessionnaire aura ainsi la faculté de s'appuyer sur plusieurs collaborateurs dont les savoirs et connaissances auront été mise à jour régulièrement via cet effort de formation. De ce point de vue, la politique de formation et

⁴⁷⁴ C. trav., L 6321-6.

⁴⁷⁵ C. trav., art. L 6111-1.

⁴⁷⁶ Document Technique Unifié, document applicable aux marchés de travaux en France. Il est établi par la Commission générale de Normalisation du Bâtiment/ DTU. Le Centre Scientifique et Technique du bâtiment (CSTB) en assure le lien et l'application.

les plans d'actions de formation deviennent des outils au service de la préparation de la transmission.

612. Le législateur a par ailleurs renforcé les obligations pesant sur l'employeur quant à la formation professionnelle des salariés. La loi du 24 novembre 2009⁴⁷⁷ a ainsi mis en place un bilan d'étape professionnel. Plus précisément, « le bilan d'étape professionnel a pour objet, à partir d'un diagnostic réalisé en commun par le salarié et son employeur, de permettre au salarié d'évaluer ses capacités professionnelles et ses compétences et à son employeur de déterminer les objectifs de formation du salarié »⁴⁷⁸. Cette disposition vise donc à favoriser le développement de formation au profit des salariés. Il convient de saluer la position du législateur qui va dans le sens de notre propos puisqu'une meilleure formation des salariés concourt à la conservation des savoirs de l'entreprise et conforte ainsi sa transmission par le prisme du cessionnaire. De plus, cette loi s'inscrit dans « une logique d'autonomisation des individus dans la gestion des parcours professionnel »⁴⁷⁹. Chaque salarié doit ainsi être titulaire de compétences propres à son parcours professionnel et à ses diplômes.

613. Cette philosophie minimise ainsi le risque pour le cessionnaire de voir les savoirs quitter l'entreprise au jour de la transmission. En effet, à terme, les connaissances techniques seront réparties sur un ensemble plus homogène de salariés et ne seront plus détenues par un nombre restreint de collaborateurs. C'est pour l'ensemble de ces raisons que ces dispositifs juridiques peuvent devenir des outils de préparation à la transmission et peuvent concourir à la conservation des connaissances dans l'entreprise elle-même et non à un nombre limité de salariés.

614. Ces régimes restent cependant orientés vers les salariés de l'entreprise. Il existe une possibilité pour l'entreprise de bâtiment de faire reconnaître qu'elle détient des savoir-faire propres par le jeu des certifications professionnelles. Il apparaît donc que les qualifications professionnelles sont la reconnaissance des savoir-faire de l'entreprise (B). Cette dernière transférera donc les connaissances des salariés à l'entreprise elle-même.

⁴⁷⁷ Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et la formation professionnelle tout au long de la vie, JO du 25 novembre 2009.

⁴⁷⁸ *Idem*, art.12.

⁴⁷⁹ J. P. Willems, *Orientation et formation professionnelle tout au long de la vie. A propos de la Loi du 24 novembre 2009*, JCP G, 2009, 575.

B/ Les qualifications professionnelles, reconnaissance des savoir-faire de l'entreprise

615. Il serait possible de référencer deux grands types d'entreprises dans le secteur du bâtiment. Celles ayant fait reconnaître leurs savoir-faire et les autres. Faire reconnaître ses compétences, ses méthodes de travail, sa capacité à réaliser des chantiers de qualité fait référence à des régimes juridiques encadrés permettant la délivrance de certifications et de qualifications professionnelles reconnues par les interlocuteurs de l'entreprise.

616. La reconnaissance, par des tiers à l'entreprise, impose que les qualifications soient délivrées par un organisme indépendant et autonome. Le législateur a posé ce principe à travers la loi du 19 décembre 2008 portant modernisation de l'économie en énonçant que « l'accréditation est l'attestation de la compétence des organismes qui effectuent des activités d'évaluation de la conformité. Afin de garantir l'impartialité de l'accréditation, il est créé une instance nationale d'accréditation, seule habilitée à délivrer les certificats d'accréditation en France. Cette instance procède à l'accréditation des laboratoires »⁴⁸⁰. Cette disposition vise donc à permettre une meilleure visibilité des compétences par une autorité indépendante qui a seule autorité pour accréditer des laboratoires.

617. Le décret du 19 décembre 2008 précise que le « Comité Français d'Accréditation est le seul habilité à délivrer des certificats d'accréditation aux organismes d'évaluation de la conformité, que cette accréditation soit obligatoire ou non »⁴⁸¹. Ce décret fait naître la seule autorité, le COFRAC, ayant vocation à accréditer des laboratoires délivrant eux-mêmes des qualifications professionnelles.

618. Dans le secteur du bâtiment, Qualibat est le laboratoire de référence en la matière. Créé en 1949 sur initiative du ministère de la construction⁴⁸², ce laboratoire a délivré près de 33 000 certificats et qualifications professionnelles⁴⁸³. Suite à la création du COFRAC, Qualibat, après avoir observé le respect de la norme régissant l'activité et le

⁴⁸⁰ Loi n°2008-776 du 19 décembre 2008 portant modernisation de l'économie, JO du 5 août 2008, art. 137.

⁴⁸¹ Décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 2.

⁴⁸² <http://www.qualibat.com/Views/PagesStatiques/PresentationQualif.aspx>.

⁴⁸³ *Idem*.

fonctionnement des organismes de qualifications⁴⁸⁴ a été accrédité par ce dernier le 1^{er} novembre 2008 comme laboratoire.

619. Ces accréditations permettent à Qualibat de délivrer des accréditations dans le domaine de l'amiante et de son traitement ainsi que des qualifications d'entreprises dans le secteur de la construction.
620. L'intérêt pour l'entreprise est de faire reconnaître sa compétence professionnelle propre à la réalisation d'un chantier de qualité en la déconnectant d'un lien avec un collaborateur précis. Il s'agit d'un outil au service de la conservation des savoirs.
621. Le futur cédant trouvera plusieurs avantages à l'obtention de ces qualifications professionnelles et notamment quant à la préparation de la transmission de son entreprise.
622. Tout d'abord, le dirigeant renforce l'indépendance de son entreprise vis-à-vis de ses collaborateurs. Ces derniers ne sont plus en lien directs avec le savoir de l'entreprise puisqu'il s'agit d'une reconnaissance propre à cette dernière. Ils détiennent toujours leurs compétences techniques mais l'entreprise conserve ses propres capacités à agir de par les chantiers réalisés, son matériel et sa technique acquise.
623. Enfin, le repreneur peut être rassuré par cette démarche de qualification qui apporte, de manière indépendante, la preuve de la capacité de l'entreprise à posséder des savoirs et des compétences techniques. Les rapports avec les tiers sont renforcés et notamment vis-à-vis d'importants donneurs d'ordres ou d'institutionnels qui sont confortés dans leurs liens contractuels. Outre ces acteurs l'entreprise répondant à des marchés publics a souvent l'obligation de mettre en avant sa compétence technique pour être retenu dans ledit marché.
624. L'entreprise détenant des qualifications professionnelles témoigne donc de son aptitude à répondre à des exigences de chantiers spécifiques.
625. Ainsi, les qualifications professionnelles sont donc des outils préparatoires à la transmission de l'entreprise et revêtent deux avantages principaux. Tout d'abord, elles conservent les connaissances dans l'entreprise en faisant intervenir la collectivité des

⁴⁸⁴ Il s'agit de la norme NF X50-091.

salariés et des dirigeants et non à un individu donné. Ensuite, elles apportent un avantage concurrentiel et atteste de l'organisation et de ses compétences en confortant les relations avec les clients de l'entreprise.

Conclusion du Chapitre 2

626. Créer un lien juridique et financier fort, impliquer des salariés en les incitant à ne pas quitter l'entreprise, former son personnel : tels sont les enjeux de la transmission et de la conservation des compétences et des connaissances techniques au sein de l'entreprise.
627. Le dirigeant (futur cédant) doit donc s'effacer progressivement pour laisser place à une nouvelle organisation dans laquelle il n'aura pas une maîtrise totale de l'outil de production. La préparation de la transmission de son entreprise impose au dirigeant que celui-ci ne soit plus omnipotent mais devienne un cadre interchangeable.
628. Dès lors, les connaissances dont il est titulaire sont transférées progressivement vers plusieurs personnes, physiques ou morales, afin que l'entreprise reste pérenne après son départ. L'identification de sa tâche doit facilement être mise en lumière et sa capacité à déléguer des missions à ses collaborateurs est de nature à préparer sa transmission et à la rendre réalisable.
629. In fine, le dirigeant cédant ne devrait pas avoir un rôle plus développé que celui d'un gestionnaire de centre de profit possédant une équipe capable de pallier à son absence. Le repreneur pourra alors s'identifier au cédant et reprendre en douceur l'entreprise.

Conclusion du Titre 2

630. La transmission d'une entreprise de bâtiment ne peut être dissociée d'une transmission des savoir-faire et des connaissances techniques. L'accompagnement du dirigeant, la mise en place du transfert de ses compétences avant la cession occupent, en pratique, une place centrale lors des négociations d'une cession d'entreprise de bâtiment. Cette transmission, impalpable, est caractéristique du secteur. L'accompagnement du cédant auprès du cessionnaire et les actions anticipatrices de maintien des savoir-faire dans l'entreprise sont donc complémentaires et nécessaires. Ces questions doivent être traitées en amont du processus de transmission afin que le cessionnaire dispose d'une vision relativement fidèle de ce que sera sa propre compétence acquise à l'issue de l'accompagnement.

631. Ainsi, dans le bâtiment, le dirigeant, s'il souhaite transmettre dans de bonnes conditions devra s'attacher à résoudre les éventuelles difficultés liées à la transmission et au maintien des savoir-faire. On ne cède pas une entreprise du bâtiment pareillement à un fonds de commerce ou à un bien immobilier.

Conclusion de la première partie

632. L'entreprise de bâtiment est confrontée à des difficultés propres à son objet autrement dit à ce qu'elle est. Ces difficultés inhérentes au secteur d'activité de ne retrouvent pas ailleurs. Elles tiennent en la nature et en l'essence de l'entreprise.
633. La faiblesse de l'organisation juridique de l'entreprise de bâtiment, souvent assortie d'un dirigeant « multi tâches » est couplée à un besoin, pour le cessionnaire, d'opérer une bonne transmission des savoir-faire. L'anticipation de la transmission doit permettre de lever ces freins visant à rendre l'entreprise autonome par rapport à son dirigeant.
634. Au terme de cette première partie, certaines pistes ont ainsi été abordées permettant de limiter ces problèmes. Ces pistes doivent, à notre sens, être combinées entre elles afin d'optimiser leur rendement. Un dirigeant souhaitant céder devra donc organiser juridiquement son entreprise avant cession, proposer un accompagnement cohérent au repreneur et enfin mettre en place des dispositifs favorisant la conservation des compétences et des connaissances techniques au sein de l'entreprise.
635. Cette étape préalable doit permettre de s'intéresser pleinement à la reprise de l'entreprise (Partie 2) suivant ainsi un fil conducteur chronologique de l'opération de transmission de l'entreprise.

Partie 2- La reprise de l'entreprise

636. Après avoir utilement préparé et placé l'entreprise dans des conditions optimales pour sa cession, le cédant et le cessionnaire doivent organiser la reprise de celle-ci. La transmission suit donc un rythme chronologique dans ces étapes d'exécution. Cette succession d'étapes, conçue comme un canevas, opère un « balisage » afin d'éviter des déconvenues pour les parties. Lors de ces étapes, ces dernières auront probablement déjà engagées des frais de conseils importants. Il convient donc de se prémunir d'un risque d'échec lors de la mise en place effective de la transmission. La reprise de l'entreprise doit donc être organisée de manière cohérente.
637. Les aspects juridiques de l'opération sont importants à ce stade de la réalisation. Toutefois, la perspective de la reprise ne saurait être complète sans que la question fiscale ne soit traitée. L'étude de l'articulation entre ces deux aspects permet de déterminer les enjeux majeurs de la transmission. C'est à la lumière des spécificités de l'entreprise de bâtiment que nous envisagerons l'organisation juridique de la reprise (Titre 1) et les techniques d'allègement de la fiscalité de la transmission (Titre 2).

Titre 1 : l'organisation juridique de la reprise

638. A l'issue des négociations avec le cédant, et dès les grandes lignes du projet défini, il convient de « mettre en musique » la reprise. C'est la problématique de l'organisation juridique de la reprise dans son ensemble. Ce travail, confié aux praticiens, a pour conséquence de déclencher une nouvelle phase de négociation avec le cédant. En effet, même si la préparation de l'entreprise est aboutie quant à sa transmission, le profil et le projet du cessionnaire peuvent amener le cédant à adapter ses exigences et le montage qu'il avait envisagé.
639. En pratique, deux grandes étapes sont alors menées de front par le cessionnaire. Si le financement de l'acquisition occupe une place centrale, cette quête peut être facilitée par des montages juridiques opportuns. Le cessionnaire, mais aussi le cédant, peuvent ainsi avoir recours à une société holding. Cette technique, qui s'est généralisé de manière croissante, présente des avantages pour les deux parties. Au cœur des transmissions d'entreprises, cet outil ouvre des possibilités inédites et très étendues tant sur le terrain juridique que sur celui de l'accès au financement.
640. Nous nous proposons donc d'étudier les deux phases concomitantes de la reprise que sont les modes directs de financement directs (Chap. 1) et la holding de rachat (Chap. 2) en mettant l'accent sur leur complémentarité aboutissant à une lecture cohérente de la reprise de l'entreprise.

Chapitre 1 : Les modes directs de financement

641. Lors du processus de reprise, le cessionnaire doit, après que les modalités de la cession aient été trouvées avec le cédant, chercher un financement auprès d'un établissement de crédit. Cette recherche tient compte des performances passées de l'entreprise cible et du projet entrepreneurial proposé par le repreneur. La recherche de financement peut s'avérer être un chemin semé d'embûches. En effet, or le cas, rare, d'un apport personnel du cessionnaire représentant l'intégralité du prix, un financement est nécessaire. Nous pourrions ajouter que même dans cette hypothèse, il serait judicieux, pour le cessionnaire de recourir à une dette afin de bénéficier d'un effet de levier financier. Or, en période de crise financière et économique, les prêteurs sont de plus en plus prudents et moins enclins à financer les acquisitions des cessionnaires sans certaines garanties. Comment offrir les garanties indispensables à tout financement tout en les limitant. Dans cette phase de reprise, la performance du repreneur sera donc de créer un équilibre délicat entre les différentes options de financement s'offrant à lui.

642. Nous verrons que si le financement bancaire (Section 1) reste la pierre angulaire en la matière, certaines de ses contraintes incitent les repreneurs à s'orienter également vers des modes alternatifs de financement (Section 2).

Section 1 : le financement bancaire

643. Le cessionnaire, lors de ce parcours de recherche de financement, peut-être confronté à des complications d'autant accrues si son apport personnel se révèle être insuffisant. La notion de ratio d'apport personnel et de capital emprunté pour financer l'opération est une notion subjective qui varie d'un établissement de crédit à un autre. Pour autant, le repreneur peut difficilement s'exonérer d'apporter des garanties complémentaires à l'établissement prêteur. En effet, ces établissements bancaires, s'ils peuvent être enclins à prêter des fonds à un porteur de projet, souhaitent voir leurs risques limités, qui plus est dans la période de crise que nous traversons. C'est le jeu des garanties données par

l'emprunteur en pareil cas. Si, dans le cadre d'un financement immobilier classique, la garantie idéale est le bien objet du contrat de financement, la situation est différente dans le cadre d'une reprise d'entreprise. En effet, la richesse de l'entreprise est basée sur des hommes, sur un projet entrepreneurial ne lui donnant pas une valeur fongible. Notre pratique nous a ainsi permis de constater que les dossiers de financement de reprise d'entreprise sont, de manière quasi-systématique, accompagnés de sûretés pesant sur le dirigeant ou sur l'entreprise. Ces garanties peuvent prendre des formes diverses. Les sûretés réelles et personnelles seront toutefois privilégiées par le prêteur afin de lui garantir un engagement plus fort de l'emprunteur. Le développement de ces sûretés et leur importance lors de la négociation bancaire s'est accompagné de contre-mesures favorables au cessionnaire. L'objectif de l'emprunteur sera bien sûr de délivrer un minimum de sûretés quand le prêteur souhaitera se garantir du paiement du crédit consenti. Suite à la profonde réforme du droit des sûretés, intervenue par l'ordonnance du 23 mars 2006, la matière a été en partie refondue introduisant un Livre Quatrième intitulé « Des Sûretés » dans le code civil⁴⁸⁵. Les sûretés réelles ont en conséquence fait l'objet des principales modifications, mais la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 a limité la réforme en opérant une exclusion du cautionnement⁴⁸⁶. Certains auteurs ont déploré que la réforme ne soit pas inscrite dans un projet plus global comprenant sûretés personnelles et sûretés réelles⁴⁸⁷. Le repreneur doit donc arbitrer entre ces deux types de garanties. Ce sont les contraintes qui pèsent sur son choix que nous nous proposons d'étudier à travers le contrat de cautionnement (§ 1) et le recours aux sûretés réelles (§ 2).

§ 1 Le contrat de cautionnement

644. L'établissement prêteur peut être amené à demander au cessionnaire de garantir le paiement du financement accordé par le jeu d'une caution qui sera mise en place soit à titre personnel, soit grâce à un tiers. Ce type de contrat de cautionnement répond à un régime juridique particulier qui a évolué tout en permettant au repreneur d'apporter des réponses au prêteur visant à réduire le montant de la caution (A). Dans ce cadre,

⁴⁸⁵ Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, art. 2284 à 2488 du code civil.

⁴⁸⁶ Loi n° 2005-842 pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005, JO n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12160.

⁴⁸⁷ P. Simler, *La réforme du droit des sûretés, un livre IV nouveau du code civil*, JCP G n° 13, 29 mars 2006, p. 597.

l'intervention et le rôle d'OSEO dans la recherche de financement facilite l'accès au financement (B).

A/ Le contrat de cautionnement

645. Notre développement n'a pas vocation à décrire et détailler le régime juridique du contrat de cautionnement mais bien à en souligner les principaux fondements et à analyser son poids dans les rapports juridiques entre repreneur et financeur, autrement dit entre l'emprunteur et l'établissement financier⁴⁸⁸ au regard du secteur du bâtiment.

646. Le code civil pose le principe du cautionnement en son article 2288, énonçant que « celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même »⁴⁸⁹. Force est de constater que cet article ne comprend pas de véritable définition mais plutôt une formulation permettant d'englober plusieurs types de cautionnement. En l'absence de définition textuelle, la doctrine⁴⁹⁰ a pu tenter de remédier à ce défaut. Ainsi, le cautionnement peut être défini comme « une sûreté personnelle accessoire créée par un contrat unilatéral qui oblige la caution à exécuter la dette du débiteur principal et lui donne un recours en remboursement contre ce dernier »⁴⁹¹. Cette définition fait apparaître le cautionnement comme une sûreté personnelle dans la mesure où il s'agit d'un engagement personnel de la caution, à titre personnel, à exécuter l'obligation du débiteur principal.

647. Dans la recherche de financement liée à la reprise d'une entreprise, la caution sera le plus souvent le porteur du projet et donc le futur dirigeant de l'entreprise reprise. Dès lors, le cautionnement revêt-il toujours un caractère subsidiaire ? Il semble que le principe du cautionnement est ici réduit à sa plus stricte expression puisqu'initialement, il s'agissait d'un « service d'ami ».⁴⁹² Le développement du cautionnement dans les rapports économiques et notamment son essor lors d'emprunts bancaires a cependant modifié son

⁴⁸⁸ Pour une étude détaillée du contrat de cautionnement, voir, à titre d'exemple : J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, Tome 40, Defrénois, 2009 ; D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2011 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garantie autonomes*, Litec, 3^{ème} éd. 2000 ; S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, Litec, 2000.

⁴⁸⁹ C. civ., art 2288.

⁴⁹⁰ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd, p. 35 et s.

⁴⁹¹ *Idem*.

⁴⁹² Le Professeur Piedelièvre explique que « en 1804, il était envisagé comme un service rendu gracieusement par la famille ou par les amis » in *Droit des sûretés, cours magistral*, Ellipses, p. 23, § 31.

visage. Il est devenu, par les techniques de prise de cautionnement bancaire, solidaire. L'emprunteur est devenu garant de la caution face au créancier. De plus, la systématisation du renoncement au bénéfice de discussion⁴⁹³ a placé la caution au même rang que le débiteur principal infléchissant le caractère subsidiaire originel de celle-ci. Cette position est renforcée lorsque le cautionnement est solidaire. La conséquence de cette pratique, répandue dans les établissements bancaires, est importante puisque « la caution, dotée de la qualité de codébiteur, est placée au même niveau que le débiteur principal, le créancier n'étant plus tenu de poursuivre au préalable celui-ci »⁴⁹⁴.

648. L'établissement bancaire pourra donc, en cas d'inexécution du débiteur, poursuivre la caution avant même de poursuivre le débiteur principal. Or, dans la majorité des cas de financement, le porteur de projet sera donc caution personnelle pour sa propre société, qui sera le débiteur principal auprès de la banque. Cela nous semble préjudiciable dans la mesure où les porteurs de projets créent le plus souvent des sociétés dont l'objectif est de limiter leur engagement et leur responsabilité. A notre sens, ce recours au cautionnement dans les opérations d'emprunts bancaires est devenu, un préalable à tout financement tel une « grille de validation » que doit remplir le futur entrepreneur.

649. Le Professeur Legeais souligne même qu'en « imposant quasi systématiquement aux dirigeants de cautionner les dettes de leurs entreprises, les banques ont trouvé le moyen de faire échec au principe de la limitation de la responsabilité des associés de SA ou SARL au montant de leurs apports ». Par ces moyens détournés de prises de garanties, les banquiers ont affaibli le rôle protecteur joué par les sociétés constituées par les dirigeants. Leur responsabilité se trouve dès lors non plus limitée à leur apport mais à leur apport auquel s'ajoute, comptablement, le montant de la caution, qu'ils ont accepté, afin de financer leur projet. L'établissement bancaire sacrifie-t-il le droit des sociétés sur l'autel de l'accès au financement ? Cette situation tend, selon nous, à gommer la personnalité morale de la société pour la rendre transparente et créer ainsi un lien direct entre dirigeant

⁴⁹³ C. civ., art. 2298 : la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

⁴⁹⁴ C. Albiges, M.P. Dumont Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, 3^{ème} éd, p. 27, § 40.

et financeur. Le Professeur Piédelievre y voit ainsi un « infléchissement de la personnalité morale en partie justifiée par la réalité économique »⁴⁹⁵.

650. Par ailleurs, sur le terrain des financements liés à la reprise d'entreprise, il apparaît que le prêteur attache une grande importance au profil du repreneur. C'est pourquoi, en pratique, l'établissement bancaire peut être moins exigeant quant à l'engagement personnel du repreneur, et donc quant au montant de la caution, si l'emprunteur a un profil en adéquation avec l'entreprise reprise. L'implication personnelle financière du repreneur sera donc mesurée aussi quant à son profil. Une certaine graduation de cet engagement peut être ainsi imaginée. Dans le bâtiment, un repreneur disposant d'un *curriculum vitae* riche en expériences et notamment en connaissances techniques aura de ce fait plus de facilités à financer l'opération qu'un repreneur ayant un profil « financier- gestionnaire » reprenant l'entreprise sans connaître le monde des chantiers. Cette tendance est ressentie dans de nombreux dossiers de reprises, le banquier préférant limiter son risque avec un repreneur qualifié d'entrepreneur métier et sera moins diligent avec un repreneur gestionnaire qualifié davantage d'investisseur. Cela prouve, s'il en était besoin, que l'établissement bancaire attache une importance particulière à l'environnement économique de la cible.

651. L'objectif de l'emprunteur, personne physique ou morale constituée pour l'opération, sera donc de tenter de limiter le montant de la caution exigée par le banquier. Dans cette négociation, le profil du porteur de projet et les résultats financiers de l'entreprise seront autant d'atouts à mettre en exergue. Toutefois, le repreneur a bénéficié de réformes qui tendent à encadrer le recours et la mise en place du contrat de cautionnement.

652. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a créé de nouvelles dispositions visant à renforcer la protection des cautions personnes physiques qui s'engagent auprès de créanciers professionnels⁴⁹⁶. Ces nouvelles mesures ont été intégrées dans le code de la consommation qui devient le nouveau « siège » du droit commun du cautionnement⁴⁹⁷. Le code civil ne contenant plus l'ensemble des dispositions liées au cautionnement

⁴⁹⁵ S. Piédelievre, *Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement*, Gaz. Pal. 1982. 1. Doctr. 85.

⁴⁹⁶ Loi n° 2003-721 pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, JORF n° 179 du 5 août 2003, p. 13449.

⁴⁹⁷ D. Legeais, *Le code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement*, JCP E, 2003, 1433.

puisque'aujourd'hui, de nombreuses règles figurent dans le code de la consommation, dans le Code de commerce ou encore dans le code monétaire et financier. Dès lors, il en découle un nombre conséquent de règles spécifiques codifiées dans plusieurs sources tendant à penser que plusieurs régimes coexistent. A notre sens, cette situation pourrait être de nature à nuire à une lecture claire et objective, la règle applicable à un cas d'espèce pourrait s'en trouver difficilement identifiable.

653. La loi du 1^{er} août 2003, entrée en vigueur en février 2004, introduit des modifications visant à protéger la caution personne physique s'engageant auprès d'un professionnel. La question peut être posée quant aux dirigeants d'entreprises devenant caution pour leur entreprise. Sont-ils des professionnels ou des personnes physiques ? Sur ce point, le professeur Simler précise que leur « intérêt dans l'opération principale inciterait à les assimiler aux professionnels, mais leur qualité de personnes physiques et les risques auxquels ils s'exposent militent en sens contraire »⁴⁹⁸. Conscient que la qualité de la caution emporte des conséquences quant à l'application des mesures édictées par la loi du 1^{er} août 2003, il nous semble qu'il convient de se référer à la lettre de la loi dans une interprétation littérale de celle-ci. La loi fait référence à la « personne physique » qui contracte avec un professionnel utilisant même le terme « toute personne » ce qui sous-entend, selon nous, que les dirigeants sont également, et avant toute chose, des personnes physiques⁴⁹⁹. Un cadre bancaire se portant caution bénéficierait, selon nous, de l'application de ces dispositions alors même qu'il est un professionnel du secteur⁵⁰⁰. Toutefois, le dirigeant s'engage pour son entreprise. C'est donc la question de la transparence entre la société et la personne physique du dirigeant qui se pose. Le problème mériterait donc d'être approfondi pour une personne physique par ailleurs dirigeant d'une société de financement ou bancaire qui se porterait caution pour une opération liée à son activité professionnelle. Nos dirigeants de bâtiment ne sont donc pas concernés par cette problématique.

⁴⁹⁸ P. Simler, P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6^{ème} éd, p.39 § 44.

⁴⁹⁹ C. consommation, art L 341-1 à L 341-6.

⁵⁰⁰ Nonobstant le caractère commercial du cautionnement consenti par le gérant d'une société, son engagement doit répondre aux exigences de forme prescrites à peine de nullité, dès lors que le créancier ne conteste pas sa qualité de créancier professionnel, Montpellier, 19 janv. 2010, Gaz. Pal. 2010, 1780 ; conçu en des termes généraux, l'art. L 341-2 est applicable à toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, sans que soient exclus de son champ d'application certains acte sous seing privé en raison de leur nature commerciale ou certaines personnes physiques en raison de leur fonction ou de leurs liens avec l'entreprise débitrice, Amiens, 11 oct. 2007 : Banque et Droit mars-avr. 2008. 44, obs. Jacob.

654. Ainsi, la première règle pose le principe selon lequel une caution personne physique doit rédiger une formule qui doit être respectée à la lettre à peine de nullité de l'acte. Cette formule est édictée précisément par la loi et codifiée à l'article L 341-2 du code de la consommation⁵⁰¹. Cette rédaction est exigée dans les seuls actes sous seing privé à l'exclusion des actes authentiques, ce qui n'est pas de nature à influencer nos opérations de transmissions puisqu'en pratique la plus grande partie d'entre elles sont réalisées par un acte sous seing privé. Cette formule renforce le contrôle de la caution lors de son engagement et la sanction, entraînant la nullité de l'acte, impose au banquier un respect strict du formalisme.

655. Au-delà du seul engagement de la caution, constitué, le plus souvent dans les dossiers de reprise, par le cessionnaire, sa situation matrimoniale fait l'objet de toutes les attentions par le prêteur. Ainsi, le banquier peut demander que la caution principale de l'opération devienne caution solidaire avec son conjoint. Dès lors, le contrat de cautionnement devient solidaire entraînant des conséquences sur le plan du formalisme⁵⁰². L'article L 341-3 du code de la consommation impose en effet qu'une mention manuscrite supplémentaire soit insérée dans l'acte de cautionnement solidaire⁵⁰³.

656. La seconde disposition consacre l'idée de proportionnalité de la dette garantie par rapport aux ressources et par rapport au patrimoine de la caution. En d'autres termes, le législateur a souhaité protéger la caution contre des engagements qu'elle pourrait souscrire et qu'elle ne serait pas en mesure d'honorer. L'article L 341-4 du code de la consommation pose ce principe en opérant, selon nous, un renversement de la responsabilité lors de l'acte de cautionnement.

⁵⁰¹ C. consommation, art L 341-2 : « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « en me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités et des intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ».

⁵⁰² V. Amiens, 11 oct. 2007 : Banque et Droit mars-avr. 2008. 44, obs. Jacob.

⁵⁰³ C. consommation, art L 341-3 : « lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».

657. La sanction de la disproportion est supportée par l'établissement prêteur. La disposition précitée précise que « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus »⁵⁰⁴.
658. Le créancier professionnel, autrement dit l'établissement bancaire, doit donc contrôler que la caution est en capacité de contracter. A notre sens, il s'agit d'un affaiblissement de la responsabilisation de l'individu au profit d'une règle protectrice imposant une charge à l'établissement bancaire. En pratique, le banquier transmet, le plus souvent, une « fiche d'information caution », qui se présente sous la forme d'un questionnaire et qui permet d'opérer cette fameuse vérification de proportionnalité. Cependant, il s'agit bien d'un contrôle basé sur les déclarations volontaires de l'emprunteur. Or, ce qui nous semble préjudiciable, c'est l'absence de sanction prévue, dans ce texte, quant à une déclaration erronée de l'emprunteur. En pareil cas, le prêteur se trouverait confronté à l'application stricte de l'article L 341-4 du code de la consommation mais supporterait la charge de la preuve quant à la déclaration erronée de l'emprunteur.
659. Enfin, la dernière innovation de la loi du 1^{er} août 2003 concerne un renforcement de l'information au profit de la caution et à la charge du créancier. L'article L 341-6 précise que le créancier devra informer annuellement la caution de la portée de son engagement et le cas échéant des conditions de sa faculté de révocation⁵⁰⁵. Cette contrainte pèse sur le créancier et alourdi le formalisme de l'acte de cautionnement. Cette mesure n'a-t-elle pas, selon nous, vocation à limiter le recours systématique des établissements bancaires à l'acte de cautionnement tout en renforçant les droits des cautions non dirigeantes ?
660. En tout état de cause, l'acte de cautionnement reste donc la sûreté par excellence lors des demandes de financement concernant une reprise d'entreprise. Ces nouvelles dispositions, insérées dans le code de la consommation, équilibrent les rapports entre banquiers et emprunteur. Cependant, l'existence et le montant de la caution restent un point de négociation délicat entre les parties lors de la demande de financement. Aussi,

⁵⁰⁴ C. consommation, art L 341-4 ; V. Cass. com. 5 avr. 2011 : Gaz. Pal. 2011, 2863, note Piedelièvre.

⁵⁰⁵ C. consommation, art L 341-6 : « le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. [...] ».

comment rassurer le prêteur et lui offrir une alternative permettant de réduire son risque et de minimiser ainsi le montant de la caution. La possibilité de faire intervenir OSEO dans l'opération (B) peut être un bon moyen de limiter le montant de la caution tout en facilitant l'accès au financement.

B/ Le rôle d'OSEO dans la recherche de financement : un accès facilité au financement

661. OSEO est un établissement public à caractère industriel et commercial né en 2005. OSEO est issu de la fusion de trois établissements ayant trait au financement et au soutien des entreprises. L'agence nationale de valorisation de la recherche (ANVAR), la banque de développement des PME (BDPME) et enfin, la société française de garantie des financements des PME (SOFARIS) se sont donc réunis sous une seule et même entité : OSEO. L'établissement public OSEO est à la tête d'une société anonyme OSEO SA, qui agit de manière opérationnelle sur le terrain.
662. C'est l'ordonnance du 29 juin 2005 qui crée juridiquement l'établissement public OSEO et la société anonyme OSEO⁵⁰⁶. La loi du 31 décembre 2012 relative à la création de la banque publique d'investissement⁵⁰⁷ a modifié le nom d'OSEO qui est devenu l'établissement public BPI-Groupe. Pour des raisons de simplification lors de nos explications, nous continuerons d'utiliser le nom OSEO afin de permettre au lecteur d'identifier clairement les dispositifs spécifiques à la transmission reprise dans la mesure où la BPI regroupe de nombreux métiers. Les actions d'OSEO pour les entreprises et notamment sur le seul domaine de la transmission reprise s'articulent en majeure partie sur deux aspects. Tout d'abord, un soutien est apporté à travers la garantie du financement de la transmission (1°) visant l'emprunt bancaire du cessionnaire puis étend, ensuite, son aide aux futurs dirigeants via le contrat de développement transmission (2°).

⁵⁰⁶ Ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la création de l'établissement public OSEO et de la société anonyme OSEO, JORF n° 151 du 30 juin 2005, p. 10774.

⁵⁰⁷ Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012, JO n° 0001 du 1^{er} janv. 2013.

1° la garantie du financement de la transmission

663. Un des objets d'OSEO⁵⁰⁸ est de favoriser « le développement et le financement des petites et moyennes entreprises »⁵⁰⁹. Le rôle d'OSEO est donc central lors de questions liées au financement d'opérations spécifiques telles les transmissions d'entreprises. Afin de favoriser la transmission, OSEO facilite l'accès au financement pour le cessionnaire. En effet, grâce à la garantie de financement de la transmission, OSEO est à même de débloquent des situations de blocage d'accès au financement pour le repreneur. Pour ce faire, OSEO intervient en garantie auprès de l'établissement bancaire quant à l'éventuelle défaillance de l'emprunteur. OSEO va permettre à la banque de partager le risque de perte sur une opération de crédit spécifique en garantissant une partie de la perte finale après réalisation des sûretés. Cette garantie, dont bénéficie le seul établissement bancaire, permet un accès facilité au crédit et une limitation des sûretés personnelles et notamment quant au niveau de caution. Ce dispositif obtient en effet un très bon écho auprès des banques répondant aux attentes de ces dernières⁵¹⁰.

664. La politique d'OSEO est en effet d'accompagner sa garantie d'une limitation des sûretés. Le cessionnaire bénéficie donc d'un argument de poids afin de limiter le montant de la caution demandée par l'établissement bancaire. Lors de la négociation des contours de son prêt, il pourra ainsi mettre en avant le partage du risque pour l'établissement grâce à OSEO. OSEO, par sa garantie de financement, est donc un outil au service de la limitation des sûretés et plus particulièrement de l'acte de cautionnement.

665. OSEO ne se limite toutefois pas à la seule contre garantie du prêt du cessionnaire mais peut également intervenir en financement direct aux côtés des banques traditionnelles, à travers le contrat de développement transmission (2°).

⁵⁰⁸ G. Notté, *Loi 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie*, JCP E, n° 31, 4 août 2005, act. 225.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, art. 1.

⁵¹⁰ M.-N. de Boigrollier, *L'intervention en garantie d'OSEO, une technique bien adaptée aux besoins des banques*, Banque Magazine, 1^{er} oct. 2010.

2° le contrat de développement transmission

666. Le contrat de développement transmission s'intéresse à la phase de reprise immédiate de l'entreprise. Le risque de défaillance du cessionnaire intervient, il est vrai, dans les premières années de la reprise. La prise en main de la structure et des hommes, *a fortiori*, dans le bâtiment, la baisse du chiffre d'affaires lié au départ de l'ancien dirigeant sont autant de facteurs aggravants le risque de défaillance.

667. OSEO propose donc de financer une partie de l'acquisition du repreneur en complétant l'offre bancaire principale. En pratique, le cessionnaire finance sa reprise avec un établissement bancaire mais complète ce financement par le contrat de développement transmission d'OSEO. Ce prêt, accordé par l'organisme, a la particularité de ne pas être remboursable immédiatement mais peut être différé jusqu'à deux années⁵¹¹. Le cessionnaire rembourse donc la dette senior pour partie immédiatement soit la part bancaire et deux années plus tard la part d'OSEO s'ajoute au remboursement bancaire. Cela a l'avantage de laisser au repreneur le temps nécessaire à la prise en main de l'entreprise sans être asphyxié par la charge de remboursement.

668. La performance d'OSEO est donc la bienvenue pour favoriser le financement des opérations de transmissions même si quelques voix se sont élevées quant à une complexité du fonctionnement de l'établissement public⁵¹² et à ces trop nombreuses offres de financement⁵¹³.

669. Ce contrat de développement transmission est accordé sans garantie particulière exigée auprès du repreneur. Ce mode de financement est donc source de limitation des suretés accordées par ce dernier aux établissements financiers. En effet, si le montant de l'emprunt est plus faible, puisqu'une partie est prise en charge par OSEO, les garanties seront également réduites en proportion. Ce montage est donc un véritable outil de limitation du montant du cautionnement prit sur la « tête » du dirigeant.

670. Si les suretés personnelles peuvent être réduites par le jeu de l'intervention d'OSEO, les établissements bancaires auront à cœur de se tourner vers d'autres modes de garanties.

⁵¹¹ OSEO documentation, *Transmission, pour financer et accompagner les PME*, OSEO, janv. 2007.

⁵¹² P. Flaman, *Garantie OSEO : bien comprendre les règles du jeu*, L'entreprise, 25 juin 2010.

⁵¹³ G. P. Cossu, O. Descateaux, S. Perrin, *Le financement des PME*, Cah. dr. entr., 1^{er} mars 2009.

Le recours aux sûretés réelles (§2) prend ainsi une place prépondérante dans les montages d'opérations de financement même si, là encore, des outils existent pour les limiter.

§ 2 Le recours aux sûretés réelles

671. L'établissement prêteur se garantit, au-delà des sûretés personnelles, sur l'objet du contrat de cession. Il s'agit de demander au cessionnaire de lui accorder des sûretés attachées à un bien, en l'espèce à l'entreprise. La sûreté réelle peut être définie comme « l'affectation de la valeur d'un bien à un créancier comme garantie du paiement d'une dette »⁵¹⁴. Il conviendra donc de s'intéresser aux régimes des sûretés réelles liées à l'objet cédé (A) mais aussi d'aborder les possibilités et les solutions offertes au cessionnaire concourant à la limitation de l'exigence de sûretés réelles (B) vis-à-vis de l'établissement prêteur.

A/ Les sûretés réelles liées à l'objet cédé

672. Dans le cadre d'un financement lié à la reprise d'une entreprise, l'établissement bancaire n'aura d'autre choix que de s'intéresser à l'objet qui est cédé dans l'opération s'il entend se prévaloir d'une sûreté réelle. M. Deniau précise que les banques prêteuses prenant un risque financier, c'est fort logiquement qu'elles « revendiquent de disposer dès l'origine d'un droit de propriété sur la totalité du patrimoine de la société de projet »⁵¹⁵. Compte tenu de la nature de la demande de financement portant sur l'acquisition d'une entreprise, l'objet de réalisation du projet tient essentiellement dans l'homme portant la reprise, M. Deniau ajoutant que les banques vont se prémunir sur un patrimoine « sans valeur marchande immédiate »⁵¹⁶. Le cessionnaire se porte donc acquéreur, soit des titres sociaux de la société exploitant l'entreprise, soit du fonds de commerce de celle-ci. Il convient donc de distinguer la sûreté attachée aux parts sociales d'une société commerciale (1°) de la sûreté attachée au fonds de commerce (2°).

⁵¹⁴ C. Albiges, M.P. Dumont Lefrand, *op. cit.*, p. 9, § 11.

⁵¹⁵ P. Deniau, P. Rouast-Bertier, *les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006*, RD bancaire et fin., juill. Août 2008, p.13, §6.

⁵¹⁶ *Idem.*

1° la sûreté attachée aux parts sociales d'une société commerciale

673. Volontairement, nous limiterons notre propos à la reprise d'une des formes sociales la plus répandue, à savoir, les parts sociales d'une société à responsabilité limitée. Dans l'environnement du bâtiment, les SARL sont en effet très présentes et les SA ne correspondent que rarement à une forme sociale adaptée à une PME compte tenu de sa capacité à faire appel public à l'épargne. Il convient de souligner que la SAS a tendance à se développer même si sa représentation proportionnelle reste faible.

674. La réforme du droit des sûretés prise par l'ordonnance du 26 mars 2006⁵¹⁷ a bouleversé l'ordre préétabli de la matière et a notamment réorganisé le droit du gage. Le Professeur Simler souligne même que « c'est en cette matière que les changements sont les plus importants et la réorganisation la plus profonde »⁵¹⁸. En saluant la fin d'un « empilement » de règles spéciales, ce dernier précise qu'il « existe désormais deux sûretés mobilières bien distinctes : le gage, avec ou sans dépossession, et le nantissement de bien incorporels »⁵¹⁹. La clarté et l'objectif de simplification semblent avoir conduit à un résultat favorisant l'information et la connaissance des parties s'engageant sur le terrain des sûretés. Aussi, s'il décide de donner à sûreté les parts sociales de l'entreprise qu'il acquiert, il convient de définir la portée de son engagement.

675. Pour cela, il est nécessaire de s'interroger quant à la nature juridique des parts sociales de sociétés commerciales. Sont-ce des biens meubles corporels ou incorporels ? La qualification juridique du bien emportera application d'un régime juridique différent.

676. Les parts sociales d'une société sont des biens meubles par nature en ce qu'elles correspondent à la définition de l'article 528 du code civil⁵²⁰. Le Professeur Ghestin définit le meuble corporel comme un meuble pouvant « faire l'objet d'une véritable possession »⁵²¹ et dans lequel réside « une mobilité »⁵²². Le professeur Atias retient également le « critère de la mobilité » ajoutant que « tout ce qui se déplace est ou peut-

⁵¹⁷ cf. *Supra*.

⁵¹⁸ P. Simler, *Op. cit.*, JCP G n° 13, 29 mars 2006, p. 598.

⁵¹⁹ *Idem*.

⁵²⁰ C. civ., art. 528 : « sont meubles par nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère ».

⁵²¹ J. Ghestin, J.-L. Bergel, S. Cimamonti, *Les biens*, Traité de droit civil, LGDJ, 2^{ème} éd, p. 270, § 220.

⁵²² *Idem*, p. 29, § 25.

être déplacé est meuble »⁵²³. Il précise qu'il s'agit là d'une catégorie « résiduelle »⁵²⁴ puisque tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Pour autant, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un meuble corporel ou incorporel. Dans notre cas, la distinction entre meuble corporel et incorporel peut être assimilée à une sous-catégorie des biens meubles. Partant de ce constat sur les meubles corporels, les Professeurs Simler et Terré considèrent que « les parts des associés ou actionnaires –parts sociales ou actions- dans les sociétés sont des biens meubles incorporels, formalisés par des titres »⁵²⁵. Cette position trouve son sens dans la dématérialisation des titres sociaux. Ces derniers font l'objet d'inscription et de références sur des registres tenus par la société. Il s'agit donc de droits conférés aux associés qui sont impalpables et trouve ainsi leur sens dans une qualification de biens meubles incorporels. Le cessionnaire, lors de la « négociation bancaire » liée à son emprunt pourra ainsi nantir les parts sociales objet de son acquisition. Il convient de souligner les modifications de la réforme de 2006 et ses effets pour le futur dirigeant et la vie sociale de l'entreprise.

677. En effet, le nantissement de bien meuble incorporel a été réorganisé par cette réforme. Pour les parts sociales de société commerciale, il convient de se reporter à l'article 2355 alinéa 5 du code civil portant sur le nantissement et précisant que « celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

678. Ce renvoi au régime du gage de meubles corporels souligne l'absence de régime spécifique pour les parts sociales de sociétés commerciales. Il est regrettable que la coexistence entre un régime général refondu et des régimes spéciaux qui obligent à des renvois et notamment concernant la procédure à suivre pour la validité de tels engagements. Ainsi, le décret du 23 décembre 2006 relatif à la publicité du gage sans dépossession fait référence aux parts sociales⁵²⁶. Cependant, il s'agit là de la seule référence sur la possibilité de nantir les parts sociales de sociétés commerciales, la loi n'y faisant référence que par le seul renvoi de l'alinéa 5 de l'article 2355 du code civil⁵²⁷.

⁵²³ C. Atias, *Droit civil Les biens*, Litec, 11^{ème} éd, p. 36, § 50.

⁵²⁴ *Idem*.

⁵²⁵ F. Terré, P. Simler, *Droit civil Les biens*, Dalloz précis, 8^{ème} éd, p. 66, § 56.

⁵²⁶ Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession.

⁵²⁷ C. Albiges, M.P. Dumont Lefrand, *op. cit.*, p. 316, § 522.

679. Le Code de commerce y fait toutefois référence à l'article L 521-1 en précisant qu'il peut être établi par un transfert sur les registres de la société objet de la sûreté⁵²⁸.

680. A la lecture de ces textes, le nantissement des parts sociales apparaît donc comme un gage sans dépossession. Le Professeur Piedelièvre, souligne d'ailleurs cet état, estimant que « l'on se trouve en présence d'un gage sans dépossession dont l'opposabilité aux tiers résulte d'une mesure de publicité »⁵²⁹. Le Professeur Ancel ajoute que le nantissement des parts sociales de sociétés commerciales « obéit au droit commun du gage (aujourd'hui sans dépossession) »⁵³⁰. Les parts sociales sont donc conservées par les associés mais font l'objet d'une inscription particulière afin de garantir l'opposabilité du gage. Le régime juridique applicable est donc bien, comme le rappelle le Professeur Mignot, « un nantissement qui obéit aux règles de constitution du gage de meubles corporels ; les effets de ce nantissement sont également déterminés par les règles du gage de meubles corporels »⁵³¹.

681. Ainsi, les parts sociales de sociétés commerciales, biens meubles incorporels, tombent sous le régime commun du gage des biens meubles corporels. Madame Lisanti analyse cette situation en indiquant que « le régime de ces sûretés doit donc être déduit de l'application des règles relatives aux sûretés sur meubles corporels »⁵³². Elle ajoute que, concernant les meubles incorporels, la réforme s'est attachée au nantissement de créances en opérant un « renvoi au gage des meubles corporels » ce qui a pour conséquence de rendre « incomplet »⁵³³ le régime des sûretés sur les meubles incorporels.

682. Selon nous, le législateur aurait pu consacrer un régime spécifique au nantissement des parts sociales de sociétés commerciales compte tenu de « l'explosion » du nombre de sûretés prises dans ce domaine par les protagonistes du financement. En effet, la pratique nous a permis de constater, qu'à ce jour, concernant des opérations de cession de titres,

⁵²⁸ C. com., art. L 521-1 : « le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie. A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, ainsi qu'à l'égard des inscriptions nominatives sur le grand livre de la dette publique, le gage peut également être établi par un transfert, à titre de garantie, inscrit sur lesdits registres ».

⁵²⁹ S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 262, § 429.

⁵³⁰ P. Ancel, *Droit des sûretés*, Objectif droit, 6^{ème} éd, Lexisnexis, p. 165, § 347.

⁵³¹ M. Mignot, *Droit des sûretés*, LMD, Montchrestien, Lextenso éd, éd 2010, p. 461, § 1684.

⁵³² C. Lisanti, *Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*, D. 2006, p. 2671.

⁵³³ C. Lisanti, *art. préc.*, p. 2673.

aucun financement n'est délivré sans un nantissement des titres de la société objet dudit acte de cession.

683. Toutefois, force est de constater que, même s'agissant d'un gage sans dépossession, le dirigeant autorisant le prêteur à nantir ses titres se trouve, à notre sens, dépossédé de la valeur des titres. En effet, d'un strict point de vue financier, sa future capacité d'emprunt se trouve limitée, dans la vie sociale de l'entreprise par le seul jeu de cette inscription. C'est pourquoi, il convient d'aborder la question liée à la procédure du nantissement des parts sociales et à son formalisme particulier visant, selon nous, à protéger les associés minoritaires et les tiers par le biais de la publicité de l'inscription.

684. En effet, l'inscription du nantissement doit être faite auprès du greffier du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société dont les parts sont nanties⁵³⁴.

685. Les associés minoritaires sont donc protégés par le jeu de cette procédure. *L'intuitu personae*, particulièrement fort dans les SARL, impose que les associés donnent leur consentement au nantissement. Le Code de commerce prévoit de recueillir le consentement des associés pour la mise en œuvre d'un nantissement⁵³⁵ sur le même modèle que les dispositions liées à la cession et donc à l'agrément d'un nouvel associé⁵³⁶. La portée de l'engagement de nantissement des parts sociales prend alors tout son relief puisqu'il s'agit de protéger et d'informer les associés minoritaires dans ce qui s'apparente à un acte ayant les mêmes conséquences qu'une cession. Pour autant, dans les cas de reprise, le repreneur aura tout loisir d'inscrire une condition suspensive d'obtention de ce consentement lié à son obtention de financement représentant par la même un tout un et

⁵³⁴ Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, art 1^{er} : « l'inscription de nantissement de parts sociales, prise en application du dernier alinéa de l'article 2355 du code civil, est faite auprès du greffier du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société dont les parts sont nanties. Le greffier attribue à l'acte de gage ou de nantissement un numéro d'ordre ».

⁵³⁵ C. com., art. L 223-15 : « si la société a donné son consentement à un projet de nantissement de parts sociales dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéa de l'article L 223-14, ce consentement emportera agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales nanties selon les dispositions du premier alinéa de l'article 2078 du code civil, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans les parts, en vue de réduire son capital ».

⁵³⁶ C. com., art. L 2223-14 : « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues au présent alinéa, le consentement à la cession est réputée acquis [...] ».

indivisible. Cette protection des associés minoritaires, si elle souligne l'importance du nantissement, ne constitue pas un frein au montage du dossier de financement.

686. Cette inscription garantit également les tiers quant à la solvabilité de l'entreprise et les éventuelles sûretés qui auraient été consenties par l'ancien dirigeant. Dans le bâtiment, il n'est en effet pas rare que les fournisseurs demandent des garanties de paiement au dirigeant, lesquelles peuvent être constituées par un nantissement ou des gages sur le matériel détenu par l'entreprise.

687. Ici, le dirigeant, se prive, dans la vie sociale de l'entreprise, de marges de manœuvre quant à un effet de levier financier pour d'autres investissements ou d'autres engagements. Notre pratique nous a permis d'approcher une entreprise de maçonnerie pour laquelle le dirigeant souhaitait investir dans l'achat d'une nouvelle grue. L'investissement est conséquent puisqu'il représente environ deux cent mille euros pour ce type de matériel. Les parts de sa société étant déjà nanties, il n'a eu d'autres choix que d'offrir sa caution personnelle pour obtenir le financement. Selon nous, le nantissement des parts sociales, même s'il peut être justifié par le risque encouru par le prêteur, ne doit pas devenir un frein au développement de l'entreprise et de ses investissements. Le nantissement du fonds de commerce, différent dans son régime juridique, est également très usité par la profession. Cette sûreté, attachée au fonds de commerce (2°), suppose que la négociation de la cession porte sur ce bien.

2° la sûreté attachée au fonds de commerce

688. A la différence des parts sociales de sociétés commerciales, le fonds de commerce bénéficie, pour le nantissement dont il peut faire l'objet, d'un régime spécifique. Institué par une loi du 17 mars 1909⁵³⁷ et codifié aux articles L 142-1⁵³⁸ et suivants du Code de commerce, le régime prévoit outre les conditions de sa mise en œuvre⁵³⁹, la désignation des biens faisant partie du fonds comme susceptibles d'être nantis⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, dernière modification le 21 septembre 2000, JO du 21 septembre 2000.

⁵³⁸ C. com., art. L 142-1 : « les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par le présent chapitre et le chapitre III ci-après. Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence ».

⁵³⁹ C. com., art. L 142-3 « le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré. Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de

689. Le nantissement du fonds de commerce est donc une sûreté « accordé par le propriétaire du fonds pour garantir une créance quelconque »⁵⁴¹. A la lecture du Professeur Ancel, on peut donc estimer que la créance née du financement de l'acquisition du fonds par le cessionnaire est de nature à entrer dans ce champ d'application.

690. Cependant, et comme une similitude avec la sûreté attachée aux parts sociales et surtout compte tenu de la nature du bien objet de la sûreté, il s'agit d'une sûreté sans dépossession. Le professeur Cabrillac souligne que le « fonds de commerce se rebelle à la dépossession »⁵⁴² en expliquant que parce qu'il « est un instrument de travail dont le constituant ne peut se priver, et surtout parce que sa survivance est liée à l'exploitation, laquelle n'est guère concevable dans le cadre de la dépossession »⁵⁴³, il doit continuer à être exploité par le constituant. A notre sens, l'établissement prêteur, s'attachant le nantissement du fonds de commerce replit dans le cadre d'une transmission, doit permettre à celui qui reprend d'exploiter. Il s'agit là du principe même de la reprise. La valeur du nantissement dépend de la capacité du fonds à dégager des résultats financiers et permettre ainsi le paiement de la dette senior liée à l'acquisition. Il est donc essentiel que l'activité se poursuive dans les meilleures conditions.

691. Cet objectif de rentabilité financière pose la question des biens composant le fonds pouvant être nantis. Le fonds de commerce est un ensemble de biens dont le législateur n'a jamais donné de définition. A tout le moins, le Code de commerce énumère-t-il certains éléments comme faisant partie du fonds⁵⁴⁴. La doctrine⁵⁴⁵ et la jurisprudence définissent davantage le fonds de commerce nous permettant d'en déduire les éléments qui feront l'objet du nantissement. Le Professeur Mestre le définit comme une « universalité », et une « entité juridique à part, ayant une nature propre, indépendante des

l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

⁵⁴⁰ C. com., art. L 142-2 « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie du fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés ».

⁵⁴¹ P. Ancel, *op. cit.*, p. 167, § 349.

⁵⁴² M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd, 604, § 801.

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ C. com., art. L 141-1 « [...] les marchandises et le matériel [...] », art. L 142-2 du même code précité et art. L 141-5 « [...] l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage [...] le matériel et les marchandises [...] ».

⁵⁴⁵ Sur les distinctions des définitions sociales et commerciales du fonds et notamment celle consistant, pour la jurisprudence sociale à avoir « une vision de l'entité économique qui dépasse celle du fonds de commerce », V. E. Blary-Clément, note sous Cass. soc., D., 2003, n° 12, p. 792 et s.

éléments qui la composent »⁵⁴⁶. Pour sa part, le Professeur Didier considère que le « fonds de commerce est un ensemble de biens affectés à l'exercice d'une activité commerciale »⁵⁴⁷. En d'autres termes, les éléments corporels et incorporels composant le fonds sont « tous choisis et articulés de manière à former un outil de production cohérent »⁵⁴⁸. A ce titre, la jurisprudence considère que la clientèle est essentielle puisqu'en l'absence de celle-ci il ne peut exister de fonds de commerce. Des décisions de justice successives ont également précisé que l'achalandage⁵⁴⁹, le nom commercial⁵⁵⁰, les marques⁵⁵¹, le droit au bail, le matériel et les marchandises⁵⁵² sont des éléments constitutifs du fonds de commerce.

692. De cette rapide tentative de définition du fonds de commerce, il en ressort les divers éléments pouvant faire l'objet ou non du nantissement. L'article L 142-2 du Code de commerce énumère l'ensemble des biens pouvant être nantis sans distinguer ceux qui font l'objet d'un nantissement de plein droit de ceux qui doivent faire l'objet d'une stipulation particulière. La distinction a son importance puisque c'est de cette dernière dont dépendra la marge de manœuvre financière du futur dirigeant. Le nantissement de l'ensemble des biens du fonds emporte des conséquences quant au développement économique de l'entreprise. En effet, si quelques biens seulement font l'objet de la sûreté, les éléments libres de tout privilège peuvent être nantis par le chef d'entreprise afin d'assurer un développement plus rapide de son affaire.

693. De plein droit, le nantissement porte sur les éléments incorporels du fonds ainsi que sur le mobilier, le matériel ou l'outillage à certaines conditions toutefois⁵⁵³. En revanche,

⁵⁴⁶ J. Mestre, M.E. Pancrazi, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 27^{ème} éd, p. 502, § 698.

⁵⁴⁷ P. Didier, Ph. Didier, *Droit commercial*, Economica 2005, tome 1, p. 336, § 356. L'auteur ajoute que le fonds de commerce est un ensemble de biens affectés à une activité commerciale définie et effective, même s'il est vrai que cette activité, elle, tend à la conquête d'une clientèle et, par-delà cet objectif, au développement de l'entreprise et à la maximisation des profits.

⁵⁴⁸ *Idem*, § 355.

⁵⁴⁹ Cass. com., 23 mai 1960, Bull. civ. III, n° 192 et Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180.

⁵⁵⁰ TGI Paris, 3 juill. 1996, D. Affaires 1996, n° 1187.

⁵⁵¹ Cass. com., 23 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 222.

⁵⁵² CA Paris, 9 avril 2009, JCP E 2009, 1842 « le fonds de commerce est une universalité de fait, qui peut comprendre divers éléments, au nombre desquels cumulativement ou non, la clientèle, le droit au bail, l'enseigne, le matériel, le stock, des marques, des licences ; que la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce est une des situations permettant de se prévaloir du statut des baux commerciaux ».

⁵⁵³ Cass. Req. 28 juill. 1936, Gaz. Pal. 1937, 2, p. 639 : « la question de savoir si le matériel est attaché à l'immeuble et par la même, immeuble par destination, ou s'il est attaché au fonds lui-même, et conserve alors son caractère mobilier permettant de le comprendre dans le nantissement, est une pure question de fait » ; V.

les marchandises sont exclues de l'assiette du nantissement⁵⁵⁴. Il ressort de cette précision que le nantissement ne doit pas troubler la bonne marche de l'entreprise et permettre ainsi à l'exploitant d'offrir en gage à son fournisseur les marchandises sans risque de conflit avec le titulaire du nantissement du fonds. Dans le secteur du bâtiment, cette faculté offerte au dirigeant prend toute son importance puisque le stock est essentiel à la bonne marche de l'entreprise. Il est essentiellement transformé et assimilé dans la construction, entraînant de fait un décalage entre sa consommation (et la facturation du fournisseur) et la réalisation finale de la prestation commandée. La possibilité, pour le nouveau dirigeant, de gager son stock minimise d'autant son besoin de fonds de roulement puisque le jeu de la garantie compense un règlement fournisseur volontairement tardif.

694. Toutefois, il convient de souligner qu'outre l'assiette du nantissement, le conflit qui peut naître entre deux bénéficiaires de sûretés attachées au fonds de commerce est limité par le jeu de la procédure de publicité du nantissement du fonds lors de sa mise en œuvre. Ainsi, une publicité est réalisée sur un registre spécial au greffe du tribunal de commerce du lieu d'établissement du fonds. Le créancier nanti est dès lors bénéficiaire, également vis-à-vis des tiers, « d'un droit de préférence et d'un droit de suite sur le fonds », à condition toutefois que les mentions de l'inscription aient bien été établies⁵⁵⁵. La formalité de l'inscription offre une information fiable et disponible pour les tiers et notamment pour les fournisseurs de l'entreprise.

695. Notre pratique nous permet d'affirmer que le prêteur demande très fréquemment un nantissement sur le fonds. Encore faut-il que l'objet de la cession soit un fonds de commerce parce que dans la négative, la sûreté ne pourra être mise en place. Mais il semble légitime de s'interroger sur l'efficacité d'une telle sûreté puisque sa valeur dépend de la rentabilité et de la valeur économique du fonds nanti. Or, elle sera actionnée lorsque le constituant éprouvera des difficultés à honorer ses échéances d'emprunts ce qui suppose que l'activité est ralentie et que le fonds a perdu, mécaniquement, de sa valeur. À notre sens, le prêteur prend plutôt le nantissement comme une habitude, un usage, devenu quasi systématique même s'il prend le soin d'y adjoindre des garanties complémentaires et

aussi Cass. Req. 20 janv. 1913, 1, p. 33 à propos de l'exclusion de l'assiette du nantissement pour les immeubles par destination.

⁵⁵⁴ Cass. Req., 21 juin 1933, D, 1933, p. 426 : « celui qui a consenti un prêt gagé sur des objets lesquels, considérés comme des marchandises, ne pouvaient être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce ».

⁵⁵⁵ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8^{ème} éd, p. 438, § 524.

notamment des sûretés personnelles. Le nantissement, s'il ne devient pas une sûreté réelle, au sens financier du terme, reste un vecteur d'information et de revendication notamment en cas de cession du fonds pendant la durée du crédit. Le cessionnaire pourra donc utilement demander au prêteur, après avoir exposé sa faible efficacité, de ne pas prendre le nantissement. Dès lors, le dirigeant sera en capacité de nantir son fonds et ainsi lever des fonds pour le développement de l'activité ou pour des investissements futurs.

696. Selon nous, le nantissement du fonds de commerce trouverait donc son sens à être utilisé comme un facteur de développement de l'entreprise et non comme une garantie secondaire obligeant quoi qu'il en soit le prêteur à prendre des sûretés complémentaires. Mais le cessionnaire souhaitant réduire les garanties octroyées au prêteur peut aussi utilement proposer des modes de financement dérivés, en opérant, de fait, une limitation de l'exigence des sûretés réelles (B) rendue possible par un risque bancaire contenu.

B/ La limitation de l'exigence de sûretés réelles

697. Le cessionnaire bâtissant son projet de financement doit poursuivre l'objectif de limiter l'exigence de sûretés demandée par l'établissement prêteur. L'évaluation du risque, par le banquier, déterminera le niveau de garantie. Une solution courante, en pratique, consiste à diviser le risque et donc à limiter les garanties. Il s'agit de mettre en place un « pool bancaire ». La meilleure division du risque réside dans une division en elle-même du montant prêté. Le « pool bancaire » ou co-financement par deux ou plusieurs établissements bancaires répond à cette attente. Partons du principe qu'une somme de cent soit à emprunter pour réaliser l'opération de reprise. L'établissement prêteur n'aura pas la même exigence de garantie s'il prête cinquante en collaboration avec une autre banque que s'il prête seul cent. Cette technique, tenant davantage à la négociation bancaire qu'à des régimes juridiques particuliers, fonctionne cependant principalement sur la seule dette contractée pour le paiement du prix de cession et non sur des besoins d'investissement concomitants à l'opération.

698. Or, il peut s'avérer que le cessionnaire ait un besoin de financement lié à son besoin en fonds de roulement. Si son apport personnel est faible et si l'entreprise ne dispose pas de disponibilités confortables, dans le cadre d'un rachat de titres sociaux, ou si son apport est faible et que le cessionnaire reprenne un fonds de commerce, il devra contracter un

emprunt afin de financer les premiers mois de son activité. Notre pratique a mis en évidence une réticence des établissements bancaires à financer du besoin en fonds de roulement, préférant se concentrer sur la dette principale liée à l'acquisition. Dès lors, face à une telle demande, ils sont exigeants sur le terrain des sûretés poursuivant l'objectif de dissuader le repreneur de sa demande de besoin en fonds de roulement. Afin de pallier cette situation pouvant aboutir à un blocage dans l'aboutissement de l'opération d'ensemble, il convient de proposer des solutions alternatives à l'établissement prêteur. Le financement de trésorerie peut être ainsi déconnecté du financement principal en usant de régimes juridiques mis en place lors du montage financier d'ensemble.

699. La cession de créances professionnelles (1°) et l'affacturage (2°) viendront utilement favoriser l'accès au financement et à la limitation de garantie.

1° la cession de créances professionnelles

700. La cession de créances professionnelles fait l'objet de dispositions législatives particulières liées à l'objet même des créances. Loin du formalisme des cessions de créances civiles, la cession de créance dite « professionnelle » a vu son régime simplifié pour devenir un véritable outil de financement des entreprises. C'est la loi du 2 janvier 1981 dit loi Dailly qui institue le régime juridique en ce domaine. Du nom du sénateur ayant porté le projet, on parle aujourd'hui de cessions « Dailly ».

701. Codifiée aux articles L 313-23 et suivants du code monétaire et financier, la loi Dailly répond à une attente des dirigeants d'entreprises permettant une cession de créances, via un bordereau Dailly, facilitant ainsi le financement de leur entreprise. Mais une telle opération peut également être « détournée » de son objectif initial pour réduire les difficultés de financements du repreneur.

702. Il convient donc d'aborder, succinctement, le régime juridique, le fonctionnement et les effets de la mise en place du bordereau Dailly pour analyser de quelle manière le dispositif peut favoriser le cessionnaire dans sa demande de financement.

703. La nouvelle forme de cession de créances professionnelles introduite par la loi Dailly peut être résumée par un seul outil : le bordereau. L'article L 313-23 décrit assez bien le

fonctionnement général en énonçant que « tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit privé ou de droit public ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle »⁵⁵⁶.

704. Ainsi, et sans minimiser son importance dans le dispositif, le Professeur Gavalda souligne que « le bordereau n'est pas en lui-même une forme de crédit », il n'est « qu'un instrument »⁵⁵⁷. Le rôle du bordereau est donc de faciliter la cession de créances professionnelles. Le principe novateur de la loi de 1981 est de permettre à un professionnel (personne morale de droit privé ou de droit public ou personne physique) de céder à un établissement de crédit les créances qu'il détient de ses clients en remplissant un bordereau. Dès que le bordereau est rempli, il devient opposable à tous déclenchant la remise, par l'établissement de crédit, de la somme inscrite sur le bordereau au cédant. Le cédant perçoit la somme et l'établissement, après rémunération, demande le paiement au client à échéance. Dans son mode de fonctionnement, le bordereau et la cession qui l'accompagne sont donc, à notre sens, constitutif d'un moyen d'obtenir du financement et notamment de la trésorerie supplémentaire pour l'entreprise.

705. Il y a cependant, pour la mise en place de ce bordereau, lieu de respecter certaines conditions d'application.

706. Tout d'abord, la cession de créance Dailly concerne nécessairement un professionnel et un établissement de crédit. La créance cédée doit relever de l'exercice de l'activité professionnelle du cédant. Dans notre cas, il s'agit de créances nées de chantiers entrant dans l'objet social de l'entreprise. Mais il convient de s'intéresser à la naissance de la créance et donc de la qualité du débiteur. Les entreprises de bâtiment ayant par nature une forte activité en marchés publics, le donneur d'ordre est-il un professionnel et la créance entre-t-elle dans l'exercice de leur profession ? Une personne morale de droit public n'a pas vocation, à mener des opérations de construction. Il s'agit pour elle de répondre aux demandes de ses administrés et de faire construire des équipements pour la collectivité. Si

⁵⁵⁶ C. mon. fin., art. L 313-23.

⁵⁵⁷ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*, Litec, 8^{ème} éd, 2010, p. 415, § 682.

l'on suit le texte de la loi stricto sensu, la cession de créance de ces débiteurs ne pourraient pas faire l'objet d'une cession dite Dailly. Cela aurait pour conséquence de réduire l'attractivité du dispositif compte tenu du fait que certaines entreprises de bâtiment ont une activité de marchés publics représentant la quasi-totalité de leur chiffre d'affaires. Sur ce point, la Cour de Cassation est venue, dans un arrêt du 3 janvier 1996, préciser que la loi Dailly s'applique à ce cas en soulignant que « l'opération de crédit est valable tant que le cédant et le débiteur sont des personnes morales, peu important qu'elles soient de droit public ou privé, sans qu'il y ait lieu de vérifier si la créance est née de leur activité professionnelle, cette condition ne s'imposant que s'il s'agit de personnes physiques »⁵⁵⁸.

707. Ensuite, la cession de créance répond à des exigences de formes notamment quant aux mentions obligatoires figurant sur le bordereau⁵⁵⁹. Le bordereau est également signé par le cédant et daté par le cessionnaire afin de lui donner date de valeur de ses effets juridiques⁵⁶⁰. En tant qu'instrument de crédit, le contenu du bordereau doit en effet être soigneusement rédigé afin d'être éligible au régime juridique de la loi Dailly. La sanction d'une mauvaise rédaction est la nullité. La Cour de Cassation est vigilante sur ce point et considère que « le titre par lequel une des mentions exigées fait défaut ne vaut pas comme acte de cession au sens de la loi et ne peut être invoqué pour demander paiement au débiteur »⁵⁶¹.

708. Le bordereau concerne donc des créances, et c'est le sens de la loi, plusieurs créances par le jeu d'un seul instrument. Le professeur Legeais ajoute même que grâce « à un document unique, il est en effet possible de céder ou de mettre en gage un grand nombre de créances »⁵⁶². Cette technique, par sa simplification, peut « être source

⁵⁵⁸ Cass. com., 3 janv. 1996, JCP G1996, IV, 417.

⁵⁵⁹ C. mon. fin., art L 313-23 : « [...] le bordereau doit comporter les énonciations suivantes : la dénomination selon le cas, « acte de cession de créances professionnelles » ou « acte de nantissement de créances professionnelles » ; la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L 313-23 à L 313-34, le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire, la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation, et s'il y a lieu, de leur échéance ».

⁵⁶⁰ C. mon. fin., art. L 313-25 : « le bordereau est signé par le cédant. La signature est apposée soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit. [...] a date est apposée par le cessionnaire ».

⁵⁶¹ Cass. com., 9 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 121.

⁵⁶² D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 18^{ème} éd, p. 405, § 798.

d'économies »⁵⁶³. L'absence de manipulation papier et la simplification ont pour conséquences un coût allégé pour l'établissement de crédit.

709. On peut s'interroger. Peut-on céder toutes les créances, ou plutôt quelle la nature des créances qu'il est possible de céder ? Outre les créances dites « à caractère professionnel », les créances futures ont un intérêt tout particulier dans le bâtiment. Mais comment qualifier une créance future ? Le Professeur Gavalda la définit en précisant qu'un bordereau peut comprendre « non seulement les créances liquides et exigibles, mais également les créances à terme et les créances futures »⁵⁶⁴. Pour sa part, la loi indique que « les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés » peuvent figurer sur le bordereau⁵⁶⁵. Enfin, le Professeur Stoufflet explique que « par créances futures on entend celles résultant d'opérations non encore engagées, pour lesquelles il n'existe pas même un début de mise en œuvre d'un processus contractuel »⁵⁶⁶.

710. Cette dernière définition, d'interprétation large convient particulièrement à la situation des entreprises de bâtiment. En effet, cela renforcerait d'autant les possibilités de recours au crédit par une cession massive de créances futures. Les entreprises de bâtiment sont caractéristiques en ce qu'elles possèdent un carnet de commande de chantier à venir souvent important auxquels s'ajoutent les chantiers en cours non terminés dont l'avancée du chantier déclenchera la facturation. Par exemple, une entreprise de maçonnerie gros œuvre réalisant la construction d'un immeuble collectif sur quatre à cinq niveaux construit cet ouvrage dans un délai de six à sept mois. Ainsi, même si elle facture en fonction de l'avancée de son chantier, au mois le mois, elle pourrait, en suivant le raisonnement et la définition du Professeur Stoufflet, céder l'ensemble de son marché comme une créance future, ce qui lui déclencherait un effet de levier financier important.

711. A cela s'ajoute son carnet de commande, c'est-à-dire les marchés de travaux signés mais non encore débutés, qui représente, selon les métiers, souvent une année de chiffre d'affaires. Pour le cessionnaire souhaitant financer son acquisition, la mobilisation de ces créances futures représente un apport en trésorerie conséquent de nature à éviter, par ce biais, un emprunt pour le financement de son besoin en fonds de roulement.

⁵⁶³ *Idem.*

⁵⁶⁴ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Op. cit.*, Litec, 8^{ème} éd, 2010, p. 415, § 682.

⁵⁶⁵ C. mon. fin., art. L 313-23.

⁵⁶⁶ J. Stoufflet, note sous Cass. com., 13 oct. 1992, JCP E, II n° 395.

712. A notre sens, il convient de rester prudent et d'estimer que les créances futures constituées par les chantiers en cours pourront être transmises sans difficultés à la différence du carnet de commande en ce qu'il semble difficile, dans ce cas, d'inscrire sur le bordereau un terme et une échéance. Le Professeur Stoufflet le souligne en expliquant que c'est la « désignation ou l'individualisation des créances cédées ou nanties qui fait difficulté »⁵⁶⁷. En effet, la date de démarrage des chantiers (et donc son terme) est souvent sujet à discussion et peut être amenée à changer autant que la personne définitive qui contracte, notamment sur des opérations de promotion immobilière dans lesquels des sociétés peuvent être constituées afin d'héberger juridiquement l'opération. Ainsi, le terme et l'identification du débiteur n'est pas toujours possible, ce qui rend difficile la cession de créance objet du contrat.

713. Une autre difficulté peut se faire jour concernant la cession de créances futures. Il s'agit de l'appréciation de l'établissement de crédit acceptant la créance. Le Professeur Stoufflet encourage d'ailleurs le banquier à ne pas négliger « les aléas d'ordre commercial, financier et juridique que comporte une créance »⁵⁶⁸. Dans ce domaine, la conjoncture économique sera de nature, à notre sens, à limiter les possibilités pour le cessionnaire de céder, au moment de son acquisition, ce type de créances.

714. Dès la remise du bordereau, celui-ci entraîne des effets pour les parties. Du côté de l'établissement de crédit, il « devient titulaire des créances cédées avec leurs accessoires »⁵⁶⁹. Le cédant a droit à un crédit de la part dudit établissement. C'est cet effet en particulier qui favorise le financement de l'entreprise. En revanche, le cédant ne doit pas céder plusieurs fois les mêmes créances et il devient solidaire en garantie du paiement des créances transmises.

715. Même si la garantie de recouvrabilité des créances transmises pèse sur le cédant, il n'en reste pas moins que la cession Dailly représente un effet de levier financier permettant un financement de l'entreprise. Il s'agit, pour le cessionnaire, d'utiliser cet outil afin de ne pas emprunter pour son besoin en fonds de roulement, limitant dès lors le

⁵⁶⁷ J. Stoufflet, *Les financements par cession de créances futures Etude en droit français*, RD bancaire et fin., janv. Fév. 2003, p. 68.

⁵⁶⁸ J. Stoufflet, note sous Cass. Com., 13 oct. 1992, JCP E, II n° 395

⁵⁶⁹ D. Legeais, *Op. cit.*, Sirey, 18^{ème} éd, p. 405, § 798

remboursement de sa dette senior (liée à l'acquisition de la cible) mais il peut aussi être utilisé comme contre poids dans la négociation des garanties demandées pour l'emprunt principal. Dans ce cadre, la cession Dailly vient jouer le rôle d'une garantie, contre garantissant l'emprunt de la dette senior liée au rachat de l'entreprise tout en limitant l'exigence de sûretés classiques de l'établissement prêteur.

716. Si le régime de la cession de créances Dailly est efficace et simple à mettre en place, la garantie solidaire du cédant peut être un frein. C'est pourquoi, il convient dans l'opération de rachat de l'entreprise, pour limiter l'exigence de sûretés pesant sur l'emprunt principal, de coupler ce régime avec un contrat d'affacturage développant l'effet de levier financier.

2° le contrat d'affacturage

717. Le contrat d'affacturage est un procédé issu du droit anglo-saxon permettant de mobiliser des créances de l'entreprise à très court terme. Le Professeur Mestre définit l'affacturage comme « le règlement conventionnel qu'une personne, dénommée le factor (ou affactureur), fait à une entreprise (l'adhérent) des créances qu'elle a sur ses clients, moyennant leur transfert à son profit et le versement de commissions et agios »⁵⁷⁰. Le principe du factor diffère de la cession Dailly en ce que le factor paye de manière anticipée à l'adhérent le montant des créances supportant l'aléa du recouvrement. Il garantit donc à lui seul la bonne fin de recouvrement des créances, ce qui constitue une différence profonde avec la cession Dailly dans laquelle le cédant est solidaire avec le cessionnaire de la créance.

718. Cette prise en charge du risque pour l'établissement bancaire s'explique par la conclusion avec l'entreprise d'un contrat global. Ainsi « la convention d'affacturage est une convention globale » dans laquelle il y a une « clause dite de globalité ou d'exclusivité ».⁵⁷¹ L'entreprise doit transmettre l'ensemble de ses créances au factor, qui dispose d'un droit de sélection des créances, certaines pouvant être rejetées si elles apparaissent douteuses.

⁵⁷⁰ J. Mestre, M.E. Pancrazi, *Op. cit.*, LGDJ, 27^{ème} éd, p. 620, § 849.

⁵⁷¹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Op. cit.*, Litec, 8^{ème} éd, 2010, p. 404, § 663.

719. L'affacturage, à la différence de la cession Dailly, ne peut concerner que des créances certaines, nées, exigibles ou à terme. Il est donc exclu d'avoir recours à l'affacturage pour des créances futures, ce qui en limite d'autant sa portée pour les entreprises du bâtiment⁵⁷².
720. Le contrat d'affacturage peut être analysé comme « une subrogation conventionnelle » emportant « à la date de sa réalisation, transfert de la créance au bénéfice du factor »⁵⁷³, celui-ci prenant « l'exacte place juridique qu'occupait précédemment le subrogeant, c'est-à-dire l'entreprise adhérente »⁵⁷⁴. Ainsi, le fonctionnement idéal du système repose sur une négociation optimale entre l'entreprise et le factor, répondant au mieux aux attentes de l'entreprise notamment quant au montant de l'encours du compte sur lequel sera rattaché ses créances « factorisées ».
721. L'affacturage, s'il paraît efficace et simple à mettre en place présente, selon nous, une limite dans son processus. En effet, le dirigeant, en transférant l'ensemble de ses créances au factor, se prive de la possibilité de recouvrer lui-même ces dernières, tout en déléguant cette prérogative au factor. Nous pourrions analyser cela en une perte de « souveraineté » de l'entreprise au profit d'un tiers, ce qui peut provoquer vis-à-vis de sa clientèle l'envoi d'un signal négatif. Le client, a fortiori dans le bâtiment, a souvent un *untuitu personnae* fort avec le dirigeant. La réception de sa facture correspond aussi à la réception de l'ouvrage et à la validation de la qualité du travail réalisé sur le chantier. L'introduction d'un tiers dans cette relation de confiance peut altérer les rapports de clientèle et augmenter le risque d'une perte de clients pour les chantiers futurs. C'est pourquoi il semble préférable de réserver le contrat d'affacturage à des entreprises ayant une clientèle majoritairement composé de donneurs publics, d'institutionnels ou d'entreprises qui percevront mieux la démarche que le client « particulier ».
722. Efficacement employé, en complément de la cession Dailly, le contrat d'affacturage est une source de financement pour l'entreprise réduisant mécaniquement son besoin en fonds de roulement. Il pourra être utilisé par le cessionnaire tout en tenant compte de l'impact, qu'il peut avoir, sur la clientèle. La mise en place du contrat d'affacturage, par

⁵⁷² cf *Supra*.

⁵⁷³ J. Mestre, M.E. Pancrazi, *Op. cit.*, LGDJ, 27^{ème} éd, p. 622, § 851.

⁵⁷⁴ *Idem*, p. 623, § 852.

les revenus qu'il génère au factor, souvent filiale de l'établissement prêteur, peut rendre l'opération intéressante sur le plan financier pour l'établissement. Il devient donc, par ce biais, une solution pour limiter le niveau de garantie exigé lors de la recherche de financement du repreneur.

723. Il convient de souligner que le niveau des sûretés, réelles ou personnelles, demandé, et les outils pouvant limiter l'exigence de celles-ci ne facilite pour autant pas l'obtention du financement principal. Ce dernier dépend du profil du repreneur (de son expérience, de sa compétence professionnel dans le métier de l'entreprise cible), de la structure financière de l'entreprise mais aussi de facteurs juridiques favorisant sa reprise. La mise en œuvre de régimes juridiques spécifiques avant cession ou lors du montage de l'opération concourt à l'accès au financement. Ainsi, il existe des solutions visant à faciliter la recherche de financement (Section 2), ces dernières permettant de lever les difficultés de financement liées à la transmission de l'entreprise.

Section 2 Les modes alternatifs de financement

724. Les garanties demandées par les établissements de crédit représentent un frein à la recherche de financement dont dépend la finalisation de l'opération. Selon les profils de repreneurs, il peut être envisagé d'avoir recours à des montages permettant de limiter les garanties classiques tout en offrant au prêteur des garanties de remboursement. A ce titre, il peut être opportun, conjointement à l'acte de cession, de réaliser des opérations préparatoires ou concomitantes à la transmission qui vont générer un cycle vertueux permettant un accès facilité au financement grâce à des montages juridiques avant cession (§ 1) mais aussi d'envisager des solutions alternatives de financement (§2).

§ 1 Les montages juridiques avant cession

725. La préparation de la transmission de l'entreprise est un facteur clé de succès dans l'opération de cession. Au-delà des aspects de réorganisation juridique de l'entreprise, celle-ci peut aussi faire l'objet de montages juridiques favorisant la future recherche de financement du cessionnaire. Ainsi, sans vouloir être exhaustif quant aux régimes juridiques existants, nous retiendrons la location-gérance (A) et la location d'actions ou de

parts sociales (B) comme des accélérateurs de transmission limitant le recours à l'emprunt pour le repreneur. Toutefois, l'efficacité de ces régimes réside dans une certaine anticipation dans leur mise en place avant cession.

A/ La location-gérance

726. La location-gérance d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal est un instrument intéressant pour préparer la transmission de l'entreprise. Juridiquement, elle permet de dissocier la propriété du fonds de son exploitation. Elle a également vocation à permettre au vendeur d'associer à la bonne marche de l'entreprise un repreneur potentiel tout en conservant le contrôle et ainsi de tester ses compétences. Le cessionnaire, quant à lui peut apprendre à connaître l'entreprise qu'il souhaite reprendre. Ce régime est toutefois entouré de contraintes juridiques dans sa mise en œuvre (1°) autant que d'aspects fiscaux qu'il est nécessaire d'appréhender avant sa mise en place (2°).

1° le régime juridique de la location-gérance

727. L'article L 144-1 du Code de commerce définit la location-gérance comme « un contrat ou une convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totale ment ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls »⁵⁷⁵.

728. La mise à disposition du fonds entraîne, le plus souvent, le versement d'une redevance au profit du propriétaire du fonds. La Cour de Cassation a toutefois précisé que cette redevance « n'est pas une condition essentielle de qualification du contrat »⁵⁷⁶. Un contrat de location-gérance est donc envisageable sans versement de redevance, ce qui est cohérent avec l'esprit du régime qui a vocation à répondre à des besoins spécifiques supportés par le propriétaire du fonds. En pratique, cela peut être une maladie empêchant le propriétaire d'exploiter son fonds ou un cas de décès suivi d'une transmission successorale dans laquelle les enfants mineurs ne peuvent exercer l'activité immédiatement.

⁵⁷⁵ C. com., art. L 144-1.

⁵⁷⁶ Cass. com. 23 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 71, JCP E 1999, p. 1540.

729. D'autre part, il convient de préciser que l'interruption d'exploitation d'un fonds n'est pas de nature à remettre en cause l'existence même dudit fonds et donc sa mise en location-gérance. La Cour de Cassation est venue préciser ce point dans un arrêt du 10 novembre 2009 estimant que la qualification de contrat de location-gérance était de la compétence de l'appréciation souveraine des juges du fond⁵⁷⁷.
730. Malgré le contrôle du juge, ce contrat pourrait être utilisé à des fins spéculatives. Si le fonds est acquis et loué immédiatement par son propriétaire, devenant, dès lors, un outil de placement. C'est pourquoi le législateur a entouré, de conditions strictes, l'application du dispositif. Ce type de contrat trouve également un intérêt lors de la préparation de la transmission de l'entreprise. Il peut devenir le lien entre cédant et repreneur et faciliter la prise en main de l'entreprise. Il nous semble que ces conditions, qu'il convient d'aborder, vont dans le sens d'une transmission réussie.
731. Tout d'abord, l'article L 144-3 du Code de commerce précise que « les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant deux années le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance »⁵⁷⁸.
732. Cette condition tenant au loueur est la principale condition de fonds qui doit être respectée à charge de s'exposer, pour les parties, à la nullité du contrat⁵⁷⁹. Cette nullité peut avoir des conséquences importantes sur le plan du bail commercial puisqu'elle prive l'application du régime au loueur l'empêchant d'invoquer le droit au renouvellement par exemple.
733. Un arrêt de la Cour de Cassation du 15 septembre 2010 répond à deux questions liées à la durée d'exploitation rejoignant l'éligibilité au régime des baux commerciaux⁵⁸⁰.
734. Tout d'abord, la cour précise que « la cessation temporaire d'activité (et donc la disparition de la clientèle et ainsi l'existence même du fonds) n'implique pas en elle-même la disparition de la clientèle ». Il convient donc de s'interroger pour savoir si une telle interruption d'activité serait de nature à être « comptabilisée » ou non dans le calcul des deux années d'exploitation exigées par l'article L 144-3 du Code de commerce. A notre sens, la cour se place davantage sur le terrain de l'achalandage ciblant la « clientèle

⁵⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 2009, n° 08-70.110, D.

⁵⁷⁸ C. com., art. L 144-3.

⁵⁷⁹ C. com., art -L 144-10: « tout contrat de location-gérance [...] consenti par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ne remplissant pas les conditions prévues aux articles ci-dessus, est nul. »

⁵⁸⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 09-68.521, Bull. civ. III, n° 155.

de passage constituée par les pèlerins venant à Lourdes ». L'achalandage et l'emplacement du fonds serait donc de nature à maintenir l'existence du fonds de commerce malgré une cessation temporaire de l'activité. Le Professeur Louis Vogel abonde dans ce sens précisant « qu'une clientèle réelle et certaine peut subsister malgré une fermeture temporaire »⁵⁸¹. Toutefois, une décision du Tribunal de Grande Instance de Laval du 21 février 1989 nous apprend que « l'élément essentiel est l'ouverture du fonds pendant deux ans »⁵⁸². Cette décision laisse à penser que même si le fonds peut subsister par l'achalandage, et ce malgré une fermeture, cette dernière serait susceptible de remettre en cause le contrat de location-gérance si elle entraîne le non-respect d'une exploitation pendant les deux années précédant ledit contrat.

735. La sanction de cette modalité, la nullité du contrat, peut paraître sévère mais cette condition principale est entourée d'exceptions la rendant facilement atteignable dans le cadre d'une opération de location-gérance pour transmission.

736. Ainsi, le Président du Tribunal de Grande Instance peut, par ordonnance, réduire ou supprimer ce délai de deux années⁵⁸³. En outre, cette condition des deux années n'est pas applicable dans un certain nombre de cas édictés par la loi⁵⁸⁴.

737. Cette condition de fonds a donc été fortement atténuée par le jeu des réformes.

738. Le Professeur Jean Bernard Blaise précise même que le contrat de location-gérance a été « modifié dans un sens plus libéral » prenant en compte que « l'opération pouvait faciliter la création d'entreprises par des exploitants ne disposant pas des fonds nécessaires »⁵⁸⁵. Le régime originel avait été préparé dans une période économique d'après-guerre qui ne correspond plus aux attentes d'aujourd'hui. Cette question soulevée par l'auteur visant à favoriser des créations d'entreprise pour des personnes ne disposant pas des fonds peut être transposée au cas d'opérations de reprises. La question du financement trouve ainsi un point d'ancrage dans le contrat de location-gérance.

739. La seconde condition exigée pour la conclusion d'un contrat de location-gérance tient dans la qualité de commerçant du locataire gérant. L'article L 144-2 du Code de

⁵⁸¹ L. Vogel, *Traité de droit des affaires*, Ripert & Roblot, p. 405, n° 451.

⁵⁸² TGI Laval, 21 février 1989, RTD Com. 1989, 647, obs. Derrupé.

⁵⁸³ C. com., art. L 144-4.

⁵⁸⁴ C. com., art. L 144-5.

⁵⁸⁵ J. B. Blaise, *Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution*, LGDJ, 6^{ème} éd, p. 291, § 486.

commerce indique que « le locataire gérant a la qualité de commerçant. [...] Lorsque le fonds est un établissement artisanal, le locataire gérant est immatriculé au répertoire des métiers et est soumis à toutes les obligations qui en découlent »⁵⁸⁶. Dans notre cadre d'étude, le bâtiment, le locataire gérant devra être inscrit au répertoire des métiers. Cette condition devra être remplie alors même que certaines difficultés peuvent apparaître quant à l'exigence de diplômes liée à l'exercice du métier objet du fonds artisanal loué.

740. L'arrêt de la Cour de Cassation du 15 septembre 2010⁵⁸⁷ est venu préciser cette question s'agissant du régime des baux commerciaux. La cour indique que le « défaut d'immatriculation du locataire gérant d'un fonds de commerce au registre du commerce et des sociétés à la date de délivrance du congé au preneur à bail des locaux n'est pas de nature à priver ce preneur du bénéfice du statut des baux commerciaux »⁵⁸⁸.

741. La cour semble faire preuve de souplesse quant à l'absence d'immatriculation pour une question tenant au renouvellement d'un bail commercial mais pourrait être plus exigeante quant à la qualité de commerçant pour la signature du contrat de location-gérance, celui-ci entraînant une responsabilité vis-à-vis des tiers. En dehors des difficultés possibles lors de l'exigence de diplômes, il nous semble que cette condition ne peut être considérée comme un obstacle à la conclusion d'un contrat de location-gérance.

742. Enfin, une dernière condition tenant à la publicité du contrat doit être mise en œuvre afin de le rendre opposable aux tiers. Le contrat doit être publié, dans sa quinzaine, sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales⁵⁸⁹. Ces mesures de publicité permettent de protéger les tiers au contrat. En effet, l'inobservation de cette publicité entraîne des conséquences pour le loueur qui est « solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds »⁵⁹⁰. Dès lors, le choix du locataire revêt une grande importance, ce qui nous rapproche d'une démarche de transmission dans laquelle le choix du candidat à la reprise fait l'objet d'attentions particulières de la part du cédant. Vis-à-vis des tiers, et nonobstant la publicité établie, le loueur est solidaire du locataire gérant des dettes contractées pour les besoins de l'exploitation pendant les six mois à compter de la parution de la publicité. D'autre part, le loueur est également solidaire de son locataire

⁵⁸⁶ C. com., art. L 144-2.

⁵⁸⁷ cf *supra*.

⁵⁸⁸ *Idem*.

⁵⁸⁹ C. com., art. R 144-1.

⁵⁹⁰ M. Pédamon, H. Kenfack, *Droit Commercial, commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, Précis, 3^{ème} éd, p. 289, §361.

pour les impôts directs dus par le gérant au titre de l'exploitation. Toutefois, le Professeur Mestre souligne que ce principe déroge à « l'effet relatif des contrats » et doit donc faire « l'objet d'une interprétation restrictive »⁵⁹¹. C'est pour cela qu'il a « été déclaré inapplicable aux dettes qui ne sont pas strictement liées à l'exploitation du fonds »⁵⁹².

743. Le contrat de location-gérance est donc, dans le respect des conditions décrites, un outil facilitant le financement de la reprise de l'entreprise. En effet, le locataire gérant aura la faculté de se constituer une trésorerie, et ce progressivement, grâce à l'exploitation du fonds. Ainsi, « le bénéfice utilisé réduira la charge de l'emprunt éventuellement nécessaire pour acheter le fonds »⁵⁹³. De ce point de vue, le contrat est souple sur le plan juridique tout en permettant un meilleur accès au financement. Il convient également de s'intéresser aux règles applicables en matières fiscales liées à l'exécution et à la mise en place du contrat touchant à la fois le loueur et le propriétaire du fonds.

2° la fiscalité de la location-gérance avant cession

744. La fiscalité de la location-gérance doit être abordée sous l'angle du régime fiscal du contrat et ses conséquences pour le bailleur (a) mais aussi sur le terrain du risque d'abus de droit en la matière (b).

a) le régime fiscal du contrat de location-gérance

745. Le régime fiscal de la location-gérance est particulier en ce qu'il a pour effet de poursuivre l'activité sous une autre forme sans affecter les autres régimes fiscaux. Le Professeur Gouadain explique que « la mise en gérance libre d'un fonds de commerce n'est pas considérée, au regard de l'imposition des bénéfices, comme entraînant cession ou cessation de l'entreprise ; l'activité est réputée se poursuivre sous une autre forme et il y a simple changement de mode d'exploitation »⁵⁹⁴. Ce principe n'emporte donc, lors de la mise en œuvre de la location-gérance de taxation des plus-values latentes sur l'actif

⁵⁹¹ J. Mestre, M.E. Pancrazi, *op. cit.*, LGDJ, 27^{ème} éd, p. 509, § 708.

⁵⁹² *Idem.*

⁵⁹³ F. Masquelier, N. S. de Kergunic, E. Brancaloni, P. Callède, *Transmission et cession d'entreprise, préparation, modalités et aides*, Edition Delmas, 5^{ème} éd, p. 186, § 1043.

⁵⁹⁴ D. Gouadain, J. L. Mondon, *Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises*, Litec Fiscal, 2006, p. 86, § 164.

immobilisée. A notre sens, l'activité se poursuit dans un nouvel habit juridique, ce régime ayant des similitudes avec le régime de faveur de mise en société de l'entreprise individuelle⁵⁹⁵. Le bailleur devra déclarer les redevances en tant que bénéfices industriels et commerciaux non professionnels tandis que le locataire pourra les déduire de son résultat imposable.

746. Le fonds de commerce ainsi loué pourra, à l'issu du contrat, faire l'objet d'une cession au locataire. Ce sera l'objectif initial des parties dans le cadre d'une opération préparatoire à la transmission de l'entreprise. Il s'agit de faire bénéficier au locataire de l'expérience acquise et d'un financement allégé en raison de la constitution d'une trésorerie personnelle suite à l'exploitation. Pour le bailleur, l'exploitation menée à bien par le locataire lui apporte la démonstration que le locataire est la bonne personne pour reprendre son entreprise.

747. C'est donc au jour de la cession que le loueur devenu cédant acquittera les impôts de plus-values liés à la vente du fonds.

748. Sans entrer dans le détail des possibles exonérations liées à la cession d'une fonds de commerce dont peut bénéficier le cédant⁵⁹⁶, nous nous bornerons à souligner que le régime de l'exonération de l'article 151 septies du code général des impôts (dite exonération des petites entreprises) est exclu puisqu'il impose que le vendeur ait exploité personnellement et directement le fonds, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'un contrat de location-gérance. La seule solution, en l'espèce, serait de prévoir et d'anticiper la transmission afin de conclure un contrat de location-gérance pendant une période de cinq années tout en prenant garde à ce que les recettes liées à cette activité (location de fonds de commerce), assimilée à une prestation de services, ne dépassent pas 90 000 € par an. Ce montage s'étend sur une période trop longue, à notre sens, pour sécuriser convenablement l'opération d'un point de vue juridique. C'est pour cela qu'une instruction fiscale est venue préciser que le délai de cinq années était « décompté à partir de la mise en location-gérance mais, par exception, n'était pas applicable aux contribuables qui, à la date de mise en location satisfont aux conditions de

⁵⁹⁵ cf. *Supra*.

⁵⁹⁶ cf. *Infra*.

l'exonération »⁵⁹⁷. Pour ces derniers « le délai de cinq ans est décompté à partir du début d'activité »⁵⁹⁸, ce qui facilite le montage.

749. En dehors de ce problème pratique, le contrat de location-gérance est favorable pour le vendeur sur le plan des régimes d'exonérations si ce dernier le cède à l'occasion de son départ à la retraite. Le régime de l'article 151 septies A du code général des impôts est en effet applicable au profit du vendeur. De même, le législateur a souhaité favoriser les transmissions de petites entreprises puisque l'exonération prévue à l'article 238 quindecies du même code est lui aussi applicable sous deux conditions. Tout d'abord, le fonds doit être cédé au locataire gérant ce qui renforce le lien et l'idée de transmission en « douceur » de l'entreprise. Enfin, l'activité doit avoir été exercée pendant cinq années avant la mise en location-gérance. Le législateur refuse, par ce biais éviter les « effets d'aubaine » et l'utilisation du contrat de location-gérance comme un outil d'exonération d'impôts de plus-values déconnecté de l'esprit de la loi.

750. Le contrat de location-gérance semble séduisant et favorable à l'accès au financement, pour autant, il convient de rappeler les risques d'abus de droit qui entoure ce type de régime lors de sa conclusion.

b) le risque de l'abus de droit

751. Le contrat de location-gérance doit, lors de sa rédaction, être établi de manière à ne pas encourir le risque d'une requalification en cession du fonds de commerce, lui-même objet du contrat principal. La tentation du bailleur serait de considérer que les redevances versées par le locataire gérant sont constitutives d'éléments du prix de cession du fonds intervenant postérieurement au contrat de location. De tels actes peuvent être analysés par le juge en une seule et même convention. La Cour de Cassation s'est prononcé sur ce point dans un arrêt du 2 novembre 1994⁵⁹⁹. Dans cette affaire, un compromis de vente de fonds de commerce et un contrat de location-gérance avaient été signés le même jour. Compte tenu du fait que les redevances versées par le locataire-acquéreur devaient venir « en déduction du prix de cession, que ces sommes ne représentaient pas un véritable loyer mais une fraction du prix convenu », la cour a logiquement retenu que « le

⁵⁹⁷ Instruction du 5 mai 1994, MF n° 2793, FR 26/94, n° 1, p3 et suiv.

⁵⁹⁸ *Idem.*

⁵⁹⁹ Cass. com. 2 nov. 1994, n° 1917 D, Noury c/ Philippe.

compromis de vente et la location-gérance ne constituaient qu'une seule et même convention de cession de fonds litigieux »⁶⁰⁰. Il ressort de cette décision que le contrat de location-gérance et la cession du fonds de commerce sont deux contrats distincts entraînant des conséquences différentes. Dès lors, ils doivent faire l'objet de rédactions précises afin que la qualification des contrats retenue par les parties corresponde à la réalité économique.

752. Sur le terrain de l'acte et de son éventuelle requalification par le juge, il convient de préciser que l'objectif est d'éviter que l'acte soit considéré comme un acte fictif, ce qui serait susceptible de constituer un abus de droit. Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Lyon a jugé, dans un arrêt du 24 juin 1998 que le « contrat de location-gérance conclu par une société propriétaire d'un fonds de commerce avec un de ses co-gérants, près d'un an après la reprise de l'exploitation par celui-ci, présente un caractère fictif, et dissimule en réalité une cession du fonds dès lors que l'exploitant a en outre repris le stock de marchandises, et a procédé à une acquisition des immobilisations de la société »⁶⁰¹. Le contrat de location-gérance a, dans cette affaire, été requalifié en cession de fonds de commerce, ce qui a eu pour conséquence de « réintégrer les redevances versées dans le résultat imposable »⁶⁰², l'abus de droit étant constitué. Toutefois, nous noterons que la requalification de l'acte est délicate puisque la Cour de Cassation s'est prononcée sur cette question en matière de droits d'enregistrement et a jugé, dans un arrêt du 18 octobre 1994, que « le seul fait que le locataire gérant ait acquis des matériels d'exploitation n'est pas suffisant en lui-même pour requalifier le contrat si le propriétaire du fonds a conservé le bénéfice du bail commercial et n'a donc pas perdu la possibilité de reprendre son activité »⁶⁰³. Il est intéressant de constater qu'il semble que la juridiction judiciaire et la juridiction administrative retiennent des critères différents pour requalifier les contrats. Dans un cas, l'acquisition d'immobilisations sera de nature à requalifier le contrat alors que dans l'autre, le bail commercial sera la pierre angulaire du raisonnement. Considérant que le bail commercial est des éléments constitutifs fondamentaux du fonds de commerce, il nous semble que seule la cession de celui-ci devrait emporter cession du fonds de commerce.

⁶⁰⁰ *Idem.*

⁶⁰¹ CAA Lyon, 24 juin 1998, n° 95-1888 et 95-1889. 2^{ème} chbre, Daronne.

⁶⁰² *Idem.*

⁶⁰³ Cass. com. 18 oct. 1994, n° 1854, D. RJF 1/95 n° 116.

753. Dans le cadre d'une location-gérance suivie d'une cession de fonds, l'objectif doit donc être de faciliter le financement de l'opération de cession pour le cessionnaire. Pour autant, les loyers doivent correspondre à une réalité économique et ne doivent pas trouver leur source dans le futur prix de cession du fonds et devenir dès lors une partie du prix. La Cour de Cassation peut en effet être tentée de chercher une « justification économique sérieuse »⁶⁰⁴ face un montant de redevance qu'elle pourrait juger anormale et assimiler à un contrat de financement dissimulé. Cette constatation emporterait redressement pour abus de droit.
754. La frontière de l'abus de droit est donc ténue car difficile à appréhender. Nous retiendrons qu'en l'espèce, et selon l'article 64 du LPF, l'abus de droit ne peut être retenu que dans deux situations. D'une part, l'administration doit démontrer la simulation, c'est à dire que les parties n'ont pas réellement entendu contracter : c'est la fictivité des actes.
755. D'autre part, l'administration doit démontrer que les actes, bien réels, avaient pour seul objectif d'éluder ou d'atténuer les impositions dont était passible l'opération réelle⁶⁰⁵. Ici, c'est le but exclusivement fiscal de l'opération qui est recherché.
756. Ainsi, le contrat de location-gérance doit être rédigé de manière à être analysé comme un contrat autonome, déconnecté de la future opération de cession du fonds de commerce tout en appliquant des redevances correspondant à la réalité économique du fonds et de son environnement.
757. Le contrat de location-gérance est donc un acte par lequel la transmission peut être facilitée. Sur le seul aspect financier, le locataire repreneur sera en mesure de se constituer une trésorerie solide, ce qui lui permettra de lever des fonds en disposant d'un apport personnel significatif. En effet, elle va également permettre au locataire gérant de se familiariser avec la clientèle, l'activité, les marchés et les salariés détenant leurs compétences respectives. Dans le monde du bâtiment, cet « audit social » avant la cession est un réel avantage et un élément rassurant pour le cessionnaire lors de la reprise.

⁶⁰⁴ Cass. com. 10 juin 1997, n° 1509 P, Sté Béton chantier du Lot (BCL).

⁶⁰⁵ En ce sens, voir l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 avril 1988 (Cass. com. 19 avril 1988 n° 86-19079, Donizel : RIF 2/89 n° 250).

758. Si la location-gérance peut être un mode de transmission en douceur de l'entreprise, la location d'actions ou de parts sociales (B) apparaît également comme un mode de transmission progressif de l'entreprise.

B/ La location d'actions ou de parts sociales

759. La location d'actions ou de parts sociales, disposant d'un régime juridique spécifique peut être mise en place dans l'entreprise avec l'objectif de transmettre celle-ci au terme du contrat. Ce type de contrat devient, dès lors, un facteur de réussite pour le repreneur en limitant le recours de celui-ci à l'emprunt. La progressivité de la reprise facilite donc le financement de l'acquisition puisqu'elle permet de réduire le montant de l'emprunt. Pour autant, sa mise en œuvre nécessite le respect d'un régime juridique (1°) tout en étant un vecteur facilitant le financement de la reprise (2°).

1° le régime juridique de la location d'actions ou de parts sociales

760. Avant la mise en place du régime particulier de la location d'actions et de parts sociales, la seule référence de la loi concernant la location était celle contenu dans le code civil⁶⁰⁶. Sans affirmer que la location d'actions ou de parts sociales était possible, le législateur sans l'affirmer clairement, entretenait une insécurité juridique limitant les opérations menées par les praticiens. Le crédit-bail d'actions avait fait l'objet d'analyses, relativement anciennes, soulignant que « l'intérêt de cette technique est fondamentalement financier »⁶⁰⁷ et visait « le financement des petites et moyennes entreprises »⁶⁰⁸. Le crédit-bail d'actions avait également été abordé, dans sa version la plus aboutie, c'est-à-dire assorti d'une promesse de vente permettant de favoriser le financement de l'acquisition, « le cédant faisant ainsi crédit à son cessionnaire »⁶⁰⁹. Cependant, dénué de régime juridique spécifique, M. Ferry constatait qu'en « l'état du droit positif le régime fiscal de l'opération limitera le nombre des opérations »⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ C. civ., art. 1709 : « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ».

⁶⁰⁷ E. Mokhtar Bey, *Le leasing d'actions*, Cah. dr. entr., JCP « commerce et industrie », n° 14 du 7 avril 1977, p. 2.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 15.

⁶⁰⁹ C. Ferry, *La location d'actions avec promesse unilatérale de vente*, JCP E, n° 32, 9 sept. 1993, 274.

⁶¹⁰ *Idem*.

761. Pour mettre fin à cette insécurité juridique, limitant les praticiens dans les montages, la loi du 2 août 2005⁶¹¹, dite loi Dutreil, a consacré la possibilité de la location d'actions ou de parts sociales. Ce nouveau régime bénéficie d'un chapitre spécifique dans le Code de commerce soulignant son importance et est codifié aux articles L 239-1 et suivants⁶¹². L'article L 239-1 pose le principe, en indiquant que « les statuts peuvent prévoir que les actions des sociétés par actions ou les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option peuvent être donné à bail, au sens des dispositions de l'article 1709 du code civil, au profit d'une personne physique ».
762. Le régime de location d'actions ou de parts sociales, véritable contrat, doit répondre à un formalisme lié aux droits sociaux faisant l'objet du contrat, à la qualité des contractants et à son exécution.
763. L'article L 239-1 du Code de commerce vise les titres sociaux de sociétés par actions (SA et SAS notamment) dont ceux-ci ne sont pas admis à la négociation sur les marchés réglementés et les parts sociales de SARL soumises à l'impôt sur les sociétés.
764. Cependant, tout principe comporte des exceptions. Le régime exclut donc un certain nombre de titres limitant son développement. Si certaines restrictions, sont, à notre sens, justifiées car entrant dans l'esprit de la loi visant les PME, d'autres sont plus critiquables.
765. Outre les limitations visées à l'article L 239-1 du Code de commerce⁶¹³, il convient d'y ajouter des exclusions visant les actions de sociétés cotées, les titres soumis à obligation de conservation lors d'attribution d'actions gratuites aux dirigeants ou salariés de sociétés par actions, les parts de sociétés à responsabilité indéfinie solidaire ou non (sociétés civiles, SNC et sociétés en commandite simple) ou encore les parts de sociétés d'exercice libéral (dû à la qualification professionnelle). Précisément, si ces titres sont constitutifs d'une éviction logique dans l'esprit de la loi il n'en est pas de même pour une dernière catégorie de titres dont leur prohibition semble dommageable. Il s'agit des parts de société relevant de l'impôt sur le revenu. Les EURL et les parts de SARL dite de

⁶¹¹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, JO n° 179 du 3 août 2005, p. 12639.

⁶¹² C. com., Chapitre IX, Titre III, Livre II : « de la location d'actions ou de parts sociales ».

⁶¹³ C. com., art. L 239-1 : « les titres détenus par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé et bénéficiant d'un régime d'exonération d'impôt sur le revenu des produits et plus-values, les titres inscrits à l'actif d'une société de capital-risque et les titres détenus par des fonds communs de placement à statut particulier ».

famille ayant opté pour l'IR ne sont donc pas éligibles au régime. « Cette exclusion est en totale contradiction avec la cible PME affichée par le texte »⁶¹⁴. Cette remarque nous vient de M. Grosclaude qui souligne, par celle-ci, qu'un nombre conséquent de PME, cible de la loi, sont assujettis à l'IR. Hors, en excluant cette catégorie de cible, qui par essence, sont difficiles à transmettre, la loi ne remplit pas, à notre sens, son objectif principal. Il reste donc, aux sociétés dans cette situation, souhaitant mettre en place un contrat de location de titres, à opter pour l'IS avant de faire l'opération.

766. Après avoir délimité l'objet du contrat, il convient de s'intéresser aux contractants. Le bailleur (celui qui détient les titres et entend les louer) peut être une personne physique ou une personne morale. Cette liberté ne se retrouve, hélas, pas dans la qualité du locataire. En effet, ce dernier ne peut être qu'une personne physique. Le régime s'auto limite en censurant des montages permettant à des personnes physiques de s'organiser en personne morale reprenant à terme l'entreprise après avoir loué lesdits titres. M. Grosclaude ajoute que « le champ d'application du contrat de location est par conséquent réducteur, sans d'ailleurs que la justification des limites n'apparaisse toujours évidente »⁶¹⁵. Selon nous, cette contrainte est la plus néfaste quant à l'utilisation de ce contrat dans le cadre de la transmission d'entreprise. Le législateur introduit une dichotomie entre, d'une part, les grandes entreprises ne pouvant faire l'objet du contrat de location parce qu'organisées autour de sociétés holdings et, d'autre part, les entreprises familiales et PME dont le capital seraient de facto détenu par des personnes physiques. A l'heure de l'explosion des stratégies d'ingénierie juridique et financière touchant les PME autant que les grandes entreprises, cette différenciation nous semble inopportune et peut rendre le dispositif moins séduisant.

767. Sur le plan de la société, les statuts de la société devront prévoir ce type d'opération. Si les statuts ne le prévoient pas, une modification statutaire sera nécessaire. A l'inverse, si les associés ne souhaitent pas avoir recours à ce type de contrat, une clause pourra l'interdire. Ainsi, compte tenu de l'*intuitu personae*, le locataire devra être agréé par les associés. Le Code de commerce pose cette règle à l'article L 239-3 précisant également

⁶¹⁴ L. Grosclaude, *La location de droits sociaux : le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005*, RLDA, n° 1, janv. 2006, p. 12.

⁶¹⁵ L. Grosclaude, *Op. cit.*, RLDA, n° 1, janv. 2006, p. 13.

les droits attachés, notamment concernant le vote aux assemblées⁶¹⁶. La lettre du texte renvoi à l'usufruit et à la nue-propriété et par ce biais à la qualité d'associé du locataire. Mme Malecki considère que l'on peut reconnaître la qualité d'associé au locataire. En se basant sur l'importance de l'*affectio societatis*, cet auteur estime que le locataire pourrait « être animé d'un *affectio societatis* plus fort que celui du bailleur, pourtant propriétaire des droits sociaux, dont l'*affectio societatis* aurait tendance à décliner dans la perspective de quitter la société avec pour but premier d'en assurer la transmission »⁶¹⁷. Au-delà du seul *affectio societatis*, et prenant en compte l'agrément dont fait l'objet le locataire, la publicité du contrat, l'information et le droit de vote qui est organisé à son profit, il nous semble opportun de partager l'analyse de Mme Malecki en soutenant que le locataire a la qualité d'associé. Si l'on se place du point de vue de la transmission de l'entreprise de bâtiment, avec un intuitu personae fort s'agissant de la clientèle notamment, cette qualité est renforcée. L'implication, la volonté de développer l'entreprise, autrement dit les considérations économiques, prennent le pas sur une lecture restrictive de l'état du droit.

768. La mise en place du contrat de location nécessite un certain formalisme. Le législateur a utilement prévu de soumettre à la publicité un tel acte. Le contenu de l'acte de location reste relativement libre même s'il doit comporter certaines mentions⁶¹⁸, à peine de nullité⁶¹⁹. Le contrat de location devient donc opposable à la société par le jeu d'une information faite à la société lui imposant, dès réception, de respecter les droits du nouvel associé⁶²⁰. Ainsi, le locataire participe aux votes en assemblée et dispose des mêmes droits que les autres associés. Il est donc considéré « comme un des leurs, un associé en puissance »⁶²¹. Cette implication du locataire dans la société est complétée par une indication aux tiers via une mention portée sur les registres de la société faisant apparaître le nom du bailleur et celui du locataire côte à côte.

⁶¹⁶ C. com., art. L 239-3 : « les dispositions légales ou statutaires prévoyant l'agrément du cessionnaire de parts ou d'actions sont applicables dans les mêmes conditions au locataire. Le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société et au locataire dans les autres assemblées. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier ».

⁶¹⁷ C. Malecki, *La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'actions et de parts sociales*, D. n° 34, 2205, p. 2390.

⁶¹⁸ V. en ce sens, C. com., art R 239-1.

⁶¹⁹ C. com., art. L 239-2 « le contrat de bail est constaté par acte authentique ou sous seing privé soumis à la procédure de l'enregistrement. Il comporte, à peine de nullité, des mentions dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat ».

⁶²⁰ C. com., art. L 239-2 « il est rendu opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 du code civil ».

⁶²¹ C. Malecki, *art. précité*, D. n° 34, 2205, p. 2385.

769. La contrepartie, pour le bailleur, de l'entrée dans la société du locataire est la perception de loyers. Le risque principal pour le locataire est de s'engager sur des versements de loyers fixes avec des dividendes variables. M. Pichard estime qu'il s'agit d'un « obstacle majeur » soulignant « l'éventualité des dividendes »⁶²². Pour autant, il indique que le contrat trouve son intérêt, dans les sociétés par actions, pour les actionnaires passifs de percevoir un loyer régulier et pour les actionnaires actifs (le locataire) de percevoir l'intégralité des dividendes. La « calibration » de l'opération tient donc dans une adéquation cohérente loyers-dividendes. Le locataire devra avoir une bonne visibilité de l'entreprise.

770. La fiscalité de l'opération est particulière pour les parties. Le bailleur doit déclarer les loyers dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux s'il est une personne physique et est imposable sur la base de l'impôt sur les sociétés s'il est une personne morale. De son côté, le locataire peut déduire les loyers de son revenu imposable ou de ses bénéfices industriels et commerciaux, voire de de ses bénéfices non commerciaux selon le cas⁶²³. Cette situation a des conséquences, notamment pour le bailleur puisqu'il ne bénéficie plus de l'abattement lié à la perception des dividendes. Son taux marginal d'imposition est à donc à étudier avec le plus grand soin afin d'éviter que l'effort fiscal ne soit répercuté sur le montant des loyers ce qui, économiquement, compromettrait l'opération. Cela conduit M. Pichard à estimer que l'on pourrait se trouver dans un cas de « déperdition majeure » pouvant devenir, là encore « un obstacle majeur »⁶²⁴.

771. Si l'opération classique et financière de location d'actions ou de parts sociales présente certains écueils, le montage représente un fort intérêt s'il est couplé à une promesse unilatérale de vente devenant un outil au service du financement de la reprise (2°) de l'entreprise par le locataire.

⁶²² B. Pichard, *La location d'actions, outil de stabilisation de l'actionnariat*, JCP E, n° 47, nov. 2005, p 2005 et 2008.

⁶²³ Dr. fisc., *Traitement fiscal de la location ou du crédit-bail de parts sociales ou d'actions*, n° 37, sept. 2005, 1385.

⁶²⁴ B. Pichard, *art. précité*, JCP E, n° 47, nov. 2005, p 2005 et 2008

2° un vecteur facilitant le financement de la reprise

772. La location d'actions ou de parts sociales peut être utilisée, de même que la location-gérance, comme un outil de transmission progressif de l'entreprise. En effet, sur ce terrain, le contrat de location d'actions ou de parts sociales trouve son sens en étant couplé à une promesse de vente. Le législateur a offert « un cadre normatif spécifique à la location d'actions ou de parts sociales de SARL ». Par ce régime il souhaite soutenir la transmission des entreprises en facilitant « le financement de l'acquisition des droits sociaux à l'issue du contrat de location »⁶²⁵.

773. La question qui se pose est donc celle de l'issue du contrat de location. A l'issue du contrat de location, plusieurs options sont envisageables dont certaines ne correspondent pas à l'objectif de la reprise de l'entreprise et de son financement.

774. Tout d'abord, le bail peut être renouvelé. Cette possibilité est de loin la moins séduisante dans le cadre d'une opération de transmission et d'accès au financement pour la reprise. De plus, dans cette configuration, les associés devront à nouveau consentir au projet de bail qui pourra contenir des dispositions différentes du premier (durée, montant des loyers notamment)⁶²⁶.

775. Ensuite, le bail peut faire l'objet d'une rupture ayant pour fondement des origines diverses : résolution pour non-paiement du prix, survenance du terme sans cession des titres ou renouvellement ou encore résiliation conventionnelle du contrat. Dans cette configuration, le bailleur supporte des risques (endettement de la société, risque de perte de valeur des titres et données et informations confidentielles de l'entreprise transmise au locataire) sans que le locataire ne puisse se prémunir d'une indemnité pour son investissement dans l'entreprise et les résultats qui en découlent. Cette hypothèse est, comme le souligne M. Grosclaude, « éloigné des objectifs premiers de la loi »⁶²⁷. Ces contraintes juridiques et opérationnelles sont des freins à la généralisation de ce type de contrat qui impose une confiance entre les parties et une transmission déjà amorcée. Le bailleur pourra être réticent à louer ces titres pour faciliter le financement du repreneur si

⁶²⁵ B. Saintourens, *Réformes du droit des sociétés par les lois des 26 juillet et 2 août 2005*, Rev. sociétés, n° 3, 2005, p. 541, § 27.

⁶²⁶ *Idem*, p. 549, § 44.

⁶²⁷ L. Grosclaude, *Op. cit.*, RLDA, n° 1, janv. 2006, p. 15.

le contrat de location ne lui apporte pas des garanties suffisantes sur l'issue dudit contrat. La rédaction de la documentation juridique risque donc de poser des difficultés de mise en œuvre ouvrant le champ à des négociations entre les parties faisant perdre l'intérêt principal du contrat : une transmission progressive et « en douceur ».

776. Enfin, l'issue la plus favorable, selon nous, dans le cadre d'une transmission d'entreprise, sera caractérisée par une cession des titres respectant l'esprit de la loi. Ce dénouement permet de faire des « fiançailles » sur une période à plus ou moins long terme entre le cessionnaire et l'entreprise. L'acquéreur, futur dirigeant de la structure, connaît l'entreprise, ses forces et ses faiblesses sur lesquelles il aura utilement travaillé pendant la durée du contrat de location. D'autre part, au-delà du « test » permettant au bailleur de savoir s'il s'agit du repreneur « idéal » pour son entreprise, plusieurs avantages se font jour dans cette situation.

777. L'acquéreur peut être amené, par le jeu de la location, à « jouer sur le temps pour trouver des fonds et rassurer les prêteurs éventuels ou payer le prix en tout ou partie grâce aux loyers »⁶²⁸. Cette hypothèse est caractéristique de la facilitation d'accès au financement par le contrat de location. En suivant ce raisonnement, M. Jacomet ajoute, qu'en pratique, le contrat de location peut avoir un effet bénéfique sur la négociation de la garantie d'actif et de passif. Le cessionnaire sera moins exigeant quant aux garanties offertes par le bailleur puisqu'il connaîtra l'entreprise pour l'avoir gérée pendant une période plus ou moins longue. Dans les entreprises de bâtiment, le locataire suivra notamment avec attention les éventuels contentieux nés de la garantie décennale et du droit de la construction.

778. Ainsi, la cession des titres ayant fait l'objet du contrat de location peut avoir été prévu dans le contrat de location initial ou non. Cette différence emportera application d'un régime juridique distinct.

779. En premier lieu, plaçons-nous dans l'hypothèse d'un contrat de location de titres qui ne fait pas référence à la cession des titres à l'issue du contrat. Dans cette configuration, M. Grosclaude précise que « la vente est juridiquement indépendante de la location : les parties sont libres d'acheter et de vendre. Les loyers payés ne s'imputent pas sur le prix de

⁶²⁸ T. Jacomet, *La location d'actions et l'élargissement des prêts participatifs : deux innovations de la loi sur les PME*, Bull. Joly, oct. 2005, p.1172, § 261.

vente »⁶²⁹. Ce précepte ne favorise pas la transmission de l'entreprise ni son financement par le cessionnaire.

780. L'idée du législateur, à notre sens, réside dans la théorie selon laquelle le contrat de location a un impact sur le prix définitif des titres. Ici, une promesse unilatérale de vente des droits sociaux est insérée dans le contrat de location, les loyers venant s'imputer sur le prix définitif des titres. En cela, le contrat de location devient un outil de financement pour le cessionnaire.

781. L'impact financier du coût des loyers vient en déduction du prix initialement prévu jouant ainsi le rôle « d'amortisseur » de l'enveloppe de financement pour le cessionnaire. Cela revient à financer avec les résultats de l'entreprise une partie du prix de cession avant toute cession définitive. Cette solution nous semble logique d'autant que le cessionnaire va travailler au développement de l'entreprise et à la bonification des résultats de celle-ci. Il convient de souligner que, dans ce montage, l'opération relève du crédit-bail et spécifiquement du crédit-bail d'actions ou de parts sociales tel qu'édicte par les règles du code monétaire et financier⁶³⁰.

782. En second lieu, le régime du contrat de location de droits sociaux peut ouvrir une option de financement pour le cessionnaire. Le Professeur Ferry explique que l'entrée en jeu d'un établissement de crédit finançant l'achat des titres au cédant puis les donnant au repreneur en crédit-bail facilite le financement de l'acquisition de l'entreprise⁶³¹. Cette formule, originale, impose que la totalité des titres fasse l'objet du crédit-bail, le crédit bailleur n'ayant « pas forcément envie de se retrouver avec des parts ou actions pour lesquelles il n'existerait pas de marché »⁶³². Ce procédé nous semble éloigner de l'esprit de la loi et ne cumule pas l'avantage de permettre au cessionnaire cette période de « fiançailles » de découverte de l'entreprise tout en lui offrant la possibilité de négocier directement avec le cédant les contours de la cession mais plutôt directement avec un établissement de crédit... Selon nous, l'idée de favoriser la transmission de PME s'éloigne alors quelque peu.

⁶²⁹ L. Grosclaude, *Op. cit.*, RLDA, n° 1, janv. 2006, p. 16.

⁶³⁰ C. mon. fin., art. L 313-7 : « les opérations de crédit-bail [...] sont : les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L 239-1 à L 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

⁶³¹ C. Ferry, *La mise en place d'un crédit-bail de titres de sociétés*, JCP E, n° 23, juin 2007, 1709, § 6.

⁶³² *Idem.*

783. La location d'actions ou de parts sociales reste une bonne méthode pour réduire les difficultés d'accès au financement. Toutefois, une limite de taille demeure : l'impossibilité pour le locataire d'être une personne morale. En effet, selon les termes de la loi, le locataire doit obligatoirement être une personne physique⁶³³.
784. Dès lors, les montages d'opération de transmission d'entreprise impliquant, au préalable, une location des droits sociaux doivent faire l'objet d'une location par le futur cessionnaire personne physique. Il ne pourra donc pas louer les titres à travers une société holding. Cela semble regrettable alors même que celle-ci lui aurait permis de bâtir un schéma organisationnel pertinent, une meilleure répartition des pouvoirs ou encore une utilisation avantageuse de l'effet de levier financier de la holding.
785. Le rapport de M. Cornu, fait au nom de la Commission des Affaires Economique du Sénat déposé le 11 mai 2005 en prévision de la loi portant sur la location d'actions ou de parts sociales, est particulièrement éclairant s'agissant de l'interdiction du locataire personne morale⁶³⁴. M. Cornu justifie de l'exclusion des personnes morales du bénéfice du régime (en tant que locataire) en mettant en avant des difficultés « susceptibles de surgir en matière de participations réciproques, de risques de manipulations comptables, de règles d'auto détention de capital ou de droits de vote »⁶³⁵. D'après notre pratique, et en tenant compte de l'essor des montages incluant une société holding, cette explication nous semble être un frein représentant un bilan « coût-avantage » négatif. En effet, le nombre de PME pouvant être reprises et le maintien du tissu économique qui en découle représentent des données économiques laissant à penser que le législateur aurait pu imaginer que le locataire soit une personne morale tout en instituant des « gardes fous » quant aux opérations sortant de l'esprit de la loi.
786. Plusieurs auteurs partagent notre point de vue regrettant cette limite tenant à la qualité du locataire. Ainsi, M. Jacomet, estime « qu'il aurait suffi pour ces règles d'assimiler la location à l'usufruit »⁶³⁶. Pour sa part, le Professeur Ferry souligne cette limite en qualifiant qu'il « s'agit d'une façon prudente de procéder » tout en avançant que la loi

⁶³³ C. com., art. L 239-1 al. 1 : « les statuts peuvent prévoir que les actions ou les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option peuvent être données à bail, au sens des dispositions de l'article 1709 du code civil, au profit d'une personne physique ».

⁶³⁴ Rapport n° 333 de G. Cornu, commission des affaires économiques, Sénat, déposé le 11 mai 2005.

⁶³⁵ *Idem*.

⁶³⁶ T. Jacomet, *art. préc.*, Bull. Joly, oct. 2005, p.1170, § 261.

« sera ultérieurement étendue »⁶³⁷. Ce souhait d'un assouplissement n'a pas encore eu d'écho auprès du législateur. Il n'y a d'ailleurs pas de consensus doctrinal sur ce point. Par exemple, Madame Malecki n'est pas surprise par cette disposition de la loi qui repose, selon elle, « sur la confiance dans le capital humain » soulignant que la loi « a pour but essentiel la transmission d'une PME au profit d'une personne physique sur les épaules de laquelle reposeraient la continuité de l'entreprise ». Nous ne partageons pas cette analyse. Il nous semble en effet que la définition de PME est difficile à encadrer et que la stratégie juridique sera très différente pour une entreprise de bâtiment employant une centaine de salariés et pour une autre une vingtaine. Or, il s'agit là de deux PME dans lesquelles l'animation du dirigeant et la place centrale qu'il occupe sont fondamentales. Nous considérons, et notre pratique confirme cette tendance, que les dirigeants et les cessionnaires, futurs dirigeants, ont souvent à cœur de séparer leurs patrimoines personnel et professionnel. Or, le financement lié à un engagement de bail dont l'objet est le paiement de loyers liés à leur activité professionnelle doit être encadré dans une structure isolée juridiquement. Une personne morale, jouant le rôle d'écran protecteur et bienveillant n'a pas toujours vocation à sortir de l'esprit de la loi mais peut être un moyen de rassurer le cessionnaire en organisant mieux son patrimoine. Dès lors, avec ce cloisonnement mis en place, sa prise de risque n'en sera-t-elle pas facilitée ? Ses investissements ne seront-ils pas mieux encadrés avec une lecture simple et cohérente de ses engagements ? Le législateur aurait pu imaginer d'autoriser que le locataire soit une personne morale dont la forme sociale aurait été encadrée contenant des dispositions statutaires imposées limitant les risques soulevés par le rapport de M. Cornu.

787. En conclusion, le dispositif nous semble être un outil efficace de transmission « en douceur » de l'entreprise. Sa durée flexible, la prise en main par le repreneur de la cible et la facilitation découlant du financement en sont autant d'atouts. Pour autant, la limite imposée par le locataire, qui doit être une personne physique, est un frein d'importance qui restreint l'application du régime, selon nous, aux entreprises familiales ou de taille modeste.

788. Ainsi, la location-gérance et la location de droits sociaux sont constitutifs de régimes juridiques permettant, d'une part, la transmission progressive de l'entreprise et, d'autre

⁶³⁷ C. Ferry, *La mise en place d'un crédit-bail de titres de sociétés*, JCP E, n° 23, juin 2007, 1709, § 2.

part, un accès au financement facilité par la réduction de la dette senior et un apport réduit du cessionnaire. Ces régimes spécifiques ne doivent pas faire oublier qu'il existe des solutions alternatives facilitant la recherche de financement (§2). Si ces régimes propres à la transmission sont à envisager avant la cession, des méthodes favorisant le financement de la cible en travaillant sur l'apport personnel du cessionnaire sont à étudier sans avoir à anticiper leur mise en œuvre.

§ 2 Les solutions alternatives facilitant la recherche de financement

789. Outre les régimes instaurés par le législateur et ayant pour but de favoriser la transmission des entreprises, des outils permettent de favoriser le financement de la reprise en poursuivant l'objectif d'augmenter l'apport personnel du repreneur afin de réduire le montant de la dette senior et d'entrer dans le cadre de ratio d'emprunt/ apport personnel en adéquation avec les attentes des établissements de crédit. A cet effet, le crédit-vendeur (A) pourra être utilisé, avec l'accord du cédant, mais le recours à une levée de fonds via des « Business Angels » (B) nous semble également être une piste intéressante.

A/ Le crédit-vendeur

790. Le crédit-vendeur est une opération consistant dans l'octroi, par le cédant, de l'acceptation d'un paiement à terme sur une partie du prix de cession fixé dans l'acte. Ainsi, le cédant accorde au cessionnaire de ne pas payer l'intégralité du prix au jour de la cession et lui permet d'étaler une partie de celui-ci sur une période qui est négociée entre les parties. Le cédant peut être confronté à cette situation lorsque « le repreneur ne dispose pas de liquidités suffisantes pour payer tout ou partie du prix comptant et rencontre des difficultés pour obtenir des prêts bancaires »⁶³⁸. Cette analyse de M. Salvador souligne l'intérêt du crédit-vendeur comme facilitateur de recherche de financement du rachat de l'entreprise. Il remarque toutefois que cette technique n'est pas sans danger puisqu'elle fait courir un risque de recouvrement au cédant quant au paiement du crédit-vendeur. L'auteur estime que le cédant peut être confronté à un choix difficile, indiquant que « le

⁶³⁸ O. Salvador, *Cession d'entreprise et absence de surface financière du repreneur*, JCP N, n° 45, 10 nov. 2000, p.1617.

vendeur est placé devant une alternative douloureuse : soit refuser de vendre en attendant l'acquéreur providentiel, soit consentir un crédit-vendeur plus ou moins long assorti de garanties de paiement aléatoires »⁶³⁹.

791. Le crédit-vendeur n'est donc possible que si le cédant donne son accord. C'est ce dernier qui fait office de « banquier » pour le cessionnaire. Les établissements de crédit assimilent ces montages comme des apports en fonds propres provenant du repreneur. Le montant du crédit-vendeur vient donc s'ajouter au montant de l'apport personnel du repreneur. D'un point de vue financier, l'établissement de crédit considère donc le crédit-vendeur comme un apport du cessionnaire quant à l'emprunt principal. Il s'agit donc bien d'une facilité de financement accordé par le cédant. Le crédit-vendeur est donc « subordonné à la dette « senior » et son échéance sera postérieure à la date d'échéance principale. Les établissements bancaires imposent que l'emprunt dit « dette senior » respecte un ratio entre le montant de celui-ci et l'apport personnel du repreneur. M. Peigney constate d'ailleurs que « depuis le début de la crise financière, au regard des besoins de fonds propres supplémentaires demandés par les prêteurs, le recours au crédit-vendeur a connu une certaine recrudescence »⁶⁴⁰. À notre sens, cette analyse datant de 2008 se confirme encore aujourd'hui et notre pratique nous fait même dire qu'elle a tendance à s'accroître.

792. Cependant, le raisonnement assimilant le crédit-vendeur comme des quasi-fonds propres nous semble critiquable car la charge de remboursement reste présente pour le repreneur. En pratique, il est difficile d'étaler le crédit-vendeur sur une période trop longue et la date d'échéance s'en ressent ce qui devrait affecter le raisonnement des quasi-fonds propres.

793. A titre d'exemple, il peut être judicieux de présenter deux exemples de rédaction de clauses de crédit-vendeur que notre pratique nous a permis d'aborder lors de transmissions d'entreprises de bâtiment. La première consiste en les mentions suivantes : « Règlement à terme : Le solde soit VINGT CINQ MILLE EUROS (25.000 €) au moyen d'un prêt vendeur sur 24 mensualités au taux de 4% avec possibilité de remboursement par

⁶³⁹ *Idem.*

⁶⁴⁰ G. Peigney, I. Renaudie, *Financements d'acquisitions par appel au secteur bancaire et aux « Mezzanine providers »*. Une approche par la dynamique existant entre les parties impliquées, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2008, dossier 18.

anticipation. La première échéance s'élevant à MILLE QUATRE VINGT CINQ EUROSET SOIXANTE DEUX CENTIMES (1.085,62 €) aura lieu le 1^{er} jour du mois suivant la signature des documents juridiques d'application du présent protocole, (Ci-joint tableau d'amortissement) ».

794. La seconde précise : « le solde soit la somme de TROIS CENT MILLE (300.000,00) EUROS, en numéraire, par crédit-vendeur sur 36 mois, rémunéré au taux de 4% l'an, payable annuellement en trois échéances à savoir :

- i. Le 30 avril 2014 : cent mille (100.000,00) EUROS + les intérêts
- ii. Le 30 avril 2015 : cent mille (100.000,00) EUROS + les intérêts
- iii. Le 30 avril 2016 : cent mille (100.000,00) EUROS + les intérêts

795. Le paiement de ce crédit-vendeur, soit la somme de TROIS CENT MILLE (300.000,00) EUROS, sera garanti par une caution bancaire souscrit par l'acquéreur au profit du vendeur ».

796. Cette dernière clause insère une garantie de paiement au profit du vendeur par le jeu d'une caution bancaire à la charge de l'acquéreur. Cette garantie n'est pas toujours facile à obtenir de la part d'un cessionnaire qui voit, par la production d'une telle caution, sa capacité d'emprunt et de garantie réduite.

797. De manière générale, ces rédactions font apparaître que le crédit-vendeur est une vraie prise de risque pour le cédant, sur le terrain du paiement du solde du prix. Cette facilité de financement est donc accordée au service de la pérennité de l'entreprise, le cédant poursuivant une volonté de ne pas voir le repreneur asphyxié par les encours de prêts.

798. Ce risque lié au paiement est à différencier de la location de titres sociaux étudiée précédemment. Maître Roussel explique que la location est plus sécurisante pour le bailleur cédant car celui-ci dispose toujours de la propriété des titres alors même qu'il doit se contenter « en terme de sûretés, pour le paiement de son prix d'un nantissement des titres »⁶⁴¹. Pour notre part, nous ajouterons au développement de Maître Roussel deux précisions qui découle du crédit-vendeur. Tout d'abord, le crédit-vendeur emporte transfert de propriété des titres vers le repreneur au jour de la cession. Alors que, dans la location de titres, le bailleur reste « nu propriétaire » des titres, dans le crédit-vendeur, il

⁶⁴¹ F. Roussel, *Location de titres et crédit-bail de titres. Un texte plein de promesses !*, JCP N, n° 2, 13 janv. 2006, p. 1016.

en est dépossédé, il s'agit simplement d'un différé de règlement accordé par le cédant. D'autre part, le nantissement est fragile en termes de sûretés quant au paiement car l'établissement prêteur risque fort de demander cette garantie au repreneur. Le cédant, souhaitant que la transmission se réalise, s'effacera au profit de la banque et réduira d'autant sa garantie de paiement. Il ne lui restera donc que des garanties personnelles qu'il devra demander au cessionnaire comme une caution par exemple. Or la caution personnelle du repreneur est limitée quant à sa solvabilité s'il en a déjà accordé une à l'établissement de crédit et s'il a déjà apporté l'intégralité des fonds propres étant à sa disposition.

799. Ainsi, afin de rassurer le cédant sur le paiement à terme du crédit-vendeur, ne peut-on pas imaginer une autre forme de sûreté liée à la documentation juridique préparée lors d'une cession de titres sociaux ? Cette forme de garantie est exclue dans une cession de fonds de commerce puisque l'acte support de cette garantie n'existe pas : il s'agit de la garantie d'actif et de passif.

800. Ainsi, dans une cession de droits sociaux, une garantie d'actif et de passif est consentie par le cédant au cessionnaire. Ne pourrait-on pas concevoir une compensation entre ces deux obligations ? Notre pratique nous a permis de rencontrer ce type d'accord entre les parties, même si dans les faits, le montage est plus simple si le montant du crédit-vendeur correspond au plafond de la garantie accordée par le cédant. L'effet de levier financier est donc limité sur un montant partiel et relatif du prix de cession total.

801. M. Hausmann précise, dans une étude détaillée sur la question, que l'acquéreur devra « prendre en considération certaines données dès le début des négociations »⁶⁴². Cette compensation n'est pas automatique et doit répondre à plusieurs conditions. Nous partirons du principe que la garantie offerte par le cédant bénéficie à l'acquéreur des titres, situation la plus fréquente que nous ayons rencontré en pratique.

802. L'article 1289 du code civil pose le principe de la réciprocité comme condition à la compensation légale des créances⁶⁴³. Si les créances sont réciproques, encore faut-il qu'elles soient fongibles, liquides et exigibles pour que la compensation légale s'opère.

⁶⁴² C. Hausmann, P. Torre, *De la compensation entre un crédit-vendeur et une garantie de passif*, JCP E, n° 27, 7 juill. 1994, p. 372.

⁶⁴³ C. civ., art. 1289 : « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes ».

Sur le terrain de la fongibilité, les créances se compensent logiquement puisqu'elles sont toutes deux dans une monnaie identiques.

803. La liquidité et l'exigibilité pose plus de difficultés.

804. La liquidité de la créance est en effet difficile à mettre en avant car la créance du cessionnaire liée à la garantie d'actif et de passif n'est pas acquise au jour de sa demande puisqu'elle n'est pas certaine au jour de sa demande de compensation⁶⁴⁴. De même, la créance ne sera pas exigible au jour de la demande car le vendeur, en pratique, contestera la réclamation posée par le cessionnaire.

805. C'est pour cette raison que la compensation n'est possible qu'au titre des créances connexes. Ainsi, la compensation est possible pour des créances qui ne seraient ni liquides ni exigibles si celles-ci sont connexes⁶⁴⁵.

806. A notre sens, la compensation de créances entre le crédit-vendeur et la garantie d'actif et de passif est possible et peut être facilitée dans sa mise en œuvre, si elle est prévue contractuellement entre les parties. En effet, si cela est acté lors des négociations, le cédant dispose d'une garantie solide lui permettant d'offrir au repreneur le crédit-vendeur facilitant son financement d'acquisition.

807. Fiscalement, le crédit-vendeur est intéressant pour le cédant dans le cadre du paiement de l'impôt de plus-value. En effet, dès le projet de la loi Dutreil (2003), il était prévu de développer le crédit-vendeur en accordant au repreneur un délai de règlement. Pour ce faire, l'idée était d'échelonner le paiement de l'impôt de plus-value dû par le cédant en l'étalant selon le calendrier retenu pour le prix de cession⁶⁴⁶. Une instruction fiscale du 28 octobre 2003 est venue consacrer le principe d'étalement de l'impôt de plus-value⁶⁴⁷. Or, comme le souligne M. de Bissy, cette disposition s'est révélée être une déception à plus d'un titre. Tout d'abord, l'instruction ne vise que les plus-values à long terme ce qui pousse l'auteur à penser que « l'impôt sur les plus-values à court terme doit être payé au

⁶⁴⁴ V. en ce sens, CA Paris, 3 juill. 1988, Office Central de Coordination et d'Etudes c/ Lefevre : « tant qu'il n'aura pas été statué par les juges du fond sur le principe de la responsabilité du cédant et sur l'existence à son encontre d'une créance de la société, aucune compensation ne peut être opérée entre une créance certaine, liquide et exigible dont l'intéressé peut se prévaloir et celle purement éventuelle, incertaine et indéterminée, alléguée par la société ».

⁶⁴⁵ V. en ce sens, Ghestin, 25 oct. 1972 JCP G, 1973, 17498.

⁶⁴⁶ JCP E, n° 3, 16 janv. 2003, act. 17.

⁶⁴⁷ Instruction fiscale du 28 octobre 2003, BOCP 03-056-A1.

coptant »⁶⁴⁸. Ensuite, l'instruction semble viser les entreprises individuelles puisqu'il « n'est pas fait mention du cas des sociétés de personnes qui seraient amenées à céder une branche complète d'activité »⁶⁴⁹.

808. Deux réponses ministérielles sont venues préciser les règles sur ce point.

809. Tout d'abord, une réponse en date du 9 mars 2004 indique que le contribuable peut demander « l'étalement de l'impôt sur le revenu afférent aux plus-values à long terme réalisées à l'occasion de la cession, assorti d'un crédit-vendeur »⁶⁵⁰. Cette réponse nous apprend surtout qu'il s'agit d'une démarche volontaire pour le contribuable qui doit demander cet étalement, par ailleurs limité dans le temps à trois années.

810. Ensuite, une réponse en date du 15 février 2005 rappelle le principe de l'étalement à « la condition que l'acquéreur bénéficie d'un crédit-vendeur »⁶⁵¹ tout en soulignant qu'il s'agit de lever les obstacles liés « au coût de la reprise ».

811. Ainsi, fiscalement, le cédant peut avoir intérêt à octroyer un crédit-vendeur à son acquéreur. Il peut aussi trouver un intérêt dans la finalité de l'opération de transmission facilitant le financement de la reprise. Le crédit-vendeur est donc un outil de financement au service de la reprise. En pratique, il sera proposé souvent lorsque le cessionnaire éprouvera des difficultés à obtenir son financement. Nous avons pu travailler sur le dossier d'une entreprise de plâtrerie peinture pour lequel un crédit-vendeur a été mis en place à la demande de l'établissement bancaire. Cette demande a permis de financer l'acquisition tout en permettant à la transmission d'aboutir après avoir essuyé quatre refus bancaires sur le financement sans crédit-vendeur. Cet exemple reflète à lui seul l'intérêt du crédit-vendeur. Mais il existe un autre moyen de consolider les fonds propres de l'acquéreur : c'est la levée de fonds via des Business Angels (B).

B/ La levée de fonds : les « Business Angels »

812. Dans l'hypothèse où le repreneur n'a pas de fonds propres suffisants pour obtenir un financement bancaire, il peut être fait appel à des investisseurs extérieurs au projet

⁶⁴⁸ A. de Bissy, *Les dernières évolutions en matière de fiscalité des cessions d'entreprises à titre onéreux*, JCP E, n° 5, 3 févr. 2005, p.178.

⁶⁴⁹ *Idem.*

⁶⁵⁰ Rép. Min. n° 28 357 du 9 mars 2004, JO du 9 mars 2004.

⁶⁵¹ Rép. Min. n° 57 861 du 15 févr. 2005, JO du 15 février 2005.

partageant le risque avec l'acquéreur et augmentant mécaniquement les fonds propres. Ces investisseurs extérieurs appelés « Business Angels », littéralement « investisseurs providentiels », permet un meilleur accès au financement. Pour les besoins de notre étude nous retiendrons, dans nos développements, l'expression « Business Angel » qui est celle rencontrée dans le monde des affaires et de la finance. Il convient donc d'aborder le rôle et la définition d'un Business Angel (1°) avant de voir que leur intervention nécessite un pacte d'associé (2°).

1° le rôle et la définition d'un « Business Angel »

813. La fédération des réseaux de « Business Angels » défini cette entité comme « un investisseur personne physique ayant pour vocation d'investir au capital de jeunes entreprises innovantes et à fort potentiel de croissance et de les accompagner dans leur développement »⁶⁵². A priori, cette définition d'un « Business Angel » ne correspond que de très loin aux attentes d'un repreneur d'entreprise de bâtiment. Toutefois, un « Business Angel » peut investir aux côtés d'un créateur d'entreprise (phase d'amorçage) mais aussi lors d'une opération de développement de l'entreprise et enfin dans le cadre d'une reprise.

814. Toutes les entreprises peuvent être concernées par l'investissement des « Business Angels » même si le règlement CE du 6 août 2008 limite l'investissement de « Business Angels » à un million deux cent cinquante mille euros dans une même entreprise pour que celle-ci puisse se prévaloir de la qualification de PME⁶⁵³.

815. L'idée est donc de solliciter un « Business Angel » lorsque le cessionnaire éprouve des difficultés à financer son acquisition. Le « Business Angel » intervient aux côtés du repreneur en apportant des fonds propres au projet tout en rassurant l'établissement de crédit par son investissement. S'il n'est pas exclu de voir des investisseurs particuliers intervenir dans un projet de reprise, un investissement via un réseau de « Business Angels » appartenant au réseau France Angels doit être privilégié. Ce réseau sera un gage de sécurité supplémentaire quant à leur expertise pour le prêteur de l'emprunt principal. Il

⁶⁵² www.franceangels.org, préambule des statuts de la fédération des réseaux de business angels.

⁶⁵³ Règlement CE n° 800/2008 du 6 août 2008 de la commission des CE déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie), JOUE n° L214, 9 août 2008.

s'agira là davantage d'un gage moral que d'une sécurisation du projet sur le plan juridique. Ces réseaux sont des associations regroupant des investisseurs personnes physiques dont le mode d'intervention répond à une étude approfondie des dossiers de financement. Certains de ces réseaux sont également organisés par le jeu de sociétés à capital variable qui englobe l'ensemble de leurs participations dans les entreprises qu'ils ont financées. Ces sociétés de capital-risque (SCR) ont l'avantage d'assurer une stabilité par le jeu de plusieurs engagements auprès d'entreprises différentes de telle sorte que si l'une d'elle est défaillante, la croissance des autres entreprises limite les pertes.

816. Les « Business Angels » bénéficient d'aides fiscales pour les inciter à investir dans les PME. Ainsi, la réduction d'impôt dite « Madelin » opère une réduction d'impôt sur le revenu pour les versements effectués lors d'une souscription au capital de PME en cas d'investissement indirect⁶⁵⁴ en respectant certaines conditions édictées par le code général des impôts⁶⁵⁵.

817. En outre, sur le terrain de l'impôt de solidarité sur la fortune, les « Business Angels » sont encouragés à investir dans les PME. Ces incitations fiscales sont de plusieurs ordres et ont évolué dans le temps.

818. Tout d'abord, la loi du 1^{er} août 2003 a introduit une exonération d'impôt de solidarité sur la fortune pour les titres reçus en contrepartie de souscriptions au capital des PME⁶⁵⁶. Cette disposition est codifiée au code général des impôts, elle comprend des conditions que le contribuable doit respecter⁶⁵⁷. Le redevable doit investir directement dans la PME pour bénéficier de l'exonération.

819. Cependant, le législateur a étendu le régime existant au profit des investissements indirects réalisés via une société holding par la loi du 21 août 2007⁶⁵⁸. Il s'agit d'une imputation sur le montant de l'impôt de solidarité sur la fortune plafonné à un certain montant et limité à 50% de la souscription⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ RFN, *Réduction d'impôt Madelin : modalités d'application en cas d'investissement indirect*, n° 7, juill. 2007, comm. 98.

⁶⁵⁵ CGI, art. 199 terdecies-0 A : « les contribuables domiciliés fiscalement en France peuvent bénéficier d'une réduction de leur impôt sur le revenu égale à 18% des versements effectués au titre de souscriptions en numéraires au capital initial ou aux augmentations de capital de sociétés. Le bénéfice de l'avantage fiscal prévu au 1° est subordonné au respect, par la société bénéficiaire de l'opération, des conditions suivantes : [...] ».

⁶⁵⁶ Loi n° 2003-721, du 1^{er} août 2003, JO du 5 août 2003.

⁶⁵⁷ V. en ce sens, CGI, art. 885 I ter.

⁶⁵⁸ Loi n° 2007-1223, du 21 août 2007, JO du 22 août 2007.

⁶⁵⁹ Pour le détail du mécanisme d'exonération, voir CGI, art. 885-0 V bis.

820. Enfin, complétant ces dispositifs, une instruction fiscale récente est venue regrouper ces incitations pour l'investissement au capital d'une PME, renforçant l'attrait pour l'investisseur de soutenir un projet entrepreneurial⁶⁶⁰. Le cessionnaire doit donc activer les réseaux de « Business Angels » qui constituent un véritable accélérateur de l'accès à son financement.
821. Si l'apport en fonds propres et la recherche de financement est l'objectif de l'acquéreur, un autre avantage peut se faire jour, entrant dans l'esprit des « Business Angels ». Il s'agit d'un partage d'expérience et de compétences que ne détient pas toujours le repreneur mais qui lui permet d'avoir une vision plus large de la stratégie de développement de l'entreprise ainsi que des forces et faiblesses de celle-ci.
822. Le principe de financement d'un « Business Angel » est donc de prendre une part minoritaire sans occuper une place d'actionnaire majoritaire. Même s'ils disposent d'un droit de regard sur les décisions importantes de la société dans laquelle ils investissent, les « Business Angels » n'ont pas vocation à être actifs et à s'impliquer dans la gestion de la société au quotidien.
823. Ce sont donc des intervenants financiers qui apportent un soutien pouvant permettre au dirigeant repreneur de financer son acquisition. Trois points essentiels seront étudiés par les « Business Angels » avant d'investir.
824. En premier lieu, la personnalité du repreneur aura son importance et sera un élément déclencheur ou non de leur implication.
825. Ensuite, la valorisation de l'entreprise cible va les intéresser puisque c'est ce montant qui va déterminer le taux de rentabilité de leur investissement et la capacité de la société à supporter la dette senior. Le travail fait en amont par ces derniers crée un cercle vertueux et un climat positif notamment vis-à-vis des établissements de crédit.
826. Enfin, compte tenu de ces éléments, l'intervention de « Business Angels » nécessite un pacte d'associé (2°) afin de régir les rapports entre le repreneur et les associés minoritaires ainsi que les cas de sorties de ces derniers de la société.

⁶⁶⁰ Instruc. Fiscale du 28 mai 2010, BOI 7 S-5-10 du 7 juin 2010.

2° la nécessité d'un pacte d'associés

827. Les « Business Angels » entrant au capital d'une société sont donc des associés minoritaires qui n'ont pas de rôle opérationnel dans l'entreprise. Leur activité se limite à un investissement pour lequel ils prévoient une rentabilité financière, même si celui-ci a la particularité d'avoir une vocation entrepreneuriale.

828. Toutefois, les « Business Angels », même dénués de fonction dirigeante, disposent de droits liés à leurs participations au capital de l'entreprise. L'intérêt de l'investissement ainsi réalisé peut avoir des vues différentes de celles du cessionnaire. Les orientations à donner à l'entreprise peuvent être divergentes entre le dirigeant repreneur et les investisseurs. Les statuts de la société dans laquelle ils détiennent leur participation régissent la vie sociale de la société. Pour autant sont-ils suffisants ? À notre sens, un écrit complémentaire doit être réalisé, au-delà des dispositions statutaires régissant leurs rapports avec le cessionnaire dirigeant et certains droits particuliers. Cet écrit est un acte extra statutaire appelé pacte d'associé (ou pacte d'actionnaire). Les clauses de ce pacte, dont la compétence dépend du tribunal de commerce en cas de litige⁶⁶¹, ont un effet limité à leurs signataires à la différence des clauses statutaires qui s'imposent à tous. Ces accords permettent donc de compléter les statuts avec des clauses « discrètes » contenant des « objectifs variés » dont le principe est la liberté contractuelle limitée par un seul fondement : « tout ce qui n'est pas interdit est permis »⁶⁶² dont l'objectif est d'atteindre « un espace de liberté et de flexibilité »⁶⁶³.

829. Dans le cadre de notre étude, nous ne traiterons pas des pactes d'associé en détail mais soulignerons la nécessité de leur présence lorsque des « Business Angels » participent au projet tout en soulignant les clauses les plus couramment rencontrées⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Y. Reinhard, *Compétence et sociétés commerciales*, Proc., avril 2011, n° 4, dossier 11.

⁶⁶² P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Domat droit privé, 4^{ème} éd, Montchrestien, p. 27, § 46.

⁶⁶³ Y. Reinhard, *Exécution en nature des pactes d'actionnaires*, RDC, févr. 2005, p. 115.

⁶⁶⁴ Pour un approfondissement des pactes d'actionnaires nous renverrons le lecteur vers les écrits suivants : Y. Guyon, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd. n° 199 et s. ; Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 11^{ème} éd ; pour les clauses de droit de préemption statutaire confrontées à un pacte d'actionnaire, V. : Cass. com., n° 460, 15 févr. 1994, note D. Velardocchio, Bull. Joly, mai 1994, p. 508 et s. et Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495, note D. Velardocchio, RLDA, sept. 2006, p. 10 et s.

830. Ainsi, en présence de « Business Angels », certaines clauses sont destinées « à protéger les intérêts d'actionnaires minoritaires qui entendent subordonner leur apport à certaines conditions ou aménager leur sortie : par exemple des investisseurs en capital-risque »⁶⁶⁵. Parmi les clauses les plus fréquemment rencontrées, nous retiendrons la clause visant à faciliter la sortie des « Business Angels » de la société mais aussi celle liée à la valorisation, à son éventuelle révision par les investisseurs mais encore des clauses visant à les garantir d'éventuels abus de majorité auxquels pourraient se livrer le dirigeant⁶⁶⁶ ainsi que celles pouvant entraîner l'exclusion d'un associé de la société⁶⁶⁷.

831. Tout d'abord, les associés minoritaires, « Business Angels », s'inscrivent dans une démarche limitée sur le plan de la durée. Ils doivent donc prévoir dans quelles conditions ils pourront sortir de la société. Avant même de rédiger le pacte d'associé, le « Business Angel » devra demander que les statuts ne contiennent pas de clause d'agrément. Ce type de clause limite la libre négociabilité des titres et impose des délais souvent longs, si l'on se réfère aux délais légaux édictés par le code de commerce⁶⁶⁸.

832. De plus, et afin de conserver une certaine liquidité dans leur investissement, les « Business Angels » pourront également prévoir d'interdire la cession ou l'entrée de catégorie d'associé qui ne serait pas en phase avec leur projet. Le fondateur s'interdira, de céder ses titres à un tiers. Dans ce cadre, les « Business Angels » inséreront utilement dans le pacte une clause dite de « sortie conjointe » qui leur garantira, en cas de perte de contrôle de la société par le fondateur, une liquidité immédiate de leur participation à des conditions similaires à celles contenues dans la cession principale. Suivant le même raisonnement, il nous semblerait possible d'imaginer une clause de sortie, pour les investisseurs, à une date prévue lors de leur entrée au capital, comprenant une méthode de valorisation de leurs titres prédéfinie. La question de la date de réalisation de la clause nous paraît essentielle. En effet, il semble préférable d'inscrire un terme dans le pacte pour la réalisation de la clause. Le risque d'un pacte sans terme est la possible résiliation

⁶⁶⁵ G. Ripert, R. Roblot, M. Germain, V. Magnier, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, tome 2, 20^{ème} éd, LGDJ, pp 446 et 447, § 1623.

⁶⁶⁶ Y. Reinhard, note sous CA Lyon 1^{er} ch. du 6 avril 1995, D., 1996, 216.

⁶⁶⁷ Sur le contrôle judiciaire pouvant être opéré en pareil cas, V. Cass. com., 21 oct. 1997, JCP G 1998, II, 10047, note D. Velardocchio.

⁶⁶⁸ Code de commerce, art. L 228-24 : « [...] si la société n'agréé pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction de capital ».

unilatérale. La Cour de Cassation a confirmé ce point dans un arrêt du 6 novembre 2007⁶⁶⁹. Cette décision a été notamment critiquée par le Professeur Constantin qui se demande si les juges « n'ont pas ici péché par une excessive rigidité d'appréciation : car après tout, si un contrat est à durée indéterminée lorsque les parties ne se sont pas explicitement accordées sur sa durée, un pacte dont les parties ont expressément souhaité qu'il s'applique durant le temps où ils sont actionnaires de la société concernée, paraît bien comporter une durée déterminée... fût-elle perpétuelle, ce qui est un autre problème »⁶⁷⁰. D'après les observations du Professeur Constatnin, un parallèle peut être fait avec la durée de vie de la société qui est souvent, en pratique, fixée à 99 ans. Cela peut être analysé comme indéterminée compte tenu de l'espérance de vie des associés et mis en lumière avec leur intention de participer, malgré tout, au pacte social par le jeu des statuts.

833. Enfin, cette clause de sortie est également liée à la valorisation de l'entreprise qui permet de déterminer le niveau de participation par rapport à l'investissement. L'entreprise faisant l'objet de l'investissement est donc valorisée, sur le plan financier, permettant la délivrance de titres pour les « Business Angels » en fonction du montant de leur investissement. Toutefois, dans le cours de la vie sociale, des ajustements pourront être prévus par le jeu d'actions de préférence ou de rédactions de clause garantissant à l'investisseur de retrouver son capital de départ. Cependant, la rédaction de ces clauses ne doit pas risquer d'entraîner une qualification de clause léonine, ce qui aurait pour effet de les rendre nulles. A titre d'exemple, la Cour de Cassation a eu à se prononcer sur ce point en confirmant la validité d'une promesse de rachat de titres à prix plancher signée à l'occasion d'une opération d'investissement par des « Business Angels »⁶⁷¹. La Cour s'intéresse à une absence de déséquilibre dans la contribution aux pertes ce qui est rassurant pour la validité de telles clauses dans les opérations capital investissement mais ce qui est critiquable quant à la rédaction du pacte. En effet, le Professeur Deboissy rappelle que le pacte ne doit donc pas remettre en cause les rapports entre associés dans les statuts et intéresser seulement les associés partis au pacte. Cependant, le risque est grand lors de la rédaction du pacte que celui-ci « constitue un prolongement des statuts

⁶⁶⁹ Cass. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620 et 07-10.785 : Jurisdata n° 2007-041276.

⁶⁷⁰ A. Constantin, *Illustration de la résiliation unilatérale d'un pacte d'actionnaires en raison de sa durée indéterminée*, JCP E, n° 25 du 19 juin 2008, 1829.

⁶⁷¹ Cass. com., 16 nov. 2004, n° 1643 F-P+B : Jurisdata n° 2004-025665, JCP G, 2004, IV, 3528 : « assurant l'équilibre des conventions conclues entre les parties, la promesse de rachat d'actions à prix plancher consentie par les fondateurs à un investisseur, et déterminante de sa participation à la société, n'est pas constitutive d'une clause léonine, dans la mesure où, n'ayant pour objet que la transmission des droits sociaux entre associés, elle est sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux ».

destiné à les amender au seul bénéfice de certains associés. Cela suppose que le déséquilibre créé par la disposition litigieuse du pacte trouve sa contrepartie dans le pacte lui-même et participe à l'objet de celui-ci »⁶⁷². Les juges ont donc validé cette clause du pacte parce qu'elle n'était que l'un des éléments du pacte qui avait pour objet global d'assurer le montage financier de l'opération.

834. Ainsi, la rédaction du pacte d'associé revêt un caractère indispensable lors de l'intervention des « Business Angels ». Si l'intervention de ces derniers peut être un véritable accélérateur d'accès au financement par une levée de fonds propres et une solution pour le cessionnaire, une négociation devra être menée afin de garantir certains points aux « Business Angels » tout en préservant un équilibre entre leur investissement et le projet entrepreneurial du repreneur.

835. En conclusion, le crédit-vendeur et la levée de fonds par des « Business Angels » ont l'avantage d'apporter des fonds propres au cessionnaire. Ces fonds propres font souvent défaut dans les dossiers de reprise car le ratio d'endettement est observé avec attention par les établissements de crédits ce qui peut conduire à des refus de financement pour une absence ou une faible proportion de fonds propres par rapport à la demande de prêt bancaire.

⁶⁷² J.J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker, *Chroniques, Droit des sociétés*, JCP G, n° 8, 23 févr. 2005, I 117.

Conclusion du Chapitre 1

836. Le financement de la reprise de l'entreprise est souvent une inquiétude majeure du cessionnaire partagée par le cédant. En effet, en cas de refus d'emprunt, le cédant devra démarrer de nouvelles négociations avec un autre repreneur. C'est pourquoi, en pratique, il n'est pas rare que le cédant accompagne son repreneur auprès des établissements bancaires susceptible de financer la reprise. Cette cooptation déguisée à un impact fort pour les entreprises de bâtiment, peut-être plus que dans d'autres secteurs. C'est la reconnaissance, pour le financeur que le cessionnaire pourra faire aussi bien que le cédant puisque ce dernier le recommande et le revendique comme le choix qu'il a fait pour la pérennité de son entreprise.

837. Toutefois, cette bonne volonté affichée ne peut masquer le souhait du dirigeant actuel à céder son entreprise le transformant en « juge et partie » du financement de la reprise. C'est pourquoi, il est judicieux de préparer des arguments solides à la limitation des garanties demandées par le prêteur. Nous indiquerons que la meilleure garantie offerte au financeur tient dans le profil du repreneur dont les compétences et la connaissance du secteur du bâtiment sont des atouts privilégiés. En ajoutant à ces arguments de négociations, des techniques juridiques impliquant le cédant, il ne fait nul doute que les parties mettent un maximum d'atouts de leur côté.

838. L'organisation juridique de la reprise impliquant ces questions financières peut aussi bénéficier d'un holding de rachat (Chap. 2) devenant un outil au service de la réalisation de l'opération.

Chap. 2 : la holding de rachat

839. 99 milliards d'euros⁶⁷³. C'est le montant, à travers le monde, des dettes qui sont à échéance pour l'année 2013 liées à des opérations de rachat via des holdings de rachat appelées, LBO (Low Buy Out). En France, cela représente 13 milliards d'euros exigibles pour l'année 2014. A la lecture de ces seuls chiffres, dire que le rachat par LBO suscite de l'engouement auprès des cessionnaires est un euphémisme. La technique est simple : elle consiste à contracter une dette, celle-ci étant remboursée par la holding qui bénéficie des dividendes qui lui sont versés par l'entreprise cible qu'elle détient. En d'autres termes, la dette est remboursée par les résultats de l'entreprise ayant fait l'objet de la transmission. Dans le secteur du bâtiment il n'est pas rare de trouver des entreprises disposant de disponibilités importantes constituées années après années par le chef d'entreprise. L'intérêt financier de la holding (Section 2) doit donc être analysé quant aux spécificités de ces entreprises. Mais son rôle ne se limite pas aux seuls effets liés à l'emprunt, puisqu'elle est également, sur le plan juridique, un outil au service de la croissance et de la préservation du patrimoine (Section1).

Section 1 La holding, outil de croissance et de préservation du patrimoine

840. La holding est une société à part entière. Elle a son autonomie et un régime qui lui est propre. En cela elle témoigne d'un intérêt juridique indéniable (§1). Si elle plébiscitée par les cessions à titre onéreux, puisqu'elle permet d'emprunter davantage, la polyvalence de la holding lui permet également de devenir un outil puissant de transmission de l'entreprise familiale (§2).

⁶⁷³ A. Tonnelier, *Le compte à rebours a démarré pour les sociétés sous LBO*, Le Monde du 5 juin 2013.

§ 1 : L'intérêt juridique de la holding

841. Modelée à l'image du projet de reprise, la holding est façonnée en fonction des besoins du cessionnaire. Elle est le plus souvent constituée pour répondre à une exigence bancaire mais on oublie trop souvent qu'elle présente l'avantage de respecter les choix juridiques du cessionnaire. Ainsi, La holding, par la liberté qu'elle inspire, bénéficie d'un effet de levier juridique (A) tout en permettant au cessionnaire d'accéder à un effet de levier opérationnel (B) non négligeable quant au développement de son entreprise.

A/ La holding, levier juridique

842. L'aménagement est le maître mot. Le cessionnaire qui utilise une holding de rachat, constituée pour l'opération, a toute latitude pour choisir la forme sociale de sa holding (1°) mais aussi pour organiser et favoriser la conservation du pouvoir à son profit (2°).

1° le choix de la forme sociale de la holding

843. La société holding est une société empruntant la forme sociale d'une société existante. Elle n'est holding que par la définition et la réalisation de son objet social qui réside dans la détention et la prise de participations dans d'autres sociétés. Cette caractéristique offre un large choix au repreneur en ce qu'il peut choisir la forme sociale qu'il souhaite. Ce choix est cependant restreint par le législateur qui prévoit une interdiction concernant les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) détenant elle-même une EURL. En effet, même si l'associé unique d'une EURL fait le choix d'opter pour l'impôt sur les sociétés, ce qui est un préalable à la mise en place du groupe de société, il ne pourra devenir l'associé unique d'une autre EURL. Le législateur a en effet posé le principe selon lequel une EURL ne peut détenir une autre EURL⁶⁷⁴. Il convenait de souligner ce point dans la mesure où le principe de reprise par une holding est fortement répandu et n'est donc plus réservé aux opérations importantes mais concerne également les plus petites entreprises dans lesquelles la question de la détention d'une EURL par une

⁶⁷⁴ C. com., art. L 223-5 : « une société à responsabilité limitée ne peut avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne ».

autre EURL peut se présenter, a fortiori dans le secteur du bâtiment dans lequel les petites entreprises sont dominantes.

844. Le cessionnaire devra donc choisir une forme sociale pour sa holding. En pratique, ce choix repose sur les souhaits du cessionnaire tant dans l'organisation juridique de son futur groupe que dans son futur statut social tout en tenant compte de la souplesse que peut apporter la structure sociale choisie.

845. Sur le plan social, le cessionnaire devra déterminer s'il souhaite être soumis au régime des travailleurs non-salariés (TNS) ou au régime général. Assurément, s'il souhaite être TNS pour des raisons liées à son passé de cotisant, il ne pourra opter pour la société par actions simplifiée (SAS) ou pour la société anonyme (SA). En effet, les Professeurs Vachet et Bugada rappellent qu'un dirigeant « s'il exerce en qualité de dirigeant d'une SAS ou d'une SA ou en qualité de gérant minoritaire d'une SARL, il relève du régime général de sécurité sociale ; en revanche, est affilié au régime social des indépendants, le gérant majoritaire d'une SARL (rémunéré ou non), l'associé d'une EURL »⁶⁷⁵. C'est donc, dans l'hypothèse de la recherche d'un régime TNS, la SARL qui sera plébiscitée par le cessionnaire. Le Professeur Mortier considère que même si la SAS a bénéficié de simplifications et de modernisations, « la SARL devrait continuer d'attirer plus que la SAS pour les petites entreprises »⁶⁷⁶. En effet, outre la transparence fiscale, qui devient inopérante dans un schéma de holding puisque les sociétés doivent être à l'impôt sur les sociétés afin d'optimiser le montage, « le régime social du dirigeant majoritaire, demeure moins couteux dans la SARL »⁶⁷⁷.

846. Pour autant, si le cessionnaire préfère être soumis au régime général concernant ses cotisations personnelles, la souplesse et l'organisation juridique des pouvoirs sera aisée dans la SAS. C'est tout le principe de la modernité de la loi de 1994⁶⁷⁸. En effet, dès cette date et la naissance de la SAS⁶⁷⁹, le Professeur Germain expliquait que la SAS était une forme laissant une grande place à la « liberté statutaire » tout en étant « faiblement

⁶⁷⁵ G. Vachet, A. Bugada, *Droit de la sécurité sociale*, JCP E, n° 34, 26 août 2010, 1738.

⁶⁷⁶ R. Mortier, *La modernisation du droit des sociétés*, JCP N, n° 39, 26 sept. 2008, Etude 1296.

⁶⁷⁷ *Idem*.

⁶⁷⁸ D. Velardocchio, G. Flores, *La société par actions simplifiées, Etude de la loi du 3 janvier 1994*, ALD 1994, p. 91 et s.

⁶⁷⁹ Loi du 3 janv. 1994, n° 94-1 instituant la société par actions simplifiées, JCP E, 1994, III, 66605.

réglementée par la loi »⁶⁸⁰. L'auteur ajoutait que par « l'extrême liberté laissée aux associés pour l'organisation des pouvoirs de leur société, la société par actions simplifiées est autant un contrat qu'une société »⁶⁸¹. La réforme introduite par la loi du 12 juillet 1999 a apporté deux innovations majeures : le Professeur Velardocchio rappelle que « les actionnaires de la société par actions simplifiée sont désormais des personnes physiques ou morales sans que la loi nouvelle ne prévoise de condition particulière d'accès au capital ; la société par actions simplifiée peut être instituée par une seule personne »⁶⁸². C'est donc l'élaboration des statuts pouvant contenir « toutes sortes de clauses jusqu'à présent tolérées dans les pactes d'actionnaires et qui sont destinées à faciliter le fonctionnement de la société »⁶⁸³ qui est plébiscité.

847. Toutefois, si la SAS est une forme sociale, en pratique, souvent usitée, il n'en demeure pas moins que cette grande liberté rédactionnelle et l'absence de règles législatives sur les aspects organisationnels de la société est aussi sa faiblesse puisqu'elle conduit à imposer aux cessionnaires de décrire leur projet de manière précise ce qui n'est pas toujours chose facile. Le Professeur Paillusseau explique, dans une étude comparative des différentes formes sociales, dans laquelle la SAS ressort grande gagnante, que les « associés doivent organiser eux-mêmes le fonctionnement de la société et leurs relations dans le moindre détail »⁶⁸⁴. Cela doit inciter le cessionnaire « à la plus grande prudence »⁶⁸⁵.

848. C'est donc aux conseils du cessionnaire de faire ce travail d'approfondissement afin de retenir le choix de la SAS. Ce choix, pour la holding du cessionnaire, est, selon nous, favorable dans un schéma de reprise. Son intérêt peut être souligné par les avantages de cette forme sociale notamment dans les aspects rédactionnels des statuts de la société. Cette souplesse et grande liberté laissée au porteur de projet tend également à faciliter la conservation du pouvoir du cessionnaire (2°).

⁶⁸⁰ M. Germain, *La société par actions simplifiée*, JCP E, n° 11, 17 mars 1994, Etude 341.

⁶⁸¹ *Idem.*

⁶⁸² D. Velardocchio, *Une innovation inattendue : la réforme de la SAS*, RLDA, oct. 1999, n° 20, p.9.

⁶⁸³ S. Castagné, *La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous !*, JCP N n° 26, 17 mai 2000, p. 1084.

⁶⁸⁴ J. Paillusseau, A. Theimer, *La société par actions simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques*, JCP E, n° 26, 1^{er} juill. 2010, Etude 1635.

⁶⁸⁵ *Idem.*

2° la conservation du pouvoir du cessionnaire

849. L'un des objectifs de la société holding dans un schéma de reprise d'entreprise est d'utiliser l'effet de levier juridique permettant de diluer le capital tout en permettant au cessionnaire, futur exploitant, de demeurer seul « maître à bord ». Même si les réformes du droit des sociétés au premier rang desquelles la loi sur les régulations économiques a introduit un meilleur équilibre des pouvoirs et une plus grande transparence, le cessionnaire devra s'assurer d'une stabilité entre répartition du capital et conservation du pouvoir⁶⁸⁶. En cela, l'une des formes sociales aboutissant à la conservation du pouvoir du cessionnaire est la société en commandite par actions. En effet, la séparation entre les commandités, ayant la qualité de commerçant(s) indéfiniment solidaire des dettes sociales, et les commanditaires qui ont la qualité d'actionnaires ne supportant les pertes qu'à concurrence de leurs apports crée un régime hybride d'associés. Cette dichotomie entre les bailleurs de fonds et les « entrepreneurs » aboutit à une répartition des pouvoirs unique en son genre. Le Professeur Vidal considère qu'il y a « un déplacement de la répartition des pouvoirs dans ce type de société par actions, les commandités et gérants détenant seuls le pouvoir stratégique dans l'entreprise sociale et l'actionnaire commanditaire, quelle que puisse être l'importance de sa participation, ayant moins de pouvoirs que l'actionnaire de SA »⁶⁸⁷.

850. Dans cette hypothèse, il convient de s'interroger sur l'*affectio societatis* qui anime les commanditaires. M. Tchotourian propose, dans ses écrits, une définition de cette notion. Il explique que « l'affectio societatis est la volonté d'intégrer un groupement, doté ou non de la personnalité juridique, et dans lequel chacun collaborera activement avec les autres membres ou organes à la marche de l'affaire, à la réalisation d'un objectif économique nouveau et commun, en même temps que chacun contribuera aux risques de l'entreprise »⁶⁸⁸. Or, la séparation entre les commandités et les commanditaires conduit à penser que cette définition est, selon nous, en contradiction avec le principe de fonctionnement de la SCA. En effet, M. Turk indique que la dissociation du capital peut emporter le contrôle de la société au profit du (ou des) gérant(s) commandités, quelques

⁶⁸⁶ D. Velardocchio, *Nouvelles réformes du droit des sociétés dans le projet de loi sur les régulations économiques*, RLDA, mai 2000, n° 27, p. 16 et s.

⁶⁸⁷ D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd, p. 617, § 1250.

⁶⁸⁸ I. Tchotourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, thèse, Nancy 2, nov. 2007.

fois inamovibles par le jeu de clauses statutaires, sans que ces derniers détiennent la majorité des actions⁶⁸⁹. Toutefois, M. Tchotourian rappelle que l'affectio societatis est une notion à contenu variable ayant une « expression et une intensité variées dépendant du type de société »⁶⁹⁰. Ainsi, la volonté de s'associer dans un projet de reprise d'entreprise peut-il naître dans une envie limitée aux seuls flux financiers déconnectant la dimension opérationnelle et stratégique de l'entreprise ? Cette notion « à contenu variable » s'adapte parfaitement à la situation. La SCA semble donc être la forme sociale permettant de conserver le pouvoir pour le cessionnaire d'autant que le risque de la responsabilité indéfinie trouve un dénouement heureux grâce à la constitution d'une société à responsabilité limitée jouant le rôle d'associé commandité.

851. Cependant, si le tableau que nous venons de dresser présente des avantages indéniables, comment expliquer que la SCA soit si peu usitée en pratique. Cela s'explique tout d'abord par le jeu de difficultés d'ordre économiques freinant l'entrée d'investisseurs dans une structure dans laquelle ils n'auront pas de pouvoir et devront faire une confiance aveugle aux gestionnaires. Cela s'explique ensuite par des difficultés d'ordre juridiques notamment lorsque le commandité est une société à responsabilité limitée. Ce cas de figure crée de fait selon M. Turk « un désagréable sentiment d'insécurité juridique »⁶⁹¹ tendant à se demander si un commandité peut être une personne morale compte tenu du silence des textes⁶⁹².

852. Ces contraintes poussent la SAS à prendre une place plus importante comme forme sociale de la holding conduisant à la conservation des pouvoirs du cessionnaire. En effet, le législateur a prévu un minimum de normes concernant la SAS en laissant une grande liberté aux associés fondateurs. Ainsi, le Professeur Paillusseau indique que « la répartition du pouvoir dans société peut être totalement étrangère à la participation du capital »⁶⁹³. Une attention toute particulière devra toutefois être apportée lors de la rédaction des statuts de la société quant à la présence d'un associé ayant conclu un pacte

⁶⁸⁹ M. Turk, *Société en commandite par actions et effet de levier juridique*, JCP E, n° 30, 28 juill. 1994, Etude, 377.

⁶⁹⁰ I. Tchotourian, thèse préc.

⁶⁹¹ M. Turk, *Société en commandite par actions et effet de levier juridique*, JCP E, n° 30, 28 juill. 1994, Etude, 377.

⁶⁹² En pratique, il existe toutefois des cas dans lesquels le régime décrit fonctionne dans le groupe Casino ou encore à l'entreprise Castorama.

⁶⁹³ A. Outin-Adam, J. Paillusseau, *La société par actions simplifiée : une structure de coopération pour les PME*, JCP E, n° 3, 18 janv. 2001, Etude, p. 115.

civil de solidarité afin que le pouvoir soit détenu par le seul dirigeant si cela est son souhait. Une clause écartant la présomption d'indivision sera alors insérée pour une société unipersonnelle⁶⁹⁴.

853. La SAS apporte donc un vent de « simplification de la société » et une accentuation de la « contractualisation » comme le souligne le Professeur Reinhard⁶⁹⁵. C'est ainsi que la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir financier est rendu possible par l'insertion, dans les statuts, de clauses particulières visant à créer des actions de préférence au sein de la société. Ces actions sont issues de l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales⁶⁹⁶. Cette ordonnance accorde une grande liberté rédactionnelle aux associés. Celle-ci doit permettre au cessionnaire de conserver le pouvoir en modifiant deux aspects fondamentaux qu'il était impossible de modifier dans les sociétés commerciales classiques : le droit de vote des actionnaires et le respect de l'égalité des actionnaires. Ces aménagements doivent en contrepartie accorder plus de droits aux actionnaires minoritaires sur le terrain du droit à l'information renforçant leur protection⁶⁹⁷.

854. Par exemple, une clause peut créer des actions de diverses catégories « comportant des droits et obligations spécifiques, conférant des « droits particuliers à un ou plusieurs associés »⁶⁹⁸. Dans la forme, la rédaction peut être : « chaque action de la catégorie A donne droit à une voix ; chaque action de la catégorie B donne droit à deux (trois, quatre...) voix »⁶⁹⁹.

855. Pour le cessionnaire, la conservation du pouvoir dans sa holding tient donc dans l'aménagement d'actions de préférence renforçant ses droits de vote avec l'attribution d'un dividende prioritaire tout en limitant les droits politiques des associés minoritaires. Allant dans le sens d'un renforcement du pouvoir d'un ou plusieurs associés déterminés,

⁶⁹⁴ D. Velardocchio, *Le PACS et le droit des sociétés : une liaison dangereuse...*, RLDA, avril 2000, n° 26, p.7.

⁶⁹⁵ Y. Reinhard, *Sociétés par actions simplifiée*, RTD Com, avr.-juin 1994, p. 300 et s.

⁶⁹⁶ Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JO du 26 juin 2004.

⁶⁹⁷ J. Carsantier, *L'aménagement des droits des actionnaires après l'ordonnance du 24 juin 2004*, mémoire, Paris 9 Dauphine, 2005.

⁶⁹⁸ A. Outin-Adam, J. Paillusseau, *La société par actions simplifiée : une structure de coopération pour les PME*, JCP E, n° 3, 18 janv. 2001, Etude, p. 115

⁶⁹⁹ *Idem*.

l'ordonnance de 2004 indique qu'il est possible de créer des actions de préférence sans droit de vote comportant quelques aménagements notamment temporels⁷⁰⁰. Me Azarian ajoute que « les rédacteurs de statuts de SAS jouissent d'une grande liberté dans l'aménagement de la répartition du droit de vote entre associés »⁷⁰¹. Confortant l'idée d'utiliser la SAS comme outil de la holding afin de renforcer le pouvoir du cessionnaire, l'auteur indique qu'il est possible « de créer des actions ayant des valeurs nominales différentes ». Dans cette dernière hypothèse, c'est le pouvoir financier du cessionnaire qui peut être concerné permettant de maximiser l'effet de levier. En effet, la création de ce type d'actions peut aboutir au contrôle de la société sans un apport personnel conséquent tout en conservant une part significative des dividendes. Enfin, si ce type d'actions est couplé à des actions renforçant les droits politiques (sans droit de vote ou à vote multiple), le cessionnaire cumulera à la fois le bénéfice des droits politiques et les droits financiers attachés aux titres.

856. Cette démarche de recherche d'effet de levier juridique ne doit pas faire oublier que le montage d'une reprise par une holding de rachat a du sens si le cessionnaire utilise le levier opérationnel (B) du groupe de société. Il convient donc de s'intéresser à la cible reprise et aux possibilités d'organisation et développement qu'offre la reprise par une holding.

B/ La holding, levier opérationnel

857. Le rachat d'une entreprise par une société holding suppose, outre un effet de levier juridique, un levier que nous qualifierons d'opérationnel. L'optimisation du schéma réside dans un effet cumulé des données juridiques tenant compte de l'évolution et de la situation de la société d'exploitation au jour de la reprise. Pour cela, il conviendra, dans certains cas, d'opérer une transformation de la cible (1°) afin d'harmoniser les règles juridiques du futur groupe préparant ainsi, par la filialisation des activités, les possibilités de croissance externe (2°) générées par le développement qu'entend mener le cessionnaire.

⁷⁰⁰ C. com., art. L 228-11.

⁷⁰¹ H. Azarian, *La société par actions simplifiée, création, fonctionnement, évolution*, Litec professionnel, 2^{ème} éd, p. 99, § 160.

1° la transformation de la cible

858. Le cessionnaire, dans son parcours de reprise, doit s'intéresser à la forme sociale de l'entreprise cible qu'il compte reprendre. En effet, afin d'avoir un groupe de société cohérent, lié au rachat en LBO (holding), il est nécessaire d'être attentif à la forme sociale initiale de la cible. Les entreprises de bâtiment, les plus petites à tout le moins, sont peu ou pas organisées sur le plan juridique. Ainsi, notre pratique a mis en évidence une grande majorité de société sous la forme de la SARL et très peu exploitées en SAS. Le cessionnaire devra donc envisager d'opérer une transformation de la cible avant la reprise afin d'organiser les pouvoirs, les flux financiers et anticiper le développement mais aussi afin d'alléger les droits d'enregistrements liées à la cession. Cette transformation impose la plus grande prudence, pour les praticiens, qui doivent faire appel à un commissaire à la transformation afin que celui-ci établisse un rapport reflétant une « image fidèle de l'actif social »⁷⁰².

859. Le code de commerce est très précis sur la question de la transformation édictant que « la transformation régulière d'une société commerciale n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle »⁷⁰³. Ce principe n'a pas été sans mal dans une histoire du droit des sociétés mêlant législation et jurisprudence dans laquelle les retours en arrière ont été nombreux⁷⁰⁴. En effet, la jurisprudence de la Cour de Cassation a retenu, par le passé⁷⁰⁵, l'absence de maintien de la personnalité morale avant de fixer une ligne bien établie aujourd'hui, qui est celle d'un maintien de cette personnalité morale lors de la transformation dès lors qu'elle est régulière peu importe les autres modifications l'accompagnant⁷⁰⁶. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt du 8 juillet 2004, la Cour de Cassation a rappelé ce principe de continuité de la personne morale en tant que sujet de droit quelle que soit sa forme juridique⁷⁰⁷. Dans son commentaire, M. Trébulle en déduit que « la forme sociale n'est que le support d'une personnalité qui ne se réduit pas à elle ». Cette

⁷⁰² D. Velardocchio, *Clarification des conditions de transformation des sociétés par actions*, RLDA 2008, n° 28, p. 10.

⁷⁰³ C. com., art. L 210-6.

⁷⁰⁴ P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, Economica, 2011, p. 108 et s.

⁷⁰⁵ Cass.com., 2 juill. 1969, JCP G 1969, II, 15949, note Y. Guyon.

⁷⁰⁶ Cass. com., 7 mars 1984, Sté Cine Le Joncour c/ Directeur général des impôts : Jurisdata n° 1984-707582, Rev. sociétés 1984, p. 804, note Jeantin. Voir également : Rép. Defrénois, 1984, art. 33406, note B. Jadaud.

⁷⁰⁷ Cass. civ., 2^{ème}, 8 juill. 2004, SARL Sofid c/ Castets Feraudet : Jurisdata n° 2004-024662 : « la transformation régulière d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle et (que) la capacité d'ester en justice s'attache à la personne morale en tant que sujet de droit quelle que soit sa forme juridique ».

dimension de continuité est donc fondamentale dans le cadre d'une reprise pour le cessionnaire. Le code civil ne pose-t-il pas lui-même ce principe ?⁷⁰⁸

860. Il convient de souligner que si la transformation semble emporter des conséquences limitées sur le plan de la continuité et de la survivance de la personnalité morale, une procédure stricte doit être respectée⁷⁰⁹. A défaut la sanction peut être le refus de l'inscription modificative par le greffier du tribunal de commerce⁷¹⁰ ou la naissance d'une nouvelle personne morale sans lien avec la société initiale.

861. Sur le plan des dirigeants, la transformation n'est pas sans conséquence. Ainsi, pour une SARL, le gérant majoritaire, affilié travailleur non salarié, tombe sous le régime général lors de la transformation en SAS. Cela peut être source de difficulté lors de son départ en retraite concernant notamment la reconstitution de sa carrière. De plus, si une SA est transformée dans une autre forme, afin que le cessionnaire préserve un pouvoir de contrôle important, le sort des mandataires est radical. Il est en effet mis fin à leur mandat sociaux ce qui peut générer des tensions entre le cessionnaire et l'actionnariat du cédant. Imaginons un cédant ayant comme mandataires des membres de sa famille. Ces derniers perçoivent des jetons de présence pour leur mandat social. La transformation, comme l'a rappelé la Cour de Cassation, « met fin à leur mandat sans que ceux-ci puissent prétendre que cette décision équivaut à une révocation sans juste motif »⁷¹¹. Or, si le cessionnaire n'aboutit finalement pas dans son projet de reprise, le cédant sera confronté à des difficultés avec ses (anciens) mandataires. La question du moment de la transformation dans le processus de transmission devient importante. En pratique, nous recommandons d'opérer la transformation dès l'instant où l'ensemble des conditions suspensives contenues dans le protocole d'accord sont levées et notamment la levée des fonds finançant la reprise. La cession est donc parfaite au moment où la transformation est réalisée puisque l'ensemble des conditions sont levées et que les parties sont d'accords sur la chose et sur le prix.

⁷⁰⁸ C. civ., art. 1844-3 : « la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle ».

⁷⁰⁹ H. Hovasse, *Transformation d'une SA en SAS*, Dr. sociétés, n° 6, juin 2008, comm. 130.

⁷¹⁰ Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-15.193, FS-P+B+R+I, Société Breiz Alu SA c/ Procureur Général près la cour d'appel de Rennes : Jurisdata n° 2008-043520 : la décision de Cour d'Appel était sans ambiguïté et validait le refus d'inscription modificative du greffier du tribunal de commerce.

⁷¹¹ Cass. com., 22 mai 1973 : Bull. civ. IV, n° 180.

862. Enfin, il faut rappeler qu'une des premières motivations pour le cessionnaire souhaitant la transformation est une raison fiscale. L'acquisition de titres sociaux est soumise aux droits d'enregistrements. Le business plan du cessionnaire est, en pratique, souvent « tendu » en ce qu'il ne peut mobiliser des fonds très importants. Une des demandes des candidats à la reprise est justement de minimiser les frais afférents à l'acquisition afin de pouvoir réorienter ces fonds soit vers une indemnité d'accompagnement soit vers le prix lors de la négociation. Or, les droits d'enregistrements lors de la cession de parts sociales sont fixés à 3% après application d'un abattement de 23 000 €. Ceux affectant la cession d'actions sont établis à 0,1%. Ainsi, avec les différentes réformes successives liées au régime des droits d'enregistrement, la transformation paraît intéressante et source d'économie fiscale. En pratique, les transformations de SARL en SAS sont très courantes et sont hélas rarement le fruit d'une réflexion sur la conservation du pouvoir du cessionnaire ; l'aspect financier et fiscal prenant le pas sur l'organisation juridique du futur groupe. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 10 décembre 1996 a validé, de manière non équivoque⁷¹², la transformation d'une société préalablement à une cession en rejetant l'abus de droit. Il semble, selon nous, que la cour retienne l'idée d'une décision d'ensemble de la collectivité des associés alors que la cession relève d'un choix personnel et individuel sur un bien détenu par chaque associé.

863. En conclusion, la transformation de la cible doit permettre un meilleur contrôle du cessionnaire lors de sa prise de pouvoir et d'organiser le futur développement de son groupe. Cela peut être le cas s'il souhaite faire appel public à l'épargne ou simplement restructurer son futur groupe pour une plus grande efficience⁷¹³. L'objectif est en effet de garantir à son entreprise d'avoir une meilleure organisation juridique par le jeu de la filialisation et les possibilités de croissance externe (2°) garantissant un développement important du projet entrepreneurial.

⁷¹² Cass. com., 10 déc. 1996, Sté RMC France c/ Dir. gén. imp. Et a. : JCP E 1997, II, 923, note H. Hovasse : « Attendu que la transformation régulière et effective d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, décidée par les associés à la majorité requise pour la modification des statuts, entraîne des effets multiples et est une opération nécessairement distincte de la cession ultérieure des actions par les associés individuellement ».

⁷¹³ L. Sablé, *Restructuration préalables et opérations de marché*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2008, étude 3.

2° la filialisation des activités et les possibilités de croissance externe

864. Le recours à une société holding permettant de porter l'acquisition d'une cible ne doit pas faire oublier que le cessionnaire peut nourrir des ambitions de développement et de réorganisation de l'activité reprise.

865. En effet, en pratique, les différentes activités d'une même entreprise sont concentrées dans une seule structure juridique. Or, lors de la reprise, le cessionnaire aura à cœur de réorganiser les métiers de l'entreprise préparant ainsi le terrain au développement et à la croissance externe, c'est-à-dire au rachat d'autres entreprises : l'objectif est soit d'accroître ses parts de marchés soit d'adjoindre des activités complémentaires à celles existantes. Dans le bâtiment, un métier caractérise assez bien cette situation. Il s'agit de la plomberie chauffage. Au sein de telles entreprises il existe souvent deux métiers distincts mais connexes qui cohabitent. D'une part les activités de maintenance et d'entretien qui correspondent au suivi et au contrôle des appareils de chauffage ou de climatisation installés auprès des clients, et d'autre part l'activité d'installation qui répond à la réalisation de l'installation elle-même. Ces activités ne répondant pas aux mêmes attentes, aux mêmes besoins et quelques fois à la même clientèle, on ne saura trop conseiller au cessionnaire, lors de la reprise d'une telle entreprise, de séparer l'activité maintenance et entretien d'une part et l'activité installation de matériel d'autre part. Cette séparation des métiers et des entités, si bénéfique puisse-t-elle être sur le plan économique pose des difficultés relatives au droit du travail.

866. Ainsi, un dirigeant de filiale n'est-il pas lié par un lien de subordination vis-à-vis de la société mère du groupe le rendant dépendant de celle-ci ? La Cour de Cassation a répondu par l'affirmative estimant dans une affaire qu'un lien de subordination était présent puisque son licenciement avait été motivé par le non-respect des instructions de la société mère⁷¹⁴. Me Caussin estime que dans le cas de filiale détenue à 100% il faudra « accepter de considérer que la filiale n'a aucune autonomie propre et n'est le siège d'aucun intérêt propre »⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Cass. com., 4 mars 1997, JCP E, pan. 442.

⁷¹⁵ J.-J. Caussain, *Droit des sociétés*, JCP E, n° 30 24 juill. 1997, Etude 676.

867. Dès lors, se pose la question de savoir quel est le véritable rôle des dirigeants de ces filiales souvent intéressés de manière marginale au capital du groupe. M. Carlin explique que les transformations des formes de contrôles des entreprises et le contrôle actionnarial joue un rôle capital dans le financement et les performances économiques des entreprises⁷¹⁶. Ainsi, la reprise par la holding et la filialisation des activités a vocation à développer et à améliorer les performances de l'ensemble du groupe.
868. Pour autant, le groupe doit aussi gérer les différentes contraintes des filiales. Dans notre exemple, le cessionnaire, à la tête du groupe, devra gérer les difficultés liées aux astreintes des métiers du dépannage engendrant des heures supplémentaires pour les salariés mais aussi des questions relatives à l'organisation de chantiers d'installation de système de chauffage. C'est pourquoi, il semble intéressant, pour l'exemple, de voir comment, à travers les opérations d'acquisitions du secteur bancaire, ces établissements ont géré leurs propres opérations de croissance.
869. Ainsi, M. Hervé, pour la Société Générale, explique que l'intégration de nouvelles entités est souvent compliquée et nécessite « la mise en place d'un cadre d'organisation formalisé et structuré »⁷¹⁷. L'accent doit donc être mis sur la gestion des ressources humaines. Cet argument est particulièrement sensible dans le secteur du bâtiment puisque nous avons vu que la valeur d'une cible peut aussi être, dans certains cas, la qualité du personnel. Ainsi, il convient de protéger l'homme clé (par un intéressement par exemple), puis d'opérer « une politique de rémunération homogène et des plans de carrière » avant de retirer les fruits de la croissance en réalisant des synergies de coûts et de revenus⁷¹⁸. En effet, ces préalables nous semblent incontournables avant de bâtir ce que certains financiers appellent le « *Buy and Build* »⁷¹⁹. Cette stratégie d'ensemble d'opération de croissance externe repose sur plusieurs motivations pour le cessionnaire. Cela peut être une consolidation dans un marché cyclique, comme celui du bâtiment, des acquisitions par séries de cibles précises par leur métiers ou encore une stratégie dite du « maillon manquant » qui renforce la position d'une entreprise par une gamme de produit ou une

⁷¹⁶ W. Carlin, *La performance économique varie-t-elle selon les formes de propriété et de contrôle des entreprises ?*, sous la direction de J-P. Touffut, in *A quoi servent les actionnaires ?*, 2009, Albin Michel, p. 121 et s.

⁷¹⁷ L. Hervé, *Fusions-acquisitions, critères de succès pour l'intégration de la cible*, Revue Banque, juin 2007, n° 692, p. 62.

⁷¹⁸ *Idem*.

⁷¹⁹ H. Franc, M. O'Donnell, *Buy and build : un tremplin pour la croissance externe*, Banque Magazine, juill. Août 2001, n° 627, p. 37.

meilleure couverture territoriale⁷²⁰. Cette dernière stratégie est souvent celle privilégiée dans le secteur du bâtiment car les cessionnaires voient dans leur acquisition une possibilité de développement de marchés par des métiers complémentaires. Ainsi, un maçon se portera acquéreur d'une entreprise de chape, un électricien d'un plombier chauffagiste lui permettant ainsi de couvrir les lots techniques des appels d'offres, un plâtrier peintre d'une entreprise de revêtement de sols ou encore un charpentier d'un couvreur zingueur.

870. Le fondement des opérations de croissance externe, facilité par la holding de rachat, est donc d'optimiser la rentabilité d'une cible en créant de la valeur. Mme Besseau indique qu'il est donc préférable « de détecter et mesurer les potentialités de la cible »⁷²¹ avant l'acquisition. Un audit préalable est donc de rigueur. La holding de rachat permettra de rationaliser les coûts de structures en regroupant, par exemple, l'administratif et le chiffrage des chantiers dans un seul service. Ainsi, comme le rappelle Mme Buisseau, « en matière de *corporate finance*, l'art de l'investisseur « *buy and build* » est de concilier effet de levier d'acquisition et croissance »⁷²².

871. Le recours à la holding de reprise est donc un véritable outil au service du cessionnaire. L'utilisation optimisée de la holding doit permettre d'organiser juridiquement les rapports entre associés, en respectant les choix du cessionnaire dans un environnement juridique et fiscal apaisé. La holding se révèle également être un facteur de développement et de croissance pour l'entreprise. Ses différents effets de levier jouent un rôle dans la concrétisation de projets entrepreneuriaux. Mais la holding est également un instrument au service de la famille dans les cas où le dirigeant, cédant, souhaite transmettre son patrimoine professionnel à ses enfants. En cela, elle devient un formidable outil de transmission de l'entreprise familiale (§2).

⁷²⁰ *Idem.*

⁷²¹ E. Buisseau, *Les opérations de LBO et la création de valeur*, Banque Magazine, déc. 2003, n° 653, p. 58.

⁷²² *Idem.*

§ 2 : La holding, outil de transmission de l'entreprise familiale

872. La holding constitue une entité polyvalente sur le terrain de l'organisation juridique, des possibilités de financement mais elle est également une structure aidant à la transmission familiale de l'entreprise. Elle a donc vocation à favoriser la conservation du patrimoine permettant à l'entreprise familiale d'être transmise à un enfant du dirigeant (A). L'opération peut être bonifiée, sur le plan fiscal, par le jeu du recours à un pacte « Dutreil » (B).

A/ L'entreprise familiale transmise à un enfant du dirigeant

873. Il est fréquent de constater que les enfants d'un dirigeant n'ont pas pris la même direction professionnelle que leur parent. Dans le bâtiment, cela est encore plus vrai que dans d'autres secteurs en ce que les métiers exercés sont souvent chronophages mettant à mal les loisirs et la vie de famille. Notre pratique nous a permis d'observer que certains enfants étaient mêmes dans une situation de rejet des métiers de leurs parents. Toutefois, il n'est pas rare de constater qu'un des enfants collabore avec le dirigeant de l'entreprise ou émet le souhait, lorsqu'intervient la question de la transmission, de succéder ses parents. Dans ce cas, le recours à la holding permet, selon M. Masquelier, de « regrouper les membres d'un groupe familial, favoriser le rachat des titres de ceux qui veulent se retirer ou obtenir les liquidités nécessaires pour payer les droits de mutation »⁷²³. L'auteur met en avant que la holding permet également de respecter l'équilibre entre plusieurs enfants tout en favorisant l'accès à la reprise de l'entreprise par l'un d'entre eux.

874. L'intérêt majeur de la holding dans le cadre d'une transmission familiale est de bénéficier de l'effet de levier juridique de la structure⁷²⁴. Ainsi, par exemple, un enfant repreneur détient un tiers des titres de la société cible lui provenant de ses parents alors que les deux autres enfants détiennent les deux tiers restant. L'héritier souhaitant reprendre l'entreprise (les deux autres enfants ne souhaitant pas reprendre) peut apporter dans une holding l'ensemble de ses titres et ses frères et sœurs une quote-part réduite.

⁷²³ F. Masquelier, N. Simon de Kergunic, E. Brancaloni, P. Callède, *Transmission et cession d'entreprise, préparation, modalités, aides*, 2008, Edition Delmas, 5^{ème} éd, p. 175, § 1021.

⁷²⁴ Pour les questions liées à la holding familiale dans le cadre d'un démembrement de propriété, V. : Y. Reinhard, *La holding familiale*, Defrénois, 2001, n° 5, art. 37313, p. 291 et s.

Cela lui permettra de détenir la majorité de la holding, celle-ci détenant elle-même la société cible⁷²⁵. M. Berger indique qu'il est par ailleurs logique et cohérent que le pouvoir soit concentré entre les mains de celui qui a la formation et les aptitudes correspondantes à la gestion de l'entreprise⁷²⁶. Dans le cas d'une entreprise de bâtiment, les compétences techniques de l'enfant repreneur devront primer pour une meilleure prise en main de la cible. Il est donc assez fréquent qu'un seul des enfants du cédant reprenne l'entreprise familiale. La holding sera donc optimisée par l'effet de levier juridique. Cette technique suppose que le cédant opère une donation-partage au profit du seul enfant repreneur de l'entreprise. Ce dernier verse ensuite une soulte à ses frères et sœurs après avoir fait apport d'une quote-part de ses titres à la holding et avoir cédé à la holding le reste des titres⁷²⁷. Le paiement du prix par la holding, qui peut faire l'objet, dans certains cas, d'une fixation par expert⁷²⁸, permet alors de régler la soulte à ses frères et sœurs. Pour éviter des frais financiers et fiscaux, un pacte « Dutreil » peut aussi être mis en place entre les héritiers⁷²⁹.

875. Toutefois, compte tenu de la baisse de revenus de certains dirigeants lors de leur départ en retraite, il se peut que le cédant souhaite opérer une cession dite « intra familiale » plutôt qu'une donation afin de percevoir une partie du prix de son entreprise. Le recours à la holding pour l'enfant repreneur devient dès lors plus compliqué à mettre en œuvre car sur un plan fiscal l'opération est plus douloureuse pour le cédant.

876. Il existe en effet un régime d'exonération pour les cessions intra familiales qui reste soumis à des conditions d'application⁷³⁰. Ces conditions restent relativement simples et peuvent ne pas être, en pratique, considérées comme un frein à l'exonération.

877. Ce régime semble favorable à une transmission du patrimoine professionnel au sein de la famille, hélas ce dernier ne s'applique pas dans le cas de la cession des titres à une holding constituée par les enfants repreneurs. En effet, le Professeur Deslandes souligne que « l'administration a toujours refusé d'étendre le bénéfice de l'exonération à la plus-value de vente de droits sociaux par un chef d'entreprise à une société holding constituée

⁷²⁵ *Transmission. Trois enfants dont un repreneur. Donation-partage et constitution d'une société holding*, JCP N, n° 45, 8 nov. 1991, 2011.

⁷²⁶ P. Berger, P. d'Hoir, *Les opérations*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2005, dossier 2.

⁷²⁷ *Idem*.

⁷²⁸ Y. Reinhard, *La fixation du prix par l'expert*, Gaz. Pal., mai juin 2010, 1900.

⁷²⁹ cf *Infra*.

⁷³⁰ CGI, art. 150-0 A.

par ses enfants »⁷³¹. Cette position de la juridiction administrative⁷³² et de l'administration⁷³³ constitue une limite de taille car elle contraint l'enfant repreneur à contracté un emprunt à titre personnel afin d'acquérir les titres de ses ascendants. Dès lors, c'est financièrement que le problème de l'acquisition peut se poser. En effet, la grande majorité des montages de reprise utilise les résultats de la cible pour augmenter la capacité d'emprunt et de remboursement. Or, dans cette hypothèse, la remontée de dividendes dans la holding est impossible et l'emprunt sera remboursé sur la seule charge contributive du repreneur concourant à augmenter artificiellement sa rémunération de dirigeant pour faire face aux échéances de prêt.

878. Ce texte exonératoire de plus-value paraît donc séduisant, mais limite considérablement son application pratique par l'interdiction au recours de la holding au service de l'enfant repreneur. C'est pourquoi, il semble préférable d'avoir recours au pacte « Dutreil » (B) afin d'optimiser fiscalement la transmission familiale.

B/ Le pacte « Dutreil »

879. Le pacte « Dutreil », s'il ne sera pas abordé en profondeur dans cette étude tout comme la transmission familiale à titre gratuit qu'il engendre, mérite d'être souligné par les possibilités qu'il offre sur le terrain de la transmission familiale de l'entreprise. Dans le secteur du bâtiment l'empreinte familiale est en effet très forte. Il semble donc opportun de s'intéresser au régime du pacte « Dutreil » (1°) dans lequel la question du rôle de la holding (2°) est très présente en ce que cette dernière, impliquant les héritiers, entraîne la naissance d'un véritable Family Buy Out (FBO) (3°).

1° le régime du pacte « Dutreil »

880. Le pacte « Dutreil » est né de la loi du 1^{er} août 2003⁷³⁴. Ce régime a un double objectif. Le premier est de faire bénéficier d'une « exonération de moitié sur la valeur des

⁷³¹ M. Deslandes, *L'exonération fiscale des plus-values de cessions intra-familiales de droits sociaux*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2010, étude 11.

⁷³² TA Dijon, 27 juin 2000, Lecoq : Dr. fisc. 2001, comm. 146.

⁷³³ JOAN Q, Rép. à Maurice Ligot, 24 août 1987, p. 4687 : Dr. fisc. 1987, comm. 2084.

⁷³⁴ Loi du 1^{er} août 2003, n° 2003-721, art. 43-1.

titres d'une société exploitante que les propriétaires s'engagent à détenir collectivement »⁷³⁵ au titre de l'ISF. Le second objectif se situe sur le terrain de la transmission des titres sociaux. En effet, sous réserves de conditions⁷³⁶, les droits de mutations dus pour une telle opération bénéficient d'une exonération ainsi que d'une possible exonération de droits de successions. Ce mécanisme vise à favoriser les transmissions d'entreprises familiales afin que des héritiers succèdent à leurs ascendants en réduisant les droits de mutations liées à la transmission. L'allègement du coût de transmission du patrimoine professionnel familial répond à l'exigence d'une volonté de maintien des PME et la conservation des emplois au sein de ces entreprises.

881. Ainsi, même si le régime a subi des modifications par la superposition de textes législatifs, il demeure, selon MM Clermon et Desbuquois « un instrument extrêmement puissant de réduction des coûts fiscaux trop lourds et qui rend en général possible la transmission de l'entreprise »⁷³⁷. Parmi les modifications législatives du régime initial, c'est l'administration fiscale qui a, la première, précisé, dans une instruction du 23 février 2004⁷³⁸, les conditions d'application de l'exonération partielle d'ISF applicable aux titres faisant l'objet d'un engagement de conservation issu du pacte Dutreil. Cette dernière n'allait cependant pas assez loin et n'apportait pas l'ensemble des précisions qu'attendaient les praticiens⁷³⁹.

882. Certains auteurs estiment qu'en matière d'exonération d'ISF, le pacte Dutreil ressemble à un pacte d'actionnaires même s'il est préférable de ne pas les confondre, les deux « pactes » doivent ainsi « être considérés comme des outils complémentaires et non comme des outils pouvant se suppléer l'un à l'autre »⁷⁴⁰.

883. Suite à cette instruction, le pacte « Dutreil » a subi plusieurs modifications législatives. Sans faire un catalogue des différentes modifications, nous rappellerons que le régime est assis sur des conditions que les intéressés doivent remplir pour bénéficier de l'exonération

⁷³⁵ N. Courrech, J.-Y. Mercier, B. Peillon, R. Libchacher, *Droits sociaux : ISF, donations, successions, La réforme Dutreil, dossiers pratiques Francis Lefebvre*, E Francis Lefebvre, 2003, p. 95, § 2000. L'engagement devait couvrir une durée de détention collective représentant un pourcentage du capital de la société.

⁷³⁶ Prise d'un engagement de conservation individuel et collectif, éligibilité à l'activité visée par le texte et exercice de fonctions de directions par le repreneur notamment.

⁷³⁷ M. Clermon, J.-F. Desbuquois, *Le pacte Dutreil : bilan et perspectives*, RFN, n° 9, sept. 2012, entretien 1.

⁷³⁸ BOI 7 S-3-04 ; RFN 2004, fiscalactu 14.

⁷³⁹ P. Bonduelle, J. Terrier Michelez, *ISF- L'administration précise les conditions applicables aux « pactes Dutreil »*, RFN, n° 5, mai 2004, étude 5.

⁷⁴⁰ S. de Lassus, E. Baudoin, *Exonération des titres faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation*, Actes pratiques & stratégie patrimoniale, janv. 2009, dossier, p. 13.

partielle des droits de mutations lors de la donation de titres de société à ses héritiers. Ce taux d'exonération est de 75%⁷⁴¹ ce qui constitue une incitation forte à la transmission.

884. Quant aux conditions, l'activité de la société doit tout d'abord être industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Les entreprises de bâtiment rempliront sans difficulté cette condition. Ensuite, les parties doivent souscrire un engagement de conservation des titres, objet de la transmission, à titre collectif pendant deux ans minimum portant sur au moins 34%⁷⁴² des droits financiers et des droits de vote de la société. A l'issue de ce délai minimum de deux ans, les bénéficiaires de la transmission doivent prendre un engagement individuel de conservation pendant une durée minimale de quatre ans. Enfin, un des héritiers ou bénéficiaire doit exercer une fonction de direction dans l'entreprise transmise pendant une durée minimale de trois ans⁷⁴³.

885. Les modifications du régime ont le plus souvent concerné ses conditions d'application afin de le rendre plus efficient. La loi du 5 août 2008 est ainsi venue assouplir la combinaison du pacte « Dutreil » avec les régimes de donations d'entreprises⁷⁴⁴. La loi du 29 juillet 2011 a gommé les difficultés pouvant naître des engagements de conservation notamment lors de l'entrée d'un nouveau signataire du pacte ou de la sortie d'un bénéficiaire⁷⁴⁵.

886. De plus, il convient de souligner que, depuis une récente évolution législative, les opérations de restructurations de l'entreprise ne remettent pas en cause les engagements pris par les héritiers ce qui permet d'être plus proche, selon nous d'une réalité économique qui demande aux entreprises d'adapter régulièrement leur organisation juridique. La loi du 24 décembre 2007 a également permis d'assurer la survie de l'entreprise malgré le décès du dirigeant en édictant que l'engagement était « réputé acquis » ce qui mérite selon Me Pillebout « pleine approbation »⁷⁴⁶. Toutefois, même si la mise en place d'un pacte « Dutreil » semble avoir gagné en efficacité depuis cette réforme, la complexité du régime née de l'empilement législatif commande une anticipation, sans attendre le décès du

⁷⁴¹ La loi du 2 août 2005 n° 2005-882 a porté ce taux à 75% alors qu'il n'était que de 50% auparavant.

⁷⁴² Le taux est de 20% si l'entreprise est cotée.

⁷⁴³ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Domat droit privé, Montchrestien, 2^{ème} éd, p. 655, § 1175.

⁷⁴⁴ F. Roussel, H. Mroz, *Loi de modernisation de l'économie : aspects fiscaux*, RFN, n° 9, sept. 2008, alerte 56.

⁷⁴⁵ A. Arnaud-Emery, *Le pacte « Dutreil » encore modifié : « à chaque nouvelle loi, sa contribution personnelle »*, JCP E, n° 45, 10 nov. 2011, 1801.

⁷⁴⁶ J.-F. Pillebout, *Non-assistance à entreprise en danger*, RFN, n° 4, avril 2012, repère 4.

dirigeant, afin de réduire les risques, selon M. et Mme. Royal d'un accroissement « des difficultés risquant de compromettre la pérennité de l'entreprise familiale »⁷⁴⁷.

887. C'est pourquoi, certains textes ont contribué à la simplification du régime telle l'instruction fiscale du 22 mars 2012⁷⁴⁸ qui lève plusieurs points litigieux même si certains auteurs la juge en deçà des attentes des praticiens. C'est le point de vue de Me Desbuquois qui est très sévère dans son analyse de l'instruction considérant que celle-ci « est loin de satisfaire les attentes pourtant légitimes de la pratique »⁷⁴⁹ et ajoutant « qu'elle ne contribuera que très faiblement à améliorer la sécurité juridique et une meilleure utilisation en pratique du dispositif »⁷⁵⁰. Cette analyse est partagée par M. Fruleux qui rappelle plusieurs points non abordés par l'administration. Ainsi, la question relative à un apport durant la phase de l'engagement collectif n'est pas tranché, ni celle de la « computation de l'engagement collectif résultant de la reconduction de l'engagement en cours, ou encore de la possibilité de bénéficier de l'engagement réputé acquis lorsque la fonction de direction est assuré par une personne autre que l'un des bénéficiaires de la transmission »⁷⁵¹. Ces questions nous semblent pourtant essentielles si l'on combine la durée des engagements et l'exigence d'évolution des structures juridiques en cours de vie sociale de l'entreprise. Toutefois, l'auteur nuance son propos en affirmant que « l'instruction sur les pactes « Dutreil transmission » clarifie utilement de nombreux points »⁷⁵². Ainsi, l'instruction précise que l'entreprise bénéficiant du régime doit exercer une activité éligible pendant toute la durée de l'engagement. En outre, les engagements de conservation répondent à plusieurs exigences. Il n'est plus nécessaire de rechercher si le seuil des 34% des droits financiers et des droits de vote est atteint lorsque l'on se trouve en présence d'une société non cotée. De plus, lors d'un engagement post mortem, l'un des participants au pacte doit exercer une fonction de direction ou y exercer son activité professionnelle. L'administration ne distingue pas soit qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique. Enfin, pour les engagements réputés acquis, le régime matrimonial a toute son importance puisque le régime de détention des titres sera

⁷⁴⁷ H. Royal, I. Royal, *Le pacte Dutreil pour optimiser la transmission de l'entreprise*, RFN, n° 6, juin 2012, étude 7.

⁷⁴⁸ Instr. 9 mars 2012 : BOI 7 G-3-12, 22 mars 2012.

⁷⁴⁹ J.-F. Desbuquois, *Commentaires administratifs du régime Dutreil-ISF : peut mieux faire !*, JCP N, n° 24, 15 juin 2012, 1261.

⁷⁵⁰ *Idem*.

⁷⁵¹ F. Fruleux, J.-F. Desbuquois, *Engagements « Dutreil » : des commentaires administratifs très attendus, mais toujours insuffisants !*, JCP E, n° 28, 12 juill. 2012, 1467.

⁷⁵² *Idem*.

différent selon le régime des époux. L'administration met un bémol à ce type d'engagement en énonçant qu'il ne peut y avoir de société dans le périmètre de l'engagement réputé acquis⁷⁵³. Ainsi, plusieurs types d'engagements coexistent selon la situation des parties à l'acte. Selon M. Lubin, c'est la preuve que « les modes de conclusion des engagements collectifs de conservation sont arrivés à maturité et ont vocation à s'appliquer à la majeure partie des situations »⁷⁵⁴.

888. En conséquence, un des signataires du pacte doit exercer des fonctions de direction dans l'entreprise. L'instruction, comme le souligne Me Fruleux, rappelle que cette notion diffère selon que l'entreprise est assujettie à l'IR ou à l'IS. Dans une entreprise à l'IR, c'est la notion d'exercice de son activité professionnelle principale qui est retenue et définie comme « l'exercice à titre habituel d'une activité de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et qui permet à celui qui l'exerce de satisfaire au besoin de l'existence »⁷⁵⁵. Dans une société soumise à l'IS, l'administration énumère un certain nombre de fonctions de direction variant selon la forme sociale de l'entreprise⁷⁵⁶ mais retient que la fonction doit permettre d'engager et de diriger effectivement la structure. Mais ce que l'on doit retenir c'est que l'administration autorise que la fonction de direction soit exercée par une personne morale et soit exercée à titre bénévole⁷⁵⁷. Cette personne morale exerçant la direction de l'entreprise est, d'un point de vue pratique, intéressante puisqu'elle peut permettre d'anticiper les engagements en organisant la transmission avant le décès d'un dirigeant par exemple ou avant son départ en retraite. Enfin, la dernière loi de finance pour 2012⁷⁵⁸ étend la réforme du report d'imposition en l'englobant aux titres faisant l'objet d'un engagement de conservation Dutreil. Cela répond, d'après M. Michel, à une volonté de durcir les opérations d'optimisation fiscale du patrimoine⁷⁵⁹.

⁷⁵³ A. Arnaud-Emery, *Pactes Dutreil : les apports de l'instruction administrative*, Dr. fisc., n° 28, 12 juill. 2012, 371.

⁷⁵⁴ J.-J. Lubin, *Dispositif Dutreil ; la gestion fiscale des engagements collectifs de conservation*, RFN, n° 11, nov. 2008, 8.

⁷⁵⁵ F. Fruleux, *Transmissions d'entreprises- L'administration actualise ses commentaires suite aux dernières réformes des engagements Dutreil*, JCP N, n° 24, 15 juin 2012, 1260.

⁷⁵⁶ A titre d'exemples : dans une société à responsabilité limitée, les gérants majoritaires seront visés ; dans une SA, le président du conseil d'administration, les directeurs généraux, les membres du directoire et le président du conseil de surveillance sont éligibles.

⁷⁵⁷ F. Fruleux, *art. préc.* JCP N, n° 24, 15 juin 2012, 1260.

⁷⁵⁸ Loi du 29 déc. 2012 de finances rectificatives, n° 2012-1510.

⁷⁵⁹ M. Michel, *Encadrement législatif des opérations d'optimisation fiscale : la guerre est déclarée*, RFN, n° 2, fév. 2013, Etude 4.

889. Le régime Dutreil impose le respect de certaines obligations déclaratives⁷⁶⁰, à la charge des bénéficiaires du pacte amélioré par le décret du 17 janvier 2008⁷⁶¹. Ces obligations déclaratives imposent aux bénéficiaires des démarches lors de la mise en place du pacte, pendant sa durée et à l'issue de ce dernier. Si elles semblent justifiées par un souci de contrôle a priori de l'administration, elles n'en restent pas moins, selon Me Furleux trop contraignantes et mériteraient d'être assouplis notamment sur les délais impartis pour les réaliser⁷⁶². Ce dernier semble avoir été entendu si l'on en croit une question parlementaire faisant état d'une absence de déchéance du régime en cas de non envoi annuel d'un document⁷⁶³.

890. Le régime Dutreil s'étend donc sur une période relativement longue dans la vie sociale de l'entreprise. Il est ainsi possible que l'entreprise soit confrontée à des restructurations nécessaires à son développement. Dès lors, en cas de pacte Dutreil en cours, celles-ci ne risquent-elles pas d'entraîner une remise en cause de l'exonération acquise ? La sanction de telles restructurations est très différente selon que la transmission à titre gratuit a eu lieu ou qu'elle n'est pas encore réalisée. L'idée générale du législateur est que la restructuration ne doit pas remettre en cause les fondements du pacte. Ainsi, il en va, pour une transmission non encore réalisée de la fusion et de la scission qui entraîne la rupture de l'engagement, de l'augmentation de capital qui ne remet pas en cause les avantages si les seuils ne sont pas affectés et enfin d'une cession qui est interdite si elle intervient au profit d'un non signataire du pacte⁷⁶⁴. Dans le cadre d'opérations réalisées après la transmission, l'augmentation de capital est possible mais si les seuils ne sont plus respectés, les titres doivent être conservés pendant le délai de quatre ans. La cession est soumise au même régime avant et après transmission⁷⁶⁵. Toutefois, sur le terrain de la cession, qui est, en pratique, le cas le plus souvent rencontré, lors d'un engagement individuel de conservation en cours, la situation est différente en ce que la cession entraîne la remise en cause de l'exonération partielle et ce sur l'ensemble des titres concernés par la personne soumis à engagement individuel. Par exemple, un bénéficiaire détient 20%

⁷⁶⁰ CGI, art. 294 *bis, ter* et *quater* de l'annexe II.

⁷⁶¹ Décret du 17 janv. 2008 n° 2008-57.

⁷⁶² F. Fruleux, *Transmissions d'entreprises- Le décret du 17 janvier 2008 doit être réécrit*, JCP N, n° 22, 30 mai 2008, 1211.

⁷⁶³ H. Mroz, *Retour sur les questions parlementaires relatives aux engagements de conservation des titres*, JCP N, n° 29, 22 juill. 2011, 1225.

⁷⁶⁴ S. de Lassus, *Restructurations de l'entreprise en cours d'engagement Dutreil « transmission »*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 7.

⁷⁶⁵ *Idem*.

des titres, il est soumis à un engagement individuel de conservation. Il cède 10% desdits titres. L'exonération est remise en cause sur l'ensemble des titres à savoir 20%. Il est important de souligner que cela ne remet toutefois pas en cause les engagements des autres personnes signataires d'un engagement individuel. Ainsi, le régime nous semble souple concernant les engagements collectifs mais beaucoup moins pour les engagements individuels. Me Desbuquois explique d'ailleurs que c'est « dommageable à la sécurité juridique et à la finalité même du dispositif en créant des causes de déchéance inopportunes »⁷⁶⁶.

891. Ces restructurations mêlées à une période longue des engagements posent naturellement la question de l'organisation des pouvoirs dans l'entreprise. Ces difficultés portent essentiellement sur le droit de vote des signataires du pacte mais aussi sur les fonctions de direction et sur leur répartition⁷⁶⁷. Il est donc essentiel d'organiser et d'anticiper ces difficultés en « associant au plus tôt un ou plusieurs donataires ou héritiers à la direction de la société sous engagement Dutreil ». Afin d'optimiser cette organisation, il est possible de confier à un administrateur un contrat de travail destiné à assurer la direction d'une filiale notamment au sein d'une holding⁷⁶⁸. Le rôle de la holding dans le pacte Dutreil (2°) devient dès lors un élément favorisant la cohérence du montage de l'opération.

2° le rôle de la holding dans le pacte « Dutreil »

892. Les bénéficiaires du pacte Dutreil peuvent avoir le souhait de réunir leurs titres dans une société holding soit pour optimiser la répartition des pouvoirs, soit pour régler les questions liées au droit de vote entre héritiers ou encore parce que le mode de gestion est plus simple et favorise le développement de la cible. Le recours à une société holding sera également préféré lorsqu'un seul enfant sera repreneur, permettant ainsi d'indemniser ses

⁷⁶⁶ J.-F. Desbuquois, *Restructurations et événements familiaux en cours d'engagement Dutreil « transmission »*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 8.

⁷⁶⁷ S. Schiller, *Contraintes de répartition des pouvoirs dans l'entreprise*, RFN, n° 10, oct. 2012, dossier 5.

⁷⁶⁸ M. Roussille, *Loi relative à la simplification du droit- Warsmann II : dispositions de droit des sociétés (partie II)*, Dr. sociétés, n° 5, mai 2012, comm. 80.

frères et sœurs lors du paiement de la soulte par le truchement de la holding sans pénaliser le repreneur dans sa capacité d'emprunt⁷⁶⁹.

893. Il est aussi possible de se trouver face à des entreprises dont l'organisation juridique faisait apparaître la présence d'une holding avant la mise en place du pacte Dutreil. En conséquence, la question est donc de savoir si les titres détenus par une personne interposée, en l'espèce, une holding ouvre droit à application du régime exonératoire. La réponse à cette question semble être favorable à la détention de titres par une holding. En effet, l'exonération à vocation à s'appliquer aux titres d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et aux sociétés détentrices de participations dans une société exerçant une telle activité⁷⁷⁰. Toutefois, sur le modèle des pactes Dutreil « ISF », il convient d'être prudent pour éviter une remise en cause de l'exonération par l'administration. En effet, Me Mroz à l'occasion d'une réponse ministérielle, indique que « l'administration place le débat, non plus sur la question de la détention des titres qui est pourtant au cœur du dispositif, mais sur la qualification même de la société interposée »⁷⁷¹.

894. Assurément, et par analogie avec le pacte ISF, il semble préférable de détenir les participations dans une société holding répondant aux mêmes critères pour les deux pactes et ce sans distinction (pacte « ISF » et pacte « transmission »). Pour ce faire, M. le Professeur Neau Leduc et Me Desbuquois distingue deux types de holdings. D'une part, les holdings passives dites pures dont le rôle est la seule détention et la gestion de leur patrimoine sans activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. D'autre part les holdings actives qui détiennent des participations et gèrent ces dernières mais ont aussi une activité visant à « participer activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales et redent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers »⁷⁷². Selon nous, la qualification de holding animatrice impose une réelle effectivité de l'animation du groupe et la mise à disposition de moyens matériels et humains dédiés.

⁷⁶⁹ S. Breuil, *Transmission intrafamiliale d'entreprise. Fenêtre d'opportunité éphémère ?*, RFN, n° 3, mars 2011, étude 5.

⁷⁷⁰ N. Courrech, J.-Y. Mercier, B. Peillon, R. Libchacher, *Droits sociaux : ISF, donations, successions, La réforme Dutreil*, dossiers pratiques Francis Lefebvre, E Francis Lefebvre, 2003, p.199, § 4550.

⁷⁷¹ H. Mroz, *Une réponse ministérielle qui entretiendra le doute...*, RFN, n° 10, oct. 2010, comm. 88.

⁷⁷² P. Neau-Leduc, J.-F. Desbuquois, *Holdings animatrices de leur groupe. Proposition de clarification du statut*, JCP N, n° 46, 16 nov. 2012, 1373.

C'est pourquoi, il convient de considérer ces holdings comme de véritables sociétés à part entière et non comme un simple outil de détention et de gestion du patrimoine. De plus, il est possible que la holding « héberge » plusieurs activités liées à plusieurs filiales. Dans ce cas, Me Clermon et Mme Caraux précisent qu'il convient de proratiser le bénéfice du dispositif. Ainsi, soit la holding est passive et cela donnera lieu à la « proratisation » de l'éligibilité à hauteur des seules filiales éligibles. Soit la holding est animatrice et dans ce cas, « si l'activité éligible n'est pas prépondérante, le dispositif ne trouve purement pas à s'appliquer. En cas de prépondérance, c'est toute la société qui se trouve éligible »⁷⁷³.

895. Ce n'est toutefois pas la seule exigence de l'administration en présence d'une holding lors de la conclusion d'un pacte Dutreil. Les engagements doivent en effet être respectés et surtout conservés pendant toute la durée des engagements collectifs et individuels. C'est le sens d'une réponse ministérielle du 19 juin 2010. La question qui était posée était de savoir si une société interposée pouvait céder, en cours d'engagement individuel, sa participation dans la société cible. La réponse est claire en ce qu'elle est négative car faisant perdre son caractère de société interposée à la holding ce qui est « contraire à l'esprit de la mesure qui a pour finalité d'assurer, au-delà du transfert du capital aux bénéficiaires de la transmission, la pérennité de l'entreprise »⁷⁷⁴. M. Lubin analyse d'ailleurs cette réponse comme « logique » mais souligne qu'elle ne résulte toutefois pas de la loi⁷⁷⁵.

896. Enfin, et comme un point final à toute discussion, c'est la Cour de Cassation qui, dans un arrêt récent du 29 juin 2011⁷⁷⁶ a précisé dans quelles conditions l'exonération peut être remise (ou non) en cause en présence d'une holding. Le Professeur Gutmann, dans son commentaire de l'arrêt, qui semble d'ailleurs être le premier rendu par la juridiction suprême en la matière, rappelle la position de la Cour. Celle-ci remet en cause l'exonération Dutreil au motif qu'il est nécessaire pour que cette dernière trouve pleine efficacité que « la société exerce effectivement, en plus de son activité financière, une activité d'animatrice de groupe ». L'auteur indique qu'il existe trois principes nécessaires

⁷⁷³ M. Clermon, C. Caraux, *Champ d'application du pacte Dutreil : nature et forme de l'activité*, RFN, n° 10, oct. 2012, dossier 3.

⁷⁷⁴ Rép. min. n° 76733 à S. Huyghe : JOAN Q 29 juin 2010.

⁷⁷⁵ J.-J. Lubin, *Pacte Dutreil et régime des sociétés interposées : cession de la société cible au cours de l'engagement individuel*, RFN, n° 9, sept. 2010, alerte 59.

⁷⁷⁶ Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770, F-P+B, Bernard : Jurisdata n° 2011-012356, Dr. fisc. 2012, n° 5, comm.124.

à la qualification d'une holding animatrice. Le principe de la société holding, l'activité de cette société et enfin le facteur temps selon lequel la société doit être animatrice pendant un certain temps avant la donation sont les trois éléments de nature à emporter qualification d'une société holding animatrice⁷⁷⁷. Cette notion de temps est également souligné par le Professeur Neau-Leduc qui insiste sur ce point en expliquant que « l'animation d'une société holding suppose *a minima* une certaine antériorité qui doit conduire à inscrire sa stratégie dans la durée »⁷⁷⁸. Mme Barsus et Béguier partagent l'analyse du Professeur Neau-Leduc en conseillant que « l'animation effective du groupe soit préparée suffisamment en amont de l'acte pour permettre l'accumulation des actes et des faits sur la période considérée afin de pouvoir démontrer l'effectivité et la réalité du schéma présenté pour revendiquer l'application du régime de faveur »⁷⁷⁹. C'est donc, selon nous, au contribuable à préparer et à fournir à l'administration la preuve du caractère animatrice de sa holding et non à l'administration à prouver que celle-ci n'est pas animatrice. La décision de la Cour est également riche d'enseignement en ce qu'elle pose une définition jurisprudentielle de la holding animatrice. Enfin, M. Garçon, ajoute que la holding animatrice doit avoir cette qualité de façon « permanente »⁷⁸⁰. Le facteur temps impose une nouvelle fois une préparation en amont de la mise en place du pacte impliquant les protagonistes dans une réflexion aboutie.

897. Ainsi, le rôle de la holding dans le cadre d'un pacte Dutreil semble être un instrument efficace d'optimisation patrimoniale surtout dans sa configuration d'holding animatrice. Mais ce caractère d'animateur nécessite un réel travail de documentation afin de pouvoir en justifier à tout moment à l'administration fiscale. Ces exigences n'enlèvent en rien l'attrait de régimes fiscaux favorables à la transmission des petites et moyennes entreprises, ce qui a d'ailleurs incité certains auteurs à y voir l'émergence d'un Family Buy Out (3°).

⁷⁷⁷ D. Gutmann, *Exonération des droits de mutation à titre gratuit des parts et actions de sociétés qui ont fait l'objet d'un engagement collectif de conservation (pacte Dutreil)- Conditions d'application à une société holding*, BGFE, janv. 2012, 6/11, p.10 et 11.

⁷⁷⁸ P. Neau-Leduc, *Droit fiscal (juin 2011- mars 2012)*, Bull. Joly, n° 5, mai 2012, Chron., 219, p. 438.

⁷⁷⁹ D. Barsus, J. Béguier, *Pacte Dutreil : conditions d'application de l'exonération partielle aux transmissions de titres d'une société holding animatrice*, RFN, n° 3, mars 2012, comm. 19.

⁷⁸⁰ J.-P. Garçon, *A quelles conditions une société holding est-elle éligible à un pacte Dutreil ?*, JCP N, n° 51, 21 déc. 2012, 1409.

3° vers un Family Buy Out (FBO)

898. L'utilisation de la holding dans la transmission de l'entreprise familiale a fait naître un véritable Family buy Out (FBO), sur le modèle des Leverage Buy Out (LBO) classiques. Ces LBO, dont le principe repose sur le remboursement de la dette senior, générée par l'acquisition de la cible, consiste à opérer un remboursement de cette dette par une remontée des résultats de cette dernière. En matière familiale, le schéma est élaboré à partir d'une donation-partage des titres de l'entreprise puis dans l'apport de ces titres dans une holding qui prend en charge le paiement de la soulte aux copartagés. Les titres doivent cependant faire l'objet de l'engagement de conservation (Dutreil) et respecter le formalisme déclaratif annuel. MMe Roussel et Mroz trouvent que cette mesure vise à « assurer la stabilité du capital et favoriser sa pérennité », même s'ils regrettent un trop grand formalisme et souhaitent une « suppression pure et simple de ces contraintes annuelles »⁷⁸¹.

899. Malgré ce formalisme, le recours à la holding permet d'inscrire les seuls héritiers repreneurs dans la démarche de reprise tout en respectant les droits des autres enfants. Il est également possible d'apporter en nature les titres reçus par un enfant afin de « renforcer la structure financière de la holding » puis de s'endetter afin d'acheter les autres titres. Dans cette hypothèse, l'achat des titres pourra se faire soit auprès des autres enfants par les enfants repreneurs soit auprès des parents qui peuvent ainsi, à la fois, aider leurs enfants repreneurs, et bénéficier d'une partie du prix de l'entreprise. Selon MMe Hervé et Bruno Pichard, le « FBO se révèle donc une opération complexe par la multiplicité des domaines juridiques qu'elle fait intervenir et par l'association de plusieurs modalités de transmission »⁷⁸², mais « le cout fiscal maîtrisé » et la pérennité de l'entreprise familiale sont des arguments de poids face à la difficulté du montage⁷⁸³. Selon nous, même entouré de contraintes formelles, le FBO apporte une réponse législative crédible à la transmission des entreprises familiales. Cela est d'autant plus vrai dans le monde du bâtiment où les compétences techniques sont souvent essentielles et répondent ainsi rarement à un cursus de formation suivi par l'ensemble des enfants. En conséquence, celui qui sera le mieux armé selon sa formation professionnelle reprendra l'entreprise et

⁷⁸¹ F. Roussel, H. Mroz, *Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009. L'émergence d'un véritable « LBO familial » au service des PME et des ETI*, JCP N, n° 10, 6 mars 2009, 1108.

⁷⁸² H. Pichard, B. Pichard, *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E, n° 16, 17 avril 2008, 1534.

⁷⁸³ *Idem*.

indemniser ses frères et sœurs par le paiement d'une soulte. Ce montage peut donc aussi être une source, détournée, d'aides financières apportées par les parents pour les enfants non repreneurs. Ainsi, comme l'indique Me Desbuquois, le FBO est un « exemple réussi de combinaison entre plusieurs techniques civiles et fiscales, rendues cohérentes entre elles par une intervention avisée du législateur, qui a su rendre possible un mode efficace de transmission familiale d'entreprises »⁷⁸⁴. Selon nous, il s'agit d'un régime, certes contraignant, mais dont le bilan coût-avantage reste largement favorable au contribuable.

900. Ainsi, le pacte Dutreil combiné au recours à la holding permet d'aboutir à un montage optimal de transmission de l'entreprise familiale. Toutefois, une rigueur d'accomplissement et de formalisme est indispensable pour éviter une remise en cause de l'exonération par l'administration fiscale. La holding se présente donc comme un outil séduisant de transmission de l'entreprise familiale même si elle demeure aussi un levier de croissance et de développement de l'entreprise cible en dehors de toute considération familiale. En effet, c'est la puissance générée par l'aspect financier qui explique l'essor des rachats d'entreprises par le truchement d'une holding. L'intérêt financier de la holding (Section 2) est donc indissociable d'une stratégie de transmission réussie.

Section 2 : L'intérêt financier de la holding

901. L'opération faisant intervenir une holding comprend nécessairement un rachat de titres sociaux. L'intérêt financier de la holding prend toute son importance en ce qu'elle permet de faciliter le financement et de réaliser la reprise de la cible. Cet intérêt peut prendre plusieurs formes et possède un intérêt particulier lorsqu'il est combiné à un montage fiscal intéressant tel que nous venons de l'aborder. La possibilité de réaliser une fusion rapide (§ 2) entre la holding et la cible doit donc être étudiée à la lumière d'une gestion de la trésorerie de la cible (§ 1) pouvant revêtir plusieurs aspects.

⁷⁸⁴ J.-F. Desbuquois, S. de Lassus, *Un cas particulier : le FBO – Illustration pratique*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 9.

§ 1 : la gestion de la trésorerie de la cible

902. Une holding qui acquiert une cible doit s'intéresser à son potentiel de développement mais aussi à ses actifs dont la trésorerie fait partie intégrante. La tentation est grande pour le cessionnaire d'utiliser une partie de la trésorerie de la cible afin de financer son acquisition. Cela est souvent fait dans le temps en utilisant une convention de management fees ou prestation de services (A) mais cela peut être plus direct par le jeu d'une remontée des réserves et de la trésorerie excédentaire (B).

A/ La convention de management fees ou prestation de services

903. La facturation de prestations de services réalisées par la holding à la filiale est un moyen couramment utilisé pour générer un chiffre d'affaires, et donc une activité, à la holding. Cette dernière supporte en effet la dette senior liée à l'acquisition de la cible. Dès lors, la facturation de services permet de dégager une « remontée de trésorerie » qui ne dit pas son nom. Il convient toutefois d'être prudent tant dans la qualification de holding animatrice que dans la mise en œuvre de ces prestations.

904. L'objectif est donc, pour le cessionnaire, de qualifier d'animatrice sa holding. Cette qualification par l'administration est source de profits et d'avantages conséquents pour celle-ci. A titre d'exemple, dans la vie de la société, la holding animatrice bénéficie du paiement fractionné des droits de mutation à titre gratuit⁷⁸⁵ et de la déduction de la TVA collectée pour ces dépenses faisant partie de ses frais généraux puisqu'elle a, suite à ces prestations, une activité économique⁷⁸⁶. Sur le terrain de la TVA, à l'inverse, celle-ci n'est pas récupérable par la mère pour des travaux réalisés par celle-ci qui aurait dû être supporté par la seule filiale, ceux-ci n'entrant pas dans le champ des frais généraux⁷⁸⁷. Les niches fiscales ne sont pas en reste puisqu'une holding animatrice bénéficie du taux optionnel de 19% au titre de l'impôt de plus-value en cas de cession des titres et d'un abattement de 75% de la valeur desdits titres au titre de l'ISF.

⁷⁸⁵ Rép. Min. quest. Ecrite n° 7715, 19 janv. 1995, p. 135, JCP N, n° 20, 19 mai 1995, 3370, p. 768.

⁷⁸⁶ CAA Paris, 10^e ch., 3 mai 2011, n° 09PA06657, Sté Ginger : Jurisdata n° 2011-016693 ; voir aussi : CE, 8^e et 3^e ss-sect. 23 déc. 2010, n° 307698, Sté Pfizer Holding France.

⁷⁸⁷ CE, 8^e et 3^e ss-sect., 30 déc. 2011, n° 319835, min. c/ Sté Rhodia-Chimie, Dr. fisc., n° 16, avril 2012, comm. 268.

905. Enfin, d'après la Cour administrative de Douai, dans un arrêt du 8 mars 2011, les déficits transférables ne le sont pas pour les « holdings ayant pour seul objet la simple détention de titres »⁷⁸⁸ autrement dit pour des holdings pures. Dans le commentaire de cet arrêt, le Professeur Poirier s'intéresse aux cas des holdings non animatrices. Ainsi, il soulève que la holding pure subit cette qualification pour les seuls cas dans lesquels un texte⁷⁸⁹ « requerrait expressément que l'activité exercée revête un caractère « industriel, commercial, agricole ou artisanal »⁷⁹⁰. Les pouvoirs publics adhèrent d'ailleurs à la position des juges puisque cette question des transferts des déficits a fait l'objet d'une réponse ministérielle précisant que « l'administration s'oppose au transfert des déficits de la société absorbante à la société absorbée, lorsque la première société est une holding pure »⁷⁹¹. Cette réponse, fortement critiquée par le Professeur Pierre, est, selon ce dernier « contraire à l'esprit de la loi et repose sur une analyse inexacte de la nature d'une société holding pure »⁷⁹², la holding exerçant bel et bien une activité⁷⁹³. D'après nous, la holding pure exerce une activité même si celle-ci n'entre pas dans les canons de certains articles du code général des impôts. Il convient donc de distinguer activité et activité économique. C'est pourquoi, en toute logique, lorsqu'aucun texte n'impose un caractère précis, le juge opère une analyse et une interprétation plus large de la notion d'activité économique.

906. La notion de holding animatrice s'est donc enrichie d'une part, grâce aux décisions de jurisprudence et d'autre part, à la faveur des contributions doctrinales.

907. C'est ainsi que la Cour de Cassation a rendu un arrêt important en la matière le 27 septembre 2005⁷⁹⁴. Cet arrêt prend en considération, pour déterminer le caractère d'animatrice d'une holding, tout d'abord le rôle essentiel du dirigeant dans la

⁷⁸⁸ CAA Douai, 2^e ch., 8 mars 2011, n° 09DA00967, SAS Numéricable, concl. P. Minne, note R. Poirier.

⁷⁸⁹ CE, 10^e et 9^e ss-sect., 17 nov. 2006, n° 254597, M. Bec : Jurisdata n° 2006-081051 pour l'application de l'article 238 bis K, I : activité économique écartée pour une société dont le seul objet est la détention d'un portefeuille de titres sans participer à la gestion de ses filiales ; CE, 10^e et 9^e ss-sect., 16 juill. 2008, n° 300839, M. Berland et n° 299862, SARL JMSFB : Jurisdata n° 2008-081358 pour l'application de l'article 239 bis AA ; CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 août 2008, n° 283238, M. et Mme Joly : Jurisdata n° 2008-081365 considérant comme pure les sociétés qui ne font que gérer une participation dans une société opérationnelle sans aucune immixtion dans l'activité de cette dernière ; CE, 3^e et 8^e ss-sect., 29 avr. 2002, n° 234133, min. c/ M. Jacob : Jurisdata n° 2002-080143 pour l'application de l'article 44 sexies et considérant qu'une société qui se borne à gérer un portefeuille de placements financiers n'exerce pas une activité économique.

⁷⁹⁰ R. Poirier, *Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures*, Dr. fisc., n° 37, 15 sept. 2011, comm. 503.

⁷⁹¹ Rép. min. n°17801 à M. H. de Richemont : JO Sénat, 30 mars 2006, p. 923.

⁷⁹² J.-L. Pierre, *Transfert des déficits de la société absorbée*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2006, comm. 118.

⁷⁹³ *Idem*, l'auteur prend l'exemple d'un jugement du tribunal administratif de Dijon quant à l'exercice d'une activité pour une holding pure : TA Dijon, 2^e ch., 16 déc. 1997, n° 95-2226, Sté Bourguignonne d'applications plastiques.

⁷⁹⁴ Cass. com, 27 sept. 2005, n° 03-20.665, Dr. fisc. n° 42, 20 oct 2005, act. 213.

détermination de la politique du groupe et ensuite l'existence de prestations de services au profit de la holding. La Cour institue donc des critères distinctifs pour qualifier les holdings animatrices. L'administration fiscale, dans une instruction du 30 décembre 2005⁷⁹⁵, reprend les termes de la décision tout en introduisant un doute, d'après notre interprétation, quant aux prestations de services qui pourraient être une possibilité laissée au libre choix de la holding. A notre sens, afin de pallier tout risque de remise en cause, il convient de réaliser des prestations de services au profit de la filiale réalisée par la holding d'autant que la Cour de Cassation a une analyse restrictive quant au rôle d'animation sur la seule identité du dirigeant⁷⁹⁶.

908. Enfin, la doctrine a défini le statut de la holding animatrice. Le Professeur Neau-Leduc propose différentes conditions que doit remplir la holding pour être qualifiée d'animatrice. La notion de groupe, le nombre de filiales⁷⁹⁷, le taux de détention dans les filiales, l'animation de groupe et l'effectivité de celle-ci⁷⁹⁸ dans toutes les filiales, l'identité des dirigeants ou encore l'importance des moyens humains et matériels de la holding sont autant d'indicateurs qui permettent de considérer qu'une holding est animatrice⁷⁹⁹. L'auteur souligne que la réalisation de prestation de services peut être la preuve de l'animation effective auprès des filiales mais que ces prestations ne sont pas un critère indispensable à l'établissement du caractère animateur de la holding. Il propose que le législateur qualifie de holding animatrice celles réalisant des prestations de services à l'intérieur du groupe ou hors de ce groupe⁸⁰⁰. Cette analyse, favorable aux transmissions d'entreprise, aurait l'avantage de simplifier les critères et de rendre plus audible les nombreux critères d'éligibilité d'animation. Le Professeur Cénac, dans une étude récente, précise, afin d'éviter les risques de remise en cause, par l'administration, de la qualification d'animatrice que « la consécration du caractère animateur de la holding devra nécessairement impliquer un réel travail de documentation, tout au long de chaque exercice »⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ Instr. 30 déc. 2005 : BOI 7 S-8-05.

⁷⁹⁶ Cass. com., 19 nov. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 350; Cass. com., 15 févr. 1994, n° 454, D. : le rôle d'animation ne peut être établi par la seule identité du dirigeant entre la holding et les filiales.

⁷⁹⁷ Cass. com., 2 juin 1992, Mantelet : Jurisdata n° 1992-001650.

⁷⁹⁸ Cass. com., 19 nov. 1991, n° 89-19.474 : Jurisdata n° 1991-003499 ; Bull. civ. 1991, IV, 350.

⁷⁹⁹ P. Neau-Leduc, J.-F. Desbuquois, *Holdings animatrices de leur groupe. Proposition de clarification de statut*, JCP N n° 46, 16 nov. 2012, 1373.

⁸⁰⁰ *Idem*.

⁸⁰¹ P. Cénac, *Consécration du caractère animateur de la société holding*, RFN n° 2, févr. 2013, étude 7.

909. Il convient de s'intéresser aux contenus des conventions de prestations ainsi qu'à l'essence même de ces dernières. M. Freyria évoque un risque pénal quant à l'application de ces conventions de prestations de services. Ce risque peut être réduit si ces conventions entre holding et filiales respectent plusieurs conditions. Ces conventions doivent bien sur mettre en avant la notion d'intérêt commun et de stratégie de groupe. En outre, elles ne doivent pas « être démunies de contrepartie, ou provoquer une rupture d'équilibre entre les engagements des sociétés concernées ni excéder les possibilités financières de la société qui en supportent la charge »⁸⁰². En d'autres termes, dans une reprise intégrant l'utilisation de la trésorerie de la cible par remontée dans la holding, ces restrictions en limitent la portée. En effet, la stratégie consiste à facturer des prestations à la cible générant des flux financiers entre les deux sociétés favorisant une capacité de remboursement améliorée pour la holding de l'emprunt. Ainsi, la question de la facturation des prestations se pose nécessairement. Un arrêt de cour d'appel⁸⁰³ a jugé qu'une prestation dont la facturation est estimée insuffisante est de nature à constituer un acte anormal de gestion. De là à penser qu'une facturation excessive d'une prestation provoque les mêmes conséquences, il n'y a qu'un pas que nous franchissons sans difficulté puisque de telles conventions seraient également de nature à induire un déséquilibre et une contrepartie réduite entre les deux sociétés. Si l'on ajoute à cela que le juge considère « que l'intérêt propre d'une société mère ne se confond pas avec celui du groupe »⁸⁰⁴, il est souhaitable que la facturation de la prestation corresponde, selon nous, à un prix de marché constaté et normal. Le contenu des prestations est plus général, l'animation étant retenu si la holding « exerce un contrôle permanent sur les mesures d'exécution de la politique générale du groupe » ou si la holding « intervient pour toute décision importante concernant le devenir du groupe »⁸⁰⁵ tout en réalisant des travaux effectifs et réels dans le cadre de ces conventions.

910. En définitive, les conventions de management fees conclues entre la holding et la filiale constituent, d'après nous, un moyen efficace de remontée de trésorerie dans la holding tout en suivant l'exigence d'un caractère raisonnable et limité. Le caractère animateur de la holding sera le second effet de ce schéma. Si les conventions sont doublées d'une convention de trésorerie visant à gérer la remontée des réserves et de la

⁸⁰² C. Freyria, J. Clara, *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP E, n° 19, 13 mai 1993, 247.

⁸⁰³ CAA Douai, 3^e ch., 8 oct. 2009, n° 07DA01406, SA Lyreco.

⁸⁰⁴ E. Bonneaud, *Acte anormal de gestion en matière de services intragroupe : la charge de la preuve peut être disproportionnée*, Dr. fisc. n° 6, 11 févr. 2010, comm. 179.

⁸⁰⁵ M. Sieraczek-Abitan, *Prise en considération des conventions entre sociétés pour déterminer si une holding est l'animatrice de son groupe*, Dr. fisc., n° 22, 2 juin 2005, comm. 450.

trésorerie excédentaire (B), le remboursement de la dette senior contractée par la holding se trouvera dès lors considérablement allégé.

B/ La remontée des réserves et de la trésorerie excédentaire

911. Imaginons qu'un cessionnaire acquiert une cible dont la trésorerie est très importante et dépasse de loin son besoin en fonds de roulement. Cette société d'exploitation a été acquise en tenant compte, dans le prix de cession, de cette trésorerie, constitutive d'une partie de la richesse de l'entreprise. Il est en effet relativement courant, dans le bâtiment, de se trouver face à des bilans faisant apparaître de véritables « trésors de guerre » constitués au fil des années par un cédant n'ayant peu ou pas perçus de dividendes et ayant préféré conserver une solidité financière, l'expérience des crises dans le secteur et les cycles économiques aidant. La tentation est alors grande, pour le cessionnaire, d'envisager de se servir d'une partie de cette trésorerie pour rembourser, par anticipation, une partie de sa dette senior placée dans la holding. Cela nous semble, d'un point de vue économique logique dans la mesure où le cédant n'a pas souhaité distribuer, souvent pour des raisons fiscales, ses réserves avant la cession et que celles-ci ont été prises en compte dans la valorisation de l'entreprise. Or, le code de commerce énonce en son article L 225-216 qu'une « société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions »⁸⁰⁶. Cette disposition générale, complétée par d'autres textes précisant les sanctions qui l'accompagne et les autres mesures allant dans le même sens⁸⁰⁷, fait ressortir qu'une société holding peut difficilement utiliser la trésorerie de la cible qu'elle vient d'acquérir afin de rembourser la dette ayant servi à l'achat de ses propres titres.

912. Ces interdictions encadrent donc les opérations de trésorerie au sein des groupes de sociétés. Ces derniers doivent mettre en place des conventions de trésorerie centralisant les disponibilités des filiales. Cela abouti à une « unité du tout et permet plus aisément de procéder aux opérations de financement »⁸⁰⁸. Ces opérations doivent nécessairement prendre la forme de conventions entre les sociétés du même groupe et être équilibrées en

⁸⁰⁶ C. com., art. L 225-216.

⁸⁰⁷ C. com., articles L 241-3-4°, L 241-9, L 246-2, L 242-30, L 244-1.

⁸⁰⁸ A. Viandier, *Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (Etude de deux confirmations récentes)*, JCP G, n° 18, 1^{er} mai 1985, I 3188.

ce qu'elles doivent permettre à chaque société du groupe de retirer une contrepartie afin d'éviter leur remise en cause. Ces conventions de trésorerie ont été qualifiées de courantes pour autant qu'elles soient conclues à des conditions normales (contrepartie pour la filiale)⁸⁰⁹. A titre d'exemple, une convention de trésorerie prévoyant une renonciation ultérieure à percevoir les intérêts liés à cette convention pourrait ne pas être considérée comme normale.

913. Le législateur et la jurisprudence ont eu l'occasion de se positionner quant à ces conventions.

914. Ainsi, à titre d'exemple, la loi de finance pour 2002 a, de manière générale, amélioré les conditions de distributions de réserves quant au montant des apports facilitant les restructurations d'entreprises⁸¹⁰.

915. D'autre part, sur le terrain jurisprudentiel, la Cour de Cassation a « validé l'engagement pris par la société holding de rembourser un prêt d'acquisition au moyen d'une distribution de réserves et de dividendes de la cible, dans la mesure où l'engagement avait été pris par la société emprunteuse et non par la cible »⁸¹¹. Toutefois, et malgré cette décision, M. Bichot rappelle que même si les avances et sûretés semblent possibles entre filiales et sous filiales et que le régime pourrait être étendu aux SARL, une approche prudente doit être de mise, compte tenu de l'absence de position tranchée, puisqu'une sanction pénale demeure possible⁸¹². Cette absence de clarification, sur plusieurs aspects liés à cette question⁸¹³, impose d'aborder le risque pénal de l'opération et voir de quelle façon le limiter.

916. Les aspects pénaux de l'opération de remontée de trésorerie et de distribution de réserves ont souvent fait retenir, par les juges, au fil des décisions, la qualification d'abus de biens sociaux. La sanction de ce type de montage se situe également sur le terrain de la chambre commerciale de la Cour de Cassation qui a pu se prononcer sur la faute de gestion ou encore sur l'acte anormal de gestion.

⁸⁰⁹ J.-F. Barbieri, *Contrôle des conventions intra-groupe : qualification des conventions, incidence de l'opinion de la CNCC et conditions d'une éventuelle annulation*, JCP E n° 11, 11 mars 2004, 387.

⁸¹⁰ C. David, *Mesures fiscales pour faciliter les restructurations*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2002, 36.

⁸¹¹ Cass. com., 15 nov. 1994, JCP E, 1995, 673.

⁸¹² N. Bichot, *Assistance financière et opérations de LBO*, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2002, prat. 100031.

⁸¹³ Par exemple, sur la distribution de réserves en cas de démembrement de propriété la question n'est pas clairement tranchée : voir M. Le Tacon, *Répartition inégalitaire des bénéfices : distribuer n'est pas donner*, Dr. fisc., n° 17, 25 avril 2013, comm. 261.

917. L'idée principale est de protéger la société filiale, d'actions réalisées par la holding qui réduisent les possibilités de développement des sociétés du groupe au profit des seuls flux financiers pour la tête de groupe. Le juge et l'administration fiscale se posent donc en défenseur de la personne morale que constitue la filiale. Lorsque le montage fait apparaître des dimensions internationales, la sanction revêt un caractère particulier puisque l'impôt s'en trouve mécaniquement élué au profit d'une société holding basée à l'étranger. Ainsi, l'abus de biens sociaux a pu être mis en avant pour une affaire faisant apparaître des facturations anormales entre la mère et la fille « réduisant la marge bénéficiaire de la société française » se révélant contraire « à l'intérêt social » du groupe⁸¹⁴. Les juges considèrent que l'atteinte à l'intérêt social, pouvant aller jusqu'à la liquidation judiciaire⁸¹⁵, est caractérisée dès lors qu'une dépense illicite est engagée⁸¹⁶ ou encore que les dirigeants ont agi « pour privilégier directement ou indirectement leurs propres intérêts »⁸¹⁷.

918. Cette ligne jurisprudentielle de protection de l'intérêt social a été suivie de manière récurrente. Un dirigeant a ainsi été condamné dans le cas d'une distribution jugée contre l'intérêt social de la filiale mais prit dans le seul intérêt de la holding et de son dirigeant, lui-même caution personnelle d'un prêt d'acquisition des titres de ladite filiale⁸¹⁸. Dans ces affaires, l'identité du dirigeant joue un rôle non négligeable puisque le versement de sommes indues à une société dont il est lui-même dirigeant crée, selon nous, une suspicion d'abus de biens sociaux, lequel peut être requalifié de recel d'abus de biens sociaux dans la mesure où il s'agit d'un délit de fonction par lequel une société est interposée⁸¹⁹.

919. Le comité de l'abus de droit fiscal s'est prononcé sur la question retenant l'abus de droit dans des affaires de remontée de réserves ou de distribution de dividendes contraire à l'intérêt du groupe⁸²⁰. Si l'opération demeure possible, elle se trouve donc entourée de contraintes fortes qui incitent Me Acard à considérer que le « contribuable se retrouve

⁸¹⁴ Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-82.125.

⁸¹⁵ Y. Reinhard, note sous Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831, JCP E, 2006, 2408.

⁸¹⁶ Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698, PF, Carignon : Jurisdata n° 1997-004190 ; JCP G 1998, II, 10017, note M. Pralus.

⁸¹⁷ R. Salomon, *Le recel d'abus de biens sociaux, infraction de conséquence*, Dr. sociétés, n° 5, mai 2008, comm. 110.

⁸¹⁸ CA Nîmes, 26 mai 2011, n° 09/02414 : Jurisdata n° 2011-016540.

⁸¹⁹ R. Salomon, *Requalification partielle d'abus de biens sociaux en recel d'abus de biens sociaux*, Dr. sociétés, n° 6, juin 2011, comm. 120 ; Cass. crim., 9 mars 2011, n° 10-81.131.

⁸²⁰ Comité de l'abus de droit fiscal, des 5^e et 6^e séances de l'année 2010 ; Instr. 3 févr. 2011 : BOI 13 L-1-11, 24 janv. 2011, Dr. fisc., 2011, n° 6, instr. 14406.

dans une nasse dont il aura du mal à s'extirper »⁸²¹. En effet, si le caractère légal du montage n'est pas contestée, la Cour peut condamner un dirigeant pour faute de gestion en retenant la proposition d'affectation de résultat comme un élément constitutif de la responsabilité pour insuffisance d'actif⁸²². Les droits des créanciers et la mise en danger de la vie de la filiale deviennent des indicateurs de condamnation⁸²³.

920. C'est pourquoi, Renaud Salomon énumère quatre conditions sans lesquelles l'abus de droit peut être revendiqué lors de la remontée de réserves ou de distribution de dividendes. Pour être mise en avant, l'abus de biens sociaux doit en effet être contraire à l'intérêt social. Or, cet intérêt sera préservé si ces quatre conditions sont respectées. Tout d'abord, les flux financiers doivent appartenir au même groupe. Ensuite, un intérêt économique commun doit ressortir d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. En outre, « le concours financier ne doit pas être démunie de contrepartie et ne doit pas rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés du groupe ». Enfin, les possibilités financières des filiales doivent être supportables⁸²⁴.

921. Les conventions de prestations de services réelles et raisonnables, couplées à une convention de trésorerie respectant les filiales et l'intérêt social du groupe constituant, d'après nous un moyen efficace d'utilisation et d'optimisation de la trésorerie de la cible dans le cadre d'un rachat par LBO. Mais elles s'appliquent sur une durée plus longue que la fusion rapide (§ 2) qui a l'avantage de la rapidité et de la simplicité sans être toutefois dénuée de limites.

§ 2 la fusion rapide

922. La fusion de deux entreprises peut être considérée par les uns comme un contrat entre deux sociétés⁸²⁵ et pour d'autres comme la réunion de deux entreprises en une seule. Selon le Professeur Le Cannu, elle « combine contrat et fonctionnement institutionnel des

⁸²¹ C. Acard, *Fiscalité financière*, Dr. fisc., n° 23, 9 juin 2011, 378.

⁸²² Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.671 : Jurisdata n° 2011-023497 ; Bull. Joly 2012, p. 243, § 136, note D. Poracchia.

⁸²³ A. Martin-Serf, *Faute de gestion. Distribution de dividendes*, Rev. proc. collec. n° 3, mai 2013, comm. 82.

⁸²⁴ R. Salomon, *L'intérêt de groupe, probatio diabolica pesant sur le dirigeant social*, Dr. sociétés, n° 4, avril 2013, comm. 74.

⁸²⁵ R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales*, LGDJ, 1994.

sociétés et n'est pas limitée à une conception rigide de l'entreprise »⁸²⁶. Respectant la définition communautaire de la fusion⁸²⁷, le législateur français précise que la fusion entraîne la dissolution de la société absorbée, la transmission du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et l'attribution de droits sociaux au profit des associés de la société absorbée⁸²⁸.

923. La fusion rapide peut être qualifiée de fusion « particulière » en ce qu'elle répond à une « technique d'ingénierie financière consistant à réaliser la fusion d'une société holding avec la société dont elle a acquis le contrôle à une date rapprochée du rachat »⁸²⁹. L'intérêt de la fusion rapide est donc d'utiliser les ressources financières de la cible afin de rembourser les dettes initialement contractées par la holding pour opérer le rachat. Cela peut poser des difficultés et peut également engendrer une remise en cause du montage par l'administration fiscale. En conséquence, il convient d'observer avec attention les différentes positions de l'administration fiscale ayant conduit à des décisions de justice ainsi que les préconisations qui en découlent avant la mise en œuvre d'une fusion rapide dans une reprise d'entreprise.

924. La première décision en la matière est intervenue en 1992. Rendue par la Cour Administrative d'Appel de Lyon, celle-ci n'a pas retenu l'abus de droit pas plus qu'elle n'a retenu l'acte anormal de gestion mis en avant par l'administration fiscale pour remettre en cause la fusion rapide⁸³⁰. Dans son commentaire, Me Delfosse rappelle tout l'intérêt de la fusion rapide qui « réaliserait non seulement l'intégration fiscale mais aussi financière »⁸³¹. Malgré la position de la cour qui semble favoriser le montage de la fusion rapide, l'auteur indique que l'administration fiscale n'y est pas favorable. Il préconise « l'extrême prudence voire l'abstinence »⁸³², soulignant que la fusion rapide n'est pas dénuée de difficultés juridiques (et plus seulement fiscales) sur le terrain de l'abus de biens sociaux, de majorité et de pouvoirs. Prudence partagée par M. Gerschel qui souligne

⁸²⁶ P. Le Canu, B. Dondero, *op. cit.*, p. 1023 et 1024, § 1601.

⁸²⁷ Selon l'article 3 de la troisième directive du conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions de sociétés anonymes (78/855/CE).

⁸²⁸ C. com., art. L 236-1 et L 236-3.

⁸²⁹ J.-Y. Mercier, *La pratique des restructurations, fusions, scissions, apports partiels d'actifs, opérations internationales*, Ed. Francis Lefebvre, 2^{ème} éd, 2005, p. 190, § 9000.

⁸³⁰ CAA Lyon, 3^e ch., 26 mai 1992, n° 90-102 et 90-110, Sté Régie Immobilière de Villeurbanne.

⁸³¹ A. Delfosse, *Une modalité de transmission de l'entreprise : l'acquisition-fusion rapide*, JCP N, n° 17, 30 avr. 1993, 2619.

⁸³² *Idem*.

que la fusion rapide peut être considérée comme un abus de droit ou un acte anormal de gestion par l'administration⁸³³. L'auteur invite à une grande « prudence vis-à-vis de ce montage »⁸³⁴, la controverse ne semblant pas définitivement tranchée. Cette attitude de prudence était justifiée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation⁸³⁵ qui emportait « extension des pouvoirs sociaux aux pouvoirs économiques » en ajoutant à la matière de l'abus de biens sociaux un abus de pouvoirs sociaux⁸³⁶. Un risque juridique et pénal vient donc s'ajouter au seul risque fiscal de l'opération. C'est donc sur le terrain de la qualification de l'abus liée à l'utilisation des pouvoirs des dirigeants confrontés au droit des associés qu'un équilibre dit être trouvé afin d'éviter la sanction pénale de l'abus de pouvoirs⁸³⁷.

925. L'administration fiscale a tenu compte de la décision de la Cour d'Appel de Lyon et a précisé, tout en l'atténuant, le régime de remise en cause de la fusion rapide⁸³⁸. L'administration recherche la notion d'équilibre et le caractère normal de l'opération introduisant la nécessité « d'une contrepartie suffisante pour la société acquise ». En recherchant le fondement de l'acte anormal de gestion, l'administration se positionne comme le protecteur et le gardien de la société cible et de ses intérêts. Selon nous, ce raisonnement peut avoir un impact faible dans une démarche de reprise d'entreprise dans laquelle la holding détient 100% des titres de la cible. Il trouvera cependant un écho plus favorable si le montage fait apparaître des associés minoritaires. En effet, ce seront ces derniers que l'administration entend protéger mais pas seulement.

926. La protection de la société est en effet au cœur de la démarche de l'administration. La protection de la société, en tant que personne morale, impose alors des délais entre les opérations. A ce titre, Me Renault souligne « qu'il est vraisemblable que la rapidité du séquençement des opérations attirera l'attention des services fiscaux »⁸³⁹. L'activité de la

⁸³³ C. Gerschel, *Le risque fiscal de la « fusion rapide » entre la société holding et la société cible après une opération de LBO*, JCP E, n° 44, 31 oct. 1996, 602.

⁸³⁴ *Idem*.

⁸³⁵ Cass. crim., 10 juill. 1995, n° 253 : « le prévenu a usé de ses pouvoirs sociaux pour organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement ».

⁸³⁶ M.-P. Lucas de Leyssac, *Droit pénal des affaires Infractions communes applicables aux affaires*, JCP E, n° 4, 23 janv. 1997, 625.

⁸³⁷ D. Vidal, *La bonne foi et la bureaucratie en droit des sociétés*, Dr. sociétés, n° 8, août 2003, 8.

⁸³⁸ Instr. 3 août 2000: BOI 4 I-2-00, 18 août 2000 : Dr. fisc. 2000, n° 37, Instr. 12 504.

⁸³⁹ O. Renault, *Les fusions rapides sont-elles condamnables au regard de la doctrine administrative la plus récente ?*, JCP E, n° 37, 13 sept. 2001, p. 1420.

société sera aussi prise en considération par les autorités. Selon le professeur Pierre, à l'occasion d'un avis émis par le CRAD⁸⁴⁰, si « la société holding a eu une activité économique réelle préalablement à la fusion »⁸⁴¹ la remise en cause du régime devient plus difficile à établir par le jeu de l'abus de droit. Les facteurs temps et activité semblent donc se rejoindre.

927. Sur cette question l'administration française semble plus rigide que certains pays européens et les directives européennes qui ont découlées de ces législations. Ainsi, la directive du 6 septembre 2006⁸⁴² introduit une certaine souplesse mettant en avant une efficience dans le monde des entreprises⁸⁴³ en permettant à une société d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition par un tiers de ses actions. L'octroi de sûretés notamment pour le rachat de ses propres actions peut paraître surprenant sur la base de la seule analyse de la législation française, ce qui n'est pourtant pas la position des commentateurs de cette directive. En effet, M. Torck souligne que « ces modifications tentent d'accorder la nécessaire protection aux actionnaires d'un côté et le souci d'efficacité et de flexibilité qui est jugé devoir présider aux opérations de rachat de l'autre »⁸⁴⁴. Cet enjeu qualifié « d'impératif »⁸⁴⁵ semble en effet pouvoir conduire à une meilleure fluidité des opérations de transmission comprenant une société holding. Le législateur Italien l'a bien compris en adoptant une réforme d'ampleur du droit des sociétés qui a résolu la difficulté des fusions rapides⁸⁴⁶. L'Italie n'est pas isolée dans cette démarche puisque le *Whitewash* anglais⁸⁴⁷ autorise la cible à assister financièrement la holding dans des opérations d'acquisition de ses propres titres.

928. C'est pourquoi, sans désarmer, l'administration fiscale a progressivement assouplie sa doctrine, il est vrai aussi en partie grâce à des décisions de justice donnant raison au contribuable validant, par la même, le principe de la fusion rapide. Ainsi, le tribunal

⁸⁴⁰ Avis n° 2003-1 et 5 du Comité pour la répression des abus de droit : BOI L-2-04, 16 mars 2004.

⁸⁴¹ J.-L. Pierre, *Report d'imposition des plus-values d'apport*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2004, comm. 136.

⁸⁴² PE et Cons. UE, dir. n° 2006/68/CE, 6 sept. 2006 modifiant la dir. n° 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JOUE n° L 264, 25 sept. 2006, p. 32.

⁸⁴³ Le projet de la directive était de promouvoir « l'efficience et la compétitivité des entreprises sans pour autant réduire la protection dont jouissent leurs actionnaires et créanciers ».

⁸⁴⁴ S. Torck, *Rachat par la société de ses propres actions*, RD bancaire et fin. n° 6, nov. 2006, 224.

⁸⁴⁵ *Idem*.

⁸⁴⁶ P. Billot, *La reconnaissance par le législateur italien de la fusion rapide*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2005, prat. 1.

⁸⁴⁷ *Idem*.

administratif de Paris a rendu une décision le 15 mars 2006 rejetant le raisonnement de l'administration visant à remettre en cause une fusion rapide dans le cadre d'un montage LBO⁸⁴⁸. Le tribunal ne retient pas l'abus de droit se fondant sur une modification de la répartition du capital social issu de l'opération. MMe Boutemy et Meier, dans leur analyse, déduisent, outre l'intérêt de la fusion rapide notamment sur le terrain de l'utilisation de la trésorerie (remontée dans la société fusionnée permettant le remboursement de l'emprunt), des indices mis en œuvre par l'administration pour qualifier l'abus de droit. Ces indices nés d'une instruction⁸⁴⁹, font apparaître le facteur temps, le niveau de capitalisation de la holding et son activité (autre que la détention de titres). Ce rejet du tribunal s'inscrit en droite ligne de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon précitée mais n'intègre pas la modification de l'amendement Charasse qui a vu son régime étendu et assoupli pour les fusions rapides⁸⁵⁰.

929. L'administration, suite à ces décisions, a atténué sa position lors d'un rescrit fiscal faisant état d'une absence de remise en cause de la déductibilité des frais financiers lors d'une fusion rapide si l'opération de fusion n'a pas pour objet de compenser fiscalement des résultats en dehors du cadre légal du régime de groupe, si le capital de la société absorbée ne comprend aucun intérêt minoritaire susceptible d'être lésé et enfin si l'opération n'entraîne pas d'appauvrissement des sociétés opérationnelles⁸⁵¹.

930. C'est dans ces conditions que le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois sur un montage de reprise impliquant un LBO⁸⁵². Cet arrêt, fort intéressant, met en lumière l'argumentation de l'administration fiscale consistant à dire que le montage relève d'un but exclusivement fiscal si la holding de rachat n'exerce pas d'autre activité que la détention de titres. Argument rejeté par la juridiction suprême. M. Fouquet estime, dans le sens du Conseil d'Etat, que « dire qu'une holding de rachat est dépourvu de substance parce qu'elle n'exerce aucune activité économique réelle revient à remettre en cause le mécanisme du LBO dans son principe »⁸⁵³. Or, la holding porte l'emprunt qui a permis le

⁸⁴⁸ TA Paris, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 15 mars 2006, n° 9912123/1, Sté Défi France : Jurisdata n° 2006-327056.

⁸⁴⁹ Instr. 18 août 2000 : BOI 4 I-2-00 ; Dr. fisc. 2000, n° 46, instr. 12918.

⁸⁵⁰ CGI, art. 223 B, al. 7 « la société rachetée ne devient pas membre du même groupe que la société cessionnaire, dès lors que la première est absorbée par la seconde ou par une société membre ou devenant membre du même groupe que la société cessionnaire ».

⁸⁵¹ Res. Fiscal n° 2007/48 (FE) du 23 oct. 2007, *Non déductibilité des frais financiers liés à l'acquisition – LBO secondaire- assouplissement de la doctrine figurant au BOI 4 I-2-00*, JCP N, n° 45, 9 nov. 2007, act. 716.

⁸⁵² CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et Mme Bourbon, concl. C. Legras.

⁸⁵³ O. Fouquet, *LBO et abus de droit*, Dr. fisc. n° 15, avril 2011, comm. 304.

rachat de la cible. La holding aurait dû, pour plaire à l'administration, être animatrice, c'est-à-dire exercer des missions de prestations de services par exemple. Cette activité lui aurait conférée une substance économique. Dans le bâtiment, cette exigence est relativement simple à remplir puisque cette activité économique peut prendre la forme d'une holding opérant des études techniques, des devis ou encore des démarches commerciales visant à l'obtention de marchés. Le raisonnement de l'administration néglige donc l'intérêt financier de l'opération, indéniable, qui ne permet dès lors plus de soutenir que le montage revêt un caractère exclusivement fiscal.

931. Enfin, récemment, la Cour Administrative de Versailles a admis la déduction des charges financières d'emprunt réalisé pour l'achat de ses propres actions. Déboutée sur le terrain de l'abus de droit, c'est sur celui de l'acte anormal de gestion que l'administration a œuvré dans cette affaire. Le professeur Chadeaux avoue l'échec de l'administration à faire établir un abus de droit dans une fusion rapide, celle-ci se plaçant dès lors sous couvert de l'acte anormal de gestion. De ce point de vue, et selon l'auteur, « la frontière entre décision prise par les associés ou décision prise par les dirigeants n'est sans doute pas toujours nettement délimitée ». Est-ce à penser qu'un risque fiscal demeure pour ce type d'opération. Selon nous, afin d'écarter toute menace, il est préférable que le dirigeant de la holding détienne 100% des titres, celle-ci détenant également 100% des titres de la filiale. Ce schéma n'est pas si difficile à obtenir puisqu'en pratique, la holding est souvent immatriculée pour les besoins de la cause à savoir la reprise de la cible convoitée par le cessionnaire. L'objectif sera toutefois plus difficile à atteindre en cas de pluralité d'investisseurs ou dans l'hypothèse de croissance externe faisant intervenir plusieurs sociétés partenaires au rachat.

932. Ainsi, la fusion rapide, si elle est réalisée dans les règles imposées par l'administration, ne souffre pas de contestation à l'exclusion de la mise en avant d'un acte anormal de gestion pour lequel les décisions futures devront éclairer l'état du droit. La fusion rapide a ainsi l'avantage de rendre à la holding ses lettres de noblesse quant à l'intérêt financier du montage LBO.

Conclusion du chapitre 2

933. La holding de rachat apparaît comme un outil aux multiples facettes. Bénéfique au cédant comme au cessionnaire elle permet de conserver et d'organiser le pouvoir dans l'entreprise, de pérenniser l'entreprise familiale tout en facilitant le financement de la reprise. Elle pourrait être décrite comme une sculpture brute taillée à la convenance des parties.

934. Si elle présente un intérêt juridique indéniable quant à la structuration du patrimoine des intéressés, elle est surtout plébiscitée, dans les transmissions, pour son effet de levier financier. Elle permet d'augmenter la capacité de remboursement du cessionnaire tout en lui permettant de bénéficier d'une gestion optimisée des flux de trésoreries et des flux financiers. Ces techniques comportent toutefois des risques sur le terrain de l'abus de droit c'est pourquoi elles doivent être strictement encadrées et réalisées avec diligence.

Conclusion du Titre 1

935. L'issue positive de la reprise tient dans une bonne organisation juridique de cette dernière. C'est pourquoi, nous l'avons vu, des montages juridiques et des outils alternatifs existent pour faciliter l'obtention du financement nécessaire à l'acquisition. Si ces montages sont efficaces pour limiter les garanties exigées par les établissements prêteurs, ils restent limitatifs en ce qu'ils nécessitent l'accord du cédant pour leur mise en place.

936. En conséquence, dans l'hypothèse d'une implication limitée du cédant dans la démarche du cessionnaire, le recours à la holding de rachat apparaît comme le « couteau Suisse » de la transmission. Polyvalente et efficace, la holding semble n'avoir de limite que dans celle que les praticiens veulent lui donner lors du montage de l'opération. Ces derniers peuvent donc laisser libre cours à leur imagination pour optimiser la transmission.

937. En effet, son intérêt juridique et financier en fait un précieux allié au service du cessionnaire. Le cédant n'est d'ailleurs pas laissé pour compte dans cette optique puisque la holding apparaît également comme un instrument de transmission de l'entreprise familiale. La seule difficulté à laquelle la holding peut être confrontée c'est en présence de très petites entreprises auprès desquelles les contraintes juridiques ne seront plus adaptées aux enjeux financiers.

938. L'organisation juridique de la reprise tient une place de choix dans le processus de transmission. Mais nous ne saurions être complets sans aborder la fiscalité et les techniques d'allègement de la fiscalité de la transmission (Titre 2) tant celle-ci interagit avec l'environnement juridique de la reprise.

Titre 2 : les techniques d'allègement de la fiscalité de la reprise

939. La fiscalité de la reprise de l'entreprise tient une place prépondérante dans la transmission de l'entreprise, certains cédants la plaçant même au cœur de leur réflexion lors de l'opération. Mais il serait réducteur de croire qu'elle n'affecte que le cédant. En effet, il n'est pas rare de constater, en pratique, que le vendeur souhaite faire supporter à l'acquéreur le coût fiscal de la cession de son entreprise. Dans cette configuration d'une fiscalité supportée « par ricochet », une bonne connaissance des régimes d'exonération et de la fiscalité de la cession peut devenir un argument de négociation pour le cessionnaire sur le terrain du prix de vente.

940. Ce dernier a également le souci de limiter au maximum sa fiscalité de la reprise et d'optimiser sa fiscalité d'exploitation afin de dégager des marges de manœuvres supplémentaires tant pour le remboursement de sa dette senior que pour le développement de la cible.

941. L'ensemble de ces règles fiscales a subi des modifications importantes ces dernières années, rendant quelques fois peu lisible leur application. En conséquence, et poursuivant un objectif de clarté, nous devons indiquer que notre travail de recherche tient compte de la fiscalité applicable au 1^{er} janvier 2013. Si certaines annonces ont été faites par les pouvoirs publics à l'heure où nous écrivons ces lignes⁸⁵⁴, la législation en vigueur est celle au 1^{er} janvier 2013. Toutefois, nous introduirons les éléments les plus marquants de la loi de finance pour 2014.

942. La fiscalité de la cession de l'entreprise (Chap. 1) est donc essentielle afin d'avoir une lecture claire des régimes applicables. Toutefois, ces derniers peuvent comporter des limites dans leur champ d'application ou être entourés de conditions trop strictes. Les

⁸⁵⁴ G. Raymond, *Taxations des plus-values : Hollande fait pas la paix avec les entrepreneurs*, Huffington Post du 29 avril 2013, www.huffingtonpost.fr; E. Conesa, *Plus-values : Hollande donne des gages aux entreprises*, Les Echos, 29 avril 2013 ; In site Internet du Ministère du Redressement Productif, les assises de l'entrepreneuriat d'avril 2013 : www.redressement-productif.gouv.fr/assises-entrepreneuriat.

praticiens ont donc imaginé d'autres solutions et notamment l'intervention de la holding comme amortisseur de la fiscalité (Chap. 2). La holding, après avoir été un outil juridique de la reprise de l'entreprise, apparaît également comme un levier fiscal tant pour le cédant que pour le cessionnaire.

Chap. 1 : la fiscalité de la cession de l'entreprise

943. Le législateur a modifié en profondeur la fiscalité de la cession des entreprises provoquant la fronde de certains dirigeants par le biais d'un mouvement baptisé « les pigeons »⁸⁵⁵.
944. L'idée générale est qu'il n'existe plus, depuis le 1^{er} janvier 2013⁸⁵⁶, de taux d'imposition fixe concernant l'impôt de plus-value. Le législateur a souhaité aligner les revenus du capital et ceux du travail, ce qui peut être critiquable vis-à-vis des opérations de transmission d'entreprise.
945. Le régime général des plus-values de cession peut donc constituer un frein à la transmission. Dès lors, quels sont les moyens permettant d'éviter ou de limiter l'impôt ? Il existe des régimes d'exonération offrant aux cédants un allègement de leur fiscalité lors de la transmission de leur entreprise. Ces régimes que nous qualifierons de « génériques » ou encore de « classiques » ont vocation à s'appliquer au plus grand nombre. Pour autant, tous les dirigeants ne sont pas éligibles à ces derniers. C'est pourquoi, le législateur a pris en compte la situation des cédants et leurs attentes. Cela nous a permis de dégager une autre catégorie de régime dit alternatifs dont le rôle est d'élargir la « palette » des régimes d'exonération classiques, ceux-ci ayant subi des suppressions au fil des années. C'est donc l'interaction des régimes d'exonération (Section 1) et des régimes répondant aux souhaits du cédant (Section 2) que nous nous proposons d'étudier.

Section 1 les régimes d'exonération

946. Soulignons tout d'abord que si les cédants sont principalement concernés par l'impôt, les cessionnaires subissent également, lors de l'acquisition d'une entreprise, le poids des

⁸⁵⁵ Voir, à titre d'exemple : S. Laurent, « Pigeons » : *genèse d'une mobilisation efficace*, Le Monde, 5 oct. 2012 ; T. Thuillier, *Les « pigeons » : les entrepreneurs volent dans les plumes du gouvernement*, L'entreprise, 3 oct. 2012 ; J. Duportail, *Les « pigeons », making-of d'une mobilisation réussie*, Le Figaro, 5 oct. 2012 ; J. Bonnet, *Projet de loi de finances : le mouvement des pigeons entrepreneurs prend de l'ampleur*, L'usine Nouvelle, 2 oct. 2012 ; M. Torre, *Mouvement des Pigeons : retour sur sept mois de prise de bec*, La Tribune, 29 avril 2013.

⁸⁵⁶ Loi n° 2012-1509 du 29 déc. 2012 de finances pour 2013.

droits d'enregistrement. Plusieurs fois modifiés⁸⁵⁷, le taux est aujourd'hui de 3% pour les parts sociales et les entreprises individuelles après application d'un abattement de 23 000 € et de 0.1% pour les actions. Ces différences de taux renforcent l'idée d'une anticipation de la transmission et des possibilités liées à la transformation de la forme sociale acquise.

947. Conscient que le cédant est singulièrement affecté par l'impôt lié à la transmission de son entreprise, le législateur, souhaitant encourager ces transmissions a institué un certain nombre de régimes exonérateurs d'impôt de plus-value lors de la cession d'entreprise. L'effet de la crise entraînant une chute des recettes fiscales a trouvé un terreau favorable à une remise en cause de plusieurs régimes. Aujourd'hui, il ne subsiste que quelques régimes qui s'orientent vers un public de cédants particuliers. Le législateur a tenu à favoriser les cédants de PME. Mais parmi ceux-ci, tous ne bénéficient pas des mêmes avantages. En conséquence, nous en déduisons un conseil à destination des cédants et des praticiens : si le cédant ne dirige pas une petite entreprise (§1) il est préférable d'attendre le départ en retraite (§2).

§ 1 Si le cédant ne dirige pas une petite entreprise...

948. Si sur le plan de l'organisation de l'entreprise, de son développement, des repreneurs potentiels à la reprise dans le bâtiment, les entreprises de taille significative sont favorisées quant à leur transmission, sur le plan fiscal, le législateur est bienveillant à l'égard des plus petites. Conscient des difficultés de reprise de ces dernières, deux régimes d'exonération coexistent permettant au contribuable d'être exonéré des impôts de plus-values dus lors de la transmission de son entreprise. Selon nous, ces régimes ont des ressemblances en ce qu'ils sont caractérisés par des seuils qui constituent l'élément déclencheur de leur application. La différence réside dans le choix du régime, le premier ayant comme base le chiffre d'affaires de l'entreprise (A) quand le second est basé sur le prix de cession (B).

⁸⁵⁷ Jusqu'au 31 décembre 2011, les droits d'enregistrement étaient de 3% pour les actions, parts sociales et entreprise individuelle après application d'un abattement de 23 000 € pour ces deux dernières catégories de biens. Les actions bénéficiaient d'un régime spécial puisqu'un plafond de 5 000 € par mutation était prévu. Au 1^{er} janvier 2012 un régime hybride a vu le jour avec un taux progressif pour les sociétés par actions allant de 0,25% à 3%, les autres barèmes demeuraient inchangés.

A/ Une exonération basée sur le chiffre d'affaires de l'entreprise

949. Lors de la cession de son entreprise, un dirigeant peut se prévaloir d'un régime d'exonération visant ses plus-values professionnelles. Ce régime plusieurs fois modifié par le législateur est entouré de conditions d'application (2°), mais son principe de déclenchement est basé sur le montant de chiffre d'affaires de l'entreprise cédée (1°).

1°un principe de déclenchement basé sur le chiffre d'affaires

950. Le législateur a considéré que les plus-values générées par la cession d'entreprises modestes devaient être exonérées pour le contribuable à raison de certaines conditions. Ce régime spécifique, ancien⁸⁵⁸, souvent qualifié par les praticiens de régime « d'exonération des petites entreprises », constitue, à notre sens, un accélérateur de transmission des petites entreprises. En effet, le régime opère la levée du frein fiscal en évitant la « terreur des exploitants qui s'apprêtent à vendre leur entreprise »⁸⁵⁹. C'est pourquoi, souhaitant favoriser la transmission des petites entreprises, le législateur et l'administration fiscale « ont une indulgence particulière »⁸⁶⁰ envers les dirigeants de petites structures.

951. Ce dispositif originel d'exonération, datant de 1976, a été à plusieurs reprises modifié et amélioré. Une modification d'importance est intervenue à l'occasion de la loi du 1^{er} août 2003 tout en conservant l'esprit du texte initial⁸⁶¹. Lors de la loi de finance rectificative pour 2005, le régime a été réformé une dernière fois de manière sensible⁸⁶². C'est l'article 151 septies du code général des impôts qui codifie ce régime et rappelle le principe selon lequel le régime d'exonération est basé sur un montant de chiffre d'affaires⁸⁶³ ou plus précisément de niveau de recettes annuelles.

⁸⁵⁸ La première loi instituant le régime date du 19 juillet 1976, n° 76- 660.

⁸⁵⁹ M. Cozian, *Les métamorphoses fiscales de l'entreprise individuelle*, JCP E, n° 26, 25 juin 1992, 157.

⁸⁶⁰ *Idem*.

⁸⁶¹ Loi du 1^{er} août 2003, n° 2003-721, JO n° 179 du 5 août 2003, p. 13449, art.41.

⁸⁶² Loi de finance rectificative du 30 décembre 2005, n° 2005-1720, art. 37.

⁸⁶³ CGI, art 151 septies : « les plus-values de cession [...] sont exonérées pour la totalité de leur montant lorsque les recettes annuelles sont inférieures ou égales [...] : à 250 000 euros s'il s'agit d'entreprises dont le commerce principal est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir le logement, à l'exclusion de la location directe ou indirecte de locaux d'habitation meublés ou destinés à être loués meublés, ou s'il s'agit d'entreprises exerçant une activité agricole ; à 90 000 euros s'il s'agit d'autres entreprises ou de titulaires de bénéfices non commerciaux ».

952. Ainsi, dans le cadre de notre étude, les entreprises de bâtiment entrent dans le critère réalisant des recettes annuelles inférieures ou égales à 90 000 euros. En effet, l'activité concernée est celle liée à une activité de prestations de services et est donc comprise dans le second cas de figure visé par le code général des impôts.

953. Les réformes successives ont modifié le régime initial en l'adaptant à l'environnement économique et fiscal de la transmission d'entreprise. En conséquence, la loi du 1^{er} août 2003 a tout d'abord élargi les conditions d'exonération en instituant une exonération partielle dégressive visant à éviter les effets de seuils tenant au montant des recettes maximales permettant d'accéder au régime. Ensuite la loi du 30 décembre 2005 a davantage encadré la possibilité d'être exonéré en réservant son application aux activités exercées à titre professionnel entraînant l'exclusion des activités de location-gérance⁸⁶⁴. Le montant des recettes et son appréciation sont également modifiés.

954. Si le régime a subi des modifications législatives successives, il est un point sur lequel le législateur n'est jamais revenu : l'assiette de calcul est celle de l'impôt sur le revenu du contribuable dépendant du régime des plus-values professionnelles⁸⁶⁵. Ainsi, l'exonération est réservée aux personnes réalisant l'opération de cession d'un bien entrant dans le cadre d'une activité professionnelle. Il convient donc de définir le terme « activité professionnelle ». La loi, assistée de l'administration fiscale, a proposé une définition. Celle-ci retient que l'exercice d'une activité à titre professionnel implique la participation personnelle, directe et continue à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité. Elle ajoute que « lorsque la gestion de l'activité est confiée en droit ou en fait à une personne qui n'est pas membre du foyer fiscal par l'effet d'un mandat, d'un contrat de travail ou de toute autre convention »⁸⁶⁶, l'exonération ne peut jouer.

955. Il s'agit donc, à notre sens, d'une double limite de mise en jeu du régime exonératoire.

956. D'une part, seules les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu sont visées par le texte, à l'exclusion de celles soumises à l'impôt sur les sociétés. Si le texte entend favoriser le jeu des transmissions de petites entreprises, il n'en demeure pas moins qu'à

⁸⁶⁴ CGI, art. 151 septies : « [...] l'exercice à titre professionnel implique la participation personnelle, directe et continue à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité [...] ».

⁸⁶⁵ CGI, art. 151 septies : « [...] les plus-values de cession soumises au régime des articles 39 duodécies à 39 quindecies [...] ».

⁸⁶⁶ CGI, art. 156, I, 1^o bis.

l'heure d'une forte ingénierie juridique, y compris pour les petites entreprises, cela emporte un effet pervers. Celui d'un risque d'accroissement de l'inorganisation juridique des entreprises ou plutôt d'une organisation limitée à la seule entreprise individuelle. Cela nous semble être en inadéquation avec les récentes réformes visant à séparer et à organiser les patrimoines personnels et professionnels, et à optimiser la sécurisation juridique de l'activité des dirigeants d'entreprises⁸⁶⁷. Cependant, au-delà de la seule organisation par l'entreprise individuelle, les cessions opérées par des sociétés de personnes peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 151 septies du code général des impôts. Certaines entreprises sont en effet organisées sous une forme sociale permettant d'opter pour l'impôt sur le revenu, ce qui les autorise à bénéficier de l'exonération du régime⁸⁶⁸.

957. D'autre part, la location-gérance, suite aux modifications législatives, est définitivement exclue du dispositif. L'instruction fiscale du 13 mai 2009 précise ce point par le jeu de l'exercice direct du contribuable dans l'activité professionnelle⁸⁶⁹. M. Lubin précise que « la notion de participation directe exige que le contribuable s'implique dans la gestion opérationnelle de l'entreprise ». En d'autre terme, il est nécessaire qu'il y « consacre une partie de son temps »⁸⁷⁰.

958. À notre sens, ces deux limites sont des freins à la mise en œuvre du régime d'exonération pour la transmission d'entreprise. Le législateur a fait le choix de restreindre l'accès au régime pour les seules entreprises à l'IR. Or, il semble que si ce dernier vise à favoriser la transmission de petites entreprises avec ce dispositif, l'option fiscale ne nous semble pas pertinente tant l'explosion des structures juridiques a fait naître de nombreuses entreprises soumises à l'IS tout en demeurant des petites entreprises. Ce régime est également limité par des conditions d'application (2°) strictes qu'il convient d'aborder.

⁸⁶⁷ V. en ce sens, la loi du 4 août 2008, n° 2008-776 de modernisation de l'économie sur le principe de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant et la du 15 juin 2010 n° 2010-658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

⁸⁶⁸ A titre d'exemple, les SARL de famille peuvent opter pour l'imposition sur le revenu en lieu et place de l'impôt sur les sociétés.

⁸⁶⁹ Instr. 13 mai 2009 : BOI 5 K-01-09, 2 juin 2009.

⁸⁷⁰ JJ Lubin, *Exonération des plus-values professionnelles des petites entreprises richesses et précision de l'instruction administrative font oublier une parution tardive*, JCP N, n° 10, oct. 2009, 7.

2°les conditions d'application

959. Le code général des impôts, dans son article 151 septies, cible deux conditions principales à remplir pour que le contribuable bénéficie du régime d'exonération des plus-values. Tout d'abord, le montant des recettes (a) ne doit pas excéder un certain montant. Ensuite, l'activité du cédant doit avoir été maintenue pendant un certain temps avant la transmission, conduisant à une durée d'activité (b) minimale exigée pour emporter pleine application du régime.

a) le montant des recettes

960. L'administration fiscale retient un montant maximal de recettes au-dessus duquel le régime exonératoire n'est pas applicable. Visé à l'article 151 septies du code général des impôts, l'entreprise de bâtiment ne doit pas réaliser plus de 90 000 euros de recettes annuelles pour entrer dans le cadre du dispositif⁸⁷¹. Toutefois, deux aménagements sont venus modifier le calcul de prise en compte des recettes annuelles.

961. Tout d'abord, la loi du 1^{er} août 2003 a relevé les seuils de recettes en instituant une exonération partielle en cas de dépassement visant à réduire l'effet pervers de seuils. Ainsi, dans le cas d'une entreprise de bâtiment, le contribuable sera totalement exonéré si l'entreprise cédée réalise moins de 90 000 euros de recettes, et partiellement si ce montant se situe dans une fourchette allant de 90 000 à 126 000 euros. Au-delà de ce montant, l'exonération ne jouera pas⁸⁷².

962. Ensuite, la loi de finance rectificative du 30 décembre 2005, en son article 37⁸⁷³, a modifié l'appréciation de la prise en compte des recettes. Cette disposition énonce que « le montant des recettes annuelles s'entend de la moyenne des recettes, appréciées hors taxes, réalisées au titre des exercices clos, ramenés le cas échéant à douze mois, au cours des deux années civiles qui précèdent la date de clôture de l'exercice de réalisation des plus-values »⁸⁷⁴.

963. L'objectif de ces deux aménagements est d'éviter l'effet de seuils au-dessus duquel l'exonération ne joue plus. L'exonération partielle apporte une souplesse dans

⁸⁷¹ cf Supra.

⁸⁷² V. en ce sens l'article 151 septies du code général des impôts, II, 1° et 2°.

⁸⁷³ Loi de finance rectificative du 30 décembre 2005, n° 2005-1720, art. 37.

⁸⁷⁴ CGI, art. 151 septies, IV.

l'application du régime en élargissant la base des contribuables pouvant en bénéficier. De plus, la prise en compte de recettes annuelles moyennes vise, selon nous, à encourager le cédant à ne pas réduire artificiellement son chiffre d'affaires l'année de la cession dans le seul objectif fiscal. Dans le secteur du bâtiment, il est particulièrement aisé de réduire son activité, de décaler temporairement la mise en chantier d'un ouvrage ou de jouer sur les encours de stocks de production.

964. La volonté du législateur est, à n'en pas douter, de favoriser la transmission des petites entreprises tout en maintenant un niveau d'activité qui rende l'entreprise transmissible. En effet, le risque, pour le cessionnaire, réside dans une activité réduite de l'entreprise sur les derniers mois ou les dernières années avant la reprise. Le cédant peut ainsi ressentir une certaine lassitude ou une volonté manifeste de freiner son développement lié au risque de ne pas transmettre son entreprise et envisageant la cessation de l'activité plutôt que la transmission. C'est d'autant plus vrai dans le bâtiment puisque les devis et les engagements pris avec les clients sont parfois prévus de longs mois avant la réalisation du chantier. Ainsi, une absence de visibilité sur la transmission de l'entreprise peut conduire le dirigeant à réduire son activité, ce qui peut poser des difficultés lors de sa transmission. Le cessionnaire souhaite en effet reprendre une entreprise qui évolue dans un environnement favorable à la poursuite de l'activité, et dans laquelle la clientèle notamment est présente et fidèle.

965. Le législateur, s'il a prévu une harmonisation des recettes par le jeu d'une moyenne sur les deux dernières années civiles, n'a peut-être pas imaginé le possible effet pervers pour la transmission. A notre sens, cette moyenne ne doit pas envoyer un signal visant à encourager le cédant à réduire son activité non pas sur une seule année mais sur les deux dernières années afin de préparer sa transmission. La réduction de l'activité pour le seul avantage fiscal risque d'entraîner un affaiblissement des chances de transmission.

966. La question se pose de savoir comment est calculé le montant des recettes lors de la cession pour l'année en cours. Sur ce point, le Conseil d'Etat a précisé qu'il convenait de retenir un rapport basé sur un nombre de jours et non celui d'un rapport avec le nombre de mois⁸⁷⁵. Ce mode de calcul, s'il nous semble gagner en précision, n'est pas

⁸⁷⁵ CE, 3^e et 8^e ss-sect., 19 févr. 2003, Belmonte, req. n° 224268 : « [...] le franchissement de ce seuil est évalué selon les modalités prévues à l'article 202 bis du code général des impôts, qui imposent de ramener les recettes

nécessairement plus favorable pour le cédant et peut réduire le champ d'application du texte⁸⁷⁶. Le Conseil d'Etat retient donc un rapport à une année de 365 jours, et non pas de douze mois, ce qui pousse M. Jean-Luc Pierre à s'interroger sur ce qu'il faudra faire en présence d'une année bissextile⁸⁷⁷.

967. Enfin, sur le terrain de la prise en compte des recettes du cédant quant au plafond à retenir, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur ce point. Ce dernier estime, dans un arrêt portant sur une exploitation agricole, que le montant de recettes s'apprécie « au regard de l'ensemble des recettes dont il dispose »⁸⁷⁸. Ainsi, peuvent être retenues les recettes liées à l'exercice d'une activité exercée à titre individuel auxquelles s'ajoute la quote-part des recettes provenant de sociétés ou de groupements non soumis à l'IS, correspondant aux droits détenus par le contribuable dans lesdites sociétés.

968. Cette décision confirme les dispositions de l'article 37 de la loi de finance rectificative pour 2005⁸⁷⁹ en la matière. Cette disposition précise également, sur le terrain de la prise en compte des recettes, que ces dernières doivent être retenues hors taxes et non plus toutes taxes comprises⁸⁸⁰. Dans le secteur du bâtiment, où le taux réduit de TVA occupe une place prépondérante, cette mesure est particulièrement adaptée puisqu'elle vise, selon nous, à gommer des éventuelles différences de traitement entre des contribuables. En effet, un entrepreneur dont le métier est le gros œuvre n'est quasiment jamais concerné par le taux réduit de TVA, alors que les métiers du second œuvre, qui ont une majorité de chantiers axée sur la rénovation de logements, facture à ses clients avec un taux réduit. Nous considérons que la prise en compte d'un chiffre d'affaires hors taxes est favorable à une meilleure application du régime dans le secteur du bâtiment.

969. Le montant retenu comme plafond de recettes est cependant constitutif d'un frein à la mise en œuvre du dispositif. Le faible montant est la première cause d'inapplicabilité,

de la période écoulée entre le 1^{er} janvier et la date de la cession à celles d'une année entière, en les multipliant par le rapport entre le nombre de jours de ladite période et 365, et non pas le rapport entre le nombre, éventuellement décimal, de mois correspondant à cette période et 12 ».

⁸⁷⁶ J. L. Pierre, *Plus-values des entreprises individuelles et des sociétés de personnes en fin d'exploitation*, Dr. sociétés, n° 6, juin 2003, comm.116.

⁸⁷⁷ *Idem*.

⁸⁷⁸ CE, sous-sections 8 et 3 réunies, 7 nov. 2008, Rec. Lebon, 2008, p. 721.

⁸⁷⁹ Loi de finance rectificative du 30 décembre 2005, n° 2005-1720, art. 37.

⁸⁸⁰ Dr. fis., *Réforme du régime d'exonération des plus-values réalisées par les petites entreprises*, n°5, 2 févr. 2006, comm. 106.

auquel s'ajoute une prise en compte des revenus d'ensemble du contribuable. Ce régime est doublé d'une autre condition, liée à la durée d'activité (b) du contribuable.

b) la durée d'activité

970. Outre un montant maximum de recettes, l'article 151 septies du code général des impôts pose une autre condition au cédant⁸⁸¹. Ce dernier doit avoir exercé pendant cinq années son activité avant de la céder. Plusieurs questions se sont posées quant à ce délai de cinq ans.

971. L'administration fiscale a précisé dans une instruction du 13 mai 2009 que « le délai de cinq ans court à compter de la date du début de l'exercice effectif à titre professionnel de l'activité et s'achève à la date de clôture de l'exercice ou à la fin de la période d'imposition au titre duquel ou de laquelle la plus-value nette est déterminée »⁸⁸². Si l'instruction paraît très claire, la jurisprudence apporte toutefois sa vision et des éclaircissements sur des cas particuliers liés à cette durée d'activité.

972. La question s'est ainsi posée dans le cadre de la location-gérance. L'article 37 de la loi de finance rectificative de 2005 précité avait déjà admis que le bénéfice de la mesure était réservé aux activités exercées à titre professionnel, ce qui avait pour effet d'exclure notamment les activités de location-gérance.

973. Il en ressort une clarification de la loi visant à éviter des montages artificiels de location de fonds à soi-même dans le seul but de limiter les recettes, qui provoquaient également des interruptions dans le délai de cinq ans, créant un contentieux fourni avec l'administration fiscale⁸⁸³.

⁸⁸¹ CGI, art. 151 septies : « [...] les plus-values de cession soumises au régime des articles 39 duodécies à 39 quindecies, à l'exception de celles afférentes aux biens entrant dans le champ d'application du A de l'article 1594-0 G et réalisées dans le cadre d'une des activités mentionnées au I sont, à condition que l'activité ait été exercée pendant au moins cinq ans, exonérées [...] ».

⁸⁸² Instr. 13 mai 2009, 5-K-I-09, § 46.

⁸⁸³ Voir en ce sens, CE, ss 10 et 9 réunies, du 14 janvier 2004, Rec. Lebon 2004, dans lequel il est précisé que « la durée de cinq ans d'activité ouvrant droit à exonération doit s'entendre d'une durée ininterrompue de mise en location-gérance jusqu'à la date de cession ». CE, ss 3 et 8 réunies, 19 nov. 2008, Rec. Lebon 2008, dans lequel il est indiqué que dans le cas d'une activité faisant l'objet d'un contrat de location-gérance ou d'un contrat comparable, ce délai est décompté à partir de la mise en location ».

974. Ensuite, s'est logiquement posée la question de l'interruption éventuelle du délai de cinq ans par suite d'un entrepreneur ayant exploité sous différentes formes juridiques. L'instruction fiscale du 13 mai 2009 apporte des précisions utiles sur ce point. L'administration considère que « lorsque la même activité est exercée de plusieurs fonds, établissements ou exploitations, que ce soit successivement ou conjointement, les délais d'exploitation des différents fonds, établissements ou exploitations sont cumulés pour l'appréciation du délai de cinq ans »⁸⁸⁴. La position de l'administration ne sera pas la même pour des activités différentes ou en cas de cessation ou changement d'activité⁸⁸⁵.
975. Dans ce cas, il convient de retenir le délai pour chaque activité. Cette position, selon nous, entend ne pas faire entrave à l'organisation juridique des exploitations, en maintenant l'application du régime tout en préservant les éventuels abus de droit. Par exemple, dans le bâtiment, il serait aisé pour un plombier chauffagiste qui entend exercer une activité nouvelle de maintenance en chaudière d'ajouter cette activité pour la céder, tout en souhaitant que celle-ci entre dans le délai de cinq ans de son activité dite « historique ». Dans cette hypothèse, on ne saurait trop conseiller à ce dirigeant de distinguer ses activités de manière autonomes, en identifiant les besoins matériels, humains et de clientèle pour chaque activité.
976. Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 17 mai 1995, il est précisé que « il était nécessaire d'admettre que l'exercice de son activité à titre individuel à Colombes était la poursuite de son activité antérieure en société de fait à Asnières et qu'il ne fallait pas seulement prendre en compte la durée de détention du fonds de commerce cédé mais bien la durée totale d'exercice de l'activité de cordonnerie de M. Peso »⁸⁸⁶.
977. A cet effet, Me Blancpain souligne que l'intérêt de cet arrêt est dans l'affirmation d'une règle générale soulignant qu'il « convient de tenir compte de la période durant laquelle le contribuable a exercé son activité tant à titre d'exploitant individuel qu'en tant qu'associé d'une des sociétés visées à l'article 8 CGI »⁸⁸⁷.
978. Enfin, dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété, la question s'est posée de savoir si le nu-propriétaire pouvait être regardé comme co-exploitant du fonds avec les

⁸⁸⁴ Instr. 13 mai 2009, 5-K-I-09, § 51.

⁸⁸⁵ Idem, § 50 et 52.

⁸⁸⁶ CE, ss 8 et 9 réunies, 17 mai 1995, Jurisdata n° 1995-044861.

⁸⁸⁷ F. Blancpain, B. Le Griel, Cahier de jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, JCP G, 28 févr. 1996, I 3912.

usufruitiers et ainsi remplir la condition de durée d'activité. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur ce point en exigeant que le nu-propriétaire appartienne à une société de fait constituée avec les usufruitiers⁸⁸⁸. Si tel n'est pas le cas, le régime n'est applicable.

979. La position du Conseil d'Etat repose sur une participation à la gestion du fonds et la nécessité d'une société de fait déclarée à l'administration fiscale afin que cette participation ait un fondement et une existence pour les tiers.

980. Ainsi, l'exigence de cette durée d'activité de cinq ans sera, en pratique, relativement facile à atteindre en dehors des cas particuliers que nous venons de souligner. Le dirigeant doit toutefois veiller à ne pas opérer des montages juridiques qui viendraient remettre en cause la durée d'activité et l'exonération qui l'accompagne.

981. En conclusion, l'exonération codifiée à l'article 151 septies du code général des impôts est relativement simple et efficace à mettre en œuvre. Pour autant, dans le bâtiment, le seuil de 90 000 € est le principal frein à une application du régime. Ce seuil de recettes sera rapidement atteint et ne concernera donc que les seules entreprises artisanales. En effet, en pratique, nous n'avons jamais pu utiliser ce régime d'exonération dans une transmission, principalement en raison de ce seuil. Aussi, dans le secteur du bâtiment, les entreprises artisanales réalisant le montant de recettes édicté par le code général des impôts, font le plus souvent l'objet d'une cessation d'activité et rarement d'une transmission. En effet, le fort *intuitu personae* entourant l'entreprise artisanale rend très difficile voire impossible sa transmission. C'est pourquoi, en pratique, l'exonération basée sur le prix de cession de l'entreprise (B) sera plus régulièrement utilisée.

B/ Une exonération basée sur le prix de cession de l'entreprise

982. Le législateur a introduit un régime d'exonération au profit du dirigeant d'entreprise ayant comme base la valeur des éléments transmis par ce dernier. Comportant des seuils de déclenchement pour être applicable, son domaine d'application est restreint (1°), tout en intégrant des conditions d'application (2°) qui nous semblent limitatives.

⁸⁸⁸ CE, ss 3 et 8 réunies, 28 avril 2006, Rec. Lebon 2006.

1° un domaine d'application restreint

983. Ce régime d'exonération a été introduit par le législateur lors de l'élaboration de la loi de finance rectificative du 30 décembre 2005⁸⁸⁹. Codifié à l'article 238 quindecies du code général des impôts, il permet aux contribuables d'être exonérés d'impôt de plus-values lorsque la valeur des éléments transmis n'excède pas un seuil fixé par la loi⁸⁹⁰. Comme le rappelle très justement le Professeur Deboissy, inspirée par la pensée de Cozian, la loi tend à privilégier la « valorisation » de l'entreprise et ce même si les recettes dépassent le plafond permettant l'exonération de l'article 151 septies⁸⁹¹.

984. Les biens concernés par le régime sont ceux concernant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Les entreprises du bâtiment sont donc éligibles par essence. Toutefois, la transmission ne peut concerner que l'entreprise individuelle ou une branche complète d'activité. Cette précision laisse à penser à Me Masquelier que « ce dispositif réserve ses faveurs aux cessions de branches complètes d'activité »⁸⁹². Ainsi, les droits sociaux de société semblent exclus du régime. Cela nous apparaît préjudiciable pour une application généralisée du régime. En effet, à notre sens, le mode de transmission de l'entreprise de bâtiment par la cession des actions ou des parts sociales doit être privilégié⁸⁹³. Toutefois, le régime prévoit la possibilité de céder les droits sociaux de la société dans laquelle le contribuable exerce son activité professionnelle si celle-ci est imposée au titre de l'impôt sur le revenu du contribuable⁸⁹⁴.

985. Selon nous, il aurait été intéressant d'étendre l'application du régime aux PME assujetties à l'impôt sur les sociétés. Celles-ci ne sont en effet concernées par le jeu de l'article 238 quindecies que lors de la cession d'une branche complète d'activité. Dès lors,

⁸⁸⁹ Loi de finance rectificative du 30 décembre 2005, n° 2005-1720, art. 34.

⁸⁹⁰ CGI, art. 238 quindecies : « [...] sont exonérées pour la totalité de leur montant lorsque la valeur vénale des droits ou parts transmis est inférieur à 300 000 €, une partie de leur montant lorsque la valeur des droits ou parts transmis est supérieur à 300 000 € et inférieure à 500 000 € ».

⁸⁹¹ M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis Fiscal, Lexisnexus, 2012-2013, 36^{ème} éd, p. 667, § 1672.

⁸⁹² F. Masquelier, N. Simon de Kergunic, E. Brancaloni, P. Callède, *Transmission et cession d'entreprise*, Edition Delmas, 2008, 5^{ème} éd, p. 95, § 664.

⁸⁹³ V. en ce sens, nos développements liés à la préparation de l'entreprise à la transmission et à la transformation de l'objet cédé figurant dans la première partie de notre étude.

⁸⁹⁴ Sénat, Régime des plus-values professionnelles taxables à 16 % pour les entreprises individuelles, Secrétariat d'Etat au commerce, à l'artisanat, aux petites et moyennes entreprises, au tourisme et aux services, Question orale sans débat n° 176S, Mme Elisabeth Lamure.

il convient de définir précisément ce qui peut être considéré, dans l'entreprise, comme une branche complète d'activité.

986. C'est la Communauté Européenne qui a précisé, dans une directive, ancienne, qu'une branche complète d'activité se définit « comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, d'un point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens »⁸⁹⁵. Par suite, le droit fiscal, à travers ses dispositions concernant les apports partiels d'actifs, a adopté cette définition et l'a fait évoluer dans une succession de textes. Ainsi, l'instruction du 25 février 2005⁸⁹⁶ renvoie aux dispositions des apports partiels d'actifs⁸⁹⁷ pour définir la branche complète d'activité qui doit être appliquée dans le cadre de l'article 238 quaterdecies⁸⁹⁸.

987. A ces définitions, le Professeur Le Cannu ajoute qu'il s'agit d'une « exploitation autonome susceptible de fonctionner par ses propres moyens ». Il précise qu'il « s'agit du patrimoine d'une entreprise, sachant qu'une société peut, dans son propre patrimoine, avoir de quoi constituer plusieurs entreprises, mais qu'elle n'a pas nécessairement un patrimoine constituant une branche autonome et complète d'activité »⁸⁹⁹. Le Conseil d'Etat a précisé dans un arrêt récent que « la transmission d'une branche complète d'activité est, au regard de la finalité poursuivie par le législateur, subordonnée au transfert effectif du personnel nécessaire à la poursuite d'une exploitation autonome de l'activité »⁹⁰⁰. Cette décision nous semble revêtir une importance particulière dans les entreprises de bâtiment. En effet, dans ces dernières, la main d'œuvre et la compétence technique des collaborateurs ont une valeur souvent supérieure aux actifs immobilisés pour la bonne marche de l'entreprise. C'est pourquoi, un personnel identifié et compétent doit être maintenu autant que faire se peut par le dirigeant de l'entreprise.

988. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est également prononcée sur ce point, indiquant « qu'un ensemble d'actions représentant cent pour cent du capital d'une

⁸⁹⁵ Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990.

⁸⁹⁶ Instr., 25 févr. 2005, 4 B-1-05, § 32 et 33.

⁸⁹⁷ V. en ce sens, l'article 210 B du code général des impôts.

⁸⁹⁸ L'instruction fiscale du 29 décembre 2009 (4 B-1-10) ayant trait à l'article 238 quaterdecies renvoi précisément à l'instruction du 25 février 2005 pour définir la branche complète d'activité.

⁸⁹⁹ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 4^{ème} éd, p. 1028, § 1648.

⁹⁰⁰ CE ss 8 et 3 réunies, 13 juill. 2012, SAS Ondupack, Jurisdata n° 2012-016622.

société ne constitue pas pour autant une branche d'activité »⁹⁰¹. Dans le secteur du bâtiment, on peut par exemple trouver une entreprise de plomberie chauffage détenant par ailleurs des contrats de maintenance auprès des clients chez qui elle a réalisé ses installations, mais également d'autres clients chez lesquels elle ne réalise que les opérations de maintenance. Des groupes de bâtiment se sont spécialisés dans le rachat de ce type de contrats récurrents. Dans cette hypothèse, et pour que le cédant bénéficie du régime de l'article 238 quindecies lors de la cession de ses activités de maintenance, il sera nécessaire de vérifier que celles-ci sont autonomes et indépendantes de l'activité d'installation. En pratique, certains salariés devront être affectés à cette seule activité et disposer de moyens matériels propres (camions, matériels électroportatifs par exemple). Une organisation opérationnelle sera également la bienvenue afin de savoir ce qui fait « partie » de la branche d'activité. Sur ce point, le professeur Germain considère que « la détermination exacte de ce qui est transmis, c'est-à-dire de ce qui fait partie de la branche d'activité est un point délicat » ajoutant qu'en l'absence de précision « tout droit ou obligation relevant de la branche d'activité » devrait y être rattaché⁹⁰².

989. Ainsi, l'article 238 quindecies concerne, dans le cadre d'une transmission d'entreprise, de manière quasi systématique une cession d'entreprise individuelle ou une cession de branche complète d'activité. Le dirigeant dont la société est assujettie à l'impôt sur les sociétés sera donc exclu du régime pour une cession d'ensemble de son entreprise. Le dispositif est donc limité dans son application. Le dirigeant sera donc tenté, en pratique, de proposer la cession du seul fonds de commerce à l'acquéreur. Ce fonds, inscrit à l'actif du bilan de sa société, sera revalorisé pour être intégré à une société nouvellement constituée par l'acquéreur. Cette opération imposera également au cessionnaire d'opérer une recherche de financement plus approfondie, puisqu'il devra financer le besoin en fonds de roulement de l'entreprise, les disponibilités restant acquises au cédant.

990. Le régime trouve également un intérêt pour les entreprises dont l'organisation juridique est limitée à l'exploitation individuelle. Dans ce cadre, la cession de l'entreprise individuelle pourra être assimilée à une transmission d'entreprise. Cela conduit même le Ministère de l'Economie à souligner que grâce au régime de l'article 238 quindecies

⁹⁰¹ CJCE, MUWI BOUW GROUP BV/ STAATSSECRETARIES VAN FINANCIERS, 13 déc. 1991, n° Jurisdata : 1991-6000019.

⁹⁰² M. Germain, V. Magnier, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, LGDJ, tome 2, 20^{ème} éd, p. 724, §1989.

notamment, « de très nombreuses transmissions d'entreprises peuvent aujourd'hui bénéficier d'un abattement ou d'une exonération de plus-value »⁹⁰³. Nous ne partageons cependant pas son point de vue, considérant que l'exclusion du régime pour les cessions de titres sociaux de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés est un véritable frein au développement du dispositif. De telles sociétés ne sont concernées par le régime que dans le cas d'une cession de branche complète d'activité. Même s'il faut souligner que ce régime présente l'avantage d'être pérenne⁹⁰⁴, ce qui crée une sécurité juridique et fiscale pour les futurs cédants, il reste attaché mécaniquement aux petites entreprises. A notre sens, ce n'est pas tant le montant du seuil maximum fixé à 500 000€ qui nous conduit à cette déduction mais plutôt l'exclusion de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. En pratique, les prix de cession dans le secteur du bâtiment sont plus faibles que dans le secteur industriel, ce qui s'explique par l'absence d'un outil de production et d'immobilisations importantes. Ainsi, le régime aurait, selon nous, pu connaître un essor plus grand en intégrant les titres sociaux de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés.

991. Enfin, sans étendre son régime d'application, le régime a connu une évolution majeure en prenant en compte la question délicate de la location-gérance. La loi du 30 décembre 2005 a introduit la prise en compte de la cession d'activité en location-gérance. Absent du régime précédent, cela répondait à une attente de dirigeants de PME qui avaient réalisé des montages favorisant les repreneurs par le jeu de contrats de location-gérance. Or, l'administration fiscale considérait qu'il s'agissait là « d'éléments d'actifs isolés s'apparentant à une opération patrimoniale »⁹⁰⁵. Le législateur a donc « étendu substantiellement le champ d'application notamment en faveur des activités de location-gérance »⁹⁰⁶. Toutefois, le législateur impose que l'ensemble des règles d'applications du régime⁹⁰⁷ soient remplies, ajoutant pour ce type de cession deux conditions complémentaires. L'activité doit avoir été exercée cinq ans à la date de mise en location,

⁹⁰³ JOAN, Q, Economie, industrie et emploi, plus-values : imposition, exonération, entreprises et fonds de commerce, réglementation, question écrite n° 1863, 31 juillet 2007.

⁹⁰⁴ JOAN, Q, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, plus-values : imposition, activités professionnelles, exonération, réglementation, « l'article 34 de la loi de finances rectificative pour 2005 a instauré un dispositif pérenne d'exonération des plus-values professionnelles à l'occasion de la transmission d'une entreprise », question écrite n° 95581, 30 mai 2006.

⁹⁰⁵ JOAN, Q, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Plus-values : imposition, exonération, transmissions d'entreprises, contrat de location-gérance, réglementation*, n° 79041, 22 nov. 2005.

⁹⁰⁶ *Idem.*

⁹⁰⁷ Rép. Zochetto, n° 22549, JO du 21 déc. 2006, Sén. Quest., p. 3166.

et la cession doit intervenir au profit du locataire⁹⁰⁸. Concernant la durée de cinq ans, il est opportun de préciser que l'activité doit avoir été exercée pendant cinq ans avant la mise en location. C'est donc la durée d'exploitation directe du loueur, avant la location, qui est prise en compte. Ces conditions complémentaires s'apparentent davantage à un renforcement du contrôle des opérations, visant, selon nous, à éviter que des dirigeants cèdent leur entreprise à eux-mêmes en bénéficiant de l'exonération du dispositif. Ces conditions liées à la location-gérance nous imposent d'approfondir, de manière générale, les conditions d'application (2°) du régime.

2° les conditions d'application

992. L'application du régime exonératoire de l'article 238 quindecies est conditionnée au respect de deux conditions : une durée minimale d'exercice de l'activité (a) mais aussi une absence de liens entre le cédant et le cessionnaire (b).

a) une durée minimale d'exercice de l'activité

993. Le bénéfice de l'exonération d'impôt de plus-value de l'article 238 quindecies du code général des impôts est subordonné à une durée minimum d'exercice de l'activité. Il est donc nécessaire que l'activité ait été exercée pendant au moins cinq ans avant la transmission. L'instruction fiscale du 29 décembre 2009 précise sur ce point que la durée « de cinq ans court à compter de la date de début effectif de l'activité et s'achève à la date de transmission de l'entreprise individuelle, de la branche complète d'activité ou des éléments assimilés à une branche complète »⁹⁰⁹.

994. L'appréciation du délai de cinq ans diffère selon le bien transmis.

995. Ainsi, pour une entreprise individuelle, le délai court à compter de la date du début de l'exercice effectif de l'activité, de la date de création ou d'acquisition de l'entreprise. Il s'apprécie activité par activité. Dans notre hypothèse d'entreprise de plomberie chauffage souhaitant transmettre sa branche maintenance, le dirigeant devra avoir exercé cette

⁹⁰⁸ JCP N, *Transmission d'entreprise individuelle : l'exonération des plus-values bénéficie également aux activités en location-gérance*, n° 45, 10 nov. 2006, act. 644, Rép. Roques, n° 93895, JOAN, Q, 24 oct. 2006, p. 11063.

⁹⁰⁹ Instr., 29 déc. 2009, 4-B-1-10, § 12.

activité pendant cinq ans s'il souhaite se prévaloir de l'exonération. A l'inverse, si ce dernier avait acquis un fonds de commerce dans une activité similaire, il aurait la possibilité de céder un de ses fonds en bénéficiant du délai de cinq ans du premier fonds si ceux-ci constituent une seule et même activité. A notre sens, l'administration retient l'existence d'entreprises distinctes pour refuser un éventuel cumul, ce qui doit inciter les dirigeants à organiser juridiquement leur exploitation.

996. Dans le cas d'une transmission de droits sociaux, le délai s'apprécie à compter de la date de début d'activité, de la date de souscription ou d'acquisition des droits sociaux. Dans l'hypothèse d'un dirigeant ayant exercé une activité individuelle puis ayant apporté son fonds à une société, l'administration fiscale et le juge administratif ont des visions différentes. Si l'administration fiscale considère que le délai précédent l'apport peut être pris en compte, elle impose que cet apport ait été fait sous le régime du report d'imposition de l'article 151 octies du code général des impôts. Or le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur ce point indiquant que « les activités à titre individuel et dans le cadre de la société doivent être cumulées pour apprécier le délai de cinq ans, et ce, sans qu'aucune distinction soit faite concernant les modalités de la mise en société de l'entreprise individuelle »⁹¹⁰.

997. Enfin, dans le cadre d'une branche complète d'activité, le délai est décompté branche par branche en prenant pour référence la date de création ou d'acquisition de la branche qui correspond au démarrage effectif de l'activité.

998. Ainsi, quel que soit le bien transmis, le dirigeant devra s'assurer que le délai est rempli pour éviter une remise en cause de l'exonération. En pratique, cette condition est atteignable facilement, sauf à être en présence de montages d'organisation juridique inadaptés. Le régime impose également une autre condition constituée par une absence de lien entre cédant et cessionnaire (b).

⁹¹⁰ CE, ss-sec. 8 et 3 réunies, 13 janv. 2010, n° 301985, Rec. Lebon.

b) une absence de lien entre cédant et cessionnaire

999. Poursuivant un objectif de transmission réelle de l'entreprise, le législateur a prévu une absence de lien entre le cédant et le cessionnaire. Le cédant ne doit pas céder « à lui-même » son entreprise tout en bénéficiant de l'exonération prévue à l'article 238 quindecies du code général des impôts. Le cédant ne doit donc pas avoir de lien avec son repreneur. Il ne doit pas détenir des droits sociaux dans l'entreprise cessionnaire (50% au moins) ni y exercer une fonction de direction⁹¹¹. L'instruction fiscale du 29 décembre 2009 précise que le cédant ne doit pas exercer de fonction en droit ou en fait dans l'entreprise cessionnaire⁹¹². La notion de direction effective de la société est retenue par l'administration fiscale pour remettre en cause, le cas échéant, l'exonération de l'article 238 quindecies.

1000. Le cédant doit donc céder à un tiers son entreprise et ne pas avoir de lien avec ce dernier. Dès lors, la décision récente du Conseil d'Etat, dans un arrêt du 23 juillet 2012 est surprenante et source d'insécurité. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat précise que « le fait pour un contribuable de céder sa clientèle à une société créée par lui en plaçant la plus-value sous le régime d'exonération de l'article 238 quaterdecies du CGI ne saurait être regardé comme ayant permis d'éluder ou d'atténuer ses charges fiscales normales, dès lors que, en l'absence d'une telle opération, il n'aurait supporté, l'année en cause, aucune charge fiscale au titre de l'imposition des plus-values »⁹¹³. Cette décision soulève des questions auxquelles le Conseil d'Etat n'apporte pas de réponse dans son arrêt. Ce dernier s'est attaché, dans ses considérants, à démontrer que l'opération n'aurait pas modifié la « charge fiscale » du contribuable. En effet, l'administration ayant écarté l'acte de cession, fait générateur de l'impôt, celle-ci ne peut « établir que la charge fiscale de l'intéressé se trouvait, en réalité, modifiée par les actes qui ont été passés ». Ainsi, le Conseil d'Etat, comme le souligne le Professeur Deboissy ne répond pas réellement à la question du lien

⁹¹¹ CGI, art. 238 quindecies « [...] En cas de transmission à titre onéreux, le cédant ou, s'il s'agit d'une société, l'un de ses associés qui détient directement ou indirectement au moins 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux ou y exerce la direction effective n'exerce pas, en droit ou en fait, la direction effective de l'entreprise cessionnaire ou ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette entreprise ».

⁹¹² Instr., 29 déc. 2009, 4-B-1-10, § 17 : « [...] toute personne désignée pour être responsable des actes de gestion et de leur résultat est réputée exercer en droit la direction de l'entreprise. La direction de fait se définit comme l'exercice d'une activité positive de gestion et de direction, en toute souveraineté et indépendance ».

⁹¹³ CE, 3^e et 8^e ss-sect. réunies, 23 juill. 2012, n° 342017, Rec. Lebon 2012.

entre cédant et cessionnaire lors de la cession à soi-même de sa propre entreprise⁹¹⁴. Il convient donc de se reporter « à l'intention claire du législateur » qui entendait par le terme transmission, une cession « à une personne qui n'est pas sous la dépendance du cédant »⁹¹⁵. Sans qualifier d'abus de droit cette situation, le Conseil d'Etat, se basant sur le seul terrain de la charge fiscale, conserve toutefois la possibilité de sanctionner plus clairement la vente à soi-même d'entreprise comme une utilisation strictement littérale de l'article 238 quindecies contraire à l'esprit du législateur.

1001. La question des cessions intervenant dans le cadre d'un contrat de location-gérance mérite également des développements. Le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie s'est positionné, rapidement après l'adoption du régime, pour une intégration des cessions d'entreprises liées par un contrat de location-gérance dans le périmètre de l'absence de lien entre cédant et cessionnaire sans dérogation pour ces transmissions particulières⁹¹⁶. En outre, les conditions générales de l'application du régime sont donc maintenues auxquelles s'ajoutent les conditions spécifiques du contrat de location-gérance⁹¹⁷.

1002. Le comité de l'abus de droit fiscal retient également d'autres éléments pour permettre à un contribuable de bénéficier du régime d'exonération. Dans son rapport annuel de 2001, le comité a mis en avant des arguments complémentaires dans une affaire opposant l'administration fiscale à un expert-comptable. A cette occasion, le comité souligne qu'un délai entre le protocole de cession et différents actes de cession accordant aux nouveaux associés le temps de finaliser par voie d'emprunts le financement de l'opération et une cessation effective de l'activité sont constitutifs de motifs justifiant que le montage de l'opération poursuit un but autre que fiscal⁹¹⁸.

⁹¹⁴ F. Deboissy, « *Vente à soi-même* » d'une clientèle libérale : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit, JCP E, n° 49, 6 déc. 2012, 1752.

⁹¹⁵ *Idem.*

⁹¹⁶ Rép. Zochetto, n° 22549, JO du 21 déc. 2006, Sén. Quest., p. 3166 « ces dispositions s'appliquent à toutes les transmissions susceptibles de bénéficier de l'exonération prévue à l'article 238 quindecies, y compris celles mentionnées au VII de cet article relatif aux activités qui font l'objet d'un contrat de location-gérance ».

⁹¹⁷ CGI, art. 238 quindecies : « [...] la transmission d'une activité qui fait l'objet d'un contrat de location-gérance ou d'un contrat comparable peut bénéficier du régime défini au I si les conditions suivantes sont simultanément satisfaites : l'activité est exercée depuis au moins cinq ans au moment de la mise en location, la transmission est réalisée au profit du locataire ».

⁹¹⁸ Dr. fisc., 24 mai 2012, n° 21, instr. 14644, *Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2011 procédures fiscales*, affaire n° 2010-16, J.M.B.

1003. Ainsi, le bénéfice de l'article 238 quindecies, dans le cadre de la cession d'une activité donnée en location-gérance, est donc bien soumis à une absence de lien entre le cédant et le cessionnaire. A fortiori, un seul associé dans la société cessionnaire suffit à remettre en cause le régime dès lors que cet associé exerce des fonctions de direction, en l'espèce, comme l'a indiqué la Cour Administrative d'Appel de Nancy dans un arrêt du 17 novembre 2011, un co-gérant de la société cessionnaire⁹¹⁹. De plus, les deux conditions spécifiques au cas de location-gérance sont « subordonnées » aux conditions générales de l'article 238 quindecies englobant, de façon générale, dans son principe l'ensemble des conditions d'application du régime⁹²⁰.

1004. Enfin, il convient de préciser que cette absence de lien entre cédant et cessionnaire doit être maintenue pendant trois années suivant la réalisation de l'opération.

1005. Ainsi, outre les conditions génériques d'application de l'article 238 quindecies, le dirigeant devra remplir ces deux conditions particulières que sont la durée minimale d'activité et l'absence de lien entre le cédant et le cessionnaire. Malgré un aspect contraignant regroupant des conditions nombreuses, le régime de l'article 238quindecies demeure un des régimes d'exonérations préférés des cédants en pratique. La seule limite d'importance, tout comme le régime d'exonération lié aux montants de recettes, est qu'il reste réservé aux TPE. Le prix de cession ou le montant de chiffre d'affaires sont des indicateurs de la taille de l'entreprise conduisant à réduire l'accès aux régimes d'exonération des dirigeants d'entreprises limitant donc mécaniquement le nombre de transmission. Toutefois pour des entreprises n'entrant pas dans le champ d'application de ces dispositifs, un des derniers régimes exonératoires subsistant est celui lié au départ en retraite du cédant (§2).

§ 2 ...Il est préférable d'attendre le départ en retraite

1006. Le législateur, souhaitant favoriser la transmission d'entreprise a institué plusieurs régimes d'exonération liés au départ en retraite du dirigeant de l'entreprise cédée. Si le départ en retraite devient fiscalement favorable à la cession (A), le régime reste entouré de

⁹¹⁹ CAA Nancy, 17 nov. 2011, n° 10 NC01255, Rec. Lebon 2011.

⁹²⁰ CAA Douai, 31 janv. 2012, n° 10DA01123, Rec. Lebon 2012.

conditions d'application nombreuses mais simple à mettre en œuvre (B). Ces régimes sont, à notre sens, les plus aboutis et les plus simples, encore faut-il pouvoir les appliquer sans risque. Le législateur a modifié une nouvelle fois le régime de l'article 150 O D ter en introduisant, par la loi de finance pour 2014, un abattement fixe de 500 000 € applicable avant le barème d'abattement pour durée de détention. Ce dernier devient « super incitatif » en ce qu'il crée un abattement de 85% lorsque les titres sociaux sont détenus depuis huit ans au moins au jour de la cession.

A/ Le départ en retraite fiscalement favorable à la cession

1007. L'exonération des plus-values générées par la cession de l'entreprise lorsque le dirigeant fait valoir ses droits à la retraite est un régime globalement très favorable aux chefs d'entreprise. Outre le fait que le régime soit englobant (1°), il est aussi d'application large (2°) permettant de l'étendre largement à de nombreux cas de transmission.

1° un régime englobant

1008. L'article 151 septies A du CGI institue le régime d'une exonération du chef d'entreprise lors de la cession de son entreprise concomitamment à son départ en retraite. Si cet article ne vise que les dirigeants pour lesquels l'exercice de leur activité professionnelle est assujettie à l'impôt sur le revenu, les dirigeants de structures soumises à l'impôt sur les sociétés sont concernés par le jeu de l'article 150 O D et ter du CGI. C'est pour cela que nous qualifions ce régime d'englobant puisqu'il concerne, par extension, l'ensemble des dirigeants de PME faisant valoir leur droit à la retraite et cédant leur entreprise. La plus-value de cession constatée lors de l'opération n'est plus, par le jeu de cette exonération, une limite à la transmission.

1009. Les régimes présentés précédemment, à savoir le 238 quindecies et le 151 septies, font apparaître une application restreinte aux seules entreprises à l'IR alors que la combinaison de ces deux articles permet à tout dirigeant d'être exonéré d'impôt de plus-value de cession lors de son départ à la retraite. Si l'article 151 septies A est un régime à proprement parler, l'exonération tirée de l'article 150 O D ter est un régime d'exonération lié à un abattement calculé lors du départ en retraite qui a toujours été présenté comme

transitoire. Il est louable que ce régime ait été prorogé jusqu'au 31 décembre 2017⁹²¹. Le législateur, en plaçant la retraite comme élément déterminant de la mise en œuvre de l'exonération entend protéger la pérennité des entreprises. Nicolas Bousseau indique d'ailleurs que « le départ à la retraite d'un dirigeant est le premier motif de la transmission d'entreprise »⁹²². Le législateur a toutefois été moins « généreux » que dans d'autres régimes puisque « l'exonération pour départ à la retraite est déconnectée de l'exonération des prélèvements sociaux (CSG CRDS) »⁹²³. Il s'agit bien d'une seule exonération des plus-values de cession, les prélèvements sociaux restent dus par le cédant. Les pouvoirs publics restent inflexibles sur ce point et considèrent que « les plus-values professionnelles bénéficient au regard de la contribution sociale généralisée d'un régime particulier avantageux » ajoutant que l'exonération de l'article 151 septies « concerne près de 60 % des artisans et commerçants »⁹²⁴.

1010. Nous ne partageons cette analyse en ce que le taux des prélèvements sociaux a subi des augmentations régulières ce qui n'est pas de nature à apporter une stabilité fiscale pour les cédants. La loi de finance rectificative pour 2012 a augmenté de deux points le taux de la CSG portant le taux global des prélèvements sociaux à 15,5 %. Ces prélèvements portent sur les revenus du patrimoine lesquels concernent « les plus-values professionnelles à long terme assimilées à des revenus du patrimoine, y compris celles bénéficiant du régime d'exonération en cas de départ en retraite »⁹²⁵. C'est pour cela que ce maintien de prélèvements, au sein du dispositif, nuit, selon nous, à une lecture favorable des cédants quant à l'efficacité du régime. En effet, le poids financier des prélèvements peut être un frein à la cession et peut également être qualifié d'injuste pour les cédants qui étudieront la possibilité de recourir à d'autres régimes exonérant à la fois la plus-value de cession et les prélèvements sociaux.

1011. Les régimes plus favorables ont eux aussi leurs propres obstacles, c'est par exemple, dans le cas des régimes précités, une limite en rapport avec le prix de cession. C'est, *a contrario*, une des caractéristiques très favorable du régime d'exonération liée au départ à la retraite. Le prix de cession de l'entreprise n'est donc pas plafonné pour une application

⁹²¹ C. Nouel, *Vers une réforme du régime d'imposition des plus-values mobilières, conclusions des assises de l'entrepreneuriat*, Bull. Joly, juin 2013, p. 432.

⁹²² N. Bousseau, *Plus-values professionnelles : trop d'exonération tue l'exonération*, JCP E, n° 10, 9 mars 2006, 1437.

⁹²³ *Idem.*

⁹²⁴ Rép. min., n° 3910 à M. Audinot : JOAN Q, 16 févr. 1998, p. 856.

⁹²⁵ Rédaction D. O, *Projet de loi de finance rectificative pour 2012*, JCP E, n° 7, 16 févr. 2012, act. 113.

du régime. Ce dernier est donc englobant en ce qu'il permet à des dirigeants de PME d'une taille significative d'être transmises tout en bénéficiant d'exonération. C'est le seul régime, à notre connaissance, qui autorise cette liberté. Il est, grâce à cette absence de limite, très séduisant en ce qu'il permet à un dirigeant de développer son entreprise sans se soucier de son éventuelle plus-value lors de son départ en retraite. Les effets de seuils peuvent en effet avoir pour conséquence de freiner l'accroissement de la structure. Dans le secteur du bâtiment, pour lequel les prix de cession sont faiblement valorisés en raison de l'absence, souvent, de brevets et d'immobilisations corporelles importantes, le dirigeant peut, sans difficulté faire accroître son entreprise par de nouveaux marchés jusqu'à des niveaux conséquents sans être inquiété quant à sa plus-value de cession lors de son départ à la retraite.

1012. Le régime d'exonération attaché au départ à la retraite du dirigeant concerne donc de nombreuses entreprises quel que soit l'impôt sous lequel elles sont assujetties. Malgré un maintien des prélèvements sociaux, le régime est très favorable aux dirigeants d'autant qu'il n'a pas de limite quant au prix de cession de l'entreprise objet de l'opération. Son application large (2°) constitue un autre aspect positif de ce dernier.

2° une application large

1013. Le régime d'exonération lié au départ à la retraite du dirigeant revêt, d'après nous, une application large pour deux raisons principales.

1014. En premier lieu, il faut indiquer qu'il peut se cumuler avec d'autres régimes d'exonérations et notamment ceux régis par les articles 151 septies et 238 quindecies du CGI⁹²⁶. Mais est-il judicieux de cumuler différents régimes ? L'administration a une volonté générale d'éviter les cumuls. Le Professeur Plagnet indique que le cumul peut être intéressant dans certains cas précis seulement. En effet, si le cédant a droit à une exonération totale en vertu des articles 238 quindecies ou 151 septies, le cumul n'a aucun intérêt notamment concernant le paiement des prélèvements sociaux. Il est donc préférable, pour le cédant, de faire jouer la seule exonération des articles précités. Toutefois, si, comme le souligne le Professeur Plagnet, l'entreprise « n'a droit qu'à une

⁹²⁶ cf *Supra*

exonération partielle sur le fondement de l'article 151 septies ou de l'article 238 quindecies, la question du cumul prend une importance particulière »⁹²⁷. Il recommande même de les utiliser dans un certain ordre, à savoir du plus spécifique vers le plus général soit, 151 septies A, puis les deux régimes des articles 151 septies et 238 quindecies. Yann Judeau indique que le cumul des régimes est possible mais seulement pour certains d'entre eux⁹²⁸. Ainsi, les régimes des articles 238 quindecies, 151 septies se cumulent avec l'article 151 septies A mais ceux-ci ne se cumulent pas avec les articles 150-O A, I bis⁹²⁹ et 151 octies⁹³⁰. Le législateur a ouvert les possibilités de cumul tout en créant une uniformité au sein des dispositifs. C'est pour cela que les cumuls sont cohérents en ce qu'ils sont possibles pour les seuls régimes concernant un cédant « entrepreneur », et sont impossibles pour les opérations de restructuration et les montages de gestion de patrimoine privé. Par ce jeu de cumuls spécifiques, le législateur protège ces régimes exonératoires et les « réservent » aux seuls cédants dirigeants d'entreprises favorisant ainsi la transmission des PME. Ces cumuls constituent un attrait particulier pour la transmission car le régime lié au départ à la retraite devient un régime d'application large tout en concernant la famille du cédant.

1015. En effet, en second lieu, il convient de souligner que l'application du régime peut être étendue aux membres du groupe familial entourant le cédant. Une réponse ministérielle précise que « le dispositif transitoire s'applique non seulement au cofondateur cédant qui remplit toutes les conditions de ce dispositif mais également aux autres cofondateurs cédants qui n'entrent pas de droit dans le champ d'application du dispositif »⁹³¹. Le bénéfice tiré de l'application des exonérations est donc démultiplié aux autres associés « passifs » de l'entreprise, et notamment, les cofondateurs même si ces derniers n'ont plus une réelle implication dans l'entreprise. Plus encore, une tolérance de l'administration permet d'étendre l'exonération aux membres du groupe familial qui cèdent leurs titres sociaux concomitamment au cédant faisant valoir ses droits à la retraite. Dans cette hypothèse nous nous situons, par définition, essentiellement sur l'application de l'article 150 O D ter du CGI. Alexandra Arnaud-Emery rappelle que les cessions doivent être conjointes et représenter l'intégralité des titres détenus par les membres de la famille. Elle

⁹²⁷ B. Plagnet, *Les différences entre le professionnel et l'investisseur*, JCP N, n° 5, 5 févr. 2010, 1065.

⁹²⁸ Y. Judeau, *Tableaux d'exonération des plus-values*, RFN, n° 6, juin 2011, 5.

⁹²⁹ Concerne essentiellement les cessions réalisées par des associés « passif » de sociétés de personnes (gestion de leur patrimoine privé).

⁹³⁰ Disposition de faveur ayant trait aux reports d'imposition en cas d'apport en société.

⁹³¹ Rep. Min. n° 49656 à Jean Michel Clément : JOAN Q, 8 sept. 2009, p. 8564.

souligne d'autre part que « le groupe familial s'entend du conjoint ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité (PACS), des ascendants, descendants et frères et sœurs ainsi que des ascendants, descendants et frères et sœurs du conjoint ou du partenaire lié par un PACS »⁹³². Enfin, les membres de la famille ne doivent pas détenir « de participation dans le capital de l'acquéreur » et les cessions de l'ensemble de la famille doivent porter « sur plus de 25 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices de la société »⁹³³.

1016. Les régimes liés au départ à la retraite du cédant sont très englobants puisqu'ils concernent, potentiellement, de nombreuses entreprises et leurs dirigeants tout en étant très large dans leurs principes. Des conditions d'applications nombreuses mais simples à mettre en œuvre (B) doivent toutefois être respectées d'autant que le non-respect de ces dernières entraînent l'imposition des plus-values au titre de l'année de transfert de propriété des titres⁹³⁴.

B/ Des conditions d'applications nombreuses mais simples à mettre en œuvre

1017. L'application des régimes favorables au cédant quant à sa plus-value de cession lors de son départ en retraite est conditionnée au respect de conditions que l'on peut diviser en s'intéressant d'une part aux conditions relatives à l'entreprise (1°) puis celles relatives au cédant lui-même (2°). Sans entrer dans le détail de chacune des conditions d'applications qui figurent en bonne place dans les textes législatifs, nous concentrerons nos écrits sur les seules conditions qui nous semblent nourrir des discussions ou des interrogations.

1° les conditions relatives à l'entreprise

1018. Il convient de souligner qu'il s'agit plutôt d'une condition unique quant à l'entreprise elle-même. La plus-value réalisée lors d'un départ à la retraite d'un dirigeant d'entreprise vise effectivement exclusivement les PME. Gérard Notté rappelle, à cet effet, que la condition suivante, relative à la société devra être respectée : « les titres ou les droits cédés

⁹³² A. Arnaud-Emery, *L'exonération de la dernière chance pour les associés de sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés non dirigeants*, JCP N, n° 46, 16 nov. 2007, 1300.

⁹³³ B. Monassier, *Transmission d'entreprise, juridique, fiscal, social, financier*, Editions Francis Lefebvre, 2^{ème} éd, p. 880 § 61967.

⁹³⁴ D. Barsus, *Date du fait générateur de l'imposition des plus-values de cession de parts d'associés professionnels d'une société de personnes*, JCP E, n° 25, 20 juin 2013, 1377.

devra être une PME, dont l'effectif est inférieur à 250 salariés et qui a, soit réalisé un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 M €, soit un total de bilan inférieur à 43 M € »⁹³⁵. Dans le secteur du bâtiment, cette condition sera aisément remplie car peu d'entreprises remplissent ces critères. L'INSEE recense 423 entreprises de plus de 200 salariés sur un total d'environ 486 000 entreprises de BTP⁹³⁶. C'est dire si la grande majorité des PME peuvent bénéficier du régime d'exonération. Un arrêt récent du Conseil d'Etat a précisé le mode de calcul de ces données. A cette occasion, la haute juridiction précise que « les données relatives à l'effectif, au chiffre d'affaires et au total du bilan sont déterminées sur la base, lorsqu'elles existent, de comptes consolidés »⁹³⁷. Il sera donc prudent, en présence d'une holding et de plusieurs sociétés d'exploitation, de faire un calcul global à l'échelle du groupe cédé. Enfin, pour l'application de l'article 150 O D ter, la société devra être soumise à l'impôt sur les sociétés et avoir exercée « de façon continue, pendant les cinq années précédant la cession, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁹³⁸. Si l'on va plus loin, le législateur exige même, pour l'application de l'article 151 septies A, une durée d'activité minimale de cinq années précédemment à la cession. Me Arnaud-Emery précise, sur cette question que « le point de départ du délai de cinq ans est commun à tous les régimes d'exonération ; il varie uniquement en fonction de la nature du bien transmis (entreprise individuelle, droits sociaux) »⁹³⁹. L'auteur considère que ce délai est d'ailleurs long eu « égard à la conjoncture économique » invitant le législateur à le faire évoluer pour le réduire afin que celui-ci soit « en adéquation avec les conditions économiques du marché actuel de l'entreprise »⁹⁴⁰.

1019. Les conditions relatives au cédant sont plus nombreuses et doivent être respectées en intégralité (2°).

2° les conditions relatives au cédant

⁹³⁵ G. Notté, *Projet de loi de finance rectificative pour 2005*, JCP E, n° 48, 1^{er} déc. 2005, act. 347.

⁹³⁶ www.insee.fr/fr/themes/tableaux.

⁹³⁷ D.F., *Abattement pour durée de détention sur les plus-values de cession des droits sociaux (CGI, art. 150- O D ter) : légalité de la référence aux comptes consolidés pour apprécier les seuils de chiffre d'affaires et de bilan*, CE 11 oct. 2012 JCP E, n° 51, 20 déc. 2012, 1792.

⁹³⁸ Inforeg, *Cession de titres de sociétés de dirigeants de PME partant à la retraite : exonération de plus-values*, Cah. dr. entr., n° 5, sept. 2006, p. 59.

⁹³⁹ A. Arnaud-Emery, *Appréciation du délai de cinq ans en matière de plus-values professionnelles*, RFN, n° 7, juill. 2011, étude 12.

⁹⁴⁰ *Idem*.

1020. La première condition porte sur l'importance de la détention, par le dirigeant, dans la société. Le dispositif s'adresse en effet au cédant dirigeant d'entreprise. Une question écrite posée au Ministère de l'Economie précise que le dirigeant cédant doit détenir un minimum de 25 % des titres de la société cédée⁹⁴¹. La députée, interrogeant l'exécutif sur ce point, demande que l'exonération joue quel que soit le niveau de détention. A ce jour, il n'y a pas de réponse à cette question⁹⁴², ce qui laisse à penser que le niveau de détention exigé par l'administration demeure à 25 % tel qu'il figure dans la lettre des articles 151 septies A et 150 O D ter du CGI. Une autre réponse ministérielle a d'ailleurs précisé « qu'il n'est pas envisagé de déroger à cette condition de détention d'une participation substantielle »⁹⁴³. L'idée du législateur est de favoriser des cessions massives générant une transmission du contrôle de l'entreprise. Ce n'est qu'une telle démarche qui permet de qualifier, de transmission de l'entreprise, l'opération visée.

1021. La seconde condition concerne le cédant lui-même quant à son départ à la retraite. Le régime est attaché au départ à la retraite du chef d'entreprise, c'est l'esprit du texte. Initialement, il était prévu que le cédant avait l'obligation de cesser toute fonction dirigeante et faire valoir ses droits à la retraite « soit dans l'année qui suit la cession soit dans l'année qui précède la cession »⁹⁴⁴. Cette condition posée par la loi est la pierre angulaire du régime⁹⁴⁵. Une réponse ministérielle a précisé très tôt le fonctionnement précis de ces délais. Ainsi, il convient de prendre en compte « d'une part, la date de réalisation de la cession et d'autre part, la date à laquelle le cédant entre en jouissance des droits à retraite », entre ces deux dates, « il ne doit pas s'écouler un délai supérieur à douze mois »⁹⁴⁶. Rapidement, le législateur a décidé d'assouplir le dispositif en intégrant une durée de deux années en lieu et place des douze mois. Progressivement, la loi de finance rectificative pour 2008⁹⁴⁷, la loi de finance pour 2009⁹⁴⁸, la loi de finance

⁹⁴¹ JOAN Q, n° 120026, Mme Branget Françoise, 6 mars 2007.

⁹⁴² www.assemblee-nationale.fr/questions/resultats-questions.jsp.

⁹⁴³ Rep. Min. n° 49656 à Jean Michel Clément : JOAN Q, 8 sept. 2009.

⁹⁴⁴ A. Delfosse, J.-F. Peniguel, *Départ à la retraite du dirigeant et exonération des plus-values professionnelles*, JCP N, n° 22, 1^{er} juin 2007, 1189.

⁹⁴⁵ Rédaction, *Exonération des plus-values réalisées lors du départ en retraite d'un exploitant individuel ou de l'associé d'une société de personnes* (art. 35), JCP N, n° 11, 17 mars 2006, 1121.

⁹⁴⁶ Rép. min. n° 84804 à M. Briat : JOAN Q, 13 juin 2006, p. 6180.

⁹⁴⁷ L. fin. rect. 2008, n° 2008-1443, 30 déc. 2008, art. 38, I et III : JO du 31 déc. 2008, *Assouplissement du régime d'exonération des plus-values professionnelles en cas de départ à la retraite de l'exploitant*, JCP N, n° 7, 13 févr. 2009, 1074 ; l'article 38 précise que le délai pour faire valoir ses droits à la retraite, concernant le cédant, est porté à vingt-quatre mois.

rectificative de la même année⁹⁴⁹ et enfin une instruction fiscale⁹⁵⁰ du 20 mars 2009 ont précisé les contours du nouveau délai ainsi que des aménagements bienvenus. Une des dernières évolutions assouplit le bénéfice du régime aux personnes concernées par le relèvement de l'âge de départ à la retraite⁹⁵¹. Cet assouplissement est d'importance, dans le secteur du bâtiment, dans lequel de nombreux entrepreneurs ont commencé leur carrière professionnelle relativement jeune compte tenu de la durée des études plutôt courte. Ces différentes interventions ont contribué à une harmonisation des régimes d'exonération concernant ce nouveau délai de vingt-quatre mois. Cet assouplissement, plus en phase avec les opérations de transmission, nous semble favorable à une application renforcée du régime. Une lecture plus claire et une certaine sécurité juridique, sur le plan fiscal, sont devenues les axes forts de ce dispositif.

1022. Le cédant doit, outre, faire valoir ses droits à la retraite, « cesser toute fonction dans l'entreprise cédée »⁹⁵². Cette absence de fonction coïncide avec la logique de départ à la retraite. Les dirigeants d'entreprise de bâtiment, sur lesquels reposent souvent un fort *intuitu personae*, notamment sur le plan de la clientèle, devront donc transmettre leurs connaissances avant leur départ. Une anticipation de la démarche s'avère donc nécessaire afin de préparer le cessionnaire à la direction de l'entreprise. Toutefois, le régime offre la possibilité de transmettre ses connaissances au cessionnaire en permettant d'exercer une activité au sein de la société cédée dans un délai réduit (dans le cas d'une société de personnes)⁹⁵³. Une instruction précise également qu'une activité professionnelle reste possible pour le cédant à condition de respecter les règles applicables en matière de cumul emploi retraite⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ L. fin. 2009, n° 2008-1425, 27 déc. 2008, art. 11 : JO du 28 déc. 2008, *Extension du régime d'exonération des plus-values en cas de départ en retraite aux cessions d'activité réalisées par une société de personnes*, JCP N, n° 4, 23 janv. 2009, 1017.

⁹⁴⁹ L. fin. rect. 2009, n° 2009-122, 4 févr. 2009, art. 2 : JO du 5 févr. 2009 : l'article 2 pose désormais un délai de deux ans pour le départ en retraite pour l'ensemble des régimes, voir également Dr. fisc. n° 8, 19 févr. 2009, 196.

⁹⁵⁰ Instr. 20 mars 2009 : BOI 4 B-3-09 : *Exonération des plus-values réalisées lors du départ à la retraite*, JCP N, n° 13, 27 mars 2009, 1128 ; *Exonération de plus-values professionnelles réalisées en cas de départ à la retraite (CGI, art. 151 septies A) : derniers aménagements*, RFN, n° 4, avril 2009, comm. 70 ; *Exonération des plus-values réalisées lors du départ à la retraite*, JCP E, n° 14, 2 avril 2009, act. 171.

⁹⁵¹ L. fin. rect. 2010, n° 2010-1658, 29 déc. 2010, art. 58, II : JO du 30 déc. 210 ; Article 151 septies A : *assouplissement temporaire du délai de cessation des fonctions et de départ à la retraite*, Dr. fisc., n° 5, 3 févr. 2011, comm. 153.

⁹⁵² A. Faussurier, *Exonération des plus-values professionnelles lors du départ à la retraite*, RLDA, n° 16, mai 2007.

⁹⁵³ J.-J. Lubin, *Régime des plus-values professionnelles et sociétés de personnes*, RFN, n° 4, avril 2007, quest./rép. 2.

⁹⁵⁴ Instr. 20 mars 2007, BOI 4 B-2-07.

1023. Ainsi, malgré des conditions en nombre, celles-ci demeurent cohérentes quant à leur mise en œuvre. En pratique, le cédant remplira aisément les conditions exigées ce qui assoit un fort attrait pour le régime d'autant qu'il peut concerner un grand nombre d'entreprise.

1024. Mais il existe d'autres possibilités pour le dirigeant notamment s'il souhaite transmettre l'entreprise à des membres de sa famille où s'il a des souhaits particuliers tenant à sa vie personnelle, postérieure à la transmission de son entreprise. Les praticiens et le législateur ont ainsi élaboré des régimes alternatifs répondant aux souhaits du cédant (Section 2). Ces montages et textes législatifs poursuivent le même but : faciliter la transmission de l'entreprise.

Section 2 les régimes alternatifs répondant aux souhaits du cédant

1025. Les montages que nous qualifions d'alternatifs reposent sur des attentes et des souhaits particuliers du cédant. Ainsi, le souhait de transmettre son entreprise à un ou plusieurs enfants pourra être mis en place après avoir analysé la possibilité de réaliser une donation avant cession (§1) ou le souhait de continuer à s'impliquer dans la vie économique trouvera grâce par l'exonération tirée de l'article 150-0 D bis du code général des impôts (§2).

§ 1 la donation avant cession

1026. La donation de droits sociaux avant d'envisager leur cession est un montage juridique et fiscal permettant de réduire le coût fiscal de l'opération de transmission de l'entreprise. Ce type d'organisation de la transmission de l'entreprise représente un intérêt particulier en cas de présence d'un ou plusieurs enfants souhaitant reprendre la structure. Dans le bâtiment, la reprise par un des enfants est un facteur clé de succès de la transmission, l'*intuitu personae* entre le dirigeant et les clients étant souvent fort. La poursuite par un des enfants tend à créer un cercle vertueux assurant le maintien de la clientèle dans une suite logique de l'entreprise. La principale caractéristique de la donation avant cession entraîne un effacement de l'impôt de plus-value qui aurait été normalement généré par la cession. Il convient de présenter le montage de la donation avant cession (A) ainsi que son

intérêt notamment sur le plan de la fiscalité avant d'aborder le risque de l'abus de droit (B) en la matière. En effet, nous verrons que la principale crainte des praticiens comme des cédants est une remise en cause de la stratégie, par l'administration fiscale, via la qualification de l'abus de droit.

A/ Le montage de la donation avant cession

1027. Traditionnellement lorsqu'un dirigeant souhaite faire une donation, liée à son entreprise, à ses enfants, il cède cette dernière puis opère une donation de tout ou partie du prix de cession. Dans cette hypothèse, le cédant sera imposé sur la plus-value de cession ainsi que sur le terrain des droits de donation. Il subira donc une double imposition. C'est pourquoi la technique de la donation avant cession a un intérêt puisqu'elle consiste à inverser le sens des opérations. Il s'agit de donner, et, dans un second temps, que les donataires consentent à la vente. Dans ce schéma, la double imposition disparaît, comme le souligne M. Bonduelle, puisque « la plus-value latente constatée entre la date d'acquisition initiale et la date de donation aura été purgée »⁹⁵⁵. À cet effet, Cozian souligne qu'il « est plus habile de donner les titres que de donner l'argent des titres »⁹⁵⁶. L'enfant ne réalisera aucune plus-value puisque la valeur de référence est celle de la valeur réelle des titres au jour de la donation.

1028. Il est vrai, que, dès 2006, le Professeur Hovasse indiquait que l'incitation à transmettre son entreprise était puissante mais que le schéma pouvait être amélioré en éliminant les prélèvements sociaux par le jeu d'une donation avant cession⁹⁵⁷. Afin que le montage soit optimisé il convient que les enfants cèdent à un prix de cession identique à celui du montant de la donation qu'ils ont reçu. Ce schéma trouvera grâce aux yeux du dirigeant si celui-ci entend donner une partie ou tout du prix de cession des titres, constituant le capital de son entreprise, à ses enfants. En effet, il est indispensable de s'assurer de la volonté liée à la libéralité et de souligner que le prix ne pourra pas, in fine, être affecté de nouveau au patrimoine du dirigeant.

⁹⁵⁵ P. Bonduelle, *Les donations et l'abus de droit*, JCP N, 27 avril 2012, 1198.

⁹⁵⁶ M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis Fiscal, Lexisnexis, 2012-2013, 36^{ème} éd, p. 232, § 577.

⁹⁵⁷ H. Hovasse, *Le droit fiscal et le renouvellement des générations dans le sociétariat des entreprises*, Dr. sociétés, n°5, mai 2006, repère 5.

1029. Ainsi, si le montage paraît séduisant il ne saurait s'inscrire que dans l'hypothèse où le dirigeant ne souhaite pas, avant son départ à la retraite, par exemple, percevoir les fruits de la cession de son entreprise. En pratique, cela reste marginal dans la mesure où nombre de dirigeants constatent une baisse de leur revenu à la fin de leur activité professionnelle. La cession de leur entreprise devient dès lors constitutive de ce que nous pourrions qualifier de « super indemnité de départ en retraite ».

1030. Ce régime est donc particulièrement attractif si le dirigeant entend réaliser une donation à ses enfants. Si le couple de dirigeant n'a qu'un seul enfant et que celui-ci reprend, cela peut être optimisant, mais nous lui préférons un pacte Dutreil⁹⁵⁸.

1031. Toutefois, compte tenu de l'impact fiscal positif pour le contribuable et représentant donc une perte de recettes fiscales pour les pouvoirs publics, le gouvernement a souhaité encadrer et durcir le schéma à l'occasion de la troisième loi de finance rectificative pour 2012. M. Bonduelle s'en inquiétait en indiquant que « donner avant de vendre coûterait plus cher que de vendre puis de donner »⁹⁵⁹. L'idée des pouvoirs publics était d'encadrer la purge de la plus-value à la condition que le donataire conserve les titres deux ans avant de les céder. Le Conseil Constitutionnel a censuré cette disposition par un arrêt⁹⁶⁰ qui a été salué par certains auteurs et, notamment par des journalistes économiques, qui voyaient dans cet encadrement un risque d'affaiblissement du nombre de transmissions d'entreprises et par là même une fragilité du tissu économique local de PME⁹⁶¹.

1032. Il s'agit donc pour le dirigeant de transmettre à ses enfants des biens en ne payant qu'un seul des deux impôts évitant ainsi la double imposition. Mais cela est d'autant plus optimisé que les taux d'imposition concernant les donations sont plus faibles que ceux des plus-values. Or, sur ce point, M. Bonduelle précise que la fiscalité des donations a subi des majorations et des suppressions de réductions ce qui peut avoir pour effet de faire perdre de l'intérêt au montage⁹⁶², sur le strict plan fiscal notamment. Toutefois, comme ce dernier le rappelle, la donation avant cession demeure intéressante puisque dans le même temps la fiscalité des plus-values a évolué défavorablement maintenant ainsi un « écart constant » avec la fiscalité des donations de sorte que la fiscalité des donations et celle des

⁹⁵⁸ Le pacte Dutreil sera abordé lors de notre chapitre sur la Holding.

⁹⁵⁹ P. Bonduelle, F. Bonte, *Les schémas d'optimisation fiscale en ligne de mire*, JCP N, 23 nov. 2012, act. 998.

⁹⁶⁰ C.C., décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012.

⁹⁶¹ M. Beurel, *Donation avant cession : un schéma préservé*, Les Echos, 2 janv. 2013.

⁹⁶² P. Bonduelle, F. Bonte, *Les donations et l'abus de droit*, JCP N, 27 avril 2012, 1198.

plus-values conserve des taux d'imposition distincts. Ceci pousse M. Bonduelle à faire remarquer que « la donation avant cession présente toujours un grand intérêt »⁹⁶³ ajoutant que « la comparaison des taux n'est pas significative : le but est de ne payer qu'un impôt sur les deux ». Le dirigeant devra donc faire le choix de l'impôt, c'est là que repose une partie de l'intérêt de l'opération.

1033. Ainsi, l'intérêt principal de la donation avant cession, demeure essentiellement fiscal. L'idée est de purger la plus-value. Cependant, comme l'indique M. Baffoy, pour que ce système fonctionne, il convient que « la valeur de la donation corresponde au prix de vente »⁹⁶⁴ des titres. L'auteur souligne également l'intérêt cumulé de ce montage avec un démembrement des titres. Dans ce cadre, il faudra être d'autant plus prudent dans la répartition des pouvoirs confiés aux usufruitiers et au nu-propriétaire afin d'éviter le risque de l'abus de droit⁹⁶⁵.

1034. En revanche, le risque de l'abus de droit (B) n'est pas limité aux montages faisant intervenir un démembrement mais impose de respecter des règles précises afin d'éviter la procédure de l'article L 64 du Livre des procédures fiscales.

B/ Le risque de l'abus de droit

1035. C'est la Cour de Cassation qui apporte des éclairages sur les montages de donation avant cession et l'éventuel abus de droit comme conséquence de cette opération. Sa jurisprudence, non linéaire, mérite que l'on s'y attarde. La Haute Cour a tout d'abord validé l'opération⁹⁶⁶ avant de le sanctionner⁹⁶⁷ puis l'a à nouveau entériné par deux arrêts du 26 mars⁹⁶⁸ et 20 mai 2008⁹⁶⁹. Il n'en fallait pas plus pour que ces revirements incitent le Professeur Mortier à se demander si la Cour « retrouve le cap...ou presque ! »⁹⁷⁰. La

⁹⁶³ *Idem.*

⁹⁶⁴ G. Baffoy, *Apport en société et transmission à titre gratuit de l'entreprise*, RFN, n° 4, avril 2007, étude 8.

⁹⁶⁵ *Idem*, les pouvoirs confiés à l'usufruitier lors de la constitution d'une société civile future seront sanctionnés s'il s'agit d'un mandat irrévocable donné à ce dernier et d'une nomination du donateur comme gérant sans limitation de durée.

⁹⁶⁶ Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.272, DGI c/ Botherel : Jurisdata n° 2006-035454.

⁹⁶⁷ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Saunier Strec72, note: Jurisdata n° 2007-038954, JCP N 2008, n° 6, 1072, note J.-P. Garçon.

⁹⁶⁸ Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-21.944: Jurisdata n° 2008-043381, Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 283.

⁹⁶⁹ Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-18397, DGI c/ Tabourdeau : Jurisdata n° 2008-044076.

⁹⁷⁰ R. Mortier, *Validation de l'apport avant donation : la Cour de Cassation retrouve le cap... ou presque !*, JCP N, n° 28, 11 juill. 2008, 1239.

Cour, dans sa jurisprudence fait ressortir qu'un seul but non fiscal suffit à écarter le risque de l'abus de droit. Les buts non fiscaux peuvent d'ailleurs être identifiés par l'accroissement des pouvoirs du donateur d'une part, et l'optimisation des relations entre les bénéficiaires du montage d'autre part. Il est à noter que le Professeur Mortier, rappelle, que dans l'arrêt Saunier, dans lequel, la Cour avait invalidé le montage, il était question de portefeuille de valeurs mobilières et non d'actifs immobiliers comme c'est le cas dans les autres arrêts dont l'opération n'a pas été sanctionnée par la Haute Cour. Est-ce à dire que la Cour aurait invalidé le montage en fonction de la nature du bien donné ? En tout état de cause l'auteur précité indique, qu'à son sens, « le risque fiscal est très élevé pour les portefeuilles de valeurs mobilières ou titres de société »⁹⁷¹ ce qui rend difficile et accroît le risque de l'abus de droit dans le cadre d'une transmission d'entreprise. Il convient donc d'analyser précisément la jurisprudence du Conseil d'Etat afin d'écarter l'écueil de l'abus de droit.

1036. S'il ne fallait citer qu'une seule affaire à propos de la donation avant cession et du risque d'abus de droit de l'opération, il ne fait aucun doute que, selon nous, il s'agit de l'affaire opposant l'administration aux consorts Motte-Sauvaige. La Cour Administrative d'Appel de Douai par un arrêt du 16 juin 2009⁹⁷² a sanctionné un montage de donation avant cession en visant des clauses restrictives restreignant les droits des donataires et en soulignant un bref délai entre la donation et la revente des titres justifiant, selon la Cour, un but exclusivement fiscal permettant de retenir l'abus de droit. Cet arrêt qualifié « d'inquiétant »⁹⁷³ par M. Garçon emporte une insécurité sur les montages de donation avant cession. L'auteur souligne que la « préparation de la succession et la volonté de préserver l'unité et la pérennité du patrimoine familial »⁹⁷⁴ jugé insuffisant par la Cour, ainsi que les clauses restrictives n'ont pas pour effet de gommer l'élément fondamental de la donation constitué par le dessaisissement irrévocable des donataires. Enfin, M. Garçon n'est pas plus rassuré par le silence de la Cour sur l'éventuel délai précis devant être respecté pour valider le montage.

⁹⁷¹ *Idem.*

⁹⁷² CAA de Douai, 16 juin 2009, n° 08DA00548, Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ époux Motte-Sauvaige.

⁹⁷³ J.-P. Garçon, *La donation-partage de titres suivie de leur revente immédiate est-elle constitutive d'un abus de droit ?*, JCP N, n° 13, 2 avril 2010, 1157.

⁹⁷⁴ *Idem.*

1037. Cet arrêt, fortement critiqué par M. le Professeur Gentilhomme, est source d'un grave climat d'insécurité juridique⁹⁷⁵. L'auteur indique que cet arrêt doit être censuré par le Conseil d'Etat dans la mesure où la Cour Administrative d'Appel ne s'est pas placé sur le terrain de la fictivité de la donation mais sur le seul fondement du but exclusivement fiscal. Ce qui, après étude des clauses restrictives, soulignait « l'inconséquence » des juges du second degré tant « il est vrai qu'aucune des clauses examinées ne pouvait jeter un doute sur la réalité du dessaisissement irrévocable des donateurs »⁹⁷⁶. Il nous semble donc que le caractère irrévocable de la donation, la non réappropriation de celle-ci, et, l'intervention de la donation avant la cession, sont les fondements principaux qui prévalent à la validation d'une donation avant cession.

1038. La position de la Cour Administrative d'Appel de Douai est d'autant plus surprenante que plusieurs avis avaient été rendus par le Comité consultatif pour la répression des abus de droit antérieurement à la date de ce jugement. Ainsi, dans son rapport annuel pour l'année 2007, le comité avait souligné, dans deux affaires, que si l'acte de donation ne contient pas de clause « contraignant directement ou indirectement le donataire à céder les titres donnés », si le donateur ne s'est pas réapproprié les gains de la cession des titres donnés (dans le cadre d'une donation avec démembrement de propriété), l'abus de droit ne saurait être établi⁹⁷⁷. Le Comité a confirmé sa position dans un avis en date du 28 décembre 2008 notamment sur la question relative au quasi-usufruit. Le comité déclare que « la création d'un quasi-usufruit n'induit pas une réappropriation par la donatrice des sommes données » ajoutant « même lorsque, comme en l'espèce, l'usufruitière est expressément dispensée de fournir une caution »⁹⁷⁸. M. Lubin en conclut que « la donation avant cession et l'absence de toute réappropriation du prix de cession sont le prix de la sécurité juridique et fiscale de l'opération »⁹⁷⁹. Enfin, dans le rapport annuel pour 2008 du Comité, M. Lubin relève que la purge de plus-value, pour être efficace, impose que la donation précède la cession et que le donateur ne se réapproprie pas, de quelle que façon que ce soit, le prix de cession perçu par les donataires⁹⁸⁰. Le Comité réaffirme sa position sur la question du quasi-usufruit en rappelant « qu'une telle convention ne constitue pas

⁹⁷⁵ R. Gentilhomme, *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?*, JCP N, n° 47, 20 nov. 2009, 1317.

⁹⁷⁶ *Idem*.

⁹⁷⁷ Avis rendus par le Comité consultatif pour la répression des abus de droit, JCP N, n° 43, 26 oct. 2007, act. 678, affaires n° 2006-07 et 2006-18.

⁹⁷⁸ BOI 13 L-11-08, Aff. n° 2008-06.

⁹⁷⁹ J.-J. Lubin, *Donation avant cession et quasi usufruit*, JCP N, n° 1, janv. 2009, alerte 1.

⁹⁸⁰ J.-J. Lubin, *Abus de droit et donation : le Comité confirme ses solutions*, RFN n° 9, sept. 2009, alerte 72.

un procédé de réappropriation des fonds par les donateurs même si ceux-ci ont été dispensés de fournir une caution »⁹⁸¹.

1039. A la lecture des positions du Comité consultatif pour la répression des abus de droit, l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Douai, postérieur à ces avis, méritait des précisions de la part du Conseil d'Etat. C'est donc par un arrêt du 30 décembre 2011⁹⁸² que celui-ci s'est prononcé sur cette affaire en censurant la Cour Administrative d'Appel de Douai rassurant les praticiens, quant aux opérations de donation avant cession, tout en précisant certains points afin de ne pas tomber sous la sanction de l'abus de droit.

1040. Largement commentée, cette décision, inédite, d'après M. Perruchot-Triboulet, répond donc à la question de la qualification de l'abus de droit dans le cadre d'une donation avant cession⁹⁸³. Pour mémoire, le contribuable avait échangé ses titres dans une nouvelle société puis avait donné ces derniers à ses enfants. Les donateurs avaient ensuite cédé lesdits titres à une société contrôlée par les donateurs (les parents). L'acte de donation prévoyait des clauses précises qualifiées de restrictives, par le second degré de juridiction, affirmant ainsi que les donateurs ne s'étaient pas, dessaisis des titres remettant en cause l'intention libérale de la donation. La Haute Cour censure cette analyse expliquant que ces clauses sont autorisées par le code civil et trouve un intérêt légitime poursuivant le but d'organiser leur succession tout en préservant l'unité et la pérennité du patrimoine familial.

1041. En prenant une décision en ce sens, le Conseil d'Etat suit l'analyse de Mme Escaut, rapporteur public, qui avait démontré, dans ses conclusions, l'absence d'abus de droit dans cette affaire. Elle rappelle que deux types d'abus de droit sont sanctionnés par l'article L 64 du LFP. Tout d'abord, « l'abus de droit par simulation qui repose sur un acte fictif et d'autre part, de l'abus de droit par fraude à la loi »⁹⁸⁴. Or, en l'espèce, rien ne permet de conclure au caractère fictif de la donation puisqu'il y a bien eu dessaisissement des titres des contribuables et que le versement du prix a été fait entre les mains des bénéficiaires de la donation. Il convient donc de s'intéresser à la seule fictivité de l'opération, l'abus de droit ayant, comme base légale, la fraude à la loi ne pouvant être contrôlé que par les seuls

⁹⁸¹ *Idem.*

⁹⁸² CE, 3^e et 8^e ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, Jurisdata n° 2011-031693.

⁹⁸³ A. Cermolacce, F. Douet, V. Perruchot-Triboulet, *Ingénierie patrimoniale*, Chronique, JCP N, n° 41, 12 oct. 2012, 1347.

⁹⁸⁴ N. Escaut, *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat*, JCP N, n° 16, 20 avril 2012, 1191.

juges du fonds puisque dans cette affaire il s'agissait donc de rechercher l'intention libérale des auteurs de la donation, à plus forte raison dans le cas d'une donation-partage⁹⁸⁵.

1042. Le Professeur Mortier rejoint Mme Escaut expliquant que la « donation-cession semble ne jamais pouvoir constituer un abus de droit par fraude à la loi, seule qualification d'abus de droit par simulation étant envisageable »⁹⁸⁶. Ce dernier salue la décision du Conseil d'Etat de ne pas retenir l'abus de droit en ce qu'il n'y a pas eu de réappropriation des sommes issues de la cession et que les clauses restrictives n'avaient pas vocation à rendre la donation fictive puisqu'elles ne concourraient pas à transférer, in fine, la valeur économique dans le patrimoine du donateur. « Comment qualifier de fictive une donation qui a effectivement appauvri le donateur et enrichi le donataire ? » s'interroge même le Professeur Mortier⁹⁸⁷.

1043. Selon M. Lubin, le Conseil d'Etat, après avoir validé la donation, tranche la question liée à la réappropriation du prix de cession. L'auteur retient que « l'obligation faite aux donataires d'apporter les titres à toute société civile familiale, à première demande des donateurs, ne présente pas le caractère d'une réappropriation du prix »⁹⁸⁸. Ainsi, la clause d'interdiction d'aliéner, durant la vie du donateur, les biens donnés n'est pas constitutive d'une technique visant à se réapproprier le bien. Mais alors comment fixer la limite des clauses restrictives ? C'est ce que s'attache à démontrer M. Garçon en se concentrant sur une analyse des fameuses clauses restrictives contenues dans l'acte de donation. L'auteur indique que les opérations de donations avant cession se trouvent sécurisées dès lors que les clauses restrictives n'ont pas pour objet une réappropriation du prix par le donateur. La réappropriation semble donc être le socle de réflexion de la constitution de l'abus de droit.

⁹⁸⁵ N. Escaut art. préc. : « En raison du mécanisme de l'ancien article 92 B qui subordonne l'imposition de la plus-value en report d'imposition à la cession à titre onéreux des titres, l'imposition de la plus-value placée en report d'imposition est immédiatement annulée du seul fait de la donation. Dans cette hypothèse, les actes ultérieurs sont sans incidence puisqu'il n'y a plus de plus-value imposable à raison même de la donation. Il n'est alors pas possible de les prendre en compte pour rechercher l'intention des contribuables d'éluder leur imposition, cette dernière ayant disparu. C'est pourquoi, dans le cas particulier de la donation-partage portant sur des titres ayant fait l'objet d'une plus-value d'imposition, il nous semble qu'il ne peut y avoir d'abus de droit par fraude à la loi mais uniquement un abus de droit par simulation ».

⁹⁸⁶ R. Mortier, *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat*, Dr. fisc., n° 11, 15 mars 2012, comm. 193.

⁹⁸⁷ *Idem*.

⁹⁸⁸ J.-J. Lubin, *Donation avant cession : validation du Conseil d'Etat*, RFN, n° 3, mars 2012, comm. 17.

1044. Enfin, le Professeur Mortier, dans son analyse de l'arrêt Motte-Sauvaige imagine un scénario qui pourrait se présenter dans le cas d'une transmission d'entreprise. Un contribuable donne des titres à ses enfants puis les leur rachète dans la foulée avant de transmettre à son tour lesdits titres à un tiers. Selon le Professeur Mortier, la donation est bien réelle écartant la fraude à la loi et les intentions du législateur ne sont pas contrariées validant le montage de l'opération le poussant à affirmer qu'il s'agit là « d'une pure habileté fiscale, une pure stratégie en somme, dont le contribuable serait bien mal inspiré de s'en frustrer »⁹⁸⁹. M. Lubin à qui le schéma n'a pas échappé, estime que la « cession à soi-même » se trouve validée par le Conseil d'Etat⁹⁹⁰.

1045. A la suite de cette décision d'importance, les juridictions administratives se sont à nouveau prononcé sur la donation avant cession. Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Lyon dans un arrêt du 7 juillet 2011⁹⁹¹ va dans le sens des décisions précédentes en précisant encore la validité des clauses restrictives contenues dans un acte de donation. M. Lubin rappelle que la donation cession est valable sous couvert de deux conditions : le respect de la chronologie des opérations et la non-réappropriation du produit de la vente par le donateur. La Cour valide, dans cette affaire, les clauses restrictives de dispositions ou d'administration au profit des donateurs, dans le cadre d'une donation avant cession, accompagnée d'une donation-partage de nue-propriété. De telles clauses ne sont donc pas contraires au principe de non-réappropriation des biens donnés suivant ainsi la position établie dans l'arrêt Motte-Sauvaige.

1046. Enfin, dans un arrêt récent du 27 juillet 2012⁹⁹², le Conseil d'Etat a rappelé que la donation-cession devait respecter les règles établies par la jurisprudence ou à défaut être sanctionnée par la répression de l'abus de droit. La Haute Juridiction n'a pas réellement tranché la question puisqu'elle a suivi la position de la cour administrative d'appel. Et pour cause, la question était de rechercher le caractère fictif de la donation intervenu et notamment l'intention libérale des donataires. En l'espèce, ces derniers s'étaient « comportés comme si les titres leur appartenaient » et aucun élément n'était apporté laissant à penser que leurs enfants avaient retrouvé la contre-valeur de la nue-propriété

⁹⁸⁹ R. Mortier, *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat*, Dr. fisc., n° 11, 15 mars 2012, comm. 193

⁹⁹⁰ J.-J. Lubin, *Donation avant cession : validation du Conseil d'Etat*, RFN, n° 3, mars 2012, comm. 17.

⁹⁹¹ CAA Lyon, 7 juill. 2011, n° 09LY02997, Vincent c/ Direction de contrôle fiscal de Rhône-Alpes Bourgogne.

⁹⁹² CE, 10^e et 9^e ss-sect., 27 juill. 2012, n° 327295, M. et Mme Berjot, concl. E. Crépey, Jurisdata n° 2012-019015.

objet de la donation. Dans cette hypothèse, comme l'indique Me Barsus et Me Bégulier, la position de la Cour peut paraître sévère mais « s'agissant de l'appréciation de l'intention libérale, le Conseil d'Etat n'avait d'autre solution, en tant que juge du droit, que de s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond »⁹⁹³.

1047. En conclusion, un schéma de donation avant cession constitue une solution permettant de purger les plus-values sans risque fiscaux majeurs à condition que le contribuable respecte la chronologie des actes (donation puis cession) et le principe de la non-réappropriation des biens donnés. En ce sens, il en découle un appauvrissement du donateur au profit des donataires. L'intention libérale doit donc être réelle et doit correspondre aux souhaits du dirigeant tout en étant en adéquation avec sa situation financière et patrimoniale. En effet, il peut également faire le choix d'opter pour un réinvestissement économique, après la cession grâce au jeu de l'article 150 0 D bis du code général des impôts (§ 2).

§ 2 : l'exonération tirée de l'ex-article 150 0 D bis du code général des impôts

1048. Cette exonération de plus-values liée à la cession de son entreprise répond à des conditions emportant des choix précis pour le cédant. Ce régime a remplacé l'abattement pour durée de détention, dispositif mort-né (A) qui a été abrogé avant même son application alors qu'il nous semblait favorable à la transmission de PME. Le législateur a fait le choix de le remplacer par un régime qui doit emporter l'adhésion du cédant puisqu'il repose sur une nouvelle vie professionnelle de celui-ci par l'investissement (B). Or, ce régime a également été abrogé par la loi de finance pour 2014.

A/ L'abattement pour durée de détention, un dispositif mort-né

1049. La loi de finance rectificative pour 2005, du 30 décembre 2005, avait institué un régime d'abattement sur les plus-values de cession, en fonction de la durée de détention

⁹⁹³ D. Barsus, J. Bégulier, *Abus de droit et opérations d'apport-cession et de donation-cession de titres*, Dr. fisc., n° 46, 15 nov. 2012, comm. 522.

des droits sociaux visant ainsi à favoriser la transmission des PME⁹⁹⁴. Ce dispositif instituait donc un abattement pour durée de détention des titres cédés correspondant à un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année de détention de sorte que la plus-value était totalement exonérée au terme de huit années de détention. Le législateur avait prévu de ne décompter la durée de détention qu'à partir du 1^{er} janvier 2006. Le premier abattement ne devait donc s'appliquer qu'à partir du 1^{er} janvier 2012 pour une exonération totale dès le 1^{er} janvier 2014. Les conditions, souples et acceptables, rendaient éligibles les cédants d'entreprises de bâtiment concernées par la transmission de leur structure. Sans entrer dans le détail du régime⁹⁹⁵, nous constatons que les conditions d'applications, peu restrictives, le rendait très attractif et avait vocation, à notre sens, à favoriser la transmission des PME du bâtiment.

1050. Le Professeur Hovasse considère que même si la plus-value reste assujettie, dans son intégralité aux prélèvements sociaux, cette mesure est « inspirée par la volonté de faciliter la succession des générations à la tête des entreprises »⁹⁹⁶. Ainsi l'accès à l'exonération de plus-value est accessible au prix du paiement des prélèvements sociaux.

1051. Il ressort en effet une certaine complexité des différents textes et de leur application comme l'indiquait Mme Coudert dans son Focus sur une journée d'étude consacrée à la fiscalité des plus-values de cession d'entreprise⁹⁹⁷. Cependant, et concernant ce seul régime, très spécifique, il était, à notre sens, relativement clair et simple répondant ainsi à une problématique de durée de détention comme principale condition d'application. La réforme des retraites repoussant l'âge de départ de certains cotisants favorisait un régime ayant comme base la durée de détention de titres. De nombreux dirigeants, sans faire valoir leurs droits à la retraite, avaient vocation à entrer dans le périmètre du dispositif.

1052. Il nous semble donc qu'il était le bienvenu dans le paysage fiscal même si le Professeur Pierre ne partage pas notre position. En effet, il déplore des dispositifs dérogatoires trop nombreux au détriment de taux ordinaires d'imposition trop élevé. Il s'interroge ainsi sur l'utilité de « mesures aussi diverses »⁹⁹⁸. Le législateur a-t-il retenu ce

⁹⁹⁴ Loi fin. rect. 2005, n° 2005-1720, 30 déc. 2005, art. 29.

⁹⁹⁵ Pour aller plus loin, voir : Dr. fisc., n° 5, 2 févr. 2006, comm. 101.

⁹⁹⁶ H. Hovasse, *Quelques observations sur l'application des nouveaux articles 150-0 D bis et 150-0 D ter du CGI*, Dr. fisc., n° 23, 8 juin 2006, 23.

⁹⁹⁷ M.-A. Coudert, *Fiscalité des plus-values de cession d'entreprise Journée d'étude Jurisclasseur du 23 novembre 2006*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2007, alerte 1.

⁹⁹⁸ J.-L. Pierre, *Les dépenses fiscales en faveur des entreprises*, Dr. sociétés, n° 2, févr. 2007, repère 2.

raisonnement pour abroger ce régime d'abattement avant même son application dite « optimale » soit postérieurement au 1^{er} janvier 2012 ? S'il convient de concéder que la multiplication des régimes rend difficilement lisible leur efficacité et qu'un taux d'imposition général plus faible enverrait un meilleur signal, déclencheur de transmission aux cédants, il nous semble toutefois malaisé de « juger » un régime qui n'a pas eu l'occasion de s'appliquer convenablement.

1053. Ce régime, avant sa pleine application prévue en janvier 2014 avait fait l'objet d'assouplissements et de précisions utiles⁹⁹⁹. Ainsi, sur le terrain des assouplissements, la Loi de finance pour 2007¹⁰⁰⁰ avait prévu de faire bénéficier du régime tous les actionnaires personne physiques détenant des actions, des parts ou droits entrant dans le champ de la durée de détention décomptée dès le 1^{er} janvier 2006. De plus, les restructurations de sociétés, les changements juridiques ou fiscaux étaient neutralisés afin d'optimiser l'application du dispositif. Malgré tout, cette loi de finance maintenait la charge des prélèvements sociaux ce qui *a contrario* aurait rendu le régime, selon nous, très attractif¹⁰⁰¹.

1054. Le législateur n'a pas entendu attendre la pleine application du régime d'abattement pour durée de détention et a préféré abroger le texte¹⁰⁰² en le remplaçant par un régime de report d'imposition dont une des conditions principales réside dans un réinvestissement d'une partie du produit de la cession des titres ce qui emporte la naissance d'une nouvelle vie professionnelle du cédant par l'investissement (B).

B/ La nouvelle vie professionnelle du cédant par l'investissement

1055. La loi du 28 décembre 2011 a donc abrogé le régime d'abattement pour durée de détention et l'a remplacé par un nouveau dispositif visant à reporter les plus-values d'imposition lors de cessions de valeurs mobilières. Ce dernier a fait l'objet d'une abrogation par la loi de finance pour 2014, ce qui, selon nous, est dommageable puisqu'il était favorable aux transmissions d'entreprises. Assorti de conditions particulières, ce

⁹⁹⁹ *Transmission d'entreprise : nouvelles modalités d'imposition des gains issus de la cession*, JCP N, n° 5, févr. 2007, act. 176. Voir aussi Instr. 22 janv. 2007 : BOI 5 C-1-07 et les commentaires d'A. Delfosse et de J.-F. Peniguel de celle-ci.

¹⁰⁰⁰ Loi du 21 décembre 2006, de finance pour 2007, n° 2006-1666, JO du 27 décembre 2006.

¹⁰⁰¹ *Assouplissement du dispositif d'abattement pour durée de détention*, Dr. fisc., n° 1, 11 janv. 2007, comm. 16.

¹⁰⁰² Loi de finance pour 2012 du 28 décembre 2011, n° 2011-1977, art. 80.

régime trouvait sa source dans un engagement de réinvestissement du produit de la cession, par le cédant, dans de nouvelles activités économiques.

1056. Ce report d'imposition s'appliquait dès lors que le cédant détenait, avec son groupe familial de manière continue, depuis huit ans, au moins 10% des droits dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés et s'il investissait le produit de la cession dans une société dans un délai réduit et représentant une part significative. D'après le rapport de la commission des finances du Sénat, l'objectif était d'initier un montage plus efficace pour le financement des PME en maîtrisant le coût pour les finances publiques¹⁰⁰³. Si le cédant respectait les conditions, le report d'imposition se transformait en exonération sur l'impôt de plus-value. A l'inverse, si le cédant ne remplissait pas ces obligations et notamment le délai de réinvestissement et le montant d'investissement, le report tombait et l'imposition devenait exigible immédiatement assortie d'un intérêt de retard¹⁰⁰⁴.

1057. Ce régime a été réaménagé depuis la loi du 28 décembre 2011 avec notamment deux temps forts d'assouplissement avant qu'il ne soit définitivement abrogé au 1^{er} janvier 2014.

1058. Tout d'abord, la loi de finance rectificative du 14 mars 2012 modifiait les conditions opérationnelles du réinvestissement. Ainsi, le bénéfice du report d'imposition n'était plus subordonné à la condition selon laquelle le cédant et les membres de son groupe familial ne devaient ni être associés ni exercer des fonctions de direction dans la société bénéficiaire de l'apport¹⁰⁰⁵. L'impossibilité pour le cédant et les membres de son groupe familial d'être associés préalablement à l'opération et d'exercer des fonctions de direction dans la société bénéficiaire de l'apport était un frein à l'investissement. Cette interdiction pouvait même, selon M. Maitrot de la Motte « limiter la possibilité pour l'investisseur de s'assurer de la bonne marche de l'entreprise dans laquelle le contribuable réinvestit une part significative de sa plus-value »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ AN, amendement n° 516.

¹⁰⁰⁴ Remplacement de l'abattement général pour durée de détention par un report d'imposition éventuellement suivi d'une exonération, Dr. fisc., n° 1, janv. 2012, comm. 17.

¹⁰⁰⁵ Loi de finance rect. 2012 du 14 mars 2012, n° 2012-354, art. 7, I et II : JO du 15 mars 2012.

¹⁰⁰⁶ A. Maitrot de la Motte, *Plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux*, RFN, n° 5, mai 2012, comm. 34 ; du même auteur : *Assouplissement des conditions d'application du nouveau report d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux*, Dr. fisc., n° 13, 29 mars 2012, comm. 213.

1059. Enfin, la loi de finance pour 2013 adoptée le 20 décembre 2012 a modifié le régime en apportant des assouplissements afin de le rendre plus attractif mais avait aussi durci la sanction du non-respect des conditions¹⁰⁰⁷. Ainsi, le délai pour réinvestir dans une société était porté à vingt-quatre mois contre trente-six auparavant et à hauteur de 50% du montant de la plus-value net de prélèvements sociaux contre 80% dans l'ancienne mouture. Toutefois, le législateur a durci les conditions d'exonération à l'issue du délai du report d'imposition. Avant la loi de finance pour 2013, si le contribuable réinvestissait 80% de la plus-value dans le délai, il bénéficiait du report d'imposition pour la totalité de la plus-value. Hors, depuis le 1^{er} janvier 2013, « une fois le réinvestissement effectué dans le délai de vingt-quatre mois, le contribuable ne bénéficiera du report d'imposition qu'à hauteur du pourcentage de plus-value réinvestie »¹⁰⁰⁸. L'objectif du législateur était de favoriser l'investissement dans les PME en incitant le cédant à investir une part comme étant la plus importante possible de sa plus-value dans le circuit économique national. Si l'intention était louable, il nous semble que le régime perd de son intérêt d'autant que l'impôt lié à la fraction non investie devenait exigible à l'issue du délai des vingt-quatre mois majoré d'un intérêt de retard non négligeable¹⁰⁰⁹. Or, l'investissement dans des PME demeure très risqué sur les objectifs à moyens ou longs terme. De plus, le cédant devra s'intéresser, avant sa cession, aux possibilités d'investissements car la mise en place d'une prise de participation est un processus long et tortueux. Il est également possible d'envisager que le contribuable ait une réelle volonté d'investir mais qu'il y ait une absence ou une baisse des projets de PME, ce qui, compte tenu des difficultés économiques actuelles n'est pas exclue. Dès lors, le nouveau régime deviendra inopérant ne remplissant pas son objectif d'incitation à l'investissement par une exonération d'impôt de plus-value. Cette constatation fait dire à M. Duron que les mesures ne « dérogent pas à la règle de la rigueur de ces dernières années, en particulier pour ce qui concerne les dispositions affectant la fiscalité personnelle et patrimoniale »¹⁰¹⁰.

1060. Ainsi, le réaménagement du dispositif favorisait indéniablement les seuls cédants souhaitant réinvestir une part conséquente de leur plus-value liée au produit de la cession.

¹⁰⁰⁷ Loi de finance pour 2013 du 29 décembre 2012, n° 2012-1509.

¹⁰⁰⁸ *Réforme du régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux*, Dr. fisc., n° 1, 3 janv. 2013, comm. 19.

¹⁰⁰⁹ Il est question d'un intérêt de retard de 0,40% par mois décompté à partir de la date à laquelle l'impôt aurait dû être acquitté.

¹⁰¹⁰ R. Duron, *Les principales mesures de la loi de finances pour 2013 touchant à la fiscalité personnelle et patrimoniale*, RFN, n° 2, févr. 2013, étude 3.

Toutefois, si un assouplissement semble se dégager puisque, comme le note M. Delfosse « le délai est raccourci mais la proportion de la plus-value à réinvestir est amoindri »¹⁰¹¹, nous ne considérons pas ces aménagements comme favorisant le cédant. En effet, nous sommes réservés quant au délai de réinvestissement de vingt-quatre mois qui demeure court, à la fois pour trouver la cible d'entreprise et le nouveau projet pour le contribuable cédant. Enfin, le métier choisi pour le réinvestissement sera, le plus souvent dans le cadre d'une transmission, différent de celui exercé par le cédant par le jeu de la clause de non concurrence et de non rétablissement à laquelle ce dernier est soumis. Or, l'appréhension d'un nouveau métier est difficile et demande un temps de réflexion conséquent. Ainsi, il nous semble que le réaménagement sera bénéfique pour les contribuables cédants qui auront eu la sagesse d'anticiper leur réflexion et leurs choix de réinvestissement avant la cession de leurs titres. Dans ces conditions, nous ne pouvons que regretter l'abrogation pure et simple du régime puisqu'il ressort de nos explications que, malgré certaines contraintes, il apparaît que ce mécanisme de report d'imposition était efficace pour le cédant ne s'inscrivant dans aucun régime exonératoire existant.

¹⁰¹¹ A. Delfosse, *Loi de finance pour 2013. Présentation schématique et non exhaustive de certaines dispositions*, JCP N, n° 1, 11 janv. 2013, Etude 1000.

Conclusion du chapitre 1

1061. La fiscalité de la cession de l'entreprise est une question qui intervient, en pratique, très tôt lors de la transmission de l'entreprise. Le cédant est souvent très inquiet de la différence entre le prix de cession envisagé et le prix qu'il percevra effectivement déduction faite de la fiscalité liée à la cession. Le climat fiscal actuel combiné à la crise économique crée un sentiment de défiance vis-à-vis du législateur et une certaine incertitude fiscale. Il n'est pas rare qu'en pratique, nous soyons dans l'incapacité de certifier avec exactitude le coût fiscal de la transmission au cédant. En effet, le décalage temporel entre la loi applicable au jour de la décision de céder et la date à laquelle la cession est effectivement réalisée est souvent long. Certaines entreprises sont transmises au terme d'un délai de 12 à 18 mois. La conjoncture dans le bâtiment et la chute de la mise en chantiers de logements affectant le secteur n'attire les repreneurs que de manière cyclique ce qui aggrave les délais de transmission.

1062. Même si certains ont été réduits ou abrogés, le cédant bénéficie encore de régimes d'exonération incitatifs notamment lors de son départ à la retraite. Pour pallier à l'absence de régimes antérieurs, le recours à des régimes alternatifs peut être intéressant. Ces derniers, loin d'être idylliques, doivent en effet recueillir le consentement du cédant en ce qu'ils s'inscrivent dans une démarche active du cédant notamment par une nouvelle activité professionnelle. L'exonération se mérite ! Dans ce contexte, les attentes du cédant nécessitent d'être analysées en amont permettant d'arrêter le schéma fiscal.

1063. En conséquence, l'intervention de la holding comme amortisseur de la fiscalité (Chap. 2) apparaît comme une solution pour les cédants et les cessionnaires dont la fiscalité est trop lourde.

Chap. 2 : l'intervention de la holding comme amortisseur de la fiscalité

1064. Si le dirigeant ne s'inscrit dans aucun régime d'exonération existant et s'il souhaite céder, de manière classique son entreprise, c'est-à-dire en retirer les fruits, il convient d'imaginer un montage juridique et fiscal permettant d'adoucir le coût fiscal de la transmission. C'est tout le sens des missions qui sont confiées aux praticiens. Ceux-ci rivalisent d'imagination. Nous retiendrons des montages faisant intervenir la holding au profit à la fois du cédant et du cessionnaire devenant, ainsi, un véritable amortisseur de la fiscalité pour ces derniers. Un des montages les plus couramment utilisés est celui de l'apport cession (Section 1). Entièrement dirigé dans l'intérêt exclusif du cédant, la holding se place donc comme facilitatrice de la transmission aux yeux du cédant. Toutefois, le holding est également au service de la fiscalité du cessionnaire (Section 2). Elle est, dès lors, interconnectée avec les questions financières de la reprise, formant un tout dans l'organisation juridique et fiscale de la reprise.

Section 1 L'apport cession

1065. L'apport cession n'est pas un régime juridique à proprement parler mais plutôt un montage juridique et fiscal relevant d'une stratégie patrimoniale, au bénéfice du contribuable, visant à alléger la fiscalité de la cession de droits sociaux détenus par ce dernier. Le régime de l'apport cession (§1) représente donc un intérêt et une utilité dans le cadre d'une transmission d'entreprise. L'objectif du cédant, à l'appui de ce montage, est un allègement de sa fiscalité. Toutefois comme tout schéma visant à réduire la taxation des plus-values de cession, le risque de l'abus de droit (§2) est bien réel. Il convient donc d'étudier, outre le régime, les potentialités de risques et les solutions visant à les réduire.

§ 1 : Le régime de l'apport cession

1066. Le Professeur Gutmann définit l'apport cession comme une opération en deux temps.

« Premièrement, une opération d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés pour laquelle l'apporteur personne physique bénéficie d'un sursis d'imposition de la plus-value sur les titres apportées »¹⁰¹². Ce sursis d'imposition est possible en vertu de l'article 150-0 B du code général des impôts qui précise que « les dispositions de l'article 150-0 A ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, [...] réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés »¹⁰¹³.

1067. Le Professeur Gutmann poursuit par la deuxième étape du montage consistant en « une vente des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport »¹⁰¹⁴. La stratégie réside dans une valeur d'apport et un prix de vente des titres identiques concourant ainsi à une absence de plus-value taxable pour la société holding (bénéficiaire de l'apport). Cette plus-value d'apport ne sera taxée qu'en cas de cession des titres reçus en échange ou en cas de rachat par la société de ses propres titres reçu en échange¹⁰¹⁵.

1068. Ce montage revêt une utilité fiscale bien sûr mais pas seulement.

1069. En premier lieu, fiscalement, la plus-value de cession sera neutralisée. Le cédant ne sera donc pas imposé immédiatement au jour de la cession des titres de la société et le sursis sera maintenu, la société étant, juridiquement, le cédant de l'opération.

1070. En second lieu, il convient de souligner que l'apport cession trouve également un sens sur le plan juridique, s'inscrivant dans une stratégie globale d'investissement accompagné d'un effet de levier financier.

1071. Sur le plan juridique, la création d'un être moral nouveau, en l'espèce, la société holding peut aboutir à une réorganisation du fonctionnement et de la gouvernance de manière très différente de celle qui avait cours dans la société d'exploitation. Cela peut confirmer l'implication d'un membre de la famille qui n'avait pas toute sa place dans l'actionnariat de la société d'exploitation mais dont le rôle s'est accru au cours de la vie sociale et du développement de l'entreprise. Une holding, adoptant des statuts de société

¹⁰¹² D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Domat droit privé, 2^{ème} éd, Montchrestien, p. 697, §1215.

¹⁰¹³ CGI, art. 150-0 A.

¹⁰¹⁴ D. Gutmann, *Op. cit.*, p. 697, §1215.

¹⁰¹⁵ CGI, art. 150-0 D 9.

par actions simplifiées, compte tenu de leur souplesse rédactionnelle, viendra efficacement remplir les désirs des associés de la société. La gouvernance peut ainsi être mieux considérée avec une meilleure répartition des fonctions de chacun.

1072. Cette réorganisation s'accompagne aussi d'une seconde possibilité constituée par un effet de levier financier lié à la société holding. Le Professeur Mortier souligne à ce propos que l'effet de levier financier permet « à la société bénéficiaire de l'apport de redéployer son activité plus amplement, dans le respect de son objet social »¹⁰¹⁶. L'organisation juridique des investissements, associée à cet effet de levier financier, nous incite à penser que l'apport cession ne peut être limité qu'aux seuls aspects fiscaux.

1073. Ainsi, lors de la réalisation de l'opération d'apport cession, le cédant de la société initiale, d'exploitation, devient donc associé de la société holding, laquelle détient, à la fin de la démarche, le fruit de la cession à l'actif de son bilan et plus précisément en disponibilité. A ce stade, sur le plan fiscal, nous avons déplacé le problème. La plus-value est en effet neutralisée (sous certaines conditions) mais le cédant n'a toujours pu percevoir directement le prix de cession. Ainsi, il convient de s'intéresser à l'issue du montage. Dans l'hypothèse où le cédant a suffisamment anticipé sa cession, il aura tout loisir de bénéficier du régime de l'article 219 du code général des impôts qui exonère les plus-values de cession de titres de participations détenus depuis plus de deux ans après paiement de la quote-part frais et charges de 10%¹⁰¹⁷. Me Baffoy envisage et recommande même un délai plus long de préparation notamment dans le cas d'une présence de biens immobiliers dans la société¹⁰¹⁸. L'auteur explique qu'en se plaçant sous l'empire de l'article 210 B du code général des impôts et du régime de faveur des scissions, accompagné d'un engagement de conservation des titres pendant trois ans, permet de bénéficier de la neutralité fiscale.

1074. Cette indispensable préparation à la cession est plutôt favorable à l'environnement du bâtiment. Le cédant aura ainsi la possibilité de transmettre, au fil du temps, ses connaissances techniques liées à l'entreprise. Il est par exemple judicieux d'affecter le personnel encadrant de la société d'exploitation au sein de la holding. Ces salariés deviennent des salariés de la holding réalisant de prestation de chiffrage (pour un bureau

¹⁰¹⁶ R. Mortier, *L'apport cession à la loupe*, Dr. fisc., oct. 2011, n° 42-43, 564, §21.

¹⁰¹⁷ CGI, art. 219 I a quinquies.

¹⁰¹⁸ G. Baffoy, *Le charme discret des titres de participations*, RFN n° 3, mars 2011, étude 6.

d'étude intégré l'entreprise), du suivi et de l'organisation de chantiers (conducteur de travaux). Ces techniques peuvent aboutir à la fidélisation de personnel hautement qualifié, indispensable au cessionnaire pour reprendre dans les meilleures conditions.

1075. La difficulté réside donc dans l'hypothèse d'une absence de préparation du montage qui peut aboutir à une volonté rapide de percevoir le fruit de la cession pour le cédant. Si ce dernier n'attend pas la fin du sursis d'imposition et distribue le prix de cession, il sera taxé par l'administration fiscale. Mais il ne s'agit pas, pour le cédant, d'attendre seulement « sagement » la fin du sursis, il convient également de mettre en œuvre des opérations spécifiques permettant de limiter le risque de l'abus de droit (§2).

§ 2 : Le risque de l'abus de droit

1076. Lors d'une opération d'apport cession, le risque de l'abus de droit est un paramètre d'importance qu'il est nécessaire de prendre en considération pour le cédant. L'administration fiscale est en effet très attentive aux montages juridiques et fiscaux précédant une cession de droits sociaux. Afin de mieux appréhender ce risque, il convient d'aborder la notion de l'abus de droit (A) et sa potentialité de risques dans l'apport cession avant de voir que le réinvestissement économique est devenu la meilleure arme anti abus de droit (B).

A/ La notion d'abus de droit

1077. En droit français, la théorie de l'abus de droit repose sur l'article L 64 du livre des procédures fiscales¹⁰¹⁹. Cette disposition permet à l'administration de requalifier les faits d'actes litigieux. Cette requalification des actes de l'entreprise peut être la source d'une restriction de sa liberté, même si le Professeur Serlooten souligne que « l'entreprise est libre de sa gestion, mais cette liberté ne peut être utilisée pour frauder la loi »¹⁰²⁰. À notre sens, si l'entreprise reste libre de sa gestion et de ses actes, le risque suffit à limiter sa

¹⁰¹⁹ Livre des procédures fiscales, art. L 64 : « afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

¹⁰²⁰ P.Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, 11^{ème} éd, 2012-2013, Précis Dalloz, p. 28, § 25.

liberté de gestion notamment dans les cas de montages juridiques et fiscaux complexes ou lorsque la jurisprudence connaît des revirements de position. Cette épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête du dirigeant restreint sa liberté de choix par le jeu d'un bilan coût-avantage de l'opération que le dirigeant doit faire. Cette notion de liberté fait ainsi nécessairement écho à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰²¹ et au principe de libre choix retenu par la jurisprudence.

1078. Ce libre choix se trouve cependant limité par la constatation de certains abus qui peuvent répondre d'une procédure spéciale autorisant l'administration à écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit fiscal et à leur restituer leur caractère véritable. C'est ainsi que certains auteurs considèrent que le « libre choix n'est pas absolu : certains abus commis peuvent être sanctionnés »¹⁰²². L'abus de droit résulte donc d'un « montage juridique ou d'une application littérale de la loi lorsqu'ils sont réalisés dans le but exclusif de se soustraire à l'impôt »¹⁰²³. L'abus de droit tend donc à « rétablir la qualification et l'imposition de certains contrats ou montages juridiques qui déguisent ou dissimulent la nature juridique véritable de certaines opérations dans le but de réaliser une économie d'impôt »¹⁰²⁴.

1079. Au-delà de la définition doctrinale de l'abus de droit, la jurisprudence a contribué à définir encore plus clairement l'abus de droit. La Cour de Cassation s'est d'abord penchée sur la question¹⁰²⁵, avant que le législateur puis le Conseil d'Etat, à travers plusieurs arrêts¹⁰²⁶ viennent compléter la notion. Enfin, une nouvelle définition de l'abus de droit est née dans le cadre de l'arrêt Janfin¹⁰²⁷. Cette nouvelle définition a été reprise par le

¹⁰²¹ DDHC, art. 5 : « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

¹⁰²² J. Lamarque, O. Négrin, L. Ayrault, *Droit fiscal général*, 2^{ème} éd, Lexisnexus, p. 474, § 879.

¹⁰²³ M. Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 11^{ème} éd, Systèmes fiscalité L.G.D.J., p. 59.

¹⁰²⁴ P. Beltrame, *La fiscalité en France*, 17^{ème} éd, Hachette supérieur, 2011/2012, p. 119.

¹⁰²⁵ En ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation en sa chambre civile du 20 août 1867 (D 1867, 1, p. 337) précise que « l'administration a le droit et le devoir de rechercher et de constater le véritable caractère des stipulations contenues dans les contrats pour arriver à asseoir, d'une manière conforme à la loi, les droits dus par les parties contractantes à raison des contrats ».

¹⁰²⁶ Nous citerons un arrêt du 5 novembre 1955, (req. n° 32322 : Dr. fisc. 1956, n° 1, p. 5) et un arrêt du 3 novembre 1986 (Dr. fisc. 1987, n° 8, comm. 344). Ce dernier établit que l'administration apporte la preuve qui lui incombe pour mettre en évidence que le seul but recherché par le contribuable était l'atténuation des charges fiscales.

¹⁰²⁷ CE, 27 sept. 2006, Rec. Lebon 2006, p. 403 : « le service qui peut écarter, comme lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'il établit que ces actes ont un caractère fictif, peut également se fonder sur le principe sus rappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que

législateur, qui s'est inspiré de la position du Conseil d'Etat, dans la rédaction de l'actuel article L 64 du livre des procédures fiscales. Le Conseil d'Etat, et à travers lui la jurisprudence, comme créateur de droit prend ici tout son sens. En effet, dans cette affaire, la question tranchée par le Conseil d'Etat est celle mettant en évidence la possibilité, pour l'administration, de sanctionner une fraude à la loi en dehors du champ restrictif de l'article L 64 du livre des procédures fiscales. En tout état de cause, c'est l'apport principal de cet arrêt Janfin qui fait coexister deux régimes. L'un codifié à l'article L 64 et l'autre de source jurisprudentielle. Certains auteurs plaident pour une uniformité de la notion en s'inspirant de la définition donnée par la jurisprudence communautaire en la matière¹⁰²⁸. Ainsi, le Conseil d'Etat à travers l'arrêt Janfin « affirme en terme clairs l'existence d'un principe général permettant à l'administration de sanctionner l'abus en dehors des situations visées à l'article L 64 du livre des procédures fiscales »¹⁰²⁹. Cette position avait déjà été tranchée par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un arrêt Halifax qui précisait que « lorsque l'existence d'une pratique abusive a été constaté, les opérations impliquées doivent être redéfinies de manière à rétablir la situation telle qu'elle aurait existé en l'absence des opérations constitutives de cette pratique abusive »¹⁰³⁰.

1080. Le pouvoir de l'administration est donc démultiplié par le jeu d'une possible répression des abus de droit en dehors de la base légale de l'article L 64 du livre des procédures fiscales. Le Président Fouquet considère même que sans contrôler plus strictement le recours à la procédure de l'abus de droit, « la Haute Juridiction semble aller à l'inverse du souhait de la doctrine, en étendant le champ de cette répression »¹⁰³¹. Cet auteur estime toutefois que l'article L 64 était déjà très large et que ce nouvel éclairage concoure, paradoxalement, à « un abus de droit mieux encadré ». Cette évolution était appelée de ses vœux par Laurent Olleon, Commissaire du gouvernement, qui indiquait, dans les conclusions de l'arrêt Janfin, que « la répression des abus de droit est possible

celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles ».

¹⁰²⁸ C. Valentin, D. Charrier-Blestel, CJCE, Cadbury Schweppes du 12 sept. 2006 : Bull. Joly, 2006, p. 1399, § 290.

¹⁰²⁹ S. Reeb-Blanluet, note sous CE, 27 sept. 2006, n° 260050, Bull. Joly, janv. 2007, p. 107, § 2.

¹⁰³⁰ O. Fouquet, CJCE, 21 févr. 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd, RJF 2006, n° 648, étude p. 383.

¹⁰³¹ O. Fouquet, *Fraude à la loi et abus de droit*, Dr. fisc., n° 47, 23 nov. 2006, étude 65, § 21.

même sans texte en matière fiscale »¹⁰³². Il ajoutait que cela ne ferait pas naître un nouveau principe général du droit mais constituerait un rappel de la jurisprudence passée et notamment les deux cas d'abus de droit : la fictivité et la fraude à la loi¹⁰³³.

1081. En conséquence, dans le cadre de l'apport cession, constituant un montage juridique et fiscal, le risque de mise en œuvre de la procédure de répression de l'abus de droit est constant¹⁰³⁴. Le Professeur Jean-Luc Pierre, rappelle d'ailleurs que la « mise en œuvre possible de l'article L 64 du livre des procédures fiscales en présence d'un apport cession dont l'unique motivation a été d'ordre fiscal nous paraît justifié »¹⁰³⁵. Dans un schéma de transmission, l'apport cession intervient principalement comme un outil aidant le cédant à maîtriser sa fiscalité. Il ne peut donc être regardé autrement que comme poursuivant une seule motivation fiscale. Or, le seul critère de poursuite d'un but exclusivement fiscal, qualifié de critère objectif par le Conseil d'Etat suffit à ce dernier pour mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit¹⁰³⁶. Olivier Fouquet ajoute que le seul critère objectif est aujourd'hui complété par une explicitation d'un critère subjectif qui consiste dans une analyse de l'application de la règle, contraire aux objectifs poursuivis par les auteurs de celle-ci. Ce second critère s'il était implicitement présent dans les décisions du Conseil d'Etat, mérite d'être explicité permettant au « juge de ne pas l'oublier ou de lui accorder une importance secondaire »¹⁰³⁷. Ainsi, la particularité de l'apport cession a permis au Conseil d'Etat d'affirmer « qu'une opération dont l'intérêt fiscal est de différer une imposition a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles de la société assujettie »¹⁰³⁸. Or, comme le rappelle M. Glaser, « il ne peut y avoir d'abus de droit s'il n'y a pas d'allègement de la charge fiscale »¹⁰³⁹. Ce commentaire souligne le risque du montage de l'opération d'apport cession sur le terrain de l'abus de droit.

¹⁰³² L. Olleon, *Hors du champ de l'article L 64 du LFP, l'administration peut écarter un acte passé en fraude à la loi*, CE, 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin : Jurisdata n° 2006-081020, Conc, Dr. fisc., n° 47, 23 nov. 2006, 744.

¹⁰³³ *Idem.*

¹⁰³⁴ En ce sens, nous renverrons le lecteur sur les arrêts figurant dans le 2°) concernant le réinvestissement économique. Nous citerons toutefois CAA Douai, 11 déc. 2007, Jurisdata n° 2007-355672 ou CE, 3 févr. 2011, Jurisdata n° 329839.

¹⁰³⁵ J.L. Pierre, *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : non-imposition de la plus-values d'apport*, Dr. sociétés, févr. 2009, n° 2, comm. 42.

¹⁰³⁶ CE, plen., 10 juin 1981, Jurisdata n° 1981-606784 ;

¹⁰³⁷ O. Fouquet, *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »*, Dr. fisc., 24 sept. 2009, act. 287.

¹⁰³⁸ CE, 27 juill. 2009, Caisse interfédérale de Crédit Mutuel, Jurisdata n° 2009-081517 et dans un sens similaire voir : CE, 27 juill. 2009, Sté Conforama Holding n° 295805.

¹⁰³⁹ E. Glaser, *Abus de droit : application immédiate des nouvelles pénalités prévues par l'article 1729 du CGI*, Dr. fisc., n° 42, 15 oct. 2009, comm. 506.

1082. L'apport cession, opération étalée dans le temps, pose la question de la date à laquelle l'éventuel abus de droit peut être apprécié. Compte tenu du sursis d'imposition généré par le montage, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur ce point, cassant, pour erreur de droit, un arrêt de cour administrative d'appel¹⁰⁴⁰. M. Collin, rapporteur public de cette affaire souligne que « lorsque l'administration écarte un acte intermédiaire, il convient de retenir la date du premier acte constitutif de l'opération prise dans sa globalité »¹⁰⁴¹. Ainsi, dans le cadre d'un apport cession, la date à retenir est celle de la date de l'apport des titres à la société.

1083. L'apport cession est donc un montage juridique et fiscal accompagné d'un risque d'abus de droit. L'administration fiscale considère que le contribuable doit prouver que le montage ne poursuit donc pas un seul but fiscal. En ce sens, l'emploi des sommes provenant de la cession prend toute son importance. C'est pourquoi le réinvestissement économique est devenu, avec la pratique, une arme anti abus de droit (B)

B/ Le réinvestissement économique : l'arme anti abus de droit

1084. Afin de contenir le risque de l'abus de droit, le critère du réinvestissement dans une nouvelle activité semble être devenu, au fil des décisions de justice, un élément déterminant pour le juge de l'impôt. Le Professeur Mortier assure même que la jurisprudence est sévère en ce qu'elle impose non pas un mais deux critères cumulatifs pour valider l'apport cession¹⁰⁴².

1085. Tout d'abord, et c'est cette condition qui va occuper en majeure partie nos développements, le produit de la cession doit être réinvesti par la holding dans une activité économique. La jurisprudence a eu l'occasion de définir avec plus ou moins de précisions ce qu'elle entendait par activité économique tout en ajoutant une condition de mesure du réinvestissement qui doit représenter une « part significative ».

1086. Ensuite, le prix de cession ne doit pas être appréhendé par le cédant. En d'autres termes, le cédant ne doit pas se distribuer le produit de la cession. Selon le Professeur

¹⁰⁴⁰ CE, 10 mai 2012, n° 329693, M. Dupuis-Bardinal, concl. P. Collin.

¹⁰⁴¹ P. Collin, *Apport-cession : date d'appréciation de l'existence d'un abus de droit*, Dr. fisc., n° 30, 26 juill. 2012, comm. 401.

¹⁰⁴² R. Mortier, *L'apport cession*, Dr. fisc., n° 21, 24 mai 2012, Etude, 302.

Mortier, si le « contribuable se fait distribuer par la holding le prix de cession des titres apportés puis rétrocédés, cela caractérise sans l'ombre d'un doute un abus de droit »¹⁰⁴³. Selon lui, il s'agit là d'un abus de droit par simulation, la holding ayant comme seul objectif la distribution, in fine, du prix de cession. Il existe également des cas d'appréhension indirecte du prix de cession.

1087. Il convient donc d'aborder les possibilités et les précautions à prendre pour éviter l'abus de droit en suivant les deux critères retenus par la jurisprudence.

1088. Tout d'abord, concernant le réinvestissement dans une activité économique, le Comité de l'abus de droit fiscal a rendu un avis récent en date du 2 février 2012 rappelant que « l'abus de droit n'est pas caractérisé s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a effectivement réinvesti pour un montant significatif le produit de la cession dans des activités économiques »¹⁰⁴⁴. À contrario, on peut aisément imaginer que l'abus de droit est caractérisé si le produit de la cession n'est pas réinvesti. Toutefois, par le terme « significatif », que souhaite dire le Comité précisément ? La jurisprudence du Conseil d'Etat va être précieuse en la matière.

1089. Les trois arrêts du Conseil d'Etat, *Bauchart*, *Bazire* et *Four* du 8 octobre 2010¹⁰⁴⁵, ont posé un considérant de principe¹⁰⁴⁶ dans le traitement fiscal de l'abus de droit en présence d'un apport cession. A ce propos, MM. Meier et Torlet indiquent que chaque opération doit faire l'objet d'une analyse factuelle. En effet, si l'administration parvient à prouver que l'opération a été réalisée dans un but exclusivement fiscal tendant à différer l'imposition tout en bénéficiant des liquidités, l'abus de droit est constitué. Mais si la société réinvestie le produit de la cession dans une activité économique, l'abus de droit

¹⁰⁴³ *Idem.*

¹⁰⁴⁴ Avis rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal, RFN, n° 6, juin 2012, alerte 81.

¹⁰⁴⁵ CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire ; CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et Mme Bauchart ; CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four.

¹⁰⁴⁶ Le considérant de principe rappelé dans chacun des trois arrêts est le suivant : le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisé par un contribuable, lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres reçus en échanges de l'apport ; il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».

devient inopérant¹⁰⁴⁷. C'est ce qu'il s'est produit dans les affaires *Bazire* et *Bauchart*, le Conseil d'Etat écartant l'abus de droit alors même qu'il l'a retenu dans l'affaire *Four*¹⁰⁴⁸. Le rapporteur public, Laurent Olléon a rappelé, dans ses conclusions, que « la finalité des mécanismes de report de taxation est d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur cette plus-value, alors qu'elle ne s'est pas matérialisée, pour lui, par la perception de liquidités qui lui permettraient d'acquitter l'impôt »¹⁰⁴⁹. Dès lors, et suivant le raisonnement de M. Olléon, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas d'abus de droit en cas de réinvestissement du prix de cession des titres apportés, en des actifs patrimoniaux, et notamment, dans une activité économique, écartant ainsi le but exclusivement fiscal de l'opération¹⁰⁵⁰.

1090. Au-delà du réinvestissement, c'est aussi la recherche des objectifs du législateur auxquels va s'intéresser l'administration pour démontrer que le montage est litigieux. Avant de rechercher s'il y a adéquation entre le montage et le respect des textes dans l'esprit du législateur, l'administration devra se pencher sur le but poursuivi par le contribuable. Si le but est exclusivement fiscal, l'administration va démontrer « la contrariété entre le montage et l'objectif du législateur » mais s'il n'y a pas de but exclusivement fiscal, il n'y a pas lieu d'opérer cette recherche¹⁰⁵¹. C'est un des apports des affaires *Bauchart* et *Bazire*. A ce propos, M. Poirier souligne que ces arrêts ont mis en lumière le double critère du réinvestissement dans une activité économique et de l'absence de mise à disposition des fonds au profit de l'apporteur¹⁰⁵². Le moindre coût fiscal pour le contribuable lié à une absence de remise en cause du régime par l'administration réside donc dans le respect de ces deux critères lors du montage de l'opération d'apport cession.

1091. Toutefois, ce réinvestissement dans une « activité économique » soulève des questions d'ordres pratiques auxquelles les arrêts *Bauchart*, *Bazire* et *Four*, ne répondent pas totalement.

¹⁰⁴⁷ E. Meier, R. Torlet, *Report d'imposition de plus-values : dans quels cas l'abus de droit est-il caractérisé ?*, Dr. fisc., n° 45, 11 nov. 2010, act. 424.

¹⁰⁴⁸ *Abus de droit et opérations d'apport cession*, Dr. fisc., n° 41, 14 oct. 2010, act. 387 : dans l'affaire *Four*, la question était liée au régime du report d'imposition prévu à l'article 150 octies du CGI.

¹⁰⁴⁹ *Apports-cessions et abus de droit : retour sur les arrêts Bauchart, Bazire et Four du 8 octobre 2010*, RFN, n° 2, févr. 2011, comm. 16.

¹⁰⁵⁰ *Idem*.

¹⁰⁵¹ R. Poirier, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas réinvestissement dans une activité économique*, Dr. fisc., n° 45, 11 nov. 2010, conc.

¹⁰⁵² *Idem*.

1092. Ainsi, que l'explique le Professeur Pierre, le champ du réinvestissement économique n'est pas tranché. « Peut-il intervenir dans des opérations à caractère patrimonial comme l'acquisition d'immeuble destinés à la location ? » s'interroge ce dernier¹⁰⁵³. Nous connaissons l'intérêt tout particulier que portent les entrepreneurs de bâtiment, bâtisseurs par excellence, aux investissements immobiliers. Le professeur Pierre estime, pour sa part, que compte tenu de la nécessaire implication dans la réalisation et le suivi de telles opérations couplées aux aléas financiers qui en découlent, la réponse devrait être positive. Cependant, afin de valider cette position il convient de s'attarder aux décisions postérieures au 8 octobre 2010 afin de voir si le Conseil d'Etat fait sienne l'analyse relevée.

1093. Ainsi, les 3 et 11 février 2011, le Conseil d'Etat a rendu des décisions dans le cadre de l'apport cession précisant les conditions de réinvestissement dans une activité économique. Tel que le rappelle M. Lubin, à cette occasion, le Conseil d'Etat vérifie le emploi du prix de cession et la consistance des réinvestissements¹⁰⁵⁴. C'est donc l'importance de la part du prix de cession des titres réellement réinvestie dans une activité économique qui prime, mais aussi, l'éventuelle appréhension du prix entre les mains du contribuable.

1094. Aussi, l'arrêt Conseil du 3 février 2011, introduit l'idée de la consistance du réinvestissement. Dans cette espèce, 4% du prix de cession avait été réinvesti dans une activité économique, l'exploitation d'un supermarché. La haute juridiction l'a considéré comme un montant « non significatif ». Mais, dans cette affaire, au-delà des 4%, le contribuable avait consenti une avance en compte courant représentant 60% de la cession ce qui a été analysée comme une opération patrimoniale par le Conseil d'Etat n'entrant donc pas dans le champ du réinvestissement économique. Cette position fragilise les montages d'opérations puisqu'à notre sens, une avance en compte courant ne permet pas une appréhension du prix entre les mains du contribuable tout en « contribuant » au développement économique de la société bénéficiaire de l'avance. C'est aussi la position que semble défendre le Professeur Hovasse qui considère même que l'exigence « d'une

¹⁰⁵³ J.L. Pierre, *Apport de titres ou d'une activité personnelle par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2011, comm. 20.

¹⁰⁵⁴ J.J. Lubin, *Nouveaux arrêts en matière d'abus de droit et d'apports-cessions*, RFN, n° 4, avril 2011, alerte 20.

réinvestissement dans une activité économique est étrangère à la lettre et à l'esprit de la loi »¹⁰⁵⁵.

1095. Le Professeur Pierre va d'ailleurs dans le même sens, soulignant, après avoir rappelé que la Haute Assemblée opère une distinction forte entre les activités à finalité patrimoniale et les activités ayant un caractère économique, que, 64% des capitaux provenant de la cession ne suffisent pas à écarter l'abus de droit dès lors que la majeure partie du réinvestissement est fait sous la forme d'une créance à la société ce qui peut être sujet « à discussions »¹⁰⁵⁶.

1096. L'arrêt Picoux du 11 février 2011¹⁰⁵⁷, sans apporter d'informations complémentaires sur les conditions du réinvestissement, permet au Conseil d'Etat de souligner à nouveau l'absence d'abus de droit en présence d'un réinvestissement dans une activité économique. Il offre également la lumière sur la question relative au bref délai entre les opérations qui n'est pas constitutif d'un facteur d'abus de droit et ce même en présence de constitutions de plusieurs sociétés à l'étranger¹⁰⁵⁸.

1097. Ainsi, si une précision, quant à la consistance du montant à réinvestir dans une activité économique, est apportée à travers ces deux arrêts, d'autres indications utiles sont délivrées par le Conseil d'Etat à l'occasion des arrêts Moreau et Ciavatta du 24 août 2011¹⁰⁵⁹.

1098. En premier lieu, le Conseil d'Etat apporte des précisions sur le réinvestissement dans une activité économique. Sur l'amplitude du réinvestissement, le Conseil d'Etat rappelle, dans l'arrêt Ciavatta, que ce dernier peut être insuffisant s'il apparaît qu'il représente « 15% seulement des produits de la cession réinvestis dans des prises de participation dans deux SARL exploitant deux bars restaurants ».

1099. Concernant le caractère économique du réinvestissement, le Conseil d'Etat précise dans son arrêt Moreau qu'un réinvestissement dans des sociétés civiles immobilières ne revêt pas les caractéristiques d'un réinvestissement économique. Cette précision pousse le

¹⁰⁵⁵ H. Hovasse, *Apport-cession et abus de droit fiscal*, JCP E, n° 18, 5 mai 2011, Etude 1363.

¹⁰⁵⁶ J.L. Pierre, *Apport-cession : appréciation de la condition de réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique permettant d'éviter la qualification d'abus de droit*, Dr. fisc., n° 27, 7 juill. 2011, comm. 417.

¹⁰⁵⁷ CE 3^e et 8^e ss-sect. du 11 févr. 2011, n° 314950, Jurisdata n° 2011-009348.

¹⁰⁵⁸ *Idem*.

¹⁰⁵⁹ CE 10^e et 9^e ss-sect., 24 août 2011, n° 314579, Moreau, Girault : Jurisdata n° 2011-018001 ; CE 10^e et 9^e ss-sect., 24 août 2011, n°316928, Ciavatta : Jurisdata n° 2011-025490.

Professeur Mortier, dans son analyse des arrêts, à indiquer qu'il « faut se garder d'un simple réinvestissement dans une ou plusieurs activités patrimoniales, du type immeubles ou parts de SCI »¹⁰⁶⁰. Dès lors, comment définir une activité économique ? Me Poirier propose une définition : « entendue au sens habituel, cette expression vise la poursuite d'un but lucratif au travers de toute activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, libérale, financière, exercée par la société à l'aide de moyens propres »¹⁰⁶¹. M. Lubin ajoute un élément qui nous semble fondamental : le risque¹⁰⁶². Le degré de risque encouru par le contribuable dans un investissement devrait être assimilé pour l'appréciation de l'activité économique peu important qu'il s'agisse d'investissement à caractère « patrimoniaux ».

1100. Le Professeur Pierre ajoute que le champ de l'activité économique peut être retenu sur les mêmes bases que celles concernant le raisonnement en matière de TVA. Ainsi, cet auteur souligne que la condition de réinvestissement économique sera remplie si ce dernier prend « la forme de prises de participations dans des sociétés ayant une activité dans le champ de la TVA »¹⁰⁶³. En ce sens, M. Daumas indique « qu'il est très vraisemblable que le Conseil d'Etat ait entendu faire référence à la même notion que celle utilisée en TVA »¹⁰⁶⁴.

1101. Cette référence au champ de la TVA n'est pas neutre puisqu'elle vise à encadrer une définition claire du réinvestissement dans une activité économique et notamment sur le terrain de l'épineuse question relative aux comptes courants d'associés. Une avance en compte courant est-elle de nature à être considérée comme un réinvestissement dans une activité économique ? Sur ce point, l'arrêt Ciavatta confirme la position déjà émise par l'arrêt Conseil, à savoir, une exclusion de celle-ci du champ du réinvestissement dans une activité économique. Une nouvelle fois, le Conseil d'Etat sanctionne ce type de mise à disposition de fonds en le qualifiant d'investissement patrimonial. Nous restons très réservés quant à cette analyse puisqu'il semble qu'une telle avance consentie à l'entreprise permet à celle-ci de disposer de disponibilités pour réaliser des investissements ou pour

¹⁰⁶⁰ R. Mortier, *L'apport-cession gagne en précision*, RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

¹⁰⁶¹ R. Poirier, *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E, n° 3, 20 janv. 2011, 1045.

¹⁰⁶² J.J. Lubin, *Réinvestissement dans une activité économique : la clé de voûte des opérations d'apports-cessions*, RFN, n° 10, oct. 2011, comm. 48.

¹⁰⁶³ J.L. Pierre, *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2012, comm. 17.

¹⁰⁶⁴ Daumas, *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 2011, p. 5 s.

financer son développement. Le Conseil d'Etat ne sanctionne-t-il pas le traitement fiscal du remboursement d'un tel compte courant qui demeure exonéré de charges pour le créancier lors de son remboursement ? Le Professeur Pierre va plus loin en estimant que « le compte courant de l'associé d'une société est exposé à un risque économique qui n'est pas sensiblement différent de celui supporté par la détention de parts ou d'actions de celle-ci »¹⁰⁶⁵.

1102. Dans cette hypothèse, le compte courant devrait être assimilé à un réinvestissement dans une activité économique. Toutefois, cette logique opérationnelle, liée aux flux financiers dont dispose l'entreprise, doit être nuancée ainsi que le propose le Professeur Mortier. Pour ce dernier, c'est l'emploi et la possibilité d'un remboursement à tout moment qui peut aboutir à une requalification par le Conseil d'Etat en un réinvestissement économique et non plus en un réinvestissement patrimonial. Sur ce point, il ajoute « que les fonds ne doivent pas dormir sur un compte bancaire, mais faire battre le cœur de l'activité économique exercée par l'entreprise »¹⁰⁶⁶. Ainsi, l'avance consentie en compte courant à une entreprise pourrait être qualifiée de réinvestissement économique dans le seul cas où le contribuable apporterait la preuve que les fonds versés ont eu une utilité directe à l'entreprise pour financer un investissement spécifique par exemple. Cela revient à considérer que lors d'une avance en compte courant, l'associé créancier doit réaliser son avance à l'instant précis où l'entreprise doit réaliser son investissement ou son développement. Il nous semble très difficile d'affecter des sommes précises à une opération de développement et d'opérer une traçabilité des fonds. En effet, biens fongibles par excellence, les flux financiers peuvent difficilement conserver une telle trace. D'un point de vue opérationnel, cette exigence ne sera possible que dans de rares cas d'un investissement programmé et relativement conséquent. Nous pensons, par exemple, à certains investissements en matériels réalisés par des entreprises de maçonnerie gros œuvre dans lesquelles le coût d'achat de grues est élevé. L'absence de tels équipements peut ainsi freiner leur développement en les empêchant de répondre à certaines offres de marchés notamment publics.

¹⁰⁶⁵ JL Pierre, *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2012, comm. 17.

¹⁰⁶⁶ R. Mortier, *L'apport-cession gagne en précision*, RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

1103. Outre le compte courant de l'associé et les critères du réinvestissement, certains auteurs ont critiqué le fondement même de l'obligation de réinvestissement dans une activité économique. Ainsi, le Professeur Mortier qualifie l'exigence d'un réinvestissement dans une activité économique comme « éminemment contestable »¹⁰⁶⁷. Il estime en effet que ce critère du réinvestissement dans une activité économique n'est pas imposé par le législateur et que son absence n'est pas de nature à contrarier ses objectifs. Il conclut en indiquant que « le Conseil d'Etat serait probablement en peine d'établir ladite contrariété aux objectifs du législateur d'un apport-cession suivi d'un réinvestissement dans des actifs patrimoniaux »¹⁰⁶⁸.

1104. En second lieu, le Conseil d'Etat sanctionne pour abus de droit, l'appréhension du prix de cession si celui-ci se trouve entre les mains du contribuable ou s'il déteint seulement la possibilité de l'obtenir (appréhension indirecte) à travers la société bénéficiaire de l'apport des titres.

1105. Me Poirier estime sur ce point que le Conseil d'Etat « continuera à juger abusive la situation où le contribuable appréhende effectivement et directement les liquidités comme s'il avait vendu lui-même les titres, et celle où la société conserve ses liquidités sans réaliser son objet social »¹⁰⁶⁹.

1106. C'est l'arrêt Moreau, riche d'enseignement, qui pose ce principe en ce que son apport principal réside dans une analyse du critère de non appréhension des liquidités issues de la cession. Le Professeur Mortier résume parfaitement la position du Conseil d'Etat en indiquant que la seule possibilité d'appréhension des fonds suffit à remplir le critère d'appréhension¹⁰⁷⁰.

1107. Ainsi, il suffit que le contribuable contrôle la société holding bénéficiaire de l'apport pour que ce dernier soit en capacité de pouvoir se distribuer le produit issu de la cession. A notre sens, il y a donc un recul de « l'appréhension effective » des fonds au profit d'une possibilité étendant du même coup considérablement son champ d'application. Le Conseil

¹⁰⁶⁷ Idem.

¹⁰⁶⁸ R. Mortier, art. préc., RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

¹⁰⁶⁹ R Poirier, *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté*, Dr fisc, n° 42-43, 20 oct. 2011, p. 42.

¹⁰⁷⁰ R. Mortier, art. préc., RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

d'Etat pose un considérant de principe¹⁰⁷¹ qui nous semble nuire à la sécurisation juridique des montages d'apport-cession. Le Professeur Mortier voit dans cette analyse une négation de la personnalité morale en précisant que « contrôleurs » et « contrôlés » ne font pas qu'un mais sont bel et bien dissociés¹⁰⁷². Le risque d'abus de droit est donc réel pour les contribuables même s'il faut s'intéresser aux décisions postérieures aux arrêts Moreau et Ciavatta afin d'analyser l'évolution jurisprudentielle du Conseil d'Etat.

1108. Avant de s'intéresser aux décisions faisant suite aux arrêts Moreau et Ciavatta, il convient de mentionner deux avis rendus par le Comité de l'abus de droit fiscal en date du 2 février 2012 qui transpose au sursis d'imposition la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le report d'imposition¹⁰⁷³. Ces avis nous apprennent également, comme le précise le Président Fouquet, que le délai de réinvestissement doit être raisonnable, que les avances en compte courant doivent servir effectivement à financer l'acquisition d'actifs, et enfin, que le pourcentage du produit de la cession doit être significatif. Sur ce dernier point le Président Fouquet indique qu'il « lui paraît très improbable que le Comité accepte un pourcentage plancher inférieur à 33,33% »¹⁰⁷⁴.

1109. Concernant les décisions postérieures aux arrêts Moreau et Ciavatta, le Professeur Pierre estime, à l'occasion de l'arrêt Peuchot rendu par la Cour Administrative d'Appel de Lyon¹⁰⁷⁵, que le Conseil d'Etat conservera la même analyse concernant le sursis d'imposition que celui qu'il a adopté pour le report d'imposition. Dans cet arrêt, la Cour écarte l'abus de droit pour un réinvestissement réalisé un an et demi après la cession des titres ce qui nous informe quant au délai de réinvestissement. Le Professeur Pierre ajoute que l'on ignore quelle quote-part du prix de cession a été affecté à l'opération, tout en préférant souligner, que le contribuable a « consacré son activité professionnelle à l'exploitation du domaine (l'objet de son réinvestissement) »¹⁰⁷⁶ ce qui conduit à l'absence de but exclusivement fiscal de l'opération.

¹⁰⁷¹ Dans l'arrêt Moreau, le Conseil d'Etat précise : « qu'eu égard au caractère conjoint de l'apport, de la cession, du réemploi et de la gestion du produit de cette cession, ce produit pouvait être appréhendé par les contribuables ».

¹⁰⁷² R. Mortier, art. préc., RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

¹⁰⁷³ Comité de l'abus de droit fiscal, avis n° 2011-16 et 2011-17 du 2 février 2012, publié au BOI 13 L-2-12 du 4 mai 2012.

¹⁰⁷⁴ O. Fouquet, *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. fisc., n° 20, 17 mai 2012, act. 216.

¹⁰⁷⁵ CAA Lyon, ch. 5, 15 mars 2012, n° 11LY00965, Peuchot : Jurisdata n° 2012-010161.

¹⁰⁷⁶ J.L. Pierre, *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2012, comm. 132.

1110. L'arrêt le plus récent du Conseil d'Etat est celui prit le 27 juillet 2012 qui confirme la jurisprudence établie du Conseil d'Etat¹⁰⁷⁷. A cet égard, la juridiction suprême énonce qu'il importe peu que les sommes soient appréhendées par le contribuable s'il y a bien réinvestissement dans une activité économique. Sur le plan de la définition de l'activité économique, le Conseil d'Etat se contente de l'opposer à la gestion « purement patrimoniale » sans véritablement la définir alors même que « l'exercice s'avère malaisé » comme le souligne le Professeur Medus¹⁰⁷⁸. Ce dernier opère d'ailleurs une distinction intéressante en matière immobilière, importante pour des cédants d'entreprise de bâtiment. Ainsi, l'activité immobilière dans laquelle il y a une « véritable activité d'investisseur » serait qualifiée d'activité économique et celle qui se bornerait à acheter des titres de SCI détenant des biens déjà loués interpose une personne morale mais opère une simple gestion patrimoniale¹⁰⁷⁹. Enfin, sur les caractéristiques du réinvestissement, le Conseil d'Etat souligne qu'une « part significative » du produit de la cession doit concerner des projets économiques tout en laissant un délai « suffisant » au contribuable pour opérer ces réinvestissements.

1111. En conclusion, le montage de l'apport-cession est favorable à une bonne maîtrise du coût fiscal de la transmission de l'entreprise pour le cédant. Toutefois, ce dernier devra prévoir et réfléchir à une activité économique qu'il entend mener après la cession en respectant la clause de non rétablissement imposée par le cessionnaire. Dans le secteur du bâtiment, l'immobilier occupe une grande place. C'est donc naturellement que les cédants ont une sensibilité pour ce type d'activité. Le conseil des cédants devra souligner le risque qu'il suppose, à moins de l'exercer en professionnel, de manière habituelle, par des opérations d'achats et revente de biens, de promotion immobilière et de manière répétitive. Si la holding se présente donc comme un allié de poids pour la fiscalité du cédant, c'est auprès du cessionnaire qu'elle montre tout son potentiel. Conçue comme un outil indispensable pour le cessionnaire, les transmissions d'entreprise, en pratique, font quasiment toujours apparaître une holding qui est au service de la fiscalité du cessionnaire (Section 2). En effet, le critère fiscal est très important pour le cessionnaire puisqu'une maîtrise de sa fiscalité écrasant l'impôt offre des possibilités de remboursement de la dette

¹⁰⁷⁷ CE, 10^e et 9^e ss-sect., 27 juill. 2012, n° 327295, M. et Mme Berjot.

¹⁰⁷⁸ J. L. Medus, *Apport-cession, abus de droit et investissement économique*, JCP E, 13 sept. 2012, 1544.

¹⁰⁷⁹ *Idem*.

senior plus rapide et un investissement permettant d'accroître le développement de l'entreprise exploitante.

Section 2 La holding au service de la fiscalité du cessionnaire

1112. Le principal intérêt fiscal de la holding est la possibilité, pour le cessionnaire, de faire le choix d'opter pour un régime favorisant une réduction de son imposition d'impôt sur les sociétés. Le régime mère fille (§1) fait partie de ceux-là même si, en la matière, le régime de l'intégration fiscale (§2) reste le plus abouti.

§ 1 : Le régime mère fille

1113. Le régime mère fille aboutit à une exonération des dividendes reçus par la mère provenant de la fille. Ce régime, souple et facile à mettre en place pour les dirigeants, comporte toutefois des risques et des limites (B) qui conduisent à observer, avec la plus grande attention, ses conditions de mise en œuvre (A).

A/ Les conditions de mise en œuvre

1114. Le régime mère fille est un régime fiscal de groupe qui peut être souscrit par une société détenant des participations dans une filiale. Plusieurs fois modifié, le texte qui régit le régime et en fixe les conditions est aujourd'hui, selon nous facilement applicable dans le cadre d'une reprise d'entreprise par une holding de rachat¹⁰⁸⁰. En effet, ce régime, qui s'applique sur option, prévoit l'exonération, chez la société mère, des dividendes reçus de sa filiale. L'intérêt de ce régime est d'éviter la double imposition liée à l'impôt sur les sociétés, d'une part, au niveau de la filiale, puis au niveau de la mère, lors de la distribution. Une des premières conditions à remplir pour les sociétés souhaitant opter est donc que celles-ci soient assujetties à l'impôt sur les sociétés. Dans une opération de reprise, avec une société holding, cette condition sera aisément remplie. Le cessionnaire

¹⁰⁸⁰ Voir en ce sens, les différentes versions, depuis 1980, des articles 145 et 216 du code général des impôts sur le site : www.legifrance.fr.

aura en effet à cœur d'opter, dans sa holding créée pour l'occasion, pour un régime fiscal en adéquation avec la cible reprise afin d'accéder au régime fiscal favorable mère fille.

1115. Le régime impose que la mère détienne des participations minimales dans la fille afin que le régime puisse s'appliquer. Ainsi, le seuil est fixé à au moins 5% du capital¹⁰⁸¹. Cette condition de détention minimale, voulue par le législateur, vise à constituer des groupes de sociétés dont la mère joue un rôle d'animateur de groupe au-delà de la seule participation minoritaire sans intervention et démarches dans la vie économique de sa filiale. Dans nos opérations de rachat d'entreprise, cela ne posera, en règle générale, aucune difficulté dans la mesure où le cessionnaire entend contrôler la société cible qu'il acquiert et sera donc très largement au-dessus du seuil des 5%.

1116. Toutefois, il reste un cas dans lequel ce niveau de détention peut poser question c'est dans le cadre d'une transmission familiale comprenant la mise en place d'un démembrement de propriété portant sur les droits sociaux. Comment analyser la part d'usufruit et de nue-propriété quand il s'agit de droits sociaux. Ainsi, la seule détention de l'usufruit des titres permet-il une application du régime mère fille ? Un abondant contentieux est né sur ce point, y compris au niveau européen. C'est en effet une directive communautaire datant du 23 juillet 1990¹⁰⁸² qui a appelé les juridictions nationales et la CJCE à se prononcer sur la délicate question de l'éligibilité du régime pour les usufruitiers. La CJCE, saisi d'une question préjudicielle, a rendu un arrêt le 22 décembre 2008 refusant le bénéfice du régime mère fille de titres détenus en usufruit. En effet, la cour estime que « la détention de participation dans le capital d'une société d'un autre Etat membre au sens de l'article 3 de la directive mère fille ne comprend pas la détention de parts en usufruit »¹⁰⁸³. M. Gracia considère que la Cour opère « une interprétation restrictive de la notion de détention de capital au sens de l'article 3 de la directive »¹⁰⁸⁴ en désaccord avec les conclusions de l'avocat général mais en adéquation avec les décisions déjà rendues par la juridiction administrative française¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ CGI, art. 145 : « [...] les titres de participations doivent représenter au moins 5% du capital de la société émettrice [...] ».

¹⁰⁸² Directive n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 relative aux sociétés mères et filiales.

¹⁰⁸³ E. Meier, R. Torlet, *Fiscalité des entreprises*, JCP E, n° 51, 17 déc. 2009, 2206.

¹⁰⁸⁴ C. Gracia, *Directive mère-fille : la notion de participation dans le capital d'une société ne comprend pas la détention de titres en usufruit*, Dr. fisc., n° 12, 19 mars 2009, comm. 254.

¹⁰⁸⁵ En ce sens, voir les décisions rendues par les CAA de Douai et de Nancy : CAA Douai, 7 déc. 2004, n° 00DA01085 ; Jurisdata n° 2004-269314 ; CAA Nancy, 1^{er} août 2008, n° 06NC00586.

1117. Dans un second temps, le Conseil d'Etat s'est attaché à répondre à la question de l'usufruit en suivant la position de la CJCE. C'est à l'occasion de l'arrêt Participasanh, que le Conseil d'Etat vise expressément, dans son visa, la directive mère fille incitant M. Fouquet à affirmer que le Conseil confirme explicitement ladite directive¹⁰⁸⁶. Cette décision semble être dans la ligne fixée par la jurisprudence et n'est donc « pas surprenante »¹⁰⁸⁷. En effet, lors d'un démembrement de propriété, concernant des biens aussi particulier que des droits sociaux, il y a une dissociation des droits politiques et des droits financiers. Dès lors, selon nous, quelle est la réelle implication d'une société mère dans la conduite d'une filiale si celle-ci est privé de l'exercice de l'un de ces droits ? Sa capacité à prendre les décisions, à orienter la politique de développement de l'entreprise ou encore à insuffler des prises de risques sera réduite d'autant qu'elle devra compter avec un nu propriétaire qui n'agit pas et n'intervient pas concrètement dans la vie l'entreprise. L'apparition d'un régime mère fille ne répondant pas aux critères imaginés par le législateur mais poursuivant le seul but fiscal était alors possible. C'est donc fort logiquement que « le législateur français a tenu à aligner le régime mère fille de droit interne sur le droit de l'Union Européenne »¹⁰⁸⁸. Suivant cette tendance d'uniformisation au niveau européen, le Conseil d'Etat a d'ailleurs validé l'existence du régime mère fille en présence d'une société Belge ayant une activité propre quand bien même celle-ci est interposée dans une opération d'augmentation de capital¹⁰⁸⁹.

1118. En tout état de cause, le taux de détention de 5% du capital est logiquement et facilement atteignable dans une démarche de transmission d'entreprise mais la mise en place d'un démembrement peut limiter voir empêcher la pleine application du régime mère fille.

1119. Enfin, la lettre de l'article 145 du code général des impôts¹⁰⁹⁰ impose que les titres faisant l'objet du régime mère fille soient conservés pendant un délai de deux ans. Afin

¹⁰⁸⁶ O. Fouquet, *Le régime mère fille français à la lumière de la directive*, note sous CE, 10^e et 9^e ss-sect., 20 févr. 2012, n° 321224, Sté civile Participasanh : Dr. fisc., n° 17, comm. 276, concl. D. Hedary.

¹⁰⁸⁷ R. Mortier, J.-F. Desbuquois, L. Guilmois, *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc., n° 9, 28 févr. 2013, 168.

¹⁰⁸⁸ M.-A. Coudert, *Exclusion du régime des sociétés mères et filiales des produits des titres non assortis de droits de vote et directive mère fille*, CAA Versailles, 3^e ch., 29 janv. 2013, n° 11VE03279, Sté Metro Holding France, concl. F. Locatelli, Dr. fisc., n° 13, 28 mars 2013, comm. 216

¹⁰⁸⁹ CE, ss-sect. 9 et 10 réunies, 15 avril 2011, n° 322610, Rec. Lebon.

¹⁰⁹⁰ CGI, art. 145 : « [...] les titres de participations doivent être conservés pendant un délai de deux ans [...] ».

d'éviter des montages d'optimisation artificiels pour le « développement industriel »¹⁰⁹¹, le législateur a prévu de limiter les opérations de restructurations intervenant moins de deux ans après l'acquisition des titres par la société mère. Ainsi, comme le souligne Mme de la Roque, dans son commentaire de la loi de finance pour 2011, « le bénéfice du régime mère fille ne pourra être maintenu que si la plus-value ou moins-value résultant de l'opération d'échange n'est pas attachée au résultat de l'exercice de réalisation de cette opération mais à celui de cession des titres reçus »¹⁰⁹². Il était en effet bien surprenant, selon nous, de pouvoir ainsi cumuler les exonérations liées aux dividendes reçus tout en déduisant une moins-value d'échange de titres réalisée à court terme par le groupe. L'idée du législateur ne remet pas en cause le bénéfice du régime concernant une opération de reprise puisque le cessionnaire s'engage sur une durée d'emprunt et de projet à moyen terme. Ses possibilités sont cependant réduites quant à la restructuration de son groupe ainsi constituée, postérieurement à la reprise, si celle-ci s'avérerait nécessaire pour le bon développement de l'entreprise. La sanction est en effet lourde puisque la société participante doit verser au Trésor dans les trois mois suivant la cession, une somme correspondant au montant de l'impôt qu'elle aurait dû acquitter.

1120. Le régime mère fille, simple et peu formel est aisé à mettre en place dans le cadre d'une reprise d'entreprise. Mais les risques et limites du régime (B) doivent être abordés afin d'en cerner correctement les mécanismes.

B/ Les risques et limites du régime

1121. La première limite du régime mère fille, et la grande différence avec le régime d'intégration fiscale, réside dans une quote-part de frais et charges restant à la charge de la mère lors de la distribution des dividendes. Techniquement, les dividendes sont perçus par la mère et sont retranchés de son bénéfice net total après déduction d'une quote-part pour frais et charges. Même si l'exonération vise l'ensemble des produits que la société mère peut percevoir en sa qualité d'actionnaire (dividendes et rémunération d'actionnaire par exemple), le bénéfice du régime est optimal concernant les dividendes puisqu'il s'agit d'un profit non soumis à l'impôt et donc non déductible du bénéfice imposable. Le

¹⁰⁹¹ Rapport législatif du Sénat relatif au projet de loi de finance pour 2011 du 18 nov. 2010, rapp. n° 111, t. II.

¹⁰⁹² L. de la Roque, *Aménagement du champ d'application et de la portée du régime mère fille*, Dr. fisc., n° 1, 6 janv. 2011, comm. 33.

Ministère de l'Economie a ainsi pu préciser que la quote-part fixée forfaitairement à 5% est de nature à renforcer « l'attractivité du régime des sociétés mères, qui reste un dispositif nettement plus avantageux que le régime de droit commun »¹⁰⁹³. Si le montant peut paraître faible, il demeure néanmoins moins favorable que le régime d'intégration fiscale pour lequel il n'existe pas un tel dispositif. De plus, le plafonnement de la quote-part de frais et charges au montant réel des frais et charges de toute nature a été supprimé par la loi de finance pour 2011. Ainsi, si une société expose des frais et charges pour un montant inférieur à 5% des produits perçus, elle devra réintégrer à son résultat une somme égale à 5% des distributions exonérées¹⁰⁹⁴. Cette suppression a été réalisée en partie compte tenu de raisons liées à la fiscalité internationale et notamment de régimes fiscaux étrangers plus favorables au système français¹⁰⁹⁵. Cela demeure préjudiciable, selon nous, pour des entreprises de bâtiment dont l'activité et l'implantation reste sur le territoire national en ce que ce type d'entreprise est difficilement « dé-localisable ». Même si cette quote-part pour frais et charges affaiblit le dispositif tout en étant conforme à la constitution dans son principe¹⁰⁹⁶, le régime permet cependant d'exonérer d'impôt sur les sociétés la mère pour 95% des produits perçus par la filiale. Dans de nombreux cas de reprise, le régime est donc très favorable d'autant que le plafonnement, institué par la loi de finance pour 2013¹⁰⁹⁷, sur la déductibilité des charges financières pour un montant supérieur ou égal à 3 M €¹⁰⁹⁸ ne concernera que très peu de cas de reprise compte tenu des prix de cession, relativement faible en comparaison avec d'autres secteurs, des PME du bâtiment. Pour autant, il s'agit bien de freins à un régime qui perd de son intérêt, dans le cas, d'une reprise cumulant les contraintes que nous venons de souligner.

1122. Si les freins liés aux aspects financiers sont bien présents, le risque fiscal est tout aussi patent. Le risque de l'abus de droit qui constitue la seconde limite a en effet été avancé par plusieurs décisions et commentaires dont nous nous proposons de faire un rapide état.

1123. L'administration fiscale a remis en cause des montages d'opérations dans lesquels, selon cette dernière, le seul but exclusivement fiscal était recherché, sans motivation

¹⁰⁹³ Rép. Min. Economie, question écrite n° 26634, JO Sénat du 13 juill. 2000.

¹⁰⁹⁴ L. de la Roque, *Aménagement du champ d'application et de la portée du régime mère fille*, Dr. fisc., n° 1, 6 janv. 2011, comm. 33

¹⁰⁹⁵ Rapport Assemblée Nationale du 14 oct. 2010, n° 2857, t. II.

¹⁰⁹⁶ CE, 10^e et 9^e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 347113, Sté Renault Trucks, Dr. fisc., n° 35, 1er sept. 2011, act. 266.

¹⁰⁹⁷ Loi de finance 2013, n° 2012-1509, 29 déc. 2012, art. 23, II à V, JO du 30 déc. 2012.

¹⁰⁹⁸ P. Fumenier, M.-P. Hôo, *Institution d'un plafonnement général de la déductibilité des charges financières*, Dr. fisc., n° 1, 3 janv. 2013, comm. 26.

économique, par la société mère. Le raisonnement est le suivant : une société mère acquiert une cible puis opère une remontée massive de dividendes et de trésorerie sans avoir l'intention d'animer la filiale. Dès lors, l'administration, rejoint par le comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD)¹⁰⁹⁹, considère que l'opération n'a qu'un but fiscal et refuse le bénéfice du régime mère fille. Cette position n'est pas partagée par Me Turon qui « reste perplexe » indiquant que cette lecture méconnaît la « motivation économique »¹¹⁰⁰ de l'opération alors même que le Conseil d'Etat a rappelé que « le motif uniquement fiscal doit se traduire par une construction dépourvue de substance économique pour que l'abus soit caractérisé »¹¹⁰¹. La question mérite donc d'être approfondie. La jurisprudence administrative s'est penchée sur ce problème. La Cour Administrative d'Appel de Paris a, en conséquence, rendu trois arrêts le 29 juillet 2011 sur ce point¹¹⁰². Dans ces décisions, la Cour ne retient pas l'abus de droit dans le cas de l'acquisition de filiales par une société qui perçoit des dividendes en application du régime mère fille et qui constitue une provision pour dépréciation des titres de ces filiales à certaines conditions. Celles-ci sont au nombre de trois. Tout d'abord, les filiales doivent exister avant l'opération. Ensuite, une société spécialement créée à cet effet ne doit pas s'interposer. Enfin, il doit subsister une motivation économique consistant en l'amélioration de la trésorerie. Me Buchet, dans son analyse, ne « souscrit pas à l'argument tenant à la motivation économique »¹¹⁰³ puisque la cible détenait un seul actif : sa trésorerie. Toutefois, ces sociétés existaient depuis de nombreuses années, l'auteur ajoutant que « l'artificialité de l'interposition d'une société étrangère » était absente dans le cas présent ce qui lui fait dire, sans entrer dans une étude de l'activité future des sociétés, que « la position de l'administration fiscale ne pourra pas emporter la conviction à un stade ultérieur de la procédure ».

1124. Ces arrêts de cour d'appel posent la question de l'activité économique réelle réalisée par les holdings (mère). Sur ce point, M. Fouquet rappelle que « dire qu'une holding de rachat est dépourvue de substance parce qu'elle n'exerce aucune activité économique

¹⁰⁹⁹ Comité consultatif pour la répression des abus de droit, avis n° 2008-18 à 2008-22 et Instr. 12 janvier 2009 : BOI 13 L-2-09, Dr. fisc. 2009, n° 4, instr. 14016.

¹¹⁰⁰ M. Turon, *L'abus du régime sociétés mères*, Dr. fisc., n° 15, 9 avril 2009, act. 108.

¹¹⁰¹ CE, 8^e et 3^e css-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal : Jurisdata n° 2005-080715 ; Dr. fisc., 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 2005, n° 910.

¹¹⁰² CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01219, Sté Etablissements Bellaby, concl. Ph. Blanc, note M. Buchet ; CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA06363, Sté Lacil, concl. Ph. Blanc, note M. Buchet ; CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01220, Sté Chemfi, concl. Ph. Blanc, note M. Buchet.

¹¹⁰³ M. Buchet, *Abus de droit et régime mère-fille*, JCP E, n° 48, 1^{er} déc. 2011, 1869.

réelle, alors qu'elle a pour objet de porter l'emprunt qui a permis le rachat de la cible, revient à remettre en cause le mécanisme du LBO dans son principe »¹¹⁰⁴. C'est bien l'intérêt financier de la création du holding et sa capacité d'investissement supérieure à celle des associés qui suffit à invoquer des motifs non fiscaux permettant d'échapper au seul but exclusivement fiscal soulevé par l'administration fiscale. C'est en tout cas la position du Conseil d'Etat dans une affaire de LBO récente¹¹⁰⁵. Néanmoins, et même si le raisonnement du Conseil d'Etat ne souffre pas de contestation, nous recommandons d'activer la holding en la rendant animatrice par le jeu de prestations de services auprès de ses filiales.

1125. Malgré ces précautions, le risque d'abus de droit dans le régime mère fille est bel et bien présent puisqu'il subsiste une divergence, notamment, entre le comité de l'abus de droit fiscal¹¹⁰⁶ et la cour administrative de Paris. Le professeur de Bissy n'est d'ailleurs pas en phase avec la cour d'appel sur la question du but exclusivement fiscal. Il ne croit en effet pas au but économique par le seul jeu de l'opération « d'acquisition/distribution » de trésorerie¹¹⁰⁷. Mais il est plutôt favorable au raisonnement selon lequel le législateur a prévu le régime mère fille pour éviter une double imposition économiques des bénéfices tout en se demandant sur quel fondement l'administration peut invoquer l'abus de droit sur le terrain de la remise en cause de la déduction de la provision ou de la moins-value¹¹⁰⁸.

1126. Le régime mère fille, s'il subit des remises en cause par l'administration, suivi par le comité de l'abus de droit fiscal, bénéficie d'une certaine bienveillance de la jurisprudence actuelle. L'activation de la holding (mère) et la persistance d'une activité économique réelle dans les filiales reste la meilleure des garanties pour éviter une remise en cause du régime d'autant que les sanctions sont lourdes en ce que les pénalités fixées par le juge de l'impôt peuvent être sévères¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ O. Fouquet, *LBO et abus de droit*, Dr. fisc., n° 15, 14 avril 2011, comm. 304.

¹¹⁰⁵ CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et Mme Bourdon, concl. C. Legras, note O. Fouquet et C. Charpentier.

¹¹⁰⁶ Le CADF a remplacé le CRAD.

¹¹⁰⁷ A. de Bissy, *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus ?*, Dr. fisc., n° 50, 13 déc. 2012, 558.

¹¹⁰⁸ *Idem*.

¹¹⁰⁹ CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 295358, Caisse Interfédérale de Crédit Mutuel : Jurisdata n° 2009-081517, Dr. fisc., n° 36, 3 sept. 2009, act. 272.

1127. Ainsi, le régime mère fille est très favorable à une optimisation fiscale lors d'un rachat d'entreprise avec la constitution d'une holding. Simple et aisé à mettre en œuvre, il est toutefois teinté de quelques écueils tels la quote-part de frais et charges et le risque fiscal. Cela incite à analyser le régime de l'intégration fiscale (§2) afin de savoir si ce celui-ci ne doit pas être privilégié lors de l'opération de reprise.

§ 2 : Le régime de l'intégration fiscale

1128. Le régime de l'intégration fiscale est un régime fiscal d'option très favorable pour les groupes de sociétés permettant de réduire le montant de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises constituant le groupe. Même si l'intégration fiscale est la reine de l'optimisation fiscale (A) elle n'en ait pas moins soumise à des limites d'ordre pratiques (B).

A/ L'intégration fiscale, reine de l'optimisation fiscale

1129. Il ne s'agit pas ici de détailler avec précision le régime de l'intégration qui est régit par de nombreux textes législatifs¹¹¹⁰ ayant fait l'objet de commentaires nourris par l'administration fiscale¹¹¹¹. Nous nous limiterons donc à une étude limitée du régime

¹¹¹⁰ A titre d'exemple, nous citerons : articles 209, 209 quinquies, 211 à 214, 216, 216 A, 219, 220 quinquies, 223 A à 223 U du code général des impôts. La loi de finance rectificative pour 1999 n° 99-1173 du 30 déc. 1999 (art. 28), loi de finance pour 2002 n° 2001-1275 du 28 déc. 2001 (art. 85), loi de finance pour 2003 n° 2002-1575 du 30 déc. 2001 (art. 85), loi de finance pour 2004 n° 2003-1311 du 30 déc. 2002 (art.97). Décret n° 2000-395 du 2 mai 2000 portant sur les accords de filiales.

¹¹¹¹ Instr. 4H-9-88 du 9 mai 1988 (Instruction de base), Instr. 4H-14-88 du 21 juill. 1988 (obligations déclaratives), Instr. 4H-3-89 du 2 mai 1989 (charges financières des groupes de sociétés), Instr. 13L-2-90 du 30 sept. 1990 (contrôle des groupes de sociétés), Instr. 4H-8-92 du 9 mars 1992 (modalités d'imputation de l'IFA), Instr. 4H-13-92 du 23 juill. 1992 (aménagement du régime d'intégration fiscale), Instr. 4H-5-93 du 12 févr. 1993 (aménagement en matière de quote-part de frais et charges et de date de clôture d'exercice), Instr. 13L-5-94 du 13 juill. 1994 (droit de reprise en matière d'impôt sur les sociétés et contrôle des groupes de sociétés), Instr. 13L-2-95 du 30 déc. 1994 (absorption ou acquisition de la société-mère), Instr. 13L-2-95 du 3 mars 1995 (contrôle : suppression de l'obligation déclarative rectificative), Instr. 4H-3-95 du 14 mars 1995 (aménagements relatif aux dividendes et aux reprises de provisions), Instr. 3D-7-95 du 29 juin 1995 (TVA. Conséquences de la répartition de l'impôt sur les sociétés dû par un groupe fiscalement intégré), Instr. 4H-4-97 du 30 mai 1997 (restructurations et constitutions de nouveaux groupes, cession et transfert de titres), Instr. 4H-1-02 du 8 janv. 2002 (conditions de détention de la société tête de groupe), Instr. 4H-5-04 du 7 déc. 2004 (suppression de la limitation à cinq exercices du report en avant des déficits), Instr. 4H-2-05 du 19 juill. 2005 (composition du groupe et application du régime), Instr. 4H-3-07 du 19 mars 2007 (neutralisation de l'obligation de conservation des titres pendant deux ans dans le cadre des opérations de restructurations successives), Instr. 4H-4-07 du 27 mars 2007 (intégration fiscale et précisions sur la notion de contrôle), Instr. 4C-7-07 du 10 mai 2007 (prohibition des retenues à la source sur dividendes), Instr. 4H-2-08 du 2 avril 2008 (aménagements du régime de l'intégration fiscale).

soulignant son intérêt dans le cadre de la reprise d'une entreprise de bâtiment. Parmi les textes législatifs ayant trait à l'intégration fiscale, l'article 223 du code général des impôts¹¹¹² explique assez bien le mécanisme, qui est, dans son principe, relativement simple. Une société dénommée « mère » détient des participations dans une autre société appelée « fille ». Si le niveau de participation de la mère dans la fille atteint 95%, c'est-à-dire si la mère détient 95% des titres représentant le capital social de la fille, elles pourront opter toutes les deux pour le régime de l'intégration fiscale. Le Professeur Cozian résume en une seule phrase l'intérêt du régime dans la cadre d'une reprise d'entreprise. Il explique « qu'aux yeux du fisc, elles seront traitées comme un contribuable unique, ce qui permettra d'imputer les charges financières de la holding sur les bénéfices de la cible ; il en résulte une diminution de l'impôt sur les sociétés à payer, donc une plus grande capacité de remboursement des emprunts contractés »¹¹¹³.

1130. La première condition à remplir est donc que la société mère détienne 95% au moins du capital de la fille. En conséquence, cela suppose que la mère détienne 95% des droits de vote et des droits à dividendes. Cela peut être source de difficultés lors de la mise en place d'actions de préférence. Le cessionnaire devra donc acquérir un ensemble de droits sociaux faisant apparaître ce niveau de participations. Ainsi, les associés minoritaires, si le schéma en comprend, ne devront pas être écartés des négociations pour que le repreneur puisse envisager de recourir à l'intégration fiscale. Il convient d'indiquer que la loi de finance rectificative pour 2006¹¹¹⁴ est venue assouplir cette exigence concernant la part de capital détenue par les salariés. Ces derniers peuvent détenir 10% au plus du capital de la société fille sans que cela soit pris en compte dans le calcul du niveau de participation des 95% de détention de la mère¹¹¹⁵. Le législateur a voulu encourager la prise de participation des salariés dans l'entreprise sans remettre en cause l'avantage fiscal du régime.

1131. La seconde condition est une clôture des exercices comptables des sociétés, intégrées dans le périmètre, à la même date. Ainsi, les exercices comptables doivent coïncider quant aux dates de clôture lors de la mise en place de l'intégration ce qui nécessite souvent de décaler un exercice pour une des sociétés. En pratique, la holding qui devient la tête de

¹¹¹² CGI, art. 223A : « une société peut se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95% au moins du capital... ».

¹¹¹³ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd, p. 735, § 1446.

¹¹¹⁴ Loi n° 2006-1771 du 30 déc. 2006, JO du 31 déc. 2006.

¹¹¹⁵ D. Marcheteau, *L'actualité juridique et fiscale des LBO*, Dr. sociétés, n° 4, avril 2008, alerte 17.

groupe prend une date de clôture identique à celle de la cible. Elle est en effet constituée, pour une reprise d'entreprise avec le seul objectif d'acquérir la cible. Toutefois, lors de rachats postérieurs à cette première transmission, les dates de clôture des nouvelles cibles devront être modifiées afin d'intégrer le périmètre du régime. En effet, l'administration impose une durée de 12 mois comportant les mêmes dates de clôture¹¹¹⁶.

1132. L'intérêt principal du régime est donc de réunir dans une seule structure d'imposition une seule « personne » redevable de l'impôt sur les sociétés. Cela présente naturellement un intérêt lors de la reprise de l'entreprise. La holding contracte un emprunt afin de financer l'acquisition des titres. La société cible devient dès lors la filiale de la société mère (la holding). Dès qu'elles optent pour l'intégration fiscale, les frais financiers liés à l'emprunt de la holding s'imputent sur les bénéfices de la cible réduisant la charge de l'impôt sur les sociétés pour les deux sociétés. Cette technique démultiplie les capacités de remboursement de la holding et augmente donc sa capacité d'emprunt. En théorie si chaque société paye son impôt sur les sociétés, la cible dégagera moins de dividendes redistribuables et la holding accusera un déficit. Or dans le schéma de l'intégration, le déficit de la holding vient s'imputer sur le résultat de la cible favorisant une remontée de dividendes bienvenue quant au remboursement de la dette. Sur le plan fiscal, sans régime d'intégration, un repreneur est taxé au niveau de l'impôt sur les sociétés, puis sur l'impôt sur le revenu et enfin les intérêts d'emprunt ne sont pas imposables. Ce constat pousse le Professeur Cozian à affirmer qu'entre les deux situations c'est « le paradis pour l'un, l'enfer pour l'autre ; la machine à fabriquer des inégalités tourne à plein régime »¹¹¹⁷.

1133. Enfin, il semble judicieux de rappeler la possibilité pour la société mère de consentir à ses filiales des subventions intra groupe. Ces subventions sont un outil de gestion assis sur « le principe de liberté des sociétés du groupe dans la détermination des modalités de répartition de la charge de l'impôt »¹¹¹⁸ à conditions qu'elles ne soient pas prises en compte pour la détermination du résultat d'ensemble imposable. C'est l'enseignement d'un arrêt de la cour administrative de Lyon¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ TA Lyon, 18 déc. 2001, n° 99-770, 4è ch., SA FP Lyon, RJF 5/05 n° 557, obs.

¹¹¹⁷ M. Cozian, *Financement du rachat d'entreprises : pour en finir avec un apartheid fiscal*, JCP E, n° 38, 21 sept. 2006, 2400.

¹¹¹⁸ E. Meier, R. Torlet, *Fiscalité des entreprises (année 2009)*, JCP E, n° 9 4 mars 2010, 1249

¹¹¹⁹ CAA Lyon, 2 avr. 2009, n° 05LY01975, Min. c/ Wolseley Centers France.

1134. Ainsi, le régime de l'intégration fiscale est, selon nous, le régime le plus optimisant lors d'une reprise d'entreprise même si sa mise en place peut se heurter à quelques difficultés d'ordre pratiques (B).

B/ Les difficultés d'ordre pratiques

1135. La première difficulté d'ordre pratique, lors de la mise en place de l'intégration fiscale réside dans l'obligation, pour la mère, de détenir 95% du capital de la fille. Ce taux de détention peut présenter des difficultés lors de financements externes concourant au « bouclage » du montage financier. En effet, dans le cas de participations de fonds d'investissements ou d'association avec une autre structure juridique pour acquérir la cible il n'est pas rare de constater que les cessionnaires se contentent d'un contrôle de la cible sans pour autant détenir 100% des droits sociaux.

1136. De plus, ce pourcentage peut être une source visant à alourdir artificiellement les charges financières¹¹²⁰. En effet, si un cessionnaire souhaite acquérir une entreprise dont le seul contrôle à 75% lui suffit, la perspective du régime d'intégration fiscale peut être de nature à le renforcer dans l'idée d'acquérir l'ensemble des titres (soit 100%) alors que les seuls 75% auraient générés une dette senior plus modeste libérant une capacité d'autofinancement supérieure pour des investissements ultérieurs sur la cible. Selon nous, le montage d'une opération de reprise ne doit en effet pas reposer sur la seule analyse fiscale ou financière de l'opération, il convient d'équilibrer les pouvoirs, adapter la forme sociale des sociétés du futur groupe ou encore organiser juridiquement le développement de l'entreprise.

1137. La seconde difficulté qu'il convient de souligner est celle liée au formalisme du régime de l'intégration. Si ce régime est très favorable sur le plan fiscal, il n'en reste pas moins qu'il se mérite. La société holding doit être soumise à l'impôt sur les sociétés mais plus précisément au régime du bénéfice réel normal¹¹²¹. Me de Givré rappelle, à juste titre, que soit adressé, dans les trois mois suivant le début d'activité, au centre des impôts,

¹¹²⁰ B Monassier, op. cit., p. 908, § 63540.

¹¹²¹ CGI, art. 223 Q : « les déclarations que doivent souscrire les sociétés du groupe pour chaque exercice sont celles prévues à l'article 223 pour le régime du bénéfice réel normal ».

l'option express pour ce régime¹¹²² si la holding ne répond pas déjà à celui-ci. Le délai, relativement court, doit attirer l'attention des conseils du cessionnaire afin qu'il ne perde pas le bénéfice du régime de l'intégration. Dans le même sens, un arrêt récent¹¹²³ évoque la nécessité de déposer les déclarations liées au résultat d'un exercice dans les trois mois, ce qui nous semble également relativement court surtout si l'on ajoute que toute éventuelle modification doit intervenir dans ce même délai¹¹²⁴.

1138. La troisième difficulté concerne une reprise dans laquelle se situe une société étrangère. En effet, jusqu'à récemment, une sous-filiale française détenue par une filiale française elle-même détenue par une société étrangère ne pouvait intégrer le périmètre du régime. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 10 juillet 2007¹¹²⁵, a saisi la CJCE d'une question préjudicielle « sur l'application du régime de fiscalité de groupe lorsqu'une sous-filiale est détenue par une filiale établie dans un Etat de l'Union Européenne autre que la France ». Cet arrêt, largement commenté par la doctrine, faisait espérer à cette dernière « une réforme des règles de territorialité du régime de fiscalité de groupe, pour inclure les profits et les pertes des filiales européennes non établies en France dans le résultat d'ensemble imposable en France »¹¹²⁶. L'arrêt de la CJCE qui s'ensuivit¹¹²⁷ consacre la liberté d'établissement en indiquant qu'une sous filiale française peut être intégrée dans un groupe dont la mère est située dans un Etat membre de l'UE. Cet arrêt fut salué par la doctrine rappelant que dès lors « une sous-filiale française détenue via une filiale étrangère peut être intégrée »¹¹²⁸ même si d'autres auteurs soulignaient que l'intégration des filiales détenues par l'intermédiaire d'une société établie dans un autre Etat membre reste exclue du régime¹¹²⁹. Cette ouverture à la liberté d'établissement est un point positif

¹¹²² Y. de Givré, *Intégration fiscale : obligation pour la mère d'être soumise au régime normal, de plein droit ou sur option*, JCP E, n° 21, 23 mai 1996, pratique.

¹¹²³ CE, 8^e et 3^e ss-sect., 27 avril 2011, n° 322063, SARL Systèmes Holding : Jurisdata n° 2011-009346.

¹¹²⁴ D. F., *Une déclaration rectificative déposée après expiration du délai légal ne peut corriger les effets d'une décision de gestion*, JCP E, n° 42, 20 oct. 2011, 1759, comm.

¹¹²⁵ CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 284785, Sté Papillon : Jusidata n° 2007-081157.

¹¹²⁶ J.-L. Pierre, *Régime de fiscalité de groupe*, Dr. sociétés, n° 10, oct. 2007, comm. 189 ; J.-L. Pierre, *Régime des groupes : application à une sous-filiale française détenue par une filiale établie dans un Etat de l'UE autre que la France ?*, JCP E, n° 45, 8 nov. 2007, 2370 ; G. Delacroix, *Bercy va devoir corriger le régime d'intégration fiscale des entreprises*, Les Echos, 2 déc. 2008, p.2.

¹¹²⁷ CJCE, 4^e ch, 27 nov. 2008, aff. C-418/07, Sté Papillon.

¹¹²⁸ J.-L. Pierre, *Groupes de sociétés : une sous-filiale française détenue via une filiale étrangère peut être intégrée*, Dr. fisc., n° 52, 25 déc. 2008, comm. 644.

¹¹²⁹ C. Amadiou Le Claire, *Intégration d'une filiale française détenue par l'intermédiaire d'une société étrangère : à propos de la décision de la CJCE du 27 novembre 2008 pourra-t-on parler d'« effet Papillon » ?*, JCP E, n° 49, 4 déc. 2008, act. 534.

à souligner dans le régime d'intégration, modifié depuis¹¹³⁰, même si les cas, dans le secteur du bâtiment, sont rares de groupes ayant des entités à l'étranger. En effet, compte tenu des chantiers, les entreprises restent dans une sphère nationale. Toutefois, nous avons eu à connaître d'un cas de transmission faisant apparaître des sociétés étrangères qui fabriquait (en production industrielle) des profilés aluminium. Cette société a constitué un groupe lui offrant une vision plus large du circuit de production incluant la pose de ses propres ouvrages. Ce cas demeure relativement rare et ajoute une complexité dans la reprise.

1139. Enfin, l'article 223 B du code général des impôts¹¹³¹ pose une limite à l'intégration fiscale que les praticiens ont l'habitude de désigner par « amendement charasse ». Cette disposition s'applique lorsqu'une société acquiert une cible, ces deux sociétés étant contrôlées par les mêmes personnes physiques ou morales, que le contrôle soit direct, indirect, en droit ou en fait. La notion de contrôle est celle définie à l'article L 233-3 du code de commerce¹¹³². Cette notion de contrôle, souvent commentée¹¹³³ n'est toutefois pas le cœur de notre développement. Notre propos, quant à la transmission d'entreprise est plutôt de souligner que cet amendement pose une limite aux opérations de reprises considérées comme des « vente à soi-même » ou des cessions dans lesquelles le cédant conserverait une partie du pouvoir historiquement détenu par lui et transposé à une holding qu'il contrôlerait. Cette disposition est aussi un frein dans l'hypothèse suivante que nous avons eu à rencontrer : un repreneur personne physique fait l'acquisition, en association avec un entrepreneur local, d'une cible. Le métier de la cible est la plâtrerie peinture et celui de l'entrepreneur local les revêtements de sols. Les deux activités peuvent être complémentaires dans certains marchés. Les deux personnes se trouvent

¹¹³⁰ Loi du 30 déc. 2009, n° 2012-1254, art. 33.

¹¹³¹ CGI, art. 223 B : « lorsqu'une société a acheté les titres d'une autre société qui est ou qui devient membre du même groupe ou les titres d'une société intermédiaire aux personnes qui la contrôlent, directement ou indirectement, ou à des sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, au sens de l'article L 233-3 du code de commerce, les charges financières déduites pour la détermination du résultat d'ensemble sont rapportés à ce résultat pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition de ces titres, limité...[...] ».

¹¹³² C. com., art. L 233-3 : « [...] lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société [...] ».

¹¹³³ A titre d'exemple : P. Fumenier, « Amendement Charasse : précisions pour l'appréciation du contrôle dans le temps en cas de LBO », Dr. fisc., n° 18, 1^{er} mai 2008, comm. 298 ; A.-F. Gagneur, *Pour l'application de l'amendement Charasse le contrôle de la société s'apprécie à la date d'acquisition des titres*, Dr. fisc., n° 43, 26 oct. 2006, comm. 691 ; P. Fumenier, C. Maignan, *Amendement Charasse : définition de la notion de contrôle et date d'appréciation de celle-ci*, Dr. fisc., n° 40, 6 oct. 2011, comm. 544 ; Y. Rutschmann, P. Gosset, *Amendement Charasse et cession intragroupe : la cour administrative de Versailles consacre la thèse de la « photographie »*, Dr. fisc., n° 15, 12 avril 2012, comm. 256 ; O. Debat, *Les transformations de la fiscalité financière sous l'effet de la crise*, RD bancaire et fin., n° 2, mars 2012, alerte 9.

associés dans la holding de rachat. Pour des questions de rationalité et de facilités de gestion, les deux dirigeants souhaitent, dans un second temps, intégrer dans leur groupe (constitué de la seule cible en plâtrerie peinture et de la holding) l'entreprise de revêtements de sols. Cela pose des difficultés à la lecture de l'amendement Charasse. Le groupe ainsi constitué ne pourra imputer les charges financières, liées à l'acquisition de l'entreprise de revêtements de sols, sur le résultat d'ensemble du groupe.

1140. Ces freins à la mise en place de l'intégration et à l'amplitude que souhaite donner le dirigeant à son entreprise peuvent nuire à la bonne marche de la reprise. N'oublions pas que certaines opérations « intègrent » la future économie d'impôt dans leur calcul financier ayant trait au remboursement de la dette et donc à leur capacité d'emprunt. Le bilan coût-avantage reste très, malgré ces limites, très favorable. Rare sont les cas dans lesquels l'intégration fiscale ne peut pas être mise en place notamment lorsqu'il s'agit d'un rachat classique par une personne physique d'une seule cible (cas de reprise les plus fréquents).

1141. Ainsi, à n'en pas douter le régime de l'intégration fiscale présente des avantages permettant à un groupe constitué de bénéficier d'une réduction de son imposition. Concernant l'intégration fiscale, le système fiscal Français n'a d'ailleurs pas à rougir de sa position si l'on compare celle-ci avec d'autres pays européens. A titre d'exemple, le « *group relief* » existant au Royaume-Uni peut sembler être « dépourvu d'harmonie » quand les conditions d'applications de l'*Organschaft* Allemand sont « plus contraignantes » et ont « des conséquences qui dépassent largement le cadre fiscal »¹¹³⁴.

¹¹³⁴ P. Juilhard, *Imposition des groupes de sociétés, analyse comparative Royaume-Uni / Allemagne*, JCP E, n° 26, 1^{er} juill. 1993, 263.

Conclusion du chapitre 2

1142. Il n'y a que très rarement de transmission de l'entreprise sans holding et sans la fiscalité favorable qui y est associée. Dans certains dossiers, c'est d'ailleurs l'argument fiscal qui emporte l'adhésion des parties pour un montage avec une société holding.

1143. La holding sur le plan fiscal est à double détente.

1144. D'abord, elle peut être le refuge du cédant qui ne bénéficie d'aucune exonération par le jeu de l'apport cession. Ce dernier n'est pas sans risque d'autant que les activités futures, souvent liées à l'immobilier dans le secteur du bâtiment, imposent une vraie consistance. Dans cette hypothèse, un excès de pédagogie ne saurait être superflu indiquant que l'activité économique doit être privilégiée. .

1145. Ensuite, elle favorise le cessionnaire par des régimes spécifiques taillés sur mesure pour ce dernier. Il peut même arriver que les partenaires financiers anticipent ce choix avant même que le cessionnaire ait terminé sa réflexion sur ce point. Si les chiffres et les projections des business plan démontrent leur efficience, des risques liés à leur application doivent être consciencieusement analysés.

Conclusion du titre 2

1146. La fiscalité de la reprise n'est pas sans point commun avec les aspects juridiques de la reprise. Le recours à la société holding est recommandé, son efficacité étant évidente. Le législateur n'a pas encore remis en cause les avantages liés à l'utilisation de la holding dans une transmission. Est-elle devenue une niche fiscale à part entière ? Le sentiment, par les dirigeants, du poids (à tort ou à raison) de la fiscalité pesant sur les entreprises conforte le recours à la holding ou à l'application des régimes d'exonération pour les cédants.

1147. Il nous semble que l'abondant contentieux juridictionnel en la matière prouve que l'administration fiscale ne désarme pas face aux montages faisant intervenir la holding comme amortisseur de la fiscalité. Face à cette situation et même si « le prix à payer » est un encadrement plus strict, le législateur ne devrait-il pas encadrer et redéfinir de manière précise le rôle de la holding dans la fiscalité de la reprise ? Un environnement teinté d'une sécurité juridique très relative peut avoir pour conséquence de freiner les transmissions d'entreprises.

Conclusion de la deuxième partie

1148. L'organisation juridique de l'entreprise et la dimension fiscale de la reprise sont indissociables. Ces deux domaines, nous l'avons vu, interagissent et deviennent au fil des schémas de reprise très complémentaires. Le panel d'outil à la disposition des praticiens est donc très large. Il est à l'image des cas de transmissions qui sont très différents et pour lesquels ils n'existent pas de solution préconçue.

1149. Cette deuxième partie de notre étude met en avant le recours à la holding tant pour ses aspects juridiques que pour ses régimes fiscaux avantageux. La holding est ainsi devenue l'auxiliaire d'une transmission réussie s'imposant comme l'élément incontournable de la reprise de l'entreprise. Favorisant cédant et cessionnaire, ses nombreux avantages ont toutefois attiré l'attention de l'administration fiscale, qui veille, par la répression de l'abus de droit, aux montages ne respectant pas ses préconisations. C'est pourquoi, il convient de souligner l'importance de limiter ces risques, par une bonne analyse de ceux-ci avant la cession.

1150. La seule difficulté peut résider, selon nous, à l'environnement économique actuel. La crise économique a bouleversé les habitudes et les dossiers de sinistres supportés par les établissements financiers ne sont pas rares. Il en découle une méfiance de leur part lors de demandes de financements ayant recours à ce type de montage. La holding protégeant efficacement le cessionnaire, le prêteur peut se trouver dans l'incapacité de percevoir le remboursement de sa dette. Le banquier peut-il à lui seul gripper la belle mécanique de la holding de reprise ? A n'en pas douter, sa réaction sera de limiter son risque financier exigeant de nouvelles garanties au cessionnaire. Les transmissions d'entreprises peuvent souffrir de cette situation.

Conclusion générale

1151. Anticiper, préparer, pour transmettre et permettre ainsi au cessionnaire de reprendre dans les meilleures conditions. S'il ne devait subsister qu'un seul conseil pour les acteurs de la transmission d'une entreprise de bâtiment ce serait celui-ci.

1152. Les spécificités de ce type d'entreprise, soulignées dans cette étude, ont en effet mis en exergue une nécessité de préparer avant de transmettre. L'idée est de mettre à la disposition du cédant des outils existants ou innovants lui permettant d'attirer des cessionnaires. Sur le plan juridique, cela implique la transformation de l'entreprise individuelle en société. Le bilan coût avantage de l'opération, malgré la présence d'une garantie d'actif et de passif, reste favorable à cette mesure d'autant que la fiscalité reste avantageuse. Si la technique n'a rien de nouveau, utilisée dans le cadre d'une transmission et non plus comme une optimisation patrimoniale, l'apport d'une entreprise individuelle à une société est séduisant. Toutefois, si l'entreprise elle-même doit être préparée, le facteur humain et l'incorporel sont tout aussi fondamentaux. Ce que nous avons qualifié de capital immatériel de l'entreprise, c'est-à-dire, dans le bâtiment, les connaissances techniques et les compétences, doivent être transmises et maintenues dans l'entreprise. Cette préparation, sans nul doute réalisée au profit du cessionnaire, doit permettre un maintien des savoir-faire dans l'entreprise. L'importance que le cessionnaire accordera à ce maintien est proportionnelle à ses propres connaissances techniques. Il est évident qu'un repreneur « métier », c'est-à-dire détenant les compétences chantiers sera moins exigeant, pensant pouvoir bénéficier d'une prise en main plus rapide de l'entreprise. Mais il convient de souligner que ces connaissances sont aussi celles du cédant et notamment ses relations et son réseau de clients et fournisseurs qu'il est important de transmettre. En pratique, nous connaissons également une recrudescence de repreneurs, non issus du secteur du bâtiment, qui souhaitent reprendre une structure. Dans ce cas, la reprise efficiente de la cible passe nécessairement par une bonne transmission et un maintien des savoir-faire.

1153. Lorsque ce travail de préparation est abouti, le repreneur se penche sur la reprise proprement dite de l'entreprise. Nous l'avons vu, de manière indirecte, une bonne transmission est une transmission à un prix de cession cohérent et raisonnable. Il est essentiel que le cessionnaire puisse rembourser la dette et mettre les outils d'optimisation fiscale approprié. L'évaluation de l'entreprise, domaine davantage financier que juridique, est donc au cœur des négociations. Il doit correspondre à une réalité économique et de marché. Ce prix a des conséquences sur le montage et le schéma de la transmission. Le levier financier de la holding, la levée de l'emprunt, la remontée des réserves et des dividendes dans la holding ainsi que les garanties octroyées par le cessionnaire ne pourront être mise en place que si le prix de cession est rationnel. Ainsi, l'ensemble de l'environnement juridique de la reprise interagit puisant dans des domaines transversaux, touchant à la fois le cédant et le cessionnaire. Il est toutefois un domaine qui intéresse davantage le cédant et dans une moindre mesure le cessionnaire, c'est la fiscalité de la transmission. La pression fiscale, vécue d'ailleurs assez mal par certains dirigeants lors de la vie sociale de leur entreprise, doit être atténuée lors de la transmission. La crise économique a incité les pouvoirs publics à modifier en profondeur et à de nombreuses reprises les modalités d'imposition des plus-values créant une certaine insécurité fiscale pour les cédants. En effet, il n'est pas rare qu'un projet de transmission dure plus de douze mois, or comment faire admettre à un cédant que le prix de cession qu'il entendait percevoir ne sera plus tout à fait le même à l'aune d'une nouvelle loi de finance ? Les montages d'optimisations sont par ailleurs surveillés par l'administration fiscale qui n'hésite pas recourir à l'abus de droit pour sanctionner un schéma trop téméraire. Dès lors, il est intéressant de constater que nos voisins européens n'ont pas modifié avec la même récurrence leur système d'imposition. Comment adapter certaines mesures, certains modèles utilisés par nos partenaires européens ? Ces régimes sont-ils transposables dans notre code général des impôts ? Enfin, certaines transmissions d'entreprises ne pourraient-elles pas avoir un intérêt à envisager une transmission dans une fiscalité transnationale plus favorable ? Il nous semble que ces questions mériteraient un approfondissement à l'heure où les échanges commerciaux sont de plus en plus globalisés.

Index alphabétique des matières

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes, non aux pages.

-A-

Abus de droit

-notion : 1099 et s.

-location gérance : 773 et s.

-transformation de la cible : 884.

-remontée des réserves et
de la trésorerie : 941 et s.

-fusion rapide : 946 et s.

-donation avant cession : 1057 et s.

-apport cession : 1098 et s.

-régime mère fille : 1144 et s.

Actionnariat salarié : 38, 38.

Apport cession : 1087 et s.

Apport en société : 1111.

Apport en numéraire : 546 et s.

Apport en nature : 562 et s.

Apprentissage : 390, 404, 579, 617 et s.

Augmentation de capital : 238,

518 et s.

-B-

Business Angels : 834 et s.

-C-

Cautionnement : 666 et s., 686, 691.

Cession de créances : 722 et s.

**Clause de non concurrence : 594 et s.,
1082.**

Contrat à durée déterminée : 453 et s.

Contrat d'affacturage : 739 et s.

Convention de management fees : 925 et s.

**Convention de tutorat : 358 et s., 405, 445,
508.**

Crédit vendeur : 812 et s., 857.

Croissance externe : 886 et s., 953.

-H-

Cumul emploi retraite : 405, 406 et s., 446, 508.

Holding : 35, 104, 161, 422 et s., 861 et s., 1086 et s.

-D-

Homme clé : 521, 584 et s., 891.

Donation avant cession : 1048 et s.

-I-

Décès du chef d'entreprise : 70 et s.

Intégration fiscale : 1150 et s.

Dutheil : V. Pacte Dutheil.

-L-

-E-

Location gérance : 748 et s., 794, 975, 994, 1013, 1023 et s.

Entreprise individuelle

-mise en société : 66, 69, 117 et s., 334, 767, 1018.

Location d'actions et de parts sociales :

-exonération des droits d'enregistrements : 207 et s.

781 et s.

-régime de faveur : 128, 208 et s., 334, 767.

-O-

-F-

OSEO : 23, 683 et s.

Formation professionnelle : 629 et s., 921.

-P-

Fusion rapide : 944 et s.

Pacte Dutheil : 901 et s., 1052.

-G-

Prestation de services : 487 et s.

Garantie d'actif et de passif : 161 et s., 343, 821 et s., 1174.

-Q-

Qualifications professionnelles : 98, 611, 637 et s.

-R-

Régime d'exonération : 968 et s.

-238 quindécies : 1005 et s.

-151 septies : 971 et s.

- retraite : 1028 et s.

-150 O D bis : 1070 et s.

Régime mère fille : 1135 et s.

-S-

Société par actions simplifiée (SAS) : 107,

135, 433, 695, 785 et s., 1093.

Société à responsabilité limitée (SARL) :

105 et s., 367, 671, 695 et s., 785, 867, 880 et s., 937, 1120.

Sûretés : 128, 133, 665 et s., 820, 937, 949.

Société coopérative ouvrière de production (SCOP) : 40.

-T-

Transmission des savoir-faire : 353, 388,

421 et s., 619 et s.

Trésorerie

-de la cible : 924 et s.

-financement : 720 et s.

Bibliographie

Traités, manuels, dictionnaires, ouvrages généraux

- ALBIGES (C.), DUMONT LEFRAND (M. P.), *Droit des sûretés*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2011.
- ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2012.
- ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, Objectif droit, 6^{ème} éd., Lexisnexus, 2011.
- ANSAULT (J.-J.), *Le cautionnement réel*, Tome 40, Defrénois, 2009.
- ATIAS (C.), *Droit civil Les biens*, Litec, 11^{ème} éd., 2011.
- AZEMA (J.), BESNARD GOUDET (R.), ROLLAND (B.), VIENNOIS (J.P.), *Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, 2012.
- BEITONE (A.), CAZORLA (A.), *Dictionnaire des sciences économiques*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2007.
- BELTRAME (P.), *La fiscalité en France*, 17^{ème} éd, Hachette supérieur, 2011/2012.
- BEZBAKH (P.), GHERARDI (S.), *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2008.
- BLAISE (J. B.), *Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2011.
- BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Sciences Po Les Presses, 3^{ème} éd., 2010.
- BOUVIER (M.), *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 11^{ème} éd., Systèmes fiscalité L.G.D.J., 2012.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), *Droit civil*, première année, 14^{ème} éd, Armand Colin, 2005.
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010.
- CABRILLAC (S.), *Les garanties financières professionnelles*, Litec, 2000.
- CAPUL (Y.), GARNIER (O.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2008.
- COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2011.

- COMBEMALE (P.), *Introduction à Marx*, Repères, 2006.
- CONSTANTIN (A.), *Droit des sociétés droit commun et droit spécial des sociétés*, 3^{ème} éd., 2007.
- CORNU (G.), *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 11^{ème} éd, Montchrestien, 2003.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, Quadriga Puf, 2012.
- COURET (A), MERCADALA (B.), Collectif Francis Lefebvre, *Memento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2011.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd., 2010.
- COZIAN (M.), DEBOISSY (F.), *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis Fiscal, Lexisnexus, 36^{ème} éd., 2012-2013.
- COZIAN (M.), *Droit des Sociétés*, 18^{ème} éd., Litec, 2005.
- DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, contrat et quasi contrat*, 2^{ème} éd., 2010.
- DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.), *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, 2 Tomes, Economica, 2011.
- DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise individuelle*, 3e éd. t. 1, PUF, 1999,
- DOCKES (E.), *Droit du travail*, Hyper Cours, Dalloz, 4^{ème} éd., 2012.
- DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire Constitutionnel*.
- FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P. Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2011.
- FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.) et al., *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2009.
- FENA-LAGUENY (E.), MERCIER (J.-Y.), PLAGNET (B.), *Les impôts en France, Traité pratique de la fiscalité des affaires*, éd. Francis Lefebvre, 2008-2009.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey Université, 14^{ème} éd., 2010.
- GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), *Droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*, 8^{ème} éd., Litec, 2010.
- GERMAIN (M.), V. MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, tome 2, 20^{ème} éd., LGDJ, 2011.

- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993.
- GHESTIN (J.), BERGEL (J.L.), CIMAMONTI (S.), *Les biens*, *Traité de droit civil*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010.
- GRIMAUD (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2011.
- GUIRAMAND (F.), HERAUD (A.), *Droit des sociétés, Manuel et application*, 13^{ème} éd., Dunod, 2006.
- GUTMANN (D.), *Droit fiscal des affaires*, *Domat droit privé*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2011.
- GUYON (Y.), *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002.
- HESS-FALLON (B.), SIMON (A.-M.), *Droit des affaires*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2007.
- JAVILLIER (J. C.), *Droit du travail*, 7^{ème} éd., LGDJ, 1999.
- LAMARQUE (J.), NEGRIN (O.), AYRAULT (L.), *Droit fiscal général*, 2^{ème} éd., Lexisnexis, 2011.
- LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, *Domat droit privé*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2011.
- LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, 18^{ème} éd., Sirey, 2009.
- LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2011.
- MALAUURIE (P.), AYNES (L.), *Les contrats spéciaux*, Defrenois, 2004.
- MALAUURIE (P.), AYNES (L.), *Les obligations*, Defrénois, 2004.
- MARX (K.), *Introduction à la critique de l'économie politique*, L'altiplano, 2008.
- MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, *Domat droit privé*, Montchrestien, 2008.
- MEHRING (F.), *Vie de Karl Marx*, Pie, 1984.
- MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 17^{ème} éd., Précis Dalloz, 2013.
- MESTRE (J.), PANCRAZI (M.E.), *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 27^{ème} éd., LGDJ, 2006.
- MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, LMD, Montchrestien, Lextenso éd., 2010.
- MORO (D.), *La crise du capitalisme et Marx abrégé du Capital rapporté au XXI^e siècle*, Edition Delga, 2006.

PEDAMON (M.), KENFACK (H.), *Droit Commercial, commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2012.

PELISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd., 2012.

PIEDELIEVRE (S.), *Droit des sûretés*, cours magistral, Ellipses, 2008.

REDACTION COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Memento pratique Francis Lefebvre, Fiscal*, 2012.

REDACTION COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Pratique Francis Lefebvre, Social*, 2009.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, tome 2, 20^{ème} éd., LGDJ, 2011.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, LGDJ, Vol.2, 18^{ème} éd., 2002.

SAY (J. B.), *Cours d'économie politique et autres essais*, Flammarion, 1996.

SCHMIDT (J.), *Lamy Fiscal*, tome 2, Lamy éd., 2008,

SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, 2012-2013.

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2012.

SIMLER (P.), *Cautionnement et garantie autonomes*, 3^{ème} éd. Litec, 2000.

STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil, les obligations, 2. Contrat*, 6^{ème} éd., Litec, 1998.

TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil Les biens*, 8^{ème} éd., Précis Dalloz, 2010.

TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 3^{ème} éd. Précis Dalloz, 2001.

TERRE (F.), SIMLER (P.), Lequette (Y.), *Droit civil, les obligations*, 7^{ème} éd. Précis Dalloz, 1999.

TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010-2011.

VATE (M.), *Leçons d'économie politique*, 8^{ème} éd., Economica, 1999.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2008.

VILLEGUERIN (Y. de la), *Fiscal* 2008, 23^{ème} éd, collection les dictionnaires RF, groupe Revue Fiduciaire, 2008.

VOGEL (L.), *Traité de droit des affaires*, Ripert & Roblot, 19^{ème} éd., LGDJ, 2010.

WASSEIGE (Y. de), *L'économie politique*, Couleurs livres, 2005.

Ouvrages spécialisés, thèses, monographies, rapport et études

Ouvrages spécialisés, monographies

ARLIN (W.), *La performance économique varie-t-elle selon les formes de propriété et de contrôle des entreprises ?*, sous la direction de J-P. Touffut, in *A quoi servent les actionnaires ?*, Albin Michel, 2009.

AZARIAN (H.), *La société par actions simplifiée, création, fonctionnement, évolution*, 2^{ème} éd., Litec professionnel, 2007.

CHAPUISAT (F.), *Le droit des assurances, Que sais-je ?*, Presses universitaires de France, 1995.

COURRECH (N.), MERCIER (J.-Y.), PEILLON (B.), LIBCHACHER (R.), *Droits sociaux : ISF, donations, successions, La réforme Dutreil*, dossiers pratiques Francis Lefebvre, E Francis Lefebvre, 2003.

EWALD (F.), LORENZI (J. H.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1999.

GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), *Droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*, 8^{ème} éd., Litec, 2010.

GOUADAIN (D.), MONDON (J.L.), *Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises*, Litec Fiscal, 2006.

GOUTTEBEL (J.-Y.), *Stratégies de développement territorial*, 2^{ème} éd., Economica, 2003.

Guide pratique du droit du travail, Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 11^{ème} éd.

JOURDAN (D.), de BAILLEUL (C. de), *Contrat de travail, Du recrutement à la rupture*, 7^{ème} éd., Delmas, 2008.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, 2001.

LASSEGUE (P.), DEJEAN (F.), LE THEULE (M.A.), *Lexique de comptabilité*, 7^{ème} éd., Dunod, 2012.

LECOINTRE (G.), *Transmettre, reprendre et céder une entreprise*, 5^{ème} éd., Gualino, 2012.

MASQUELIER (F.), SIMON DE KERGUNIC (N.), BRANCALEONI (E.), CALLEDE (P.), *Transmission et cession d'entreprise*, 5^{ème} éd., Edition Delmas, 2008

MEIER (O.), SCHIER (G.), *Transmettre ou reprendre une entreprise : évaluation, négociation, interactions*, Dunod, 2008.

MERCIER (J.-Y.), *La pratique des restructurations, fusions, scissions, apports partiels d'actifs, opérations internationales*, Ed. Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2005.

MONASSIER (B.), *Transmission d'entreprise, juridique, fiscal, social, financier*, Editions Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2013.

QUILICI (S.), DECHAUMONT-CAVAILLE (Ch.), *Entreprise individuelle création, transmission et gestion du local professionnel fiscalité*, Litec pratique professionnelle, 2002.

ROUTIER (R.), *Les fusions de sociétés commerciales*, LGDJ, 1994.

TRIQUERE (C.), *Le grand livre de la création d'entreprise*, Vocatis, 2011.

VELARDOCCHIO (D.), *Les augmentations de capital réservées aux salariés in Les salariés et les opérations sociétaires*, Colloque Aix-En-Provence du 13 mars 1996, PUAM 1996.

Thèses, mémoires

ALBANET (A.L.), *L'intention de cession du dirigeant de PME : vers quelles transitions ?*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Grenoble, 2010.

BARTHEZ (A.S.), *La transmission universelle des obligations : étude comparée en droit des obligations et droit des sociétés*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 1, 2000.

BELLAICHE (D.), *La transmission de l'entreprise artisanale en Corse*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Nice, 2004.

BERGER (A.), *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix Marseille III, 2000.

BESSIERE (C.), *Maintenir une entreprise familiale : enquête sur les exploitations viticoles de la région délimitée Cognac*, Thèse doctorat Sociologie, Université de Paris 5, 2006.

BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 2, 2005.

BOUSSOUR (S.), *Les difficultés liées à la transmission des entreprises*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix Marseille III, 1998, p. 12.

BRUNETIERE (L.), G. KAUFFER (G.), *Transmission d'entreprises, Projet collectif Mutecos en partenariat avec le contrôle général économique et financier*, Mémoire Sciences Po, avril 2011.

CARSANTIER (J.), *L'aménagement des droits des actionnaires après l'ordonnance du 24 juin 2004*, mémoire, Paris 9 Dauphine, 2005.

FREYMAN (J. de), *La transition : phase essentielle de la réussite d'une reprise*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Brest, 2009.

GOBERT EKANI (J.), *La spécificité des risques dans la cession massive de droits sociaux dans les sociétés non cotées en bourse*, thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon 3, 2004.

LIEUTIER (J.P.), *Le modèle de l'actionnariat salarié*, thèse pour le doctorat de droit, Université d'Aix Marseille III, 2011.

MORANGE (S.), *La transmission d'entreprise à titre gratuit*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier 1, 2003.

MORELLI (N.), *La portée de la transmission universelle dans les opérations de restructuration*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice, 2005.

PHANOMYONG (P.), *Du sort des sociétés de personnes en cas de décès d'un associé*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1927.

RAFFRAY (R.), *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux 4, 2009.

RIPERT (J.), *Difficultés des entreprises et droits des salariés*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux 4, 2012.

TCHOTOURIAN (I.), *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, thèse, Nancy 2, nov. 2007.

TRINIAC (J.-F.), *Les clauses statutaires relatives à la transmission des parts sociales au cas de décès d'un associé dans les sociétés de personnes*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1958.

VIDAL (M.), *La transmission de PME : de l'influence du comportement des acteurs et du transfert de l'organisation*, thèse pour le doctorat en sciences de gestion, Université de Paris 10, 2006.

ZAMBELLI (N.), *Recherche sur les techniques d'optimisation fiscale des transmissions d'entreprise*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2005.

Rapports, études

Rapport Assemblée Nationale du 14 oct. 2010, n° 2857, t. II.

Rapport législatif du Sénat relatif au projet de loi de finance pour 2011 du 18 nov. 2010, rapp. n° 111, t. II.

Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2011 procédures fiscales, Dr. fis., 24 mai 2012, n° 21, instr. 14644affaire n° 2010-16, J.M.B.

Comité de l'abus de droit fiscal, des 5^e et 6^e séances de l'année 2010.

Rapport n° 333 de G. Cornu, commission des affaires économiques, Sénat, déposé le 11 mai 2005.

OSEO BDPME, *La transmission des petites et moyennes entreprises*, étude réalisée en 2006.

DARMON (D.), DATAR, *La France, puissance industrielle, une nouvelle politique industrielle par les territoires*, rapport remis aux services du Premier Ministre, 2003.

FFB, *Le bâtiment en chiffres 2011*, document d'étude, juin 2012.

AMF, *Rapport annuel 2012 et annonce de la stratégie 2013-2016*, discours de Gérard Rameix, juin 2013, www.amf-france.org.

MELLERIO (O.), *Transmission de l'entreprise familiale*, rapport remis à M. Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation, oct. 2009.

RETAILLEAU (B.), *Les entreprise de taille intermédiaire au cœur d'une nouvelle dynamique de croissance*, rapport remis au Premier Ministre, février 2010. P. 3, 4 et s.

Transmission. Trois enfants dont un repreneur. Donation-partage et constitution d'une société holding, JCP N, n° 45, 8 nov. 1991, 2011.

KPMG, *Tendances et perspectives du bâtiment*, étude nationale, éd. 2012.

Articles, chroniques,

Anonyme ou rédaction de la revue

Revue Fiduciaire mensuel, *Apport d'une entreprise individuelle à une société*, juin-juillet 2005, p. 365, §1151.

D. F., *Une déclaration rectificative déposée après expiration du délai légal ne peut corriger les effets d'une décision de gestion*, JCP E, n° 42, 20 oct. 2011, 1759, comm.

Assouplissement du dispositif d'abattement pour durée de détention, Dr. fisc., n° 1, 11 janv. 2007, comm. 16.

INFOREG, *Cession de titres de sociétés de dirigeants de PME partant à la retraite : exonération de plus-values*, cahiers droit de l'entreprise, n° 5, sept. 2006, p. 59.

Le Moniteur n° 5666, 29 juin 2012, cahier pratique.

REDACTION, *Exonération des plus-values réalisées lors du départ en retraite d'un exploitant individuel ou de l'associé d'une société de personnes (art. 35)*, JCP N, n° 11, 17 mars 2006, 1121.

D.F., *Abattement pour durée de détention sur les plus-values de cession des droits sociaux (CGI, art. 150- O D ter) : légalité de la référence aux comptes consolidés pour apprécier les seuils de chiffre d'affaires et de bilan*, CE 11 oct. 2012 JCP E, n° 51, 20 déc. 2012, 1792.

Rédaction D. O, *Projet de loi de finance rectificative pour 2012*, JCP E, n° 7, 16 févr. 2012, act. 113.

JCP N, *Transmission d'entreprise individuelle : l'exonération des plus-values bénéficie également aux activités en location-gérance*, n° 45, 10 nov. 2006, act. 644, Rép. Roques, n° 93895, JOAN, Q, 24 oct. 2006, p. 11063.

Rev. Fiscale Notariale, *Réduction d'impôt Madelin : modalités d'application en cas d'investissement indirect*, n° 7, juill. 2007, comm. 98

Dr. fisc., *Traitement fiscal de la location ou du crédit-bail de parts sociales ou d'actions*, n° 37, sept. 2005, 1385.

Précisions administratives sur la libéralisation du cumul emploi retraite, JCP S, 2009, act. 118 ; Circ. DSS/3A, n° 2009-45, 10 févr. 2009.

Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales, Direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, Bref n° 16, janvier 2006

PME/TPE, *Reprise d'entreprises au départ en retraite du dirigeant*, en bref, 22 févr. 2007

Revue Fiduciaire mensuel, *Apport d'une entreprise individuelle à une société*, juin-juillet 2005, p. 365, §1151.

Corrigé d'examen professionnel, JCP éd notariale et immobilière, n° 35, 2 sept. 2005, p.1405.

Dr. fisc., *Réforme du régime d'exonération des plus-values réalisées par les petites entreprises*, n°5, 2 févr. 2006, comm. 106.

Transmission d'entreprise : nouvelles modalités d'imposition des gains issus de la cession, JCP N, n° 5, févr. 2007, act. 176

Réforme du régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux, Dr. fisc., n° 1, 3 janv. 2013, comm. 19.

Abus de droit et opérations d'apport cession, Dr. fisc., n° 41, 14 oct. 2010, act. 387

Droit Fiscal, 1^{er} août 1984, n° 31, dispositions générales n° 1446, p. 1018.

Dr. fisc., 8 août-19 septembre 1984, n° 32-38, instr. 8115.

Dr. fisc., 28 septembre 1988, n°39, § 1756, p. 1078.

Gaz. Pal., 12 mai 2009, n° 132, p. 16.

Précisions administratives sur la libéralisation du cumul emploi retraite, JCP S, 2009, act. 118 ; Circ. DSS/3A, n° 2009-45, 10 févr. 2009

Dr. fisc., n°44-45, 3 nov. 2005, p. 88.

P.L.P note sous Cass. Civ. 30 mars 1943, DC 1944.

Sondage TNS SOFRES du 6 mars 2013, *Baromètre TPE PME*, réalisé pour le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables. www.tns-sofres.com.

Res. Fiscal n° 2007/48 (FE) du 23 oct. 2007, *Non déductibilité des frais financiers liés à l'acquisition –LBO secondaire- assouplissement de la doctrine figurant au BOI 4 I-2-00*, JCP N, n° 45, 9 nov. 2007, act. 716.

Avis rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal, RFN, n° 6, juin 2012, alerte 81.

Comité consultatif pour la répression des abus de droit, avis n° 2008-18 à 2008-22 et Instr. 12 janvier 2009 : BOI 13 L-2-09, Dr. fisc. 2009, n° 4, instr. 14016.

Comité de l'abus de droit fiscal, avis n° 2011-16 et 2011-17 du 2 février 2012, publié au BOI 13 L-2-12 du 4 mai 2012.

Avis rendus par le Comité consultatif pour la répression des abus de droit, JCP N, n° 43, 26 oct. 2007, act. 678, affaires n° 2006-07 et 2006-18.

Auteurs

ACARD (C.), *Fiscalité financière*, Dr. fisc., n° 23, 9 juin 2011, 378.

ACARD (C.), *Fiscalité financière*, *La succession d'opération est-elle susceptible de constituer un abus de droit au motif qu'elle constituerait une cession directe de titres ?*, Dr. fisc., n° 5, 2 févr. 2012, 122.

ALLOUCHE (R.), RICHARD (R.), *Financement structurés et financements d'acquisitions d'entreprise*, *Les garanties dans les financements à effet de levier*, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2008, dossier 21.

AMADIEU (C.) Le Claire, *Intégration d'une filiale française détenue par l'intermédiaire d'une société étrangère : à propos de la décision de la CJCE du 27 novembre 2008 pourra-t-on parler d'«effet Papillon» ?*, JCP E, n° 49, 4 déc. 2008, act. 534.

ANDRE (C.), *Patrimoine : transmission familiale de l'entreprise : une dimension tout autant psychologique que technique*, *The Economist*, 8 juin 2011.

ARNAUD-EMERY (A.), *Appréciation du délai de cinq ans en matière de plus-values professionnelles*, RFN, n° 7, juill. 2011, étude 12.

ARNAUD-EMERY (A.), *L'exonération de la dernière chance pour les associés de sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés non dirigeants*, JCP N, n° 46, 16 nov. 2007, 1300.

ARNAUD-EMERY (A.), *Le pacte « Dutreil » encore modifié : « à chaque nouvelle loi, sa contribution personnelle »*, JCP E, n° 45, 10 nov. 2011, 1801.

ARNAUD-EMERY (A.), *Pactes Dutreil : les apports de l'instruction administrative*, Dr. fisc., n° 28, 12 juill. 2012, 371.

AUZERO (G.), *Développement de la participation et de l'actionnariat salarié (L. n°2006-1770, 30 décembre 2006, Titres I et II*, Bull. Joly, mars 2007, § 80, p. 333.

BAFFOY (G.), *Apport en société et transmission à titre gratuit de l'entreprise*, RFN, n° 4, avril 2007, étude 8.

BAFFOY (G.), *Le charme discret des titres de participations*, RFN n° 3, mars 2011, étude 6.

BARBIERI (J.F.), *Contrôle des conventions intra-groupe : qualification des conventions, incidence de l'opinion de la CNCC et conditions d'une éventuelle annulation*, JCP E n° 11, 11 mars 2004, 387.

BARBIERI (J.F.), *Morale des affaires et commissariat aux comptes*, LPA, n° 11, 24 janv. 1996, p.8.

BARBIERI (J.F.), *Morale et droit des sociétés*, LPA, n° 68, 7 juin 1995, p.13.

BARSUS (D.), BEGUIER (J.), *Abus de droit et opérations d'apport-cession et de donation-cession de titres*, Dr. fisc., n° 46, 15 nov. 2012, comm. 522.

BARSUS (D.), BEGUIER (J.), *Pacte Dutreil : conditions d'application de l'exonération partielle aux transmissions de titres d'une société holding animatrice*, RFN, n° 3, mars 2012, comm. 19.

BARSUS (D.), *Date du fait générateur de l'imposition des plus-values de cession de parts d'associés professionnels d'une société de personnes*, JCP E, n° 25, 20 juin 2013, 1377.

BASLE (M.), *Economie, conseil et gestion publique, suivi et évaluation des politiques publiques et des programmes*, Economica, 2008, p. 16.

BEAL (E.), *Le retour des retraités fait l'affaire des DRH*, Liaisons Sociales Magazine, janvier 2011, p. 24.

BERGER (P.), HOIR (P. d'), *Les opérations*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2005, dossier 2.

BEUREL (M.), *Donation avant cession : un schéma préservé*, Les Echos, 2 janv. 2013.

BICHOT (N.), *Assistance financière et opérations de LBO*, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2002, prat. 100031.

BILLOT (P.), *La reconnaissance par le législateur italien de la fusion rapide*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2005, prat. 1.

BISSY (A. de), *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus ?*, Dr. fisc., n° 50, 13 déc. 2012, 558.

BISSY (A. de), *Les dernières évolutions en matière de fiscalité des cessions d'entreprises à titre onéreux*, JCP E, n° 5, 3 févr. 2005, p.178.

BLANCPAIN (F.), LE GRIEL (B.), *Cahier de jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation*, JCP G, 28 févr. 1996, I 3912.

BLARY-CLEMENT (E.), *De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise*, RJPF, janv. 2006, n° 1, p. 6 et s.

BOIGROLLIER (M.N. de), *L'intervention en garantie d'OSEO, une technique bien adaptée aux besoins des banques*, Banque Magazine, 1^{er} oct. 2010.

BONDUELLE (P.), BONTE (F.), *Les donations et l'abus de droit*, JCP N, 27 avril 2012, 1198.

BONDUELLE (P.), BONTE (F.), *Les schémas d'optimisation fiscale en ligne de mire*, JCP N, 23 nov. 2012, act. 998.

BONDUELLE (P.), TERRIER MICHELEZ (J.), *ISF- L'administration précise les conditions applicables aux « pactes Dutreil »*, RFN, n° 5, mai 2004, étude 5.

BONNEAUD (E.), *Acte anormal de gestion en matière de services intragroupe : la charge de la preuve peut être disproportionnée*, Dr. fisc. n° 6, 11 févr. 2010, comm. 179.

BONNET (J.), *Projet de loi de finances : le mouvement des pigeons entrepreneurs prend de l'ampleur*, L'usine Nouvelle, 2 oct. 2012 ;

BOUSSEAU (N.), *Plus-values professionnelles : trop d'exonération tue l'exonération*, JCP E, n° 10, 9 mars 2006, 1437.

BREUIL (S.), *Transmission intrafamiliale d'entreprise. Fenêtre d'opportunité éphémère ?*, RFN, n° 3, mars 2011, étude 5.

BUCHET (M.), *Abus de droit et régime mère-fille*, JCP E, n° 48, 1^{er} déc. 2011, 1869.

BUISSEAU (E.), *Les opérations de LBO et la création de valeur*, Banque Magazine, déc. 2003, n° 653, p. 58.

CASTAGNE (S.), *La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous !*, JCP N n° 26, 17 mai 2000, p. 1084.

CAUSSAIN (J.J.), *Dr. sociétés*, JCP E, n° 30 24 juill. 1997, Etude 676.

CAUSSAIN (J.J.), F. DEBOISSY (F.), G. WICKER (G.), *Chroniques, Droit des sociétés*, JCP G, n° 8, 23 févr. 2005, I 117.

CENAC (P.), *Consécration du caractère animateur de la société holding*, RFN n° 2, févr. 2013, étude 7.

CERMOLACCE (A.), DOUET (F.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), *Ingénierie patrimoniale*, Chronique, JCP N, n° 41, 12 oct. 2012, 1347.

CHAMPAUD (C.), Danet (D.), *Droit des sociétés*, RTD com, 2004, p. 744.

CLERMON (M.), CARAUX (C.), *Champ d'application du pacte Dutreil : nature et forme de l'activité*, RFN, n° 10, oct. 2012, dossier 3.

CLERMON (M.), DESBUQUOIS (J.F.), *Le pacte Dutreil : bilan et perspectives*, RFN, n° 9, sept. 2012, entretien 1.

COLLIN (P.), *Apport-cession : date d'appréciation de l'existence d'un abus de droit*, Dr. fisc., n° 30, 26 juill. 2012, comm. 401.

CONESA (E.), *Plus-values : Hollande donne des gages aux entreprises*, Les Echos, 29 avril 2013 ;

CONSTANTIN (A.), *Illustration de la résiliation unilatérale d'un pacte d'actionnaires en raison de sa durée indéterminée*, JCP E, n° 25 du 19 juin 2008, 1829.

COSSU (G.P.), Descateaux (O.), Perrin (S.), *Le financement des PME*, Cah. dr. entr., 1^{er} mars 2009.

COUDERT M.A.), *Fiscalité des plus-values de cession d'entreprise Journée d'étude Jurisclasseur du 23 novembre 2006*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2007, alerte 1.

COURTIER (J.L.), *le RES- principes économiques, financiers et patrimoniaux LPA*, 14 décembre 1992, n°150, p.16.

COZIAN (M.), *Financement du rachat d'entreprises : pour en finir avec un apartheid fiscal*, JCP E, n° 38, 21 sept. 2006, 2400.

COZIAN (M.), *Les métamorphoses fiscales de l'entreprise individuelle*, JCP E, n° 26, 25 juin 1992, 157.

DAUMAS (A.), *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels*, RJF 2011, p. 5 s.

DAUXERE (N.), *La solution française à l'emploi des seniors*, JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1474.

DAVID (C.), *Mesures fiscales pour faciliter les restructurations*, RD bancaire et fin. n° 1, janv. 2002, 36.

DEBAT (O.), *Les transformations de la fiscalité financière sous l'effet de la crise*, RD bancaire et fin., n° 2, mars 2012, alerte 9.

DEBOISSY (F.), « Vente à soi-même » d'une clientèle libérale : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit, JCP E, n° 49, 6 déc. 2012, 1752

DEBOISSY (F.), *Régime fiscal des affaires*, RTD com, juillet septembre 2003, p. 584.

- DELACROIX (G.), *Bercy va devoir corriger le régime d'intégration fiscale des entreprises*, Les Echos, 2 déc. 2008, p.2.
- DELFOSSSE (A.), *Loi de finance pour 2013. Présentation schématique et non exhaustive de certaines dispositions*, JCP N, n° 1, 11 janv. 2013, Etude 1000.
- DELFOSSSE (A.), PENIGUEL (J.F.), *Départ à la retraite du dirigeant et exonération des plus-values professionnelles*, JCP N, n° 22, 1^{er} juin 2007, 1189.
- DELFOSSSE (A.), PENIGUEL (J.F.), Instr. 22 janv. 2007 : BOI 5 C-1-07, comm.
- DELFOSSSE (A.), *Une modalité de transmission de l'entreprise : l'acquisition-fusion rapide*, JCP N, n° 17, 30 avr. 1993, 2619.
- DELGA (J.), *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p.3126.
- DENIAU (P.), ROUAST-BERTIER (P.), *les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006*, RD bancaire et fin., juill. Août 2008, p.13, §6.
- DUPORTAIL (J.), *Les « pigeons », making-of d'une mobilisation réussie*, Le Figaro, 5 oct. 2012 ;
- DESBUQUOIS (J.F.), *Commentaires administratifs du régime Dutreil-ISF : peut mieux faire !*, JCP N, n° 24, 15 juin 2012, 1261.
- DESBUQUOIS (J.F.), Lassus (S. de), *Un cas particulier : le FBO – Illustration pratique*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 9.
- DESBUQUOIS (J.F.), *Restructurations et événements familiaux en cours d'engagement Dutreil « transmission »*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 8.
- DESLANDES (M.), *L'exonération fiscale des plus-values de cessions intra-familiales de droits sociaux*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2010, étude 11.
- DINH (E.), *L'EIRL, un hybride en droit français*, JCP E, 2010, 1979.
- DONDERO (B.), *L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné*, JCP G, 2010, 679.
- Dr. fisc., n° 1, 6 janv. 2011, comm. 33
- DUBOUT (H.), *Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps*, Bull. Joly, déc. 1999, chr. 267.
- DURON (R.), *Les principales mesures de la loi de finances pour 2013 touchant à la fiscalité personnelle et patrimoniale*, RFN, n° 2, févr. 2013, étude 3.
- ESCAUT (N.), *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat*, JCP N, n° 16, 20 avril 2012, 1191.

FAUSSURIER (A.), *Exonération des plus-values professionnelles lors du départ à la retraite*, RLDA, n° 16, mai 2007, p. 6.

FERRY (C.), *La location d'actions avec promesse unilatérale de vente*, JCP E, n° 32, 9 sept. 1993, 274.

FERRY (C.), *La mise en place d'un crédit-bail de titres de sociétés*, JCP E, n° 23, juin 2007, 1709, § 2.

FLAMAND (P.), *Garantie OSEO : bien comprendre les règles du jeu*, L'entreprise, 25 juin 2010.

FOUCAULT (J.P.), *le management but out nouvelle technique pour permettre aux cadres de reprendre leur entreprise*, Gaz. Pal., doctrine, 27 avril 1985, p. 230.

FOUQUET (O.), *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité*, Dr. fisc., n° 20, 17 mai 2012, act. 216.

FOUQUET (O.), *Fraude à la loi et abus de droit*, Dr. fisc., n° 47, 23 nov. 2006, étude 65, § 21.

FOUQUET (O.), *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »*, Dr. fisc., 24 sept. 2009, act. 287.

FOUQUET (O.), *LBO et abus de droit*, Dr. fisc., n° 15, 14 avril 2011, comm. 304.

FOURÇANS (A.), *Chiffres calamiteux dans le bâtiment : le symptôme d'une économie française qui plonge*, Atlantico.fr, 24 avril 2013.

FRANC (H.), O'DONNELL (M.), *Buy and build : un tremplin pour la croissance externe*, Banque Magazine, juill. Août 2001, n° 627, p. 37.

FREYRIA (C.), Clara (J.), *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP E, n° 19, 13 mai 1993, 247.

FRULEUX (F.), DESBUQUOIS (J.F.), *Engagements « Dutreil » : des commentaires administratifs très attendus, mais toujours insuffisants !*, JCP E, n° 28, 12 juill. 2012, 1467.

FRULEUX (F.), *Transmissions d'entreprises- L'administration actualise ses commentaires suite aux dernières réformes des engagements Dutreil*, JCP N, n° 24, 15 juin 2012, 1260.

FRULEUX (F.), *Transmissions d'entreprises- Le décret du 17 janvier 2008 doit être réécrit*, JCP N, n° 22, 30 mai 2008, 1211.

FUMENIER (P.), « *Amendement Charasse : précisions pour l'appréciation du contrôle dans le temps en cas de LBO* », Dr. fisc., n° 18, 1^{er} mai 2008, comm. 298.

FUMENIER (P.), HOO (M.P.), *Institution d'un plafonnement général de la déductibilité des charges financières*, Dr. fisc., n° 1, 3 janv. 2013, comm. 26.

FUMENIER (P.), MAIGNAN (C.), *Amendement Charasse : définition de la notion de contrôle et date d'appréciation de celle-ci*, Dr. fisc., n° 40, 6 oct. 2011, comm. 544.

GAGNEUR (A.F.), *Pour l'application de l'amendement Charasse le contrôle de la société s'apprécie à la date d'acquisition des titres*, Dr. fisc., n° 43, 26 oct. 2006, comm. 691.

GALLOIS-COCHET (D.), *Transmission de la garantie de passif*, JCP E, n° 10, 7 mars 2013, 1151.

GARÇON (J.P.), *A quelles conditions une société holding est-elle éligible à un pacte Dutreil ?*, JCP N, n° 51, 21 déc. 2012, 1409.

GARÇON (J.P.), *La donation-partage de titres suivie de leur revente immédiate est-elle constitutive d'un abus de droit ?*, JCP N, n° 13, 2 avril 2010, 1157.

GENTILHOMME (R.), *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?*, JCP N, n° 47, 20 nov. 2009, 1317.

GERMAIN (M.), *La société par actions simplifiée*, JCP E, n° 11, 17 mars 1994, Etude 341.

GERSCHEL (C.), *Le risque fiscal de la « fusion rapide » entre la société holding et la société cible après une opération de LBO*, JCP E, n° 44, 31 oct. 1996, 602.

GIRARD (M. de), PASCAUD (C.A.), *Garanties de passif : un passif connu de l'acquéreur peut-il faire l'objet d'un appel en garantie ?*, LPA, 25 mai 2007, n° 105, p. 7 et s.

GIVRE (Y. de), *Intégration fiscale : obligation pour la mère d'être soumise au régime normal, de plein droit ou sur option*, JCP E, n° 21, 23 mai 1996, pratique.

GLASER (E.), *Abus de droit : application immédiate des nouvelles pénalités prévues par l'article 1729 du CGI*, Dr. fisc., n° 42, 15 oct. 2009, comm. 506.

GRACIA (C.), *Directive mère-fille : la notion de participation dans le capital d'une société ne comprend pas la détention de titres en usufruit*, Dr. fisc., n° 12, 19 mars 2009, comm. 254.

GROSCLAUDE (L.), *La location de droits sociaux : le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005*, RLDA, n° 1, janv. 2006, p. 12.

GUERIN (J.Y.), *Le secteur du bâtiment tire le signal d'alarme*, Le Figaro, 23 janv. 2013.
Le BTP, inquiet pour 2013, ne voit pas de reprise avant fin 2014, Challenges du 12 déc. 2012 ;

GUTMANN (D.), *Exonération des droits de mutation à titre gratuit des parts et actions de sociétés qui ont fait l'objet d'un engagement collectif de conservation (pacte Dutreil)- Conditions d'application à une société holding*, BGFE, janv. 2012, 6/11, p.10 et 11.

HAUSMANN (C.), P. Torre, *De la compensation entre un crédit-vendeur et une garantie de passif*, JCP E, n° 27, 7 juill. 1994, p. 372.

HERVE (L.), *Fusions-acquisitions, critères de succès pour l'intégration de la cible*, Revue Banque, juin 2007, n° 692, p. 62.

HOLLANDE (F.), discours de Strasbourg devant le Parlement Européen du 5 février 2013, *Le Huffington Post.fr* du 5 février 2013.

HOVASSE (H.), *Apport-cession et abus de droit fiscal*, JCP E, n° 18, 5 mai 2011, Etude 1363.

HOVASSE (H.), *La garantie des créances dans une cession de contrôle*, Dr. sociétés, n° 8, août 2006, comm. 125.

HOVASSE (H.), *Le droit fiscal et le renouvellement des générations dans le sociétariat des entreprises*, Dr. sociétés, n°5, mai 2006, repère 5.

HOVASSE (H.), *Limitation d'une clause de garantie de passif au montant du prix de cession*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2003, comm. 13.

HOVASSE (H.), *Quelques nouveautés sur la cession de contrôle*, LPA, n° 139, 12 juillet 2002, p.60.

HOVASSE (H.), *Quelques observations sur l'application des nouveaux articles 150-0 D bis et 150-0 D ter du CGI*, Dr. fisc., n° 23, 8 juin 2006, 23.

HOVASSE (H.), *Transformation d'une SA en SAS*, Dr. sociétés, n° 6, juin 2008, comm. 130.

INSEE, *Le BTP avant la crise*, enquête annuelle d'entreprises, 2006.

JACOMET (T.), *La location d'actions et l'élargissement des prêts participatifs : deux innovations de la loi sur les PME*, Bull. Joly, oct. 2005, p.1172, § 261.

JACQUET (G.), *Le cumul emploi retraite : une réglementation obsolète*, LPA, n°3, 4 janvier 2006, p10.

JUDEAU (Y.), *Tableaux d'exonération des plus-values*, RFN, n° 6, juin 2011, 5.

JUILHARD (P.), *Imposition des groupes de sociétés, analyse comparative Royaume-Uni / Allemagne*, JCP E, n° 26, 1^{er} juill. 1993, 263. RUTSCHMANN (Y.), GOSSET (P.), *Amendement Charasse et cession intragroupe : la cour administrative de Versailles consacre la thèse de la « photographie »*, Dr. fisc., n° 15, 12 avril 2012, comm. 256.

- LASSUS (S. de), BAUDOIN (E.), *Exonération des titres faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation*, Actes pratiques & stratégie patrimoniale, janv. 2009, dossier, p. 13.
- LASSUS (S. de), *Restructurations de l'entreprise en cours d'engagement Dutreil « transmission »*, RFN, n° 11, nov. 2012, dossier 7.
- LE GALL (P.), *Lorsque l'initiative administrative développe l'initiative économique : les premiers agréments en matière de L.M.B.O.*, JCP E 1985, n°14331, p. 153
- LECUYER (H.), *Jeu d'une prétendue clause de garantie d'actif et de passif*, Dr. sociétés n° 8, août 2007, comm. 147.
- LEGEAIS (D.), *Le code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement*, JCP E, 2003, 1433.
- LEOBON (T.), *La partie déclarative des conventions de garanties de passif*, JCP E, n° 16, 22 avril 2010, comm. 1391.
- LISANTI (C.), *Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*, D. 2006, p. 2671.
- LOUIT-MARTINOD (N.), *l'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, vers un régime juridique harmonisé*, PUAM 2003.
- LUBIN (J.J.), *Abus de droit et donation : le Comité confirme ses solutions*, RFN n° 9, sept. 2009, alerte 72.
- LUBIN (J.J.), *Dispositif Dutreil ; la gestion fiscale des engagements collectifs de conservation*, RFN, n° 11, nov. 2008, 8.
- LUBIN (J.J.), *Donation avant cession et quasi usufruit*, JCP N, n° 1, janv. 2009, alerte 1.
- LUBIN (J.J.), *Donation avant cession : validation du Conseil d'Etat*, RFN, n° 3, mars 2012, comm. 17.
- LUBIN (J.J.), *Exonération des plus-values professionnelles des petites entreprises richesses et précision de l'instruction administrative font oublier une parution tardive*, JCP N, n° 10, oct. 2009, 7.
- LUBIN (J.J.), *Nouveaux arrêts en matière d'abus de droit et d'apports-cessions*, RFN, n° 4, avril 2011, alerte 20.
- LUBIN (J.J.), *Pacte Dutreil et régime des sociétés interposées : cession de la société cible au cours de l'engagement individuel*, RFN, n° 9, sept. 2010, alerte 59.
- LUBIN (J.J.), *Régime des plus-values professionnelles et sociétés de personnes*, RFN, n° 4, avril 2007, quest./ rép. 2.
- LUBIN (J.J.), *Réinvestissement dans une activité économique : la clé de voûte des opérations d'apports-cessions*, RFN, n° 10, oct. 2011, comm. 48.

LUCAS DE LEYSSAC (M.P.), *Droit pénal des affaires Infractions communes applicables aux affaires*, JCP E, n° 4, 23 janv. 1997, 625.

MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Assouplissement des conditions d'application du nouveau report d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux*, Dr. fisc., n° 13, 29 mars 2012, comm. 213.

MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux*, RFN, n° 5, mai 2012, comm. 34 ;

MALECKI (C.), *La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'actions et de parts sociales*, D. n° 34, 2205, p. 2390.

MARCHETEAU (D.), *L'actualité juridique et fiscale des LBO*, Dr. sociétés, n° 4, avril 2008, alerte 17.

MARTIN-SERF (A.), *Faute de gestion. Distribution de dividendes*, Rev. proc. collec. n° 3, mai 2013, comm. 82.

MATHIEU (I.), *Gérer le cumul emploi retraite : les nouvelles règles*, JCP S, n° 24, 9 juin 2009, 1249.

MEDUS (J.L.), *Apport-cession, abus de droit et investissement économique*, JCP E, 13 sept. 2012, 1544.

MEIER (E.), TORLET (R.), *Fiscalité des entreprises (année 2009)*, JCP E, n° 9 4 mars 2010, 1249.

MEIER (E.), TORLET (R.), *Report d'imposition de plus-values : dans quels cas l'abus de droit est-il caractérisé ?*, Dr. fisc., n° 45, 11 nov. 2010, act. 424.

MEIER (E.), TORLET (R.), *Fiscalité des entreprises*, JCP E, n° 51, 17 déc. 2009, 2206.

MICHEL (M.), *Encadrement législatif des opérations d'optimisation fiscale : la guerre est déclarée*, RFN, n° 2, fév. 2013, Etude 4.

MOKHTAR BEY (E.), *Le leasing d'actions*, Cah. dr. entr. JCP « commerce et industrie », n° 14 du 7 avril 1977, p. 2.

MORTIER (R.), J.-F. DESBUQUOIS (J.F.), L. GUILMOIS (L.), *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc., n° 9, 28 févr. 2013, 168.

MORTIER (R.), *L'apport cession à la loupe*, Dr. fisc., oct. 2011, n° 42-43, 564, §21.

MORTIER (R.), *L'apport cession*, Dr. fisc., n° 21, 24 mai 2012, Etude, 302.

MORTIER (R.), *L'apport-cession gagne en précision*, RFN, n° 1, janv. 2012, Etude 1.

MORTIER (R.), *La garantie de passif n'est pas régie par les articles 1326 et 1415 du code civil*, JCP E, n° 49, 6 déc. 2012, 1734.

MORTIER (R.), *La modernisation du droit des sociétés*, JCP N, n° 39, 26 sept. 2008, Etude 1296.

MORTIER (R.), *Validation de l'apport avant donation : la Cour de Cassation retrouve le cap... ou presque !*, JCP N, n° 28, 11 juill. 2008, 1239.

MORTIER (R.), *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat*, Dr. fisc., n° 11, 15 mars 2012, comm. 193.

MOUSSERON (J.B.), *Aspects juridiques du Know How*, Cah. dr. entr. 1972, N : 1.

MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles éd. fiduciaires, 1992, p. 45, n°54.

MOUSSERON (P.), *Transfert d'une créance de garantie de passif*, JCP E, n° 44, 1^{er} nov. 2012, 1654.

MROZ (H.), *Retour sur les questions parlementaires relatives aux engagements de conservation des titres*, JCP N, n° 29, 22 juill. 2011, 1225.

MROZ (H.), *Une réponse ministérielle qui entretiendra le doute...*, RFN, n° 10, oct. 2010, comm. 88.

NEAU-LEDUC (P.), DESBUQUOIS (J.F.), *Holdings animatrices de leur groupe. Proposition de clarification de statut*, JCP N n° 46, 16 nov. 2012, 1373.

NEAU-LEDUC (P.), *Droit fiscal (juin 2011- mars 2012)*, Bull. Joly, n° 5, mai 2012, Chron., 219, p. 438.

NOTTE (G.), *Loi 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie*, JCP E, n° 31, 4 août 2005, act. 225

NOTTE (G.), *Projet de loi de finance rectificative pour 2005*, JCP E, n° 48, 1^{er} déc. 2005, act. 347

NOUEL (C.), *Vers une réforme du régime d'imposition des plus-values mobilières, conclusions des assises de l'entrepreneuriat*, Bull. Joly, juin 2013, p. 432.

OSEO documentation, *Transmission, pour financer et accompagner les PME*, OSEO, janv. 2007

OUTIN-ADAM (A.), PAILLUSSEAU (J.), *La société par actions simplifiée : une structure de coopération pour les PME*, JCP E, n° 3, 18 janv. 2001, Etude, p. 115.

PACLOT (Y.), *Garantie de passif et fusion-absorption*, JCP E, n° 8, 25 févr. 2010, 1199.

PAILLUSSEAU (J.), *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle*, JCP G, n° 13, 28 mars 2007, I 136 ;

PAILLUSSEAU (J.), *Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle*, JCP G, n° 6, 6 févr. 2012, I 112.

PAILLUSSEAU (J.), *Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP E, n° 3, 21 janv. 1988, 15101.

PAILLUSSEAU (J.), *Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle*, D. 2003, p. 260

PAILLUSSEAU (J.), THEIMER (A.), *La société par actions simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques*, JCP E, n° 26, 1^{er} juill. 2010, Etude 1635.

PEIGNEY (G.), RENAUDIE (I.), *Financements d'acquisitions par appel au secteur bancaire et aux « Mezzanine providers ». Une approche par la dynamique existant entre les parties impliquées*, RD bancaire et fin., n° 3, mai 2008, dossier 18.

PICHARD (B.), *La location d'actions, outil de stabilisation de l'actionnariat*, JCP E, n° 47, nov. 2005, p 2005 et 2008.

PICHARD (H.), B. PICHARD (B.), *Le Family Buy Out : une technique innovante*, JCP E, n° 16, 17 avril 2008, 1534.

PIEDELIEVRE (S.), *Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement*, Gaz. Pal. 1982. 1. Doctr. 85

PIERRE (J.L.), *Apport de titres ou d'une activité personnelle par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2011, comm. 20.

PIERRE (J.L.), *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : non-imposition des plus-values d'apport*, Dr. sociétés, févr. 2009, n° 2, comm. 42.

PIERRE (J.L.), *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2012, comm. 132.

PIERRE (J.L.), *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport*, Dr. sociétés, n° 1, janv. 2012, comm. 17.

PIERRE (J.L.), *Apport-cession : appréciation de la condition de réinvestissement du produit de la cession dans une activité économique permettant d'éviter la qualification d'abus de droit*, Dr. fisc., n° 27, 7 juill. 2011, comm. 417.

PIERRE (J.L.), *Groupes de sociétés : une sous-filiale française détenue via une filiale étrangère peut être intégrée*, Dr. fisc., n° 52, 25 déc. 2008, comm. 644.

PIERRE (J.L.), *Les dépenses fiscales en faveur des entreprises*, Dr. sociétés, n° 2, févr. 2007, repère 2.

PIERRE (J.L.), *Plus-values des entreprises individuelles et des sociétés de personnes en fin d'exploitation*, Dr. sociétés, n° 6, juin 2003, comm.116.

PIERRE (J.L.), *Régime de fiscalité de groupe*, Dr. sociétés, n° 10, oct. 2007, comm. 189.

PIERRE (J.L.), *Régime des groupes : application à une sous-filiale française détenue par une filiale établie dans un Etat de l'UE autre que la France ?*, JCP E, n° 45, 8 nov. 2007, 2370.

PIERRE (J.L.), *Report d'imposition des plus-values d'apport*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2004, comm. 136.

PIERRE (J.L.), *Transfert des déficits de la société absorbée*, Dr. sociétés, n° 7, juill. 2006, comm. 118.

PIERRE (J.L.), *Droit des sociétés* n°4, avril 2008, comm. 89.

PIERRE (J.L.), *Droits des Sociétés* n° 7, juill. 2008, comm. 166.

PILLEBOUT (J.F.), *Non-assistance à entreprise en danger*, RFN, n° 4, avril 2012, repère 4.

PLAGNET (B.), *Les différences entre le professionnel et l'investisseur*, JCP N, n° 5, 5 févr. 2010, 1065.

POIRIER (R.), *Apports-cessions et abus de droit : retour sur les arrêts Bauchart, Bazire et Four du 8 octobre 2010*, RFN, n° 2, févr. 2011, comm. 16.

POIRIER (R.), *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique*, JCP E, n° 3, 20 janv. 2011, 1045.

POIRIER (R.), *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas réinvestissement dans une activité économique*, Dr. fisc., n° 45, 11 nov. 2010, conc.

POIRIER (R.), *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté*, Dr. fisc., n° 42-43, 20 oct. 2011, p. 42.

POIRIER (R.), *Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures*, Dr. fisc., n° 37, 15 sept. 2011, comm. 503.

POUSTIS (J.), MONNOT (J.L.), *La garantie dans la cession de droits sociaux*, JCP E, 1985, II, 14464.

PRIEUR (J.), COIFFARD (D.), *Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL*, JCP N, 2010, 1390.

RAYMOND (G.), *Taxations des plus-values : Hollande fait pas la paix avec les entrepreneurs*, Huffington Post du 29 avril 2013, www.huffingtonpost.fr;

REINHARD (Y.), *La holding familiale*, Defrénois, 2001, n° 5, art. 37313, p. 291 et s.

- REINHARD (Y.), *Exécution en nature des pactes d'actionnaires*, RDC, févr. 2005, p. 115.
- REINHARD (Y.), *Sociétés par actions simplifiée*, RTD com, avr.-juin 1994, p. 300 et s.
- REINHARD (Y.), PETIT (B.), *Sociétés par actions*, RTD com, avr.-juin 1996, p. 294 et s.
- REINHARD (Y.), *Compétence et sociétés commerciales*, Proc., avril 2011, n° 4, dossier 11
- REINHARD (Y.), *La fixation du prix par l'expert*, Gaz. Pal., mai juin 2010, 1900.
- REINHARD (Y.), *Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ?*, Droit de la famille, sept. 2012, dossier 9.
- RENAULT (O.), *Les fusions rapides sont-elles condamnables au regard de la doctrine administrative la plus récente ?*, JCP E, n° 37, 13 sept. 2001, p. 1420.
- Roque (L. de la), *Aménagement du champ d'application et de la portée du régime mère fille*, Dr. fisc., n° 1, 6 janv. 2011, comm. 33.
- ROUSSEL (F.), H. MROZ (H.), *Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009. L'émergence d'un véritable « LBO familial » au service des PME et des ETI*, JCP N, n° 10, 6 mars 2009, 1108.
- ROUSSEL (F.), H. MROZ (H.), *Loi de modernisation de l'économie : aspects fiscaux*, RFN, n° 9, sept. 2008, alerte 56.
- ROUSSEL (F.), *Location de titres et crédit-bail de titres. Un texte plein de promesses !*, JCP N, n° 2, 13 janv. 2006, p. 1016.
- ROUSSEL (F.), VAN STEENLANDT (P.), *Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine*, JCP N, 2011, 1093.
- ROUSSILLE (M.), *Loi relative à la simplification du droit- Warsmann II : dispositions de droit des sociétés (partie II)*, Dr. sociétés, n° 5, mai 2012, comm. 80.
- ROYAL (H.), ROYAL (I.), *Le pacte Dutreil pour optimiser la transmission de l'entreprise*, RFN, n° 6, juin 2012, étude 7.
- SABLE (L.), *Restructuration préalable et opérations de marché*, RD bancaire et fin., n° 1, janv. 2008, étude 3.
- SAINTOURENS (B.), *Réformes du droit des sociétés par les lois des 26 juillet et 2 août 2005*, Rev. sociétés, n° 3, 2005, p. 541, § 27.
- SALOMON (R.), *L'intérêt de groupe, probatio diabolica pesant sur le dirigeant social*, Dr. sociétés, n° 4, avril 2013, comm. 74.
- SALOMON (R.), *Le recel d'abus de biens sociaux, infraction de conséquence*, Dr. sociétés, n° 5, mai 2008, comm. 110.

SALVADOR (O.), *Cession d'entreprise et absence de surface financière du repreneur*, JCP N, n° 45, 10 nov. 2000, p.1617.

SARKOZY (N.), discours de Toulon du 25 septembre 2008, *Le Monde* du 25 septembre 2008.
Accord sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi, du 11 janvier 2013, signé par les partenaires sociaux.

SCHILLER (S.), *Contraintes de répartition des pouvoirs dans l'entreprise*, RFN, n° 10, oct. 2012, dossier 5.

SIERACZEK-ABITAN (M.), *Prise en considération des conventions entre sociétés pour déterminer si une holding est l'animatrice de son groupe*, Dr. fisc., n° 22, 2 juin 2005, comm. 450.

SIMLER (P.), *La réforme du droit des sûretés, un livre IV nouveau du code civil*, JCP G n° 13, 29 mars 2006, p. 597.

STOUFFLET (J.), *Les financements par cession de créances futures Etude en droit français*, RD Bancaire et fin., janv. Fév. 2003, p. 68.

TACON (M. Le), *Répartition inégale des bénéfices : distribuer n'est pas donner*, Dr. fisc., n° 17, 25 avril 2013, comm. 261.

TAQUET (F.), *Les principales dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, JCP E, n°2, 8 janvier 2009, 1027.

TERRE (F.), *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers*, JCP G, 2010, doct. 1328.

THIESSET (R.), Gaz. Pal., 4 décembre 2010, n°338, p.11.

THUILLIER (T.), *Les « pigeons » : les entrepreneurs volent dans les plumes du gouvernement*, L'entreprise, 3 oct. 2012 ;

TONNELIER (A.), *Le compte à rebours a démarré pour les sociétés sous LBO*, Le Monde du 5 juin 2013.

TORCK (S.), *Rachat par la société de ses propres actions*, RD bancaire et fin., n° 6, nov. 2006, 224.

TORRE (M.), *Mouvement des Pigeons : retour sur sept mois de prise de bec*, La Tribune, 29 avril 2013.

TURK (M.), *Société en commandite par actions et effet de levier juridique*, JCP E, n° 30, 28 juill. 1994, Etude, 377.

TURON (M.), *L'abus du régime sociétés mères*, Dr. fisc., n° 15, 9 avril 2009, act. 108.

VACHET (G.), BUGADA (A.), *Droit de la sécurité sociale*, JCP E, n° 34, 26 août 2010, 1738.

VANNER (D.), *Garanties de cession de droits sociaux : vers un durcissement de la jurisprudence en matière de la procédure de mise en œuvre ?*, JCP E, n° 42, 15 oct. 2009, 1978.

VELARDOCCHIO (D.), *L'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006- une réforme en demi-teinte*, RLDA 2007, n° 859.

VELARDOCCHIO (D.), FLORES (G.), *La société par actions simplifiées, Etude de la loi du 3 janvier 1994*, ALD 1994, p. 91 et s.

VELARDOCCHIO (D.), *Clarification des conditions de transformation des sociétés par actions*, RLDA 2008, n° 28, p. 10.

VELARDOCCHIO (D.), *Une innovation inattendue : la réforme de la SAS*, RLDA, oct. 1999, n° 20, p.9

VELARDOCCHIO (D.), *Le PACS et le droit des sociétés : une liaison dangereuse...*, RLDA, avril 2000, n° 26, p.7

VELARDOCCHIO (D.), *Nouvelles réformes du droit des sociétés dans le projet de loi sur les régulations économiques*, RLDA, mai 2000, n° 27, p. 16 et s.

VIANDIER (A.), *Arbitrage et garanties de passif*, Revue de l'arbitrage, n°3, 1994, p.439.

VIANDIER (A.), *Le cessionnaire déçu*, Rev. fr. comptabilité, févr. 1980, p. 90.

VIANDIER (A.), *Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (Etude de deux confirmations récentes)*, JCP G, n° 18, 1^{er} mai 1985, I 3188.

VIDAL (D.), *La bonne foi et la bureaucratie en droit des sociétés*, Dr. sociétés, n° 8, août 2003, 8.

Wall Street d'Olivier Stone, avec Michael Douglas et Charlie Sheen, 1987 ;

Capitalisme : A love story, de et avec Michael Moore, 2009.

WILLEMS (J.P.), *Orientation et formation professionnelle tout au long de la vie. A propos de la Loi du 24 novembre 2009*, JCP G n°51, 14 décembre 2009, 575.

Conclusions, notes, observations, commentaires et chroniques de jurisprudence

Anonyme ou rédaction de la revue

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 30 déc. 2011, n° 319835, min. c/ Sté Rhodia-Chimie, Dr. fisc., n° 16, avril 2012, comm. 268.

Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770, F-P+B, Bernard : Jurisdata n° 2011-012356, Dr. fisc. 2012, n° 5, comm.124.

Cour de Cassation de la chambre civile du 20 août 1867 (D 1867, 1, p. 337).

Cass. Req., 21 juin 1933, D, 1933, p. 426.

Cass. Req. 28 juill. 1936, Gaz. Pal. 1937, 2, p. 639.

Cass. Req. 5 novembre 1955, (req. n° 32322 : Dr. fisc. 1956, n° 1, p. 5).

Cass. Com., 23 mai 1960, Bull. civ. III, n° 192 et Cass. Com., 31 mai 1988, Bull civ. IV, n°180.

Cass. com., 22 mai 1973 : Bull. civ. IV, n° 180.

Cass. com. 3 novembre 1986 (Dr. Fisc. 1987, n° 8, comm. 344).

Tribunal de grande instance de Laval, 21 février 1989, RTD Com. 1989, 647, obs. Derrupé.

Cass. com, 19 nov. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 350; Cass. Com., 15 févr. 1994, n° 454 D.

Cass. com., 19 nov. 1991, n° 89-19.474 : Jurisdata n° 1991-003499 ; Bull. civ. 1991, IV, 350.

Cass. Com., 9 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 121.

Cass. com., 15 nov. 1994, JCP E, 1995, 673.

Cass. Com. 2 nov. 1994, n° 1917 D, Noury c/ Philippe.

Cass. Com. 18 oct. 1994, n° 1854, D : RJF 1/95 n° 116.

TGI Paris, 3 juill. 1996, D. Affaires 1996, n° 1187.

Cass. Com., 3 janv. 1996, JCP 1996, IV, 417.

Cass. Com. 23 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 71, JCP E 1999, p. 1540.

Cass. Com., 17 juillet 2001, Bulletin Joly, décembre 2001, p.1250.

TA Lyon, 18 déc. 2001, n° 99-770, 4^e ch., SA FP Lyon, RJF 5/05 n° 557, obs.

TA Dijon, 27 juin 2000, Lecoq : Dr. fisc. 2001, comm. 146.

Cass. Com., 1er avril 2003, RJDA 11/2003, n° 1079.

CAA de Douai et de Nancy : CAA Douai, 7 déc. 2004, n° 00DA01085 : Jurisdata n° 2004-269314.

CE, ss 10 et 9 réunies, du 14 janvier 2004, Rec. Lebon 2004.

Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, Dr. fisc. n° 42, 20 oct0 2005, act. 213.

Cass. Com., 16 nov. 2004, n° 1643 F-P+B: Jurisdata n° 2004-025665, JCP G, 2004, IV, 3528.

Cass. com., 11 oct. 2005, RJDA 2/2006, n° 145.

CA Rouen, 5 déc. 2001, Dr. Fiscal., 2002, n°41.

CE, 27 sept. 2006, Rec. Lebon 2006, p. 403, Dr. fisc., n° 5, 2 févr. 2006, comm. 101.

CE, ss 3 et 8 réunies, 28 avril 2006, Rec. Lebon 2006.

Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Saunier Strec72, note: Jurisdata n° 2007-038954, JCP N 2008, n° 6, 1072, note J.-P. Garçon.

Cass. Com., 23 oct. 2007, Bull.civ. IV, n° 222.

Cass. Com., 26 mars 2008, n° 06-21.944: Jurisdata n° 2008-043381, Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 283.

CE, ss 3 et 8 réunies, 19 nov. 2008, Rec. Lebon 2008.

CE, sous-sections 8 et 3 réunies, 7 nov. 2008, Rec. Lebon, 2008, p. 721.

CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 295358, Caisse Interfédérale de Crédit Mutuel : Jurisdata n° 2009-081517, Dr. fisc., n° 36, 3 sept. 2009, act. 272.

Cass. Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2009, n° 08-70.110, D.

CA Paris, 9 avril 2009, JCP E 2009, 1842.

CE, ss-sec. 8 et 3 réunies, 13 janv. 2010, n° 301985, Rec. Lebon.

Cass. Civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 09-68.521, Bull. civ. III, n° 155.

CE, ss-sect. 9 et 10 réunies, 15 avril 2011, n° 322610, Rec. Lebon.

CAA Douai, 31 janv. 2012, n° 10DA01123, Rec. Lebon 2012.

CE, 3^e et 8^e ss-sect. réunies, 23 juill. 2012, n° 342017, Rec. Lebon 2012.

CAA Nancy, 17 nov. 2011, n° 10 NC01255, Rec. Lebon 2011.

CE, 10^e et 9^e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 347113, Sté Renault Trucks, Dr. fisc., n° 35, 1er sept. 2011, act. 266.

Auteurs

BLANCPAIN (F.), Le Griel (B.), note sous Cass. 28 févr. 1996, JCP G, I 3912, Cahier de jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation.

BLARY-CLEMENT (E.), *Loyauté commerciale, loyauté conjugale*, note sous C. Cass., 17 oct. 2007, R. Dalloz, 2008, n° 14, p. 961

BLARY-CLEMENT (E.), note sous Cass. soc., Dalloz, 2003, n° 12, p. 792 et s.

BUCHET (B.) note sous CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01219, Sté Etablissements Bellaby, concl. Ph. Blanc, CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA06363, Sté Lacil, concl. Ph. Blanc, CAA Paris, 7^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01220, Sté Chemfi, concl. Ph. Blanc. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et Mme Bourbon, concl. C. Legras.

COLLIN (P.) concl. sous CE, 8^e et 3^e css-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal : Jurisdata n° 2005-080715 ; Dr. fisc., 2005, n° 44-45, comm. 726; RJF 2005, n° 910.

COLLIN (P.), concl sous CE, 10 mai 2012, n° 329693, M. Dupuis-Bardinal.

COMANGES note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 198; D.2002. 1102, Soc. 16 déc. 1998,

COUDERT (M.A.), *Exclusion du régime des sociétés mères et filiales des produits des titres non assortis de droits de vote et directive mère fille*, CAA Versailles, 3^e ch., 29 janv. 2013, n° 11VE03279, Sté Metro Holding France, concl. F. Locatelli, Dr. fisc., n° 13, 28 mars 2013, comm. 216

DERUPPE obs. sous Tribunal de grande instance de Laval, 21 février 1989, RTD Com. 1989, 647.

FOUQUET (O.), comm. sous CJCE, 21 févr. 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd, RJF 2006, n° 648, étude p. 383.

FOUQUET (O.), *Le régime mère fille français à la lumière de la directive*, note sous CE, 10^e et 9^e ss-sect., 20 févr. 2012, n° 321224, Sté civile Participasnh : Dr. fisc., n° 17, comm. 276, concl. D. Hedary.

GUYON (Y.) note sous Cass.com., 2 juill. 1969, JCP G 1969, II, 15949.

HOVASSE (H.) note sous Cass. com., 10 déc. 1996, Sté RMC France c/ Dir. gén. imp. Et a. : JCP E 1997, II, 923.

HOVASSE (H.) note sous Cass. com., 18 déc. 2001, Defrénois 2002, p. 821.

JABAUD (B.), note sous Cass. Com., 7 mars 1984, Sté Cine Le joncour c/ Directeur général des impôts : Jurisdata n° 1984-707582: Rép. Defrénois, 1984, art. 33406.

JEANTIN note sous Cass. Com., 7 mars 1984, Sté Cine Le joncour c/ Directeur général des impôts : Jurisdata n° 1984-707582, Rev. Sociétés 1984, p. 804.

KARAQUILLO (J.L.) obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 198, Droit Soc. 1999, 397.

LAURENT (S.), « Pigeons » : *genèse d'une mobilisation efficace*, Le Monde, 5 oct. 2012 ;

LE CANNU (P.) note sous CA Versailles, 5^{ème} ch., 8 janv. 1992 : Bull. Joly 1993, § 137, p. 479.

LEGRAS (C.), concl. sous CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et Mme Bourdon, concl., note O. Fouquet et C. Charpentier.

OLLEON (L.), *Hors du champ de l'article L 64 du LFP, l'administration peut écarter un acte passé en fraude à la loi*, CE, 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin : Jurisdata n° 2006-081020, Conc, Dr. fisc., n° 47, 23 nov. 2006, 744.

POIRIER (R.) note sous CAA Douai, 2^e ch., 8 mars 2011, n° 09DA00967, SAS Numéricâble, concl. P. Minne.

PONTAVICE (J. E. du), note sous Cass. com 3 avril 1979 : Rev. jurispr. com. 1980, p. 723

PORACCHIA (D.) note sous Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.671 : Jurisdata n° 2011-023497 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 243, § 136.

PRALUS (M.) note sous Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698, PF, Carignon : Jurisdata n° 1997-004190 ; JCP G 1998, II, 10017.

REEB-BLANLUET (S.), note sous CE, 27 sept. 2006, n° 260050, Bull. Joly Sociétés, janv. 2007, p. 107, § 2.

REINHARD (Y.), note sous CA Lyon 1^{er} ch. du 6 avril 1995, Recueil, Dalloz Sirey, 1996, 216.

REINHARD (Y.), comm. sous Cass. com., 18 déc. 2001, RTD com, juill. Sept. 2002, p. 492 et s.

REINHARD (Y.), comm. sous Cour de Paris, 12 oct. 2001, RTD com, juill. Sept. 2002, p. 494.

REINHARD (Y.), comm. sous Cass. com., 20 mai 2003, RTD com, juill. Sept. 2003, p. 523 et s.

REINHARD (Y.), note sous Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831, JCP E, 2006, 2408.

ROY-LOUSTENAU (C.) obs. sous Cass. Soc. 18 février 2003, Dr. Soc. 2003, 650, RJS 5/03, n° 576.

SALOMON (R.), *Requalification partielle d'abus de biens sociaux en recel d'abus de biens sociaux*, Dr. soc., n° 6, juin 2011, comm. 120 ; Cass. crim., 9 mars 2011, n° 10-81.131.

SERRA (Y.), note sous Cass. Soc. 10 juillet 2002, D. 2002, 2491.

SERRA (Y.), note sous Cass. Soc. 10 juillet 2002, D. 2002, 2493.

STOUFFLET (J.), note sous Cass. Com., 13 oct. 1992, JCP E, II n° 395.

VALENTIN (C.), CHARRIER-BLESTEL (D.), note sous CJCE , Cadbury Schweppes du 12 sept. 2006 : Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 1399, § 290.

VELARDOCCHIO (D.), note sous Cass. com., n° 460, 15 févr. 1994, Bull. Joly, mai 1994, p. 508 et s.

VELARDOCCHIO (D.), note sous Cass. com., 21 oct. 1997, JCP G 1998, II, 10047.

VELARDOCCHIO (D.), note sous Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495, RLDA, sept. 2006, p. 10 et s.

Débat parlementaire, réponse ministérielle à question orale ou écrite

Rép. JOAN, Rosselot, n°4199, JO 20 juin 1994, AN quest. p.3131.

Rép. Min. à M. d'Aubert : JOAN 21 août 1987, p. 4855, n°24762.

Rép. Min Budget n° 4794 à M. André Fosset, JO Sénat Q, 23 fév. 1995, p.439.

Rép. Min. Budget n°41813 à M. Diméglio : JOAN Q, 25 nov. 1996, p. 6167 s; Dr. Fisc. 1997, n°8, comm.186.

Rép. Min. n°20477, à M. J-L. Borloo : JOAN Q, 20 fév. 1995, p.964.

Dr. fisc., 13 décembre 1989, n°50, réponse du Ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale n° 7712 à M. Claude Gaillard, n°2368, p.2366-2368.

Dr. fisc., 24 février 1988, n° 8, réponse du Ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme n. 22710 à Serge Charles, n°380, p. 380-382.

JO, Assemblée Nationale, 27 février 1989, réponse question écrite n° 4819 du ministère de l'économie, des finances et du budget.

Rép. Min. n° 28 357 du 9 mars 2004, JO du 9 mars 2004.

Rép. Min. n° 57 861 du 15 févr. 2005, JO du 15 février 2005.

JOAN, Q, Economie, industrie et emploi, *plus-values : imposition, exonération, entreprises et fonds de commerce, réglementation*, question écrite n° 1863, 31 juillet 2007.

JOAN, Q, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *plus-values : imposition, activités professionnelles, exonération, réglementation*, question écrite n° 95581, 30 mai 2006.

JOAN, Q, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Plus-values : imposition, exonération, transmissions d'entreprises, contrat de location-gérance, réglementation*, n° 79041, 22 nov. 2005.

Rép. Zochetto, n° 22549, JO du 21 déc. 2006, Sén. Quest., p. 3166

Rép. min., n° 3910 à M. Audinot : JOAN Q, 16 févr. 1998, p. 856.

Rep. Min. n° 49656 à Jean Michel Clément : JOAN Q, 8 sept. 2009, p. 8564.

JOAN Q, n° 120026, Mme Branget Françoise, 6 mars 2007.

Rep. Min. n° 49656 à Jean Michel Clément : JOAN Q, 8 sept. 2009.

Rép. min. n° 84804 à M. Briat : JOAN Q, 13 juin 2006, p. 6180.

Rép. Min. Economie, question écrite n° 26634, JO Sénat du 13 juill. 2000.

JOAN Q, Rép. à Maurice Ligot, 24 août 1987, p. 4687 : Dr. fisc. 1987, comm. 2084.

Rép. min. n° 76733 à S. Huyghe : JOAN Q 29 juin 2010.

Rép. Min. quest. Ecrite n° 7715, 19 janv. 1995, p. 135, JCP N, n° 20, 19 mai 1995, 3370, p. 768.

Rép. min. n°17801 à M. H. de Richemont : JO Sénat, 30 mars 2006, p. 923.

1. Sénat, *Régime des plus-values professionnelles taxables à 16 % pour les entreprises individuelles*, Secrétariat d'Etat au commerce, à l'artisanat, aux petites et moyennes entreprises, au tourisme et aux services, Question orale sans débat n° 176S, Mme Elisabeth Lamure.

JO du 14 juillet 2003, rép. Dubernard, Déb AN quest. P. 5684.

Tables des matières

Introduction générale	15
Partie 1- La préparation de l'entreprise à la transmission	41
Titre 1 : L'adaptation de l'environnement juridique de l'entreprise	42
Chapitre 1 : L'inévitable transformation de l'entreprise	43
Section 1 : le décès du chef d'entreprise	44
§ 1 le cas du décès de l'entrepreneur individuel	44
A/ les conséquences bancaires et fiscales	45
1°) les aspects bancaires	45
2°) les conséquences fiscales	47
B/ la paralysie des affaires en cours	49
§ 2 le décès du chef d'entreprise et ses conséquences dans une entreprise exploitée sous la forme sociétaire	53
Section 2 : la nécessité de l'apport de l'entreprise individuelle à une société	56
§ 1 la mise en société de l'entreprise individuelle	56
A/ les modes de protection du patrimoine personnel	56
1° l'entreprise individuelle à responsabilité limitée	56
2° la déclaration d'insaisissabilité	60
B/ les avantages liés à l'apport d'une entreprise individuelle à une société	62
§ 2 : la négociation d'une garantie d'actif et de passif	66
A/ Le principe de la garantie d'actif et de passif	67
1° l'insuffisance des garanties légales	67
2° les garanties d'actif et de passif	72
B/ La garantie d'actif et de passif dans le bâtiment	75
Conclusion du chapitre 1	84
Chap.2 : les avantages fiscaux de la restructuration juridique de l'entreprise	85
Section 1 : l'exonération des droits d'enregistrements	86
§ 1 la présentation du régime de faveur	86
§ 2 les conditions d'applications	89
A/ L'exigence formelle de l'engagement :	90
B/ Le cas spécifique de l'apport d'un immeuble	91
C/ La présence d'un compte courant au profit de l'apporteur	93
D/ La remise en cause du régime	95
Section 2 : les plus-values professionnelles	97
§ 1 les conditions d'application du régime de faveur	98
A/ Les conditions de fond	98
B/ Les conditions de forme	102
§2 les biens concernés par le régime de faveur	103
A/ Le report d'imposition des plus-values sur immobilisations non amortissables	103
B/ L'exonération des plus-values sur les biens amortissables	106
C/ La question des stocks dans l'opération d'apport de l'entreprise individuelle	108
Conclusion du chapitre2	110
Conclusion du titre 1	111
Titre 2 : le maintien des savoir-faire de l'entreprise de bâtiment	112
Chapitre 1 : les dispositifs d'accompagnement du cédant	114
Section 1 : Les régimes spécialement créés pour transmettre les savoir-faire	115
§1 La convention de tutorat	115
A/ Le régime juridique du tutorat	116
B/ La fiscalité de la convention de tutorat	121

1° La suppression de la prime de transmission	121
2° La réduction d'impôt	123
§ 2 Le cumul emploi retraite	127
A/ Le dispositif initial	128
B/ les assouplissements du cumul emploi retraite, accélérateur de la transmission des savoir-faire	132
Section 2 : Les modes alternatifs de transmission du savoir-faire	137
§ 1 Le recours au contrat de travail	137
A/ Le contrat à durée déterminée	138
1° les avantages du contrat à durée déterminée	138
2° les limites du régime juridique du contrat à durée déterminée	142
B/ Le contrat de projet de la loi du 25 juin 2008	145
§ 2 Le recours au contrat de prestation de services	147
A/ Le régime juridique du contrat de prestation de service	148
B/ Le contrat de prestation de services appliqué à l'accompagnement du cédant	149
Conclusion du chapitre 1	154
Chapitre 2 : La conservation des connaissances et savoir-faire dans l'entreprise	156
Section 1 : L'augmentation de capital	157
§ 1 L'intérêt de l'entreprise à l'augmentation de capital	157
A/ L'augmentation de capital réservée aux associés existants	158
B/ L'augmentation de capital par l'arrivée d'un nouvel associé	161
§ 2 La réalisation de l'augmentation de capital	163
A/ L'apport en numéraire	164
B/ L'apport en nature	168
Section 2 : La conservation des connaissances techniques dans l'entreprise	171
§ 1 La conservation des hommes clés	172
A/ Le contrat d'assurance homme-clé	173
B/ La clause de non concurrence	177
§ 2 le rattachement des compétences à l'entreprise	183
A/ La diffusion des compétences à l'ensemble des salariés	184
1° l'apprentissage	184
2° la formation professionnelle des salariés	187
B/ Les qualifications professionnelles, reconnaissance des savoir-faire de l'entreprise	190
Conclusion du Chapitre 2	193
Conclusion du Titre 2	194
Conclusion de la première partie	195
Partie 2- La reprise de l'entreprise	196
Titre 1 : l'organisation juridique de la reprise	197
Chapitre 1 : Les modes directs de financement	198
Section 1 : le financement bancaire	198
§ 1 Le contrat de cautionnement	199
A/ Le contrat de cautionnement	200
B/ Le rôle d'OSEO dans la recherche de financement : un accès facilité au financement	206
1° la garantie du financement de la transmission	207
2° le contrat de développement transmission	208
§ 2 Le recours aux sûretés réelles	209
A/ Les sûretés réelles liées à l'objet cédé	209
1° la sûreté attachée aux parts sociales d'une société commerciale	210
2° la sûreté attachée au fonds de commerce	214
B/ La limitation de l'exigence de sûretés réelles	218
1° la cession de créances professionnelles	219
2° le contrat d'affacturage	224
Section 2 Les modes alternatifs de financement	226
§ 1 Les montages juridiques avant cession	226
A/ La location-gérance	227
1° le régime juridique de la location-gérance	227

2° la fiscalité de la location-gérance avant cession	231
a) le régime fiscal du contrat de location-gérance	231
b) le risque de l'abus de droit	233
B/ La location d'actions ou de parts sociales	236
1° le régime juridique de la location d'actions ou de parts sociales	236
2° un vecteur facilitant le financement de la reprise	241
§ 2 Les solutions alternatives facilitant la recherche de financement	246
A/ Le crédit-vendeur	246
B/ La levée de fonds : les « Business Angels »	251
1° le rôle et la définition d'un « Business Angel »	252
2° la nécessité d'un pacte d'associés	255
Conclusion du Chapitre 1	259
Chap. 2 : la holding de rachat	260
Section 1 La holding, outil de croissance et de préservation du patrimoine	260
§ 1 : L'intérêt juridique de la holding	261
A/ La holding, levier juridique	261
1° le choix de la forme sociale de la holding	261
2° la conservation du pouvoir du cessionnaire	264
B/ La holding, levier opérationnel	267
1° la transformation de la cible	268
2° la filialisation des activités et les possibilités de croissance externe	271
§ 2 : La holding, outil de transmission de l'entreprise familiale	274
A/ L'entreprise familiale transmise à un enfant du dirigeant	274
B/ Le pacte « Dutreil »	276
1° le régime du pacte « Dutreil »	276
2° le rôle de la holding dans le pacte « Dutreil »	282
3° vers un Family Buy Out (FBO)	286
Section 2 : L'intérêt financier de la holding	287
§ 1 : la gestion de la trésorerie de la cible	288
A/ La convention de management fees ou prestation de services	288
B/ La remontée des réserves et de la trésorerie excédentaire	292
§ 2 la fusion rapide	295
Conclusion du chapitre 2	301
Conclusion du Titre 1	302
Titre 2 : les techniques d'allègement de la fiscalité de la reprise	303
Chap. 1 : la fiscalité de la cession de l'entreprise	305
Section 1 les régimes d'exonération	305
§ 1 Si le cédant ne dirige pas une petite entreprise...	306
A/ Une exonération basée sur le chiffre d'affaires de l'entreprise	307
1° un principe de déclenchement basé sur le chiffre d'affaires	307
2° les conditions d'application	310
a) le montant des recettes	310
b) la durée d'activité	313
B/ Une exonération basée sur le prix de cession de l'entreprise	315
1° un domaine d'application restreint	316
2° les conditions d'application	320
a) une durée minimale d'exercice de l'activité	320
b) une absence de lien entre cédant et cessionnaire	322
§ 2 ...Il est préférable d'attendre le départ en retraite	324
A/ Le départ en retraite fiscalement favorable à la cession	325
1° un régime englobant	325
2° une application large	327
B/ Des conditions d'applications nombreuses mais simples à mettre en œuvre	329
1° les conditions relatives à l'entreprise	329
2° les conditions relatives au cédant	330
Section 2 les régimes alternatifs répondant aux souhaits du cédant	333
§ 1 la donation avant cession	333

A/ Le montage de la donation avant cession	334
B/ Le risque de l'abus de droit	336
§ 2 : l'exonération tirée de l'ex-article 150 0 D bis du code général des impôts	342
A/ L'abattement pour durée de détention, un dispositif mort-né	342
B/ La nouvelle vie professionnelle du cédant par l'investissement	344
Conclusion du chapitre 1	348
Chap. 2 : l'intervention de la holding comme amortisseur de la fiscalité	349
Section 1 L'apport cession	349
§ 1 : Le régime de l'apport cession	350
§ 2 : Le risque de l'abus de droit	352
A/ La notion d'abus de droit	352
B/ Le réinvestissement économique : l'arme anti abus de droit	356
Section 2 La holding au service de la fiscalité du cessionnaire	366
§ 1 : Le régime mère fille	366
A/ Les conditions de mise en œuvre	366
B/ Les risques et limites du régime	369
§ 2 : Le régime de l'intégration fiscale	373
A/ L'intégration fiscale, reine de l'optimisation fiscale	373
B/ Les difficultés d'ordre pratiques	376
Conclusion du chapitre 2	380
Conclusion du titre 2	381
Conclusion de la deuxième partie	382
Conclusion générale	383
Index	386
Bibliographie	389
Traités, manuels, dictionnaires, ouvrages généraux	389
Ouvrages spécialisés, thèses, monographies, rapport et études	393
Articles, chroniques,	397
Conclusions, notes, observations, commentaires et chroniques de jurisprudence	415
Débat parlementaire, réponse ministérielle à question orale ou écrite	419
Tables des matières	422