

### → ÉCLAIRAGES : ÉDITION SPÉCIALE – MASTER 2 « DROIT DU PATRIMOINE PROFESSIONNEL » – UNIVERSITÉ PARIS-DAUPHINE

## Agrément et condition font-ils bon ménage dans les sociétés par actions ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté des précisions intéressantes sur la possibilité d'introduire des conditions à l'agrément d'une cession d'actions.

Pierre-Alexis Moreau commente cet arrêt au regard du droit patrimonial.

► Par **Pierre-Alexis MOREAU**  
*Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » –  
Université Paris-Dauphine  
Rédigé sous la direction  
du Professeur Sophie Schiller*

**E**n l'espèce, la société *Robinson participations*, actionnaire majoritaire de la société anonyme *Astek*, conclut, dans un protocole d'accord en date du 30 juin 2006, une promesse d'achat portant sur les actions détenues par un actionnaire minoritaire, M. Santraille. Le 30 décembre 2006, ce dernier décide d'apporter ses actions à la société *Anaodo*. Cet apport avait été agréé par le conseil d'administration de la société *Astek* le 6 décembre 2006, conformément à la clause d'agrément stipulée à l'article 13 des statuts. Toutefois, cet agrément est soumis à deux conditions suspensives par le conseil d'administration :

- la signature d'un avenant de substitution des parties au protocole du 30 juin 2006 ;
- et la signature d'un protocole d'accord concernant le changement de contrôle de la société *Anaodo*.

Le 9 janvier 2007, la société *Astek* refuse l'option d'achat des actions, considérant que la société *Anaodo* n'est pas actionnaire car les deux conditions

### SOMMAIRE

Édition spéciale – Master 2 « Droit du Patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine

#### ÉCLAIRAGES

- Agrément et condition font-ils bon ménage dans les sociétés par actions ?  
Par Pierre-Alexis MOREAU ..... 1
- Les sociétés « *dutrellables* » en matière de transmission  
Par Hugo SCARCELLI ..... 4
- La responsabilité civile de l'expert-comptable conseil en stratégie patrimoniale  
Par Bilitis GILBERT ..... 9
- Donner et céder sans abuser  
Par Pierre DENIAU ..... 12
- Nouvelles exigences sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change  
Par Sarah KELMAN ..... 17
- Droits d'enregistrement : encore un nouveau régime ?  
Par Antoine HERLIN ..... 19

#### ACTUALISATION DE L'OUVRAGE

- Divorce ..... 21
- ISF et droits d'enregistrement ..... 21
- Majeur incapable ..... 22
- Testament ..... 23

À NOTER ..... 24

*Ce numéro est accompagné d'un encart publicitaire.*

N° 64

novembre

2012

ISSN 1951-8498

Ce bulletin actualise  
votre ouvrage entre  
deux mises à jour

Pour vous abonner  
à l'ouvrage  
et à son actualisation,  
contactez-nous au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

0 15 4 11 7 1 1 1

www.wkf.fr



Lamy

une marque Wolters Kluwer

prévues dans la décision d'agrément du conseil d'administration ne sont pas réalisées.

M. Santraille et la société *Anaodo* assignent alors la société *Robinson participations*, son dirigeant et la société *Astek* en exécution forcée de la cession des actions *Astek*. La Cour d'appel de Versailles n'accueille pas leurs demandes, estimant que l'apport, par M. Santraille, des actions de la société *Astek* à la société *Anaodo* est nul car les conditions de l'agrément n'ont pas été remplies (CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch. civ., 17 sept. 2009).

La Cour de cassation censure partiellement, au visa des articles L. 228-23, alinéa 4 (désormais alinéa 5 suite à l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009) et L. 228-24 du Code de commerce, l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'il a déclaré nul l'apport des actions de la société *Astek* à la société *Anaodo*. Elle considère que « si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ».

Cet arrêt du 17 janvier 2012 pose donc un principe clair concernant l'impossibilité d'assortir un agrément de conditions (BRDA 2012, n° 3, inf. 1). Cependant, des difficultés subsistent quant à l'étendue du champ d'application de ce principe à toutes les sociétés par actions.

### I. Principe posé par la Cour de cassation

La Cour de cassation a posé un principe fort en précisant qu'un agrément à une cession d'actions ne peut pas être conditionnel. La sanction prévue en cas de non-respect de ce principe rend extrêmement efficace cette interdiction.

#### A. Interdiction d'un agrément conditionnel en cas de cession d'actions

L'affirmation est claire : « si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément ne peut être que pur et simple (...) ». Elle est posée pour la première fois et l'arrêt revêt d'ailleurs plusieurs caractéristiques de l'arrêt de principe. Un agrément conditionnel est donc interdit. La Cour de cassation livre ici une interprétation de l'article L. 228-24 du Code de commerce fidèle à la lettre du texte (Lienhard A., *Clause d'agrément : l'agrément doit être pur et simple* : Dalloz actualité, 25 janv. 2012). En effet, cet article dispose que « l'agrément résulte, soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande ». Aucune voie médiane n'est envisagée : soit l'agrément est donné, soit il ne l'est pas. Ce texte étant une exception au

principe de libre négociabilité des actions, la Cour de cassation l'interprète strictement et respecte sa précision : l'agrément ne peut pas être assorti de conditions, la loi ne prévoyant pas cette possibilité.

Cette solution de 2012 se place dans la continuité d'une décision précédente (Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06.18-362, *Société Lamy c/ Société Séché environnement*, RJDA 7/08, n° 809 ; Schiller S., *Quelques précisions jurisprudentielles sur le régime applicable en cas de rejet du cessionnaire proposé en présence d'une clause d'agrément*, JCP E 2008, n° 1950). En effet, la Cour de cassation précisait en 2008 que le délai de trois mois dont la société dispose en cas de refus d'agrément pour faire acquérir les titres de l'actionnaire voulant céder (C. com., art. L. 228-24, al. 2) est d'ordre public et qu'il ne peut pas y être dérogé. Cette procédure n'est pas adaptable et le délai prévu ne peut pas être modulé par une condition à laquelle serait soumis l'agrément. La condition ne peut pas contrevenir à ce délai d'ordre public. On peut alors s'interroger sur la possibilité pour la société de prévoir un agrément sous condition dans la limite de ce délai de trois mois. Cependant, cette solution semble peu envisageable compte tenu de la rigueur avec laquelle la Cour de cassation édicte, dans son arrêt du 17 janvier 2012, le principe d'interdiction d'un agrément conditionnel.

Ce principe est d'autant plus fort que la sanction prévue dans cet arrêt est très efficace.

#### B. Sanction de l'atteinte à ce principe

La Cour de cassation précise la sanction du non-respect de l'interdiction : « les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ». La délibération de l'organe social n'est donc pas nulle et l'agrément donné non plus. Seule la condition sera réputée n'avoir jamais existé. Il s'agit d'une éradication, appellation doctrinale qui souligne la distinction entre cette sanction et la nullité (Kullmann J., *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, p. 59).

Cette solution permet à la Cour de cassation de donner une réelle force pratique à l'interdiction de l'agrément sous condition. En effet, cette éradication est doublement efficace.

Tout d'abord parce qu'elle est très protectrice du cédant qui se serait vu délivrer un agrément conditionnel (Lienhard A., *Clause d'agrément : l'agrément doit être pur et simple*, Dalloz actualité, 25 janv. 2012) : la condition est réputée n'avoir jamais existé et elle n'est donc pas soumise au régime des nullités (notamment la prescription). Son inexistence pourra être invoquée par l'actionnaire désirant céder ses actions à tout moment (Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*, thèse Paris II, 2004, n°s 231 et s., p. 144 et s.).

Ensuite, parce qu'elle prévoit que l'agrément conditionnel équivaut à un agrément pur et simple. Bien que certains auteurs en soulignent le caractère surprenant (*Dondero B., L'agrément ne peut être assorti de conditions, Bull. Joly 2012, n° 4, p. 310 ; Gallois-Cochet D., Illicéité de l'agrément conditionnel des cessions d'actions, Dr. sociétés, avr. 2012, p. 28*), cette issue semble se justifier par le régime de l'éradication des clauses réputées non écrites. En effet, contrairement à la nullité, le caractère non écrit ne peut pas atteindre tout l'acte et ne remet en question que ce qui est contraire à la règle, le reste survivant seul (*Kullmann J., Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, p. 59*). C'est ce principe qu'applique ici la Cour de cassation : un agrément a été donné avec une condition suspensive, la condition est réputée non écrite, le reste (l'agrément) survit et est donc donné à l'actionnaire voulant céder ses titres. Cette solution s'avère ici encore très protectrice de l'actionnaire cédant. Cela est cependant contraire au besoin de la pratique et ceux qui veulent soumettre l'agrément à une condition devront confier à l'organe sollicité pour donner l'agrément le soin de vérifier préalablement que la condition a été remplie. L'interdiction de l'agrément conditionnel est donc posée de manière efficace par l'arrêt du 17 janvier 2012. Cependant, son champ d'application l'est malheureusement moins et des difficultés subsistent.

## II. Difficultés quant au champ d'application de ce principe

Dans cet arrêt, la Cour de cassation base son raisonnement sur les *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* pour interdire l'agrément conditionnel. Cependant, un long débat agite depuis longtemps les praticiens sur l'application ou non à la société par actions simplifiée de ces articles qui font pourtant partie des dispositions relatives aux actions. Cette interdiction s'applique-t-elle alors uniquement aux sociétés anonymes et en commandite par actions ou bien aussi aux sociétés par actions simplifiées ?

### A. Application certaine aux sociétés anonymes et en commandite par actions

L'arrêt rendu le 17 janvier 2012 par la Cour de cassation concernait les actions d'une société anonyme. L'interdiction de l'agrément conditionnel fondé sur une application stricte des dispositions des *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* s'applique donc aux sociétés anonymes.

La solution semble également s'étendre aux sociétés en commandite par actions (*RJDA 4/12, n° 409*). En effet, celle-ci est basée sur les *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* qui sont insérés dans un chapitre intitulé « Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions ».

Aucune disposition spécifique aux sociétés en commandite par actions (*C. com., art. L. 226-1 à L. 226-14*) n'est en contradiction avec les *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce*. Ces derniers s'appliquent donc pleinement aux sociétés en commandite par actions, ainsi que leur interprétation par la jurisprudence, comme celle ressortant de l'arrêt commenté.

Concernant la troisième société par actions existante, la société par actions simplifiée, un doute subsiste quant à l'application de la solution de cet arrêt.

### B. Doutes concernant les sociétés par actions simplifiées

L'*article L. 227-14 du Code de commerce* prévoit que « les statuts (de la société par actions simplifiée) peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ». Cet article prévoit donc une possibilité d'aménagement de la procédure d'agrément dans une société par actions simplifiée différente de celle prévue pour les autres sociétés par actions. Depuis longtemps, la doctrine se demande si ces différences sont telles que le droit commun de l'agrément (dont font partie les *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* applicables aux actions) n'est plus applicable à la société par actions simplifiées (*Germain M. et Périn P.-L., Sociétés par actions simplifiées, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 155-30*).

Jusqu'à présent, la question s'est posée principalement pour l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément prévue par l'*article L. 228-24, alinéa 2, du Code de commerce*. Selon certains auteurs, en cas de refus d'agrément de l'acquéreur proposé, l'actionnaire de la société par actions simplifiée doit pouvoir se retirer (*Mémento Lefebvre, Cessions de parts et actions, 2011-2012, n° 33015*). Il y aurait donc une obligation de rachat dans la procédure d'agrément des sociétés par actions simplifiées. Celle-ci serait fondée sur le principe de libre cessibilité des actions, l'obligation de ne pas laisser un cédant d'actions prisonnier de ses titres et sur le renvoi général opéré par l'*article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce* aux règles concernant les sociétés anonymes dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions propres aux sociétés par actions simplifiées (*Azarian H., Sociétés par actions simplifiées, J.-Cl. Commercial, Fasc. 1534*). À l'inverse, d'autres auteurs estiment que le droit commun des clauses d'agrément perd son caractère impératif dans les sociétés par actions simplifiées et ne s'applique que dans le silence des statuts (*Germain M. et Périn P.-L., SAS – La société par actions simplifiée, Pratique des affaires, 4<sup>e</sup> éd., éd. Joly 2010, n° 369 ; Germain M. et Périn P.-L., sociétés par actions simplifiées, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 155-30*).

La Cour de cassation, interrogée ici dans le cas d'une société anonyme, se garde bien de répondre à cette question et ne tranche pas clairement le débat. Elle se contente d'expliquer que « l'agrément doit être pur et simple » sans aucune référence à la forme de la société par actions. En l'absence de plus de précisions, on peut raisonner par analogie avec ce qui a été énoncé concernant l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément. Ainsi, certains pensent que cette interdiction d'un agrément conditionnel ne s'applique pas aux sociétés par actions simplifiées (*RJDA* 4/12, n° 409). Au contraire, d'autres sont plus nuancés et affirment que les statuts ne peuvent pas autoriser un agrément qui ne serait que conditionnel (*Dondero B., L'agrément ne peut être assorti de conditions, Bull. Joly, 1<sup>er</sup> avr. 2012, n° 4, p. 310*).

Néanmoins, bien qu'il n'évoque que la société anonyme, l'arrêt donne des indications qui semblent évoquer une portée plus large. La Cour de cassation prend soin de viser les *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* en général et de formuler son attendu de principe d'une manière globale. Elle supprime aussi toute référence à la forme sociale de la société. L'interdiction d'un agrément conditionnel pourrait donc s'appliquer à toutes les sociétés par actions, dont les sociétés par actions simplifiées. Cette solution peut toutefois être critiquable car elle semble nuire à l'esprit même de la société par actions simplifiée et à la pratique qui l'utilise pour sa flexibilité et ses possibilités d'aménagement statutaire. Cet arrêt, au-delà de la problématique de l'agrément conditionnel, s'avérerait alors être un indice sur la piste de l'application des *articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce* aux sociétés par actions simplifiées ! ♦

## Les sociétés « dutreillables » en matière de transmission

Le régime *Dutreil*, codifié à l'article 787 B du Code général des impôts (CGI), apparaît aujourd'hui comme un des derniers sanctuaires en matière d'optimisation fiscale de la transmission du patrimoine professionnel. Hugo Scarcelli expose les conditions d'éligibilité des sociétés au régime d'exonération partielle des droits de mutation.

Par **HUGO SCARCELLI**  
*Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine*  
Rédigé sous la direction  
de Maître Marceau Clermon

L'exonération des droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 75 % de la valeur des parts ou actions d'une société permet une réduction substantielle du coût de l'opération de transmission. Et c'est sans compter sur le contribuable prévoyant, accompagné de ses conseils, qui pourra avoir pris soin de coupler ce dispositif aux techniques plus traditionnelles d'anticipation de la transmission, parmi lesquelles se trouvent la donation avec réserve d'usufruit, le paiement différé ou fractionné des droits de mutation, ou encore l'utilisation répétée des abattements, dont le délai de reconstitution a récemment été augmenté à 15 ans (*L. fin. rect. 2012, n° 2012-958, 16 août 2012*).

Depuis la promulgation de la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011, le régime *Dutreil* est dernier domaine pour lequel la réduction de droit de 50 % en raison de l'âge du donateur (*CGI, art. 790* ; une incertitude subsiste sur la possibilité de recourir à la réduction de droits pour les titres de

sociétés interposées) est applicable en cas de donation en pleine propriété sous le bénéfice du régime d'exonération partielle. Il permet, sous réserve d'y être éligible, d'atténuer l'importante contrainte fiscale qui pèse sur les héritiers du dirigeant qui décède prématurément sans avoir au préalable organisé sa succession, et ainsi pérenniser le maintien de l'entreprise au sein du groupe familial.

Ces avantages indéniables ne peuvent être ignorés par les praticiens de la transmission d'entreprise. Mais l'utilisation de ce dispositif est, hélas, d'une grande complexité ce qui peut être générateur d'une lourde responsabilité et décourage parfois les professionnels d'y recourir. Le praticien souhaitant l'instauration du régime aura fort à faire : avant même la mise en place de l'engagement collectif de conservation des titres et l'anticipation des contraintes rencontrées pendant la période de conservation, il faudra déterminer si la société dont les titres seront visés par l'engagement est, de fait, éligible aux conditions prévues par le CGI. Et en cette matière, il y a des situations où ni la loi ni même la doctrine administrative (pourtant abondante) n'apportent de réponse formelle. L'Administration avait cependant publié une instruction du 3 mars 2012 attendue de la pratique (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20120912* – ancienne référence : *Instr.*

9 mars 2012, BOI 7 G-3-12, l'administration fiscale avait émis un projet d'instruction en 2009) qui précise les modalités d'application du régime et condense les différents éclaircissements apportés par le passé.

Selon les termes de l'article 787 B, alinéa 1<sup>er</sup>, du CGI, l'exonération partielle est applicable aux parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Cette définition, qui reprend les termes de la qualification de bien professionnel en matière d'ISF, permet de préciser, de façon générale, les sociétés visées par le régime d'exonération partielle. Certaines sociétés sont plus problématiques et imposent une vigilance particulière : il s'agit des sociétés ayant des activités mixtes, mais également des holdings dites « animatrices » dont l'Administration admet l'admissibilité au régime de faveur sous des conditions qu'elle sanctionne avec rigueur.

### I. Les « sociétés dutreillables » : une faveur incontournable, à condition d'être éligible

L'exonération de 75 % de l'assiette des droits de mutations à titre gratuit s'applique aux titres de sociétés, sans distinguer selon la forme de ces dernières ou leur régime fiscal. En revanche, la loi distingue selon la nature de l'activité exploitée par la société.

#### Titres et sociétés concernées

L'article 787 B du CGI réserve le bénéfice du régime de faveur aux titres de sociétés. L'article 787 C du CGI prévoit, quant à lui, un dispositif semblable pour les entreprises individuelles, mais ce texte ne fait pas l'objet de cette étude.

L'exonération s'applique aux parts sociales et actions de sociétés et l'Administration s'est refusée à l'ouvrir aux valeurs mobilières (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20120912 – ancienne référence : Instr. 30 juill. 2001, BOI 7 G-6-01, n° 2 ; Rép. min. à QE n° 93414, JOAN Q. 17 oct. 2006, p. 10852). Les actions de préférence (C. com., art. L. 228-11 à L. 228-20) bénéficient toutefois du régime de faveur, mais peuvent poser des difficultés pour l'appréciation du pourcentage minimum des droits financiers et des droits de vote requis pour pouvoir prendre un engagement collectif de conservation collectif des titres (pour une étude plus approfondie, voir notamment Desbuquois J.-F., *Les engagements de conservation des titres sociaux*, Édition-formation-entreprise).

Les sociétés dont les parts ou actions sont « dutreillables » (CGI, art. 787 B) sont nécessairement des sociétés pluripersonnelles, puisqu'au moins deux associés doivent participer à la conclusion du pacte de conservation des titres. L'Administration admet également l'application du régime aux parts de sociétés en participation (Rép. min. à QE

n° 53549, JOAN Q. 31 mai 2005, p. 5582) sous deux conditions : que l'acte constitutif de la société ait été enregistré, ou à défaut, que la formation de la société ait été déclarée à l'Administration en application de l'article 783 du CGI. L'article 787 B du CGI permet également l'application de l'abattement de 75 % aux titres de sociétés étrangères.

Enfin, le régime d'imposition des sociétés (sociétés à l'impôt sur les sociétés ou sociétés translucides) est sans incidence sur l'éligibilité au régime de faveur.

Il y a un cas où des sociétés qui n'ont pas une activité éligible peuvent bénéficier de l'exonération partielle. En effet, la loi prévoit l'extension du dispositif de faveur aux titres de sociétés interposées (CGI, art. 787 B, b, al. 5 et s.). Il s'agit des sociétés interposées entre le redevable et la société remplissant les conditions d'exonération (simple degré d'interposition), voire de sociétés interposées entre le redevable et la société signataire de l'engagement collectif de conservation, cette dernière étant associée de la société opérationnelle éligible (on parle alors de double degré d'interposition). L'exonération partielle des titres de ces sociétés interposées suppose toutefois que la société d'exploitation détenue soit, quant à elle, éligible.

D'autre part, les holdings qualifiées d'« animatrices » sont assimilées aux sociétés d'exploitation et peuvent, à ce titre, également bénéficier de l'exonération partielle de 75 %.

Les conditions d'applicabilité de l'article 787 B du CGI imposent donc une vérification minutieuse de l'éligibilité de l'activité de chaque société opérationnelle dont les associés sont candidats à l'exonération partielle.

La question de l'activité de la société « dutreillée » est donc centrale.

#### Nature de l'activité éligible

Selon les termes de l'article 787 B du CGI, les biens susceptibles de bénéficier de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit prévue à l'article 787 B sont les parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, ou libérale. L'instruction fiscale du 3 mars 2012 (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20120912) renvoie à la doctrine administrative portant sur les biens professionnels exonérés d'ISF (CGI, art. 885 N) pour l'appréciation de la nature de ces activités.

Les activités commerciales éligibles s'entendent donc de celles qui revêtent ce caractère en droit privé, puisque la loi ne fait pas référence à cet égard aux dispositions du CGI. L'activité industrielle ne se distingue d'ailleurs pas de l'activité commerciale en droit privé. Certaines activités sont toutefois considérées commerciales par le droit fiscal alors qu'elles n'ont pas cette qualification au regard du Code de commerce (C. com., art. L. 110-1). La documentation de base ►

fiscale (ancienne référence : *Doc. adm. 7 S 3311, nos 2 et s.*) visée par l'instruction du 3 mars 2012 sur le pacte *Dutreil* incluait ainsi les activités dont les résultats sont classés dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux en application des *articles 34 et 35 du CGI*. En reprenant à la lettre ces préconisations de l'Administration, on pourrait donc penser que la location meublée, considérée juridiquement comme une activité civile, est une activité commerciale au sens de l'*article 787 B du CGI* en raison de son imposition dans la catégorie BIC. Néanmoins, la question n'est pas tranchée et nécessite la plus grande prudence de la part des contribuables. Ce raisonnement peut être tenu également en ce qui concerne les activités hôtelières et para-hôtelières. Pour ces dernières, l'incertitude est moins importante qu'en matière de location meublée du fait du caractère commercial au sens civil des activités d'hôtelier, en dépit du fait que le fonds de commerce d'un hôtel est bien la location meublée. En revanche, la location-gérance d'un fonds de commerce est une activité civile exclue du bénéfice du régime de faveur.

L'*article 787 B du CGI* exclut les activités civiles du bénéfice du régime de faveur, mais précise que certaines activités considérées comme telles par le droit privé sont éligibles. Il s'agit des activités agricoles et libérales. Sont considérées comme telles les activités imposables au titre des bénéficiaires agricoles (*CGI, art. 63*) et des bénéficiaires non commerciaux (*CGI, art. 92*).

Les activités civiles exclues sont toutes celles qui n'entrent pas dans les catégories définies par l'*article 787 B du CGI*. Il s'agit principalement des activités de gestion d'un patrimoine, qu'il soit financier ou immobilier. Les sociétés qui gèrent leur propre patrimoine en détenant des titres dans d'autres sociétés et en se contentant de participer aux assemblées générales et d'encaisser les dividendes, appelées également holdings passives (par opposition aux holdings « *animatrices* », voir *infra*), ne peuvent donc faire l'objet de pactes ouvrant droit à l'abattement sur les droits de mutation à titre gratuit. Les associés pourront toujours tenter de faire valoir l'exonération partielle ouverte aux sociétés interposées sous réserve que la société détenue par la holding soit éligible.

## **II. Les sociétés ayant des activités mixtes : l'enjeu de la prépondérance de l'activité éligible**

Les sociétés dont l'activité n'est pas « *purement* » éligible ont posé principalement deux questions, sur lesquelles

l'Administration s'est finalement prononcée : les titres d'une société ayant une activité mixte peuvent bénéficier de l'exonération partielle à condition que l'activité entrant dans le champ d'application soit reconnue prépondérante, et, dans ce cas, leurs titres bénéficient d'une exonération de 75 % pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit.

### **Application du régime de faveur aux sociétés dont l'activité est mixte**

Il y a des sociétés pour lesquelles il est difficile de dire si l'activité exercée est effectivement industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Il s'agit des sociétés dont on pourrait qualifier l'activité de « *mixte* ».

Certaines situations sont effectivement problématiques : les sociétés ayant une activité éligible mais dont le patrimoine est constitué en grande partie par des éléments contraires aux objectifs du texte, tels de nombreux biens immobiliers, d'importantes liquidités, ou encore une société nouvellement créée regroupant un certain nombre d'actifs patrimoniaux.

L'Administration a toujours admis que ces sociétés puissent bénéficier du régime de faveur (*Rép. min. à QE n° 53549, JOAN Q. 31 mai 2005, p. 5582* – réponse ministérielle *Bobe*) sous réserve, selon les termes mêmes de l'Administration, que l'activité non éligible ne soit pas prépondérante. Ce principe reprend donc la tolérance administrative pour l'application de l'*article 885 I bis du CGI* (régime des biens professionnels en matière d'ISF : *BOI-PAT-ISF-30-40-60-20120912* – ancienne référence : *Instr. 23 févr. 2004, BOI 7 S-3-04, n° 1*).

C'est pour apprécier la prépondérance d'une activité que le bât blesse. Le droit fiscal fait référence à la notion de prépondérance immobilière pour l'enregistrement ou les impôts directs, mais cette notion recouvre une géométrie variable selon le domaine pris en considération. Par exemple, la prépondérance immobilière pour les plus-values immobilières des particuliers est caractérisée par la présence à l'actif de plus 50 % d'immeubles non affectés à l'activité (*CGI, art. 150 UB*). En matière de droits d'enregistrement, le seuil de 50 % de l'actif est apprécié sur tous les biens immobiliers quand bien même ils sont affectés à l'exploitation (*CGI, art. 726, I-2°*).

Concernant le Pacte *Dutreil*, il n'est pas seulement question de prépondérance immobilière mais de prépondérance d'une activité éligible au régime de l'*article 787 B du CGI*.

Les critères d'appréciation de cette notion étaient flous et variaient selon les interprétations, si bien que l'Administration a fini par préciser sa position.

L'instruction du 3 mars 2012 introduit deux critères cumulatifs pour apprécier le caractère prépondérant d'une

activité : « le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du chiffre d'affaire total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut) ».

Il faudra donc procéder en deux temps pour apprécier si les titres d'une société peuvent faire l'objet d'un engagement *Dutreil*.

D'abord distinguer, selon la nature des activités exercées, le chiffre d'affaires dégagé par les activités civiles non éligibles du chiffre d'affaires dégagé par les activités opérationnelles. Le second critère est plus délicat puisqu'il faudra scinder les actifs affectés aux différentes activités. On retrouve un peu avec ce critère la notion de prépondérance immobilière de l'article 150 UB du CGI, selon laquelle on apprécie la prépondérance immobilière en fonction des actifs (immobiliers) non affectés à l'exploitation principale. Ce raisonnement est également tenu pour l'appréciation des biens professionnels en matière d'ISF puisque pour ce régime, les immeubles utilisés pour l'exercice de l'activité professionnelle sont présumés professionnels. Ce critère fondé sur l'actif brut immobilisé est donc efficient lorsque l'on est en présence de biens affectés ou non affectés à l'exploitation commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. L'incertitude subsistera en revanche lorsque la société aura des actifs immobilisés dont une partie de ces biens n'est pas affectée à l'exploitation. Il y a également des situations où certains biens ne sont pas affectés à l'exploitation, mais uniquement de manière temporaire. Cette affectation non permanente peut parfois survenir de manière accidentelle (baisse d'activité, inadaptation passagère...) mais peut également être volontaire (stratégie industrielle ou opérationnelle, réorganisation...). Ces situations ne manqueront pas de faire peser un risque important au regard de ces critères en cas de conclusion d'un pacte *Dutreil* « transmission ».

Enfin, ce dernier critère ne répond pas au problème de l'excédent de liquidités figurant au bilan d'une société et de son caractère non professionnel. Il pourra être là encore opportun de se référer aux règles des biens professionnels en matière d'ISF. Pour apprécier leur caractère professionnel, les liquidités et les titres de placement inscrits au bilan d'une société sont présumés constituer des actifs nécessaires à l'activité professionnelle. Toutefois, l'acquisition de ces liquidités doit résulter de l'exercice de l'activité sociale. Cette présomption ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels (BOI-PAT-ISF-30-30-10-40-20120912, n° 130 – ancienne référence : Instr. 12 janv. 2005, BOI 7 S-1-05) où l'Administration parvient à démontrer que ces liquidités ne sont pas nécessaires à l'accomplissement de l'objet social. Cette présomption n'a pas d'existence légale en matière d'engagement *Dutreil* « transmission ». L'absence de préci-

sion administrative concernant cette question et la tendance de l'Administration à se référer aux règles de l'ISF pour l'application du régime de l'article 787 B du CGI laissent toutefois à penser qu'une appréciation similaire de l'excédent de trésorerie puisse être envisagée.

### La portée de l'exonération partielle des titres de sociétés ayant des activités mixtes

L'Administration a précisé, dans sa réponse ministérielle *Bobé* du 24 octobre 2006, qu'une tolérance est appliquée pour les sociétés ayant une activité mixte, celles-ci n'ayant pas l'obligation d'exercer à titre exclusif l'activité éligible, à condition que l'activité civile ne soit pas prépondérante. Cette solution a été reprise par l'instruction fiscale portant éclaircissement du régime *Dutreil*. Le texte dispose ainsi : « il n'est pas exigé que ces sociétés exercent à titre exclusif les activités précitées. Dès lors, le bénéficiaire du régime de faveur ne pourra pas être refusé aux parts ou actions d'une société qui exerce à la fois une activité civile (autre qu'agricole ou libérale) et une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, dans la mesure où cette activité n'est pas prépondérante ».

Ces prises de position de l'Administration ont permis de déduire la portée de l'exonération partielle des sociétés ayant des activités mixtes.

Il en ressort que soit l'exonération est totale car la société est éligible, soit il n'est pas possible de revendiquer l'application de l'article 787 B et il n'y a aucune exonération. C'était également le sens d'une instruction (BOI-PAT-ISF-30-30-40-10-20120912 – ancienne référence Instr. 23 févr. 2004, BOI 7 S-3-04, n° 1) qui, en matière de pacte *Dutreil* ISF, refusait le bénéfice de l'abattement à une société ayant une activité civile prépondérante sans qu'il ne faille appliquer un *pro-rata*. Il n'y a donc pas lieu, comme il serait fait en matière d'ISF pour l'exonération des biens professionnels, ou encore pour les donations aux salariés placées sous le régime de l'article 790 A du CGI, d'appliquer un *pro-rata* sur l'abattement de 75 %.

### III. L'exonération des titres de holding animatrices : des pièges à éviter

Selon une position désormais bien établie, l'Administration étend expressément le bénéfice de l'article 787 B du CGI aux holdings animatrices de groupe, ce régime ayant été précisé et sanctionné par le juge fiscal.

#### Holdings animatrices éligibles au bénéfice du régime de faveur

L'activité financière des sociétés holdings les exclut normalement du champ d'application de l'exonération partielle. ►

L'Administration tolère toutefois que les holdings qualifiées d'animatrices de leur groupe de société, puisse bénéficier des dispositions de l'article 787 B du CGI.

Le caractère d'animateur est appréciée comme pour les biens professionnels en matière d'ISF. La qualification d'« holding animatrice de groupe » est donc devenue cruciale pour les dirigeants/associés de multiples entreprises structurées en groupes de sociétés, afin de bénéficier des multiples régimes d'exonération.

Il y a là une certaine forme de reconnaissance du caractère professionnel et opérationnel d'une participation constituant le moyen de diriger un groupe industriel, commercial (ou assimilé). Une réponse ministérielle *Ducout* (Rép. min. à QE n° 9080, JOAN Q. 19 mai 2003, p. 3885) avait déjà rendu compte dès 2003 de l'assimilation de l'animation d'un groupe à une activité industrielle ou commerciale éligible aux règles prévues à l'égard des sociétés opérationnelles. En cas de détention par la holding animatrice d'actifs non éligibles, l'exonération partielle de la valeur des titres est donc totale à condition que la détention et l'animation de la ou les filiale(s) éligible(s) puisse bien être regardée comme l'activité principale de la mère.

Cette assimilation de la société de tête dirigeante du groupe aux sociétés opérationnelles est subordonnée à une réelle direction et impulsion de la mère sur ses filiales.

Les sociétés qualifiées de holdings animatrices sont, selon les termes de l'instruction :

« les sociétés qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations (voir Doc. adm. 7 S 3323, n°s 16 et s.) :

- participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales ;
- et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ».

Cette définition du caractère animateur doit être analysée avec rigueur. En effet, l'Administration adopte une conception relativement stricte à ce sujet et n'hésite pas à rectifier les contribuables qui auraient voulu bénéficier des régimes d'exonération sans avoir pris soin de vérifier, ou même simplement de s'aménager les preuves du caractère animateur de leur société.

De nombreuses décisions de jurisprudence attestent de ce contrôle strict de l'Administration. Ces arrêts permettent aux praticiens de s'approprier des « stratégies » juridiques et fiscales.

### Qualification précisée et sanctionnée par le juge de l'impôt

La Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la qualification de holding animatrice à de nombreuses reprises. Il en ressort principalement des précisions sur les éléments insuffisants à caractériser le caractère animateur. Sans en établir une étude approfondie, il est intéressant de relever un certain nombre d'arrêts de la Haute juridiction qui ont, petit à petit, permis d'établir de bonnes pratiques à respecter.

La première exigence de la doctrine administrative est la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales. En ce sens, un arrêt de la chambre commerciale de 1991, dont la solution a été reprise (Cass. com., 19 nov. 1991, n° 89-19.474 ; Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770), a d'abord refusé de déduire le rôle d'animation du seul fait que le dirigeant de la société holding soit également le dirigeant des filiales.

L'animation se mesure donc sur la véritable influence de la mère sur la politique et le contrôles des filiales. Des arrêts de 2005 (Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767 ; Cass. com., 27 sept. 2005, n° 1324) permettent de déduire les modalités d'appréciation de critère. Ainsi, des conventions par lesquelles les filiales s'engagent à respecter la politique définie par la mère ou des comptes-rendus des organes de gestion attestant du rôle actif de la holding dans la détermination de la politique permettent de caractériser le respect de cette exigence. À l'occasion de l'un de ces arrêts (Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665), la Cour de cassation rappelle que seule l'effectivité de l'animation du groupe est prise en compte, sans que le niveau de détention ou l'importance de la structure de la société holding n'aient d'influence en eux-mêmes.

La seconde exigence administrative est caractérisée par le fait pour la mère de rendre, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers. Ces services rendus sont pris en compte par la jurisprudence en tant qu'élément d'appréciation mais paraissent toutefois secondaires et ne suffisent pas à conclure à l'animation stratégique et politique et au contrôle du groupe. En ce sens, l'arrêt de la chambre commerciale du 27 septembre 2005 énonce que les services spécifiques rendus « de manière habituelle » par la mère à sa filiale, ne suffisent pas à caractériser le caractère animateur de la société holding.

Enfin, un arrêt récent de la même juridiction (Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770) précise les modalités de preuve de ces exigences. La Cour de cassation a donné raison à l'Administration qui avait rectifié les droits de donation payés par un contribuable. Celui-ci n'a pas su fournir de preuves



ou indices matériels du rôle stratégique et de contrôle joué par sa société holding au profit de ses filiales. Or, le juge exige que la preuve de l'existence de ces prestations de management puisse être apportée avant la date de la donation des titres.

Un formalisme administratif important doit donc être mis en place par les contribuables qui souhaitent bénéficier du régime de faveur sur les titres de leur holding, et ce afin d'éviter toute mauvaise surprise dans un tel cas de rectification par l'Administration.

Ces contraintes ne doivent pas être prises à la légère. L'exonération de 75 % de la valeur des titres donnés ou transmis

à cause de mort prévue par l'article 787 B du CGI suppose donc de nombreuses précautions de la part des contribuables. D'autant qu'en cas de remise en cause de l'exonération dans le cadre d'une procédure de rectification contradictoire, l'administration fiscale sera en droit de demander le complément des droits de mutation non perçus ainsi que les intérêts de retard fixés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006 à 0,40 % par mois. Le coût engendré peut donc entraîner la remise en cause des transmissions opérées et contraindre l'entreprise à sortir du patrimoine familial. La vigilance concernant le respect des conditions d'application de ce texte doit donc être maximale. ❖

## La responsabilité civile de l'expert-comptable conseil en stratégie patrimoniale

La gestion de patrimoine constitue un domaine très convoité que se partagent notaires, avocats, conseils en gestion de patrimoine indépendant et désormais experts-comptables. Bilitis Gilbert nous présente les contours des missions de cet intervenant sur le marché de l'optimisation patrimoniale.

► Par Bilitis GILBERT

Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine  
Rédigé sous la direction  
du Professeur Jérôme Kullmann

**E**n effet, les réformes successives de 2010 et 2011 ont levé un certain nombre d'interdits ouvrant à ces professionnels du chiffre de nouveaux horizons de développement.

Le dernier alinéa de l'article 2 de l'ordonnance n° 45-2138 du septembre 1945 a été modifié dans les termes suivants :

« Les membres de l'ordre et les associations de gestion et de comptabilité peuvent assister, dans leurs démarches déclaratives à finalité fiscale, sociale et administrative, les personnes physiques qui leur ont confié les éléments justificatifs et comptables nécessaires auxdites démarches ».

Sans nous lancer dans un inventaire de toutes les dispositions de la loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services (L. n° 2010-853, 23 juill. 2010, JO 24 juill.) et celle du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées (L. n° 2011-331, 28 mars 2011, JO 29 mars), reprenons en les principales avancées :

### 1. Liberté de choix de la forme sociale.

Les experts-comptables peuvent désormais exercer leur profession sous la forme de société de leur choix, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs

membres le statut de commerçant (sociétés en commandite par actions et sociétés en nom collectif).

### 2. Activités commerciales accessoires au sein du cabinet.

Les activités commerciales étaient historiquement interdites aux experts-comptables. La réforme de l'ordonnance de juillet 2010 a maintenu ce principe d'interdiction, tout en reconnaissant sous certaines conditions la compatibilité de l'activité d'expertise comptable avec une activité commerciale accessoire.

Dans un arrêt du 5 avril 2011 (CJUE, 5 avr. 2011, aff. C-119/09), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré que l'interdiction française faite aux experts-comptables d'effectuer des actes de démarchages constituait une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers.

### 3. L'ouverture officielle du marché des particuliers.

Le dernier alinéa inséré par la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 et complété par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, de l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 autorise expressément le professionnel comptable à assister son client dans la réalisation matérielle de ses déclarations fiscales, sociales et administratives.

### 4. La mission de conseil en gestion de patrimoine.

Les experts-comptables sont dorénavant autorisés à exercer l'activité de conseil en stratégie patrimoniale à titre accessoire d'une mission comptable principale (Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 22, al. 7 : « Ils ►

peuvent également donner des consultations et effectuer des études théoriques et pratiques d'ordre juridique, administratif ou fiscal et apporter leur avis devant toute autorité ou organisme public qui les y autorise, mais sans pouvoir en faire l'objet principal de leur activité et seulement s'il s'agit d'entreprises dans lesquelles ils assurent des missions d'ordre comptable de caractère permanent ou habituel, ou dans la mesure où lesdites consultations, études ou avis sont directement liés aux travaux comptables dont ils sont chargés ». Ils disposent en effet de diplômes reconnus possédant la compétence juridique appropriée.

Leur mission comptable, fiscale et sociale traditionnelle se trouve dès lors diluée dans une prestation plus globale de service aux entreprises.

Conseil en gestion de patrimoine et expert-comptable peuvent donc exercer tous les deux l'activité de conseil en stratégie patrimoniale, leur responsabilité étant *a priori* différente en raison de la disparité de leurs obligations fruit de l'impact de sa réglementation professionnelle spécifique des experts-comptables.

### **I. Conseils en gestion de patrimoine et experts-comptables : des obligations professionnelles communes mais de portées différentes**

Les conseils en gestion de patrimoine et les experts-comptables sont soumis à une obligation d'information, qui consiste dans la transmission des données permettant d'éclairer le consentement de l'investisseur, ainsi que d'un devoir de conseil qui a pour objet d'orienter son choix. Ils doivent également accomplir un devoir d'alerte qui les oblige à mettre parfois leur client en garde.

#### **A. Une obligation d'information et de conseil**

Conseils en gestion de patrimoine (CGP) et experts-comptables ont tous deux une obligation d'information et de conseil qui divergent quant au degré de sanction.

De manière générale, le CGP se doit de communiquer à son client des informations très complètes liées à la prestation envisagée.

La jurisprudence considère néanmoins que ce devoir d'information ne s'applique pas à ce qui est nécessairement de la connaissance de tous. Il serait donc vain d'engager la responsabilité du CGP au titre d'importantes fluctuations du cours d'instruments financiers tels les actions (CA Paris,

15<sup>e</sup> ch., sect. B, 9 déc. 2004, n° RG : 03/19674). Il n'engage donc sa responsabilité que dans la mesure où il a donné des informations juridiques et fiscales erronées, ou conseillé à son client des placements hasardeux ou extrêmement risqués sans l'informer complètement sur la nature de ceux-ci (CA Besançon, 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° RG : 09/06687).

Le devoir de conseil de l'expert-comptable se traduit comme étant « l'obligation dans laquelle le professionnel se trouve d'éclairer les parties, de vérifier si leurs intérêts sont sauvegardés, et de les instruire de leurs droits et de leurs obligations, de leur expliquer aussi tous les effets de leurs engagements » (TGI Créteil, 4 mai 1999 ; voir également arrêt confirmatif, CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 10 oct. 2001, n° RG : 2000/19557, responsabilité d'un notaire pour défaut d'information d'un héritier sur le délai de déclaration d'une succession). La jurisprudence considère que donner des conseils consiste à attirer l'attention, avertir, éclairer, préconiser une solution.

Contrairement au CGP, la connaissance du client ne suffit pas à le décharger de son devoir de conseil. En effet, dans un arrêt du 28 juin 2011 (CA Douai, 28 juin 2011, ch. 2, 2<sup>e</sup> sect., n° RG : 04/10244), la Cour d'appel de Douai a condamné un cabinet d'expertise comptable pour manquement à son obligation d'information. Celui-ci n'avait pas déclaré, pourtant sur demande de son client, une plus-value de cession.

#### **B. Le défaut de mise en garde, d'alerte**

L'obligation de mise en garde consiste à attirer l'attention du client sur les risques encourus sur l'opération envisagée. Il pourrait être assimilé parfois à un conseil de ne pas faire.

Là encore des divergences persistent entre les deux professions.

Alors que sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, le CGP n'est tenu à un devoir de mise en garde que dans la mesure où l'opération projetée présente un caractère spéculatif, c'est-à-dire ne permettant pas à l'investisseur de connaître à l'avance de manière précise, l'étendue d'éventuelles pertes qu'il pourrait subir, la jurisprudence, elle, reconnaît aux experts-comptables un devoir de conseil, d'investigation et d'alerte.

La Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 29 novembre 2011 (Cass. com., 29 nov. 2011, n° 11-10.933) la position du juge du fond qui a condamné un expert-comptable au paiement d'indemnité au motif qu'il n'avait pas audité la situation de son client vis-à-vis de la retraite.

## II. Une responsabilité civile de l'expert-comptable élargie

### A. Absence de responsabilité spécifique posée par le statut réglementaire de l'expert-comptable

La loi ne consacre aucune disposition spécifique à la responsabilité professionnelle de l'expert-comptable.

En application de l'article 12 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, la responsabilité propre des sociétés membres de l'ordre et des associations de gestion et de comptabilité laisse subsister la responsabilité personnelle de chaque expert-comptable ou salarié mentionné à l'article 83 ter et à l'article 83 quater de l'ordonnance du 19 septembre 1945 à raison des travaux qu'il exécute lui-même pour le compte de ces sociétés ou associations. La Cour de cassation en a déduit que l'action en responsabilité peut indifféremment être dirigée contre la société, l'associé ou le salarié concerné, ou encore contre les deux (Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-22.790).

### B. La responsabilité civile de l'expert-comptable partagée

D'une manière générale, la responsabilité civile d'une personne est engagée à condition d'établir une faute, un dommage ou un préjudice et un lien de causalité (ou de lien de cause à effet) entre la faute et le dommage. Ainsi, la veuve d'un gérant, qui s'était suicidé, avait engagé une action en responsabilité contre l'expert-comptable à qui elle reprochait de ne pas avoir contrôlé son affiliation, son préjudice consistant à ne pas avoir perçu le capital-décès compris dans le régime obligatoire de prévoyance institué par la convention collective des cadres. La Cour de cassation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mai 1995, n° 93-17.537) a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté l'action en l'absence de lien de causalité établi. En effet, la convention collective prévoyait que le suicide n'était pas couvert dès lors qu'il intervenait moins de deux ans après l'immatriculation de l'assuré. Le suicide ayant eu lieu, en l'espèce, quelques mois après la création de la société, les chances de la veuve de percevoir le capital-décès étaient nulles.

Le lien de causalité n'est pas présumé. En effet, dans un arrêt du 17 mars 2011, la Cour d'appel de Paris a considéré à propos d'un expert-comptable qu'« une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute » (à propos du refus de renouveler une garantie financière : CA Paris, 17 mars 2011, n° RG : 10/06837).

Néanmoins, les juges du fond ne sauraient évincer le débat sur l'existence du lien causal lorsque l'expert-comptable invoque l'absence de causalité entre la faute qui lui est reprochée et le dommage occasionné. Il est alors fréquent que les magistrats, dans une logique de causalité partielle, répartissent la charge de la réparation entre les diverses fautes qui peuvent être invoquées lors d'une instance en responsabilité à l'encontre d'un expert-comptable et à l'encontre d'autres défendeurs (Cass. com., 12 mai 2010, n° 09-13.496). La Cour de cassation a validé l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu en partie la responsabilité de l'expert-comptable de l'employeur. Selon la Haute juridiction, en s'abstenant d'attirer l'attention de son client sur les risques encourus du fait d'un défaut d'affiliation obligatoire d'un salarié à un organisme de prévoyance, l'expert-comptable a manqué à son obligation générale de conseil et a donc commis une faute. Elle a rejeté le pourvoi et condamné l'expert-comptable au paiement de 15 % du préjudice global subi par l'héritière.

## CONCLUSION

**L'expert-comptable se voit investi de nouvelles prérogatives professionnelles dans le secteur de la gestion de patrimoine. En l'état actuel du droit, la gestion de patrimoine fait intervenir diverses activités spécifiquement réglementées, telles que celles de conseiller en investissement (CIF), de démarcheur bancaire et financier, d'intermédiaire en opérations de banque et services de paiement, de courtier en assurances, d'agent immobilier ou encore de conseil en défiscalisation Outre-mer. Néanmoins, malgré une avancée significative, certains textes excluent encore les experts-comptables de certaines de ces activités. En effet, concernant l'investissement immobilier, le CGP doit être agent immobilier, statut interdit à l'expert-comptable. Aujourd'hui, les experts-comptables sont plus sévèrement sanctionnés pour défaut de conseil ou de mise en garde, mais il est probable que dans leur ensemble, les acteurs de la gestion du patrimoine verront dans les années à venir le régime de leur responsabilité sensiblement aggravé, suivant ainsi un mouvement général de renforcement des responsabilités professionnelles. Ainsi, le 26 janvier 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a notamment jugé que les notaires commettent une faute de nature à engager leur responsabilité lorsqu'ils manquent à leur devoir de conseil envers les acquéreurs d'un immeuble en ne les avertissant pas de l'incertitude affectant le régime fiscal applicable à l'opération et du risque de perte des avantages fiscaux (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janv. 2012, n°s 10-25.741, 10-26.560 et 11-14.663). ♦**

## Donner et céder sans abuser

Le mécanisme consistant à donner préalablement à la cession est désormais bien connu. Il s'inscrit dans le cadre d'une stratégie d'optimisation de la transmission du patrimoine, qu'il soit constitué d'immeubles ou de titres de sociétés. Pierre Deniau présente ce montage fiscal qui fleurte parfois avec l'abus de droit.

► **Par Pierre DENIAU**

*Master 2 « Droit du patrimoine professionnel » – Université Paris-Dauphine  
Rédigé sous la direction  
de Maître Marceau Clermon*

**L**e schéma présente un intérêt fiscal évident : « gommer » une large part de l'impôt de plus-value normalement exigible lors de la cession des actifs. À titre d'exemple, la cession de titres suivie de leur donation entraîne une double, voire une triple taxation : une première à l'impôt de plus-value au taux de 19 % (majoré des prélèvements sociaux), une deuxième aux droits de mutation et, potentiellement, une troisième à l'ISF. Inverser l'ordre des opérations (donner puis céder) engendre toujours une taxation aux droits de mutation mais permet au donateur de faire l'économie de l'impôt de plus-value : le prix de revient des titres étant constitué de la valeur retenue dans l'acte de donation, la cession quasi concomitante permet de ne constater aucune plus-value (ou d'un montant très faible).

Bien que le dispositif ait été sécurisé par de nombreux avis du comité de l'abus de droit fiscal (anciennement CCRAD), il est néanmoins impératif de respecter un certain nombre de conditions sous peine de voir resurgir le spectre de l'abus de droit brandit facilement par l'administration fiscale.

Récemment, le Conseil d'État, par un arrêt rendu le 30 décembre 2011, s'est prononcé sur la question inédite de la qualification d'abus de droit d'une donation avant cession de titres purgeant une plus-value d'échange en report d'imposition<sup>(1)</sup>. La Haute juridiction a estimé que la donation de titres aux enfants purgeant une plus-value en report, suivie de leur cession rapide à une société familiale n'était pas constitutive d'un abus de droit. Elle met ainsi fin à la polémique déclenchée par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai rendu le 16 juin 2009 qui avait qualifié ce dispositif d'abusif<sup>(2)</sup>.

L'apport de cette décision est double. D'une part, la Haute juridiction opère une clarification quant à la faculté de retenir ou non la qualification d'abus de droit. La donation, étant

en l'espèce inspirée par des considérations juridiques réelles, ne peut être qualifiée de fictive. D'autre part, la validation d'un certain nombre de clauses restrictives insérées dans l'acte est de nature à permettre une pratique plus apaisée de la donation avant cession, écartant ainsi le risque de réappropriation des fonds par le donateur.

Cet arrêt permet d'évoquer de nouveau l'attrait de la donation avant cession comme outil d'optimisation du paiement de l'impôt de plus-value. Elle permet également de valider la faculté d'encadrer la transmission, notamment par des clauses restrictives du pouvoir des donataires qui n'entraînent pas une réappropriation des fonds par le donateur.

### **I. La donation avant cession : un outil d'optimisation du paiement de l'impôt de plus-value**

L'arrêt rendu le 30 décembre 2011 par les 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-section du Conseil d'État a permis de mettre fin à la polémique initiée par l'arrêt de la Cour administrative de Douai du 16 juin 2009.

La donation avant cession purgeant une plus-value en report d'imposition n'est pas constitutive d'un abus de droit. Au-delà du cas d'espèce, diverses conditions doivent être satisfaites afin d'obtenir une sécurisation optimale de l'opération.

#### **A. Une donation cession purgeant une plus-value en report d'imposition non constitutive d'un abus de droit**

→ La faculté de soumettre le schéma au contrôle de la procédure de l'abus de droit

En l'espèce, les époux Motte-Sauvaige ont apporté en 1997 les actions d'une société opérationnelle à une holding constituée à cette occasion et dont l'objet était de regrouper les participations de la famille. Les plus-values constatées lors de l'apport furent placées sous le régime du report d'imposition (ancien *article 92 B du CGI*). En 2003, les époux ont transféré par une donation-partage à leurs enfants, mineurs ou rattachés au foyer fiscal, la propriété de 110 actions de la société holding sur les 161 qu'ils détenaient. Cinq semaines