

Dossier préparé par le cabinet Pichard & Associés

PACTES D'ACTIONNAIRES : UN OUTIL PRÉCIEUX POUR LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE (2^{ÈME} PARTIE)



Par Christophe Pichard,
Avocat

II - Le contenu d'un pacte d'actionnaires familial

Une des difficultés pour la mise au point d'un pacte d'actionnaires résulte notamment de la multitude de dispositions possibles. A cet égard, il n'existe pas vraiment de modèle standard et les dispositions différeront selon que l'on se place du côté de telle ou telle catégorie d'actionnaires, d'ailleurs minoritaires ou majoritaires. En effet, pour être efficace, un pacte d'actionnaires, plus particulièrement à caractère familial, devra se concentrer sur l'essentiel. Cela permettra, d'une part de limiter la durée de négociation de certaines clauses inutiles, et d'autre part de limiter les risques d'incohérence.

L'énoncé clair du ou des buts recherchés dans le préambule permettra d'ailleurs, tant au stade de la négociation qu'au stade de la rédaction, de disposer d'un fil directeur pour déterminer les clauses devant être incluses dans le pacte.

Nous nous attacherons ici à décrire les principales clauses les plus usuelles que l'on rencontre dans les pactes d'actionnaires à caractère familial et nous distinguons à cet effet :

- Les clauses opérationnelles,
- Les clauses financières,
- Les clauses capitalistiques.

A - Les clauses opérationnelles

Les actionnaires passifs qui ne sont pas impliqués dans la gestion de la société souhaitent pouvoir contrôler de manière efficace la gestion de la société menée par les autres actionnaires dirigeants. Pour ce faire, ils voudront certainement disposer de certaines prérogatives telles qu'un droit de nomination des dirigeants ou d'une personne de leur choix au sein d'un organe social comme le Conseil d'Administration ou le Conseil de Surveillance dans une SA, ou un Comité créé spécialement à cet effet dans une SAS.

Ces actionnaires, comme les actionnaires fondateurs, pourront également souhaiter être consultés avant la prise de décisions importantes excédant la gestion courante et normale de la société.

Par ailleurs, ils souhaiteront bien souvent pouvoir disposer d'un droit d'information renforcé et exerçable dans des conditions plus souples que celles prévues par la loi ou par les statuts.

Les actionnaires actifs seront également intéressés par de telles dispositions qui apporteront, selon les cas, une stabilité dans leur fonction et donc dans la gestion et limiteront, en pratique, le principe de libre révocabilité des mandataires sociaux, sous réserve des règles légales applicables sur ce point.

Enfin, dans certains cas, afin de faciliter la gestion de la société, des conventions de vote pourront être convenues entre certaines catégories d'actionnaires pour s'assurer de la prise de décisions nécessaires à l'intérêt social.

1 - Clauses de nomination des dirigeants

Une attention toute particulière devra être attachée à la rédaction de ces clauses pour éviter tout risque de nullité. Elles sont en principe soumises aux règles applicables aux conventions de vote (*voir infra*).

En effet, dans une SA à Conseil d'Administration, il ne faut pas oublier que les administrateurs sont nommés par l'Assemblée Générale, que le Président et le Directeur Général sont nommés par le Conseil d'Administration et qu'il n'est pas possible de déroger à ces dispositions légales d'ordre public. C'est la raison pour laquelle ce type de clause prévoira en fait la possibilité pour un groupe d'actionnaires de proposer la nomination d'un certain nombre d'administrateurs en Assemblée Générale, les parties au pacte s'engageant à voter en faveur des candidats proposés par telle ou telle catégorie d'actionnaires. A cet égard, il serait préférable que l'Assemblée ait la possibilité de choisir entre plusieurs candidats présentés par chaque catégorie d'actionnaires.

La Cour de Cassation a ainsi validé une clause de répartition des mandats au sein du Conseil d'Administration entre les deux seuls actionnaires égaux (22). En revanche, ce type de clause ne doit pas résulter, en pratique, en une suppression du droit pour les actionnaires de choisir leurs administrateurs : les clauses prévoyant la nomination d'une personne déterminée encourent, en effet, le risque de nullité (23). En outre, ces clauses ne devront pas être contraire au principe de libre révocabilité des mandataires sociaux.

Dans les SAS, la loi a fixé comme seule contrainte la nomination d'un Président représentant la société, avec la possibilité pour les statuts d'instituer un ou plusieurs Directeurs Généraux représentant également la société à l'égard des tiers. En dehors de ces contraintes légales, les actionnaires disposent d'une très grande liberté pour aménager comme ils le souhaitent les statuts et donc a fortiori le pacte d'actionnaires.

Dans un cadre familial, il serait possible par exemple de prévoir des présidences tournantes entre les différents actionnaires s'investissant dans la gestion, ou au contraire de prévoir l'attribution du poste de Président à l'un des actionnaires et le poste de Directeur Général à un autre. Il pourrait également être prévu la création d'un Conseil de Surveillance pour les actionnaires passifs et/ou les fondateurs. Pour plus de détails sur ces questions, nous renvoyons à l'étude de Bruno Pichard consacrée au choix de la structure juridique (*voir Journal des Sociétés* n°25 page 26).

2 - Clauses de répartition de pouvoir

Dans les pactes familiaux, ces clauses ont principalement pour but de permettre aux actionnaires passifs de contrôler certaines décisions et notamment celles qui excèdent la gestion courante. La rédaction de ces clauses est souvent délicate du point de vue légal : en effet, un certain nombre de règles concernant les pouvoirs des organes sociaux sont des règles d'ordre public auxquels il n'est pas possible de déroger. Par exemple, le pouvoir spécifiquement attribué par la loi aux assemblées générales et aux conseils d'administration ne pourra pas être dévolu à certains actionnaires aux termes du pacte. Les praticiens veilleront en outre à ce que ces clauses de contrôle du pouvoir ne soient pas constitutives d'une gestion de fait de la part des actionnaires passifs.

Limitation de pouvoir

Les actionnaires passifs chercheront le plus souvent à limiter les pouvoirs du Président et Directeur Général en tentant d'imposer l'accord préalable des actionnaires avant la mise en œuvre de certaines décisions. En principe, seules les décisions les plus importantes, à savoir par exemple celles excédant la gestion courante, sont visées par ces demandes.

22) Cassation Commerciale, 19 décembre 1983, n°82-12179.

23) En ce sens, Cour d'Appel de Douai, 2^{ème} chambre, 24 mai 1962.

La validité de telles clauses, compte tenu des principes rappelés ci-dessus, s'avère douteuse si leur rédaction consiste purement et simplement à limiter les pouvoirs du dirigeant. La jurisprudence et les auteurs semblent d'ailleurs s'accorder sur cette analyse.

Pour résoudre cette difficulté, diverses solutions sont envisageables, même si elles n'ont pas tout à fait la même portée juridique :

- Une première solution consisterait à prévoir une promesse de porte-fort dans le pacte. Ce mécanisme prévu, d'une façon générale par l'article 1120 du Code civil (24), permet aux actionnaires de s'engager pour le compte d'autrui. Les signataires du pacte pourront alors se porter fort du fait que certaines décisions ne seront pas prises sans l'approbation préalable de certains actionnaires. Dès lors que cette promesse n'engage pas directement la société ni ses organes dirigeants, la validité de ces engagements semble reconnue par la jurisprudence. Si l'engagement n'est pas respecté, seul le promettant est responsable et est susceptible de devoir indemniser les autres parties en conséquence.
- Une deuxième solution consisterait à recourir au mécanisme de conventions de vote qui sont étudiées ci-après.
- Une autre solution, dont les effets juridiques sont plus réduits, serait de prévoir un mécanisme de consultation de certains actionnaires avant la prise de décision par certains organes. En fonction de la rédaction qui est retenue, les auteurs ne semblent pas opposés, a priori, à la validité de ces obligations.

24) Article 1120 du Code civil : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

Majorité renforcée

Il est possible de prévoir dans les statuts, une majorité renforcée pour les décisions du Conseil d'Administration et du Conseil de Surveillance (articles L. 225-37 et L. 225-82 du Code de Commerce) (25 et 26).

Pour les mêmes raisons que celles évoquées pour les limitations de pouvoir, la validité de ces clauses extra-statutaires semble douteuse. Pour éviter tout risque de nullité, il serait donc préférable de les inclure dans les statuts.

25) Article L. 225-37 du Code de Commerce : « ... A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés... ».

26) Article L. 225-82 du Code de Commerce : « ... A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés... ».

3 - Conventions de vote

Le but de ces conventions est notamment de faciliter l'adoption de certaines résolutions dans les Assemblées Générales. Elles sont susceptibles d'intéresser les différentes catégories d'actionnaires. En effet, aux termes de ces conventions, certains actionnaires s'engagent à voter dans un sens déterminé. Ce type de dispositions trouvera tout son intérêt par exemple pour décider d'une augmentation de capital et apporter de nouvelles sources de financement, ce procédé étant bien souvent essentiel dans une société à prédominance familiale (voir aussi *Infra B - 2*).

La rédaction de ces clauses devra tenir compte d'un certain nombre de contraintes d'ordre public. En particulier, un actionnaire ne doit pas être privé ou renoncer, de façon définitive, à son droit de vote qui est l'une de ses prérogatives les plus importantes.

Dans ces conditions, ces conventions de vote devront, pour être valables, rester limitées dans le temps et/ou à certaines décisions. La jurisprudence considère de façon bien établie maintenant qu'une convention de vote, conclue pour une durée illimitée ou considérée comme telle, est nulle. A l'inverse, un engagement de souscrire à une augmentation de capital a été validé car limité à une opération conforme à l'intérêt social et exempt de toute idée de fraude (27).

27) Cour d'Appel de Paris, 5ème chambre C, 30 juin 1995, JCP, 1996, Ed. E n° 795.

Soulignons en outre que de telles conventions de vote ne doivent pas faire l'objet d'une contrepartie financière sous quelque forme que ce soit ; en effet, à défaut, une telle convention serait assimilée à un trafic de voix pénalement sanctionné.

Afin d'éviter tout risque de nullité de ce type de clauses, certains pactes prévoient simplement une promesse de *porte-fort* des signataires. Dans le cas où les actionnaires ou administrateurs ne voteraient pas dans le sens convenu, les différentes parties au pacte pourraient alors se retourner contre les actionnaires s'étant portés fort de telles ou telles décisions pour manquement à leur promesse : ils pourront alors obtenir des dommages et intérêts mais non l'exécution forcée.

4 - Clauses d'information et d'audit

Les clauses d'informations paraissent tout à fait appropriées pour préserver les intérêts des actionnaires qui ne sont pas impliqués dans la gestion afin de leur assurer un suivi des activités de la société.

Ces clauses pourront prévoir par exemple que les dirigeants devront leur remettre des rapports d'activité mensuels et un certain nombre d'états financiers, ou tout autre information que les parties jugeraient nécessaires.

Ces clauses prévoient généralement aussi la possibilité pour les actionnaires passifs de faire procéder à un audit indépendamment du contrôle dévolu aux commissaires aux comptes. Ces missions d'audit commanditées par l'un des actionnaires ne doivent d'ailleurs pas être confiées aux commissaires aux comptes qui sont soumis à des obligations légales dans le cadre de leur mission.

B - Les clauses financières

Les clauses les plus usuelles en la matière sont celles relatives à la distribution de dividendes et au financement de la société.

1 - Répartition des dividendes

Ces clauses ont généralement pour but de préserver les intérêts des différentes catégories d'actionnaires et éviter ainsi des tensions récurrentes au sein des membres de la famille. En effet, les actionnaires actifs auront certainement une préférence pour limiter la distribution des dividendes et préserver ainsi la trésorerie de la société aux fins d'expansion et de développement. Si les actionnaires actifs sont majoritaires, ils pourront alors bloquer les distributions de dividendes, sous réserve de ne pas abuser de leur droit de majorité. A cet égard, il faut souligner qu'ayant une part active dans la gestion de la société, ils seront bien souvent rémunérés directement par celle-ci, soit au titre d'un mandat social, soit au titre d'un contrat de travail, et qu'effectivement les dividendes ne seront pas nécessairement une priorité. A l'inverse, les actionnaires passifs, et sans doute également les fondateurs, préféreront opter pour un régime de distribution minimum régulier.

Les actionnaires souhaiteront donc clairement définir les conditions dans lesquelles les dividendes seront versés au titre de chacun des exercices. Généralement, ils chercheront à obtenir qu'un certain montant minimum du bénéfice soit distribué et que le solde soit soumis à l'appréciation de l'assemblée générale, après constitution des réserves légales et éventuellement des réserves facultatives.

Toutefois, la question de la validité de ces clauses reste ouverte, et un engagement pur et simple fixant les règles de distribution encoure le risque de nullité : en effet, la décision de distribution relève de la compétence de l'assemblée générale et un accord extra-statutaire ne devrait donc pas pouvoir déroger à cette prérogative. C'est en tout cas le point de vue des auteurs. Par prudence, les parties auront donc recours au mécanisme de promesse de porte fort évoqué ci-dessus dans le cadre des limitations de pouvoirs des dirigeants.

En tout état de cause, la détermination du pourcentage de dividende à distribuer sera d'ailleurs souvent difficile à négocier entre les différentes parties au pacte, et ce, d'autant plus qu'au sein même de chaque catégorie d'actionnaires, les situations

personnelles peuvent être divergentes. Par exemple, si l'un des actionnaires dirigeants peut bénéficier d'une exonération de sa participation au titre de l'ISF et qu'il n'a pas besoin de liquidité, il pourra être opposé à toute distribution de dividendes qui viendrait augmenter d'autant son assiette d'imposition à l'ISF.

Dans certains cas, les parties seront tentées d'accorder une garantie de dividendes à certains actionnaires, ou encore de modifier la répartition des dividendes au profit des actionnaires actifs. Ces possibilités seront en fait restreintes du fait des dispositions légales et de la jurisprudence s'y rapportant. En effet, l'article 1844-1 du Code civil (28) prohibe les clauses attribuant la totalité du profit à un actionnaire ou l'exonérant de toute contribution aux pertes. L'article L. 232-15 du Code de Commerce (29), de son côté, prohibe les clauses d'intérêt fixe aux profits des actionnaires.

Les actions de préférence créées récemment par l'ordonnance du 24 juin 2004, n° 2004-604, pourraient également permettre la résolution de cette difficulté, mais cet aspect sort du cadre de cette étude et est d'ailleurs évoqué dans l'étude consacrée aux holdings de rachat.

2 - Clauses de financement

Ce type de clauses est souvent fondamental pour établir des relations harmonieuses au sein de la société, et ce, plus particulièrement pour des sociétés à caractère familial car les banques demanderont souvent la caution personnelle des dirigeants et/ou des actionnaires.

Les dispositions du pacte permettront d'aménager les marges de manœuvre nécessaires au financement de la société en tenant compte des capacités de chacun. Les actionnaires participant à cet effort demanderont à bénéficier d'une contrepartie.

Deux axes principaux sont généralement retenus :

- Un financement via des augmentations de capital,
- Un financement via des avances en compte courant.

Augmentation de capital

Dans ce cas, les actionnaires prennent des engagements pour faciliter la réalisation d'une augmentation de capital si des appels de fonds sont nécessaires, le but étant de préserver l'équilibre entre les différents actionnaires.

Ce type de clauses s'analyse généralement en convention de vote. Si elles respectent les conditions de validité exposées ci-dessus (voir *supra* paragraphe II - A - 3), elles ne soulèvent pas de problèmes particuliers sauf en ce qui concerne la fixation du prix de souscription. Cette question sera évoquée dans le cadre des clauses à caractère capitalistique ci-après.

Toutefois, les parties prendront garde à ce que de tels accords ne puissent pas augmenter les engagements des actionnaires en contravention avec l'article L. 225-96 du Code de Commerce (30). De même, il faudrait veiller à ce que l'engagement de certains ne soit pas sans limite et indéterminable, sachant qu'en principe les actionnaires prennent la précaution de plafonner de tels engagements.

Compte courant

Il pourrait aussi être convenu que les actionnaires devront apporter un certain montant en compte courant ou au contraire que seuls certains d'entre eux devront apporter des fonds nécessaires au financement de certaines opérations.

En contrepartie de ces apports par certains actionnaires, il pourrait être prévu qu'à l'issue d'un certain délai, si le compte courant n'a pas pu être remboursé, une augmentation de capital pourra alors être réalisée, opération à laquelle l'actionnaire qui

28) Article 1844-1 du Code civil : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins rapporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

29) Article L. 232-15 du Code de Commerce : « Il est interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite... ».

30) Article L. 225-96 du Code de Commerce : « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué... ».

a apporté des fonds en compte courant pourra souscrire en priorité par compensation de créances : il faudra être attentif à la mise au point de la rédaction pour éviter tout problème de validité à ce titre.

Cela conduira bien évidemment à la recombinaison du pourcentage détenu par chacun des actionnaires au sein de la société, raison pour laquelle les dispositions devront être claires pour éviter toute difficulté lors de leur mise en oeuvre.

3 - Les clauses capitalistiques

Les clauses à caractère capitalistique ont en fait pour but de préserver la répartition du capital social entre les différents actionnaires et de définir les modalités selon lesquelles la répartition pourrait varier, notamment dans le cas où certains actionnaires souhaiteraient céder leur participation. Ces clauses prennent toute leur valeur pour les pactes à caractère familial, en particulier si certains actionnaires veulent disposer d'une faculté de sortie.

a - Clauses d'agrément et de préemption

Ces clauses sont particulièrement fréquentes dans les pactes d'actionnaires. En effet, il s'agit des clauses les plus classiques pour permettre à l'un des actionnaires de vendre sa participation tout en préservant le caractère familial de l'actionnariat.

Clauses d'agrément

Ces clauses permettront de soumettre la cession d'actions à un tiers au contrôle d'un organe social et d'éviter ainsi l'entrée au capital d'un actionnaire « indésirable ».

Les clauses statutaires de ce type sont reconnues par la loi (articles L. 228-23 et L. 228-24 pour les SA et L. 227-14 pour les SAS). La jurisprudence actuelle semble valider ces clauses extra-statutaires.

Remarquons que, dans les SA, les clauses d'agrément statutaires ne sont pas permises pour des cessions familiales (cession à un conjoint, ascendant ou descendant) (voir sur ce point *La structure juridique : des choix très ouverts* par Bruno Pichard, *Journal des Sociétés* n°25, page 26). La doctrine tend à considérer que de telles clauses seraient en revanche valables dans un cadre extra-statutaire.

Remarquons également que depuis l'Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, les clauses d'agrément **entre actionnaires** sont maintenant possibles. Cette disposition permet de limiter les risques de recombinaison du capital entre actionnaires sans contrôle des autres actionnaires.

Clauses de préemption

Les clauses de préemption permettent à tous les actionnaires, ou à certains d'entre eux seulement, d'acquiescer, par priorité, les titres qui seraient proposés à la vente par l'un des actionnaires. Généralement, ce droit de préemption s'exerce aux conditions proposées par le tiers acquéreur.

La validité de ces clauses semblent bien établie par la jurisprudence, et ce, qu'elles soient statutaires ou extra-statutaires (31).

31) Cassation Commerciale, 7 mars 1989, n° 87-17.212.

En revanche, la rédaction devra être précise pour éviter tout risque d'ambiguïté, notamment sur la définition des cas de transfert soumis à ce droit de préemption ou sur la possibilité de mettre en jeu ce droit en tout ou partie. En d'autres termes, les tribunaux ont eu l'occasion de se pencher sur la question de l'interprétation de certains termes utilisés par les parties, comme les termes « mutation », « cession » ou « transfert ».

Ainsi, les actionnaires souhaitant un droit de préemption aussi large que possible agiront prudemment en listant de façon la plus exhaustive possible les cas concernés, en y incluant par exemple les cas de fusion, scission, apport, et prêt de consommation et maintenant de location depuis la loi du 2 août 2005.

Les parties devront s'interroger sur l'opportunité de prévoir des clauses statutaires ou extra-statutaires : sur cette question, nous renvoyons au développement ci-dessus sur l'intérêt du pacte, puisque les régimes de ces clauses, statutaires ou non, sont très similaires.

b - Clauses d'inaliénabilité

Ces clauses ont pour objet d'interdire la cession des actions. Elles peuvent trouver toute leur utilité dans le cadre d'une transmission de l'entreprise familiale. En effet, la société sera probablement dans une phase de transition du fait de la transmission à plusieurs nouveaux actionnaires et de la nomination de nouveaux dirigeants.

Ces clauses permettant de figer l'actionnariat de la société pendant cette période délicate lui donneront au moins une stabilité capitalistique.

Ces clauses sont considérées par la jurisprudence comme valables pour autant qu'elles soient temporaires et justifiées par l'intérêt social. En effet, un actionnaire ne doit pas être « prisonnier » de sa participation et doit avoir la possibilité de céder ses actions. Rappelons à cet égard que dans les statuts d'une SAS, les clauses d'inaliénabilité sont limitées par la loi à une durée de 10 ans.

c - Clauses de sortie

Les clauses de sortie peuvent avoir différentes motivations telles que :

- Permettre à un actionnaire qui souhaite se séparer de sa participation de céder celle-ci si certains événements se réalisent ;
- Permettre la séparation des actionnaires, en particulier si une divergence majeure apparaît entre eux sur les grandes orientations de l'activité de la société ;
- Obliger un groupe d'actionnaires minoritaires à céder ses actions en même temps que les autres actionnaires à un tiers acquéreur souhaitant acquérir la totalité du capital de la société, et non une partie seulement (autrement connu sous le terme anglo-saxon « *Drag Along Right* » ou Droit de Sortie Forcée) ;
- Réciproquement, obliger un groupe majoritaire cédant ses actions à un tiers à faire racheter la participation des minoritaires en même temps par ce tiers (autrement connu sous le terme anglo-saxon « *Tag Along Right* » ou Droit de Sortie Totale) ;
- Accorder un droit de sortie prioritaire à l'un des actionnaires.

Juridiquement, ces différentes clauses de sorties s'analysent généralement en promesses de vente ou promesses d'achat, ces promesses étant déclenchées par des événements particuliers. La jurisprudence semble admettre clairement la validité de principe de ces clauses.

Néanmoins, celles-ci devront être étudiées au cas par cas en fonction de la rédaction retenue pour s'assurer de leur validité.

La détermination du prix

Il faudra éviter un des principaux écueils qui tient à la détermination du prix lors de la mise en œuvre de ces clauses de sorties.

En effet, pour que ces clauses puissent trouver application, il faudra que le prix puisse être déterminé ou déterminable sans ambiguïté. A défaut, la clause pourrait s'avérer totalement inefficace et même déclarée nulle par un tribunal. Les parties auront donc tout intérêt à prévoir un mécanisme de détermination du prix de façon objective et, à défaut, d'avoir recours à un expert conformément à l'article 1843-4 du Code civil (32).

32) Article 1843-4 du Code civil : « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

En la matière, certains actionnaires souhaitent souvent bénéficier d'un prix plancher limitant leur risque de perte, voire les en exonérant totalement. Toutefois, si tous les actionnaires ont vocation aux bénéfices réalisés par la société, ils doivent également être susceptibles de contribuer aux pertes conformément aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil précité (voir note 28). La question de la validité de ces clauses est donc essentielle : si de telles clauses, qualifiées de léonines, sont clairement prohibées si elles sont statutaires, la position de la jurisprudence lorsque ces clauses sont extra-statutaires a varié dans le temps.

Dans un premier temps, de telles clauses, statutaires ou non, ont été rejetées par les tribunaux. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a, par deux arrêts de 1982 et 1986 (33), modifié cette approche et validé ces clauses, pour autant qu'elles soient extra-statutaires. En effet, selon la chambre commerciale, l'article 1844-1 du Code civil ne prohibe que les clauses léonines statutaires et n'a donc pas vocation à s'appliquer à la transmission de droits sociaux entre associés moyennant un prix librement convenu **en dehors des statuts**.

Toutefois, la Chambre civile de la Cour de Cassation n'a pas suivi la chambre commerciale sur cette interprétation et a maintenu une position plus rigoureuse.

Même si certains auteurs pensent que ces deux positions ne sont pas aussi éloignées qu'elles peuvent le paraître, cette divergence de point de vue devra inciter les actionnaires à une certaine prudence en la matière pour éviter tout risque de nullité des clauses de sortie.

Les situations de blocage

Les clauses de sortie ayant pour but de trouver une solution à une situation de blocage du fait que certains actionnaires ont des vues divergentes concernant la gestion de la société devront également éviter certains écueils. En particulier, les parties devront clairement définir les cas où ils pourront mettre en œuvre cette clause. En d'autres termes, la notion d'impasse devra être définie de façon objective en fonction des buts recherchés, même si cette définition n'est pas toujours facile à établir.

d - Clauses d'exclusion

Ces clauses permettent l'exclusion d'un actionnaire dans certains cas précis, par exemple si ce dernier ne respecte pas les dispositions du pacte.

La validité de ces clauses conduisant à un rachat forcé des actions détenues par l'un des actionnaires reste controversée. En effet, ce type de clauses aboutit en fait à retirer à une partie la qualité d'actionnaire sans son consentement. Toutefois, une rédaction appropriée devrait permettre de parvenir à ce résultat par le biais par exemple de promesses de vente.

En fonction des situations susceptibles de se présenter, les actionnaires et dirigeants devraient apprécier l'opportunité de conclure un pacte d'actionnaires lors de la transmission de l'entreprise familiale, en s'interrogeant notamment sur les avantages et inconvénients tant du pacte lui-même que des différentes dispositions qui y figureront. En effet, en la matière, il n'existe pas de solutions standard et la mise au point d'un pacte d'actionnaires relève du « sur mesure ». En fait, un pacte s'inscrit dans un cadre global auquel il faut apporter des solutions personnalisées tenant compte des contraintes de chaque entreprise et de chaque contexte familial spécifique.

Christophe Pichard,
Avocat,
Ancien Elève de l'École Polytechnique,
Ancien Elève de l'ENSAE,
Pichard & Associés

33) Cassation Commerciale, 15 juin 1982, et Cassation Commerciale, 26 mai 1986, n° 85-16.716.

ENGAGEMENT DE CONSERVATION D' ACTIONS ET DROITS DE DONATION ET DE SUCCESSION



Par Hervé Pichard,
Avocat

Une réforme généreuse mais encore inachevée

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des Petites et Moyennes Entreprises a de nouveau modifié le régime fiscal des droits de succession et de donation d'actions faisant l'objet d'un engagement de conservation de titres sur deux points :

- d'une part, elle porte le montant de l'exonération partielle applicable aux transmissions à titre gratuit de titres de 50 % à 75 % ;
- d'autre part, elle étend ce régime de faveur sous certaines conditions aux donations avec réserve d'usufruit (c'est-à-dire les donations qui ne portent que sur la nue-propriété) ;

Cette réforme attendue permet dans un certain nombre de cas une réduction substantielle des droits de donation et de succession applicable aux transmissions de titres à titre gratuit mais elle entraîne un certain nombre de contraintes qui, en pratique, risquent d'aller à l'encontre du but recherché par le législateur, à savoir inciter le chef d'entreprise à transférer de son vivant et assez tôt le contrôle de son entreprise à ses héritiers.

Par ailleurs, on regrettera la complexité du régime actuel de ces droits de donation et de succession comme le montre le récapitulatif ci-après.

I - Une réforme généreuse

Rappelons tout d'abord l'évolution de la législation applicable.

L'article 789-A du Code Général des Impôts (CGI), dont les dispositions ont été en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, permettait aux héritiers de parts ou d'actions d'une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de s'exonérer de droits de succession sur la moitié de la valeur des parts ou actions qui leurs sont transmises sous réserve que ces titres fassent l'objet d'un engagement collectif de conservation.

La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'Initiative économique a aménagé ce dispositif à l'égard des transmissions par décès opérées à compter du 1^{er} janvier 2004 et en a étendu l'application aux donations de titres en pleine propriété consenties à compter de cette date.

La loi du 2 août 2005 assouplit de nouveau la législation en portant le montant de l'exonération partielle de 50 % à 75 %

et en étendant ce régime de faveur aux donations avec réserve d'usufruit, à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

La loi précise cependant que dans un tel cas l'exonération n'est pas cumulable avec la réduction de droits prévue à l'article 790 du Code Général des Impôts, c'est-à-dire avec la réduction de 35 % des droits lorsque le donateur est âgé de moins de 65 ans et de 10 % lorsqu'il est âgé de 65 ans révolus et de moins de 75 ans, dont bénéficient les donations en nue-propriété.

Afin de bénéficier de cette exonération de 75 %, les conditions suivantes doivent être remplies :

- Les parts ou actions de la société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale doivent avoir fait l'objet avant la transmission d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans commençant à courir à compter de l'enregistrement de l'acte le constatant.
- Cet engagement doit être en cours à la date de transmission.
- L'engagement de conservation des titres doit porter :
 - s'il s'agit de titres de sociétés cotées, sur au moins 20 % des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société ;
 - s'il s'agit de titres de sociétés non cotées, sur au moins 34 % de ces mêmes droits.

Ces pourcentages doivent être respectés tout au long de la durée de l'engagement collectif de conservation des titres.

Au moment de la transmission, chacun des héritiers ou donataires doit à son tour s'engager à conserver les titres transmis pendant une période de six ans commençant à courir à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation des titres.

L'un des héritiers ou donataires ayant pris l'engagement individuel de conservation, ou l'un des associés ayant souscrit l'engagement collectif de conservation des titres, doit exercer dans la société pendant les cinq années qui suivent la transmission, s'il s'agit d'une société de personnes, son activité

principale ou, s'il s'agit d'une société soumise à l'IS, l'une des fonctions de dirigeants qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF.

Les titres d'une société qui serait un pur holding n'ouvrent pas droit directement à l'exonération mais celle-ci peut cependant résulter des dispositions du texte visant la détention des titres dans l'entreprise par personne interposée.

Enfin, il paraît utile de rappeler les autres réductions de droits dont peuvent bénéficier les donations (indépendamment de tout engagement collectif de conservation de titres).

Ainsi, les donations en pleine propriété bénéficient d'une réduction de droits de :

- 50 % lorsque le donateur a moins de 65 ans ;
- 30 % lorsque le donateur a 65 ans révolus et moins de 75 ans.

Toutefois, les donations en pleine propriété consenties jusqu'au 31 décembre 2005 bénéficient d'une réduction de droits de 50 % quelque soit l'âge du donateur.

Ces réductions de droits se cumulent avec l'exonération de 75 % dont peuvent bénéficier les donations en pleine propriété faisant l'objet d'un engagement de conservation, et ce, contrairement au cas des donations avec réserve d'usufruit.

Les donations en nue propriété bénéficient quant à elles d'une réduction de :

- 35 % lorsque le donateur a moins de 65 ans ;
- 10 % lorsque le donateur a 65 ans révolus et moins de 75 ans ;
- Aucune réduction n'est applicable si le donateur est âgé de 75 ans.

Ces dispositions, ainsi que mentionnées ci-dessus, ne sont, par contre, pas cumulables avec les donations avec réserve d'usufruit bénéficiant de l'exonération de 75 % de la loi du 2 août 2005.

Afin de bien apprécier l'avantage substantiel qui découle de la loi en faveur des PME, il est utile de rappeler les valeurs respectives de l'usufruit et de la nue-propriété telles qu'elles résultent du barème fiscal :

Age de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
Jusqu'à 20 ans	90 %	10 %
De 21 à 30 ans	80 %	20 %
De 31 à 40 ans	70 %	30 %
De 41 à 50 ans	60 %	40 %
De 51 à 60 ans	50 %	50 %
De 61 à 70 ans	40 %	60 %
De 71 à 80 ans	30 %	70 %
De 81 à 90 ans	20 %	80 %
A partir de 91 ans	10 %	90 %

Le taux maximum d'imposition des donations et des successions est actuellement de 40 %. Ce taux est applicable pour les donations et successions en ligne directe pour la fraction de part nette taxable supérieure à 1,7 M€.

Quelques exemples montrent l'intérêt fondamental que peuvent avoir les dirigeants d'entreprise à souscrire un engagement collectif de conservation des titres.

Prenons l'exemple d'un chef d'entreprise âgé de 62 ans, ayant trois enfants, possédant un patrimoine en dehors des actions de sa société évalué à 6 millions d'euros et possédant la totalité du capital d'une société évaluée à 4 millions d'euros.

Par simplification, on supposera que les premières tranches du barème de droits de succession s'appliquent sur le patrimoine hors actions de la société. En cas de décès, la transmission des actions de la société se verra donc imposée à un taux de 40 % soit un impôt de 1 600 000 euros.

Si un engagement collectif de conservation de titres avait été souscrit et les conditions remplies le taux maximum serait ramené à 10 % (exonération de 75 % de droits) soit un impôt de 400 000 euros au lieu des 1 600 000 euros.

Si la personne avait effectué de son vivant à l'âge de 62 ans, une donation en nue-propriété répondant aux critères de la loi du 2 août 2005, le taux maximum de 40 % serait ramené à la valeur de $60\% \times 40\% \times 25\% = 6\%$ de la valeur de la pleine propriété, soit un impôt de 240 000 euros.

En effet, compte tenu de l'âge du donateur, la valeur du bien donné avec réserve d'usufruit est égale à 60 % de la valeur de ce bien en toute propriété. La donation bénéficie d'une réduction de 75 %. On obtient donc bien un taux d'imposition maximum de la valeur de la pleine propriété de $60\% \times 40\% \times 25\%$ soit 6 %. Il n'y a pas application de la réduction de 35 % puisqu'il s'agit d'une donation en nue-propriété bénéficiant des dispositions de la loi du 2 août 2005.

Cet exemple montre toute l'importance de réduction des droits qui résulte de la conclusion d'un engagement de conservation de titres et de l'intérêt de pouvoir bénéficier de ce régime.

II - Une réforme inachevée

La loi du 2 août 2005 a étendu le régime de faveur aux donations avec réserve d'usufruit. Toutefois, le législateur a prévu dans un tel cas une restriction importante : les droits de vote de l'usufruitier doivent être statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

La motivation du législateur est claire. Il veut favoriser les donations à condition que celles-ci entraînent un transfert réel du pouvoir au profit de la nouvelle génération et veut donc éviter des donations dans lesquelles le donateur se réserverait à la fois l'usufruit pour l'ensemble des décisions relevant de l'assemblée générale ordinaire mais également pour une partie des décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire.

principale ou, s'il s'agit d'une société soumise à l'IS, l'une des fonctions de dirigeants qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF.

Les titres d'une société qui serait un pur holding n'ouvrent pas droit directement à l'exonération mais celle-ci peut cependant résulter des dispositions du texte visant la détention des titres dans l'entreprise par personne interposée.

Enfin, il paraît utile de rappeler les autres réductions de droits dont peuvent bénéficier les donations (indépendamment de tout engagement collectif de conservation de titres).

Ainsi, les donations en pleine propriété bénéficient d'une réduction de droits de :

- 50 % lorsque le donateur a moins de 65 ans ;
- 30 % lorsque le donateur a 65 ans révolus et moins de 75 ans.

Toutefois, les donations en pleine propriété consenties jusqu'au 31 décembre 2005 bénéficient d'une réduction de droits de 50 % quelque soit l'âge du donateur.

Ces réductions de droits se cumulent avec l'exonération de 75 % dont peuvent bénéficier les donations en pleine propriété faisant l'objet d'un engagement de conservation, et ce, contrairement au cas des donations avec réserve d'usufruit.

Les donations en nue propriété bénéficient quant à elles d'une réduction de :

- 35 % lorsque le donateur a moins de 65 ans ;
- 10 % lorsque le donateur a 65 ans révolus et moins de 75 ans ;
- Aucune réduction n'est applicable si le donateur est âgé de 75 ans.

Ces dispositions, ainsi que mentionnées ci-dessus, ne sont, par contre, pas cumulables avec les donations avec réserve d'usufruit bénéficiant de l'exonération de 75 % de la loi du 2 août 2005.

Afin de bien apprécier l'avantage substantiel qui découle de la loi en faveur des PME, il est utile de rappeler les valeurs respectives de l'usufruit et de la nue-propriété telles qu'elles résultent du barème fiscal :

Age de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
Jusqu'à 20 ans	90 %	10 %
De 21 à 30 ans	80 %	20 %
De 31 à 40 ans	70 %	30 %
De 41 à 50 ans	60 %	40 %
De 51 à 60 ans	50 %	50 %
De 61 à 70 ans	40 %	60 %
De 71 à 80 ans	30 %	70 %
De 81 à 90 ans	20 %	80 %
A partir de 91 ans	10 %	90 %

Le taux maximum d'imposition des donations et des successions est actuellement de 40 %. Ce taux est applicable pour les donations et successions en ligne directe pour la fraction de part nette taxable supérieure à 1,7 M€.

Quelques exemples montrent l'intérêt fondamental que peuvent avoir les dirigeants d'entreprise à souscrire un engagement collectif de conservation des titres.

Prenons l'exemple d'un chef d'entreprise âgé de 62 ans, ayant trois enfants, possédant un patrimoine en dehors des actions de sa société évalué à 6 millions d'euros et possédant la totalité du capital d'une société évaluée à 4 millions d'euros.

Par simplification, on supposera que les premières tranches du barème de droits de succession s'appliquent sur le patrimoine hors actions de la société. En cas de décès, la transmission des actions de la société se verra donc imposée à un taux de 40 % soit un impôt de 1 600 000 euros.

Si un engagement collectif de conservation de titres avait été souscrit et les conditions remplies le taux maximum serait ramené à 10 % (exonération de 75 % de droits) soit un impôt de 400 000 euros au lieu des 1 600 000 euros.

Si la personne avait effectué de son vivant à l'âge de 62 ans, une donation en nue-propriété répondant aux critères de la loi du 2 août 2005, le taux maximum de 40 % serait ramené à la valeur de $60\% \times 40\% \times 25\% = 6\%$ de la valeur de la pleine propriété, soit un impôt de 240 000 euros.

En effet, compte tenu de l'âge du donateur, la valeur du bien donné avec réserve d'usufruit est égale à 60 % de la valeur de ce bien en toute propriété. La donation bénéficie d'une réduction de 75 %. On obtient donc bien un taux d'imposition maximum de la valeur de la pleine propriété de $60\% \times 40\% \times 25\%$ soit 6 %. Il n'y a pas application de la réduction de 35 % puisqu'il s'agit d'une donation en nue-propriété bénéficiant des dispositions de la loi du 2 août 2005.

Cet exemple montre toute l'importance de réduction des droits qui résulte de la conclusion d'un engagement de conservation de titres et de l'intérêt de pouvoir bénéficier de ce régime.

II - Une réforme inachevée

La loi du 2 août 2005 a étendu le régime de faveur aux donations avec réserve d'usufruit. Toutefois, le législateur a prévu dans un tel cas une restriction importante : les droits de vote de l'usufruitier doivent être statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

La motivation du législateur est claire. Il veut favoriser les donations à condition que celles-ci entraînent un transfert réel du pouvoir au profit de la nouvelle génération et veut donc éviter des donations dans lesquelles le donateur se réserverait à la fois l'usufruit pour l'ensemble des décisions relevant de l'assemblée générale ordinaire mais également pour une partie des décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire.

Rappelons tout d'abord les règles applicables en matière de droit de vote.

L'article 1844 du Code civil dispose dans son 3^{ème} alinéa que si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier. Il précise dans son dernier alinéa que les statuts peuvent déroger à cette disposition.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, l'article L. 225-110 du Code de Commerce dispose que le droit de vote appartient à l'usufruitier dans les assemblées ordinaires, aux nus-proprétaires dans les assemblées extraordinaires. Le dernier alinéa de cet article précise également que les statuts peuvent déroger à ces dispositions.

Les statuts peuvent donc déroger aux dispositions de l'article L. 225-110 du Code de Commerce, soit en prévoyant une répartition différente du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire soit en laissant aux intéressés le soin de procéder eux-mêmes à cette répartition sauf à en informer la société dans un délai et selon des formes déterminées (voir *Mémento Francis Lefebvre – Sociétés commerciales – Ed. 2005 – paragraphe 10357 ; Jurisclasseur Société – Fascicule 136-10 paragraphe 16*).

On ne peut donc que vivement regretter que le législateur ait imposé que les droits de vote de l'usufruitier soit statutairement limité aux décisions concernant l'affectation des bénéfices et n'ait pas laissé la possibilité de prévoir de telles dispositions non dans les statuts de la société mais dans l'acte de donation conclu entre le donateur et le donataire.

En exigeant une disposition statutaire, le législateur impose que la même règle s'applique pour toutes les donations d'actions de la société. Le législateur impose également que cette règle s'applique pour tous les actionnaires de la société, même pour ceux qui auraient consenti des donations ne remplissant pas les critères de la loi du 2 août 2005. Or, en pratique, l'obligation d'avoir la même règle pour toutes les donations peut s'avérer une contrainte particulièrement gênante.

Prenons un exemple :

Un chef d'entreprise, qui a créé et développé sa société, a trois enfants majeurs dont un seul travaille dans la société et a vocation à reprendre la direction de cette dernière. Les deux autres enfants exercent des professions totalement différentes et n'ont aucune expérience professionnelle en rapport avec l'activité de la société.

Si le chef d'entreprise souhaite organiser immédiatement sa succession en procédant à une donation égalitaire en faveur de ses trois enfants, il sera obligé, pour pouvoir bénéficier des dispositions de la loi du 2 août 2005, de faire bénéficier ses trois enfants du droit de vote pour toutes les décisions autres que celles concernant l'affectation des bénéfices.

L'enfant travaillant et reprenant l'affaire sera dépendant du vote des deux autres enfants qui par hypothèse n'ont aucune expérience professionnelle dans ce secteur.

Si la condition pouvait être remplie non de manière statutaire mais dans l'acte de donation, une beaucoup plus grande souplesse serait obtenue.

Par exemple, le père aurait pu donner :

a) à son enfant travaillant dans la société : un tiers du capital en se réservant les droits de vote uniquement pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices ;

b) et à chacun de ses deux autres enfants :

- 24,5 % du capital respectant la même condition,
- et 8,8 % du capital dans lequel il se réserverait les droits de vote dans les assemblées générales ordinaires et pour certaines décisions relevant de la compétence de l'Assemblée générale extraordinaire. Pour cette dernière partie du capital transmis, il ne demanderait pas à bénéficier des dispositions nouvelles de la loi du 2 août 2005.

Le résultat obtenu serait le suivant :

- la donation pourrait bénéficier des dispositions de la loi du 2 août 2005 à concurrence de 82,33 % du montant du capital (33,3 % + 2 x 24,5 %) et ne bénéficierait pas de cette loi à concurrence de 17,66 % (2 x 8,8 %);

- la majorité dans les assemblées générales ordinaires resterait appartenir au père fondateur avec son enfant ayant repris la direction de la société.

Il ne s'agit là que d'un exemple et toutes autres situations peuvent montrer les contraintes imposées par la nouvelle règle.

Pensons par exemple aux entreprises familiales dont le capital n'appartient plus au fondateur mais déjà à la deuxième génération qui travaille dans l'entreprise et qui souhaiterait maintenant procéder au transfert au profit de la troisième génération.

En imposant une règle statutaire, dès qu'il y a démembrement du droit de propriété entre usufruitier et nu-proprétaire, il faudra donc que pour toutes les actions démembrées, l'usufruitier ait pour seul droit les décisions concernant l'affectation des bénéfices alors que les situations peuvent être totalement différentes en fonction des différentes branches familiales.

En fait, la nouvelle réforme ne répond bien qu'à un cas simple : le chef d'entreprise créateur de cette dernière souhaite transférer celle-ci à ses seuls enfants qui ont repris la direction ou ont vocation à le faire. Cependant, les situations rencontrées sont souvent plus complexes...

III – Complexité de la législation

On pourra également regretter la complexité de la législation comme le montre le bref récapitulatif ci-après :

En fonction des différents cas, on obtient donc les taux maximum de droits de donation suivants :

A - Décès

- Titres n'ayant fait l'objet d'aucun engagement de conservation de titres :

Taux maximum : 40 %

- Titres ayant fait l'objet d'un engagement de conservation de titres :

Taux maximum : $25 \% \times 40 \% = 10 \%$

Le pourcentage de 25 % résulte de l'exonération à concurrence de 75 % des titres faisant l'objet d'un engagement de conservation.

B - Donation en pleine propriété**1 - Actions ayant fait l'objet d'un engagement de conservation de titres****a - Age du donateur de moins de 65 ans**

Taux maximum : $50 \% \times 25 \% \times 40 \% = 5 \%$

Le pourcentage de 25 % résulte de l'exonération à concurrence de 75 % des titres faisant l'objet d'un engagement de conservation. Le pourcentage de 50 % résulte de la réduction de droits de donation lorsque le donateur a moins de 65 ans, réduction qui est cumulable avec l'exonération résultant de l'engagement de conservation des titres.

b - Age du donateur de 65 ans à moins de 75 ans

Taux maximum : $30 \% \times 25 \% \times 40 \% = 7 \%$. Toutefois jusqu'au 31/12/05 le taux est de 5 % puisque ces donations bénéficient d'une réduction de droit non pas de 30 % mais de 50 %.

Le pourcentage de 25 % résulte de l'exonération à concurrence de 75 % des titres faisant l'objet d'un engagement de conservation. Le pourcentage de 30 % résulte de la réduction de droits de donation lorsque le donateur a de 65 ans à – de 75 ans, réduction qui est cumulable avec l'exonération résultant de l'engagement de conservation des titres. Toutefois, jusqu'au 31 décembre 2005, ce taux de 30 % est porté à 50 %.

C - Donation en nue-propiété**1 - Actions faisant l'objet d'un engagement de conservation de titres répondant aux critères de la loi nouvelle en faveur des PME****a - Age du donateur de 61 à moins de 65 ans**

Taux maximum $60 \% \times 40 \% \times 25 \% = 6 \%$ (de la valeur de la Pleine Propriété)

Le pourcentage de 25 % résulte de l'exonération à concurrence de 75 % des titres faisant l'objet d'un engagement de conservation. Le pourcentage de 60 % résulte de l'application du barème concernant la valeur respective de l'usufruit et de la nue-propiété. Il n'y a, par contre, pas de possibilité de cumul avec la réduction générale de 35 % des droits, dont bénéficient les donations en nue-propiété lorsque le donateur est âgé de moins de 65 ans.

b - Age du donateur de 51 à moins 61 ans

Taux maximum $50 \% \times 40 \% \times 25 \% = 5 \%$ (de la valeur de la Pleine Propriété)

Le pourcentage de 25 % résulte de l'exonération à concurrence de 75 % des titres faisant l'objet d'un engagement de conservation. Le pourcentage de 50 % résulte de l'application du barème concernant la valeur respective de l'usufruit et de la nue-propiété. Il n'y a, par contre, pas de possibilité de cumul avec la réduction générale de 35 % des droits, dont bénéficient les donations en nue-propiété lorsque le donateur est âgé de – de 65 ans.

2 - Actions ne faisant pas l'objet d'un engagement de conservation des titres ou ne répondant pas à la condition posée par la loi nouvelle en faveur des PME**a - Age du donateur de 61 à 65 ans**

Taux maximum : $40 \% \times 60 \% \times 65 \% = 15,6 \%$ (de la valeur de la Pleine Propriété)

Le pourcentage de 60 % résulte de l'application du barème concernant la valeur respective de l'usufruit et de la nue-propiété, le pourcentage de 65 % résulte de la réduction de droits de 35 % dont bénéficient les donations en nue-propiété lorsque le donateur est âgé de – de 65 ans.

b - Age du donateur de 51 à moins de 61 ans

Taux maximum $50 \% \times 40 \% \times 65 \% = 13 \%$ (de la valeur de la Pleine Propriété)

Le pourcentage de 50 % résulte de l'application du barème concernant la valeur respective de l'usufruit et de la nue-propiété, le pourcentage de 65 % résulte de la réduction de droits de 35 % dont bénéficient les donations en nue-propiété lorsque le donateur est âgé de – de 65 ans.

La multiplicité des taux maximum applicables en fonction des différentes situations démontre la nécessité pour tout chef d'entreprise de se préoccuper suffisamment à l'avance du transfert de cette dernière lorsqu'il souhaite opérer un transfert familial. Mais n'est-ce pas le but avant tout recherché par le législateur ?

Hervé Pichard,
Avocat aux Barreaux des Hauts de Seine
et de New York,
HEC ILM Harvard Law School,
Pichard & Associés

LE CUMUL EMPLOI-RETRAITE DU FONDATEUR QUI TRANSMET SON ENTREPRISE



Par Inès Hamza,
Avocat

Il est fréquent de constater que le fondateur qui transmet son entreprise et son successeur se trouvent animés par la même préoccupation. Ils souhaitent tous deux une passation des pouvoirs en douceur, et ce, particulièrement dans le cas d'une transmission familiale. Cela se concrétise fréquemment par le souhait commun de voir le cédant demeurer plus ou moins longtemps au sein de la société dont il est le fondateur. Cette volonté est souvent liée aux relations *intuitu personae* qui se sont créées entre le fondateur, le personnel, les clients et les fournisseurs, ce dont a pleinement conscience son successeur.

La question se pose donc de savoir dans quelle mesure le fondateur qui transmet son entreprise et qui a généralement atteint l'âge de faire liquider sa retraite peut, dans certaines circonstances et conditions, cumuler ses pensions de retraite avec le maintien d'une activité dans la société transmise, cette activité pouvant être gratuite ou rémunérée.

I - Le fondateur accepte de continuer à exercer des fonctions non rémunérées

Dans un tel cas, la problématique du cumul de revenus professionnels avec la pension de retraite de base ne se pose pas. Il est en effet possible au fondateur qui a transmis sa société à des tiers ou à des membres de sa famille de continuer à en être un des dirigeants tout en percevant sa pension. Il est toutefois important de noter que l'absence de rémunération s'entend également des avantages en nature et des jetons de présence (sauf s'ils sont versés dans des proportions minimales). Plus précisément, de tels avantages ne remettent pas en cause le versement de la retraite si annuellement leur montant demeure inférieur à quatre fois le SMIC mensuel.

II - Le fondateur « salarié » souhaite continuer à exercer des fonctions à titre onéreux

Ici, la notion de « salarié » doit s'entendre au sens de la Sécurité sociale, ce qui est plus large que son sens usuel.

A - Avant la loi du 21 août 2003 (n° 2003-75) dite loi Fillon sur la retraite

Avant la réforme communément appelée « loi Fillon », le principe fondamental selon lequel les personnes qui souhaitaient faire liquider leur retraite devaient avoir cessé toute activité rémunérée souffrait certaines exceptions. Parmi celles-ci, il était ainsi permis aux personnes soumises au régime général de sécurité sociale de bénéficier d'une pension de retraite de ce régime en la cumulant - sans plafond

- avec tout autre revenu tiré d'une activité professionnelle. La seule condition consistait à ne pas renouer de liens avec leur précédente entreprise et donc leur dernier employeur, et ce, quelque soit le temps écoulé entre leur départ en retraite et la reprise de l'activité.

Le système empêchait donc le fondateur d'avoir une fonction rémunérée dans son ancienne entreprise.

B - Les apports de la réforme Fillon sur les retraites

La réforme Fillon est la source d'importants changements pour les personnes qui liquident leur retraite à compter du 1^{er} janvier 2005 (date d'entrée en vigueur des décrets d'application) et qui relevaient du régime général de la Sécurité sociale des salariés au titre de leur fonction avant la transmission. Il leur est désormais possible de cumuler le service des pensions de retraite avec une nouvelle activité rémunérée pour le compte de la société cédée - qui est l'ancien employeur -, ce, dans certaines conditions de temps et de montant.

La question se pose alors de savoir si le fondateur qui transmet la société dont il était le dirigeant bénéficiait ou non à ce titre du statut de salarié (au sens de la Sécurité sociale) et si cela va être le cas dans le cadre de sa nouvelle activité.

1 - Quelles sont les fonctions et mandats antérieurs à la transmission ?

Avant la cession de l'entreprise, le fondateur y occupe généralement la fonction de représentant légal qui diffère selon la nature juridique de l'entreprise. Or, il y a une distinction à faire entre les dirigeants de sociétés qui sont soumis au régime général des salariés et ceux qui ne le sont pas du fait de leur statut de travailleurs indépendants des professions industrielles, commerciales et artisanales.

Les anciens dirigeants qui, par assimilation, sont soumis au régime de protection sociale des salariés (selon l'article L. 311-3 du Code de la Sécurité sociale) - et qui peuvent donc cumuler à ce titre leur retraite avec une nouvelle rémunération dans les conditions ci-après décrites - sont principalement :

- dans les sociétés anonymes de type classique ainsi que dans les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme : les présidents, directeurs et directeurs généraux ;
- dans les sociétés par actions simplifiées : les présidents et dirigeants ;
- dans les S.A.R.L. et les sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée, les gérants à condition qu'ils ne

possèdent pas ensemble plus de la moitié du capital social - en tenant compte des parts appartenant, en toute propriété ou en usufruit, au conjoint et aux enfants mineurs non émancipés. Concrètement, cela signifie que l'assujettissement au régime général des salariés ne concerne que les gérants associés non majoritaires et les gérants non associés.

Ne sont donc pas concernés, par exemple, les administrateurs, les membres du conseil de surveillance et les associés majoritaires non gérants d'une SARL (sauf si ces derniers bénéficient d'un contrat de travail correspondant à un emploi effectif). Concernant les membres du directoire de sociétés anonymes, la réglementation ne les assimile pas à des travailleurs salariés. Ils ne sont en effet pas visés par l'article L. 311-3 du Code de la Sécurité sociale qui définit les professions et mandats sociaux qui permettent d'obtenir le statut de salarié par assimilation. Toutefois, la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse a, depuis de nombreuses années (*Cirulaire CNAMTS du 08 novembre 1972*), considéré que leur situation était assimilable à celle des Présidents-Directeurs généraux des sociétés anonymes de type classique et qu'ils devaient donc être assimilés à des salariés.

2 - Les nouvelles fonctions et mandats rémunérés et les conditions à remplir

a - La reprise d'une activité salariée

L'activité reprise est dite salariée si, bien entendu, elle se fait dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée ou même dans le cadre d'un contrat nouvelles embauches (qui est un dispositif issu de l'ordonnance n° 2005-893 du 02 août 2005), mais également si le fondateur cédant bénéficie à nouveau d'un mandat social en tant que dirigeant salarié au sens de la Sécurité sociale, à savoir s'il occupe un des mandats décrits ci-dessus.

Il est intéressant de noter qu'en cas de reprise d'activité après une liquidation de la pension de retraite, de nombreuses charges sociales salariales n'ont pas à être précomptées ; c'est le cas par exemple de la part salariale des cotisations AGIRC (cotisations cadres).

Le délai de carence de six mois

Il faut également s'interroger sur le moment où l'ancien dirigeant peut à nouveau avoir une activité rémunérée au sein de son ancienne entreprise.

Depuis le 1^{er} janvier 2005, il est possible de reprendre une activité salariée tout en cumulant la pension de retraite après un délai de six mois. Ce délai débute à compter de la perception de la pension de retraite, et non dans les six mois suivant la fin du contrat de travail ou du mandat social, comme il a été souvent pensé (article L. 161-22 du Code de la Sécurité sociale).

Le montant de la nouvelle rémunération

Le cumul de la pension de retraite et de la nouvelle rémunération salariée ne peut se faire qu'à la condition que le cumul des revenus salariés ajouté à celui des pensions de retraite (de base et complémentaires) soit inférieur à

la moyenne mensuelle des salaires des trois derniers mois d'activité salariée (ou assimilée).

Pour effectuer ce calcul, il convient de retenir le montant brut de la pension de retraite en y incluant les avantages et accessoires tels que les majorations pour enfants et pour conjoint à charge (à l'exception de la majoration pour aide constante d'une tierce personne pour les pensions de retraite versées pour inaptitude au travail).

Toutefois, il ne s'agit pas seulement d'une comparaison des pensions de retraite servies avec les trois mois de salaires bruts précédemment perçus mais avec tous les revenus professionnels servant de base au calcul de la CSG qui ont été perçus au cours de la période de référence. Ces revenus professionnels incluent donc les éléments de rémunération assujettis aux cotisations de Sécurité sociale tels que les salaires, bonus et avantages en nature divers, les revenus des gains provenant des options sur actions, les contributions patronales de retraite supplémentaire à cotisations définies ainsi que celles versées en matière de prévoyance complémentaire.

Afin de vérifier que le plafond retenu n'est pas dépassé par le retraité reprenant une activité salariée, un contrôle est effectué par les caisses. C'est la raison pour laquelle le nouveau salarié doit, dans le mois qui suit la date de la reprise de son activité salariée, déclarer sa situation par écrit à l'organisme qui lui sert sa pension et devra justifier de nombreuses pièces (dont les bulletins de salaire).

Les contrôles et sanctions

Les caisses liquidatrices des pensions peuvent mettre en œuvre des procédures de contrôle a posteriori qui se font généralement sous la forme de vérification et enquête administrative. Elles portent principalement sur la réalité de la rupture définitive de tout lien professionnel avec le précédent employeur pendant la durée de six mois précédant la reprise d'activité et le versement de la pension.

En cas de dépassement du plafond des revenus ou de reprise d'activité chez le précédent employeur avant le délai de six mois, le versement des pensions est suspendu.

Les personnes qui se rendent coupables de fraude ou de fausse déclaration - et qui peuvent donc être les retraités et leurs employeurs - sont passibles d'une amende actuellement fixée à 3 750 € et qui peut être portée à 7 500 € en cas de récidive.

b - La reprise d'une activité non salariée

Si le souhait du fondateur est de cumuler la pension de retraite avec une activité non salariée, le cumul de la pension de retraite avec des honoraires - qui sont des revenus professionnels non salariés - n'est pas soumis à un plafond. Ainsi, les revenus non salariés procurés par la reprise d'activité n'ont pas à être comparés avec le montant total des pensions de retraite. Dans ce cas, la question du respect ou non du délai de carence de six mois se pose à nouveau.

Généralement, les caisses considèrent qu'il résulte de la réglementation que même si le fondateur assume une

fonction de « conseil » - distincte de ses précédentes fonctions - rémunérée par le biais d'honoraires, il y a quand même lieu de respecter le délai de carence de six mois.

Nous avons évoqué les dirigeants d'entreprise qui, du fait du mandat exercé avant la liquidation de leur retraite, sont assimilés à des salariés. Il est bien entendu certains cas où leurs dirigeants fondateurs n'ont pas le statut de salariés.

III - Le fondateur « non-salarié » souhaite continuer à exercer ses fonctions à titre onéreux

Il est intéressant de noter que le Code de commerce ainsi que le Code de la Sécurité sociale formalisent la possibilité pour les chefs d'entreprises qui ont le statut de travailleurs indépendants - à l'exception des professionnels libéraux (et donc pour les non salariés) - d'assurer gracieusement ou de manière rémunérée une assistance aux repreneurs de leur entreprise. Il s'agit des entrepreneurs individuels, propriétaires de leur entreprise et par extension des associés uniques d'EURL et des gérants majoritaires de S.A.R.L.

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a pour objet d'assouplir le régime en vigueur jusque là, en introduisant la notion du tutorat - rémunéré ou non - dans un cadre qui

devrait être moins strict que précédemment. En effet, jusque là, l'assistance apportée par l'ancien propriétaire au repreneur de son entreprise était soumise à une condition de cession de sa société entre 60 et 65 ans. Le cumul de la pension et du revenu issu de l'assistance donnée au nouveau propriétaire n'était autorisé que pendant six mois. Ces contraintes devraient disparaître ou être à tout le moins réduites.

A la date de rédaction de cet article, les décrets d'application concernant les conditions autorisées du tutorat ne sont pas encore parus.

On peut toutefois s'interroger sur le souhait du législateur de limiter le recours au tutorat au bénéfice de la seule catégorie de ces dirigeants non salariés. Il est en effet constant de noter que dans bien des cas les fondateurs qui cèdent leur entreprise dans un cadre familial ou non souhaitent trouver une solution pour demeurer dans les murs justement au cours des quelques mois qui suivent leur départ qui se formalise par le statut de retraité. La réglementation actuelle ne le permet pas, en tout cas, de manière rémunérée.

Inès Hamza,
Avocat,
Pichard & Associés

CONCLUSION GÉNÉRALE

Par Christophe Pichard,
Avocat

La transmission d'une entreprise familiale par les dirigeants fondateurs aux membres de leur famille sera sans doute l'une des opérations les plus importantes tant sur le plan stratégique que sur le plan affectif. Ils auront donc particulièrement à cœur de réussir cette transmission, en particulier pour assurer la pérennité de l'entreprise familiale d'une part, et également pour faciliter l'attribution à leurs héritiers d'une partie de leur patrimoine dans les meilleures conditions.

Si la transmission d'une entreprise à un tiers est en elle-même déjà une opération relativement complexe, elle prend une dimension particulière dans le cadre d'une société familiale. Ainsi, la transmission du pouvoir et la transmission du capital devront bien souvent être dissociées pour tenir compte des situations personnelles de chacun des membres de la famille, ce qui rendra cet exercice plus difficile.

Mais au delà des aspects juridiques et fiscaux qui nécessiteront d'être étudiés au cas par cas, - compte tenu des multiples contraintes liées à une telle opération, et dont le présent dossier a voulu donner un aperçu, - les dirigeants devront également tenir compte du critère « affectif » et des rapports existants au sein de la famille. C'est bien souvent cette dernière dimension qui sera la plus délicate à gérer.

Notamment, si la transmission ne fait pas l'objet d'une pédagogie détaillée vis-à-vis de tous les membres de la

famille, et en particulier pour expliquer et discuter des options retenues, certains membres pourront exprimer des réticences face à des choix qui ne leur donnent pas une place suffisamment importante dans la nouvelle organisation, et ce même si financièrement ils sont traités de la même façon.

En définitive, une transmission réussie est une transmission bien préparée. Pour cela il faut du temps :

- d'une part pour répartir les pouvoirs entre les différents membres de la famille,
- d'autre part pour mettre en place les structures appropriées, éventuellement en plusieurs étapes.

Chaque transmission d'entreprise familiale est une opération spécifique répondant à des besoins et à des contraintes particulières : en d'autres termes, chacune d'elles nécessite une solution personnalisée s'inscrivant dans un cadre global et familial.

On ne peut donc que recommander aux dirigeants d'entreprise de s'atteler suffisamment tôt à cette tâche pour relever ce défi capital.

Christophe Pichard,
Avocat,
Ancien Elève de l'Ecole Polytechnique,
Ancien Elève de l'ENSAE,
Pichard & Associés