

Entreprises

1534 **Le Family Buy Out : une technique innovante**

Étude rédigée par

Hervé PICHARD,HEC – LLM Harvard Law School,
avocat au barreau de New York,
avocat Pichard et Associés

et

Bruno PICHARD,IEP Paris-DESS en droit,
ancien élève de l'École Polytechnique,
avocat Pichard et Associés

Depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite "loi Dutreil", l'environnement législatif de la transmission d'entreprise au sein d'une même famille a évolué dans le sens de faciliter ce type de transmission par l'association de mécanismes divers tels que cessions voisines des LBO, donations ou apports, le tout dans le cadre de structures juridiques adaptées. La présente étude fait le point des dernières évolutions en soulignant principes et modalités de ce que l'on peut appeler le *Family Buy Out*.

1 - Au cours des dernières années, l'environnement économique et juridique de la transmission d'entreprises a connu plusieurs évolutions significatives. En premier lieu, l'espérance de vie s'est considérablement élevée et pourrait continuer à progresser. Pour financer leurs propres retraites, les chefs d'entreprises, comme tout un chacun, doivent ainsi faire face à des besoins accrus. Lors de la transmission de leur entreprise à leurs héritiers, ils ne pourront souvent plus se contenter de la donner mais estimeront nécessaire de recevoir un paiement et de vendre une partie de leurs titres. Par ailleurs avec la réduction significative des droits de donation lorsque les titres font l'objet d'un engagement collectif de conservation (« pacte Dutreil »), le coût fiscal d'une donation peut être sensiblement réduit¹. Pour un même montant de donation, les donataires et donateurs pris dans leur ensemble disposent donc de liquidités plus élevées que par le passé pour organiser une partie de la transmission via une cession.

2 - Ces dernières années ont ainsi ouvert de nouvelles opportunités pour la transmission d'entreprise au sein d'une même famille, facilitant l'association de mécanismes divers tels que cessions voisines des LBO, donations ou apports, le tout dans le cadre de structures juridiques adaptées. C'est ce que nous avons appelé le *Family Buy Out*. Nous en présentons ici les principes et les modalités.

1. Principes du Family Buy Out

3 - Le *Family Buy Out* porte sur la transmission de titres de sociétés. Il s'articule autour (i) de la donation par le chef d'entreprise d'une

partie de ses titres, (ii) de l'apport d'une partie des titres donnés à une holding de reprise, (iii) enfin de la vente par le chef d'entreprise d'une autre partie de ses titres et de la vente par certains gratifiés des titres reçus, l'ensemble de ces ventes se faisant au profit de la holding de reprise.

4 - Il y a donc trois opérations principales : une donation, un apport et une vente. Après avoir présenté le principe général du *Family Buy Out*, nous analyserons en détail chacune de ces trois opérations.

A. - Principe général

5 - Prises isolément, la donation de titres et leur cession aux descendants se heurtent toutes deux à des limites. Avec une donation, le donateur se prive du produit de la vente de ses titres qui représentent souvent l'essentiel de son patrimoine, avec comme rappelé ci-dessus, une difficulté accrue à accepter une telle privation. En outre, s'il veut respecter l'égalité entre ses héritiers, il risque d'être conduit à donner à tous une fraction égale de ses titres alors que certains de ses héritiers ne seront pas partie prenante à l'entreprise et préféreront recevoir d'autres biens.

6 - De son côté, une simple cession souvent ne correspondra pas à l'intention du chef d'entreprise qui souhaite réellement procéder à une libéralité à hauteur d'une partie de ses titres. En outre, elle pourra susciter des problèmes de financement pour le ou les héritiers qui rachèteront les titres s'ils doivent acheter la totalité des titres de la société cible.

7 - Il s'agit alors de prévoir pour partie une donation et pour partie une cession. L'objectif de la cession n'est pas, dans ce cadre, de verser au donateur les fonds nécessaires au paiement des droits de donation mais de lui verser un capital significatif, qu'il pourra utiliser

1. V. par ex. M. Clermon et P. Cenac, Le "package successoral" du chef d'entreprise : JCP E 2008, 1264, § 19 s.

comme bon lui semble. Les héritiers repreneurs constituent de leur côté une holding qui achète une partie des titres du fondateur, suivant un mécanisme de LBO. Pour financer cette acquisition, comme pour un LBO classique, la holding s'endette et rembourse ses emprunts grâce aux revenus tirés de la cible.

8 - Mais à côté de cette partie LBO, la holding va également recevoir des titres de la cible par un apport en nature. Afin de renforcer la structure financière de la holding, les héritiers repreneurs apportent en effet à la holding les titres qui leur ont été donnés. La holding reçoit ainsi les produits financiers non seulement des titres qu'elle a acquis mais aussi de ceux qui lui ont été apportés. Cet apport en nature peut se substituer à l'apport en numéraire généralement effectué par les repreneurs dans le cadre d'un LBO. Il peut aussi se cumuler avec lui et dans certains cas se révéler indispensable pour permettre le bon fonctionnement de la partie LBO. La société peut en effet ne pas générer des disponibilités suffisantes à une opération classique de LBO. En allégeant le coût de la dette et en augmentant les ressources financières, le FBO permet ainsi à la holding de reprise de rembourser ses emprunts et rend possible des transmissions familiales qu'un simple LBO ne pourrait pas réaliser faute de financement.

B. - La donation et l'engagement de conservation

9 - Première étape du FBO (si on met de côté la création de la holding de reprise), la donation est soumise à des contraintes significatives, notamment en termes de détention des titres, pour bénéficier d'un régime fiscal allégé. Nous rappellerons d'abord les règles générales ainsi applicables avant de voir leur application au FBO et la forme de la donation.

1° Règles générales

10 - Rappelons tout d'abord l'état de la législation fiscale en vigueur. Celle-ci permet aujourd'hui d'exonérer de droits de mutation les donations de parts ou d'actions à hauteur de 75 % de leur valeur. Selon l'article 787-B du CGI, cette exonération est soumise au respect de différentes obligations portant sur des engagements individuels et collectifs de conservation des titres donnés, mais aussi sur l'activité de la société et le nombre de titres visés. C'est ainsi que :

- La société doit avoir une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

- Les parts ou actions doivent avoir fait l'objet avant la donation 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 la donation et doit être pris par le donateur et d'autres associés. Cette obligation fait toutefois l'objet d'une mesure de tempérament soumise à deux conditions. Cet engagement collectif de conservation est ainsi réputé acquis lorsque le donateur, seul ou avec son conjoint ou le partenaire avec lequel il est lié par un pacte civil de solidarité, détient depuis deux ans au moins le quota de titres requis pour la conclusion de cet engagement. Il faut également que l'un d'eux exerce dans la société depuis plus de deux ans l'une des fonctions de dirigeant qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF s'il s'agit d'une société soumise à l'IS. Cette mesure ne paraît toutefois pas pouvoir s'appliquer en cas d'interposition d'une ou deux sociétés entre le donateur et la société exploitante.

- L'engagement collectif 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.

11 - À l'issue de l'engagement collectif de conservation, la loi impose un engagement individuel. Dans l'acte de donation, chacun des gratifiés doit à son tour s'engager à conserver les titres transmis pendant une période initialement fixée à six ans et ramenée à quatre ans par la loi de finances pour 2008. Cette période de quatre ans commence à courir à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation des titres.

12 - L'un des 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 la durée de l'engagement collectif et pendant les trois ans qui suivent la date de la transmission, l'une des fonctions de dirigeants qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF, s'il s'agit d'une société soumise à l'IS.

2° Application au FBO

13 - Dans le cas du FBO, le chef d'entreprise peut ainsi donner des titres à ceux de ses héritiers qui souhaitent conserver leur participation pour une durée de six ans à compter de la date de l'engagement collectif. Cette durée de six ans peut être réduite à quatre ans si l'engagement collectif est réputé acquis. Les autres conditions (pourcentage de détention, fonctions à exercer...) ne posent en principe pas de problèmes spécifiques et lors de la donation l'exonération de 75 % pourra s'appliquer. Il faut à ce propos souligner l'assez grande liberté laissée dans le nombre de titres à donner et devant faire l'objet de l'engagement de conservation, liberté propre à faciliter les FBO. À 34 % dans une société non cotée, il laisse libre les 66 % subsistant. Et à concurrence de sa participation au-delà de 34 % le chef d'entreprise pourra céder ses titres ou les donner à d'autres de ses héritiers ne souhaitant pas les conserver mais au contraire les revendre.

3° La forme de la donation

14 - Une fois déterminé le nombre de titres à donner et à soumettre aux engagements de conservation, les parties doivent se demander sous quelle forme effectuer la donation : donation-partage ou donation simple ?

15 - En principe, et compte tenu des avantages que cette forme de donation présente pour l'évaluation des titres, la donation-partage sera retenue. Conformément à l'article 1078 du Code civil, les titres ainsi donnés seront évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve. Autrement dit, dans les rapports entre héritiers, l'évolution de la valeur des titres après la donation-partage ne sera pas prise en compte, et ce quelle qu'en soit la cause. Contrairement à la règle en vigueur pour une donation ordinaire qui prévoit une évaluation tenant compte des changements de valeur après la donation, la situation sera donc figée de ce point de vue. Si sous la direction des repreneurs, les titres viennent à s'apprécier ou au contraire à se déprécier, seuls les gratifiés en profiteront ou en seront pénalisés. On stabilise ainsi les évaluations et on évite par là même des rancœurs et des litiges.

16 - Pour être complet, signalons toutefois que ce même article 1078 prévoit la possibilité de ne pas retenir la date de la donation pour procéder à l'évaluation. Mais dans le cadre d'un FBO, cette possibilité ne devrait en principe pas trouver à s'appliquer.

17 - La donation-partage qui sera normalement utilisée chaque fois que possible est cependant soumise à deux conditions cumulatives :

- tous les héritiers réservataires vivants ou représentés doivent avoir reçu un lot dans la donation et tous doivent l'avoir acceptée ;

- il ne doit pas être prévu de réserves d'usufruit portant sur une somme d'argent.

Cette deuxième condition ne pose pas de problèmes particuliers. En revanche, la première peut conduire à un blocage notamment en cas de mésentente familiale ou en cas de désaccord ponctuel sur la

valeur retenue pour les titres donnés. L'un des héritiers réservataires peut en effet refuser alors de participer à la donation-partage empêchant ainsi de stabiliser les valeurs retenues.

18 - Si une donation-partage entre tous les héritiers réservataires ne peut être mise en œuvre, il sera possible de procéder à une donation simple. Il n'y a donc pas là un blocage définitif interdisant l'ensemble de l'opération. Ce sera en revanche une source de complication significative, l'évaluation des titres n'étant alors plus figée dans les rapports entre héritiers.

Il n'est pas souhaitable de détailler ici cette question. Il suffit de constater que si une donation simple reste possible, elle risque de reporter à l'époque du partage successoral, les litiges qui n'ont pu être réglés à l'époque de la donation, en les rendant même plus délicats à régler.

C. - L'apport des titres

19 - La deuxième étape du FBO consiste à apporter les titres reçus à une société holding créée pour l'occasion. Cet apport sera effectué par l'ensemble des gratifiés qui souhaiteront participer à l'opération de reprise. Les autres céderont leurs titres à la holding (voir *infra* § 31 s.). Cet apport suscite une double interrogation : D'une part, il constitue un changement dans la propriété des titres. Il devrait de ce fait conduire à une rupture de l'engagement de conservation de ses titres par le gratifié et donc à la perte de l'exonération de 75 % pour le calcul des droits de donation. Il faut donc analyser comment cette perte peut être évitée. D'autre part, nous avons présenté l'opération de FBO comme devant se dérouler d'abord par une donation de titres puis par un apport à une holding d'une partie de ces titres. Peut-on envisager un déroulement inverse : apport des titres à une holding puis donation des titres de la holding ?

1° Apport et conservation de l'exonération de 75 %

20 - Si l'apport conduit bien à une rupture de l'engagement de conservation, l'article 787 B-f du CGI vise toutefois expressément cette situation et prévoit qu'elle ne sera pas considérée comme une rupture de l'engagement individuel de conservation si les conditions suivantes sont remplies :

- la holding doit avoir depuis le 1^{er} janvier 2008 pour objet unique la gestion de son propre patrimoine constitué exclusivement de participations dans une ou plusieurs sociétés du même groupe que la société dont les parts ou actions ont été transmises et ayant une activité similaire, connexe ou complémentaire (avant le 1^{er} janv. 2008 la société holding ne pouvait détenir que des titres de la société exploitante soumis à l'engagement individuel) ;

- la holding est détenue en totalité par les personnes physiques bénéficiaires de l'exonération. Le donateur peut toutefois détenir une participation directe dans le capital de cette société sans que cette participation puisse être majoritaire ;

- la holding est dirigée directement par une ou plusieurs des personnes physiques bénéficiaires de l'exonération ;

- la holding prend l'engagement de conserver les titres apportés jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation ;

- les gratifiés associés de la société bénéficiaire des apports doivent conserver jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation, les titres de la holding reçus en contrepartie de l'opération d'apport.

21 - Remarquons que l'article 787-B f ne prévoit pas de tolérance pour l'engagement collectif de conservation mais uniquement pour l'engagement individuel de conservation. Toutefois, dans le cas du

FBO, la plupart du temps, l'engagement collectif de conservation sera déjà réputé acquis lorsque le donateur effectuera la donation au profit de ses héritiers. En effet le plus souvent, le donateur, seul ou avec son conjoint ou le partenaire avec lequel il est lié par un pacte civil de solidarité, détiendra depuis deux ans au moins le quota de titres requis pour la conclusion de cet engagement et l'un d'eux exercera dans la société depuis plus de deux ans l'une des fonctions de dirigeant qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF s'il s'agit d'une société soumise à l'IS. Seule compte alors la tolérance légale concernant l'engagement individuel de conservation.

22 - Suite à l'apport, la principale contrainte, à savoir l'engagement individuel de conservation de quatre ans, est reportée sur les titres de la holding reçus en rémunération de cet apport.

23 - Les conditions tenant à la composition de l'actif de la holding, à la détention de son capital et à sa direction doivent être respectées à l'issue de l'opération d'apport et jusqu'au terme de l'engagement individuel de conservation. Depuis la modification apportée par la loi de finances pour 2008 concernant l'objet de la holding, celle-ci peut maintenant procéder à des opérations de croissance externe et acquérir des titres d'autres sociétés exploitantes que ceux de la société dont les titres lui ont été apportés sous réserve toutefois que ces sociétés appartiennent au même groupe et qu'elles aient une activité similaire, connexe ou complémentaire de la société cible. La société holding ne peut toujours pas en revanche exercer une activité industrielle ou commerciale en plus de la gestion des participations concernées.

2° Le sens de l'opération

24 - Il est ici proposé de commencer par donner les titres puis de les apporter. De ce fait, l'opération entre sans ambiguïtés dans le cadre légal. On pourrait cependant se demander s'il ne vaudrait pas mieux procéder en sens inverse et apporter d'abord les titres de la société cible puis donner les titres de la holding reçus en échange. Ceci permettrait d'éviter les contraintes prévues par l'article 787 B-f mentionnées ci-dessus.

25 - La question est d'autant plus légitime que les deux procédures devraient conduire aux mêmes droits de donation et toutes deux à une absence de plus-values imposables. En effet, conformément aux articles 150 OB et 150 OD 9 du CGI, lors d'un apport à une holding soumise à l'IS, l'éventuelle plus-value bénéficie d'un sursis d'imposition et se trouve définitivement exonérée au cas où les titres reçus en échange de l'apport font l'objet d'une donation. Pour la donation suivie d'un apport, l'apport se ferait à la même valeur que la donation, il n'y aurait donc pas de plus-value. Au cas précis, les ensembles apport suivi d'une donation et donation suivie d'un apport seraient donc tous deux soumis aux seuls droits de donation, avec globalement la même assiette.

26 - Par ailleurs, le sens inverse pourrait s'envisager si la holding peut être considérée comme une société interposée pour le calcul des droits de donation. En effet, l'exonération de 75 % s'applique non seulement aux titres de sociétés ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale mais également aux sociétés interposées. Une société est considérée comme interposée si elle détient soit directement (simple degré d'interposition) soit indirectement par l'intermédiaire d'une autre société (double degré d'interposition) une participation dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement collectif de conservation. Les titres de sociétés interposées ne bénéficient de l'exonération de 75 % qu'à concurrence de la fraction de leur valeur qui est déterminée selon la formule suivante :

$$\frac{\text{Valeur des titres de la société interposée} \times \text{valeur de la participation soumise à l'engagement}}{\text{valeur de l'actif brut de la société interposée}}$$

27 - On obtient la même exonération que dans le cas d'une donation suivie d'un apport si le seul actif de la société interposée est la participation soumise à l'engagement. Si on inverse la procédure, il pourrait donc être aussi possible de bénéficier de l'exonération de 75 % sur les titres de la société holding donnés, et ce si on considère la holding comme une société interposée.

28 - En réalité, dans le cas général du FBO, un apport suivi d'une donation nous paraît cependant à éviter. En effet, le texte prévoit expressément le mécanisme inverse, donation puis apport à une holding et on peut se demander quelle serait la réaction de l'administration fiscale si l'on effectuait une opération dans le sens inverse de celui prévu par le législateur.

29 - Par ailleurs, pour bénéficier de l'exonération au titre des sociétés interposées, l'article 787-B du CGI prévoit que les participations doivent demeurer inchangées pendant toute la durée de l'engagement collectif à tous les niveaux d'interposition. Au cas précis, si on procède à un apport suivi d'une donation des titres de la holding, cette condition pourrait ne pas être remplie. Notons en outre que l'engagement collectif de conservation des titres de la holding ne pourra pas être réputé acquis dans la mesure où le donateur n'aura pas exercé pendant deux ans au moins son activité principale ou une des fonctions de direction qui ouvre droit à l'exonération au titre de l'ISF s'il s'agit d'une société soumise à l'IS.

30 - Enfin, si l'article 787-B autorise les cessions et les donations entre les parties à l'engagement collectif, il ne dit rien en ce qui concerne les apports. Il y aurait donc un risque qu'un apport ne soit pas considéré comme une cession. La tolérance de l'article 787-B ne serait alors pas applicable.

D. - L'achat de titres par la holding

31 - Dernière étape du FBO, le donateur et certains gratifiés vendent des titres à la société holding.

32 - Prévoir l'achat des titres des gratifiés qui ne souhaitent pas les conserver permet de maintenir un équilibre entre les différents héritiers. En effet pour maintenir cet équilibre en valeur, il faut que chacun d'eux reçoive des lots de valeur identique. Dans la mesure où l'essentiel du patrimoine du donateur est souvent constitué des titres de sa société, ce sont ces titres qu'il pourra donner. Il devra ainsi donner ses titres aussi bien à l'héritier repreneur qu'à ceux qui n'ont pas vocation à les garder.

33 - Les cas, d'une part, du donateur et, d'autre part, du gratifié qui souhaite se séparer de ses titres sont cependant très différents et doivent être étudiés distinctement. Au préalable, il faut s'assurer de l'impact de ces ventes sur l'exonération de droits de donation pour les titres apportés à cette holding.

1° Conséquences pour les titres achetés à la holding

34 - L'achat par la holding de titres de la société transmise respecte naturellement les conditions imposées à cette holding concernant son objet et la détention exclusive de titres de cette société et de sociétés du même groupe ayant des activités similaires, connexes ou complémentaires. L'exonération de droits de donation n'est donc pas remise en cause par cet achat. De ce point de vue, rien ne s'oppose à ce que la holding rachète non seulement les titres du chef d'entreprise qui n'auraient pas été donnés mais également les titres reçus par ceux des gratifiés qui ne souhaiteraient pas les conserver.

2° Conséquences fiscales pour le donateur

35 - La vente de ses titres conduira le plus souvent à une plus-value imposable dans les conditions normales. Sous réserve qu'il remplisse les conditions prévues à cet effet par l'article 150-0 D *ter* du CGI, et notamment que la société cible soit considérée comme une PME, que le donateur en ait été le dirigeant et qu'il prenne sa retraite, le donateur pourra pour la partie des titres cédés bénéficier des abattements

pour durée de détention. Il lui sera alors interdit de détenir dans la holding plus de 1 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux pendant les trois années à venir.

3° Conséquences fiscales pour le gratifié cédant

36 - Elles concernent à la fois les droits de donation et les éventuelles plus-values. Le gratifié qui vend ses titres après les avoir reçus ne pourra pas, de ce fait, prendre d'engagement de conservation. Ce sont donc les droits de donation de droit commun qui s'appliqueront. L'exonération de 75 % est perdue.

37 - Cette cession devra intervenir à un prix de marché et devra en conséquence être consentie à la même valeur que la valeur retenue pour la donation. Le gratifié, cédant à la valeur à laquelle il aura reçu, n'aura donc pas d'impôt de plus-value à payer. Il faut alors se demander si les risques qui peuvent apparaître lorsqu'une donation de titres intervient avant la cession de ces titres peuvent aussi apparaître dans le cas d'un FBO. Dans le cas général, l'administration fiscale peut être conduite à contester l'ensemble de l'opération en considérant que la chronologie apparente est inversée par rapport à la chronologie réelle. En d'autres termes, pour l'Administration, il peut y avoir vente de titres suivie d'une donation du produit de la vente alors qu'apparemment il s'agit d'une donation de titres suivie d'une vente des titres reçus. Dans les deux cas la base d'imposition de la donation est la même. Mais dans le premier cas (vente puis donation), il faut payer un impôt s'il y a une plus-value de cession alors que dans le second (donation puis vente), l'éventuelle plus-value n'est plus taxable.

38 - Dans le cas général d'une cession de titres, le plus souvent un avant-contrat est conclu. C'est la portée de cet avant-contrat qui peut susciter un risque, en particulier s'il est rédigé de telle sorte que la vente est en réalité d'ores et déjà intervenue, et ce avant la donation. L'Administration peut alors soutenir qu'il n'est pas possible de donner des titres qui ont déjà été vendus. Dans le cas d'un FBO, compte tenu des liens familiaux, il n'y aura pas d'avant-contrat et ce premier écueil sera évité.

39 - Une deuxième cause de contestation par l'administration réside dans les conditions dont est assortie la donation qui, parfois, revient pour le donateur à conserver le produit de la vente des titres donnés². Dans le cas d'une cession à un tiers, cette situation peut se trouver dans la mesure où la donation n'est pas le motif premier de l'opération. C'est en fait parce que le donateur entend céder son entreprise qu'il procède à une donation. La donation n'est ainsi que seconde dans ses intentions. Dans le cadre d'un FBO, le donateur a une véritable intention libérale. Le deuxième risque de contestation devrait donc le plus souvent pouvoir être évité.

40 - Il reste le délai très bref qui parfois s'écoulera entre la donation et la vente. Ce bref délai n'est cependant qu'un critère et dans le cas d'un FBO il ne devrait pas être déterminant. Enfin, la vente de titres ne portera que sur une partie des titres donnés, à savoir : les titres donnés aux héritiers qui ne sont pas partie prenante à l'entreprise. Or le donateur pourra toujours faire valoir qu'il souhaitait donner des biens de même nature et donc des titres de son entreprise à chacun de ses héritiers. Une vente préalable des titres et une donation du produit de cette vente ne seraient donc pas une opération de même nature.

4° Remarque : exonération des plus-values au titre de l'article 150-0 A, I-3 du CGI

41 - Selon l'article 150-0 A, I-3 du CGI, lorsque les droits détenus directement ou indirectement par le cédant avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants dans les bénéfices sociaux d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés et ayant son siège en France ont

2. V. par exemple Instr. 3 avr. 2007 : BOI 13 L-1-07 ; Dr. fisc. 2007, n° 19, comm. 486, § 13.

dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années, la plus-value réalisée lors de la cession de ces droits, pendant la durée de la société, à l'une de ces personnes, est exonérée si tout ou partie de ces droits sociaux n'est pas revendu à un tiers dans un délai de cinq ans. À défaut, la plus-value est imposée au nom du premier cédant au titre de l'année de la revente des droits au tiers.

42 - On aurait pu imaginer que le chef d'entreprise puisse céder ses actions à la holding contrôlée par les personnes visées à l'article 150-0 A I-3 et bénéficie alors de l'exonération prévue par cet article. L'Administration en a toutefois décidé autrement : pour elle la holding est une personne morale distincte de ses associés ou actionnaires et ne peut donc pas bénéficier des exonérations réservées aux cessions à ses actionnaires.

43 - On aurait pu aussi imaginer que le chef d'entreprise cède à l'un de ses héritiers repreneurs une partie de ces titres et que ceux-ci soient ensuite apportés à la holding. Cet apport aurait pu ne pas constituer une cession à un tiers. Ce raisonnement a lui aussi été rejeté par la cour d'appel de Nancy³.

Autrement dit l'article 150-0 A, I-3 du CGI ne peut pas être utilisé dans le cadre d'un FBO.

E. - La renonciation anticipée à l'action en réduction

44 - Nous n'avons pas évoqué jusqu'ici la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). Introduite à l'article 929 du Code civil par la loi du 23 juin 2006, la RAAR permet à tout héritier réservataire présomptif de renoncer à une action en réduction dans une succession non ouverte. Elle doit être faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées.

45 - La RAAR a pu être présentée comme un moyen de transmettre une société familiale aux héritiers qui l'exploitent en leur donnant les titres de cette société et en excluant les autres héritiers de cette donation. Grâce à une RAAR et pour le cas où le donateur ne souhaiterait pas ou ne pourrait pas leur donner d'autres de ses biens pour une valeur équivalente, les autres héritiers renonceraient alors à contester la donation de la société familiale. Si théoriquement la solution est envisageable, il nous semble cependant qu'en pratique, elle pourra rarement être mise en œuvre. Sauf cas particuliers⁴, ce sera en effet demander beaucoup d'abnégation aux héritiers qui ne reprennent pas l'affaire familiale, que de se voir en plus défavorisés dans le partage des biens de leurs parents.

2. Modalités du Family Buy Out

A. - Un LBO spécifique

46 - Si on le compare à un LBO classique, un FBO présente trois principales spécificités quant à la fixation du prix, aux garanties données au repreneur et sur les contrôles légaux sur l'achat des titres.

1° Le prix

47 - Si dans un FBO, il y a bien comme dans un LBO la constitution d'une holding et un rachat de titres, ce qui constitue des points de convergence majeurs, il y a aussi des différences significatives. Tout d'abord dans la fixation du prix de vente : dans un LBO ordinaire, l'acheteur et le vendeur débattent librement du prix et peuvent espérer arriver à un prix de marché, et ce d'autant plus facilement s'il y a des offres d'achats concurrentes. Dans un FBO, l'existence d'une donation vient rendre plus difficile la détermination d'un prix de mar-

ché. En particulier, l'existence de droits de donation à payer peut inciter à minorer la valeur retenue. Les parties, toutes intéressées à l'entreprise familiale, même si c'est à des degrés divers, peuvent aussi avoir une idée biaisée de sa valeur, soit en la majorant, soit en sens inverse en la minorant. Des divergences peuvent également apparaître entre les gratifiés qui conserveront leurs titres et ceux qui les vendront à la holding. Les premiers seront tentés par une minoration et les seconds par une majoration, d'où peut-être au bout du compte une valeur de marché. Mais, globalement, il reste difficile pour les parties de fixer seules le prix de la cible.

48 - Un FBO s'accompagne toutefois d'une opération d'apport. Pour peu que la holding soit une SARL, une SA ou une SAS, cet apport nécessite l'intervention d'un commissaire aux apports nommé par le Président du tribunal de commerce⁵. Ce commissaire aux apports doit affirmer dans son rapport que la valeur retenue pour les apports correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre augmentée éventuellement de la prime d'émission⁶. On pourrait en tirer la conclusion que la valorisation entérinée par le commissaire aux apports est une valeur minimale.

49 - Il n'en est rien. C'est au vu du rapport du commissaire aux apports que les associés statuent sur la valeur retenue⁷. Pour les SARL, les textes concernés disposent expressément que le commissaire aux apports doit proposer une valeur. En termes de droit des sociétés, le commissaire aux apports doit donc procéder à une évaluation des titres apportés et ne peut se contenter d'approuver une valeur minimale, même si la pratique montre que le souci principal des commissaires aux apports est d'éviter toute surévaluation des apports.

Pour procéder à cette évaluation, le commissaire aux apports devra évaluer les titres à leur valeur vénale⁸.

50 - L'intervention de ce commissaire aux apports se révèle tout particulièrement intéressante pour sécuriser l'ensemble du FBO. Vis-à-vis de l'administration fiscale, elle fournit une évaluation extérieure des titres donnés et permet donc de justifier que cette valeur soit retenue. Entre les différents membres de la famille, elle permet aussi à chacun de se référer à une expertise ici aussi impartiale et d'apaiser d'éventuelles tensions sur la valeur retenue.

2° Les garanties

51 - Dans un LBO classique, même si les dirigeants de l'entreprise peuvent participer à l'opération, ils n'obtiennent en général qu'une participation minoritaire dans la société cible. La plupart des titres seront donc cédés à des tiers étrangers à la société, tiers qui souhaiteront donc bénéficier des garanties usuelles lors d'une cession de contrôle. Le plus souvent le cédant devra donc donner une garantie dite de « passif ».

52 - Dans un FBO, la situation est différente. Il n'y a pas une seule opération (la cession) mais trois : une donation, un apport et une

5. C. com., art. L. 223-9 et L. 223-33, pour les SARL, art. L. 225-14 et L. 225-147, pour les SA et SAS.

6. C. com., art. R. 225-8, qui vise les apports en nature lors de la constitution des SA et sur renvoi de l'art. R. 225-136 lors des augmentations de capital et qui, sur renvoi également, est aussi applicable aux SAS.

7. C. com., art. L. 223-9 et L. 223-33, art. L. 225-14 et L. 225-147.

8. plan comptable général art. 321-2 renvoyant s'agissant d'apports isolés à l'article 321-3. Le règlement CRC n° 2004-01 relatif notamment aux évaluations des fusions et des opérations assimilées n'est pas applicable aux apports intervenant dans un FBO. Certes, selon son paragraphe 1, *Champ d'application*, les apports de titres de participation représentatifs du contrôle de cette participation constituent un apport partiel d'actif susceptible d'être visé par ce règlement. Il précise cependant dans ce même paragraphe qu'il ne vise en ce qui concerne les apports partiels d'actifs que ceux effectués par une société au profit d'une autre personne morale. L'apport dans un FBO est effectué par certains gratifiés personnes physiques, le règlement CRC n° 2004-1 ne lui est donc pas applicable.

3. CAA Nancy, 2^e ch., 2 juill. 1998, n° 94-1201 : RJF 1999, n° 996.

4. par exemple lorsque certains biens familiaux - une maison notamment - peuvent avoir une valeur sentimentale excédant leur valeur vénale.

vente. L'apport vise des titres qui viennent d'être donnés. L'apporteur, propriétaire très récent de ses titres, n'a donc pas de raison de donner une garantie, sauf à lui-même en avoir reçu une, garantie qu'il transmettrait alors à l'identique. Certains gratifiés peuvent aussi céder leurs titres à la holding. Leur situation est toutefois similaire à celle des apporteurs : rien ne justifie qu'ils donnent une garantie s'ils n'en ont pas eux-mêmes reçu une. Le donateur cède aussi une partie de ses titres. Pour ces titres, il s'agit d'une cession usuelle et rien n'interdit au donateur de garantir les titres qu'il cède même si en parallèle il donne des titres de même nature. Au bout du compte, quelles que soient les modalités du transfert des titres à la holding, la seule personne qui pourra les garantir sera le donateur.

53 - Pour ce qui est de la partie vente du FBO, comme dans toute vente de titres, il est possible de donner une garantie. Pour la partie donation, on peut d'abord se demander si la mise en jeu d'une garantie de passif ne pourrait pas constituer un cas d'ingratitude. Au sens usuel du terme c'est probable : la holding de reprise qui actionnerait la garantie est en effet contrôlée par un ou plusieurs gratifiés. Ces gratifiés, par l'intermédiaire de la holding, réclameraient donc au donateur encore plus que ce qu'ils ont reçu. Au sens juridique du terme, il ne s'agit cependant pas d'un des cas d'ingratitude prévus par la loi et permettant la révocation de la donation. Ces cas sont en effet limitativement prévus par l'article 955 du Code civil et visent les situations suivantes :

- le gratifié a attenté à la vie du donateur ;
- il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;
- il lui refuse des aliments.

Dans le cas d'un FBO, ces situations marginales ne devraient pas trouver à s'appliquer. La mise en jeu d'une garantie de passif ne constituerait donc pas un cas d'ingratitude susceptible de conduire à la révocation de la donation et par suite d'interdire la mise en jeu de cette garantie. De ce premier point de vue il est donc possible de donner une garantie.

54 - Plus généralement, si les donations sont le plus souvent effectuées sans garantie du donateur, il ne s'agit, selon la doctrine, que d'une pratique et rien n'interdit au donateur de prévoir le contraire⁹.

55 - On peut donc envisager que le donateur donne une garantie de « passif » sur les titres donnés.

Toutefois en pratique, le donateur refusera fréquemment de donner une telle garantie, compte tenu du contexte du FBO : le gratifié-repreneur a en général occupé des fonctions majeures dans la société, même si c'est sous la direction du donateur. Le repreneur aura donc une bonne connaissance de l'entreprise. Par ailleurs, il est évidemment plus facile de négocier une garantie de passif avec un tiers, qu'avec la personne qui vient de donner des titres à celui qui demande une garantie. Enfin, d'un point de vue moral et qui plus est dans un cadre familial, il peut être encore plus difficile pour un gratifié d'actionner une garantie de passif à l'encontre de son donateur.

56 - Pour toutes ces raisons, un FBO ne s'accompagnera qu'assez rarement d'une garantie de passif. Tout au plus une garantie couvrant les risques de redressements fiscaux et sociaux pourra-t-elle être mise en place. Si aucune garantie n'est donnée, cette absence devra être prise en compte pour valoriser les actions données et apportées, cette absence devant normalement conduire à une valorisation moindre.

57 - L'absence de garantie ne sera cependant pas systématique. Une garantie peut trouver tout son intérêt pour équilibrer les donations consenties par exemple si tous les gratifiés ne reçoivent pas le même nombre de titres, ou si certains reçoivent des titres tandis que les autres gratifiés reçoivent d'autres biens.

3° Achat à un actionnaire

58 - Suivant la structure du FBO, la holding de reprise peut être conduite à acheter des titres de la cible à l'un de ses actionnaires (si par exemple l'un des gratifiés souhaite participer à la holding via un apport d'une partie des titres reçus, tout en récupérant du numéraire en vendant à la holding l'autre partie).

59 - Selon l'article L 225-101 du Code de commerce, applicable aux SA, lorsqu'une société achète à l'un de ses actionnaires un bien, cet achat peut être soumis à une procédure de contrôle spécifique. Pour cela, il faut que la société ait été immatriculée depuis moins de deux ans et que la valeur du bien représente au moins 10% du capital social. Si ces deux conditions sont remplies, un commissaire chargé d'apprécier la valeur de ce bien doit être nommé. Dans le cas d'un FBO, ce commissaire pourra être le commissaire aux apports qui est déjà chargé de la même mission. Une assemblée générale ordinaire doit alors statuer sur cette évaluation.

Cette obligation ne s'impose pas aux SAS puisqu'elle découle d'un article dont l'application leur est exclue.

60 - Lorsque cet achat constituera une convention réglementée, il faudra alors suivre la procédure qui leur est applicable. Toutefois, dans le cas d'une SA, cette procédure ferait double emploi avec la procédure de l'article L 225-101. Elle ne devrait donc pas être nécessaire¹⁰.

B. - Le choix de la holding de reprise

61 - Un FBO n'implique pas en lui-même une forme juridique particulière pour la holding de reprise et on retrouvera là les questions usuelles auxquelles donne lieu le choix de la structure d'une holding familiale.

C. - Le calendrier

1° Les quatre opérations principales

62 - Un FBO repose sur la constitution d'une holding de reprise, une ou plusieurs donations, un ou plusieurs apports, une ou plusieurs ventes. Les études juridiques et fiscales préliminaires mises à part, la première étape consiste à créer la holding. C'est en effet cette holding qui devra se voir transférer des titres, soit sous forme d'achat, soit sous forme d'apport. Sous réserve des délais de dépôt des rapports des commissaires aux apports (si l'apport de titres a lieu lors de la constitution) et le cas échéant aux avantages particuliers et sous réserve des délais de convocation si la holding est en réalité une société déjà existante utilisée pour le FBO, il n'y a pas de délais légaux. La constitution de la holding dépendra donc du temps qu'il faudra aux parties pour se mettre d'accord sur ses statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires. Si l'apport a lieu lors de la constitution, il faudra aussi prendre en compte les délais nécessaires pour trouver un accord sur la valeur retenue (qui sera aussi celle retenue pour la donation) et faire approuver cette valeur par le commissaire aux apports.

63 - Préalablement au transfert de propriété des titres, il faudra, si elles existent, respecter les clauses statutaires ou contractuelles relatives à ce transfert, telles que clauses d'agrément ou droit de préemption. S'il y a un accord général sur l'opération, les procédures nécessaires au respect de ces clauses ne devraient pas prendre plus de quelques semaines. Si l'un des bénéficiaires de ces clauses est susceptible de les mettre en œuvre à son profit, ce n'est pas seulement en termes de calendrier qu'il y aura une difficulté, mais surtout sur la mise en œuvre du FBO puisque les titres ne pourront pas être transférés au bénéficiaire souhaité. Une fois purgées ces différentes procédures, les donations, ventes et apports ne sont soumis qu'aux délais nécessaires pour trouver un accord et signer les actes correspondants.

9. JCl. Civil Code, art. 938, Donation entre vifs, Fasc. 30, n° 11 et s.

10. Voir *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, n° 11070.

2° L'intérêt d'un étalement dans le temps

64 - Comme on peut le constater, il n'y a donc pas de véritables restrictions obligeant à enfermer un FBO dans un calendrier précis et étroit. Il peut être alors intéressant d'étaler sur une longue durée l'ensemble de la transmission. Pour la gestion de la société cible, un tel étalement permet une cession progressive de son contrôle, en évitant les changements brutaux et en corrigeant si nécessaire des répartitions du capital ou des pouvoirs que la pratique révélerait inadaptées. Il est d'ailleurs beaucoup plus facile de prévoir un étalement dans un FBO que dans une cession traditionnelle, compte tenu des liens familiaux qui unissent les parties prenantes.

65 - Pour le financement de l'ensemble de l'opération, un étalement permet de répartir la charge correspondante là aussi sur une plus longue durée. Sans entrer dans le détail de cette question qui demanderait une étude de chaque cas particulier, cet étalement pourra cependant n'avoir qu'un impact plus limité qu'une première impression pourrait donner à le croire. En effet si la holding achète moins de titres, elle aura une charge financière plus réduite de ce fait. Mais si en parallèle, elle reçoit moins de titres sous forme d'apports, ses ressources financières en seront diminuées d'autant. Ce qu'elle gagne d'un côté, elle le perd donc de l'autre.

66 - S'il est possible de répartir sur plusieurs années l'opération, il pourra aussi être possible pour le calcul des droits de donation, de bénéficier plus d'une fois des abattements appliqués sur la valeur de la donation. C'est ainsi que si la donation est effectuée en deux étapes séparées de six années, la première donation ne sera pas prise en compte pour l'application des abattements lors de la deuxième donation. Pour des sociétés de valeur élevée, ces abattements pourront ne pas être significatifs. Pour des valeurs plus ordinaires, avec des abattements de 150 000 € par enfant et par parent, l'impact peut ne pas être négligeable.

3° Les limites

67 - Il y a d'abord une limite fiscale. L'étalement ne doit pas conduire à une détention initiale de la société transmise par la holding inférieure à 5 % de son capital. À défaut, la holding ne pourrait pas

bénéficier du régime mère et filiales de l'article 145 du CGI. Les dividendes reçus seraient alors taxables dans la holding dans les conditions de droit commun au lieu d'être exemptés, sous réserve de la quote-part de frais et charges de 5 %. Cette taxation pourrait déséquilibrer le montage financier de la reprise.

68 - Si étaler le FBO sur une longue durée peut conduire à une réduction des droits de donation, les coûts de réalisation de l'opération seront cependant plus élevés. Si les apports sont effectués en plusieurs étapes, il sera nécessaire de faire intervenir à chaque fois un commissaire aux apports. Plus la durée séparant deux apports sera importante, moins le commissaire aux apports pourra s'appuyer sur les travaux effectués lors de l'apport précédent, la valeur de la cible pouvant connaître des variations sensibles avec le temps.

69 - Le risque de variation à la hausse de la valeur de la société cible est aussi à prendre en compte pour le calcul des droits de donation. Ces droits sont en effet calculés sur la valeur des biens donnés à l'époque de la donation. Si entre la donation initiale et la donation suivante, cette valeur connaît une augmentation, l'économie de droits provenant de l'utilisation à deux reprises des abattements pourra être contrebalancée par une augmentation de la base imposable.

70 - Enfin, ce risque de variations, s'il n'a pas été anticipé entre les parties, peut conduire à une rupture des équilibres familiaux.

Conclusion

71 - Le FBO se révèle donc une opération qui peut sembler complexe par la multiplicité des domaines juridiques qu'elle fait intervenir et par l'association de plusieurs modalités de transmission. Elle présente selon nous le grand avantage de permettre une transmission familiale de l'entreprise dans des conditions ménageant les intérêts de l'ensemble des parties et pour un coût fiscal maîtrisé. Le FBO devrait donc être une solution innovante pour de nombreuses transmissions.

MOTS-CLÉS : Entreprises - Transmission - Transmission des titres d'une entreprise familiale - Aspects juridiques et fiscaux des mécanismes du FBO

PANORAMA

1535

BÉNÉFICES NON COMMERCIAUX - Calcul - Frais supplémentaires de repas - Actualisation des seuils et limites de déduction pour 2008

BÉNÉFICES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX - Calcul - Frais supplémentaires de repas - Actualisation des seuils et limites de déduction pour 2008

Depuis l'imposition des résultats des exercices clos en 2004, les titulaires de bénéfices non commerciaux ou de bénéfices industriels et commerciaux peuvent déduire, sous certaines conditions et limites, les frais supplémentaires de repas qu'ils exposent régulièrement sur les lieux d'exercice de leur activité professionnelle.

Ainsi, la fraction admise en déduction au titre des frais supplémentaires de repas correspond à la différence entre la charge effective et justifiée, le cas échéant, limitée au

montant au-delà duquel la dépense est considérée comme excessive, et la valeur du repas pris à domicile évaluée forfaitairement.

Pour plus de précisions sur les conditions de déduction des frais de repas supplémentaires, il convient de se reporter à l'instruction administrative 4 C-3-06 en date du 22 mai 2006 (JCP E 2006, 23).

Pour les exercices clos en 2008, les seuils et limites de déduction des frais supplémentaires de repas exposés par les titulaires de BNC ou de BIC sont les suivants :

- Valeur du repas pris au domicile. Pour l'année 2008, l'avantage en nature est évalué forfaitairement à 4,25 euros pour un repas ;

- Montant au-delà duquel la dépense est considérée comme excessive. La dépense est considérée comme excessive lorsqu'elle dépasse 16,40 euros pour l'année 2008. La frac-

tion des frais supplémentaires de repas qui excède ce montant constitue une dépense d'ordre personnel qui ne peut être admise en déduction pour la détermination du bénéfice imposable.

Ces montants forfaitaires de 4,25 euros et 16,40 euros pour l'année 2008 sont des montants toutes taxes comprises.

Instr. 4 avr. 2008 : BOI 4 G-2-08

Instr. 4 avr. 2008 : BOI 4 C-2-08

1536

BIC-IS - Frais et charges - Intérêts d'un emprunt contracté par le PDG, mis à la disposition de la société qui a pris en charge les intérêts - Non-application de la limitation de la déduction

Le président-directeur général et principal actionnaire d'une SA avait personnellement contracté un emprunt bancaire de 2 millions

Informations travail

Nom du périphérique : XeroxDC440
Date : 18/04/2008
Heure : 10:27:03

Paramètres de numérisation

Etat

Pages numérisées : 7
Résultats : Terminé

Paramètres de base

Type de l'original : Texte
Exposition auto : Oui
Plus clair/plus foncé : Exposition automatique
Faces reproduites : Recto
Résolution : 300 x 300
Définition : Normale

Taille image

Taille numérisée : Détection automatique
Taille stockée : Détection automatique

Réduction/agrandissement

Rapport d'aspect : Normal

Effacement de bord(s)

Effacement : Bord: 0mm

Paramètres copie

Copies locales : 0

Paramètres de télécopie

Etat

Résultats : Service de télécopie non spécifié

Délai

Immédiat/Différé :

Destination

No(s) de téléphone :

Informations modèle

Nom : mlenoan.xst
Description :
Propriétaire :

Paramètres fichier

Etat

Pages stockées : 7
Résultats : Terminé

Connexion

Protocole : FTP par TCP/IP
Serveur/Hôte : 192.168.195.28
Arbre NDS :
Contexte NDS :
Nom de connexion : scan

Destination

Volume :
Chemin : \\ew_scan\data\users\mlenoan
Dossier : DOC
Fichiers stockés : DOC.pdf

Attributs

Police : Nouvelle génération automatique

Paramètres de courrier électronique

Etat

Résultats : Service de courrier non demandé

Destination

Adresses électroniques :