

1

La transmission de l'entreprise en cas de décès de l'entrepreneur individuel

À défaut de préparation, le plus souvent, l'entreprise, faute de personnalité juridique, va disparaître. Elle va se trouver morcelée pour pouvoir faire face à la charge d'impôt, par manque d'organisation, par une impossibilité de poursuivre son exploitation. Outre la disparition d'un actif économique générateur de richesse pour la société, c'est aussi souvent la source principale de revenus de la famille qui va se trouver en péril, menaçant même ainsi le niveau de vie de cette dernière.

Au décès du chef d'entreprise, ses héritiers vont récupérer des droits, mais aussi des obligations (les passifs qui résultent d'une seule entreprise ou de divers patrimoines d'affectation logés sous le statut nouveau de l'EIRL) qui forment l'entreprise. Les règles de dévolution successorale applicables à l'entreprise ne diffèrent en rien de celles relatives aux autres biens ; le Code civil n'opère aucune distinction selon que le patrimoine successoral comporte ou non une entreprise. Tout au plus, certaines règles vont-elles faire l'objet d'une adaptation.

La première difficulté à résoudre au décès du chef d'entreprise est la continuation de l'affaire. Deux ordres ici s'affrontent :

- ▶ D'une part, un ordre économique qui place le chef d'entreprise au sommet de l'organisation ; sa disparition fragilise l'entreprise et cette fragilité s'accroît avec le temps.
- ▶ D'autre part, un ordre juridique qui a besoin de temps pour le règlement de la succession.

1.1 Les effets du décès du chef d'entreprise sur le fonds

Concrètement, le décès du chef d'entreprise va entraîner :

- ▶ La résiliation de nombreux contrats (par exemple : crédit-bail, prêts...) conclu *intuitu personae*, au nom personnel du chef d'entreprise ; le décès intervient comme une cause de résiliation et/ou de remboursement anticipé des principaux concours bancaires ou fournisseurs.
- ▶ Le blocage des comptes bancaires dès que le banquier est informé du décès, interdisant le paiement par virement des salariés, le non paiement des effets de commerce, le non paiement des créanciers (exception faite des dettes fiscales qui font l'objet d'un paiement par le banquier sur instruction du notaire et des frais funéraires) ; il existe cependant quelques parades :
 - ▼ Le chef d'entreprise peut avoir donné un mandat à l'un de ses collaborateurs ou à un tiers qui normalement cesse par l'effet du décès (Code civil, art. 2003), règle néanmoins supplétive qui permet de recourir au mandat post mortem à l'objet limité puisqu'il ne peut contrevenir aux règles successorales d'ordre public².
 - ▼ Confier un mandat à effet posthume, institution née de la loi du 23 juin 2006 (C. civ., art. 812 et suivants) qui offre d'opportunes solutions ; conclu pour une durée de deux ans prorogables, justifié par un intérêt sérieux et légitime qui tient compte de la personne de l'héritier ou de la complexité du patrimoine successoral. Il confère au mandataire (personne morale ou physique dont héritier) le pouvoir d'administrer et de gérer l'entreprise (mais pas d'en disposer) dans l'intérêt des bénéficiaires, les héritiers, même lorsqu'il y a un mineur ou un majeur protégé ; ce mandataire peut reprendre temporairement l'exploitation de l'entreprise.

.....
² Cass. req., 22 mai 1860 : DP 1860, I, 448.

- ▼ À défaut de toute disposition préventive et en cas de besoin urgent de liquidités, le président du TGI peut autoriser un héritier à prendre les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun de l'indivision et notamment percevoir des provisions de débiteurs de l'indivision pour payer un créancier (C. civ., art. 815-6) ; en l'absence d'une telle disposition, l'un des héritiers pourra toujours saisir le juge afin de voir nommer un mandataire judiciaire successoral (C. civ., art. 813-1) chargé d'administrer provisoirement la succession en raison, notamment, de la complexité de la situation successorale.
- ▶ Le décès du chef d'entreprise doit, dans le délai d'un mois, faire l'objet, par les héritiers, d'une demande d'inscription modificative au Registre du commerce et des sociétés relative au décès avec possibilité, cependant, de déclarer le maintien provisoire de cette inscription pendant un an (renouvelable une fois pour la même durée – D. 84-406 du 30 mai 1984, art. 12, 7°) ; cette inscription temporaire sera à demander dans l'attente par exemple d'une cession de l'entreprise; si en revanche les héritiers veulent poursuivre l'activité, il leur faudra de surcroît indiquer le nom et diverses informations sur le ou les héritiers qui souhaitent effectivement la poursuivre.
- ▶ En revanche, on relèvera que le bail commercial continue normalement au-delà du décès (en la personne qui gère l'indivision) ; néanmoins, normalement, la propriété commerciale (droit au renouvellement du bail et du maintien dans les lieux) n'est acquise que sous condition d'immatriculation du preneur au RCS ; en cas de décès du chef d'entreprise, il revient en principe à l'un des héritiers de s'immatriculer au RCS³, en son nom ou en tant que mandataire de l'indivision, dans un délai raisonnable (environ un mois). La règle est importante dans la mesure où le renouvellement du bail exige cette immatriculation. Dans la même veine, le décès n'est pas une cause légitime de non-exploitation du fonds ; aussi le bailleur ne peut-il prendre prétexte de cette non-exploitation pour résilier le bail sans indemnités.
- ▶ Le décès entraîne la transmission des dettes aux héritiers, la succession opérant une transmission universelle du patrimoine ; relevons cependant que même l'héritier qui a accepté purement et simplement la succession peut toujours demander au juge d'être déchargé, dans les cinq mois de sa découverte, d'une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes

.....
3 La jurisprudence admet que cette condition d'immatriculation ne soit pas exigée des héritiers indivis ou des époux communs en biens (Cass. 3e civ., 11 juin 1989 : Bull. civ. III, n° 8) ; attention, la règle prétorienne est d'interprétation stricte : elle ne joue ni au profit de l'époux séparé de biens, ni en cas de démembrement, faute d'indivision.

d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque le paiement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel (C. civ., art. 786).

- ▶ Les dettes peuvent aussi être transmises au conjoint survivant en cas de régime communautaire. En effet, si normalement les dettes entrant en communauté nées du chef d'un seul des deux époux ne peuvent être poursuivies sur les biens propres de l'autre (C. civ., art. 1418) il en va différemment en cas de dissolution du régime communautaire pour quelque cause que ce soit, car alors le recouvrement de la moitié de cette dette peut être poursuivie sur le patrimoine de l'ex-époux (C. civ., art. 1483).
- ▶ La gestion de l'entreprise demeure un impératif car elle est bien souvent la source quasi exclusive – ou à tout le moins principale – des ressources de la famille et permet d'éviter le risque fatal de perdre la clientèle ; néanmoins, un risque pesait sur le ou les héritiers qui commençaient à gérer l'entreprise au décès de leur auteur : celui d'être réputés avoir accepté tacitement mais purement et simplement la succession (en pratique, on déconseillait aux héritiers d'agir). Le nouvel article 784 du Code civil issu de la réforme de la loi du 23 juin 2006 offre une avancée : il autorise un héritier à agir, à effectuer des actes purement conservatoires ou de surveillance et des actes d'administration provisoire sans pouvoir être considéré comme acceptant la succession de son auteur. L'absence de définition précise des actes d'administration provisoire (les actes purement conservatoires sont énumérés) est un gage de liberté pour les héritiers mais présente aussi un risque de franchissement de ligne jaune.

Comme il est permis de l'observer à travers ces quelques effets, la disparition brutale du chef d'entreprise représente un réel danger patrimonial dans sa composante active (perte de revenus) et dans sa dimension passive (dettes et obligations professionnelles peuvent affecter le patrimoine familial).

À ce stade, on ne saurait que trop recommander la conclusion d'un contrat d'assurance « homme-clé » souscrit par l'entreprise et dont les primes, payées par l'entreprise en déduction de son résultat fiscal, ouvriront la perception d'une indemnité venant compenser le préjudice financier résultant du décès (ou de l'invalidité ou de l'incapacité) de l'assuré, c'est-à-dire le chef d'entreprise. Attention, il s'agit bien ici pour l'entreprise de bénéficier d'une indemnité venant couvrir le préjudice subi par l'entreprise du fait de la disparition de son chef. C'est la caisse de l'entreprise qui perçoit

cette prime. Si l'on veut protéger les héritiers (conjoint, enfants) il y a lieu de souscrire un ou plusieurs contrats d'assurance-vie dont les bénéficiaires seront le conjoint survivant et/ou les héritiers qui trouveront là les moyens financiers pour surmonter cette phase douloureuse et délicate.

1.2 La dévolution de l'entreprise

La dévolution définitive du patrimoine va encore nécessiter du temps pour évaluer le patrimoine, déterminer les successibles, prévoir les règles de partage. Pendant tout ce temps, le patrimoine successoral, et donc l'entreprise, va se trouver placé sous le régime de l'indivision, dont les règles ne sont pas forcément adaptées, même si elles ont évolué récemment.

Relevons ici, avant d'exposer le régime de l'indivision, que peuvent se présenter des situations où il n'y aura guère de difficultés, pas de conflits d'intérêts et seulement des démarches administratives à satisfaire car on sera en présence d'un seul successible :

- ▶ Soit en présence d'un enfant unique du chef d'entreprise prédécédé sans conjoint ou avec un conjoint exhérité (déhérité).
- ▶ Soit, au contraire, en présence d'un conjoint survivant, légataire universel en l'absence d'héritiers réservataires ou en cas de conjoint usufruitier de la succession de son conjoint prédécédé à 100 %.

Dans la première hypothèse, le successible unique pourra soit reprendre l'activité à son nom (après s'être inscrit personnellement au RCS), soit en confier la gestion à un tiers (par le recours à la location-gérance) dans l'attente de la vendre (dans ce cas, il peut procéder au maintien provisoire de l'immatriculation en indiquant seulement les modalités d'exploitation du fonds). Dans la seconde hypothèse (provenant soit des droits légaux du conjoint survivant en présence d'enfants communs, soit d'une donation entre époux), ce sont les règles classiques du démembrement de propriété qui trouveront à s'appliquer (exploitation directe ou indirecte, perception des fruits, entretien de la chose, obligation de restitution).

Dans les autres cas, une indivision va naître au décès du chef d'entreprise entre les héritiers et les divers ayants droit du *de cuius* (conjoint survivant, légataires...) détenant des droits de même nature sur les biens successoraux.

1.3 L'indivision communautaire et aménagements matrimoniaux

L'indivision successorale peut être précédée d'une indivision post-communautaire puisqu'en effet, la mort constitue une cause de dissolution du mariage (C. civ., art. 1441) ; aussi, si le chef d'entreprise était marié sous un régime de communauté, son décès va déclencher deux liquidations : d'abord celle de la communauté, puis celle de la succession.

Le conjoint survivant prélèvera la moitié des biens communs tandis que l'autre moitié gagnera le patrimoine successoral en indivision, dans laquelle le conjoint survivant peut de nouveau apparaître puisqu'il a, *ab intestat* (en l'absence de testament), des droits en usufruit voire en pleine propriété selon qu'il existe des enfants communs ou non aux deux époux (C. civ., art. 757).

Il faudra aussi, à ce stade, déterminer la nature propre ou commune du fonds pour savoir quels sont exactement les droits du conjoint sur celui-ci (attention aux branches d'activités développées depuis le mariage à partir d'un fonds qui a la qualité de propre car cette nouvelle activité aura la qualité de bien commun si le contrat de mariage est de type communautaire). Il reste, en tout état de cause, que le fonds soit commun ou propre à l'époux prédécédé, que les époux auront pu, de leur vivant, convenir de divers aménagements permettant d'attribuer le fonds à l'époux survivant au-delà ou en deçà de ses droits légaux :

- ▶ Soit en vertu de donations entre époux (C. civ., art. 1094-1) qui permet de conférer au conjoint survivant la quotité disponible (part de sa succession qui n'est pas réservée à un héritier) en pleine propriété, le quart en pleine propriété et les trois-quarts en usufruit ou, enfin, la totalité de la succession en usufruit que les enfants soient ou non communs.
- ▶ Soit du fait de dispositions testamentaires, qui peuvent aller jusqu'à attribuer la totalité de la succession au conjoint survivant en l'absence de descendant (C. civ., art. 757-2) ou, à l'inverse, de limiter les droits légaux du conjoint survivant en le privant de l'option du quart en pleine propriété limitant ainsi ses droits au seul usufruit sur les biens dépendant de la succession, la nue-propriété étant attribuée aux héritiers réservataires.
- ▶ Soit dans leur contrat de mariage, au moyen de clauses telle une clause de prélèvement ou clause commerciale qui autorise l'époux survivant à prélever (ce droit conventionnel prime sur le droit légal de l'attribution préférentielle) sur les biens communs (C. civ., art. 1511) ou propres

(C. civ., art. 1390), avant tout partage, l'entreprise en nature (ou les droits sociaux qui y sont attachés) moyennant le versement d'une indemnité compensatrice (il faut donc la prévoir au risque de voir la disposition devenir lettre morte) à la communauté ou aux héritiers (si le fonds est un bien propre du prédécédé) ce qui permet de ménager l'égalité (cette clause permet d'attribuer l'actif professionnel en pleine propriété au conjoint survivant tout en évitant la licitation du fonds), ou encore une clause de préciput (C. civ., art. 1515) visant le fonds et qui dispensera le conjoint survivant du versement de toute indemnité. Fiscalement, ces prélèvements sont assimilés à un partage (ouvrant droit au droit fixe de 1,1 %) si le prélèvement s'effectue sur des biens communs ou aux droits de mutation à titre gratuit si le prélèvement se fait sur un bien propre.

- ▶ Enfin, les époux peuvent adopter un nouveau régime matrimonial (communautaire – en franchise fiscale - ou séparatiste – attention dans ce second cas à la taxation des plus-values entre les mains de l'époux qui reçoit le fonds) généralement de type communautaire (penser à la clause alsacienne permettant d'assurer le retour des biens propres qui ont été communautarisés pour le cas où un divorce tardif surviendrait ; C. civ., art. 265, *in fine*) permettant au survivant d'être l'unique titulaire de l'intégralité du patrimoine en pleine propriété (il est néanmoins possible de retenir, au titre des avantages matrimoniaux dispensés de droits de mutation – que le conjoint survivant ne recevra que l'usufruit de la moitié de la succession, la nue-propriété étant alors dévolue aux héritiers) sous réserve de l'action en retranchement (C. civ., art. 1527) que peuvent exercer les enfants d'un premier lit et qui permet de cantonner l'avantage de l'époux survivant à ce qu'il aurait reçu selon les dispositions de l'article 1094-1 du Code civil.

1.4 L'indivision successorale

Après l'éventuelle indivision communautaire reste, dans tous les cas, l'indivision successorale lorsqu'il existe plusieurs successibles qui, même améliorée, reste une situation précaire :

- ▶ Car la règle demeure que « nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision » (C. civ., art. 815) et chaque indivisaire peut provoquer le partage. Cependant, des garde-fous ont été mis en place :
 - ▼ Il existe un mécanisme de sursis judiciaire au partage de deux années au plus que peut demander chaque indivisaire si la réalisation immédiate du partage risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis (C. civ., art. 820).

- ▼ Sursis au partage si l'un des co-indivisaires a besoin d'un délai maximal de deux années pour pouvoir reprendre le fonds (cas où un mineur candidat à la reprise attend sa majorité ou son émancipation ou l'obtention d'une qualification professionnelle ; C. civ., art. 824).
- ▼ Le maintien judiciaire de l'entreprise dans l'indivision dès lors que l'exploitation de l'entreprise était assurée par le défunt ou son conjoint, à la demande du seul conjoint en l'absence d'enfants mineurs ou du conjoint et des héritiers ou leurs représentants légaux s'ils sont mineurs (encore le conjoint) dans le cas inverse (C. civ., art. 821 et 822) ; le maintien est à durée déterminée (cinq années ou la majorité du plus jeune des héritiers ; C. civ., art. 823).
- ▶ L'indivision est, de surcroît, peu propice à une bonne gestion de l'entreprise :
 - ▼ Certes, le domaine de l'unanimité (ultra protectrice des intérêts des indivisaires qui bénéficient alors d'un droit de veto) est en recul et un indivisaire seul peut faire des actes conservatoires des biens indivis même si ils ne présentent pas un caractère d'urgence (auparavant il le fallait) ce qui accroît les possibilités d'intervention de l'indivisaire (C. civ., art. 815-2).
 - ▼ L'article 815-3 du Code civil dresse par ailleurs la liste de tous les actes qui, à présent, peuvent être passés par les indivisaires titulaires d'au moins les deux tiers des droits indivis (effectuer les actes d'administration – c'est-à-dire actes de gestion normale tendant à faire fructifier le bien ou à l'améliorer sans en compromettre la valeur –, donner à un ou plusieurs indivisaires ou tiers un mandat général d'administration, vendre des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision, conclure et renouveler des baux autres que professionnels).
 - ▼ L'unanimité demeure en revanche la règle pour tous les actes ne relevant pas de la gestion normale des biens indivis ainsi que pour la vente de biens autres que meubles.

En pratique, l'on suggérera de confier un mandat (généralement rémunéré) de gestion de l'entreprise soit à l'un des co-indivisaires, soit à un tiers ; la situation du mandataire est alors proche de celle d'un locataire-gérant :

- ▶ Pour les actes de gestion courante (y compris la vente de biens meubles telles des marchandises) le mandataire agira seul et rendra des comptes.

- Pour les actes dépassant la gestion quotidienne de l'entreprise (par exemple, conclusion de baux professionnels), le mandataire demandera une procuration expresse et spéciale aux indivisaires ou les fera intervenir directement à l'acte.

Relevons qu'un co-indivisaire peut, au vu et au su des autres, et même en l'absence de mandat exprès, prendre en charge la gestion de l'entreprise dès lors que les autres ne s'y opposent pas (par exemple, souscrire un emprunt pour payer des dettes ; C. civ., art. 815-3, *in fine*).

Notons aussi qu'il existe une hypothèse de mandat judiciaire permettant à un co-indivisaire de demander au juge d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel l'accord d'un co-indivisaire est nécessaire si le refus de celui-ci met l'entreprise en péril (C. civ., art. 815-5, par exemple la vente de parts de SARL ou du fonds).

Enfin, il y a lieu de prévenir que le co-indivisaire gérant l'indivision est comptable des pertes et dégradations qu'il occasionne sur le fonds. À l'extrême, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise pourra être étendue à ou aux co-indivisaires s'ils ont participé, directement ou indirectement via une société en participation ou pire une société créée de fait, à l'exploitation de l'entreprise. Il faut donc demeurer très prudent.

Conseil pratique :

Le recours à un mandat à effet posthume, conclu par le chef d'entreprise, de son vivant, peut aussi, à ce stade, constituer une solution d'attente sereine du partage à venir de l'entreprise. Rappelons ici qu'en vertu des articles 812-1-4 et suivants du Code civil, il est désormais possible de confier à une personne, pour une durée de deux ans renouvelable voire de cinq ans renouvelables également en fonction de la situation des héritiers ou de la complexité de l'actif à gérer, le mandat de gérer tout ou partie de la succession du futur défunt et notamment de l'entreprise, dès lors qu'existe un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé.

1.5 Le partage

Arrive enfin le temps du partage. C'est un droit irréductible de tout indivisaire (C. civ., art. 815) même si on a vu qu'il était possible d'y surseoir.

Relevons ici qu'avant le partage, il y aura lieu le cas échéant de régler les créances de salaires différés. Issue du monde rural (C. rural, art. L. 321-13), ce dispositif a été étendu par une loi du 31 décembre 1989 au monde commercial dont l'article 14 (sous Code de commerce, art. L. 121-8) permet au conjoint (et lui seul) du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale qui justifie par tous moyens avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise pendant au moins dix années, sans recevoir de salaire ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, de réclamer une créance égale à trois fois le SMIC annuel en vigueur au jour du décès dans la limite de 25 % de l'actif successoral. Le même texte ajoute que, le cas échéant, le montant des droits du conjoint dans les opérations de partage successoral et de liquidation du régime matrimonial est diminué du montant de cette créance.

Le but du partage est d'allotir les biens compris dans l'actif successoral entre les parties à la succession (héritiers et tiers). Si toutes les parties sont majeures et s'entendent, il est possible de procéder à un partage amiable par acte notarié (C. civ., art. 835 s.). Dans le cas inverse, il faudra procéder à un partage judiciaire qui met en œuvre une procédure longue et complexe (C. civ., art. 840).

Dans le nouveau régime des successions issu de la loi du 23 juin 2006, le partage ne s'effectue plus en nature mais en valeur (C. civ., art. 826) ; peu importe la composition des lots attribués aux héritiers dès lors que leurs valeurs sont égales. La mesure est importante car l'entreprise représente un actif peut propice à la division ce qui conduisait le plus souvent à sa vente (licitation) ; désormais, et à supposer que le patrimoine comprenne d'autres biens, cette licitation n'est plus une fatalité. D'ailleurs, le nouvel article 830 du Code civil impose d'éviter, dans la formation et la composition des lots, la division des unités économiques.

À ce stade, il importe de préciser que la fiscalité aussi favorise le maintien d'une unité dans le patrimoine professionnel. Ainsi, si la transmission à titre gratuit à une ou plusieurs personnes physiques d'une entreprise individuelle, ou de parts de sociétés de personne dans laquelle le donateur ou le prédécédé exerçait son activité, permet de mettre la plus-value constatée sur le bien transmis en report d'imposition, report qui se transforme en exonération si au moins un des donataires ou des héritiers poursuit l'activité pendant cinq années (Code général des impôts, art. 41 pour l'entreprise individuelle et 151 *nonies-II* pour les droits sociaux soumis à l'impôt sur le revenu).

Même en l'absence d'autres biens de valeur équivalente dans le patrimoine du chef d'entreprise prédécédé, il est possible de maintenir l'unité de l'entreprise en l'attribuant à un seul héritier à charge pour lui de désintéresser ses co-héritiers en leur versant une soulte (somme d'argent).

Relevons encore ici deux choses :

- ▶ D'une part, les intérêts d'emprunts souscrits pour payer une soulte à raison de l'attribution de l'entreprise à un héritier sont déductibles du résultat de l'entreprise dès lors que cet emprunt est inscrit au bilan de l'entreprise.
- ▶ D'autre part, si le débiteur de la soulte obtient des délais de paiement de la part de ses co-partageants créditeurs, le montant de cette soulte pourra augmenter en vertu de son indexation sur la valeur de l'entreprise ; autrement dit, les plus-values réalisées sur l'entreprise pendant le temps de l'acquittement de la soulte seront partagées entre le débiteur de la soulte et ses créanciers (C. civ., art. 828).

1.6 L'attribution préférentielle

Le partage de l'actif successoral qui normalement se fait par tirage au sort des lots pourra être troublé par le mécanisme de l'attribution préférentielle qui va permettre de soustraire un bien de la masse à partager pour l'attribuer à un co-indivisaire choisi. Cette attribution évite le hasard des attributions et évite le morcellement d'un bien. Le régime de l'attribution préférentielle a été modifié par la loi du 23 juin 2006 relative aux successions et aux libéralités (C. civ., art. 831 et s.).

Désormais, cette attribution concerne toute entreprise commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ou quote-part d'une telle entreprise (les droits sociaux sont aussi visés et le caractère familial n'est plus exigé).

Elle peut être demandée par le conjoint survivant, les héritiers (enfants voire petits-enfants) et les légataires universels ou à titre universel.

Pour pouvoir présenter la demande d'attribution, ces personnes doivent remplir deux conditions :

- ▶ D'une part, être copropriétaires en pleine propriété ou en nue-propriété de l'entreprise considérée (ce qui exclut, d'une part, le conjoint séparé de biens sauf s'il a acquis ou reçu par donation une quote-part en pleine propriété et, d'autre part, le conjoint seulement usufruitier ; C. civ., art. 833).

- D'autre part, participer ou avoir participé effectivement à la mise en valeur de cette entreprise (en cas de profession réglementée, il faut que l'attributaire remplisse les conditions professionnelles), étant précisé que s'agissant des héritiers, cette seconde condition peut avoir été remplie par leur conjoint.

Notons que la demande d'attribution peut être étendue aux biens immobiliers ou aux baux qui permettent l'exploitation effective de l'entreprise (C. civ., art. 831-2).

Relevons, enfin, qu'en cas de pluralité de demandes, il appartient au juge d'apprécier souverainement celle qui lui apparaît la plus à même d'assurer la pérennité de l'entreprise (C. civ., art. 832-3).

1.7 La fiscalité de la succession

À ces règles civiles lourdes, il convient encore d'ajouter des règles fiscales qui pénalisent la succession. En effet, en principe, la fiscalité des mutations à titre gratuit (MTG) applicable à la transmission successorale de l'entreprise est identique à celle des mutations à titre onéreux (MTO), le fisc considérant que dans le cas des entreprises individuelles ou de droits sociaux de sociétés soumises à l'impôt sur le revenu (IR) pour lesquels les droits considérés comme des biens professionnels (lorsque l'associé exerce son activité professionnelle dans la société), il y a dans tous les cas une cessation d'activité qui doit être taxée en tant que telle :

- Ainsi, la transmission pour cause de mort d'une entreprise individuelle ou de droits sociaux d'une société soumise à l'IR dans laquelle le prédécédé exerçait son activité professionnelle, va entraîner l'imposition des plus-values constatées entre les mains des héritiers. Toutefois, les héritiers disposent de la faculté de mettre cette imposition en report dans les conditions de l'article 41 du Code général des impôts (CGI, art. 151 *nonies*-II pour les droits sociaux des sociétés soumises à l'IR dans laquelle le prédécédé exerçait son activité) ; néanmoins, s'ils ne le peuvent pas, notamment parce qu'il n'y a pas de repreneur, ou s'ils ne le souhaitent pas, les héritiers peuvent demander à bénéficier des dispositions de l'article 39 *terdecies* 2 du CGI qui prévoit l'application du taux réduit d'imposition des plus-values professionnelles à long terme (28,3 % dont 16 % d'impôt et 12,3 % de prélèvements sociaux) à la plus-value nette éventuellement constatée.

- ▶ Au titre des droits de mutation à titre gratuit (DMTG), ce sont les règles traditionnelles qui trouveront à s'appliquer (abattement et barèmes des articles 779 et 777 du CGI ; voir annexe I).

Il est cependant permis de minorer cette taxation en recourant à l'office de pactes fiscaux (CGI, art. 787 C pour l'entreprise individuelle et B pour les droits sociaux). Ceux-ci vont permettre de réduire de 75 % l'assiette des droits de mutation de donation ou de succession :

- ▶ En cas d'entreprise individuelle, les conditions à respecter pour bénéficier du dispositif du pacte Dutreil sont les suivantes :
 - ▼ L'entreprise doit avoir été détenue depuis deux ans par le prédécédé en cas d'acquisition à TO (aucun délai exigé si l'entreprise a été obtenue à titre gratuit ou a été créée).
 - ▼ Le pacte portera sur les biens affectés à l'exploitation.
 - ▼ Les héritiers doivent souscrire, dans la déclaration de succession, pour eux et leurs ayants cause à titre gratuit, un engagement de conservation des biens pendant quatre ans (en cas de démembrement l'engagement doit être pris par l'usufruitier et le nu-propiétaire).
 - ▼ L'un des héritiers doit poursuivre l'activité pendant un délai de trois ans (il est quand même possible d'apporter l'entreprise à une société pourvu que les biens de l'entreprise continuent d'être conservés, que les héritiers qui reçoivent les parts ou actions les conservent et que l'un des héritiers exerce une fonction de direction dans la société).
- ▶ En cas de droits sociaux, les conditions à respecter sont :
 - ▼ La souscription d'un engagement collectif de conservation portant sur 34 % des droits sociaux non cotés conclu entre les héritiers d'une durée minimale de deux années en cours au jour de la transmission (en l'absence d'un tel accord, les héritiers disposent de six mois à compter du décès pour conclure un tel engagement ; il existe aussi une présomption de pacte), ce pourcentage de 34 % devant être maintenu pendant toute la durée de l'accord sans préjudice de cessions ou de donations intervenant pendant cette durée entre les cosignataires du pacte.
 - ▼ Chacun des héritiers prend l'engagement, pour lui-même et ses ayants cause à titre gratuit, de conserver les droits sociaux pendant quatre années à l'issue de l'engagement collectif de conservation.

- ▼ L'un des signataires du pacte exerce une fonction de direction dans la société pendant la durée de l'engagement collectif et pendant trois années suivant l'expiration de celui-ci.

Relevons ici, enfin, que le paiement de ces droits pourra être dans un premier temps différé pendant cinq années (paiement des seuls intérêts) avant de faire l'objet d'un paiement fractionné sur les dix années suivantes (CGI, ann. III, art. 397 A et 404 GA à 404 GD) dès lors que l'entreprise n'est pas cotée et que la transmission porte sur au moins 5 % du capital par héritier (mais il faut être capable d'offrir des garanties au fisc ce qui rend le dispositif relativement illusoire).

- Enfin, une réflexion doit s'engager en matière d'ISF car, en effet, si du vivant du chef d'entreprise, l'entreprise ou les droits sociaux qu'il détient dans la société à l'IR dans laquelle il exerce sa profession se trouvent généralement exonérés totalement au titre des biens professionnels, la situation change radicalement en cas de décès. Plusieurs cas sont à envisager :

- ▼ Le conjoint survivant usufruitier fera une déclaration à l'ISF pour la valeur des biens en pleine propriété sur lesquels s'exerce son usufruit (CGI art. 885 G), sauf si son usufruit ne concerne qu'une fraction du bien auquel cas il ne comprend que cette même fraction en pleine propriété ; si le conjoint reprend l'exploitation du fonds personnellement, il bénéficie de l'exonération au titre des biens professionnels (idem pour des droits sociaux).
- ▼ Les héritiers qui reprennent l'exploitation du fonds ou de la société bénéficieront aussi de l'exonération au titre des biens professionnels ; si, au contraire, ils vendent l'entreprise ou les droits, ils devront intégrer dans leur propre déclaration à l'ISF le prix de la cession diminué de l'impôt sur les plus-values ; s'ils donnent le fonds en location-gérance, ils sont redevables de l'ISF car il ne s'agit pas d'une activité professionnelle sauf si le fonds est exploité par une société dont les droits sociaux sont détenus par les héritiers qui l'exploitent, au prorata de leur participation dans la société.

Comme il est permis de le constater, même si le législateur fait des avancées pour faciliter la bonne transmission de l'entreprise en cas de décès de son exploitant, le terrain demeure miné. Les choses peuvent encore se compliquer en cas de conflits entre les héritiers ; que l'on songe, par exemple, à la faculté avant le partage pour le conjoint ainsi que toute personne estimant avoir un droit dans la succession de saisir le greffe du tribunal d'instance pour

faire apposer des scellés ayant pour effet d'immobiliser les fonds, valeurs et biens. Ou encore lorsqu'il y a des mineurs dans la succession.

Il existe à ce stade trois techniques qui peuvent être mises en œuvre pour tenter de les surmonter :

- ▶ Demander un partage provisionnel (en présence d'un mineur non émancipé) permettant d'attribuer la possession et la jouissance du fonds à un majeur qui saura l'exploiter jusqu'au partage définitif (l'indivision de la propriété demeure).
- ▶ Faire désigner par le juge un administrateur provisoire chargé de gérer provisoirement l'entreprise en cas de désaccord grave et persistant entre les héritiers ce qui représente un coût néanmoins important.
- ▶ Vente du fonds sans attribution de qualité, qui permet de faire vendre le fonds par un officier public saisi par le juge et le prix se substituera au fonds dans la masse successorale (ce qui permet d'éviter une aggravation d'un déficit, par exemple) avant le partage final voire même l'acceptation ou non de la succession par les héritiers ; cette solution est à retenir lorsqu'aucun héritier n'est susceptible de reprendre l'activité.