Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

Fiscal

Transmission à titre gratuit de titres de société holding animatrice

Inf. 9

LA QUESTION

En l'absence de définition légale précise, et dans un contexte jurisprudentiel incertain, quelles sont les démarches et analyses à entreprendre par le notaire confronté à la problématique de transmission à titre gratuit de titres d'une société holding ?

LA RÉPONSE

Le notaire devra prendre toutes précautions pour confronter la situation de la société dont la donation des titres est envisagée aux critères dégagés par la jurisprudence récente

Louis-Guillaume Lefevre,
notaire associé à Paris, Acteon Notaires

Le contexte

1. Par un arrêt rendu le 23 janvier 2020 (*CE 23-1-2020 n° 435562 : SNH 5/20 inf. 1*), le Conseil d'État a annulé les commentaires de la doctrine fiscale jusqu'alors applicables aux sociétés exerçant une activité mixte dans le cadre du régime Dutreil (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n° 20*). Cet arrêt, en ce qu'il supprime des critères jusqu'à ce jour établis par l'administration fiscale pour les sociétés développant une activité mixte, mais transposés par la jurisprudence aux sociétés holding animatrices, suscite des interrogations. Dans un tel contexte, quelles doivent être les démarches à entreprendre par le notaire chargé d'assister un client dans la mise en œuvre d'une transmission à titre gratuit de titres d'une société holding ?

La notion de société holding animatrice

2. La notion de société holding animatrice est présente dans divers dispositifs fiscaux. Ainsi en matière d'IFI, l'article 966 du CGI assimile à des activités commerciales « les activités de sociétés qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ». Toutefois, s'agissant de transmission d'entreprise (exonération Dutreil), aucune définition légale n'est donnée par le Code Général des impôts, l'article 787 B ne fournissant aucune précision sur cette notion. Dès lors, c'est vers la

doctrine administrative qu'il convient de se tourner (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 <n° 50*) qui définit comme animatrice « les sociétés holding [...] qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations :
- participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales ;
- et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ».

La démarche : vérification du caractère animateur et prépondérance de l'activité d'animation

3. À l'aune de cette définition, l'on comprend qu'une société holding animatrice est d'abord une société qui anime son groupe, c'est-à-dire qui participe activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales. Elle est accessoirement une société qui rend un certain nombre de services juridiques, comptables, financiers et immobiliers à ses filiales.
Ainsi le premier critère que devra vérifier le notaire en charge de la transmission à titre gratuit d'une société holding sera celui de l'animation effective par la société holding de ses filiales. Le praticien devra donc d'abord s'interroger sur le point de savoir si la société exerce de manière effective une activité d'animation ? Dans l'affirmative, une transmission des titres de la société holding sous bénéfice du régime Dutreil pourrait alors être envisagée, sous réserve toutefois du respect d'autres conditions ci-après analysées.
Il conviendra en effet pour le praticien au titre du second critère de s'assurer du caractère prépondérant de l'activité d'animation.
La mise en œuvre de ces critères, à raison de l'absence de définition légale précise et de l'interprétation restrictive de l'administration fiscale, s'avérera parfois délicate malgré les évolutions jurisprudentielles récentes.

L'animation des filiales du groupe : un critère nécessaire

4. Le premier critère à respecter pour pouvoir envisager la transmission de titres d'une société holding dans le cadre du régime Dutreil est donc celui de l'animation effective du groupe par la société holding. Il s'agit également du premier point contrôlé par l'administration fiscale en cas de vérification. C'est donc celui sur lequel le notaire doit d'abord concentrer son analyse et son attention.
L'animation consiste pour la société holding, à titre principal, à participer activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales. À titre subsidiaire, cette activité d'animation peut s'accompagner de services spécifiques (administratifs, juridiques, comptables, financiers...) rendus par la société holding à ses filiales. Ce premier critère est déterminant et conditionne donc l'applicabilité du régime Dutreil à la société holding. Si celle-ci ne peut pas être considérée comme animatrice, alors elle est passive et ne peut en aucun cas bénéficier de l'exonération.
La société holding doit ainsi définir une politique d'ensemble pour le groupe et s'assurer de la mise en œuvre de cette politique générale par les filiales. Cette dimension stratégique apparaît comme fondamentale pour la qualification de société holding animatrice.

Précisons en outre que dans le cadre du régime Dutreil, cette activité d'animation doit être en cours lors de la transmission, et maintenue pendant toute la durée d'application du régime (engagements collectif et individuel, soit une durée globale de six ans).

L'appréciation du critère d'animation

5. La conduite de la politique du groupe matérialisant l'animation effective de la société holding doit résulter d'éléments concrets qui ne se réduisent pas à la seule participation au capital des filiales ou à l'exercice de mandats sociaux ou de fonctions de direction. L'animation doit ainsi être réelle et effective et ne peut se limiter à être potentielle (*en ce sens, voir par exemple : Cass. com. 15-2-1994 n° 91-22.140 D : RJF 7/94 n° 854 ; Cass. com. 23-11-2010 n° 09-70.465 F-D : RJF 3/11 n° 385, décisions rendues en matière d'ISF mais dont la solution est transposable aux droits de mutation à titre gratuit*).
Le contribuable a la charge de la preuve de l'animation du groupe par la société holding. Il ne lui suffit pas de démontrer que la société a théoriquement un rôle de gestion et d'animation. Il doit être en mesure d'apporter la preuve d'éléments précis à l'appui de ses prétentions pour démontrer que la société holding agit effectivement comme animatrice de son groupe (*Cass. com. 8-2-2005 n° 03-13767 : RJF 5/05 n° 508*).
Soulignons que le Conseil d'État, par un arrêt d'assemblée plénière du 13 juin 2018 (*CE 13-6-2018 n° 395495 : SNH 22/18 inf. 1*), rendu en matière de plus-value de cession de titres, mais transposable au régime Dutreil, invite sur ce point à se référer à un faisceau d'indices. En effet, pour justifier du caractère animateur de la société en cause, la Haute juridiction s'est ici fondée sur un certain nombre d'éléments :
- exercice des fonctions de direction au niveau de la société holding comme au niveau de la filiale, par une même personne (PDG) ;
- présence de « personnalités qualifiées indépendantes, spécialisées dans le secteur d'activité » de la société fille et également membres du conseil d'administration de la société holding ;
- existence de procès-verbaux du conseil d'administration de la société holding attestant, plusieurs années avant l'opération en cause, de « sa participation, conformément à ses statuts, à la conduite de la politique des filiales, en faisant état de plusieurs actions concrètes, telles que la recherche de nouveaux partenaires ou la détermination de projets de recherche et de développement, qui allaient au-delà de l'exercice des attributions qu'elle tirait de sa seule qualité d'actionnaire ».
- conclusion, plus de trois ans avant l'opération contestée, d'une « convention d'assistance en matière administrative et en matière de stratégie et de développement, précisant que la société holding prendrait part activement à la stratégie et au développement de la société filiale [...] ».

6. Ainsi, le notaire amené à intervenir dans le cadre d'une opération de transmission doit impérativement attirer l'attention de son client sur la nécessité pour lui d'être en mesure de prouver la réalité de l'animation. Cette preuve résulte d'un faisceau d'indices concordants. Cette animation effective devra être matérialisée par tout moyen de preuve et notamment par une documentation juridique mettant en lumière :

- la prise de décision au niveau de la société holding et la définition par celle-ci de la conduite de la politique du groupe,
- le respect par les filiales animées de la stratégie ainsi définie,
- le contrôle par la société holding du respect par les filiales de la stratégie mise en place.

En pratique, ce point est souvent sensible. Il est en effet fréquent que le dirigeant dont la société holding anime effectivement le groupe ne prenne pas les précautions suffisantes pour matérialiser l'activité d'animation. Cette situation est particulièrement vraie lorsque le dirigeant de la société holding est également dirigeant des filiales animées. Il est en effet rare que ce dernier prenne le soin d'établir des comptes rendus de l'organe de direction dont il est membre au sein de la société holding pour matérialiser ce qu'il devra lui-même mettre en œuvre en qualité de dirigeant des filiales animées ! Et pourtant, telle serait sans doute la solution à adopter dans une perspective de transmission. On perçoit ici les limites imposées par les exigences fiscales avec la réalité de fonctionnement d'un groupe de sociétés.

L'animation effective devra être matérialisée par tout moyen de preuve

Les différents rapports des organes de direction de la société holding et de ses filiales mettant en lumière l'activité d'animation devront être utilement complétés par une convention d'animation conclue entre la société holding et les filiales qu'elle anime. Cette convention, si elle semble nécessaire, n'est à l'évidence et après analyse de la jurisprudence, toutefois pas suffisante pour matérialiser à elle seule l'activité d'animation.

Le caractère essentiel de la prépondérance de l'activité d'animation

7. Une fois l'activité d'animation effective de la société holding établie, le notaire en charge de la transmission des titres d'une telle société doit s'interroger sur le point de savoir si cette activité est « prépondérante ». En d'autres termes, il convient de s'assurer que l'activité d'animation effective est bien l'activité développée à titre principal par la société holding.

En l'absence de dispositions légales sur ce point, il est ici nécessaire de se référer aux critères développés par la doctrine administrative pour les sociétés ayant une activité mixte, transposés aux sociétés holdings animatrices. Il résulte en effet de l'analyse des derniers arrêts rendus tant par les juridictions civiles qu'administratives, que l'administration fiscale tente d'appliquer aux sociétés holding les critères de la prépondérance tels que figurant dans le Bofip - jusqu'à l'arrêt du Conseil d'État rendu le 23 janvier dernier - et applicables aux sociétés ayant une activité mixte, savoir : « Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du montant du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut) » (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 <n° 20*). Toutefois, ces critères sont-ils applicables aux sociétés holdings animatrices ?

8. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 5 mars 2018 (*CA Paris 5-3-2018 n° 16/08688 : SNH 13/18 inf. 5*) invite à considérer que le critère de la prépondérance s'applique aux sociétés holding animatrices. La cour indique en effet : « il se dégage de l'ensemble de ces textes que le dénominateur commun est que l'activité civile ne doit pas être prépondérante. Il s'en déduit que contrairement à ce qu'affirment les contribuables le critère de la prépondérance civile s'applique également aux sociétés holdings animatrices de leur groupe ». S'agissant de définir la prépondérance, la cour d'appel écarte toutefois le critère du chiffre d'affaires développé par la doctrine administrative au motif que celui-ci est « inopérant pour les sociétés holdings animatrices de leur groupe ». Elle invite à se référer au critère de l'actif brut immobilisé et à procéder à une analyse du bilan de la société holding. La cour précise cependant que « l'analyse du bilan de la société holding [...] ne saurait suffire sans considération des activités du groupe ».

Cet arrêt, rendu par une juridiction civile, même s'il n'est sans doute pas exempt de toutes critiques, donne au praticien des indices quant à la démarche à adopter en présence d'une société holding dont la transmission des titres est envisagée. Il semble tout d'abord qu'il faille considérer que les critères de la prépondérance de l'activité opérationnelle – tels que définis jusqu'alors par la doctrine administrative – puissent s'appliquer partiellement à la notion de société holding animatrice. En effet, si le critère du chiffre d'affaires n'est pas retenu par la cour d'appel, cette dernière invite cependant à se référer à l'autre critère qu'est celui de l'actif brut immobilisé. Toutefois les termes de la cour peuvent laisser perplexe et semblent relativement imprécis : en effet, parle-t-on d'une valeur comptable de l'actif brut ? D'une valeur vénale ? Que doit-on entendre précisément par actif brut immobilisé ? Il nous semble que ces critères pour paraître pertinents doivent être compris comme conduisant à devoir effectuer une comparaison entre d'une part, la valeur vénale de l'actif brut total de la société, et d'autre part, la valeur vénale des participations animées. Ainsi dès lors que l'analyse du bilan permettrait de révéler que les participations animées ont une valeur supérieure à plus de la moitié de l'actif brut total, alors l'activité éligible devrait pouvoir être regardée comme prépondérante. En d'autres termes la société holding devrait être considérée comme animatrice à condition (i) d'une part qu'elle anime ses participations et (ii) d'autre part que la valeur vénale de ses participations animées représente plus de 50 % de son actif brut total.

L'interprétation exacte des critères posés par cet arrêt méritera bien entendu d'être confirmée par la Cour de cassation. Cette interprétation de la Haute Juridiction sera d'autant plus importante que les critères de la prépondérance, tels que définis par la doctrine administrative, n'existent aujourd'hui plus, et ce depuis l'arrêt du Conseil d'État du 23 janvier 2020.

9. Cette analyse peut être rapprochée des précisions fournies par le Conseil d'État dans l'arrêt d'assemblée plénière du 13 juin 2018 précité n° 5. En effet, après avoir souligné l'importance du critère

lié à l'activité d'animation principale par la société holding, la Haute juridiction invite également à considérer que le caractère principal de l'animation s'apprécie en tenant compte de la valeur de la participation animée par rapport à celui des autres actifs détenus par la société holding : « ce qui permet de considérer que, pendant cette période [...], la part de la valeur vénale de la société [opérationnelle] dans l'actif de la société [holding] a décru pour atteindre, à la date de la cession, le chiffre de 56,2 % ». La notion de valeur vénale est ici expressément visée. La référence à la valeur vénale nous semble particulièrement bienvenue en ce qu'elle précise l'approche devant être retenue pour évaluer la prépondérance de l'activité d'animation. Quoique rendu par la juridiction administrative, cet arrêt devrait, selon nous, pouvoir aider le praticien à affiner son analyse quant au caractère animateur de la société holding dont la transmission est envisagée.

10. On soulignera que les arrêts rendus par la Cour de cassation le 19 juin 2019 (*Cass. com. 19-6-2019 nos 17-20.559 et 17-20.560 : SNH 24/19 inf. 4*) conforteront également l'analyse selon laquelle une société holding peut bien être considérée comme animatrice dès lors que cette activité est prépondérante, et donc quand bien même elle n'animerait pas l'intégralité des filiales qu'elle détient. Soulignons qu'un projet de Bofip non publié précisait sur ce point qu'« il est admis que le caractère animateur d'une société holding ne soit pas remis en cause lorsqu'une ou plusieurs filiales ne sont pas contrôlées et/ou animées à la condition que les filiales contrôlées et animées représentent plus de 50 % de l'actif brut de la société holding animatrice ». Ces arrêts sont donc particulièrement bienvenus. Ils donnent au praticien une visibilité sur cette question fréquente en pratique et qui contraignait bien souvent le dirigeant à procéder à des restructurations préalables à la transmission projetée.

11. Au regard de ces développements et compte tenu de l'arrêt du Conseil d'État du 23 janvier 2020 annulant les commentaires de la doctrine fiscale relatifs à la prépondérance, l'on peut s'interroger sur la position que le praticien doit adopter lorsqu'il est chargé par son client de l'assister dans la mise en œuvre d'une transmission portant sur les titres d'une société holding. Plusieurs observations nous paraissent pouvoir être formulées :
- l'existence de ces critères, même s'ils n'étaient pas toujours évidents à mettre en œuvre ou pertinents dans leur application constituaient tout du moins une boussole pour le praticien ;
- la disparition de ces repères doctrinaux doit conduire à se rattacher davantage encore aux positions jurisprudentielles. Toutefois, ces dernières étaient elles-mêmes jusqu'alors construites par référence aux critères établis par la doctrine administrative et transposés aux sociétés holding ;
- il est possible de supposer - et il serait souhaitable - qu'en l'absence de ces critères dans la doctrine fiscale, la Cour de cassation et le Conseil d'État poursuivent leur construction jurisprudentielle en affinant et précisant les éléments à retenir pour caractériser la prépondérance de l'activité d'animation. Une alternative plus radicale -et moins précise sans doute- consisterait à supprimer purement et simplement le critère de la prépondérance pour ne retenir qu'une définition de la société holding animatrice fondée sur la seule importance de l'activité d'animation, sans référence à toute analyse bilantielle ou valeur vénale des participations animées.

12. Dans ce contexte, comment le notaire peut-il conseiller efficacement son client et lui assurer la sécurité juridique à laquelle ce dernier peut s'attendre ?
Il est en effet un certain nombre de situations dans lesquelles l'attente d'une position jurisprudentielle unifiée et précise n'est pas possible. Certaines transmissions doivent être mises en œuvre, les intérêts économiques en jeu ne permettant pas à nos clients de patienter davantage. Dès lors comment avancer dans la réalisation de la transmission envisagée ? Quelle attitude doit adopter le praticien ? Un excès de prudence conduira bien souvent à l'immobilisme et à l'insatisfaction du client. Une prise de risque inconsidérée mènera le client vers un redressement certain et ne serait pas en adéquation avec la prudence et la rigueur dont le notaire doit faire preuve. Entre ces deux positions deux voies semblent pouvoir se dégager :
- l'une, consistant à inviter le client à placer les engagements Dutreil sur les titres des filiales animées et non sur les titres de la société holding elle-même. Cette voie efficace ignore bien entendu le débat objet des développements qui précèdent. Elle prive par ailleurs, dans certain nombre de cas, le client d'une opportunité fiscale plus grande : celle de faire bénéficier l'intégralité de la valeur des titres de la société holding de l'exonération de 75 % applicable dans le cadre du régime Dutreil, pour en limiter l'application aux seuls titres des sociétés filiales opérationnelles ;
- l'autre, sans doute rendue possible grâce à l'analyse des arrêts ci-dessus rappelés, consistant à s'assurer
- que la société holding exerce de manière certaine une activité d'animation et peut en justifier concrètement ;
- et qu'il est incontestable que la valeur vénale des participations animées représente plus de 50 % de la valeur vénale de l'actif brut total de la société holding. Plus le pourcentage sera élevé, plus il semblera confortable de réaliser la transmission dans le cadre du régime Dutreil appliqué aux titres de la société holding animatrice.

Le conseil : Après s'être assuré du caractère réel de l'activité d'animation de la société holding et de la prépondérance de cette activité, en tenant compte notamment de la valeur vénale des participations animées, le notaire doit pouvoir envisager la transmission des titres de la société en qualité de holding animatrice. Il veillera à rappeler à son client que ce caractère animateur doit se poursuivre pendant toute la durée des engagements Dutreil (collectif puis individuel).