

Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

FISCAL

Holding animatrice et régime Dutreil-transmission : quels critères retenir, quels points encore en suspens au regard de la jurisprudence récente ?

Inf. 6

LA QUESTION

Quels sont, au regard de la jurisprudence récente, les critères permettant de déterminer le caractère animateur d'une société holding dans le cadre du régime Dutreil-transmission ? Quels aspects demeurent encore à préciser ?

LA RÉPONSE

L'analyse de la jurisprudence conduit à dégager des critères permettant de déterminer avec précision le caractère animateur d'une holding : exercice effectif et caractérisé d'une activité d'animation. Toutefois, s'agissant des sociétés holding exerçant une activité mixte, des précisions restent attendues.

1. La jurisprudence des dernières années est riche d'enseignements pour le praticien. Elle conduit à dégager certains critères permettant de conforter l'analyse du caractère animateur d'une société holding dans le cadre du régime Dutreil-transmission. Toutefois ceux-ci restent encore à affiner s'agissant des sociétés holding exerçant une activité mixte.

Le contexte

2. Deux arrêts récents illustrent l'abondant contentieux régnant encore entre les contribuables et l'administration fiscale autour de la notion de société holding animatrice en matière de régime Dutreil-transmission. Par un arrêt du 29 avril 2021 la cour d'appel de Colmar précise à nouveau que le caractère animateur d'une société holding ne saurait résulter



Louis-Guillaume Lefèvre,

notaire associé à Paris,
Acteon Notaires

de la seule existence d'une convention d'animation conclue entre la société holding et ses filiales dès lors que le rôle décisionnaire de la société holding dans l'activité d'animation du groupe n'est pas démontré (CA Colmar 29-4-2021 n° 13/2021 : SNH 17/21 inf. 5). La cour d'appel de Paris a, quant à elle, par un arrêt du 4 octobre 2021, semblé reprendre la démarche de la Cour de cassation dans la recherche du caractère animateur d'une société holding exerçant une activité mixte (CA Paris 4-10-2021 n° 20/04393 : SNH 38/21 inf. 5). Ces deux décisions récentes nous invitent à procéder à un état des lieux

des critères permettant de déterminer avec précision le caractère animateur d'une société holding, mais aussi des aspects qui demeurent encore à préciser afin de pouvoir apporter au contribuable une meilleure sécurité fiscale.

Le dispositif de l'article 757 B du CGI appliqué aux sociétés holding

3. L'application du régime Dutreil-transmission permet au contribuable de bénéficier d'une réduction d'assiette taxable de 75 % sur la valeur des titres de la société transmise. Réservé par principe aux sociétés d'exploitation, c'est-à-dire aux sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, ce dispositif a été élargi aux sociétés holding animatrices de leur groupe. Ces dernières se définissent comme des sociétés qui ont pour activité principale (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n° 55) :

- la participation active à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale ;
- et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques.

Le caractère très large de cette définition suscite un contentieux abondant avec l'administration fiscale. Cependant, l'analyse de la jurisprudence conduit désormais à dégager des critères précis quant à cette notion. La connaissance de ceux-ci permettra au praticien de sécuriser la réalisation des transmissions de ces sociétés holding dans le cadre du régime Dutreil. Toutefois, les critères relatifs aux sociétés holding mixtes demeurent encore trop imprécis malgré les avancées récentes apportées par les Hautes Juridictions administratives et judiciaires. Ils mériteront à l'avenir d'être encore affinés.

Les critères permettant de déterminer avec précision le caractère animateur d'une société holding

4. Une société holding n'est éligible au bénéfice du régime Dutreil qu'à la condition qu'elle soit animatrice de son groupe, c'est-à-dire qu'elle participe activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales exerçant une activité opérationnelle. L'analyse de la jurisprudence laisse apparaître l'importance du caractère effectif de cette animation. Cette effectivité pourra être renforcée par l'existence d'une convention d'animation et devra clairement transparaître dans l'ensemble de la documentation juridique tenue par la société.

Effectivité de l'activité d'animation et caractère concret de sa mise en œuvre

5. L'effectivité de l'activité d'animation est tout d'abord déterminante. L'éligibilité de la société holding au bénéfice du régime Dutreil en dépend directement. Il est donc indispensable que le contribuable puisse démontrer que c'est bien la société holding qui définit la politique d'ensemble du groupe et qu'elle s'assure de sa mise en œuvre par ses filiales.

La conduite de la politique du groupe matérialisant l'animation effective de la société holding doit résulter d'éléments concrets qui ne peuvent se réduire à la seule participation au capital des filiales ou à l'exercice de mandats sociaux ou de fonctions de direction. L'animation doit être réelle et effective. La Cour de cassation précise depuis longtemps déjà l'importance de ce critère (*en ce sens, 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*).

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° 03-13.767 F-PB : RJF 5/05 n° 508*).

Lorsque aucun élément ne semble être à lui seul suffisant pour démontrer le caractère animateur de la société holding, le Conseil d'État, invité par un arrêt d'assemblée plénière du 13 juin 2018, rendu en matière de plus-value de cession de titres, mais transposable au régime Dutreil, à se référer à un faisceau d'indices tels que l'exercice des fonctions de direction par une même personne au niveau de la société holding et de la filiale, l'existence de procès-verbaux du conseil d'administration de la société holding attestant de « sa participation, conformément à ses statuts, à la conduite de la politique des filiales, en faisant état de plusieurs actions concrètes », ou la conclusion 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 [...] » (*CE 13-6-2018 n° 395495 : RJF 10/18 n° 965*).

6. Par un arrêt du 3 mars 2021, la Cour de cassation s'est à nouveau prononcée sur le caractère animateur d'une société holding et l'importance de la mise en œuvre concrète de l'activité d'animation (*Cass. com. 3-3-2021 n° 19-22.397 FS-PR : SNH 10/21 inf. 4*). La Haute Juridiction a en effet à nouveau précisé que la détermination du caractère animateur de la société holding ne saurait résulter de la seule « structure mise en place et des moyens dont la société holding disposait pour animer sa filiale, mais du caractère concret de leur mise en œuvre ».

La Haute Juridiction poursuit dans cette même voie par un arrêt du 23 juin 2021 en déniait le caractère animateur d'une holding après avoir notamment constaté (mais cet élément n'est pas le seul) que la société holding ne dispose pas des moyens humains pour assurer, à l'égard des sociétés filiales, l'ensemble des fonctions support, d'assistance et de conseil qui lui sont dévolues par les conventions (*Cass. com. 23-6-2021 n° 19-16.351 F-D : SNH 24/21 inf. 4*).

L'analyse de ces arrêts permet de mettre en lumière le caractère essentiel pour la Haute Juridiction de l'effectivité de l'animation, lequel implique la mise en œuvre de moyens concrets, y compris financiers ou humains, caractérisant cette activité d'animation.

Existence d'une convention d'animation : critère important mais non suffisant

7. L'activité d'animation exercée par la société holding à l'égard de ses filiales sera très souvent encadrée juridiquement par une convention d'animation. Cet acte, s'il constitue un des éléments du faisceau d'indices permettant de caractériser l'existence de l'activité d'animation, revêt donc une importance particulière sans être à lui seul suffisant. Ainsi que nous venons de le constater, la jurisprudence accorde en effet une importance particulière à l'effectivité de l'activité d'animation. Ce qui est donc essentiel pour la société holding c'est d'animer, plus que de prévoir dans un document juridique que son rôle est d'animer !

Par un arrêt du 29 avril 2021 la cour d'appel de Colmar précise à nouveau que le caractère animateur d'une société holding ne saurait résulter de la seule existence d'une convention d'animation conclue entre la société holding et ses filiales, dès lors que le rôle décisionnaire de la société holding dans l'activité d'animation du groupe n'est pas démontré. En l'espèce, l'activité d'animation par la société holding semblait, au regard de la convention d'animation, limité à un rôle d'assistance excluant toute possibilité de prise de décision pour le compte des filiales, sauf autorisation expresse de celles-ci (*CA Colmar 29-4-2021 n° 213/2021 : SNH 17/21 inf. 5*).

La Cour de cassation a également eu l'occasion récente de rappeler cette position par l'arrêt du 23 juin 2021 précité (*Cass. com. 23-6-2021 n° 19-16.351 : voir supra n° 6*). En effet, dans cette affaire une convention d'animation précise et reprenant les différents points permettant de caractériser l'activité d'animation avait bien été conclue entre la société holding et ses filiales. La société holding s'engageait dans la convention à assumer « la direction et le management stratégique des filiales », à leur fournir « l'assistance et le conseil dont elles auront besoin dans les domaines financier, comptable, commercial, technique et des ressources humaines ». La convention prévoyait encore que la société holding avait « seule qualité pour élaborer et diriger la politique générale du groupe et ses orientations stratégiques... ». Le document précisait enfin que les sociétés filiales « veillent à ce que leurs décisions opérationnelles soient conformes à ladite politique ». La Cour de cassation, après avoir rappelé que l'effectivité de l'activité d'animation doit résulter « d'un faisceau d'indices permettant d'établir que la société holding a la charge de la gestion stratégique du groupe... », précise qu'en l'espèce l'effectivité du rôle d'animation de la société holding n'est pas caractérisé dès lors que les prestations devant être fournies par celle-ci et décrites dans les conventions n'ont pas été suivies de la contrepartie financière prévue pour chaque filiale signataire et que la société holding ne disposait pas des moyens humains nécessaires à l'accomplissement de sa mission d'animation.

8. La mise en place d'une convention d'animation, même rédigée avec précision, n'apparaît donc pas comme suffisante pour assurer le caractère animateur de la société holding. Elle permettra toutefois de renforcer la mise en évidence de l'effectivité de l'animation. Dans l'hypothèse où le notaire serait amené à prêter son concours à la rédaction d'un tel acte, il conviendra donc de prendre toutes précautions afin de pouvoir matérialiser les engagements précis de la société holding à l'égard de ses filiales. La définition de la politique du groupe et sa mise en œuvre effective devront apparaître comme des prérogatives exclusives et essentielles de la société holding. Les moyens concrets de sa mise en œuvre devront également clairement être soulignés, ainsi que les modalités de respect de ce contrôle par la société holding. Il s'avérera essentiel également que la convention insiste sur les moyens humains et financiers dont disposera la société holding à l'effet de mener à bien sa mission.

La convention d'animation devra par ailleurs être enregistrée afin d'être opposable à l'administration fiscale ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Lyon par un arrêt du 24 novembre 2020 (*CA Lyon 24-11-2020 n° 19/03679 : SNH 1/21 inf. 6*).

Caractère essentiel de la tenue d'une documentation juridique laissant apparaître l'activité d'animation

9. L'analyse de la jurisprudence met également en lumière l'importance de la tenue d'une documentation juridique permettant de matérialiser le caractère concret de l'activité d'animation.

À ce titre, la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 décembre 2013, considéré qu'une société holding ne peut pas être animatrice dès lors que (*Cass. com. 10-12-2013 n° 12-23.720 F-PB : RJF 4/14 n° 404*) :

- les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de la société holding ont trait à l'activité de cette société comme gestionnaire de ses participations sans établir qu'elle a eu un rôle réel de direction des filiales;

- ces procès-verbaux ne démontrent pas que la société holding participait activement à la gestion des sociétés du groupe en prenant des décisions de politique commerciale ou d'orientation stratégique.

Dans un arrêt du 28 septembre 2020 la cour d'appel de Paris reprend cette même démarche et souligne l'importance de la documentation juridique propre à caractériser l'effectivité de l'activité d'animation (*CA Paris 28-9-2020 n° 19/09773 : SNH 34/20 inf. 5*). En l'espèce l'animation effective du groupe n'était mise en évidence dans aucun des rapports de gestion ni documents sociaux. En outre, les différents rapports de gestion de la société holding ne révélaient aucune prise de position stratégique de cette dernière.

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon, le 24 novembre 2020, souligne également l'importance de cette documentation juridique (*CA Lyon 24-11-2020 n° 19/03679 : SNH 1/21 inf. 6*). Au cas présent, l'activité d'animation n'a pas été retenue par la cour qui souligne « qu'aucun document n'est produit concernant le contenu des prétendues orientations stratégiques définies par la société holding ».

L'arrêt rendu le 23 juin 2021 par la Cour de cassation invite, dans la même lignée jurisprudentielle, à se référer aux procès-verbaux des organes de direction de la société holding afin d'y déceler l'exercice effectif de l'activité d'animation (*Cass. com. 23-6-2021 n° 19-16.351 F-D : SNH 24/21 inf. 4*). La Cour souligne ici que les procès-verbaux du conseil de surveillance de la société holding se bornent à « relater [...] les éléments des comptes de gestion ainsi que la présentation des comptes annuels des deux filiales et approuver la gestion des sociétés du groupe ». Elle précise que ces documents ne font en outre « état d'aucune décision ou orientation adoptée ou impulsée par le conseil de surveillance de la société holding », ni « d'aucun élément factuel attestant de directives données par la société holding aux filiales et d'une stratégie déterminée par celle-ci au sein du groupe ».

Ainsi, outre la mise en place d'une convention d'animation, il sera nécessaire afin de sécuriser la preuve du caractère réel de l'activité d'animation, d'établir une documentation juridique matérialisant cette activité et laissant apparaître que :

- la société holding définit la politique de groupe ;
- ses filiales respectent cette politique et l'appliquent ;
- la société holding contrôle bien le respect de cette politique.

Les procès-verbaux des organes de direction de la société holding, comme de ceux de chacune des filiales matérialisant cette démarche en trois temps seront ici essentiels.

Absence d'incidence de la détention d'une participation minoritaire dans une filiale

10 Précisons enfin, parmi les critères clairs établis par la jurisprudence, qu'il ne fait désormais plus aucun doute quant à la possibilité pour une société holding d'être animatrice de groupe, quand bien même celle-ci détiendrait une participation minoritaire dans certaines filiales, dès lors qu'elle a bien pour activité principale l'animation de filiales au sein desquelles elle détient une participation majoritaire (*Cass. com. 19-6-2019 n° 17-20.560 F-D : RJF 11/19 n° 1093*). La détention d'une participation minoritaire au sein d'une filiale n'est donc plus de nature à déqualifier le caractère animateur de la société holding, toutes autres conditions étant par ailleurs remplies. A contrario, une holding qui ne détient le contrôle d'aucune filiale opérationnelle ne peut pas être animatrice, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation (*Cass. com. 3-3-2021 n° 19-22.397 FS-PR : SNH 10/21 inf. 4*).

Holding animatrice et activité mixte : des critères affinés mais encore imprécis

11. Si les éléments permettant de définir le caractère animateur d'une société holding sont de plus en plus précis, certaines zones d'ombres subsistent encore s'agissant des sociétés holding exerçant à la fois une activité opérationnelle d'animation et une activité civile. Dans cette situation et malgré les précisions essentielles apportées récemment par chacune des Hautes Juridictions, judiciaire et administrative, les critères mériteraient encore d'être affinés.

En présence d'une holding développant une activité mixte, l'enjeu est en effet de savoir si l'activité d'animation est prépondérante et supplante donc l'activité civile. Dans l'affirmative, et toutes autres conditions étant remplies, la société holding peut bénéficier du régime fiscal Dutreil de faveur.

Par son arrêt du 23 janvier 2020, le Conseil d'État a, pour la première fois, précisé que cette prépondérance s'apprécie « en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice » (*CE 23-1-2020 n° 435562 : SNH 5/20 inf. 1*). Cette décision rendue par la juridiction administrative concernait toutefois directement les sociétés ayant une activité mixte, et non les sociétés holdings.

La Cour de cassation, par sa décision du 14 octobre 2020, précise que « cette prépondérance [s'apprécie] en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice » (*Cass. com. 14-10-2020 n° 18-17.955 FS-PB : SNH 35/20 inf. 1*). La Haute Juridiction confirme expressément que les sociétés holding sont assimilées aux sociétés ayant une activité mixte, éligibles au bénéfice du régime Dutreil dès lors

qu'elles ont pour activité principale – donc non exclusive – l'animation de leurs filiales. Ce caractère principal de l'activité d'animation doit être retenu « notamment lorsque la valeur vénale au jour du fait générateur de l'imposition » – donc à la date de la transmission – « des titres des filiales animées – représente plus de la moitié de son actif total ». La chambre commerciale invite ainsi à retenir la valeur vénale des participations animées et à la comparer à la valeur vénale de l'actif total de la société holding. Cette indication nous semble bienvenue et source d'une meilleure lisibilité s'agissant de la détermination du caractère animateur de la société holding. On retiendra aussi que ce critère, s'il est essentiel ne semble pour autant pas constituer un impératif absolu, comme le laisse penser l'emploi du terme « notamment ». Une société holding ayant une activité mixte pourrait donc être animatrice, quand bien même elle ne répondrait pas à ce critère, dès lors que l'activité d'animation resterait principale et qu'un faisceau d'autres indices permettrait de le démontrer. Mais sur quels autres éléments se fonder ? La prépondérance de l'activité d'animation doit-elle pouvoir toujours être corroborée par les chiffres figurant au bilan de la société holding ? Dans l'affirmative, la notion « d'actif total » évoquée par la Cour de cassation correspond-elle bien à l'actif brut total de la société holding ? Si tel est le cas, doit-on bien comprendre qu'il s'agit de la valeur vénale, donc réévaluée, de cet actif, ce qui semblerait cohérent ? Ces critères mériteraient, selon nous, encore quelques précieux ajustements.

Reprenant cette analyse, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 4 octobre 2021, précise que la prépondérance de l'activité d'animation s'apprécie en prenant en considération (*CA Paris 4-10-2021 n° 20/04393 : SNH 38/21 inf. 5*) :

- l'affectation des liquidités de la société holding (réinvestissement dans une activité économique) ;
- la part des actifs de la société pouvant être affectée à une activité industrielle ou commerciale ;
- l'actif immobilisé affecté à l'activité professionnelle en comparaison avec l'actif brut total de la société.

La cour se réfère cette fois non pas à la valeur vénale des titres des filiales en comparaison à l'actif total de la société holding, comme l'y invite la Cour de cassation, mais à l'actif immobilisé affecté à l'activité professionnelle en comparaison avec l'actif brut total de la société. Sans être très éloigné de la position retenue par la Cour de cassation, ce critère reste ici maladroit. Que faut-il entendre précisément par « l'actif immobilisé affecté à l'activité professionnelle » pour une société holding ? Cet arrêt illustre la nécessité d'obtenir encore quelques précisions de la Haute Juridiction afin que les transmissions de telles structures puissent enfin intervenir dans des conditions lisibles et sécurisées pour le dirigeant.

Le conseil : L'analyse de la jurisprudence met en lumière les critères de plus en plus précis devant être réunis pour pouvoir qualifier une société de holding animatrice. L'effectivité de l'activité d'animation, étayée par la mise en place d'une convention d'animation et d'une documentation juridique sur ce point sera déterminant. S'agissant des sociétés holding mixtes, malgré l'avancée majeure permise par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2020 (*voir supra n° 11*), des éclaircissements semblent encore nécessaires.