

**LA HOLDING AU SERVICE  
DE LA TRANSMISSION  
DES ENTREPRISES  
FAMILIALES : UN CADRE  
LÉGAL GLOBALEMENT  
SATISFAISANT MAIS  
ENCORE IMPARFAIT**

*Septembre 2015*

 **EDHEC**  
BUSINESS SCHOOL

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

Introduction > P.05

1. L'effet de levier, avantage incontestable de la holding familiale > P.9
2. Une évolution favorable mais incomplète du cadre législatif et réglementaire : portée et limites du Pacte Dutreil > P.17
3. La nécessité de sécuriser le concept de holding animatrice > P.23

Recommandations > P.29

Bibliographie > P.33

---

Ce document constitue une synthèse de travaux scientifiques conduits au sein de l'EDHEC. Pour plus d'informations, nous vous prions de vous adresser à la direction de la recherche de l'EDHEC : [research@drd.edhec.edu](mailto:research@drd.edhec.edu)

Les opinions exprimées sont celles des auteurs et n'engagent pas la responsabilité de l'EDHEC.

## RÉSUMÉ

Le recours à une société holding présente de nombreux avantages dans un contexte d'entreprise familiale. L'effet de levier juridique peut permettre d'assurer une transmission du pouvoir de contrôle et des droits sur le capital en fonction des objectifs poursuivis par le fondateur et ses héritiers. L'effet de levier financier offre l'opportunité à ces héritiers de financer, si besoin est, l'acquisition des parts. Quant à l'effet de levier fiscal, dans le cadre d'un family buy out, il a pour effet de réduire l'impact fiscal de l'opération.

Il est important de souligner l'intérêt et les bienfaits pour les entreprises familiales que l'autorisation formelle du *Family Buy-Out* a apportés. Il n'en reste pas moins que les détails de sa mise en œuvre, comme les modalités de sa compatibilité avec les autres régimes déjà existants, restent à soigner pour faire disparaître les zones d'incertitudes liées à cette opération.

La création puis le développement du Pacte Dutreil, dont le régime a été soumis à un certain nombre de modifications successives, ont apporté des solutions intéressantes pour la transmission des entreprises familiales. Cependant, certaines imperfections demeurent et une certaine insécurité juridique est apparue, en particulier relativement à la notion de holding animatrice. Il est souhaitable que ces imperfections puissent être corrigées. Cette correction pourrait être faite de deux manières. Par le législateur d'une part. Mais le risque serait alors de voir l'une des si nombreuses lois de finances rectificatives modifier à nouveau la notion. Le juge pourrait, d'autre part, figer une définition de la holding animatrice, mais ce serait sans compter la possibilité d'un revirement tel que celui de 2013.

L'insécurité est un mal auquel doivent faire face chaque jour les contribuables par l'intermédiaire de leurs conseils juridiques et fiscaux (pour ceux qui en disposent...). Si elle n'est malheureusement pas l'apanage des entreprises familiales, la notion de holding animatrice nous en donne ici un exemple significatif et conforte la nécessité, pour le bien de tous, de faire progresser cette notion, comme notre système de manière plus globale, vers plus de sécurité juridique.

## A PROPOS DES AUTEURS



**Margaux Gautreau**



**Cécile Le Tarnec**



**Estelle Mugnieri**



**Guillaume Teisserenc**

Etudiants au sein du cursus Grande Ecole de l'EDHEC, puis du LLM de l'EDHEC, 2015

## SOUS LA DIRECTION DE



**Emmanuelle Deglaire** est professeur à l'EDHEC, spécialisée en fiscalité et en droit des sociétés. Elle a obtenu son doctorat en soutenant sa thèse sur la fiscalité des sociétés de personnes sous la direction du Professeur Cozian. Elle a quitté la profession d'avocat pour rejoindre l'EDHEC en Septembre 2009 où elle enseigne le droit des affaires dans nombre de ses composantes. Elle dirige également le MSc Entrepreneurship & Innovation Management de l'Ecole où elle enseigne le cours « Legal & Tax issues for Entrepreneurs ».



**Christophe Roquilly** est professeur à l'EDHEC Business School, où il occupe les fonctions de Doyen du Corps Professoral et de la Recherche et dirige le Centre de recherche LegalEdhec. Il est l'auteur de nombreuses publications en France et à l'étranger, dans des revues académiques et professionnelles, en droit et en management. Ces publications sont dédiées aux relations entre le droit et la stratégie, le management des risques juridiques, la compliance et l'éthique. Il est membre de l'Advisory Board de ECLA (European Company Lawyers Association) et du Comité Scientifique du Business & Legal Forum. Il intervient également régulièrement dans le cadre de conventions de directions juridiques de grandes entreprises, ainsi que dans les médias.



# INTRODUCTION



## INTRODUCTION

Le modèle de l'entreprise familiale a longtemps été considéré par les historiens de l'entreprise comme un vestige d'une époque révolue, celle du XIX<sup>ème</sup> siècle et du « paternalisme ». Pour Landes, le retard de la France au XIX<sup>ème</sup> siècle pouvait même s'expliquer par le poids que représentaient les entreprises familiales dans son économie, caractérisées par leur manque d'innovation (Allouche et Amann, 2000 ; voir également Chandler, 1990). Depuis la crise économique de 2008, des études, notamment menées par Price Waterhouse Coopers, KPMG, Deloitte et Ernst & Young, ont montré que les entreprises familiales avaient beaucoup mieux résisté que les autres à cette crise, et qu'elles présentaient de meilleures performances financières. Les entreprises familiales représentent à l'échelle européenne 60% des entreprises et 14% du PIB (Tandeau de Marsac, 2014). Une étude du Groupement des Entreprises Familiales et du Family Business Network (2007) a aussi mis en évidence que la proportion d'entreprises familiales dans l'économie française était de 83%. On peut aussi relever que 49% des emplois en France sont liés à une entreprise familiale.

Selon Tagiuri et Davis (1996), une entreprise familiale est une « *organisation où plusieurs membres de la famille étendue influencent la direction de l'entreprise à travers des liens de parenté, des postes de management ou des droits de propriété sur le capital* ». Le Groupement Européen des Entreprises Familiales et le Family Business Network (2007) proposent une définition plus sophistiquée : « *Une entreprise est une entreprise familiale si :*

*1) La majorité des votes est dans la possession de la personne physique qui a fondé l'entreprise, dans la possession de la (des) personne(s) physique(s) qui ont acquis leur part de capital ou dans la possession de leur époux, parents, enfants ou descendants de leurs enfants.*

*2) La majorité des votes peut être directe ou indirecte.*

*3) Au moins un représentant de la famille est impliqué dans le management ou l'administration de l'entreprise*

*4) Les entreprises cotées rentrent dans la définition de l'entreprise familiale si la personne qui a fondé ou acquis l'entreprise ou leur famille ou leurs descendants possèdent 25% des droits de vote ».*

Plusieurs facteurs-clés de succès des entreprises familiales ont été identifiés (notamment Habberson et Williams, 1999). Un premier facteur est la gestion efficace des conflits au sein de ces entreprises. Ce type de risque y est en effet plus important que dans les autres entreprises en raison des liens affectifs qui existent entre les membres. Selon une étude menée en 2012 par PWC, en partenariat avec le Family Business Network France, 79% des entreprises familiales ont adopté au moins un mécanisme de prévention et de résolution des conflits, ce qui n'est pas forcément le cas dans d'autres types d'entreprises (PWC Family Business Survey, 2012).

Un autre facteur important est le concept de « *familiness* » qui désigne « *les ressources uniques que possède une entreprise suite aux systèmes d'interactions entre la famille, les*

*membres de la famille et l'activité* » (Tandeau de Marsac, 2014). Ce concept permet d'expliquer le surcroît de « capital social » dont bénéficient les entreprises familiales, lié à la culture de la famille, à son expérience acquise de génération en génération et à son pouvoir sur l'entreprise. Il peut être rapproché de l'analyse que font Gersick et alii (1997) de l'entreprise familiale en trois sous-ensembles qui se superposent : la famille, l'entreprise, et les actionnaires. Cette superposition des statuts – un membre de la famille peut appartenir à l'un des sous-ensembles, à deux ou aux trois – offre de multiples opportunités.

Le capital est également mieux contrôlé dans les entreprises familiales et leur indépendance financière s'en trouve renforcée. Celles-ci privilégient notamment l'autofinancement, l'emprunt bancaire et le recours à la famille, comme le montre une étude réalisée par Ernst & Young (2013), leur garantissant une meilleure autonomie et un plus grand contrôle de la société.

Enfin, les entreprises familiales ont une stratégie de long terme en lien avec l'histoire de l'entreprise et en opposition avec la vision de rentabilité court-termiste qui peut être dictée par les marchés financiers. L'objectif premier d'un dirigeant d'entreprise familiale est en effet de pérenniser au maximum son entreprise.

Ces facteurs mettent en exergue certaines spécificités des entreprises familiales, et contribuent à expliquer le succès de leur modèle de fonctionnement. Il existe néanmoins une question qui préoccupe les entreprises familiales françaises, à savoir celle de la transmission. Dans son rapport transmis en 2009 au gouvernement,

Hervé Mellerio a souligné que la transmission familiale ne représentait que 10% en France, alors qu'elle peut représenter jusqu'à 80% en Italie par exemple (Mellerio, 2009). Pourquoi une telle différence ? Afin de contribuer à apporter une réponse, nous nous sommes intéressés à l'utilisation de la holding dans les entreprises familiales. La holding est une structure juridique qui présente de nombreux avantages, en particulier celui de faciliter la transmission de l'entreprise familiale. Nous rappelons dans un premier temps ces différents avantages, pour ensuite nous attacher à montrer que la holding constitue un outil de résolution des difficultés de transmission. Puis nous mettons en évidence que le régime fiscal aménagé pour faciliter la transmission des entreprises familiales par le biais des holdings est plutôt intéressant, tout en présentant certaines rigidités. Enfin, nous abordons la question de la définition de la notion de holding animatrice, particulièrement importante pour que les mécanismes évoqués précédemment prennent toute leur force, en concluant sur des recommandations à destination des entreprises et des pouvoirs publics.







**1. L'EFFET DE LEVIER,  
AVANTAGE INCONTESTABLE  
DE LA HOLDING FAMILIALE**



# 1. L'EFFET DE LEVIER, AVANTAGE INCONTESTABLE DE LA HOLDING FAMILIALE

L'histoire des entreprises familiales françaises est riche d'exemples démontrant que la holding assure une fonction de « verrouillage » du capital social (et des droits de vote), comme en atteste l'exemple récent de la holding familiale Hermès (Pujos, 2012). Le terme « verrouillage » n'est pas à entendre comme une confiscation, mais comme un moyen non seulement de sécuriser l'actionnariat et le patrimoine par le biais de la holding, mais également de rassembler les salariés autour des valeurs de la famille, notamment à travers une charte familiale. La holding peut aussi servir à promouvoir les valeurs de la famille, par exemple par le biais de participations à des fondations ou la création d'une fondation propre qui peut elle-même être propriétaire de la holding animatrice du groupe. Ainsi le fondateur du Groupe Pierre Fabre a fait don de 60 % de ses titres à la fondation Pierre Fabre afin de pérenniser l'indépendance du laboratoire français. Cette fondation, créée en 1999, est devenue l'actionnaire de référence de la société Pierre Fabre, comme l'autorise une modification législative de 2006. Même si les fondations ne sont pas utilisables dans une optique exclusive de transmission familiale de l'entreprise, les fondations familiales se développent en France et constituent un complément intéressant aux sociétés holdings en vue de combiner vocation philanthropique et vision entrepreneuriale (Guérin, 2014 ; Guérin, Cadiou et Le Gall-Ely, 2015). Cette sanctuarisation par le biais de la holding contribue à l'atteinte d'un objectif majeur pour les familles : celui de la transmission aux générations futures.

## 1.1. LA HOLDING FAMILIALE, UN OUTIL JURIDIQUE DE STRUCTURATION INCITANT ET FACILITANT LA TRANSMISSION

La transmission est une question d'autant plus importante dans les sociétés familiales que se pose souvent la question du partage du pouvoir entre le fondateur et ses héritiers, de même que celle de la transmission équitable du contrôle et du capital aux héritiers. Certains héritiers vont souhaiter sortir de la structure familiale tandis que d'autres préféreront y rester. Cette situation est souvent difficile à gérer étant donné les divergences d'objectifs qu'il faut pouvoir concilier avec la nécessaire pérennité économique et sociale l'entreprise. La constitution d'une holding familiale se révèle être un outil juridique à même d'apporter une réponse à cette difficulté, grâce à sa structuration et à l'effet de levier qu'elle offre.

### 1.1.1 La structuration de la holding familiale

La *holding* familiale n'est pas un « type » de société en elle-même et n'a pas de forme juridique particulière qui lui serait attribuée par la loi. Elle revêt généralement la forme d'une société civile ou d'une société par actions simplifiée (SAS) en raison des opportunités de restriction et de contrôle de la transmission qu'elles permettent.

La société civile, d'une part, offre une importante souplesse étant donné que sa forme juridique permet de regrouper plusieurs personnes désirant exercer ensemble une activité civile tout en préservant l'unité du patrimoine. La holding établie sous cette forme aura généralement pour vocation la détention de participations dans des

sociétés d'exploitation. La souplesse de rédaction des statuts dans ce type de société pourra permettre à la société de n'avoir pour objet social que la détention de titres, en organisant le contrôle du capital par le chef de famille, avec des clauses statutaires prévoyant la répartition future des parts entre les membres du groupe familial en fonction de l'évolution de celui-ci. La dispersion des parts sera évitée, facilitant ainsi la transmission de l'entreprise au sein de la famille. Le plus souvent, la société civile optera pour l'impôt sur les sociétés et restera une « holding passive » n'exerçant aucune prérogative autres que celles attribuées aux associés, excluant ainsi la possibilité de certains avantages fiscaux déterminants. Cette forme juridique n'est par conséquent pas majoritaire.

Quant à la société par actions simplifiée (SAS), elle est la forme sociétaire très majoritairement privilégiée en raison des possibilités qu'elle offre pour aménager librement l'organisation et le fonctionnement de la société, ainsi que la cession des actions. Qui plus est, la SAS est une forme sociale permettant d'organiser une certaine stabilité pour l'héritier repreneur, notamment par l'instauration de différentes clauses statutaires. Parmi ces clauses on peut noter les clauses d'inaliénabilité, qui peuvent interdire aux actionnaires de céder leurs actions et ainsi stabiliser l'actionariat. Ce type de clause peut être librement aménagé, par exemple en prévoyant qu'elle ne s'applique qu'à certains actionnaires ou qu'elle ne vise que les cessions réalisées au profit de certaines personnes déterminées, afin d'éviter une prise de contrôle interne ou externe. Également, les clauses d'agrément qui soumettent les projets de cession d'actions à l'agrément des actionnaires, évitant ainsi la dispersion de

capital après une transmission. Quant aux clauses de préemption, elles peuvent donner à l'enfant « repreneur » le droit d'acheter en priorité toutes les actions dont la cession est envisagée. La SAS est ainsi la forme sociale retenue pour la holding familiale Hermès H51, dont la création avait été annoncée moins de deux mois après la révélation de l'irruption de LVMH au sein du capital d'Hermès International. Les dividendes versés par Hermès International à H51 serviront à racheter les actions Hermès détenues hors de la famille. Cette dimension est doublement stratégique : d'une part éviter que ces actions ne soient à terme rachetées par d'autres personnes (et notamment par le groupe LVMH) et d'autre part permettre que la société reste majoritairement au sein de la famille et soit transmise en son sein (Mortier, 2013 ; Daigre, 2013). Soumise par principe à l'impôt sur les sociétés, la SAS devra en toute hypothèse veiller à remplir les critères de la « holding animatrice » pour jouer pleinement son rôle d'instrument d'optimisation juridique et fiscale.

### **1.1.2 La dissociation du capital et du pouvoir, effet de levier juridique**

Un avantage majeur de la holding familiale est sa capacité à dissocier le capital et le pouvoir, permettant ainsi à une personne (en particulier le fondateur de l'entreprise) de transmettre à un héritier le contrôle de la société, sans léser pour autant ses autres héritiers d'un point de vue patrimonial. Prenons l'exemple du fondateur d'une entreprise ayant trois enfants mais souhaitant transmettre le contrôle de la société à seulement l'un d'entre eux, sans pour autant léser financièrement ses deux autres enfants. Dans cette optique, le fondateur peut constituer une holding ayant la forme d'une société commerciale dans laquelle il possèdera 100% (dans le cas d'une SAS

unipersonnelle) ou presque (dans le cas d'une SAS ou d'une autre société commerciale) des titres. Puis il va apporter à cette holding 50,1% des titres de la société d'exploitation et garder les 49,9% restants en vue de répartir judicieusement les parts de la holding et les parts de la société d'exploitation entre les héritiers. Dans un second temps, les trois enfants recevront par voie de succession l'intégralité des titres dans la société d'exploitation et dans la holding, de manière à transférer le contrôle à seulement l'un des trois enfants, tout en veillant à ce que les autres héritiers disposent autant, en valeur, que lui. Ainsi, au niveau de la holding, l'héritier repreneur recevra 50,1% et les deux autres enfants 49,9% à parts égales, soit 24,95% chacun. Pour compenser ce déséquilibre entre les trois enfants, les 49,9% de parts que possèdent le fondateur dans la société d'exploitation pourraient ainsi être transmis : 9,9% à l'enfant repreneur et 20% à chacun des deux autres, tandis que la holding détiendra les 50,1% restant. Le mécanisme utilisé a donc pour effet de conférer le contrôle à l'héritier choisi par le fondateur puisque ce dernier peut imposer sa volonté dans la holding (grâce à sa détention de 50,1%) qui elle-même pourra s'imposer dans les décisions de la société d'exploitation (grâce à sa détention de 50,1%). Pour autant, les deux autres enfants ne seront pas lésés financièrement. S'ils n'ont pas le contrôle de la holding, l'égalité en valeur entre les trois héritiers sera respectée.

La holding familiale offre donc une force de démultiplication du pouvoir d'acquisition et une possible dissociation du pouvoir de contrôle et de la détention de capital, garantissant ainsi le contrôle à l'héritier choisi tout en assurant un équilibre familial d'un point de vue financier. Ce mécanisme juridique offre une protection

patrimoniale d'autant plus importante qu'il donne à l'héritier repreneur la majorité requise dans les assemblées générales ordinaires (plus de 50% des parts), sans lui donner la majorité requise dans les assemblées générales extraordinaires (plus de 2/3 des parts)<sup>1</sup>. Ainsi l'héritier repreneur ne peut prendre des décisions à lui seul concernant des modifications statutaires, des augmentations de capital, des fusions etc. Cet effet de levier juridique protège donc efficacement les enfants minoritaires.

## 1.2. LE DOUBLE EFFET DE LEVIER FINANCIER ET FISCAL, CONSÉQUENCE DU RECOURS À UNE HOLDING FAMILIALE

Outre l'effet de levier juridique que nous venons d'évoquer, la holding familiale présente aussi l'opportunité d'utiliser deux autres effets de levier, financier et fiscal.

### 1.2.1. Le family buy-out, effet de levier financier

L'effet de levier financier, en l'espèce communément appelé Leverage Buy Out Familial ou Family Buy Out, incite et facilite la transmission (Revue Fiduciaire, 2013 ; Darmon, 2013). Contrairement au mécanisme précédent qui s'inscrit dans une logique de transmission successorale, le chef d'entreprise peut vouloir recevoir une contrepartie financière à la cession de ses parts ou actions, dès lors qu'il serait animé par une recherche de financement de sa retraite.

Le Family Buy Out se déroule en trois temps avec en premier lieu une donation, puis un apport et enfin une vente (Pichard et Pichard, 2008). Le chef d'entreprise préparant la transmission évite les

1 - Nous partons ici du principe, par souci de simplification, qu'une part (ou action) = 1 droit de vote en AG. Il faut toutefois relever que dans les SAS, il est possible de dissocier participation au capital et droit de vote, quasiment sans aucune limite.

inconvénients propres à la donation et à la cession en combinant ces deux actes ; la donation seule aurait privé le fondateur de contrepartie financière et la cession seule est souvent difficile à mettre en place car elle nécessite une (forte) capacité de financement de la part de l'héritier qui doit racheter les titres.

Dans un premier temps la donation va consister pour le chef d'entreprise à donner à ses héritiers les titres de la société qu'il souhaite transmettre. Ces titres peuvent à la fois être partagés entre les héritiers et associés, repreneurs ou non, ou donnés en intégralité à l'héritier repreneur. Dans ce cas particulier, l'héritier repreneur s'engagera à verser une soulte aux héritiers non repreneurs afin de les dédommager.

Dans un second temps, les héritiers repreneurs ayant reçu les titres vont les apporter à une société holding nouvellement constituée. Cet apport présente plusieurs avantages. D'une part, la société holding pourra contracter un emprunt qui permettra de financer les soultes que l'héritier repreneur aura potentiellement à payer aux autres héritiers. Cet emprunt pourra également servir à financer le rachat des titres des autres héritiers que le chef d'entreprise ne souhaite pas voir reprendre la société. Si besoin est, l'héritier repreneur pourra utiliser les dividendes versés par la société d'exploitation à la holding afin de financer l'emprunt contracté au sein de cette dernière.

Enfin, le cas échéant, la dernière étape consiste dans le rachat des titres restants par la holding, lui permettant ainsi de contrôler la société d'exploitation.

On peut parler d'opération à effet de levier dans la mesure où les héritiers repreneurs bénéficieront du mécanisme de création de la holding pour financer le rachat des titres. Le financement sera facilité car le montant de l'emprunt contracté par la holding sera faible comparé au nombre de titres à racheter, une partie des titres ayant été reçus, le plus souvent, à titre gratuit, et la durée de remboursement sera réduite étant donné que la participation de la holding dans la société d'exploitation lui assurera la remontée de dividendes. L'idée est que la société acquise par emprunt rapportera plus que le coût de l'emprunt, ce qui justifie ce financement par endettement.

La constitution d'une holding familiale, à travers le mécanisme du Family Buy Out, est un instrument extrêmement efficace en matière de transmission. Elle présente l'avantage indéniable de palier les problèmes de financement souvent présents dans les opérations de transmission et d'assurer un transfert équitable entre les héritiers, tout en permettant le contrôle par un héritier plutôt qu'un autre.

### 1.2.2. Le family buy-out, effet de levier fiscal

Comme dans toute opération de LBO, l'intérêt fiscal principal du recours à la holding dans le FBO est de diminuer la charge fiscale liée à la remontée des dividendes destinés à rembourser l'emprunt. En effet, quand les dividendes sont distribués à une personne physique, à savoir ici le repreneur lui-même, ce sont alors les règles de l'impôt sur le revenu qui s'appliquent. Ainsi les intérêts d'emprunt ne constituent pas une charge déductible des dividendes reçus. Et un prélèvement de l'ordre de 36%, après abattement et prélèvements sociaux compris, viendra limiter la capacité de remboursement du repreneur.

En revanche, en cas de constitution d'une holding, celle-ci pourra non seulement déduire les charges financières de sa base imposable mais elle bénéficiera en sus d'une exonération des dividendes reçus dans le cadre du régime mère-fille. Sous réserve de la quote-part de frais et charges, elle pourra ainsi affecter 100% des distributions reçues au remboursement de la dette. Mieux encore, l'intégration fiscale permettra de gommer les frottements liés à la superposition des deux entités que sont la société holding et la société d'exploitation.

L'économie fiscale est substantielle et justifie pleinement l'interposition d'une holding : c'est le levier fiscal.

Simple à première vue, l'application du levier fiscal aux opérations de *FBO* n'allait pas nécessairement de soi. En effet, l'article 787-B du Code général des impôts prévoit une exonération des droits de mutation à hauteur de 75%, sous certaines conditions. Parmi ces conditions, il faut que la société dont les titres sont cédés ait une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Ces mêmes titres doivent avoir fait l'objet d'un engagement collectif de conservation pour une durée minimale de deux ans, d'un engagement individuel de conservation de 4 ans et représenter un pourcentage important du capital social. Ces conditions sont celles d'application du Pacte Dutreil sur lequel nous reviendrons plus en détail.

Cet apport de titres à la holding a longtemps été vu comme une rupture de l'engagement individuel de conservation permettant l'exonération à hauteur de 75% des droits de mutation. En effet, les titres changent de propriétaire. Depuis 2005, l'article

787-B du Code général des impôts prévoit cette situation en son paragraphe f et considère qu'elle ne constitue pas une rupture de l'engagement individuel de conservation dans la mesure où plusieurs conditions sont remplies : d'une part si la holding a 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 ; d'autre part si la société bénéficiaire de l'apport est détenue en totalité par les personnes physiques bénéficiaires de l'exonération ; enfin, si la société bénéficiaire de l'apport prend l'engagement de conserver les titres apportés jusqu'au terme de l'engagement prévu et si les héritiers, donataires ou légataires, associés de la société bénéficiaire des apports conservent les titres reçus en contrepartie de l'opération d'apport. Le *FBO* permet donc désormais de cumuler levier fiscal et abattement Dutreil de 75% sur les droits de mutation à titre gratuit.

Une incertitude existe cependant sur les modalités de ce cumul. La question se pose de savoir si l'apport en question est envisageable même durant la phase d'engagement collectif de conservation des parts ou actions qui intervient à la suite de ces deux ans d'engagement collectif. En effet, ce délai de deux ans de l'apport peut générer certains problèmes, soit au niveau du financement de la soulte, soit en créant une potentielle imposition de la plus-value entre la transmission et l'apport. La position de l'administration fiscale semble pour le moment tendre vers une remise en cause de l'exonération partielle si jamais l'apport est effectué durant la phase d'engagement collectif et après la transmission<sup>2</sup>, et ce même si la holding est elle-même signataire du Pacte Dutreil (Desbuquois,

2 - Voir le Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519.

2013), alors même que le texte du Code général des impôts énonce qu'une cession, même à titre onéreux, est envisageable durant les engagements de conservation si elle est actée entre les signataires du pacte. La seule possibilité résiderait dans la réalisation de l'apport avant la transmission, ce qui contredit la chronologie du *FBO* (Fruleux, 2013). L'administration justifie cette position par le fait que les apporteurs ne seraient pas en mesure de respecter ensuite leur propre engagement individuel. La seule solution envisageable serait que l'enfant repreneur engage un crédit en son nom propre afin de financer la soulte, avant que la holding ne prenne le relais. Cette solution est cependant loin d'être satisfaisante, le *FBO* ayant précisément pour objet de faire souscrire le crédit par la holding, et non par le repreneur. Un éclaircissement des textes sur ce point serait donc utile.

Plus qu'un éclaircissement, c'est une correction des textes qui serait en réalité pertinente. En effet, le système du *Family Buy-Out* présente un réel inconvénient : il fait perdre aux héritiers l'avantage du paiement fractionné et différé, ce qui est loin d'être négligeable<sup>3</sup>. L'administration offre la possibilité aux héritiers ou donataires de parts de sociétés non cotées, s'ils sont bénéficiaires de plus de 5% d'une société, d'étaler le paiement des droits de mutation sur 15 ans (art 397 A et 404 GA à GD, ann III, Code général des impôts). Les cinq premières années, seul est dû l'intérêt légal, puis le paiement des droits de mutation eux-mêmes est étalé sur les dix années suivantes. Le taux peut même être divisé par 3 si chacun des bénéficiaires reçoit plus de 10% du capital social et qu'au total plus de 30% de celui-ci est transmis. Le taux légal étant actuellement très faible (0,04% en 2014, soit un taux applicable en pratique de 0%), cette

mesure est un avantage certain à la transmission d'entreprise. Si le mode de calcul du taux légal a été revu en 2015, conduisant à sa hausse<sup>4</sup>, le système de délai et de fractionnement des droits reste une grande opportunité pour les entreprises familiales. L'administration précise toutefois que la cession de plus d'un tiers des parts reçues durant le délai de remboursement remet en question le fractionnement et le délai de paiement. L'apport pur et simple (sans contrepartie financière) des titres à une holding ne remet pas en cause ce délai, si tant est que le bénéficiaire conserve les titres de la holding durant tout le délai d'échelonnement. Toutefois, dans le cadre du *Family Buy-Out*, le fait qu'une soulte prise en charge par la holding soit versée afin de dédommager les enfants non-repreneurs est assimilé à un apport à titre onéreux. Ainsi, si le montant de la soulte excède le tiers des biens bénéficiant du paiement différé, les droits encore en suspens seront immédiatement et en totalité dûs, ce qui témoigne de la complexité du dispositif Dutreil et des incohérences qu'il crée. En effet, cet apport dit mixte (en contrepartie de parts de holding mais aussi d'un apport financier représenté par cette soulte) a été admis en 2009 mais la mesure n'a pas été étendue à ce délai de paiement.

Une dernière limite à l'efficacité du *Family Buy-Out* doit être soulignée. Elle tient au fait que, comme nous l'avons précisé précédemment, les conditions relatives à la holding repreneuse des titres sont assez strictes et excluent la possibilité que celle-ci devienne une holding animatrice de groupe (Fruleux, 2013) tant que les engagements de conservation sont en cours, sous peine de requalification de l'exonération partielle. Cette holding devrait rester pure jusqu'à extinction des engagements de conservation. De manière très

3 - Voir le dossier FBO de la Revue Fiduciaire. [http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20135/rfiducgu20135\\_0400\\_57043D.html?section=s10#s10](http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20135/rfiducgu20135_0400_57043D.html?section=s10#s10).

4 - Voir la note de la Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) et du Ministère en charge de la justice, <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F783.xhtml>.

concrète, cette exigence posée par le texte rend incertaine le bénéfice de l'exonération au titre de l'Impôt sur la Fortune.

Il est important de souligner l'intérêt et les bienfaits pour les entreprises familiales que l'autorisation formelle du *Family Buy-Out* a apportés. Il n'en reste pas moins que les détails de sa mise en œuvre, comme les modalités de sa compatibilité avec les autres régimes déjà existants, restent à soigner pour faire disparaître les zones d'incertitudes liées à cette opération.



**2. UNE ÉVOLUTION  
FAVORABLE MAIS  
INCOMPLÈTE DU CADRE  
LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE :  
PORTÉE ET LIMITES  
DU PACTE  
DUTREIL**



## 2. UNE ÉVOLUTION FAVORABLE MAIS INCOMPLÈTE DU CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE : PORTÉE ET LIMITES DU PACTE DUTREIL

Comme nous l'avons précédemment souligné, la France n'est pas le meilleur élève de la classe européenne quant à la transmission des entreprises familiales. Le rapport Mellerio évoque notamment « *la réticence ou l'incapacité des patrons de PME à aborder en temps voulu le problème de leur succession, difficulté à engager en famille un dialogue constructif sur un sujet encore tabou et chargé d'émotion, faiblesse de l'accompagnement des conseillers traditionnels et leur manque de formation, etc.* » (Mellerio, 2009). Le rapport expose aussi des freins légaux à cette transmission : la nécessité en France de traiter les héritiers de manière égale, et donc de dédommager ceux qui ne succèderaient pas dans l'entreprise, ainsi que le poids majeur de la fiscalité touchant la transmission. Une bonne anticipation de cette transmission permet néanmoins désormais de baisser sensiblement les frais de mutation sous les 2%, si les conditions au cumul des exonérations sont réunies. Parmi les dispositifs légaux et fiscaux utiles, on citera l'exonération partielle due à l'âge du donateur et le possible démembrement des parts sociales ou actions. Notre propos n'ayant pas vocation à l'exhaustivité, c'est au pacte Dutreil auquel nous allons maintenant nous intéresser.

### 2.1 LE DUTREIL, UNE OPPORTUNITÉ FISCALE OFFERTE AUX ENTREPRISES FAMILIALES

Selon le rapport « *Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi* » (Institut Montaigne et ASMEP-ETI, 2013), une fiscalité trop

lourde a constitué un obstacle à la transmission des entreprises familiales durant les années 1980 et 1990 : en particulier, les droits de transmission dont le taux marginal est passé au cours de ces deux décennies de 20% à 40% (taux marginal pour une transmission en ligne directe) ; également, le fardeau de l'impôt sur les grandes fortunes (devenu Impôt de Solidarité sur la Fortune). Selon ce rapport, cette fiscalité a impacté en priorité les Entreprises de Taille Intermédiaire (ETI). Les Très Petites Entreprises et Petites et Moyennes Entreprises (TPE et PME) ont pu profiter de tranches plus basses, tandis que les Grandes Entreprises ont bénéficié pour la transmission de l'éclatement de leur capital. L'ASMEP estime à plus de 500 le nombre d'ETI vendues durant cette période, faute de pouvoir payer les frais de succession. Citons par exemple des acteurs bien connus de l'économie française tels que But, Darty ou encore Lejaby, tous trois vendus à des entreprises étrangères. En 2004, M. Garraud a estimé ainsi à l'occasion du projet de loi sur la transmission des entreprises que : « *La fiscalité des transmissions à titre gratuit demeure trop lourde. Elle entraîne fréquemment la cession de parts et, partant, le démembrement d'entreprises, situation d'autant plus choquante lorsqu'il s'agit d'entreprises familiales. Elle peut même assez souvent aboutir à des montages juridiques complexes contraires à l'intérêt économique de l'entreprise familiale et à sa bonne reprise par les héritiers* »<sup>5</sup>. Le Président Hollande a déclaré, lors de son intervention télévisée sur France 2 le 28 mars 2013, que « *La première priorité c'est la transmission d'entreprise*

5 - Voir le projet de loi sur la transmission des entreprises de 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/propositions/pion1387.pdf>.

*[...] On aménagera la fiscalité. Je mettrai à plat les choses pour que ce soit plus simple et surtout moins coûteux pour ces chefs d'entreprise ».*

La loi de Finance de janvier 2000 apporta une première réponse à cette problématique de transmission des entreprises familiales. En instaurant le pacte Migaud/Sautter/Dutreil, le législateur a permis la diminution de 50% de la base taxable lors de la transmission après décès, de parts sociales, d'actions ou d'entreprises individuelles sous condition d'engagement de conservation de ces parts ou entreprises par le légataire. Les conditions de ce qu'on appelle désormais le Pacte Dutreil ont été depuis largement assouplies et son champ d'application étendu. Il fut estimé, lors des travaux préparatoires à la loi de l'initiative économique en 2003, que « *le dispositif d'exonération des droits de succession à hauteur de 50 % de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de l'engagement de conserver les titres pour une durée de six ans au moins, n'a eu presque aucun effet, en raison de sa complexité. L'extension de ce dispositif aux donations, telle qu'elle est proposée, ne sera viable que si la condition de délai est moins restrictive et s'insère mieux dans un cycle économique plus court* »<sup>6</sup>. Le pacte permet désormais de bénéficier de l'exonération de 75% de la base taxable lors de la donation ou succession de parts de sociétés ou d'entreprises individuelles dont l'activité principale rentre dans le champ d'application du texte. En contrepartie, les bénéficiaires du pacte doivent consentir à un engagement collectif puis individuel de conservation des parts (le pacte doit concerner un certain pourcentage des parts sociales) ou de l'entreprise de 2 puis 4 ans. Une fonction de direction doit être exercée par l'un des signataires (art. 787B du Code général des impôts).

En 15 ans, la loi a connu de multiples amendements portant sur la baisse du seuil d'application du pacte, l'extension des vertus du pacte à la donation et au démembrement ou aux transmissions pour lesquelles le pacte sera réputé acquis, la hausse de l'exonération, la prise en compte de deux degrés d'interposition ou encore la création du Dutreil ISF qui permet, sensiblement aux mêmes conditions, de faire profiter aux signataires du pacte d'une exonération de 75% de la base taxable sur leurs actions pour leur imposition sur la fortune. Ce Dutreil ISF (voir art. 885 I bis du Code général des impôts), demandé activement par le MEDEF dès les travaux préparatoires à la loi Dutreil, permet aux gérants nommés conformément aux statuts d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions, aux associés en nom d'une société de personnes, aux présidents, directeurs généraux, présidents du conseil de surveillance ou membres du directoire d'une société par actions, de profiter de l'exonération de leurs parts sociales ou actions considérés biens professionnels (art. 885 N et 885 O bis du Code général des impôts).

Il faut préciser que l'exonération partielle de 50% consentie pour certaines donations de parts sociales ou d'actions d'une société quand le donateur a moins de 70 ans, a été uniquement maintenue lorsque les conditions d'un Pacte Dutreil sont réunies, matérialisant la volonté de favoriser des transmissions plus précoces et d'inciter à ces engagements collectifs de conservation (voir art. 790 du Code général des impôts).

La volonté des gouvernements successifs, à travers le maintien et l'aménagement du Pacte Dutreil, est d'imposer une stabilité du capital, une contrainte de temps au sein des entreprises en contrepartie

6 - Voir Rapport fait au nom de la Commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0572-1.asp>.

de laquelle l'Etat consent à une réduction de droits. Le Rapport Gallois, ou Pacte pour la Compétitivité de l'Industrie Française, remis au Premier ministre le 5 novembre 2012, a également insisté sur la validité et l'efficacité du pacte Dutreil (Gallois, 2012).

Comme nous venons de le voir, la fiscalité, qui a constitué durant plusieurs décennies un frein à la transmission des entreprises familiales, a été très largement révisée depuis janvier 2000. Elle est désormais plus avantageuse et prend en compte la diversité des montages patrimoniaux tels que les degrés d'interposition via des holdings ou encore les transmissions démembrées. Cependant, le taux de droits de mutation en ligne directe pour une donation d'actions soumise à un Pacte Dutreil reste élevé. On pourrait suggérer un deuxième pallier au pacte. En effet, de nombreuses personnes souscriraient à des engagements de conservation plus longs ou à des engagements de maintien de l'emploi par exemple, en échange d'une exonération de la base taxable pour les droits de mutation plus importante, voire totale. Ce pacte « longue durée » est l'une des propositions de l'Institut Montaigne sous le nom de Pacte + (Institut Montaigne et AFMEP-ETI, 2013). Cette mesure n'est pas une réelle innovation en Europe ; elle s'applique par exemple en Espagne. Ainsi, les parts ou actions transmises par le dirigeant et détenues plus de 10 ans par le donataire sont exonérées pour 95% de leur valeur. Rappelons également que la mesure de hausse de l'exonération avait déjà été proposée lors du projet de loi n°1387 déposé à l'assemblée le 4 février 2004 : « Pour être cohérent avec la réforme des articles 41 et 151 nonies du CGI qui aboutit à un abandon des plus-values, il faut porter le taux de réduction de l'assiette des droits en cas de

*transmission d'entreprise à titre gratuit de 50 à 100 %. Les héritiers seront ainsi totalement exonérés de charge fiscale liée à la transmission dès lors que les conditions de celle-ci correspondent à leur souhait de s'engager dans la conservation du patrimoine professionnel et de l'impliquer dans la gestion de l'exploitation familiale »<sup>7</sup>.*

## 2.2 L'ADAPTABILITÉ DU PACTE DUTREIL AUX SOCIÉTÉS HOLDINGS

Comme nous l'avons précédemment montré, la holding est un instrument essentiel de la transmission d'entreprise familiale. Elle est utilisée de manière croissante soit au moment de la transmission (pour créer un FBO par exemple), soit en amont pour certains avantages structurels. Mais la holding a longtemps été incompatible avec le Pacte Dutreil qui supposait une détention en direct des titres et qui en empêchait l'apport à une société durant les engagements de conservation, sous peine d'une requalification de l'exonération de 75%. Ce cadre peu flexible s'est avéré être un obstacle à l'objectif de transmettre une entreprise familiale aux différents enfants tout en cherchant à en structurer le contrôle, qui aurait alors nécessité une société interposée. Mais cette version originelle du pacte a connu de nombreux assouplissements. Désormais, la prise en compte de deux niveaux d'interposition sans requalification du pacte permet des montages juridiques mieux adaptés aux spécificités des familles. L'article 787 B du Code général des impôts s'applique notamment aux parts ou actions de holdings animatrices de leur groupe de sociétés. Sous certaines conditions, l'exonération partielle peut enfin s'appliquer à la transmission de titres de sociétés interposées non animatrices. Dans cette hypothèse, c'est la société interposée

7 - Proposition de loi tendant à l'exonération des droits de mutation à titre gratuit en matière de transmission d'entreprises, 4 février 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/propositions/pion1387.pdf>.

qui détient les actions ou les parts « dutreillées » et qui signe le pacte en tant que personne morale associée. L'exonération sur ces titres de sociétés interposées s'effectue au prorata des titres validant le pacte. Ces participations détenues doivent rester inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement. Les montages possibles sont donc bien plus variés. Par exemple, bien effectué, un *FBO* pourra profiter du pacte comme vu précédemment, pacte étendu également à la soule potentiellement versée aux enfants non-repreneurs et financée par la holding.

Le Pacte Dutreil, bien qu'étant une opportunité pour les entreprises françaises, reste perçu comme un « carcan » par certains acteurs de l'économie<sup>8</sup>. Une fois le pacte instauré, il peut s'avérer très difficile de restructurer efficacement étant donné le risque de requalification de l'exonération, et alors même que les entreprises familiales sont loin d'être figées eu égard au rythme des nouveaux entrants de la famille ou des nouveaux projets. De plus, la stratification du texte par ses amendements successifs l'a rendu difficilement lisible sur certains points, comme évoqué à propos du Family Buy-Out, ou encore quand on compare Dutreil ISF et Dutreil Transmission qui recèlent quelques différences difficilement compréhensibles.

La première critique que nous formulons est la quasi-impossibilité de la constitution de groupe sous une holding une fois le pacte signé. En effet, s'il est désormais possible d'apporter ses titres à une holding sans que cet apport ne soit perçu comme une cession et remette donc en cause l'engagement de conservation, l'article 787 B-f du Code général des impôts précise que l'objet unique de cette holding doit être la gestion de son propre patrimoine exclusivement constitué

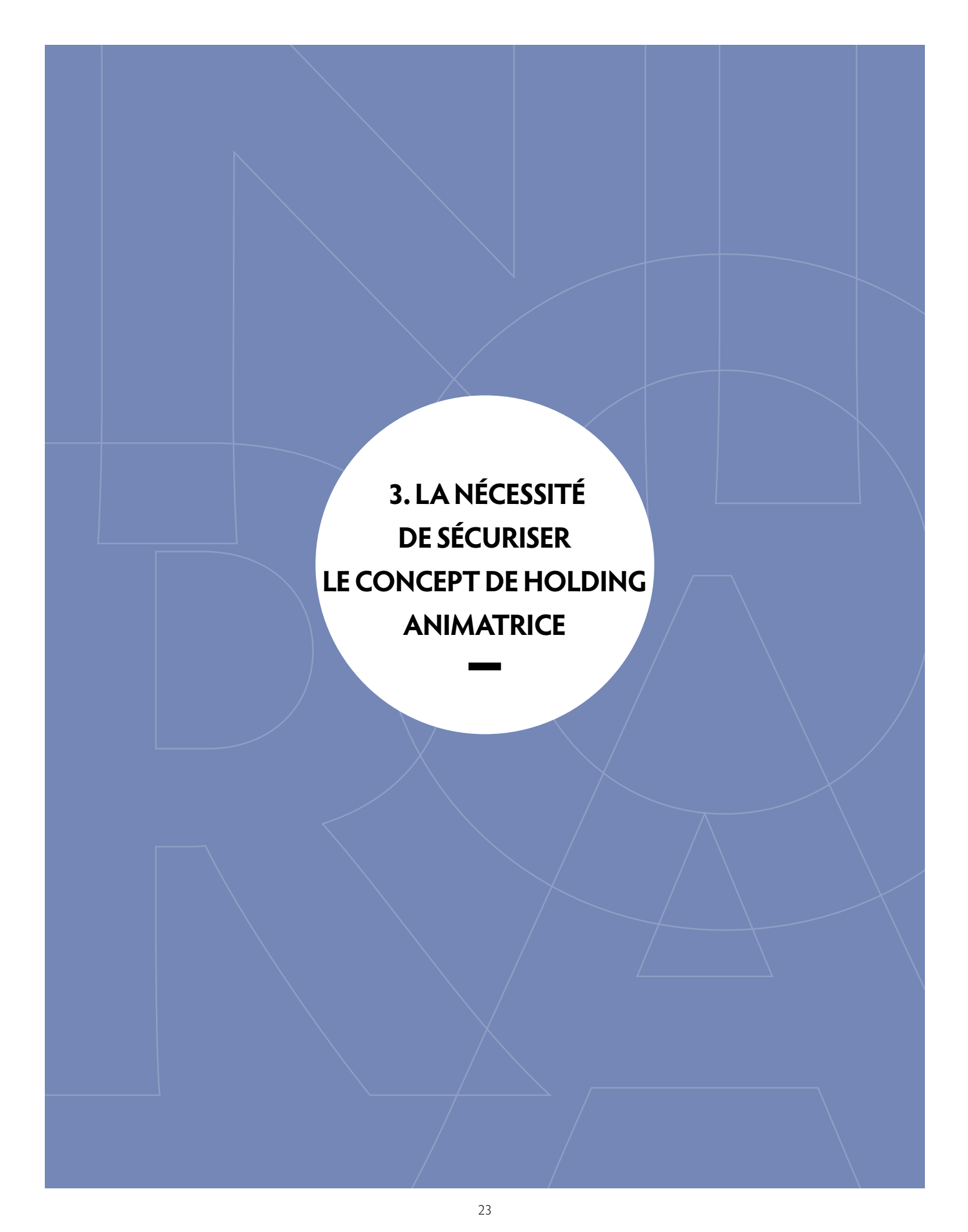
de participations dans plusieurs sociétés du même groupe. Cette rédaction entraîne l'impossibilité de créer une holding postérieure à la signature du Pacte (Berthou, 2013). L'existence d'un Pacte Dutreil suppose donc généralement la préparation en amont de la stratégie de transmission. L'arrêt du 21 juin 2011 de la chambre commerciale de la Cour de cassation ajoute une difficulté supplémentaire, en confirmant l'annulation de l'exonération partielle sur les parts d'une holding dans la mesure où « *les actes juridiques de mise en oeuvre d'une activité animatrice de groupe étaient concomitants à la donation-partage* ». Cet arrêt démontre la prudence dont doivent faire preuve les professionnels face au Dutreil en phase de restructuration (Barsus et Béguier, 2012).

Comme nous l'avons précédemment souligné, le Code général des impôts exige aussi de maintenir inchangées les participations à chaque niveau d'interposition dans le cas de montage Dutreil sur plusieurs niveaux de sociétés. Ainsi, un associé de l'une des sociétés interposées ne pourrait céder ses titres de la société en question, aux dépens des autres associés de la holding. Il aura fallu attendre la réponse ministérielle Lecerf<sup>9</sup> pour clarifier le fait que seules les participations des associés souhaitant bénéficier des avantages du pacte (soit de transmission, soit portant sur l'ISF) devaient rester inchangées. Cette réponse ministérielle publiée au Bofip en 2013 a mis en évidence le manque de clarté du texte et son inadaptation aux montages interposés. Autre illustration du manque de cohérence d'ensemble du dispositif suite aux amendements successifs du texte : l'alinéa f de l'article 787 B du Code général des impôts impose comme condition à l'apport prévu en *FBO* que celui-ci s'opère directement sur la société opérationnelle.

8 - Voir l'interview de Pierre Gattaz, L'Opinion, 22 septembre 2013.

9 - Rép. min. N° 05735 à J.-R. Lecerf: JO Sénat Q, 18 mars 2010: « *L'obligation de participation inchangée ne concerne que les personnes physiques souhaitant bénéficier de l'exonération et les sociétés interposées de la chaîne de détention* ».

Enfin, le pacte s'applique par effet de transparence aux sociétés holdings animatrices de groupe. Selon la base de la banque de France (FIBEN), 62% des PME comptant entre 100 et 250 employés sont structurées sous une holding tête de groupe, et les ETI sont presque toutes concernées par une holding animatrice. L'enjeu de la notion d'animation est donc majeur. Or l'état actuel du droit positif ne nous paraît pas répondre réellement à ces enjeux, comme nous allons le voir dans une troisième partie.



**3. LA NÉCESSITÉ  
DE SÉCURISER  
LE CONCEPT DE HOLDING  
ANIMATRICE**



### 3. LA NÉCESSITÉ DE SÉCURISER LE CONCEPT DE HOLDING ANIMATRICE

Lors de la première mention, en 1976, du concept de holding « animatrice » dans le droit français, sa définition légale fut laissée de côté, comme si le concept était suffisamment évident pour ne pas nécessiter l'intervention du législateur et qu'il serait possible, le cas échéant, de se contenter du pouvoir d'interprétation du juge. Cependant, étant donné les conséquences de la qualification d'une holding en tant qu'« animatrice », les évolutions de la doctrine et de la jurisprudence ont été une source d'inquiétude pour les entreprises familiales, bien que la situation semble s'être apaisée. Pour autant, plusieurs recommandations peuvent être formulées au vu des récentes prises de position de l'administration fiscale et de la Cour de cassation.

#### 3.1. LA HOLDING ANIMATRICE, UNE NOTION HISTORIQUEMENT INSTABLE

Le concept de holding animatrice est antérieur à l'ISF et a fortiori au pacte Dutreil. C'est en 1976 (loi n°76-1232 du 29 décembre 1976) que la possibilité est offerte aux personnes morales exerçant « *une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale* » de réévaluer leurs immobilisations. L'administration, en l'absence de précision du texte, a permis au contribuable d'opérer une distinction entre les holdings « actives » se livrant à des activités de nature commerciale, agricole, artisanale, libérale ou industrielle, et les holdings « civiles » (ou « passives »), regroupant toutes celles ne pouvant rentrer dans la première catégorie. Les premières bénéficiaient du droit à réévaluer leurs

immobilisations et les secondes en étaient exclues. Dans son instruction du 27 septembre 1978, l'administration justifia ainsi sa position : « *Lorsque la prise de participation répond au désir de diriger ou contrôler la société émettrice, l'activité de la société participante n'est pas différente de celle poursuivie par la société dans laquelle elle détient des droits. Les holdings qui exercent une activité de production par le biais de filiales ou de participations dans des entreprises industrielles ont ainsi une activité commerciale. Cette activité serait civile si les sociétés émettrices des titres détenus se bornaient à la gestion d'un patrimoine immobilier. En revanche, lorsque la souscription ou l'acquisition de droits sociaux ou autres valeurs mobilières a pour objet la simple collecte de produits financiers (dividendes et intérêts) dans le cadre de la gestion d'un portefeuille sans que les sociétés détentrices s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion des entreprises dont elles détiennent des titres, l'activité exercée par la société participante est purement civile* »<sup>10</sup>.

Les grandes lignes de la définition de la holding active étaient ainsi posées mais, même si la notion de contrôle était énoncée, les critères de qualification restaient à la libre interprétation de l'administration. La formulation de la définition ouvrait la voie à de nombreuses opportunités pour les holdings, tout en laissant une large place à l'arbitraire de l'administration. Le législateur n'a pas saisi l'opportunité de la mise en place de l'IGF, puis de l'ISF, pour préciser la notion de holding animatrice, en dépit des débats autour des articles 885 O et suivants du Code général des impôts. Ces articles prévoient l'exonération aux trois

10 - Droit fiscal n° 44, 30 Octobre 1978, instr. 5874.



quarts de leur valeur des biens professionnels, dont les parts et actions de sociétés, mais les holdings animatrices ne sont pas évoquées. Seul l'article 885 O quater dispose que « *Ne sont pas considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier* »<sup>11</sup>. En creux, cet article revient à exclure les holdings civiles du bénéfice de l'article 885 O, les autres types de holding pouvant en bénéficier. Le pouvoir d'interprétation de l'administration s'exprima dans une instruction de 1982, où la notion de holding active fut remplacée par celle de holding animatrice de son groupe, l'administration confirmant que ces structures pouvaient bénéficier de l'exonération pour biens professionnels<sup>12</sup>. Le législateur n'en a pas pour autant livré une définition claire et définitive de la holding animatrice, et lorsqu'il en propose une dans le cadre d'un article du Code général des impôts, il précise qu'elle n'est que « *pour l'application du présent alinéa* » (art. 885-0 V bis)<sup>13</sup>. On ne peut que regretter cette situation étant donné l'importance accordée par les dirigeants et les associés (ou actionnaires) à la qualification juridique de holding animatrice. Ils sont soumis à l'incertitude de voir remettre en cause des schémas de structuration considérés jusqu'à alors comme stables, par décision de l'administration ou des autorités judiciaires. Or ces schémas de transmission d'entreprise par l'intermédiaire d'une société holding et d'un

Pacte Dutreil sont conditionnés à la reconnaissance du statut d'animatrice accordée à la holding<sup>14</sup>.

### 3.2 UNE ÉVOLUTION RÉCENTE, SOURCE D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

Au vu de la jurisprudence en matière de holdings animatrices, et de la certitude juridique relative qui caractérise aussi bien l'exonération des biens professionnels que le Pacte Dutreil (ISF comme successions), il serait souhaitable qu'une série de critères stables et fiables soient établis pour circonscrire la notion de holding animatrice. Les arrêts rendus en 2013 par la Cour de cassation<sup>15</sup>, de même que les positions énoncées par l'administration, remettent en question des structures juridiques jusqu'alors considérées comme suffisantes et ayant été élaborées de bonne foi.

La définition issue de l'instruction du 19 mai 1982 (voir supra) fait encore autorité aujourd'hui et est reprise par l'administration dans ses commentaires<sup>16</sup>. Les trois critères cités sont, pour mémoire, le contrôle des sociétés du groupe, la conduite active de la politique du groupe et, « le cas échéant », l'existence de prestations de services à destination des sociétés du groupe. Ces critères sont soit définis dans d'autres textes législatifs, soit par la doctrine. Ainsi, la notion de contrôle appliquée par l'administration est celle de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>17</sup>, qui est en réalité plus

11 - Voir M. Charasse : JOAN CR 21 oct. 1988, p. 1221 : « *Il est clair que l'exonération doit s'appliquer puisque les participations détenues ne font pas l'objet d'une gestion patrimoniale mais constituent le moyen de diriger un groupe* ».

12 - Droit fiscal n° 23, 7 Juin 1982, instr. 7370 : « 287. [...], il y a lieu, en ce qui concerne les sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres entreprises (sociétés holding), de ne pas considérer comme des parts ou actions de sociétés de gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier — et de ne pas exclure ipso facto du régime des biens professionnels — les actions de telles sociétés holding à condition que ces sociétés soient les animatrices effectives de leur groupe, participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers ».

13 - Définition issue de la loi de Finances 2011 : « *une société holding animatrice s'entend d'une société qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participe activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* ».

14 - BOI ENR-DMTG-10-20-40.

15 - Cass. Com., 8 oct. 2013, n°12-20.432 ; Cass. Com., 10 déc. 2013, n°12-23.720.

16 - Pour le Dutreil successions, voir BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, §50.

17 - Article L. 233-3 du Code de commerce : « I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. »

une énumération qu'une véritable définition. Dans le cadre du Dutreil - ISF comme succession - l'administration admet une interprétation souple de cet article, reconnaissant le bénéficiaire du contrôle à une holding ne possédant que 25% du capital de sa filiale<sup>18</sup>. Il n'est pas rare en effet que le capital social d'une société soit ainsi réparti qu'une participation de 25% est suffisante pour exercer un contrôle de fait. Il en va de même pour la notion de groupe, dont l'existence est confirmée dès la présence d'une société mère et d'une seule filiale, comme le montre un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation<sup>19</sup>.

En revanche, la question de l'animation a donné lieu à un contentieux plus abondant, dont l'issue reste encore incertaine. Même si la forme de la holding est inopérante quant à la qualification de holding animatrice<sup>20</sup>, l'administration a adopté en 2013 une approche restrictive de cette notion en énonçant la nécessité pour la holding animatrice d'animer toutes ses filiales, l'impossibilité de co-animation et le rejet de la détention indirecte de l'immobilier d'exploitation (Pichet, 2014). La nécessité d'animer l'ensemble des filiales semble aller à l'encontre de la loi, l'article 885 O quater du Code général des impôts disposant que : « *Ne sont pas considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier* ». Cette position de l'administration, exposée à l'occasion de la conférence de l'Institut des avocats conseils fiscaux (IACF) du 10 juin 2013, a été fortement critiquée (De Saint Chaffray, 2013), et le TGI de Paris l'a rejetée par deux jugements<sup>21</sup>. On imagine

sans peine les difficultés qu'une telle interprétation peut générer, en particulier dans les groupes de taille importante où le risque de trouver une filiale inactive est loin d'être négligeable. Au cours de cette même conférence, a été abordée la question de la co-animation, c'est-à-dire l'existence de deux holdings conduisant ensemble la politique du groupe. L'administration envisageait de refuser la qualification d'animatrice à ces holdings, ce qui ne serait pas sans créer des difficultés à un certain nombre d'entreprises familiales. Cette position de l'administration relève d'une lecture stricte de la doctrine, selon laquelle l'actionnaire de la société opérationnelle doit être majoritaire et doit donc pouvoir décider seul (notion de contrôle), ce qui exclurait *de facto* la co-animation, un seul actionnaire ne pouvant décider. L'incertitude sur ce point reste entière, aucune action n'ayant apparemment encore été engagée sur ce terrain, ce qui n'est pas satisfaisant pour tout dirigeant d'entreprise familiale envisageant ou ayant mis en place une structure de transmission impliquant plusieurs *holdings* afin d'accommoder les diverses branches de la famille.

Egalement, l'administration refuserait à une holding le statut d'animatrice dès lors qu'elle ne posséderait pas 100% d'une filiale immobilière. Là encore, il est à craindre un impact sur les schémas de structuration de société jusque-là licites et répondant à une véritable logique économique et organisationnelle.

Concernant la jurisprudence, les juges de la Cour de cassation ont rendu en 2013 deux arrêts particulièrement marquants (Béclaride

18 - BOI-PAT-ISF-30-30-40-10 §225.

19 - Cass. Com., 2 juin 1992, n°90-14.613.

20 - BOI-PAT-ISF-30-40-10 §150.

21 - TGI Paris, 11 déc. 2014, n°13/06937 et 13/06939 : « *La notion doctrinale de sociétés holdings animatrices est définie par l'instruction administrative du 23 février 2014 comme l'ensemble des 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. Force est de constater que la définition doctrinale de la société holding animatrice n'exige pas que l'intégralité des sociétés dans lesquelles elle détient des titres soient effectivement animées par cette dernière. Cette exigence est aussi bien contraire à l'esprit de l'article 885 I bis du Code général des impôts dont l'objectif est de favoriser la stabilité de l'actionariat et de la direction dans l'ensemble des entreprises ayant une activité opérationnelle effective, qu'à l'interprétation extensive qu'en a fait jusqu'à lors l'administration, la doctrine ayant eu l'occasion de préciser que les sociétés ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale non exclusive mais prépondérante restaient néanmoins éligibles au dispositif de l'article 885 I bis du Code général des impôts* ».

B. et Pla Busiris S., 2014)<sup>22</sup>. Nous avons évoqué précédemment le caractère facultatif de l'existence de prestations de services entre la holding et ses filiales. En réalité, l'évolution antérieure de la jurisprudence de la Cour de cassation montre qu'elle a fait de la matérialité de l'animation son critère essentiel, primant l'importance de la participation ou l'identité des dirigeants, deux critères qui ne suffissent pas à convaincre les juges de la réalité de l'animation de la filiale par la société holding<sup>23</sup>. Les contentieux dont s'empare la Cour de cassation tendent donc actuellement à porter sur la réalité de l'animation, et l'évaluation de l'importance des moyens mis en œuvre par la holding. A cet égard, la conclusion de la Cour est que, si les moyens mis en œuvre au niveau de la *holding* ne nécessitent pas d'être importants, leur absence est en tout état de cause réhabilitatoire. La charge de la preuve - en cas de remise en cause par l'administration - reposant sur le contribuable, l'existence de conventions de prestations de service effectives devient un critère non plus facultatif, mais bien obligatoire dans l'établissement de la réalité de l'animation des filiales ( le deuxième critère non moins important étant que ces conventions ne sont pas des coquilles vides mais ont donné lieu à de réelles prestations, rémunérées)<sup>24</sup>.

Les arrêts de 2013 précédemment cités ont mis – momentanément - fin au débat. D'une part, dans le premier arrêt, la Cour rappelle que l'extension du bénéfice de l'exonération aux trois quarts de leur valeur des parts et actions de sociétés holdings est une tolérance administrative. Il incombe donc au contribuable de prouver qu'il remplit les critères énoncés par l'administration (Deboissy, 2014). Cette approche est contestée par une partie de la doctrine, pour laquelle la notion de

holding animatrice découle non pas de la doctrine administrative mais de la loi. D'autre part, le second arrêt ( dit arrêt Mulliez) nous rappelle que si la production d'une convention d'animation, qui prévoit d'une part que la *holding* fixe la politique de la filiale signataire et d'autre part les moyens mis en œuvre afin de conduire cette politique, est un élément de preuve important, cette convention est dépourvue de valeur s'il n'est pas possible au contribuable d'en démontrer l'exécution réelle.

22 - Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-20.432. Cass. com., 10 décembre 2013, n°12-23.720.

23 - Cass. com., 19 nov. 1991, n°89-19.474 ; Cass. com., 15 févr. 1994, n°91-22.140 ; Cass. com., 21 juin 2011, n°10-19.770.

24 - Cass. com., 27 sept. 2005, n°03-20.665 ; Cass. com., 23 nov. 2010, n°09-70.465.





**RECOMMANDATIONS**



## RECOMMANDATIONS

Le cadre juridique développé en France afin de faciliter les transmissions d'entreprises familiales est globalement satisfaisant. Il présente néanmoins un point faible, à savoir l'incertitude juridique qui entoure la notion pourtant fondamentale de *holding* animatrice, sans laquelle aucun schéma Dutreil, entre autres, n'est possible, et alors même que les efforts de l'administration et de la jurisprudence avaient abouti à un cadre aux contours parfois flous, mais globalement stables jusqu'en 2013.

A l'adresse des entreprises, on ne reviendra pas sur les prescriptions évidentes, dont certaines sont déjà nécessaires à l'établissement d'un pacte Dutreil : détention du contrôle, exercice de la fonction de dirigeant, respect des règles classiques en matière de rémunération. Nous allons en revanche rappeler les règles de prudence applicables aux sociétés holdings et leurs relations avec leurs filiales. Il est possible de résumer les conditions énoncées par la Cour de cassation pour reconnaître la qualification d'animatrice : il faut justifier de moyens réels dans la mise en place d'une stratégie de groupe menée par la *holding*, être en mesure de fournir des conventions de prestation de services dont on peut prouver qu'elles ont donné lieu à exécution et facturation, et enfin démontrer l'implication effective dans la direction de la ou des filiales.

Dans l'arrêt dit « Mulliez », il est reproché au contribuable que les pièces fournies, supposées établir la réalité de l'animation - sous la forme de procès-verbaux ou de rapports de commissaire aux comptes - ne permettaient pas en réalité

d'en déduire une telle impulsion au niveau de la holding. Pour que l'animation soit réelle, il faut certes produire des procès-verbaux, mais il faut aussi que ceux-ci ne témoignent pas simplement de l'exercice par la holding de « *son rôle et ses prérogatives d'actionnaire* ». Ces documents doivent également faire état de résolutions affectant la stratégie du groupe, ces résolutions étant par la suite transmises et suivies par les filiales. Le même souci de matérialité et de réalité doit animer les dirigeants de holdings lorsque sont établies des conventions de prestation de services. Ces conventions doivent être parfaitement valables d'un point de vue juridique, et se matérialiser par une exécution par la holding et un paiement par la filiale. Une contrepartie dérisoire n'est pas une option, comme l'a fait observer la Cour de cassation<sup>25</sup>. Il est également essentiel qu'elles soient sous forme écrite et qu'il soit possible de les fournir sur demande.

Les velléités restrictives de l'administration telles qu'elles avaient été exposées lors de la conférence IACF du 10 juin 2013, et plus particulièrement quant à l'exigence de l'animation de l'ensemble des filiales, ont été contrariées par le TGI de Paris. Sans présumer de ce que sera la position de la cour d'appel, voire de la Cour de cassation, cette position est encourageante. En revanche, l'incertitude prédomine quant à l'interdiction de détenir indirectement l'immobilier d'exploitation.

Il est indéniable que les mesures législatives prises au cours des 15 dernières années vont dans la bonne direction en mettant en place en France, en matière de transmission et de détention

25 - Cass. Com., 8 févr. 2005, n°02-12.855.

d'entreprise, un dispositif dans son ensemble favorable aux entreprises familiales, en permettant d'en assurer la cohésion dans le temps et au sein de la famille. Deux axes d'amélioration ont cependant été identifiés dans nos développements.

Le premier tient à la mise en place progressive d'un dispositif législatif parcellaire manquant parfois de cohérence d'ensemble. Le second est illustré par l'absence de définition autosuffisante de la notion de holding animatrice dans la loi comme dans la jurisprudence. En soignant l'articulation des différentes mesures juridiques, et surtout fiscales, et en évitant les formulations équivoques définissant les critères propres à l'entreprise familiale, un cadre législatif stable pourrait être procuré aux entreprises familiales, les plaçant à l'abri d'interventions comme celles de 2013 qui font peser un risque et des coûts de prévention et de modification. Un message de stabilité et d'harmonie juridique, encourageant les restructurations nécessaires au bon développement de ces modèles de notre économie que sont les entreprises familiales, serait ainsi envoyé.







# **BIBLIOGRAPHIE**



## BIBLIOGRAPHIE

- Amann Bruno, Allouche José (2000), L'entreprise familiale, un état de l'art, *Finance, Contrôle, Stratégie*, vol. 3, n° 1 p. 33 et s.
- Barsus Didier, Béguier Julie (2012), « Pactes Dutreil : conditions d'application de l'exonération partielle aux transmissions de titres d'une société holding animatrice », *La Revue Fiscale Notariale*, n°3, p. 19 et s.
- Béclaride Bruno, Pla Busiris Sébastien (2014), « Comment organiser un groupe de sociétés à travers une holding ? », *La Semaine Juridique* éd. Entr. et Aff., n°30, p. 45 et s.
- Berthou Renaud (2013), « Restructurer sous un « Dutreil sauvage », *La Revue Fiscale Notariale*, n° 12, étude 34.
- Chandler Alfred D. (1990), *Scale and Scope*, MIT Press.
- Daigre Jean-Jacques (2013), « Hermès, un reclassement apprécié avec bienveillance », *Bulletin Joly Bourse*, n°9, p. 114 et s.
- Darmon Arlette (2013), « Optimisation de la transmission à titre gratuit et holding familiale professionnelle – Vecteurs de la transmission », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Juillet, dossier 25.
- Darmon Arlette, Gssime Nadia (2013), *Holding Familiale – Modalités de constitution*, Jurisclasseur Ingénierie du Patrimoine – Stratégies sociétaires, Fascicule 2841, p.1 et s., LexisNexis.
- De Saint Chaffray Olivier (2013), « ISF : holding animatrice. L'administration refuse toute détention de participations passives », *Feuillet Rapide Fiscal Social*, n°31, p. 13 et s.
- Deboissy Florence (2014), « Société holding animatrice : comment établir la réalité de l'activité d'animation du groupe ? », *Droit fiscal*, n°13, comm. 244 et s.
- Desbuquois Jean-François, Julien Saint Amand Pascal (2013), « Engagements Dutreil : difficultés et incertitudes - Propositions de clarification des dispositifs des articles 787 B et 885 I bis du CGI », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 36, 1213 et s.
- Ernst & Young, Family Business Network International (2013), *Construire pour durer – Les entreprises montrent la voie de la croissance durable*.
- Fruleux François (2013), « Engagements Dutreil : l'administration fiscale sait-elle comment s'opère un FBO ? », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 38, 1223 et s.
- Gallois Louis (2012), *Rapport au Premier ministre - Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, La Documentation Française, Paris.
- Gersick Kelin E., Davis John A., Hampton Marion McCollom, Lansberg Ivan (1997), *Generation to Generation: life cycles of the family business*, Harvard Business School Press, Boston MA.

- Guérin Dorothée (2014), « Les fondations et fonds de dotation et la pérennité des entreprises familiales », *Droit et Patrimoine*, n°239, p. 28 et s.
- Guérin Dorothée, Cadiou Kristen, Marine Le Gall-Ely (2015), « L'utilisation des fondations ou fonds de dotation et la transmission des entreprises familiales », *Semaine Juridique* éd. Entr. et Aff., n°13, p. 27 et s.
- Habbershon Timothy G., Williams Mary L. (1999), « A resource-based framework for assessing the strategic advantages of family firms », *Family Business Review* vol. 12, n°1, p. 1 et s.
- Institut Montaigne, ASMEP-ETI (2013), *Vivre le long terme ! Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, [http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/rapport\\_entreprise\\_familiale.pdf](http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/rapport_entreprise_familiale.pdf).
- Mellerio Olivier (2009), *Transmission de l'entreprise familiale, Rapport à Hervé Novelli*, <http://archives.entreprises.gouv.fr/2012/www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/rapportmellerio.pdf>.
- Mortier Renaud (2013), « La guerre d'Hermès », *Droit des sociétés*, n°10, rep. 9.
- Pichard Hervé, Pichard Bruno, (2008) « Le Family Buy Out : une technique innovante », *Semaine Juridique* ed. Ent. et Aff., n°16, p. 4 et s.
- Pichet Eric (2014), « Holdings animatrices de groupe, théorie et pratiques », *Droit fiscal*, n°13, p. 237 et s.
- Pujos Matthias (2012), « Affaire Hermès – reclassement de participations dans le cadre d'une restructuration d'actionariat familial », *La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, n° 3, p. 8 et s.
- PWC, Family Business Network (2012), *L'entreprise familiale, un modèle durable*, Family Business Survey France.
- Revue Fiduciaire (2013), « Family buy out », *La Revue Fiduciaire*, 2013, décembre, 3820 et s.
- Tandeau de Marsac Valérie (2014), *L'entreprise familiale, un modèle pour l'avenir et pour tous*, éditions Lignes de repères, Paris.
- Tagiuri Renato, Davis John A. (1996), "Bivalent attributes of the family firm", *Family Business Review*, vol. 9, n°2, p. 199 et s.



### LILLE

24 avenue Gustave Delory - CS 50411  
59057 Roubaix Cedex 1 - France  
Tél. : + 33 (0)3 20 15 45 00  
Fax : + 33 (0)3 20 15 45 01

### NICE

393 promenade des Anglais - BP 3116  
06202 Nice Cedex 3 - France  
Tél. : + 33 (0)4 93 18 99 66  
Fax : + 33 (0)4 93 83 08 10

### PARIS

16-18 rue du 4 septembre  
75002 Paris - France  
Tél. : + 33 (0)1 53 32 76 30  
Fax : + 33 (0)1 53 32 76 31

### LONDRES

10 Fleet Place, Ludgate  
London EC4M 7RB - United Kingdom  
Tél. : + 44 (0)207 871 67 40  
Fax : + 44 (0)207 248 22 09

### SINGAPOUR

1 George Street  
#07-02 Singapore 049145  
Tél. : + 65 (0)6438 0030  
Fax : + 65 (0)6438 9891

..... [WWW.EDHEC.EDU](http://WWW.EDHEC.EDU) .....



L'EDHEC fait partie des cinquante Business Schools mondiales titulaires de la triple couronne EQUIS, AACSB, AMBA. Trois accréditations internationales qui reconnaissent l'excellence académique des programmes, la qualité du corps professoral, les liens étroits avec les entreprises, ainsi que l'implication du Groupe EDHEC dans son environnement local et économique.

