

Minutes pratiques

> QUESTION/RÉPONSE

FISCAL

Transmission d'entreprise et société holding : les pièges à éviter

Inf. 7

LA QUESTION

L'apport des titres d'une entreprise à une société holding accompagne fréquemment sa transmission, que ce soit pour éviter l'entrée directe des donataires au capital, bénéficier des effets de levier juridiques et fiscaux offerts par une telle structure, organiser un groupe, etc. Dans ce contexte, quels sont les impacts du sens chronologique des opérations de donation et d'apport ?

LA RÉPONSE

À la lumière des exigences du régime d'exonération Dutreil (*CGI art. 787 B*) et du sort des plus-values latentes attachées aux titres transmis, l'ordre des opérations revêt une importance décisive lorsque l'on mobilise une société holding dans le cadre d'une transmission d'entreprise, soulignant ainsi la nécessité d'une analyse fine et circonstanciée de chaque situation.



Victor Antin,
notaire Althémis Lyon

Les enjeux liés au régime Dutreil

1. Afin de faciliter la transmission d'entreprises, la loi fiscale prévoit, sous certaines conditions, une exonération de 75 % sur la valeur des biens transmis ainsi que, en cas de donation en pleine propriété avant l'âge de 70 ans, une réduction de droits de 50 %.

L'exonération partielle s'applique :

1°) Aux transmissions de titres d'une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Il est également admis d'appliquer l'exonération partielle à la transmission de titres de sociétés holdings animatrices de leur groupe.

2°) Aux transmissions de titres d'une société dite « interposée », c'est-à-dire détenant une participation dans une société éligible au régime (jusqu'à deux niveaux d'interposition). Dans ce cas, la valeur des titres donnés bénéficie de l'exonération partielle à proportion de la valeur réelle de l'actif brut de la société qui correspond à la participation ayant fait l'objet de l'engagement collectif de conservation.

2. L'exonération partielle est subordonnée notamment au respect d'engagements collectif et individuel de conservation des titres concernés pour une durée de six ans (réduite à quatre ans

lorsque l'engagement est réputé acquis). En cas de transmission de titres d'une société dite « interposée », l'exonération partielle est subordonnée de surcroît à la condition que les participations soient conservées inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de ces engagements.

Le régime de faveur n'est toutefois pas remis en cause lorsque le non-respect des engagements de conservation résulte de l'apport des titres à une société holding, à condition que plusieurs critères soient simultanément remplis (*CGI art. 787 B, f.*).

3. Donation puis apport. Lorsque la donation de titres est réalisée avant leur apport à une société holding, le maintien de l'exonération partielle est conditionné au respect cumulé des conditions suivantes :

- composition de l'actif de la holding : à l'issue de l'apport et jusqu'au terme des engagements de conservation, la valeur réelle de l'actif brut de la société holding doit être composée à plus de 50 % de participations dans la société dont les titres sont soumis aux engagements Dutreil ;

- détention du capital et des droits de vote : la société holding doit être, dès l'apport, détenue à hauteur d'au moins 75 % du capital et des droits de vote par les personnes tenues aux obligations de conservation. Pendant l'engagement individuel, cette proportion est appréciée en ne prenant en compte que les personnes engagées individuellement, à l'exclusion du donateur. Toutefois, l'administration admet que ce dernier puisse détenir plus de 25 % du capital et des droits de vote, à condition que la majorité demeure entre les mains des bénéficiaires de l'exonération partielle (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20 n° 86*) ;

- exercice de la fonction de direction : la société holding doit être dirigée directement par l'un ou plusieurs des associés soumis aux engagements de conservation. Durant la période d'engagement individuel, le donateur peut assurer cette direction, même s'il a transmis l'intégralité des titres concernés (*BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20 n° 87*) ;
- engagements de conservation en cascade : la société holding doit s'engager à conserver les titres apportés, et les donataires, héritiers ou légataires doivent, de leur côté, s'engager à conserver les titres reçus en échange de l'apport, jusqu'au terme des engagements de conservation initiaux.

4. Conçu principalement pour faciliter le financement des reprises d'entreprise dans un cadre familial, le mécanisme dérogatoire prévu au f de l'article 787 B du CGI se révèle ainsi, malgré certaines imperfections, particulièrement adapté aux situations dans lesquelles un repreneur apporte les titres reçus à une société holding afin de lever une dette bancaire, que ce soit pour verser une soulté à ses cohéritiers ou acquérir les titres conservés par le donateur.

5. Cependant, les conditions restrictives auxquelles ce mécanisme est subordonné conduisent en pratique à en rendre impossible le bénéfice dans de nombreuses situations, notamment :

- les cas où le donateur détient la majorité du capital de la société holding bénéficiaire de l'apport ;

- et ceux où l'actif de la société holding, pendant la durée des engagements de conservation, est composé à plus de 50 % d'éléments autres que les titres apportés.

6. Cette dernière condition constitue une limite particulièrement importante : elle exclut non seulement les sociétés holdings préexistantes déjà pourvues d'un portefeuille d'actifs diversifiés, mais aussi les projets de regroupement de plusieurs sociétés transmises sous une même structure. Or, cette dernière hypothèse peut parfaitement se rencontrer même dans le cadre d'une reprise familiale, ce qui souligne une incohérence du dispositif, en ce qu'il écartera certaines configurations qui relèvent pourtant de son champ d'application naturel.

7. Au regard de ces contraintes, l'inversion des opérations de donation et d'apport peut s'avérer mieux adaptée dans certains cas.

8. Apport puis donation. Lorsque l'apport des titres d'une société éligible au régime Dutreil (société opérationnelle ou société holding animatrice ; ou encore société interposée, dont l'apport de titres est permis depuis le 1^{er} janvier 2019) intervient à brève échéance avant la donation des titres reçus en contrepartie de l'apport, il sera généralement difficile de revendiquer le caractère animateur de la société holding en cause. En effet, la jurisprudence retient que ce caractère s'apprécie dans la durée, une antériorité suffisante étant requise pour établir l'animation effective du groupe (*Cass. com. 11-5-2023 n° 21-16.923 F-D, 21-16.924 F-D et 21-16.925 F-D : SNH 20/23 inf. 7 ; RJF 8-9/23 n° 671*). Par suite, l'application du régime Dutreil interviendra dans cette hypothèse par interposition.

Dans ce cas de figure, le donateur pourra, s'il le souhaite, conserver la majorité du capital de la société holding sans méconnaître les exigences du régime Dutreil, de même qu'aucune condition relative à la composition de l'actif de la société dans le temps ne s'appliquera (sous réserve, bien sûr, du respect des engagements de conservation de titres qu'elle aura pris).

9. Compte tenu de la proximité temporelle entre l'apport et la donation, le recours au régime Dutreil via une société holding interposée ne s'avérera pas moins favorable que l'hypothèse inverse sur le plan du montant des droits de donation, pour autant que la société holding soit constituée spécifiquement pour l'opération et exclusivement par apport en nature des titres.

10. La situation s'avère en revanche nettement moins favorable lorsque l'apport de titres est réalisé au profit d'une société holding détenant déjà des actifs non éligibles au régime Dutreil, ceux-ci venant dégrader le coefficient d'éligibilité à l'exonération partielle et, par conséquent, alourdir mécaniquement les droits de donation.



Au regard de ces contraintes, l'inversion des opérations de donation et d'apport peut s'avérer mieux adaptée dans certains cas



11. Par ailleurs, la possibilité d'obtenir un coût fiscal équivalent ne saurait être interprétée comme une reproduction à l'identique des conditions applicables en cas de donation suivie d'un apport. Certes, cette absence d'équivalence pourra se révéler avantageuse dans certaines situations, notamment en permettant au donateur de conserver la majorité du capital de la société holding sans remise en cause du régime Dutreil. Toutefois, elle emporte également plusieurs contraintes : notamment, elle expose les associés aux conditions supplémentaires liées à l'exigence légale de maintien inchangé des participations à chaque niveau d'interposition, impose la prise d'un engagement de conservation portant sur l'intégralité des titres détenus par la société holding interposée même en cas de transmission partielle du capital, et peut faire obstacle à la reconnaissance d'un engagement collectif réputé acquis en raison de l'échange de titres intervenu lors de l'apport.



Le sens des opérations sera déterminant en cas de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport au sens de l'article 150-0 B ter du CGI



12. Le choix de l'ordre des opérations de donation et d'apport doit ainsi procéder d'une appréciation au cas par cas des impacts de chacune des alternatives pour l'application du régime Dutreil. La réflexion devra également englober les enjeux liés au sort des plus-values latentes attachées aux titres transmis.

Les enjeux liés au sort des plus-values latentes attachées aux titres de l'entreprise

13. La donation n'est pas un fait générateur d'imposition au titre des plus-values sur valeurs mobilières. Ainsi, sous réserve des cas où la mutation des titres relèvera du régime des plus-values professionnelles, la donation aura généralement un effet de « remise à zéro » du prix de revient des titres donnés et, relativement, de purge de la plus-value latente attachée à ceux-ci.

14. Les plus-values réalisées au titre d'un échange de titres bénéficient généralement d'un différé d'imposition. L'apport de titres d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés à une autre société soumise audit impôt pourra ainsi bénéficier, sous réserve du respect des conditions de ces dispositifs, d'un mécanisme de sursis d'imposition (*CGI art. 150-0 B*) ou de report d'imposition (*CGI art. 150-0 B ter*), ce dernier ayant vocation à s'appliquer lorsque l'apporteur contrôle au sens dudit article la société bénéficiaire. C'est ainsi que, en pratique, on sera confronté le plus fréquemment au mécanisme de report d'imposition.

15. Si, au regard de ces mécanismes de différé d'imposition, l'ordre des opérations peut apparaître fiscalement neutre à l'instant T, le choix entre une donation suivie d'un apport ou, à l'inverse, un apport préalable à la donation, entraîne des conséquences différences significatives et impose une analyse circonstanciée.

16. Il convient dès lors de confronter les deux schémas pour en apprécier, au cas par cas, les avantages et les limites.

17. En cas de donation en pleine propriété. Dans l'hypothèse d'une donation de titres en pleine propriété, le sens des opérations d'apport et de donation sera déterminant en cas de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport au sens de l'article 150-0 B ter du CGI. En cas d'apport suivi de la donation des titres reçus en contrepartie de celui-ci, la plus-value latente attachée aux titres apportés aura tantôt bénéficié d'un mécanisme de sursis d'imposition ou de report d'imposition.

En cas de sursis d'imposition, la plus-value latente sera définitivement exonérée par la donation (*BOIRPPM-PVBMI-30-10-20-20 n° 80*).

En cas de report d'imposition, il en sera de même sauf en cas de contrôle de la société émettrice des titres transmis par le donataire. Ce dernier est notamment réputé exercer un tel contrôle s'il détient, directement ou indirectement, seul ou conjointement avec son conjoint (ou partenaire lié par un Pacs), ses ascendants, descendants ou frères et sœurs, la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société concernée.

18. Au regard du périmètre des associés pris en compte pour l'appréciation du contrôle, il sera, en pratique, très fréquent que le donataire soit lui aussi considéré comme contrôlant la société, dès lors que le donateur lui-même était regardé comme tel au moment de l'apport, notamment lorsqu'il procède, peu de temps après, à la donation des titres reçus en contrepartie de celui-ci. Dans ce cas, la plus-value placée en report sera transférée au donataire à hauteur des titres transmis, et ne sera définitivement purgée qu'à l'issue d'un délai de cinq ans (voire dix ans dans certaines situations). D'ici là, tout événement mettant fin au report d'imposition, tel qu'une cession des titres reçus, entraînera l'imposition immédiate de la plus-value entre les mains du donataire.

19. Sous réserve des contraintes liées au régime Dutreil précédemment exposées, et qui pourront, le cas échéant, s'appliquer de manière cumulative, la séquence consistant à réaliser une donation des titres en pleine propriété suivie de leur apport par le donataire apparaît sans conteste plus avantageuse en matière de plus-values. Elle permet en effet une purge immédiate des plus-values latentes, là où le schéma inverse ne conduit fréquemment qu'à une purge différée, subordonnée à la conservation des titres pendant une certaine durée.

20. En cas de donation en nue-propriété. En complément des principes exposés ci-avant, l'hypothèse d'une donation de titres en nue-propriété appelle les précisions suivantes. Dans l'hypothèse d'un apport suivi de la donation des titres reçus en contrepartie de celui-ci :

- la donation n'a pas d'incidence sur la fraction de la plus-value en sursis ou en report d'imposition correspondant à l'usufruit que le donateur s'est réservé ;
- au contraire, la donation « purge » la fraction de la plus-value afférente à la nue-propriété donnée.

21. Par exception, lorsque les titres donnés sont grevés d'une plus-value placée en report d'imposition, la part de la plus-value correspondant à la nue-propriété est transférée au donataire, si ce dernier est regardé comme contrôlant la société dont les titres sont donnés, selon les critères précédemment évoqués. Dans cette hypothèse, la plus-value n'est pas immédiatement purgée, mais seulement au terme d'un délai de conservation de cinq à dix ans.

22. Dans l'hypothèse d'une cession en pleine propriété de titres dont la propriété a été démembrée après le 3 juillet 2001, la plus-value est imposable au nom du nu-propriétaire en cas de remplacement (*BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60 n° 100*).

23. Dans l'hypothèse d'une donation suivie de l'apport conjoint par le donateur (pour l'usufruit) et le donataire (pour la nue-propriété) rémunérée par des titres eux-mêmes démembrés par subrogation réelle conventionnelle, si l'apport bénéficie du régime du sursis d'imposition, l'échange de titres constitue une opération purement intercalaire. Si, dans cette même hypothèse,

l'apport bénéficie du régime du report d'imposition (voire d'aucun régime de différé d'imposition, emportant la taxation immédiate de la plus-value), par application de la règle du Bofip, c'est le nu-propriétaire qui est redevable de l'imposition due au titre de la plus-value réalisée dans le cadre de l'échange de titres.

24. Ainsi, dans l'hypothèse d'un apport bénéficiant du régime du report d'imposition, alors que la plus-value latente grevant les titres donnés en nue-propriété aura été immédiatement purgée par la donation à concurrence du droit transmis, la plus-value latente attachée à l'usufruit des titres donnés, réservé par le donateur, se trouvera placée, dans le cadre de l'apport, en report d'imposition sur la tête du donataire et cela sans limitation de temps.

25. Dès lors, en cas de cession conjointe ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport par l'usufruitier et le nu-propriétaire, le report d'imposition relatif à l'usufruit prendra fin, entraînant l'imposition de la plus-value correspondante entre les mains du nu-propriétaire, indépendamment du sort du prix de cession.

 **Le conseil :** La détermination du sens des opérations d'apport et de donation ne relève pas d'une règle universelle, aucune option n'étant globalement préférable à l'autre et chacune présentant des avantages propres et des contraintes spécifiques.

Le choix entre ces deux séquences suppose une approche sur mesure, fruit d'une appréciation globale des contraintes et avantages de chacune des alternatives au regard des circonstances de la cause. Il est donc fortement recommandé aux praticiens de s'assurer que ce choix résulte d'une réflexion approfondie, prenant en compte à la fois les objectifs immédiats du client et ses projets à moyen terme. Cela évitera que l'apport ultérieur des titres transmis, dont les parties n'auraient pas fait part au praticien au moment de la donation, ne fasse naître des conséquences fiscales défavorables qu'une inversion préalable des opérations aurait permis d'éviter.