

Belles holdings endormies : pour être animatrices, réveillez-vous, activez-vous !

Sésame fiscal pour le dirigeant d'entreprise, la holding animatrice a récemment été définie par le législateur sans pour autant mettre fin aux difficultés d'application pratique et aux divergences d'appréciation pour les praticiens et l'Administration. Un récent arrêt ⁽¹⁾ illustre, pour l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), les dangers de cette situation pour les belles endormies, soudainement sorties de leur bienheureuse torpeur par l'administration fiscale leur déniait la qualification de « holding animatrice » et l'exonération induite...



Par **Léa Faulcon**,
Avocat associé, Blackbird Baschet,
membre de l'IACF
et **Wanda Hannecart-Weyth**,
Ingénieur patrimonial,
co-auteur du Lamy Patrimoine



Cass. com., 8 oct. 2013,
n° 12-20.432.

POUR EN SAVOIR PLUS :
CA Reims, 10 avr. 2012,
n° 10/02071.

Repère : Lamy fiscal 2013,
§ 7830.

Monsieur X. crée fin 2002 l'EURL Cénologie et Culture. Suite à un diligent apport-cession des titres de son ancienne société à la nouvelle EURL, celle-ci détient des liquidités importantes. De 2003 à 2006, ces liquidités ne seront pas réinvesties dans de nouvelles activités, mais utilisées pour des avances en compte courant de l'EURL à ses filiales pour un montant de 20 M€. En mai 2006, Cénologie et Culture, devenue en 2005 une SARL au capital de 21 M€, acquiert toutefois des bois et forêts.

Pendant ces années, Monsieur X. ne déclarera pas les parts de l'EURL dans sa déclaration ISF et ne les mentionnera pas non plus dans l'encart spécifique de la déclaration au titre des biens professionnels. Sans surprise, l'administration fiscale notifie une proposition de rectification de l'ISF au titre des années 2003 à 2006, considérant que ces parts doivent être incluses dans l'assiette ISF. La Cour d'appel de Reims saisie en l'espèce considère, en 2012, que le rôle d'animation n'étant pas caractérisé, le tribunal doit être approuvé d'avoir décidé que ladite société était « une holding se bornant à assurer la gestion des valeurs apportées par l'associé unique et du patrimoine mobilier qu'elle s'était constitué après la

vente d'une partie de ces dernières, ce qui excluait ces parts sociales de la qualification de biens professionnels pour les quatre années d'imposition » ⁽²⁾.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, retenant la qualification de **holding passive** et donc l'assujettissement à l'ISF en précisant « qu'après avoir examiné l'ensemble des éléments versés aux débats par le demandeur, l'arrêt retient que le rôle d'animation de l'EURL sur ses filiales n'était pas caractérisé et que celle-ci se bornait à assurer la gestion des valeurs apportées par l'associé unique et de son patrimoine ; que la cour d'appel a pu déduire de ses constatations et appréciations que M. X. ne démontrait pas que l'EURL exerçait effectivement une activité d'animatrice de groupe ».

L'arrêt de la Cour de cassation illustre, dans le contexte actuel, aussi bien la controverse sur les **difficultés** toujours existantes de **définition** de la holding animatrice que celle de la charge de la **preuve** et de sa **matérialité**.

→ Holding animatrice : des difficultés persistantes

Il a été précédemment rappelé l'importance de l'enjeu de la **qualification** de holding animatrice, véritable

(1) Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-20.432.

(2) CA Reims, 10 avr. 2012, n° 10/02071.

« *sésame fiscal* » en matière d'ISF, transmission, plus-values, TVA⁽³⁾... D'où une controverse active et une première intervention du législateur, dont la portée vient toutefois d'être interprétée très **restrictivement** par l'administration fiscale.

Doctrine administrative et définition légale, la fin espérée d'une schizophrénie fiscale

Relevons, en prologue, une tentative consensualiste de définition de la holding par la Cour d'appel de Reims dans l'arrêt précité : « *Les parties s'accordent pour reconnaître que l'EURL Cénologie et Culture est une société holding, c'est-à-dire une société dont l'objet consiste à prendre et à détenir des participations dans d'autres entreprises en vue d'en contrôler ou d'en diriger l'activité* ».

Pour l'ISF, le fondement légal évoqué dans l'arrêt commenté est celui de l'article 885 O quater du CGI qui 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* ». L'interprétation de cet article renvoie, là encore classiquement, à la **distinction** faite très tôt par la doctrine administrative⁽⁴⁾, reprise dans le BOFiP-Impôts⁽⁵⁾ : « *En ce qui concerne les sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres entreprises, il y a lieu de distinguer :*

- *celles qui ne font qu'exercer les prérogatives usuelles d'un actionnaire (exercice du droit de vote et prises de décisions lorsque l'importance de la participation le permet, et exercice des droits financiers) ;*

- *celles qui sont 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. Ces sociétés utilisent ainsi leur participation dans le cadre d'une activité industrielle ou com-*

merciale qui mobilise des moyens spécifiques ».

L'arrêt de la Cour de cassation de 2013, confirmant celui de la Cour d'appel de Reims de 2012, intervient après deux importantes interventions du législateur concernant l'ISF. Concernant la holding animatrice, une première définition existe depuis le 1^{er} janvier 2011. L'article 885-0 V bis du CGI⁽⁶⁾ légalisait, suite à la loi de finances pour 2011⁽⁷⁾, la doctrine précitée en disposant qu'« *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* ».

De cette **définition légale** et non plus doctrinale, retenons :

- un double critère **majeur**, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de leur filiale ;

- un unique critère **mineur** : rendre, le cas échéant, et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers.

Observons que le législateur fait abstraction, pour ce second critère, de l'utilisation de moyens spécifiques, moins rigoriste ainsi que la doctrine précédente. Le fondement légal retenu dans l'arrêt pour déterminer le rôle d'animation effective est toutefois celui de l'article 885 O quater du CGI, « *texte légal tel qu'interprété par la doctrine administrative* », et non de l'article 885-O V bis du même code. La cour a donc préféré une construction et référence **classiques**.

Rappelons également que la réforme en 2012 du régime du bien professionnel⁽⁸⁾, admettant désormais pour l'entrepreneur la reconnaissance d'activités multiples ou de conglomérat, a eu pour effet indirect l'absence de recours récurrent à des holdings animatrices, évitant ainsi commodément la contrainte liée à un seul niveau d'interposition entre le redevable et

la société opérationnelle⁽⁹⁾. Toutefois en présence de holdings superposées, la qualification d'animatrice devient indispensable.

Au cas d'espèce, Monsieur X avait d'ailleurs vainement fait valoir que ses deux holdings, Cénologie et Lanson, étaient animatrices et que « *leurs filiales communes constituaient un bien professionnel unique au sein duquel Monsieur X, dirigeant chacune de ses sociétés perçoit une rémunération égale à plus de 50 % de ses revenus professionnels* ».

La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation n'avait pas fait droit à sa demande. Cénologie et Culture ne pouvait constituer une holding animatrice à **défaut de preuve** du critère majeur précité. Aurait-on pu considérer une détention multiple de holdings animatrices dans un tel cas ? Selon la position de l'administration fiscale, la réponse est clairement **négative**.

Coup de froid suite à la position restrictive de l'administration fiscale

La Direction de la législation fiscale a eu récemment l'occasion⁽¹⁰⁾ de préciser son interprétation de la notion de société holding animatrice dans un sens considéré comme des plus **restrictifs** par les praticiens.

L'un des éléments du débat portait sur le fait que l'admission de la holding animatrice comme bien professionnel relevait d'une **tolérance** de l'administration fiscale et non d'un principe⁽¹¹⁾. L'arrêt de la Cour d'appel de Reims ne s'inscrit pas dans cette logique, mais retient « *une inter-*

(3) « *Holding animatrice ou pas animatrice, telle est-elle toujours la question ?* », par Léa Faulcon et Wanda Hannecart-Weyth, Les Nouvelles fiscales n° 1096, p. 44.

(4) Instr. 28 avr. 1989, BOI 7 R-1-89.

(5) BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, n° 140.

(6) Dispositif de réduction d'ISF au titre de la souscription au capital des PME.

(7) L. fin. 2011, n° 2010-1657, 29 déc. 2010, JO 30 déc., art. 36 et 38.

(8) Applicable à partir du 4 mai 2012. L'arrêt de la Cour d'appel de Reims est du 10 avril 2012.

(9) Holding animatrice ou pas animatrice, telle est telle toujours la question, article précité.

(10) Conférence IACF du 10 juin 2013.

(11) « *Un principe consubstantiel au régime des biens professionnels* », par Olivier de Saint Chaffray. Feuillelet Rapide Fiscal Social n° 31/13. ▶

prétation favorable au contribuable, constituant une exception au principe d'exclusion des sociétés holdings posé par l'article 885 O quater du CGI ». La Cour de cassation considère pareillement que « *l'interprétation administrative favorable au contribuable, constitue une exception au principe d'exclusion des parts ou actions de sociétés holdings ayant pour activité principale la gestion de leur patrimoine mobilier ou immobilier posé par l'article 885 O quater du CGI* ».

Le coup de froid a été donné, en premier lieu, par une tendance nouvelle : le simple fait pour la holding de ne pas animer une seule de ses diverses participations aurait pour effet de faire perdre à celle-ci la qualité d'animatrice et donc de bien professionnel⁽¹²⁾. En clair, si la preuve suffisante n'est pas rapportée de l'animation « effective » de toutes les participations et filiales, quelle que soit leur chiffre d'affaires ou autres critères, la société holding serait assimilée à une société passive. L'Administration considère en effet que si une holding détient plusieurs sociétés contrôlées (participation supérieure à 50 %) et animées effectivement mais détient par ailleurs une participation minoritaire dans une autre société (SCI par exemple), celle-ci serait de nature à remettre en cause le caractère animateur de la holding pour l'ensemble du groupe. Ainsi, l'administration fiscale ne reconnaît pas l'animation partielle mais la **seule animation de l'intégralité des filiales du groupe**. Une participation minoritaire serait de nature à « déqualifier » le caractère animateur de la holding. Cette interprétation surprenante ne semble cependant pas relever de la lettre du texte de l'article 885 O quater ni 885-O V bis du CGI, expression pourtant la plus récente de la volonté du législateur.

En second lieu, il ne peut y avoir plus d'une holding animatrice **pour un groupe**. En effet, selon l'administration fiscale le concept de holding animatrice ne permet pas la co-animation d'un groupe. Ainsi, dans l'arrêt précité, le redevable considérait que ses deux holdings étaient animatrices

et « *qu'aucune disposition réglementaire ou législative ne prévoit pour le groupe de société l'obligation de ne comprendre qu'une seule société holding* ». Cette qualification n'a été accordée à aucune des deux, ce qui n'est guère surprenant en considérant les faits précités et l'absence totale de participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales. L'interprétation restrictive de l'Administration s'opposerait également par exemple à la détention de participations familiales par un frère et une sœur, *via* leur propre holding « animatrice »...

→ Preuve et charge de la preuve de l'animation effective

Si la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de leur filiale constituent le critère majeur nécessaire à la qualification de holding animatrice, encore faut-il l'établir avec certitude, dans ce contexte d'incertitude et d'incohérence précité. La charge de la preuve et sa matérialité constituent également une source de controverse active.

Charge de la preuve : qui jouera les Colombo ?

Dans la continuité d'une des controverses précitées, si la notion de holding animatrice relevait de la loi, la charge de la preuve pèserait sur l'administration fiscale. Tel n'est pas la position de la Haute cour dans l'arrêt commenté, qui considère classiquement qu'elle relève d'une interprétation administrative favorable au contribuable.

Dans les faits de l'espèce, le redevable n'avait en fait ni déclaré les parts de sa société ni mentionné celles-ci dans le cadre spécifique aux biens professionnels. Fatale erreur, comme le savent bien la plupart des praticiens. L'administration fiscale considérait en effet que, jusqu'à preuve du contraire, les parts litigieuses font

partie des biens imposables et taxables et rappelait que « *si la preuve du bien-fondé de l'imposition dans le cadre d'une procédure de rectification revient à l'Administration, c'est en revanche au contribuable qu'incombe cette preuve lorsqu'il remet en cause sa propre déclaration ; que faute d'avoir renseigné le cadre de la déclaration réservée aux biens que le contribuable considère comme biens professionnels, la charge de la preuve revient à Monsieur X. ; qu'elle précise qu'elle rapporte la preuve de ce que les biens en question font partie du patrimoine de Monsieur X. et qu'ils n'ont pas été déclarés alors que, par principe, l'impôt de solidarité sur la fortune est exigible sur l'ensemble des biens appartenant au redevable au 1^{er} janvier : que les biens professionnels étant une exception au principe d'imposition, il appartient à Monsieur X. d'établir sa prétention ; qu'elle souligne que la charge de la preuve lui aurait incombé si seulement Monsieur X. avait déclaré les parts comme biens professionnels exonérés* ».

La Cour de cassation a logiquement précisé que la cour d'appel avait ainsi déduit à bon droit qu'il incombait au redevable, qui invoquait le bénéfice de cette exception, de justifier du rôle d'animation effective.

Retenons également que l'appelant avait également vainement fait valoir que l'actif de l'EURL était constitué de liquidités professionnelles, car issues de l'apport-cession d'un précédent outil professionnel ! Dans une telle hypothèse, digne de Lewis Carroll, l'absence de mention au titre de l'outil professionnel s'avérait pénalisante pour le plaignant.

À défaut de qualification de bien professionnel, les importantes liquidités non réinvesties ne pouvaient non plus bénéficier de la présomption de l'article 885 O ter du CGI. Ces liquidités ne provenaient d'ailleurs pas d'une acquisition liée à l'activité sociale ou d'apports effectués sur les comptes courants d'associés.

(12) À ce sujet, Olivier de Saint Chaffray, précité.

Matérialité du rôle d'animation : quels sont les indices probants ?

La preuve effective du rôle d'animation est en fait double : Monsieur X. devait en effet démontrer, à la fois, la participation active de la holding à la conduite de la **politique du groupe** et au **contrôle des filiales**.

Le contentieux ne portait pas tant ici sur la notion de « *groupe contrôlé par la holding* » ou de « *contrôle des filiales* », critère relativement souple selon la jurisprudence⁽¹³⁾ et plus aisé à démontrer, que sur le caractère effectif de l'animation. L'exercice du contrôle ne dispense pas pour autant de démontrer l'effectivité de l'animation de la holding. La détention de la quasi-totalité du capital de la filiale par la mère ne suffit pas à établir le caractère animatrice de cette dernière...⁽¹⁴⁾ De plus, le simple exercice d'un mandat social pour la holding (exemple : président de la filiale) n'est pas non plus à lui seul suffisant. Le moyen rappelle d'ailleurs à juste titre que la preuve du rôle d'animation est **libre** et peut ressortir de **tout moyen** mais « *sans qu'il soit possible d'exiger l'établissement d'une convention écrite formelle d'animation* », grief imputé à la Cour d'appel.

En pratique, la convention d'animation entre holding et filiales consti-

tue certes un élément indispensable, mais dont la seule signature ne suffit pas, pour justifier pleinement l'animation, au regard de la position restrictive de l'Administration précédemment évoquée. Elle doit être constatée dans sa matérialité et exécution par des procès-verbaux de conseils, rapports des commissaires aux comptes, comité de direction composé des dirigeants des filiales⁽¹⁵⁾, comme le rappelait justement l'Administration au plaignant.

Selon une jurisprudence constante, reprise par la Cour d'appel de Reims, la preuve doit résulter « *d'éléments concrets, tirés de l'influence réelle de la société holding sur la politique, le fonctionnement et l'activité du groupe, qui ne se réduisent pas à la participation au capital ou à l'exercice de mandats sociaux ou d'activités de direction* ».

En l'espèce, Monsieur X. n'avait versé aux débats aucune convention de ce type, et les autres éléments évoqués étaient insuffisamment étayés et détaillés, sans titre et date notamment ou mentionnant uniquement des « *prestations administratives* ». Ainsi, pour justifier de la nouvelle activité « *bois et forêts* » réalisée en 2006, seule la facture d'abonnement à un magazine était produite, mais pas la déclaration auprès de la

Mutuelle Sociale Agricole... La Cour de cassation avait à ce sujet rappelé en 2011, pour l'application du Pacte Dutreil à une société animatrice, l'importance de ces indices matériels factures détaillées et comptabilisation de produits correspondants pour établir la réalité de l'animation effective⁽¹⁶⁾.

COMMENTAIRE

Holding animatrice pour un jour ne veut pas dire holding animatrice pour toujours, surtout en ces temps d'insécurité fiscale et d'interprétation des plus restrictives de l'administration fiscale ! Réveillons nos belles endormies en établissant réellement tous les indices matériels du caractère animateur de la holding. Enfin, le Pacte Dutreil « ISF », aux conditions d'éligibilité plus souples pour les entreprises devient une ceinture de sécurité indispensable. En cas de « choc fiscal », le dommage serait ainsi limité à 25 % et non à 100 % !

(13) Le contrôle est ainsi présumé en cas de participation majoritaire (Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-14.613).

(14) Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-14.084, Bedrossian.

(15) CA Paris, 7 juill. 2006, n° 05-12.395, Elias.

(16) Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770, M. et Mme Bernard.