

## 6.1

# La société holding animatrice : le nouveau « sac d'embrouilles »



**Olivier JANORAY**  
Avocat, cabinet Arsene



**Alexis GRAJALES**  
Avocat, cabinet Arsene



**Jean DEMORTIERE**  
Avocat, cabinet Arsene

Tout fiscaliste est familier du « sac d'embrouilles », cette célèbre expression du Professeur Maurice Cozian<sup>1</sup> qui illustre très justement la complexité inhérente au traitement fiscal des sociétés de personnes. Aujourd'hui, loin d'être éculée, elle nous paraît transposable à une autre institution de la fiscalité patrimoniale de l'entrepreneur, devenue centrale : la

« société holding animatrice ». Force est de constater, en effet, que le flou persiste autour de sa définition, ce qui génère un contentieux abondant et une forte insécurité juridique. À l'heure où l'effectivité économique du statut de holding animatrice le réclame, tentons de démêler ce nouveau « sac d'embrouilles », tout en appelant le législateur à se saisir pleinement du sujet.

## Introduction, § 1

### I. Genèse et champ d'application de la notion de société holding animatrice, § 2

- A. La genèse de la notion, § 4
- B. Les régimes impliquant la notion, § 18

### II. La preuve de l'animation du groupe par la société holding : le diable est dans les détails, § 26

- A. La charge de la preuve, § 28
- B. L'objet de la preuve, § 37
- C. Les moyens de preuve, § 48

### III. La société holding animatrice : une hydre fiscale, § 63

- A. Le champ des certitudes, § 65
- B. Les questions que l'on pensait résolues mais qui restent en suspens, § 75
- C. Les questions en devenir, § 93

## Conclusion, § 101

<sup>1</sup> M. Cozian, Les grands principes de la fiscalité des entreprises : Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, doc. 22.

## Introduction

1. Apparue il y a près de 40 ans dans une instruction fiscale trop souvent oubliée, la société holding animatrice constitue une catégorie « hybride » de sociétés, qui a suscité d'innombrables interrogations au fil des années et cristallise encore aujourd'hui un contentieux abondant portant principalement sur trois difficultés.

La première d'entre elles tient à la qualification de la nature de l'activité menée par la société « holding animatrice ». Conduit-elle une activité pleinement opérationnelle ou exerce-t-elle uniquement, par transparence en quelque sorte, l'activité opérationnelle de ses filiales ? L'administration fiscale se refuse, de façon constante, à considérer les sociétés holding animatrices comme exerçant une activité opérationnelle à part entière et préfère y voir la conduite d'une activité civile dont les conditions d'exercice particulières lui permettent, par tolérance, de bénéficier de certains dispositifs fiscaux favorables. Longtemps muet sur cette question, le législateur semble quant à lui considérer les sociétés holding animatrices comme conduisant une activité pleinement opérationnelle. Les dispositions de l'article 966 du CGI prévues en matière d'impôt sur la fortune immobilière en témoignent parfaitement. Pour autant, son appréhension de la notion de holding animatrice reste hésitante et ambivalente. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux justifications avancées par le Gouvernement et l'Assemblée nationale pour rejeter, par deux fois, la tentative de certains parlementaires visant à instaurer une définition commune et unique de cette notion au sein du CGI.

La deuxième difficulté réside dans la preuve de l'activité d'animation de la société holding. En effet, si une définition harmonisée de cette notion tend à émerger au sein du CGI et de la doctrine administrative, démontrer qu'une société holding anime les participations qu'elle détient n'en demeure pas moins complexe en raison de la nature souvent immatérielle de cette activité et du poids que représente la charge de la preuve sur les épaules du contribuable. L'animation d'un groupe est un processus fastidieux qui nécessite d'être préparé en amont de toute application d'un régime de faveur. Procès-verbaux d'assemblées générales, création d'organes spécifiques, documentations juridiques, analyse du bilan de la société holding, etc. : une multitude d'indices participe du faisceau permettant de prouver que les prérogatives de la société holding dépassent celles d'un simple actionnaire et que cette dernière impulse véritablement la dynamique du groupe.

La troisième difficulté tient à la détermination de l'étendue de l'activité d'animation de la société holding. Doit-elle animer l'ensemble de ses filiales ? Quels actifs peut-elle détenir sans risque de voir son caractère animateur remis en cause ? Dans quelles proportions et selon quelles modalités ? Quel est l'impact d'une réorganisation du groupe sur le caractère animateur de la société holding ? Questions d'autant plus délicates lorsque l'on considère l'activité très souvent mixte des sociétés holding qui se prévalent de la qualité d'animatrice de leur groupe.

Non sans une certaine maladresse parfois, le juge administratif comme judiciaire s'est attelé, au fil de sa jurisprudence, à répondre à certaines de ces questions, participant ainsi à préciser les contours de la notion complexe de holding animatrice.

Loin de la théorie, l'enjeu de la réponse à l'ensemble de ces questions est, en pratique, essentiel à au moins deux égards. D'une part, en raison du nombre important de dispositifs dont le bénéfice est subordonné à l'exercice par la société d'une activité opérationnelle (ou d'animation de son groupe). Régime Dutreil, impôt sur la fortune immobilière, plus-values de cession de valeurs mobilières, etc. La notion est transversale et balaye l'ensemble des domaines de la fiscalité patrimoniale. D'autre part, en raison de l'approche « tout ou rien » qu'impliquerait la notion de holding animatrice : il n'existerait pas de holding partiellement animatrice. Dans le meilleur des cas, la société holding serait qualifiée d'animatrice de son groupe et ses associés bénéficieraient pleinement des régimes de faveur institués par le législateur ou dont l'application est « tolérée » par l'administration fiscale – à défaut, elle demeurerait une société holding pure non éligible à ces différents dispositifs. L'approche paraît binaire et aucune proratisation des avantages ne semble possible.

Pour toutes ces raisons, nous allons tenter dans le cadre de cette étude de démêler ce « sac d'embrouilles ». À ce titre, nous réfléchirons aux contours de la notion de holding animatrice en revenant tout d'abord plus longuement sur son origine et son champ d'application en matière patrimoniale (I). Par la suite, nous aborderons la question de la preuve de l'animation du groupe par la société holding (II). Enfin, nous rappellerons les différents apports de la jurisprudence tout en mettant en exergue les questions qui demeurent en suspens et qui continuent d'alimenter la forte insécurité juridique entourant cette notion (III).

## I. Genèse et champ d'application de la notion de société holding animatrice

2. Pierre angulaire de la fiscalité patrimoniale depuis plus de quarante ans, la notion de holding animatrice est paradoxalement apparue de façon impromptue dans une instruction de 1978 concernant l'obligation légale des entreprises de réévaluer leurs immobilisations. Consacrée quatre ans plus tard dans les commentaires administratifs afférents à l'impôt sur les grandes fortunes (IGF), le champ d'application de cette notion n'a cessé de croître au fil des années. Le législateur, quant à lui, ne s'en est saisi que très récemment sans jamais la consacrer totalement. Pourtant, elle couvre aujourd'hui l'ensemble des

domaines de la fiscalité patrimoniale : les droits de mutation à titre gratuit, l'impôt sur la fortune immobilière et l'impôt sur le revenu afférent aux plus-values sur valeurs mobilières.

3. « Celui qui ne sait pas d'où il vient, ne peut savoir où il va car il ne sait pas où il est. En ce sens, le passé est la rampe de lancement vers l'avenir »<sup>2</sup>. Comprendre la notion actuelle de holding animatrice dans ses différentes acceptions, c'est avant tout connaître ses origines. Savoir qu'elle fut créée par l'administration fiscale elle-même permet de comprendre sa position rigoriste lorsqu'elle examine l'activité des sociétés holding à l'occasion des contrôles. De la même manière, constater que le législateur ne s'est emparé de cette notion, pourtant fondamentale et alors même que la sécurité juridique des contribuables le requière souvent, près de 30 ans après son apparition nous éclaire sur les raisons qui en font aujourd'hui encore la source d'un abondant contentieux.

Revenons tout d'abord sur les origines de la notion de holding animatrice (A) afin de mieux appréhender ensuite les divers contours de sa définition en matière patrimoniale (B).

## A. La genèse de la notion de holding animatrice

4. Comme souvent, c'est bien l'administration fiscale qui fit naître puis grandir un concept fiscal autonome, la notion de holding animatrice (1°), avant que le législateur ne vienne la reconnaître, mais sans jamais la consacrer pleinement (2°).

### 1° L'élaboration historique de la notion de holding animatrice par l'administration fiscale

5. On pourrait légitimement penser que la naissance de la notion de holding animatrice est postérieure à celle de l'IGF instauré en 1982. Et pourtant, c'est à l'occasion d'un commentaire administratif de l'obligation légale de réévaluation des immobilisations formulé quatre ans auparavant, en 1978, que cette notion vit le jour<sup>3</sup>.

6. Plus précisément, un principe de réévaluation des actifs amortissables au bilan des entreprises fut instauré par le législateur en 1976<sup>4</sup> en raison de la forte inflation liée au choc pétrolier de 1974. À cette occasion, il distingua les trois catégories de sociétés suivantes :

- les sociétés cotées ou assimilées<sup>5</sup> devant obligatoirement procéder à cette réévaluation ;
- les sociétés exerçant une activité « commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale » autorisées à réévaluer leurs actifs mais sans y être tenues ;

- les autres sociétés ne rentrant pas dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

7. Dans une instruction du 27 septembre 1978 commentant ce dispositif<sup>6</sup>, l'administration fiscale prit soin de préciser les contours de ce dispositif à la faveur d'un raisonnement des plus pédagogiques. Par principe, la nature civile de l'activité des sociétés holding les exclut du mécanisme de réévaluation de leurs actifs amortissables. Néanmoins, l'administration fiscale opère une distinction selon que la détention des titres d'une filiale est destinée à conférer à la société holding le pouvoir de participer à sa gestion ou non. À côté des sociétés holding « pures » dont l'activité se borne à la gestion d'un patrimoine mobilier et à la perception de produits financiers, se trouvent ainsi les sociétés holding qui « s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion des entreprises dont elles détiennent des titres ». La notion de holding animatrice venait de naître.

En raison de la spécificité de leur activité, ces sociétés « hybrides » sont considérées comme entrant dans la deuxième catégorie de sociétés précitée et pouvaient ainsi procéder à la réévaluation de leurs actifs amortissables.

Dans cette même instruction, l'administration fiscale ajoutait que « 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 ». La justification de cette « tolérance » de l'administration fiscale est particulièrement éclairante et nous y reviendrons<sup>7</sup> : elle projette, par « transparence », la nature opérationnelle de l'activité des filiales sur celle de leur société mère.

8. Ultérieurement, la création de l'IGF par la loi de finances pour 1982<sup>8</sup> fut l'occasion pour l'administration fiscale d'introduire formellement le concept de holding animatrice et d'en préciser les contours. Justifié par la volonté du législateur d'instaurer un « outil de redistribution et de justice fiscale destiné à réduire les inégalités » créées par « l'insuffisante taxation du capital en France »<sup>9</sup>, ce premier impôt sur la fortune visait à imposer le capital « passif » détenu par les contribuables. Toutefois, afin d'éviter une imposition jugée injuste de l'outil de travail des entrepreneurs, le législateur créa la notion de biens professionnels<sup>10</sup>, c'est-à-dire « les biens nécessaires à l'exercice [...] d'une profession industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ». Aux termes de l'article 885 O du CGI, les titres de sociétés pouvaient entrer dans cette catégorie à l'exception de ceux de sociétés holding en raison de la nature civile de leur activité.

2 Otto von Bismarck.

3 BOI 4 A-14-78, 27 sept. 1978.

4 L. n° 76-1232, 29 déc. 1976 de finances pour 1977, art. 61.

5 Entraient également dans le champ de l'obligation de réévaluation les sociétés membres d'un groupe consolidé comprenant une société cotée ainsi que les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

6 BOI 4 A-14-78, 27 sept. 1978, préc.

7 V. § 96.

8 L. n° 81-1160, 30 déc. 1981 de finances pour 1982, art. 2 à 12.

9 V. l'exposé des motifs du projet de loi de finances pour 1982, art 1<sup>er</sup>.

10 CGI, art. 885 N.

Comme en 1976, l'instauration de l'IGF participa à nouveau à mettre en lumière les différences existant entre les sociétés opérationnelles et les sociétés non opérationnelles, parmi lesquelles figurent en premier lieu les sociétés holding.

Probablement consciente qu'une telle analyse binaire pénalisait nécessairement les entrepreneurs détenant indirectement leur outil de travail, l'administration fiscale indiqua que les titres de sociétés holding qui « *sont 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, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* » pouvaient constituer des biens professionnels<sup>11</sup>. En apportant cette précision, l'administration fiscale venait de créer ce qui constitue aujourd'hui encore la définition traditionnelle des sociétés holding animatrices.

9. Une fois cette notion consacrée, son champ d'application fut progressivement élargi par l'administration fiscale à la faveur des commentaires de différents dispositifs de faveur instaurés par le législateur.

10. Une instruction du 1<sup>er</sup> octobre 1999 constitue la première illustration<sup>12</sup>. À cette occasion, l'administration fiscale répliqua son raisonnement développé lors de la création de l'IGF à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), son successeur, instauré par la loi de finances pour 1989<sup>13</sup>.

Notons d'ailleurs que la première légalisation de la notion de holding animatrice aurait pu intervenir à l'occasion des débats parlementaires tenus dans le cadre de cette loi. Le député Gilbert Gantier avait en effet déposé un amendement en ce sens devant l'Assemblée nationale en reprenant précisément la définition établie par l'administration fiscale en 1982. Le Ministre du Budget de l'époque, Michel Charasse, avait alors souligné que l'introduction formelle du concept de holding animatrice au sein du dispositif ne lui semblait pas nécessaire au vu de la rédaction même de l'article 885 O quater du CGI. Selon le Ministre, « *il est clair que l'exonération [afférente aux biens professionnels] doit s'appliquer puisque les participations détenues ne font pas l'objet d'une gestion patrimoniale mais constituent un moyen de diriger le groupe* ». En d'autres termes, il n'était pas nécessaire de légaliser cette notion puisque l'activité de direction d'un groupe de sociétés revêtait un caractère opérationnel, ce qui permettait *ipso facto* aux titres de sociétés holding animatrices d'entrer dans le champ d'application du régime des biens professionnels. Face à ce raisonnement, l'amendement d'origine parlementaire fut retiré par le député qui en était à l'origine.

11. La définition classique de la holding animatrice établie par l'administration fiscale fut par la suite utilisée dans son instruction du 30 juillet 2001<sup>14</sup> commentant le premier dispositif d'exonération partielle de droits de mutation lors

de la transmission d'entreprises à cause de mort<sup>15</sup>. Ebauche de ce qui constitue désormais le régime « Dutreil-transmission », ce dispositif instituait une exonération partielle de droits de mutation par décès, à concurrence de la moitié de leur valeur, lors de la transmission d'entreprises individuelles<sup>16</sup> ou sociétaires<sup>17</sup> exerçant une activité opérationnelle. Faute de précisions par le législateur quant à l'éligibilité des sociétés holding animatrices, l'administration fiscale permit aux sociétés répondant aux critères posés par l'instruction de 1982<sup>18</sup> de bénéficier de ce régime favorable. Cette même définition fut d'ailleurs reprise au sein de l'instruction administrative<sup>19</sup> commentant le régime Dutreil instauré par la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>20</sup>.

12. Au fil de ses commentaires, l'administration fiscale a ainsi toujours semblé s'en tenir à une définition unique de la notion de holding animatrice, celle de 1982, ce que la reprise des instructions précitées au BOFiP en 2012 n'a pas bousculé.

13. Cette observation doit toutefois être nuancée dans la mesure où l'administration fiscale déroge à sa définition traditionnelle de la société holding animatrice au sein de ses commentaires<sup>21</sup> du dispositif de paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit prévu par l'article 397 A de l'annexe III au CGI. Elle y précise que si ce dispositif favorable ne s'applique pas aux transmissions portant sur des sociétés holding, il en va différemment des sociétés holding animatrices de leur groupe qu'elle définit comme celles qui, « *outre la gestion d'un portefeuille de participation : (i) assurent la gestion de la trésorerie du groupe, (ii) effectuent au profit des sociétés du groupe des prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion, de coordination ou de contrôle, (iii) se livrent le cas échéant à des activités de recherche et de développement au profit du groupe* ».

Cette définition alternative se distingue de celle élaborée historiquement à au moins deux égards. D'une part, la gestion de trésorerie est érigée comme critère d'identification de l'activité d'animation là où elle ne constitue qu'un indice de cette activité dans la définition de 1982 qui recherche, notamment, les prestations de services d'ordre financier rendues par la société holding. D'autre part, l'exercice des fonctions de direction ou de gestion de la société holding concourant au développement de l'activité du groupe semble constituer un critère à part entière, au même titre que l'établissement de la politique de ce dernier ou du contrôle capitalistique des filiales. En filigrane, la société holding doit être « active » pour être opérationnelle. L'instruction précitée semble d'ailleurs aller dans ce sens puisqu'elle précise que « *ces sociétés holding actives [...] s'opposent aux sociétés holding passives qui continuent d'être exclues de ce dispositif en tant que simples gestionnaires d'un portefeuille mobilier* ».

11 BOI 7 R-2-82, 19 mai 1982.

12 BOI 7 S-33-23, 1<sup>er</sup> oct. 1999.

13 L. n° 88-1149, 23 déc. 1988 de finances pour 1989, art. 26.

14 BOI 7 G-6-01, 30 juil. 2001.

15 L. n° 2000-1352, 30 déc. 2000 de finances pour 2001, art. 5.

16 CGI, art. 789 B.

17 CGI, art. 789 A.

18 BOI 7 R-2-82, 19 mai 1982, préc.

19 BOI 7 G-3-12, 9 mars 2012.

20 L. n° 2003-721, 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique, art. 43.

21 BOI-ENR-DG-50-20-50, 3 févr. 2016, § 170.

Notons toutefois que ces différences rédactionnelles ne semblent, en pratique, avoir aucun impact sur la détermination du caractère animateur d'une société holding. En effet, dans un arrêt du 21 juin 2011<sup>22</sup>, la Cour de cassation, tout comme l'administration fiscale, a procédé à une analyse unique du caractère animateur d'une société holding dont les associés prétendaient pourtant à l'application de deux régimes présentant des définitions différentes de l'animation (en l'occurrence le régime Dutreil et celui du paiement différé et fractionné des droits de donation). Considérer que la notion de holding animatrice puisse être définie différemment par l'administration fiscale selon le dispositif en cause relèverait sinon de la schizophrénie, du moins du paradoxe, rendant plus pressante une intervention du législateur.

## 2° La codification récente de la notion de holding animatrice par le législateur

**14.** La notion de holding animatrice fut codifiée, plus de 30 ans après son apparition, par l'adoption d'un amendement déposé par le rapporteur général de la commission des finances Gilles Carrez dans le cadre du projet de loi de finances pour 2011<sup>23</sup> pour les besoins des réductions d'impôt sur le revenu<sup>24</sup> et d'ISF<sup>25</sup> en cas de souscription au capital de PME. À cette occasion, sans tenter d'instaurer sa propre définition de la holding animatrice, le législateur reprit *in extenso* celle établie par l'administration fiscale en 1982.

**15.** Par la suite, il s'y est référé à deux reprises. Une première fois, à l'occasion de la réforme du régime d'imposition des plus-values mobilières introduite par la loi de finances pour 2014<sup>26</sup> à l'origine de l'abattement pour durée de détention renforcé. Sans modifier la définition consacrée en 2011 ni même la reprendre textuellement, c'est par un simple renvoi à l'article 199 terdecies O-A du CGI que l'article 150-O D du CGI appréhendait initialement la notion de holding animatrice<sup>27</sup>.

Une seconde fois, à l'occasion de l'instauration de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) par la loi de finances pour 2018<sup>28</sup>. À cet égard, si la définition de la holding animatrice retenue par le législateur dans le cadre de l'IFI ne diffère en rien de celle établie en 1982, une précision apportée à l'article 966 du CGI mérite toutefois d'être relevée. En effet, l'exclusion de l'assiette de l'IFI de la fraction de la valeur des parts de sociétés représentative d'immeubles suppose que ces sociétés conduisent une activité opérationnelle, par exemple commerciale. Il en est de même pour l'exonération afférente aux biens professionnels. Or, l'article 966 du CGI précise explicitement que les sociétés holding animatrices

sont considérées comme exerçant une activité commerciale : « *sont également considérées comme des activités commerciales les activités de sociétés qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* ».

Au regard de la rédaction choisie, le législateur assimile explicitement l'activité d'animation à une activité commerciale. La holding animatrice exercerait donc une activité opérationnelle à part entière, décorrélée de l'activité de ses filiales<sup>29</sup>.

**16.** Même si la notion de holding animatrice est désormais codifiée, il est regrettable qu'elle le soit de manière éparpillée, « *façon puzzle* » aurait dit Michel Audiard<sup>30</sup>. N'aurait-il pas été plus adroit de codifier sa définition au sein d'un article autonome auquel les différents dispositifs concernés renverraient ?

Une seconde tentative en ce sens a été entreprise par le Sénat dans le cadre du projet de loi de finances pour 2019 au moyen d'un amendement visant à instaurer une définition légale et générale de la holding animatrice afin de préciser « *les contours flous* » de cette notion<sup>31</sup>. L'article de loi issu de cet amendement n'a pas résisté au couperet de l'Assemblée nationale qui justifiait sa décision par la nécessité de laisser une certaine marge d'appréciation au juge dans la détermination du caractère animateur des sociétés holding.

**17.** Aussi légitime soit la justification avancée par les députés, il n'empêche qu'elle nous paraît discutable à plusieurs égards. Tout d'abord, comme nous le verrons par la suite<sup>32</sup>, la position de l'administration fiscale concernant la notion de holding animatrice s'avère particulièrement restrictive et se heurte bien souvent à celle soutenue par les contribuables. Ainsi, sans retirer toute marge d'appréciation au juge, légaliser cette notion permettrait d'accroître la sécurité juridique à laquelle les contribuables aspirent. Ensuite, au vu du nombre de dispositifs impliquant la notion de holding animatrice, établir une définition légale et commune réduirait inévitablement la source des contentieux possibles entre l'administration fiscale et les contribuables.

## B. Les régimes impliquant la notion de holding animatrice

**18.** Du fait de la réticence historique du législateur quant à son utilisation, la notion de holding animatrice n'est présente que marginalement dans le CGI. Pourtant, à la faveur des précisions apportées par l'administration fiscale dans ses commentaires au BOFiP, cette notion couvre aujourd'hui l'ensemble des domaines de la fiscalité patrimoniale.

<sup>22</sup> Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665.

<sup>23</sup> Amendement I-46, 14 oct. 2011.

<sup>24</sup> CGI, art. 199 terdecies O-A.

<sup>25</sup> CGI, art. 885-O V bis.

<sup>26</sup> L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013 de finances pour 2014, art. 17.

<sup>27</sup> Désormais, l'article 150-O D 1 quater, B, 2°, f du CGI reprend expressément la définition classique de la holding animatrice telle qu'établie par l'administration fiscale en 1982 (V. § 8).

<sup>28</sup> L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017 de finances pour 2018, art. 31.

<sup>29</sup> V. § 96.

<sup>30</sup> Propos tenus par Raoul Volfoni dans le film *Les Tontons flingueurs* (1963), réalisé par Georges Lautner, sur un scénario d'Albert Simonin et des dialogues de l'excellent Michel Audiard.

<sup>31</sup> Amendement I-148, 14 nov. 2018.

<sup>32</sup> V. § 63 et s.

## 19. En matière de droits de mutation :

| Dispositif                                                                                                                                                                              | Définition                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Source                                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| Exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit de titres faisant l'objet d'un pacte Dutreil (CGI, art. 787 B)                                                              | « Les sociétés holding admises au bénéfice de l'exonération partielle sont celles qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations :<br>- participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales ;<br>- et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers. »                                                                                           | BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 50  |
| Paiement différé des droits de mutation à titre gratuit pour les transmissions d'entreprises (CGI, ann. III, art. 397 A et 404 GA à GD)                                                 | « Les sociétés holdings admises au bénéfice de ces facilités de paiement sont celles qui, outre la gestion d'un portefeuille de participation :<br>- assurent la gestion de la trésorerie du groupe ;<br>- effectuent au profit des sociétés du groupe des prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion, de coordination ou de contrôle ;<br>- se livrent le cas échéant à des activités de recherche et de développement au profit du groupe. »                    | BOI-ENR-DG-50-20-50, 3 févr. 2016, § 170     |
| Abattement de 300 000 € sur les droits de mutation à titre onéreux dus sur les cessions d'entreprises aux salariés qui y poursuivent leur activité pendant cinq ans (CGI, art. 732 ter) | « Outre la gestion d'un portefeuille de participations, ces dernières [les sociétés holdings animatrices] participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales, et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers. Elles utilisent ainsi leurs participations dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale qui mobilise des moyens spécifiques. » | BOI-ENR-DMTOM-10-20-20, 12 sept. 2012, § 110 |

20. À cet égard, notons que la notion de holding animatrice n'est pas expressément prévue dans le cadre du régime de réduction des droits de mutation à titre gratuit sur les donations d'entreprises. Pour rappel, l'article 790 du CGI prévoit une réduction de 50 % des droits de mutation à titre gratuit dus lors de la donation en pleine propriété de titres d'une société ayant une activité opérationnelle<sup>33</sup> effectuée par un donateur de moins de 70 ans. Or ni le CGI<sup>34</sup> ni les commentaires de l'administration fiscale sur ce dispositif<sup>35</sup> n'envisagent

expressément la situation des sociétés holding animatrices.

La pratique montre toutefois que l'administration fiscale admet l'application de cette réduction de droits aux donations de titres de sociétés holding animatrices réalisées au moyen d'un pacte Dutreil puisque le champ d'application de l'article 790 du CGI renvoie à celui du régime Dutreil-transmission prévu à l'article 787 B du CGI, applicable aux sociétés holding animatrices selon l'administration fiscale<sup>36</sup>. La possibilité de cumuler ces deux dispositifs est en outre expressément prévue par le BOFiP pour une holding animatrice<sup>37</sup>.

33 L'article 790 du CGI fait référence aux sociétés « ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ».

34 CGI, art. 787 B.

35 BOI-ENR-DMTG-20-30-20-50, 13 févr. 2017.

36 BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 50.

37 BOI-ENR-DMTG-20-30-20-50, 13 févr. 2017, § 50.

## 21. En matière d'IFI :

| Dispositif                                                                                                                                                                   | Définition                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Source                                          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Exclusion de l'assiette de l'IFI de la fraction de la valeur des parts de société conduisant une activité opérationnelle représentative de biens immobiliers (CGI, art. 965) | « Sont également considérées comme des activités commerciales les activités de sociétés qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers. » | CGI, art. 966, II                               |
| Exonération d'IFI des biens immobiliers affectés à une société dans laquelle le redevable exerce son activité professionnelle (CGI, art. 975)                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Renvoi à la définition prévue par CGI, art. 966 |

## 22. En matière d'impôt sur le revenu :

| Dispositif                                                                                               | Définition                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Source                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|
| Abattement renforcé pour durée de détention sur les plus-values de cession de titres (CGI, art. 150-O D) | « est une société holding animatrice [la société] qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participe activement à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales et rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers. » | CGI, art. 150-O D, 1 quater, B, 2°, f |

23. Il est intéressant de noter que l'article 150-O B ter du CGI régissant les opérations d'apport-cession, opérations classiques en fiscalité patrimoniale, n'aborde pas explicitement la notion de holding animatrice. En effet, un réinvestissement éligible doit être opéré au sein d'une société exerçant une « activité commerciale au sens des articles 34 ou 35, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière ». Le législateur, qui ne fait pas expressément entrer la holding animatrice dans ce dispositif, l'admet toutefois *a contrario* puisque « les activités de gestion de son propre patrimoine mobilier ou immobilier sont exclues du bénéfice de cette dérogation ».

L'administration fiscale, dans la dernière mise à jour de ses commentaires au BOFiP relatifs au mécanisme de report d'imposition (20 déc. 2019), n'aborde pas non plus expressément la notion de holding animatrice<sup>38</sup>. Elle précise uniquement que « sont exclues des activités éligibles au emploi les activités civiles, **autres que celles assimilées fiscalement à des activités commerciales**, sous réserve de ce qui suit. Est ainsi notamment exclue l'activité de location de locaux nus. De même, ne sont pas éligibles au emploi les activités de gestion par la société de son propre patrimoine mobilier (notamment gestion de portefeuille de valeurs mobilières) ou immobilier (CGI, art. 150-O B ter, I-2°-a), même lorsqu'elles présentent un caractère commercial, industriel, agricole, libéral, artisanal ou financier [...] »<sup>39</sup>.

En pratique néanmoins, il fait peu de doute que les sociétés holding animatrices constituent des sociétés cibles éligibles au emploi pour les deux raisons suivantes. D'une part, l'administration fiscale indique que les « sociétés holding, simples gestionnaires d'un portefeuille mobilier » n'exercent pas une activité permettant de maintenir le report d'imposition postérieurement à la cession des titres apportés. Une lecture *a contrario* de ces commentaires milite pour le maintien du report d'imposition postérieurement à la cession des titres apportés lorsque la société cédante réinvestit au capital d'une société holding animatrice. D'autre part, l'administration fiscale a pu admettre que les titres de sociétés holding animatrices constituent des actifs éligibles en cas de réinvestissement intermédiaire via des fonds ou sociétés d'investissement<sup>40</sup>, ce qui devrait également être sa position s'agissant des réinvestissements directs réalisés au capital de telles sociétés.

24. Si certains praticiens regrettent que l'administration fiscale se soit contentée de préciser les activités exclues du régime du report d'imposition sans y ajouter une référence positive à la société holding animatrice<sup>41</sup>, est-ce à dire qu'elle accepte désormais son assimilation fiscale à une activité commerciale et ne la considère plus comme une simple « tolérance » ? Nous le pensons et cela serait cohérent avec la position exprimée par le Ministre Michel Charasse en 1988<sup>42</sup> et celle adoptée par le législateur en 2017 dans le cadre de l'IFI<sup>43</sup>.

25. En raison, notamment, de la réticence du législateur à codifier la notion de holding animatrice, des questions sur son champ d'application et sa définition demeurent. Par cette réticence, le législateur laisse un pouvoir considérable à l'administration fiscale sous le contrôle, en dernier recours, du juge de l'impôt. Ce cheminement ne manque pas de mettre en exergue les divergences d'interprétation existant entre l'ordre judiciaire et administratif.

Au-delà des questions liées à la définition de cette notion, les juges ont également la lourde tâche de se prononcer sur un autre sujet d'opposition majeure entre les contribuables et l'administration fiscale : la preuve du caractère animateur des sociétés holding animatrice.

## II. La preuve de l'animation du groupe par la société holding : le diable est dans les détails

26. Disons-le clairement : nous n'avons jamais rencontré un entrepreneur qui n'a pas le sentiment que la société holding qu'il dirige conduit la politique du groupe et contrôle ses filiales. Et pourtant, n'est pas animatrice qui veut !

Prouver que son activité est effective ne présente aucune difficulté particulière pour une société opérationnelle, la seule lecture de son compte de résultat permettant d'y parvenir. Il s'agit en revanche d'une difficulté majeure à laquelle sont confrontées les sociétés holding animatrices : elles exercent

38 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 100 à 270. Sur cette mise à jour, v. nos commentaires dans le présent numéro (IP 2-2020, n° 6, § 26).

39 *Ibidem*, § 110.

40 Rescrit non publié.

41 Compte rendu de la réunion de la commission Fiscalité du Patrimoine de l'IACF du 23 janvier 2020, II, 2.

42 V. § 10.

43 V. § 15.

une activité qui ne génère pas nécessairement de chiffre d'affaires et qui, par essence, est immatérielle. C'est alors un véritable chemin de croix que doit emprunter le chef d'entreprise afin de démontrer que la société au travers de laquelle il dirige pourtant son groupe anime effectivement ce dernier, à défaut de quoi il verra inexorablement se refermer les portes des régimes de faveur dont il entend bénéficier.

**27.** Une approche pratique de la notion de société holding animatrice devrait reléguer la question de la preuve au second plan. En effet, depuis 1982<sup>44</sup>, une société holding animatrice est définie comme une société qui « *participe activement à la conduite de sa politique et au contrôle de ses filiales* ». Ainsi, lorsqu'un dirigeant contrôle son entreprise par le biais d'une société holding, le seul fait qu'il possède également des fonctions de direction au sein des filiales contrôlées par cette société devrait réduire la preuve de l'activité d'animation à une simple formalité. Sauf à admettre une forme de schizophrénie fiscale, comment envisager que les filiales déterminent elles-mêmes leur politique commerciale ou stratégique alors qu'aucune décision majeure ne peut être prise sans l'accord de la société holding de tête et que, par ailleurs, sa gestion quotidienne est assurée par la même personne ?

La question pourrait étonner si l'administration fiscale elle-même ne l'envisageait pas dans le cadre des contrôles fiscaux. Rien de surprenant dès lors que la qualification de société holding animatrice ouvre droit au bénéfice de régimes fiscaux avantageux. L'encadrement strict des situations dans lesquelles une société holding pourra bénéficier de ce statut découle en effet d'un contexte historique bien déterminé tel que nous l'avons rappelé dans ces colonnes plus haut<sup>45</sup>.

Pour parer à toute remise en cause du caractère animateur de la société holding par l'intermédiaire de laquelle il dirige son groupe, un entrepreneur devra faire preuve de prudence. L'anticipation ainsi que l'objectivité seront ses meilleures alliées et il devra garder à l'esprit cette célèbre phrase de Nietzsche : « *le diable est dans les détails* ».

À cet égard, il conviendra de veiller à l'organisation structurelle, matérielle et humaine du groupe avant toute application d'un des régimes de faveur dont le bénéfice dépend, notamment, du caractère animateur de la société en cause. Convention d'animation, procès-verbaux d'assemblée générale, conseil stratégique, etc. Aucun élément attestant du rôle actif et essentiel de la société holding auprès de ses filiales ne devra être négligé. Malgré les coûts qu'impliquera cette démarche, disposer du plus grand nombre d'éléments tangibles permettant de prouver, le moment venu, que la politique du groupe est impulsée par la société holding réduira d'autant le risque de contentieux au niveau des associés dont les enjeux financiers peuvent être significatifs, notamment en matière de régime Dutreil-transmission.

La question de la preuve de l'activité d'animation est complexe. Le mutisme du législateur et de l'administration fiscale quant aux moyens de preuve dont dispose le contribuable y participe assurément. Certes, la jurisprudence s'attache à

clarifier les contours du régime de la preuve de l'animation, mais la particularité de chaque espèce soumise à son appréciation associée aux divergences de position entre les deux ordres juridictionnels sur certaines questions prive les contribuables d'une grille d'analyse claire et explicite dont ils pourraient tirer des enseignements. La sécurité juridique de leurs opérations patrimoniales en est nécessairement affaiblie.

Le régime de la preuve de l'animation soulève trois interrogations : qui supporte la charge de la preuve (A) ? Quel est l'objet de la preuve (B) ? Quels sont les moyens de preuve (C) ?

## A. La charge de la preuve de l'animation

**28.** Participant de la complexité qui entoure la démonstration du caractère animateur d'une société, la charge de la preuve dépend de l'ordre juridictionnel devant lequel le contentieux entre l'administration fiscale et le contribuable est porté et donc de l'impôt en cause. Alors que la Cour de cassation prône l'application d'un régime de preuve subjective à la charge exclusive du contribuable (1°), le Conseil d'État lui préfère un régime de preuve objective (2°).

### 1° Un régime de preuve subjective devant la Cour de cassation

**29.** Depuis qu'elle a été saisie de la qualification de société holding animatrice, la Cour de cassation n'a jamais fait évoluer sa position s'agissant de la charge de la preuve de l'animation d'un groupe de sociétés : celle-ci incombe au contribuable.

À notre connaissance, c'est à l'occasion d'un premier arrêt de 1993 concernant l'IGF que la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire a posé ce principe en jugeant que les titres d'une société holding ne pouvaient constituer des biens professionnels dès lors que le contribuable s'était borné à soutenir que cette société avait « *un rôle de gestion et d'animation* » de sa filiale « *sans fournir aucun élément concret de nature à l'établir* »<sup>46</sup>.

Plus explicite encore, un arrêt de 1997 rendu en matière d'ISF a confirmé cette position. Dans cette espèce relative aux biens professionnels encore, le juge judiciaire a réaffirmé « *qu'il incombait au contribuable de justifier que la société Mareson exerçait au sein du groupe qu'elle formait avec sa filiale la société Comazo un rôle d'animation effective* »<sup>47</sup>.

**30.** Au-delà des lourdes conséquences qu'elle implique pour le contribuable au plan procédural, cette position du juge judiciaire interroge à plusieurs égards. Pourquoi déléter l'administration fiscale de toute charge de la preuve du caractère non animateur de la société holding ? Pourquoi ne pas prévoir, comme y incite le mouvement jurisprudentiel actuel, un régime de preuve objective, c'est-à-dire réparti équitablement entre les deux parties au litige ?

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 octobre 2013 apporte un début de réponse en précisant que la charge de la preuve ne pèse que sur les épaules du contribuable dans

<sup>44</sup> BOI 7 R-2-82, 19 mai 1982 (V. § 31).

<sup>45</sup> V. § 2 et s.

<sup>46</sup> Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-22.099.

<sup>47</sup> Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-16.083.

la mesure où la notion de société holding animatrice trouve sa source au sein de la doctrine administrative<sup>48</sup>.

Il suffit de reprendre l'attendu de principe pour s'en convaincre. La Cour a précisé au gré d'un raisonnement laconique en deux temps que la notion de société holding animatrice est une « *interprétation administrative favorable au contribuable* » qui « *constitue une exception au principe d'exclusion des parts ou actions des sociétés holding* » du régime des biens professionnels et que par conséquent « *la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il incombait à M. X..., qui invoquait le bénéfice de cette exception, de justifier que la société exerçait un rôle d'animation effective du groupe qu'elle formait avec ses filiales* ».

En d'autres termes, et d'après la Cour de cassation, dès lors que le concept de société holding animatrice ne constitue qu'une simple tolérance introduite par l'administration fiscale en faveur de contribuables en principe exclus de certains régimes de faveur, la charge de la preuve de l'activité d'animation ne peut reposer que sur ces derniers. C'est d'ailleurs le raisonnement que retenait l'administration fiscale dans un projet d'instruction sur la société holding animatrice diffusé en 2014<sup>49</sup>, projet abandonné avant sa publication, et qu'elle rappela dans une réponse ministérielle de 2015<sup>50</sup>.

**31.** Un cadeau se mérite donc. Aussi explicite soit-elle, cette justification peine pourtant à convaincre pour au moins deux raisons.

D'une part, affirmer que la notion de société holding animatrice ne constitue qu'une simple tolérance administrative est contestable. En effet, tout raisonnement qui aboutit à considérer que la société holding animatrice exerce une activité intrinsèquement opérationnelle permet de dénier cette affirmation. Or l'administration fiscale elle-même semble l'avoir admis en 1988 lors de la création de l'ISF<sup>51</sup> mais nous y reviendrons<sup>52</sup>. En tout état de cause, l'insertion par le législateur d'une référence à la holding animatrice à l'article 966 du CGI, applicable en matière d'IFI<sup>53</sup>, soulèvera certainement à nouveau la question de la justification de cette position.

D'autre part, affirmer que la qualification de société holding animatrice a toujours été favorable aux contribuables n'est que partiellement exact puisque l'application du régime de réévaluation des immobilisations de 1978 ayant vu naître ce concept pouvait aboutir à l'imposition des plus-values latentes des sociétés holding animatrices<sup>54</sup>.

**32.** Probablement conscient des écueils d'un tel raisonnement et du désavantage qu'il induit chez le contribuable en cas de contentieux, le Conseil d'État prône pour sa part une

position plus équilibrée en répartissant la charge de la preuve entre le contribuable et l'administration fiscale.

## 2° Un régime de preuve objective devant le Conseil d'État

**33.** À l'inverse de la Cour de cassation, le Conseil d'État partage la charge de la preuve de l'animation du groupe entre le contribuable et l'administration fiscale, tel qu'il ressort d'un arrêt du 13 juin 2018<sup>55</sup> rendu dans le cadre des abattements renforcés pour durée de détention applicables lors du départ à la retraite d'un dirigeant.

**34.** Sans jamais avoir justifié expressément cette analyse à notre connaissance, cette position a le mérite de s'inscrire dans le sillage de celle adoptée par le Conseil d'État en dehors de la matière patrimoniale. En effet, s'agissant notamment du bénéfice d'une exonération<sup>56</sup> ou de l'application d'un régime fiscal spécifique<sup>57</sup>, le juge administratif considère de manière constante que sous réserve des cas où la loi attribue la charge de la preuve au contribuable, cette dernière doit être partagée entre les contribuables et l'administration fiscale.

**35.** Un raisonnement par analogie plaide par conséquent en faveur de l'application d'un régime de preuve objective lorsqu'il s'agit d'apprécier le rôle animateur d'une société holding, puisqu'en l'absence de dispositions du CGI attribuant la charge de la preuve aux contribuables, cette dernière doit en toute logique être partagée avec l'administration fiscale.

**36.** Si cette position opère un rééquilibrage de façade de la charge de la preuve, **ses conséquences pratiques demeurent toutefois limitées**. En effet, la grande majorité des preuves permettant de démontrer au juge l'animation d'une société holding se situent dans les mains du contribuable. *In fine*, il reviendra à ce dernier de fournir les éléments matériels qu'il aura pris soin de constituer avec diligence au fil du temps, et ce quel que soit l'ordre juridictionnel compétent, sauf à considérer qu'il reviendrait à l'administration fiscale de prouver – en opposition – le caractère patrimonial de l'activité de la société holding. Un rééquilibrage effectif de la charge de la preuve est à ce titre envisageable, comme l'a relevé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 mars 2018<sup>58</sup> : « *le dénominateur commun est que l'activité civile ne doit pas être prépondérante* ». En tout état de cause, la position retenue par le législateur en 2017 dans le cadre de l'IFI<sup>59</sup> et l'absence de référence positive à la holding animatrice dans des commentaires récents

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

49 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 170 : « *La charge de la preuve du caractère animateur d'une holding incombe au contribuable qui doit être en mesure de démontrer à l'aide d'éléments tangibles la matérialité et l'effectivité du rôle animateur de la holding* ».

50 RM Frassa, n° 17351 : JO Sénat 1<sup>er</sup> déc. 2016, p. 5192.

51 L. n° 88-1149, 23 déc. 1988 de finances pour 1989, art. 26.

52 V. § 97.

53 CGI, art. 965 et 975.

54 V. § 7.

55 CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a. : Dr. fisc. 2018, n° 27, comm. 321, concl. Y. Bénard, note G. Poulain, A. Jamin et B. Zilberstein.

56 V., en matière de TVA, CE, 1<sup>er</sup> juil. 2009, n° 295689. - V. égal. CE, 28 juill. 2000, n° 215312 s'agissant de l'exonération d'impôt sur les sociétés dont bénéficient les entreprises nouvelles.

57 V., concernant le régime des agents généraux d'assurances, CE, 30 déc. 2015, n° 378814.

58 CA Paris, 5 mars 2018, n° 16/08688 (V. § 80).

59 V. § 15.

de l'administration fiscale<sup>60</sup> nous amènent à penser que ce concept ne constitue pas une simple « tolérance » administrative de sorte qu'un rééquilibrage réel de la charge de la preuve est indispensable.

## B. L'objet de la preuve de l'animation

37. Même si l'on peut regretter l'absence de codification de la notion de société holding animatrice au sein d'un article spécifique du CGI qui transcenderait l'ensemble des dispositifs fiscaux concernés, force est de constater que les critères d'identification fixés par l'administration fiscale sont en grande partie restés inchangés depuis 1982<sup>61</sup>. Pour être animatrice, la société holding doit, à titre principal, participer activement à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales (1°) et peut, à titre accessoire, rendre à ces dernières des prestations de services de nature administrative, comptable, immobilière, financière ou juridique (2°).

### 1° Le critère principal : la participation à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de filiales

38. Le critère principal permettant de caractériser l'activité d'animation de la société holding est en réalité double. Nulle société holding ne pourra être qualifiée d'animatrice si elle ne participe pas activement à la conduite de la politique du groupe tout en contrôlant ses filiales.

39. La logique de ces deux sous-critères cumulatifs s'explique par leur origine. Rappelons-le, la notion de société holding animatrice constitue depuis 1982 une catégorie hybride de sociétés qui ne se conçoit que par opposition aux sociétés holding « pures ». Autrement dit, ce n'est qu'en raison du rôle spécifique que joue la société holding au sein du groupe qu'elle peut être considérée comme animant ce dernier.

L'objet de la preuve du critère principal de la société holding animatrice consiste ainsi à démontrer que cette dernière agit positivement au sein du groupe ce qui, selon l'administration fiscale, repose sur deux piliers, à savoir la conduite de la politique du groupe et le contrôle des filiales. Malgré un encadrement strict de la notion de société holding animatrice, **l'administration fiscale n'apporte aucune précision sur les contours de ce double critère** qu'elle pose – à l'exception de son projet d'instruction de 2014, jamais publié et donc inopposable<sup>62</sup>.

40. Des réponses pratiques aux interrogations – bien légitimes – rencontrées par les contribuables sont apportées par la jurisprudence et les praticiens qui s'efforcent de donner corps à ces deux notions qui, à première lecture, se révèlent être abstraites.

41. Premièrement, **la conduite de la politique du groupe peut être schématisée comme un concept à trois niveaux :**

#### > Premier niveau : la définition de la politique du groupe.

Il s'agit ainsi pour la société holding de concevoir une politique globale de groupe, intégrant les filiales, c'est-à-dire de diriger et de gérer le groupe conformément aux orientations et aux impulsions qu'elle détermine seule (e.g. stratégie marketing et commerciale, stratégie de communication et de distribution, stratégie d'acquisition de participations, etc.). C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a écarté la qualification d'animatrice au cas particulier d'une société holding dont il n'était pas apporté la preuve qu'elle prenait « des décisions de politique commerciale ou d'orientation stratégique » pour le groupe<sup>63</sup>.

#### > Deuxième niveau : la mise en œuvre de la politique du groupe.

Elle se matérialise en grande partie par la transmission effective de directives et de recommandations stratégiques à ses filiales, spontanément ou en réponse aux sollicitations ponctuelles des filiales dans le cadre d'une procédure prévue au sein du groupe. Autrement dit, la société holding doit par tous moyens diffuser sa politique au sein du groupe dans une logique verticale. Les filiales conduiront ensuite leurs affaires à l'aune de cette politique, ce qu'elles devront documenter dans la perspective d'un éventuel contentieux. La solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 décembre 2013 illustre l'influence de ce critère, puisque le juge judiciaire a rejeté le caractère animateur d'une société holding au motif notamment que le contribuable n'apportait pas la preuve « que les décisions importantes de la filiale étaient prises conformément à une politique générale définie par la société holding ou avec son accord »<sup>64</sup>.

#### > Troisième niveau : le contrôle de la mise en œuvre de la politique du groupe par les filiales.

La société holding doit, enfin, s'assurer que la dynamique qu'elle impulse au sein de son groupe est effectivement relayée et appliquée par toutes les entités le composant. Si le Conseil d'État n'a, à notre connaissance, jamais expressément repris ce principe, les auteurs le recommandent fortement<sup>65</sup>. L'administration fiscale le suggérerait d'ailleurs aussi dans son projet d'instruction de 2014<sup>66</sup>.

**Le rôle de la société holding doit dépasser celui qu'exercerait un simple actionnaire** grâce aux droits attachés à

63 Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-23.720.

64 Ibidem.

65 V. F. Deboissy, Société holding animatrice : comment établir la réalité de l'activité d'animation de groupe : Dr. fisc. 2014, n° 13, comm. 244. - V. égal. J.-F. Desbuquois, Les enjeux de la qualification de holding animatrice pour la fiscalité des associés : APSP oct. 2014, n° 4, dossier 31.

66 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, jamais publié, § 210 : « La conduite de la politique du groupe, la mise en œuvre et le suivi de la stratégie du groupe par la holding animatrice peuvent être établies par tous moyens de preuve, notamment par la production des procès-verbaux des réunions du conseil de surveillance ou du conseil d'administration de la holding, de rapport sur l'exécution du plan stratégique remis par les filiales à la société holding animatrice, ou tous documents établissant la réalité de l'animation. »

60 V. § 23.

61 Instruction 7 R-2-82, 19 mai 1982 (V. § 8).

62 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, préc.

sa qualité primaire (e.g. droit de vote, droits financiers, droit d'information) tel que l'a relevé l'administration fiscale dans sa doctrine afférente à l'IFI<sup>67</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation estime que le rôle de soutien financier joué par une société holding auprès de ses filiales n'est pas un élément de nature à prouver son activité d'animation puisqu'il correspond à celui d'un actionnaire de droit commun<sup>68</sup>. Notons toutefois qu'une telle solution, sur ce point précis, semble en contradiction avec la définition spécifique de la société holding animatrice retenue par l'administration fiscale pour l'application du régime du paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit<sup>69</sup>. Néanmoins comme nous l'avons déjà précisé plus haut<sup>70</sup>, cette définition alternative demeure marginale et ses effets sont atténués par la jurisprudence<sup>71</sup>.

**42. Deuxièmement, la condition de contrôle constitue le corollaire du critère de conduite de la politique du groupe.** En effet, comment prétendre que la société holding détermine la politique d'une société qu'elle ne contrôle pas ?

À cet égard, la jurisprudence semble admettre que le contrôle s'entend aussi bien du contrôle de droit que du contrôle de fait. En effet, les juges ont admis à plusieurs reprises que la détention de la majorité des droits de vote des filiales permettait de considérer que la société holding contrôlait ces dernières<sup>72</sup>, sans toutefois être suffisante à elle seule pour caractériser l'activité d'animation. La Cour de cassation a également admis, par un arrêt du 31 janvier 2018, qu'une société holding, même minoritaire, pouvait exercer un contrôle sur une filiale grâce au pacte d'associés auquel elle était partie<sup>73</sup>. De la même manière, la jurisprudence a pu considérer le contrôle comme établi en raison du droit de veto que possédait le dirigeant de la société holding au sein des conseils d'administration des filiales<sup>74</sup>.

**43. La caractérisation de la conduite de la politique du groupe et du contrôle des filiales par la société holding constitue avant tout une question factuelle à laquelle les contribuables seront bien inspirés de fournir le plus de réponses matérielles possible ; l'administration fiscale et le juge – de même que les conseils – n'étant jamais avares de preuves.** Dans le cadre d'une définition légale souhaitée, il serait bienvenu que le législateur encadre l'objet de la preuve et établisse, par exemple, une présomption simple d'animation dès lors que le capital social d'une filiale serait principalement détenu par une société holding. Une telle approche participerait – de façon considérable – à améliorer la sécurité juridique et l'effectivité économique du statut de holding animatrice

sans retirer à l'administrative fiscale le droit de contester les situations abusives.

Relevons enfin que la fourniture de prestations de services au profit de ses filiales constituera une preuve supplémentaire du rôle d'animation de la société holding.

## 2° Le critère accessoire : la fourniture de prestations de services au profit des filiales

**44.** Selon l'administration fiscale elle-même, le fait que la société holding rende des services administratifs, comptables, immobiliers, juridiques ou financiers à destination de ses filiales participe de la preuve de son implication au sein du groupe et plus précisément du rôle qu'elle joue auprès de celles-ci.

**45.** Contrairement au double critère précédent, à savoir la conduite de la politique du groupe et le contrôle des filiales, celui relatif à la fourniture de prestations de services au profit des filiales du groupe est relativement balisé.

Ce critère est accessoire de sorte qu'il ne permet pas d'établir à lui seul l'animation du groupe par la société holding. En outre, la prestation de services auprès de filiales n'est qu'une possibilité offerte à la société holding. La définition de la notion de société holding animatrice prônée depuis plus de 40 ans par l'administration fiscale va d'ailleurs en ce sens puisqu'elle précise que la société holding « *peut, le cas échéant* » rendre des prestations de services à ses filiales. De même, le projet d'instruction de 2014 définissait la réalisation de prestations de services comme subsidiaire et facultative<sup>75</sup>. La jurisprudence abonde en ce sens en précisant que la fourniture de prestations de services ne constitue pas une condition *sine qua non* de la caractérisation de l'activité d'animation de la société holding<sup>76</sup>.

**46.** Quand bien même la prestation de services ne constitue pas une condition impérative afin d'établir le caractère animateur d'une société holding, elle participe nécessairement du faisceau d'indices concrets démontrant la dépendance – à tout le moins technique – des filiales vis-à-vis de la société holding.

**47.** Dans un contentieux où la matérialité de la preuve constitue le nerf de la guerre, chaque élément concrétisant l'activité d'animation de la société holding compte, pour autant que leur établissement ait été anticipé et soit représentatif des diligences réellement effectuées au sein du groupe.

67 BOI-PAT-IFI-30-10-40, 8 juin 2018, § 130.

68 Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-11.420.

69 BOI-ENR-DG-50-20-50, 3 févr. 2016, § 170 (V. § 5).

70 V. § 13.

71 Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770.

72 V. not. Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-14.613. - V. égal. CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a., préc.

73 Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-17.938.

74 CA Lyon, 2 juill. 2019, n° 18/04410.

75 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 220 : « À titre subsidiaire est facultatif, la fourniture de prestations de services à titre purement interne peut être un élément de preuve du caractère d'animateur. En effet l'existence de prestations de services rendues à ses filiales n'est pas en soi suffisante pour qualifier une holding d'animatrice mais peut contribuer à asseoir ou corroborer la réalité et l'effectivité de l'animation. En revanche, l'absence de prestations de services rendues aux filiales n'exclut pas de facto qu'une holding puisse être qualifiée d'animatrice ».

76 V. not. Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665.

## C. Les moyens de preuve de l'animation

48. À l'instar de l'objet de la preuve, aucune précision n'est apportée par l'administration fiscale dans ses commentaires au sujet des moyens de la preuve de l'activité d'animation. Abstention volontaire ou simple oubli ? Chacun se forgera sa propre opinion. Un élément de réponse se situe certainement dans le projet d'instruction de 2014, qui contenait certaines observations à cet égard<sup>77</sup>.

49. Seule l'étude de différentes solutions jurisprudentielles permet d'identifier la nature des éléments de preuve permettant d'établir la réalité de l'activité d'animation. Ces preuves peuvent être à la fois matérielles (1°) et structurelles (2°).

### 1° Les preuves matérielles de l'animation

50. Au titre des preuves matérielles de l'activité d'animation, la **convention d'animation conclue entre la société holding et ses filiales** arrive au premier plan, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, son contenu est libre, ce qui permet à la société holding de retranscrire, *in extenso*, l'ensemble des missions qu'elle effectuera dans le cadre de son rôle d'animation du groupe ainsi que tous les moyens humains, matériels ou structurels qu'elle entend engager. D'autre part, cette convention est une preuve constituée par le contribuable lui-même qui, par conséquent, devrait pouvoir être transmise sans difficulté à l'administration fiscale et au juge.

Notons toutefois qu'**un tel document ne constitue en aucun cas une preuve absolue**. Tout d'abord, il ne saurait lui être attribué une quelconque valeur probante s'il s'avère que les principes et règles établis par la convention d'animation ne sont pas appliqués en pratique, comme l'a notamment reconnu la Cour de cassation en 2011<sup>78</sup>. Ensuite, la jurisprudence a déjà reconnu l'exercice d'une activité d'animation même en l'absence de convention d'animation<sup>79</sup>, ce qui laisse à penser que sa formalisation n'est pas non plus impérative. Enfin, la technique du faisceau d'indices est utilisée pour apprécier l'effectivité de l'animation du groupe par la société holding. Partant, l'existence d'une convention d'animation ne permet pas, à elle seule, d'emporter la conviction des juges.

51. Par ailleurs, et sous un angle pratique, la question du **périmètre des signataires** de la convention d'animation se pose régulièrement.

52. En présence d'un groupe composé de filiales et de sous-filiales, est-il nécessaire que ces dernières concluent elles aussi une convention d'animation avec la société holding

de tête ou la conclusion d'une convention entre la société holding et les filiales directes est-elle suffisante ? Les filiales directes de la société holding pourront-elles retranscrire les directives qu'elles ont reçues sans fragiliser le statut animateur de la société holding de tête ?

L'absence de précisions administratives et jurisprudentielles sur ce point incite à la plus grande prudence. En effet, en cas de conclusion d'une convention d'animation à laquelle les sous-filiales ne seraient pas parties, l'identification de la société holding animatrice du groupe pourrait se trouver moins aisée du fait du rôle actif que jouerait les filiales auprès des sous-filiales dans la mise en œuvre de la politique du groupe et de son contrôle. Par conséquent, la conclusion d'une convention d'animation avec plusieurs niveaux d'entités, dont le périmètre pourrait être modifié par avenant au gré des restructurations du groupe, resterait opportune.

53. D'autres questions se posent. Faut-il centraliser l'animation au niveau de la société holding ou préférer une animation en cascade consistant à dupliquer les conventions d'animation entre chaque niveau d'interposition ?

Là encore, aucune solution n'est privilégiée par la jurisprudence qui ne s'est jamais prononcée sur ce point, et la solution dépendra essentiellement de la structure du groupe et des relations avec les filiales.

Centraliser l'animation au niveau de la holding de tête permet toutefois d'irriguer le groupe d'un même flux d'animation, ce qui renforcerait son caractère animateur. L'objectif étant de parvenir à une meilleure efficacité et homogénéité de la politique au sein de l'ensemble du groupe et non pas seulement au niveau des filiales directes. À l'inverse, une animation en cascade comporte le risque d'être affaiblie en intensité et éloignée des directives initiales au fur et à mesure qu'elle est dupliquée par chaque entité au niveau inférieur.

Centraliser l'animation permet également d'assurer une bonne application de la politique du groupe sur le long terme et un meilleur contrôle surtout en présence d'un organe *ad hoc* au sein de la holding de tête en charge de la définition de la politique du groupe, de l'assistance aux filiales dans la mise en œuvre et du contrôle de son application par les filiales. On évite ainsi de multiplier les organes en charge de l'animation à chaque niveau d'interposition, ce qui s'avère difficile à gérer en pratique et susceptible de dégrader le caractère animateur de la société holding de tête. En cas d'animation en cascade, les équipes des sous-filiales risquent en effet, sur le long terme, de ne pas maintenir un niveau de rigueur suffisant dans leur mise en œuvre de la politique du groupe, ce qu'un contrôle unique au plus haut niveau du groupe doit permettre d'éviter.

54. La **documentation juridique interne de la société holding** arrive au second plan. À cet égard, tout document relatant la gestion quotidienne de la politique du groupe par les organes de direction de la société holding pourra constituer une preuve tangible de son rôle d'animation. Les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration pourront à ce titre se révéler particulièrement précieux dans la mesure où leur objet est précisément de conserver une trace écrite des décisions, résolutions, orientations, projets ou bilans

77 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, préc., § 210 : « La conduite de la politique du groupe, la mise en œuvre et le suivi de la stratégie du groupe par la holding animatrice peuvent être établies par tous moyens de preuve, notamment par la production des procès-verbaux des réunions du conseil de surveillance ou du conseil d'administration de la holding, de rapport sur l'exécution du plan stratégique remis par les filiales à la société holding animatrice, ou tous documents établissant la réalité de l'animation. »

78 Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770.

79 Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, préc.

effectués par les organes de direction s'agissant de la politique du groupe. Comme le rappelait très justement le Professeur Christophe de la Mardière, « l'écrit est le mode habituel de preuve en droit fiscal et celui dont la force probante est la plus grande »<sup>80</sup>.

**55.** Des preuves de l'activité d'animation pourront également se retrouver dans la **documentation juridique des filiales animées**. En effet, toute référence faite, lors de la prise de décisions, à l'existence d'une politique globale et directrice déterminée au niveau de la société holding pourra participer du faisceau d'indices permettant d'établir l'activité d'animation de cette dernière. Ici aussi, les procès-verbaux des réunions des organes de direction des filiales pourront constituer un support adéquat afin de matérialiser le fait que les décisions des filiales ont été prises en conformité avec les orientations stratégiques reçues.

**56.** Enfin, **certains documents établis par des tiers** pourront également être utilisés par le contribuable pour rapporter la preuve de l'activité d'animation de la société holding. De tels éléments auront d'ailleurs l'avantage de ne pas avoir été constitués par la société holding elle-même, ce qui devrait permettre de renforcer – au moins pour partie – leur caractère probant. Il s'agit notamment des rapports des commissaires aux comptes, comme la Cour de cassation l'a d'ailleurs affirmé dans un arrêt du 27 septembre 2005<sup>81</sup>.

## 2° Les preuves structurelles de l'animation

**57.** L'organisation structurelle du groupe peut également constituer un indice de l'activité d'animation de la société holding et lui donner force et vigueur. En effet, l'ensemble des pouvoirs et moyens mis à sa disposition pour déterminer, mettre en œuvre et contrôler la politique du groupe participeront assurément de la preuve du rôle actif qu'elle joue auprès de ses filiales en matière d'animation.

**58.** À cet égard, si la jurisprudence a expressément indiqué que la seule identité de dirigeants entre la société holding et ses filiales n'est pas suffisante pour rapporter une telle preuve en raison du principe d'autonomie juridique des sociétés<sup>82</sup>, la mise en place des moyens suivants doit en principe le permettre.

> **Création d'un organe *ad hoc* dédié à l'activité d'animation au sein de la société holding.** En effet, afin d'éviter toute contestation liée à la communauté de dirigeants entre les différentes sociétés du groupe, créer un « conseil stratégique » au sein de la société holding dont l'unique mission serait de (i) déterminer la politique du groupe au cours de réunions organisées fréquemment selon les besoins et la capacité d'animation du groupe, (ii) transmettre cette dernière aux filiales de manière répétée et (iii) en contrôler l'application

par le biais d'une procédure de *reporting* ou d'audit interne déterminée en amont.

La composition de cet organe de direction dépendra des spécificités de chaque groupe. Le fait qu'y siège du personnel disposant de connaissances techniques dans le secteur d'activité des filiales s'avèrera précieux puisqu'il illustrera le fait que la société holding dispose, en pratique, de moyens matériels et humains lui permettant d'influer directement sur la politique de ses filiales et sous-filiales.

En pratique, il est recommandé de mettre en place une procédure interne d'animation proportionnée aux moyens humains et aux besoins d'animation du groupe afin d'assurer un flux constant et suivi sur le long terme. À l'instar de la convention d'animation, une telle organisation ne pourra toutefois constituer une preuve efficace qu'en cas de preuve de son effectivité. Disposer de preuves matérielles d'une activité régulière et active de cet organe *ad hoc* sera nécessaire :

- envoi d'un questionnaire à chaque filiale afin de l'interroger sur l'application de la politique groupe l'année passée ;
- organisation d'une réunion à laquelle un représentant des filiales est invité afin de faire le bilan sur la politique groupe de l'année passée et dresser les perspectives de l'année à venir ;
- rédaction d'un compte-rendu de chaque réunion retranscrivant les prises de parole de chacun accompagné d'une feuille de présence ;
- envoi du compte-rendu de ces réunions aux filiales ;
- préparation d'une notice annuelle destinée à chaque filiale afin d'exposer les propositions d'orientation et la stratégie groupe décidée par la société holding animatrice pour l'année à venir ; et
- rapport des audits internes effectués auprès des filiales.

Ces éléments matériels reflètent la dynamique engagée par la société holding pour les besoins de l'animation du groupe et sont autant de preuves qui participeront de la démonstration du caractère animateur de la société holding. Aucune procédure interne n'est gravée dans le marbre, sa formalisation devra tenir compte des spécificités de chaque groupe et de sa capacité à la mettre en œuvre.

> À défaut de **création d'un organe *ad hoc*, présence d'un représentant de la société holding au sein des organes de direction des filiales et sous-filiales**. Moins contraignant que la solution précédente, un tel procédé permet notamment de s'assurer que la politique déterminée par la holding de tête est appliquée à tous les niveaux. La qualité de holding animatrice peut être établie par le rôle essentiel joué par le dirigeant de la holding auprès des filiales du groupe. Ce rôle est notamment démontré par les comptes-rendus de conseils d'administration et par les rapports des commissaires aux comptes. Pour cela, il est nécessaire que le représentant de la société holding ainsi nommé dispose de pouvoirs et d'attributions lui permettant d'exercer pleinement sa fonction. En d'autres termes, faire siéger un représentant de la société holding au sein du conseil d'administration d'une filiale sans que celui-ci ne dispose de moyens de faire respecter la politique du groupe serait inefficace, de même s'il n'est pas assidu à ces réunions. À l'inverse, le fait que ce dernier dispose d'un droit de *veto* ou à tout le moins d'un droit de vote double ou

80 C. de la Mardière, La preuve en droit fiscal : Litec, 2009, n° 49.

81 Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, préc.

82 V. Cass. com., 15 févr. 1994, n° 91-22.140. - V. égal. Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770.

prépondérant peut constituer une preuve tangible du rôle de la société holding au sein de ses filiales.

Notons toutefois que l'existence de moyens matériels et humains dédiés à l'animation, tout comme la convention d'animation, ne permet pas à elle seule de prouver l'activité d'animation<sup>83</sup>, mais son absence ne permet pas non plus d'exclure toute activité d'animation au niveau de la société holding.

**59.** En tout état de cause, il sera **essentiel de matérialiser et d'encadrer les phases de l'animation d'un groupe** qui s'articulent autour du triptyque suivant : définition et transmission de la politique générale et stratégique du groupe, mise en œuvre puis contrôle de son application.

Afin d'apporter plus de flexibilité à l'organisation convenue au sein du groupe, des procédures ponctuelles peuvent être prévues, telle que la possibilité accordée aux filiales d'interroger les organes stratégiques de la holding animatrice afin de s'assurer de la cohérence de leurs décisions vis-à-vis de la politique du groupe.

**60.** Enfin, et malgré toutes les réserves à attribuer à ce critère, l'ensemble des éléments juridiques et comptables (*e.g.* devis, factures, preuves de paiement) entourant la réalisation de prestations de services rendues par la société holding à ses filiales constitueront des éléments de preuve utiles de l'activité de cette dernière. Bien qu'étant accessoires, on ne peut que recommander aux contribuables de mettre en place une telle internalisation de certains services puisqu'ils pourront alimenter le faisceau d'indices auquel ont recours les juridictions judiciaires et administratives en cas de contentieux.

**61.** On le comprend, la preuve de l'activité d'animation est avant tout une question factuelle. L'entrepreneur qui entend exciper du caractère animateur de la société holding dont il est dirigeant devra faire preuve de prudence et de diligences. En la matière, qu'il nous soit permis de contredire Shakespeare en affirmant qu'il n'est pas dangereux d'être trop zélé<sup>84</sup>, pour autant que la preuve matérielle soit conforme à la réalité et ne vienne pas seulement vernir la réalité.

Animer un groupe ne s'improvise pas et la jurisprudence semble particulièrement attachée à ce principe. Sans anticipation de moyens de preuve efficaces, les régimes de faveur concernés ne pourront être appliqués<sup>85</sup>, voire pire, pourront être contestés *a posteriori* par l'administration fiscale.

**62.** Pourtant, même la plus grande des diligences de la part du contribuable ne pourra lui permettre de s'assurer, à coup sûr, du bénéfice des dispositifs fiscaux qu'il entend appliquer. En effet, après avoir démontré que la société holding par l'intermédiaire de laquelle il dirige son groupe anime effectivement ce dernier, il lui faudra poursuivre son chemin de croix en démontrant, non sans mal très souvent, que cette activité est prépondérante.

<sup>83</sup> Cass. com., 19 nov. 1991, n° 1457. - Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767.

<sup>84</sup> W. Shakespeare, Hamlet, III, 4, (1601).

<sup>85</sup> V. § 3.

### III. La société holding animatrice : une hydre fiscale

**63.** La notion de société holding animatrice, apparue il y a plus de 40 ans<sup>86</sup>, suscite encore de nombreuses interrogations. Dès que ses contours semblent s'éclaircir, de nouvelles questions viennent remettre en cause les vérités que les contribuables pensaient acquises. « *À vaincre sans péril, on triomphe sans gloire* » reconnaissait Corneille.

Notion de groupe, étendue de l'animation, coanimation, nature et prépondérance de l'activité d'animation sont autant de problématiques auxquelles sont confrontés les contribuables. S'il ne fait aucun doute que la sagacité et la patience dont ils font preuve leur permettront d'apprivoiser ce concept si complexe, une aide extérieure serait toutefois très appréciée afin d'assurer sa lisibilité : celle du législateur.

**64.** Tout fêru d'histoire reconnaîtra ici la métaphore du mythe de l'hydre de Lerne. Deuxième des douze travaux ordonnés par Eurysthée à Hercule, ce monstre mi-chien mi-serpent possédait, dit-on, plus de cinquante têtes qui repoussaient sans cesse en se dédoublant lorsque le héros grec tentait de les trancher. Invincible à première vue, ce n'est qu'au gré d'une patience et d'une ingéniosité sans faille que le demi-dieu parvint à mettre à terre la créature.

Sans craindre pour leur vie, c'est toutefois face à une tâche ardue que se trouvent les contribuables confrontés à la notion de société holding animatrice. Telle la bête mythologique, sa nature est indéterminée et n'en finit pas de nous questionner. Hybride, entre la société opérationnelle de droit commun et la société holding « pure », elle ne serait pour l'administration fiscale qu'une simple « tolérance » accordée aux contribuables<sup>87</sup> tandis que d'autres plaident pour son assimilation à une société pleinement opérationnelle de par la nature commerciale de son activité. Comme la créature, les questions que l'on pense résolues par la jurisprudence en créent de nouvelles. Celle relative à l'étendue de l'activité d'animation en est le parfait exemple : après plus de quinze ans de débats, le contribuable pensait en être définitivement venu à bout<sup>88</sup>. Hélas, aucun répit ne lui est accordé puisqu'il doit désormais lutter avec la notion, encore plus délicate, de prépondérance de l'activité d'animation.

Si le juge s'attelle, non sans maladresse parfois, à venir en aide aux contribuables dans leurs litiges avec l'administration fiscale, tel Iolaos dans le récit, le législateur s'est longtemps refusé à prendre part à cette joute.

« *Ceux qui savent quand se battre et quand s'abstenir sont toujours victorieux* »<sup>89</sup>. Pour cette raison, un contribuable qui chercherait à dompter la notion de société holding animatrice devra nécessairement en modéliser la grille de lecture :

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> V. § 30.

<sup>88</sup> CA Paris, 27 mars 2017 n° 15/09818. - V. aussi CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a., préc.

<sup>89</sup> Sun Tzu, L'Art de la Guerre, VI/V<sup>e</sup> siècle avant JC - Chapitre 1 - De l'évaluation.

quelles sont les questions résolues (A) ? Quelles sont celles pour lesquelles le combat continue (B) ? Quelles sont celles qui doivent être anticipées (C) ?

## A. Le champ des certitudes

65. À la faveur notamment des différents arrêts des juridictions judiciaires et administratives, la question de la définition de la notion de « groupe » de sociétés animées (1°) et celle de l'étendue de l'activité d'animation (2°) ne sont plus au nombre des problématiques sources d'incertitude.

### 1° La notion de groupe de sociétés animées

66. Une lecture stricte de la définition traditionnelle de la société holding animatrice créée par l'administration fiscale<sup>90</sup> puis reprise par le législateur<sup>91</sup> amène inévitablement à s'interroger sur la notion de « groupe » de sociétés.

67. Rappelons-le, depuis 1982<sup>92</sup>, sont considérées comme animatrices, les sociétés qui « outre la gestion d'un portefeuille de participations, participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ».

68. Malgré les enjeux induits par la caractérisation de l'activité d'animation, les notions mobilisées dans le cadre de cette définition demeurent abstraites, ce que nous avons déjà eu l'occasion de souligner<sup>93</sup>. Tel est le cas, notamment, de la notion de « groupe » de sociétés animées.

Pour être qualifiée d'animatrice, est-il nécessaire pour la société holding de détenir des participations dans deux sociétés au moins, tous les autres critères prévus par cette définition étant par ailleurs remplis ? Autrement dit, est-il concevable qu'une société holding soit qualifiée d'animatrice quand bien même elle ne détiendrait qu'une seule filiale ? À partir de combien de sociétés un « groupe » est-il reconnu ? Dans un contexte patrimonial et entrepreneurial, cette question est fondamentale. Il n'est en effet pas rare pour un entrepreneur d'envisager la direction de son entreprise au travers d'une société holding en raison, notamment, des avantages juridiques et financiers induits par une telle structuration.

69. Une étude approfondie de cette notion nous enseigne que **l'activité d'animation n'est pas fondée sur la consistance du groupe mais sur le rôle que joue la société holding au sein de ce dernier**. Partant, le fait que le groupe dont elle détermine la politique et qu'elle contrôle ne comporte qu'une seule filiale ne doit en aucun cas impacter son statut de société holding animatrice.

70. C'est en tout cas la position retenue par la jurisprudence. Par un arrêt du 2 juin 1992, la Cour de cassation a expressément reconnu le caractère animateur d'une société holding qui ne disposait que d'une seule filiale<sup>94</sup>. Le législateur abonda dans le même sens lors de l'ouverture des dispositifs de réduction d'impôt IR-PME et ISF-PME aux sociétés holding animatrices en indiquant que « les souscriptions réalisées au capital d'une société holding animatrice ouvrent droit à l'avantage fiscal mentionné au I lorsque la société est constituée et contrôle au moins une filiale depuis au moins douze mois »<sup>95</sup>. Ces deux textes n'étant plus en vigueur à ce jour, il est regrettable que le législateur n'ait pas renouvelé cette précision dans le cadre des nouveaux dispositifs impliquant la notion de société holding animatrice, tel que l'IFI<sup>96</sup>.

L'administration fiscale semble elle aussi l'avoir admis à deux reprises. Un première fois, de manière orale, lors de la conférence IACF du 10 juin 2013<sup>97</sup>. Une seconde fois, de manière expresse, dans son projet d'instruction, jamais publié et donc non opposable, initié en 2014 sur la notion de société holding animatrice. Selon ce projet, un groupe « est constitué dès lors qu'une société contrôle au moins une autre société »<sup>98</sup>. Pour une sécurité juridique maximale, on ne peut que souhaiter que l'administration fiscale définisse explicitement la notion de « groupe » à l'occasion d'une prochaine mise à jour de ses commentaires au BOFiP.

71. Si la question nous semble tranchée, le contexte toujours plus prononcé d'encadrement de la notion de société holding animatrice par l'administration fiscale doit inciter le contribuable à rester sur ses gardes pour ne pas se faire surprendre par la résurrection d'une problématique dont il pensait, tel le héros grec, s'être débarrassé.

### 2° L'étendue de l'activité d'animation

72. En présence d'un groupe de sociétés composé de plusieurs filiales, la question de l'étendue de l'activité d'animation exercée par la société holding s'est légitimement posée.

73. La société holding doit-elle animer l'ensemble de ses filiales ? Malgré le rôle spécifique qu'elle joue auprès de certaines de ses filiales, la seule détention de titres de placement ou de participation dans des sociétés non animées lui retire-t-elle son statut d'animatrice du groupe ? À l'occasion de contrôles fiscaux, l'administration fiscale l'affirma avec vigueur en subordonnant la qualification de société holding animatrice à l'animation de l'ensemble des participations du groupe.

Dans une affaire ayant donné lieu à une proposition de rectification en 2005, un contribuable faisait valoir l'application de l'exonération d'ISF afférente aux biens professionnels à des

90 V. not. BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 50.

91 V. not. CGI, art. 150-D, 1 quater, B, f.

92 BOI 7 R-2-82, 19 mai 1982, § 287.

93 V. § 39.

94 Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-14.613.

95 CGI, art. 199 terdecies-0 A, dans sa rédaction issue L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010 de finances pour 2011, art. 38, s'agissant de la réduction IR-PME. - CGI, art. 885-0 V bis, dans sa rédaction issue L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010 de finances pour 2011, art. 38, s'agissant de la réduction ISF-PME.

96 CGI, art. 966.

97 V., à ce propos, J.-F. Desbuquois, La notion de holding animatrice : APSP 2014, n° 4, dossier 29, n° 18.

98 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 80.

participations qu'il détenait au sein du capital social d'une société holding dont il était par ailleurs le directeur général. Cette société possédait cinq filiales et animait quatre d'entre elles. Cependant, au motif que la notion de société holding animatrice ne constituerait qu'une « tolérance » de sa part, l'administration fiscale a considéré qu'elle devait être interprétée de manière stricte de sorte que la société holding ne pourrait être qualifiée d'« animatrice de son groupe » à défaut d'animer l'intégralité de ses participations.

Au-delà des arguments dont dispose le contribuable pour contredire ce raisonnement – nous y reviendrons –, notons ici qu'aucun des commentaires publiés par l'administration fiscale et aucune réponse ministérielle n'apportait de précisions quant au périmètre de l'animation. Cette position de l'administration fiscale était tout simplement infondée. Plus surprenant encore, le projet d'instruction de 2014, finalement abandonné, sur la notion de société holding animatrice retenait une position inverse en admettant que « le caractère animateur d'une holding ne soit pas remis en cause lorsqu'une ou plusieurs filiales ne sont pas contrôlées ou animées »<sup>99</sup>.

Dans un arrêt du 27 mars 2017, la Cour d'appel de Paris est venue infirmer la position de l'administration fiscale en relevant, dans un attendu de principe des plus explicites, « qu'il n'est pas mentionné [dans l'instruction administrative 7 S 3323 du 1<sup>er</sup> octobre 1999] que cette animation doit porter sur l'intégralité des filiales »<sup>100</sup>. En conséquence, le caractère animateur de la société holding ne faisait pas défaut. Ce raisonnement fut par la suite validé et repris *in extenso* par la Cour de cassation lors de son examen du pourvoi formé par l'administration fiscale dans un arrêt rendu le 19 juin 2019<sup>101</sup>.

Le Conseil d'État eut à connaître de la même problématique. Dans l'espèce portée à son jugement, des anciens salariés d'une société avaient procédé à son rachat en 1998 au moyen d'une société holding créée à cet effet et par l'intermédiaire de laquelle ils contrôlaient le groupe. Outre sa participation dans la société opérationnelle ainsi reprise, cette société holding possédait un important patrimoine mobilier ainsi qu'une SCI détenant des immeubles d'habitation mis à la disposition des associés de la société holding. Lors de la cession des titres de la société holding, réalisée dans le cadre de leur départ à la retraite en 2006, les contribuables ont appliqué le mécanisme d'abattement renforcé prévu à l'article 150-0 D du CGI. À l'occasion d'un contrôle sur pièces, l'administration fiscale a considéré que la société holding ne pouvait être qualifiée d'animatrice au motif qu'elle n'animait pas l'intégralité de ses participations mais uniquement une filiale opérationnelle. Dans plusieurs arrêts rendus le 13 juin 2018, le Conseil d'État a infirmé l'analyse de l'administration fiscale, à l'instar de son homologue de l'ordre judiciaire, en reconnaissant que la détention d'une participation non animée par la société holding n'était pas de nature à lui retirer son statut d'animatrice du groupe, toutes les autres conditions étant par ailleurs remplies<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 270.

<sup>100</sup> CA Paris, 27 mars 2017, n° 15/09818.

<sup>101</sup> Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-20.559 et 17-20.560 : IP 3-2019, n° 2, § 52.

<sup>102</sup> CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a., préc.

**74.** La question du périmètre de l'animation de la société holding est désormais résolue. Cependant, l'hydre fiscale n'est toujours pas vaincue. En effet, dire que la société holding n'est pas contrainte d'animer l'intégralité de ses filiales ne fait que déplacer le débat sur d'autres problématiques et notamment sur la prépondérance de cette activité d'animation.

## B. Les questions que l'on pensait résolues mais qui restent en suspens

**75.** Si la jurisprudence se révèle parfois être la plus grande alliée du contribuable dans son appréhension du concept de société holding animatrice, certaines questions ne sont que partiellement résolues, et ce malgré les multiples interventions des juges administratifs et judiciaires. Tel est le cas, notamment, de la problématique liée à la prépondérance de l'activité d'animation (1°) ou à celle de la coanimation (2°).

### 1° La prépondérance de l'activité d'animation

**76.** Bon nombre de sociétés holding qui prétendent au statut d'animatrice de leur groupe peuvent également être qualifiées de sociétés holding « mixtes ». En effet, en dehors de l'hypothèse marginale dans laquelle l'actif de la société holding est constitué uniquement de participations dans des filiales animées, la plupart des entités composant cette catégorie hybride de sociétés exercent à la fois une activité opérationnelle consistant à animer leur groupe et une activité en apparence « patrimoniale » (participations non animées, investissements financiers, immeubles de rapport, disponibilités, etc.).

**77.** L'administration fiscale a précisé dans ses commentaires au BOFiP afférents à certains régimes de faveur que les sociétés exerçant, notamment, une activité civile pouvaient en bénéficier sous réserve que l'activité opérationnelle qu'elles conduisent soit prépondérante. Tel est le cas du régime Dutreil-transmission encadré par l'article 787 B du CGI applicable aux sociétés ayant une activité « industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale »<sup>103</sup>. À cet égard, l'administration fiscale précise qu'il n'est pas exigé que les sociétés dont les titres sont transmis exercent « à titre exclusif » une telle activité<sup>104</sup>.

**78.** Selon les commentaires administratifs actuellement publiés au BOFiP, le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs :

- le chiffre d'affaires procuré par l'activité opérationnelle doit être supérieur à 50 % du chiffre d'affaires total de la société ; et
- le montant de son actif brut immobilisé doit représenter au moins 50 % de son actif brut total.

<sup>103</sup> BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 1.

<sup>104</sup> *Ibidem*, § 20. - V. égal. RM Bobe, n° 94047 : JOAN 24 oct. 2006, p. 11064.

79. Une application de ces deux critères cumulatifs aux sociétés holding animatrices conduit *de facto* à les exclure du champ d'application du régime Dutreil étant donné qu'elles ne réalisent très souvent pas de chiffre d'affaires en raison de la spécificité de leur activité. Pourtant, l'administration fiscale a précisé, dans ses commentaires que les titres de sociétés holding animatrices de leur groupe peuvent faire l'objet d'une transmission dans le cadre du régime Dutreil<sup>105</sup>. Cette position de l'administration fiscale laisse indubitablement le contribuable au milieu du gué.

Les critères visant à apprécier la prépondérance opérationnelle de l'activité d'une société, à savoir le chiffre d'affaires et l'actif brut immobilisé, sont-ils applicables au cas particulier des sociétés holding animatrices ? Le cas échéant, selon quelles modalités ? Ces questions se posent, l'administration fiscale ne considérant pas expressément l'activité d'animation comme une activité commerciale à part entière (même si le silence gardé dans les commentaires du régime de report d'imposition nous laisse croire le contraire désormais<sup>106</sup>). En tout état de cause, de telles interrogations ont nourri le débat entre les juges judiciaires et administratifs qui, séparément, ont tenté à trois reprises d'y apporter des réponses.

80. Tout d'abord, par un **arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 mars 2018**<sup>107</sup>. En l'espèce, un contribuable contrôlait un groupe de plusieurs sociétés au travers d'une société holding dont le bilan était composé, outre les titres de sociétés animées, de titres de placement, d'immeubles affectés à ses filiales animées et de disponibilités. Considérant la société comme animatrice, le contribuable a procédé à une donation de titres dans le cadre du régime Dutreil sans analyse préalable d'une quelconque prépondérance. Autrement dit, les sociétés holding animatrices seraient éligibles au régime de faveur de l'article 787 B du CGI sans autre condition.

Cette position n'a pas manqué d'effleurer la sensibilité de l'administration fiscale qui, même si elle ne remettait pas en cause le caractère animateur de la société, estimait qu'une appréciation de la prépondérance de l'activité opérationnelle devait tout de même être menée. Elle admettait toutefois que, dans ce cas particulier, seul le critère de l'actif immobilisé devait être appliqué.

Par un attendu de principe pour le moins obscur, la Cour d'appel de Paris valida l'analyse à deux niveaux de l'administration fiscale mais parvint à une solution qui laisse perplexe. Elle rappelle tout d'abord que le caractère animateur de la société holding n'était en l'espèce pas contesté. Puis, à la question de savoir si la qualification de société holding animatrice suffit pour prétendre à l'exonération Dutreil sans examen de la prépondérance, la cour d'appel a répondu par la négative. Elle juge en effet que le critère de la prépondérance civile s'applique également aux sociétés holding animatrices de leur groupe. Comment apprécier la prépondérance de

l'activité civile au sein de la holding ? Faute de rechercher un ou plusieurs critères pertinents ou de déterminer un faisceau d'indices susceptible de l'éclairer, la cour d'appel décide de retenir les critères fixés par l'administration fiscale dans sa doctrine quand bien même cette dernière les écarte au cas particulier des sociétés holding.

La cour d'appel se livre ensuite à un enchaînement de contorsions fiscales pour le moins périlleuses qui pourrait nous faire sourire si la solution n'était pas décevante. Elle admet, implicitement, que le critère du chiffre d'affaires est inopérant en se référant à la position prise par l'administration fiscale dans cette affaire. Elle en conclut que la prépondérance de l'activité d'une société holding animatrice doit s'analyser à l'aune du second critère uniquement, l'« *actif brut immobilisé* ».

Elle relève pourtant ensuite que l'activité prépondérante ne peut être déduite du seul actif brut immobilisé dès lors que ce critère « *ne tient pas compte de l'affectation des actifs immobilisés et circulant* ». Pour François Fruleux<sup>108</sup>, « *la formulation est – on l'admettra – assez absconse et nécessite d'être interprétée. Il faut certainement entendre par là que la cour d'appel considère [...] que le critère purement comptable énoncé par la doctrine administrative ("l'actif brut immobilisé") est inadapté et procède en conséquence à une nouvelle "adaptation" de cette exigence telle qu'elle est formulée par la doctrine administrative* ».

En pratique, retenir le critère de l'actif brut immobilisé afin de déterminer la nature de l'activité prépondérante de la société holding peut aboutir à des solutions ineptes. Ce critère conduirait à appliquer le régime Dutreil à une société holding qui détiendrait des immeubles de rapport, inscrits à son actif immobilisé donc, mais dont la valeur excéderait celles de ses participations animées. Cette observation se vérifie également s'agissant de titres de sociétés non animées constitutifs de « titres de participation » et inscrits à ce titre en haut de bilan. À l'inverse, une société holding animatrice possédant un stock de marchandises conséquent ou une trésorerie importante mais utile à son activité pourrait se voir refuser l'application des différents régimes de faveur. En effet, selon le critère de l'actif brut retenu par la doctrine administrative, l'actif circulant est exclu du numérateur pour calculer le ratio de prépondérance sans considération de son affectation à l'activité de la société holding. Or, s'agissant particulièrement des sociétés holding, il n'est pas rare qu'elles disposent d'importantes liquidités afin de financer des opérations de croissance externe ou les activités de ses filiales au moyen de conventions de trésorerie, ce qui n'est pas le signe d'une activité civile.

En tout état de cause, comme le souligne très justement Laurent Benoudiz, on peine à comprendre en quoi un critère purement comptable apporterait le moindre éclairage sur la prépondérance civile d'une société holding<sup>109</sup>. Il semble que la cour d'appel se dirige dans cette voie lorsqu'elle poursuit en estimant que « *la seule analyse du bilan de la société holding [...] ne saurait suffire sans considération des activités du groupe* ».

105 *Ibid.*, § 50.

106 V. § 23.

107 CA Paris, 5 mars 2018, n° 16/08688. - V. déjà CA Paris, 27 mars 2017, n° 15/09824. - V. aussi CA Rennes, 8 oct. 2019, n° 17/08339 : IP 1-2020, n° 6, § 95, comm. L. Benoudiz (un pourvoi en cassation a été formé).

108 [www.aurep.com/newsletters/criteres-de-preponderance-actifs-detenus-applicables-aux-societes-holdings-animatrices/](http://www.aurep.com/newsletters/criteres-de-preponderance-actifs-detenus-applicables-aux-societes-holdings-animatrices/).

109 L. Benoudiz, Le pacte Dutreil à l'épreuve de la mixité : RFP 2018, étude 14.

On s'attend alors à ce qu'elle se livre à une étude bilancielle concrète de la société en cause en analysant l'activité de la société et les actifs qui lui sont affectés, sans considération de leur caractère immobilisé ou non. Contre toute attente, après avoir précisé qu'une analyse sommaire du bilan ne saurait suffire, la cour d'appel fait marche arrière et applique le critère de l'actif brut issu de la doctrine administrative.

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris est donc assez confus puisqu'il écarte le second critère de l'administration fiscale pour ensuite l'appliquer au cas d'espèce. Ce dernier effort de contorsion fait dire à certains auteurs que la cour souligne, par-là, l'absence de pertinence du critère de l'actif brut retenu par l'administration fiscale puisque son application stricte conduit à confirmer le jugement rendu en première instance, jugement qui avait prononcé le dégrèvement de la totalité des impositions<sup>110</sup>.

La persistance de l'administration fiscale en faveur du critère de l'actif brut immobilisé est d'autant plus regrettable qu'elle avait admis, dans son projet d'instruction diffusé en février 2014 mais jamais publié, le recours à la « *valeur vénale réelle* » des éléments de l'actif brut afin d'apprécier la prépondérance de l'activité de la société holding<sup>111</sup>.

**81.** Ensuite, par un **arrêt du Conseil d'État du 13 juin 2018**<sup>112</sup>. Dans un considérant didactique, le juge administratif indique que les sociétés holding animatrices sont celles qui ont « *pour activité principale* » l'animation d'un groupe de sociétés. Il en résulte qu'une société holding peut être animatrice de son groupe tout en détenant des actifs considérés comme patrimoniaux.

En l'espèce, l'administration fiscale refusait l'application de l'abattement pour départ en retraite à la plus-value réalisée par les cédants des titres de la société holding Cofices dont l'actif était constitué de titres de sociétés opérationnelles animées, de disponibilités et d'une participation au capital d'une SCI dont les actifs étaient loués à certains membres de la famille du principal dirigeant. La valorisation de cette participation, bien qu'importante, restait inférieure à celle des autres actifs.

Le Conseil d'État, réuni en formation plénière, écarte implicitement, mais logiquement, le critère du chiffre d'affaires retenu par la doctrine administrative pour les sociétés opérationnelles, ayant une activité mixte, pour ne retenir que celui de l'actif brut.

Dans son analyse de la prépondérance de l'activité d'animation, le Conseil d'État se fonde sur la valeur réelle des éléments d'actif composant le bilan de la société et non sur des valeurs comptables. Il se démarque ainsi de la solution retenue par la

Cour d'appel de Paris trois mois auparavant<sup>113</sup>. Cette solution, pleine de bon sens, permet de s'écarter des règles comptables imposant d'inscrire les actifs immobilisés d'une entreprise à leur bilan pour leur valeur historique.

Mais l'œuvre novatrice du Conseil d'État s'arrête ici. On aurait pu penser que son analyse bilancielle « concrète » l'aurait amené à analyser l'affectation de certains actifs *a priori* patrimoniaux mais, au cas particulier, nécessaires à l'activité de la société holding. On pense en particulier aux disponibilités, que le Conseil d'État exclut du numérateur du ratio alors qu'elles étaient destinées aux opérations de croissance externe de la société Cofices.

**82.** Enfin, et alors que l'on pensait la question tranchée, le Conseil d'État est venu rebattre les cartes par un **arrêt rendu le 23 janvier 2020**<sup>114</sup>. Issu d'un recours pour excès de pouvoir formulé contre les commentaires du BOFiP afférents au dispositif Dutreil-transmission, cet arrêt ne concerne pourtant pas directement les sociétés holding animatrices. En l'espèce, la société contrôlée par le contribuable exerçait une activité opérationnelle de marchand de biens et une activité civile de location nue par l'intermédiaire de SCI.

Sans sourciller, les juges du Palais Royal ont fait table rase des critères retenus par l'administration fiscale dans sa doctrine en les annulant purement et simplement. Le Conseil d'État est ainsi venu mettre un terme à l'illogisme qui rongait la notion de prépondérance depuis plusieurs années, notamment vis-à-vis du critère de l'actif brut immobilisé.

**83.** Désormais amputée des deux critères traditionnels posés par la doctrine administrative, la notion de prépondérance de l'activité se devait d'être précisée. Statuant *ultra petita*, le Conseil d'État prit le soin d'indiquer que cette analyse devait être menée « *en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice* ». Sa réponse a de nouveau le mérite de la clarté et devrait, en principe, replacer une analyse *in concreto* au centre du jeu. Si cette décision « *offre un nouvel espace de liberté, les contribuables étant détachés du carcan des critères du chiffre d'affaires et de l'actif brut* »<sup>115</sup>, elle crée également un vide que la jurisprudence – ou le législateur – devra combler afin d'apporter un niveau de sécurité juridique suffisant aux opérations de cession ou de transmission d'entreprises familiales.

**84.** Après la disparition des critères stricts énoncés par l'administration fiscale, **comment définir la prépondérance ? Telle est désormais la question.**

S'agissant d'une société holding animatrice, la prépondérance de l'activité pourrait être appréciée en comparant les

110 Dr. fisc. 2018, n° 21, comm. 284.

111 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 270 : « *Il est admis que le caractère animateur d'une holding ne soit pas remis en cause lorsqu'une ou plusieurs filiales ne sont pas contrôlées et/ou animées, à la condition que les filiales contrôlées et animées représentent plus de 50 % de l'actif brut de la holding animatrice. La valeur de l'actif brut et des titres de participation dans les filiales s'entend de leur valeur vénale réelle* ».

112 CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a., préc.

113 V. § 80. Relevons à ce titre que la valeur des actifs à retenir pour l'appréciation de la prépondérance - réelle ou comptable - n'avait pas été soulevée par les parties et donc que la cour n'a pas été amenée à se prononcer expressément sur ce point

114 CE, 23 janv. 2020, n° 435562, Bardin et Mehrdad, concl. R. Victor : IP 2-2020, n° 7, § 55, comm. S. Anouchian.

115 J.-J. Lubin, Dutreil/Transmission : le Conseil d'État fait voler en éclats les critères administratifs de l'activité mixte : RFP 2020, n° 2, Panorama de jurisprudence.

effectifs mobilisés, les budgets déployés ainsi que le temps et l'énergie consacrés par la société holding à son activité d'animation en comparaison avec ceux consacrés à son activité civile. Ces éléments factuels peuvent en effet être produits par le contribuable et ils sont, par ailleurs, de nature à démontrer l'effectivité de l'activité d'animation de la société holding. En ce sens, certains auteurs estiment que l'« *on devrait, idéalement, être en mesure d'apprécier les sommes dépensées pour les besoins du groupe, les investissements réalisés, en temps comme en argent, et les projets engagés voire abandonnés entre deux bilans ou se poursuivant dans la durée, et donc sans traduction comptable immédiate* »<sup>116</sup>. Un entrepreneur, qui ne dispose pas des moyens humains d'un grand groupe, devrait toutefois être limité dans sa capacité à consigner par écrit chaque réflexion et décision entreprise, de sorte qu'il lui serait difficile de rapporter de telles preuves, ce qui a d'ailleurs conduit le rapporteur public Romain Victor à écarter cette analyse pour des raisons pratiques.

Une grille de lecture devrait toutefois pouvoir être élaborée en associant l'analyse bilancielle du Conseil d'État, fondée sur des valeurs vénale, à celle de la Cour d'appel de Paris qui esquissait les contours d'une notion d'affectation.

**85.** Le critère de l'actif brut, tel qu'interprété par l'administration fiscale, pourrait-il être abandonné au profit d'un critère fondé lui aussi sur l'actif brut ? Nous le croyons, en adoptant une lecture extensive de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 13 juin 2018.

**Une analyse concrète du bilan nous semble pouvoir rapporter la preuve de la prépondérance de son activité d'animation.** Comme l'avait relevé l'administration fiscale elle-même à plusieurs reprises, seul le critère de l'actif brut semble pertinent pour évaluer le poids de l'activité d'animation par rapport à l'activité civile qu'exercerait par ailleurs par la société. À ce titre, l'ensemble des éléments de son actif, sans considération de leur inscription ou non en immobilisations, à condition qu'ils soient affectés à son activité d'animation devraient être comparés à ses actifs patrimoniaux. Le numérateur du calcul de prépondérance, qui comprend évidemment les titres de filiales animées, pourrait être élargi aux actifs immobiliers affectés à l'activité du groupe, aux créances, à la trésorerie nécessaire à l'activité d'animation dont l'octroi de prêts intra-groupe ou le financement d'opérations de croissance externe. La question de la trésorerie, systématiquement écartée par l'administration fiscale et longtemps éludée par le juge, doit être reconsidérée à l'aune d'un critère d'affectation qui, même s'il n'est pas expressément énoncé par le Conseil d'État, se déduit logiquement de sa nouvelle grille de lecture. On ne saurait reprocher à une société holding de disposer d'une trésorerie, même importante, issue de la cession d'une participation dès lors que cette opération est le résultat de l'exercice même de son activité d'animation.

Une telle analyse bilancielle concrète ne peut être menée que par référence à la valeur réelle des actifs au bilan.

Rappelons que l'administration fiscale partageait cette approche dans son projet d'instruction de 2014, jamais publié, même si elle ne retenait au numérateur que la valeur des participations animées<sup>117</sup>.

La question devrait ainsi se déporter sur la détermination de la valeur vénale de chaque actif. En cas de cession à un tiers des titres de la société holding animatrice, demeurera alors la question de la ventilation du prix de cession entre les différents actifs permettant de conclure à une prépondérance opérationnelle ou patrimoniale. En l'absence d'une telle cession, cette question sera précédée par la détermination objective de la valeur des titres de la société holding animatrice - des valorisations indépendantes seront fortement recommandées.

**86.** Par ailleurs, la **grille de lecture établie par le Conseil d'État sera-t-elle reprise par les juges de l'ordre judiciaire** ? Nous l'espérons.

Même si elle n'en fait pas application, la Cour d'appel de Paris suggère, dans son arrêt du 5 mars 2018<sup>118</sup>, une analyse similaire à celle du Conseil d'État. Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi<sup>119</sup>, l'arrêt de la Cour de cassation qui en résultera sera décisif.

Notons également que la Cour de cassation pourrait avoir à se positionner sur cette même question dans le cadre de l'IFI. En effet, dans ses commentaires y afférents<sup>120</sup>, l'administration fiscale a précisé que la prépondérance de l'activité opérationnelle devait également être appréciée au regard des critères du chiffre d'affaires et de l'actif brut, tout en fixant le seuil de la prépondérance non pas à 50% mais à 80%<sup>121</sup>. Or, au regard de la jurisprudence actuelle, judiciaire comme administrative, il apparaît évident que ces critères ne peuvent s'appliquer aux sociétés holding animatrices, ce qui pourrait nourrir un nouveau contentieux. Au-delà de ces deux critères, le seuil fixé par l'administration pourrait être contesté. À notre connaissance, aucun contentieux n'a déjà été initié en ce sens mais gageons que l'avenir confirmera notre propos.

## 2° La coanimation d'un groupe de sociétés

**87.** À la lecture des deux critères principaux d'identification de l'activité d'animation issus de la position historique de l'administration fiscale établie en 1982<sup>122</sup>, on pourrait penser

117 Cf. note de bas de page 110.

118 V. § 80.

119 J.-F. Desbuquois, Application du dispositif Dutreil aux sociétés exerçant une activité mixte : importante mise au point du Conseil d'État : RFP 2020, n° 3, comm. 3.

120 BOI-PAT-IFI-20-20-20-20, 8 juin 2018, § 20.

121 Plusieurs praticiens ont suggéré aux pouvoirs publics que le seuil d'appréciation de la prépondérance de l'activité opérationnelle soit harmonisé et fixé, en toute matière, à 50% (Cf. L'immobilier sociétaire à l'épreuve de l'IFI, colloque du 13 mai 2019 organisé par les Éditions JFA Juristes & Fiscalistes Associés : IP 2-2019, n° 02.4, proposition n° 3).

122 V. § 8. Les sociétés « *animatrices effectives de leur groupe, [qui] participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* » pouvaient constituer des biens professionnels.

116 G. Poulain, A. Jamin et B. Zilberstein, Société holding animatrice : holding mixte, dès lors que l'animation de son groupe constitue son activité principale (oui) ; éligibilité des titres au dispositif d'abattement pour départ en retraite (CGL, art. 150-0 D ter) (oui) : RFP 2018, comm. 321, n° 16.

qu'une seule société holding peut animer un même groupe de sociétés.

Cette position est d'ailleurs celle qu'exprima l'administration fiscale à deux reprises au moins. Oralement tout d'abord lors d'une conférence de l'Institut des Avocats Conseils Fiscaux (IACF) organisée le 10 juin 2013 puis dans son projet d'instruction établi en 2014 mais jamais publié, dont le § 250 ne laissait aucune place à l'équivoque : « *Pour être considérée comme animatrice, la holding doit définir seule la politique générale du groupe qui porte sur le développement à moyen et à long terme des filiales qui le composent. [...] Ainsi une et une seule holding peut être considérée comme animatrice de son groupe* » dans la mesure où « *la définition retenue de l'activité d'animation des filiales est d'interprétation stricte* ». Elle poursuivait même en précisant « *qu'en cas de détention à parts égales d'un groupe par plusieurs sociétés holding, seule l'une d'entre elles pourra [...] se voir reconnaître le caractère de holding animatrice* ».

**88.** Pourtant, une étude plus approfondie des notions de conduite de la politique du groupe et de contrôle pourrait permettre d'admettre la coanimation d'un groupe par deux sociétés holding. Reste à savoir quel type de coanimation serait envisageable : verticale ou horizontale ?

**89.** Par un arrêt rendu le 31 janvier 2018, la Cour de cassation est venue apporter un début de réponse<sup>123</sup>. En l'espèce un contribuable contrôlait une société holding B qui elle-même contrôlait, via un pacte d'actionnaire conclu avec Monsieur L, une société holding intermédiaire F impulsant la politique du groupe de L sous-jacent. La question se posait de savoir si les titres de la société holding B constituaient un bien professionnel du contribuable, son dirigeant, au titre de l'ISF<sup>124</sup>. À cette occasion, la Cour de cassation a considéré que la société holding B pouvait être qualifiée d'animatrice même si la politique du groupe était déterminée, en apparence, par la société holding intermédiaire F. Ce faisant, elle validait la solution retenue par le juge d'appel qui estimait que la société holding B exerçait une fonction d'animation du groupe L. **Pour certains commentateurs, la coanimation d'un groupe venait ainsi d'être consacrée**<sup>125</sup>.

**90.** Qu'il nous soit permis de nuancer cette conclusion au regard des circonstances particulières de l'affaire en cause. En l'espèce, la dynamique du groupe était certes impulsée par les comités stratégique et de direction, organes de la société holding intermédiaire F, mais les modalités de fonctionnement de ces deux organes étaient régies par un pacte d'actionnaires auquel la société holding B était partie. De plus, cette dernière disposait d'un siège au sein de ces deux comités *ad hoc* et facturait sa participation au comité de direction à la société holding intermédiaire F.

Déduire de cet arrêt la possibilité pour deux sociétés

holding de coanimer, sur un axe vertical, un groupe de sociétés nous paraît erroné, la question étant plus délicate. En effet, reconnaître une telle coanimation aurait supposé que le juge judiciaire se soit explicitement prononcé sur le caractère animateur des deux sociétés holding B et F. Cela ne ressort pas de l'arrêt puisque le juge n'a pas eu à répondre à cette question. De surcroît, la société holding intermédiaire n'était que le relais de ses associés, et particulièrement de la société holding animatrice B, dans la conduite de la politique du groupe. Si la société holding B était sans équivoque animatrice dans cette affaire, il apparaît en revanche que la société holding intermédiaire F n'était qu'un moyen pour les deux associés du groupe de véhiculer la politique globale déterminée en amont, malgré l'apparence juridique de la structuration choisie.

En pratique, il nous paraît compliqué de justifier l'existence de deux sociétés holding animatrices liées capitalistiquement sur un axe vertical, c'est-à-dire l'une filiale de l'autre. La question peut pourtant se poser dans un groupe présent sur différents marchés. Dans l'hypothèse où chaque activité du groupe est centralisée au sein d'un pôle structuré sous une société holding intermédiaire, il est possible de s'interroger sur le caractère animateur de cette société holding intermédiaire dès lors qu'elle irrigue ses sous-filiales opérationnelles d'un flux d'animation. **Peut-on analyser la notion de groupe animé aux bornes de chaque holding ?** Dans une telle situation, il est évident que la société holding intermédiaire « participe » à l'animation du groupe. Néanmoins, son caractère animateur pourrait difficilement être soutenu du fait qu'elle n'est pas émettrice du flux d'animation originel et qu'elle est tenue, à l'instar de ses filiales, de rendre des comptes à ses propres associés au rang desquels figure une société holding animatrice. Quand bien même la société holding intermédiaire met en œuvre une politique d'animation en l'appliquant spécifiquement à son pôle d'activité, elle se contente en réalité de relayer une politique générale déterminée en amont par la société holding « animatrice » qui contrôlera son action.

En tout état de cause, l'intérêt de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2018 se trouve davantage, à notre sens, dans la reconnaissance d'une animation « indirecte » et « verticale » d'un groupe au travers d'une holding « pure ». En pratique, une telle société holding peut être vue comme un véhicule unique visant à coordonner ensemble l'animation du groupe et à organiser leurs droits respectifs par une rédaction spécifique des statuts, des instruments de détention capitalistique particuliers ou des comités *ad hoc*.

**91.** Mais qu'en est-il d'une animation conjointe par deux sociétés holding placées sur un plan horizontal ? Dans l'affaire susvisée soumise à la Cour de cassation, Monsieur L aurait effectivement pu détenir sa participation dans la société holding F au travers d'une société holding personnelle. Aurait-elle pu être qualifiée, elle aussi, de société holding animatrice aux côtés de la société holding B ?

La précision que la société holding « participe » à la conduite de la politique du groupe laisse entendre qu'elle doit y prendre part sans en être nécessairement la **seule** instigatrice. Au plan juridique, le contrôle conjoint d'un groupe de sociétés via un pacte d'actionnaires est admis par le législateur lui-même

123 Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-17.938.

124 CGI, art. 885 O quater.

125 O. Goldstein et A. Brechet, Holdings animatrices et exonération des biens professionnels : la Cour de cassation reconnaît la co-animation : Dr. fisc. 2018, n° 11, comm. 222, n° 18.

dans le cadre du régime de report d'imposition<sup>126</sup>. Le mécanisme de limitation de la déduction des charges financières issu de l'amendement Charasse<sup>127</sup> se réfère également à une notion de contrôle conjoint<sup>128</sup>.

Même si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée en faveur d'un partage, voire d'un éclatement, des critères d'identification de la holding animatrice sur plusieurs sociétés holding d'un même groupe, deux sociétés holding pourraient être qualifiées ainsi dès lors qu'elles contrôlent ensemble ce groupe, au travers d'un pacte d'associé notamment, et participent conjointement à la détermination de sa politique générale. Une situation de coanimation horizontale pourrait ainsi être observée lorsque deux sociétés holding participent ensemble à la formation d'un même flux d'animation.

**92.** On le comprend, telle la créature mythologique, les mystères de la notion de société holding animatrice semblent ne jamais pouvoir être vaincus et ouvrent le champ à bien des interrogations qui interpellent et stimulent la prospective à l'envi.

## C. Les questions en devenir

**93.** Parmi les questions qui se font de plus en plus prégnantes en pratique, celle relative à la nature de l'activité d'animation est de premier ordre puisqu'elle impacte l'ensemble du traitement fiscal applicable aux sociétés qui l'exercent. Doit-on considérer la société holding animatrice comme opérationnelle par tolérance, comme l'affirme l'administration fiscale, ou au contraire estimer que l'animation d'un groupe de sociétés constitue une activité opérationnelle à part entière (1°) ? Au-delà de cette question vieille comme la notion de société holding animatrice elle-même, une question nouvelle est apparue et préoccupe désormais les praticiens : la question de la proratisation des avantages accordés aux sociétés holding animatrices (2°).

### 1° L'opérationnalité par tolérance ?

**94.** La question de la nature de l'activité d'animation exercée par la société holding se pose depuis près de 30 ans. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la notion de société holding animatrice a été créée par l'administration fiscale pour tempérer la classification binaire des sociétés opérée par le législateur<sup>129</sup>. C'est pour cette raison que celle-ci a toujours considéré cette notion comme une simple « tolérance » de sa part en faveur des contribuables. Dans son projet d'Instruction de 2014 portant exclusivement sur la notion de société holding animatrice mais qui n'a jamais été publié, l'administration fiscale précisait que « les sociétés holding animatrices sont par exception doctrinale ou légale rendues éligibles à ces dispositifs [du CGI] sous réserve de répondre aux critères définis par le présent BOI ».

Autrement dit, la société holding animatrice n'exercerait une activité opérationnelle, malgré l'ensemble des diligences effectuées auprès de ses filiales, qu'à la faveur de l'administration fiscale ou du législateur. L'activité d'animation ne serait alors pas une activité intrinsèquement opérationnelle mais « acceptée » comme telle.

Pourtant, une telle assertion ne manque pas de contre-arguments.

D'une part, tel ne semble pas toujours avoir été la position soutenue par l'administration fiscale depuis 1982. On pense inévitablement aux propos tenus en 1988 par Michel Charasse, Ministre du Budget, lors de la première tentative parlementaire de codification de la notion de société holding animatrice. Plus précisément, un amendement du député Gilbert Gantier prévoyait d'inscrire explicitement dans le CGI que les parts de sociétés holding animatrices pouvaient bénéficier de l'exonération d'ISF afférente aux biens professionnels. La réponse du Ministre fut sans équivoque : « *il est clair que l'exonération doit s'appliquer [à ces sociétés] puisque les participations détenues ne font pas l'objet d'une gestion patrimoniale mais constituent le moyen de diriger un groupe [...]* je crois qu'il n'est pas utile de réécrire dans un texte législatif un principe qui figure déjà à l'article 885 O quater ». Ainsi, si l'on suit le raisonnement développé par M. Charasse, il n'est pas nécessaire d'inscrire expressément dans la loi le fait que les sociétés holding animatrices bénéficient de certains régimes de faveur puisque que ces sociétés, en ce qu'elles dirigent un groupe de sociétés opérationnelles, exercent une activité intrinsèquement opérationnelle qui ne doit pas être confondue avec la gestion patrimoniale de leurs participations.

Position de principe ou posture politique ? Une lecture attentive du BOFiP plaiderait davantage pour la première solution. En effet, un raisonnement similaire à celui de M. Charasse est repris à au moins deux reprises dans les commentaires écrits de l'administration fiscale. Une première fois dans le BOFiP concernant l'abattement applicable aux hypothèses de rachat d'une entreprise par ses salariés ou par des proches du cédant<sup>130</sup>. À cette occasion, elle précise que les sociétés holding animatrices « *utilisent ainsi leurs participations dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale qui mobilise des moyens spécifiques* »<sup>131</sup>. Cette même précision est reprise dans ses commentaires afférents à l'IFI<sup>132</sup>.

Selon les termes de l'administration fiscale elle-même, ces sociétés holding « *utilisent* » donc leurs participations, non pas dans un objectif patrimonial, mais pour exercer leur activité de direction du groupe. Ce faisant, les sociétés holding animatrices de leur groupe conduiraient nécessairement une activité pleinement opérationnelle. L'image d'une « tolérance » accordée aux contribuables s'effrite alors sensiblement.

D'autre part, le législateur reconnaît lui-même la nature opérationnelle de l'activité d'animation. La seule lecture de l'article 966 du CGI applicable en matière d'IFI suffit pour s'en convaincre : « *Sont également considérées comme des activités commerciales les activités de sociétés qui, outre la gestion d'un*

126 V. not. CGI, art. 150-0 B ter, III, 2°, b.

127 CGI, art. 223 B.

128 C. com., art. L. 233-3.

129 V. § 6.

130 CGI, art. 732 ter.

131 BOI-ENR-DMTOM-10-20-20, 12 sept. 2012, § 110.

132 BOI-PAT-IFI-30-10-40, 8 juin 2018, § 130.

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 ». Autrement dit, le législateur considère l'activité d'animation comme une activité commerciale, au même titre que celles des articles 34 et 35 du CGI.

Pour mieux comprendre, laissons-nous aller à un parallèle entre l'activité d'animation et l'activité de location meublée. En ce qu'elle contient une composante locative, par nature civile, l'activité de location meublée pourrait être considérée comme non opérationnelle. L'administration fiscale soutient d'ailleurs cette analyse de façon constante<sup>133</sup>. Pourtant, le législateur considère pour sa part qu'en raison de sa spécificité, à savoir qu'elle implique la mise à disposition de meubles au preneur lui conférant un minimum d'habitabilité, cette activité est intrinsèquement commerciale et non pas civile<sup>134</sup>. De la même manière, si la gestion de participations dans un objectif patrimonial constitue une activité par nature civile, elle doit être vue comme étant de nature commerciale lorsqu'elle est exercée dans un objectif de direction d'un groupe de sociétés.

**95.** Pour toutes ces raisons, **il ne fait pas de doute, selon nous, que l'activité d'animation est opérationnelle par nature** et non par assimilation ou « tolérance ». La reconnaissance de cette opérationnalité par nature impacterait positivement l'ensemble du traitement fiscal applicable à la société holding animatrice et en premier lieu la question de la preuve de l'activité d'animation<sup>135</sup>.

**96.** Plus encore, et contrairement à la position exprimée par l'administration fiscale dans son Instruction du 27 septembre 1978<sup>136</sup>, la société holding animatrice conduit une activité intrinsèquement opérationnelle qui ne doit pas être confondue avec celle exercée par ses filiales. Les dispositions de l'article 966 du CGI semblent d'ailleurs le confirmer<sup>137</sup>.

Si un raisonnement par « transparence » doit être écarté, il ne faudrait pas pour autant faire abstraction de la nature de l'activité des filiales. L'activité exercée par les filiales devrait ainsi avoir une influence sur la capacité de la société holding d'animer lesdites filiales et, par construction, sur l'appréciation d'une activité opérationnelle prépondérante de la société holding.

**97.** Une analyse globale de l'activité du groupe et des entités qui le compose devra ainsi être menée, ce qui peut soulever la question de la proratisation des avantages accordés aux contribuables.

## 2° Vers une proratisation des avantages accordés aux associés de sociétés holding animatrices ?

**98.** À la lecture du CGI, la question de la proratisation des avantages accordés aux associés d'une société holding animatrice peut surprendre. Aucun texte n'aborde, même implicitement, l'application d'un principe de proratisation. L'article 787 B du CGI, applicable aux transmissions réalisées sous couvert d'un engagement Dutreil, en est le parfait témoin : « Sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur, les parts ou les actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale transmises par décès, entre vifs [...] ». Une fois la prépondérance de l'activité opérationnelle reconnue, l'exonération partielle s'applique sur la valeur totale des titres transmis. Lorsque cette condition fait défaut, seules les filiales opérationnelles pourront – le cas échéant – faire l'objet d'un engagement de conservation via une société holding dite « interposée »<sup>138</sup>.

**99.** À cet égard, l'observation finale formulée par le rapporteur public Romain Victor dans ses conclusions sous l'arrêt du 23 janvier 2020 examiné plus haut<sup>139</sup> vient bouleverser ces certitudes : « ce que vous déciderez, si vous nous suivez, permettra aux détenteurs de parts ou actions d'une société exerçant une activité principalement industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de souscrire les engagements de conservation Dutreil, mais ne préjugera pas de la question, à notre avis distincte, de savoir si l'allègement de droits de mutation portera sur une valeur vénale égale à 100 % des titres transmis, ou s'il conviendra de n'appliquer l'exonération qu'à une fraction de cette valeur correspondant à la fraction de l'activité éligible ». Sans interroger véritablement le Conseil d'État, le rapporteur public se prononce sur ce point en estimant « qu'une exonération appliquée sur la valeur totale serait susceptible de provoquer un effet d'aubaine pour les contribuables actionnaires de leur entreprise ; ceux-ci pourraient être tentés de loger dans leur société des actifs patrimoniaux pour qu'ils bénéficient, à titre collatéral, de l'application des dispositions de l'article 787 B du CGI, ce qui ne serait pas sans soulever une question au regard du principe d'égalité ».

Le rapporteur public n'était nullement interrogé sur ce point, comme il l'admet lui-même, et les auteurs du recours n'en attendaient pas tant – néanmoins, le rapporteur public ouvre indubitablement la porte à un débat nouveau, celui d'une proratisation des avantages.

Impromptue, cette prise de position n'a pas manqué de surprendre bon nombre de praticiens<sup>140</sup>. Et pourtant, cette question n'est pas complètement nouvelle. Un parallèle peut être entrepris avec la notion de « biens nécessaires à l'activité » qui s'appliquait dans le cadre de l'exonération des biens professionnels prévue en matière d'ISF<sup>141</sup>. Dans son projet

133 BOI-PAT-IFI-20-20-20-30, 8 juin 2018, § 80 et 90.

134 CGI, art. 35, 5° et 5° bis.

135 V. § 28 et s.

136 BOI 4 A-14-78, 27 sept. 1978, § 6 : « 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 ».

137 V. § 94 et 95.

138 CGI, art. 787 B, b, 3.

139 V. § 82 à 86.

140 V. Compte rendu de la réunion de la commission Fiscalité du Patrimoine de l'IACF, 12 mars 2020, II, 1°.

141 CGI, art. 885 O ter, abrogé au 1<sup>er</sup> janvier 2018.

d'instruction de 2014 relatif à la notion de société holding animatrice, l'administration fiscale posait également ce principe de proratisation des avantages en proposant de l'étendre à l'ensemble des régimes de faveur applicables à ces sociétés<sup>142</sup>.

**100.** Une fois passée la surprise, l'application d'une proratisation des avantages fiscaux paraît toutefois discutable, à plusieurs égards.

Tout d'abord, **elle ne correspond pas à la lettre du texte, ni à la volonté du législateur ni encore à l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État.**

Comme le souligne le rapporteur public Yohann Bénard dans ses conclusions sous l'arrêt du 13 juin 2018 commenté plus haut<sup>143</sup>, « la voie d'une proratisation semble en revanche à exclure » dans la mesure où « elle ne correspond ni à la logique du texte, ni à la pratique actuelle de l'administration – telle qu'elle se manifeste notamment dans le contexte des demandes de rescrit – qui consiste à assimiler les sociétés holdings animatrices à des sociétés opérationnelles et donc à considérer qu'une société holding est entièrement animatrice ou ne l'est pas du tout, sans qu'il y ait lieu d'opérer un quelconque découpage entre ses actifs ou ses participations »<sup>144</sup>. Autrement dit, sans disposition textuelle spécifique, aucune proratisation des avantages ne peut avoir lieu, ce qui fut implicitement admis par le Conseil d'État dans cette affaire.

Ce raisonnement fut également adopté par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 octobre 2015<sup>145</sup> en matière d'ISF et d'exonération des biens professionnels. En l'espèce, l'administration fiscale souhaitait exclure de l'exonération certains actifs détenus par les filiales et sous-filiales de la société holding alors que le texte, dans sa version applicable à la date des faits, limitait l'analyse au seul patrimoine de la société holding. Sans équivoque, la Cour de cassation rejeta cette tentative de l'administration fiscale en jugeant que l'exclusion ne pouvait s'opérer sans texte.

Gageons que si le Conseil d'État avait eu à se prononcer sur l'application de ce principe en janvier dernier<sup>146</sup>, il n'aurait pas dévié de sa position traditionnelle ni de celle de la Cour de cassation.

Ensuite, à supposer la proratisation des avantages admise,

**son application pratique serait particulièrement complexe.** Comment distinguer la part d'un élément d'actif affecté à l'activité opérationnelle en présence de biens fongibles telles que des liquidités ? Qu'en est-il des actifs indirectement détenus par la société holding au travers de ses filiales ? La difficulté à mener une telle analyse avait d'ailleurs été très justement soulevée par le rapporteur public Yohann Bénard dans ces mêmes conclusions lorsqu'il indiquait qu'il est « certes possible de distinguer les participations animées et non animées de premier rang, mais que faire lorsque des titres de placement ou de la trésorerie sont logés dans une filiale opérationnelle ? Il serait logique de les décompter également, mais cela serait très complexe, créerait un biais entre les détentions directes et intermédiaires et présupposerait qu'une société opérationnelle peut fonctionner sans trésorerie, ce qui n'est évidemment pas le cas »<sup>147</sup>.

Enfin, il nous semble que **la limitation de « l'effet d'aubaine » dont parle le rapporteur public Romain Victor est déjà assurée par la méthode d'appréciation de la prépondérance de l'activité opérationnelle établie par le Conseil d'État dans son arrêt du 23 janvier 2020** (i.e. la méthode du faisceau d'indices)<sup>148</sup>, et plus généralement, par les procédures de répression des abus de droit. Pour toutes ces raisons, justifiées par un besoin de sécurité juridique, il est absolument nécessaire de limiter les difficultés pratiques entourant la notion de société holding animatrice, au premier rang desquelles figure la question de la prépondérance, et de ne pas ouvrir – ce que certains appellent déjà – la boîte de Pandore.

## Conclusion

**101.** Si la notion de holding animatrice n'a probablement pas fini de donner du fil à retordre aux contribuables, la mythologie grecque nous enseigne que l'hydre, censée être immortelle, fut pourtant vaincue par le héros, épaulé par son neveu et par les dieux. Dans leur combat, il ne fait aucun doute que les contribuables apprécieraient eux aussi toute main tendue pour maîtriser la notion de société holding animatrice. Pourquoi pas celle du législateur ?

Au terme de cette étude, nous pouvons espérer que celui-ci accepte d'accomplir certains travaux, qui ne nous semblent pas herculéens :

- créer un article unique au sein du CGI afin d'apporter une définition légale de la notion de société holding animatrice, commune aux différents régimes de faveur ;
- modifier les dispositions du CGI intéressant les sociétés

142 Projet d'instruction, 7 févr. 2014, § 300 à 320 : « Pour les autres régimes de faveur, l'appréciation du caractère nécessaire des biens et participations détenus par la holding animatrice doit s'effectuer, selon les mêmes modalités [que pour l'ISF]. Ainsi en présence d'actifs détenus par la holding animatrice qui ne sont pas nécessaires à l'activité du groupe, la fraction de la valeur des parts ou actions de la holding représentative de ces actifs ne peut bénéficier des régimes de faveur et est donc imposable. Il en résulte que lorsque certains actifs d'une société apparaissent comme dépourvus d'utilité économique, le calcul des parts ou actions éligibles au régime de faveur sera effectué en appliquant à cette valeur le rapport existant entre la valeur nette réelle des biens et participations éligibles figurant au bilan de la société et la valeur réelle nette globale du patrimoine social ».

143 V. § 81.

144 Concl. Y. Bénard ss CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a., préc., § 28.

145 Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-19.598 : RJF 1/16 n° 95, concl. C. Pénichon.

146 V. § 82 à 86.

147 CE, plén. fisc., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122 et 399124, Launay et a. : Dr. fisc. 2018, n° 27, comm. 321, concl. Y. Bénard, § 28.

148 V. § 82 à 86.

holding animatrices afin que les régimes qu'elles prévoient soient explicitement applicables par renvoi textuel à la définition légale commune<sup>149</sup> ;

- réaffirmer sans équivoque la nature commerciale intrinsèque de l'activité d'animation d'un groupe de sociétés ;
- réaffirmer qu'un groupe peut être composé d'une seule filiale et de sa société mère ;
- légaliser le principe en vertu duquel il n'est pas nécessaire pour une société holding d'animer l'intégralité de ses participations ;
- légaliser le principe de la coanimation horizontale et la possibilité d'animer à travers des sociétés holding pures ;
- établir une présomption simple d'animation dès lors que le capital social d'une filiale est principalement détenu par une société holding ;

---

149 V. § 19 à 22.

- fixer des critères juridiques et économiques de reconnaissance de la prépondérance de l'activité d'animation adaptés à la pratique<sup>150</sup>, à charge pour l'administration fiscale de démontrer le caractère patrimonial prépondérant de l'activité exercée par la société holding ;

- affirmer l'application pleine et entière des avantages fiscaux sans proratisation, dès lors que la réalité de l'activité d'animation et sa prépondérance seraient établies.

Ces travaux ne sont pas au nombre de douze. La sécurité juridique des contribuables ne serait-elle finalement pas si difficile à atteindre ?

**O. JANORAY, A. GRAJALES et J. DEMORTIERE ■**

---

150 V. § 85.