

Possibilité ou existence d'une animation

Finaréa : focus sur le contrôle et l'animation effective (Cass. com. 03/03/2021 n° 19-22.397).

Des contribuables ont revendiqué le bénéfice de l'article 885-0 V bis du CGI pour deux versements (ISF 2009 et 2010), avec une attestation d'une *holding* se présentant comme animatrice. Une réduction d'impôt « ISF-PME » était accordée (dans sa version alors en vigueur), dans la limite de 50 000 €, à hauteur de 75 % du montant des versements effectués au titre de souscriptions au capital initial ou aux augmentations de capital de certaines sociétés. Mais l'éligibilité des investissements au capital de sociétés *holdings* animatrices relevait d'une tolérance administrative. L'administration a contesté cet avantage fiscal car la *holding* n'était pas animatrice. La cour d'appel de Lyon ayant prononcé la décharge des rappels, son arrêt du 02/07/2019 a fait l'objet de pourvois en cassation. La Haute Cour a

partiellement cassé l'arrêt avec renvoi, en apportant certains enseignements.

LES ÉTATS INDIVIDUELS NE SONT PAS OPPOSABLES

Pour les investisseurs, la production d'une attestation était suffisante car deux réponses ministérielles indiquaient que le contribuable n'encourt « *aucun redressement, sauf si sa mauvaise foi ou l'existence de manœuvres frauduleuses, comme par exemple la collusion avec la personne ou l'organisme ayant délivré*

l'attestation, est démontrée par l'administration » (Rép. Patria : AN 03/05/2005 p. 4599 n° 55415 ; Rép. Woerth : AN 11/04/2006 p. 3949 n° 80776).

La Cour estime d'abord que ces réponses ne concernaient que l'impôt sur le revenu et les reçus obtenus en contrepartie de dons à des associations, et non les attestations délivrées pour l'ISF. Des précautions doivent donc être prises avant de se fonder sur une doctrine administrative ; l'article L 80 A du LPF interdit à l'administration de procéder

à des rehaussements qui seraient en contradiction avec la doctrine en vigueur au moment où il en a été fait application. Pour autant, les contribuables ne peuvent invoquer une doctrine que si leur situation est conforme à ses prévisions littérales.

Ensuite, bien que l'article 299 septies de l'annexe III du CGI imposait un état individuel certifiant que la société satisfaisait aux conditions légales, la Cour considère cette nécessaire formalité comme ne conférant aucun droit au contribuable de bonne foi. En droit, l'administration doit pouvoir vérifier que ces conditions sont respectées au-delà de l'apparence qu'en donnerait un document déclaratif. Mais en pratique, on mesure le désarroi des intervenants ayant cru que le contenu d'un état individuel n'aurait de sens que s'il était opposable au service. Cette méprise trahit une imperfection du formalisme qui aurait dû être conçu de façon à concilier le contrôle et l'information des contribuables. Le législateur aurait pu imposer une procédure (contrôle ou rescrit) garantissant l'éligibilité de la société au dispositif avant de pouvoir délivrer des états individuels, ou à défaut une mention d'inopposabilité dans ces états. Désormais, la prudence s'impose quant à la valeur des attestations délivrées par une société pour un avantage fiscal, par exemple concernant le « pacte Dutreil transmission » (article 294 bis de l'annexe II du CGI).

LES CONDITIONS S'APPRÉCIENT À LA DATE DU VERSEMENT

■ Une définition de la holding animatrice procédant de la loi

La Haute Cour précise qu'est assimilée à une société éligible au dispositif « *la société holding qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales constituant des PME exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale et se trouvant en phase d'amorçage, de démarrage ou d'expansion, et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* ». Suivant l'esprit de l'arrêt Financière de Rosario (Cass. com. 14/10/2020 n° 18-17.955) en matière de « pacte Dutreil transmission », cette définition de la *holding* animatrice procède de la loi. Ignorée par l'article



EMMANUEL LAPORTE, avocat fiscaliste, Cabinet Laporte - Paris

885-0 V bis du CGI dans sa version d'alors, cette notion était pourtant d'origine administrative (BOI 7 S-3-08 n°26) : la Cour confirme sa volonté de faire prévaloir l'autonomie d'une définition prétorienne. Les apports suivants de la décision sont susceptibles d'influencer aussi le « pacte Dutreil transmission » ou l'exonération d'IFI au titre des actifs professionnels.

■ Une holding ne contrôlant aucune filiale n'est pas animatrice

L'administration a relevé qu'à la date du premier versement des contribuables, la holding ne détenait aucune participation.

Pour la Haute Cour, « une participation majoritaire au capital de sa filiale » n'était pas exigée mais « une société holding qui ne contrôle aucune filiale opérationnelle ne peut être qualifiée de holding animatrice (...) de sorte que la souscription à son capital n'est pas éligible à la réduction d'ISF ».

Ainsi, la condition tenant au contrôle d'une filiale opérationnelle devait être respectée à la date du versement. Le versement constituant le fait générateur de l'avantage, cette décision peut être rapprochée de l'arrêt Financière de Rosario qui avait rappelé, pour l'article 787 B du CGI, que la prépondérance de l'activité d'animation doit être vérifiée notamment au jour du fait générateur de l'impôt. Toutefois, l'attendu selon lequel une participation n'a pas à être majoritaire est plus délicat à sonder : la Cour a déjà jugé

qu'une holding peut être animatrice en possession d'une participation minoritaire dans une filiale non animée, mais après avoir constaté qu'elle détenait des participations majoritaires au capital de quatre autres filiales (Cass. com. 19/06/2019 n° 17-20.559). Même si l'article L233-3 du Code de commerce ne limite pas le contrôle à la détention de la majorité des droits de vote, des précisions auraient été bienvenues.

■ Une holding « potentiellement » animatrice n'est pas animatrice effective

Selon l'administration, à la date du second versement, la holding ne détenait qu'une participation minoritaire dans sa filiale et la Cour d'appel n'a pas vérifié si les principales décisions économiques et stratégiques du groupe émanaient de la holding.

La Cour d'appel avait estimé que la holding s'était dotée des moyens d'imposer ses vues : désignation des membres de son comité d'investissement ayant réalisé un travail d'analyse, statuts-type imposés aux filiales avec conseil de direction chargé de valider toutes les décisions stratégiques avec voix prépondérante pour la holding, contrat d'animation stipulant la définition conjointe et la matérialisation par un document normalisé d'un plan d'action annuel

fixant la stratégie de l'entreprise ainsi qu'un droit d'information privilégié, refonte du plan stratégique de la filiale à cinq ans intégré au pacte d'associés qui stipulait que la holding contrôlait toutes les décisions stratégiques de l'entreprise opérationnelle.

La Cour de cassation a décidé qu'en se déterminant par le « pouvoir d'animation » et les moyens de la holding, « sans constater concrètement qu'elle les avait mis en œuvre », la Cour d'appel n'a pas caractérisé la « participation active effective » de la holding à la conduite de la politique du groupe.

Il ne suffit donc pas qu'une société holding soit potentiellement animatrice ou démarre son activité pour être animatrice et c'est encore à la date du

versement que la condition d'animation doit être vérifiée. Les mesures prises n'équivalaient pas à la documentation périodique usuellement suggérée pour prouver une animation effective.

Irréprochable en droit, il y a lieu de s'interroger sur l'impact économique de cette analyse dans l'hypothèse fréquente où

des fonds étaient investis par des contribuables dans le but de financer l'acquisition de participations par la holding. La décision implique que toutes les conditions de l'animation soient réunies à la date du versement, mais encore avec une certaine antériorité dès lors que leur réalisation ne peut s'improviser en un instant de raison. Dans son ultime version, la loi allait ultérieurement exiger que la holding contrôle au moins une filiale depuis au moins douze mois. La Cour ayant usé d'un large pouvoir d'interprétation en conférant une portée légale à la définition de la holding animatrice, une position plus libérale eut été possible en tolérant un délai après le versement pour vérifier le respect des conditions de contrôle et d'animation sans léser les premiers investisseurs, suivant l'esprit du délai admis pour les réinvestissements économiques permettant le maintien du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI. Une décision qui justifie l'échec d'une réduction d'impôt malgré un état individuel, pour lequel la loi n'accorde au contribuable ni la garantie du bien-fondé ni le pouvoir de le vérifier, constitue une alerte : c'est une situation insuffisamment organisée par le législateur que le pouvoir prétorien est contraint de suppléer.

A RETENIR

- La Cour de cassation réaffirme une définition prétorienne de la holding animatrice au visa de la loi.
- Pas d'exigence de participation majoritaire mais la holding doit contrôler sa filiale : des précisions en attente.
- Le contrôle et l'animation doivent être effectifs à la date du fait générateur de l'avantage fiscal.

« Le juge est contraint de suppléer le législateur »

— EMMANUEL LAPORTE

