

Revue de DROIT FISCAL

27 MARS 2014, HEBDOMADAIRE, N° 13 - ISSN 1279-8436

Directeurs scientifiques :
Florence DEBOISSY
Alexandre MAITROT DE LA MOTTE
Jean-Luc PIERRE
Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

HOLDINGS ANIMATRICES

- 237 **Théorie et pratiques**
Par Éric PICHET
- 238 **L'histoire d'une pierre angulaire dangereusement
descellée**
Par Philippe NEAU-LEDUC et Jean-François DESBUQUOIS
- 239 **De l'incomplète reconnaissance de l'activité
économique en fiscalité interne aux problématiques
de fiscalité internationale**
Par Roland POIRIER
- 244 **Comment établir la réalité de l'activité d'animation
du groupe ?**
Cass. com., 8 oct. 2013, M. Epton et Cass. com., 10 déc. 2013, M. Mulliez,
note Florence DEBOISSY

Également cette semaine

- 241 **IR** - Sommes allouées au maître de l'affaire en fonction des résultats sociaux et inscrites en charges à payer (CE, 20 déc. 2013, concl. D. HEDARY, note C. MODICOM et P. GOUR)
- 242 **BIC** - Obligation d'identification des avantages en nature d'un gérant de SARL (CE, 26 déc. 2013, concl. B. BOHNERT, note P. FUMENIER)
- 243 **TVA** - Exonération des locations de terrains non aménagés (*CGI, art. 261 D, 2°*) (CE, 26 déc. 2013, concl. B. BOHNERT, note C. DELEU)
- 246 **Fiscalité internationale** - Établissement stable : une solution pragmatique de la cour de Paris (CAA Paris, 2 oct. 2013, concl. Y. EGLOFF, note A. CALLOUD et S. DARDOUR-ATTALI)

239 *Holdings* animatrices : de l'incomplète reconnaissance de l'activité économique en fiscalité interne aux problématiques de fiscalité internationale

Roland POIRIER,
avocat associé,
Brandford-Griffith & Associés



1 - La sécurité juridique nécessite de donner une cohérence au concept de *holding* animatrice dans les différents domaines du droit fiscal. À partir d'exigences de contenu propres à l'ISF et aux droits de mutation à titre gratuit, l'Administration a donné corps à un concept juridique qui s'est ensuite appliqué à d'autres domaines de la fiscalité directe des personnes physiques (CGI, art. 199 *terdecies-0 A et terdecies-0 B*, art. 150-0 D, 150-0 D bis et 150-0 D ter), jusqu'à être légalisé pour les besoins de l'article 885-0 V bis¹. L'Administration a parfois étendu l'application du concept à l'impôt sur les sociétés (V. *infra*). Il tend ainsi à devenir commun à toutes les impositions. Une forme d'harmonisation du concept de *holding* animatrice, compris par tous, est en cours. Il est regrettable que l'Administration bouscule aujourd'hui cet équilibre en formulant de nouvelles exigences pour qualifier la *holding* d'animatrice².

Afin de confirmer l'existence et la portée du concept de *holding* animatrice dans les différents domaines du droit fiscal, il convient tout d'abord de souligner qu'il repose sur l'exercice d'une activité économique, insuffisamment reconnue en fiscalité directe nationale (1), avant de le confronter à la fiscalité internationale (2).

1. Les *holdings* animatrices exercent-elles une activité économique ?

2 - L'Administration a fourni une définition des critères de l'animation en opposant les *holdings* qui ne font qu'exercer leurs prérogatives d'actionnaire à celles qui participent activement à la conduite de

leur groupe et au contrôle des filiales³. C'est au cas par cas que l'on détermine si une *holding* est animatrice ou ne l'est pas. En pratique, chacun peut constater que les *holdings* sont souvent dotées de pouvoirs et de moyens étendus pour définir la politique d'ensemble du groupe et éviter la dispersion des centres de décisions stratégiques. La jurisprudence autorise d'ailleurs de nouvelles formes d'immixtion, en permettant par exemple aux sociétés mères de prendre l'initiative d'aménager leurs conventions d'intégration fiscale pour modifier les règles de répartition de la charge d'impôt au sein du groupe ou d'emploi du déficit. Dans les groupes importants, en dehors de toute problématique d'ISF, la plupart des *holdings* jouent un rôle d'animation sans avoir besoin de conclure la moindre « convention » à cet effet.

Il convient ici de distinguer l'appréciation portée par le juge judiciaire de celle du juge administratif.

A. - Jurisprudence judiciaire

3 - Selon la jurisprudence judiciaire, la simple gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières pour compte propre est une activité civile quelles que soient l'importance des moyens mis en œuvre par la *holding* et la complexité des opérations réalisées dans la gestion de son patrimoine mobilier⁴.

4 - En matière d'ISF, la Cour de cassation considère qu'une *holding* animatrice n'exerce pas une activité économique par nature, laquelle ne lui est reconnue que par l'effet d'une tolérance adminis-

1. BOI-PAT-ISF-40-30-10-20, § 440.

2. Désormais, elle devrait détenir le contrôle exclusif de chacune de ses participations sans autre actif, V. conférence IACF du 10 juin 2013.

3. BOI-PAT-ISF-30-30-40-10.

4. Ex : CA Versailles, 1^{re} ch., 20 oct. 2011, n° 10/02194 - *JurisData* n° 2011-023027 ; RJF 07/2012, n° 769). - CA Aix-en-Provence, 6 nov. 2008, n° 2008-647 : *JurisData* n° 2008-374885.

trative d'interprétation stricte⁵. Or, nous voyons une contradiction dans le raisonnement de la Cour qui nie l'activité économique des *holdings* animatrices, tout en s'appuyant sur des conventions qui prévoient que les organes dirigeants des filiales **doivent respecter la politique générale du groupe** définie exclusivement et effectivement par la *holding*⁶, ou en attendant de la *holding* qu'elle démontre qu'elle « a eu un rôle réel de direction » et « prenait des décisions de politique commerciale ou d'orientation stratégique qui s'imposaient »⁷. La jurisprudence de la chambre commerciale tolère en effet une immixtion poussée qui n'est pas réputée violer l'autonomie juridique des filiales, malgré l'article L. 225-35 du Code de commerce qui réserve au conseil d'administration le pouvoir de « détermine(r) les orientations de l'activité de la société et veille(r) à leur mise en œuvre ». Par exemple, une *holding* peut passer des commandes pour sa filiale⁸ ou s'impliquer fortement dans la conception et l'exécution d'accords par sa filiale⁹. Dans l'affaire *Metaleurop*, la direction de fait de la filiale a été écartée bien que le directeur agit sous la supervision des dirigeants de la mère « après avoir retenu que la notion de groupe de sociétés impliquait des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision stratégique impulsée par la société mère »¹⁰. Ainsi « puisque les sociétés [du groupe] forment une seule entreprise, la Cour admet que la mère supervise l'activité de toutes et coordonne leurs initiatives »¹¹. Dans ces conditions, l'action tendant à démontrer la fictivité des sociétés et la confusion de patrimoine avec une société mère intrusive n'est recevable « qu'à titre exceptionnel »¹², par exemple si la *holding* a créé une apparence trompeuse en faisant croire qu'elle est elle-même partie au contrat¹³. À notre sens, la Cour de cassation aurait dû tirer les conséquences de l'imixtion étendue observée dans la pratique chez les *holdings*, reconnue conforme au droit des sociétés, en reconnaissant qu'il s'agit là d'une activité à caractère économique par sa nature et les conséquences qu'elle emporte chez la filiale et non une activité patrimoniale dont le seul objet serait d'accroître la valeur de la participation.

5 - La « tolérance » administrative qui assimile les *holdings* animatrices à des sociétés opérationnelles par dérogation au principe selon lequel la gestion de participations financières revêt toujours un

caractère patrimonial, nous semble donc essentiellement traduire la méfiance de l'Administration envers certaines formes de détention capitaliste et ne reflète pas la réalité économique, comme on le verra ci-après. Elle nourrit beaucoup d'incertitudes puisque l'Administration peut à tout moment rapporter ou restreindre sa « tolérance »¹⁴, et elle fausse l'analyse au-delà des impôts patrimoniaux, en matière d'impôt sur les sociétés. L'ordre normal de dévolution de la charge de la preuve devrait donc conduire à faire supporter à l'Administration le soin de réunir les indices permettant de supposer l'absence d'animation, charge alors à l'entreprise de démontrer qu'elle exerce ce rôle.

B. - Jurisprudence administrative

1° En matière d'impôts directs

6 - Le Conseil d'État n'emploie pas encore l'expression « *holding* animatrice » mais il reconnaît le caractère économique de l'activité des *holdings* quand les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il juge qu'une activité de direction peut constituer une succursale (V. *infra*).

Il a aussi jugé que ne revêtait pas un caractère purement artificiel une *holding* constituée dans le cadre d'un LBO en relevant comme indices d'une activité économique le fait qu'elle avait permis d'obtenir de meilleures conditions de financement extérieur pour le développement de la cible¹⁵. Le Conseil d'État a admis en matière d'apports-cessions que la prise de participations dans des sociétés opérationnelles¹⁶, et même de simples « démarches effectuées en vue de réinvestir dans une activité économique »¹⁷ revêtait un caractère économique, sans exiger que la *holding* exerce une activité économique propre en dehors de la détention patrimoniale de sa participation dans la cible. On peut aussi faire un parallèle avec les associations reconnues exercer une activité lucrative dans le prolongement de l'activité de leurs membres. Le Conseil d'État a jugé qu'une association interentreprises qui ne poursuit pas la réalisation de bénéfices exerce néanmoins une activité commerciale si c'est dans l'intérêt d'entreprises dont les exploitations sont de nature industrielle ou commerciale¹⁸. Il en est de même en matière de taxe professionnelle, où le GIE des caisses d'épargne et de prévoyance qui, bien que statutairement sans but lucratif, fournissait des services à ses membres qui leur permettaient une exploitation plus rentable, exerce des opéra-

5. V. par ex., Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-20.432, M. Epton : *JurisData* n° 2013-022147 ; Dr. fisc. 2014, n° 13, comm. 244, note F. Deboissy ; Dr. sociétés 2014, comm. 39, note J.-L. Pierre : « Mais attendu que l'interprétation administrative favorable au contribuable, résultant de l'instruction administrative du 28 avril 1989, constitue une exception au principe d'exclusion des parts ou actions des sociétés *holdings* ayant pour activité principale la gestion de leur patrimoine mobilier ou immobilier posé par l'article 885 O quater du CGI. Que la cour en a déduit à bon droit qu'il incombait à M. Epton, qui invoquait le bénéfice de cette exception, de justifier (...) ».
6. Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767, Elias : *JurisData* n° 2005-026900 ; Bull. Joly 2005, p. 722, note C. Nouël ; Dr. fisc. 2005, n° 17, comm. 393 ; Dr. fisc. 2005, n° 22, comm. 450, note M. Sieraczek-Arbitan ; Dr. sociétés 2005, n° 102, obs. J.-L. Pierre ; Rev. sociétés 2005, p. 877, note J.-Ph. Dom ; RJF 4/2005, n° 508.
7. Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-23.720, F-P+B, M. Mulliez : *JurisData* n° 2013-028686 ; Dr. fisc. 2014, n° 13, comm. 244, note F. Deboissy.
8. Cass. com., 20 janv. 1998, n° 04-15.414, SARL Toco International et a. c/SARL Sipafi : Bull. Joly 1998, p. 474, § 163, note J.-P. Dom.
9. Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11056, P+B+R+I, SA CDR Créances c/ M. Tapie : *JurisData* n° 2006-035300 ; JCP E 2006, II, 10175, note Th. Bonneau ; RTD civ. 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 2007, p. 145, obs. P.-Y. Gautier.
10. Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, F-D, M. Philippe Martin ès qualités et a. c/ Sté Recylex (ancienne SA Metaleurop Nord) : *JurisData* n° 2013-026258 ; Act. proc. coll. 2014, alerte 16.
11. N. Pelletier note sous Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, F-D, M. Philippe Martin ès qualités et a. c/ Sté Recylex : Bull. Joly Sociétés 2014, n° 2, p. 103.
12. Y. Guyon, *Droit des Affaires*, t. 1 : *Economica*, 9^e éd., 1996, p. 647, n° 621.
13. Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11056, P+B+R+I, SA CDR Créances c/ M. Tapie, *préc.*

14. V. conférence IACF du 10 juin 2013.

15. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et M^{me} Bourdon : Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304, concl. C. Legras, note O. Fouquet et C. Charpentier ; RJF 4/2011, n° 472 ; BDCF 4/11, n° 51, concl. C. Legras.
16. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1204. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et M^{me} Bauchart : *JurisData* n° 2010-018687 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; Dr. sociétés 2011, comm. 20, note J.-L. Pierre ; JCP E 2011, 1045 ; RFN 2010, comm. 100, note J.-J. Lubin ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; RJF 12/2010, n° 1205 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BDCF 12/2010, n° 132, concl. L. Olléon ; BGFE 2011, n° 1, p. 12 et s., obs. J. Turot. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four : *JurisData* n° 2010-018692 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1206 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BDCF 12/2010, n° 132, concl. L. Olléon ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; LPA 24 juin 2011, p. 11, note E. Tauzin.
17. CE, 10^e et 9^e ss-sect., 22 févr. 2013, n° 335045, min. c/ M. et M^{me} Clairat : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 478.
18. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 18 févr. 2002, n° 220264, Assoc. paritaire d'action sociale (APAS) devenue APMT : *JurisData* n° 2002-080102 ; Dr. fisc. 2002, n° 38, comm. 707, concl. G. Goulard. – CE, 9^e et 10^e ss-sect., 5 juin 2002, n° 219 339, Assoc. technique de la réfrigération et de l'équipement ménager (ATREM) : *JurisData* n° 2002-080166 ; Dr. fisc. 2002, n° 42, comm. 819, concl. J. Courtial.

tions commerciales¹⁹. Récemment, la cour administrative d'appel de Paris a jugé qu'exerce une activité professionnelle au sens de l'article 1447 du CGI une société de gestion de placements financiers agissant pour son propre compte malgré l'extrême faiblesse des moyens mis en œuvre²⁰.

7 - Malheureusement, la reconnaissance de l'activité économique des *holdings* animatrices est encore très incomplète, comme l'illustre la question du transfert des déficits fiscaux. Pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, l'article 209, II, d du CGI écarte la possibilité de transférer sur agrément à la société bénéficiaire des apports, en cas de fusion ou d'opération assimilée, les déficits provenant de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés. Le législateur a ainsi éteint le débat qui portait sur le point de savoir si une *holding* pure exerce ou non une « activité » susceptible d'être transférée. Certains juges étaient d'un avis négatif²¹, tandis que d'autres observaient que la loi ne distingue pas selon la nature des activités exercées par la société porteuse des déficits²². En n'écartant que les *holdings* qui « gèrent un patrimoine mobilier », l'article 209, II permet d'établir la distinction entre « *holding* animatrice » et « *holding* patrimoniale ». À notre connaissance, le bureau des agréments refuse pourtant d'autoriser le transfert des déficits de *holdings*, qu'elles soient animatrices ou non, lorsque les déficits des *holdings* sont nés des charges d'intérêt liées aux prises de participation et aux frais de gestion des participations. L'Administration n'admettrait d'agréer que le transfert des déficits nés de l'activité de prestation de services internes (audit, comptabilité, etc.) des *holdings*. Cette position se veut en ligne avec la réponse ministérielle Richemont, dans laquelle l'Administration avait considéré qu'une *holding* ne peut être regardée exercer une activité au sens de l'article 209, II (ancienne rédaction), quand bien même elle rendrait des prestations de services à ses filiales et les facturerait pour cela²³. Elle n'est pas éloignée de la décision Korian précitée où le tribunal avait écarté l'argument de la société tenant à l'existence d'une activité de prestation de services aux filiales dans la mesure où les déficits ne résultaient pas de cette activité, mais de l'acquisition des titres.

Cette position est contestable car une *holding* animatrice nous paraît exercer une véritable activité économique. Au demeurant, elle n'est pas cohérente avec la doctrine relative à l'article 199 terdecies-0 A du CGI : « la souscription effectuée au capital d'une société *holding* est éligible à la réduction d'impôt sur le revenu lorsque cette société souscrit au capital d'une société *holding* animatrice **qui est considérée comme exerçant une activité commerciale (activité opérationnelle)** »²⁴.

Elle n'est pas non plus cohérente avec la doctrine de l'Administration qui assimile les participations à des « moyens de production » dont la cession par les *holdings* emporte changement d'activité au

sens de l'article 221, 5 du CGI²⁵. D'ailleurs, cet article, qui lie l'absence de **changement d'activité** au maintien des effectifs et des actifs immobilisés, implique qu'une fonction d'animation, qui repose essentiellement sur des moyens humains et sur la détention de participations, constitue une activité économique au sens de cet article. Dans cet ordre d'idées, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que constitue un changement d'activité l'absorption de ses filiales par une *holding* rendant des prestations purement administratives à sa filiale²⁶.

Un parallèle peut être fait avec la jurisprudence du Conseil d'État qui a aussi précisé que le **régime des sociétés mères** « a eu comme objectif de favoriser l'**implication des sociétés mères dans le développement économique** de sociétés filles » de telle sorte que ne bénéficie pas de ce régime une entreprise qui a acquis une participation dans une société coquille « sans prendre aucune mesure de nature à permettre et développer leur ancienne activité ou d'en trouver une nouvelle »²⁷. C'est souligner avec force qu'une société mère a vocation à aider au développement de ses filiales. Cette solution est d'autant plus frappante que, comme l'ont souligné des auteurs, elle ne découle pas d'évidence de l'article 145²⁸. Au demeurant, l'Administration accepte de présumer que constituent des biens professionnels les participations ouvrant droit au régime des sociétés mères défini aux articles 145 et 216 du CGI²⁹. On relèvera enfin que le **régime des plus-values à long terme** (CGI, art. 219, I, a ter) renvoie au droit comptable selon lequel les titres de participation permettent d'exercer une influence sur la société émettrice. La finalité économique de la détention de titres de participation résulte de la « création de liens durables avec la société émettrice (qui) sont susceptibles d'avoir un **impact sur l'activité industrielle ou commerciale de l'entreprise** en concourant notamment au maintien ou au renforcement de sa rentabilité, de son développement ou à la diversification de ses domaines d'activité. Il en est ainsi, notamment, des participations (...) susceptibles de permettre le développement de synergies industrielles ou commerciales (stratégies d'intégration verticale ou horizontale) (...) »³⁰. Les juges ont déduit de l'article 219, I, a ter du CGI que la désignation d'un administrateur dans une filiale détenue à 50 % caractérise la volonté d'influer sur son activité, et partant, sur le classement des titres en titres de participation³¹. Il nous semble donc qu'au regard des conséquences économiques de l'immixtion des *holdings* animatrices dans la direction de leur filiale, qui confèrent à leur activité une nature économique, les *holdings* animatrices devraient se voir reconnaître le droit d'obtenir le transfert de leurs déficits.

8 - À l'avenir, le Conseil d'État aura sans doute l'occasion de se prononcer sur le caractère économique de l'activité des *holdings* animatrices, par exemple à propos de l'exemption de la contribution de 3 % sur les revenus distribués par les PME communautaires, ou du report d'imposition de la plus-value en cas de remploi du prix de cession dans les conditions de l'article 150-0 D bis, 2°, b du CGI.

Quoiqu'il en soit, de nombreux éléments concordent à reconnaître que les *holdings* animatrices ne devraient être traitées fiscale-

19. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 1^{er} juin 2001, n° 205838, Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance (CENCEP) : JurisData n° 2001-062277 ; Dr. fisc. 2201, n° 51, comm. 1186, concl. Courtial ; RJF 2001, n° 1077 ; BDCF 2001, n° 109, concl. J. Courtial.

20. CAA Paris, 5^e ch., 14 mars 2013, n° 11PA04212, Sté AIG-FP venant aux droits de Sté Financière Vespucci : Dr. fisc. 2013, n° 30, comm. 391, note V. Daniel-Mayeur et B. Lacombe.

21. CAA Douai, 2^e ch., 8 mars 2011, n° 09DA00967, SAS Numéricable : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 503, concl. P. Minne, note R. Poirier ; RJF 7/2011, n° 792. — TA Paris, 1^{er} ch., sect. 2, 14 déc. 2010, n° 0713039/2, SA Korian : JurisData n° 2010-029369 ; RJF 4/2011, n° 418 ; BDCF 4/2011, n° 42, concl. F. Plattiero.

22. CAA Nantes, 1^{er} ch., 28 mai 2013, n° 12NT00762, SAS Estivin Groupe Holding : JurisData n° 2013-018679, V. J.-M. Vié, Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel : Dr. fisc. 2013, n° 38, 424.

23. Rép. min. n° 17801 à M. de Richemont : JO Sénat Q 30 mars 2006, p. 923 ; Dr. sociétés 2006, comm. 118, note J.-L. Pierre.

24. BOI-IR-RICI-90-10-20-10, 13 janv. 2014, § 20.

25. BOI-IS-CESS-10.

26. CAA Douai, 3^e ch., 18 mars 2004, n° 01DA01065, SA Sodeleg : JurisData n° 2004-251256 ; Dr. fisc. 2004, n° 46, comm. 824, concl. J. Michel ; RJF 2005, n° 226, à propos de l'article 221, 5 dans sa version antérieure.

27. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 juill. 2013, n° 356523, min. c/ SAS Garnier Choiseul Holding et n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker.

28. Note F. Deboissy et G. Wicker sous CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 juill. 2013, n° 356523, min. c/ SAS Garnier Choiseul Holding et n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding, préc.

29. BOI-PAT-ISF-30-30-40-20, § 60.

30. BOI-BIC-PVMV-30-10, § 1.

31. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 12 mars 2012, n° 342295, EURL Alci : RJF 6/2012 n° 564 ; BDCF 6/2012, n° 67, concl. N. Escaut.

ment ni mieux, ni moins bien, que toute autre société opérationnelle exerçant une activité industrielle et commerciale.

2° En matière de TVA

9 - La jurisprudence communautaire admet qu'une *holding* qui s'imisce dans la gestion de ses filiales exerce une activité économique³². Toutefois, la particularité de la TVA, impôt de consommation assis sur des flux, fait dépendre le caractère économique de cette immixtion de la fourniture à titre onéreux de conseils et de services³³. Encore peut-il ne s'agir que de simples services administratifs, financiers, comptables, commerciaux et techniques et non de services d'animation. *A contrario*, la CJCE considère qu'une simple opération capitalistique n'a pas un caractère économique en l'absence de facturation de prestations³⁴. Le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens à propos d'honoraires payés pour une prise de participation réalisée par une filiale³⁵ ou de frais d'augmentation de capital d'une filiale³⁶, à moins que la *holding* ne démontre que « compte tenu de l'organisation du groupe, elle seule effectuera au profit des sous-filiales des prestations de service donnant lieu à des opérations caractérisant une activité économique et soumises à la TVA »³⁷. Comme l'a écrit Florence Deboissy « au-delà de la preuve de l'existence d'un lien d'affectation entre la dépense et l'activité de la société *holding*, le Conseil d'État consacre un embryon de régime de groupe en acceptant de tenir compte du rôle d'animation du groupe assumé par la *holding* de groupe »³⁸.

C. - Quelle est la nature juridique de l'activité des holdings animatrices ?

10 - Dans l'affaire *Bec* jugée par le Conseil d'État, c'est parce que la société avait pour objet la détention de titres « sans participer en aucune manière à l'activité commerciale des [filiales] » que les charges financières exposées pour l'acquisition de participations n'ont pu être regardées comme engagées pour l'acquisition d'un capital nécessaire à une activité industrielle ou commerciale³⁹. L'article L. 110-1 du Code de commerce répute actes de commerce les opérations réalisées par les bureaux d'affaires qui interviennent dans la conclusion de contrats ou servent d'intermédiaires entre les parties. L'activité de la *holding* animatrice qui s'imisce dans la gestion des filiales en définissant leur stratégie, en autorisant leurs investissements, en négociant leurs grands contrats, n'est pas éloignée de la

gestion d'affaires, activité commerciale par nature. Le Conseil d'État a jugé par exemple qu'une société qui identifie des projets d'investissements défiscalisés, s'occupe de leur gestion et du suivi des travaux pour le compte des sociétés qu'elle a créées, exerce une activité d'agent d'affaires même en l'absence de mandat formel⁴⁰. On peut donc soutenir la thèse selon laquelle les *holdings* animatrices participent à l'exercice de l'activité opérationnelle de leurs filiales et ne se limitent donc pas à « utiliser leurs participations dans le cadre d'une activité industrielle et commerciale »⁴¹. Elles exercent une activité économique ne serait-ce que parce que les conséquences directes de leurs interventions dans les filiales sont économiques. Si les *holdings* se limitent à de simples recommandations aux filiales, elles exercent alors une activité de conseil qui n'est pas commerciale. Elle n'en est pas moins économique si elle s'accompagne de la facturation des prestations rendues.

2. La holding animatrice à l'épreuve de la fiscalité internationale

A. - L'animation d'une filiale peut-elle avoir pour effet de déplacer son siège de direction effectif ?

11 - Dans certains cas, la différence entre le centre du pouvoir de la *holding* animatrice et celui de la filiale peut s'estomper jusqu'à devenir difficilement perceptible si la *holding* prépare les décisions les plus importantes qui sont entérinées sans discussion par la filiale. Cette situation peut se produire par exemple en cas de co-investissement où la *holding* commune s'arroge un contrôle étroit sur les décisions structurantes. Ainsi, dans des cas exceptionnels, un niveau élevé d'immixtion pourrait entraîner le déplacement du siège de direction effectif de la filiale et partant, de sa résidence fiscale dans un autre pays. Il existe en effet des similitudes entre le siège de direction effectif en matière de fiscalité internationale et la *holding* animatrice. Dans son arrêt du 16 avril 2012⁴², le Conseil d'État a défini le siège de direction effective comme le lieu où les personnes exerçant les fonctions les plus élevées prennent les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de cette entreprise dans son ensemble. Le rapporteur public a relevé que la direction effective ne peut pas être assimilée à la gestion courante. Cette définition est en harmonie avec les commentaires français sur l'article 4 de la convention modèle OCDE qui soulignent l'importance qu'attache la France au lieu où la personne ou le groupe de personnes exerçant les fonctions les plus élevées, par exemple un conseil d'administration ou un directoire, prend ses décisions, c'est-à-dire l'endroit où sont principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de la société.

Néanmoins, sur la base de la frontière dessinée par la Cour de cassation entre direction de fait et respect de l'autonomie juridique minimale des filiales, le fait que les organes de direction de la filiale préparent, entérinent et mettent en œuvre les mesures d'application des orientations stratégiques décidées par la *holding*, tout en assurant la gestion courante, devrait permettre d'écarter le risque de transfert du siège de direction effectif. *A fortiori* si la *holding* animatrice se borne à de simples recommandations.

32. CJCE, 20 juin 1991, aff. C-60/90, *Polysar Investmenis Netherlande BV* : Rec. CJCE 1991, I, p. 3111 ; Dr. fisc. 1991, n° 41, comm. 1911, note E. Kornprobst ; RJF 10/1991, n° 1324.

33. CJCE, 1^{re} ch., 27 sept. 2001, aff. C-16/00, *Cibo Participations SA* : Dr. fisc. 2001, n° 47, comm. 1083 ; RJF 12/2001, n° 1611.

34. CJCE, 1^{re} ch., 26 mai 2005, aff. C-465/03, *Kretztechnik* : Rec. CJCE 2005, I, p. 4357 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 720 ; RJF 8-9/2005, n° 982 ; BDCF 8-9/2002, n° 105, concl. F. G. Jacobs.

35. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 6 oct. 2008, n° 299265, *SA Axa* : JurisData n° 2008-081384 ; Rec. CE 2008, tables p. 731 ; Dr. fisc. 2008, n° 47, comm. 587, note Y. Sérandour ; RJF 12/2008, n° 1318.

36. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 oct. 2012, n° 326813, *Sté First International Production* : JurisData n° 2012-024723 ; Dr. fisc. 2013, n° 3, comm. 65 ; Dr. sociétés 2013, n° 75, note J.-L. Pierre ; RJF 1/2013, n° 8 ; BDCF 1/2013, n° 1, concl. C. Legras.

37. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 24 juin 2013, n° 350588, *Sté L'Air Liquide* : JurisData n° 2013-014036 ; Dr. fisc. 2013, n° 37, comm. 414, concl. N. Escaut, note F. Deboissy.

38. F. Deboissy, *Droit pour une société holding de déduire la TVA grevant les frais exposés en vue d'acquérir des titres lors même que l'acquisition a été réalisée par une filiale et qu'une partie du projet a été abandonnée*, note sous CE, 8^e et 3^e ss-sect., 24 juin 2013, n° 350588, *Sté L'Air Liquide*, préc.

39. CE, 10^e et 9^e ss-sect., 17 nov. 2006, n° 254597, *M. Bec* : JurisData n° 2006-081051 ; Dr. fisc. 2007, n° 17-18, comm. 468, concl. M^{me} M.-H. Mitjavile ; RJF 2007, n° 173.

40. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 oct. 2007, n° 289538 et n° 290765, *Sté Stratégie Développement d'Études Économiques* : JurisData n° 2007-081196 ; Dr. fisc. 2007, n° 48, comm. 1005.

41. BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, § 140.

42. CE, 9^e et 10^e ss-sect., 16 avr. 2012, n° 323592, *M. Paupardin* : JurisData n° 2012-009353 ; RJF 7/2012, n° 674 ; BDCF 7/2012, n° 80, concl. J. Boucher. - V. également G. Blanluet, M. Taly, D. Gutmann, Ph. Martin, V. Bied-Charreton et A. Gardette, *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* : Dr. fisc. 2013, n° 13, 214.

À défaut d'entraîner un transfert du siège de direction effectif, l'exercice par la filiale de certaines de ses fonctions de direction à partir du siège de la *holding* animatrice située dans un autre pays est susceptible de donner naissance à une succursale. Par exemple dans l'affaire *Compagnie Internationale des Wagons-Lits*, le juge a considéré que l'activité de direction en France de cette filiale du groupe Accor caractérisait un établissement stable en France. La cour s'est attachée au lieu où se tiennent la plupart des réunions du conseil d'administration qui prend les décisions en organisant « l'essentiel de la vie de l'entreprise » et « la préparation effective » des décisions stratégiques prises par le conseil⁴³. L'affaire *Ana Holding*⁴⁴ dans laquelle le gérant d'une société belge résidait en France et signait les contrats fournit une autre illustration de cette problématique, ainsi que l'arrêt *Stamping International*⁴⁵ dans lequel, pour juger que la société étrangère disposait d'un établissement stable en France, la cour administrative d'appel a relevé que la dirigeante était domiciliée en France, qu'elle y effectuait tous les actes de gestion administrative et financière courante de telle sorte qu'elle devait être regardée comme assurant en France la direction de la société, sans qu'il soit besoin d'examiner si elle intervenait dans la négociation et la conclusion des contrats commerciaux. L'Administration a aussi admis qu'un « centre de décision autonome » au sens de l'article 209, IX du CGI (V. *infra*) pouvait constituer un établissement stable s'il « dispose d'une capacité opérationnelle suffisante pour prendre les décisions (...) (nomination des mandataires sociaux ou de certains responsables au sein des organes dirigeants, capacité à décider des distributions, définition d'une politique stratégique propre, capacité des dirigeants de l'établissement d'engager la société, etc.) ».⁴⁶

B. - Quelles sont les conséquences fiscales du transfert du domicile du dirigeant d'une *holding* animatrice à l'étranger ?

12 - Certains candidats à l'expatriation sont peut-être dirigeants d'une *holding* animatrice qui constitue leur outil de travail au sens de l'article 885 O bis du CGI. On sait que, sous réserve des conventions fiscales, l'article 885 L du CGI exonère d'ISF les personnes physiques domiciliées hors de France sur les valeurs mobilières émises par des sociétés françaises qui constituent de simples placements financiers, tandis que selon l'Administration constituent des titres de participation et non des placements les participations d'au moins 10 % au capital d'une entreprise ; ces biens situés en France restent passibles de l'ISF⁴⁷.

Au regard de l'ISF, il est vraisemblable que le départ du dirigeant rendra plus difficile la démonstration de l'animation par la *holding*. À l'inverse en venant souvent travailler en France, le dirigeant courra le risque d'y conserver le centre de ses intérêts vitaux. Toutefois cette situation ne devrait pas conduire à le priver de l'exonération d'ISF car l'article 885 O bis n'interdit pas que la société, si elle est immatriculée en France, ait son siège de direction effectif ou une succursale de direction à l'étranger. Il existe des arguments pour soutenir avec prudence que le transfert du siège de direction effectif, dès lors qu'il n'emporte pas à lui seul la création d'une personne morale nouvelle, ne devrait pas avoir d'incidence sur l'engagement collectif de déten-

tion des titres pris conformément aux articles 787 B ou 885 OV bis du CGI. Quant à l'*exit tax* de l'article 167 bis du CGI, le simple transfert du siège de la société sans changement de la personnalité morale ne devrait pas entraîner la remise en cause du sursis au regard du VII qui dispose que le sursis d'imposition tombe en cas de cession ou d'annulation des titres.

Si le transfert à l'étranger hors de l'UE, de l'Islande et de la Norvège, de la fonction d'animation des filiales entraîne celui du siège de direction effectif assimilé au siège réel⁴⁸, il entraînera l'application des conséquences d'une cessation d'entreprise au regard de l'IS conformément aux dispositions de l'article 221, 2 du CGI. Les plus-values latentes sur les titres de participation ainsi que les plus-values en sursis ou en report d'imposition deviendront imposables. En cas de transfert vers un État membre de l'Union européenne, l'Islande ou la Norvège, l'impôt ne sera dû que sur les éléments d'actif effectivement transférés. Dans le cas d'une *holding* animatrice, l'activité d'animation sera-t-elle considérée comme un actif incorporel transféré ? En ce cas, la plus-value afférente à cette activité pourrait être calculée d'après la seule marge que réalise la *holding* en facturant des prestations à ses filiales, sauf si l'Administration est en mesure d'établir que le pouvoir de direction que lui confère le contrat d'animation recèle une valeur supplémentaire, très difficile à estimer. Il n'est d'ailleurs pas du tout évident que ce pouvoir constitue un actif incorporel qui serait transféré. Concernant les titres détenus par la *holding*, leur transfert devrait également donner lieu à imposition de la plus-value latente (en ce cas, selon l'Administration, le dispositif de paiement fractionné de l'IS ne serait pas applicable⁴⁹, à moins qu'ils ne puissent être maintenus à l'actif d'une succursale de la *holding* passible de l'IS en France.

C. - L'animation d'une filiale peut-elle la priver de substance au regard de l'abus de droit ?

13 - L'animation par une *holding* animatrice peut-elle aller jusqu'à faire regarder l'existence de la filiale comme purement artificielle ? Ce que l'on examine en premier lieu, c'est l'exercice par la société d'une activité économique effective à l'aide de moyens opérationnels propres. Dans l'arrêt *Alcatel*, le Conseil d'État a pu écarter l'abus de droit pour défaut de substance d'un centre de coordination belge qui « a (eu) une existence autonome et une véritable fonction dans la structure du groupe »⁵⁰. Cette solution fait écho à la jurisprudence communautaire dans laquelle le principe de liberté d'établissement peut être invoqué lorsque la société « est réellement implantée dans l'État membre d'accueil et y exerce des activités économiques effectives »⁵¹. Les conclusions de l'avocat général précisent d'ailleurs qu'il n'y a pas de différence entre la fourniture de services (ici financiers) à des tiers et la fourniture de services à des sociétés du même groupe⁵². On retrouve également dans la doctrine administrative la trace du caractère du caractère économique de l'activité de quartiers généraux qui « exerce(nt) au seul profit de (leur) groupe des fonctions de direction, de gestion, de coordination ou de contrôle » et disposent d'un « pouvoir d'impulsion ou de coordination sur les autres unités du groupe », et rend des « services à caractère straté-

43. CAA Versailles, 3^e ch., 15 mars 2011, n° 09VE00366, *Sté Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme* : *JurisData* n° 2011-012634 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 164, note J.-L. Pierre.

44. CAA Nantes, 1^{re} ch., 11 juin 2008, n° 06NT01437, *SA Ana Holding* : *BDCF* 12/2008, n° 144, concl. Ch. Hervouet.

45. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 308751, *Sté Stamping International* : *JurisData* n° 2009-081545 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 50, comm. 581, concl. L. Olléon ; *RJF* 12/2009, n° 1063.

46. BOI-IS-BASE-35-30-10, § 110.

47. BOI-PAT-ISF-30-40-50, § 60.

48. BOI-IS-CHAMP-60-0-20-20, § 1.

49. BOI-IS-CESS-30, § 100.

50. *Concl. P. Collin sous CE, 9^e et 10^e ss-sect.*, 15 avr. 2011, n° 322610, *min. c/ Sté Alcatel CIT* : *JurisData* n° 2011-007242 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 24, comm. 394, note P. Dibout ; *RJF* 7/2011, n° 862, *BDCF* 7/2011, n° 91.

51. *CJCE, gde ch.*, 12 sept. 2006, *aff. C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 7995, pt. 65 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 39, act. 176 ; *RJF* 12/2006, n° 1644 ; *BDCF* 12/2006, n° 146, concl. Ph. Léger.

52. *Concl. Ph. Léger*, pt 105.

gique (ex : participation à la définition de la politique du groupe dans différents domaines) »⁵³.

Mais il ne suffit pas que la société exerce une activité opérationnelle effective. La vie sociale de la filiale tient aussi une place déterminante dans l'analyse. Il s'agit de son autonomie juridique, c'est-à-dire la tenue régulière d'assemblée d'actionnaires auxquelles ceux-ci prennent part, et le fonctionnement normal de ses organes de direction avec des personnes compétentes. Dans les arrêts *Sagal* et *Pléiade*⁵⁴, l'absence de substance de la société luxembourgeoise découlait du constat de l'absence d'autonomie dans sa gestion, étant placée sous la dépendance de ses associés qui exerçaient à sa place son activité financière pour laquelle elle n'avait, faute de personnel adéquat, aucune compétence technique (absence d'autonomie opérationnelle et juridique). « Il n'y a abus de droit qu'en présence d'une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue de créer une situation juridique ou économique artificielle et à seule fin d'entrer dans les prévisions d'une disposition fiscale favorable »⁵⁵. Dans l'arrêt *Andros*, la Haute assemblée a également considéré la société interposée comme dépourvue de toute substance car elle dépendait de sa filiale pour sa gestion⁵⁶. Dans la même veine, notons les avis n° 2013-26 et 2013-44 du Comité de l'abus de droit fiscal, favorables à l'Administration : dans le premier, le comité a relevé qu'après le transfert de son siège social au Luxembourg, la société avait continué à être gérée et administrée depuis la France ; dans le deuxième, le comité a relevé que la société n'était pas autonome par rapport à sa société mère que ce soit en termes de moyens humains, matériels, et décisionnels⁵⁷.

En dehors des tâches opérationnelles, la jurisprudence limite donc l'abus de droit par fraude à la loi aux situations exceptionnelles dans lesquelles le dysfonctionnement de ses organes de direction ou de gestion est manifeste. *A contrario*, il nous semble que l'intervention d'une holding animatrice qui se borne à prendre les décisions stratégiques (*a fortiori* si elle ne fait que les recommander) ne devrait jamais priver la filiale de sa substance si ses organes de direction fonctionnent normalement, ne fût-ce que pour entériner et mettre en œuvre la politique définie par la holding. Il y aura peut-être cependant des situations fragiles où l'intervention de la holding interposée à des fins fiscales absorbe l'essentiel des rares interventions requises par une activité peu consommatrice de moyens, telle une activité de gestion patrimoniale d'un portefeuille de créances qui ne nécessite que des interventions ponctuelles et un contrôle de gestion léger, et dont la politique économique a été définie une fois pour toutes au moment de sa création⁵⁸. Il sera en ce cas plus difficile de démontrer que son existence répond à un objectif autre qu'exclusivement fiscal.

53. BOI-SJ-RES-30-10.

54. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 févr. 2004, n° 247729, SA *Pléiade* : *JurisData* n° 2004-080518 ; Dr. fisc. 2004, n° 47, comm. 849 ; Dr. sociétés 2004, comm. 91 ; RJF 5/2004, n° 510 ; BDCF 5/2004, n° 65, concl. P. Collin ; BGFE 2004, n° 3, obs. N. Chahid-Nourai, p. 17 ; LPA 9 juill. 2004, p. 17, note J.-C. Parot ; Banque et Droit 2004, n° 95, obs. C. Acard, p. 65. — CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté *Sagal* : *JurisData* n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2005, n° 910 ; RJF 12/2005, chron. Y. Bénard, p. 943 ; BDCF 8-9/2005, n° 110, concl. P. Collin ; BGFE 2005, n° 4, obs. N. Chahid-Nourai ; Rev. adm. 2005, n° 347, obs. O. Fouquet, p. 482. — V. également G. Goulard, *L'abus de droit à la lumière du droit communautaire. À propos de l'arrêt CE, 18 mai 2005, SA Sagal* : Dr. fisc. 2005, n° 44-45, 39.

55. Concl. P. Collin sous CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté *Sagal*, préc.

56. CE, 10^e et 9^e ss-sect., 10 déc. 2008, n° 295977, Sté *Andros* et C^e : Dr. fisc. 2009, n° 20, comm. 323 ; RJF 3/2009, n° 255.

57. V. Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances d'octobre à décembre 2013 : Dr. fisc. 2014, n° 9, 182.

58. CAA Versailles, 3^e ch., 6 nov. 2012, n° 10VE03020, SA *Natixis* : Dr. fisc. 2013, n° 23, comm. 310, concl. F. Locatelli, note E. Meier et R. Torlet.

En tout état de cause, les *holdings* sans substance juridique devraient tendre à disparaître avec le Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices de l'OCDE (BEPS) qui a été publié le 14 mars dernier. Pour lutter contre les pratiques fiscales dommageables reposant notamment sur l'interposition de structures juridiques permettant d'obtenir un régime fiscal préférentiel ou à bénéficier abusivement des conventions fiscales, la communauté internationale a en effet prévu d'exiger le renforcement de la substance des sociétés relais pour justifier leur existence.

D. - Holding animatrice et exonération de la retenue à la source sur les dividendes (CGI, art. 119 ter)

14 - La clause anti-abus de l'article 119 ter du CGI met sous tension l'interposition d'une holding animatrice dans une chaîne de détention. Dans le cas où une société mère établie dans un État de l'Union européenne est contrôlée par des résidents d'États non membres de l'Union européenne, l'exonération de retenue à la source ne joue qu'à la double condition que la société mère ait son siège de direction effectif dans un État membre sans être considérée avoir sa résidence fiscale dans un État tiers, et que la filiale démontre que la chaîne de participation n'a pas pour objet principal ou comme l'un de ses objectifs principaux de tirer avantage de l'exonération de retenue à la source.

Dans l'affaire *Cameron France* ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'administrative d'appel de Marseille du 21 décembre 2012⁵⁹, la société mère établie au Royaume-Uni et ultimement contrôlée par une société établie dans les îles Caïmans avait cherché à se défendre en démontrant que sa création avait pour objet de regrouper au sein d'une même entité des fonctions de contrôle opérationnel et juridique afin de rationaliser la gestion de l'ensemble de ses actifs européens. La cour a jugé que, malgré l'exercice non contesté de fonctions de contrôle des filiales européennes par la holding britannique, sa filiale française ne justifiait pas que la chaîne de participations avait un autre but que de bénéficier du régime d'exonération prévu au 1 de l'article 119 ter⁶⁰.

Concernant la condition tenant au siège de direction effectif de la société mère dans un État membre, nous renvoyons à notre analyse *supra* n° 11 selon laquelle une situation qui se borne à conférer à la holding animatrice certaines prérogatives en matière de stratégie n'entraîne pas un changement de siège de direction effectif.

Beaucoup plus délicate est la justification que la chaîne de participations remontant en dehors de l'Union européenne a un autre but que de bénéficier de l'exonération de retenue à la source. La société *Cameron France* a échoué à faire échec à l'article 119 ter, 3 du CGI bien que son rôle de contrôle effectif des filiales ne fût pas contesté. Il faudrait donc que la société mère européenne puisse justifier des raisons économiques ayant conduit à l'implantation de son centre de décisions dans ce pays, tenant par exemple à la compétence des dirigeants dont c'est le pays de résidence, ou aux facilités de réunion physique dans ce pays à l'intérieur d'un groupe international (deserte aérienne, etc.), ou à la langue de travail. Le fait que la société mère européenne agisse en tant que holding animatrice de la filiale française pourrait simplifier la démonstration de l'article 119 ter, 3.

E. - Holding animatrice et limitation du bénéfice des conventions

15 - On retrouve la même problématique avec la clause de limitation des bénéfices de la convention fiscale franco-américaine modi-

59. CAA Marseille, 21 déc. 2012, n° 09MA03641, SAS *Cameron France*.

60. V. dans le même sens, TA Montreuil, 1^{re} ch., 28 avr. 2011, n° 0913878, Sté *Euro Stockage* : *JurisData* n° 2011-035199 ; BDCF 2/2012, n° 19, concl. E. Toutain.

fiée par avenant du 13 janvier 2009 qui subordonne la reconnaissance du statut de résident d'un pays à la condition que « le principal siège de direction et de contrôle de cette société (soit) située dans l'État contractant dont elle est le résident ». Il s'agit de l'État dans lequel « ses dirigeants et ses cadres supérieurs exercent plus que dans tout autre des responsabilités quotidiennes en matière de prise de décisions stratégiques, financières et opérationnelles pour la société (y compris pour les filiales directes et indirectes) et que le personnel exerce dans cet État plus que dans tout autre les activités nécessaires à la préparation et à la prise de ces décisions ». Cette précision est intéressante parce qu'elle introduit une notion de proportionnalité : il s'agit de rechercher le pays dans lequel l'activité de direction et de contrôle s'exerce « plus que dans tout autre », et parce qu'elle accorde autant d'importance à la prise de décisions qu'au travail effectué en amont pour préparer et prendre les décisions. Cette disposition se retrouve dans des termes similaires dans la plupart des conventions passées par les États-Unis, conformément à leur convention modèle.

F. - Holding animatrice et déduction des charges d'intérêt (CGI, art. 209, IX)

16 - Avec le nouvel 209, IX du CGI, le législateur invite le contribuable à s'immiscer dans la gestion des filiales, à quoi l'Administration renchérit en proposant un véritable manuel d'animation⁶¹. La France a adopté en 2011 à l'instigation de Gilles Carrez un mécanisme destiné à lutter contre l'implantation de sociétés en France dans le but de bénéficier de sa législation favorable sur la déduction des intérêts d'emprunt liés à l'acquisition de participations, lorsqu'elles ne l'ont pas décidé de façon autonome. Il incombe à la société d'apporter la preuve, d'une part, que les « décisions relatives (aux) titres sont effectivement prises par elle, ou par une société mère française qui la contrôle, ou par une autre société française contrôlée par cette même société mère » et, d'autre part, que « le contrôle ou l'influence sur la filiale acquise est exercé par l'une de ces sociétés ».

Concernant la condition tenant à la gestion effective en France de la participation détenue, l'Administration a précisé les contours du « centre de décision autonome » que doit constituer la société actionnaire. Il s'agit de réunir un faisceau d'indices démontrant que sont prises en France les décisions relatives à l'acquisition et la cession des titres, la conclusion de contrats avec ces titres (nantissement). *A contrario*, « lorsque les droits associés à la qualité de propriétaire sont excessivement limités, notamment lorsqu'il existe un accord d'inaliénabilité des titres qui s'impose par la voie contractuelle et non par la simple application des règles de gouvernance internes au groupe, la société ne saurait être considérée comme un centre de décision autonome ». La décision d'acquiescer ou de céder des participations importantes étant le plus souvent prise au niveau de la holding animatrice de groupe, il en résulte que la filiale française d'une holding animatrice étrangère ne sera pas, le plus souvent, en mesure de faire échec à l'article 209, IX du CGI.

Concernant la participation au processus de décision de la société dont les titres sont détenus, la doctrine précitée définit l'influence de manière large, voire intrusive. Il faut, par exemple, apporter la preuve de l'existence d'une politique stratégique propre au centre de décision autonome, décidée en interne (cela s'entend de la société française acquéreuse ou du groupe de sociétés françaises auxquelles elle appartient), ou encore de la présence régulière ou permanente au sein de la société cible de dirigeants de la société qui détient les titres

« habilités à engager ladite société ». C'est le triomphe de la holding animatrice, à telle enseigne que l'Administration renvoie à sa doctrine en matière d'ISF⁶². On est ici au-delà de l'influence notable au sens comptable (C. com., art. L. 233-16, IV). Cependant, un représentant de l'Administration a indiqué dans un colloque que l'influence visée à l'article 209, IX se limitait à la prise de décisions stratégiques concernant le groupe, excluant la participation à la gestion opérationnelle courante⁶³. On devrait donc échapper à la non-déduction des intérêts en présence d'une holding française animatrice d'une filiale étrangère, tandis qu'une holding non-animatrice française fera les frais de l'autonomie laissée à sa filiale. Comme s'est interrogé Gauthier Blanluet lors de ce colloque, si le critère de contrôle effectif de la direction de la société étrangère est apprécié très rigoureusement, n'en arriverons-nous pas à exiger que les filiales étrangères soient en fait des sociétés françaises ? On peut en effet craindre l'effet pervers de l'article 209, IX qui est d'encourager les sociétés françaises à accentuer leur immixtion sur les sociétés cible étrangères au risque d'entraîner le transfert de leur siège de direction effectif en France. Les conséquences fiscales risqueraient d'être alors bien plus dommageables que le seul rejet de la déduction des intérêts.

G. - Holding animatrice et article 209 B

17 - Le II de l'article 209 B du CGI permet de faire échec à l'imposition en France des bénéfices réalisés dans une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne où elle est soumise à un régime fiscal privilégié, si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des titres ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel, ce qui renvoie aux exigences de substance économique et juridique rappelées ci-dessus. L'Administration fournit comme exemple de montage artificiel au sens de l'article 209 B, II, le cas d'une filiale qui serait « restée sous la dépendance de l'établissement bancaire à l'origine de sa création pour la gestion de ses investissements et pour les décisions stratégiques concernant cette activité »⁶⁴. L'Administration fait ici implicitement référence aux situations qui ont donné lieu, notamment, aux décisions *Sagal*, *Pléiade* précitées et *Caisse inter-fédérale du Crédit Mutuel*⁶⁵. Toutefois, à bien relire ces arrêts, on n'y voit pas la mention des décisions « stratégiques ». La nuance est importante. À notre sens, une fois de plus, la distinction s'impose entre une filiale contrôlée dont la mère définit la stratégie en tant que holding animatrice mais qui reste autonome dans sa gestion courante, ce qui n'est pas un montage artificiel, et une filiale dépourvue de toute autonomie. Ce commentaire s'applique à une filiale établie en dehors de l'Union européenne qui exige l'exercice par cette dernière d'une activité industrielle ou commerciale sur le marché local mais n'interdit pas qu'elle soit animée par sa société mère française.

Mots-Clés : Holding animatrice de groupe - Exercice d'une activité économique - Confrontation de la notion à la fiscalité internationale

62. BOI-PAT-ISF-30-40-60-10.

63. A. Gardette in G. Blanluet, M. Taly, D. Gutmann, Ph. Martin, V. Bied-Charreton et A. Gardette, *La localisation des centres de décision : critères et enjeux. Compte rendu de la soirée de l'IEA du 7 novembre 2012* : Dr. fisc. 2013, n° 13, 214.

64. BOI-IS-BASE-60-10-40, § 20.

65. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 295358, *Caisse inter-fédérale de Crédit Mutuel (CICM)* et CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 295805, *Sté Conforama Holding* : JurisData n° 2009-081517 ; Dr. fisc. 2009, n° 42, comm. 506, concl. E. Glaser ; RJF 12/2009, n° 1140 ; BDCF 12/2009, n° 143, concl. E. Glaser.

61. BOI-IS-BASE-35-30-10, 29 mars 2013.