

Impôts et taxes – Enregistrement – Impôt de solidarité sur la fortune – Déclaration – Réduction impôt de solidarité sur la fortune (ISF)/petites et moyennes entreprises (PME) – Souscription au capital d'une société remplissant les conditions fixées par la loi – État individuel – Portée

Com., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-22.397, publié au Bulletin, rapport de Mme Lion et avis de M. Debacq

L'article 885-0 V bis du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, a institué le principe d'une réduction de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), à hauteur de 75 % des versements effectués dans le capital de sociétés éligibles aux conditions qu'il prévoit. Il résulte de l'article 299 septies de l'annexe III du même code, dans sa rédaction issue du décret n° 2008-336 du 14 avril 2008, que lorsqu'un contribuable souscrit au capital d'une telle société, celle-ci lui délivre un état individuel, précisant, notamment, qu'elle satisfait aux conditions exigées par ce texte, qu'il peut joindre à sa déclaration d'ISF ou fournir dans les trois mois suivant la date limite de dépôt de sa déclaration. Si la remise de ce document est une formalité nécessaire à l'obtention de l'avantage en cause, elle ne suffit pas à démontrer que les conditions prévues à l'article 885-0 V bis sont réunies et ne confère aucun droit au contribuable à bénéficier de la réduction d'impôt à laquelle il prétend, fût-il de bonne foi. Enfin, aucune règle n'impose à l'administration d'établir, avant de procéder à la rectification de l'imposition du contribuable, qu'il avait connaissance du caractère erroné de ce document, joint à sa déclaration.

En dehors des garanties prévues aux articles L. 80 A et L. 80 B du livre des procédures fiscales, qui permettent au contribuable, dans les conditions et limites fixées par ces textes, d'opposer à l'administration l'interprétation d'un texte fiscal qu'elle a formellement admise ou une prise de position formelle de sa part sur une situation de fait au regard d'un texte fiscal, le principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui n'est pas applicable à l'administration fiscale, qui ne peut renoncer à l'application des textes législatifs ou réglementaires définissant les obligations des contribuables, quelle que soit sa position avant la procédure contentieuse.

Il résulte de l'article 885-0 V bis du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, que les contribuables qui souscrivent au capital d'une société constituant une petite ou moyenne entreprise (PME) exerçant exclusivement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et se trouvant en phase d'amorçage, de démarrage ou d'expansion, au sens des lignes directrices concernant les aides d'État visant à promouvoir les investissements en capital-investissement dans les PME (2006/C 194/02), peuvent bénéficier d'une réduction d'ISF, à concurrence de 75 % du montant de leur investissement.

Est assimilée à une telle société 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.

Si la qualification de holding animatrice n'est pas subordonnée à une participation majoritaire au capital d'une filiale exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale, une société holding qui ne contrôle aucune filiale opérationnelle ne peut cependant être qualifiée de holding animatrice et ne peut donc être assimilée aux PME visées par l'article 885-0 V bis du code général des impôts, de sorte que la souscription à son capital n'est pas éligible à la réduction d'ISF prévue par ce texte.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui retient qu'une société holding a participé activement à la conduite de la politique de son groupe en se fondant sur des éléments tenant uniquement au pouvoir d'animation résultant de la structure mise en place et des moyens dont la société disposait pour animer sa filiale, sans constater concrètement qu'elle avait mis en œuvre ces moyens.

La loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite loi « TEPA », a créé l'article 885-0 V bis du code général des impôts, instaurant une réduction d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), dite « ISF-PME », dont peuvent bénéficier les contribuables qui souscrivent au capital d'une petite ou moyenne entreprise (PME), à concurrence de 75 % ou 50 % du montant de l'investissement.

Ce dispositif fiscal, abrogé à compter du 1^{er} janvier 2018 par la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 ayant remplacé l'ISF par l'impôt sur la fortune immobilière, était réservé aux souscriptions au capital de PME, au sens de l'annexe I au règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie), exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, et non une activité de gestion de leur patrimoine mobilier ou immobilier, et se trouvant en phase d'amorçage, de démarrage ou d'expansion, au sens des lignes directrices de l'Union européenne concernant les aides d'État visant à promouvoir les investissements en capital-investissement dans les PME (2006/C 194/02).

La loi, dans sa version applicable au litige, prévoyait seulement la souscription directe au capital de telles sociétés et la souscription indirecte, par l'intermédiaire de sociétés holdings interposées ayant pour objet exclusif de détenir des participations dans des PME dont l'activité était éligible à cette réduction d'impôt.

La doctrine administrative (instruction administrative du 11 avril 2008, BOI 7 S-3-08) évoquait également la possibilité, pour les contribuables, de souscrire au capital de sociétés holdings animatrices de leur groupe, une telle souscription étant assimilée aux souscriptions directes au capital de sociétés opérationnelles.

Ce mode de souscription a ensuite été consacré par la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, qui a prévu qu'un investissement au capital d'une société holding animatrice de groupe donne droit à l'avantage fiscal de l'article 885-0 V bis précité lorsque la société est constituée et contrôle au moins une filiale depuis au moins douze mois.

Antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi, de nombreux contribuables ont souscrit au capital de sociétés membres d'un même groupe, se présentant comme des sociétés animatrices de groupe, et ont joint à leurs déclarations d'ISF une attestation émanant de ces sociétés, certifiant qu'ils avaient investi à leur capital. L'administration fiscale ayant remis en cause l'avantage fiscal auquel ils prétendaient au motif que ces sociétés n'avaient pas la qualité de holdings animatrices de groupe, de nombreux litiges opposant ces contribuables à l'administration fiscale ont donné lieu à une jurisprudence divergente des cours d'appel saisies.

Cet arrêt est l'occasion, pour la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, de se prononcer sur la régularité des procédures de rectification suivies contre ces contribuables et sur l'éligibilité de tels investissements à la réduction « ISF-PME ».

1) La régularité de la procédure de rectification

La question centrale posée par le pourvoi était celle des effets de l'attestation délivrée par la société se présentant comme une holding animatrice de groupe, conformément aux dispositions de l'article 299 *septies* de l'annexe III du code général des impôts, qui exigent, en matière de réduction « ISF-PME », que le contribuable joigne à sa déclaration d'impôt ou fournisse dans les trois mois suivant la date limite de dépôt de sa déclaration, un état individuel émanant de la société au capital de laquelle il a souscrit, mentionnant un certain nombre d'informations (objet social, siège social de la société, identité du souscripteur, nombre de titres souscrits, montant et date de leur souscription).

Cette attestation confère-t-elle au contribuable de bonne foi qui s'en prévaut un droit à bénéficier de la réduction fiscale, même si les conditions légales d'éligibilité de

l'investissement à cet avantage fiscal ne sont pas remplies, comme le prévoit la doctrine administrative applicable aux réductions fiscales relatives au mécénat ou aux dons aux œuvres d'intérêt général ou d'organismes agréés ? Selon cette doctrine, en effet, le contribuable de bonne foi qui se prévaut d'une attestation irrégulière délivrée par un organisme bénéficiaire d'un tel don n'encourt aucun redressement. Cette doctrine est-elle applicable à la réduction fiscale en cause ? Si tel n'est pas le cas, l'administration fiscale doit-elle remettre en cause l'attestation délivrée au contribuable dans le cadre d'une procédure l'opposant à la société qui l'a émise, préalablement à toute procédure de rectification suivie contre le contribuable ?

Dans la présente espèce, les contribuables critiquaient en particulier le fait que, parallèlement au contrôle sur pièces dont ils avaient fait l'objet, l'administration avait engagé une vérification de la comptabilité de la société holding qui n'avait été suivie d'aucune proposition de rectification, ni du prononcé d'une amende pour délivrance d'attestation irrégulière, tel que prévu par l'article 1740 A du code général des impôts et considéraient qu'en poursuivant la procédure de rectification engagée auprès d'eux, l'administration s'était contredite à leur détriment et avait fait preuve de déloyauté à leur égard.

La cour d'appel avait déclaré régulière la procédure de rectification suivie par l'administration.

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation approuve tout d'abord cette décision, en ce qu'elle a considéré que, la doctrine administrative étant d'interprétation littérale, ainsi que cela résulte d'une jurisprudence constante (Com., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.650, *Bull.* 1999, IV, n° 13 ; Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-24.523), les contribuables ne pouvaient se prévaloir d'une doctrine applicable, en matière d'impôt sur le revenu, aux reçus délivrés en l'échange de dons par des associations.

L'arrêt énonce ensuite que l'attestation prévue à l'article 299 *septies* de l'annexe III du code général des impôts ne suffit pas à démontrer que les conditions prévues à l'article 885-0 V bis du même code sont réunies et ne confère aucun droit au

contribuable à bénéficier de la réduction d'impôt à laquelle il prétend, fût-il de bonne foi. Il énonce encore qu'aucune règle n'impose à l'administration d'établir, avant de procéder à la rectification de l'imposition du contribuable, qu'il avait connaissance du caractère erroné du document joint à sa déclaration, de sorte que les attestations litigieuses, qui n'avaient pas donné lieu au prononcé de l'amende pour délivrance d'attestation irrégulière, ne s'imposaient pas pour autant à l'administration dans le cadre de l'appréciation du droit à la réduction fiscale à laquelle les contribuables prétendaient.

Enfin, l'arrêt réaffirme que le seul cadre dans lequel un contribuable est fondé à invoquer l'adoption, par l'administration, d'une position contradictoire est celui des garanties prévues aux articles L. 80 A et L. 80 B du livre des procédures fiscales, qui permettent au contribuable d'opposer à l'administration l'interprétation d'un texte fiscal qu'elle a formellement admise ou une prise de position formelle de sa part sur une situation de fait au regard d'un texte fiscal. Il approuve donc la cour d'appel d'avoir retenu que la décision de l'administration de ne pas prononcer, à l'encontre de la société émettrice de l'attestation, à l'issue de la vérification de sa comptabilité, une amende pour délivrance d'attestation irrégulière ne constituait pas une validation implicite de sa qualité de holding animatrice de groupe, cette appréciation suffisant à écarter le moyen d'irrégularité soulevé, fondé sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ce principe n'étant pas applicable à l'administration fiscale, qui ne peut renoncer à l'application des textes législatifs ou réglementaires définissant les obligations des contribuables, quelle que soit sa position avant la procédure contentieuse, ainsi que la chambre commerciale, financière et économique l'avait déjà énoncé dans un arrêt récent (Com., 16 décembre 2020, pourvoi n° 18-26.243).

2) Le bien-fondé des rectifications

Les contribuables soutenaient que la spécificité du dispositif ISF-PME devait conduire à retenir une définition de la holding animatrice de groupe spécifique au texte en cause, en ce qu'il dispose que la PME bénéficiaire de l'investissement doit se trouver en phase d'amorçage, de démarrage ou d'expansion, ce qui aurait dû, selon eux, conduire à retenir la possibilité d'un investissement au capital de sociétés

holdings en phase d'amorçage, « potentiellement animatrices de leur groupe », qui ne contrôlent ni animent encore aucune filiale opérationnelle.

Ils affirmaient également qu'une société holding qui ne dispose pas de la majorité au sein de l'assemblée générale des associés peut être qualifiée d'animatrice dès lors qu'elle a la possibilité d'imposer ses vues et de maîtriser les orientations de sa filiale, et soutenaient que tel était le cas en l'espèce, grâce à la conclusion d'un contrat d'animation prévoyant la définition conjointe de la stratégie de l'entreprise et d'un pacte d'associés prévoyant le contrôle, par la holding, de toutes les décisions stratégiques de l'entreprise.

La cour d'appel avait fait droit à la demande de décharge des contribuables, considérant qu'il était démontré que la société était une holding animatrice contrôlant une filiale dont l'activité était éligible à la réduction fiscale en cause.

On rappellera que la notion de holding animatrice de groupe est une notion transversale du droit fiscal, applicable à différents dispositifs de réduction ou d'exonération fiscale (exonérations d'ISF des biens professionnels, abattement spécifique applicable à la plus-value réalisée par les dirigeants partant à la retraite, exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit applicable à la transmission de parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation, dit « pacte Dutreil transmission », etc.).

L'assimilation de la holding animatrice à la société opérationnelle procède de l'idée que l'activité d'animation confère à la holding, par capillarité, l'activité de sa filiale, ainsi que cela ressort des conclusions du rapporteur public dans une affaire à l'occasion de laquelle le Conseil d'État a jugé que dans le silence de la loi fiscale, une société holding ayant pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de ses filiales et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture de services spécifiques, était animatrice de son groupe et devait, par suite, être regardée comme exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière (CE, 13 juin 2018, n^{os} 395495, 399121, 399122 et 399124, publié au *Recueil Lebon*).

Par le présent arrêt, la chambre commerciale, financière et économique a tout d'abord adapté la définition de la holding animatrice de groupe au dispositif fiscal en cause, en énonçant qu'exerce une activité éligible à cette réduction fiscale la société ayant 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.

Elle a ensuite approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait énoncé que la qualification de holding animatrice ne saurait être subordonnée à une participation majoritaire au capital d'une filiale exerçant une activité opérationnelle, admettant ainsi la possibilité qu'une société qui se dote des moyens de prendre des décisions stratégiques s'imposant à sa filiale puisse exercer un contrôle de fait de celle-ci, bien qu'elle ne détienne, dans son capital, qu'une participation minoritaire.

Elle a cependant relevé qu'à la date du premier investissement réalisé par les contribuables, la société se prétendant holding animatrice ne détenait encore aucune participation dans une PME et ne contrôlait donc aucune filiale opérationnelle, et a considéré que le fait qu'elle ait mis en place un dispositif destiné à lui permettre de jouer un rôle actif au sein de PME qu'elle devait sélectionner ne suffisait pas à lui conférer la qualité de holding animatrice de groupe.

Enfin, concernant l'investissement réalisé tandis que la société avait pris une participation de 35 % au capital d'une PME dont l'activité était éligible à la réduction fiscale en cause, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a censuré les juges d'appel au motif qu'ils n'avaient fait que relever que la holding disposait du pouvoir d'animer sa filiale opérationnelle, lequel résultait de la conclusion d'un pacte d'associés qui prévoyait la présence de la société holding au conseil de direction et le jeu d'une majorité qualifiée comprenant la voix du membre investisseur pour prendre les décisions importantes, et d'une convention d'animation portant sur la définition conjointe d'un plan d'action annuel fixant la stratégie de

l'entreprise et les actions à mener, sans toutefois caractériser la participation effective à la conduite de la politique du groupe par la mise en œuvre concrète des moyens d'animation dont elle disposait. Sur cette question, l'arrêt s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la chambre, selon laquelle la reconnaissance du caractère animateur d'une société holding exige d'établir qu'elle contrôle, gère et anime ses filiales en définissant la politique du groupe, ce rôle devant être effectif, de sorte qu'il ne suffit pas que la société mère dispose des moyens d'animer ses filiales (Com., 19 novembre 1991, pourvoi n° 89-19.474, *Bull.* 1991, IV, n° 350), ni qu'elle fonctionne de manière active pour rechercher des prises de participation dans différentes sociétés (Com., 16 juin 1992, pourvoi n° 89-21.949, *Bull.* 1992, IV, n° 240).