

Études offertes à
Jacques Dupichot

LIBER AMICORUM



BRUYLANT

2 0 0 4

LA HOLDING ANIMATRICE

PAR

JEAN-LOUIS MÉDUS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS X
AVOCAT À LA COUR

L'exercice est toujours exaltant pour celui qui fut étudiant et disciple d'honorer un maître; il est souvent le prétexte à une réflexion intellectuelle.

L'hommage rendu à M. Dupichot est plus que cela; il témoigne de la reconnaissance de l'étudiant envers le Professeur qui sut lui rendre intelligibles les concepts arides du droit commercial, mais encore du doctorant envers celui dont les profondes qualités humaines et intellectuelles lui donnèrent le goût de la recherche.

Le thème choisi est une sorte de clin d'œil au remarquable praticien qu'est aussi Jacques Dupichot dont l'étendue des connaissances donna une dimension toute particulière à ses enseignements; nul doute qu'il permit à des générations d'étudiants de concevoir le Droit, non pas comme un champ de connaissances parcellaires bornées que l'on parcourt avec l'arrogante certitude d'en achever la visite, mais bel et bien comme une science évolutive, où les concepts se mêlent les uns aux autres et où le juriste doit constamment rester en éveil.

Empruntant au droit des sociétés et à la fiscalité, marquée par quelques impératifs du droit social et des « procédures collectives » (1), la définition de la holding animatrice exige de se livrer à une incursion dans divers domaines du droit comme l'affectionne le Professeur Dupichot.

(1) ... que le lecteur nous pardonne ce barbarisme bien commode qui désigne évidemment la matière du redressement et de la liquidation judiciaires.

Société « holding » en premier lieu, elle invite le lecteur, pour la mieux connaître, à parcourir quelques pages savantes du maître ici honoré (2) et d'éminents collègues (3).

« Animatrice » en second lieu, elle nous plonge tout entier dans le droit des obligations et l'autonomie de la volonté; est animatrice la société qui, détenant des filiales et participations, fournit à ces dernières des prestations financières, administratives, commerciales en mettant en œuvre les moyens humains et techniques dont elle dispose.

Ce faisant, la holding animatrice se distingue ainsi des holdings dites « pures » dont le seul objet consiste à détenir des participations.

La simple juxtaposition de ces deux éléments, cette définition fonctionnelle en quelque sorte, ne suffit pourtant pas à rendre compte de la vigueur et l'intérêt de cet instrument en droit positif.

Parée de vertus fiscales et économiques (I), la holding animatrice s'avère toutefois un véritable perturbateur de l'autonomie patrimoniale des sociétés (II).

I. — DE L'OUTIL FISCAL

À LA TECHNIQUE D'ORGANISATION DES GROUPES

Née tout à la fois des contraintes inhérentes au régime de l'intégration fiscale (4), au traitement juridique et fiscal des distributions de dividendes, voire véritable technique de « gestion » des flux au sein d'un groupe (5), la holding animatrice est à maints égards une création de la pratique économique et fiscale.

La holding animatrice se définirait ainsi comme une société qui, en contrepartie de services rendus à ses filiales et participations, va

(2) DUPICHOT, *Les sociétés commerciales, cours de droit commercial*, Montchrestien, vol. II, 10^e éd., n^o 956 et s., pp. 788 et s.

(3) GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, Thèse Nancy, 1974; du même auteur, RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J.; VIANDIER, COZIAN et DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, Litec, spec. n^o 1785; MESTRE et alii, *Lamy Sociétés Commerciales*, Editions LAMY, spec. n^o 1877 et s.; COURET et MARTIN, *Les sociétés holding*, Collec. « Que Sais-je ? », P.U.F., 1991; MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz.

(4) ... qui exigent que la société-mère détienne au moins 95 % des droits de vote et droits à bénéfice de la (ou des) filiale(s) intégrée(s) (articles 223 A à Q du code général des impôts et particulièrement 223 A alinéa 1^{er} et article 46^{quater} - O ZF Annexe III du code général des impôts).

(5) D'aucuns parlent très justement de « circulation des résultats », in VIANDIER, COZIAN et DEBOISSY, *op. cit.*, spec. n^o 1981.

percevoir une rémunération pour ces dernières qui échappe à la qualification de distribution de résultats et sera réservée au seul prestataire.

C'est probablement le juge de l'impôt et la doctrine administrative en matière fiscale qui ont le plus contribué à définir ce mécanisme (B).

Tout en manifestant une relative indifférence conceptuelle à son endroit, les autres branches du droit, et principalement le droit des groupes, lui portent toutefois un intérêt pratique : l'existence d'une holding animatrice permet ainsi de caractériser un intérêt de groupe (A).

A. - *La holding animatrice, maître d'œuvre de la « politique et l'intérêt de groupe »*

L'ingéniosité des praticiens a sans cesse étendu le champ des activités exercées par une holding animatrice ; prestataire de services de natures comptables, commerciales, financières, informatiques, elle peut encore consentir des aides et avances à ses filiales, garantir leurs concours et emprunts bancaires, voire mettre ses principaux actifs incorporels à disposition des sociétés du groupe.

Cette seule définition suffit à ouvrir des abîmes de réflexion juridique dans lesquels les associés des personnes morales concernées ne manquent pas de s'engouffrer.

Ces prestations sont-elles conformes à l'intérêt social des sociétés qui en supportent la charge ? Ne lèsent-elles pas les droits des minoritaires (6) ? Ne dissimulent-elles pas une appréhension de la trésorerie des filiales aux fins de financer leur rachat et le désendettement de la société holding ?

Dès lors qu'elle est le maître d'œuvre d'une politique de groupe, qu'elle définit, avec les autres sociétés du groupe, l'intérêt économique, social ou financier commun audit groupe, la holding animatrice apparaît comme la clé de voûte de celui-ci.

(6) En filigrane dans ce sens, l'intéressant arrêt rendu récemment par la chambre criminelle de la cour de cassation le 8 octobre 2003 (aff. *Lambda*) à propos des conventions de prestations de services au sein du groupe Matra-Hachette avec la société Arjil Groupe, in *J.C.P.*, éd. Entreprise, 30 octobre 2003, n° 44, p. 1739 (sur le point de départ de la prescription en matière de délit d'abus des biens et du crédit).

On rappellera à cet égard que le juge pénal a élaboré une jurisprudence (7) au terme de laquelle « le concours financier apporté, par les dirigeants de droit ou de fait d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans lequel ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, et ne doit pas être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».

A défaut d'une telle politique de groupe, et donc d'une société-mère contrôlant et animant des sociétés liées, cette jurisprudence ne saurait être invoquée.

Ainsi le seul fait que des sociétés aient le même actionnariat ne suffit à caractériser un intérêt de groupe (8); de même encore, l'existence de liens en capital entre des sociétés fermées et dépourvues d'une logique de groupe, et « l'absence de concrétisation des intérêts économiques communs et de coordination des activités » ne satisfont pas les exigences jurisprudentielles (9).

Il en sera encore ainsi lorsque les sociétés mère et filiale ne sont pas liées par une politique de groupe mais par de simples jeux d'écritures et des opérations financières litigieuses dissimulées sous des contrats commerciaux fictifs (10).

Seront tout autant critiquables, sur le fondement des dispositions de l'article L. 242-6 du Code de commerce (11) voire exceptionnelle-

(7) Cf. sur ce point la jurisprudence Rozenblum du 4 février 1985, *Bull. Crim.*, n° 54, p. 145; *Rev. Soc.*, 1985, p. 648, note BOULOC; *J.C.P.*, éd. Entreprise, 1985, II, 14614, note JEANDIDIER; on se reportera utilement à la synthèse de Freyria et Clara, de l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés, *J.C.P.*, éd. E, 1993, I, n° 247.

(8) Cass. Crim., 4 septembre 1996, *Bull. Joly*, 1997, p. 107, note RONTCHEVSKY; *Rev. Soc.*, 1997, p. 365; Cass. Crim., 2 juillet 1998, *R.J.D.A.*, 1999, n° 52, p. 51; dans ce sens encore Cass. Crim., 29 octobre 1984, *B.R.D.A.*, 1985, n° 3, p. 10.

(9) Cass. Crim., 9 janvier 1984, n° 82-92, 443; T. Correctionnel de Mulhouse, 25 mars 1983, *D.*, 1984, p. 285, note DUCOULOUX-FAVARD; Cass. Crim., 13 février 1989, *Bull. Crim.*, 1989, n° 284, p. 12.

(10) Cass. Crim., 23 avril 1991, *Bull. Crim.*, n° 193, p. 499; *Bull. Joly*, 1991, p. 849, note COURRET; *Rev. Soc.*, 1991, p. 785, note BOULOC; *R.J.D.A.*, 1991, n° 602, p. 522; Cass. Crim., 9 décembre 1991, *R.J.D.A.*, 5/92, n° 463, stigmatisant l'absence de justification économique et le désordre des comptabilités.

(11) Outre les administrateurs et dirigeants des sociétés par actions (SA, SCA), le délit d'abus des biens et du crédit est encore applicable aux dirigeants de SAS (laquelle est au demeurant une société par actions) (article L. 224-1 alinéa 2 et L. 244-4 du code de commerce) ainsi qu'aux gérants de SARL (article L. 241-3 du code de commerce).

ment de l'article L. 225-216 alinéa 1 du code de commerce (12), les avances consenties par une société filiale, sous couvert de gestion de trésorerie centralisée, qui ne serviraient en réalité qu'à financer le propre rachat de la société prêteuse par la holding (13).

On notera à cet égard que l'exigence posée le législateur pour déroger au monopole bancaire et autoriser la réalisation d'opérations de trésorerie entre sociétés est moindre puisque ces dernières, indique l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984 (codifié à l'article L. 511-7 du code monétaire et financier), doivent (simplement) être liées en capital et que l'une d'entre elles doit disposer d'un contrôle effectif sur les autres; mieux, la Cour de cassation aligne désormais sa jurisprudence sur l'avis du Comité de la Réglementation Bancaire, et admet la validité d'une convention de centralisation de trésorerie entre sociétés sœurs contrôlées par un même actionnaire personne physique (14). Nulle exigence d'une « politique de groupe » ne figure ainsi dans la loi bancaire.

Via cette exception au monopole bancaire, la loi reconnaît implicitement sinon véritablement la notion de « holding animatrice », à tout le moins celle de société gestionnaire de la trésorerie du groupe.

Ainsi, dès lors que la « convention sera dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique de groupe, donnant lieu à des engagements équilibrés, le cas échéant révisables et adaptables aux circonstances [...] et que ces engagements tiendront compte de la réalité et de l'efficacité des prestations four-

(12) En effet, ces dispositions (issues de la loi du 30 décembre 1981 prises à la suite de la directive communautaire de 1976) visent en réalité à assurer l'intégrité du capital social, gage des créanciers, et non véritablement à interdire les avances de trésorerie entre sociétés liées; sur ce point cf. VIANDIER, *J.C.P.*, 1990, éd. E, II, 15821, « L'article 217-9 et les rachats d'entreprise »; LE NABAŠQUE, *J.C.P.*, éd. E, 1992, I, 107, a propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966. La Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le versement de dividendes par une société rachetée à la holding d'acquisition était étranger aux dispositions de l'article L. 225-216 - Cass. Com., 15 novembre 1994, n° 92-19.302, *Bull. civ.* IV, n° 341, p. 278; *J.C.P.*, éd. E, 1995, II, n° 673, note GUYON; *R.T.D. Civil*, 1995, p. 357, obs. MESTRE; *Rev. Soc.*, 1995, p. 66, note JEANTIN; Cass. Com., 19 décembre 2000, n° 97-11.502, *Bull. Joly*, 2001, p. 379, note CONSTANTIN; *R.J.D.A.*, 2001, n° 455, p. 412; mais, approuvant l'analyse de notre collègue Le Nabasque, il faut certainement réserver le cas de la fraude par laquelle une société souscrirait un emprunt d'acquisition en s'engageant par avance sur la mise à disposition de sa trésorerie par la société convoitée une fois cette dernière passée sous le contrôle de la holding.

(13) Dans ce sens, Cass. Crim., 24 juin 1991, *R.J.D.A.* 11/91, n° 926; Cass. Crim., 5 mai 1997, *Bull. CNCC*, 1998, n° 109, p. 64; obs. MERLE; *Bull. Joly*, 1997, p. 953, note BARBIÉRI; *R.J.D.A.*, 1997, n° 1493, p. 1023, cette dernière espèce concernant l'hypothèse du dirigeant d'une société holding endettée aux fins de financer le rachat de deux sociétés et qui avait opéré des prélèvements dans la trésorerie de l'une de ces deux sociétés (dont il était devenu dirigeant) pour financer ce rachat et rembourser l'emprunt souscrit par la holding.

(14) Cass. Com. 10 décembre 2003, n° 1795 FD, affaire *Baud c. Semeca*.

nies... », l'opération en cause échappera à la qualification d'abus des biens (15).

C'est « l'animation » effective du groupe qui permet de distinguer les opérations justifiées par une véritable politique de groupe de celles, ponctuelles, relevant du simple mécano financier et du « passe-passe » juridique entre les actifs de sociétés liées (16).

C'est ce même intérêt de groupe qui concourt à légitimer, sur le terrain fiscal, des avantages consentis entre sociétés liées et qui en d'autres lieux tomberaient sous le couperet de l'acte anormal de gestion (17).

Gardons-nous pour autant d'en inférer, à l'instar de la jurisprudence rendue en matière d'abus des biens et du crédit, l'existence d'un véritable intérêt « fiscal » de groupe.

Bien au contraire la seule existence d'un groupe ne saurait justifier des aides consenties à des conditions préférentielles entre sociétés liées, et l'absence d'un intérêt fiscal de groupe conduit la jurisprudence à exiger que, nonobstant les liens unissant les sociétés, les services rendus par la holding soient en principe facturés à un prix de marché (18), et que les simples refacturations de frais communs s'opèrent sans marge bénéficiaire (19).

Ainsi que le rappelle notre collègue Cozian (20), « *les relations de filiation peuvent justifier certaines solidarités, mais toujours à sens unique; une société-mère sauvegarde ses intérêts quand elle vient au secours d'une filiale en difficulté [...] et que celle-là se redressant la première en retire des avantages financiers, stratégiques et moraux* ».

La théorie de « l'acte anormal de gestion » permet ainsi à l'administration fiscale de refuser la déductibilité de charges dès lors que

(15) C.A. Paris, 25 mai 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, p. 479, note MARCHI.

(16) Cass. Crim., 5 mai 1997, *op. cit.*

(17) Pour une analyse de la jurisprudence, on se reportera aux magistrales études de COZIAN, in *Grands principes de la fiscalité des entreprises*, éd. Litec, spec. 8^e partie, documents 29 à 33, sous « Les groupes de sociétés » indiquant fort justement que « le droit fiscal est réfractaire à la notion d'intérêt de groupe ».

(18) Dans ce sens, l'énoncé par le Conseil d'Etat du principe général selon lequel l'existence d'un groupe ou de liens en capital ne suffisent pas à justifier des pratiques de prix distinctes des conditions de marché (C.E. 21 novembre 1980, 7^e et 8^e S.Sec, req. n° 17055; *Droit fiscal* 1981, n° 7, comm. 279; *R.J.F.*, 1981/1, p. 15, s'agissant de cession de titres entre sociétés du même groupe; C.E., sect., 24 février 1978, *Req.* n° 2373; *Droit fiscal*, 1978/30, comm. 1212; *R.J.F.*, 1978/4, p. 122 s'agissant de travaux immobiliers; C.A.A. 19 décembre 1988, n° 55655; *R.J.F.* 2/89, n° 158).

(19) Cf. « Prestations de services intra-groupe. Comment les refacturer? le cas des management fees », *B.C.F.*, nov. 1997, p. 17.

(20) In « Les Grands principes », *op. cit.*, spec. doc. 33, sous n° 7 et s.

celles-ci ne correspondent pas à des prestations effectives ou lorsqu'elles apparaissent excessives par rapport aux services rendus ou étrangers à l'intérêt social de la société concernée.

La solution est classique (21); le Conseil d'Etat en fait application aux holdings animatrices.

A ce titre le juge refusa à une société filiale la déductibilité de redevances versées à sa société-mère en rémunération d'assistance technique et financière pour un montant supérieur à celui contractuellement prévu (22), ou encore rejeta des charges exposées par une filiale envers sa holding au titre de prestations d'assistance dont le prix facturé était excessif (23).

Si le principe affirmé est celui de l'application « du prix de marché » ou de « pleine concurrence » aux prestations de services entre sociétés liées, force est de constater que la plupart des décisions rendues et des redressements opérés stigmatisent surtout l'absence de justificatifs aux prestations; l'on est ainsi proche d'une certaine fictivité ou d'une inexistence partielle des prestations.

B. — *Les vertus fiscales de la holding animatrice et leur limite*

L'administration fiscale s'est penchée très tôt sur la holding animatrice pour en dégager une définition et lui attacher des effets positifs, de telle sorte que l'on peut considérer qu'elle est une sorte de sésame fiscal en matière de droit d'enregistrement.

Dans le même temps, cette même administration fiscale, au nom de son réalisme fiscal et sur le fondement des principes directeurs du droit fiscal, n'hésite pas à tirer toutes les conclusions inhérentes au fonctionnement d'une holding animatrice.

1° *Un « sésame » fiscal*

C'est probablement dans le domaine de l'impôt de solidarité sur la fortune, puis des droits de donation, que la jurisprudence fiscale

(21) L'on pourrait encore évoquer les dispositions de l'article 57 du code général des impôts qui traitent spécifiquement des prix de transfert et des pratiques visant à manipuler les recettes et charges entre sociétés.

(22) C.E., 2 mars 1988, n° 45625 et 71877, 8° et 9° S.Sec., *R.J.F.* 4/88, n° 412.

(23) C.A.A. Nancy, 5 juillet 2001, n° 95-1360, 2° Ch., *Mat Transport*, *R.J.F.* 6/02, n° 616; dans ce sens encore, T.A. Besançon, 5 octobre 2000, n° 98-1040, 98-1041 et 00-289, 1^{er} ch., *SA Colly-Blombéd.*

a dégagé progressivement la notion de holding animatrice, lui conférant le statut d'instrument rendant le contribuable éligible à des régimes fiscaux de faveur.

La raison en est simple.

Dès lors qu'elle accède au statut de société-mère animatrice, une holding s'apparente aux sociétés exerçant une activité industrielle ou commerciale et le législateur ne saurait alors lui en refuser les attributs fiscaux.

Par ailleurs, la holding pâtit de la suspicion nourrie à l'endroit des personnes morales supposées « fictives » et interposées par les personnes physiques à des fins fiscales; que la holding devienne active, prenne vie, et cette image de défaveur s'estompe.

C'est en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (24) que le juge de l'impôt a élaboré une première définition de la holding animatrice.

Les dispositions de l'article 885 O quater du Code général des impôts édictent en effet un principe selon lequel les parts ou actions de sociétés ayant pour activité la gestion de leur patrimoine mobilier ou immobilier ne peuvent être considérées comme des « biens professionnels » en matière d'ISF.

Commentant ce principe (25), l'administration fiscale y a apporté un tempérament en précisant que les parts ou actions des « holdings qui sont les animatrices effectives de leur groupe, qui participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales en leur rendant des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers en mobilisant du personnel et des moyens spécifiques (26) » peuvent être qualifiées de biens professionnels.

C'est à la chambre commerciale de la Cour de cassation, juge en matière de droit d'enregistrement, qu'il appartenait de préciser les contours de cette notion en matière d'ISF.

L'on retrouve peu ou prou les critères repris ensuite par la doctrine administrative en matière de droits de donation; la holding

(24) Ci-après en abrégé « ISF ».

(25) Inst. 28 avril 1989, 7 R-1-89, n° 124; *D. Adm.*, 7 S-3323, n° 15 du 1^{er} octobre 1999.

(26) En outre, les conditions décrites à l'article 885 O bis du CGI doivent être satisfaites; Inst. précitée du 28 avril 1989, sous n°s 124 et 125; *D. Adm.* 7 S-3323, précitée.

animatrice est celle qui contrôle mais plus encore gère et anime effectivement sa filiale (27).

A l'inverse et fort logiquement, une société qui ne fait partie d'aucun groupe de sociétés ne saurait prétendre au statut de holding animatrice et ses actions ne constitueront pas des biens professionnels (28), tout comme la présence de dirigeants communs aux diverses sociétés (29) ou encore la simple gestion des titres des filiales ne permettront pas de caractériser une holding animatrice.

C'est ensuite en matière de paiement des droits de donation lors des transmissions d'entreprises que la doctrine administrative a peaufiné cette définition.

En effet, les articles 397 A et 404 GA à GD Annexe III du Code général des impôts organisent un mécanisme de paiement différé et fractionné des droits dus sur les transmissions à titre gratuit d'entreprises (individuelles ou sous forme de sociétés).

L'activité financière des sociétés holdings exclut normalement celles-ci du champ d'application de ce dispositif légal de faveur.

Or, l'administration fiscale a admis d'étendre le bénéfice de ce régime aux « holdings animatrices effectives de leur groupe » (30), définissant ces dernières par opposition aux holdings passives ou sociétés « de portefeuille » (31).

L'on trouve trace dans la Doctrine administrative des éléments caractérisant une telle holding.

Les holdings ainsi admises au bénéfice de ce régime sont celles qui, outre la gestion de leur portefeuille de participation,
- assurent la gestion de la trésorerie du groupe,

(27) Cass. Com., 2 juin 1992, n° 958 P, arrêt *Mantelet*, R.J.F. 8-9/92, n° 1276.

(28) Cass. Com., 16 juin 1992, n° 1148 P, affaire *Salat*, R.J.F. 10/92, sous 1436.

(29) Alors même que la décision précise que la holding dispose des moyens humains pour animer le groupe, mais que la preuve d'une animation effective n'était pas rapportée en l'espèce; Cass. Com., 19 novembre 1991, n° 1457 P, arrêt *Davies*, R.J.F. 2/92, n° 270, publié au BOI 7 R-1-93; dans le même sens, Cass. Com., 15 février 1994, n° 454 D, arrêt *Corpet*, R.J.F. 7/94, n° 854, publié au BOI 7 R-2-94; Cass. com., 8 juillet 1997, n° 1787 D, arrêt *Bedrosian*, R.J.F. 12/97, n° 1196; dans ces trois arrêts la haute juridiction a mis l'accent sur la nécessité qu'il y a de rapporter la preuve du caractère « effectif » de cette animation.

(30) Instruction du 6 février 1995, 7 A-1-95.

(31) L'on saluera à cette occasion la rigueur de la distinction opérée par nos collègues Vianier, Cozian et Deboissy qui indiquent à juste titre qu'en « bonne terminologie, l'appellation de société holding doit être réservée aux cas dans lesquels la société intervient dans la gestion des sociétés dont elle détient des actions; ne se contentant pas d'effectuer un simple placement » (*op. cit.*, sous n° 1961); la validité de ces « sociétés de portefeuille » est acquise principalement depuis la célèbre affaire *Lustucru* (Cass. Com., 2 juillet 1985, *Bull. Joly* 1986, pp. 229 et 374, obs. LE BRAS; Cass. Com., 24 février 1987, *Bull. Joly*, 1987, p. 213, note LE CANNU).

- effectuent au profit des sociétés du groupe des prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion, de coordination ou de contrôle,
- voire se livrent à des activités de recherche et de développement au profit du groupe (32).

Ainsi la simple détention de participations et l'arbitrage entre ces dernières ne suffisent pas à rendre « animatrice » une holding (33).

Allant plus avant, la doctrine fiscale impose des conditions de forme dont doivent justifier ces holdings animatrices afin de se prévaloir efficacement du régime fiscal de faveur, et, consistant en un dépôt aux services fiscaux du rapport de gestion du groupe prévu à l'article L. 233-26 du code de commerce en matière d'établissement de comptes consolidés ainsi que d'une attestation du commissaire aux comptes qualifiant la nature de l'activité économique de la holding (34).

2° Une « chausse-trape » fiscale

Il s'agit des mécanismes dont le maniement peut s'avérer risqué pour leur utilisateur; ainsi en va-t-il de la holding animatrice, particulièrement lorsque sa mise en place et son fonctionnement heurtent les principes directeurs du droit fiscal.

Un premier écueil guette la holding animatrice; celui de sa requalification fiscale.

En effet, si l'administration fiscale est généralement indifférente à la forme sociale adoptée par la holding, elle prête en revanche une attention toute particulière aux sociétés qui dénaturent en quelque sorte leur objet civil en exerçant une activité commerciale; elle n'hésite alors pas à tirer les conséquences fiscales d'une telle activité pour les assujettir à l'impôt sur les sociétés.

Une doctrine autorisée a sagement traité de ce « traquenard » fiscal (35).

Il résulte en effet de l'article 206-2 du CGI que les sociétés civiles sont passibles de l'impôt sur les sociétés lorsqu'elles se livrent à des

(32) Sur ce dernier point, cf. *Rep. Min. Dejoie*, Sénat, 19 janvier 1995, p. 135, n° 7715.

(33) *D. Adm.* 7 A-4322, n° 12 et 13, du 10 septembre 1996.

(34) *Inst.* précitée du 6 février 1995; *D. Adm.*, précitée du 10 septembre 1996; *Inst.* du 8 novembre 1999, 7 A-4-1999.

(35) COZIAN, « Grands principes de la fiscalité des entreprises », *op. cit.*, Doc. n° 21, pp. 278 et s.

opérations qui présentent le caractère de bénéfices industriels et commerciaux au sens des articles 34 et 35 du CGI, et alors même que, par définition, elles ne revêtent pas la forme de l'une des sociétés de capitaux visées à l'article 206-1 du CGI.

Tel peut être le cas lorsque, de simple holding familiale (36), la société-mère se mue en holding animatrice.

La difficulté naît du champ conceptuel de « l'activité commerciale » plus large en droit fiscal qu'en droit privé.

Ainsi l'administration, puis à sa suite le juge de l'impôt, appliquèrent avec rigueur cette analyse à une société civile constituée en vue de gérer des actifs incorporels qui percevait à ce titre une commission de 5 % (37), ou encore à une société civile constituée entre des sociétés commerciales pour la gestion de leurs services de publicité : la jurisprudence considéra en effet dans ce dernier cas que la société civile réalisait un profit au titre de ces opérations et qu'à défaut d'être exécutées par la société civile elles auraient dû l'être par les services commerciaux des sociétés commerciales elles-mêmes (38).

Ainsi se dégage peu à peu une définition élaborée par la doctrine administrative fiscale et le juge de l'impôt.

La holding animatrice serait celle qui, outre le contrôle des filiales et participations, gère la trésorerie du groupe et effectue, au profit des sociétés du groupe, des prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion, de coordination.

C'est enfin en matière de TVA que l'administration fiscale et le juge de l'impôt ont eu l'occasion de préciser la définition de holding animatrice ; les enjeux économiques (pour ne pas dire budgétaires) sont ici de taille et les risques de frottement fiscal bien réels, mais le lieu n'est certainement pas approprié pour se livrer à des débats dans cette matière quelque peu ésotérique.

L'interrogation technique porte ici sur la qualification, et partant, l'inscription (ou non) des sommes reçues par une holding au dénominateur de son prorata de déduction de TVA ; définir la holding animatrice revient à répondre à cette question.

(36) Sur ce thème l'intéressante étude de REINHARD, « La holding familiale », *Défrenois*, 2001, art. 37313.

(37) C.A.A. Paris, 17 juillet 1990, n° 782 et 789, 3° ch., « Caisse de gestion des licences végétales », *R.J.F.* 11/90, n° 1325.

(38) C.E., 5 décembre 1979, n° 12385, 8° et 9° s.-s., *R.J.F.* 2/80, n° 85.

Ainsi la seule perception de dividendes par une société holding n'étant la contrepartie d'aucune activité économique, les dividendes sont exclus du prorata de déduction visé aux articles 17 et 19 de la 6^e directive communautaire (39); de même la simple détention de participations financières dans des filiales sans immixtion dans leur gestion (40) ainsi que l'achat et la vente de titres (41) ne caractérisent pas une « activité économique ».

Par ailleurs les opérations financières constituant des actes de simple gestion patrimoniale, tout comme les produits provenant de la simple gestion de la trésorerie du groupe, doivent être considérés comme étant hors champ de la TVA (42); à l'inverse lorsque ces mêmes opérations financières proviennent d'une véritable activité économique du holding, elles entreront dans le champ d'application de la TVA (43).

Ainsi, de l'existence de cette fonction « animatrice » de la holding dépendra l'inclusion de revenus au dénominateur du prorata de la TVA de ladite holding.

C'est donc très logiquement que la Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé la notion d'immixtion d'un holding dans la gestion de ses filiales et a considéré que « *cette immixtion caractérise une activité économique au sens de l'article 4, paragraphe 2 de la sixième directive dans la mesure où elle implique la mise en œuvre de transactions soumises à TVA [...], telles que la fourniture de services administratifs, comptables et informatiques* » par la holding aux filiales (44).

L'on peut alors raisonnablement dégager deux conclusions.

En premier lieu la gestion de trésorerie par une société-mère constitue simplement un acte de gestion patrimoniale qui ne saurait

(39) Directive du 17 mai 1977; C.J.C.E., 22 juin 1993, aff. 333/91, *Ass. Plénière, S.A. SATAM*, R.J.F. 7/93, n° 986; dans ce sens encore T.A. Versailles, 11 février 1999, n° 91-848, 2^e ch., affaire *SA Henri Azuelos*; DEROUIN et GINTER, « Droit communautaire, sociétés holding et prorata de TVA », *D. Fiscal*, 1993/44, p. 1747.

(40) C.J.C.E., 20 juin 1991, aff. 60/90, *Polysar Investments*.

(41) C.J.C.E., 20 février 1996, aff. 155/94, *Welcome Trust Ltd.*

(42) C.J.C.E., 14 novembre 2000, aff. 142/99, 1^{re} Ch., *Floridiene SA et Berginvest SA*, R.J.F. 1/01, n° 127.

(43) Soulignons cependant l'exclusion de ces revenus lorsqu'ils présentent un caractère accessoire par rapport à l'activité principale de l'entreprise, à la condition que ceux-ci représentent 5 % au plus du chiffre d'affaires toutes taxes comprises du redevable (article 212-2 b, annexe II du CGI).

(44) Dans ce sens, Arrêt *Polysar* précité du 20 juin 1991; C.J.C.E., Ord. 12 juillet 2001, aff. 102/00, Aff. *Welthgrove BV* in R.J.F. 11/01, sous n° 1474.

lui conférer le caractère de holding animatrice; en revanche, les avances et prêts de fonds consentis par une holding à ses filiales en difficulté dont elle assure le redressement constituent le prolongement direct, permanent et nécessaire de l'activité d'une holding animatrice (45).

En second lieu c'est bel et bien l'animation effective des filiales, via la fourniture à celles-ci de prestations de services, qui confère la qualité de holding animatrice à une société-mère.

S'il revient ainsi au droit fiscal d'avoir tracé les contours de cette notion, on constate néanmoins que les autres domaines du droit ne l'ignorent point.

Toutefois, force est alors de constater que les manifestations jurisprudentielles de la holding animatrice témoignent la plupart du temps d'une certaine méfiance du juge à son endroit.

La raison en est, là encore, fort simple; au travers de ce mécanisme, nombre d'atteintes à l'autonomie et l'intégrité patrimoniales des sociétés sont consommées.

II. - UN PERTURBATEUR DE L'AUTONOMIE PATRIMONIALE DES SOCIÉTÉS

A défaut d'une définition légale, précise et homogène de la notion de « groupe de sociétés », et puisqu'elle permet à une société-mère de gérer et diriger ses filiales, voire de capter leurs ressources (46), la réalisation de prestations de services au profit des sociétés du groupe a contraint le juge à préciser le domaine du licite et à réprimer les abus.

Ainsi, poursuivant notre périple juridique au pays de la holding animatrice, celui-ci nous conduira à examiner les hypothèses dans lesquelles le juge sanctionne les atteintes à l'intégrité et l'autonomie patrimoniales consommées par une holding animatrice (A), en prêtant une attention particulière au cas des sociétés en redressement ou en liquidation judiciaires (B).

(45) T.A. Versailles, 11 février 1999, *op. cit.*, solution divergente de celle de la C.J.C.E. pour laquelle l'activité de prêt ne saurait être soumise à la TVA au motif qu'il s'agirait du prolongement direct des services de gestion fournis par la holding à ses filiales, cette activité de prêt n'étant en effet ni nécessairement ni directement liée auxdits services.

(46) D'aucuns ont pu parler à juste titre de « vampirisme » financier.

A. — *Les sanctions de l'atteinte à l'autonomie
et l'intégrité patrimoniales des sociétés « animées »*

La holding animatrice jouant le rôle de société dominante, contrôlant et dirigeant d'autres sociétés, les décisions prises et la validité des conventions nouées avec les filiales doivent être appréciées à l'aune de deux principes fondamentaux, elles ne sauraient porter atteinte à l'intérêt social propre à chaque société « animée », d'une part, ni mettre à bas les pouvoirs dont disposent les représentants légaux des sociétés du groupe, d'autre part (1°).

Enfin, dès lors que la réalisation effective des prestations de services exige la mise à disposition de moyens humains par la holding dans les filiales, la régularité de cette activité doit s'apprécier au regard du dispositif législatif régissant le marchandage et le prêt de main-d'œuvre (2°).

1° *La conformité à l'intérêt social et le respect des pouvoirs des représentants des sociétés liées*

En premier lieu, il paraît presque superflu de rappeler que les prestations réalisées doivent être conformes à l'intérêt social des sociétés concernées et qu'il s'agit là du mètre-étalon (de la « boussole » de la société (47)) permettant de juger de leur régularité.

Bien que les illustrations jurisprudentielles soient rares, les tribunaux s'autorisent à sanctionner, sur le fondement de l'abus de majorité, les décisions prises par une société-mère qui se traduiraient par une appréhension de la substance des filiales (48); cela règle la question des relations entre associés.

Encore convient-il que les critères de méconnaissance de l'intérêt social de la filiale et de rupture d'égalité entre associés au détriment des minoritaires soient tour à tour vérifiés (49).

On signalera dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation ayant prononcé l'annulation de conventions d'assistance entre une holding animatrice et sa filiale au motif « *qu'elles étaient sans contrepartie*

(47) Pour reprendre le terme de PIROVANO, « La 'boussole' de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, chronique p. 189.

(48) L'espèce *Fruhauf* en fournit une illustration (C.A. Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, II, n° 14274bis); la cour avait alors nommé un administrateur provisoire pour protéger les intérêts d'une filiale contre la décision de sa société-mère lui imposant de surseoir à l'exécution d'un contrat, l'intérêt de la filiale semblant mis en péril par cette décision.

(49) Cass. Com., 18 avril 1961, *J.C.P.*, éd. E, 1961, p. 12164, note D.B.

réelle pour la filiale » et « *contraires aux intérêts particuliers de cette société* » (50).

Nul doute encore que la holding animatrice, dirigeant d'une filiale, engage sa responsabilité contractuelle envers cette dernière ou ses associés à raison des fautes de gestion, et le cas échéant engage sa responsabilité délictuelle envers les tiers (51); sont visées à ce titre les décisions de gestion prises par la holding et constitutives d'agissements contraires aux intérêts de la société « gérée ».

La « faute de gestion » du dirigeant n'est d'ailleurs pas une notion autonome comme l'a soutenu (52) une doctrine qui considère qu'elle englobait tout manquement à la diligence en matière de direction et gestion de société; il s'agit plus sûrement de la décision (ou de l'abstention) contraire à l'intérêt social (53).

L'hypothèse de responsabilité envers les tiers restera néanmoins assez théorique, la jurisprudence exigeant que la faute du dirigeant soit « détachable » de ses fonctions (54), créant *ipso facto* une sorte d'irresponsabilité du dirigeant.

On soulignera encore à cette occasion, à l'instar du constat opéré en matière fiscale mais contrairement à ce qui a cours en matière de délit d'abus des biens et du crédit, qu'il n'existe point d'intérêt général de groupe qui légitimerait les atteintes à l'intérêt social d'une société au nom d'un intérêt supérieur de groupe.

Le régime des conventions dites « réglementées » propre aux SARL et aux sociétés par actions témoigne de la méfiance du légis-

(50) Cass. Com., 21 janvier 1997, n° 94-18.883, *Bull. Joly*, 1997, p. 312, note LE CANNU; *R.J.D.A.* 4/97, n° 525.

(51) Cass. Com., 8 mars 1973, *Rev. Soc.*, 1974, p. 300, note J.H.; Cass. Com., 8 mars 1982, n° 79-10.412, *Rev. Soc.*, 1983, p. 573, note GUYON; comme le souligne fort justement le professeur Guyon, cette responsabilité envers les tiers sera relativement exceptionnelle, ces derniers contractant avec la société et non avec ses représentants ou associés.

(52) WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions », *D., Affaires*, 1999, p. 782.

(53) HADJ-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, LITEC, 2001, n° 876; GROSSI, « La responsabilité des dirigeants », *Droit et Patrimoine*, septembre 2003, pp. 50 et s.

(54) Cass. com., 22 janvier 1991, *R.F. Compta.*, mai 1991, p. 62, note REIGNÉ; pour une confirmation, Cass. com., 12 janvier 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 812, n° 183, note SAINTOURENS; *R.J.D.A.*, 1999/3, p. 253, n° 301; Cass. Com., 22 mai 2001, *Bull. Joly*, 2001, p. 995, n° 228, note BARBIÉRI; Cass. Com., 24 septembre 2002, n° 01-03.906; sur ce thème cf. l'étude de PETIT et REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », *R.T.D. Com.*, 1997, p. 282.

lateur (55) envers les contrats conclus entre sociétés disposant de dirigeants ou d'associés communs.

Toutefois un courant assez libéral tend à considérer que les conventions de refacturation de frais d'une part, et de gestion de la trésorerie de filiales d'autre part, constituent des conventions courantes conclues à des conditions normales (56).

Ainsi en va-t-il :

- de la refacturation des frais communs de groupe considérée comme courante au sein d'un groupe lorsque le prix de facturation correspond au seul prix de revient ou encore s'il comprend une marge raisonnable,
- de la refacturation, pour leur prix de revient, des frais des salariés mis à disposition des filiales par la holding,
- des opérations de trésorerie intra-groupe sous réserve que leurs conditions de rémunération soient normales, la renonciation à percevoir des intérêts faisant perdre son caractère courant et normal à la convention de prêt de trésorerie (57).

En revanche, les conventions d'assistance et de gestion entre une holding animatrice et ses filiales seront par nature des conventions réglementées qui devront être soumises au contrôle *a priori* ou *a posteriori* selon l'hypothèse (58).

La sanction est bien connue et vise à restaurer l'intégrité patrimoniale de la société concernée : les conventions non autorisées peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société, et l'éventuel préjudice en résultant mis à la charge des dirigeants intéressés.

En second lieu, la réalisation de prestations de services emprunte l'habit juridique du mandat donné par les filiales à la holding animatrice.

(55) ... renforcée par la loi 2001-420 dite NRE du 15 mai 2001, mais assouplie par la loi 2003-706 dite Sécurité Financière du 1^{er} août 2003 dont l'article 123 aménage le seuil de déclenchement de la procédure de contrôle édictée par les articles L. 225-38, L. 225-36, L. 226-10 et 227-10 du code de commerce; MALECKI, « Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi 'sécurité financière' », *D.*, 2003, p. 1350.

(56) *Bull. CNCC*, Commission des Etudes Juridiques, 1985, n° 57, p. 135 et 1990, n° 79, p. 289 in *B.C.F.*, 1991, n° 51, p. 30.

(57) *Bull. CNCC*, 1995 n° 100, p. 539; dans ce sens l'arrêt de la C.A. Versailles, 2 avril 2002, *Clos du Prieuré c. Souchon*, *Bull. Joly*, 2002, p. 923, note LE NABASQUE, en matière de convention de pool de trésorerie jugée courante lorsqu'elle intervient entre sociétés liées.

(58) Cass. Com., 21 janvier 1997, *op. cit.*

Animer des filiales, c'est, peu ou prou, empiéter sur les pouvoirs propres aux représentants légaux desdites filiales.

La loi elle-même limite les pouvoirs du représentant légal d'une personne morale, tantôt en attribuant des pouvoirs à d'autres organes sociaux ou à raison des limites assignées par l'objet social de la société (59), tantôt encore en exigeant que les décisions prises soient conformes à l'intérêt social et en interdisant au dirigeant de poursuivre des fins personnelles; d'autres limites à ces pouvoirs peuvent résulter des statuts voire de conventions.

En l'espèce toutefois, la jurisprudence considère que ces restrictions conventionnelles ne doivent point avoir pour effet de mettre à bas la répartition légale des pouvoirs définie par le législateur, particulièrement s'agissant des sociétés anonymes.

Ainsi, lorsque le mandat donné à la holding animatrice sera conçu en des termes très larges, dépouillant de fait les mandataires sociaux de leurs prérogatives pour transférer à la holding le pouvoir de décider en lieu et place de ces derniers, le juge sera en droit d'annuler ce mandat (60).

Animer des filiales ne saurait ainsi signifier substituer purement et simplement la holding aux organes dirigeants des filiales.

2° Les conditions de mise à la disposition des filiales du personnel de la holding

Définir et mettre en œuvre une politique de groupe est chose normale pour une société-mère; appréhender les ressources de filiales sous couvert de prestations de services fictives en est une autre que le législateur prohibe et que le juge sanctionne.

Ainsi qu'abordé précédemment, c'est l'existence de cette « politique de groupe » d'une part, et de contreparties aux engagements respectifs des sociétés liées d'autre part, qui permettent de légitimer des actes ou omissions qui seraient autrement sanctionnés par le juge répressif; à l'inverse, que cette politique de groupe vienne à faire défaut et les prestations de services facturées par la société

(59) CHAPUT, *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse Clermont, 1973.

(60) Sur cette hypothèse, cf. Cass. Com., 11 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 361, p. 329; *D.*, 1965, p. 782; *R.T.D. Com.*, 1965, p. 861, obs. HOVIN; C.A. Aix, 28 septembre 1982, *Rev. Soc.*, 1983, p. 773, note MESTRE.

holding nê reposer que sur des artifices comptables, l'incrimination d'abus de biens sociaux pourrait alors être retenue.

C'est encore cette fictivité des prestations, et l'absence de transmission d'un véritable savoir-faire qui exposent les dirigeants de la holding animatrice à des sanctions au titre de la mise à disposition de personnel par cette dernière au bénéfice des filiales.

La mission de la holding animatrice conduit en effet celle-ci à « détacher » ou « mettre à disposition » certains de ses salariés dans les sociétés du groupe, l'opération étant réalisée la plupart du temps à titre lucratif, de telle sorte que les qualifications de marchandage de main-d'œuvre (61) ou de prêt de main-d'œuvre prohibé, et les sanctions y afférentes (62), planent sur ces pratiques.

Là encore, c'est au juge qu'il appartenait de tracer la frontière du licite et de l'irrégulier et de prononcer, outre les sanctions pénales édictées par l'article L. 152-3 du Code du travail, l'annulation du contrat de prestation (63).

Tout d'abord, la refacturation à prix coûtants des seuls salaires et charges du personnel mis à disposition par la holding ne devra pas s'analyser en une opération lucrative (64); c'est la marge entre le prix facturé et le coût de la main-d'œuvre qui caractérise le but lucratif.

La distinction entre prestations de services et prêt de main-d'œuvre peut parfois sembler ténue; retenons en substance que lorsque le salarié mis à disposition par la holding dispose d'une compétence particulière et effectue une prestation qui ne peut être confiée à un salarié de la filiale utilisatrice, nul grief ne saurait être formulé (65).

(61) Le délit de marchandage est réprimé par les dispositions de l'article L. 125-1 du Code du travail; l'article L. 125-3 du même code traite du prêt de main-d'œuvre prohibé.

(62) Qui peuvent affecter tant le prestataire que le bénéficiaire de la prestation.

(63) Cass. Soc., 5 juillet 1984, *Chaudronnerie c. SAPELI*, *Bull. civ. V*, p. 226, n° 299.

(64) En ce sens Cass. Crim., 16 juin 1998, n° 97-80, 138; Cass. Crim., 25 avril 1989, n° 88-84.244; en sens opposé un arrêt critiquable confondant manifestement « titre onéreux » et « but lucratif », Cass. Crim., 12 mai 1998, n° 96-86, 479; sur ce thème cf. COLBEAUX, « Le but lucratif dans les opérations illicites de prêt de main d'œuvre », *J.S.L.*, n° 34, 20 avril 1999.

(65) Cass. Soc., 19 juin 2002, n° 2098 FS-D, *Nicolas c. SIPIC*; en ce sens encore et s'agissant d'hypothèses de sanction, Cass. Crim., 22 octobre 1996, n° 4558, *D.*, aff. *Gnesutta* relevant que l'entreprise utilisatrice mettait à disposition les moyens techniques, assurait seule la direction du personnel mis à disposition qui accomplissait des tâches relevant de la spécialité de l'entreprise utilisatrice; dans ce sens encore Cass. Crim., 16 septembre 1997, n° 4755, aff. *Delrio*; Cass. Crim., 14 octobre 1997, n° 5430, *D.*, aff. *Nicoletti*.

Par ailleurs, outre la transmission d'un véritable savoir-faire aux filiales (66), le salarié mis à disposition par la holding doit demeurer sous l'autorité de cette dernière (67).

Plus délicate enfin est la question de la rémunération; en effet, alors que le juge social entend qu'elle soit forfaitaire (68) et non pas fonction du temps passé (69), un tel procédé ne serait pas nécessairement fondé fiscalement... le réalisme, ou le particularisme, du droit fiscal engendrant de tels hiatus avec les autres branches du droit.

Que tout ou partie des sociétés « animées » viennent à rencontrer des difficultés et la holding animatrice doit alors faire face à un arsenal juridique visant à sanctionner les comportements fautifs et les sacrifices imposés aux sociétés liées qui se traduiraient par l'ouverture d'une procédure « collective ».

B. — *L'hypothèse particulière des sociétés en difficulté*

La mise en cause de la responsabilité de la holding sera recherchée à raison, tantôt de sa gestion fautive des sociétés liées (1°), tantôt de la confusion des patrimoines que ladite gestion engendre (2°); à l'inverse le critère de la fictivité de la filiale, qui pourrait en théorie justifier une telle extension de procédure, apparaît inapplicable en l'espèce.

1° *La sanction de la gestion fautive par la holding*

Quand bien même la holding ne serait pas dirigeant de droit des filiales, les conventions de prestations de services conclues par la holding matérialisent par essence des actes de direction et de gestion des filiales.

(66) C.A. Bordeaux, 18 novembre 1999, Ch. sociale, section B, in *Semaine Sociale*, Lamy, 2 octobre 2000, n° 997; « le prêt de main-d'œuvre n'est pas prohibé par l'article L. 125-3 du Code du travail lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse », Cass. Soc., 9 juin 1993, n° 91-40222.

(67) Cass. Crim., 25 avril 1989, n° 87-81.212, *Bull. Crim.*, p. 483; Cass. Crim., 21 janvier 1986, n° 84-95.429; Cass. Crim., 8 octobre 1996, n° 95-85.028, l'employeur d'origine ne devant pas nécessairement être présent mais devant conserver le contrôle et la direction de son personnel.

(68) Cass. Soc., 26 septembre 1995, n° 94-80.983.

(69) En ce sens, Cass. Crim., 16 mai 2000, n° 3243, *D.*, aff. *Poulain*.

Dès lors qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire serait ouverte à l'endroit de tout ou partie de ces dernières, et qu'elle mettrait en évidence une insuffisance d'actif, les dispositions de l'article L. 624-3 du Code de commerce autorisent à poursuivre en paiement de l'insuffisance d'actif le dirigeant de droit ou de fait fautif pourvu qu'un lien de causalité (70) soit établi entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif (71).

Outil béni des montages à effet de levier, la holding animatrice devient alors une cible de prédilection pour les organes habilités à mettre en œuvre l'action « en comblement de passif » (72).

La réalisation de prestations ne saurait être fautive per se, mais il faut bien admettre que la tâche du demandeur sera facilitée par l'importance des décisions de gestion résultant de l'action de la société animatrice.

On recense ainsi des décisions ayant condamné, sur le fondement de l'article L. 624-3 du Code de commerce, une société holding animatrice :

- qualifiée de dirigeant de fait d'une filiale, cette dernière ne disposant plus que d'une autonomie de décision restreinte aux actes de gestion courante, et la holding ayant contraint sa filiale à se vider de sa substance au profit d'autres sociétés du groupe (73);
- devenue seule maîtresse de la politique économique et financière de sa filiale, prenant les décisions techniques et financières pour cette dernière au travers de conventions d'assistance (74);
- qui détenait la quasi-totalité du capital de sa filiale et avait placé sa filiale dans une totale dépendance à son endroit au travers de prestations administratives et financières, l'argument selon

(70) Encore convient-il de souligner que le lien exigé paraît assez lâche, la faute de gestion n'ayant du que « contribuer » à l'insuffisance d'actif; sur ce point HATOUX et PASTUREL, « Contrôle de la Cour de cassation », *J-Cl commercial*, Fasc. 2207, n° 106.

(71) Pour une synthèse, cf. SORTAIS, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Mélanges Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 321; DERRIDA, « Procès de l'article 180 de la loi 25 janvier 1985 », *D.*, 2001, p. 1377; DELENEUVILLE, « L'action en comblement de l'actif social de l'article L. 624-3 du code de commerce », *Rev. Proc. Collect.*, 2002, p. 76.

(72) BACHASSON, « LBO et procédures collectives ou les revers de l'effet de levier », *Gaz. Pal.*, 5 et 7 octobre 1997, p. 8.

(73) Cass. Com., 6 juin 2000, n° 1221 F-D, aff. *Becob c. Amauger*, *R.J.D.A.*, 2000, n° 868.

(74) C.A. Paris, 15 janvier 1999, 3^e Ch., aff. *Katz Sulzer c. Skarne system AB*, *R.J.D.A.* 4/99, n° 448; dans ce sens encore C.A. Paris, 7 février 1997, *R.J.D.A.* 5/97, n° 713.

laquelle cette société-mère étant à son tour sous la domination d'une holding étant inopérant (75);

- qui avait une influence prédominante sur la gestion et les décisions de sa filiale, en contrôlant et décidant de la gestion des stocks et la gestion financière de cette dernière (76), au point de la priver de toute autonomie (77);

Bien que ces décisions prennent soin de sanctionner des actes de gestion fautifs, on notera cependant avec intérêt que le critère de la « perte d'autonomie » de la filiale gérée revient de manière récurrente, de telle sorte qu'une analogie jurisprudentielle se dessine avec le cas de figure dans lequel la holding animatrice se substituerait purement et simplement aux représentants légaux de la société « gérée » ce qui justifierait l'annulation du mandat donné à la holding animatrice par la filiale dominée (78).

2° *L'extension de procédure à la holding animatrice*

Les tribunaux sanctionnent encore la holding animatrice lorsque sa gestion a engendré une confusion des patrimoines avec tout ou partie des sociétés liées, voire, cas plus improbable, une véritable fictivité des filiales ayant perdu toute autonomie.

La sanction prend alors la forme d'une extension à la holding de la procédure ouverte à l'encontre de la société en difficulté. Cette extension résulte tantôt de la loi lorsque les dirigeants ont commis des fautes énumérées par le législateur (79) (cette hypothèse étant en dehors du champ de notre réflexion), tantôt de la confusion de patrimoines entre sociétés ou de la fictivité (80) d'une société dont la personnalité morale a été en quelque sorte abolie.

S'il est parfois difficile de distinguer les deux hypothèses, les décisions mêlant fréquemment fictivité et confusion des patri-

(75) C.A. Paris, 23 mai 1997, 3^e Ch. A, *R.P.S.*, *Boeder Int c. Cognet*, *R.J.D.A.* 10/97, n° 1277.

(76) C.A. Aix, 15 décembre 1978, *Bull.*, *C.A. Aix*, 1978/4, p. 89.

(77) Cass. Com., 23 novembre 1999, n° 1860, *R.J.D.A.*, 3/00, n° 270.

(78) Cf. II) A) 1°).

(79) Article L. 624-5 du Code de commerce.

(80) Article L. 621-5 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

moins (81), retenons en substance que la jurisprudence, au motif de confusion de patrimoines, sanctionne l'imbrication des comptes et l'existence de flux financiers anormaux.

S'agissant d'une société-mère, il importe d'affirmer le principe selon lequel la seule réalisation de prestations de services au profit d'une autre (82), ainsi que l'existence de conventions d'assistance et de gestion de trésorerie entre sociétés liées (83), ne suffisent à caractériser la confusion des patrimoines quand bien même les entités auraient des dirigeants et une clientèle communs (84), dès lors qu'elles conservent une activité indépendante et qu'aucun flux financier anormal n'existe entre elles.

En revanche, la confusion des patrimoines sera retenue dès lors que le patrimoine respectif et les comptes de chaque société ont été anormalement mêlés (85), qu'une société sous couvert de convention de gestion a vidé une autre société de ses actifs (86), que des flux financiers anormaux intervenaient entre des sociétés unies par les mêmes dirigeants et un même actionnariat sous couvert de prestations de services en réalité inexistantes (87).

De même encore, la gestion de trésorerie qui ne serait qu'artifice et transfert de fonds anormaux entre sociétés sera sanctionnée sur ce fondement (88).

La fictivité enfin correspond au cas de figure dans lequel une filiale a perdu toute autonomie.

(81) Pour une synthèse, on se reportera à SOINNE, *Identité ou diversité des notions de fictivité et confusion des patrimoines*. A propos de l'arrêt de la C.A. de Douai du 6 octobre 1994, *P.A.* 6 décembre 1995, p. 12; DELEBECQUE, « Groupes de sociétés et procédures collectives. Confusion des patrimoines et responsabilité des membres du groupe », *Rev. Proc. Collec.*, 1998, p. 129; TRICOT, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, Etude in Rapport Cour de Cassation 1997, p. 165; VAILLANT, « Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives », *D. Af.* 1999, p. 154; BARBIERI, *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, *P.A.* 25 octobre 1996, p. 9.

(82) Cass. Com., 14 mars 1995, n° 92-11.470, *Bull. civ. IV*, n° 82, p. 75; *D.*, 1995, I.R., p. 115, *Bull. Joly*, 1995, p. 545; *R.J.D.A.*, 1995, n° 7, n° 886.

(83) C.A. Versailles, 8 avril 2002, *J.C.P.*, éd. E, 2002, n° 1468, note COURET; *Bull. Joly*, 2002, p. 923, note LE NABASQUE.

(84) Cass. Com., 11 mai 1993, n° 91-10.569, *Bull. civ. IV*, n° 187, p. 133, *R.J.D.A.*, 1993, n° 11, n° 948; *Bull. Joly* 1993, p. 1050 et la note de PÉTEL.

(85) Cass. Com., 3 avril 2001, n° 98-16.070.

(86) Cass. Com., 8 octobre 1996, n° 94-18.874.

(87) Cass. Com., 15 février 2000, n° 97-18.821 et 97-18.731.

(88) Cass. Com., 3 avril 2001, *op. cit.*

Là encore, la jurisprudence énonce avec constance d'une part l'autonomie juridique des sociétés liées (89) et l'indépendance de leur patrimoine respectif quand bien même la société-mère animerait le groupe, et d'autre part le principe selon lequel le rôle de holding animatrice supposée gérer la trésorerie de filiales ne suffit à rendre fictives les filiales (90).

C'est que la fictivité correspond à la situation, somme toute bien distincte de notre matière, dans laquelle une société dépourvue de réalité a été créée par des associés qui, à l'abri de cette façade, mènent leurs activités propres.

Distincte de l'inexistence, la fictivité renvoie aux notions de fraude et de simulation et, l'absence de jurisprudence aidant, l'on doit considérer comme assez théorique l'application de cette notion à une holding animatrice.

A l'issue de ce voyage, l'auteur mesure, sans toujours avoir le sentiment de le posséder, le viatique dont il convient d'être muni pour s'aventurer dans des contrées du Droit aussi variées et changeantes, et que l'on peut résumer à deux qualités qu'attribuent à Jacques Dupichot ceux qui ont le plaisir d'échanger avec lui et de profiter de son enseignement; savoir et modestie.

(89) Cass. Com., 13 juin 1995, n° 94-21.003 et 94-21.436, *B.R.D.A.*, 1995, n° 12, p. 4; Cass. Civ., I^{re}, 18 juillet 1995, n° 93-18.796, *B.R.D.A.*, 1995, n° 19, p. 3.

(90) Cass. Com., 27 octobre 1998, n° 96-13.277, *Bull. civ. IV*, n° 265, p. 219; *R.J.D.A.*, 1999/1, n° 42; dans ce sens encore Cass. Com., 25 mars 1997, n° 94-16.535, *D. Soc.*, 1997, comm. 125.