

N° 284548

Maître Ancel, syndic chargé de la liquidation de la Sarl Janfin

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 19 décembre 2007

Lecture du 28 mars 2008

Rapp : FL

Réviseur : FL

CONCLUSIONS

Mme Claire LANDAIS, Commissaire du Gouvernement

La société Donaldson et Stears France a été constituée sous forme d'Eurl en 1989 avant d'être transformée en Sarl en 1991 puis en SA en 1993 et d'être finalement absorbée en 1994 par la Sarl Janfin. Elle avait pour objet la prise de participations dans d'autres sociétés et la gestion de ces participations. A la suite d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos les 30 juin 1992, 1993 et 1994, l'administration lui a refusé la déduction d'une charge exceptionnelle d'un montant de 13 708 022 francs et lui a notifié en conséquence un redressement d'impôts sur les sociétés assorti de pénalités pour mauvaise foi.

La Sarl Janfin, ayant vainement saisi l'administration d'une demande en décharge des impositions qui avaient été mises en recouvrement à la suite du redressement, s'est alors tournée vers le tribunal administratif de Lille qui a rejeté sa requête par un jugement du 6 juin 2002 publié à la RJF 11/02 n° 1276. La cour administrative d'appel de Douai a confirmé le jugement par un arrêt du 28 juin 2005 publié à la RJF 12/05 n° 1430 et régulièrement attaqué devant vous par Maître Ancel, liquidateur de la Sarl Janfin.

La principale question que pose ce dossier porte sur le champ d'application de l'article L. 52 du livre des procédures fiscales et plus spécifiquement sur la question de savoir s'il inclut les holdings. Cet article, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce issue de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, dispose que « sous peine de nullité de l'imposition, la vérification sur place des livres ou documents comptables ne peut s'étendre sur une durée supérieure à trois mois en ce qui concerne : 1° les entreprises industrielles et commerciales (...) dont le chiffre d'affaires ou le montant annuel des recettes brutes n'excède pas les limites prévues au I de l'article 302 septies A du code général des impôts ».

Une entreprise dont l'activité est de gérer un portefeuille de participations et qui perçoit à ce titre des produits financiers peut-elle être regardée comme une entreprise industrielle et commerciale au sens de ces dispositions ? Il nous semble que la réponse est négative.

Il est vrai que vous avez très récemment jugé que la notion d'entreprises industrielles et commerciales visées à l'article 1500 du code général des impôts incluait

notamment l'ensemble des sociétés commerciales quelle que soit leur activité (12 mars 2007, Sté Sird, n° 287910 et 292661, à la RJF 6/07 n° 713). Dans ses conclusions sur cette affaire, publiées au BDCF 6/07 n° 72, Pierre Collin vous avait en effet invités, au nom de la cohérence de votre jurisprudence, à retenir pour règle qu'une entreprise industrielle et commerciale était une entreprise dont les bénéfices sont taxés selon les règles applicables aux bénéfices industriels et commerciaux c'est-à-dire soit une entreprise assujettie à l'impôt sur les sociétés de par sa forme juridique, soit une entreprise assujettie à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des BIC en raison de la nature de son activité. Il invoquait au soutien de sa thèse les décisions Cadev du 7 juillet 2006 (n° 270889 à la RJF 10/06 n° 1156¹) relative au crédit d'impôt recherche et Bec du 17 novembre 2006 (n° 254597 à la RJF 2/07 n° 173) relative à l'article 238 bis K du CGI. A suivre cette règle, une holding constituée sous forme de société commerciale devrait donc nécessairement être regardée comme une entreprise industrielle et commerciale au sens de l'article L. 52 du livre des procédures fiscales.

Mais Pierre Collin reconnaissait que cette règle pouvait être écartée lorsque les travaux préparatoires du texte à interpréter montraient que son auteur avait souhaité désigner non pas l'ensemble des entreprises générant des bénéfices industriels et commerciaux mais les seules entreprises exerçant effectivement une activité de nature industrielle et commerciale. Il citait à ce titre la décision Gérard Unger Conseil du 8 octobre 1993 n°127113 à la RJF 11/93 n° 1434 aux conclusions du président Fouquet p. 819 sur l'interprétation des dispositions de l'article 44 quater du code général des impôts.

Il nous semble en l'espèce que les travaux préparatoires de la loi du 11 février 1994 plaident plutôt dans ce sens ; en effet, la rédaction de l'article L. 52 issue de cette loi, qui vise sans plus de précision les entreprises industrielles et commerciales, fait suite à une rédaction qui définissait ces entreprises par la nature de leur activité - vente ou prestations de services² - sans que les travaux préparatoires ne laissent jamais entendre que le législateur ait entendu remettre en cause ce critère de la nature de l'activité exercée. Il faut d'ailleurs noter qu'au 2° de l'article L. 52, sont visés « les contribuables se livrant à une activité agricole ». Il paraît donc assez évident que le législateur a entendu viser les entreprises exerçant une activité de nature industrielle et commerciale et non pas, plus largement, celles générant des bénéfices industriels et commerciaux.

Nous sommes toutefois bien consciente de ce que cette interprétation n'est pas très aisément conciliable avec la décision Kerleau du 9 juillet 2003, (n°230168 à la RJF 11/03 n° 1265, aux conclusions de Gilles Bachelier au BDCF 11/03 n° 143) par laquelle vous avez jugé qu'en désignant, également en son 1°, les contribuables se livrant à une activité non commerciale, l'article L. 52 visait les seules entreprises dont l'activité donne lieu à la perception de revenus imposables dans la catégorie des bénéfices non commerciaux et non pas, notamment, les entreprises ayant une activité civile de gestion de leur patrimoine immobilier. Dans cette décision vous avez donc semblé vous en tenir à la catégorie d'imposition des revenus et non pas à la nature de l'activité. Toutefois nous pensons que la

¹ Avec chronique Y. Bénard p. 843 ; conclusions L. Olléon au BDCF 10/06 n°111

² Plus précisément, l'article L. 52 disposait que la durée de vérification était limitée à trois mois pour « les entreprises dont l'activité principale est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir le logement et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 1 000 000 francs » et pour « les autres entreprises industrielles et commerciales, lorsque leur chiffre d'affaires n'excède pas 250 000 francs ». Mais le critère était bien celui de l'activité.

solution Kerleau est compatible avec l'idée selon laquelle la notion d'entreprises industrielles et commerciales de l'article L. 52 désigne l'ensemble des entreprises générant des revenus qui, s'ils étaient soumis à l'impôt sur le revenu, seraient imposés dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux.

Nous pensons donc que n'entrent pas dans le champ du 1° de l'article L. 52 toutes les sociétés commerciales mais seulement celles qui exercent effectivement une activité industrielle et commerciale (voir d'ailleurs en ce sens CAA de Paris, 11 mars 2005, Ministre c/Sarl centre d'études et d'intérêts particuliers, n° 01-1649 à la RJF 6/05 n° 581). Et il se trouve que c'est d'ailleurs la solution que vous a récemment proposé d'adopter Pierre Collin dans une affaire n° 281068 passée en séance le 24 octobre dernier mais non encore lue³. Or il est clair qu'une holding qui n'a pour seul objet que de gérer son portefeuille de titres et d'en tirer des produits financiers n'exerce pas une activité de nature industrielle et commerciale. C'est ce que vous avez jugé dans la décision Bec que nous avons évoquée tout à l'heure. Il faut noter d'ailleurs qu'elle ne génère pas non plus de chiffre d'affaires : en vertu du décret du 19 novembre 1983 relatif aux obligations comptables des entreprises, les produits financiers n'entrent pas, en effet, dans la composition du chiffre d'affaires.

Dans ces conditions, il nous semble que les holdings sont en principe exclues du champ d'application de l'article L. 52 et donc de la garantie qu'il comporte et cela même lorsqu'elles sont constituées sous forme de sociétés commerciales.

Mais qu'en est-il des sociétés qui, tout en ayant une activité de gestion d'un portefeuille de titres générant des produits financiers, exercent par ailleurs une activité industrielle et commerciale ?

L'une des réponses possibles consiste à dire qu'en présence d'une entreprise exerçant deux activités de nature différente, il conviendrait de s'assurer que chacune de ces activités répond aux conditions posées par l'article L. 52. Vous en concluriez que si l'une de ces activités est hors champ de l'article L. 52, l'entreprise ne peut prétendre à la garantie prévue par ces dispositions. Il s'agirait d'une extension de la solution que vous avez adoptée pour le cas d'une entreprise exerçant des activités de vente et de prestation de services, activités toutes deux comprises dans le champ de l'article L. 52 mais soumises à des seuils différents : vous avez en effet jugé, dans un tel cas, que l'entreprise ne pouvait bénéficier de la garantie tenant à un délai de vérification raccourci que si les deux seuils étaient respectés (voir 8 juin 1983, n° 37983, à la RJF 8-9/83 n° 996 et à DF 1984 com. 169).

Mais il nous semble que l'insertion par la loi de finances pour 2000 d'un article L. 52 A dans le livre des procédures fiscales doit conduire à la réponse inverse. Cet article dispose en effet que « les dispositions de l'article L. 52 ne s'appliquent pas aux personnes morales (...) à l'actif desquelles sont inscrits des titres de placement ou de participation pour un montant total d'au moins 7 600 000 euros ». La façon la plus évidente d'interpréter ces dispositions est de considérer qu'elles ont eu pour objet de faire sortir les holdings importantes du champ de l'article L. 52. Cette interprétation n'est toutefois pas compatible avec le raisonnement que nous vous avons présenté il y a quelques minutes et qui tendait à démontrer qu'une entreprise qui n'a pour seul objet que de gérer ses participations n'entrerait pas dans le champ de l'article L. 52 faute d'être une entreprise industrielle et commerciale au sens de cet article. L'autre interprétation radicale et inverse consiste à dire que l'article L. 52

³ La lecture est intervenue le 21 décembre 2007.

A n'a fait que confirmer une exclusion qui existait déjà. Mais cette interprétation se heurte au fait que le législateur a pris soin de déterminer un seuil et de n'exclure donc que les entreprises ayant un important portefeuille de titres ce qui crée un a contrario fâcheux pour les entreprises dont le portefeuille de titres n'atteint pas ce seuil.

La seule façon, en conséquence, d'interpréter l'article L. 52 A du livre des procédures fiscales est de considérer qu'il a entendu exclure du champ de l'article L. 52 les personnes morales ayant un portefeuille de titres important alors même qu'elles exerceraient, en sus de leur activité de gestion de leurs participations, une activité de nature industrielle et commerciale générant un chiffre d'affaires inférieur au seuil fixé par l'article L. 52. A contrario, cela signifie nécessairement d'une part que l'article L. 52 est applicable aux entreprises qui ont une activité de gestion d'un portefeuille de titres pour peu qu'elles exercent, en outre, une activité industrielle et commerciale générant un chiffre d'affaires modeste et d'autre part qu'il se trouve que depuis la loi de finances pour 2000, ces entreprises qui exercent une double activité ne peuvent plus bénéficier de la garantie de l'article L. 52 si leur portefeuille de titres dépasse un certain montant.

Nous sommes bien consciente qu'il existe un certain paradoxe à considérer qu'une entreprise qui ne fait que gérer son portefeuille peut faire l'objet d'une vérification de comptabilité s'étendant sur plus de trois mois alors qu'une entreprise détentrice du même portefeuille de titre mais qui exerce en outre une activité industrielle et commerciale générant un chiffre d'affaires peu important bénéficiera pour sa part de la garantie d'une vérification enserrée dans des délais raccourcis. Mais il nous semble que ce paradoxe résulte de la combinaison difficile des articles L. 52 et L. 52 A du code général des impôts. La seule façon de lever le paradoxe serait en effet de considérer que l'activité de holding est en soi une activité industrielle et commerciale mais cette solution nous paraît exclue par votre jurisprudence.

Pour nous résumer, il nous semble donc qu'en 1995, date des contrôles litigieux, une entreprise qui avait une activité de gestion de son portefeuille de titres n'entrait pas dans le champ de l'article L. 52 sauf lorsqu'elle exerçait en outre une activité industrielle et commerciale générant un chiffre d'affaires répondant aux conditions de seuil.

Voyons comment ces règles peuvent s'appliquer au cas d'espèce. L'arrêt attaqué du 28 juin 2005 juge en substance que la société Donaldson et Stears avait pour seule activité la gestion d'un portefeuille de titres et de créances rattachées à ces participations et qu'ainsi elle n'entrait pas dans le champ de l'article L. 52 du livre des procédures fiscales.

La société requérante reproche d'abord à la cour d'avoir omis de répondre au moyen invoqué devant elle tiré de ce qu'elle exerçait une activité de gestion centralisée de trésorerie assimilable à une activité industrielle et commerciale. Mais il nous semble que la société en faisait état non pas en tant que moyen mais plutôt comme un argument au soutien de sa thèse générale selon laquelle elle devait être regardée, en tant que holding, comme une entreprise industrielle et commerciale. Or la cour n'était pas tenue de répondre à chacun des arguments invoqués devant elle. Elle pouvait par ailleurs, sans dénaturation compte tenu des pièces figurant au dossier, juger que la société n'exerçait qu'une activité de gestion de son portefeuille de titres et non, en outre, une activité de gestion centralisée de trésorerie dont vous jugez effectivement qu'elle a un caractère industriel et commercial (voir 5 mars 1999, Sté civile de participation et de garantie, n°155975, à la RJF 4/99 n°387 aux conclusions de François Loloum).

La société conteste par ailleurs le raisonnement de la cour pour erreur de droit. Elle s'appuie essentiellement sur l'a contrario résultant à sons sens de la création à compter de 2000 d'un article L. 52 A qui aurait exclu du champ d'application de l'article L. 52 les « grosses holdings », laissant ainsi nécessairement entendre que les holdings entraient auparavant toutes dans le champ de ce dernier article. Mais nous espérons vous avoir convaincus de ce que l'article L. 52 A pouvait avoir une autre interprétation et de ce que les holdings purement financières devaient être exclues du champ d'application de l'article L. 52.

Avant de vous dire encore un mot des autres moyens de cassation, qui ne portent pas sur l'article L. 52 du livre des procédures fiscales, il nous faut vous donner un aperçu des faits. La charge exceptionnelle que l'administration fiscale a réintégrée dans les résultats de la société Donaldson et Stears consiste en la prise en charge par cette dernière de la moitié de l'indemnité qu'une autre entreprise, la SA Les Fils de Victor Bos, a versée aux actionnaires minoritaires de la société Hôtels l'Horset dont elle détenait la majorité des parts. La cour a estimé, après le tribunal administratif et l'administration fiscale, que cette prise en charge constituait un acte anormal de gestion dès lors que la société Donaldson et Stears n'y avait trouvé aucune contrepartie. Elle avait auparavant jugé qu'aucune des pièces au dossier n'établissait que la société requérante aurait été la société mère de la SA Les fils de Victor Bos au moment du conflit avec les actionnaires minoritaires, ce qui aurait conduit à une appréciation moins sévère de l'acte anormal de gestion.

La société requérante fait valoir que la cour a dénaturé les pièces du dossier en déniaient à la société Donaldson et Stears la qualité de société mère de la SA Les Fils de Victor Bos. Toutefois aucun des documents produits au dossier n'a été dénaturé par la cour. Il est également soutenu que cette dernière aurait commis une erreur de qualification juridique en estimant que cette prise en charge de la moitié de l'indemnité était un acte anormal de gestion. Mais rien au dossier ne vient justifier de l'existence d'une contrepartie proportionnée à cette aide accordée par une entreprise à une autre.

Enfin les deux derniers moyens concernent les pénalités pour mauvaise foi. L'un reproche à la cour de n'avoir pas répondu au moyen tiré de ce que la société Donaldson et Stears n'avait pas agi de mauvaise foi. Mais un tel moyen n'a jamais été soulevé devant la cour. La seule petite difficulté est que la cour a pourtant cru pouvoir viser ce moyen. Mais nous pensons que les visas sont erronés et que cette erreur doit rester sans incidence sur la régularité de l'arrêt.

Enfin, la société, qui s'était bornée devant la cour à critiquer l'absence de visa d'un agent ayant au moins le grade d'inspecteur principal sur la réponse aux observations de la société Donaldson et Stears sans contester la motivation de la décision infligeant les pénalités, soutient que l'arrêt est entaché d'erreur de droit en ce qu'il a objecté à ce moyen que la notification de redressement, dans laquelle figurait la décision d'appliquer les majorations prévues à l'article 1729 du code général des impôts, était pour sa part revêtue du visa d'un agent ayant le grade requis. Mais c'est la solution que vous avez adoptée dans la décision de Section Clermont du 6 avril 2007 n° 269402 à la RJF 6/07 n° 720.

Nous vous invitons donc à rejeter l'ensemble des moyens ainsi que les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PCMNC au rejet du pourvoi.